

**Civile Ord. Sez. 2 Num. 16061 Anno 2019**

**Presidente: LOMBARDO LUIGI GIOVANNI**

**Relatore: GIANNACCARI ROSSANA**

**Data pubblicazione: 14/06/2019**

**ORDINANZA**

sul ricorso 6245-2015 proposto da:

VIGILANTE RITA ROSALIA, elettivamente domiciliata in  
ROMA, VIA GERMANICO 96, presso lo studio dell'avvocato  
LETIZIA TILLI, rappresentata e difesa dagli avvocati  
SABATINO CIPRIETTI e LAURA TETI;

**- ricorrente e c/ricorrente all'incidentale -**

ROSSI EUGENIO, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA L.  
CARO 62, presso lo studio dell'avvocato SIMONE CICCOTTI,  
che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato  
QUARTO MONTEBELLI;

**- ricorrente incidentale -**

2019

259

4

avverso la sentenza n. 94/2014 della CORTE D'APPELLO di  
BOLOGNA, depositata il 15/01/2014;

udita la relazione della causa svolta nella camera di  
consiglio del 31/01/2019 dal Consigliere ROSSANA  
GIANNACCARI

*Rg*

## FATTI DI CAUSA

Con atto di citazione del 17.9.1996, Rossi Eugenio citava in giudizio innanzi al Tribunale di Rimini Vigilante Rita chiedendo, ai sensi dell'art. 2932 c.c., l'adempimento del contratto preliminare del 5.3.1990, con il quale la Vigilante si era impegnata a trasferirgli un terreno di mq 561, censito nel NCEU al foglio 83, p.lla 717, nonché la condanna della convenuta al pagamento della penale.

La Vigilante si costituiva, chiedendo il rigetto della domanda, eccependo l'annullabilità del contratto per dolo ed errore, relativamente all'inserimento della p.lla 717; in subordine, poiché il trasferimento della proprietà di detta particella avrebbe provocato l'interclusione della sua proprietà, chiedeva la costituzione della servitù coattiva, ex art. 1054 c.c., in favore della p.lla 337.

All'esito del giudizio di merito, la Corte d'Appello di Bologna, con sentenza del 15.1.2014, confermava la decisione di primo grado che aveva accolto parzialmente la domanda, aveva disposto il trasferimento della p.lla 717 ed aveva rigettato la domanda relativa alla condanna prevista dalla penale in caso di ritardo.

La corte territoriale escludeva l'eccezione di annullamento del contratto per vizi del consenso ed accertava che la p.lla 717 era stata chiaramente indicata nel preliminare, indipendentemente dalla fusione con le p.lle 714 e 723, anch'esse indicate nel contratto e nell'atto di frazionamento. Concorreva ad escludere il vizio del consenso la circostanza che il preliminare fosse stato redatto dal legale di fiducia della Vigilante.

Quanto alla domanda di costituzione di servitù, il giudice di merito rilevava che, proprio a causa dell'interclusione del fondo derivante dal trasferimento previsto nel preliminare, era stato richiamato l'atto per notar Ricci del 30.8.1979, che aveva costituito la servitù di passaggio.

La corte territoriale non ravvisava, infine, i presupposti per accogliere la domanda proposta dal Rossi di condanna della Vigilante al pagamento della penale, stabilita in contratto in caso di ritardo o di inadempimento, ritenendo

l'incompatibilità tra il diritto alla penale ed il conseguimento della prestazione principale. Secondo il giudice d'appello, il Rossi aveva manifestato una tacita volontà di rinunciare alla penale, avendo agito per l'adempimento parziale del contratto, che prevedeva una più ampia regolamentazione degli interessi dei coniugi; ulteriore indice della rinuncia era ravvisabile nell'aver egli agito dopo quattro anni dalla scadenza del termine per la conclusione del definitivo.

Per la cassazione, ha proposto ricorso la Vigilante sulla base di tre motivi.

Ha resistito con controricorso il Rossi, proponendo ricorso incidentale sulla base di due motivi, cui ha resistito la Vigilante.

In prossimità dell'udienza la Vigilante ha ritualmente depositato le memorie illustrative, mentre il Rossi ha tardivamente depositato le memorie ex art. 378 c.p.c.

### **RAGIONI DELLA DECISIONE**

Con il primo motivo di ricorso, si deduce l'omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio, per avere la corte territoriale omesso di motivare sul dolo del Rossi e sull'errore in cui sarebbe incorsa la Vigilante, che avrebbe sottoscritto il preliminare a seguito di raggiri da parte del coniuge, il quale l'avrebbe indotta in errore in relazione alla consistenza delle particelle promesse in vendita, con particolare riferimento alla fusione della p.lla 717 con le p.lle 714 e 723.

Il motivo è inammissibile.

La corte territoriale ha motivato in ordine ai vizi della volontà, escludendo sia il dolo da parte del Rossi, che l'errore sull'oggetto del contratto, in quanto la p.lla 717 era stata chiaramente indicata nel preliminare, che faceva riferimento anche alle p.lle 714 e 723.

La corte territoriale esaminava anche l'elemento soggettivo, rilevando che concorrevano ad escludere il vizio del consenso la circostanza che l'atto fosse stato redatto con l'assistenza del legale di fiducia della Vigilante, a lei legato da rapporti di amicizia.

Con il secondo motivo di ricorso, si deduce la violazione o falsa applicazione dell'art. 2932 c.c., in relazione all'art. 360 n. 3 c.p.c., e l'omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio oggetto di discussione tra le parti; la corte territoriale non avrebbe considerato che, con atto successivo al preliminare, in data 28.12.1990, le parti avevano alienato a terzi parte dei beni oggetto del preliminare, sicché sarebbe stato trasferito un rapporto giuridico diverso da quello voluto dai ricorrenti. Sostiene il ricorrente che la prestazione oggetto del preliminare, un fabbricato industriale e delle aree di pertinenza, non fosse suscettibile di frazionamento perché considerata dalle parti nella sua totalità.

Il motivo è inammissibile.

Va, in primo luogo, evidenziato che la questione relativa alla indivisibilità della prestazione è stata posta per la prima volta nel giudizio di cassazione, mentre i motivi del ricorso per cassazione devono investire, a pena d'inammissibilità, questioni che siano già comprese nel tema del decidere del giudizio di appello, non essendo prospettabili per la prima volta in sede di legittimità questioni nuove o nuovi temi di contestazione non trattati nella fase di merito né rilevabili d'ufficio (Cass. 7981/07; Cass. 16632/2010).

Con il terzo motivo di ricorso, si deduce la violazione e falsa applicazione degli artt. 91 e 92 c.p.c., per avere la corte territoriale errato nella regolamentazione delle spese di lite, condannando la Vigilante alle spese del doppio grado di giudizio, nonostante fosse stata accolta la domanda subordinata di costituzione della servitù coattiva e fosse stata rigettata la riconvenzionale relativa al pagamento della penale.

Il motivo è inammissibile.

In tema di spese processuali, il sindacato della Corte di cassazione, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3 c.p.c., è limitato ad accertare che non risulti violato il principio secondo il quale le stesse non possono essere poste a carico della parte totalmente vittoriosa, per cui vi esula, rientrando nel potere discrezionale del giudice di merito, la valutazione dell'opportunità di compensarle in tutto o in parte, sia nell'ipotesi di soccombenza reciproca, che

in quella di concorso di altri giusti motivi (Cass. civ. Sez. VI, 17/10/2017, n. 24502; Cassazione civile sez. I, 04/08/2017, n.19613; Cass. civ. Sez. V Ord., 31/03/2017, n. 8421).

Nella specie, la corte territoriale ha tenuto conto della reciproca soccombenza delle parti per compensare le spese del doppio grado di giudizio.

Con il primo motivo del ricorso incidentale, il Rossi deduce la violazione degli artt. 1382, 1219, 1362 e segg. c.c., in relazione all'art. 360 n. 3 c.p.c.; lamenta che il giudice d'appello avrebbe erroneamente negato il suo diritto alla penale in assenza di una sua espressa rinuncia ed in assenza di un comportamento incompatibile con il persistente interesse a conseguirla.

Con il secondo motivo del ricorso incidentale, si deduce l'omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio oggetto di discussione tra le parti, in relazione all'esame della volontà del Rossi di rinunciare alla penale.

I motivi, che vanno esaminati congiuntamente, sono inammissibili.

La rinuncia ad un diritto, se pure non può essere presunta, può tuttavia desumersi da un comportamento concludente che manifesti, in quanto incompatibile con l'intenzione di avvalersi del diritto, la volontà di rinunciare. La valutazione in concreto di tali comportamenti forma oggetto di un giudizio di merito, insindacabile in sede di legittimità se non per contraddittorietà intrinseca della motivazione o per sua carenza o illogicità (Cassazione civile sez. III, 13/01/2009, n.460, Cass. 21 giugno 2005 n. 13322; Cass. 15 marzo 2004 n. 5240).

Nella specie, la corte territoriale, con accertamento di fatto sottratto al sindacato di legittimità, ha accertato la rinuncia al diritto alla penale da parte del Rossi, sulla base di una serie di comportamenti incompatibili con il conseguimento della penale, consistenti nell'adempimento parziale del contratto preliminare, che prevedeva una più ampia regolamentazione degli interessi dei coniugi, e nell'aver agito per l'inadempimento del contratto preliminare dopo quattro anni dalla scadenza del termine per la conclusione del definitivo.

Attesa la reciproca soccombenza delle parti, le spese di lite vanno integralmente compensate.

Ricorrono i presupposti di cui all'art. 13 comma *1-quater* D.P.R. n. 115/2002 (applicabile *ratione temporis*, essendo stato il ricorso proposto dopo il 30 gennaio 2013) per il raddoppio del versamento del contributo unificato da parte del ricorrente principale ed incidentale.

**P. Q. M.**

Dichiara inammissibile il ricorso principale ed il ricorso incidentale e compensa integralmente tra le parti le spese del giudizio di legittimità.

Ai sensi dell'art. 13 comma *1-quater* del D.P.R. n. 115 del 2002, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente principale e del ricorrente incidentale, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Seconda Sezione Civile, in data 31 gennaio 2019.