

Civile Sent. Sez. 2 Num. 3308 Anno 2019

Presidente: LOMBARDO LUIGI GIOVANNI

Relatore: OLIVA STEFANO

Data pubblicazione: 05/02/2019

SENTENZA

sul ricorso 4313-2015 proposto da:

PEREGO MARIO e PRIOR GIUSEPPINA, elettivamente domiciliati in ROMA, VIALE PARIOLI n.79 H, presso lo studio dell'avvocato PIO CORTI, che li rappresenta e difende unitamente all'avvocato FELICE BRUSATORI

- ricorrenti -

contro

CONIT S.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA ATTILIO REGOLO n.12/D, presso lo studio dell'avvocato ITALO CASTALDI, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato GIUSEPPE MARELLI

b

3308

2018

- controricorrente -

avverso la sentenza n.4616/2013 della CORTE D'APPELLO di MILANO, depositata il 17/12/2013;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 22/11/2018 dal Consigliere Dott. STEFANO OLIVA;

udito il P.G. nella persona del Sostituto Dott. ALESSANDRO PEPE, che ha concluso per l'accoglimento del secondo e quinto motivo del ricorso e per il rigetto degli altri;

udito l'Avvocato ITALO CASTALDI per la parte controricorrente, che ha concluso per il rigetto del ricorso

FATTI DI CAUSA

Con atto di citazione notificato il 19.1.2007 CONIT SRL esponeva di aver stipulato nel 1988 per atto pubblico con il Comune di Gallarate una convenzione per la concessione e gestione di un autoparcheggio multiplo in ampliamento della preesistente struttura sita in Gallarate, piazzale Europa; che con successivo atto pubblico del 1992 era stato precisato tra le parti che con l'atto del 1988 era stato costituito a favore di CONIT il diritto di superficie; che quindi l'attrice era divenuta proprietaria dei box e posti auto compresi nella struttura predetta. Deduceva poi di esser stata dichiarata fallita con sentenza del 23.11.2000 del Tribunale di Milano e che con successiva sentenza dello stesso ufficio n.161 del 5.1.2005 era stato omologato il concordato fallimentare, la cui esecuzione integrale era poi stata certificata dal Tribunale con decreto del 18.10.2005.

Nel frattempo l'attrice, con atto del 31.3.1989, aveva promesso di vendere a Perego Mario e Prior Giuseppina il diritto d'uso, per 80 anni dalla consegna, di un box compreso nell'autosilo. Non essendo stato eseguito il preliminare, il Perego e la Prior, insieme ad altri promissari acquirenti versanti

in analogia posizione soggettiva, avevano proposto domanda ex art.2932 c.c. che il Tribunale di Busto Arsizio aveva respinto con sentenza n.1088/1994. Era stato interposto appello avverso detta decisione e la Corte di Appello di Milano, con sentenza n.2597/1998 (passata in giudicato) aveva dichiarato la nullità dei contratti preliminari stipulati tra le parti, sul presupposto che essi fossero finalizzati a realizzare il trasferimento di diritti d'uso difformi dal tipo legale.

Su tali presupposti CONIT evocava in giudizio Perego Mario e Prior Giuseppina, occupanti senza titolo del box sin dal 1990, per il rilascio del bene predetto, il pagamento delle spese di gestione e dell'indennità di occupazione del bene. Si costituivano in giudizio i convenuti resistendo alla domanda ed eccependo: in primo luogo, la carenza di legittimazione attiva di CONIT perché *medio tempore* della convenzione per la gestione dell'autosilo era divenuta titolare Car Service Sas; in secondo luogo, che la sentenza della Corte di Appello di Milano n.2597/1998 non costituiva giudicato sulla nullità del contratto preliminare in quanto il relativo accertamento era stato svolto soltanto in via incidentale; in terzo luogo, la prescrizione delle richieste di pagamento avanzate da CONIT, in tesi ai sensi degli artt.2947 e 2948 c.c. (ovvero per prescrizione breve) e comunque ai sensi dell'art.2946 c.c. (prescrizione ordinaria). In via riconvenzionale, i convenuti chiedevano disporsi la conversione del contratto nullo in altro avente ad oggetto il diritto di superficie e invocavano la relativa sentenza costitutiva ai sensi dell'art.2932 c.c. Sempre in via riconvenzionale, chiedevano condannarsi CONIT al pagamento del doppio della caparra da loro versata al preliminare.

La causa veniva istruita con produzioni documentali, prove orali e CTU e all'esito era decisa con sentenza n.206/2009, con



la quale il Tribunale di Busto Arsizio, ritenuta la legittimazione ad agire di CONIT in quanto proprietaria del bene giusta la sentenza della Corte di Appello di Milano n.2587/1998 dianzi menzionata e nulla la promessa di vendita intercorsa tra le parti il 31.3.1989, sempre in base alla medesima decisione, condannava i convenuti a restituire il box alla società attrice e al pagamento della relativa indennità di occupazione; respingeva di conseguenza la domanda ex art.2932 c.c. proposta in via riconvenzionale dai convenuti ma accoglieva l'altra domanda riconvenzionale, condannando CONIT a restituire al Perego e alla Prior la caparra a suo tempo ricevuta, senza la maggiorazione del raddoppio in assenza di inadempimento colpevole del percipiente. In proposito, il Tribunale dimezzava l'importo di € 10.070,91 indicato dal Perego e dalla Prior nel foglio di precisazione delle conclusioni, ritenendo che esso si riferisse al doppio della caparra.

Avverso tale decisione proponeva appello CONIT invocando la condanna del Perego e della Prior al pagamento di un maggior importo a titolo di indennità di occupazione e delle spese di gestione del box per il periodo di occupazione, nonché la riduzione della somma posta a carico di essa appellante nella misura del 30% del credito, in applicazione dell'art.135 L. Fall. e in coerenza con la percentuale del concordato fallimentare omologato dal Tribunale di Milano con sentenza n.161/2005.

Resistevano all'impugnazione principale gli appellati, invocandone il rigetto e spiegando a loro volta appello incidentale per l'accoglimento delle domande riconvenzionali da loro svolte in prime cure e non accolte dal Tribunale. Deducevano in particolare, per quanto qui ancora rileva, che il Tribunale aveva erroneamente dimezzato l'importo di € 10.070,91 da loro invocato in restituzione, posto che esso



corrispondeva esattamente alla caparra a suo tempo versata e che solo per errore materiale era stato indicato, nel foglio di precisazione delle conclusioni in prime cure, che detta somma era invece pari al doppio della caparra.

Con la sentenza oggi impugnata, n.4616/2013, la Corte di Appello di Milano riteneva preliminarmente che la precedente sentenza n.2597/1998 resa dalla stessa Corte territoriale, ormai in giudicato, avesse accertato definitivamente la nullità della promessa di vendita intercorsa tra le parti nel 1989, sulla base di due argomenti, e cioè: (1) l'inammissibile possibilità della mutazione della durata del diritto d'uso ad arbitrio del Comune concedente; (2) l'incompatibilità del termine di 80 anni con la natura del diritto d'uso, sia con riferimento all'art.1021 c.c. che con riguardo al rinvio operato dalla legge agli artt.1026 e 979 c.c. relativi al divieto di usufrutto per una durata eccedente quella della vita dell'usufruttuario. Riteneva la Corte di Appello che il predetto accertamento non fosse incidentale, ma integrasse l'essenza della decisione del 2008, e quindi respingeva sia la domanda di conversione del preliminare nullo, perché la modifica da diritto d'uso a diritto di superficie avrebbe dovuto corrispondere ad una originaria volontà comune delle parti, sia la domanda di esecuzione in forma specifica del contratto preliminare dichiarato nullo. La Corte di Appello affermava poi che CONIT non aveva documentato adeguatamente le spese di gestione delle quali invocava il rimborso, e quindi confermava la decisione del Tribunale sul punto. Confermava inoltre la condanna di CONIT alla restituzione della somma di € 5.035,45 senza pronunciarsi sul motivo di appello concernente l'erronea dimidiazione del maggior importo invocato dal Perego e dalla Prior nel foglio di precisazione delle conclusioni in prima istanza. Escludeva poi la

falcidia fallimentare in quanto riteneva che detto credito fosse sorto con la sentenza conclusiva della complessa vicenda processuale e sostanziale e che, quindi, non fosse compreso nella massa passiva fallimentare. Accoglieva infine l'appello limitatamente agli interessi sulla caparra, che riconosceva in favore del Perego e della Prior a far data dalla domanda, proposta in via riconvenzionale il 4.4.2007.

Propongono ricorso per la cassazione di detta decisione Perego Mario e Prior Giuseppina affidandosi a cinque motivi. Resiste con controricorso CONIT Srl.

La parte controricorrente ha depositato memoria.

RAGIONI DELLA DECISIONE

Preliminarmente, si dà atto che la medesima questione, proposta da altri soggetti versanti in posizione analoga rispetto agli odierni ricorrenti, è stata già affrontata e decisa da questa Corte con sentenza n.17905 del 06/03/2018, con ordinanza n.22053 del 28/03/2018 e, da ultimo, con sentenza n.23576 del 28/09/2018.

Con il primo motivo, i ricorrenti lamentano la violazione degli artt.2909 e 1421 c.c.e dell'art.112 c.p.c. in relazione all'art.360 nn.3, 4 e 5 c.p.c.; l'omesso esame di un fatto decisivo; l'omessa, errata e contraddittoria motivazione; l'inammissibilità della domanda e la contraddittorietà della decisione; la violazione dell'art.183 sesto comma c.p.c.; la decadenza e inammissibilità dell'azione; la nullità originaria o derivata ex artt.1418, 1421, 1422 e 1423 c.c. del contratto del 31.3.1989 e dei suoi atti presupposti, con particolare riferimento alla convenzione del 28.12.1988 per atto del notaio Lainati; la decadenza per violazione dell'art.17 della convenzione predetta; la carenza di legittimazione processuale e sostanziale in capo alla CONIT Srl.

La censura, ai limiti dell'ammissibilità per la sua formulazione omnicomprensiva, propone diversi temi di censura, che è opportuno trattare separatamente.

1) Innanzitutto, ad avviso dei ricorrenti non sarebbe mai stata accertata con sentenza passata in giudicato la nullità del preliminare poiché la sentenza della Corte di Appello di Milano n.2597/98 aveva rilevato detta nullità solo incidentalmente e d'ufficio, sul presupposto che la durata di 80 anni prevista nel preliminare del 31.3.1989 prefigurasse la costituzione di un diritto d'uso difforme dal tipo legale dell'art.1021 c.c. ed incompatibile con i bisogni dell'utente e della sua famiglia (art.979 c.c.). In effetti, il passaggio motivazionale della richiamata sentenza n.2597/98 relativo alla nullità del preliminare recita, testualmente, che *"in armonia con il disposto dell'art.1421 c.c. la nullità deve essere rilevata incidentalmente (Cass. 2.4.1997 n.2858), non già dichiarata, ove non vi sia domanda di chicchessia in tal senso"*.

I ricorrenti deducono poi che la questione di cui si discute sarebbe stata proposta in questo giudizio da CONIT Srl solo con la memoria ex art.183 sesto comma n.1 c.p.c. e che la tardività e l'inammissibilità della nuova domanda sarebbe stata contestata dai medesimi ricorrenti con le memorie ex art.183 sesto comma nn.2 e 3 c.p.c., nella comparsa conclusionale in prime cure e nella comparsa di costituzione in appello (cfr. pagg.30 e 31 del ricorso).

Il Tribunale prima, e la Corte di Appello poi, non avrebbero mai pronunciato sulla predetta eccezione di novità.

In realtà, la questione è superata dalla sentenza delle S.U. di questa Corte n.26242 del 12/12/2014 (Rv.633502), secondo la quale *"La rilevazione ex officio delle nullità negoziali (sotto qualsiasi profilo, anche diverso da quello allegato dalla parte,*

ed altresì per le ipotesi di nullità speciali o di protezione) è sempre obbligatoria, purché la pretesa azionata non venga rigettata in base ad una individuata ragione più liquida, e va intesa come indicazione alle parti di tale vizio; la loro dichiarazione, invece, ove sia mancata un'espressa domanda della parte sia pure all'esito della suddetta indicazione officiosa, costituisce statuizione facoltativa (salvo per le nullità speciali, che presuppongono una manifestazione di interesse della parte) del medesimo vizio, previo suo accertamento, nella motivazione e/o nel dispositivo della pronuncia, con efficacia, peraltro, di giudicato in assenza di impugnazione".

In base alla richiamata pronuncia, la nullità rilevata dal giudice di merito, anche di ufficio, costituisce sempre statuizione suscettibile di passare in giudicato, a meno che si tratti di nullità speciali rilevabili per espressa disposizione di legge soltanto ad istanza della parte interessata (ipotesi che non ricorre nel caso che qui interessa). Ne consegue che l'accertamento operato dalla Corte di Appello di Milano con la sentenza n.2597/98, che è pacificamente passata in giudicato, spiega i suoi effetti anche nel presente giudizio, come ha correttamente ritenuto la Corte meneghina nella successiva decisione oggi impugnata.

Di conseguenza, non si ravvisa neppure un'omessa pronuncia sull'eccezione di tardività della domanda di nullità del preliminare del 31.3.1989, che CONIT Srl ha formalmente proposto in questo giudizio solo con la memoria ex art.183 sesto comma n.1 c.p.c. La Corte di Appello ha infatti implicitamente respinto la predetta eccezione, avendo ravvisato la formazione del giudicato sulla nullità del contratto preliminare in conseguenza della mancata impugnazione della precedente sentenza n.2597/98.

2) I ricorrenti, nel prosieguo del motivo (cfr. in particolare le pagg.31 e 32 del ricorso) contestano la modifica del titolo della domanda di restituzione delle spese di gestione proposta da CONIT Srl nelle fasi di merito, in quanto inizialmente -con l'atto di citazione introduttivo- la società aveva chiesto il rimborso di spese asseritamente anticipate per la gestione dell'autosilo, mentre nella memoria depositata ex art.183 sesto comma n.1 c.p.c. CONIT Srl aveva dedotto la diversa circostanza secondo cui dette spese sarebbero state anticipate all'attuale concessionaria del parcheggio.

La censura è sfornita di interesse concreto, posto che la richiesta di rimborso di dette spese proposta da CONIT Srl nelle fasi di merito è stata respinta.

3) I ricorrenti si dolgono poi (cfr. pag.33 del ricorso) del mancato rilievo, da parte della Corte territoriale, della tardività delle eccezioni di prescrizione, di decadenza, di falcidia concordataria della domanda restitutoria proposte dai ricorrenti medesimi, nonché di giudicato, che CONIT Srl aveva sollevato solo nella memoria ex art.183 sesto comma n.1 c.p.c.

Anche questa censura difetta di interesse concreto, posto che la Corte territoriale ha respinto la domanda formulata dal Perego e dalla Prior sulla base di *rationes* non riconducibili alle eccezioni di cui anzidetto.

4) I ricorrenti lamentano ancora (cfr. pag.34 del ricorso) l'omesso esame, da parte della Corte di Appello, della richiesta di voltura della convenzione con il Comune di Gallarate che CONIT Srl ha presentato il 24.1.97, della delibera del Comune del 22.10.97 con la quale è stata consentita la modifica del concessionario e della lettera del nuovo concessionario Car Service Sas del 14.2.98, in relazione all'eccezione di carenza di



legittimazione attiva e di titolarità del diritto fatto valere in capo a CONIT, proposta dagli stessi ricorrenti.

La censura è infondata.

Ed invero dalla sentenza impugnata (cfr. pag.12) risulta che la questione della legittimazione attiva di *-recte*, di titolarità del rapporto in capo a- CONIT Srl era stata dedotta in primo grado e disattesa dal Tribunale, con statuizione che non risulta esser stata specificamente impugnata dagli odierni ricorrenti. In proposito, *"Le contestazioni, da parte del convenuto, della titolarità del rapporto controverso dedotto dall'attore hanno natura di mere difese, proponibili in ogni fase del giudizio, senza che l'eventuale contumacia o tardiva costituzione assuma valore di non contestazione o alteri la ripartizione degli oneri probatori, ferme le eventuali preclusioni maturate per l'allegazione e la prova di fatti impeditivi, modificativi od estintivi della titolarità del diritto non rilevabili dagli atti"* (Cass. Sez. U, Sentenza n.2951 del 16/02/2016, Rv.638372). Tra le altre preclusioni, vi è senz'altro quella del giudicato interno, conseguente al rigetto dell'eccezione da parte del giudice di prima istanza e alla sua mancata riproposizione come specifico motivo di appello.

5) Nel prosieguo del primo articolato motivo, i ricorrenti lamentano l'illegittima trasformazione del diritto d'uso in diritto di superficie, che sarebbe stato operato con l'atto pubblico del 1992 concluso tra il Comune di Gallarate e la CONIT Srl, sul presupposto che le concessioni edilizie erano state rilasciate in vista dell'originaria destinazione del bene e che, di conseguenza, sarebbero nulle da una parte tutte le differenti destinazioni del bene stesso, e dall'altra parte la volturazione del rapporto convenzionale in favore di Car Service Sas, avvenuta nel 1997, anche considerato che l'art.14

dell'originaria convenzione non prevedeva il subingresso di altro gestore in caso di recesso o rinuncia di CONIT Srl (cfr. pag.35 del ricorso).

La censura è inammissibile perché introduce temi mai proposti nel giudizio di merito. Né i ricorrenti indicano, nel corpo del motivo, in quale momento del processo la specifica doglianza sarebbe stata sollevata.

Per altro verso, i ricorrenti difettano anche di interesse concreto all'impugnazione, considerato che il tema della legittimità del subingresso e della sua congruità rispetto all'originaria destinazione dell'autosilo riguarda semmai il rapporto tra ente concedente, iniziale concessionario e terzo subentrante. Per gli acquirenti –o promissari acquirenti– dei box compresi nell'autosilo, come la ricorrente, è irrilevante il soggetto nei cui confronti dev'essere operato il saldo del prezzo di acquisto.

6) Infine, i ricorrenti lamentano (cfr. pag.40 del ricorso) che la Corte di appello non avrebbe rilevato la sussistenza del giudicato esterno sulla domanda di restituzione proposta da CONIT Srl in questa sede, posto che la stessa domanda era stata formulata e respinta nel primo giudizio, conclusosi con la sentenza della Corte di Appello di Milano n.2597/98.

La censura difetta di specificità, poiché i ricorrenti non trascrivono, nel corpo del motivo, il passaggio della sentenza n.2597/98 in base al quale si sarebbe –in ipotesi– formato il dedotto giudicato esterno. Infatti *"Nel giudizio di legittimità, il principio della rilevabilità del giudicato esterno va coordinato con l'onere di autosufficienza del ricorso; pertanto la parte ricorrente che deduca l'esistenza del giudicato deve, a pena d'inammissibilità del ricorso, riprodurre in quest'ultimo il testo integrale della sentenza che si assume essere passata in*

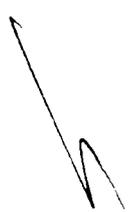
giudicato, non essendo a tal fine sufficiente il richiamo a stralci della motivazione” (Cass. Sez.2, Sentenza n.15737 del 23/06/2017, Rv.644674; conf. Cass. Sez.5, Sentenza n.2617 del 11/02/2015, Rv.634157; Cass. Sez. L, Sentenza n.26627 del 13/12/2006, Rv.593799; da ultimo, Cass. Sez.L, Sentenza n.5508 del 08/03/2018, Rv.647532).

In definitiva, l'intero primo motivo, nelle sue differenti articolazioni, va rigettato.

Con il secondo motivo i ricorrenti lamentano la violazione degli artt.112 e 116 c.p.c. e degli artt.2033-2038, 2037 e 2697 c.c. in riferimento all'art.360 nn.3, 4 e 5 c.p.c.; l'ultrapetizione con riferimento alla violazione dell'art.1224 c.c.; l'omissione e l'illogicità della motivazione; la contrarietà della sentenza appellata ai documenti in atti ed al contenuto della promessa di vendita del 31.3.1989.

La censura si articola in due parti.

1) La prima di esse attiene alla valutazione delle risultanze istruttorie, che –ad avviso dei ricorrenti– sarebbero state erroneamente considerate dal giudice di merito. In particolare, il Tribunale avrebbe errato nel ritenere che il box fosse stato consegnato da CONIT Srl alla parte promissaria acquirente, posta la mancanza del relativo verbale di consegna; non avrebbe tenuto conto che i ricorrenti non hanno mai dedotto né rivendicato di avere alcun possesso sul bene *de quo*; avrebbe erroneamente valutato le risultanze della testimonianza Godio, non avvedendosi in particolare della non veridicità delle sue dichiarazioni e quindi dell'inattendibilità della testimonianza; non avrebbe valutato adeguatamente la testimonianza Corno, che avrebbe smentito le dichiarazioni del teste Godio; non avrebbe considerato che il teste Carnaghi non aveva saputo riferire nulla sul possesso del box di cui è causa; non avrebbe



considerato in modo corretto i documenti allegati al fascicolo delle fasi di merito.

Tutte queste doglianze attengono chiaramente al merito della causa e sono inammissibili in questa sede.

In ogni caso, per quanto attiene al possesso del box, è opportuno precisare che la Corte territoriale ne ha ritenuto la sussistenza in capo agli odierni ricorrenti, valorizzando la circostanza che erano stati questi ultimi a dedurre, nella loro comparsa di costituzione in prime cure, di possedere il bene in questione (cfr. pag.15 della sentenza impugnata). In proposito, i ricorrenti non hanno riportato, nel corpo del motivo, il passo dell'atto richiamato dalla Corte di Appello, al fine di dimostrare l'eventuale erroneità dell'assunto appena evidenziato: ne consegue che la doglianza difetta anche di specificità.

2) Nella seconda parte del motivo, invece (cfr. pagg.57 e ss. del ricorso), viene dedotta la violazione dell'art.2037 c.c. perché la Corte di Appello avrebbe erroneamente condannato i ricorrenti al pagamento di una indennità di occupazione del box oggetto del preliminare del 31.3.1989, senza avvedersi che la norma appena richiamata prevede che solo colui che abbia ricevuto indebitamente la cosa abbia l'obbligo di corrispondere un'indennità in caso di suo perimento, mentre nel caso di specie non sarebbe configurabile alcuna consegna indebita del box di cui è causa.

La norma invocata dai ricorrenti non è applicabile alla fattispecie, in cui non si configura un caso di perimento della cosa, cui consegue -in forza del secondo comma del richiamato art.2037 c.c.- l'obbligo del soggetto che l'abbia indebitamente ricevuta di corrisponderne il valore o, se il perimento è parziale, un'indennità corrispondente alla perdita di valore del bene, ma piuttosto un uso del box protrattosi per quasi

trent'anni (dal 1989 ad oggi) senza valido titolo, a fronte del quale l'occupante è chiamato ad indennizzare il proprietario del bene per la mancata disponibilità di quest'ultimo, mediante versamento a suo favore di un'indennità parametrata al valore locativo medio del bene stesso.

Nel caso di specie, a seguito della dichiarazione di nullità del preliminare del 31.3.1989 sancita dalla sentenza della Corte di Appello di Milano n.2597/98 gli odierni ricorrenti non avevano alcun titolo a continuare a detenere il box e, quindi, avrebbero dovuto restituirlo senza ritardo al legittimo proprietario. Ne consegue la correttezza della statuizione del giudice di primo grado, confermata anche dalla Corte di Appello, e il rigetto della doglianza.

Con il terzo motivo i ricorrenti lamentano la violazione degli artt.1424 e 2932 c.c. in relazione all'art.360 nn.3 e 5 c.p.c.; l'errata interpretazione e l'omessa motivazione circa un fatto decisivo del giudizio; il travisamento fattuale e motivazionale; l'omessa, errata e contraddittoria motivazione; la violazione degli artt.112 c.p.c. e dell'art.1422 c.c. nonché il travisamento dei fatti, l'omessa e illogica motivazione e la contraddittorietà della sentenza appellata con i documenti allegati agli atti del giudizio.

Ad avviso dei ricorrenti, la Corte di Appello di Milano avrebbe erroneamente respinto la domanda di esecuzione specifica del preliminare del 31.3.1989 da loro proposta nei gradi di merito, posto che essa presupponeva la conversione del predetto negozio, ritenuto nullo dalla sentenza n.2597/98 della Corte milanese, in altro contratto valido avente ad oggetto la promessa di trasferimento, in capo ai ricorrenti, del diritto di superficie sul box di cui è causa. Inoltre, la Corte territoriale avrebbe errato nel valorizzare il fatto che gli odierni ricorrenti

non avevano, a suo tempo, prestato il loro consenso alla stipulazione del passaggio definitivo di proprietà del box, in quanto detto rifiuto era legato proprio alla mancata conversione del negozio nullo in altro, valido, con il quale la CONIT si impegnava a trasferire agli odierni ricorrenti il diritto di superficie, e non il mero diritto d'uso, del bene *de quo*.

La censura si risolve in un'inammissibile istanza di revisione del procedimento ricostruttivo della volontà delle parti operato dalla Corte di Appello. In proposito, in continuità con il precetto contenuto nella sentenza delle S.U. di questa Corte n.24148 del 25/10/2013 (Rv. 627790) va ribadito che il motivo di ricorso non può mai risolversi *"in un'inammissibile istanza di revisione delle valutazioni e del convincimento del giudice di merito tesa all'ottenimento di una nuova pronuncia sul fatto, certamente estranea alla natura ed ai fini del giudizio di cassazione"*.

Per altro verso, *"La parte che, con il ricorso per cassazione, intenda denunciare un errore di diritto o un vizio di ragionamento nell'interpretazione di una clausola contrattuale, non può limitarsi a richiamare le regole di cui agli artt.1362 e ss. c.c., avendo invece l'onere di specificare i canoni che in concreto assuma violati, ed in particolare il punto in cui il giudice di merito si sia dagli stessi discostato, non potendo le censure risolversi nella mera contrapposizione tra l'interpretazione del ricorrente e quella accolta nella sentenza impugnata, poiché quest'ultima non deve essere l'unica astrattamente possibile ma solo una delle plausibili interpretazioni, sicché, quando di una clausola contrattuale sono possibili due o più interpretazioni, non è consentito alla parte che aveva proposto l'interpretazione poi disattesa dal giudice di merito dolersi in sede di legittimità del fatto che sia*

stata privilegiata l'altra" (Cass. Sez.3, Sentenza n.28319 del 28/11/2017, Rv.646649; conf. Cass. Sez.3, Sentenza n.24539 del 20/11/2009, Rv.610944).

Ed inoltre, *"Ai fini della conversione del contratto ex art. 1424 c.c. deve sussistere un duplice requisito, da un lato, il rapporto di continenza tra il contratto nullo e quello in cui quello affetto da invalidità totale dovrebbe esser convertito, dall'altro, il comune orientamento delle parti verso tale risultato"* (Cass. Sez. 3, Ordinanza n.23644 del 10/10/2017, Rv.645826; conf. Cass. Sez. 2, Sentenza n.6004 del 05/03/2008, Rv.602268).

Nel caso di specie la sentenza impugnata ha escluso la possibilità di far luogo alla conversione del negozio nullo *"poiché il radicale mutamento dell'oggetto prospettato (da cessione del diritto d'uso a cessione del diritto di superficie) dovrebbe corrispondere, giusta l'art.1424 c.c., ad una non sopravvenuta, ma originaria volontà comune delle parti, che sicuramente non si desume dalla corrispondenza menzionata a pag.11 della gravata sentenza"*.

I ricorrenti contestano tale ricostruzione, affermando che l'ipotesi della conversione sarebbe stata legata non alla volontà originaria delle parti, ma alla declaratoria di nullità del preliminare contenuta nella sentenza della Corte di Appello di Milano n.2597/98. In tal modo, il Perego e la Prior finiscono per proporre un'interpretazione alternativa a quella seguita dalla Corte territoriale, formulando una censura inammissibile alla luce del principio posto dalla sentenza delle S.U. di questa Corte n.24148 del 25/10/2013 (Rv. 627790), già richiamata in precedenza. Peraltro, nel ricorso non viene chiarito quale sarebbe l'ipotetico rapporto di continenza tra contratto nullo (preliminare di vendita del diritto d'uso) e negozio in cui l'accordo originario dovrebbe essere convertito (preliminare di

vendita del diritto di superficie): continenza che, ad ogni modo, sembra potersi escludere in radice, posta l'evidente maggiore ampiezza del diritto di superficie *-recte*, di proprietà superficiaria- rispetto al semplice diritto d'uso. Né viene adeguatamente approfondito, nel corpo del motivo in esame, il tema della comune volontà delle parti, indispensabile ai fini della conversione del negozio nullo, che deve evidentemente emergere da circostanze concrete che, nella specie, non risultano neppure indicate dai ricorrenti.

Da quanto precede consegue l'inammissibilità della censura, che appare finalizzata ad ottenere il riesame della valutazione di merito operata dalla Corte territoriale.

Con il quarto motivo i ricorrenti lamentano la violazione e falsa applicazione degli artt.1224, 1282 c.c. e 112 c.p.c. in relazione all'art.360 n.3 c.p.c. perché la Corte di Appello avrebbe erroneamente riconosciuto la decorrenza degli interessi dovuti da CONIT sulla caparra percepita all'atto del preliminare del 31.3.1989 (dichiarato nullo dalla sentenza della Corte meneghina n.2597/1998) solo a decorrere dalla domanda. Ad avviso dei ricorrenti, infatti, detti interessi avrebbero dovuto essere riconosciuti a decorrere dal pagamento, trattandosi di prestazione eseguita in esecuzione di un contratto nullo.

La censura va rigettata, in quanto nell'ipotesi di dichiarazione di nullità di un contratto la disciplina degli obblighi restitutori tra le parti è mutuata da quella dell'indebito oggettivo, poiché viene a mancare la causa giustificativa delle rispettive attribuzioni patrimoniali eseguite in forza del contratto nullo (Cass. Sez. 2, Sentenza n.20651 del 25/10/2005, Rv.585246).

Di conseguenza, in coerenza con la previsione di cui all'art.2033 c.c., colui che ha ricevuto un pagamento non dovuto in base ad un contratto dichiarato nullo è tenuto a

restituire al *solvens* la somma percepita, con frutti ed interessi dal giorno del pagamento, qualora l'*accipiens* era in mala fede, ovvero dal giorno della domanda, qualora invece quegli era in buona fede (Cass. Sez. 1, Sentenza n.8564 del 08/04/2009, Rv.607950). Considerato che in materia di indebito la buona fede si presume (Cass. Sez. 3, Sentenza n.11259 del 30/07/2002, Rv.556414; conf. Cass. Sez. 3, Sentenza n.21113 del 31/10/2005, Rv.584444 e Cass. Sez. 3, Sentenza n.10297 del 07/05/2007, Rv.596440) la decisione della Corte territoriale appare corretta, posto che i ricorrenti non hanno dedotto, nel corpo del motivo, di aver adeguatamente dimostrato nelle fasi di merito la malafede dell'*accipiens*.

Con il quinto ed ultimo motivo i ricorrenti lamentano la violazione dell'art.112 c.p.c. per omessa pronuncia della Corte di Appello sul motivo attinente all'erronea dimidiazione della somma originariamente da loro invocata in restituzione. Ad avviso dei ricorrenti, tale falcidia sarebbe dovuta ad un errore materiale, poiché nel foglio di precisazione delle conclusioni da loro depositato in prima istanza l'importo di € 10.070,91 -in origine richiesto in restituzione in quanto corrispondente alla caparra a suo tempo versata, pari a lire 19.500.000- era stato indicato come corrispondente al doppio della caparra.

In effetti il Perego e la Prior avevano invocato, in prime cure, la restituzione della caparra da loro versata, pari ad € 10.070,91 ed avevano reiterato la richiesta in sede di precisazione delle conclusioni, inserendo tuttavia nel foglio di precisazione il riferimento al doppio della caparra, evidentemente a seguito di una mera svista. Il Tribunale, senza ravvisare in detto comportamento alcuna rinunzia parziale alla domanda *ad origine* formulata dagli odierni ricorrenti, aveva dimidiato l'importo indicato nel foglio di precisazione, erroneamente

considerandolo pari al doppio della caparra. I ricorrenti avevano proposto appello con specifica doglianza sul punto, che la Corte territoriale non ha in alcun modo esaminato, incorrendo di conseguenza nel vizio di cui all'art.112 c.p.c.

Ne consegue che il motivo in esame va accolto e la sentenza impugnata va cassata per quanto di ragione.

Sussistendone i presupposti, la causa può essere decisa nel merito, con riconoscimento in favore degli odierni ricorrenti della somma di € 10.070,91 corrispondente alla caparra da essi versata in esecuzione del preliminare del 31.3.1989, ferme le altre statuizioni della Corte territoriale anche in tema di interessi, da riconoscere soltanto a decorrere dalla domanda giudiziale (cfr. Cass. Sez.3, Sentenza n.4745 del 04/03/2005, Rv.579737; Cass. Sez.3, Sentenza n.1581 del 28/01/2004, Rv.576422) e quindi, nel caso di specie, dal giorno della proposizione della domanda riconvenzionale in prima istanza, correttamente individuato dalla Corte di Appello di Milano nel 4.4.2007.

In definitiva, respinti i primi quattro motivi di ricorso, va accolto il quinto, con decisione della causa nel merito nei sensi indicati in motivazione.

Alla luce del complessivo esito del giudizio va confermata la statuizione di compensazione delle spese del grado di appello, già disposta dalla Corte territoriale. Del pari vanno compensate le spese del presente giudizio, tenuto conto dell'accoglimento del solo quinto motivo.

PQM

la Corte rigetta i primi quattro motivi di ricorso e accoglie il quinto. Cassa la sentenza impugnata in relazione alla censura accolta e, pronunciando nel merito ai sensi di quanto previsto dall'art.384 secondo comma c.p.c., condanna CONIT S.R.L. a

pagare in favore dei ricorrenti la somma di € 10.070,91 con interessi a decorrere dal 4.4.2007.

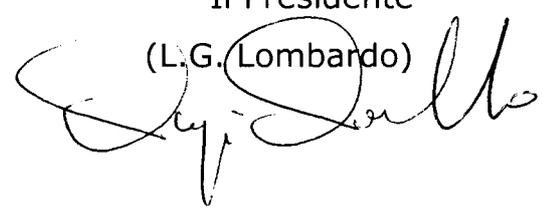
Conferma la compensazione delle spese del secondo grado già disposta dalla Corte di Appello di Milano e compensa integralmente anche le spese del presente giudizio di cassazione.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Seconda Sezione Civile, in data 22 novembre 2018.

Il Consigliere estensore
(S. Oliva)



Il Presidente
(L.G. Lombardo)



Il Funzionario Giudiziario
Valeria NERI



DEPOSITATO IN CANCELLERIA

Roma, 05 FEB. 2019