

Civile Ord. Sez. 2 Num. 20420 Anno 2020  
Presidente: SAN GIORGIO MARIA ROSARIA  
Relatore: BELLINI UBALDO  
Data pubblicazione: 28/09/2020

CC. 03/03/2020

### **ORDINANZA**

sul ricorso 3806-2016 proposto da:

GRINKA s.r.l. in liquidazione, in persona del liquidatore e rappresentante legale *pro tempore* Salvatore Florio, rappresentata e difesa dall'Avvocato ULPIANO MORCAVALLO ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in ROMA, VIA L. SETTEMBRINI 28

**- ricorrente -**

### **contro**

EDILGESSI s.n.c. di Angi Alessandro & C., in persona del socio amministratore Alessandro Angi, rappresentata e difesa dagli Avvocati ALBERTO GRANDI e FABIO LEPRI ed elettivamente domiciliata presso lo studio del secondo in ROMA, VIA POMPEO MAGNO 2/b

**- controricorrente -**

avverso la sentenza n. 3995/2015 della CORTE d'APPELLO di MILANO, depositata il 20/10/2015;

ord  
468  
2020



udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 03/03/2020 dal Consigliere Dott. UBALDO BELLINI.

### **FATTI DI CAUSA**

Con atto di citazione, notificato in data 12.1.2009, GRINKA s.r.l. conveniva in giudizio EDILGESSI s.n.c. di Angi Alessandro & C., esponendo che era stato stipulato un preliminare di vendita di immobile, sito in San Venanzo (TR), tra Grinka, in veste di promittente venditore, ed Edilgessi, promissario acquirente, al prezzo di € 210.000,00, da versarsi, quanto a € 135.000,00 mediante cessione a Grinka del credito di Edilgessi verso Gami s.r.l. – collegate tra loro sotto il profilo proprietario, dato che la socia di Grinka al 53,33% lo era al 50% in Gami – e, quanto al residuo, mediante imputazione a prezzo d'acquisto dei lavori d'appalto che Edilgessi avrebbe svolto nel cantiere di Cella Dati (CR) su incarico di Gami. Nel suddetto preliminare era altresì pattuito (punto n. 7) il pagamento di una penale di € 40.000,00 a carico del contraente inadempiente e (punto 8), in caso di inadempimento imputabile a Grinka, che quest'ultima sarebbe comunque rimasta debitrice solidale con Gami verso Edilgessi per la somma di € 135.000,00, oltre interessi.

Con sentenza n. 1219/2012 del 3.10.2012, il Tribunale di Como respingeva la domanda di Grinka di accertamento della nullità del preliminare, ex art. 2744 c.c., e delle clausole *sub* nn. 7 e 8, ex art. 1341 c.c.; riteneva che l'assunzione solidale da parte di Grinka del debito Gami potesse inquadrarsi nello schema dell'espromissione; che l'immobile di cui al preliminare fosse stato pattuito a estinzione del preesistente debito scaduto di Gami verso Edilgessi, come *datio in solutum*, e che la mancata stipulazione del contratto definitivo derivava dal comportamento



tenuto da Grinka, che, per un verso, non aveva liberato, prima della data del rogito, l'immobile dall'ipoteca, come si era obbligata a fare con il preliminare anzidetto e, per altro verso, pretendeva da Edilgessi il pagamento del prezzo di vendita dell'immobile in denaro, diversamente da quanto previsto nel preliminare, omettendo di indicare a Edilgessi le opere che avrebbe dovuto commissionare a quest'ultimo.

Il Tribunale, pertanto, condannava Grinka al pagamento del residuo debito in favore di Edilgessi, pari a € 95.188,11, oltre interessi moratori al tasso convenzionale del 5%, dal 30.9.2005, e, altresì, della penale pattuita in preliminare, al punto n. 7), riducendola, ex art. 1384 c.c., a € 18.000,00, oltre interessi.

Contro tale sentenza proponeva appello Grinka s.r.l., la quale lamentava l'errore in cui era incorso il Tribunale nell'inquadrare la fattispecie contrattuale nell'espromissione, poiché l'operazione negoziale prevista dalle parti nel suddetto contratto preliminare prevedeva la cessione a Grinka del credito di Edilgessi verso Gami a fronte della cessione dell'immobile da parte di Grinka; si trattava, quindi, di cessione di credito, incompatibile con l'espromissione. Inoltre, la previsione, ex art. 8 del preliminare, dell'assunzione da parte di Grinka del debito di Gami verso Edilgessi era meramente eventuale, essendo stata dettata dalle parti solo per l'ipotesi di inadempimento colpevole imputabile a Grinka; lo scopo del preliminare era quello dell'acquisto del credito verso Gami da parte di Grinka.

Affermava altresì l'appellante come l'errore decisivo del primo Giudice fosse consistito nell'applicare alla fattispecie l'istituto della *datio in solutum* al fine di escludere il patto commissorio, tenuto conto, per un verso, della sproporzione tra il



valore del credito e quello del bene dato in luogo del suo pagamento, dato che il valore dell'immobile eccedeva per € 75.000,00 il credito di Edilgessi verso Gami e, per altro verso, che non erano mai stati determinati i lavori edili da eseguire presso il cantiere Gami. La finalità della vendita in oggetto era dunque quella di costituire indirettamente una garanzia atipica sul credito vantato da Edilgessi verso Gami, non quella tipica dello scambio tra proprietà del bene e prezzo, come si ricavava dalla clausola *sub* art. 5 del preliminare, secondo la quale Grinka, oltre che Gami, poteva versare a mani di Edilgessi, entro la data pattuita per la stipula del definitivo, l'importo di € 135.000,00, oltre interessi, di cui Gami era debitore verso Edilgessi.

Con sentenza n. 3995/2015, depositata in data 20.10.2015, la Corte distrettuale rigettava l'appello, condannando l'appellante alle spese di lite del grado.

Avverso detta sentenza propone ricorso per cassazione Grinka s.r.l. in liquidazione sulla base di tre motivi, illustrati da memoria; resiste la Edilgessi s.n.c. con controricorso.

### **RAGIONI DELLA DECISIONE**

1.1. - Con il primo motivo, la ricorrente lamenta, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3 c.p.c., la violazione ovvero la falsa o erronea applicazione dell'art. 2744 c.c., anche in relazione agli artt. 1344 e 1197 c.c., atteso che il Giudice *a quo* ha incongruamente escluso l'operatività del divieto di patto commissorio, in ragione dell'antiorità dell'inadempimento del credito, pur a fronte del riconosciuto collegamento causale tra il contratto recante l'obbligo di trasferimento reale e la pregressa obbligazione pecuniaria, nonché a fronte dell'incontrovertibile previsione, di cui pure si dà atto nella sentenza impugnata, di un



nuovo termine, contenuto nel contratto per cui è causa, per l'adempimento dell'obbligazione pecuniaria predetta. Inoltre, sotto altro e connesso profilo, il Giudice di merito ha ritenuto rilevante l'assenza di allegazione e prova in ordine ad "alcuna costrizione in danno di Grinka per la vendita dell'immobile", così assumendo la sussistenza di un requisito della fattispecie di patto commissorio non contemplato dalla norma codicistica menzionata e assorbito, invece, nel collegamento funzionale tra l'inadempimento dell'obbligo presupposto e l'effetto traslativo del bene concesso in atipica garanzia. Infine, alla luce della causa di garanzia della promessa di cessione, derivante dalla circostanza di cui dianzi, avrebbe dovuto restare irrilevante ogni ulteriore indagine relativa alla sproporzione tra il valore del bene promesso in cessione e quello della prestazione corrispettivamente dovuta; del resto, detta valutazione è stata compiuta in violazione e comunque falsa o erronea applicazione degli artt. 1346 e 1418 c.c., atteso che la clausola relativa ad esecuzione di lavori in conto di prezzo era indeterminata nell'oggetto» (ricorso, pagg. 6 e segg.).

1.2. - Con il secondo motivo, la ricorrente deduce, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3 c.p.c., e in via subordinata rispetto al primo motivo, la violazione o la falsa o comunque erronea applicazione dell'art. 1272 c.c. e del combinato disposto degli artt. 2033, 1470, 1552 e 1555 c.c., atteso che il Giudice *a quo*, nel ritenere valida la clausola di permanenza dell'assunzione del debito pur a fronte della caducazione degli ulteriori effetti contrattuali e, segnatamente, della clausola relativa alla cessione in favore della Grinka del credito della Edilgessi nei confronti della Gami, ha omissis l'applicazione del generale principio di



causalità dell'attribuzione patrimoniale ed ha accertato la stabilità di un effetto obbligatorio pur a fronte del venir meno della controprestazione e, dunque, della causa di scambio asseritamente sottesa al contratto» (ricorso, pagg. 16 e segg.).

1.3. – Con il terzo motivo, la ricorrente lamenta, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3 c.p.c., e in via subordinata rispetto agli anteriori motivi, la violazione ovvero la falsa o comunque erronea applicazione degli artt. 1362, 1382 e 1384 c.c., atteso che i Giudici di merito, pur riconoscendo che l'assunzione del debito da parte della Grinka era contemplata *ex contractu* come conseguenza dell'inadempimento unitamente alla risoluzione delle altre clausole contrattuali, hanno erroneamente escluso che la relativa previsione andasse qualificata come penale e, conseguentemente, nel procedere alla riduzione a equità della clausola penale, hanno tenuto in considerazione il solo importo di € 40.000,00, indicato all'art. 7 del contratto e non anche del debito assunto senza corrispettivo, pari a € 135.000,00. Comunque e in via di estremo subordine, la violazione ovvero la falsa o comunque erronea applicazione dell'art. 1384 citato, atteso che ai fini della riduzione della penale non è stato considerato l'intero assetto contrattuale, in particolare conseguente agli effetti susseguenti all'inadempimento, con specifico riguardo alla previsione di interessi convenzionali sull'importo del debito assunto, con decorrenza espressamente individuata, così che l'esigenza di ristoro della società creditrice a fronte dell'inadempimento era comunque da riguardarsi come integralmente soddisfatta a prescindere dalla corresponsione dell'ulteriore penale, manifestamente eccessiva e ultronea per la totalità del suo importo» (ricorso, pagg. 19 e segg.).



2. – Il primo motivo è fondato.

2.1. – Onde escludere la configurabilità di un patto commissorio sotteso alla complessa pattuizione *inter partes* oggetto del giudizio in esame, la Corte distrettuale ha affermato che «Pure apparendo evidente il collegamento negoziale tra preliminare *de quo* ed appalto tra Gami ed Edilgessi, non ricorre, qui, l'ipotesi di cui all'art. 2744 c.c., poiché l'immobile oggetto del preliminare è dato in pagamento di debito inadempito già in data anteriore a quella di stipula dello stesso preliminare, come si legge nella premessa di quest'ultimo; non risulta, poi, allegata né, comunque, ben dimostrata alcuna costrizione in danno di Grinka, per la vendita dell'immobile (Cass. n. 893/99, n. 10702/03); ancora, se è vero che, a norma dell'art. 1197 c.c., nella *datio in solutum* occorre l'effettiva esecuzione della prestazione, per l'estinzione dell'obbligazione, è altrettanto vero che la quota parte di prezzo dell'immobile che Edilgessi si era obbligata a pagare tramite lavori in appalto nel cantiere Gami in Cella Dati (preliminare, sub art. 3) non poteva essere individuata dallo stesso appaltatore, bensì soltanto dal venditore Grinka, nel cui interesse (non esclusivo, peraltro, essendovi anche quello di Gami) doveva essere effettuata la prestazione di pagamento del prezzo, ex art 1498 c.c. Grinka era, cioè, tenuta all'adempimento di un obbligo di collaborazione, ex art. 1175 c.c., consistente nell'indicazione a Edilgessi, anche di concerto con Gami, delle opere da eseguire, per il residuo valore di € 75.000,00, che, sommato alla cessione di credito di € 135.000,00, esclude ogni sproporzione tra valore dell'immobile in vendita e relativo prezzo d'acquisto» (sentenza impugnata, pag. 3).



Pertanto la domanda di nullità del contratto risulta disattesa dal Giudice *a quo* in ragione della considerazione (che parrebbe assorbente rispetto agli altri due asseriti presupposti della coercizione in capo al ricorrente e della mancanza di sproporzione tra il valore dell'immobile in vendita ed il prezzo di acquisto) della sussistenza di un collegamento funzionale tra il contratto per cui è causa e il progresso debito della Gami nei confronti della Edilgessi.

Ma all'affermazione della Corte di merito, secondo la quale (come detto) il divieto di patto commissorio non opererebbe nella fattispecie per essere già occorso l'inadempimento della Gami anteriormente alla stipulazione del contratto recante l'obbligo di trasferimento dell'immobile, si contrappone il principio per il quale l'illecita elusione del divieto di patto commissorio si determina anche quando la cessione del bene sia strumentale a fornire la garanzia di un debito anteriore, per l'adempimento del quale venga concessa una proroga e, cioè, venga individuato un nuovo termine (v. Cass. n. 7882 del 1994, secondo cui, posto che il patto commissorio va definito come l'accordo con cui il debitore destina in proprietà definitiva al proprio creditore, a soddisfo parziale o totale del proprio debito, un bene in garanzia per l'ipotesi di propria inadempienza, senza alcuna previsione di stima del suo valore in base ai valori correnti in quel momento, sia con riferimento ad un debito che viene assunto contemporaneamente alla stipula dell'accordo, sia in relazione ad un debito precedentemente sorto, che venga prorogato, è nulla, poiché se anche non integra direttamente la previsione di cui all'art. 2744 cod. civ., costituisce comunque un mezzo per conseguire il risultato vietato da tale norma, la



vendita ad effetti traslativi immediati, che, conclusa a garanzia di un debito preesistente del venditore e per un prezzo ad esso corrispondente, sia sottoposta alla condizione risarcitoria dalla successiva alienazione dello stesso bene ad un terzo per un maggiore prezzo con il conseguente pagamento del debito ed il trattenimento dell'eventuale supero da parte dell'originario alienante). Sicché, ogni volta che l'adempimento sia suscettibile di avere luogo con effetto liberatorio per il debitore e al pagamento tempestivo, anche nel termine prorogato, si connetta la caducazione dell'obbligo di trasferimento dell'immobile, allora la disposizione del cedente o promittente non si caratterizza come libera determinazione *ad alienandum*, ma si pone nella prospettiva del recupero del bene a seguito dell'adempimento, in quanto la causa concreta del negozio ad effetti obbligatori o reali avente ad oggetto la cessione del bene non si rinviene in quella tipica di scambio, bensì in quella di garanzia, con la conseguente operatività del divieto di cui all'art 2744 citato.

2.2. - Orbene, l'esclusione della configurabilità nella fattispecie di un patto commissorio, là dove l'immobile oggetto del preliminare è dato in pagamento di debito inadempito già in data anteriore a quella di stipula dello stesso preliminare, si basa su un'assunto della Corte distrettuale, la quale - nonostante l'esplicito richiamo alle difese della ricorrente (riportate nel precedente capoverso) secondo cui «l'unica finalità della vendita in parola era quella "di costituire indirettamente una garanzia atipica sul credito vantato da Edilgessi verso Gami", non quella tipica dello scambio tra proprietà del bene e prezzo, come si ricava anche dalla clausola *sub* art. 5 del preliminare, a norma della quale Grinka, oltre che Gami, può versare [il residuo



importo] a mani di Edilgessi, entro la data pattuita per la stipula del definitivo – non attribuisce a siffatta clausola la conseguente specifica valenza sintomatica della configurabilità di una ipotesi di patto commissorio, limitandosi a negarla apoditticamente.

Così come altrettanto assertivamente la Corte di merito prospetta la inutilità di ulteriori apprezzamenti circa l'eventuale sussistenza di coercizione *ad alienandum* subita dal promittente, ovvero circa l'eventuale sproporzione tra l'immobile da trasferire e il prezzo pattuito (cfr. Cass. n. 10986 del 2013).

Estendendosi, invero, il divieto di patto commissorio, ex art. 2744 c.c., a qualsiasi negozio che venga utilizzato per conseguire il risultato concreto vietato dall'ordinamento, la valutazione del nesso funzionale è demandata al giudice di merito che, nel compierla, non deve limitarsi ad un esame formale degli atti posti in essere dalle parti, ma deve considerarne la causa in concreto e, in caso di operazione complessa, valutarli alla luce di un loro potenziale collegamento funzionale, apprezzando ogni circostanza di fatto rilevante e il risultato stesso che l'operazione negoziale era idonea a produrre e, in concreto, ha prodotto (Cass. n. 22903 del 2018; Cass. n. 15486 del 2014).

3 – Il primo motivo di ricorso va accolto; con assorbimento degli ulteriori motivi. La sentenza impugnata va cassata e la causa rinviata ad altra sezione della Corte d'Appello di Milano, anche per liquidare le spese di questo giudizio.

#### **P.Q.M.**

La Corte accoglie il primo motivo di ricorso, dichiarando assorbiti gli ulteriori motivi. Cassa la sentenza impugnata e rinvia la causa ad altra sezione della Corte d'Appello di Milano, che



6

provvederà anche alla liquidazione delle spese del presente giudizio.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della seconda sezione civile della Corte Suprema di Cassazione, il 3 marzo 2020.