

TUTELA RECUPERATORIA E NULLITÀ RELATIVA NELLA CONTRATTAZIONE PRELIMINARE DI IMMOBILI DA COSTRUIRE

Di Daniele Imbruglia

| 143

SOMMARIO: *1. Contrattazione preliminare di immobili: rischi e tutele codicistiche. – 2. Contrattazione preliminare di immobili da costruire e fallimento del venditore: rischi e limiti delle tutele codicistiche. – 3. Contrattazione preliminare di immobili da costruire e fallimento del venditore: le tutele extracodicistiche – 4. La tutela recuperatoria ex artt. 2-3 d.lgs. 122/2005 e la consegna della fideiussione – 4.1. Ambito applicativo dell’obbligo di consegna della fideiussione. – 4.2. La consegna e il contenuto della garanzia – 4.3. Recesso dal contratto e escussione della garanzia - 5. La tutela recuperatoria e la sua effettività: la nullità relativa – 5.1. Scelta del rimedio – 5.2. Disciplina dell’azione di nullità - 6. L’esercizio della nullità nella giurisprudenza e il problema della consegna viziata. – 6.1. Consegna viziata perché estensione garanzia insufficiente. – 6.2. Consegna viziata perché consegna garanzia tardiva. - 7. Il sindacato della Cassazione sull’esercizio della nullità di protezione ex art. 2 d.lgs. 122/2005. – 7.1. Sentenza 30555/2019. – 7.2. Sentenza 19510/2020.*

ABSTRACT. *Il lavoro ripercorre l'attuale quadro giuridico dell'acquisto di un edificio in costruzione, concentrandosi sulle protezioni a favore dell'acquirente in relazione ai rischi – in particolare, il fallimento del costruttore – che possono verificarsi fino alla firma del definitivo. Nella seconda parte, l'articolo esamina l'obbligo del venditore di rilasciare una fideiussione bancaria sui fondi versati o da versare fino al perfezionamento dell'acquisto, così come viene inteso dalla Cassazione in casi recenti.*

This essay describes the current legal framework of the purchase of a building under construction, by focusing on the protections in favour of the purchaser in relation to risks that can occur until the signing of the deed, and in particular the bankruptcy of the builder. In the second part, the article examines the seller's duty to issue a bank guarantee or insurance company guarantee regarding funds paid or to be paid up to completion of the deed as it is understood by the Italian Supreme Court in lately cases.



1. Contrattazione preliminare di immobili: rischi e tutele codicistiche.

La stipula di un contratto preliminare di compravendita immobiliare pone in capo al promissario acquirente diversi rischi, connessi con l'assunzione dell'obbligo a concludere il definitivo atto traslativo in un secondo momento.

Innanzitutto, può verificarsi che l'interesse del promissario ad ottenere la titolarità del bene immobile venga deluso. Ciò accade in presenza del fatto del rifiuto – sia esso implicito o esplicito – del promittente venditore di dare esecuzione al preliminare e quindi di stipulare il definitivo. Oltre all'ipotesi di rifiuto del promittente venditore dell'obbligo di trasferire la proprietà, l'interesse del promissario acquirente all'esecuzione del preliminare e al conseguente acquisto della piena titolarità dell'immobile può essere frustrato anche dalla circostanza per cui, *medio tempore*, questo formi l'oggetto di una pretesa a lui opponibile. Si immagini che, successivamente alla stipula del preliminare e prima del definitivo, intervenga sull'immobile promesso un atto di disposizione compiuto dal promittente venditore che sia incompatibile con l'adempimento della promessa o un atto di esecuzione sul bene che sia compiuto dai creditori del promittente alienante. In entrambe queste ipotesi, l'interesse del promissario acquirente al conseguimento della titolarità del bene promesso verrebbe certamente frustrato e ciò anche a prescindere dall'avvenuta stipula del definitivo.

Consapevole dei pericoli insiti nella contrattazione del preliminare e a difesa dell'interesse del promissario acquirente di conseguire in modo pieno gli effetti sottesi al promesso atto definitivo, il dettato del codice civile offre diversi rimedi, i quali vanno a rinforzare la tutela contro l'inadempimento e militano a sostegno dell'efficacia dell'operazione. Per un verso, il codice fornisce l'interesse del promissario acquirente a ottenere la titolarità del bene promesso di una tutela particolarmente incisiva, rappresentata dalla esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre. Tale disciplina (art. 2932 c.c.) funge da strumento con cui il promissario acquirente ottiene una sentenza che sostituisce, quanto agli effetti, l'atto dovuto (il definitivo) e crea il titolo a cui le parti si erano obbligate con il preliminare, così che il promissario

acquirente muti “la propria posizione da creditore a proprietario”¹. Per altro verso, al fine di garantire l'efficacia dell'operazione da atti che, compiuti successivamente al preliminare e intervenuti prima della trascrizione del definitivo, possano risultare opponibili al promissario acquirente, l'aggiunta disciplina codicistica estende – per un certo periodo di tempo – il c.d. effetto prenotativo della trascrizione al preliminare (art. 2645-bis c.c.)². In tal modo, l'interesse del promissario acquirente al conse-

¹ M. FARINA, *Contrattazione preliminare e autonomia negoziale*, Napoli, 2017, p. 200. Sulla disciplina ex art. 2932 c.c. che rappresenta una delle più felici intuizioni del codice del 1942 e che, come noto, si deve a G. CHIOVENDA, *Dell'azione nascente da contratto preliminare*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, p. 99, si v. i classici contributi di S. SATTA, *L'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto*, in *Foro it.*, 1950, IV, c. 73; ID., *L'esecuzione forzata*, Torino, 1954, L. MONTESANO, *Contratto preliminare e sentenza costitutiva*, Napoli, 1953; S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto*, in *Tratt. Rescigno*, XX, Torino, 2008, p. 373; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, p. 309, a cui adde tra gli altri A. VENTURELLI, *L'ambito di operatività dell'art. 2932, 2° co., c.c.: la «esigibilità» della prestazione*, in *Obbl. contr.*, 2011, p. 40 e M. CAPECCHI, *Esecuzione specifica del preliminare di vendita immobiliare*, Milano, 2019.

² L'effetto prenotativo della trascrizione del preliminare (disciplina aggiunta al dettato codicistico dall'art. 3 co. 1°, D.L. 31.12.1996, n. 669, convertito in legge, con modificazioni, con L. 28.2.1997, n. 30 e su cui si v., in termini generali, A.A. CARABBA (a cura di), *La trascrizione del preliminare*, Napoli, 1998; G. DE NOVA, *La trascrizione del contratto preliminare*, in *Contratti*, 1997, p. 5; A. DI MAJO, *La “normalizzazione” del preliminare*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 131; ID., *La trascrizione del preliminare e regole di conflitto*, in *ivi* p. 515; F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in *Tratt. Trascrizione* (dir. E. GABRIELLI – F. GAZZONI), v. I, t. II, Milano, 2012, p. 123; M. FRANZONI, *Riflessioni sulla trascrizione del preliminare*, in *Contr. impr.*, 1998, p. 421; G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 534; A. LUMINOSO – G. PALERMO, *La trascrizione del contratto preliminare. Regole e dogmi*, Padova, 1998; L. NIVARRA, *La trascrizione del preliminare*, in *Vita not.*, 1998, p. 1369) costituisce argomento di discussione nella dottrina, divisa tra quanti lo collegano all'eventuale e futuro titolo definitivo adottato in esecuzione spontanea o coattiva del preliminare (es., G. GABRIELLI, *Considerazioni sulla funzione e sul conseguente carattere facoltativo della pubblicità del contratto preliminare*, in *Vita not.*, 1998, p. 742) e coloro i quali, invece, lo attribuiscono allo stesso contratto preliminare (es., F. GAZZONI, *Trascrizione del preliminare di vendita e obbligo di dare*, in *Riv. not.*, 1997, p. 19).



guimento della piena e opponibile titolarità dell'immobile trova una tutela adeguata.

Per l'acquirente i rischi connessi alla contrattazione preliminare non si esauriscono nelle circostanze ora ricordate e che gli impediscono di conseguire gli effetti traslativi sottesi al definitivo. Qualora, come accade di regola nella prassi, contestualmente alla stipula del negozio obbligatorio egli abbia versato delle somme al promittente venditore, infatti, subentra un ulteriore profilo di rischio, stavolta concernente l'interesse al recupero di quanto pagato. Ben può essere, infatti, che all'inadempimento della prestazione principale (stipula del definitivo) si accompagni altresì la mancata restituzione delle somme già incamerate. Al fine di assicurare che in tutte le ipotesi di "mancata esecuzione del contratto preliminare trascritto" il recupero di dette somme avvenga nel modo più celere e certo, il codice civile interviene ancora per il tramite della disciplina sulla trascrizione del preliminare. A condizione che l'effetto temporale della trascrizione del preliminare sussista, l'art. 2775-bis c.c. prevede la "nascita" di un privilegio speciale sul bene immobile oggetto dell'operazione a garanzia dei crediti restitutori del promissario acquirente connessi alla mancata esecuzione del contratto preliminare trascritto³.

Gli strumenti offerti dal codice civile alla contrattazione preliminare (e in particolare tale ultima disciplina sul privilegio) hanno incontrato, è noto, delle numerose e fondate critiche in termini di effettività e di estensione. Ciò non di meno, è possibile rilevare come entrambi i di-

versi interessi del promissario acquirente frustrati dall'inadempimento del preliminare – quello all'effettivo nonché pieno conseguimento della titolarità del bene e quello al recupero delle somme versate in occasione del preliminare poi ineseguito – ricevano una tutela specifica. Da un lato, il promissario acquirente, in alternativa alla semplice possibilità della risoluzione per inadempimento con risarcimento per equivalente, ha una articolata tutela satisfattiva che gli consente di ottenere il soddisfacimento dell'interesse primario e quindi la concreta (art. 2932) e opponibile (art. 2645-bis c.c.) titolarità del bene. Da altro lato, egli, nelle ipotesi di mancata esecuzione – spontanea o coattiva – del contratto preliminare trascritto, può agire per il recupero delle somme eventualmente versate muovendo da una posizione privilegiata (art. 2775-bis c.c.).

2. Contrattazione preliminare di immobili da costruire e fallimento del venditore: rischi e limiti delle tutele codicistiche.

La circostanza per cui, al momento della stipula del preliminare, l'immobile sia ancora da costruire porta con sé l'eventualità che il bene non sia ancora giunto ad esistenza quando si verifica la lesione dell'interesse del promissario acquirente al trasferimento della proprietà. Tale circostanza diminuisce il livello di effettività della tutela – satisfattiva e recuperatoria – codicistica ora descritta. Questa riduzione, a ben vedere, riflette caratteri intrinseci a tali rimedi.

Da un lato, l'interesse del promissario acquirente a conseguire un titolo che sostituisca gli effetti dell'atto dovuto si scontra con i confini propri della azione ex art. 2932 c.c. Come noto, l'emanazione di una sentenza in luogo del contratto definitivo la cui stipula costituisce l'esecuzione del preliminare ha infatti per intrinseco e fisiologico limite quello della possibilità, ossia della "pratica attuabilità del comando giudiziario"⁴. Pertanto, ogni qualvolta il fallimento del promittente venditore/costruttore sia intervenuto in un momento in cui l'immobile non risulti ancora divenuto ad esi-

³ Sull'art. 2775-bis c.c., si v., F. GAZZONI, *Trascrizione del preliminare di vendita e obbligo di dare*, cit., p. 28; ID., *La trascrizione*, cit., p. 150; G. TUCCI, *Trascrizione del contratto preliminare e privilegio a tutela dei crediti del promissario acquirente*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, p. 177; ID., *Conflitto tra privilegio del credito del promissario acquirente per mancata esecuzione del contratto preliminare e ipoteche iscritte prima della trascrizione del preliminare medesimo*, in *Banca borsa*, 2001, p. 481; G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, cit., p. 550; ID., *Conflitto fra privilegio del promissario acquirente ed ipoteca iscritta prima della trascrizione del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 799; A. LUMINOSO, *Il privilegio speciale a garanzia dei crediti restitutori del promissario acquirente*, in *Notar.*, 1998, p. 564; P. VIRGADAMO, *Privilegi immobiliari, ipoteca e ordine delle garanzie*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 485; M. CAPECCHI, *Esecuzione specifica*, cit. p. 218.

⁴ Cass. Civ., 28 ottobre 1982, n. 5647, in *Rep. Foro it.*, 1982, *Contratto in genere*, n. 149.



stenza, la tutela offerta ex art. 2932 c.c. è preclusa al promissario acquirente (perché impossibile). In tali circostanze, a quest'ultimo non resta che affidare la difesa del proprio interesse lesso agli strumenti della risoluzione del vincolo e del risarcimento per equivalente⁵.

Da altro lato, prima della completa costruzione dell'immobile, non trova applicazione neanche lo strumento che il codice offre a tutela del credito restitutorio sorto a seguito della "mancata esecuzione del contratto preliminare trascritto" e concernente le somme versate contestualmente al preliminare. L'inesistenza del bene oggetto del preliminare trascritto, difatti, rende impossibile anche il meccanismo codicistico di tutela per il recupero di quanto versato in sede di stipula del preliminare al promittente acquirente e realizzato mediante l'iscrizione del privilegio sull'immobile⁶.

⁵ L'operatività dell'art. 2932 c.c. in ragione della mancata costruzione dei beni dedotti nel preliminare è stata esclusa in C. App. Campobasso, 31 maggio 2002, in *Riv. giur. Molise e Sannio*, 2002, p. 29, con nota di B. IZZI, *Permuta preceduta da preliminare di cosa presente con futura, permuta di bene presente con futuro, presupposizione, strumenti urbanistici in itinere: una difficile convivenza*. Ragioni di completezza impongono altresì di menzionare il consolidato orientamento giurisprudenziale che ammette l'art. 2932 c.c. con contestuale esperimento dell'*actio quanti minoris* in riduzione del prezzo: *ex multis*, Cass. Civ., sez. II, 26 febbraio 2016, n. 3855, in *Rep. Foro it.*, 2016, *Contratto in genere*, n. 397; Cass. Civ., sez. II, 30-08-2013, n. 19984, in *Foro nap.*, 2014, p. 535 con nota di D. TESAURO, *I rimedi esperibili dal promissario acquirente: il cumulo dell'azione ex art. 2932 c.c. e della riduzione del prezzo per vizi della cosa*; Trib. S.M. Capua Vetere, 24 febbraio 2012, in *Riv. dir. soc.*, 2012, p. 754, con nota di G.M. D'AIELLO, *Metonimie e diritto societario (a proposito di acquisto di partecipazioni, vizi dei beni sociali e garanzie implicite)*; Trib. Cagliari, 15 febbraio 2008, in *Riv. giur. sarda*, 2009, p. 679, con nota di A. LUMINOSO, *Negoziato di immobile privo di certificato di abitabilità, aliud pro alio, rimedi del compratore e del promittente acquirente*. Su tale giurisprudenza, si v. M. CAPECCHI, *Esecuzione specifica*, cit., p. 74.

⁶ Non è superfluo ribadire come sul piano codicistico (art. 2645 bis, co. VI) la trascrizione del preliminare di compravendita immobiliare – che costituisce il presupposto per la costituzione del privilegio – sia possibile unicamente per l'edificio esistente, ossia quello nel "quale sia stato eseguito il rustico, comprensivo delle mura perimetrali delle singole unità, e sia stata completata la copertura". Nel senso che **la esistenza del bene costituisca un presupposto dell'art. 2775 bis c.c.** si veda, per tutti, F. GAZZONI, *Trascrizione del preliminare di vendita*, cit., p. 29 e ID., *La trascrizione degli atti cit.*, p. 151.

Infine, occorre considerare come una simile riduzione di effettività della tutela assumesse tratti ancora più significativi, allorché l'inadempimento del promittente venditore e costruttore fosse connesso al suo fallimento. Difatti, almeno sino al cambiamento di direzione consolidatosi nel 2015 dalla Corte di Cassazione⁷, la trascrizione del preliminare non risultava opponibile al fallimento e il curatore poteva esercitare lo scioglimento del contratto. Tutto ciò, va da sé, escludeva la possibilità di agire ex art. 2932 c.c., così che al promissario acquirente non sarebbe restato che insinuarsi al passivo, esponendosi al rischio – più che concreto – di recuperare solo parte delle somme e in un tempo non breve⁸. In conclusione, gli strumenti di tutela satisfattiva e recuperatoria previsti dal codice si rivelano di scarsa utilità rispetto all'ipotesi in cui la lesione dell'interesse del promissario si verifichi prima della fine della costruzione dell'immobile.

3. Contrattazione preliminare di immobili da costruire e fallimento del venditore: le tutele extracodicistiche.

Orbene, con un decreto legislativo di circa quindici anni fa il legislatore nazionale, sulla falsa riga di quanto avvenuto in ordinamenti vi-

⁷ Il riferimento è a Cass. Civ., Sez. Un., 16 settembre 2015, n. 18131, in *Foro it.*, 2015, I, c. 3488 e quindi al principio di diritto per cui: con riferimento al contratto preliminare di compravendita, quando la domanda promossa dal promissario acquirente diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto è stata trascritta prima della dichiarazione di fallimento, la sentenza che l'accoglie, anche se trascritta successivamente, è opponibile alla massa dei creditori sì che l'esercizio da parte del curatore del contraente fallito della facoltà di scioglimento è inopponibile al promissario acquirente sempre che la domanda venga poi accolta. Come noto, tale indirizzo era stato già inaugurato da Cass. civ. Sez. Un., 7 luglio 2004, n. 12505, in *Foro it.*, 2004, I, c. 3038, Sulla decisione del 2015, in luogo di tanti, A. LUMINOSO, *Fallimento del promittente alienante e tutela del promissario acquirente*, in *Giur. comm.*, 2016, I, p. 597.

⁸ Sul rapporto tra fallimento del venditore e preliminare immobiliare anche con riguardo alla nuova (?) disciplina, si veda A. LUMINOSO, *I contratti preliminari: dalla legge fallimentare al codice della crisi d'impresa*, in *Contr. impr.*, 2020, p. 1060.

cini già nella seconda metà del secolo scorso⁹ e spinto da numerosi casi di fallimento del costruttore¹⁰, è intervenuto per approntare delle migliorie al sistema di tutele che intervengono nell'ipotesi del preliminare avente ad oggetto un immobile da costruire (d. lgs. n. 122 del 20 giugno 2005)¹¹. In detto quadro normativo col-

locato fuori dal codice, oltre a prevedere delle regole tese a garantire la trasparenza del vincolo¹², il legislatore delegato ha previsto un complesso sistema di tutele che protegga la soddi-

⁹ L'esperienza di maggior influenza è certamente quella francese: artt. L261-1 e seguenti del *Code de la construction et de l'habitation (partie législative)* e artt. R261-1 e seguenti (*partie réglementaire*). In argomento, tra i contributi in lingua italiana, si segnalano D. VELLA, *La tutela dell'acquirente di immobili da costruire nel diritto francese: spunti per il notariato italiano*, in *Vita not.*, 1998, p. 621; G. ARICÒ, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire in Francia*, in AA.VV., *Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazione del D. Lgs. 122/2005 e prospettive*, in *Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, 2006, p. 160; A. BARALE, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire: dall'esperienza francese alla nuova normativa italiana*, in *Contr. impr. Eur.*, 2005, p. 810; G. PETRELLI, *Gli immobili da costruire. Le garanzie, il preliminare e gli altri contratti: la tutela per l'acquirente*, Milano, 2005, p. 7. Per una interessante panoramica comparatistica e in prospettiva unificatrice, si segnala il ricco contributo di M. BASILE, *Per un diritto europeo a protezione degli acquirenti di immobili da costruire o da ristrutturare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 78.

¹⁰ *Inter alia*, si v. A. PAOLINI – A. RUOTOLO, *Prime considerazioni sulla bozza di decreto legislativo in tema di tutela degli acquirenti di immobili da costruire o in corso di costruzione*, CNN Studio n. 5691/C/2005, in www.notarato.it, dove si riporta il dato per cui vi sarebbero duecentomila famiglie italiane coinvolte nei circa novemila fallimenti di imprese di costruzione in corso dal 1995.

¹¹ Il d. lgs. n. 122 del 20 giugno 2005, adottato in attuazione della legge 2 agosto 2004 n. 210 recante "Delega al governo per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire" e con la quale si perseguiva l'obiettivo di prevedere "l'equa ed adeguata tutela dei diritti dell'acquirente discendenti dalla stipula del contratto diretto all'acquisto o al trasferimento di un immobile da costruire" (art. 3, lett. a), l. 210/2004). Sul d.lgs. 122/2005 si vedano G. SICCHIERO (a cura di), *La tutela degli acquirenti degli immobili da costruire*, Padova, 2005; G. PETRELLI, *Gli immobili da costruire*, cit., Milano, 2005; G. RIZZI, *La nuova disciplina di tutela dell'acquirente di immobile da costruire*, in *Notar.*, 2005, p. 433; G. DE CRISTOFARO – J. COSTOLA, *Le misure di protezione degli acquirenti di edifici da costruire introdotte dal d. legisl. 20 giugno 2005, n. 122: prime considerazioni*, in *Studium iuris*, 2005, p. 1006; AA.VV., *Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire*, cit.; D'ARRIGO, *La tutela contrattuale degli acquirenti di immobili da costruire*, in *Riv. not.*, 2006, p. 911; A. LUMINOSO, *Sulla predeterminazione legale del contenuto dei contratti di acquisto di immobili da costruire*, in *Riv.*

dir. civ., 2006, p. 713; ID., *La compravendita*, Torino, 2018, p. 194; ID., *I contratti preliminari*, cit., p. 1060; F. MACARIO, *Il contenuto della garanzia fideiussoria ex d.lgs. 122/2005 e le conseguenze della sua incompletezza ed erroneità*, in AA.VV., *Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire*, cit., p. 109; G. VETTORI, *La tutela dell'acquirente di immobili da costruire: soggetti, oggetto, atti*, in *Obbl. contr.*, 2006, p. 106; F. ALCARO, *Il sistema delle garanzie nella nuova disciplina a tutela degli acquirenti di immobili da costruire* (d.lg. n. 122/2005), in *ivi* p. 487; D'AMBROSIO, *Fideiussione e vincoli di contenuto negli immobili da costruire*, in *Contratti*, 2006, p. 605; G. PALERMO, *La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire*, in *Giust. civ.*, 2008, II, p. 319; P. MAZZAMUTO, *L'acquisto di immobili da costruire*, Padova 2007; C. MAZZÙ, *Note critiche sulle riforme in tema di vendita immobiliare*, Torino, 2008; L. MEZZASOMA, *Il consumatore acquirente di immobili da costruire fra diritto al risparmio e diritto all'abitazione*, Napoli, 2008; ID., *Sub Artt. 1-5 D. lgs. 122 del 2005*, in V. CUFFARO, (a cura di) *Codice del consumo*, Milano, 2019, p. 2125; M. LOBUONO, F.P. LOPS, F. MACARIO (a cura di), *Tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire*, Milano, 2008; S. DELLE MONACHE, *La garanzia fideiussoria negli acquisti di immobile da costruire (fra obbligo e onere)*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 613; V. TIMPANO, *La rinuncia alla garanzia fideiussoria da parte dell'acquirente di immobili da costruire*, in G. DE NOVA (a cura di), *Clausole a rischio di nullità*, Padova, 2009, p. 59; R. LENZI, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire: effettività della responsabilità disciplinare del notaio tra regole di comportamento e regole di validità*, in S. PAGLIANTINI (a cura di), *Il diritto vivente nell'età dell'incertezza Saggi sull'art. 28 ed il procedimento disciplinare riformato*, Torino, 2012, p. 3; N. RAITI, *La vendita di immobili da costruire*, in *Tratt. Roppo, Vendita e vendite*, I, Milano, 2014, p. 755; M. CAVANNA, *La vendita di immobili da costruire (e le tutele degli acquirenti)*, in M. CALLEGARI – E. DESANA (dir. da), *La vendita*, Bologna-Torino, 2014, p. 390; M. FARINA, *Contrattazione preliminare*, cit., p. 99; G. Buset, *Fideiussione a garanzia della restituzione di somme e corrispettivi (art. 2 e 3, D. Lgs., 20.6.2005. n. 122)*, in V. CUFFARO – F. PADOVINI (a cura di), *Codice commentato degli immobili urbani*, Milano, 2017, p. 629.
¹² Il riferimento è all'art. 3, lett. m), l. 210/2004 e all'art. 6 d.lgs. 122/2005: sul punto si veda, in luogo di tanti, A. LUMINOSO, *Sulla predeterminazione legale* cit., p. 713 e R. LENZI, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, cit., p. 28; sulla tendenza del legislatore post-codice a ricorrere a regolamenti contrattuali predeterminati e sul suo significato, si v., per tutti, V. SCALISI, *Forma solenne e regolamento conformato. Un ossimoro del nuovo diritto dei contratti?*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 415.



sfazione dell'interesse del promissario al trasferimento dell'immobile dal fallimento, riconoscendo all'acquirente il diritto di prelazione e sottraendo all'azione di revocatoria fallimentare i contratti per abitazione da costruire quando stipulati a giusto prezzo (artt. 9-10, d.lgs. 122/2005)¹³. Non solo, al distinto interesse dell'acquirente a ottenere la restituzione di quanto versato il legislatore delegato ha altresì scelto di offrire una tutela tale per cui egli possa contare su di un meccanismo recuperatorio che, rispetto all'ipotesi del fallimento del costruttore e nonostante l'inesistenza della cosa (e quindi l'inapplicabilità dell'art. 2775-bis), sia dotato di una apprezzabile effettività. Egli infatti ha imposto al costruttore di consegnare al promissario acquirente una garanzia fideiussoria corrispondente alle somme versate (art. 2, d.lgs. 122/2005). In tal modo, l'eventuale fallimento del costruttore non impedirà al promissario acquirente di recuperare quanto versato.

Dopo essere intervenuto sul decreto una prima volta nel 2014 per affermare la nullità della clausola con cui il promissario acquirente rinuncia a tali tutele speciali¹⁴, il legislatore, ancora più di recente, ha corretto detta normativa¹⁵. Nonostante questi diversi interventi, la di-

sciplina speciale relativa alla tutela del promissario acquirente nell'ipotesi di immobili da costruire presenta ancora aspetti critici e altri da indagare¹⁶. Nel prosieguo, mi soffermerò sulla tutela dell'interesse del promissario acquirente a recuperare le somme versate prima del conseguimento della proprietà dell'immobile in costruzione contro il rischio del fallimento del venditore. In particolare, descriverò dapprima l'obbligo di consegna come previsto dalla legge (§4) e, successivamente, mi concentrerò sul rimedio accordato dal legislatore al promissario acquirente per l'ipotesi di violazione di detto obbligo (§5). Tale seconda parte dell'indagine si giustifica anche alla luce di recenti interventi della giurisprudenza (§6), in particolare di legittimità (§7), con i quali si è meglio definito l'esercizio del diritto attribuito all'acquirente di ottenere la nullità del preliminare¹⁷.

4. La tutela recuperatoria ex artt. 2-3 d.lgs. 122/2005 e la consegna della fideiussione.

Sin dalla sua approvazione, la dottrina ha riservato grande attenzione critica¹⁸ al tentativo

¹³ In argomento: A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 215; L. MEZZASOMA, *Sub Artt. 9-11 D. lgs. 122 del 2005*, in V. CUFFARO (a cura di), *Codice del consumo*, cit., p. 1641 e M. CAPECCHI, *Esecuzione specifica*, cit., p. 215.

¹⁴ Sulla novella del 2014, si v. M. CIARLEGLIO, *Non è ammessa la rinuncia alle garanzie previste dal decreto 122/2005*, in *Imm. Propr.*, 2015, 179. La posizione era già stata sostenuta dalla dottrina (*ex multis*, G. PETRELLI, *Gli immobili da costruire*, cit., p. 117; A. ZOPPINI, *La garanzia fideiussoria vista dall'angolo visuale del costruttore: costi, rischi e problemi*, in AA.VV., *Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire*, cit., p. 120; V. TIMPANO, *La rinuncia alla garanzia*, cit., p. 69; *contra*, G. PALERMO, *La tutela dei diritti patrimoniali*, cit., p. 328) e dalla giurisprudenza di merito (Trib. La Spezia, 9 giugno 2016, in *Arch. locazioni*, 2018, p. 204 e Trib. Monza, 20 gennaio 2015, n. 185, in *dejure.it*).

¹⁵ Sulla novella 2019, si vedano: G. VISCONTI, *La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire*, in *Imm. Prop.*, 2019, p. 362; L. MEZZASOMA, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire: i recenti interventi legislativi e giurisprudenziali*, in *Corr. Giur.*, 2019, p. 1265; P. MAZZAMUTO, *Note in tema di acquisto di immobili da costruire dopo l'emanazione del Codice della Crisi d'Impresa*, in *Riv. dir. econ. trasp. amb.*, 2019, p. 119; M. GIORGETTI – A. BONAFINE, *Le nuove garanzie in favore degli acquirenti di immobili da*

costruire, in www.judicium.it, 2019; E.M. SIRONI, *Immobili da costruire: le nuove tutele degli acquirenti dopo il D.Lgs. n. 14/2019*, in *Notar.*, 2019, p. 625; M. CAPECCHI, *La protezione del promissario acquirente nel codice della crisi*, in *Contr. impr.*, 2020, p. 92; A. LUMINOSO, *I contratti preliminari*, cit., p. 1061; A. SEMPRINI, *Polizza assicurativa indennitaria e immobili da «ristrutturare»*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, p. 1077.

¹⁶ Il giudizio della dottrina sulla novella 2019 non è unanime. A fronte di Autori che si esprimono in termini tutto sommato positivi (L. MEZZASOMA, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, cit., p. 1268), altri pongono in evidenza i limiti di molte scelte effettuate nel 2019, insistendo, in modo per vero condivisibile, sulle diverse "ombre" del provvedimento (es., M. CAPECCHI, *La protezione del promissario acquirente*, cit., p. 119-120; A. LUMINOSO, *I contratti preliminari*, cit., p. 1083).

¹⁷ Il riferimento è a Cass. Civ., 22 novembre 2019, n. 30555, in *Vita not.*, 2020, p. 233, (sulla decisione si v., sin d'ora, S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione come categoria giurisdizionalizzata?*, in *Pers. merc.*, 2020, p. 31) e a Cass. civ., ord. 18 settembre 2020, n. 19510, che può leggersi in www.personaemercato.it, con osservazioni di C. SARTORIS, *La tutela degli immobili da costruire tra buona fede e nullità*.

¹⁸ Con riferimento alla versione originaria: G. PETRELLI, *Gli immobili da costruire*, cit., p. 10 e R. LENZI, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, cit., p. 28; con



con cui il legislatore è intervenuto sulla disciplina del preliminare avente ad oggetto un immobile da costruire al fine di meglio proteggere l'acquirente dagli effetti del fallimento del venditore avvenuto nell'ambito di "un'operazione che per sua natura comporta un margine più o meno ampio di aleatorietà"¹⁹. In particolare, tale attenzione ha riguardato gli artt. 2 e 3 del d.lgs. 122/2005 relativi all'obbligo per il costruttore di consegnare, a pena di nullità del contratto preliminare che può essere fatta valere unicamente dall'acquirente, una fideiussione all'acquirente di importo corrispondente a quanto il costruttore ha riscosso e riscuoterà prima del definitivo.

Di detto frammento legislativo, la scienza giuridica ha esattamente individuato la natura della prestazione in quella di obbligo²⁰, riconoscendovi poi valore di "presupposto oggettivo per la stipula del preliminare" e quindi di "elemento strutturale di una fattispecie procedimentale, in quanto deve sussistere prima della stipula del contratto preliminare"²¹. Essa ha poi correttamente precisato la *ratio* dell'obbligo nella "copertura del rischio da mancata restituzione delle somme effettivamente erogate dall'acquirente (o promittente acquirente) in assenza del titolo formale di proprietario, prima cioè che

questo si perfezioni in modo da poter essere opponibile *erga omnes*"²².

4.1. Ambito applicativo dell'obbligo di consegna della fideiussione.

Nel ricostruire la disciplina occorre muovere dall'ambito applicativo e, nel fare ciò, è bene partire da un dato. Come rilevato nei commenti della dottrina più attenta, il perimetro di applicazione della disciplina è individuato non già per il tramite di riferimenti a "tipi negoziali, ma attraverso il riferimento al concorso di alcuni requisiti i quali attengono alla natura dell'effetto negoziale (acquisto non immediato di un diritto reale) e ai caratteri del bene dedotto in contratto (immobile da costruire)"²³. Proprio scorrendo di questa delimitazione dei beni si è immediatamente rilevata l'eccessiva severità della definizione di immobile da costruire operata dal legislatore e coincidente con quello per cui sia stato richiesto il permesso di costruire e per cui non sia ancora possibile il

riferimento, invece, alla novella, M. CAPECCHI, *La protezione del promissario acquirente*, cit., p. 119-120.

¹⁹ G. D'AMICO, *La vendita immobiliare (un ventennio di interventi normativi)*, in *Contratti*, 2017, p. 90; cui adde, M. LOBUONO, *Tutela dell'acquirente e immobili da costruire: scenari normativi e percorsi giurisprudenziali*, in M. LOBUONO, F.P. LOPS, F. MACARIO, *Tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili*, cit., p. 21 e A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 194; R. LENZI, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, cit., p. 27.

²⁰ Per quanto non siano mancati Autori propensi a qualificare detta situazione giuridica nei termini di onere (in tal senso, si v. F. ALCARO, *Il sistema delle garanzie*, cit., p. 490; F. MACARIO, *La prestazione della garanzia fideiussoria. Considerazioni generali*, in M. LOBUONO, F.P. LOPS, F. MACARIO, *Tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili*, cit., p. 86), l'indirizzo maggioritario lo definisce come obbligo (*ex multis*, S. DELLE MONACHE, *La garanzia fideiussoria*, cit., p. 617, cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti e la dotta discussione).

²¹ Così, A. ZOPPINI, *La garanzia fideiussoria vista dall'angolo visuale del costruttore: costi, rischi e problemi*, cit., p. 118.

²² Così, F. MACARIO, *La prestazione della garanzia fideiussoria*, cit., p. 93. La ricostruzione è diffusa: in senso analogo si veda, tra gli altri, A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 206; L. MEZZASOMA, *Sub Artt. 1-5*, cit. p. 1586; A. ZOPPINI, *La garanzia fideiussoria*, cit.; S. DELLE MONACHE, *La garanzia fideiussoria*, cit., p. 628; G. PALERMO, *La tutela dei diritti patrimoniali*, cit., p. 322 e F. ALCARO, *Il sistema delle garanzie*, cit., p. 488, il quale esattamente esatamente pone in luce come il legislatore del 2005 abbia utilizzato la fideiussione "non a garanzia dell'obbligazione principale nascente dal contratto, cioè la realizzazione della costruzione, ma in funzione della restituzione delle somme erogate".

²³ A. LUMINOSO, *Sulla predeterminazione legale*, cit., p. 714. Sul significato di sistema di tale tecnica normativa di individuazione dell'ambito applicativo si v. in particolare G. VETTORI, *La tutela dell'acquirente di immobili da costruire*, cit., p. 107, il quale vi ravvede il recepimento e l'utilizzo dell'idea di "operazione", come proposta in dottrina da G. PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970, p. 111 e da G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 2 e su cui si v. ovviamente E. GABRIELLI, *L'operazione economica nella teoria del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 905. Ciò rilevato, è pacifico in dottrina che il decreto si applichi, oltre che all'ipotesi qui discussa del preliminare, anche alla vendita obbligatoria (art. 1476 c.c.), al *leasing*, al contratto di opzione, al contratto di permuta di cosa presente con cosa futura, etc. (in luogo di tanti, L. MEZZASOMA, *Sub art. 1*, cit., p. 2136).



rilascio del certificato di agibilità. In particolare, ad essere stata contestata è la scelta di non estendere l'ambito oggettivo delle tutele previste dal decreto alle operazioni riguardanti gli immobili "su carta", ossia quelli per cui nessuna richiesta di titolo abilitativo per la progettata attività costruttiva sia già stata avanzata al momento della stipulazione del preliminare. Nonostante il diverso orientamento della dottrina²⁴, il legislatore del 2019 non è intervenuto sul punto e, pertanto, trova tuttora conferma l'atteggiamento molto restrittivo della giurisprudenza²⁵.

Ulteriore aspetto discusso dalla dottrina coinvolge, poi, il problema dell'ambito soggettivo degli artt. 2 e 3 del d.lgs. 122/2005. Per quanto la definizione di acquirente contenuta nella legge delega e nel decreto sia chiara nel riferirsi a tutte le "persone fisiche" senza distinzione alcuna e quindi senza limitarne l'applicazione ai soli consumatori, una parte rilevante degli interpreti ha sostenuto che la disciplina non sarebbe applicabile a chi agisce per scopi professionali. A sostegno di questa lettura

²⁴ In luogo di tanti, si v. C. MAZZÙ, *Note critiche*, p. 46 e A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 202.

²⁵ Ritenendo di non potersi distaccare dal dato letterale, infatti, il giudice di legittimità, con la prima pronuncia in materia di d.lgs. 122/2005, ha esattamente statuito come l'immobile da costruire esistente soltanto "sulla carta" si collochi fuori dal perimetro oggettivo del decreto (Cass. civ., Sez. II, 10 marzo 2011, n. 5749, in *Contratti*, 2011, p. 657, con nota di G. ORLANDO, *La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire* e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, p. 952, con nota di U. STEFINI *L' applicazione della normativa di tutela degli acquirenti di immobili da costruire, e il problema degli immobili per i quali non sia stato ancora richiesto il permesso di costruire*). Come noto, tale impostazione legislativa e giurisprudenziale è stata avallata dalla Consulta, la quale ha affermato la legittimità di una tale limitazione (Corte Cost., 19 febbraio 2018 n. 32, in www.cortecostituzionale.it e in *Giur. cost.*, 2018, p. 1435, con nota critica di F. ASTONE, *Vendita di immobili da costruire: la difficile distinzione tra acquirenti da tutelare e non*) sostenendo che essa ben rifletta la giustificazione stessa della disciplina, ossia "approntare una garanzia specifica dell'affidamento, meritevole di tutela, che l'acquirente ripone nell'effettiva realizzazione (o completamento, se già iniziata) della costruzione dell'immobile oggetto del contratto preliminare di compravendita; affidamento indotto dalla circostanza dell'intervenuto rilascio del permesso di costruire o almeno della già presentata richiesta per il suo ottenimento".

restrittiva militerebbe, per un verso, il riferimento contenuto nel decreto a relazioni familiari²⁶ e, per altro verso, l'identificazione dello scopo della norma nella protezione di soggetti privi "della opportuna forza contrattuale e delle conoscenze che invece possiedono coloro che operano sul mercato"²⁷. Invero, nessuno dei due argomenti appare convincente. Da un lato, il riferimento alle relazioni familiari riguarda esplicitamente la disciplina sulla prelazione e sulla revocatoria fallimentare e non sembra che possa assumere un carattere generale. Da altro lato, occorre porre a mente che il nostro ordinamento ben conosce ipotesi di tutela della persona fisica che vadano oltre il consumatore²⁸. In conclusione, è da ritenere che la speciale tutela recuperatoria si applichi solo alle operazioni in cui sia già stato richiesto il permesso di costruire l'immobile dedotto nel preliminare e in cui l'acquirente sia una persona fisica.

4.2. La consegna e il contenuto della garanzia.

Posto dinnanzi all'esigenza di tutelare l'interesse del promissario acquirente a recuperare quanto versato in occasione della stipula del preliminare poi rimasto ineseguito per fallimento del costruttore, il legislatore, attesa

²⁶ I frammenti normativi che questa impostazione (*ex multis*, A. LUMINOSO, *Sulla predeterminazione legale*, cit., p. 715-716; ID., *La compravendita*, cit., p. 201) impiega per limitare l'applicazione del decreto ai soli consumatori sono i seguenti: l'art. 1, lett. a), d.lgs. 122/2005 che prevede che il decreto si applichi anche qualora la persona fisica stipuli un atto il cui effetto traslativo non immediato coinvolga un "proprio parente di primo grado"; l'art. 9 che estende il diritto di prelazione anche all'ipotesi in cui l'immobile consegnato sia stato adibito dall'acquirente ad abitazione principale di un "proprio parente di primo grado"; l'art. 10 che sottrae all'azione revocatoria fallimentare gli atti onerosi che hanno come effetto il trasferimento della proprietà di un immobile da costruire dove l'acquirente stabilisce la residenza di "suoi parenti o affini entro il terzo grado".

²⁷ Così, G. RIZZI, *La nuova disciplina di tutela*, cit., p. 434. In direzione simile milita anche L. MEZZASOMA, *Sub art. 1*, cit., p. 2134, per il quale la disciplina sarebbe applicabile alla persona fisica che investe il risparmio.

²⁸ *Ex multis*, G. PETRELLI, *Gli immobili da costruire*, cit., p. 40; G. VETTORI, *La tutela dell'acquirente di immobili da costruire*, cit., 106; G. PALERMO, *La tutela dei diritti patrimoniali*, cit., p. 320.



l'inapplicabilità dell'art. 2775-*bis* c.c., ha inteso percorrere la strada della costituzione di una garanzia personale. Assunta questa decisione, il legislatore ha scelto di obbligare il costruttore a procurare il rilascio di una fideiussione ed a consegnarla all'acquirente. Trattasi di decisione criticabile e puntualmente criticata, anche considerando la presenza nel nostro ordinamento di altri strumenti – *in primis*, il contratto autonomo di garanzia – che bene avrebbero potuto offrire al promissario acquirente una più incisiva tutela recuperatoria²⁹.

Il decreto dispone che il termine entro il quale il costruttore deve provvedere a fornire all'acquirente la garanzia fideiussoria sia quello della stipula, ovvero un momento precedente, di un contratto che, proprio come un preliminare, abbia per finalità il trasferimento non immediato della proprietà. La novella del 2019 ha poi ristretto il novero dei soggetti autorizzati a prestare la garanzia che il costruttore deve consegnare alle sole banche e assicurazioni (e non più agli intermediari finanziari). Inoltre, il decreto prevede che la garanzia sul recupero del credito restitutorio in caso di situazioni di crisi del costruttore cessi nel momento in cui il fideiussore riceva dal costruttore o da un altro dei contraenti copia dell'atto di trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento sull'immobile. In modo opportuno, l'ultima novella ha poi precisato che per aversi cessazione della garanzia, è necessaria la menzione della polizza assicurativa nell'atto definitivo di trasferimento³⁰.

La garanzia tesa a proteggere l'interesse del promissario acquirente al recupero delle somme versate in presenza di una situazione di crisi del costruttore deve essere 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 al-

tro diritto reale di godimento³¹. In proposito, si osserva che l'ammontare della garanzia, mentre non deve fare riferimento alle somme per le quali è pattuito che debbano essere erogate da un soggetto mutuante, nonché ai contributi pubblici già assistiti da autonoma garanzia, deve riflettere anche gli interessi legali maturati su quanto riscosso dal costruttore.

La dottrina ha rilevato come, analogamente a quanto, almeno secondo la lettura più rigorosa, accade per l'art. 2775 *bis*, il credito risarcitorio resti fuori dalla garanzia³². Tale scelta, invero, sembra essere coerente con la *ratio* della norma, la quale giova ripetere persegue "una finalità di tutela del risparmio da esso impiegato nell'acquisto di un immobile da costruire (art. 47, primo comma, Cost.)"³³. Maggiori perplessità, invece, solleva il riferimento alla necessità che il testo della garanzia contenga la rinuncia al beneficio della preventiva escussione. Difatti, atteso il disposto dell'art. 1944 co. 2, c.c. con cui si consente, mediante espressa convenzione pattizia, la deroga al principio della fideiussione solidale, la disposizione del decreto non è di immediata comprensione e meglio avrebbe fatto il legislatore della novella ad eliminarla³⁴.

4.3. Recesso dal contratto e escussione della garanzia.

L'art. 3 d.lgs. 122/2005 prevede che la garanzia *de qua* possa essere escussa in presenza del verificarsi di una situazione di crisi tipizzata dal legislatore e della manifestazione da parte

³¹ Chiaro sul punto della fideiussione per obbligazioni future, F. ALCARO, *Il sistema delle garanzie*, cit., p. 488.

³² Esclude dal privilegio ex art. 2775 *bis* c.c. il credito risarcitorio F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti* cit., p. 150 e ciò in quanto "a tutela dei terzi" il credito privilegiato "pur se eventuale, non può essere occulto nemmeno sul *quantum* e quindi i pagamenti e la loro entità devono risultare dal preliminare trascritto e dalla nota di trascrizione". In senso contrario, tra gli altri, G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, cit., p. 551.

³³ Corte Cost., 18/2018, cit., §6.3.

³⁴ In luogo di tanti, F. ALCARO, *Il sistema delle garanzie*, cit., p. 489 e F. MACARIO, *La prestazione della garanzia fideiussoria*, cit., p. 91, il quale esattamente rileva l'inefficacia della clausola che attribuisce al fideiussore il beneficio della preventiva escussione del costruttore (debitore principale).

²⁹ F. MACARIO, *La prestazione della garanzia fideiussoria*, cit., p. 90 e L. MEZZASOMA, *Sub Artt. 1-5*, cit. p. 1586.

³⁰ Sulla rinnovata disciplina della polizza assicurativa, M. CAPECCHI, *La protezione del promissario acquirente*, cit., p.p. 117; M. GIORGETTI – A. BONAFINE, *Le nuove garanzie*, cit.; A. SEMPRINI, *Polizza assicurativa*, cit., p. 1077.

del promissario acquirente della volontà di recedere dal preliminare. Tale comunicazione, a seconda dei casi, va rivolta al costruttore o all'organo della procedura concorsuale.

La situazione di crisi rilevante quale parziale presupposto della escussione si verifica nel momento in cui avviene *i*) la trascrizione del pignoramento relativo all'immobile oggetto del contratto; *ii*) la pubblicazione della sentenza dichiarativa del fallimento o del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa; *iii*) la presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo; *iv*) la pubblicazione della sentenza che dichiara lo stato di insolvenza o, se anteriore, del decreto che dispone la liquidazione coatta amministrativa o l'amministrazione straordinaria. Il legislatore del 2019, infine, ha introdotto una ulteriore ipotesi di fatto il cui ricorrere, unitamente alla comunicazione di voler recedere, determina il sorgere del diritto all'esecuzione. Si tratta dell'attestazione del notaio di non aver ricevuto la polizza assicurativa per la data dell'atto definitivo di trasferimento della proprietà del bene immobile. In ipotesi di fallimento e di connessa sospensione del contratto preliminare, il decreto si cura di chiarire che l'escussione è da escludersi quando vi sia il subentro nel contratto preliminare da parte dell'organo concorsuale. Pertanto, sino ad allora, il promissario acquirente potrà decidere se escutere la garanzia o, ove possibile, agire per l'esecuzione specifica del contratto domandando altresì la riduzione del prezzo³⁵. La disciplina ex art. 3 d.lgs. 122/2005 fissa poi aspetti più prettamente procedurali dell'escussione della garanzia. Verificatasi la situazione di crisi e comunicata la volontà di recedere dal preliminare, il promissario acquirente deve inviare al domicilio del fideiussore richiesta scritta, corredata dalla documentazione comprovante l'ammontare delle somme e il

³⁵ A. LUMINOSO, *I contratti preliminari*, cit., p. 1082-1083 a cui si rinvia anche per la trattazione delle ipotesi in cui la nuova disciplina contenuta nel c.c.i. consente l'escussione della garanzia, ossia *i*) quando è stata respinta la domanda di esecuzione in forma specifica trascritta prima dell'apertura della liquidazione giudiziale (art. 173, co. I, c.c.i.); *ii*) quando il curatore ha comunicato lo scioglimento del preliminare da parte del curatore (art. 173, co. II, c.c.i) e comunque prima che questi abbia comunicato di voler subentrare nel contratto (art. 174, c.c.i.).

valore di ogni altro corrispettivo riscosso dal costruttore. Il fideiussore, infine, deve versare l'importo dovuto al promissario acquirente, senza poter opporre il mancato pagamento del premio o della commissione, entro trenta giorni dalla citata richiesta.

La dottrina ha osservato come, a differenza dell'esperienza francese e dell'art. 2775 *bis*, la tutela recuperatoria prevista dal d. lgs. 122/2005 non operi in presenza di inadempimento, parziale o definitivo, del costruttore, il che peggiora in modo non giustificato il livello di tutela dell'acquirente davanti alla diffusa ipotesi di inadempimento o di ritardo della consegna dell'immobile³⁶. Oltre a risultare eccessivamente penalizzante dell'effettività della tutela recuperatoria, tale scelta restituisce una ulteriore singolarità della fideiussione ex art. 2 d. lgs. 122/2005, la quale si caratterizza per essere connessa non già alla prestazione principale del debitore³⁷, ma ad una accessoria ed eventuale quale è l'obbligo di restituzione delle somme rimosse in forza di un contratto non eseguito³⁸.

5. La tutela recuperatoria e la sua effettività: la nullità relativa.

L'art. 2 d. lgs. 122/2005 attribuisce al promissario acquirente di un immobile da costruire il diritto di agire in giudizio per la nullità del contratto preliminare. Il presupposto di questa facoltà – di cui non si ha notizia nella legge de-

³⁶ Con riferimento alla versione originaria della normativa, si v. F. MACARIO, *La prestazione della garanzia fideiussoria*, cit., p. 89, il quale, in modo condivisibile, lamenta come tra le situazioni di crisi del costruttore idonee a consentire l'escussione della fideiussione non sia ricompresa, analogamente a quanto avviene in Francia, l'ipotesi dell'inadempimento. Con riferimento, invece, all'intervento del legislatore del 2019 si tenga a mente che anche chi esprime un parere positivo della novella, come L. MEZZASOMA, *La tutela degli acquirenti di immobili*, cit., p. 1270, riconosce che il legislatore avrebbe potuto estendere le ipotesi in cui è consentito all'acquirente di escutere la garanzia. Come rilevato da A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 207, in tale aspetto risiede uno dei punti di maggiore criticità dell'impianto legislativo.

³⁷ A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 208, rileva come il decreto avrebbe offerto una maggiore tutela per l'acquirente, qualora fosse stata prevista "anche una fideiussione a garanzia del completamento dell'immobile".

³⁸ F. ALCARO, *Il sistema delle garanzie*, cit., p. 488.

lega – è rappresentato dalla mancata o viziata consegna della garanzia fideiussoria prevista dalla legge. Al pari di molte altre scelte operate dal legislatore delegato, anche quella di munire l’acquirente del potere di agire per la nullità del contratto preliminare si è prestata a fondate obiezioni in punto di effettività della tutela³⁹. Alcune di queste obiezioni hanno riguardato la scelta del rimedio, oltre la sua disciplina.

5.1. Scelta del rimedio.

Con riferimento alla decisione di munire l’acquirente di uno strumento invalidante, si è da taluni lamentato come, così facendo, alcuna tutela riceva l’interesse dell’acquirente al conseguimento del bene immobiliare. Trattasi di una critica eccessiva che non coglie nel segno e che non tiene conto che l’interesse rilevante – *rectius*, tutelato – ai fini dell’art. 2 d.lgs. 122/2005 coincide, come più volte evidenziato, con l’aspettativa a recuperare le somme versate una volta che, prima che l’immobile sia divenuto agibile, si sia verificata la situazione di crisi del costruttore. Esso, insomma, non va confuso con l’interesse al conseguimento della proprietà dell’immobile, che, peraltro, risulta tutelato altrove nel decreto (artt. 9 e 10).

Sempre con riferimento alla scelta del rimedio operata dal legislatore, maggiore attenzione merita la perplessità, sollevata su di un piano per così dire di logica, determinata dall’aver ricollegato la nullità del preliminare all’inosservanza di un dovere (*i.e.* l’inadempimento dell’obbligo di consegna della fideiussione) che sorge “in ragione della stipula” e, quindi, prima di quello stesso contratto⁴⁰. A ben vedere, vi sono però elementi di diritto positivo che consentono di ridurre l’apparente eccezionalità. In particolare, se si considera che, *ex art.* 6, lett. g), gli estremi della garanzia

devono essere inseriti nel contratto preliminare si “recupera il vizio alla dimensione della struttura”⁴¹ e si registra piena continuità tra la scelta del legislatore e l’impostazione di fondo del nostro sistema che distingue tra illiceità dell’atto e quella del comportamento⁴².

A ben vedere, muovendo dalle autorevoli distinzioni tra atto e regolamento⁴³ e tra invalidità e inefficacia⁴⁴, si può classificare il preliminare di immobile da costruire non preceduto da consegna di una garanzia conforme alle previsioni di legge come un contratto nullo, *ma* efficace. Nel momento in cui afferma la relatività della nullità il legislatore, infatti, riconosce la forza vincolante del patto contro il costruttore. Tale valutazione dipende dalla circostanza che il legislatore ha riconosciuto che “a fondamento” del preliminare illecito perché privo della garanzia prevista dalla legge vi sia, a differenza di quanto accade per i contratti colpiti da nullità assoluta, pur sempre un interesse negoziale ri-

⁴¹ G. BUZET, *Fideiussione*, cit., p. 635-636.

⁴² Come noto, in uno con la distinzione “fortemente radicata nei principi del codice civile” tra illiceità dell’atto e illiceità del comportamento (sulla connessa distinzione tra regole di validità e regole di comportamento si vedano, S. ROMANO, *Buona fede (dir. priv.)* (voce), in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, p. 680-682; V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, p. 104; G. D’AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 43), la dottrina maggioritaria afferma la distinzione quanto alle conseguenze della violazione delle due diverse regole: *ex multis*, L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato*, Napoli, 1961, p. 28; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1981 (rist.), p. 171; L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca borsa*, 1997, p. 9; G. VETTORI, *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, p. 915; N. IRTI, *Concetto giuridico di «comportamento» e invalidità dell’atto*, in *Foro amm. TAR*, 2004, p. 2765.

⁴³ G. BENEDETTI, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, Napoli, 1997, p. 115-116; V. SCALISI, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 210 e p. 217.

⁴⁴ V. SCALISI, *Invalidità e inefficacia*, cit., p. 211: “La invalidità come inidoneità del regolamento all’attribuzione dei suoi effetti tipici e fondamentali è situazione che necessariamente precede la inefficacia, quale mancata messa a disposizione di tali effetti da parte dell’ordine giuridico. In quanto tale, essa rimane pur sempre nettamente distinta da quest’ultima così come ogni causa non si presta a venire confusa con il suo effetto”.

³⁹ Con toni diversi, G. PETRELLI, *Gli immobili da costruire*, cit., p. 12 e 120; F. ALCARO, *Il sistema delle garanzie*, cit., p. 490; D’ARRIGO, *La tutela contrattuale degli acquirenti*, cit., p. 937; G. D’AMICO, *La vendita immobiliare*, cit., p. 94; G. PALERMO, *La tutela dei diritti patrimoniali*, cit., p. 324.

⁴⁰ G. PALERMO, *La tutela dei diritti patrimoniali*, cit., p. 324, nt. 15. In senso analogo, F. ALCARO, *Il sistema delle garanzie*, cit., p. 487 e S. DELLE MONACHE, *La garanzia fideiussoria*, cit., p. 615.



levante e meritevole di tutela conservativa (*i.e.* acquisto proprietà immobile)⁴⁵. La forza vincolante (ciò che Scalisi chiama “tutela realizzata”) del preliminare non è però piena: la previsione di nullità relativa sta ad indicare che l’efficacia del patto verrà meno qualora l’unico soggetto autorizzato attivi in giudizio lo strumento di tutela dell’interesse protetto (*i.e.*, recupero delle somme versate in caso di situazione di crisi del costruttore)⁴⁶.

5.2. Disciplina dell’azione di nullità.

Ciò rilevato sulla scelta del rimedio, la dottrina si è concentrata sulla disciplina dell’azione. Se si considera che tra le conseguenze della nullità del preliminare per vizio della fideiussione vi è anche quella di lasciare privo di garanzie il credito restitutorio dell’acquirente⁴⁷, si comprende come la questione del trattamento di questa nullità avrebbe meritato maggiore attenzione da parte del legislatore. Questi, invece, non ha posto particolari limiti alla nullità relativa, né per ciò che concerne i vizi che della fideiussione che giustificano l’esercizio del rimedio invalidante né per i tempi in cui tale azione può essere proposta. Peraltro, occorre rilevare come il tratto di incompletezza che caratterizza la disciplina originaria della nullità si confermi anche nel testo successivo alla novella del 2019. Difatti, nessuno dei rilievi avanzati in dottrina circa una migliore definizione dei confini dell’azione ha “sortito un qualche effetto”⁴⁸.

Con riferimento ai vizi della garanzia che giustificano l’esercizio della nullità, parte della dottrina ha sostenuto che ogni qualvolta che la fideiussione prestata sia priva di una delle caratteristiche previste dalla legge vi sia spazio

per la nullità del preliminare⁴⁹. Si tratta di una ricostruzione che non convince. Si prenda, ad esempio, l’ipotesi della garanzia fideiussoria il cui testo non contiene la “caratteristica inderogabile” della rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale (*i.e.*, il costruttore)⁵⁰. Di tutta evidenza, la soluzione proposta – invalidità del preliminare per difformità della fideiussione priva della rinuncia – non merita di essere condivisa giacché, per un verso, la mancata rinuncia non comporta il beneficio (che, come già rilevato, deve essere espressamente previsto ex art. 1944 co. 2, c.c.) sicché l’omissione di per sé non determina alcun *vulnus* e, per altro verso, la conseguenza invalidante dell’intera garanzia andrebbe a danneggiare il beneficiario (promissario acquirente) della disciplina. Più in generale, appare meritevole di essere condiviso l’invito a “intendere la nullità in termini il meno possibile invasivi, in modo da rimanere coerenti, se non al sistema, almeno all’esigenza di tutela effettiva dell’acquirente”⁵¹. In tale corretta direzione, milita ad esempio chi esclude il ricorso alla nullità nell’ipotesi che la fideiussione sia stata esattamente consegnata all’acquirente ma i suoi estremi non siano ricompresi nel testo dell’atto, come invece prescrive l’art. 6, lett. g) d. lgs. 122/2005⁵².

Anche per quanto concerne i confini del diritto all’azione di nullità riconosciuto, in via esclusiva, all’acquirente⁵³, si deve rilevare la eccessiva laconicità del dettato normativo. Ciò ha portato la dottrina a discutere la distorsione e le ricadute sistemiche di un suo esercizio successivo a una tardiva consegna della fideiussione o addirittura quando l’acquirente abbia già

⁴⁹ G. PETRELLI, *Gli immobili da costruire*, cit., p. 122.

⁵⁰ Ovviamente, la clausola che accordi al fideiussore il beneficio della preventiva escussione del costruttore in aperto contrasto con la lettera del d.lgs. 122/2005 è da intendersi nulla (ex art. 1419 c.c.): per tutti, S. DELLE MONACHE, *La garanzia fideiussoria*, cit., p. 623.

⁵¹ F. MACARIO, *La prestazione della garanzia fideiussoria*, cit., p. 98. Più in generale, in tal senso P. SCHLESINGER, *L’autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, p. 231 e, in termini simili, U. BRECCIA, *Causa*, in *Tratt. Bessone*, XIII, t. III, 1999, p. 87.

⁵² S. DELLE MONACHE, *La garanzia fideiussoria*, cit., p. 624.

⁵³ In modo condivisibile, G. PALERMO, *La tutela dei diritti patrimoniali*, cit., p. 324, nt. 14 esclude che la nullità *de qua* possa essere rilevata d’ufficio dal giudice.

⁴⁵ V. SCALISI, *Invalidità e inefficacia*, cit., p. 212.

⁴⁶ V. SCALISI, *Invalidità e inefficacia*, cit., p. 207.

⁴⁷ Tra i tanti, M. CAVANNA, *La vendita di immobili*, cit., p. 406 e A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 209. Come rileva L. MEZZASOMA, *Sub artt. 2-3*, cit., p. 2160, ponendo in disparte il proprio ruolo di deterrenza, la dichiaratoria di nullità risulta unicamente se “fatta valere in una fase antecedente alla situazione di crisi, in costanza della capienza patrimoniale del costruttore”.

⁴⁸ S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione come categoria*, cit., p. 41.



conseguito la proprietà del fabbricato, “ultimato ed agibile”⁵⁴. Rispetto alla prima ipotesi, un indirizzo molto diffuso riconosce alla consegna tardiva una capacità sanante tale da rendere improponibile l'azione di nullità accordata al promissario acquirente⁵⁵. Invece, per ovviare al problema di una proposizione di nullità per difetto formale del preliminare successiva all'acquisto della proprietà del bene, la dottrina aveva immaginato diverse opzioni. Ora, aveva riconosciuto un effetto sanante e di convalida implicita al successivo eventuale trasferimento della proprietà⁵⁶; ora aveva immaginato per il costruttore convenuto in giudizio dal promissario diventato acquirente la possibilità di resistere con l'*exceptio doli*⁵⁷ o con il principio del *nemo venire contra factum proprium*⁵⁸, così da restringere l'esercizio dell'azione alle situazioni in cui si determina una concreta lesione dell'interesse rilevante e tutelato⁵⁹.

⁵⁴ In tal senso, R. LENZI, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, cit., p. 41-42 e G. PETRELLI, *Gli immobili da costruire*, cit., p. 261-262.

⁵⁵ *Ex multis*, S. DELLE MONACHE, *La garanzia fideiussoria*, cit., p. 633 e F. MACARIO, *Il contenuto della garanzia fideiussoria*, cit., p. 116. Sul punto, si v. M. RIZZUTI, *La sanabilità delle nullità contrattuali*, Napoli, 2015, p. 209-210, il quale, in modo condivisibile, rileva gli effetti positivi che la consegna, ancorché tardiva, della garanzia richiesta *ex lege* ha sul compratore

⁵⁶ Così, tra gli altri, S. DELLE MONACHE, *La garanzia fideiussoria*, cit., p. 632-633, G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2010, p. 66-67, e S. MONTICELLI, *Autonomia privata e limiti alla disponibilità della nullità contrattuale*, in *Contr. impr.*, 2018, p. 1051. Con riferimento alla consegna tardiva della fideiussione, una posizione analoga assume M. RIZZUTI, *La sanabilità*, cit., p. 209, il quale, parla di “conferma unilaterale da parte del venditore”. Sulla convalida della nullità di protezione, si vedano in particolare i contributi di S. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007 e di M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008. In senso contrario, per tutti, G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, p. 201; ID., *Note critiche in tema di sanabilità e rinunziabilità delle nullità di protezione*, in *Pers. merc.*, 2012, p. 24.

⁵⁷ A. ZOPPINI, *La garanzia fideiussoria*, cit., p. 121.

⁵⁸ R. LENZI, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, cit., p. 44.

⁵⁹ L. MEZZASOMA, *Sub artt. 2-3*, cit., p. 2163. Di notevole chiarezza è G. PETRELLI, *Gli immobili da costruire*, cit., p. 261-262, dove si legge che “non si vede alcuna ragione per sacrificare l'interesse del costruttore e, so-

6. L'esercizio della nullità nella giurisprudenza e il problema della consegna viziata.

Negli oltre quindici anni di vigenza della disciplina, la giurisprudenza di merito e quella di legittimità hanno avuto modo di esaminare più volte il tema dell'azione di nullità ex art. 2 d.lgs. 122/2005. Lo studio di quella giurisprudenza restituisce la centralità della questione degli effetti della consegna viziata (perché difforme dalla disciplina legale testé esaminata) della garanzia sulla persistenza di un interesse ancora meritevole di protezione in capo al promissario acquirente. Sul punto della legittimazione a richiedere l'accertamento della nullità per una violazione che, ancorché configurata come strutturale dal legislatore, non sia più in grado di compromettere l'interesse tutelato è ben procedere con ordine. Avuto riguardo alla giurisprudenza sinora formatasi, i vizi della consegna possono essere diversi.

6.1. Consegna viziata perché estensione garanzia insufficiente.

Posta in disparte l'ipotesi più semplice, rappresentata dall'essere la garanzia in parola consegnata tardivamente e con un importo insufficiente perché inferiore a quello prescritto dalla legge⁶⁰, si può poi richiamare la circostanza in cui la garanzia è prestata in modo tempestivo e con un importo sufficiente, ma con una estensione temporale non coincidente con quello previsto dal legislatore. Tale ipotesi divide la giurisprudenza di merito. Per taluni giudici, la circostanza per cui la scadenza della fideiussione coincida con la data, meramente programmata, di stipula del contratto definitivo determina *ex se* l'inidoneità della garanzia e quindi

prattutto, 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”.

⁶⁰ Cass. Civ., 19510/2020, cit.

la nullità del preliminare⁶¹. Per altri tribunali, la nullità non può essere dichiarata per il solo fatto che la fideiussione presenti una certa scadenza, ma occorre che, eventualmente a seguito di una proroga dei lavori, il promissario acquirente sia lasciato sfornito di garanzia⁶². In altre parole, per questo secondo orientamento è necessario che la possibile lesione dell'interesse tutelato al recupero del credito restitutorio sia in qualche modo attuale nel momento in cui viene attivata la procedura invalidante.

6.2. Consegna viziata perché consegna garanzia tardiva.

Ancora, una analoga contrapposizione di tesi si registra anche rispetto a una consegna della fideiussione che sia viziata perché avvenuta oltre il termine indicato dal legislatore (*i.e.*, precedentemente o contestualmente alla stipula del preliminare), ancorché prima di quando il promissario acquirente abbia deciso di agire. In merito a tale ipotesi, si registrano due diversi orientamenti, molti simili a quelli ora riportati (§6.1).

Per taluni, il ritardo nella consegna equivale a omissione e la proposizione della domanda di nullità del contratto preliminare da parte del promissario acquirente non può essere considerata preclusa dalla consegna della polizza fideiussoria in un momento successivo a quello indicato dalla legge⁶³. In altre parole, la circostanza per cui, al momento della conclusione del contratto preliminare oggetto di causa, non sia stata consegnata alcuna fideiussione da parte della società costruttrice costituisce un'omissione che, secondo questo orientamento, comporta di per sé la nullità del contratto, a nulla rilevando che successivamente sia stata rilasciata garanzia fideiussoria. In questo ordine di idee, "ciò che avrebbe potuto effettivamente impedire agli attori di far valere l'invalidità"

consiste unicamente nella conclusione del trasferimento immobiliare⁶⁴. La giustificazione di tale impostazione risiede nell'essere la nullità *ex art. 2 d.lgs. una "nullità originaria, non sanabile e non convalidabile"*⁶⁵.

Per contro, altri tribunali ritengono che la proposizione della domanda di nullità *ex art. 2 d.lgs. 122/2005* sia qualificabile come abusiva qualora, al momento in cui l'azione era stata intentata, il costruttore avesse consegnato, ancorché tardivamente, la fideiussione richiesta *ex lege*. A ben vedere, questo indirizzo avvicina l'ipotesi in esame a quelle in cui la domanda *de qua* sia stata proposta quando l'immobile promesso in vendita aveva già ottenuto l'agibilità in assenza di un qualunque inadempimento o stato di crisi della promittente venditrice⁶⁶ o sia stata presentata da chi aveva rinunciato alla tutela fideiussoria nel preliminare⁶⁷.

7. Il sindacato della Cassazione sull'esercizio della nullità di protezione *ex art. 2 d.lgs. 122/2005*

Rispetto ad entrambe le questioni esaminate dalla giurisprudenza di merito, si rinviene la posizione di chi subordina l'accoglimento della domanda alla circostanza per cui, nel momento in cui viene attivata la procedura invalidante, sia in qualche modo attuale una possibile lesione dell'interesse tutelato al recupero del credito restitutorio. Il punto di partenza di questo condivisibile orientamento è la distanza tra l'interesse rilevante e sotteso al rimedio della nullità – *i.e.* tutelare l'acquirente di immobili da costruire dal pericolo di sopravvenuta insolvenza del costruttore, garantendogli la restituzione delle somme versate – con le specifiche circostanze di fatto che caratterizzano l'esercizio dell'azione⁶⁸. Questa impostazione trova un certo sostegno in dottrina tra quanti affermano che "la consegna della garanzia prima della proposizione dell'azione di nullità faccia, in definitiva, venire meno l'interesse all'azione da

⁶¹ Trib. Firenze, 25 novembre 2014, in *Arch. locazioni*, 2015, p. 545.

⁶² Trib. Milano, 25 novembre 2015, in *Contratti*, 2017, p. 325 con nota di I. MASPE, *Nullità sopravvenuta del preliminare di compravendita di un immobile da costruire*, e Trib. Crotone, 09 luglio 2019, in www.dejure.it.

⁶³ Si v., ad esempio, Trib. Novara, 19 febbraio 2018; Trib. Bergamo, 21 marzo 2017 (tutte in www.pluriscedam.utetgiuridica.it).

⁶⁴ Trib. Padova, 10 gennaio 2013, in www.pluriscedam.utetgiuridica.it.

⁶⁵ Trib. La Spezia, 09 giugno 2016, cit.

⁶⁶ Trib. Pavia, 17 aprile 2012, in www.ilcaso.it.

⁶⁷ Trib. Teramo, 14 ottobre 2015, in www.dejure.it.

⁶⁸ Trib. Monza, 03 settembre 2015, in www.dejure.it.



parte del promittente acquirente unico legittimato”⁶⁹. In tempi più recenti, essa altresì ha registrato un autorevole riconoscimento in seno alla giurisprudenza di legittimità, secondo un ragionamento che merita grande attenzione.

7.1. Sentenza 30555/2019.

Nella prima delle due decisioni con cui la Suprema Corte di Cassazione afferma questa posizione, ai giudici di legittimità era richiesto di verificare la questione degli effetti della consegna tardiva della fideiussione sulla legittimità della domanda di nullità proposta ex art. 2 d.lgs. 122/2005, avuto riguardo alla circostanza per cui nel lasso di tempo trascorso tra la conclusione del preliminare (che rappresenta il momento in cui la fideiussione è *dovuta*) ed il successivo tardivo rilascio della fideiussione conforme (che rappresenta il momento in cui l’interesse rilevante è *soddisfatto*) non si era manifestata l’insolvenza del venditore e l’acquirente non aveva manifestato in tale periodo di tempo l’intento di far dichiarare la nullità.

Nell’affrontare detta questione, la Cassazione ha innanzitutto escluso di potere attribuire al fatto della consegna tardiva un significato di implicita sanatoria dell’atto (preliminare) nullo (per difetto di precedente consegna della garanzia) e ciò ha fatto sottolineando come nel dato normativo non vi sia alcuna disposizione che, militando in tal senso, consenta di derogare all’art. 1423 c.c.⁷⁰. In aggiunta a questo argomento, per la verità non irresistibile, si può osservare come la fideiussione tardiva sia ontologicamente inidonea a integrare l’atto, il quale resta, anche a seguito della consegna, privo dell’elemento richiesto dalla legge (l’indicazione degli estremi di una fideiussione rilasciata prima della stipula). Una volta negata

la capacità sanante della consegna tardiva della fideiussione, la decisione 30555/2019 muove nell’esame della questione con l’individuazione dell’interesse rilevante, ossia quello che giustifica l’azione di nullità e che coincide con il garantire l’interesse del promissario acquirente al recupero delle somme versate dal “pericolo di insolvenza del venditore”, per poi riconoscere che l’esercizio dell’azione di nullità sia precluso dall’art. 100 c.p.c. quando quello – interesse rilevante - non sia più “in alcun modo in pericolo”⁷¹.

A sostegno di questo nesso tra concreto esercizio dell’azione e il rilevante interesse ad agire per il rimedio accordato dal legislatore, la sentenza in esame, dopo avere richiamato la disposizione del codice di rito, invoca anche il precedente delle Sezioni Unite in tema di «monofirma», nonché il filone in tema di abuso e di buona fede oggettiva e ciò, appunto, con l’intento di dimostrare il consolidamento di detto modo di ragionare nel valutare l’esercizio dell’azione di nullità relativa. Della decisione in tema di «monofirma», la sentenza 30555/2019 riprende il passaggio in cui le Sezioni Unite avevano invitato l’interprete “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”⁷². Con riferimento, invece, alla cospicua e ricca giurisprudenza in tema di buona fede in senso oggettivo e di abuso del diritto, la sentenza del 2019 ribadisce che il secondo sia, oggi, da intendersi quale “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 costituzio-

⁷¹ Cass. Civ., 30555/2019, cit., §5.1.

⁷² Cass. Civ., Sez. Un., 16 gennaio 2018, n. 898, in *Foro it.*, 2018, I, c. 937, con nota di C. MEDICI, *Contratti di investimento monofirma: l’avallo delle sezioni unite*. Sulla sentenza si v. altresì il commento di A. DALMARTELLO, *La forma dei contratti di investimento nel canone delle sezioni unite: oltre il contratto «monofirma»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 658; G. D’AMICO, *La “forma” del contratto-quadro ex art. 23 T.U.F. non è prescritta ad substantiam actus*, in *Contratti*, 2018, p. 138; S. PAGLIANTINI, *Forma o modalità di un’informazione materializzata? Le SS.UU. ed una interpretazione normalizzatrice dell’art. 23 T.U.F.*, in *ivi*, p. 143.

⁶⁹ S. MONTICELLI, *La recuperabilità del contratto nullo*, in *Notar.*, 2009, p. 186. Nello stesso senso è anche R. LENZI, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, cit., p. 51, dove si legge che “l’azione di nullità del preliminare di acquisto di immobile promossa dopo il rilascio di una regolare fideiussione, seppur tardiva rispetto alla conclusione del contratto, dovrebbe perciò respingersi perché manca un interesse alla pronuncia o, sotto altra prospettiva, in quanto esercitata in mala fede”.

⁷⁰ Cass. Civ., 30555/2019, cit., §5.

nali - tradiscono lo scopo e le finalità delle norme in virtù delle quali sono poste in essere”⁷³.

Così fondato il legame tra interesse rilevante e azione in giudizio, la Suprema Corte chiarisce che, al fine di valutare se la proposizione della domanda di nullità da parte del promissario acquirente configuri un'ipotesi di utilizzo del diritto assegnatogli dalla norma istitutiva della nullità di protezione che sia conforme all'interesse rilevante o meno, occorre guardare al momento in cui è stata proposta la domanda di nullità e non già, astrattamente, al tempo in cui venne posto in essere l'atto che si assume nullo. In effetti, nel momento in cui viene proposta la domanda, l'interesse protetto dalla norma può essere “stato comunque assicurato”. Così, ad esempio, avviene qualora successivamente al momento previsto dalla legge, ma prima della proposizione della domanda, il costruttore consegni al promissario acquirente la fideiussione conforme alle previsioni di legge o, addirittura, l'immobile stesso⁷⁴. In un tale scenario, l'azione di nullità proposta persegue sì un interesse (come, ad esempio, può essere quello coincidente con l'obiettivo di svincolarsi da un “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”), ma questo è diverso da quello individuato dalla legge come rilevante per la nullità.

7.2. Sentenza 19510/2020.

La seconda decisione rilevante ai fini di questo indirizzo milita in continuità con il principio di diritto affermato dalla Cassazione del 2019. Se è vero, difatti, che nell'ordinanza 19510/2020 l'esito è opposto (accoglimento

della domanda di nullità) a quello della sentenza 30555/2019 (respingimento della domanda di nullità), è altresì vero che il fatto dedotto nel giudizio successivo differisce da quello oggetto della decisione precedente e ciò in quanto nella seconda vicenda l'interesse rilevante – recupero somme versate al costruttore – era “ancora in pericolo” al momento della proposizione della domanda. La fideiussione consegnata dieci giorni prima dell'esercizio dell'azione di nullità ex art. 2 d.lgs. 122/2005 era, infatti, di importo inferiore a quanto prescritto dalla legge il che, agli occhi della Cassazione, rende attuale e giustificata l'attivazione della tutela ablativa accordata dal decreto al promissario acquirente e ciò anche considerando che i lavori non fossero stati ultimati e l'immobile non fosse stato consegnato all'acquirente⁷⁵.

Per quanto apparentemente costituisca una decisione scontata, l'ordinanza 19510/2020 assume un molteplici interesse. In primo luogo, essa implementa e consolida l'indirizzo intrapreso da 30555/2019. Oggi, si può allora affermare con una certa sicurezza che la proposizione della domanda di nullità del contratto preliminare per mancanza della garanzia accessoria ex art. 2 d.lgs. 122/2005 non può essere accolta, una volta che, ancorché in data successiva alla stipula del preliminare, la garanzia prescritta per legge sia stata rilasciata 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. Questo indirizzo in via di consolidamento porta con sé due corollari.

A ben vedere, esso conferma che, nel momento in cui afferma la relatività della nullità del preliminare non preceduto dalla consegna della garanzia, il legislatore non tratta quel contratto come un atto radicalmente invalido di cui eventualmente discutere la sanabilità o la convalida, ma, bensì come un patto che vincola le parti, fintanto che l'acquirente non decide di avvalersi dello strumento offertogli dal legislatore a tutela del suo interesse a recuperare le somme (§5.1). Rispetto a questa nullità, il compito del giudice non passa per una indagine sul recupero dell'atto ma per la verificare sul se, in

⁷³ Cass. Civ., 30555/2019, cit., §5.1.

⁷⁴ Qui, Cass. Civ., 30555/2019, cit., §5.1 riporta – testualmente – l'opinione di G. PETRELLI, *Gli immobili da costruire*, cit., p. 261-262 e per il quale “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”.

⁷⁵ Cass. Civ., 19510/2020, cit., §§4.14-4.17.





concreto, l'interesse azionato coincida con quello che l'art. 2 d.lgs. 122/2005 definisce essere idoneo privare di “forza di legge” il contratto. Qualora, come è stato esattamente rilevato, “lo scopo di protezione, a presidio del quale una determinata comminatoria sia comandata, risulta ormai garantito”, il preliminare, pur se atto imperfetto giacché concluso in assenza della dovuta garanzia, diventa “un contratto che *sta* in quanto la nullità non può più pronunciarsi”⁷⁶. In questo senso, nel rendere inesigibile il rimedio accordato alla parte a tutela di un certo suo interesse, detta consegna non altera la originaria invalidità del contratto preliminare, ma ne assicura l'efficacia stabilizzandone gli effetti⁷⁷.

In secondo luogo, l'ordinanza 19510/2020 conferma anche quanto sostenuto da attenta dottrina in merito all'inesistenza di un automatismo per cui dalla consegna tardiva della fideiussione conforme consegua (appunto, “*automaticamente*”) il venire meno dell'interesse ad agire⁷⁸.

Occorre, piuttosto, che il giudice guardi allo specifico “*contesto qualificato*”, così da correttamente verificare se, nel momento in cui la nullità è azionata, l'interesse rilevante a cui essa è collegata (recupero somme versate) risulti in concreto pericolo o meno. In tale seconda ipotesi, la richiesta dell'attore, sebbene fondata sul piano legislativo (stipula preliminare non anticipata da garanzia), non sarà meritevole di tutela e il rapporto, ancorché fondato su un atto che resta nullo (invalido), sopravvive (efficacia).

In conclusione, è altresì interessante osservare come nella motivazione dell'ordinanza 19510/2020 non vi sia più il richiamo all'art. 100 c.p.c. e l'argomentazione della decisione passi piuttosto per un riferimento ai precedenti richiamati nel provvedimento del 2019 per fondare la propria decisione⁷⁹ nonché alla buona fede in senso oggettivo⁸⁰ e alla figura

dell'abuso del diritto⁸¹. A ben vedere, questa scelta della base normativa per giustificare la inesigibilità della nullità andrebbe ripensata, a favore della disposizione di cui al codice di rito. Almeno secondo parte della dottrina processualcivile, infatti, l'art. 100 c.p.c. porta con sé un sindacato sia sulla sussistenza dell'interesse ad agire sia sulla meritevolezza della domanda richiesta⁸², così da meglio porsi come giustificazione della inesigibilità dell'azione quando attivata a tutela di uno scopo diverso da quello individuato dal legislatore.

⁷⁶ S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione come categoria*, cit., p. 39 (corsivo nel testo).

⁷⁷ Su tale dinamica propria della nullità relativa, si v. M. NUZZO, *Nullità speciali e responsabilità del notaio*, in *Studi e Materiali*, 1/2009, 103.

⁷⁸ S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione come categoria*, cit., p. 38-39.

⁷⁹ Cass. Civ., 19510/2020, cit., §4.10.

⁸⁰ Cass. Civ., 19510/2020, cit., §4.11.

⁸¹ Cass. Civ., 19510/2020, cit., §4.12.

⁸² M. F. GHIRGA, *Principi processuali e meritevolezza della tutela richiesta*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, p. 34.