

Tribunale di Pavia, 17 aprile 2012
omissis

FATTO E DIRITTO

Con atto di citazione regolarmente notificato PA. S. e G. D., premesso

- Di aver stipulato con DU. spa contratto preliminare di compravendita avente ad oggetto fabbricato in corso di costruzione in Pavia via Aldo Moro in data 16.7.2007;
- Che il prezzo veniva individuato a corpo per € 165.000,00 oltre IVA;
- Che in esecuzione del contratto i promissari acquirenti versavano complessivamente € 15.000,00 quale caparra;
- Che la data di consegna dell'immobile veniva individuata nel 31.3.2008;
- Che il contratto è nullo in violazione dell'art. 2 d.Lgs. 122/2005;

• Di aver richiesto la restituzione delle somme versate e dei costi sostenuti per le migliorie nel frattempo apportate all'immobile;

adiva il Tribunale di Pavia e rassegnata le conclusioni di cui all'epigrafe.
Si costituiva DU. spa insistendo per la reiezione della domanda in quanto infondata in fatto ed in diritto.

In particolare:

- Che gli attori dopo l'acquisto dell'immobile ed il suo completamento hanno trovato difficoltà per reperire le risorse economiche per adempiere all'obbligazione di pagamento assunta;
- Che gli attori in un primo tempo hanno cercato di dilazionare il rogito e solo successivamente hanno lamentato la nullità del preliminare;
- Che l'immobile compravenduto era agibile ed in regola con la normativa urbanistico edilizia ed a disposizione degli attori che, in effetti, hanno apportato al medesimo diverse modifiche;
- Che gli attori non hanno interesse ad agire in quanto, essendo la nullità invocata di protezione ed essendo l'interesse tutelato quello di tutelare il promissario acquirente di immobili in costruzione per il caso di fallimento difficoltà economiche del costruttore tali da renderlo non in grado di completare l'opera, tale invalidità non sarebbe più invocabile per il caso di opera compiuta ed in assenza di situazione di crisi del costruttore;
- Che il comportamento attoreo integra una ipotesi di abuso del diritto cui il convenuto può ben eccepire *l'exceptio doli generalis*.

In via riconvenzionale proponeva domanda di danno per aver dovuto rimuovere a proprie spese gli interventi di personalizzazione dell'immobile fatti eseguire dagli attori.

Esperita rituale istruttoria orale all'udienza del 11.12.2011 i procuratori delle parti precisavano le conclusioni e la causa veniva trattenuta per la decisione con assegnazione dei termini per memorie conclusionali e repliche.

Queste le risultanze dell'istruttoria:

teste Moro Angelo Francesco

Professione dirigente settore ambiente e territorio del Comune di Pavia.

Conosco la Du. per motivi professionali non conoscevo i nomi degli attori fino alla convocazione per l'odierna udienza.

Conosco la pratica dell'immobile di via Aldo Moro 1/6 solo marginalmente per la questione concernente l'agibilità dei locali.

L'agibilità è stata richiesta con la procedura del silenzio assenso. Nulla posso dire se l'esito sia mai stato comunicato ai sig.ri D. e S..

Vi sono state questioni concernenti le modalità del silenzio assenso.

La prima domanda non poteva essere accolta in quanto mancava ancora il collaudo delle opere di urbanizzazione primaria assolutamente necessario.

La domanda è stata sospesa.

Poi ripresa a seguito di richiesta sollecito da parte dell'avv. Branzoli e l'amministrazione si riservava di effettuare eventuali sopralluoghi e verifiche in quanto da segnalazioni esterne sembrava che nell'intervento vi fossero delle difformità rispetto al progetto approvato.

Il Comune ha chiamato prima telefonicamente il progettista e direttore dei lavori il quale non dava risposta. Successivamente è stato chiesto all'amministratore del condominio la possibilità di effettuare sopralluoghi. L'amministratore prendeva tempo e gli inquilini in sede assembleare manifestavano intenzione di chiedere sanatoria delle opere non conformi. Ma al comune non è stato consentito possibilità di accesso ai locali.

A settembre 2010 è stata inoltrata da parte dell'ing. Bologna per il condominio pratica di sanatoria.

In data 4.11.2010 il Comune ha chiesto integrazione documentale ed ad oggi non abbiamo avuto alcuna integrazione né risposta.

L'edificio sembrerebbe più alto rispetto al progetto e non avere caratteri di energia sostenibile che ha consentito sgravio degli oneri di urbanizzazione. Tutto questo appare a vista o a segnalazione di terze persone.

teste GIORGIO VIA

Professione architetto

Du. è la committente dei lavori della costruzione che abbiamo fatto a Pavia via Aldo Moro.

Io sono stato progettista e direttore dei lavori.

L'edificio era composta da più immobili

Alla data del settembre del 2008 quello dei sig.ri D. e S. era completato.

Vero che gli attori hanno chiesto varianti per modifiche interne dell'appartamento anche impianti.

Anche queste modifiche hanno comportato lo slittamento della consegna dai primi di luglio del 2008 ai primi di settembre del 2008.

La modifica ha comportato la trasformazione dell'immobile progettato come bilocale in monolocale.

Confermo il doc. 6 parte convenuta come le opere necessarie per ripristinare l'immobile attoreo alle condizioni originarie.

Il doc. 6 rappresenta l'immobile attoreo come da progetto nella sua dimensione di bilocale.

Il doc. 5 rappresenta la modifica interna che ha portato all'eliminazione della seconda camera ed alla creazione del monolocale

Io per l'immobile ha presentato la richiesta di agibilità nell'ottobre del 2008 e mi sembra sia stato ricevuto comunicazione del comune di silenzio assenso sulla agibilità nel febbraio 2010, compresa anche le parti che al settembre 2008 non erano completate.

La pratica è andata a buon fine. Sono anche trascorsi i 180 gg in cui il comune poteva fare eventuali ulteriori verifiche.

Alla presentazione della prima richiesta di agibilità il Comune richiedeva il collaudo delle opere di urbanizzazione primaria anche se era solo una agibilità parziale, già scaduti i termini per la sospensione dei termini. Le opere di urbanizzazione erano già state completate ma il comune non aveva ancora nominato il collaudatore.

Abbiamo fatto il collaudo ultimato settembre 2009 iniziato a marzo del 2009.

Abbiamo presentato altra domanda per gli edifici all'epoca non ultimati e poi ci hanno risposto con lettera di silenzio assenso.

Interpello del sig. Tommaso Mazzocchi consigliere delegato della Du. spa sui cap. 8, 9 e 10 della memoria 183, comma 6 n. 2 parte attrice

Il cap. 1 non è vero il certificato di agibilità è del febbraio 2010 la consegna in genere si fa al giorno del rogito ma nel caso di specie non si è mai fatto il rogito.

Non è vero il cap. 2

Non è vero il cap. 3

La norma richiamata dagli attori è la seguente:

art. 2, comma 1, del D.Lgs. 122/2005 *All'atto della stipula di un contratto che abbia come finalità il trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale di godimento su un immobile da costruire o di un atto avente le medesime finalità, ovvero in un momento precedente, il costruttore è obbligato, a pena di nullità del contratto che può essere fatta valere unicamente dall'acquirente, a procurare il rilascio ed a consegnare all'acquirente una fideiussione, anche secondo quanto previsto dall'articolo 1938 del codice civile, di importo corrispondente alle somme e al valore di ogni altro eventuale corrispettivo che il costruttore ha riscosso e, secondo i termini e le modalità stabilite nel contratto, deve ancora riscuotere dall'acquirente prima del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento. Restano comunque esclusi le somme per le quali è pattuito che debbano essere erogate da un soggetto mutuante, nonché i contributi pubblici già assistiti da autonoma garanzia.*

Tale nullità è pacificamente ricondotta nell'ambito della c.d. nullità di protezione.

Il legislatore è sostanzialmente intervenuto sulle c.d. *nullità testuali* di cui all'art. 1418, comma 3, prevedendo espressamente diverse tipologie di nullità con diversi regimi applicativi.

Il legislatore ha creato la suddetta categoria con le seguenti caratteristiche:

- 1) la legittimazione all'azione spetta solo alla parte debole in contrasto con il principio del rilievo da parte di ogni interessato della nullità (ciò ponendo fine alla validità, fino ad oggi incontrastata, del principio di non produttività di effetto alcuno per il negozio nullo);
- 2) Ha previsto poi la rilevabilità d'ufficio da parte del giudice ma solo a vantaggio della parte debole anche qui derogando alla disciplina generale.

Il legislatore, in concreto, ha optato per la tutela interessi individuali passando dalla previsione dell'annullabilità a quella della nullità relativa di protezione in quanto ha ritenuto che il diverso regime giuridico del vizio sia in grado di tutelare meglio la parte debole.

Si sostiene, infatti, che mentre l'annullabilità essenzialmente prevede che la parte sia in grado di far valere i propri diritti con un'azione costitutiva ed entro un termine breve di prescrizione, mediante la nullità il legislatore riesca ad offrire la più ampia tutela al contraente debole che potrà giovare della imprescrittibilità dell'azione e di una pronuncia essenzialmente dichiarativa (soccorrendo all'evenienza anche la rilevabilità d'ufficio).

Ai sensi dell'art. 1, comma d, della medesima disposizione normativa si precisa come per "immobili da costruire" devono intendersi *gli immobili per i quali sia stato richiesto il*

permesso di costruire e che 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.

La normativa sopra richiamata è certamente applicabile al caso di specie.

Al momento della stipula del preliminare (16.7.2007), infatti, per l'immobile oggetto del contratto era stato ottenuto il permesso di costruire e non era ancora stata ottenuta l'agibilità (o meglio si trovava in condizioni tali da non poter ancora ottenere l'agibilità: in questo senso le deposizioni testimoniali sopra riportate).

Sulle condizioni di applicabilità della disciplina suddetta è intervenuta recentissimamente anche la Suprema Corte (Cass. Sez. II, n. 5749/2011: *Il d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122 detta una disciplina di tutela dell'acquirente o del promissario acquirente di immobili da costruire in ragione dell'elevato rischio di inadempienze della parte alienante ovvero del pericolo di sottoposizione del costruttore ad esecuzione immobiliare o a procedura concorsuale, trovando però applicazione, in forza del contenuto definitorio di cui all'art. 1, comma 1, lettera d), soltanto riguardo agli immobili per cui, da un lato, sia stato già richiesto il permesso di costruire (o, se del caso, sia già stata presentata la denuncia di inizio attività, ex art. 22, comma 3, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380) e che, dall'altro lato, non siano stati oggetto di completamento e, dunque, non sia stato ancora richiesto il relativo certificato di agibilità. Ne consegue che i contratti preliminari di compravendita di immobili esistenti soltanto "sulla carta", ossia per i quali sussista un progetto, ma non sia stato ancora richiesto il permesso di costruire o un titolo equipollente, si collocano fuori dell'ambito applicativo della speciale disciplina recata dal citato d.lgs. n. 122 del 2005 e la chiara lettera della legge non consente di pervenire, a tutela dell'acquirente o promissario acquirente di immobile esistente "sulla carta", ad una interpretazione adeguatrice che ne permetta invece l'applicazione).*

Fino a quando l'immobile non si trova in condizioni tali da poter ottenere l'agibilità permane l'interesse pubblico alla sussistenza di garanzia fideiussoria coeva alla stipulazione del preliminare. Resta infatti intatta l'esigenza di tutela del promissario acquirente di poter recuperare gli acconti e gli importi comunque versati prima della possibilità giuridica di ottenere il trasferimento del bene compravenduto.

Da ciò, quindi, stante la pacifica assenza della garanzia fideiussoria dovrebbe derivare la pronuncia di nullità del contratto preliminare stipulato *inter partes*

Occorre ora affrontare la questione dell'abuso del diritto/abuso del processo avanzato dalla convenuta.

La questione, come prospettata dalla convenuta è fondata.

Per abuso del diritto si intende l'esercizio dello stesso, apparentemente conforme al suo contenuto ma in realtà funzionale al conseguimento di una utilità inaccettabile secondo la comune coscienza sociale.

Si differenzia dall'eccesso del diritto ove la illiceità dell'*agere* è netta.

Il legislatore del 1942 non ha previsto una normativa generale in tema di abuso del diritto ma dottrina e giurisprudenza hanno individuato riferimenti normativi specifici da sempre ricondotti alla tematica dell'abuso:

- atti emulativi ex art. 833 c.c.,
- clausola generale di buona fede ex artt. 1175, 1375 c.c.;
- abuso del diritto di usufrutto ex art. 1015 c.c.
- abuso della cosa da parte del creditore pignoratizio ex art. 2793 c.c.;
- abuso della potestà genitoriale ex art. 330 c.c.

riferimenti sono presenti anche in leggi speciali (abuso di dipendenza economica ex L. 192/1998 art.9).

Per abuso del processo, poi, si intende l'esercizio dell'azione in forme eccedenti, o devianti, rispetto alla tutela dell'interesse sostanziale, che segna il limite, oltreché la ragione dell'attribuzione, al suo titolare, della *potestas agendi*.

Riferimenti costituzionali sono agli artt. 2 e 111 Cost. fondanti un quadro normativo evolutosi nella duplice direzione, sia di una sempre più accentuata e pervasiva valorizzazione della regola di correttezza e buona fede - siccome specificativa degli "inderogabili doveri di solidarietà", il cui adempimento è richiesto dall'art. 2 Cost. - sia in relazione al canone del "giusto processo", di cui al novellato art. 111 Cost.

Si impone, quindi, una lettura "adeguata" della normativa di riferimento (soprattutto in materia di spese processuali) nel senso del suo allineamento al duplice obiettivo della "ragionevolezza della durata" del procedimento e della "giustizia" del "processo", inteso come risultato finale (della risposta cioè alla domanda della parte), che "giusto" non potrebbe essere ove frutto di abuso, appunto, del processo, per esercizio dell'azione in

forme eccedenti, o devianti, rispetto alla tutela dell'interesse sostanziale (in questo senso Cass. SS.UU. n.23726/2007 su abusivo frazionamento del credito e Cass. Sez. III civile, 22 dicembre 2011, n. 28286 ove il supremo collegio, confermando il *decisum* dei primi due gradi di giudizio, ha affermato che, in caso di danni a cose ed alla persona subiti in occasione di un unico sinistro, non possa consentirsi al danneggiato di frazionare la tutela giurisdizionale mediante la proposizione di distinte domande davanti al Giudice di Pace ed al Tribunale, in ragione delle rispettive competenze per valore, trattandosi di condotta lesiva del generale dovere di correttezza e buona fede, e tale da risolversi in un abuso dello strumento processuale, alla luce dell'art. 111 Cost.).

In senso analogo si è espresso anche recentemente il Consiglio di Stato sez. IV, sentenza 2 marzo 2012 n. 1209 secondo cui *Il generale divieto di abuso di ogni posizione soggettiva, ai sensi dell'art. 2 Cost. e dell'art. 1175 c.c., permea le condotte sostanziali al pari dei comportamenti processuali di esercizio del diritto; il divieto di abuso del diritto si applica anche in chiave processuale, cosicché il divieto di abuso del diritto diviene anche divieto di abuso del processo, inteso quale esercizio improprio, sul piano funzionale e modale, del potere discrezionale della parte di scegliere le più convenienti strategie di difesa (Nel caso di specie, il Consiglio di Stato ha reputato censurabile il comportamento della PA che, anziché rinnovare l'accertamento attitudinale dell'appellato, come indicato in sede cautelare dal Tar, aveva proposto e coltivato l'appello contravvenendo al divieto generale di venire contra factum proprium).*

Dai suddetti arresti si possono trarre le seguenti conclusioni:

- 1) ad oggi la giurisprudenza ha codificato pienamente l'abuso del processo;
- 2) il presupposto normativo primario è rinvenuto nel combinato disposto degli art. 2 e 111 Cost;
- 3) il presupposto secondario è il principio di buona fede o meglio l'ormai acquisita consapevolezza della intervenuta costituzionalizzazione del canone generale di buona fede oggettiva e correttezza, in ragione del suo porsi in sinergia con il dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., che a quella clausola generale attribuisce all'un tempo forza normativa e ricchezza di contenuti, inglobanti anche obblighi di protezione della persona e delle cose della controparte, funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale;

- 4) Il principio del giusto processo rileva sia come ragionevole durata che come accesso alla giustizia solo per pretese meritorie; si crea un danno al debitore senza un apprezzabile interesse del creditore oltre all'intralcio al sistema giudiziario.

Per quanto concerne poi gli effetti dell'accertato abuso i precedenti sopra indicati hanno tratto conseguenze differenti.

Secondo un primo indirizzo dall'accertato abuso non può che derivare quale conseguenza la regolazione delle spese di lite anche sotto il profilo della temerarietà e, comunque, sotto il profilo sanzionatorio di cui all'art. 96, comma 3, c.p.c. (in questo senso anche una amplissima giurisprudenza di merito: Tribunale di Lamezia Terme ordinanza 12 luglio 2011, Tribunale Varese ordinanza 23.10.2010 e Tribunale Varese 16.12.2011, Tribunale Verona, 13 agosto 2011, Tribunale Piacenza 15 novembre 2011 e Tribunale Mantova 04 ottobre 2011, tutte pubblicate in www.ilcaso.it).

Secondo altro indirizzo, invece la pretesa non meritoria non potrebbe che comportare la reiezione tout court della domanda (Cass. Sez. III civile, 22 dicembre 2011, n. 28286).

Ciò detto occorre ora affrontare il caso di specie.

Parte attrice ha promosso la domanda introduttiva del presente giudizio notificando atto di citazione alla convenuta in data 16.6.2010.

Occorre ora verificare se a tale data poteva già dirsi acquisita l'agibilità dell'immobile oggetto di compravendita così che l'azione volta a far accertare la nullità del contratto per mancata concessione della garanzia legale possa considerarsi abusivo esercizio del diritto sostanziale tramite la presente azione giudiziale in quanto consapevolmente promossa per un fine diverso da quello che sottende il diritto spettante (in altre parole il venir meno dell'interesse alla protezione del contraente debole per intervenuta completa realizzazione dell'immobile acquistato come in corso di costruzione ed in assenza di stato di crisi del promittente venditore, anzi a fronte della diffida avanzata dalla promittente venditrice di procedere al rogito).

Il doc. 3 del 17.2.2010 prodotto dalla convenuta sul punto non lascia adito a dubbio alcuno (il comune da atto di essersi formato il silenzio assenso sulle istanze di agibilità presentate da Du. spa nel 2008 e nel 2009).

Nessun rilievo può assumere poi la domanda di autorizzazione in sanatoria proposta dal condominio (soggetto diverso dall'odierna convenuta) e sospesa dal comune in quanto non direttamente incidente sulla ormai acquisita agibilità: sia con riferimento al tempo della realizzazione degli abusi cui la domanda di sanatoria è stata proposta, sia con riferimento alla tipologia degli abusi eventualmente sussistenti (che potrebbero restare estranei alla sussistenza delle condizioni igienico sanitarie richieste per l'ottenimento dell'agibilità).

Sotto tale profilo vanno lette ed interpretate anche le testimonianze escusse sul punto durante il processo.

Il teste Moro ha riferito come *A settembre 2010 è stata inoltrata da parte dell'ing. Bologna per il condominio pratica di sanatoria. In data 4.11.2010 il Comune ha chiesto integrazione documentale ed ad oggi non abbiamo avuto alcuna integrazione né risposta*

Il teste Via in punto agibilità *Io per l'immobile ha presentato la richiesta di agibilità nell'ottobre del 2008 e mi sembra sia stato ricevuto comunicazione del comune di silenzio assenso sulla agibilità nel febbraio 2010, compresa anche le parti che al settembre 2008 non erano completate.*

La pratica è andata a buon fine. Sono anche trascorsi i 180 gg in cui il comune poteva fare eventuali ulteriori verifiche.

Conclusivamente, quindi, risulta provato documentalmente come gli attori abbiamo introdotto la presente controversia onde ottenere la nullità del contratto preliminare per

mancanza della garanzia accessoria una volta che l'immobile promesso in vendita aveva già ottenuto l'agibilità in assenza di qualunque inadempimento o stato di crisi della convenuta ed essendo, quindi, venute meno le ragioni di tutela specifiche accordate dalla normativa del 2005.

Tale conclusione resta confortata anche dalla seguente osservazione.

La domanda, quindi, deve essere respinta.

Ciò detto occorre ora passare ad esaminare la domanda riconvenzionale formulata dalla convenuta.

In via riconvenzionale, infatti, ha proposto domanda di danno per aver dovuto rimuovere a proprie spese gli interventi di personalizzazione dell'immobile fatti eseguire dagli attori.

La domanda deve essere respinta in quanto non provata la necessità di tale ripristino per impossibilità o anche solo maggiore difficoltà di collocazione del bene sul mercato rimasto allo stato di mera allegazione.

Spese compensate per soccombenza reciproca.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando sulla causa in epigrafe, ogni altra domanda respinta, così provvede:
rigetta le domande proposte
compensa le spese di lite.
Pavia, li 17.4.2012

P.Q.M.

IL GIUDICE
Andrea Balba