

**SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE**

**SEZIONE II CIVILE**

**Ordinanza 17 gennaio - 18 settembre 2020, n. 19510**

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE SECONDA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. LOMBARDO Luigi - Presidente -

Dott. ORICCHIO Antonio - Consigliere -

Dott. GIANNACCARI Rossana - rel. Consigliere -

Dott. FORTUNATO Giuseppe - Consigliere -

Dott. BESSO MARCHEIS Chiara - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

**ORDINANZA**

sul ricorso 1741-2016 proposto da:

IMMOBILIARE X. Y. SRL, in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA GIULIANELLO, 26, presso lo studio dell'avvocato GIORGIA MINOZZI, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato GIORGIO BOTTANI;

- ricorrente -

contro

S.D., elettivamente domiciliato in ROMA, VIA MARIA CRISTINA 8, presso lo studio dell'avvocato GOFFREDO GOBBI, che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato ANGELO BENELLI;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 3458/2015 della CORTE D'APPELLO di MILANO, depositata il 31/08/2015;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 17/01/2020 dal Consigliere ROSSANA GIANNACCARI.

### Svolgimento del processo

1. In data 29.3.2008, la Immobiliare X. Y. s.r.l. e S.D., a mezzo dell'agenzia 5-IN s.r.l., per il tramite dell'agente immobiliare P.G., stipularono un contratto preliminare di compravendita avente un immobile in corso di costruzione, sito in (OMISSIS), a garanzia del quale la Immobiliare X. Y. s.r.l. prestò fideiussione D.Lgs. n. 122 del 2005, ex art. 22 ricevendo la somma di Euro 40.000,00 a titolo di caparra confirmatoria. Poco prima della stipula, lo S. chiese un rinvio per la stipulazione del contratto definitivo, dovendo vendere un altro immobile di sua proprietà. Con scrittura privata del 6.2.2009, il termine fissato per il rogito venne rinviato al 28.2.2010 e la parte acquirente versò l'ulteriore somma di Euro 90.000, 00. Con comunicazione del 26.2.2010 lo S. comunicò di non intendere procedere all'acquisto perchè non aveva venduto la propria casa e per assenza della polizza fideiussoria. In data 11.10.2010 venne rilasciata la polizza fideiussoria da parte dalla promittente venditrice per un importo di Euro 102.960,00.

1.2. Con atto di citazione del 20.11.2010, lo S. convenne in giudizio innanzi al Tribunale di Lodi, la Immobiliare X. Y. s.r.l., l'agenzia 5-IN s.r.l. e P.G. per chiedere dichiararsi la nullità, la risoluzione o l'inefficacia del contratto del 20.3.2008 e della scrittura integrativa del 6.2.2009 per violazione del D.Lgs. n. 155 del 2005, art. 2 e per ottenere la restituzione delle somme versate al promittente venditore e di quelle anticipate a titolo di mediazione.

1.3. Si instaurò il contraddittorio con la costituzione dei convenuti.

1.4. il Tribunale di Lodi, con sentenza del 21.3.2013, dichiarò la nullità del contratto preliminare e condannò l'Immobiliare X. Y. s.r.l. alla restituzione delle somme versate dall'attore; rigettò, invece, la domanda nei confronti della 5-IN s.r.l. e di P.G..

1.5. La Corte d'appello di Milano, con sentenza depositata il 31.8.2015, nella contumacia dell'agenzia SIN s.r.l. e di P.G., confermò la sentenza di primo grado.

1.6. La corte distrettuale, in applicazione del D.Lgs. n. 122 del 2005, art. 22 rilevò che la promittente venditrice aveva regolarmente rilasciato una prima garanzia fideiussoria al momento della conclusione del contratto preliminare e la ricezione della caparra; rinviato il termine per la conclusione del contratto definitivo con un successivo accordo ed il contestuale versamento di ulteriori somme da parte del promittente acquirente, la Immobiliare Y. s.r.l. aveva rilasciato la garanzia fideiussoria dopo la scadenza del termine previsto nell'accordo integrativo del 6.2.2009 e per una somma inferiore rispetto a quella versata dalla S..

2. Per la cassazione della sentenza ha proposto ricorso la Immobiliare X. Y. s.r.l. sulla base di due motivi ed ha depositato documentazione ex art. 372 c.p.c..

2.1.- Ha resistito con controricorso S.D..

2.2. Non hanno svolto attività difensiva la 5- N s.r.l. e P.G..

2.3. In prossimità dell'udienza, le parti hanno depositato memorie illustrative

## Motivi della decisione

1. Va, in primo luogo, dichiarata l'inammissibilità della documentazione prodotta dalla ricorrente, ai sensi dell'art. 372 c.p.c., consistenti in un atto di vendita del 2.3.2018, trattandosi di documento non prodotto nei precedenti gradi del processo, che non riguarda l'ammissibilità del ricorso e del controricorso (ex multis Cassazione civile sez. I, 12/11/2018, n. 28999) 2. Con il primo motivo di ricorso, si deduce la violazione e falsa applicazione degli artt. 112 e 115 c.p.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, in quanto la corte di merito non avrebbe considerato che, come risultava dall'accordo del 6.7.2009, integrativo del contratto preliminare, la scadenza era stata differita perchè l'agenzia non aveva ancora trovato un acquirente dell'abitazione dello S., condizione alla quale era sottoposta la vendita e motivo per il quale era stato posticipato il termine per la stipulazione dell'atto notarile. Afferma il ricorrente che il definitivo non venne concluso perchè non si era verificata detta condizione, tanto che l'ulteriore somma di Euro 90.000,00 venne corrisposta dal promittente compratore per il rinvio dell'atto definitivo, sicchè la fideiussione non era stata tardivamente prestata ed era congrua.

3. Con il secondo motivo di ricorso, si deduce la violazione e falsa applicazione degli artt. 833, 1175 e 1375 c.c., dell'art. 42 Cost., in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, per avere la corte di merito erroneamente valutato il comportamento del promittente acquirente, che integrerebbe una forma di abuso del diritto, avente come unico scopo quello di sottrarsi all'obbligazione di acquisto dell'immobile, deducendo strumentalmente la nullità della garanzia, per il ritardo e la mancanza di congruità dell'importo garantito. La deduzione della nullità sarebbe stata determinata dall'assenza di provvista per l'acquisto, in quanto non era riuscito a vendere la sua abitazione.

4. I motivi, che vanno esaminati congiuntamente per la loro connessione, non sono fondati.

4.1. Il D.Lgs. n. 122 del 2005, art. 2, comma 1 prevede che: "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'art. 1938 c.c., 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".

4.2. Si tratta di un'ipotesi di nullità di protezione avente carattere relativo, che può essere proposta o eccepita dall'acquirente, nel suo esclusivo interesse, in quanto soggetto debole nell'ambito dell'operazione contrattuale di compravendita immobiliare.

4.3. La questione di diritto, posta all'attenzione di questa Corte riguarda l'operatività della nullità nell'ipotesi in cui la fideiussione sia rilasciata in un momento successivo.

4.4. Questa Corte, in una recente pronuncia, ha affermato che 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, la proposizione della domanda di nullità di protezione prevista dal D.Lgs. n. 122 del 2005, art. 2 costituisce abuso del diritto (Cassazione civile sez. II, 22/11/2019, n. 30555).

4.5. Si osserva in motivazione che il D.Lgs. n. 122 del 2005 non prevede la convalida o la conferma del contratto nullo, sicchè deve farsi ricorso all'art. 1423 c.c., che prevede la convalida del negozio nullo nei soli casi espressamente previsti dalla legge.

4.6. In tale ipotesi, l'indagine da svolgere attiene alla meritevolezza dell'interesse del promissario acquirente a far valere la nullità qualora la fideiussione sia stata comunque rilasciata e non si sia manifestata l'insolvenza del debitore.

4.7. La tutela del soggetto debole, nel cui interesse è prevista la nullità di protezione deve, infatti coniugarsi con i principi di buona fede nell'esecuzione del contratto, al fine di evitare che lo strumento si presti a forme di abuso, che consentano al promittente acquirente di sciogliersi dal vincolo contrattuale con il preteso del mancato rilascio della fideiussione.

4.8. Questo collegio, condivide l'orientamento espresso da Cassazione civile sez. II, 22/11/2019, n. 30555, secondo cui, in caso di rilascio della fideiussione in un momento successivo alla conclusione del contratto, va verificato se l'immobile oggetto del preliminare sia stato ultimato e sia agibile perchè, in tale ipotesi, verrebbe meno la necessità della tutela in favore del soggetto debole, che non è più in pericolo.

4.9. 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.

4.10. Le Sezioni Unite, del resto, hanno di recente 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" (Cass. Sez. Un. N. 898/2018, pag. 15).

4.11. 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. La buona fede costituisce un canone generale cui ancorare la condotta delle parti di un rapporto privatistico, nonchè l'interpretazione degli atti giuridici di autonomia privata, con la conseguenza che, qualora la finalità perseguita non sia quella consentita dall'ordinamento, si avrà abuso.

4.12. Questa Corte ha avuto modo di riaffermare l'operatività del principio dell'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 (cfr. Cass. n. 20106/2009).

4.13. Nel caso in esame, la proposizione della domanda di nullità del contratto per la violazione del D.Lgs. n. 122 del 2005, art. 2 è fondata e non è ravvisabile alcuna forma di abuso del diritto.

4.14. In primo luogo, come evidenziato dalla Corte di merito, la garanzia fideiussoria venne rilasciata per un importo inferiore rispetto alle somme versate dal promittente acquirente, a titolo di caparra confirmatoria. È stato accertato che, dopo la conclusione del preliminare di vendita, avvenuto in data 29.3.2008, avente ad oggetto un immobile in corso di costruzione, il promittente acquirente versò la somma di Euro 40.000,00 a titolo di caparra confirmatoria, ricevendo, a garanzia dell'operazione una fideiussione per l'importo di Euro 45.760,00; a seguito della scrittura privata integrativa del 15.4.2009, che prevedeva un ulteriore termine per la conclusione del definitivo, mentre il promittente acquirente versò l'ulteriore somma di Euro 90.000,00, la promittente venditrice rilasciò con ritardo una polizza fideiussoria di importo pari ad Euro 102.960,00, di importo inferiore a quello complessivamente versato dal promittente acquirente.

4.15. Tale polizza venne rilasciata ben oltre il termine previsto per la conclusione del contratto definitivo e dopo le reiterate richieste del promissario acquirente (pag.9 della sentenza impugnata).

4.16. Ulteriore e significativa la circostanza, apprezzata dal giudice di merito ed insindacabile in sede di legittimità, è che l'immobile oggetto del contratto non fosse stato ultimato - *rectius* non vi fosse prova che fosse stato ultimato - all'epoca della sottoscrizione della scrittura integrativa.

4.17. Dette concorrenti ragioni - il rilascio della garanzia in data successiva alla scrittura integrativa per un importo inferiore alle somme versate dal promittente acquirente e senza che i lavori fossero stati ultimati - integrano senza alcun dubbio l'ipotesi prevista dal D.Lgs. n. 122 del 2005, art. 2.

4.18. Ne deriva la insanabile ed integrale nullità del contratto preliminare e dell'accordo integrativo, non ravvisandosi alcuna forma di abuso del diritto nell'azione intrapresa dallo S., indipendentemente dalle ragioni che avevano determinato il rinvio del termine per la conclusione del definitivo.

5. Il ricorso va pertanto rigettato.

5.1. Le spese seguono la soccombenza e vanno liquidate in dispositivo.

5.2. Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, va dato atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per il ricorso principale, a norma dello stesso art. 13, comma 1-bis se dovuto.

**P.Q.M.**

**rigetta il ricorso e condanna la parte ricorrente al pagamento, in favore della parte controricorrente, delle spese del giudizio di legittimità, che liquida in Euro 6.200,00 per compensi, oltre alle spese forfettarie nella misura del 15%, agli esborsi liquidati in Euro 200,00 ed agli accessori di legge.**

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

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della Seconda Sezione Civile della Corte di cassazione, il 17 gennaio 2020.

Depositato in Cancelleria il 18 settembre 2020.