



**LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE**  
**SECONDA SEZIONE CIVILE**

Composta da:

Oggetto

ROSA MARIA DI VIRGILIO - Presidente -

GIUSEPPE TEDESCO - Consigliere -

ANTONIO SCARPA Rel. Consigliere

CHIARA BESSO MARCHEIS - Consigliere -

LUIGI LA BATTAGLIA - Consigliere -

VENDITA

Ud. 10/12/2021 -  
CC

R.G.N. 3512/2017

Rep.

ha pronunciato la seguente

**ORDINANZA**

sul ricorso 3512-2017 proposto da:

(omissis) S.R.L., elettivamente domiciliata in (omissis)  
, presso lo studio dell'avvocato (omissis)  
, rappresentata e difesa dall'avvocato (omissis)  
;

**- ricorrente -**

**contro**

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

**- controricorrente -**



avverso la sentenza n. 2034/2016 della CORTE D'APPELLO  
di BOLOGNA, depositata l'11/11/2016;  
udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio  
del 10/12/2021 dal Consigliere ANTONIO SCARPA.

### **FATTI DI CAUSA E RAGIONI DELLA DECISIONE**

1. La società (omissis) S.r.l. ha proposto ricorso articolato in sette motivi avverso la sentenza n. 2034/2016 della Corte d'appello di Bologna, pubblicata il 11 novembre 2016

Resiste con controricorso la società (omissis) S.r.l. (già (omissis) S.p.a.).

2. Con citazione notificata il 21 febbraio 2011 (omissis) S.p.a. propose opposizione avverso il decreto ingiuntivo n. 4128/2010, con il quale il Tribunale di Reggio Emilia aveva ingiunto alla società opponente di pagare alla (omissis) S.r.l. la somma di € 60.800,00 a titolo di penale convenuta nel contratto preliminare di permuta immobiliare sottoscritto tra le parti in data 17 luglio 2009. Detta penale era riferita al periodo 28 settembre 2009 – 31 luglio 2010 ed era stata riconosciuta come dovuta da (omissis) con altra scrittura privata del 17 giugno 2010, con cui la stessa (omissis) si era impegnata a concludere il definitivo entro il 31 luglio 2010, obbligandosi contestualmente a versare ad (omissis) le somme già maturate a titolo di penale a quella data in base al contratto preliminare originario del 17 luglio 2009. A sostegno dell'opposizione (omissis) dedusse che le parti, dopo la firma della scrittura del 17 giugno 2010, si erano accordate per una ulteriore posticipazione del definitivo; che comunque la penale non era applicabile alla fattispecie, avendo (omissis) manifestato l'intenzione non già di adempiere in ritardo, ma di non adempiere affatto all'obbligo contenuto nel contratto preliminare di permuta



immobiliare del 17 luglio 2009; che comunque la penale era  
eccessiva.

Con altro atto di citazione notificato in data 12 maggio 2011

(omissis) propose opposizione al decreto ingiuntivo n. 665/2011, con il quale il Tribunale di Reggio Emilia aveva ingiunto alla società opponente di pagare alla (omissis) la somma di € 68.000,00 a titolo di penale convenuta tra le parti nella scrittura integrativa del 17 giugno 2010, relativamente al periodo corrente tra il 1° agosto 2010 ed il 15 dicembre 2010. A sostegno della propria opposizione (omissis) dedusse l'impossibilità di applicare una penale pattuita per il ritardo a carico della parte che aveva chiaramente manifestato l'intenzione di non adempiere all'impegno contenuto nel preliminare; la non imputabilità a sé del ritardo alla stessa (omissis) , poiché questa si era rifiutata di stipulare il contratto definitivo di permuta se (omissis) non avesse acconsentito a scontare dalla differenza dovuta da (omissis) a titolo di saldo prezzo e conguaglio la somma che il signor (omissis) , rappresentante di (omissis) , doveva per altro titolo ad (omissis) ; infine l'eccessività della penale che doveva essere ricondotta ad equità.

Il Tribunale di Reggio Emilia, riuniti i procedimenti, con sentenza n. 1621/2013 del 29 ottobre 2013 respinse l'opposizione avverso il primo decreto ingiuntivo n. 4128/2010 ed accolse in parte quello avverso il secondo decreto n. 665/2011, ritenendo eccessiva la penale prevista nella scrittura del 17 giugno 2010, che ridusse ad un importo corrispondente a quello pattuito nel contratto originario del 17 luglio 2009, e così condannando (omissis) a versare a (omissis) la minor somma di € 27.200,00 rispetto a quella ingiunta.



Avverso detta decisione (omissis) propose appello articolato in quattro motivi: 1) errore di fatto per aver valutato come immutato l'interesse di (omissis) eg alla conclusione del contratto definitivo di permuta oggetto dell'impegno preliminare del 17 luglio 2009, in quanto la pattuizione di una penale per il ritardo in misura fissa giornaliera evidenziava un diverso interesse al tempestivo adempimento, crescente nel tempo; 2) errore di diritto per aver ritenuto che il danno di (omissis) coincidesse con la somma di € 200.000 dovuta da (omissis) a titolo di conguaglio, mentre il contratto preliminare di permuta del 17 luglio 2019 aveva un valore di € 1.400.000, che le parti avevano regolato in parte con il meccanismo della permuta e in parte con il conguaglio in denaro; 3) errore di fatto per aver omesso di considerare, ai fini della prova dell'interesse crescente di (omissis) all'adempimento, che la stessa società aveva acquistato i terreni oggetto del preliminare di permuta, accollandosi il mutuo ipotecario originariamente stipulato il 25 ottobre 2007 dal precedente proprietario; 4) errore di diritto nella parte della sentenza di primo grado relativo alla compensazione delle spese del grado, a fronte della sostanziale soccombenza di (omissis) .

(omissis) propose appello incidentale.

La Corte d'appello di Bologna ha respinto l'appello principale e, in parziale accoglimento dell'appello incidentale, revocando il decreto ingiuntivo n. 665/2011, ha dichiarato non dovuta da (omissis) S.p.a. a (omissis) alcuna somma a titolo di penale per il periodo successivo al 31 luglio 2010, confermando per il resto la sentenza appellata.

La Corte d'appello, esaminando congiuntamente il primo e il terzo motivo dell'appello (omissis) , ha affermato che né la penale del contratto 17 luglio 2009 né la penale del



contratto 17 giugno 2010 evidenziavano un interesse crescente di (omissis) all'adempimento, prevedendosi un importo fisso per ciascun giorno di ritardo, senza che vi fosse alcun collegamento con l'acquisto dei terreni oggetto di permuta o col mutuo ipotecario, e senza che avesse alcun rilievo il ricorso al finanziamento soci infruttifero. Ancora, secondo i giudici di appello, non risultavano provati interventi di ripristino e conservazione praticati sul terreno da permutare, né la dedotta circostanza legata all'inserimento delle villette in un piano particolareggiato. La Corte di Bologna ha poi convenuto che il preliminare di permuta avesse ad oggetto non il conguaglio di € 200.000 dovuto da (omissis) , quanto lo scambio di terreni del valore di € 1.400.000 con villette del valore di € 1.200.000, ma ha comunque ritenuta eccessiva una penale che, al dicembre del 2010, era divenuta equivalente al conguaglio in denaro. E' stato infine accolto il gravame incidentale di (omissis) , avendo questa dimostrato di aver comunicato con raccomandata ad (omissis) nell'ottobre 2010 di voler adempiere al preliminare, opponendo tuttavia che con riguardo al conguaglio dovuto di € 200.000 si dovesse tener conto dell'importo di € 130.000 già versato all'amministratore (omissis) in sede di stipula dei primi contratti nel 2007.

3. La trattazione del ricorso è stata fissata in camera di consiglio, a norma degli artt. 375, comma 2, e 380 bis.1, c.p.c.

3.1. Le parti hanno depositato memorie.

4. Il primo motivo del ricorso della (omissis) S.r.l. denuncia la violazione dell'art. 1362, primo comma, c.c., per avere la Corte d'appello ricostruito erroneamente la volontà contrattuale delle parti oggettivata nella scrittura privata in



data 17 giugno 2010 modificativa del contratto preliminare di permuta immobiliare, in ordine al preteso immutato interesse economicamente valutabile dell'adempimento di (omissis) in favore di (omissis) .

Il secondo motivo del ricorso lamenta la nullità della sentenza o del procedimento e l'omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti, per avere la Corte d'appello violato le norme in materia di onere della prova di cui all'art. 2697 c.c. e dell'art. 115 c.p.c. nonché per non avere considerato un fatto decisivo per il giudizio benché non contestato, cioè per non avere ritenute provate le circostanze allegare, documentate e non contestate dalla controparte nel giudizio di primo grado, comprovanti l'incremento del danno per il ritardo nell'inadempimento subito da (omissis) , tra cui la necessaria rinegoziazione del mutuo originario.

Il terzo motivo del ricorso deduce l'omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti - ai sensi dell'art. 360, n. 5 c.p.c. - per avere la Corte d'appello deciso il primo e il terzo motivo di appello senza alcuna disamina dei motivi di impugnazione proposti da (omissis) .

Le prime tre censure, che la ricorrente illustra unitariamente dopo averle solo rubricate in modo distinto, lamentano che la Corte di Bologna, "seguendo pedissequamente la motivazione del Giudice di primo grado, censurata sul punto da due specifici motivi di appello di (omissis) e senza spendere alcuna argomentazione a sostegno del rigetto degli stessi", abbia erroneamente ricostruito il regolamento di interessi contrattualmente predisposto dalle parti quanto alla valutazione della immutabilità dell'interesse di (omissis) alla conclusione del contratto definitivo di permuta. A dire



della ricorrente, tale conclusione sarebbe smentita già dall'aumento da € 200 ad € 500 giornalieri per il periodo successivo al 31 luglio 2010, aumento pattuito in sede di modifica consensuale di un preliminare già perfezionato e rimasto inadempito. Di seguito, la parte motiva delle prime tre censure analizza punto per punto la ricostruzione dei fatti attenenti al mutuo ed ai correlati oneri finanziari, all'inserimento delle villette nel piano particolareggiato del comune di (omissis) ed alle condizioni degli immobili.

Il quarto motivo di ricorso denuncia l'omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti - ai sensi dell'art. 360, n. 5 c.p.c. - "per inesistenza della motivazione sul punto relativo alla ritenuta eccessività della penale in considerazione del fatto che la stessa era 'quasi equivalente' al conguaglio in denaro previsto nel preliminare di permuta concluso tra le parti". Anche qui la Corte d'appello è accusata dalla ricorrente di aver "riproposto pedissequamente la medesima motivazione" del Tribunale. Per la ricorrente, il danno che deriva alla parte di un contratto di permuta non può parametrarsi sulla differenza di valore dei valori scambiati, e cioè sul conguaglio pattuito, come ritenuto nella sentenza impugnata.

4.1. I primi quattro motivi di ricorso possono esaminarsi congiuntamente per la loro connessione, risultando accomunati da profili di inammissibilità e comunque infondati.

4.2. Innanzitutto, opera la previsione d'inammissibilità del ricorso per cassazione, di cui all'art. 348 ter, comma 5, c.p.c., che esclude che possa essere impugnata ex art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c. la sentenza di appello "che conferma la decisione di primo grado" e che, come nella specie,



secondo quanto espone criticamente la stessa ricorrente, risulti fondata sulle stesse ragioni, inerenti alle questioni di fatto, poste a base della sentenza di primo grado (cd. doppia conforme).

Deve essere poi evidenziato che la mancata "disamina dei motivi di impugnazione", o comunque l'omesso esame di una questione che sia stata oggetto di un motivo d'appello, perché attinente ad un elemento rilevante per la dimostrazione del fatto costitutivo di una domanda o di una eccezione, vanno censurati per cassazione ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 4), c.p.c., trattandosi di "errores in procedendo" determinati dalla violazione dell'art. 112 c.p.c., e con come omesso esame circa un fatto storico, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c. (tra le tante, Cass. Sez. 2, 22/01/2018, n. 1539).

4.3. La sentenza della Corte d'appello di Bologna contiene peraltro la motivazione riferibile alle argomentazioni rilevanti per individuare e comprendere le ragioni, in fatto e in diritto, della decisione.

4.4. Il primo motivo in particolare, ma anche il secondo, il terzo ed il quarto, richiedono inammissibilmente alla Corte di cassazione di pervenire in via induttiva all'accertamento di una diversa volontà delle parti in relazione al contenuto della scrittura del 17 giugno 2010, per desumere che l'aumento della penale giornaliera ad € 500,00 rivelasse un interesse all'adempimento di carattere incrementale in capo ai contraenti. La ricorrente non specifica, agli effetti dell'art. 366, comma 1, n. 6, c.p.c., singole clausole o espressioni adottate nel testo contrattuale con riguardo alle quali far valere la violazione dei canoni legali di interpretazione contrattuale di cui agli artt. 1362 e ss. c.c., né fa esplicito riferimento alle regole legali di interpretazione, mediante





apposita indicazione delle norme asseritamente violate ed ai principi in esse contenuti, ma si limita a contrapporre la propria interpretazione della volontà negoziale a quella accolta nella sentenza impugnata.

Quanto alla violazione del precetto di cui all'art. 2697 c.c., essa si configura nell'ipotesi in cui il giudice abbia attribuito l'onere della prova ad una parte diversa da quella che ne era gravata in applicazione di detta norma, e non anche quando il ricorrente intenda denunciare, come nel caso di specie, una incongrua valutazione delle acquisizioni istruttorie.

4.5. E' in gioco, con riguardo ai primi quattro motivi di ricorso, la penale determinata in € 500 giornalieri nella scrittura del 17 giugno 2010, a fronte dell'importo di € 200 al giorno pattuito nel contratto originario del 17 giugno 2010, ed avendo sia il Tribunale che la Corte d'appello ritenuto eccessiva la misura di € 500 al giorno, perché alterava l'iniziale sinallagma della permuta, al punto di eguagliare quasi, già a dicembre 2010, l'importo del conguaglio stabilito nella permuta.

La tesi della ricorrente è che, avendo le parti con la scrittura del 2010 aumentato ad € 500 giornalieri l'iniziale penale di € 200, ciò ex se deporrebbe per un incremento del danno che (omissis) avrebbe subito in caso di ulteriore inadempimento di (omissis) .

Tale prospettazione è infondata alla luce dell'orientamento di questa Corte.

Il criterio cui il giudice deve fare riferimento per esercitare il potere di riduzione equitativa della penale non è la valutazione della prestazione, in sé, astrattamente considerata, ma l'interesse che la parte, secondo le concrete circostanze, ha all'adempimento della prestazione cui ha diritto, interesse stimato sia al momento della conclusione



del contratto, sia allorché la prestazione attesa sia stata poi, sia pure in ritardo, eseguita, o sia rimasta definitivamente ineseguita. L'interesse cui lo stesso giudice deve aver riguardo per stabilire la manifesta eccessività della penale non è, dunque, quello al risarcimento del danno subito dal creditore in dipendenza dello inadempimento, ma quello che il creditore stesso aveva all'esecuzione della prestazione contrattuale. Qualora, pertanto, la penale risulti adeguata all'interesse del creditore all'adempimento al momento della stipulazione del preliminare (come nella specie, al momento del contratto del 10 giugno 2009, che fissava in € 200 giornalieri l'importo), tenuto altresì conto delle ripercussioni del ritardo nella conclusione del definitivo, nessun rilievo può assumere sulla congruità della penale l'entità del pregiudizio che il creditore venga in concreto a subire per effetto del pregresso inadempimento del debitore, né la sopravvenienza di fatti che modifichino detto interesse del creditore (cfr. Cass. Sez. 3, 29/03/1976, n. 1130; Cass. Sez. 2, 21/10/1991, n. 11115; Cass. Sez. 3, 21/04/1965, n. 699; Cass. Sez. 2, 09/11/1994, n. 9304; Cass. Sez. 3, 08/05/2001, n. 6380; Cass. Sez. 3, 05/08/2002, n. 11710; Cass. Sez. 2, 23/05/2002, n. 7528; Cass. Sez. 3, 18/03/2003, n. 3998; Cass. Sez. 2, 16/03/2007, n. 6158; Cass. Sez. 1, 09/05/2007, n. 10626).

L'identità dell'interesse della creditrice (omissis) all'adempimento della prestazione dovuta dalla (omissis), nel corso del rapporto contrattuale, è stata apprezzata in fatto dai giudici del merito, con valutazione non sindacabile in sede di legittimità per violazione di norme di diritto, ed in base a tale interesse, tenendo conto delle concrete ripercussioni dell'inadempimento sull'equilibrio delle



prestazioni, è stato correttamente esercitato il potere di riduzione della seconda penale.

5. Il quinto motivo del ricorso della (omissis) S.r.l. denuncia la nullità della sentenza o del procedimento – ai sensi dell’art. 360, n. 4, c.p.c. - per violazione e falsa applicazione degli artt. 132, 112 c.p.c., avendo la Corte d’appello pronunciato in accoglimento dell’appello incidentale avverso, benché lo stesso (di per sé inammissibile per palese mancato rispetto dell’art. 342 c.p.c.) fosse stato espressamente rinunciato dall’appellante incidentale stessa. Si fa riferimento alla rinuncia all’appello incidentale proposto in sede di costituzione, rinuncia spiegata dal difensore dalla (omissis) nelle conclusioni all’udienza del 13 settembre 2016, poi ribadita nella comparsa conclusionale e nella memoria di replica. In tale rinuncia si assumeva che l’appello incidentale risultava tardivamente proposto e si faceva riferimento ai “due punti sub I delle conclusioni” nella comparsa di risposta nel giudizio di secondo grado.

Sul punto, la controricorrente (omissis) oppone che “la rinuncia all’appello incidentale espressa da questa difesa ... non è stata accettata”, e che comunque la Corte d’appello “si è basata sulla disposizione di cui all’art. 334 c.p.c., che ne consente l’accoglimento anche quando sia tardivo”. Si aggiunge dal controricorrente che “la mancanza di un formale appello incidentale ... non poteva influire sull’indagine complessiva e la conseguente valutazione delle opposte ragioni che la Corte doveva necessariamente svolgere nell’ambito dell’appello principale”.

Il sesto motivo di ricorso denuncia la nullità della sentenza o del procedimento – ai sensi dell’art. 360, n. 4, c.p.c., per violazione del giudicato interno e dell’art. 342 c.p.c.,



dovendosi dichiarare inammissibile l'appello incidentale per carenza dei requisiti di cui all'art. 342 c.p.c.

5.1. Il quinto motivo di ricorso risulta fondato, nei sensi di cui in motivazione, e l'accoglimento di esso assorbe il sesto motivo di ricorso, il quale perde di immediata rilevanza decisoria.

La Corte d'appello di Bologna è incorsa in extrapetizione in quanto, in parziale accoglimento dell'appello incidentale, proposto dalla (omissis) nella comparsa di costituzione e poi rinunciato nelle conclusioni all'udienza del 13 settembre 2016, ha revocato il decreto ingiuntivo n. 665/2011 ed ha dichiarato non dovuta da (omissis) S.p.a. a (omissis) S.r.l. alcuna somma a titolo di penale per il periodo successivo al 31 luglio 2010.

Basta qui considerare che nel giudizio di appello, la rinuncia all'impugnazione da parte dell'appellante (principale o incidentale) equivale a rinuncia all'azione e pertanto fa venir meno il potere-dovere del giudice di pronunciare con efficacia immediata e determina il passaggio in giudicato della sentenza di primo grado, senza necessitare, a differenza della rinuncia agli atti, di accettazione da parte dell'appellato (Cass. Sez. 6 -2, 06/03/2018, n. 5250; Cass. Sez. 2, 03/08/1999, n. 8387; Cass. Sez. 1, 19/05/1995, n. 5556).

6. Il settimo motivo di ricorso deduce la nullità della sentenza o del procedimento – ai sensi dell'art. 360, n. 4, c.p.c. – per violazione e falsa applicazione degli artt. 112 e 132 c.p.c., avendo la Corte d'appello omesso la pronuncia sul motivo di appello relativo al capo della sentenza di primo grado con cui era stata disposta la compensazione delle spese di lite.



6.1. L'accoglimento del quinto motivo del ricorso, con la conseguente cassazione con rinvio della causa, comporta l'assorbimento del settimo motivo sulla ripartizione dell'onere delle spese di lite, in quanto la relativa censura è diretta contro una statuizione che, per il suo carattere accessorio, è destinata ad essere travolta dall'annullamento che viene disposto dalla sentenza impugnata, a seguito del quale la liquidazione delle spese delle precorse fasi del giudizio va effettuata dal giudice di rinvio, tenendo conto dell'esito finale del giudizio.

7. In definitiva, deve accogliersi il quinto motivo di ricorso, dichiararsi assorbiti il sesto ed il settimo motivo e rigettarsi i primi quattro motivi. La sentenza impugnata viene cassata in relazione al motivo accolto, con rinvio, anche per provvedere sulle spese del giudizio di cassazione, alla Corte d'appello di Bologna in diversa composizione, che deciderà la causa uniformandosi ai principi enunciati e tenendo conto dei rilievi svolti.

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

La Corte accoglie il quinto motivo di ricorso, dichiara assorbiti il sesto ed il settimo motivo e rigetta i primi quattro motivi, cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto, con rinvio, anche per provvedere sulle spese del giudizio di cassazione, alla Corte di appello di Bologna in diversa composizione.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Seconda sezione civile della Corte Suprema di Cassazione, il 10 dicembre 2021.

Il Presidente

ROSA MARIA DI VIRGILIO

