

# *Nullità del preliminare per mancata consegna della fideiussione*

Commento a ordinanza Cassazione civile sez. II - 08/02/2023, n. 3817

Camilla Pelizzatti, Forlì 2023

# Introduzione

La relazione si propone di analizzare le soluzioni date dalla più recente giurisprudenza della Cassazione circa la operatività della nullità cd. relativa o di protezione del contratto preliminare avente ad oggetto un immobile da costruire, nelle ipotesi di **tardiva o mancata consegna** della fideiussione disciplinata dall'art. 2 D.lgs. n. 122/2005.

Con l'ultima (in termini cronologici) pronuncia (ordinanza 3817/2023), il Supremo Collegio affronta la questione della sorte del contratto preliminare da costruire stipulato senza il rilascio della fideiussione.

Detta pronuncia si inserisce nel novero di quelle che **contingentano** il regime di operatività della nullità di protezione, al fine di evitarne utilizzi strumentali.

D.Lgs. 122/2005 di  
attuazione alla legge 2  
agosto 2004 n. 210

Corte  
Costituzionale  
24 febbraio  
2022 n. 43

Insufficienza del normale apparato degli istituti giuridici tradizionali (ispirati al principio della perfetta eguaglianza dei contraenti)

Introduzione nell'ordinamento uno speciale sistema di protezione, così da offrire strumenti e rimedi più forti rispetto agli ordinari sistemi previsti dal codice civile, a tutela di persone fisiche che investono i propri risparmi assumendo rischi particolarmente elevati, connessi a operazioni economiche aventi ad oggetto immobili ancora da edificare o la cui costruzione non risulti essere stata ultimata versando in stadio tale da non consentire il rilascio del certificato di agibilità.

L'esigenza di predisporre una forma "forte" di controllo sulla regolarità dell'operazione nel suo complesso, in chiave di funzionalizzazione dell'esercizio dell'atto di autonomia alla tutela di specifici interessi (considerati "deboli" sul piano negoziale e suscettibili di protezione attraverso meccanismi in qualche misura correttivi dello squilibrio di potere contrattuale), giustifica anche la scelta di uno speciale regime sanzionatorio connesso al mancato rispetto delle garanzie previste dalla normativa.

## La fideiussione (ART. 2 e 3 D.Lgs 122)

Garanzia prevista nella “prima fase” della contrattazione (preliminare /contratto con effetti reali differiti), e quindi nel momento di maggior asimmetria contrattuale fra costruttore e acquirente.

*Scopo della fideiussione è quello di preservare l'interesse dell'acquirente al recupero delle eventuali somme versate in favore del venditore, in vista del pericolo di insolvenza o in relazione al mancato adempimento dell'obbligo assicurativo (post D.Lgs 14/2019).*

Deve essere di importo corrispondente alle somme e al valore di ogni altro eventuale corrispettivo riscosso dal costruttore e deve ancora riscuotere prima del trasferimento della proprietà.

L'obbligo in capo al costruttore è quindi quello di consegnare TEMPESTIVAMENTE una fideiussione che sia IDONEA – ora CONFORME al modello standard Decreto del Ministero della Giustizia 6 giugno 2022 n. 125.

## *Sanzione: La nullità di protezione*

Il costruttore è inadempiente:

- se non consegna la fideiussione
- se la consegna tardivamente
- se consegna una fideiussione non conforme

La sanzione è la “nullità del contratto che può essere fatta valere unicamente dall’acquirente”, e che pertanto viene definita nullità “relativa” (art. 2 comma 1), o “di protezione”.

Si tratta 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. <sup>[L. 43/2009]</sup>

# Nullità relativa e Obbligo di buona fede oggettiva

Le Sezioni Unite della Cassazione 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, Cass. Sez. Un. sentenza 4 novembre 2019, n. 28314).

La nullità deve sì operare "a vantaggio" del contraente protetto, ma nei limiti in cui essa sia in linea con l'esigenza di effettività della tutela, nonché con il fondamento più generale del rimedio.

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

## Abuso del diritto

La proposizione della domanda di nullità quando l'interesse protetto dalla norma non abbia più ragione di temere alcun pregiudizio risulta 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.

*La violazione dell'obbligo di consegna della fideiussione è configurato come **strutturale** dal legislatore, ma la nullità di protezione non può essere eccepita quando l'interesse che protegge sia stato comunque soddisfatto.*

# Abuso del diritto

Costituisce comportamento contrario a buona fede e quindi ABUSO DEL DIRITTO la proposizione della domanda di nullità quando l'interesse protetto dalla norma non abbia più ragione di temere alcun pregiudizio:

- a) per essere stato comunque assicurato l'interesse che la condizione asimmetrica dei contraenti avrebbe potuto pregiudicare
- b) per essere stato già attuato l'interesse primario cui mirava il regolamento negoziale.

L'abuso del  
diritto  
RICORRE  
nel  
preliminare  
TAIC

## CONSEGNA SUCCESSIVA DELLA FIDEIUSSIONE

- ASSICURAZIONE  
TARDIVA  
DELL'INTERESSE

## MANCATA CONSEGNA DELLA FIDEIUSSIONE

- AVVENUTA  
ATTUAZIONE  
DELL'INTERESSE  
PRIMARIO

# 1) Il rilascio tardivo della fideiussione

La previsione della nullità del contratto (preliminare) di vendita in caso di mancato rilascio della fideiussione mira a preservare l'interesse del promissario acquirente dal pericolo di insolvenza del venditore mediante la garanzia fornita di un soggetto affidabile.

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.**

Nell'ipotesi di cui sopra, l'esercizio dell'azione di nullità, pur se supportata dal testo della norma, finisce per essere funzionale alla tutela di un interesse che ormai non è più in alcun modo in pericolo.

Cassazione  
civile sez. II -  
22/11/2019, n.  
30555

*"La proposizione della domanda di nullità del contratto preliminare per mancanza della garanzia accessoria ex art. 2 del d.lgs. 122 del 2005, ove sia stata rilasciata la garanzia prescritta per legge **in data successiva** alla stipula del preliminare, e senza che nelle more si sia manifestata l'insolvenza del promittente venditore ovvero che risulti altrimenti pregiudicato l'interesse del promissario acquirente alla cui tutela è preposta la nullità di protezione prevista dalla norma in esame, costituisce abuso del diritto e non può quindi essere accolta."*

Così anche Corte d'Appello Bari Sez. II, Sent., 19/10/2022

Corte di  
Cassazione,  
sez. II Civile,  
ordinanza 17  
gennaio – 18  
settembre  
2020, n. 19510

Il rilascio della garanzia fideiussoria di cui al D.Lgs. n. 122 del 2005, art. 2, **in data successiva** alla stipula di un contratto preliminare di compravendita, avente ad oggetto un immobile in corso di costruzione, non esclude l'operatività della nullità per mancanza della garanzia accessoria prescritta ex lege, qualora nelle more - ossia prima dell'ultimazione - si sia manifestata l'insolvenza del promittente venditore ovvero risulti altrimenti pregiudicato l'interesse del promissario acquirente, sicchè in tali ipotesi la proposizione della domanda di nullità del contratto per violazione del citato art. 2 non costituisce abuso del diritto

2)  
Mancato  
rilascio della  
fideiussione

Configura abuso del diritto la proposizione della domanda di nullità quando ***l'interesse protetto*** dalla norma non abbia più ragione di temere alcun pregiudizio ***per essere stato già attuato l'interesse primario*** cui mirava il regolamento negoziale.

**Quando viene attuato l'interesse primario?**

Secondo Cassazione  
civile sez. II -  
08/02/2023, Ordinanza  
n. 3817 :  
**si ha soddisfazione  
dell'interesse primario  
quando l'immobile è  
stato ultimato**

In senso conforme:

Corte App. Bari n. 66/2023  
dep. 23 aprile 2023, Corte App.  
Messina n. 679/2023 dep. 26  
luglio 2023, Corte App. Milano  
n. 628/2023 dep. 16 febbraio  
2023

*«La domanda di nullità del contratto preliminare di vendita di immobili da costruire, per mancato rilascio della garanzia fideiussoria del D.Lgs. n. 122 del 2005, ex art. 2, non può essere accolta, per violazione della clausola di buona fede oggettiva e per carenza di interesse ad agire, allorché essa sia proposta **dopo l'ultimazione dei lavori** e senza che nelle more si sia manifestata l'insolvenza del promittente venditore ovvero che risulti altrimenti pregiudicato l'interesse del promissario acquirente, alla cui tutela è preposta la nullità di protezione prevista dalla norma in esame».*

Iter  
argomentativo  
seguito dal  
Supremo  
Collegio

Prende le mosse dalla recente pronuncia della Corte Costituzionale (Corte Cost., 24 febbraio 2022, n. 43), che considera 'speciale' la disciplina sugli immobili da costruire, e di conseguenza 'chiuso' il perimetro d'applicazione, in considerazione degli 'speciali' interessi coinvolti:

Speciale sistema di protezione

Speciale regime sanzionatorio

Una lettura costituzionalmente orientata della normativa di protezione, cui aderisce l'ordinanza in commento, esclude quindi la legittimità di una interpretazione estensiva del TAIC, le cui speciali tutele possono trovare applicazione, soltanto quando ricorrano i presupposti soggettivi ed oggettivi indicati nella legge delega e riportati nell'articolo 1 – Definizioni del D.Lgs. 122/2005.

# L'ordinanza focalizza l'attenzione sull'ambito oggettivo del TAIC

la contrattazione deve avere ad oggetto "immobili da costruire" nella definizione contenuta nell'art. 1, comma 1, lett. d) del decreto, immobili cioè per i quali, da un lato sia stato già richiesto il permesso di costruire e che, dall'altro lato, "siano ancora da edificare o la cui costruzione non risulti essere stata ultimata versando in stadio tale da non consentire ancora il rilascio del certificato di agibilità".

Dies a quo: almeno presentata richiesta di permesso di costruire, a fronte del maggiore e specifico grado di meritevolezza dell'affidamento (Corte Cost., 24 gennaio 2018, n. 32)

Dies ad quem: la qualificazione di un immobile come ultimato (e quindi escluso dal perimetro applicativo della disciplina sugli immobili da costruire) o in corso di costruzione, prescinde dalla mancanza del certificato di agibilità - ora segnalazione certificata di agibilità ex art. 24 TUE Cass., ord., 10 agosto 2021, n. 22603

Solo la  
contrattazione  
che ha ad  
oggetto  
immobili "in  
costruzione"

giustifica l'applicazione della speciale normativa di protezione: l'acquirente si trova in una posizione di ASIMMETRIA SIA ECONOMICA (anticipa somme il bene non esiste ancora - crisi) CHE INFORMATIVA (non sa quale sarà il risultato della costruzione – postuma)

L'obbligo di consegnare la fideiussione si giustifica in ragione del fatto che la promessa riguarda un bene in corso di realizzazione, sul quale il promissario acquirente non può rivendicare l'esecuzione in forma specifica nell'ipotesi in cui, a causa della sopravvenuta crisi del promittente alienante, l'opera di costruzione si areni e l'impegno assunto non possa evolversi nel passaggio di proprietà.

## Fabbricato ultimato = situazione di parità

Quando oggetto della contrattazione sia un **fabbricato ultimato**, le parti si trovano su un piano di sostanziale parità.

*Non si giustifica quindi l'applicazione dello speciale sistema di protezione, poiché il sacrificio dell'interesse del costruttore è ritenuto legittimo **solo quale correttivo** di una disparità di posizioni di forza che non ricorre, né nella promessa di vendita di immobili quando abbia avuto ad oggetto sin dall'origine beni già realizzati, né al contratto definitivo di trasferimento di bene ultimato.*

Le parti trovano sufficiente ed idonea protezione dalle garanzie "comuni" predisposte dal codice civile: concluderanno quindi, a seconda dell'effetto negoziale voluto, un "comune" contratto preliminare o un "comune" contratto di compravendita e, in caso di inadempimento, non potranno invocare le speciali tutele e gli speciali rimedi previsti dalla normativa di protezione perché altri sono gli strumenti assicurativi che l'ordinamento appresta per garantire il trasferimento di proprietà di immobili preesistenti.

## L'ultimazione del bene riconduce la situazione delle parti ad EQUITA'

Se l'immobile oggetto del preliminare sia stato ultimato e sia agibile, viene meno la necessità della tutela in favore del soggetto debole, che non è più in pericolo.

Il promissario acquirente si viene a trovare in una situazione del tutto assimilabile, **sebbene ex post**, a quella del promissario acquirente che abbia stipulato, sin dall'inizio (*ex ante*), una promessa di vendita di un immobile già realizzato. Non ricorrendo più il pericolo di perdere le somme anticipate a fronte di un sopravvenuto stato di insolvenza del promittente alienante, i promissari acquirenti possono infatti agire per il perfezionamento dell'effetto traslativo di un cespite ormai trasferibile, in quanto finito (anche mediante esecuzione in forma specifica ex art. 2932 CC)

In senso conforme: Corte App. Bari n. 66/2023 dep. 23 aprile 2023, Corte App. Messina n. 679/2023 dep. 26 luglio 2023, Corte App. Milano n. 628/2023 dep. 16 febbraio 2023

## Le ricadute sulla nullità di protezione

La violazione dell'obbligo di consegna della fideiussione, pur configurato come strutturale dal legislatore, **non ha qui compromesso l'interesse fondamentale in vista del quale era stata specificamente dettata la previsione di invalidità** e che, al tempo in cui la domanda di nullità è stata avanzata, **è stato ormai soddisfatto.**

Ne consegue che l'esercizio da parte dei promissari acquirenti dello speciale rimedio della nullità di protezione a fronte del mancato rilascio della fideiussione, determina un comportamento contrario a buona fede e quindi di **abuso del diritto**. Il rimedio della nullità di protezione, in questa materia, deve essere valutato in una doppia prospettiva, ad un tempo statica (dell'atto) e dinamica (del rapporto), e la sua rilevanza è condizionata al perdurare del pregiudizio, fino al momento in cui la domanda sia formulata. Ne segue che «la nullità di protezione, ove sia teleologicamente funzionale ad assicurare un determinato adempimento, costituisce, dunque, un rimedio che evolve in chiave sincronica».

# L'ordinanza trascura l'ulteriore presupposto normativo per l'applicazione del TAIC

- PRESUPPOSTO "FUNZIONALE" (art. 1 comma 1): deve trattarsi di contrattazione che non produca effetti traslativi immediati su un immobile non ultimato
- Per l'applicazione del TAIC, i requisiti oggettivi devono ricorrere al momento della CONTRATTAZIONE PRELIMINARE, cioè quando si stipuli un contratto che non produca effetti traslativi immediati, o per la sua struttura (contratto obbligatorio) o perché non vi sia ancora oggetto (effetti reali differiti, ad es permuta di cosa presente con cosa futura, vendita di cosa futura).
- *In altre parole, per azionare le tutele del TAIC non rileva tanto che l'immobile sia o meno finito, ma che l'immobile fosse in costruzione quando la contrattazione preliminare è stata conclusa: la asimmetria contrattuale è sia in termini economici, che in termini di qualità del manufatto*

L'ultimazione del manufatto non coincide necessariamente con la soddisfazione dell'interesse dell'acquirente.

**Il mero fatto successivo del completamento dell'immobile da parte del promittente venditore, non esaurisce necessariamente l'interesse del promissario acquirente.**

A maggior ragione, alla luce della disciplina introdotta dal D.Lgs 14/2019 che, per i contratti aventi a oggetto immobili da costruire per i quali il titolo abilitativo edilizio sia stato richiesto o presentato successivamente al 16 marzo 2019, sanziona la mancata consegna della polizza assicurativa con la nullità del contratto di compravendita (che può essere fatta valere soltanto dall'acquirente).

La mancata consegna della polizza assicurativa conforme al modello standard ministeriale costituisce causa di recesso dal contratto preliminare del promissario acquirente e di escussione della fideiussione (art. 3, comma 3, lett. b), d.lgs. n. 122/2005), ancorché l'immobile sia stato ultimato.

Cass. civ. Sez.  
II, Sentenza  
12-07-2022, n.  
21966

Per effetto del completamento dei lavori relativi all'immobile promesso in vendita, sussiste o meno un interesse ancora meritevole di protezione in capo al promissario acquirente, che lo legittimi a richiedere l'accertamento della nullità del contratto preliminare? **La risposta è senz'altro positiva.**

Quando il promittente alienante abbia subito la trascrizione di un pignoramento immobiliare, risultante al momento in cui i lavori sono terminati, deve essere riconosciuto al promissario acquirente l'interesse alla declaratoria di nullità del contratto preliminare di vendita stipulato con il costruttore.

*"Non può in effetti, negarsi che l'azione di nullità esperita dalla ricorrente era assistita da tale interesse - in quanto, evidentemente, tesa a rendere privo di efficacia un - contratto preliminare di vendita di un immobile (oramai) ipotecato, e, in tal modo, a liberarsi dall'obbligo di acquistarlo e di versare il residuo prezzo (nonchè, infine, a recuperare le somme versate in acconto) ad una società, come la promittente venditrice, che, avendo subito la trascrizione di un pignoramento immobiliare, presenta, evidentemente, i sintomi di uno stato tale da rendere concretamente possibile l'assoggettamento della stessa ad esecuzione immobiliare o concorsuale ed al conseguente pericolo che il contratto definitivo di acquisto dell'immobile (pur se, in ipotesi, completo) possa essere, in seguito, impugnato dai creditori o dal curatore del relativo fallimento."*

La sorte del  
contratto  
preliminare  
viziato  
quando il  
rimedio della  
nullità non sia  
azionabile

Al di là delle diverse soluzioni circa l'individuazione del momento in cui l'interesse viene attuato, e quindi viene meno il rimedio della nullità, le pronunce concordano tutte sulla sorte del contratto in cui manchi la fideiussione.

Cass 2022/21966: "***Si tratta, peraltro, di una vera e propria nullità, assoggettata, in quanto tale, alla disciplina generale dettata, in ordine alla stessa, dal codice civile, alle cui previsioni occorre, in effetti, fare riferimento ove le varie leggi speciali che di volta in volta introducono tali ipotesi di nullità di protezione non dettino disposizioni specifiche.***"

Non è  
convalida ex  
art. 1444 CC

“anche a voler ammettere che il contratto preliminare nullo (per mancanza di fideiussione richiesta dall'art. 2 cit.) possa essere convalidato, la relativa convalida sia nella sua forma negoziale espressa che in quella scaturente dall'esecuzione del contratto, deve provenire dal soggetto a favore del quale è concessa l'azione di nullità, e cioè dal promissario acquirente, laddove, al contrario, nella vicenda in esame, il completamento dell'immobile (non trasferito con il definitivo), quale fatto in virtù del quale la corte distrettuale ha escluso la nullità del contratto, è senz'altro ascrivibile alla società promittente venditrice.”

# Non è conferma (art. 1423 CC)

La disciplina dettata dal D.Lgs. n. 122 cit. non detta una norma specifica che preveda la convalida o la conferma del contratto nullo, e quindi la vicenda deve ritenersi regolata direttamente dalla generale previsione di cui all'art. 1423 c.c., la quale, tuttavia, limita la convalida, e comunque il recupero del negozio nullo, ai soli casi espressamente previsti dalla legge.

- Nullità insanabile: sentenza Trib. Velletri n. 893/2023 dep. 5 maggio 2023

## Inammissibilità di rinuncia

Esclusa l'ipotesi, che qui non ricorre, di rinuncia successiva all'azione di nullità da parte del soggetto a favore del quale è previsto il potere di chiedere la declaratoria di nullità, si deve per converso ritenere, quanto meno in relazione alla fattispecie di cui al D.Lgs. n. 122 cit., art. 2, inammissibile una rinuncia preventiva, la quale frustrerebbe in maniera evidente gli scopi della normativa di tutela dettata dal legislatore.

# EXCEPTIO DOLI GENERALIS

## Carenza dell'interesse di agire

*"Laddove non vi sia più un concreto rischio di pregiudizio della sfera giuridica e patrimoniale del promissario acquirente, l'esercizio dell'azione di nullità è precluso dalla mancanza di interesse ad agire del medesimo promissario acquirente ex art. 100 c.p.c. (in combinato disposto con l'art. 1421 c.c.)". (Così ordinanza 3817/2023)*

# EXCEPTIO DOLI GENERALIS

Rimedio di carattere generale, che consente di contestare nello svolgimento di un processo una pretesa, che sebbene in astratto fondata, mira in concreto a raggiungere una finalità fraudolenta, paralizzando in tal modo la pretesa abusiva.

L'eccezione di dolo generale risponde all'esigenza di tutelare due interessi distinti fra loro:

- da un lato, quello di impedire di trarre vantaggio da un comportamento scorretto,
- dall'altro quello del divieto di contraddizione e di coerenza fra i rapporti privati, c.d. divieto di venire *contra factum proprium*, divieto quest'ultimo che trova origine dal diritto tedesco.

*Ius honorarium* (dir. Romano): paralizza l'azione senza incidere sul negozio

Grazie per l'attenzione