

Cassazione civile sez. III, 29/08/2019, n. 21792

FATTI DI CAUSA

1. (*omissis*) depositava ricorso ai sensi dell'art. 702 bis c.p.c. al Tribunale di Arezzo per chiedere la condanna di (*omissis*) S.p.A. a restituirgli somme da lui corrisposte a (*omissis*) S.p.A. in esecuzione di un contratto preliminare di compravendita di un immobile con essa stipulato il 19 febbraio 2010, e successivamente risolto per inadempimento di (*omissis*) S.p.A., contratto in cui egli era stato promittente acquirente; la sua pretesa si fondava sull'escussione di una polizza fideiussoria di (*omissis*) S.p.A. (che poi era divenuta (*omissis*) S.p.A.) stipulata da (*omissis*) per garantirgli i propri obblighi derivanti dal contratto preliminare. In particolare, il (*omissis*), con lettera del 10 settembre 2012, aveva dichiarato di esercitare il diritto di recesso ai sensi dell'art. 1385 c.c., comma 2, del contratto preliminare per inadempimento di controparte, e aveva in seguito ottenuto dal Tribunale di Arezzo una pronuncia che aveva dichiarato sciolto il contratto preliminare in forza di tale recesso e aveva condannato (*omissis*) a corrispondergli il doppio della caparra confirmatoria nonché a restituirgli gli acconti da lui versati. Il 20 marzo 2013 (*omissis*) aveva depositato domanda di ammissione al concordato preventivo; per questo il (*omissis*) aveva escusso la polizza fideiussoria, senza peraltro ottenere successo. Di qui, appunto nel 2013 la causa in esame, in cui la compagnia assicuratrice si costituiva, resistendo. Poco tempo dopo, la stessa compagnia citava davanti al medesimo Tribunale il (*omissis*) per accertare l'insussistenza del di lui diritto ad escludere la polizza fideiussoria.

Riunite le cause, con ordinanza ex art. 702 ter c.p.c. del 3 febbraio 2016 il Tribunale rigettava la domanda del (*omissis*).

Avendo il (*omissis*) proposto appello, cui controparte, divenuta (*omissis*) S.p.A., resisteva, la Corte d'appello di Firenze, con sentenza pronunciata in sensi dell'art. 281 sexies c.p.c. in data 3 maggio 2017, accoglieva il gravame, condannando quindi l'appellata a corrispondere, in forza della polizza fideiussoria, determinate somme all'appellante.

2. Ha presentato ricorso (*omissis*) S.p.A., sulla base di un unico motivo, poi illustrato anche con memoria. Si difende con controricorso il (*omissis*).

RAGIONI DELLA DECISIONE

3.1 L'unico motivo del ricorso denuncia, ex art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, violazione o falsa applicazione dell'art. 3, comma 3, D.Lgs. n. 20 giugno 2005 n. 122, *Disposizioni per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire*.

Il giudice d'appello ritiene che detta norma non impedisca l'escussione della polizza qualora il contratto preliminare sia risolto prima del verificarsi la situazione di crisi, cos  come indicata nelle sue varie fattispecie dal comma 2 dello stesso art. 3. Invece, secondo la prospettazione della ricorrente l'art. 3, comma 3, regola solo l'ipotesi del contratto ancora vigente quando si verifica la situazione di crisi; e il suo testo letterale conduce a ritenere che non vi possano essere ipotesi diverse da quella del contratto ancora vigente quando insorge la situazione di crisi idonee a rendere escutibile la fideiussione, altrimenti sarebbe possibile escuterla quale garanzia anche se il contratto preliminare   risolto per   concorde volont  delle parti che abbiano gi  regolato i loro rapporti, soltanto perch  la parte che si era obbligata a vendere si renda inadempiente a tali nuovi accordi. Se poi si reputa irrilevante, ai fini della escussione, la risoluzione del contratto intervenuta anteriormente all'insorgere della crisi, la fideiussione sarebbe escutibile fino a tale epoca, la quale potrebbe anche essere cronologicamente molto distante dalla risoluzione del contratto.

Con la sua interpretazione la corte territoriale sarebbe giunta a pretermettere il collegamento tra contratto preliminare e fideiussione, confermato anche dal comma 7 dell'art. 3 in questione, per cui l'efficacia della fideiussione cessa al trasferimento della propriet  ; e sarebbe altres  giunta a pretermettere le clausole della polizza, in forza delle quali l'assicurazione avrebbe garantito la restituzione degli acconti pagati dal (omissis) a (omissis) solo se quest'ultima la Contraente  fosse incorsa in una situazione di crisi che non avesse consentito al (omissis) il beneficiario  di stipulare il contratto definitivo. In considerazione di ci , dovrebbe al contrario ritenersi che la crisi in cui incorre la parte che promette di alienare non avrebbe soltanto una funzione sospensiva dell'efficacia della fideiussione: la fideiussione potrebbe essere escussa soltanto se sussistesse una situazione di crisi (cos  come delineata dal comma 2 dell'art. 3) tale da impedire il trasferimento della propriet  al suo beneficiario; pertanto non sarebbe escutibile nel caso in cui il contratto preliminare si fosse gi  risolto antecedentemente all'insorgenza della situazione di crisi.

3.2 Si tratta, evidentemente, della interpretazione della normativa   introdotta a seguito di notorie vicende in cui non era stato possibile recuperare dal cliente   impresa edile incorsa in crisi quanto versatole come anticipato corrispettivo   di cui al D.Lgs. 20 giugno 2005, n. 122, che disciplina una specifica garanzia obbligatoria di tutela del promissario acquirente di un immobile nel suo rapporto con il promittente alienante e costruttore dell'immobile stesso.

Al riguardo, recentemente Cass. Civ. sez. 3, 15 maggio 2018 n. 11761, non massimata, ha preso una specifica posizione, che a questo collegio, peraltro, non appare pienamente convincente. Pertanto,   pienamente opportuno riportarne il contenuto.

La vicenda era simile a quella in esame, con la differenza che, mentre in questa il giudice di prime cure ha disatteso la pretesa del (omissis), che   stata poi accolta dalla corte territoriale, in quella di cui si   occupato il precedente arresto il primo giudice aveva accolto, e la compagnia

assicuratrice aveva proposto ricorso per saltum.

In particolare, con sentenza del 8 gennaio 2015 il Tribunale di Arezzo aveva rigettato l'opposizione, proposta da (*omissis*) S.p.A., a decreto ingiuntivo del pagamento, in esecuzione di una polizza fideiussoria, di determinate somme a due soggetti che avevano stipulato un contratto preliminare di compravendita con (*omissis*) S.p.A. per l'acquisto di un immobile da costruire; (*omissis*), a garanzia dell'eventuale restituzione delle somme anticipatamente corrisposta dai promissari acquirenti, aveva stipulato con la compagnia assicuratrice (all'epoca (*omissis*) S.p.A.) una polizza fideiussoria per il caso in cui la costruttrice fosse incorsa in una situazione di crisi ai sensi, appunto, del D.Lgs. 20 giugno 2005, n. 122, tale da non consentire la stipulazione del contratto definitivo di compravendita. Essendo stata in seguito (*omissis*) ammessa a concordato preventivo, i promissari acquirenti avevano escusso la polizza fideiussoria per recuperare le somme anticipatamente versate per l'acquisto dell'immobile. La compagnia si era opposta e il Tribunale di Arezzo aveva rigettato l'opposizione, affermando che la risoluzione del contratto preliminare di compravendita intervenuta per inadempimento della costruttrice prima dell'ammissione al concordato preventivo non impediva l'escussione della polizza fideiussoria, subordinata soltanto alla condizione della mancata stipulazione del contratto non definitivo, non essendo necessario che il contratto preliminare di compravendita fosse ancora vigente ed efficace al momento dell'ammissione della impresa costruttrice al concordato preventivo. L'appello della compagnia contro tale sentenza veniva dichiarato inammissibile ex art. 348 bis c.p.c. dalla Corte d'appello di Firenze; di qui il ricorso di UnipolSai, che, con un unico motivo, aveva denunciato violazione o falsa applicazione di legge per avere il Tribunale erroneamente escluso che l'escussione della polizza fideiussoria fosse subordinata alla persistente efficacia del preliminare di compravendita al momento dell'ammissione di (*omissis*) alla procedura del concordato preventivo, come sarebbe invece previsto dal D.Lgs. n. 122 del 2005, art. 3, comma 3.

3.3 L'arresto in esame ha rigettato il ricorso. Ha osservato che il Tribunale aveva correttamente ricostruito il contenuto dell'art. 3, il quale, al comma 1, prevede che la fideiussione rilasciata in occasione della conclusione di un contratto avente ad oggetto l'acquisto di un immobile da costruire "è destinata a garantire la restituzione di quanto corrisposto dal promissario acquirente per l'acquisto dell'immobile nel caso in cui la controparte costruttrice incorra in una situazione di crisi, identificata nel comma 2 in varie fattispecie, tra cui l'ammissione al concordato preventivo; e al comma 3 stabilisce che la fideiussione può essere escussa a decorrere dalla data in cui si è verificata la situazione di crisi così definita, a condizione che, per l'ipotesi di crisi rappresentata dall'ammissione al concordato preventivo, l'organo della procedura concorsuale non abbia comunicato la volontà di subentrare nel contratto. Ritiene l'arresto che le condizioni di escussione della garanzia indicate dal comma 3 per le fattispecie di crisi di cui al secondo comma non valgano in nessun modo a segnalare la necessità che, al fine di escutere la polizza fideiussoria, sussista, al momento dell'instaurazione di una situazione di crisi, la persistente vigenza dell'efficacia del contratto

preliminare, bensì, tutto al contrario, la necessità che, al momento di escutere la polizza fideiussoria, tale contratto preliminare non vi sia più¹, per avere il promittente compratore inteso recederne, o l'organo della procedura concorsuale non manifestato la volontà di subentrarvi; e pertanto, allo scopo di giustificare la restituzione delle somme corrisposte anticipatamente dai promittenti compratori, non potendo tale giustificazione trovar luogo là dove le obbligazioni che discendono dal ridotto contratto preliminare fossero ancora efficaci tra le parti², al fine di escutere la polizza fideiussoria, una volta instaurata una situazione di crisi legislativamente definita, è necessario che il promittente compratore abbia comunicato la propria volontà di recedere dal contratto preliminare, allo scopo di escludere la persistente efficacia delle obbligazioni che discendono dal ridotto contratto, deve ritenersi (e a fortiori) che il promittente compratore ben possa escutere la polizza fideiussoria (una volta instauratasi una situazione di crisi), là dove l'efficacia delle obbligazioni che discendono dal contratto preliminare di compravendita sia già stata comunque precedentemente rimossa (come nel caso di specie)³. A tali conclusioni si ritiene doveroso pervenire, tenuto conto dell'espressa indicazione del contenuto della fideiussione disegnato dall'art. 3, comma 1, (la fideiussione deve garantire la restituzione delle somme e del valore di ogni altro eventuale corrispettivo effettivamente riscossi e dei relativi interessi legali maturati fino al momento in cui la situazione di crisi si è verificata), e degli espressi limiti temporali di efficacia della fideiussione⁴, individuati questi dal comma 7 dell'articolo nel momento del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento sull'immobile o dell'atto definitivo di assegnazione⁵. Queste ultime norme contribuiscono a identificare in modo decisivo la causa concreta della garanzia rilasciata in favore dei promittenti compratori, che è quella di tornare comunque in possesso delle somme anticipate nel caso in cui il costruttore non provveda al trasferimento della proprietà, o di altro diritto reale sull'immobile da costruire, per essere insorta una delle situazioni di crisi definite dallo stesso legislatore, a nulla rilevando che la rimozione dell'efficacia delle obbligazioni che discendono dal contratto preliminare di compravendita sia avvenuta prima dell'insorgenza dello stato di crisi o successivamente⁶.

3.4 Questo arresto, dunque, esclude che la cessazione della vigenza e della efficacia del contratto preliminare incida sulla persistenza dell'obbligazione garantziaria, ovvero faccia estinguere la garanzia. Per ben comprendere la questione è il caso di soffermarsi sui testi normativi.

Il D.Lgs. 20 giugno 2005, n. 122, art. 2, rubricato come "Garanzia fideiussoria"⁷, al comma 1 (qui non rileva il secondo, che concerne l'assegnazione degli immobili nelle cooperative) sancisce: "All'atto della stipula di un contratto che abbia come finalità il trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale di godimento su un immobile da costruire o di un atto avente la medesima finalità, ovvero in un momento precedente, il costruttore è obbligato, a pena di nullità del contratto che può essere fatta valere unicamente dall'acquirente, a procurare il rilascio ed a consegnare all'acquirente una fideiussione, anche secondo quanto previsto dall'art. 1938 c.c., di importo corrispondente alle somme e al valore di ogni altro eventuale corrispettivo che il costruttore ha riscosso e, secondo i termini e le modalità

stabilite nel contratto, deve ancora riscuotere dall'acquirente prima del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento. Restano comunque esclusi le somme per le quali è pattuito che debbano essere erogate da un soggetto mutuante, nonché i contributi pubblici assistiti da autonoma garanzia².

L'art. 3, Rilascio, contenuto e modalità di escussione della fideiussione, al comma 1 individua quali soggetti sono abilitati a rilasciare questa species di fideiussione, aggiungendo che essa deve garantire, nel caso in cui il costruttore incorra in una situazione di cui al comma 2, la restituzione delle somme e del valore di ogni altro eventuale corrispettivo effettivamente riscossi e dei relativi interessi legali maturati fino al momento in cui la situazione si è verificata³. E al comma 2 indica le situazioni di crisi, ripartendole in quattro fattispecie: la trascrizione del pignoramento relativo all'immobile oggetto del contratto (lettera a), il fallimento o la messa in liquidazione coatta amministrativa del costruttore (lettera b), la domanda del costruttore di ammissione al concordato preventivo (lettera c) e la sentenza dichiarante lo stato di insolvenza o, se anteriore, il provvedimento di liquidazione coatta amministrativa (lettera d).

A seguito dei predetti commi si pone il dettato del terzo: «La fideiussione può essere escussa a decorrere dalla data in cui si è verificata la situazione di crisi di cui al comma 2 a condizione che, per l'ipotesi di cui alla lettera a) del medesimo comma, l'acquirente abbia comunicato al costruttore la volontà di recedere dal contratto e, per le ipotesi di cui alle lettere b), c) e d) del comma 2, il competente organo della procedura concorsuale non abbia comunicato la volontà di subentrare nel contratto preliminare.

Sussistono poi ulteriori commi in questo caso di evidente irrilevanza, per giungere infine al comma 7, che così stabilisce: «L'efficacia della fideiussione cessa al momento del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento sull'immobile o dell'atto definitivo di assegnazione⁴.

3.5 L'interpretazione adottata dalla corte territoriale, propugnata dal controricorrente e in massima parte condivisa dall'arresto di questa Suprema Corte sopra richiamato, per rendere irrilevante il fatto che il contratto preliminare non sussista quando la garanzia viene escussa, oltre ad affermare (come appunto afferma l'arresto esaminato) che il comma 3 dell'art. 3 dimostrerebbe proprio che quando si escute non vi è il contratto (il che, come si vedrà infra, non è condivisibile), tenta a ben guardare di avvalersi del comma 7 dello stesso articolo, per sostenere appunto che soltanto il trasferimento del diritto di proprietà può far venir meno l'efficacia della fideiussione. Il che appare apparentemente collegarsi con la ratio di tutela del soggetto che ha già corrisposto denaro al costruttore, il quale successivamente entra in una situazione di crisi nel senso giuridicamente stabilito. D'altronde è notorio che ut supra si accennava che proprio per la frequenza dei casi in cui il promissario acquirente, pur avendo anticipato somme cospicue, rimaneva senza nulla (non acquisendo l'immobile né recuperando il denaro) per la sopravvenuta crisi dell'imprenditore edile fu introdotta la garanzia disciplinata

dal decreto legislativo in questione; e la ratio $\tilde{\cdot}$ esternata chiaramente nell'art. 2.

Tuttavia la norma specifica sulla escussione, ovvero la norma che determina quando e sulla base di quali presupposti $\tilde{\cdot}$ possibile escutere, cio' $\tilde{\cdot}$ art. 3, comma 3, fornisce un dettato incompatibile con l'interpretazione nel senso della escutibilit' a contratto gi' sciolto.

Invero, nel caso di crisi integrante la species della lettera a) del comma 2 dell'art. 3, occorre che il soggetto che intende fruire della polizza escutendo la compagnia garante sia ancora $\hat{\cdot}$ acquirente $\hat{\cdot}$, anche se deve avere comunicato a controparte $\hat{\cdot}$ la volont' di recedere $\hat{\cdot}$: e ci $\tilde{\cdot}$ significa che il contratto preliminare deve essere ancora in vigore tra le parti, tanto che la manifestazione della volont' di recederne non ha ancora comportato il suo venir meno, essendo rimasto appunto $\hat{\cdot}$ acquirente $\hat{\cdot}$ ($\tilde{\cdot}$ evidente che si intende promissario acquirente) chi vuole escutere.

Negli ulteriori casi di cui alle lettere b), c) e d) dello stesso comma 2 $\tilde{\cdot}$ parimenti chiara l'incompatibilit' dell'escussione con il pregresso scioglimento del contratto, in quanto proprio l'escussione viene subordinata alla mancanza di volont' di subentrare nel contratto di chi, giuridicamente, ha preso il posto del costruttore. Questo significa che il legislatore $\hat{\cdot}$ in un'ottica di evidente controbilanciamento degli interessi coinvolti $\hat{\cdot}$ ha inteso porre un limite all'escussione, nel senso di preservare al costruttore, ora come organo di procedura concorsuale, la possibilit' di proseguire il rapporto contrattuale anche se sussiste la situazione di crisi.

Diversamente opinando, id est nel senso che non verrebbe ad incidere sulla escussione l'esser venuto meno del contratto preliminare, tale possibilit' di subentro pu' essere tolta al promittente alienante (o essere gi' stata tolta anche da anni, se si prescinde appunto da questo limite) dalla parte promissaria acquirente, la quale, optando per la risoluzione del contratto (di solito per inadempimento del costruttore, $\tilde{\cdot}$ ovvio) prima che si verifichi la situazione $\hat{\cdot}$ giuridica e non meramente economica $\hat{\cdot}$ di crisi che $\tilde{\cdot}$ il presupposto dell'escussione della fideiussione, potrebbe rendere appunto il subentro impossibile ma, nonostante ci $\tilde{\cdot}$, fruire della garanzia, nullificando il significato della condizione posta dal legislatore, in contrasto con il principio conservativo che deve governare ogni ermeneutica.

Il dettato del comma 7, infine, a ben guardare non confligge con l'interpretazione che riconosce necessaria la permanenza del contratto preliminare quando viene escussa la garanzia, in quanto, stabilendo che l'efficacia della fideiussione cessa quando dell'immobile viene trasferito il diritto di propriet' (o altro diritto reale di godimento), presuppone l'adempimento del contratto preliminare, e dunque la sua permanenza e la ricostruzione che ne discende si manifesta chiaramente conforme alla ratio normativa, ut supra evidenziata, di garantire una pi' intensa tutela al cliente di impresa edile che anticipa il corrispettivo dell'immobile che entri in sua propriet' per l'ipotesi di una evoluzione negativa dell'attivit' imprenditoriale su cui

oggettivamente anch'egli ha fondato un proprio rischio.

In conclusione, la corte territoriale Ã¨ realmente incorsa nell'error in iudicando denunciato nel ricorso, che deve pertanto essere accolto. Ne consegue la cassazione della sentenza impugnata con rinvio anche per le spese processuali ad altra sezione della stessa corte territoriale, che dovrÃ applicare il seguente principio di diritto: lâ€™escussione della garanzia fideiussoria di cui al D.Lgs. 20 giugno 2005, n. 122 presuppone che il contratto preliminare di compravendita sia ancora in vigore tra le parti.

P.Q.M.

Accogliendo il ricorso, cassa la sentenza impugnata e rinvia, anche per le spese, alla Corte d'appello di Firenze.

CosÃ¬ deciso in Roma, il 27 marzo 2019.

Depositato in Cancelleria il 29 agosto 2019

Campi meta

Massima : *L'escussione della garanzia fideiussoria, rilasciata a tutela dell'acquirente di immobili da costruire ai sensi del D.Lgs. 20 giugno 2005, n. 122, Ã" subordinata alla persistente efficacia del contratto preliminare di compravendita al momento in cui si verifica la situazione di crisi del costruttore.*

Supporto Alla Lettura :

Contratto preliminare

Il contratto preliminare (anche detto compromesso) Ã" un vero e proprio contratto che obbliga entrambe le parti alla stipula del contratto definitivo. Il preliminare deve indicare gli elementi principali della vendita quali il prezzo e la casa da acquistare, lâ"indirizzo e una precisa descrizione (piani, stanze etc.) con i dati aggiornati del Catasto e la data del contratto definitivo. Ã" opportuno, inoltre, definire tutti gli obblighi reciproci da adempiere prima della consegna dellâ"immobile. In caso di vendita di immobili in corso di costruzione sono previste dalla legge regole particolari per la redazione del contratto preliminare. Ã" obbligatorio che il contratto preliminare sia stipulato da un notaio nella forma dellâ"atto pubblico o della scrittura privata autenticata. Per garantire la massima tutela al futuro acquirente Ã" molto opportuno che il contratto preliminare sia stipulato dal notaio, mediante scrittura privata autenticata o atto pubblico, in modo che venga trascritto nei Registri Immobiliari. Nelle altre ipotesi, lâ"opportunitÃ della trascrizione puÃ² essere valutata con lâ"assistenza del notaio. La trascrizione vale come una vera e propria prenotazione dellâ"acquisto dellâ"immobile. Non Ã" piÃ¹ soltanto un accordo privato tra acquirente e venditore, viene reso legalmente valido verso chiunque (tecnicamente Ã" â"opponibile nei confronti dei terziâ") e il venditore, di conseguenza, non potrÃ vendere lâ"immobile a qualcun altro, nÃ© concedere unâ"ipoteca sullâ"immobile, nÃ© costituire una servitÃ¹ passiva o qualsiasi altro diritto pregiudizievole. Gli eventuali creditori del venditore non potranno iscrivere unâ"ipoteca sullâ"immobile promesso in vendita, nÃ© pignorarlo. Dal momento della trascrizione del contratto preliminare, lâ"immobile Ã" â"riservatoâ" al futuro acquirente, e qualsiasi trascrizione o iscrizione non avrebbe effetto nei suoi confronti. Con la sentenza n. 4628 del 2015 la Corte di Cassazione a Sezioni unite ha riconosciuto validitÃ al cosiddetto preliminare di preliminare. Si tratta di quellâ"accordo con cui le parti formalizzano il contenuto di una prima fase della trattativa contrattuale e con cui si obbligano a proseguire nella stessa. In questo modo danno spazio alla formazione progressiva del contratto e puntualizzano con un successivo accordo il contenuto giuridico dellâ"affare.