

Civile Ord. Sez. 2 Num. 6685 Anno 2019  
Presidente: LOMBARDO LUIGI GIOVANNI  
Relatore: FEDERICO GUIDO  
Data pubblicazione: 07/03/2019

**ORDINANZA**

sul ricorso 2351-2015 proposto da:

ERMINI FERMINA, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA  
G. PALUMBO 3, presso lo studio dell'avvocato CLAUDIO  
RONCHIETTO, rappresentata e difesa dall'avvocato  
FRANCESCO MAGLIONE;

- **ricorrente** -

**contro**

AIELLO RAFFAELE, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA  
BANCO DI S. SPIRITO 48, presso lo studio dell'avvocato  
AUGUSTO D'OTTAVI, rappresentato e difeso dagli avvocati  
ROBERTO MATTEI, ETTORE SANTUCCI;

- **controricorrente** -

avverso la sentenza n. 1494/2014 della CORTE D'APPELLO  
di BARI, depositata il 29/09/2014;

2018

3806

du

udita la relazione della causa svolta nella camera di  
consiglio del 06/12/2018 dal Consigliere GUIDO FEDERICO.

## Esposizione del fatto

Con atto di citazione ritualmente notificato, Raffaele Aiello conveniva dinanzi il Tribunale di Torre Annunziata Franziska Walter, al fine di ottenere in via principale l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo della convenuta di stipulare l'atto pubblico di vendita dell'immobile di cui al preliminare datato 28.4.1996; in via gradata chiedeva la pronuncia di risoluzione per inadempimento della convenuta, con condanna della medesima alla restituzione del doppio della caparra versata ed al risarcimento dei danni.

Costituitasi in giudizio la convenuta ed eccepita l'incompetenza territoriale del Tribunale di Torre Annunziata, la causa veniva riassunta dinanzi al Tribunale di Bari, ove la Walter spiegava domanda riconvenzionale di risoluzione per inadempimento dell'Aiello.

Il Tribunale di Bari, con la sentenza n. 2450/2009, rigettava le domande attoree ed accoglieva la domanda riconvenzionale, autorizzando al trattenimento della caparra.

Avverso detta sentenza proponeva appello l'Aiello.

La Corte d'Appello di Bari, con la sentenza n. 1494/2014, in totale riforma delle statuizioni di prime cure, accoglieva la domanda di risoluzione del preliminare per nullità assoluta, ai sensi degli artt. 17 e 40 l.47/1985, derivante dalla contrarietà a norme imperative, affermando che la previsione di dette disposizioni, sebbene riferita ai trasferimenti ad effetti reali si estendeva anche ai contratti preliminari.

Avverso detta sentenza propone ricorso in cassazione articolato in tre motivi Ermini Fermina, succeduta quale erede di Franziska Walter, deceduta nelle more del giudizio.

Resiste con controricorso Raffaele Aiello.

In prossimità dell'odierna adunanza, la Fermini ha depositato memoria ex art. 380 bis cpc.

Considerato in diritto

Con *il primo motivo di ricorso* si denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 15 prel., 2697 c.c., 115, 116 e 345 c.p.c., 15 l. 10/1977, 17 e 40 l. 47/1985 in relazione all'art. 360 n. 3 c.p.c. per avere la Corte distrettuale affermato che la costruzione oggetto del preliminare fosse stata costruita dopo l'entrata in vigore della l. 47/1985, in contrasto con le risultanze documentali del processo, con conseguente inapplicabilità di siffatta disciplina.

Il motivo è inammissibile per genericità.

La Corte territoriale ha infatti accertato che il fabbricato era stato realizzato dopo il 16 marzo 1985, mentre il ricorrente si è limitato ad invocare la violazione di disposizioni normative, quali l'art. 2697 c.c. e delle disposizioni in materia di valutazione delle prove, ma non ha indicato alcun fatto specifico, risultante dagli atti di causa, che contrastasse l'accertamento suddetto; il ricorrente ha altresì dedotto la mancata contestazione da parte della controparte dell'antieriorità del fabbricato per cui è causa rispetto alla data del 16 marzo 1985, omettendo, peraltro, di riportare gli atti difensivi di

controparte da cui desumere la suddetta mancanza di contestazione.

Con *il secondo motivo* si denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 1418 c.c., dell'art.15 co. 7 L. 10/1977, degli artt.17 e 40 l. 47/1985 in riferimento all'art. 360 n. 3 c.p.c. per avere la Corte territoriale sussunto la vicenda in esame nell'alveo degli artt. 17 e 40 l. 47/1985 anziché in quello dell'art. 15 co. 7 l. 10/1977.

Il motivo e' fondato.

La Corte territoriale ha infatti affermato la nullita' del contratto preliminare per violazione degli artt. 17 e 40 l.47/1985, rilevando che il fabbricato in oggetto risultava edificato in assenza di concessione edilizia e per di piu' in violazione dello strumento urbanistico vigente.

Il giudice di appello ha al riguardo affermato di aderire all'orientamento secondo cui la nullita' per violazione dell'art. 40 l.47/1985, sebbene riferita agli atti di trasferimento ad efficacia reale, si estendesse al contratto preliminare.

Tale statuizione non e' conforme a diritto.

A monte della questione, sulla quale questa sezione con l'ordinanza n. 20061 del 31 luglio 2018 ha chiesto al Primo Presidente l'eventuale assegnazione del relativo ricorso alle sezioni unite, circa la natura della nullita' per violazione degli artt. 17 e 40 l.47/85 ( ora art. 46 dpr 380/2001) - vale a dire se si tratti di nullita' sostanziale (o virtuale) in relazione all'art. 1418 comma 1, ovvero di nullita' testuale, riconducibile alla violazione dell'art. 1418 u.c. - il piu' recente indirizzo di questa Corte esclude

l'applicabilità della nullità suddetta ai preliminari ed ai contratti obbligatori in genere.

L'orientamento alla base dell'estensione della nullità ex artt. 17 e 40 legge 47/1985 ai contratti preliminari, espresso nelle sentenze n.23591/13 e 28194/13 di questa Corte, non ha trovato seguito nella successiva giurisprudenza di legittimità (slavo che nella sentenza n.18621/2015) mentre l'esclusione dei contratti obbligatori dall'ambito di operatività della nullità ex art. 40 l.47/85, costantemente affermata nella giurisprudenza di legittimità anteriore alle citate sentenze n.23591/13 e 28194/13 e' stata ribadita nelle sentenze di questa Corte n. 28456/2013, 9318/16, 21942/2017 e 11659/18.

A tale indirizzo questo Collegio ritiene di uniformarsi.

Deve dunque affermarsi che la sanzione della nullità, prevista dall'art. 40 della legge 28 febbraio 1985, n. 47 con riferimento a vicende negoziali relative ad immobili privi della necessaria concessione edificatoria, trova applicazione nei soli contratti con effetti traslativi e non anche con riguardo ai contratti con efficacia obbligatoria, quale il preliminare di vendita, come si desume dal tenore letterale della norma, nonché dalla circostanza che successivamente al contratto preliminare può intervenire la concessione in sanatoria degli abusi edilizi commessi o essere prodotta la dichiarazione prevista dalla stessa norma, ove si tratti di immobili costruiti anteriormente al 1 settembre 1967, con la conseguenza che in queste ipotesi rimane esclusa la sanzione di nullità per il successivo contratto definitivo di vendita, ovvero si può

far luogo alla pronunzia di sentenza ex art. 2932 cod. civ.  
(Cass. (Cass.28456/2013; Cass.15734 del 2011).

L'accoglimento del secondo motivo assorbe l'esame del terzo.

La sentenza impugnata va dunque cassata e la causa va rinviata per nuovo esame ad altra sezione della Corte d'Appello di Bari, che provvederà anche sulle spese del presente giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso.

Cassa la sentenza impugnata e rinvia la causa, anche per la regolazione delle spese del presente giudizio, ad altra sezione della Corte di Appello di Bari.

Così deciso in Roma il 6 dicembre 2018

Il Presidente  


IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO  
Dott.ssa  Cicardello

DEPOSITATO IN CANCELLERIA

Roma, - 7 MAR. 2019 -