

Cass., civ. sez. II, del 22 novembre 2019, n. 30555

L'art. 2 co. 1 del D. Lgs. n. 122/2005 (il cui testo non è stato direttamente variato dalle modifiche alla disciplina sostanziale della fidejussione ivi prevista introdotte dal D.Lgs. n. 14/2019 - Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155 -, le quali, comunque, si applicano ai contratti aventi ad oggetto immobili da costruire per i quali il titolo abilitativo edilizio sia stato richiesto o presentato successivamente alla data di entrata in vigore del decreto stesso - 16/3/2019 - giusta il disposto dell'art. 5, comma 1 ter, D. Lgs. n. 122/2005, introdotto dall'articolo 387 D.Lgs. n. 14/2019) prevede che:

"1. All'atto della stipula di un contratto che abbia come finalità il trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale di godimento su un immobile da costruire o di un atto avente le medesime finalità, ovvero in un momento precedente, il costruttore è obbligato, a pena di nullità del contratto che può essere fatta valere unicamente dall'acquirente, a procurare il rilascio ed a consegnare all'acquirente una fideiussione, anche secondo quanto previsto dall'articolo 1938 del codice civile, di importo corrispondente alle somme e al valore di ogni altro eventuale corrispettivo che il costruttore ha riscosso e, secondo i termini e le modalità stabilite nel contratto, deve ancora riscuotere dall'acquirente prima del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento. Restano comunque esclusi le somme per le quali è pattuito che debbano essere erogate da un soggetto mutuante, nonché i contributi pubblici già assistiti da autonoma garanzia."

La sentenza impugnata - avendo escluso, come sopra evidenziato, che ricorressero altre ipotesi di non corrispondenza della fideiussione alle prescrizioni normative - ha ritenuto che il preliminare de quo, concluso in data 28 febbraio 2009, fosse affetto da nullità in quanto la polizza fideiussoria era stata rilasciata solo in data 25 marzo 2009 (cfr. pag. 2 del ricorso) e, quindi, non contestualmente alla conclusione del contratto, il che contravveniva alla specifica previsione di cui al riportato art. 2.

La norma in esame configura, secondo la pacifica opinione della dottrina che ha avuto modo di occuparsi del tema, un'ipotesi di nullità relativa, la cui declaratoria è rimessa all'esclusiva iniziativa dell'acquirente, ed evidentemente di protezione, in quanto finalizzata a preservare l'interesse dell'acquirente a recuperare, tramite apposta garanzia, le eventuali somme versate in favore del venditore (e ciò in vista del pericolo di insolvenza di quest'ultimo).

La soluzione legislativa a favore della nullità è pertanto orientata dall'esigenza di predisporre una forma "forte" di controllo sulla regolarità dell'operazione nel suo complesso, in chiave di funzionalizzazione dell'esercizio dell'atto di autonomia alla tutela di specifici interessi (considerati "deboli" sul piano negoziale e pertanto suscettibili di protezione attraverso meccanismi in qualche misura correttivi dello squilibrio di potere contrattuale), ma come tale essa si trova a dover fare i conti con istituti giuridici tradizionali, ispirati al principio in gran parte superato della perfetta eguaglianza dei contraenti.

Ritiene il Collegio che, poiché all'interno del sistema di cui al D. Lgs. n. 122/2005 non si rinviene una specifica norma che preveda la convalida o la conferma del contratto nullo, la fattispecie deve ritenersi regolata direttamente dalla generale previsione di cui all'art. 1423 c.c., la quale, tuttavia, limita la convalida, e comunque il recupero del negozio nullo, ai soli casi espressamente previsti dalla legge.

Ed, infatti, in disparte l'ipotesi, che qui non ricorre, di rinuncia successiva all'azione di nullità da parte del soggetto a favore del quale è previsto il potere di chiedere la declaratoria di nullità (dovendosi per

converso ritenere, quanto meno in relazione alla fattispecie di cui all'art. 2 del D. Lgs. n. 122/2005, inammissibile una rinuncia preventiva, la quale frusterebbe in maniera evidente gli scopi della normativa di tutela dettata dal legislatore) la situazione che a detta della ricorrente incidentale dovrebbe determinare il recupero della validità del preliminare consisterebbe, come sopra accennato, nel rilascio successivo della fideiussione, vale a dire in un comportamento che, secondo il non contestato accertamento della sentenza impugnata, proveniva dal contraente al quale non è stato attribuito il potere di domandare l'accertamento della nullità.

In proposito va sottolineato che anche le opinioni dottrinarie che, con riferimento alle ipotesi di nullità relative, valorizzano il ricorso all'istituto della convalida del negozio nullo concordano sul fatto che la disponibilità del diritto andrebbe riconosciuta solo ai soggetti a favore dei quali è prevista la tutela legale, essendo quindi irrilevante, ai fini dell'applicazione dell'art. 1423 c.c., la volontà o la condotta dell'altro contraente successive al verificarsi della causa di nullità.

Ai fini che ci occupano, d'altra parte, non può valorizzarsi né il rilievo che il contratto preliminare de quo prevedeva espressamente che la garanzia venisse rilasciata dopo la conclusione del contratto stesso, né il rilievo che la fideiussione, ancorché rilasciata tardivamente, era stata tuttavia accettata dal **C** «sottoscrivendo per accettazione il relativo contratto» (così lo stralcio dell'appello della **E** trascritto a pag. 15 del controricorso).

Quanto al primo rilievo, va considerato che la suddetta previsione negoziale si risolve, in sostanza, in una forma surrettizia di rinuncia preventiva alla nullità, certamente inidonea ad impedire il dispiegarsi dell'effetto invalidante della previsione legale.

Quanto al secondo rilievo, risulta assorbente la considerazione che il fatto che il C abbia sottoscritto per accettazione il contratto di fideiussione non emerge dalla sentenza gravata e non può formare di accertamento nel giudizio di legittimità.

5.1 Una volta esclusa la possibilità di configurare una sanatoria del negozio nullo a seguito del successivo rilascio della fideiussione, i motivi in esame però pongono l'ulteriore problema di diritto che involge la rilevanza di tale condotta ai fini della valutazione della persistenza di un interesse ancora meritevole di protezione in capo al promissario acquirente che lo legittimi pertanto a richiedere l'accertamento della nullità per una violazione che, ancorché configurata come strutturale dal legislatore, non ha però compromesso l'interesse in vista del quale era stata specificamente dettata la previsione di invalidità.

Occorre in sostanza interrogarsi se, non essendosi manifestata l'insolvenza del venditore nel lasso di tempo trascorso tra la conclusione del preliminare ed il successivo rilascio della fideiussione, e non avendo l'acquirente manifestato in tale periodo di tempo l'intento di far dichiarare la nullità, sia consentito invocare l'invalidità del contratto allorquando, essendo stata poi rilasciata la fideiussione, come detto ritenuta dai giudici di merito conforme al modello prescritto dal legislatore, sia stata assicurata la tutela dell'interesse della parte debole del rapporto, in vista del quale era stata prevista la nullità.

Parte della dottrina che ha avuto modo di occuparsi della disciplina di cui al D. Lgs. n. 122/2005, ha condivisibilmente rilevato che, ferma restando anche l'imprescrittibilità dell'azione volta a far valere la nullità di protezione in esame, e non essendo contemplata in maniera espressa alcuna preclusione all'esperimento dell'azione di nullità, ad opera dell'acquirente, successivamente al momento in cui sia stata da lui conseguita la proprietà del fabbricato, ultimato ed agibile, osta all'ammissibilità di siffatta

azione la stessa finalità della nullità "di protezione", in quanto non si vede alcuna ragione per sacrificare l'interesse del costruttore e, soprattutto, quello della successiva circolazione immobiliare, pur in assenza della fideiussione, o della conformazione del contenuto contrattuale ai sensi di legge, quando l'interesse fondamentale dell'acquirente è stato ormai soddisfatto.

Non è casuale che, nel corso dei lavori preparatori del decreto delegato, era stato suggerito, proprio con riguardo alla nullità conseguente alla mancata prestazione della fideiussione, l'inserimento di una disposizione che precludesse l'azione di nullità in conseguenza del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento sull'immobile, o dell'atto definitivo di assegnazione; tale suggerimento poi non è stato trasposto nel parere approvato dal Senato e, di conseguenza, non è stato recepito nella versione definitiva del decreto legislativo.

Tuttavia tali riflessioni - che partono dalla evidente considerazione che la disciplina in tema di immobili da costruire mira essenzialmente a preservare l'interesse del promissario acquirente e a garantire costui, con la nullità in materia di mancato rilascio della fideiussione, dal pericolo di insolvenza del venditore, mediante la garanzia fornita di un soggetto affidabile - portano del pari a dubitare della legittimità dell'esercizio di un'azione di nullità che, ancorché supportata dal testo della norma, sia funzionale alla tutela di un interesse che ormai non è più in alcun modo in pericolo.

Proprio con specifico riferimento al caso in cui, per l'ipotesi di nullità di cui all'art. 2 in esame, non vi sia più un concreto rischio di pregiudizio dell'interesse dell'acquirente parte della dottrina ha ritenuto che l'esercizio dell'azione di nullità sarebbe precluso dalla mancanza di interesse ad agire dell'acquirente, ex art. 100 c.p.c. (in combinato disposto con l'art. 1421 c.c.).

Nel caso in esame, tuttavia, non può ritenersi che il ricorrente principale non abbia interesse alla declaratoria di nullità del contratto preliminare di vendita del 28/02/2009; se, infatti, si muove dalla premessa che l'interesse ad agire consiste nell'esigenza di ottenere un risultato utile, giuridicamente apprezzabile e non conseguibile senza l'intervento del giudice, non può negarsi che l'azione di nullità esperita dal C sia assistita da tale interesse, giacché essa tende, tramite il richiamo all'istituto del collegamento negoziale, a rendere privi di efficacia tutti i tre contratti intervenuti tra le parti, così consentendo il recupero della proprietà del terreno trasferito alla E con il contratto definitivo del 6 aprile 2009.

Ritiene, tuttavia, il Collegio, che - avendo riguardo non già, astrattamente, al momento in cui venne posto in essere l'atto che si assume nullo, bensì al momento in cui è stata proposta la domanda di nullità - sia necessario valutare se l'esercizio dell'azione di nullità da parte del C configuri un'ipotesi di utilizzo distorto del diritto assegnatoli dalla norma istitutiva della nullità di protezione e quindi, in definitiva, di abuso del diritto.

La proposizione della domanda di nullità quando l'interesse protetto dalla norma non abbia più ragione di temere alcun pregiudizio (per essere stato comunque assicurato l'interesse che la condizione asimmetrica dei contraenti avrebbe potuto pregiudicare o, addirittura, per essere stato già attuato l'interesse primario cui mirava il regolamento negoziale) risulta, infatti, funzionale non ad attuare il fine di protezione perseguito dalla legge, ma il diverso fine di sciogliere il contraente da un contratto che non reputa più conveniente o di aggirare surrettiziamente gli strumenti di reazione che l'ordinamento specificamente appronta avverso le condotte di inadempimento della controparte. Ciò determina un palese sviamento delle finalità della legge, non solo per quanto concerne la protezione dello specifico interesse del contraente ritenuto debole, ma, di riflesso, anche con riferimento agli

interessi più generali e di sistema, che il meccanismo della nullità di protezione, come sopra ribadito, mira a preservare.

Come peraltro rilevato anche nell'ordinanza di questa Corte n. 23927/2018, con la quale è stata rimessa alle Sezioni Unite la questione circa la possibilità per l'investitore di fare un uso "selettivo" della nullità del contratto quadro, limitandone gli effetti solo ad alcune delle operazioni poste in essere in esecuzione del rapporto dichiarato nullo, occorre scongiurare uno sfruttamento "opportunistico" della normativa di tutela, nel caso di specie, dell'investitore, avvalendosi anche dell'istituto dell'*exceptio doli generalis*, nel caso in cui la domanda sia stata proposta in mala fede, assicurando quindi la disapplicazione delle norme positive nei casi in cui la rigorosa applicazione delle stesse risulterebbe - in ragione di una condotta abusiva - sostanzialmente iniqua.

Le stesse Sezioni Unite, del resto, hanno di recente già avuto modo di affermare che «ove venga istituita dal legislatore una nullità relativa, come tale intesa a proteggere in via diretta ed immediata non un interesse generale, ma anzitutto l'interesse particolare, l'interprete deve essere attento a circoscrivere l'ambito della tutela privilegiata nei limiti in cui viene davvero coinvolto l'interesse protetto dalla nullità, determinandosi altrimenti conseguenze distorte o anche opportunistiche» (sent. n. 898/2018, pag. 15).

Ritiene la Corte che nel caso in esame debba effettivamente riscontrarsi un'ipotesi di abuso del diritto.

Infatti, l'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza costituisce un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica. Oggi, i principi della buona fede oggettiva e dell'abuso del diritto debbono essere selezionati e rivisitati alla luce dei principi costituzionali e della stessa qualificazione dei diritti soggettivi assoluti. In questa prospettiva i due principi si integrano a vicenda, giacché, per un verso, la buona fede costituisce un canone generale cui ancorare la condotta delle parti di un rapporto privatistico, nonché l'interpretazione degli atti giuridici di autonomia privata; per altro verso, l'abuso del diritto prospetta la necessità di una correlazione tra i poteri conferiti e lo scopo per i quali essi sono conferiti. Qualora la finalità perseguita non sia quella consentita dall'ordinamento, si avrà abuso. In questo caso il superamento dei limiti interni o di alcuni limiti esterni del diritto ne determinerà il suo abusivo esercizio (cfr. Cass. 20106/09).

La figura dell'abuso del diritto ha già ricevuto ampio e diffuso riconoscimento nella giurisprudenza di questa Corte, potendosi ormai reputare un principio immanente nel sistema e volto a fungere da adeguato strumento correttivo per le condotte giuridiche che - non confacendosi ai richiamati principi di buona fede e correttezza, quali rivisitati alla luce dei principi costituzionali - tradiscono lo scopo e le finalità delle norme in virtù delle quali sono poste in essere.

In disparte l'ampio ricorso a tale istituto nel diritto tributario, a far data dall'intervento delle Sezioni Unite nel 2008 (Cass. S.U. n. 30055/2008), quale espressione di un generale principio antielusivo (che preclude al contribuente il conseguimento di vantaggi fiscali ottenuti mediante l'uso distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un'agevolazione o un risparmio d'imposta, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustificano l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quei benefici), l'abuso del diritto ha ispirato la giurisprudenza, sempre delle Sezioni Unite, in materia di abusivo frazionamento del diritto di credito (cfr. Cass. S.U. n. 23726/2007 e da ultimo Cass. S.U. n. 4090/2017), per poi diffondersi in svariati settori dell'ordinamento.

Nella più recente giurisprudenza è stata dichiarata inammissibile (Cass. n. 30539/2018) la domanda di concordato preventivo presentata dal debitore non per regolare la crisi dell'impresa, ma per procrastinare la dichiarazione di fallimento, assumendosi che in tal caso la domanda aveva gli estremi dell'abuso del processo, che ricorre quando, con violazione dei canoni generali di correttezza e buona fede e dei principi di lealtà processuale e del giusto processo, si utilizzano strumenti processuali per perseguire finalità deviate o eccedenti rispetto a quelle per le quali l'ordinamento li ha predisposti. Il principio ha poi trovato applicazione anche nel diritto del lavoro (cfr. Cass. n. 15885/2018; Cass. n. 10568/2013), in materia di responsabilità processuale aggravata (cfr. Cass. n. 23542/2017), in materia di processi per il riconoscimento dell'equo indennizzo ex legge n. 89/2001 (cfr. Cass. n. 8020/2018; Cass. n. 20834/2017) ed in materia di esecuzione forzata (cfr. Cass. n. 6664/2013).

Nel riportare solo alcuni dei precedenti nei quali questa Corte ha avuto modo di riaffermare l'operatività del principio dell'abuso del diritto, ed al fine di dimostrarne l'esteso ambito di applicazione, può dunque concordarsi sul fatto che (cfr. Cass. n. 20106/2009), nel caso di abuso del diritto, quando il titolare, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, ed al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà furono attribuiti, al giudice è dato sindacare e dichiarare inefficaci gli atti compiuti in violazione del relativo divieto di abuso del diritto, oppure condannare colui il quale ha abusato del proprio diritto al risarcimento del danno in favore della controparte contrattuale, a prescindere dall'esistenza di una specifica volontà di nuocere, senza che ciò costituisca una ingerenza nelle scelte economiche dell'individuo o dell'imprenditore, giacché ciò che è censurato in tal caso non è l'atto di autonomia negoziale, ma l'abuso di esso.

Tornando al caso in esame, e considerato quanto sopra ricordato circa l'assenza di un perdurante pericolo di pregiudizio dell'interesse del promissario acquirente, tutelato con la previsione della necessità del contestuale rilascio della fideiussione, la proposizione della domanda di nullità del contratto per la violazione dell'art. 2 del D. Lgs. n. 122/2005 concreta un abuso del diritto, che ne impedisce l'accoglimento.

Ne consegue che il terzo e il quarto mezzo del ricorso incidentale devono essere accolti, nei limiti di cui in motivazione, con la conseguente cassazione della sentenza gravata.

Il giudice di rinvio, che si designa in una diversa sezione della Corte d'Appello di Lecce, si atterrà al seguente principio di diritto: *"La proposizione della domanda di nullità del contratto preliminare per mancanza della garanzia accessoria ex 2 del D.Lgs. 122/2005, una volta che sia stata rilasciata la garanzia prescritta per legge in data successiva alla stipula del preliminare, e senza che nelle more si sia manifestata l'insolvenza del promittente venditore ovvero che risulti altrimenti pregiudicato l'interesse del promissario acquirente alla cui tutela è preposta la nullità di protezione prevista dalla norma in esame, costituisce abuso del diritto e non può quindi essere accolta"*.