

Esame avvocato 2011: prima traccia e svolgimento atto giudiziario in materia di diritto civile

Tizia e Sempronio citano in giudizio l'impresa Gamma, esponendo di aver acquistato con preliminare e successivo contratto definitivo un appartamento destinato a civile abitazione e di aver versato alla parte venditrice la somma di euro 140.000 mentre il prezzo indicato nei suddetti atti era di 95.000. Chiedono, pertanto, la restituzione della somma pagata in eccedenza oltre agli accessori di legge.

L'impresa edile Gamma sostiene, per contro, l'esistenza di un precedente preliminare di compravendita che recava il prezzo effettivo di euro 140.000 e che i contratti successivi erano stati simulati indicandosi il minor prezzo di euro 95.000 e ritiene inoltre di poter fornire prova testimoniale di tale simulazione.

Il candidato, assunte le vesti di avvocato dell'impresa edile Gamma, rediga l'atto giudiziario più opportuno, illustrando gli istituti e le problematiche sottese alla fattispecie.

Svolgimento atto giudiziario in materia di diritto civile a cura di Ilaria Di Punzio

Possibile soluzione schematica a cura di [Altalex](#)

La soluzione indicata in modo sintetico e schematico è solo una delle possibili; ha mero valore orientativo.

L'atto richiesto è, indubbiamente, una **comparsa di costituzione e risposta**.

La problematica, sottesa alla traccia assegnata, riguarda l'ammissibilità della **prova per testimoni** sul prezzo effettivo di vendita, nel caso, ovviamente, di **simulazione del prezzo** (simulazione relativa).

Sul punto, risulta esservi un contrasto tra quanto statuito dalle Sezioni Unite (con la [sentenza n. 7246 del 26 maggio 2007](#)) - conforme a quanto, più di recente, affermato dalla Seconda Sezione Civile (con la [sentenza n. 7769 del 5 aprile 2011](#)) – ed il precedente orientamento giurisprudenziale, espresso, *ex plurimis*, dalla stessa Corte di Cassazione, con le [sentenze n. 3857/96](#) e [526/88](#).

Secondo i più risalenti *dicta*, nell'ipotesi di simulazione relativa parziale, la prova della simulazione del prezzo di vendita non incontra i limiti di ammissibilità imposti dall'art. 1417 c.c., né risulta in conflitto con quanto disposto dagli artt. 2722, 2727, 2729 c.c. In base a tale impostazione, la prova sull'effettivo prezzo può essere, quindi, data anche tramite escussione testimoniale e/o presunzioni.

Secondo il più recente orientamento, al contrario, il limite di prova di cui all'art. 1417 c.c. opera anche in caso di simulazione sul prezzo, avendo la prova ad oggetto un elemento essenziale del contratto avente forma scritta *ad substantiam*.

Ovviamente, il candidato doveva, in primo luogo, sostenere la correttezza dell'orientamento giurisprudenziale più datato, senza dimenticare di sottolineare che essendo stati effettuati pagamenti per una somma superiore a quella indicata nel secondo preliminare e nel definitivo ed esistendo un precedente contratto, recante un prezzo pari ad Euro 140.000, e, dunque, esistendo non solo una presunzione, ma anche un principio di prova scritta, ex art. 2724 c.c., era, comunque, ammissibile la prova per testi.

Ulteriore argomentazione a sostegno della tesi dell'ammissibilità della prova testimoniale nel caso di specie, doveva essere fondata su quanto statuito dalla Suprema Corte con la [sentenza n. 24100 del 17 novembre 2011](#), secondo la quale è ammissibile la prova testimoniale sul fatto storico della stipula di un precedente preliminare e dell'avvenuto pagamento.

Chiarito tale aspetto, rilevata la corrispondenza del pagamento al prezzo effettivamente stabilito dalle parti, il candidato doveva concludere per il rigetto della domanda di restituzione proposta, per essere la stessa del tutto infondata.

Massime giurisprudenziali utili:

- [Cassazione Civile, sentenza del 23 gennaio 1988, n. 526;](#)
- [Cassazione Civile, sentenza del 24 aprile 1996, n. 3857;](#)
- [Cassazione Civile, SS.UU, sentenza del 26 marzo 2007, n. 7246;](#)
- [Cassazione Civile, Sez. II, sentenza del 19 febbraio 2008, n. 4071;](#)
- [Cassazione Civile, Sez. II, sentenza del 5 aprile 2011, n. 7769;](#)
- [Cassazione Civile, Sez. II, sentenza 17 novembre 2011, n. 24100.](#)

TRIBUNALE CIVILE DI _____

Dott. _____

COMPARSА DI COSTITUZIONE E RISPOSTA

RG n. _____

Udienza di prima comparizione: _____

Per: Impresa Edile Gamma, con sede in _____, Via _____, P.IVA _____, in persona del legale rappresentante pro tempore, sig. _____, nato a _____, il _____, residente in _____, Via _____, C.F. _____, elettivamente domiciliata in _____, Via _____, presso lo studio dell'Avv. _____ (C.F. _____; pec _____; fax _____) che la rappresenta e difende in virtù di procura in calce al presente atto

CONVENUTA

Contro: Tizia, nata a _____, il _____, residente in _____, Via _____, C.F. _____ e Sempronio, nato a _____, il _____, residente in _____, Via _____, C.F. _____, rappresentati e difesi dall'Avv. _____, presso il quale sono anche elettivamente domiciliati, in _____, Via _____

ATTORI

PREMESSO CHE

Con atto di citazione ritualmente notificato in data _____, l'Impresa Edile Gamma veniva convenuta in giudizio dai sig.ri Tizia e Sempronio.

In tale atto, la parte attrice afferma di aver stipulato con l'impresa Gamma un preliminare e un successivo contratto definitivo per l'acquisto di un appartamento destinato a civile abitazione, il cui prezzo era stato fissato dalle parti in Euro 95.000, e di aver, invece, versato, alla parte venditrice, il superiore importo di Euro 140.000.

Chiede, quindi, che il Tribunale adito ordini la restituzione della somma pagata in eccedenza (Euro 45.000), oltre agli accessori di legge.

Con il presente atto si costituisce la convenuta Impresa Edile Gamma, come in epigrafe rappresentata e difesa, contestando la richiesta della parte attrice, in quanto infondata in fatto ed in diritto, per i seguenti

MOTIVI**In fatto**

La ricostruzione in fatto, operata dalla parte attrice, appare artatamente lacunosa.

E, infatti, vero è che il prezzo dell'immobile compravenduto, così come indicato nel contratto preliminare e nel successivo contratto definitivo allegati al fascicolo della controparte, è pari ad Euro 95.000.

Vero è anche, però, che il reale prezzo di vendita dell'immobile era stato concordato in Euro 140.000.

Controparte ha, infatti, "dimenticato" di illustrare, all'Onorevole Giudice adito, come il versamento *de quo* sia stato effettuato in conformità alle pattuizioni assunte con contratto preliminare del _____, contratto, la cui stipula è avvenuta in epoca antecedente rispetto a quelli prodotti in giudizio, nel quale è stata indicata la maggior somma effettivamente corrisposta dai sig.ri Tizia e Sempronio.

Alla sottoscrizione di tale contratto era presente anche il sig. _____

In diritto

Chiarito il reale svolgimento dei fatti, svolgimento che sarà provato nel corso dell'istruttoria del presente giudizio, appare necessario effettuare precisazioni anche in punto di diritto.

Appare evidente come il secondo contratto preliminare ed il successivo contratto definitivo siano parzialmente simulati.

E, infatti, pur essendo correttamente rappresentata in essi la volontà delle parti di procedere alla vendita dell'immobile, trasferendone la proprietà dall'Impresa Edile Gamma ai sig.ri Tizia e Sempronio, è stato indicato un prezzo (simulato) diverso da quello (dissimulato e superiore) effettivamente concordato tra i contraenti.

Il versamento della somma differenziale, pari ad Euro 45.000, dunque, lungi dal costituire un indebito oggettivo legittimante la richiesta di restituzione, trova la sua causa in una contrattazione effettiva che, seppure diversa da quella rappresentata, impedisce l'accoglimento della domanda.

E, infatti, nell'ipotesi di simulazione relativa (qual è quella in esame) le parti stipulano due contratti, di cui uno simulato, in cui è introdotto l'elemento apparente, e l'altro dissimulato, in cui è inserito l'elemento effettivo, avente piena efficacia tra le parti, laddove dotato dei requisiti di sostanza e forma previsti dalla legge.

Il primo contratto preliminare intercorso tra le parti costituite nel presente giudizio rappresenta integralmente la volontà delle medesime di trasferire la proprietà dell'immobile al prezzo di Euro 140.000. Appare dotato di tutti i requisiti, formali e sostanziali, richiesti dagli artt. 1350 e 1351 c.c.

Che le statuizioni assunte con il predetto contratto non abbiano subito effettive modifiche appare dimostrato dal fatto che la parte acquirente ha versato esattamente l'importo in esso dedotto e non altro importo, maggiore o minore. Tale circostanza induce ad escludere, in radice, che vi sia stata una volontà di novare l'accordo con i successivi contratti. Diversamente, Tizia e Sempronio si sarebbero attenuti, nell'effettuare il versamento del prezzo, all'importo di Euro 95.000 dedotto nel secondo contratto preliminare e nel contratto definitivo.

D'altro canto, la simulazione di un prezzo di vendita inferiore a quello effettivo, non incide sulla validità della contrattazione definitiva che ha determinato l'effetto traslativo della compravendita, pacificamente verificatosi.

L'effetto di tale simulazione ha, però, indubbi effetti "interni", così come risulta dal combinato disposto dei commi 1 e 2 dell'art. 1414 c.c., in modo tale che, tra le parti, deve valere la pattuizione dissimulata.

Legittimo appare, pertanto, il versamento della somma di cui, invece, si domanda la restituzione.

È, tuttavia, a questo punto, necessario, anticipando la naturale obiezione che ci si aspetta da controparte in merito alla questione dedotta, introdurre un'ulteriore considerazione giuridica in merito a quanto disciplinato dall'art. 1417 c.c. e dagli artt. 2721-2722 c.c., con riferimento alla prova della simulazione.

Le disposizioni contenute in tali norme, disposizioni che pongono rigorosi limiti all'ammissibilità della prova testimoniale in materia di simulazione e contrattazione scritta, non possono trovare applicazione al caso in esame.

E, infatti, secondo parte della giurisprudenza di legittimità, la simulazione di un solo elemento (nel caso che ci occupa, il prezzo), non avendo autonomia contrattuale tale da incidere sull'essenza dell'accordo complessivo, non può essere assimilata alla simulazione del contratto.

Secondo tale impostazione, esplicitata nelle sentenze n. 526/88 e 3857/96, sarebbe ben possibile provare tramite escussione testimoniale l'effettiva volontà dei contraenti sulla specifica pattuizione.

Vero è che, sul punto, sono intervenute le Sezioni Unite della Suprema Corte (sent.n. 7246/2007), le quali, ritenendo la determinazione del prezzo elemento essenziale del contratto, hanno affermato la necessità, sul punto, di una prova documentale da fornire esclusivamente mediante contro scrittura.

Tuttavia, non sfuggirà al Giudicante, come tale dictum non possa essere applicato alla fattispecie in esame.

E, infatti, come di recente chiarito (Cass.sent.n. 24100/2011), l'esistenza del primo contratto preliminare (quello in cui è stato indicato il reale prezzo dell'immobile), ben può essere considerata mero "fatto storico" funzionale alla verifica delle effettive e legittime ragioni del pagamento nella misura di Euro 140.000, anziché nell'inferiore misura di Euro 95.000. La prova di tale fatto storico non può in alcun modo essere ritenuta soggetta ai limiti di cui sopra.

Peraltro, ai sensi del comma 2 dell'art. 2721 c.c., è in facoltà del Giudice ammettere la prova testimoniale, oltre il limite prescritto dal comma 1 della medesima disposizione, in considerazione della qualità delle parti, della natura del contratto e di ogni altra circostanza.

Appare evidente come il comportamento tenuto dalla parte attrice al momento del pagamento (versamento di una somma superiore a quella dedotta in contratto), autorizzi, senza timore di censura, il Giudice investito della questione a considerare tale atteggiamento come presunzione idonea a ritenere l'esistenza di una pattuizione conforme all'adempimento effettivo e, quindi, ad ammettere prova testimoniale sul punto.

Peraltro, tali problematiche potranno essere del tutto superate con il deposito del primo contratto preliminare.

Ferme restando tutte le considerazioni finora esposte, infatti, dovrà applicarsi la regola contenuta nell'art. 2724 c.c, per cui la prova per testimoni è sicuramente ammissibile in presenza di un principio di prova scritta.

Tutto ciò premesso e considerato, l'Impresa Edile Gamma come in epigrafe rappresentata e difesa, così rassegna le proprie

CONCLUSIONI

“Voglia l'Illustrissimo Tribunale adito, respinta ogni contraria deduzione, eccezione e richiesta, accertato e dichiarato che il prezzo versato è conforme a quello effettivamente pattuito dalle parti, rigettare la domanda di restituzione avanzata dai sig.ri Tizia e Sempronio, perché infondata in fatto e diritto. Con vittoria di spese, diritti ed onorari di giudizio”.

In via istruttoria:

Chiede ammettersi prova testimoniale del sig. _____, residente in _____ ed interrogatorio formale dei sig.ri Tizia e Sempronio, sui seguenti capitoli di prova:

1) Vero che in data _____, in _____, via _____, tra l'Impresa Edile Gamma ed i sig.ri Tizia e Sempronio, è stato stipulato contratto preliminare di compravendita relativo all'immobile sito in _____, via _____?

2) Vero che il prezzo stabilito in detto contratto era pari ad Euro _____?

Deposita i seguenti documenti:

a) atto di citazione notificato

b) ricevuta di bonifico di importo pari ad Euro 140.000

Con riserva di depositare, nei termini di cui all'art. 183, comma VI, cpc, ulteriore documentazione.

_____, lì

Avv. _____

PROCURA ALLE LITI

Conferisco mandato all'Avv....., affinché mi rappresenti e difenda nel presente giudizio, in ogni sua fase e grado, attribuendogli a tal fine ogni più ampia facoltà di legge. Eleggo domicilio presso il suo studio, in, via Presto consenso al trattamento dei dati personali sensibili ai fini dell'espletamento del presente mandato.

Per Impresa Edile Gamma, il legale rappresentante sig. _____

per autentica

Avv. _____