

GAETANO PETRELLI

La nuova disciplina a tutela degli acquirenti di immobili da costruire *

SOMMARIO: 1. PREMessa. CONSIDERAZIONI DI POLITICA LEGISLATIVA. - 2. IL PROBLEMA DELLE DEFINIZIONI E DELL'AMBITO DI APPLICAZIONE DELLA DISCIPLINA. - 3. LA GARANZIA FIDEIUSSORIA. - 4. L'ASSICURAZIONE DELL'IMMOBILE. - 5. LA FORMA ED IL CONTENUTO DEI CONTRATTI. - 6. IL REGIME DELLA NULLITÀ RELATIVA. - 7. NULLITÀ DI PROTEZIONE E CONDIZIONE SOSPENSIVA. - 8. LA CONVALIDA DEL CONTRATTO RELATIVAMENTE Nullo. - 9. NULLITÀ RELATIVA E RESPONSABILITÀ DEL NOTAIO. - 10. IL FRAZIONAMENTO DELL'IPOTECA. - 11. I DIVIETI DI STIPULA IN ASSENZA DI CANCELLAZIONE O FRAZIONAMENTO DI IPOTECHE E PIGNORAMENTI. - 12. IL DIRITTO DI PRELAZIONE NELLA VENDITA FORZATA. - 13. FALLIMENTO DEL COSTRUTTORE: SCIoglimento o ESECUZIONE DEL CONTRATTO. - 14. I LIMITI ALLA REVOCATORIA FALLIMENTARE. - 15. LA DISCIPLINA TRANSITORIA.

Premessa. Considerazioni di politica legislativa.

In esecuzione della delega contenuta nella legge 2 agosto 2004, n. 210, il Governo ha approvato in data 18 febbraio 2005, in via preliminare, lo schema di decreto legislativo (che in appresso sarà per brevità indicato "decreto legislativo"), contenente disposizioni a tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili (*rectius*: fabbricati) da costruire, attualmente sottoposto al parere delle competenti commissioni parlamentari.

Tale provvedimento si inserisce nel contesto di una legislazione, spesso di derivazione comunitaria e per tale motivo conosciuta come "diritto privato europeo"¹, finalizzata alla regolamentazione di un fenomeno - la contrattazione in presenza di un significativo "squilibrio" tra le parti, in cui si rinvencono quindi un "contraente forte" e di un "contraente debole" - sempre più frequente nella realtà economica contemporanea. La legislazione nazionale - e prima di essa il diritto comunitario - intervengono sempre più frequentemente al fine di riequilibrare le posizioni delle parti, con interventi di tipo conformativo, tesi a rendere effettiva l'autonomia contrattuale, e consentire di conseguenza il miglior funzionamento del

* *Relazione al Convegno Paradigma - Milano, 15 aprile 2005.*

¹ Sul diritto privato europeo, cfr. Lipari (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Napoli 1998; Id., *Diritto privato e diritto privato europeo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000, p. 7 ss.

mercato, o dei mercati ². E' stata giustamente sottolineata la *vis expansiva* del modello europeo di legislazione a tutela del contraente debole, cosicché oggi si parla di "diritto privato europeo" anche per individuare settori di legislazione - come quello in esame - che non costituiscono attuazione di regolamenti o direttive comunitari, ma che ciononostante adottano tecniche ed istituti analoghi a quelli già sperimentati nei settori propriamente "comunitari" ³, ivi compresa la tendenza al c.d. neoformalismo ⁴, e la conformazione del contenuto contrattuale. Interventi che solo apparentemente limitano l'autonomia privata, mentre in realtà, tendendo ad

² Sulla pluralità giuridica dei mercati, e la corrispondente diversità delle regole e dei principi di settore, cfr. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari 2004, p. 34 ss., 91 ss.

E' stato rilevato (Gentili, *Nullità annullabilità inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *Contratti*, 2003, p. 201) che "il diritto europeo e con esso tutta la legislazione nazionale che vi si ispira è interessato solo marginalmente alla autenticità e razionalità *individuale* della scelta contrattuale ... compreso del ben diverso problema di stimolare la costituzione del mercato unico e di incentivarne l'efficienza, rimediando a fenomeni di carattere *seriale* e non individuale, quali le distorsioni della concorrenza o le asimmetrie informative, considera casi e offre rimedi ispirati alla razionalità ed all'efficienza del mercato.

Nell'ambito della nuova legislazione con finalità di riequilibrio delle posizioni contrattuali, si possono indicare: gli artt. 115 ss., 121 ss. del d. lgs. 1 settembre 1993 n. 385, con la disciplina, ivi contenuta, della trasparenza delle condizioni contrattuali nei contratti bancari; la legge 6 febbraio 1996 n. 52, che ha introdotto i nuovi artt. 1469-*bis* e seguenti del codice civile, in tema di contratti del consumatore; il d.lgs. 15 gennaio 1992 n. 50, sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali; il d.lgs. 17 marzo 1995 n. 111, contenente disciplina dei contratti turistici; il d. lgs. 24 febbraio 1998 n. 58, con riferimento ai contratti di intermediazione finanziaria; la legge 18 giugno 1998 n. 192, in tema di subfornitura nelle attività produttive; il d. lgs. 9 novembre 1998 n. 427 sui contratti di multiproprietà; la legge 30 luglio 1998 n. 281, sui diritti dei consumatori e degli utenti; il d. lgs. 9 novembre 1998 n. 427, in tema di multiproprietà; il d. lgs. 22 maggio 1999 n. 185, sulla protezione del consumatore nei contratti a distanza; il d. lgs. 15 febbraio 1999 n. 65, che ha modificato la disciplina del contratto di agenzia; il d. lgs. 2 febbraio 2002 n. 24, in tema di vendita di beni di consumo e relative garanzie; il d. lgs. 9 ottobre 2002 n. 231, in tema di ritardi di pagamenti nelle transazioni commerciali.

³ Lipari, *Diritto privato e diritto privato europeo*, cit., p. 23, evidenzia la circostanza che "il diritto privato europeo, nel momento stesso in cui viene collocato nella dimensione sistematica di un ordinamento, inevitabilmente influenza anche modelli o schemi concettuali che pur non sembrano direttamente intaccati dalla nuova normativa". Nella stessa direzione, Gentili, *Nullità annullabilità inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, cit., p. 200, nota 2.

⁴ Sul neoformalismo negoziale, Lipari, *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, Milano 1996, p. 1 ss., 13 ss. (ove si individuano due "cardini" della protezione del contraente debole, l'imposizione della forma scritta e la previsione di "contenuti minimi" da inserire nel documento contrattuale, in modo che "l'obiettivo della tutela dell'integrità della formazione della volontà contrattuale è perseguito attraverso la predeterminazione di *forma e contenuto*"; ed "è il legislatore stesso ad indicare le *qualità essenziali* del bene o servizio offerto").

eliminare le situazioni di squilibrio ed a realizzare un'effettiva parità di posizioni, la rendono effettiva⁵.

E' quanto avviene anche con il provvedimento in esame, il quale, ponendosi l'obiettivo di contemperare efficacemente le esigenze delle imprese costruttrici con la tutela dell'acquirente, parte debole del rapporto⁶, trae la propria ispirazione anche dalla legislazione francese - la più avanzata in materia - a tutela degli acquirenti di immobili da costruire⁷. Con alcune significative differenze, che probabilmente risentono dell'influenza delle associazioni dei costruttori edili sull'*iter* di approvazione della legge delega⁸:

a) *l'assenza di qualsiasi divieto in capo al costruttore di ricevere acconti anteriormente, o al di fuori, della procedura regolamentata*⁹;

b) *l'assoluta assenza di sanzioni penali o interdittive a carico del costruttore medesimo*¹⁰, pur evidenziata nel corso dei lavori preparatori della legge delega¹¹;

⁵ Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 47 ss.; Benedetti, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, p. 26-27 ("l'idea fondamentale da cui la legge muove, e che vuole realizzata nell'ordinamento, è che il *contratto funzioni come contratto*, strumento essenzialmente misurato sul *principio di parità* e sulla libera determinabilità del suo contenuto ad opera delle stesse parti. Quando questo principio è tipicamente turbato da necessità, per così dire, istituzionali, o per ragioni imposte dall'economia, l'ordine giuridico corregge tale turbativa, cercando di *riequilibrare le posizioni contrapposte*").

⁶ Cfr., per la descrizione del fenomeno che la nuova disciplina intende regolare, Costola, *Verso nuove forme di tutela degli acquirenti di immobili da costruire: la legge delega 2 agosto 2004*, n. 210, in *Studium iuris*, 2004, p. 1489 ss.

⁷ Cfr. gli artt. L261-1 e seguenti del *Code de la construction et de l'habitation (partie législative)*; e gli artt. R261-1 e seguenti del medesimo *Code (partie réglementaire)*. Su tale disciplina, cfr. VELLA, *La tutela dell'acquirente di immobili da costruire nel diritto francese: spunti per il notariato italiano*, in *Vita not.*, 1998, p. 621.

⁸ Si veda il resoconto della 287^a seduta della Commissione Giustizia del Senato in data 13 novembre 2003, ove si dà atto che la proposta di legge "per ragioni evidenti, incontra il favore sia dell'associazione bancaria italiana sia degli acquirenti ed un atteggiamento neutrale degli imprenditori, per la ragione che le stesse finiscono per scaricare sui prezzi il costo delle fidejussioni".

⁹ L'art. L261-12 del *Code de la construction et de l'habitation* dispone che nella vendita a stato futuro di avanzamento il venditore non possa esigere né accettare alcun versamento o deposito di denaro e strumenti di pagamento prima della sottoscrizione del contratto, o anteriormente al momento in cui il credito diviene esigibile. Nel caso di contratto preliminare, possono essere versati acconti solo mediante deposito in garanzia effettuato su un conto speciale, e le somme così depositate sono indisponibili, incedibili ed inespropriabili; ogni diversa promessa di compravendita è nulla (art. L261-15), ed in genere ogni clausola contraria si reputa come non scritta (art. L261-16). Analogo divieto è previsto dall'art. L271-2, in relazione al "termine di ripensamento" accordato dall'art. L271-1, prima del decorso del quale nessun versamento può essere accettato.

Anche nell'ambito della disciplina italiana in materia di multiproprietà, l'art. 6 del d. lgs. 9 novembre 1998 n. 427 pone il divieto, a carico del venditore, di ricevere acconti prima della scadenza del termine per il recesso da parte dell'acquirente.

c) la mancata previsione della forma dell'atto pubblico a pena di nullità, e la conseguente rimessione dell'osservanza delle nuove regole alla libera decisione delle parti, al di fuori di qualsiasi controllo di legalità obbligatorio ad opera di un pubblico ufficiale ¹².

La riforma nasce quindi zoppa, depotenziata; gli altri strumenti di tutela, pur opportuni, non sono da soli in grado di assicurare un'efficace protezione all'acquirente "contraente debole", il quale oltretutto sarà, plausibilmente, sprovvisto il più delle volte di adeguate cognizioni giuridiche. Basti pensare che una delle tutele più incisive introdotte negli ultimi anni - la trascrizione del contratto preliminare - è rimasta in gran parte inattuata, vuoi in ragione della forza contrattuale dei promittenti venditori, vuoi in conseguenza del diffuso fenomeno della simulazione del prezzo di vendita, diretto nell'intenzione delle parti al risparmio fiscale, senza tener conto delle gravi conseguenze da esso nascenti ¹³. Il

¹⁰ A norma dell'art. L261-17 del *Code de la construction et de l'habitation*, chiunque esige o accetta versamenti in violazione degli artt. L261-12 e L261-15 è punita con la reclusione per due anni, e/o un'ammenda di 9.000 euro. Ai sensi del successivo art. L261-18, chiunque distragga o si appropri delle somme depositate è punito per abuso di fiducia a norma degli artt. 314-1 e 314-2 del *Code pénal*. A norma dell'art. 261-19, poi, alle persone condannate per uno dei reati di cui agli artt. L261-17 e L261-18 è fatto divieto di svolgere abitualmente, a qualunque titolo, direttamente o per interposta persona, alle operazioni di vendita di immobili da costruire.

Peraltro, anche nell'ordinamento italiano la violazione delle disposizioni legislative poste a tutela del contraente debole è, in altri casi, specificamente sanzionata, o quantomeno è prevista una specifica azione inibitoria; si vedano, in particolare, le previsioni:

- dell'art. 11 del d. lgs. 15 gennaio 1992 n. 50, in materia di contratti negoziati fuori dei locali commerciali;
- degli artt. 128, comma 5, e 144 del d. lgs. 1 settembre 1993 n. 385, in materia di contratti bancari;
- dell'art. 190 del d. lgs. 24 febbraio 1998 n. 58, con riferimento ai contratti di intermediazione finanziaria;
- dell'art. 1469-*sexies* c.c., e dell'art. 3 della legge 30 luglio 1998 n. 281, a proposito dei contratti dei consumatori;
- dell'art. 12 del d. lgs. 9 novembre 1998 n. 427, in materia di multiproprietà;
- dell'art. 12 del d. lgs. 22 maggio 1999 n. 185, in materia di contratti a distanza.

¹¹ Cfr. il resoconto della 285^a seduta della Commissione Giustizia del Senato, in data 12 novembre 2003.

Nel corso della discussione in assemblea (613^a seduta del Senato del 26 maggio 2004) era stata proposta "l'istituzione a livello regionale di un registro delle persone fisiche o giuridiche che violano le disposizioni contenute nel disegno di legge", che però è stata respinta in sede di votazione.

¹² A norma degli artt. L261-10 e L261-11 del *Code de la construction et de l'habitation*, già art. 39 della legge n. 79-596 del 13 luglio 1979, è richiesta a pena di nullità la forma dell'atto pubblico notarile per ogni contratto che abbia per oggetto il trasferimento della proprietà di un fabbricato o porzione di fabbricato ad uso abitativo, o professionale ed abitativo, e comportante l'obbligo per l'acquirente di effettuare versamenti o depositi prima dell'ultimazione della costruzione.

¹³ Sono numerose le conseguenze pregiudizievoli per le parti, sia civilistiche che tributarie, della simulazione relativa del prezzo. Basti pensare, a titolo esemplificativo:

-
- 1) - trattandosi di atto assoggettato ad imposta di registro, anche nel caso in cui il corrispettivo sia dichiarato in misura uguale o superiore ai parametri catastali, trova applicazione la sanzione - dal 200% al 400% della maggiore imposta dovuta - per occultazione del corrispettivo, prevista dall'art. 72 del d.p.r. 131/1986; il relativo credito dello Stato è assistito dal privilegio *ex art. 2772 c.c.*;
 - 2) - in caso di pagamento dell'eccedenza di prezzo, non dichiarata nel contratto, in contanti o con assegni bancari trasferibili, anche se frazionati, e l'importo totale eccede la somma di euro 12.500, sono applicabili le sanzioni previste dalla normativa antiriciclaggio (art. 1 del d.l. 3 maggio 1991 n. 143, convertito in legge 5 luglio 1991 n. 197; d.m. 16 ottobre 2002);
 - 3) - la mancata dichiarazione della plusvalenza immobiliare, in relazione al prezzo effettivo non dichiarato, ed in genere la simulazione del prezzo laddove quest'ultimo abbia rilevanza ai fini delle imposte sui redditi, comporta l'applicazione delle sanzioni previste per l'omessa o insufficiente dichiarazione dei redditi (art. 1, comma 2, del D. Lgs. 18 dicembre 1997 n. 471); altre sanzioni sono applicabili nel caso di atto soggetto ad imposta sul valore aggiunto (art. 5, comma 4, del D. Lgs. 471/1997); nei casi più gravi può configurarsi il reato di frode fiscale (articoli 3 e 4 del D. Lgs. 10 marzo 2000 n. 74);
 - 4) - la detrazione degli interessi passivi dei mutui ipotecari, contratti per l'acquisto dell'abitazione principale (art. 13-*bis*, comma 1, lettera *b*), del D.P.R. 22 dicembre 1986 n. 917), è ammessa solo fino a concorrenza della parte di mutuo corrispondente al prezzo dichiarato nella compravendita;
 - 5) - ricorrendo i presupposti - in caso di successiva rivendita di un immobile acquistato dichiarando un prezzo simulato - di tassazione della plusvalenza, evidentemente quest'ultima sarà tanto maggiore, quanto minore è stato il prezzo dichiarato all'atto dell'acquisto;
 - 6) - ai fini dei diritti di prelazione legale spettanti a terzi, questi ultimi - stanti i limiti di opponibilità della simulazione ai terzi - possono riscattare l'immobile nei confronti dell'acquirente, al prezzo dichiarato nell'atto di compravendita;
 - 7) - ai fini dell'azione revocatoria fallimentare, la conoscenza da parte del compratore dell'insolvenza del venditore si presume se il valore di quanto venduto sorpassa notevolmente quello del corrispettivo ricevuto, ed il termine per la revocatoria è raddoppiato da sei mesi ad un anno. Inoltre, l'esenzione da revocatoria fallimentare, per gli immobili da adibirsi ad abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti e affini entro il terzo grado, si applica solo per le vendite effettuate "a giusto prezzo" (art. 67 del r.d. n. 267/1942, come modificato dall'art. 2 del d.l. 14 marzo 2005 n. 35);
 - 8) - se vi è sproporzione tra il valore dell'immobile compravenduto ed il prezzo pattuito, ed il venditore prova che la sproporzione è dipesa dal suo stato di bisogno, di cui il compratore ha approfittato, il primo può chiedere, entro un anno dalla conclusione del contratto, la rescissione del medesimo per lesione (art. 1448 del codice civile);
 - 9) - in tutti i casi in cui il contratto venga ad essere risolto, rescisso, annullato, il compratore potrà ottenere la restituzione del solo prezzo dichiarato in contratto, a meno che non provi (e ciò può risultare in concreto impossibile, in caso di pagamento in contanti) di aver pattuito e pagato una somma superiore;
 - 10) - è configurabile una responsabilità del consulente e del mediatore che suggerisca, o consigli, il comportamento del contribuente nel senso di indirizzare quest'ultimo ad evadere un'imposta mediante la simulazione relativa del prezzo, o lo induca in errore sul punto, affermando la sufficienza del valore catastale (artt. 9 e 10 del D. Lgs. 18 dicembre 1997 n. 472; art. 1759 c.c.). Salvo l'eventuale concorso nel reato di frode fiscale;
 - 11) - la detrazione Irpef, prevista dall'art. 2, commi 15 e 16, della legge 24 dicembre 2003 n. 350, e successivamente l'art. 23-*bis* del D.L. 24 dicembre 2003 n. 355, convertito in legge 27 febbraio 2004

che fa sì che, nella maggior parte dei casi, la contrattazione preliminare si svolga al di fuori degli studi notarili, senza un'adeguata assistenza giuridica ed in assenza di qualsiasi controllo di legalità sull'operazione.

La nuova normativa rivela anche in altri punti gravi incongruenze. Basti pensare al fatto che *la fideiussione obbligatoria*, disciplinata dagli artt. 1 e 2, si traduce in un incremento del costo dell'operazione a carico dell'acquirente. Ma soprattutto *la nullità relativa* - sancita per il caso di mancata prestazione della fideiussione - *non protegge in alcun modo l'acquirente che abbia già versato consistenti acconti al costruttore*, in caso di inadempimento o insolvenza di quest'ultimo (il costruttore stesso potrà anzi legittimamente, una volta dichiarata la nullità, rivendere a terzi e lucrare ulteriori somme, con l'unico deterrente della responsabilità civile per danni). Analoghe considerazioni possono effettuarsi in relazione al *contenuto obbligatorio del contratto*, disciplinato dall'art. 5: appare evidente che *la nullità, anche se relativa, è rimedio del tutto inefficace laddove il costruttore abbia già percepito, in tutto o in parte, il prezzo*.

Altre incongruenze sono riscontrabili nel resto della disciplina, e saranno evidenziate nel corpo del presente lavoro. Ad esse non potrà essere posto rimedio - se non in minima parte - con un successivo decreto correttivo (l'art. 1, comma 4, della legge n. 210/2004 dispone che entro un anno dalla data di entrata in vigore dell'ultimo dei decreti legislativi emanati in attuazione della delega, nel rispetto dei principi e dei criteri direttivi fissati dalla legge stessa, il Governo può emanare disposizioni integrative e correttive dei medesimi decreti legislativi), perché è la stessa legge delega a non prevedere alcuna sanzione penale, e a non imporre la forma dell'atto pubblico. In sede di decreto delegato potrebbe, certo, essere previsto - in quanto non eccedente la delega, ma rientrante pienamente nel suo "spirito" - un divieto di percepire acconti in caso di mancato rispetto delle previsioni degli artt. 1, 2 e 5: ma la relativa violazione darebbe luogo, al più, a responsabilità civile in capo al costruttore, deterrente questo veramente modesto.

Il problema delle definizioni e dell'ambito di applicazione della disciplina.

Sia la legge delega, n. 210/2004, sia il decreto legislativo in commento sono *intitolati* alla "tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire", e ciò contribuisce già a circoscrivere l'ambito di applicazione della nuova normativa: infatti, anche da parte della dottrina che esclude efficacia normativa

n. 47, è commisurata al 25% del prezzo dell'unità immobiliare risultante dall'atto di vendita o assegnazione.

all'intitolazione della legge, è comunemente riconosciuta la valenza interpretativa di tale intitolazione ¹⁴.

La legge n. 210/2004 non si ferma, peraltro, a tale delimitazione, ma contiene, negli articoli 1 e 2, precise *definizioni*, che rappresentano altrettanti elementi atti a determinare l'ambito di applicazione della disciplina protettiva in commento ¹⁵.

In primo luogo, quella di "*immobili da costruire*": si tratta degli "immobili per i quali sia stato richiesto il permesso di costruire e che siano ancora da edificare o la cui costruzione non risulti essere ultimata versando in stadio tale da non consentire ancora il rilascio del certificato di agibilità" (art. 1, comma 1, della legge n. 210/2004). Evidente che la tutela riguarda *esclusivamente gli immobili la cui costruzione, o ultimazione, costituisce un obbligo del soggetto alienante*: solo in tal caso sorge un'esigenza di tutela dell'acquirente, il quale invece non necessita di alcuna protezione nel caso in cui nel contratto sia convenuto il trasferimento del terreno, o del fabbricato "al rustico", o "nello stato di fatto in cui si trova", con onere di ultimazione quindi a carico dell'acquirente. Evidente *l'opportunità - se non la necessità - di precisare nel contratto di alienazione del fabbricato "al rustico" se il completamento dell'edificio sia o meno a carico dell'alienante*, posto che solo in quest'ultimo caso scattano le previsioni del decreto in commento. Al fine di individuare il momento di ultimazione del fabbricato - rilevante per la disciplina in esame - occorre far riferimento alle norme che disciplinano il rilascio del certificato di agibilità ¹⁶, e che indicano a tal fine, tra gli altri requisiti richiesti per ottenerlo, *l'accatastamento, l'ultimazione ed il collaudo degli impianti*. Non assumono invece rilevanza, ai fini in esame, le altre disposizioni - come, ad esempio, quella dell'art.

¹⁴ Cfr. C.N.N., *Valore giuridico del titolo della legge*, in *Studi su argomenti di interesse notarile*, VIII, Roma 1972, p. 3; Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano 1980, p. 101 ss.; Crisafulli, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano 1964, p. 293 ss.; Baldassarre, *Titolo della legge (e "forza di legge")*, in *Giur. cost.*, 1963, p. 1643 ss.

¹⁵ Sul valore normativo delle definizioni legislative, ed in particolare sulla loro valenza al fine di determinare l'ambito di applicazione delle discipline di settore, cfr. di recente Dellacasa, *Sulle definizioni legislative nel diritto privato, tra codice e nuove leggi civili*, Torino 2004, *passim*, spec. p. 156 ss.; nonché Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 153 ss.; Belvedere, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Milano 1977.

¹⁶ A norma dell'art. 24, comma 1, del d.p.r. 6 giugno 2001 n. 380, "il certificato di agibilità attesta la sussistenza delle condizioni di sicurezza, igiene, salubrità, risparmio energetico degli edifici e degli impianti negli stessi installati, valutate secondo quanto dispone la normativa vigente". Il comma 4 del medesimo art. 24 dispone che "alla domanda per il rilascio del certificato di agibilità deve essere allegata copia della dichiarazione presentata per la iscrizione in catasto". Ai sensi del successivo art. 115, "il dirigente o responsabile del competente ufficio comunale rilascia il certificato di agibilità, dopo aver acquisito anche la dichiarazione di conformità o il certificato di collaudo degli impianti installati, ove previsto, salvo quanto disposto dalle leggi vigenti".

2645-bis, comma 6, c.c. - che individuano i requisiti affinché il fabbricato possa dirsi "esistente" ¹⁷.

Sorge, peraltro, la questione se nella categoria degli immobili "la cui costruzione non risulti essere ultimata" possano essere inclusi anche i *fabbricati da ristrutturare, o in corso di ristrutturazione*. I lavori preparatori della legge delega depongono per la tesi restrittiva: la proposta, avanzata durante i lavori della Commissione Giustizia del Senato, di includere i fabbricati da ristrutturare nell'ambito della tutela è stata respinta, con l'argomento che ciò avrebbe fatto lievitare notevolmente i costi della nuova legge a carico del mercato immobiliare ¹⁸. L'unica eccezione, ammessa secondo i compilatori della legge, sarebbe quella dei fabbricati "da ricostruire" ¹⁹. E' noto, peraltro, il valore relativo che assumono, a livello interpretativo, i lavori preparatori ²⁰. Sulle considerazioni del "legislatore

¹⁷ A norma dell'art. 2645-bis, comma 6, c.c., "ai fini delle disposizioni di cui al comma 5, si intende esistente l'edificio nel quale sia stato eseguito il rustico, comprensivo delle mura perimetrali delle singole unità, e sia stata completata la copertura". E' evidente che tale definizione non può essere utile ai fini in commento, non riguardando la "ultimazione", ma solo la "esistenza" del fabbricato, peraltro a fini particolari.

¹⁸ Cfr. i verbali delle riunioni della Commissione Giustizia del Senato, in particolare: 286^a seduta in data 13 novembre 2003 (in cui il Presidente Caruso faceva rilevare che "l'ipotesi dell'immobile da costruire presenta esigenze di tutela proprie che la distinguono da quella dell'immobile in ristrutturazione, sia perché la portata del testo che la Commissione sta definendo va determinata tenendo conto anche dei rischi connessi con un eccessivo allargamento della sua sfera di applicazione, rischi che si sostanziano nel fatto che gli oneri relativi alle fideiussioni verrebbero comunque ad incidere sul prezzo di vendita degli immobili e quindi a gravare in futuro sul complesso degli acquirenti dei medesimi"); 287^a seduta in data 13 novembre 2003 ("Il presidente Antonino Caruso riferisce alcuni dati comunicati dall'Associazione nazionale costruttori edili - ANCE - relativi alla totalità degli investimenti in Italia in abitazioni di nuova costruzione ed in manutenzioni straordinarie, calcolati al netto del valore dell'area ed incorporanti le spese di progettazione, direzione dei lavori, oneri accessori al trasferimento di proprietà ed IVA, dai quali risulterebbe che, per l'anno 2003, l'investimento in nuove abitazioni ammonterebbe a 29.311 milioni di euro, a fronte di 31.902 milioni di euro per investimenti in manutenzioni straordinarie, per un totale complessivo di 61.213 milioni di euro. Evidenzia inoltre il costo delle fideiussioni - che si può agevolmente ricavare da tali dati per entrambe le tipologie di investimenti, applicando una percentuale che oscilla di norma dall' 1,5 per cento al 3 per cento dell'importo garantito che, da un lato, finirà per gravare sul mercato e, dall'altro, costituirà senza dubbio un ricavo non indifferente per le banche. Invita quindi a tener conto dei dati sopra riferiti per la valutazione della proposta di estendere la tutela anche agli acquirenti di immobili da ristrutturare, proposta avanzata nella seduta antimeridiana odierna". All'esito della successiva discussione, "Il Presidente relatore, preso atto di un orientamento prevalente della Commissione nel senso di far riferimento in modo espresso *anche ai casi di immobili da ricostruire*, osserva come tale esigenza possa essere assolta, a questo punto, in sede di coordinamento formale al quale fa rinvio, potendosi ritenere che si tratta in realtà di una specificazione del concetto di nuova costruzione. Non facendosi osservazioni così rimane stabilito").

¹⁹ Cfr. la nota precedente.

²⁰ Sul valore relativo e sussidiario, e sulla rilevanza secondaria dei lavori preparatori quale strumento di interpretazione della legge, cfr. per tutti Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*,

storico" prevalgono, per comune ammissione, quelle di natura letterale e logico-sistemica. Sotto il primo profilo, sembra evidente - ma è stato riconosciuto anche nel corso dei lavori preparatori - che sono "immobili per i quali sia stato richiesto il permesso di costruire e che siano ancora da edificare" quelli "da ricostruire" a seguito della demolizione del fabbricato esistente, nel caso in cui sia dedotto in contratto, come oggetto, il nuovo fabbricato da edificare dopo la demolizione: se si ha chiaro il concetto di "bene giuridico", come sintesi tra la cosa e l'interesse tutelato dall'ordinamento²¹, non può nutrirsi alcun dubbio sul fatto che nel caso suindicato oggetto del contratto sia proprio il "nuovo bene immobile" costituito dal fabbricato da ricostruire. Ma alla stessa stregua, se le parti deducono in contratto un "nuovo bene", che attualmente è un *fabbricato in corso di ristrutturazione*, è evidente che *oggetto del contratto è un fabbricato "la cui costruzione non risulti essere ultimata"*, quindi rientrando nella nuova disciplina. Si aggiunga il fatto che il riferimento normativo ai fabbricati che versino "in stadio tale da non consentire ancora il rilascio del certificato di agibilità" comprende anche i fabbricati in corso di ristrutturazione: a norma dell'art. 24, comma 2, lett. c), del d.p.r. n. 445/2000, *il certificato di agibilità viene rilasciato non solo per le nuove costruzioni e le ricostruzioni, ma anche per gli "interventi sugli edifici esistenti che possano influire sulle condizioni di cui al comma 1" (cioè "sicurezza, igiene, salubrità, risparmio energetico degli edifici e degli impianti negli stessi installati")*. Sotto il profilo sistematico, non è chi non veda la sostanziale identità della situazione dell'acquirente, nell'ipotesi in cui gli venga venduta, o promessa in vendita, una "nuova costruzione al rustico", ovvero un "fabbricato da ristrutturare", in presenza di identico obbligo del venditore di procedere alle opere di completamento. Sarebbe irragionevole, ed in contrasto con il principio costituzionale di uguaglianza, una disciplina che limitasse la tutela alla prima delle due ipotesi; ed a fronte di due possibili interpretazioni, una sola delle quali costituzionalmente legittima, l'interprete deve necessariamente scegliere quest'ultima²². Del resto, anche in altri settori dell'ordinamento l'attività di ristrutturazione è equiparata a quella di costruzione, o di ricostruzione: basti pensare alle disposizioni tributarie che

Milano 2004, p. 150 ss.; Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano 1980, p. 364 ss.; Cass. 21 maggio 1988 n. 3550, in *Foro it.*, Rep. 1988, voce *Legge*, n. 39; Cass. 12 ottobre 1982, in *Giust. pen.*, 1983, II, p. 633; Cass. 22 aprile 1980, in *Giust. pen.*, 1981, III, p. 141.

²¹ Pugliatti, *Beni (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, V, Milano 1959, p. 169 ss.; Pugliatti, *Beni e cose in senso giuridico*, Milano 1962, p. 15 ss.

²² Sulla necessità di interpretazione adeguatrice, in quanto conforme ai principi costituzionali, in omaggio al principio di conservazione degli atti normativi, cfr. per tutte Corte Cost. 25 ottobre 2000 n. 440, in *Foro it.*, 2001, I, c. 40; Corte Cost. 25 giugno 1996 n. 216, in *Nuovo dir.*, 1996, p. 893; Cass. 22 giugno 1983 n. 4272, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, c. 1798. In dottrina, cfr. da ultimo Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu e Messineo e ora continuato da Schlesinger, Milano 2004, p. 173 ss.

equiparano le fattispecie disciplinate dalle lettere *d*) ed *e*) dell'art. 31 della legge 5 agosto 1978 n. 457 (ristrutturazione edilizia e urbanistica)²³. Poiché l'art. 1, comma 1, della legge n. 210/2004 parla di "costruzione" da ultimare, è dubbio che possano essere ricompresi nell'ambito applicativo della legge suddetta gli interventi previsti dalla lettera *c*) (*restauro o risanamento conservativo*); l'ipotesi più plausibile è che i fabbricati in corso di restauro o risanamento debbano essere considerati "in corso di costruzione", ai fini in esame, quando siano previsti *interventi che richiedono il rilascio di un nuovo certificato di agibilità*. Alle stesse condizioni, dovrebbero essere esclusi gli interventi di cui alle lettere *a*) e *b*) dell'art. 31 suindicato (*manutenzione ordinaria e straordinaria*).

Non vi sono, a livello generale, limitazioni in ordine alla destinazione dei fabbricati da costruire. Può trattarsi, quindi, sia di *fabbricati ad uso abitativo* (non necessariamente la prima casa, o l'abitazione principale dell'acquirente, a differenza di quanto si prevedeva nella prima fase dei lavori preparatori), sia di *fabbricati ad uso diverso e quindi non abitativo*. Entrambi godono delle tutele previste dagli artt. da 1 a 7, e dall'art. 10 del decreto legislativo. Mentre il diritto di prelazione in caso di vendita forzata (art. 8), ed il limite all'esperibilità della revocatoria fallimentare (art. 9) spettano unicamente per gli immobili ad uso abitativo, da adibirsi tra l'altro ad abitazione principale secondo quanto specificato nelle dette disposizioni.

L'art. 2, comma 1, lett. *a*), della legge n. 210/2004 contiene poi la definizione di "acquirente", il quale è "la persona fisica che sia promissaria acquirente o che acquisti un immobile da costruire, ovvero che abbia stipulato ogni altro contratto, compreso quello di *leasing*, che abbia o possa avere per effetto l'acquisto o comunque il trasferimento non immediato, a sé o ad un proprio parente in primo grado, della proprietà o della titolarità di un diritto reale di godimento su di un immobile da costruire, ovvero colui il quale, ancorché non socio di una cooperativa edilizia, abbia assunto obbligazioni con la cooperativa medesima per ottenere l'assegnazione in proprietà o l'acquisto della titolarità di un diritto reale di godimento su di un immobile da costruire per iniziativa della stessa". Occorre, innanzitutto, rilevare che non è "acquirente", nel senso della legge in commento, la società, la persona giuridica, in genere l'ente collettivo; mentre - in assenza di altra restrizione nella lettera della legge - *rientra nella definizione di acquirente anche la persona fisica che agisca nell'esercizio di impresa o professione*²⁴. Ne è prova, tra

²³ Cfr., ad esempio, la previsione del n. 127-*quinquiesdecies* della tabella A, parte III, allegata al d.p.r. n. 633/1972. Per l'interpretazione corrente dell'art. 6, comma 6, del d.p.r. n. 643/1972, nonché dell'art. 33, comma 3, della legge 23 dicembre 2000 n. 388, nel senso indicato nel testo, cfr. C.N.N. (estensore Petrelli), *Agevolazioni per l'acquisto di immobili a fini di utilizzo edificatorio*, in *Studi e materiali*, 2002, 1, p. 285 ss.

²⁴ Laddove il legislatore ha voluto restringere la protezione del contraente debole alla sola fattispecie del "consumatore", lo ha detto espressamente. Si veda, oltre all'art. 1469-*bis* c.c., l'art. 1, lett. *c*), del d. lgs. 9 novembre 1998 n. 427, in tema di multiproprietà, che definisce l'acquirente come "persona

l'altro, il richiamo al contratto di *leasing*, che è un tipico *contratto d'impresa*, nel quale cioè l'utilizzatore agisce - secondo quanto comunemente si ritiene - nell'esercizio della propria attività d'impresa o professionale²⁵. In altri termini, la nozione di "acquirente" non coincide con quella di "consumatore", quale desumibile dall'art. 1469-*bis* c.c.²⁶. Le due discipline rimangono distinte ed autonome, e possono eventualmente intersecarsi: *se l'acquirente non agisce nell'esercizio della propria impresa o professione, egli godrà anche delle tutele accordategli dalla normativa codicistica*, sopra richiamata.

La legge estende poi la tutela a "colui il quale, ancorché non socio di una *cooperativa edilizia*, abbia assunto obbligazioni con la cooperativa medesima per ottenere l'assegnazione in proprietà o l'acquisto della titolarità di un diritto reale di godimento su di un immobile da costruire per iniziativa della stessa". Il procedimento di acquisto dell'alloggio, nella cooperativa edilizia, anche se non a contributo erariale, è generalmente articolato, anche in virtù di scelte della prassi, su diversi livelli, che vanno dalla prenotazione dell'alloggio (prevalentemente qualificata come contratto preliminare²⁷), all'assegnazione in godimento,

fisica, che non agisce nell'ambito della sua attività professionale"; l'art. 2, lett. a), della legge 30 luglio 1998 n. 281, che definisce «consumatori e utenti» le "persone fisiche che acquistino o utilizzino beni o servizi per scopi non riferibili all'attività imprenditoriale e professionale eventualmente svolta"; l'art. 1, lett. b), del d. lgs. 22 maggio 1999 n. 185, che definisce come consumatore la persona fisica che, in relazione ai contratti a distanza, "agisce per scopi non riferibili all'attività professionale eventualmente svolta"; l'art. 1519-bis, comma 2, lett. a), c.c., come introdotto dal d. lgs. 2 febbraio 2002 n. 24, in tema di vendita di beni di consumo e relative garanzie, che definisce consumatore "qualsiasi persona fisica che, nei contratti di cui al comma primo, agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta".

Non tiene conto di quanto sopra Costola, *Verso nuove forme di tutela degli acquirenti di immobili da costruire: la legge delega 2 agosto 2004, n. 210*, cit., p. 1495, il quale fa leva sulla circostanza che la legge 210/1994, ponendosi l'obiettivo di una tutela "equa ed adeguata" dell'acquirente persona fisica, fa riferimento al concetto di "imprenditore" solo nella definizione di costruttore, e non in quella di acquirente.

²⁵ Clarizia, *I contratti nuovi. Factoring. Locazione finanziaria*, Torino 1999, p. 108 ss.

²⁶ Per tale rilievo, in termini generali, cfr. già Perlingieri, *La tutela del "contraente debole" nelle negoziazioni immobiliari. Traccia di un possibile convegno*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 746 ss.

Non si tratta, del resto, del primo caso in cui viene apprestata tutela al "contraente debole" a prescindere dalla sua qualifica di "consumatore": ciò avviene, ad esempio, anche nelle norme a tutela della trasparenza dei contratti bancari (circostanza pacifica: cfr., tra gli altri, Benedetti, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, cit., p. 21; Quadri, *"Nullità" e tutela del "contraente debole"*, in *Contratto e impresa*, 2001, p. 1143 ss.).

²⁷ Cfr. per tutti Vigneri, *Cooperative edilizie*, in Falzone-Alibrandi, *Dizionario Enciclopedico del Notariato*, IV, Roma 1993, p. 239 ss. In giurisprudenza, cfr. Cass. 26 settembre 2000 n. 12749, in *Riv. giur. edilizia*, 2001, I, p. 58; Cass. 13 giugno 2000 n. 8021, in *Foro it.*, Rep. 2000, voce *Edilizia popolare*, n. 69; Cass. 4 settembre 1999 n. 9395, in *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Edilizia popolare*, n. 61; Cass. 4 aprile 1997 n. 2934, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 205, con nota di Schermi; Cass. 24 gennaio 1997 n. 752, in *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Contratto in genere*, n. 450; Cass. 4 luglio 1985 n. 4033, in

all'assegnazione definitiva in proprietà. Ciascuno di questi momenti, in quanto dà luogo alla stipula di un contratto volto all'acquisto dell'immobile, rientra nella disciplina in esame. Va aggiunto che - se non vi sarebbero stati dubbi, in assenza di un'espressa previsione, in ordine alla vendita da parte della cooperativa edilizia a soggetto non socio - anche l'assegnazione al socio sarebbe comunque rientrata nell'ambito di applicazione della nuova legge, posto che è ormai acquisita la "separatezza" del rapporto mutualistico rispetto al rapporto sociale anche nella cooperativa edilizia, e la qualificazione del primo alla stregua di una vera e propria compravendita²⁸.

L'art. 2, comma 1, lett. b), della legge n. 210/1994, fornisce poi la definizione di "costruttore": "l'imprenditore o la cooperativa edilizia che promettano in vendita o che vendano un immobile da costruire, ovvero che abbiano stipulato ogni altro contratto, compreso quello di *leasing*, che abbia o possa avere per effetto la cessione o il trasferimento non immediato in favore di un acquirente della proprietà o della titolarità di un diritto reale di godimento su di un immobile da costruire, sia nel caso in cui lo stesso venga edificato direttamente dai medesimi sia nel caso in cui la realizzazione della costruzione sia data in appalto o comunque eseguita da terzi". Presupposto indispensabile, quindi, per l'applicazione della nuova disciplina è la qualifica di *imprenditore* del soggetto alienante, o promittente alienante: *il soggetto privato*, che venda un fabbricato da costruire impegnandosi alla relativa costruzione *non è costruttore ai fini della legge in esame*. Ci si potrebbe interrogare sulla ragionevolezza di tale discriminazione. Superata la prima impressione, deve peraltro condividersi la soluzione normativa: probabilmente il legislatore - effettuando una "valutazione legale tipica", non ha ritenuto "contraente forte" il privato non imprenditore, che agisca cioè *non professionalmente* ma solo occasionalmente nella vendita di immobili da costruire, e correlativamente non ha ritenuto "contraente debole" la controparte.

E' "costruttore", secondo la disposizione in commento, non solo l'imprenditore che proceda direttamente all'edificazione (impresa edile), ma anche *qualunque altro imprenditore che si obblighi - utilizzando uno dei contratti sopra indicati - alla costruzione del fabbricato*, anche "nel caso in cui la realizzazione della costruzione sia data in appalto o comunque eseguita da terzi". Ciò significa che *non appare*

Dir. fallim., 1986, II, p. 302. Per una ricostruzione alternativa, che individua il momento acquisitivo della proprietà già al momento della prenotazione, o assegnazione provvisoria, cfr. Tatarano, *Scambio e mutualità nella cooperazione edilizia*, Napoli 1984, p. 131 ss.

²⁸ Cfr. per tutti Petrucci, *Rapporto sociale e mutualistico nella cooperativa edilizia*, in *Coop. e consorzi*, 2005, p. 117; Trentini, *Collegamento tra contratto di cooperativa edilizia e atto di assegnazione degli alloggi ai soci*, in *Contratti*, 2004, p. 1034; Cascardo, *Cooperativa edilizia: il duplice rapporto del socio*, in *Coop. e consorzi*, 2004, p. 592; Fauceglia, *Note sul rapporto mutualistico tra socio e cooperativa*, in *Riv. coop.*, 2001; Cass. 23 marzo 2004 n. 5724, in *Contratti*, 2004, p. 1034; Cass. 18 gennaio 2001 n. 694, in *Società*, 2001, p. 945.

praticabile alcuna elusione della disciplina in esame mediante la costituzione di una "società immobiliare", che acquisti dal costruttore e quindi rivenda ad una persona fisica ²⁹.

Quanto alle *tipologie contrattuali* contemplate dalle surriportate disposizioni, viene adottato un criterio "funzionale", identificando la norma non già i "tipi contrattuali", bensì la loro funzione e finalità: quella di dar luogo ad "acquisto" o "trasferimento" non immediato, a favore dell'acquirente o di un suo parente in primo grado (appare strana l'esclusione del coniuge) del fabbricato da costruire. Vi rientrano quindi, ad esempio, *oltre al contratto preliminare, la compravendita di cosa futura, la compravendita sottoposta a condizione sospensiva, o con patto di riservato dominio* ³⁰, *la permuta di cosa presente contro cosa futura* (fattispecie, quest'ultima, certamente ricompresa nella disciplina in commento, come si evince dall'art. 1 del decreto legislativo, nel riferimento a "ogni altro eventuale corrispettivo", comprensivo evidentemente anche di beni diversi dal denaro ³¹). I termini "acquisto" e "trasferimento" hanno un significato giuridico ben preciso, che porterebbe ad escludere dall'applicazione della nuova disciplina i contratti che tale effetto traslativo non producano: si pensi, in particolare, al contratto di *divisione di cosa futura*, che certo non produce un effetto traslativo. Per altro verso, se l'effetto traslativo è programmato in relazione al terreno, non sembrerebbero ricorrere i presupposti per l'applicazione della legge: si pensi alla *vendita di terreno con riserva di diritto di superficie, o di quota di proprietà del terreno stesso, con contestuale appalto dei lavori di costruzione del fabbricato*. Non sembra possibile, tuttavia, accedere ad un'interpretazione restrittiva del dettato legislativo, nei termini suindicati. Se si considera l'impostazione "sostanzialistica" e "funzionale" della previsione normativa, non estranea del resto anche alla logica codicistica - basti pensare all'istituto del contratto in frode alla legge ³² - deve necessariamente farsi ricorso ad un'interpretazione estensiva ³³ delle disposizioni sopra richiamate, tali da

²⁹ Per tale rischio, cfr. invece Busani, *Casa e fallimenti, tutele da rafforzare*, in *Il Sole 24 Ore*, del 24 febbraio 2005.

³⁰ La ricomprensione della vendita con patto di riservato dominio nella disciplina in commento presuppone l'adesione alle tesi che non ravvisano, nella stessa, un trasferimento immediato della proprietà: cfr., riassuntivamente, Petrelli, *La condizione "elemento essenziale" del negozio giuridico*, Milano 2000, p. 143 ss.

³¹ Così anche Baralis, *Permuta di terreno con edificio da costruire*, relazione al Convegno Paradigma del 14 aprile 2005 (ove si chiarisce come sia necessario - ai fini del rilascio della fideiussione - specificare nella permuta il controvalore in denaro del terreno trasferito al costruttore).

³² Sul quale v. Cricenti, *I contratti in frode alla legge*, Milano 1996; D'Amico, *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, Milano 1993; Morello, *Frode alla legge*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, VIII, Torino 1992, p. 501; Morello, *Negozi in frode alla legge*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma 1990; Giacobbe, *Frode alla legge*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano 1969, p. 73.

³³ Sull'interpretazione estensiva, in rapporto a quella analogica, cfr. Bobbio, *Ancora intorno alla distinzione tra interpretazione estensiva e analogia*, in *Giur. it.*, 1968, I, 1, c. 698, ove la

ricomprendere qualunque fattispecie negoziale, anche complessa e quindi risultante dal *collegamento di più negozi, il cui effetto finale* (significativamente la legge dice "abbia o possa avere per effetto") *sia rappresentato dall'acquisto, a qualsiasi titolo purché oneroso, della proprietà (o di un diritto reale di godimento) su un fabbricato, o porzione di fabbricato, da costruire.* Il momento dell'onerosità assume rilievo essenziale - ai fini dell'applicazione della disciplina protettiva - giusta la regolamentazione positiva, che ad un prezzo, o corrispettivo, fa riferimento in più occasioni. Piuttosto, sembra *essenziale* per l'assoggettamento alla disciplina protettiva non solo l'onerosità dell'acquisto, ma anche *la previsione del pagamento di acconti, o comunque di corresponsione di corrispettivo, in denaro o in natura, anteriormente all'acquisto della proprietà* del fabbricato da costruire. Ciò si evince testualmente, per quanto riguarda la fideiussione, dal tenore degli artt. 1 e 2 del decreto legislativo, che parametrano a tali somme o importi l'ammontare della garanzia fideiussoria; dubbi sorgono, invece, sulla necessità dei suddetti acconti o pagamenti anticipati per l'applicabilità delle restanti disposizioni del decreto.

Nell'ambito delle suddette fattispecie negoziali devono includersi tutte quelle che diano luogo ad un obbligo del costruttore nei termini precisati dall'art. 1: quindi anche le c.d. *proposte di acquisto*, o preliminari di preliminari (nella misura in cui se ne ammetta la validità³⁴), allorché tali contratti obblighino anche il costruttore. Dubbi potrebbero sorgere, invece, in ordine all'applicabilità della normativa in oggetto rispetto a quelle *fattispecie in cui l'acquirente risulta essere il solo soggetto*

precisazione che "tra i vari criteri proposti per distinguere la interpretazione estensiva dall'analogia ve n'è uno che sembra, almeno teoricamente, valido a impedire una confusione dei due procedimenti ed è quello oramai più frequentemente accolto dalla giurisprudenza. Secondo questo criterio, l'interpretazione estensiva opera quando l'interprete si trova di fronte ad un'espressione ambigua o imprecisa, che è suscettibile di essere intesa in un senso più largo o in un senso più stretto, e adotta nel caso specifico il primo; l'analogia opera in una situazione completamente diversa, cioè quando l'espressione della norma, che funge da premessa del ragionamento, è, sì, chiara, ma è insieme tanto specifica da non poter essere estesa senza arbitrio a casi diversi, e proprio in ragione della sua specificità viene considerata come denotante la *species* di un *genus* che comprende altre *species*, le quali, pur essendo denominate con parole diverse (e in questo senso si può dire che l'analogia non è più un'interpretazione letterale) vengono assimilate attraverso l'identità della *ratio* alla prima". Cfr. anche Giannini, *L'analogia giuridica*, in *Jus*, 1941, p. 529 ss.; Bobbio, *Analogia*, in *Novissimo Dig. it.*, I, Torino, 1957, p. 601 ss.; CAIANI, *Analogia*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 352 ss.; Gianformaggio, *Analogia*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, I, Torino, 1987, p. 327.

³⁴ Cfr. sul punto, in vario senso, AA.VV., *Dalle proposte di acquisto al preliminare formale. Analisi di una prassi immobiliare*, a cura di Marmocchi, Milano 1995; Magni, *Puntuazione di contratto, preliminare e preliminare di preliminare*, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, c. 539; Carbone, *Contratto preliminare di preliminare: un contratto inutile?*, in *Dir. e giur.*, 1995, p. 464; Giammaria, *Opzione di preliminare o preliminare di preliminare? Una soluzione poco condivisibile dalla corte di cassazione* (nota a Cass. 14 febbraio 1992 n. 1823), in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 2813; Trib. Firenze 10 luglio 1999, in *Nuovo dir.*, 2000, p. 487; Trib. Napoli 11 gennaio 1994, in *Dir. e giur.*, 1996, p. 501; Pret. Firenze 19 dicembre 1989, in *Giur. merito*, 1990, p. 466.

obbligato. Si pensi alla *proposta di acquisto sottoscritta dal solo acquirente*, fattispecie estremamente frequente nella prassi immobiliare; al contratto preliminare unilaterale *ex latere emptoris*; al contratto di opzione che vincoli solo l'acquirente. Ritenere che, in tutti questi casi, l'intero sistema di tutela rappresentato dalla legge n. 210/2004, e relativo decreto attuativo, risulti inapplicabile appare invero eccessivo, ove si consideri l'irragionevolezza del pregiudizio dell'acquirente, il quale magari ha corrisposto lauti acconti al costruttore, mentre quest'ultimo, approfittando della propria forza contrattuale, ha ottenuto di stipulare un contratto che impegna unicamente l'acquirente. Per l'applicabilità della normativa in esame anche a tali casi depono, del resto, anche la lettera dell'art. 2, comma 1, lett. b) della legge delega, che nel definire il costruttore come "l'imprenditore o la cooperativa edilizia che promettono in vendita o che vendano un immobile da costruire, ovvero che abbiano stipulato ogni altro contratto, compreso quello di leasing, che abbia o possa avere per effetto la cessione o il trasferimento non immediato in favore di un acquirente della proprietà o della titolarità di un diritto reale di godimento su di un immobile da costruire", non sembrano in effetti richiedere l'impegnatività per il costruttore del regolamento negoziale, ma solo la finalizzazione di quest'ultimo a produrre gli effetti divisati dalla norma. Qualunque contratto, quindi, con il quale venga programmato il successivo trasferimento della proprietà, o costituzione di diritti reali, su immobili da costruire rientra nell'ambito di applicazione del decreto, anche se si tratta di contratto preparatorio con il quale il costruttore non assume alcuna obbligazione. La soluzione appare invero l'unica possibile, ove si tenga conto della prassi contrattuale nel settore immobiliare, che vede concretizzarsi il primo impegno dell'acquirente - con versamento spesso di rilevanti importi - all'atto della c.d. proposta di acquisto, sottoscritta dall'acquirente medesimo dinanzi al mediatore immobiliare o direttamente dinanzi al costruttore: escludere questo momento dalla tutela del decreto legislativo significherebbe rendere definitivo l'impegno dell'acquirente anche in assenza della fideiussione e della conformazione del contenuto contrattuale ai dettami della nuova disciplina.

Da evidenziare, per il resto, che la speciale disciplina in oggetto non incide in alcun modo sull'applicabilità delle previsioni relative alla trascrizione del contratto preliminare, dettate dall'art. 2645-*bis* c.c. (nonché dall'art. 2775-*bis*, e dall'art. 2825-*bis* c.c.), espressamente fatte salve dall'art. 3, comma 1, lett. a), della legge n. 210/2004.

L'art. 2, comma 1, lett. c), della legge n. 210/2004, definisce infine la «*situazione di crisi*», come "la situazione che ricorre nei casi in cui il costruttore sia sottoposto o sia stato sottoposto ad esecuzione immobiliare, in relazione all'immobile oggetto del contratto, ovvero a fallimento, amministrazione straordinaria, concordato preventivo, liquidazione coatta amministrativa". Esecuzione immobiliare individuale e procedure concorsuali esauriscono, quindi, la

situazione di crisi, in presenza della quale scatta il rimedio dell'escussione della fideiussione (di cui oltre). Nulla si dice in relazione alle altre possibili situazioni "pericolose", tra le quali possono certamente includersi: *l'iscrizione di ipoteche, giudiziali o volontarie; la trascrizione di sequestro, conservativo o giudiziario; la trascrizione di domande giudiziali*. Se da un lato la mancata previsione delle suddette formalità pregiudizievoli si spiega agevolmente, in considerazione del loro carattere "prodromico" e "non definitivo", d'altro verso non può non sottolinearsi la gravità di tali formalità, che possono potenzialmente sfociare nell'evizione, anche totale, del bene immobile oggetto del contratto. Esiste, certo, di fronte a tali situazioni il rimedio dell'eccezione di inadempimento, che peraltro è spesso di scarsa efficacia, laddove l'acquirente - come spesso avviene - abbia già corrisposto in tutto, o per la maggior parte, il prezzo di compravendita. La verità è che il legislatore ha proprio tenuto presente la possibilità di trascrivere il preliminare, circoscrivendo la tutela dell'acquirente alle sole situazioni di "crisi" rappresentate da pignoramento e fallimento, e *demandando invece la tutela rispetto agli altri "pregiudizi" (sequestri, domande giudiziali, ipoteche) alla tempestiva trascrizione del contratto preliminare*. Tenuto conto delle gravi incongruenze della nuova disciplina, già evidenziate - e segnatamente dell'insufficienza della sanzione della nullità relativa ai fini della tutela dell'acquirente che abbia versato acconti sul prezzo - nonché della limitazione della tutela fideiussoria alle sole evenienze del pignoramento e del fallimento, *solo la redazione del contratto preliminare in forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata, con la conseguente trascrizione, è in grado di assicurare all'acquirente da un lato la piena tutela rispetto a tutte le possibili iscrizioni e trascrizioni pregiudizievoli, e dall'altro - grazie al controllo di legalità effettuato dal notaio - l'osservanza delle prescrizioni dettate dal decreto legislativo in commento*.

Lo schema preliminare di decreto legislativo non riprende tutte le definizioni contemplate dalla legge delega. L'art. 1 individua - peraltro ai soli fini della garanzia fideiussoria - la *fattispecie negoziale* ("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*³⁵ avente le medesime finalità"); l'art. 2, comma 2, individua i presupposti della *situazione di crisi* ("La situazione di crisi si intende verificata alla data: a) di trascrizione del pignoramento relativo all'immobile oggetto del contratto, ovvero; b) di pubblicazione della sentenza dichiarativa del fallimento, ovvero; c) di presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo, ovvero; d) di pubblicazione

³⁵ L'utilizzo del termine "atto", in luogo di "contratto", fa pensare al precedente dell'art. 2645-bis c.c., sul quale cfr. Gazzoni, *La trascrizione immobiliare*, I, Milano 1998, p. 710 ss.; Luminoso, *Contratto preliminare, pubblicità immobiliare e garanzie*, in Luminoso-Palermo, *La trascrizione del contratto preliminare*, Padova 1998, p. 31 ss.

della sentenza che dichiara lo stato di insolvenza o, se anteriore, del decreto che dispone la liquidazione coatta amministrativa o l'amministrazione straordinaria"). Per il resto, non viene fornita alcuna definizione di "costruttore", di "acquirente"³⁶, di "immobile da costruire". A fronte di tale circostanza, si potrebbe dubitare che - laddove nel decreto legislativo si faccia genericamente riferimento a concetti quale "acquirente", o "costruttore", o si parli di "immobili" in genere - agli stessi debba attribuirsi un significato letterale, quindi volta per volta più ampio, o più ristretto rispetto a quello utilizzato nella legge delega. Ma così non può essere. In primo luogo, l'ambito di applicazione del decreto legislativo deve ritenersi definito dalla sua intitolazione ("tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire"), che certamente ha valore interpretativo, se non normativo, come sopra evidenziato. In secondo luogo, è principio generale di interpretazione quello secondo il quale le disposizioni del decreto legislativo devono essere interpretate alla luce della legge delega (come applicazione del principio più generale di interpretazione conservativa, o conforme alla costituzione)³⁷. Ne consegue, ad esempio, che *le disposizioni del decreto legislativo che fanno generico riferimento all'acquirente, o alla compravendita immobiliare, devono ritenersi applicabili alle sole fattispecie disciplinate dalla legge n. 210/2004* (così, in particolare, per le previsioni dettate dagli artt. 7, 8 e 9 del decreto). Ciò consegue, del resto, all'immediata precettività delle definizioni contenute nella legge delega, che in quanto sufficientemente specifiche, sono idonee ad essere senz'altro applicate, senza necessità di recepimento delle stesse ad opera del decreto delegato; fenomeno già rilevato, da dottrina e giurisprudenza, a proposito delle direttive comunitarie, e delle relative leggi statali di recepimento³⁸.

Laddove peraltro il decreto legislativo modifichi, integrandoli, altri testi organici di legge, dettando disposizioni di carattere generale, una tale interpretazione "conservativa" - in quanto palesemente in contrasto con la lettera della legge - non può essere adottata. E' quanto avviene, in particolare, per le modifiche apportate all'art. 39 del d. lgs. 1 settembre 1993 n. 385, che detta una nuova e generalizzata disciplina del frazionamento dell'ipoteca iscritta a fronte di un mutuo fondiario. Tale innovazione è probabilmente da ritenersi costituzionalmente illegittima, nella misura in cui possa riferirsi ad immobili diversi da quelli in

³⁶ Solo l'art. 5, comma 1, del decreto legislativo fa riferimento all'acquirente come "persona fisica"; nessun'altra qualificazione è presente nel provvedimento.

³⁷ Per la necessità che l'interpretazione dei decreti delegati sia effettuata, finché possibile, tenendo conto del significato compatibile con i principi della legge delega, cfr. per tutti GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., p. 212; Corte Cost. 16 aprile 2003 n. 125, in *Giur. cost.*, 2003, p. 954; Corte Cost. 5 febbraio 1999 n. 15, in *Giur. cost.*, 1999, p. 136.

³⁸ Cfr. sul punto, tra le altre, Cass. 23 luglio 2004 n. 13849, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Registro (imposta)*, n. 31; Cass. 15 maggio 2003 n. 7554, in *Foro it.*, Rep. 2003, voce *Registro (imposta)*, n. 125; Cons. Stato 20 giugno 1996 n. 843, in *Foro amm.*, 1996, p. 1961.

costruzione; essa, comunque, vincola l'interprete, fino al momento del giudizio di incostituzionalità.

Nessun problema, invece, per l'interpretazione del nuovo art. 72-*bis* della legge fallimentare, introdotto dall'art. 10 del decreto legislativo: la nuova disposizione, infatti, circoscrive espressamente il proprio ambito di applicazione al "fallimento del costruttore ai sensi della legge 2 agosto del 2004, n. 210", con ciò eliminando ogni dubbio in proposito.

La garanzia fideiussoria.

L'art. 1 del decreto legislativo prevede che il costruttore è obbligato, all'atto della stipula del contratto, preliminare o definitivo³⁹, relativo ad immobile da costruire (fattispecie da ricomprendersi nelle definizioni come sopra illustrate), a procurare il rilascio di una fideiussione, da consegnare all'acquirente. L'oggetto di tale fideiussione si desume dal confronto tra gli artt. 1 e 2 del decreto: nell'art. 1 si precisa che essa deve essere "di importo pari alle somme e al valore di ogni altro eventuale corrispettivo che il costruttore ha riscosso e deve ancora riscuotere dall'acquirente stesso prima del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento, secondo i termini e le modalità stabilite nel detto contratto"; nell'art. 2 che la stessa "deve garantire, nel caso in cui il costruttore incorra in una situazione di crisi 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 predetta situazione si è verificata". La contraddizione tra le due disposizioni è solo apparente: all'atto del rilascio della fideiussione, è evidente che le somme garantite devono essere comprensive di quanto dovrà essere riscosso prima del trasferimento della proprietà; mentre all'atto dell'escussione, ovviamente sarà *garantito solo quanto effettivamente riscosso dal costruttore*. Appare *inspiegabile*, piuttosto, *l'eccezione* prevista dall'art. 1 (e già contenuta nell'art. 3, comma 1, lett. c), della legge delega): *non devono essere garantite "le somme per le quali è pattuito che debbano essere erogate da un eventuale soggetto mutuante"*. A parte l'infelice uso della sintassi, l'espressione risulta oscura, ove si rifletta sul fatto che la disposizione non può riferirsi alle somme da mutuarsì all'atto della stipula del contratto definitivo, o comunque del trasferimento della proprietà

³⁹ E' stata rilevata la singolarità della previsione di obbligatorietà della fideiussione all'atto della stipula del contratto preliminare: Paolini-Ruotolo, *Prime considerazioni sulla bozza di decreto legislativo in tema di tutela degli acquirenti di immobili da costruire o in corso di costruzione*, in corso di pubblicazione.

A norma dell'art. 1, comma 2, del decreto, per le società cooperative l'atto equipollente al contratto indicato al comma 1 è quello con cui siano verate le somme o assunte obbligazioni con la cooperativa per ottenere l'assegnazione in proprietà, o in diritto reale di godimento, su un immobile da costruire.

(l'art. 1 chiarisce che sono garantite solo le somme da riscuotersi anteriormente). Mentre evidentemente la disposizione non può riferirsi a *somme da riceverci a mutuo anteriormente all'acquisto della proprietà*: in tal caso, infatti, non si comprenderebbe per quale motivo le stesse non dovrebbero essere garantite. Si potrebbero allora identificare tali somme, secondo un'indicazione desumibile dai lavori preparatori ⁴⁰, con quelle *erogate dal mutuante al costruttore, ed accollate - con patto di acollo "interno" - al mutuatario*: acollo interno che comporterebbe l'obbligo di rimborsare al costruttore le rate di mutuo da questi pagate alla banca mutuante. A ben vedere, neanche questa spiegazione risulta però appagante. Perché, se l'acquirente fosse tenuto al rimborso delle rate di mutuo solo al momento della stipula del contratto definitivo di compravendita o di assegnazione, la previsione sarebbe superflua: le medesime somme non avrebbero infatti necessità di essere garantite da fideiussione, non essendo da corrispondersi anteriormente all'acquisto della proprietà. Mentre, trattandosi di rate da rimborsare anteriormente all'acquisto della proprietà, non si vedrebbe la ragione di lasciare l'acquirente scoperto da tutela, per somme che comunque lo stesso ha dovuto anticipare al venditore. Si potrebbe, infine, riferire la disposizione al *mutuo da erogarsi all'acquirente a fronte di garanzia ipotecaria concessa dal costruttore anteriormente al trasferimento della proprietà, e quindi in qualità di terzo datore di ipoteca*: il legislatore, cioè, avrebbe tenuto in considerazione l'"esposizione" del venditore, a fronte di tale concessione di ipoteca, esonerandolo dal prestare una doppia garanzia. A parte, però, che tale limitazione (l'esistenza di una garanzia ipotecaria prestata dal costruttore) non si desume dalla lettera della legge), anche questa spiegazione appare tutto sommato insoddisfacente, poiché della suddetta garanzia ipotecaria non beneficerebbe l'acquirente, ma solo la banca creditrice. Non resta, probabilmente, che accogliere il suggerimento contenuto nella relazione al decreto legislativo ("appare evidente che, da tale previsione, siano esonerati gli importi eventualmente acquisiti dal costruttore in esito a *contributi pubblici nei quali l'erogazione da parte dell'Amministrazione dello Stato sia subordinata al rilascio di autonoma garanzia fideiussoria in virtù della legislazione di settore*"): pur nella consapevolezza del fatto che i contributi pubblici erogati al costruttore da parte della pubblica amministrazione non hanno nulla a che fare con il prezzo della vendita, e la relativa somma non avrebbe comunque dovuto essere garantita.

La fideiussione garantisce l'obbligo di restituzione delle somme riscosse per il caso in cui sopravvenga una "situazione di crisi" dell'impresa costruttrice. *Oggetto, questo, ben diverso dalla garanzia dell'ultimazione dei lavori*, prevista invece dall'art. 7, comma 2, del d. lgs. 9 novembre 1998 n. 427, in tema di multiproprietà. Rientra, beninteso, nell'autonomia contrattuale delle parti garantire anche tale

⁴⁰ Resoconto della riunione della Commissione Giustizia della Camera dei deputati in data 8 luglio 2004.

ulteriore adempimento; in tal caso tale fideiussione, volontariamente prestata, non potrà sostituire quella richiesta *ex lege*, ma dovrà cumularsi ad essa.

La fideiussione deve essere rilasciata, e consegnata all'acquirente all'atto della conclusione del contratto, "a pena di nullità del contratto stesso che può essere fatta valere unicamente dall'acquirente". Verrà analizzata, in apposito paragrafo del presente lavoro, la disciplina di questa nullità relativa, che - come già rilevato - assicura una tutela davvero blanda all'acquirente, se si considera l'esposizione dello stesso in conseguenza del pagamento di acconti al venditore, e quindi del maggior interesse dell'acquirente, rispetto al venditore, alla validità ed efficacia del contratto, una volta che buona parte del prezzo sia stato anticipatamente pagato.

La fideiussione deve essere rilasciata da una banca, da una società di assicurazioni, o da altro intermediario iscritto nell'elenco speciale *ex art. 107 t.u.b.* (art. 2, comma 1). La stessa deve avere determinate *caratteristiche inderogabili*. In primo luogo, deve prevedere la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale (art. 1944, comma 2, c.c.). Deve, inoltre, essere escutibile, verificata la situazione di crisi, a semplice richiesta scritta dell'acquirente (da inviarsi al domicilio del fideiussore con raccomandata con avviso di ricevimento), corredata da idonea documentazione comprovante l'ammontare delle somme ed il valore di ogni altro eventuale corrispettivo complessivamente riscosso dal costruttore ⁴¹. La durata di detta fideiussione è, inoltre, imperativamente riferita al momento in cui si verificherà il trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento sull'immobile, o verrà stipulato l'atto definitivo di assegnazione. Ciò significa che *un'eventuale fideiussione che recasse una durata inferiore, o indicasse una data "di calendario"* (in conformità alla prassi oggi vigente, che nel determinare una durata certa tiene conto dell'esigenza di preventivare il rischio a carico del fideiussore), *sarebbe inidonea* ai fini del decreto in esame (non essendovi ovviamente certezza in ordine al momento in cui il trasferimento della proprietà avverrà effettivamente); come sarebbe inidonea una fideiussione che non prevedesse la rinuncia al beneficio di escussione, o che richiedesse ulteriori oneri a carico dell'acquirente, diversi dalla richiesta scritta di escussione (in particolare, appare inderogabile la previsione dell'art. 2, comma 5, che rende inopponibile

⁴¹ Deve ritenersi che la "documentazione idonea", richiesta dall'art. 2, comma 4, del decreto legislativo, possa essere costituita *anche da assegni bancari o circolari, emessi all'ordine del costruttore, purché ovviamente il complessivo ammontare degli stessi non sia superiore al prezzo indicato nel contratto* (da cui la penalizzazione dell'acquirente, nel caso di simulazione relativa del prezzo di vendita). Deve cioè - in omaggio alla filosofia del decreto in esame - ritenersi che l'acquirente, al fine di escutere la fideiussione, non abbia l'onere di dimostrare la causale del pagamento effettuato (con mezzi idonei a tal fine, come il bonifico bancario), ma solo che il pagamento stesso è avvenuto.

all'acquirente il pagamento del premio o della commissione ad opera del costruttore⁴²).

Dalla determinazione, in via imperativa, della durata della fideiussione nascono altri rilevanti problemi. Dispone infatti l'art. 2, comma 7, che 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 assegnazione. Trattandosi di contratto ad effetti reali differiti alla venuta ad esistenza dell'immobile compravenduto, *le parti possono convenire - in deroga all'art. 1472 c.c. - l'acquisto della proprietà del fabbricato "per gradi", cioè man mano che vengono ultimate determinate parti del fabbricato stesso*⁴³. In tal caso, se la fideiussione non è rilasciata in relazione alle singole *tranches* dell'opera, ma in relazione alla stessa nella sua globalità, deve probabilmente ritenersi che la stessa perduri, nella sua totalità, fino al definitivo acquisto della proprietà relativamente all'intero fabbricato oggetto del contratto.

Quid iuris nell'ipotesi in cui le parti convengano il *trasferimento della proprietà dell'immobile al rustico, ma con obbligo di completamento a carico del venditore*? Si tratta, in particolare, dell'ipotesi in cui le parti pongano in essere il contratto definitivo, traslativo della proprietà, in un momento anteriore all'ultimazione del fabbricato. E' evidente che non è proponibile un divieto di stipula di contratti di tal genere, che sarebbe gravemente lesivo dell'autonomia privata, e spesso delle stesse esigenze dell'acquirente, il quale potrebbe aver interesse ad acquistare anticipatamente la proprietà del fabbricato, ponendosi quindi al riparo da rischi connessi ad eventualità pregiudizievoli non coperte dalla fideiussione (si pensi alla possibile trascrizione di domande giudiziali, sequestri, ecc.). D'altra parte, è evidente che *la cessazione dell'efficacia della fideiussione al momento del trasferimento della proprietà lascerebbe privo di garanzia l'acquirente relativamente alle opere da eseguirsi successivamente; si appresterebbe, in tal modo, un facile strumento per eludere le garanzie previste dal decreto legislativo in commento*⁴⁴, di modo che il contratto potrebbe essere configurato come negozio in

⁴² Dall'art. 2, comma 5, del decreto, oltre che dalla previsione di nullità di cui all'art. 1, e dalle generali finalità protettive del decreto in esame, deve evincersi l'inderogabilità dell'imposizione dell'onere economico della fideiussione a carico del venditore, e quindi l'invalidità della clausola che prevedesse tale onere a carico dell'acquirente. Ovviamente, può immaginarsi che la traslazione di detto onere all'acquirente avvenga indirettamente, mediante un incremento dei prezzi di vendita.

⁴³ L'effetto traslativo, nei negozi su beni futuri, può essere sia differito rispetto al momento di venuta ad esistenza della cosa (Cass. 7 settembre 1978 n. 4047, in *Riv. not.*, 1979, p. 224), sia anticipato convenzionalmente (conclusione ovvia, non solo nel caso in cui la vendita abbia ad oggetto il suolo, o porzione o quota di esso, quale bene presente; ma anche nell'ipotesi in cui le parti assumano come "venuto ad esistenza" il fabbricato anche in uno stadio anteriore rispetto all'ultimazione).

⁴⁴ Cfr. chiaramente, sul punto, Baralis, *Permuta di terreno con edificio da costruire*, relazione al Convegno Paradigma del 14 aprile 2005.

frode alla legge (art. 1344 c.c.). Tutto ciò considerato, non resta che ritenere - in conformità al principio del "minimo mezzo" - che l'esigenza di assicurare tutela all'acquirente, senza nel contempo sacrificare l'autonomia contrattuale oltre lo stretto necessario, possa essere realizzata mediante una *garanzia fideiussoria la cui efficacia - in tutti i casi in cui l'ultimazione delle opere debba aver luogo successivamente al trasferimento della proprietà - cessa soltanto al momento dell'ultimazione delle opere medesime*. Che è poi il momento in cui si verificherà l'acquisto - *per accessione* - in capo all'acquirente della proprietà del fabbricato ultimato come da contratto. La conformazione della fideiussione all'esigenza di assicurare all'acquirente l'acquisto del fabbricato ultimato e sostanzialmente "agibile" costituisce quindi *condizione di validità del regolamento negoziale*. La stessa conclusione varrà, ovviamente, nel caso di trasferimento immediato della proprietà del suolo all'acquirente, con conseguente acquisto, per accessione, della proprietà del fabbricato man mano che lo stesso venga ad esistenza.

Per lo stesso motivo, al fine di evitare facili pratiche elusive, deve ritenersi che - ogni qualvolta si convengano, successivamente alla stipula del contratto, *varianti rispetto al progetto originario*, in relazione alle quali sia previsto il pagamento di ulteriori somme, o comunque un ulteriore corrispettivo da corrisponderci prima della stipula del contratto definitivo - *il venditore sia obbligato a prestare fideiussione a garanzia di tali ulteriori pagamenti*. Ovviamente in questo caso non è ipotizzabile una nullità successiva del contratto ⁴⁵; dovrà quindi parlarsi di *inefficacia relativa*, non ovviamente nel senso di inopponibilità, ma piuttosto di inefficacia che può essere fatta valere solo dall'acquirente (oltre che rilevata d'ufficio dal giudice).

L'art. 2, comma 3, condiziona l'escussione della fideiussione - nel caso di pignoramento dell'immobile - alla circostanza che l'acquirente abbia comunicato al costruttore la propria volontà di recedere dal contratto. Con questa disposizione, indirettamente, viene attribuito all'acquirente il diritto di avvalersi della *risoluzione di diritto per inadempimento, per il solo fatto della trascrizione del pignoramento*.

⁴⁵ Per l'inammissibilità della nullità successiva, cfr. Tommasini, *Nullità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano 1978, p. 901, il quale correttamente evidenzia che gli eventi sopravvenuti trovano "l'atto interamente e validamente compiuto; essi perciò non possono incidere che sull'efficacia". In senso contrario, Donisi, *In tema di nullità sopravvenuta del negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1967, p. 755. Di recente, il tema ha costituito oggetto di indagini specifiche, in relazione al fenomeno dell'incidenza dello *ius superveniens* sui contratti già stipulati: cfr. Lamicela, *Lo "ius superveniens" e la nullità sopravvenuta di clausole contrattuali*, Padova 2003; Ferro, *Condizione sospensiva unilaterale e ius superveniens: nullità o inefficacia sopravvenuta?*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 885; Castiglioni, *Sopravvenienza di norme imperative e validità dei contratti* (nota a Cass. 30 ottobre 2003 n. 16356), in *Contratti*, 2004, p. 486; De Santis, *Lo ius superveniens ed il giudizio di cassazione, tra perduranti "contrast" di giurisprudenza e prospettive de lege ferenda*, in *Corriere giur.*, 2004, 10, p. 1382.

Non è quindi necessario introdurre, nel contratto, una clausola risolutiva espressa, verificandosi la risoluzione di diritto *ipso iure*, per effetto della comunicazione dell'acquirente al costruttore. In caso di procedure concorsuali, la fideiussione può essere escussa solo se il competente organo della procedura non abbia comunicato la volontà di subentrare nel contratto, ed abbia quindi optato per lo scioglimento del medesimo.

Il fideiussore è tenuto a pagare le somme dovute entro trenta giorni dal ricevimento della richiesta di escussione; in caso di ritardo, egli è tenuto a rimborsare all'acquirente le spese ed interessi relativi. Anche questa disposizione deve ritenersi - come le altre già esaminate - *inderogabile pattizamente*, con conseguente inidoneità della fideiussione che preveda condizioni diverse ai fini dell'art. 1 del decreto in esame.

Deve, invece, ritenersi che le previsioni dell'art. 2 possano essere derogate *in melius*, a favore dell'acquirente. Sarà quindi certamente idoneo - ai fini in oggetto - un *contratto autonomo di garanzia* ⁴⁶, che assicuri una più spedita tutela all'acquirente. Saranno certamente *ammissibili clausole della fideiussione migliorative rispetto al contenuto minimo* fissato all'art. 2. Nella nozione di fideiussione deve intendersi poi ricompresa la c.d. *polizza fideiussoria* ⁴⁷, come dimostra l'indicazione - tra i soggetti abilitati al suo rilascio - delle società di assicurazione.

Non sembra necessario che il *costruttore di un condominio* procuri il rilascio di una separata fideiussione per ciascun acquirente; deve ritenersi che egli possa, invece, procurare il rilascio di *unica fideiussione, a vantaggio di tutti gli acquirenti delle singole unità immobiliari da costruire* - così individuati *per relationem* - e per un importo complessivo comprendente la totalità delle somme riscosse e da riscuotersi; *purché tale fideiussione chiaramente attribuisca a ciascun acquirente il diritto di credito nei confronti del fideiussore - per il solo fatto della conclusione di ciascun contratto - per la totalità delle somme indicate nel contratto medesimo, senza quindi che sia necessario attendere il completamento del programma di vendite per verificare la capienza della fideiussione rilasciata.*

⁴⁶ Sul quale v. per tutti Bianca, *Diritto civile, 5 - La responsabilita'*, Milano 1997, p. 512; De Nictolis, *Nuove garanzie personali e reali*, Padova 1998; Licini, *Le tecniche moderne di garanzia nella prassi notarile*, in *Riv. not.*, 1996, p. 1001; Garone, *Le garanzie a prima richiesta - La giurisprudenza italiana*, in *Dir. comm. internaz.*, 1994, p. 35; La Porta, *Considerazioni sulla causa e sui limiti dell'autonomia nel contratto autonomo di garanzia*, in *Riv. not.*, 1992, p. 123; Cicala, *Sul contratto autonomo di garanzia*, in *Scritti in onore di Guido Capozzi*, Milano 1992, p. 457; Pontiroli, *Garanzia (contratti autonomi di)*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. comm.*, VI, Torino 1991, p. 348; Benatti, *Garanzia (contratto autonomo di)*, in *Novissimo dig. it., Appendice*, III, Torino 1982, p. 918.

⁴⁷ Sulla polizza fideiussoria, v. soprattutto Botta, *Le polizze fideiussorie*, Milano 1999; Sesta, *Polizze fideiussorie e cauzionali*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. comm.*, XI, Torino 1995, p. 173.

Per finire, quali gli *obblighi del notaio* con riferimento alla fideiussione in oggetto? Sembra certa l'esistenza di un obbligo professionale di accertare l'idoneità della fideiussione medesima, verificando ad esempio che la stessa sia prestata per le somme indicate nel contratto, che sia rilasciata da una banca, una società di assicurazioni o altro intermediario abilitato, che la relativa durata non sia in contrasto con le prescrizioni inderogabili dell'art. 2 del decreto, in una parola che siano rispettate le prescrizioni contenute nel suddetto art. 2. Ovvio che il controllo notarile può essere solo di natura documentale, ed avere ad oggetto unicamente il documento - incorporante il negozio fideiussorio - esibitogli dalle parti; senza che si possa richiedere al notaio medesimo controlli più estesi, esorbitanti dalle sue funzioni ⁴⁸.

L'assicurazione dell'immobile.

L'art. 3, comma 1, lett. e), della legge n. 210/2004 delega il Governo a "prevedere forme di tutela dell'acquirente, imponendo l'obbligo che il costruttore fornisca altresì garanzie per il risarcimento al quale sia tenuto ai sensi della vigente disciplina per vizi e difformità che si siano manifestati successivamente alla stipula del contratto definitivo di compravendita o dell'atto definitivo di assegnazione". A tale disposizione viene data un'attuazione limitata ad opera dell'art. 3 del decreto legislativo, che obbliga il costruttore a contrarre - a beneficio dell'acquirente - una polizza assicurativa indennitaria decennale, con effetto dalla data di ultimazione dei lavori, a copertura dei danni materiali e diretti all'immobile, compresi i danni a terzi cui sia tenuto ai sensi dell'art. 1669 c.c., derivanti da rovina totale o parziale oppure da gravi difetti costruttivi delle opere, per vizio per suolo o per difetto della costruzione, e comunque manifestatisi successivamente alla stipula del contratto definitivo di compravendita o di assegnazione. Rispetto alla previsione della legge delega, quindi, la garanzia viene circoscritta ai soli gravi difetti previsti dall'art. 1669 c.c., con esclusione degli altri vizi e difformità, cui pure si riferiva la legge delega medesima. Per il resto, la norma è ricalcata - anche per quanto riguarda la durata decennale - sulla previsione dell'art. 1669 c.c., dettata in tema di appalto, ma che da tempo dottrina e giurisprudenza avevano ritenuto applicabile anche alla compravendita da parte di soggetto costruttore (o anche da parte di chi, impegnandosi a vendere un immobile da costruire, ricorre ad un terzo appaltatore per la costruzione) ⁴⁹. *Ad essere assicurato è quindi il diritto di credito*

⁴⁸ Così Baralis, *Permuta di terreno con edificio da costruire*, relazione al Convegno Paradigma del 14 aprile 2005, il quale nega, ad esempio, che il notaio debba controllare che l'eventuale intermediario sia iscritto negli appositi albi di cui all'art.2 decreto delegato.

⁴⁹ Si tratta di opinione sostanzialmente pacifica. Cfr. tra le pronunce più recenti: Cass. 30 luglio 2004 n. 14561, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Appalto*, n. 15; Cass. 20 agosto 2003 n. 12211, in *Foro it.*,

dell'acquirente nascente dall'illecito, contemplato nel suddetto art. 1669, nei limiti quindi in cui tale disposizione prevede una responsabilità civile del costruttore. La somma assicurata dovrà, ovviamente, corrispondere al valore dell'immobile acquistato; in ciò la previsione dell'art. 3 differisce dai precedenti artt. 1 e 2, che richiedono invece la garanzia fideiussoria limitatamente alle somme riscosse o da riscuotersi prima dell'acquisto della proprietà.

Altra importante differenza, rispetto alla fideiussione, è data dalla *mancata previsione di sanzioni, in caso di inottemperanza del costruttore all'obbligo di fornire la polizza assicurativa*. Si tratta, certo, di inadempimento di obbligazione, al quale consegue la *responsabilità contrattuale* del costruttore che non consegni la suddetta polizza. Non vi sono, però, sanzioni di altro genere. Non vi è, soprattutto, alcuna previsione di invalidità del contratto stipulato in assenza della polizza; la quale, quindi, *potrà essere consegnata all'acquirente anche successivamente alla stipula del contratto*, senza che la validità o l'efficacia di quest'ultimo ne siano in alcun modo inficiate.

Come per il caso della fideiussione, deve invece ritenersi idonea, ai fini in esame, la *polizza assicurativa unica*, relativa cioè all'intero complesso condominiale, che sia stipulata dal costruttore a beneficio di tutti gli acquirenti di unità immobiliari comprese nello stesso.

La forma ed il contenuto dei contratti.

L'art. 5 del decreto legislativo non detta alcuna specifica previsione in ordine alla forma scritta del contratto, lacuna comprensibile in quanto detta forma è già prescritta dagli artt. 1350 e 1351 c.c. *ad substantiam actus*.

Non è, invece, richiesta obbligatoriamente la forma dell'atto pubblico, come avviene invece in diritto francese, il quale assicura così una tutela ben più effettiva all'acquirente (a mezzo del *controllo di legalità che il notaio è tenuto ad effettuare sul contenuto del contratto e sui presupposti della sua conclusione*).

Il medesimo articolo 5, invece, dispone che il contratto (preliminare, o altro contratto contemplato nell'art. 1⁵⁰), deve avere un *contenuto vincolato*, ed in particolare deve contenere una serie di indicazioni e specificazioni inerenti all'oggetto del contratto ed agli obblighi del costruttore. Si tratta di prescrizioni che

Rep. 2003, voce *Comunione e condominio*, n. 79; Cass. 10 ottobre 2001 n. 12406, in *Giur. it.*, 2002, p. 929; Cass. 26 maggio 2000 n. 6997, in *Foro pad.*, 2001, I, p. 30; Cass. 25 marzo 1998 n. 3146, in *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Appalto*, n. 50; Cass. 14 agosto 1997 n. 7619, in *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Appalto*, n. 71.

⁵⁰ La rubrica dell'art. 5 è intitolata "contenuto del contratto preliminare", ma dal tenore letterale del medesimo articolo si desume chiaramente che le norme ivi contenute si riferiscono anche ad "ogni altro contratto" comunque diretto al successivo acquisto di immobile da costruire.

non sono prioritariamente dirette ad assicurare la trasparenza dei diritti ed obblighi contrattuali; esse invece - pur avendo come presupposto, oltre alla differente forza contrattuale, le asimmetrie informative che generalmente connotano la posizione del contraente debole - mirano principalmente a "conformare" il contenuto del contratto in modo da *determinare con la massima precisione possibile gli obblighi del costruttore, ed assicurare la massima efficacia possibile del contratto*, a tutela dell'acquirente⁵¹. In altri termini, queste prescrizioni non attengono al piano del formalismo negoziale (i contratti in oggetto, aventi ad oggetto beni immobili, sarebbero comunque assoggettati a forma scritta; e comunque le prescrizioni in oggetto non sono poste a tutela della ponderatezza della decisione delle parti, né alla certezza ed univocità del contenuto a tutela dei terzi). Non riguardano neanche il profilo dell'informazione, o degli "obblighi di protezione"⁵² in capo al costruttore ed a favore del contraente debole: nei casi in cui il legislatore ha ritenuto necessario sollecitare la riflessione dell'aderente si è avvalso del diverso strumento del diritto di ripensamento (*délai de réflexion*), attribuendo al contraente debole facoltà di recesso unilaterale⁵³; e laddove ha ritenuto necessario assicurare chiarezza, trasparenza, comprensibilità e quindi eliminare asimmetrie informative, a beneficio del contraente debole, ha espressamente disciplinato l'informazione precontrattuale

⁵¹ In questa, come in altre fattispecie di "conformazione" del contenuto contrattuale a tutela del contraente debole, può dirsi che la preoccupazione del legislatore si appunta "sul profilo della *determinazione dell'oggetto* e in particolare *del prezzo* (o più ampiamente del corrispettivo), con lo scopo in particolare di escludere (in tutto o in parte) la possibilità di lasciare (almeno entro certi limiti) *indeterminati* tali elementi mediante il rinvio (ai fini della loro determinazione) ad elementi "esterni" all'accordo contrattuale (ad es., "condizioni d'uso"). In tal senso prescrizioni siffatte, derogano soprattutto alla norma che consente che l'oggetto del contratto possa essere (indeterminato, purché) "determinabile", oltre che a quella che rimette alle parti la individuazione del "contenuto" del contratto (art. 1322, comma 1 c.c.)": D'Amico, *"Regole di validità" e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli 1996, p. 299 ss.

Esempi, invece, di disciplina del contenuto in modo da fare del contratto "un vero e proprio veicolo di informazioni imposte dal legislatore per garantire la consapevolezza del cliente", si rinvengono in una nutrita serie di previsioni delle leggi speciali (elencate in Di Marzio, *Riflessioni sulla forma nel nuovo diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 417 ss.). Cfr. anche, sul punto, Minervini, *La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori)*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1997, I, p. 94.

⁵² Sulla categoria degli obblighi di protezione nella fase precontrattuale, cfr. Castronovo, *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma 1990; Benatti, *Doveri di protezione*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, VII, Torino 1989, p. 221.

⁵³ Cfr. in particolare:

- gli artt. 4 e seguenti del d. lgs. 15 gennaio 1992 n. 50, in materia di contratti negoziati fuori dei locali commerciali;
- l'art. 30, comma 6, del d. lgs. 24 febbraio 1998 n. 58, con riferimento ai contratti di intermediazione finanziaria;
- l'art. 5 del d. lgs. 9 novembre 1998 n. 427, in tema di multiproprietà;
- l'art. 5 del d. lgs. 22 maggio 1999 n. 185, in materia di contratti a distanza.

⁵⁴. Nulla di tutto ciò nei contratti relativi ad immobili da costruire: *non vi è alcun obbligo di previa consegna di "documenti informativi" a carico del costruttore, né è previsto alcun diritto di ripensamento dell'acquirente*. Le previsioni contenute nel decreto legislativo in commento attengono piuttosto al profilo della determinatezza, o determinabilità, del contenuto del contratto, da un lato; dall'altro lato, realizzano una limitazione alla libertà delle parti di determinare liberamente il suddetto contenuto ⁵⁵, così soddisfacendo l'obiettivo, indicato nella legge delega, di un'equa ed adeguata tutela dell'acquirente. L'identificazione dell'interesse tutelato dalle prescrizioni di contenuto *ex art. 5* non risponde ad esigenze meramente teoriche, ma al contrario assume un'importanza decisiva - come si vedrà - nell'ambito della disciplina delle conseguenze da ricollegare alla violazione delle prescrizioni dell'art. 5.

Devono essere, innanzitutto, indicati nel contratto (art. 5, comma 1, lett. *a*) gli *estremi identificativi dei soggetti e dell'oggetto del contratto*, richiesti dall'art. 2659, comma 1, n. 1), c.c. (generalità delle parti), e 2826 c.c. (dati identificativi dell'immobile): previsioni, queste, finalizzate evidentemente ad assicurare la trascrivibilità anche quando il contratto è concluso per scrittura privata non autenticata (considerata la possibilità di accertamento giudiziale delle sottoscrizioni, e successiva trascrizione della scrittura privata); e quindi a predisporre un *contratto idoneo ad essere trascritto, a tutela dell'acquirente*.

Altri elementi devono essere indicati al fine di assicurare l'*esatta definizione delle caratteristiche dell'immobile e, quindi, degli obblighi del costruttore, oggetto del contratto*: la descrizione dell'immobile e di tutte le sue pertinenze di uso esclusivo (art. 5, comma 1, lett. *b*); le caratteristiche tecniche della costruzione, con particolare riferimento alla struttura portante, alle fondazioni, alle tamponature, ai solai, alla copertura, agli infissi ed agli impianti (art. 5, comma 1, lett. *d*); i termini massimi di esecuzione della costruzione, anche eventualmente correlati alle varie fasi di lavorazione (art. 5, comma 1, lett. *e*); l'eventuale indicazione dell'esistenza di imprese appaltatrici con la specificazione dei relativi dati identificativi (art. 5, comma 1, lett. *l*). Al medesimo fine si prevede debbano essere allegati al contratto:

⁵⁴ Vedi in particolare gli obblighi di pubblicità, e di informazione sia precontrattuale (consegna di documenti informativi) che successiva (consegna di copia del contratto, ecc.), previsti:

- relativamente ai contratti bancari, dagli artt. 117 e 123 del d. lgs. 1 settembre 1993 n. 385, dalla delibera CICR del 4 marzo 2003, e dal provvedimento della Banca d'Italia del 24 luglio 2003;

- relativamente ai in materia di contratti negoziati fuori dei locali commerciali, dall'art. 5 del d. lgs. 15 gennaio 1992 n. 50;

- quanto ai contratti relativi a pacchetti turistici, gli artt. 6, 8, 9 del d. lgs. 17 marzo 1995 n. 111;

- in tema di multiproprietà, l'art. 2 del d. lgs. 9 novembre 1998 n. 427;

- relativamente ai contratti a distanza, gli artt. 3 e 4 del d. lgs. 22 maggio 1999 n. 185.

⁵⁵ D'Amico, "*Regole di validità" e principio di correttezza nella formazione del contratto*, cit., p. 300.

il capitolato contenente le caratteristiche dei materiali da utilizzarsi, che possono essere individuati anche solo per tipologie, caratteristiche e valori omogenei, e l'elenco di tutte le rifiniture e gli accessori convenuti fra le parti (art. 5, comma 2, lett. *a*); gli elaborati del progetto in base al quale è stato richiesto o rilasciato il permesso di costruire o l'ultima variazione al progetto originario, limitatamente alla rappresentazione grafica degli immobili oggetto del contratto, delle relative pertinenze esclusive e delle parti condominiali (art. 5, comma 2, lett. *b*).

A garanzia dell'effettività dell'obbligo del costruttore di prestare fideiussione, è prevista l'indicazione, in contratto, degli *estremi della fideiussione* stessa (art. 5, comma 1, lett. *g*).

Sempre all'individuazione dell'*oggetto del contratto* concorrono le indicazioni dell'art. 5, comma 1, lett. *f*) (l'indicazione del prezzo complessivo da corrispondersi in danaro o il valore di ogni altro eventuale corrispettivo, i termini e le modalità per il suo pagamento, la specificazione dell'importo di eventuali somme a titolo di caparra). La conformazione del contenuto del contratto, ad opera del legislatore, prosegue sul punto con la disposizione, imperativa, che *impone specifiche modalità di corresponsione del prezzo* (che "devono essere rappresentate" da bonifici bancari o versamenti diretti su conti correnti bancari o postali indicati dalla parte venditrice ed alla stessa intestati, o da altre forme che siano comunque in grado di assicurare la prova certa dell'avvenuto pagamento).

Altre indicazioni obbligatorie riguardano lo *stato giuridico dell'immobile*: in particolare, gli estremi di eventuali atti d'obbligo e convenzioni urbanistiche stipulati per l'ottenimento dei titoli abilitativi alla costruzione e l'elencazione dei vincoli previsti (art. 5, comma 1, lett. *c*); l'esistenza di eventuali ipoteche o trascrizioni pregiudizievoli di qualsiasi tipo sull'immobile con l'indicazione del relativo ammontare, del soggetto a cui favore risultano e del titolo dal quale derivano, nonché la pattuizione espressa degli obblighi del costruttore ad esse connessi e, particolare, se tali obblighi debbano essere adempiuti prima o dopo la stipula del contratto definitivo di vendita (art. 5, comma 1, lett. *h*); gli estremi del permesso di costruire o della sua richiesta se non ancora rilasciato, nonché di ogni altro titolo, denuncia o provvedimento abilitativo alla costruzione (art. 5, comma 1, lett. *i*)⁵⁶.

⁵⁶ Per quanto riguarda le menzioni relative al permesso di costruire, occorre distinguere tra contratto preliminare (nel quale la menzione non è necessaria ai fini della validità dell'atto, e quindi può essere sostituita dalla richiesta del permesso); ed il contratto definitivo, nel quale viceversa, giusta la previsione dell'art. 46 del d.p.r. n. 380/2001, e dell'art. 40 della legge n. 47/1985, tale menzione è comunque richiesta a pena di nullità (sempreché vi sia una costruzione, ancorché non ultimata, ma già esistente). Pertanto, *l'indicazione della richiesta del permesso di costruire, in luogo di quest'ultimo, è sufficiente nei contratti preliminari*. Dubbi sussistono, invece, in relazione ai contratti aventi ad oggetto un fabbricato inesistente al momento della stipulazione: per la necessità del permesso di costruire, o concessione edilizia, Pacifico, *Le invalidità degli atti notarili*, Milano, 1992,

Nessuna sanzione prevede l'art. 5 per il caso di mancata conformazione del contratto al contenuto minimo obbligatorio, ivi previsto, cosicché spetta all'interprete individuare le conseguenze di tale violazione. *Nulla quaestio* se la mancata indicazione di elementi essenziali dell'oggetto (descrizione dell'immobile; indicazione del prezzo) ne comporti l'assoluta indeterminatezza o indeterminabilità, versandosi in ipotesi di *nullità assoluta* ai sensi degli artt. 1418, comma 2, e 1346 c.c. Negli altri casi, invece, la soluzione non è così evidente.

E' peraltro da scartarsi l'idea che l'art. 5 imponga un obbligo al costruttore, e che quindi la sua violazione comporti una responsabilità precontrattuale, o contrattuale, dello stesso: si tratta, infatti, di *prescrizioni attinenti al contenuto del contratto*, che riguardano non una generica informazione precontrattuale imposta al costruttore a beneficio dell'acquirente (quale può ravvisarsi in altri settori della contrattazione d'impresa), ma lo stesso tenore del contratto stipulato tra le parti, di cui entrambe sono autrici e quindi corresponsabili. Se si ha chiara la distinzione - nettamente messa in luce dalla dottrina - tra regole di formazione del contratto, e regole di responsabilità precontrattuale, o contrattuale ⁵⁷, non può farsi alcuna confusione sul punto. Innanzitutto, non è detto che il testo del contratto sia predisposto unilateralmente dal costruttore, e come tale debba essere accettato dal compratore: *la normativa in oggetto trova certamente applicazione anche nel caso in cui il testo contrattuale sia formato a seguito di una vera e propria trattativa tra le parti*. Ma anche nel caso di predisposizione unilaterale del contenuto contrattuale (art. 1341 c.c.), fattispecie che non necessariamente ricorre nel caso in oggetto, la violazione delle regole di "trasparenza" dettate dalla legge non è causa di

p. 301-302; Cass. 27 novembre 1992 n. 12709, in *Riv. giur. edilizia*, 1993, I, p. 239. In senso contrario, Santarcangelo, *Condono edilizio*, Milano 1991, p. 266 ss.; C.N.N., *La legge 28 febbraio 1985 n. 47. Criteri applicativi*, in *Condono edilizio*, Milano 1999, p. 8-9.

Per altro verso, *la disposizione in commento restringe l'ambito dell'autonomia privata*, in quanto - nel probabile intento di contrastare l'abusivismo edilizio (così Paolini-Ruotolo, *Prime considerazioni sulla bozza di decreto legislativo in tema di tutela degli acquirenti di immobili da costruire o in corso di costruzione*, in corso di pubblicazione) - preclude la valida conclusione di un contratto, preliminare o definitivo, avente ad oggetto un immobile da costruire, *se il relativo permesso non è stato ancora richiesto*.

⁵⁷ Cfr. soprattutto D'Amico, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 37; Id., *"Regole di validità" e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli 1996, *passim*.

Altra, e distinta problematica, è quella relativa alla configurabilità di una responsabilità precontrattuale anche in presenza di un contratto validamente concluso: cfr., per le diverse posizioni sul punto, Petrelli, *Formazione del contratto, responsabilità precontrattuale e rimedi giuridici*, in *Riv. not.*, 1995, p. 1405; D'Amico, *"Regole di validità" e principio di correttezza nella formazione del contratto*, cit., capitolo II.

responsabilità civile del contraente forte, ma solo di "inefficacia" (o nullità) delle clausole unilateralmente predisposte ⁵⁸.

Si tratta, quindi, di *norme sul contenuto* del contratto, poste a tutela della parte debole del rapporto (l'acquirente), e del regolare funzionamento del mercato immobiliare, le quali certamente rivestono natura di *norme imperative di ordine pubblico*, attinenti più precisamente al c.d. *ordine pubblico di protezione*. La cui violazione è sanzionata - in altri settori della contrattazione - con la nullità relativa del contratto, sempre a beneficio del contraente debole ⁵⁹. La circostanza che manchi, nel decreto legislativo in esame, un'espressa sanzione di nullità non impedisce all'interprete di ravvisarla, in quanto è ormai prevalente, in dottrina e giurisprudenza, l'orientamento che ammette - sulla scorta dell'art. 1418, comma 1, c.c. - *la nullità virtuale*, a prescindere dalla espressa comminatoria di legge, ogni qualvolta sia certa la *natura imperativa della norma violata* ⁶⁰. Circostanza che non può essere messa in dubbio nel caso in esame, essendo evidente che le prescrizioni dell'art. 5 non sono derogabili ad opera dell'autonomia privata. Che anche la *nullità relativa* (c.d. nullità di protezione) possa essere *virtuale* è ormai ammesso dalla dottrina più avveduta ⁶¹, che ha giustamente messo in evidenza il ruolo

⁵⁸ Si vedano, sul punto, D'Amico, *"Regole di validità" e principio di correttezza nella formazione del contratto*, cit., p. 296, il quale, con riferimento ai contratti unilateralmente predisposti ex art. 1341 c.c., esclude che "possa svolgere un qualche ruolo il principio di buona fede in *contrahendo* sancito dall'art. 1337 c.c. In presenza della imposizione al predisponente semplicemente di un "onere" di rendere conoscibili le c.g.c., la regola della "responsabilità" precontrattuale (che presuppone invece la violazione di un vero e proprio "obbligo" o quanto meno di un "dovere", che qui è invece espressamente escluso) sembra comunque essere messa fuori gioco (quand'anche si ammettesse che l'art. 1337 c.c. sia fonte di autonomi "doveri precontrattuali di informazione"). Nel medesimo senso, cfr. Scognamiglio, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1970, p. 272 ss.

⁵⁹ Cfr. il paragrafo successivo.

Rileva che la violazione delle norme di protezione è generalmente sanzionata con la nullità del contratto, e che - anche in assenza di espressa comminatoria di nullità - deve ritenersi operare quest'ultima a fronte di violazione di norme a tutela della parte debole del contratto, Di Marzio, *Riflessioni sulla forma nel nuovo diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 426 ss.

⁶⁰ Cfr. per tutti Passagnoli, *Nullità speciali*, Milano 1995, p. 41 ss.; De Nova, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 435 ss. (e giurisprudenza ivi cit., spec. a p. 439. Vi si chiarisce, tra l'altro, come l'eccezione prevista dall'art. 1418, comma 1, c.c. (che fa salva la diversa disposizione di legge) debba intendersi - ed in effetti sia intesa dalla giurisprudenza - come riferimento allo scopo delle norme imperative da valutarsi caso per caso); Di Marzio, *Riflessioni sulla forma nel nuovo diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 425 ss. (ed ivi altri riferimenti).

⁶¹ Scalisi, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, cit., p. 503 (il quale afferma che "la nullità europea può anche darsi come nullità "virtuale", quante volte, nonostante la mancanza di una espressa comminatoria, la stessa possa tuttavia valutarsi conseguenza necessaria della violazione di una determinata norma imperativa, avuto riguardo alla finalità conformativa da essa perseguita rispetto a un ben definito assetto di interessi, invece disatteso dal concreto regolamento pattizio");

fondamentale rivestito da tale nullità per l'attuazione di finalità generali di tutela delle contrattazioni, e quindi di efficienza dei mercati. Il che porta ad escludere, tra l'altro, che la violazione in oggetto possa essere sanzionata con l'annullabilità del contratto: a parte il fatto che la dottrina concordemente esclude una annullabilità c.d. virtuale⁶², occorre tener conto che quest'ultima forma di invalidità ricorre solo nel caso in cui sia stato leso esclusivamente l'interesse individuale di un contraente, e non anche un interesse generale come nella fattispecie in oggetto.

Nel caso in esame, la *necessità di rendere effettive le prescrizioni in esame con la sanzione di nullità* emerge del resto chiaramente, ove si consideri che - causa la mancata previsione ad opera del legislatore della forma pubblica *ad substantiam* per i contratti in oggetto - *non vi è alcun controllo obbligatorio di legalità* ad opera del notaio sul regolamento contrattuale, e quindi la conformazione del medesimo alle prescrizioni dell'art. 5 è rimessa alla decisione delle parti interessate: *affermare che il contratto, che non contenga una o più delle indicazioni richieste dall'art. 5, sia comunque valido, significherebbe - in assenza di altre sanzioni e di un controllo di legalità preventivo - svuotare la prescrizione del suo valore precettivo*, praticamente sottoporre la disposizione ad *interpretatio abrogans*, il che non è certamente corretto sotto il profilo metodologico, ed è in totale contrasto con le finalità della legge in commento.

I precedenti, d'altra parte, depongono nel senso suindicato. Nullità relative sono previste, quali sanzioni tra l'altro della violazione di obblighi conformativi del contenuto del contratto, da altre leggi settoriali⁶³; altre volte la legge sancisce espressamente, sempre con finalità protettive, la nullità, pur senza nulla specificare in ordine alla legittimazione⁶⁴. In particolare, nel caso - molto vicino a quello oggetto di studio - della multiproprietà, l'art. 7, comma 3, del d. lgs. 9 novembre 1998, n. 427, prevede testualmente la nullità del contratto in caso di mancata indicazione in esso degli estremi della fideiussione. Il medesimo d. lgs. n. 427/1998 non prevede espressamente la sanzione della nullità ove il contratto non contenga gli elementi richiesti dall'art. 3; il che non ha impedito ad una parte della dottrina di ritenere tali requisiti richiesti ai fini della validità del contratto⁶⁵.

rilevando poi che "di sicuro il modello europeo di nullità non ha natura eccezionale e come tale non si sottrae all'estensione analogica"). Per l'estensione analogica della disciplina della nullità relativa (virtuale), cfr. anche La Spina, *La nullità relativa degli accordi in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 136 ss.; Gioia, *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, cit., p. 1332 ss.; Passagnoli, *Nullità speciali*, cit., p. 173 ss.; De Nova, *Il contratto contrario a norme imperative*, cit., p. 451-452.

⁶² Cfr. per tutti Tommasini, *Annulabilità e annullamento (dir. priv.)*, in *Enc. giur. Treccani*, II, Roma 1988, p. 4.

⁶³ Cfr. le previsioni legislative citate alla successiva nota 75.

⁶⁴ Cfr. le norme richiamate alla nota 81.

⁶⁵ Caselli, *La multiproprietà*, Milano 1999, p. 25.

Del resto, in assenza di sanzioni amministrative o penali, e financo civilistiche, a carico del costruttore, per il caso di omessa conformazione del contenuto contrattuale ai requisiti di legge, la nullità relativa appare l'unico strumento in grado di assicurare una tutela - sia pure non al massimo grado - dell'acquirente ogni qualvolta sia "sorpresa" la sua buona fede: si pensi al caso in cui nel contratto non siano indicate una o più formalità pregiudizievoli, o non siano correttamente ed analiticamente specificati gli obblighi costruttivi del venditore.

Piuttosto, occorre ritenere - in considerazione della gravità della sanzione della nullità, e della necessaria proporzionalità della sanzione rispetto alla violazione - che *l'invalidità possa essere fatta valere solo ove manchi del tutto taluna delle indicazioni richieste dall'art. 5; mentre se una di tali indicazioni non fosse sufficientemente analitica, o specifica, non sembra che per ciò solo potrebbe farsi valere la nullità.*

L'art. 5 in commento stimola altre riflessioni, di carattere sistematico, in ordine ai limiti della *relatio* formale nei contratti in oggetto. Si nota, innanzitutto, la differenza tra il primo comma (che parla di "*contenuto*" del contratto) ed il secondo comma (che parla di "*allegazione*"). La differenza avrebbe una sua specifica ragion d'essere, nel caso in cui il contratto fosse da stipularsi per atto pubblico (non essendo dubbio che solo in quel caso i due documenti avrebbero diversa natura

Altri autori hanno ipotizzato rimedi diversificati in relazione ai singoli elementi del contenuto richiesto dall'art. 3 del d. lgs. n. 427/1998: Giuggioli, *Commento all'art. 3*, in *La multiproprietà*, a cura di De Nova, Ipsoa, Milano 1999, p. 30 ss.; Ermini, *Requisiti del contratto*, in *I contratti di multiproprietà*, a cura di Cuffaro, Milano 2003, p. 378 ss.; Lascialfari, *Documento informativo*, *ibidem*, p. 360 ss.

Vi è poi chi ha ritenuto applicabile - in caso di mancata osservanza del suddetto art. 3 - l'istituto dell'integrazione del contratto secondo buona fede, *ex art. 1374 c.c.*, con obbligo quindi del venditore di "compiere quegli atti giuridici e materiali che si rendano necessari per salvaguardare la posizione contrattuale della controparte acquirente" (Munari, *Problemi giuridici della nuova disciplina della multiproprietà*, Padova 1999, p. 95 ss.). Spiegazione, invero, poco appagante, quantomeno nelle fattispecie disciplinate dalla legge 210/2004, in quanto la violazione dell'obbligo di buona fede non produce altro effetto che la responsabilità contrattuale del venditore; rimedio certo non sufficiente, come dimostra il fatto che il legislatore abbia sentito l'esigenza di dettare una specifica normativa a tutela dell'acquirente.

Altri ancora ha ritenuto che, nel caso della multiproprietà, l'omessa indicazione in contratto di taluno degli elementi indicati all'art. 3 attribuisca all'acquirente il diritto di recesso (Di Rosa, *Proprietà e contratto. Saggio sulla multiproprietà*, Milano 2002, p. 219 ss., il quale peraltro evidenzia (alla nota 43) come il recesso sia strumento di carattere eccezionale; ma mentre detto recesso in tema di multiproprietà è espressamente previsto, nessuna previsione di tal genere esiste nell'ambito della disciplina del trasferimento di immobili da costruire. Lo stesso autore ritiene che un rimedio idoneo, sempre nel caso della multiproprietà, potrebbe essere l'informazione successiva dell'acquirente; rimedio peraltro di dubbia efficacia rispetto alle fattispecie - come quella in esame - in cui i vincoli contenutistici non sono tanto dovuti ad esigenze di informazione, quanto di determinazione dell'oggetto del contratto e degli obblighi del costruttore).

giuridica: l'allegato essendo, per comune ammissione, una *scrittura privata*)⁶⁶. Ed infatti, la distinzione tra contenuto da riportarsi all'interno del contratto, e contenuto da indicarsi in un allegato proviene dal diritto francese, nel quale, come già evidenziato, i contratti in esame richiedono la forma pubblica *ad substantiam*⁶⁷. La legge in esame, invece, non richiede la forma dell'atto pubblico a pena di nullità; ed anche ove la stessa fosse volontariamente adottata, si tratterebbe pur sempre di scelta delle parti, non in grado di condizionare il regime giuridico del contratto, che rimane unitario anche nel caso di adozione della forma della scrittura privata. Ne consegue che *ciascuno degli elementi richiesti dall'art. 5 può essere, indifferentemente, inserito nel contratto o in una scrittura privata allegata, senza che ciò incida in alcun modo sulla validità del contratto medesimo.*

Piuttosto, il riferimento all'allegazione, contenuto nel secondo comma, deve essere interpretato - unitamente alla prescrizione del primo comma, per la quale il contratto "deve contenere" certe indicazioni - nel senso dell'*inammissibilità del rinvio a fonti esterne al contratto o ad un suo allegato* (a differenza del diritto francese, che consente per taluni elementi una *relatio*, sia pure circoscritta a documenti già allegati ad un atto notarile conservato a raccolta). *Non è quindi ammesso, ad esempio, il rinvio ad un capitolato, o agli elaborati progettuali, allegati al primo atto di vendita di unità in condominio, per l'individuazione degli elementi richiesti dall'art. 5 del decreto; come pure non è ammesso il rinvio generico a precedenti atti, relativi allo stesso condominio, per l'identificazione delle formalità pregiudizievoli indicate al primo comma dell'art. 5.* Scelta, questa, che potrebbe apparire troppo rigorosa, o formalistica, ma che in realtà trae la sua origine da indubbe *esigenze di "trasparenza"* a beneficio dell'acquirente, sul modello, del resto, di altre leggi di settore, già da tempo presenti nell'ordinamento, che contengono analoghi divieti di *relatio*⁶⁸.

⁶⁶ Sulla qualificazione dell'allegato, e sul rapporto del medesimo con l'atto pubblico, cfr. Baralis, *Atto pubblico e contrattazione semplificata*, in *Riv. not.*, 1978, p. 693 ss.

⁶⁷ L'art. L261-11 del *Code de la construction et de l'habitation* francese prevede infatti che le indicazioni non specificamente attinenti alla porzione immobiliare oggetto di vendita, e quelle relative alla consistenza ed alle caratteristiche tecniche dell'immobile, possano risultare da un allegato, ovvero da documenti depositati negli atti di un notaio.

⁶⁸ Si pensi, in particolare:

- all'art. 117, comma 6, ed all'art. 124, comma 4, del d. lgs. n. 385/1993, che per i contratti bancari pongono un divieto di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati; cfr. anche il contenuto contrattuale obbligatorio, come disciplinato dagli artt. 116 ss. del t.u.b., dalla delibera CICR del 4 marzo 2003, e dal provvedimento della Banca d'Italia del 24 luglio 2003;

- all'art. 23, comma 2, del d. lgs. 24 febbraio 1998 n. 58, relativamente ai contratti degli intermediari finanziari, a norma del quale è nulla ogni pattuizione di rinvio agli usi per la determinazione del corrispettivo dovuto dal cliente e di ogni altro onere a suo carico;

Quanto sopra vale, ovviamente, per le sole indicazioni richieste dall'art. 5 in commento (a pena di nullità relativa, come si è visto). Nessun dubbio, invece, che la *relatio* continui ad essere *ammessa con riguardo ad altri profili del regolamento contrattuale*. Certo, la distinzione nell'ambito del contenuto contrattuale tra le pattuizioni contemplate dal primo comma dell'art. 5, e quelle escluse, non è sempre agevole. Si pensi, per fare un esempio, alle "*trascrizioni pregiudizievoli di qualsiasi tipo*", cui fa cenno l'art. 5, comma 1, lett. h): mentre non vi è dubbio che siano ricomprese, tra le stesse, le trascrizioni relative a sequestri e domande giudiziali, le quali devono quindi essere indicate (sia pur sommariamente) in tutti gli atti di vendita relativi al medesimo condominio, e non solo richiamate *per relationem* con riferimento al primo atto in cui esse sono citate; non altrettanto chiaro appare il *regime delle servitù, e del regolamento di condominio*, la cui trascrizione difficilmente potrebbe essere qualificata come "*trascrizione pregiudizievole*", agli effetti in esame, anche laddove nel regolamento siano contenute obbligazioni *propter rem*. Probabilmente il concetto di "*trascrizione pregiudizievole*" deve essere parametrato a quella che è la destinazione "*tipica*" dell'immobile oggetto di alienazione: cosicché, se ad esempio non può certamente definirsi tale una servitù di passaggio a carico della strada di accesso condominiale (in quanto non incompatibile con la destinazione del bene), tale deve invece qualificarsi la servitù, contenuta nel regolamento condominiale, che impedisca l'utilizzo a fini commerciali dell'unità immobiliare che abbia proprio quella destinazione. Anche in questo caso, peraltro, deve ritenersi sufficiente richiamare in modo generico la trascrizione con i suoi estremi (data e numeri) ed il suo oggetto (regolamento di condominio), senza necessità di riportare in dettaglio il contenuto delle servitù e degli altri vincoli.

Sempre a proposito del *regolamento di condominio*, deve invece evidenziarsi che *nessuna indicazione obbligatoria è prevista* dall'art. 5 in relazione ad esso, ed al contenuto degli obblighi del costruttore sul punto. *Non vi è, quindi, alcun obbligo del costruttore* medesimo, anche laddove il numero delle unità immobiliari in condominio ecceda quello minimo previsto dalla legge, *di approntare il regolamento di condominio, e le tabelle millesimali*: lacuna, questa, di una certa gravità, alla quale può certamente sopperire, come nel passato, la prassi contrattuale

- agli artt. 2 e 6 della legge 18 giugno 1998, in tema di subfornitura nelle attività produttive, che impongono la precisazione nel contratto di una serie di aspetti relativi all'oggetto, e pongono limiti allo *ius variandi* unilaterale;

- all'art. 3, comma 2, del d. lgs. 9 novembre 1998 n. 427, in tema di multiproprietà, che disciplina il contenuto obbligatorio del contratto;

- all'art. 7 del d.lgs. 17 marzo 1995 n. 111, contenente disciplina dei contratti turistici.

⁶⁹, ma che non appare facilmente giustificabile alla luce delle analitiche previsioni dettate, per i rimanenti aspetti, dal comma 1 dell'art. 5 in commento.

Altra "assenza" evidente - tra le prescrizioni di contenuto *ex art. 5* - è quella relativa al *certificato di agibilità*, in relazione al quale nessuna indicazione è richiesta nel contratto (riferita, beninteso, agli obblighi del costruttore, visto che le fattispecie contrattuali in esame presuppongono che l'immobile sia ancora in costruzione, e quindi non agibile). Evidentemente, il legislatore ha ritenuto sufficiente l'obbligo gravante *ex lege* sul venditore ⁷⁰, ed ha quindi ritenuto superflua ogni previsione contrattuale sul punto.

Il regime della nullità relativa.

Si è visto che l'art. 1, comma 1, del decreto legislativo prevede - in caso di mancato rilascio e consegna della fideiussione - la nullità relativa del contratto, "che può essere fatta valere unicamente dall'acquirente"; e che analoga nullità relativa deve ravvisarsi in relazione al contratto il cui contenuto non sia conforme alle previsioni dell'art. 5 del medesimo decreto.

La nullità relativa è un istituto antico, già presente nel codice civile del 1865 - ivi importato dal codice civile francese - e poi, con il codice civile del 1942, praticamente sostituito dal rimedio dell'annullabilità. Nelle elaborazioni dottrinali che avevano come punto di riferimento il codice civile, la nullità relativa veniva addirittura ritenuta logicamente inconcepibile, in quanto l'idea di un contratto, la cui nullità potesse essere fatta valere solo da una parte, e che quindi dovesse considerarsi efficace rispetto ad una di esse, ed inefficace rispetto all'altra, era ritenuta una contraddizione logica insanabile ⁷¹. Giocava, a favore di tale

⁶⁹ Cfr. sul punto Comporti, *Il regolamento di condominio c.d. contrattuale. Il mandato per la sua redazione*, in C.N.N. - LUISS, *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive, II - Aspetti civilistici*, Milano 1986, p. 409 ss.; Marmocchi, *Condizioni generali nella vendita di edifici in condominio, ibidem*, p. 365 ss.

⁷⁰ Sugli obblighi del venditore, e la responsabilità notarile, in relazione al certificato di agibilità, cfr. Brunelli, *Il certificato di agibilità: incidenza sull'attività notarile*, in *Federnotizie*, 2004, 5, p. 211; Casu, *Il certificato di abitabilità*, in *Riv. not.*, 2001, 1, p. 242; Vannicelli, *La non abitabilità "legale" dell'immobile come causa di risoluzione della vendita immobiliare*, in *Corr. giur.*, 1996, p. 168; Calabrese, *Vendita di appartamenti privi della licenza di abitabilità e tutela del compratore*, in *Giur. it.*, 1984, IV, c. 37; Triola, *Vendita di immobile: mancanza di licenza di abitabilità e responsabilità del notaio*, in *Vita not.*, 1978, p. 1038; Albamonte, *In tema di responsabilità del notaio per gli atti pubblici rogati, con riguardo agli atti aventi ad oggetto la compravendita di immobili privi della licenza edilizia e di abitabilità*, in *Arch. civ.*, 1977, p. 462.

⁷¹ Cfr. per tutti Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli 1997, p. 247 (che riteneva la figura della nullità relativa "intimamente contraddittoria", in quanto "un negozio produttivo di effetti per una delle parti, in guisa tale che questa non può sottrarsi, ancora più un negozio produttivo di effetti fra le parti, e improduttivo di effetti solo rispetto a certi terzi, non

atteggiamento, la monoliticità dell'istituto della nullità, quale contemplato dal codice civile del 1942, che autorevole dottrina individuava, in termini unitari, come forma di invalidità conseguente alla lesione di interessi generali dell'ordinamento, generalmente con valenza pubblica (a loro volta ricollegabili all'assenza di elementi strutturali del negozio, ovvero alla sua illiceità)⁷². Per di più, erano abbastanza diffuse le ricostruzioni che ritenevano il negozio nullo giuridicamente irrilevante, come tale inidoneo, per definizione, a produrre effetti giuridici (*quod nullum est, nullum producit effectum*)⁷³, e conseguenzialmente ritenevano assolutamente insanabile la nullità. Per la verità, non mancavano nello stesso codice civile del 1942 spunti in senso parzialmente diverso: il codice infatti conosceva, e conosce, fenomeni di parziale, o atipica efficacia del negozio nullo (es., artt. 2332, 2126, 590, 799 c.c.). Da ciò la più attenta dottrina ricavava la conclusione dell'erroneità del dogma dell'assoluta inidoneità del negozio nullo a produrre effetti, e, prima ancora, individuava nel negozio nullo non tanto un fenomeno di "inqualificazione", quanto piuttosto una "*qualificazione negativa*", che come tale implicava la *rilevanza giuridica del negozio nullo*⁷⁴. Anche perché le stesse regole dell'inefficacia del negozio nullo, della legittimazione assoluta all'azione di nullità, dell'insanabilità del negozio nullo, erano già, e sono configurate come "relative" nelle stesse disposizioni codicistiche: l'art. 1421 c.c., a proposito della legittimazione all'azione, fa salve le "diverse disposizioni di legge"; altrettanto fa l'art. 1423 c.c. per quanto concerne la sanatoria della nullità.

La più recente legislazione speciale, specie quella di derivazione comunitaria, ha dato un forte scossone alla dogmatica tradizionale della nullità negoziale. Le fattispecie di nullità relativa sono, infatti, ormai sempre più frequenti⁷⁵; tanto da far

possono considerarsi negozi nulli, senza alterare la nozione di nullità"). Analogamente, Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli 1948, p. 347 ("una nullità che esiste per l'uno e non per l'altro è concetto falso o assurdo; l'essere e il non essere sono termini contrapposti; il negozio non può produrre effetti, ed invece questi devono valere come prodotti per tutti, se la parte che sola ha diritto alla pronuncia di nullità non crede di chiederla, ossia vale come avvenuto ciò che non è avvenuto").

⁷² Tra gli altri, Tommasini, *Nullità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano 1978, p. 870, 875 ss.

⁷³ Cfr. per tutti De Giovanni, *La nullità nella logica del diritto*, Napoli 1964, p. 90 ss.

⁷⁴ In tal senso, cfr. ora Venosta, *Le nullità contrattuali nell'evoluzione del sistema*, I, Milano 2004, p. 186 ss.; Scalisi, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, p. 506; Id., *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negoziabilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 211; Passagnoli, *Nullità speciali*, cit., p. 77 ss., 152 ss.; Monticelli, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova 1995, p. 11 ss.; Tommasini, *Nullità (dir. priv.)*, cit., p. 873 ss.

⁷⁵ Si considerino, tra le altre: gli artt. 23, comma 3, 24, comma 2, e 30, comma 7, del d. lgs. 24 febbraio 1998 n. 58, con riferimento ai contratti di intermediazione finanziaria; l'art. 13 della legge 9 dicembre 1998 n. 431, a proposito della nullità dei patti inseriti nei contratti di locazione di immobili urbani; l'art. 127, comma 2, del d. lgs. 1 settembre 1993 n. 385, a norma del quale le nullità dei contratti bancari, ivi previste, "possono essere fatte valere solo dal cliente"; gli artt. 18, comma 3, e

parlare di una vera e propria categoria di nullità, la c.d. *nullità di protezione*, che come tale risponde ad esigenze - la tutela di uno dei contraenti - profondamente diverse dalla nullità assoluta di stampo codicistico. Si è così giunti a ritenere che la nullità debba essere, al pari di tanti altri istituti, coniugata al plurale (sulla scia della famosa proposta terminologica pugliattiana circa "la proprietà e le proprietà"), e che *in luogo della nullità debba parlarsi oggi delle nullità: diverse categorie di invalidità, ciascuna delle quali soddisfa interessi diversi, e come tale riceve anche una disciplina diversa*, in termini di legittimazione all'azione, rilevabilità d'ufficio, prescrivibilità, sanabilità, opponibilità ai terzi ⁷⁶. Con l'ulteriore conseguenza che *il rapporto tra nullità assoluta e nullità relativa non è riconducibile a quello di regola ed eccezione*; al contrario, si è ritenuto che "ogni qual volta lo strumento della nullità è utilizzato al fine di garantire l'effettività della tutela apprestata ad un interesse particolare, l'interesse ad agire deve intendersi riconosciuto solo al soggetto destinatario della tutela" ⁷⁷.

Si tratta di orientamento dottrinale ormai prevalente nella più recente dottrina, che merita di essere condiviso. Quello della nullità, del resto, è uno dei tanti concetti giuridici che, elaborati sulla scia delle impostazioni dogmatiche della pandettistica, rivelano ormai il segno del tempo, e devono essere "decostruiti", e

20, comma 3, del d. lgs. 23 luglio 1996 n. 415, in tema di servizi di investimento nel settore dei valori mobiliari; l'art. 1519-*octies*, comma 1, c.c., relativo alla vendita dei beni di consumo ("la nullità può essere fatta valere solo dal consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice"); l'art. 1469-*quinquies*, comma 3, c.c. con riguardo ai contratti del consumatore (la previsione di inefficacia, ivi contenuta, è ricondotta alla categoria della nullità da Cass. 4 aprile 2001 n. 4946, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 1784, e da buona parte della dottrina: cfr., per riferimenti, Bellelli, *Commento all'art. 1469-quinquies*, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, a cura di Alpa e Patti, in *Il codice civile, commentario*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano 2003, p. 1033 ss.).

⁷⁶ Scalisi, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, cit., p. 489 ss. (il quale evidenzia come la nullità, "da strumento astratto e irrelato", è divenuta "in prospettiva europea un rimedio sempre più dipendente e relato, e cioè *conformato*", quanto a struttura e funzione, ma anche nel suo fondamento sostanziale, dal tipo di operazione contrattuale posta in essere, valutata sia dal punto di vista dello specifico assetto di interessi in gioco che sotto il profilo della particolare posizione delle parti coinvolte e della natura dei beni e servizi dedotti"; si dà origine ad un processo di "frammentazione della categoria in una pluralità e molteplicità di modelli e corrispondenti statuti normativi, assai spesso eterogenei e distanti tra loro"); Id., *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negoziabilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 208 ss.; La Spina, *La nullità relativa degli accordi in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 148 ss.; Gentili, *Nullità annullabilità inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, cit., p. 203 ss.; Gioia, *Nullità di protezione tra esigenze del mercato e nuova cultura del contratto conformato*, in *Corr. giur.*, 1999, p. 600; Putti, *Nullità (nella legislazione di derivazione comunitaria)*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, XVI, Torino 1999, p. 673 ss.; Passagnoli, *Nullità speciali*, cit., p. 152 ss.

⁷⁷ La Spina, *La nullità relativa degli accordi in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 152-153.

quindi "ricostruiti", sulla base delle indicazioni sistematiche desumibili dal nuovo diritto positivo⁷⁸; tenendo conto quindi anche della logica dei "microsistemi" - bene enunciata dalla dottrina che ha, per tempo, studiato il fenomeno della decodificazione⁷⁹ - e dell'emersione, anche nell'ambito della legislazione speciale, di principi generali, aventi la stessa dignità dei principi di matrice codicistica. Cosicché anche le previsioni delle leggi speciali - lungi dal configurarsi come eccezionali - sono suscettibili di applicazione analogica, tutte le volte in cui esse si rivelino espressione di un più generale principio, proprio dell'intera legislazione di settore. Che è poi, nel caso specifico, la legislazione posta a tutela del "contraente debole", la quale è nel complesso riconducibile ad un paradigma unitario, rappresentato dalla contestuale *protezione della parte debole del rapporto, e tutela del mercato e dei suoi meccanismi di funzionamento*⁸⁰. Pur in presenza di indici contraddittori nella legislazione speciale, dovuti sia alla diversa rilevanza degli interessi in gioco, sia probabilmente ad una ancora insufficiente consapevolezza nell'elaborazione dogmatica delle nuove figure di nullità⁸¹; mentre per altro verso è

⁷⁸ Illuminanti appaiono - per la ricostruzione della portata e del significato delle categorie giuridiche in rapporto al diritto positivo, i contributi di Pugliatti, Jemolo, Cesarini Sforza e Calogero, ora riprodotti in *La polemica sui concetti giuridici*, a cura di Irti, Milano 2004. Fondamentale la precisazione di Pugliatti, *La logica e i concetti giuridici*, ivi, p. 53, ove l'esatta constatazione che ogni concetto giuridico esprime la "costante di un gruppo di norme", quasi una "proiezione" del dato positivo, considerato sia nella prospettiva esegetica che in quella sistematica. Id., *Logica e dato positivo in rapporto ad alcuni fenomeni giuridici anomali, loc. ult. cit.*, p. 17 ("i concetti che servono alla scienza giuridica si ricavano per astrazione e generalizzazione dal dato, che è la norma ... al dato quindi essi vanno adattati"). Sulla duplice istanza, analitica e sistematica, nel diritto, cfr. Falzea, *Efficacia giuridica*, in *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1978, p. 256 ss.; Id., *Accertamento*, in *Voci di teoria generale del diritto*, cit., p. 12 ("La considerazione dell'effetto è primaria e bisogna accordarle precedenza ... ciò che veramente caratterizza un fenomeno giuridico è sempre l'effetto giuridico, il quale traduce nell'ambito della norma la classe di valori o interessi umani a cui il diritto intende dar tutela"); Perlingieri, *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, p. 455 ss.; Id., *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il broccardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Scuole tendenze e metodi*, Napoli 1988, p. 273 ss.; Mengoni, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano 1996, p. 91 ss.

⁷⁹ Cfr. Irti, *L'età della decodificazione*, Milano 1999; Id., *Decodificazione*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, V, Torino 1998, p. 142. Per applicazioni specifiche, cfr. Petrelli, *Cooperative e legislazione speciale*, Studio n. 5379/I della Commissione studi d'impresa del Consiglio nazionale del notariato; Baralis, *Riflessioni sui rapporti fra legislazione tributaria e diritto civile. Un caso particolare: le società semplici di mero godimento*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, p. 171.

⁸⁰ Bonfiglio, *La rilevanza d'ufficio della nullità di protezione*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 871; Quadri, *"Nullità" e tutela del "contraente debole"*, in *Contratto e impresa*, 2001, p. 1143 ss.

⁸¹ E' stato, ad esempio, rilevato come alcune "nullità di protezione" siano tuttora disciplinate in base al modello della "nullità assoluta": così la nullità prevista dall'art. 11, comma 1, d. lgs. 22 maggio 1999 n. 185, sulla protezione dei consumatori nella contrattazione a distanza, e le nullità previste

in corso un ripensamento, ad opera della dottrina ma anche della giurisprudenza, rispetto a fattispecie di nullità disciplinate nel codice civile e generalmente qualificate come "nullità assolute", che ora si tenta di ricondurre al modello della nullità relativa⁸².

dalla legge 18 giugno 1998 n. 192, contenente disciplina della subfornitura (Monticelli, *Nullità, legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio*, cit., p. 694 ss., il quale propende peraltro per la relatività della nullità in tali fattispecie; affermando più in generale l'esigenza di una lettura teleologica della disciplina delle nullità, e concludendo che "il silenzio del legislatore in ordine alla circoscritta legittimazione all'azione di nullità non debba senz'altro far propendere l'interprete per l'assolutezza della stessa).

In altre circostanze la legge non disciplina espressamente il profilo della legittimazione all'azione di nullità (cfr., ad esempio, l'art. 10, comma 2, del d. lgs. 15 gennaio 1992 n. 50, relativamente ai contratti negoziali fuori dei locali commerciali; gli artt. 15, comma 3, e 16, comma 2, del d. lgs. 17 marzo 1995 n. 111, in materia di contratti relativi a "pacchetti turistici"; gli artt. 2, comma 1, 6 e 9, comma 3, della legge 18 giugno 1998 n. 192, in tema di subfornitura nelle attività produttive; gli artt. 3, comma 1, 7, comma 3, e 9 del d. lgs. 9 novembre 1998 n. 427, in tema di multiproprietà; l'art. 11 del d. lgs. 22 maggio 1999 n. 185, in materia di contratti a distanza; gli artt. 1746, 1748 e 1749 c.c., come modificati dal d. lgs. 15 febbraio 1999 n. 65, relativi al contratto di agenzia; l'art. 7 del d. lgs. 9 ottobre 2002 n. 231, in tema di ritardi di pagamenti nelle transazioni commerciali; l'art. 122, comma 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633, in tema di diritto di autore; l'art. 31 della convenzione di Bruxelles relativa al contratto di viaggio, ratificata con legge 27 dicembre 1977 n. 1084). La finalità di protezione di tali discipline ha indotto la dottrina a ritenere applicabile in alcune di tali ipotesi il regime della nullità relativa (La Spina, *La nullità relativa degli accordi in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 153; Gioia, *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, cit., p. 1332 ss.).

La presenza di una diversificata disciplina della legittimazione, comunque, non sembra idonea a sminuire il rilievo sistematico delle nuove previsioni di nullità relativa; appare, piuttosto, come il riflesso della coesistenza, nelle fattispecie in oggetto, di due tipologie di interessi (quello "privato" del contraente debole, e quello di carattere generale relativo alla tutela del mercato), che possono assumere diversa rilevanza nelle diverse fattispecie, cosicché la prevalenza dell'interesse privato su quello generale può dar luogo a nullità relativa, mentre nel caso opposto si avrà nullità assoluta. Nel medesimo senso, Monticelli, *Nullità, legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio*, cit., p. 698-699; Polidori, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli 2001, p. 107 ss.

⁸² Basti pensare al fenomeno delle clausole vessatorie contenute in condizioni generali di contratto, la cui mancata approvazione per iscritto è, secondo la giurisprudenza pressoché pacifica, causa di nullità (e non di inefficacia) delle clausole medesime, rilevabile d'ufficio e da chiunque vi abbia interesse: cfr., tra le ultime, Cass. 23 luglio 2004 n. 13807, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Contratto in genere*, n. 122; Cass. 19 gennaio 2000 n. 569, in *Foro it.*, Rep. 2000, voce *Contratto in genere*, n. 547; Cass. 15 febbraio 1992 n. 1873, in *Foro it.*, Rep. 1992, voce *Contratto in genere*, n. 241; Cass. 26 gennaio 1987 n. 1713, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, c. 1419. La funzione di protezione di tale nullità ha indotto diversi autori, e parte della giurisprudenza, a sollecitare un ripensamento circa l'assolutezza di tale nullità, che più razionalmente dovrebbe essere qualificata come nullità relativa: cfr. la giurisprudenza citata in Monticelli, *Nullità, legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio*, cit., p. 694, nota 19.

Nella stessa materia, si è ritenuta inapplicabile la disciplina dell'art. 1419 c.c., sempre a tutela dell'aderente: De Nova, *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente*

Pluralità dei regimi giuridici delle nullità, quindi. Ed applicabilità delle norme codicistiche in materia solo nella misura in cui le stesse siano compatibili con la speciale *ratio* propria delle nullità di protezione. *Anche la nullità relativa*, come si è visto, *può essere virtuale* (sul modello delineato dall'art. 1418, comma 1, c.c.); anche la stessa *deve probabilmente ritenersi imprescrittibile* (art. 1422 c.c.), e *soggetta alle regole sulla nullità parziale* (artt. 1419, 1420 c.c.), in quanto non derogate dalla legislazione speciale.

Per il resto, il regime della nullità relativa ha connotazioni sue peculiari⁸³. Innanzitutto, si è fatto rilevare che il congegno tecnico della nullità relativa "sottrae al contraente professionale la disponibilità degli effetti negoziali, così privandolo del vantaggio conseguito scorrettamente"; cosicché la nullità relativa, mentre assolve alla sua funzione protettiva, "nel contempo *sanziona il contraente professionale* che ha violato le regole del gioco concorrenziale", atteggiandosi così come "sanzione in senso proprio"⁸⁴.

Vi è poi il problema della *rilevabilità d'ufficio* della nullità stessa. A fronte di posizioni dottrinali meno recenti, tendenti ad escludere tale rilevabilità d'ufficio sul presupposto di una sua inconciliabilità con il regime di legittimazione relativa all'azione di nullità⁸⁵, dottrina e giurisprudenza recenti appaiono concordi nel ritenere assolutamente conciliabili tali due profili⁸⁶, come del resto è dimostrato dalla stessa legislazione speciale, che sempre più spesso espressamente sancisce la *rilevabilità d'ufficio della nullità relativa*⁸⁷. Funzionale, tale rilievo d'ufficio, all'esigenza di tutela del contraente debole, che solo un intervento di soggetti estranei al rapporto contrattuale può realizzare appieno⁸⁸, nonché alla tutela - di

approvate per iscritto, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, p. 480 ss. In senso parzialmente diverso, riguardo alla disciplina degli artt. 1469-bis ss. c.c., Monticelli, *Dalla inefficacia della clausola vessatoria alla nullità del contratto (note a margine dell'art. 1469-quinquies, commi 1 e 3, c.c.)*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 565.

Su altre fattispecie che si tenta di ricondurre alla figura della nullità relativa (artt. 1261, 1379, 2744 c.c.), cfr. Gentili, *Nullità annullabilità inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, cit., p. 204.

⁸³ In tal senso, Scalisi, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, cit., p. 500 ss.

⁸⁴ Bonfiglio, *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, cit., p. 873.

⁸⁵ Gentili, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 428.

⁸⁶ Bonfiglio, *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, cit., p. 884 ss.; Monticelli, *Nullità, legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 685; Di Marzio, *Riflessioni sulla forma nel nuovo diritto dei contratti*, cit., p. 432 ss.; Gioia, *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, in *Contratto e impresa*, 1999, p. 1332 ss.

⁸⁷ Possono ricordarsi, a tal proposito: l'art. 1519-*octies* c.c. (ai sensi del quale, nelle vendite di beni di consumo, "la nullità può essere fatta valere solo dal consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice"); l'art. 1469-*quinquies*, comma 3, c.c. (che sancisce la rilevabilità d'ufficio della "inefficacia" delle clausole abusive).

⁸⁸ Monticelli, *Nullità, legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio*, cit., p. 687 (e giurisprudenza ivi citata).

riflesso - dell'interesse generale, in quanto tale potere del giudice può avere un effetto dissuasivo e, pertanto, contribuire a far cessare l'inserimento di clausole nulle nei contratti di cui è parte un contraente debole ⁸⁹.

Piuttosto, si evidenzia in dottrina e giurisprudenza l'*esistenza di limitazioni alla rilevabilità d'ufficio della nullità*, essendo la nullità prevista a tutela del contraente debole: cosicché ogni qualvolta si evidenzi, nel processo, un interesse di quest'ultimo a non far valere la nullità, il giudice non può rilevarla ⁹⁰. E', a questo punto, irrilevante il fatto che non tutte le previsioni delle leggi speciali prevedono espressamente la rilevabilità d'ufficio: a parte la generale previsione dell'art. 1421 c.c., per l'estensione del rilievo d'ufficio anche alle fattispecie per cui esso non è espressamente previsto depongono le caratteristiche di questa forma di invalidità, nella quale - a differenza dell'annullabilità, posta ad esclusiva tutela di un interesse privato ⁹¹ - coesistono ragioni di tutela dell'interesse del contraente debole, e ragioni di tutela del mercato, quindi interessi generali alla cui protezione il rilievo d'ufficio della nullità è strumentale ⁹². Le superiori considerazioni inducono, quindi, a ritenere che la nullità relativa, prevista o comunque desumibile dalla disciplina del decreto legislativo in commento, sia *rilevabile d'ufficio* (anche in assenza di espressa previsione normativa), *ogni qualvolta tale rilievo operi nell'interesse del contraente debole*; la mancanza di espressa disciplina sul punto non ha, del resto, impedito a dottrina e giurisprudenza di concludere nel senso suesposto anche in altri

⁸⁹ Corte Giustizia CE 27 giugno 2000, Cause riunite nn. 240, 241, 242, 243, 244/98, in *Foro it.*, 2000, IV, c. 413. Sull'importanza di tale effetto deterrente, cfr. Bonfiglio, *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, cit., p. 901.

⁹⁰ Bonfiglio, *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, cit., p. 896 ss.; Monticelli, *Nullità, legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio*, cit., p. 688 ss.; Pret. Bologna 4 gennaio 1999, in *Corr. giur.*, 1999, p. 600, con nota adesiva di Gioia, *Nullità di protezione tra esigenze del mercato e nuova cultura del contratto conformato*.

Può discutersi, piuttosto, circa il modo in cui debba emergere, nel processo, l'interesse del contraente debole all'efficacia del contratto; può, a tal fine, concordarsi con chi ritiene necessaria una valutazione caso per caso, non senza precisare che il giudice deve - avvalendosi del potere-dovere di cui all'art. 183, comma 3, c.p.c. - provocare il contraddittorio delle parti sulla questione della nullità relativa, al fine di far eventualmente emergere il suddetto interesse: Monticelli, *Nullità, legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio*, cit., p. 689 ss.

⁹¹ Quadri, *"Nullità" e tutela del "contraente debole"*, in *Contratto e impresa*, 2001, p. 1143 ss.; Gentili, *Nullità annullabilità inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, cit., p. 201 (il quale enfatizza la finalizzazione della disciplina dell'annullabilità a governare "i fallimenti delle negoziazioni individuali, dovuti a difetto di autenticità e razionalità del volere", in contrapposizione alla disciplina della nullità, che nella nuova disciplina di derivazione comunitaria, o ad essa ispirata, tende soprattutto a rimediare a fenomeni di carattere seriale e non individuale, comunque connessi al funzionamento del mercato).

⁹² Gioia, *Nullità di protezione tra esigenze del mercato e nuova cultura del contratto conformato*, cit.

casi, come quello delle nullità relative per violazione delle norme sulla trasparenza dei contratti bancari ⁹³.

Posto che, comunque, il giudice può rilevare d'ufficio la nullità solo se il contraente debole vi ha interesse, la circostanza non incide sulla questione - di estrema rilevanza soprattutto nella materia in commento - della *efficacia del negozio nullo*. E' stato correttamente rilevato che, con riferimento alle nullità speciali, o relative, il dogma dell'assoluta inefficacia del negozio nullo deve ritenersi completamente superato. *La nullità diviene quindi la speciale disciplina degli effetti di determinati contratti*, i quali, pur potenzialmente inidonei a produrre un'efficacia piena ed assoluta, sono tuttavia produttivi di *effetti parziali o risolvibili* ⁹⁴; e la generale categoria della invalidità si presta ad essere ricostruita unitariamente quale "inidoneità dell'atto al ricollegamento di effetti stabili e permanenti" ⁹⁵. E' quanto avviene nel caso della nullità relativa, in particolare quando il contratto sia astrattamente produttivo di effetti reali (differiti), oltre che obbligatori: affermare che solo una delle parti può far valere la nullità equivale a dire che *il negozio relativamente nullo produce, o è potenzialmente idoneo a produrre, effetti traslativi, e che questi effetti possono essere posti nel nulla - sia pure con efficacia retroattiva - ad opera della parte tutelata*. Non avrebbe, infatti, senso logico ritenere che un contratto possa produrre effetti rispetto ad una parte, e non produrli rispetto all'altra ⁹⁶. Quindi, *la legittimazione relativa all'azione di nullità postula l'originaria efficacia del contratto nullo* ⁹⁷. Con l'ulteriore

⁹³ Cfr. Pret. Bologna 4 gennaio 1999, in *Corr. giur.*, 1999, p. 600, con nota adesiva di Gioia, *Nullità di protezione tra esigenze del mercato e nuova cultura del contratto conformato*.

⁹⁴ Scalisi, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, cit., p. 507 (il quale, sul presupposto della qualificazione, sia pure negativa, del contratto nullo, ritiene quest'ultimo "capace in quanto tale anche di conseguenti effetti più o meno ampi, più o meno estesi, più o meno eliminabili o transitori"; poiché, "accertata l'esistenza di un interesse rilevante, ove non interferiscano distinte cause di inefficacia, anche a un negozio qualificato negativamente sul piano della validità l'ordinamento può attribuire effetti di varia intensità ed estensione, in base alla natura e al tipo di operazione posta in essere. A seconda delle ipotesi e degli interessi regolati, il trattamento può graduarsi e variare dalla negazione di ogni efficacia sino al ricollegamento di effetti pieni e completi sebbene rimovibili"); Id., *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, cit., p. 211 ss.; Gioia, *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, cit., p. 1332 ss. (che parla dell'efficacia come sistema di graduazione della rilevanza giuridica dell'atto nullo, precisando che "un negozio nullo, come tale rilevante, può produrre effetti nei limiti in cui vi sia un interesse dell'ordinamento a che ciò avvenga, interesse che può coincidere con quello della parte tutelata"); Passagnoli, *Nullità speciali*, cit., p. 63 ss., 77 ss., 152 ss., 173 ss.

⁹⁵ Scalisi, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, cit., p. 213.

⁹⁶ Per tale rilievo, cfr. Orestano, *L'inefficacia delle clausole vessatorie: "contratti del consumatore" e condizioni generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, p. 510 ss.; Scognamiglio, *Inefficacia (dir. priv.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI, Roma 1989, p. 11.

⁹⁷ Orestano, *L'inefficacia delle clausole vessatorie: "contratti del consumatore" e condizioni generali*, cit., p. 513.

conseguenza che la sentenza con la quale il giudice, accogliendo la domanda del contraente debole, "dichiara" nullo il contratto è, in realtà, una *sentenza costitutiva*⁹⁸.

Nel caso, quindi, del contratto avente ad oggetto un immobile da costruire, deve ritenersi che - nonostante la nullità derivante dalla violazione degli artt. 1 e 5 del decreto legislativo - il contratto stesso produca tutti i suoi *effetti obbligatori* e - una volta giunti alla fine dell'*iter* - *anche gli effetti reali (traslativi o costitutivi)*, se nel frattempo l'acquirente non ne ha fatto valere la nullità; mentre - se tale nullità viene fatta valere successivamente - si avrà la rimozione, con efficacia retroattiva, di tale effetto traslativo, proprio come avviene nel caso del contratto annullabile.

Non sembrano sussistere, invece, ragioni per ritenere che l'*opponibilità ai terzi della nullità relativa* in oggetto sia disciplinata in modo differente, rispetto alla nullità codicistica, in relazione alla quale la dogmatica tradizionale ravvisa piena opponibilità agli aventi causa dall'acquirente in base a negozio nullo⁹⁹. Di recente, la dottrina ha tentato di confutare il dogma della piena opponibilità ai terzi, sulla base di valutazioni di ordine funzionale¹⁰⁰; non sembrano, tuttavia, sussistere spazi interpretativi in tal senso, a fronte di disposizioni legislative che tale piena opponibilità presuppongono. Per quanto attiene alla contrattazione immobiliare, in particolare, fa stato la previsione dell'art. 2652, n. 6, c.c., che prevede per l'appunto l'opponibilità della nullità ai terzi aventi causa, salvo il caso in cui il terzo subacquirente sia in buona fede, e - decorsi cinque anni dalla trascrizione del contratto nullo - non sia trascritta la domanda giudiziale di nullità. Ovviamente, la disciplina suddescritta deve tener conto delle peculiarità della nullità relativa in esame, che non pregiudica l'efficacia del contratto nullo, finché l'acquirente non agisca sperando la relativa azione. Il che significa che *il contratto nullo produce regolarmente gli effetti traslativi programmati, e il terzo subacquirente consegue quindi legittimamente la titolarità del diritto reale immobiliare, salva la precarietà dell'effetto traslativo*. Efficacia immediata che non influisce, peraltro, in alcun modo sull'applicabilità dell'art. 2652, n. 6, c.c., poiché questa norma è applicabile anche alla fattispecie del contratto annullabile, anch'esso produttivo di effetti precari. Piuttosto, sembra evidente che non possano equipararsi il contratto preliminare ed i contratti ad effetti reali differiti, ponendosi a rigore un problema di opponibilità della nullità ai terzi subacquirenti esclusivamente per i secondi: il contratto preliminare, infatti, produce solo effetti obbligatori, e semmai può porsi

⁹⁸ Gioia, *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, cit., p. 1332 ss. *Contra*, per la natura dichiarativa (sul postulato, da ritenersi peraltro erroneo come indicato nel testo, che il contratto relativamente nullo sia inefficace *ab origine*), Bonfiglio, *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, cit., p. 902 ss.

⁹⁹ Cfr. sul punto Pilia, *Circolazione giuridica e nullità*, Milano 2002, p. 159 ss.

¹⁰⁰ Pilia, *Circolazione giuridica e nullità*, cit., p. 185 ss.

riguardo ad esso il problema dell'insussistenza dell'effetto prenotativo *ex art. 2645-bis c.c.* in presenza di una declaratoria di nullità del preliminare stesso.

Nullità di protezione e condizione sospensiva.

Posto che l'inottemperanza alle prescrizioni degli artt. 1 e 5 del decreto legislativo determina nullità, sia pure relativa, del contratto, ci si chiede se detta nullità non possa essere evitata mediante apposizione di una *condizione sospensiva, che subordini l'efficacia del contratto al sopravvenuto rilascio della fideiussione, ovvero all'integrazione del contenuto contrattuale in conformità alle prescrizioni dell'art. 5*. Da un lato occorre fare i conti con i principi generali, e le peculiari caratteristiche del negozio condizionato, tenendo conto che l'evento futuro ed incerto dedotto in condizione è "coelemento di efficacia", ben diverso dagli "elementi centrali" della fattispecie negoziale necessari ai fini della sua validità¹⁰¹: è insegnamento di teoria generale, da ritenersi pienamente valido in linea di principio, che il congegno condizionale non possa trasformare un requisito di validità in un requisito di efficacia del negozio giuridico¹⁰². Il che non toglie, ovviamente, che la condizione possa essere apposta anche al contratto relativamente nullo, con l'effetto di sospendere l'efficacia del contratto stesso, che diversamente si sarebbe prodotta, come sopra chiarito¹⁰³. Un'analisi più approfondita deve però tener conto delle peculiari caratteristiche della "nullità di protezione", qual è quella in esame, che tende ad evitare uno squilibrio contrattuale che comunque non si produrrebbe in assenza dell'efficacia, obbligatoria o reale, programmata con il contratto, in ipotesi subordinata tramite il meccanismo condizionale al regolare completamento della fattispecie. Tenendo conto che sia l'obbligo di prestare fideiussione, previsto dall'art. 1 del decreto legislativo, sia i successivi requisiti richiesti dall'art. 5 attengono all'oggetto in senso lato, o contenuto del contratto¹⁰⁴, deve ritenersi applicabile, in via estensiva o analogica, la previsione dell'art. 1347 c.c., a norma del quale il contratto sottoposto a condizione sospensiva è valido, anche in difetto di iniziale possibilità dell'oggetto, ove tale possibilità sopravvenga prima dell'avveramento della condizione. E' vero che questa disposizione presuppone, in realtà, la distinzione tra oggetto del negozio ed oggetto del rapporto

¹⁰¹ Sulla distinzione tra elementi centrali della fattispecie negoziale, e coelementi di efficacia, cfr. Falzea, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano 1941, p. 185 ss.; Petrelli, *La condizione "elemento essenziale" del negozio giuridico*, cit., p. 383 ss.

¹⁰² Petrelli, *La condizione "elemento essenziale" del negozio giuridico*, cit., p. 397 ss.; Cass. 28 settembre 1994 n. 7893, in *Vita not.*, 1995, p. 837.

¹⁰³ Per la possibilità di sottoporre a condizione un negozio invalido, Petrelli, *La condizione "elemento essenziale" del negozio giuridico*, cit., p. 397.

¹⁰⁴ Su cui cfr. Gabrielli, *L'oggetto del contratto*, in *Il codice civile, commentario*, diretto da Schlesinger, Milano 2001, p. 32 ss.

¹⁰⁵, ed è dettata in relazione ad una fattispecie peculiare - quella del contratto ad effetti differiti, in cui l'oggetto (del rapporto) non sia possibile al momento della formazione del negozio stesso - diversa quindi da quella in esame (in cui non vi è un problema di possibilità dell'oggetto del rapporto, bensì un contenuto contrattuale non idoneo per legge a realizzare il valido completamento della fattispecie). Occorre, però, tener conto che la "nullità di protezione", a differenza della nullità codicistica e, per certi aspetti, dell'annullabilità, *non è dettata in ragione di una imperfezione strutturale del programma negoziale* (assenza di elementi centrali della fattispecie, quali potrebbero essere la causa, il consenso, o la forma), *né a cagione dell'illiceità del contratto*, bensì per *ragioni di ordine funzionale* ¹⁰⁶. In altri termini, qui l'invalidità è prevista dal legislatore in ragione della particolare conformazione del contenuto contrattuale ¹⁰⁷, o oggetto negoziale in senso lato, richiesta dalla legge a protezione del contraente debole, affinché la situazione di squilibrio economico a danno di quest'ultimo, e le asimmetrie informative che caratterizzano la contrattazione con imprese costruttrici, non si traducano in un danno, attuale o potenziale, pregiudizievole alla posizione patrimoniale dell'acquirente. Per cui, mentre rispetto alle invalidità discendenti dall'assenza di "elementi strutturali" della fattispecie negoziale rimane certamente valida la costruzione dogmatica tradizionale, che impedisce di tramutare un requisito di validità in un coelemento di efficacia del negozio, al contrario *la "nullità funzionale"* ¹⁰⁸ *non ha ragion d'essere allorché*, all'atto stesso del perfezionamento

¹⁰⁵ Petrelli, *La condizione "elemento essenziale" del negozio giuridico*, cit., p. 472 ss.

¹⁰⁶ Scalisi, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negoziabilità*, cit., p. 209, evidenzia che mentre "nel codice è preminente la considerazione della *regolare formazione* del programma, nel senso di rispondenza del regolamento a un prestabilito *iter* o momento perfezionativo, siccome provvisto dei prescritti *essentialia negotii*", nella legislazione successiva, soprattutto di derivazione comunitaria, "è invece una esigenza di *conformazione* del regolamento negoziale a prendere decisamente il sopravvento e conseguentemente altre cause di invalidità, funzionali alla costruzione di un prefigurato assetto o "programma" di interessi, entrano in campo"; cosicché "la coppia validità/invalidità da misura della struttura diviene criterio di valutazione della funzione dell'atto".

¹⁰⁷ Sulla nozione di contenuto del contratto, cfr. Gabrielli, *L'oggetto del contratto*, cit., p. 32 ss.; Hinestrosa, *Contenuto ed effetti del negozio giuridico*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, III, Milano 1998, p. 435; Alpa, *L'oggetto e il contenuto*, in *Vita not.*, 1997, p. 611; Zeno Zencovich, *Il contenuto del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, II, p. 152; Cataudella, *Sul contenuto del contratto*, Milano 1966. Sulla distinzione ontologica tra forma e contenuto del contratto, cfr. Ferri G.B., *Forma e contenuto degli atti giuridici*, in *Riv. dir. comm.*, 1990, I, p. 10 ss.

¹⁰⁸ Si è parlato significativamente, sul punto, di "oltrepassamento della teoria della fattispecie": Scalisi, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, cit., p. 498 ss. (ove la precisazione che, "emancipandosi dalla logica della fattispecie e soprattutto ponendosi come strumento e tecnica di governo del regolamento, la nullità europea si atteggia fundamentalmente come nullità *funzione*, come nullità cioè che è e sta in diretto e immediato rapporto di congruenza e di corrispondenza con un determinato assetto di interessi, in ragione della natura degli stessi, della specifica posizione delle parti, dei beni e servizi negoziati").

del contratto, *si predispongano - attraverso il congegno condizionale - gli strumenti necessari al fine di precludere in via assoluta l'efficacia giuridica del contratto in assenza della conformazione a legge*; tenendo conto che è solo da tale efficacia che nascerebbe il pregiudizio dell'acquirente, e che la condizione, sospendendo detta efficacia, è tutt'altro che "elemento accidentale" del contratto, ma piuttosto elemento essenziale e qualificante, anche in senso causale, del concreto programma negoziale ¹⁰⁹. Si pensi, d'altra parte, al fatto che è ritenuto valido ed ammissibile il contratto sottoposto alla condizione sospensiva del sopravvenire di una modifica legislativa che renda giuridicamente possibile l'oggetto che, al momento della formazione del negozio, non lo è: la fattispecie è stata ritenuta ammissibile dalla dottrina, ed anche la giurisprudenza ha ritenuto che "nulla vieta che le parti condizionino l'efficacia di un contratto all'avvento di una nuova disciplina legislativa che comporti l'abolizione di un divieto vigente al momento della stipulazione; divieto che, di regola, non può estendersi agli atti la cui efficacia le parti intendano rinviare al momento in cui essi non risulteranno più in contrasto con norme imperative, e la cui funzione non deve quindi esplicitarsi sotto il suo impero" ¹¹⁰. A maggior ragione, *deve ritenersi possibile il condizionamento sospensivo del contratto all'integrazione del suo contenuto*, in modo da renderlo compatibile con le previsioni legislative, *ogni qualvolta da ciò non discenda possibilità di lesione degli interessi tutelati dalla previsione di nullità* (quindi, nel caso specifico, se non ne deriva possibilità di danno a carico del contraente debole, alla cui protezione le norme "conformatrici" del contenuto contrattuale sono dettate). Il tutto, ovviamente, a condizione che gli effetti preliminari del contratto condizionato non siano idonei a danneggiare il contraente in questione ¹¹¹: così, ad esempio, non potrà essere ritenuto valido un contratto sospensivamente condizionato con il quale l'acquirente si obblighi nei confronti del costruttore al pagamento di acconti prima dell'avveramento della condizione, o nel quale sia previsto il versamento di una caparra.

Ovviamente, *l'ammissibilità di una condizione sospensiva del tipo di quella sopra descritta deve essere opportunamente valutata in relazione ai casi concreti*. Non vi è dubbio, ad esempio, che non possa ritenersi ammissibile tale condizione allorché l'oggetto del contratto sia totalmente indeterminato e indeterminabile, come pure nel caso in cui - al di fuori della fattispecie del contratto preliminare - manchino le indicazioni urbanistiche richieste a pena di nullità in relazione al

¹⁰⁹ Per la dimostrazione dell'assunto, Petrelli, *La condizione "elemento essenziale" del negozio giuridico*, cit., *passim*.

¹¹⁰ Cass 1 dicembre 1972 n. 3477, in *Giust. civ.*, 1973, I, p. 1557; Petrelli, *La condizione "elemento essenziale" del negozio giuridico*, cit., p. 476 ss.

¹¹¹ Sul significato e la portata del rinvio alla legge, cfr. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano 1998, p. 425 ss.

fabbricato da costruire, o non sia allegato il certificato di destinazione urbanistica: in questo caso mancano proprio gli elementi strutturali essenziali affinché il negozio possa sorgere, e quindi la condizione sospensiva non è ammissibile. Non vi sono, invece, problemi, se a mancare - all'atto della stipula del contratto condizionato - siano elementi accessori tra quelli richiesti dall'art. 5, quali il capitolato dei lavori da eseguire, o l'indicazione delle imprese appaltatrici, o altri elementi comunque non "centrali" della fattispecie negoziale. La condizione, in altre parole, è ammissibile allorché la nullità - per mancanza di uno degli elementi richiesti dall'art. 5 - derivi da ragioni di ordine funzionale, e non strutturale. Un altro importante limite, sempre a tal proposito, è connesso alla necessità - intrinseca ad ogni negozio sospensivamente condizionato - che l'evento condizionante non sia rappresentato da un negozio giuridico posto in essere tra le stesse parti, e teleologicamente diretto alla produzione ed alla determinazione del contenuto degli stessi effetti, nel qual caso il negozio manca proprio dell'elemento strutturale centrale - il consenso - indispensabile per la sua venuta ad esistenza¹¹². Mentre invece non sussistono problemi se si rimette la determinazione degli elementi mancanti ad un terzo (art. 1349 c.c.), o anche all'arbitraggio di una o entrambe le parti, purché non si tratti di "mero arbitrio".

La convalida del contratto relativamente nullo.

Quanto detto in relazione all'efficacia del contratto relativamente nullo aiuta a risolvere il problema della *convalidabilità* dello stesso. Il negozio affetto da nullità assoluta è, ai sensi dell'art. 1423 c.c., insanabile se la legge non dispone diversamente; il rinvio alla legge deve essere peraltro inteso - come nel caso degli artt. 1418 e 1421 c.c., non come una "riserva di legge" in senso stretto, e quindi come rinvio alla legge formale, bensì come un rinvio più ampio all'ordinamento giuridico inteso nella sua globalità, e quindi comprensivo delle norme ricavabili per via di interpretazione. A prescindere da ciò, peraltro, *le particolari caratteristiche della nullità relativa depongono certamente per la sua sanabilità*; si è visto infatti che detta nullità è posta a "protezione" di un interesse individuale, quello del contraente debole. E' vero che - unitamente a quest'ultimo - è tutelato anche l'interesse generale alla correttezza delle contrattazioni e quindi all'efficienza dei mercati (cosa che giustifica, del resto, la rilevabilità d'ufficio della nullità); l'interesse generale è peraltro tutelato solo "di riflesso", tant'è vero che si ritiene comunemente che il giudice non possa rilevare d'ufficio la nullità allorché il contraente protetto abbia interesse all'operatività del contratto¹¹³. *Si ammette, a tal proposito, che il contraente debole possa esprimere, in giudizio, volontà contraria*

¹¹² Petrelli, *La condizione "elemento essenziale" del negozio giuridico*, cit., p. 417 ss.

¹¹³ Vedi quanto precisato al paragrafo precedente.

al rilievo d'ufficio della nullità, paralizzandolo¹¹⁴. Del resto, solo laddove la legittimazione a far valere l'invalidità sia estesa ad una pluralità indeterminata di soggetti la convalida - intesa come negozio il cui è effetto è di rendere il contratto invalido inoppugnabile - può ritenersi preclusa¹¹⁵. Queste circostanze, il fatto che il contratto relativamente nullo è produttivo di effetti, sia pure precari ed instabili, ed il parallelismo con la disciplina dell'annullabilità (art. 1444 c.c.), depongono certamente per la *convalidabilità del contratto stesso ad opera del contraente legittimato a far valere la nullità*¹¹⁶. Del resto, a proposito della disciplina delle clausole vessatorie nei contratti del consumatore, che buona parte della dottrina inquadra nella categoria della nullità relativa, si ammette il recupero delle clausole abusive a seguito di un atto di volontà del consumatore, espresso o tacito¹¹⁷.

¹¹⁴ Bonfiglio, *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 898.

¹¹⁵ Polidori, *Nullità relativa e potere di convalida*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 934; Piazza, *La convalida nel diritto privato*, I, Napoli 1973, p. 145.

¹¹⁶ Polidori, *Nullità relativa e potere di convalida*, cit., p. 935 ss.; Scalisi, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, cit., p. 502 (che giudica incompatibile il regime di insanabilità con la disciplina della nullità relativa di stampo europeo, richiamando tra l'altro la previsione dell'art. 15, comma 1, del Regolamento GEIE n. 2137/1985; e ritiene quindi la nullità suddetta convalidabile, "sia pure nei limiti del principio di una disponibilità successiva dell'azione nelle forme della esecuzione o anche di una rinuncia, e fatti salvi ovviamente i casi di irrinunciabilità di diritti espressamente previsti"); Putti, *Nullità (nella legislazione di derivazione comunitaria)*, cit., p. 696; Tondo, *Invalidità e inefficacia del negozio giuridico*, in *Novissimo dig. it.*, VIII, Torino 1962, p. 1000, secondo il quale "l'insanabilità del negozio nullo, "ben lungi dal costituire una componente essenziale della nullità, è soltanto una conseguenza normale, neppure necessaria, del carattere dell'assolutezza che nella maggioranza dei casi ad essa si accompagna"; il che conduce a ritenere convalidabile il negozio relativamente nullo.

Incerto, invece, il pensiero di Bonfiglio, *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, cit., p. 875, che si pronuncia per l'insanabilità anche del contratto relativamente nullo; ma poi (a p. 905) ammette che "riconoscere che le norme non escludono, qualora la parte protetta vi abbia interesse, che il contratto e la clausola (relativamente) nulli spieghino effetti, significa ammettere l'implicazione della (almeno parziale) disponibilità degli effetti negoziali".

Contra, per l'insanabilità del contratto relativamente nullo, Passagnoli, *Nullità speciali*, cit., p. 198 ss. (sulla base del rilievo che la disciplina della nullità relativa "postula un concorrente interesse di categoria all'effettività della tutela, che sarebbe pregiudicato dalla sanatoria della nullità o dalla rinunciabilità della rispettiva azione"). Oltre a quanto specificato del testo, si può obiettare che nella misura in cui sia assicurato il ripristino dell'equilibrio contrattuale anteriormente o contestualmente alla convalida, nessun interesse di ordine generale può considerarsi leso.

¹¹⁷ Orestano, *L'inefficacia delle clausole vessatorie: "contratti del consumatore" e condizioni generali*, cit., p. 518 ss. La dottrina ritiene generalmente rinunciabile l'inefficacia del contratto, a differenza della nullità, trattandosi di atto conforme ai valori generali del sistema: cfr. in tal senso Scalisi, *Inefficacia (dir. priv.)*, cit., p. 324, nota 18, e p. 362, testo e nota 299 (ove anche citazioni di dottrina tedesca nel senso dell'ammissibilità della rinuncia all'inefficacia); Dalmartello, *La clausola di gradimento e la legge sulla riforma della Consob*, in *Giust. civ.*, 1985, II, p. 571 ss.; Nobili, *Le clausole di gradimento*, in *Riv. soc.*, 1990, p. 451; Galgano, *La clausola di gradimento, i patti parasociali e la categoria dell'inefficacia del contratto*, in *Contratto e impresa*, 1997, p. 895 ss.;

Piuttosto, le peculiari caratteristiche della "nullità di protezione" devono far riflettere in ordine ai *presupposti* di tale convalidabilità. L'art. 1444, comma 3, c.c., a proposito del contratto annullabile, dispone che "la convalida non ha effetto, se chi l'esegua non è in condizione di concludere validamente il contratto": disposizione, questa, che esprime l'esigenza che la circostanza di fatto, che ha determinato l'annullabilità (incapacità, vizio della volontà), sia cessata al momento della convalida ¹¹⁸. La portata della norma è peraltro più generale, ed il relativo fondamento è comune anche alla convalida dell'atto relativamente nullo: essa *preclude la convalida ogni qualvolta le circostanze "impeditive" della validità del contratto sussistano ancora all'atto del perfezionamento del negozio di convalida*. In altri termini, occorre evitare - con riferimento al contratto relativamente nullo - che "la stessa debolezza contrattuale che ha indotto a concluderlo non porti dietro pressione della controparte a convalidarlo, frustrando così definitivamente lo scopo legislativo" ¹¹⁹. Esigenza che, a ben vedere, sta anche alla base della regola di non convalidabilità del contratto rescindibile (art. 1451 c.c.), la cui *ratio* è proprio di "consentire la conservazione del contratto inficiato da un'alterazione funzionale solamente attraverso la rimozione dello squilibrio, acciocché il recupero degli effetti non può implicare la salvezza dell'atto immutato nel suo contenuto, ma passa attraverso la *reductio ad aequitatem*" ¹²⁰. Il che, riferito alla fattispecie oggetto di disciplina nella legge n. 210/2004 - alla quale quindi l'art. 1444, comma 3, c.c., deve ritenersi analogicamente applicabile - implica la *necessità che la fideiussione sia stata rilasciata e consegnata, come previsto dall'art. 1, comma 1, del decreto legislativo, prima della convalida; e che il contenuto del contratto sia integrato, in conformità alle prescrizioni dell'art. 5 del decreto, anteriormente o contestualmente alla convalida*.

Quanto alle modalità della convalida, deve ritenersi analogicamente applicabile la disposizione dell'art. 1444, comma 1, c.c., che dichiara possibile la convalida stessa "mediante un atto che contenga la menzione del contratto e del motivo di annullabilità, e la dichiarazione che si intende convalidarlo". Giusta quanto sopra specificato, *occorrerà anche che nella convalida si dia atto dell'avvenuta ottemperanza alle prescrizioni degli artt. 1 e 5 del decreto legislativo*.

Valle, *La categoria dell'inefficacia del contratto*, in *Contratto e impresa*, 1998, p. 1250 ss. (che parla di "sanabilità" dell'inefficacia, non travolgendo la stessa l'atto a differenza della nullità, ed afferma conseguentemente che le parti del contratto "possono sempre determinarsi a fornire l'atto di efficacia, senza dover ricorrere alla rinnovazione, necessaria in caso di nullità dell'atto"); Angeloni, *Responsabilità del notaio e clausole abusive*, Milano 1999, p. 66.

¹¹⁸ Galgano, *Dell'annullabilità del contratto*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1998, p. 520.

¹¹⁹ Gentili, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, II, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno, Torino 1999, p. 1373.

¹²⁰ Polidori, *Nullità relativa e potere di convalida*, cit., p. 947.

Nullità relativa e responsabilità del notaio.

La nullità relativa, quale "nullità di protezione", è fattispecie relativamente nuova nel panorama giuridico italiano, ed è stata analizzata solo episodicamente, in rapporto al problema della responsabilità disciplinare del notaio che riceva o autentichi un atto relativamente nullo ¹²¹. La norma di riferimento è, come noto, l'art. 28 della legge 16 febbraio 1913, n. 89, che vieta al notaio il ricevimento di atti espressamente proibiti dalla legge. Il dibattito circa l'ambito di applicazione di tale disposizione è noto, ed in questa sede non può che rinviarsi alla corposa produzione dottrinale e giurisprudenziale sul punto ¹²²; non senza segnalare però che - secondo il più recente indirizzo della Corte di Cassazione, ormai consolidatosi - gli atti previsti dall'art. 28 l.n. sarebbero esclusivamente gli atti affetti da inesistenza o nullità assoluta, con esclusione degli atti annullabili, di quelli inefficaci ed anche di quelli relativamente nulli ¹²³. Riguardo a questi ultimi, peraltro, l'affermazione si riduce al rango di un *obiter dictum*, in quanto la Suprema Corte si limita ad affermare - avendo evidentemente riguardo alla disciplina codicistica - che la nullità relativa è fattispecie quasi sconosciuta dall'ordinamento italiano, e di fatto riconducibile alla figura dell'annullabilità ¹²⁴. Affermazione certamente erronea, se si ha riguardo alle fattispecie disciplinate dalla legislazione speciale, ed in particolare alla "nullità di protezione", di cui si è sopra discusso: la quale è sancita anche a tutela di interessi di ordine generale, e come tale si differenzia nettamente dall'annullabilità. Il particolare rilievo sociale ed economico delle esigenze di protezione del contraente debole non sembra quindi giustificare l'equiparazione della nullità in oggetto - ai fini dell'esonero da responsabilità notarile - alle fattispecie caratterizzate dalla lesione di meri interessi individuali (annullabilità), o a quelle che, pur oggetto di valutazione positiva da parte dell'ordinamento e quindi valide, sono improduttive di effetti giuridici per difetto di un elemento estrinseco

¹²¹ Dolmetta, *Sui "limiti" di applicazione dell'art. 28 legge notarile. A proposito della violazione di norme imperative di protezione*, in *Contratto e impresa*, 2004, p. 76; Donisi, *L'art. 28 della legge notarile: baricentro della professione*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 75; Lipari, *Il ruolo del notaio nella nuova realtà delle nullità contrattuali*, in *Atti del XXXIX Congresso nazionale del notariato*, Milano 2002, p. 225; Passagnoli, *Responsabilità notarile, nullità relativa e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 458.

¹²² Cfr. riassuntivamente Casu, *Controllo di legalità*, in *Dizionario enciclopedico del notariato, Aggiornamento*, V, Roma 2002, p. 161; D'Auria, *Il negozio giuridico notarile tra autonomia privata e controlli*, Milano 2000; Paolucci, *Atti vietati e responsabilità notarile nella giurisprudenza*, Milano 1990.

¹²³ Cass. 1 febbraio 2001 n. 1394, in *Riv. not.*, 2001, p. 892; Cass. 4 novembre 1998 n. 11071, in *Riv. not.*, 1999, p. 1014; Cass. 19 febbraio 1998 n. 1766, in *Riv. not.*, 1998, p. 704; Cass. 4 maggio 1998 n. 4441, in *Riv. not.*, 1998, p. 717; Cass. 11 novembre 1997 n. 11128, in *Notariato*, 1998, p. 7.

¹²⁴ Cass. 11 novembre 1997 n. 11128, cit.

(inefficacia in senso stretto)¹²⁵. Nella misura, quindi, in cui vi sia *violazione di norme imperative*, e l'imperatività sia evidente dal tenore delle disposizioni di legge - come avviene negli artt. 1 e 5 del decreto legislativo in commento - *deve ritenersi che la nullità relativa, sia testuale che virtuale, comporti la responsabilità del notaio ai sensi dell'art. 28 della legge notarile*¹²⁶. Ogni qualvolta, viceversa, tale nullità non si configuri - ed è il caso, sopra esaminato, del contratto sottoposto alla condizione sospensiva dell'integrazione del suo contenuto in conformità a legge - la responsabilità disciplinare sarà esclusa.

Quid iuris in relazione al *contratto relativamente nullo che sia stato convalidato*? In tal caso, l'antigiuridicità del contratto viene a cessare con la convalida, e con essa la possibilità di danno al contraente debole e di lesione degli interessi generali posti a fondamento della nullità di protezione. Il che non impedisce, peraltro, di ravvisare una violazione dei valori del sistema per il solo fatto che il contratto sia stato concluso in assenza dei requisiti di legge. Un utile appiglio interpretativo può essere fornito, probabilmente, dalla previsione contenuta nell'art. 47 del d. lgs. n. 380/2001 (già art. 21 della legge n. 47/1985), che esclude per gli atti "convalidabili" la responsabilità disciplinare del notaio¹²⁷. Previsione, questa, che certamente non è di carattere eccezionale: la sua collocazione nel testo unico in materia edilizia non discende infatti da specifiche ragioni attinenti al particolare oggetto della convalida, quanto piuttosto alla circostanza della eccezionalità dell'istituto della conferma del negozio affetto da nullità assoluta. Piuttosto, va posto in evidenza il fatto che l'art. 47 suddetto subordina la convalida alla circostanza che, al momento del contratto, fosse stato già emesso il provvedimento abilitativo della costruzione: circostanza che rivela l'intento del

¹²⁵ Sulla categoria dell'inefficacia in senso stretto, cfr. Scalisi, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 201; Valle, *La categoria dell'inefficacia del contratto*, in *Contratto e impresa*, 1998, p. 1203; Scognamiglio, *Inefficacia (diritto privato)*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI, Roma 1989; Scalisi, *Inefficacia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano 1971, p. 322.

¹²⁶ In tal senso, Dolmetta, *Sui "limiti" di applicazione dell'art. 28 legge notarile. A proposito della violazione di norme imperative di protezione*, in *Contratto e impresa*, 2004, p. 76; Passagnoli, *Responsabilità notarile, nullità relativa e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 462 ss. (il quale peraltro ritiene che l'applicazione dell'art. 28 l.n. non possa prescindere da una valutazione in termini di negligenza o imperizia). Uno spunto anche in Donisi, *L'art. 28 della legge notarile: baricentro della professione*, cit., p. 85 ss.

¹²⁷ Cfr. Cass. 15 giugno 2000 n. 8147, in *Riv. not.*, 2001, p. 142, con nota di Casu, *Brevi questioni sulla nullità' ex artt. 17 e 40 l. n. 47/1985*; Trib. L'Aquila 13 dicembre 1995, in *Gazz. not.*, 1996, p. 47; App. Napoli 28 settembre 1994, in *Gazz. not.*, 1995, p. 234; Cass. 2 novembre 1992 n. 11862, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 653, con nota di Tozzi, *La peculiare conferma prevista negli art. 17, 4° comma e 40, 3° comma, l. n. 47 del 1985*; Trib. Milano 15 dicembre 1992, in *Riv. not.*, 1993, p. 161; Trib. Taranto 12 maggio 1988, in *Riv. not.*, 1989, p. 627; App. Lecce 26 settembre 1988, in *Riv. not.*, 1989, p. 627; Trib. Termini Imerese 20 gennaio 1987, in *Vita not.*, 1987, p. 385.

legislatore di escludere la responsabilità notarile nelle sole ipotesi in cui il vizio abbia natura meramente formale, e non sostanziale¹²⁸. Il che, rapportato alla fattispecie in esame, conduce a ritenere *esente da responsabilità disciplinare il notaio nelle sole fattispecie caratterizzate da mancata indicazione in atto degli estremi della fideiussione, nel caso in cui la stessa fosse stata in realtà rilasciata e consegnata all'atto della stipula del contratto, e si proceda successivamente a convalida del relativo vizio*. Mentre appare dubbia l'esclusione di responsabilità disciplinare negli altri casi di violazione dell'art. 1 del decreto legislativo, o di violazione delle disposizioni dell'art. 5 che non si esauriscano in menzioni formali (ad esempio, quelle sull'indicazione dei dati oggettivi e soggettivi), ma che siano veri e propri requisiti di contenuto del contratto.

Il frazionamento dell'ipoteca.

Secondo il tenore originario dell'art. 39, comma 6, del d. lgs. n. 385/1993, in caso di edificio o complesso condominiale, il debitore e il terzo acquirente del bene ipotecato a garanzia di un finanziamento fondiario hanno diritto alla suddivisione del finanziamento in quote e, correlativamente, al frazionamento dell'ipoteca a garanzia. Tale disciplina è ora integrata e modificata dall'art. 6 del decreto legislativo in commento, che detta una serie di disposizioni - modificando il comma 6 suddetto, ed aggiungendo i nuovi commi 6-*bis*, 6-*ter* e 6-*quater* all'art. 39 - evidentemente intese ad assicurare maggior tutela all'acquirente. Con ciò, peraltro, limitandosi ad assicurare la tutela in oggetto nel solo caso in cui il costruttore abbia acceso un *finanziamento fondiario* per finanziare la costruzione; *nessuna specifica disposizione è dettata, invece, per i mutui ipotecari non fondiari*, per i quali vigono ancora le norme del codice civile¹²⁹, senza nessuna integrazione in relazione alle fattispecie di cui trattasi.

In più, il nuovo comma 6 restringe, anziché ampliare, la tutela dell'acquirente, nella misura in cui condiziona il diritto al frazionamento del mutuo e dell'ipoteca alla circostanza *che possa "ottenersi l'accatastamento delle singole porzioni"* che costituiscono il complesso condominiale, "ancorché in corso di costruzione"¹³⁰; il

¹²⁸ Cfr. per tutti Casu-Raiti, *Condominio edilizio e attività negoziale*, Ipsoa, Milano 1999, p. 100 ss.; Maestroni, *Il recupero del negozio nullo nella legge 28 febbraio 1985, n. 47*, in *Abusivismo edilizio ed invalidità negoziale*, Milano 1994, p. 155 ss.

¹²⁹ Sul frazionamento dell'ipoteca, quale rinuncia all'indivisibilità *ex art. 2809 c.c.*, cfr. Bonis, *La divisione dell'ipoteca*, in *Riv. dir. ipot.*, 1970, p. 173; Bucciante, *Frazionamento d'ipoteca ed annotazioni*, in *Riv. dir. ipot.*, 1964, p. 19; Gallo, *Il frazionamento dell'ipoteca*, in *Foro pad.*, 1962, III, c. 74, ed in *Riv. dir. ipot.*, 1962, p. 143.

¹³⁰ Sull'accatastamento in corso di costruzione, sono ancora attuali le istruzioni fornite con Circ. Min. Fin. 20 gennaio 1984 n. 2, in *Notiziario del C.N.N.*, 1984, 2, p. 74; richiamata da Circ. Agenzia Territorio 26 novembre 2001 n. 9/T.

tutto, evidentemente, al condivisibile fine di assicurare una corretta identificazione catastale delle singole unità immobiliari oggetto dei lotti da frazionare. Il comma 6, poi, precisa che gli acquirenti, promissari acquirenti o assegnatari hanno diritto ad ottenere il frazionamento "limitatamente alla porzione immobiliare da essi acquistata o promessa in acquisto o in assegnazione".

Ai sensi del comma 6-*bis*, dalla richiesta di suddivisione del finanziamento in quote corredata da documentazione idonea a comprovare l'identità del richiedente, la data certa del titolo e l'accatastamento delle singole porzioni per le quali è richiesta la suddivisione del finanziamento, la banca deve provvedere entro il termine di novanta giorni. Tale termine è aumentato a centoventi giorni se la richiesta riguarda un finanziamento da suddividersi in più di cinquanta quote. Prosegue il comma 6-*ter*, disponendo che qualora la banca non provveda entro il predetto termine, il richiedente può presentare ricorso al presidente del tribunale nella cui circoscrizione l'immobile è situato, che designa un notaio che, anche avvalendosi di ausiliari, redige un atto pubblico di frazionamento sottoscritto esclusivamente dal notaio stesso. Dall'atto di suddivisione del finanziamento, o dal diverso successivo termine stabilito nel contratto di mutuo decorre, con riferimento alle quote frazionate, l'inizio dell'ammortamento delle somme erogate; di tale circostanza si fa menzione nell'atto stesso. *L'intervento del notaio*, in questo caso, ha connotazioni del tutto peculiari, agendo egli su delega del presidente del tribunale, e svolgendo anche, per certi aspetti, funzioni sostanziali di arbitratore (art. 1349 c.c.), nella misura in cui - pur avvalendosi di tecnici quali ausiliari - deve adottare decisioni relative alla formazione dei lotti da frazionare, ed alla corrispondenza dei lotti stessi a determinati importi del mutuo da rimborsare. Il ruolo del notaio, perciò, si avvicina in questo caso a quello del notaio delegato ai fini dello svolgimento delle operazioni divisionali nella divisione giudiziale¹³¹, o del notaio delegato alla vendita all'incanto nell'espropriazione forzata immobiliare¹³²; fattispecie alle quali è possibile fare riferimento anche per l'individuazione dei

¹³¹ Cfr. C.N.N. (estensore Avagliano), *L'intervento del notaio nel processo di divisione: attività delegata e presenza delle parti*, in *Studi e materiali*, 6.1, Milano 2001, p. 39; C.N.N. (estensori Ruotolo-Velletti), *Divisione giudiziale: l'intervento del notaio nella fase del procedimento divisorio relativa alla vendita forzata di mobili ed immobili*, in *Studi e materiali*, 6.1, Milano 2001, p. 62; C.N.N., *La divisione giudiziale ed il ruolo del notaio*, in *Studi su argomenti di interesse notarile*, XI, Roma 1983, p. 3; Fiorda, *Il notaio ausiliario del giudice nella divisione giudiziaria*, in *Vita not.*, 1994, 3, p. CXL; Goveani, *L'intervento del notaio nella divisione giudiziale*, in *Riv. not.*, 1988, p. 1269.

¹³² C.N.N. (estensore Fabiani), *Funzione processuale del notaio ed espropriazione forzata*, in *Studi e materiali*, 2002, 2, p. 517; Manna, *La delega ai notai delle operazioni di incanto immobiliare*, Milano 1999; Luiso-Miccoli, *Espropriazione forzata immobiliare e delega al notaio*, Milano 1999; Campeis-De Pauli, *Espropriazione immobiliare, credito fondiario e delega al notaio*, Padova 1999; Miccolis, *La delega ai notai nelle espropriazioni immobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 325; Oriani, *Ancora sul regime degli atti del notaio delegato nell'espropriazione immobiliare*, in *Foro it.*,

profili teorici generali della figura notarile nelle fattispecie di delegazione giudiziale.

Nello svolgimento di tale attività, *deve ritenersi che al notaio non competa alcuna discrezionalità*, dovendo egli far riferimento ai dati oggettivi del valore delle singole unità immobiliari, in rapporto al valore del mutuo. Il che può dar luogo a qualche problema, nel *caso in cui il valore della singola unità immobiliare non corrisponda, proporzionalmente, al valore della quota di mutuo accollata all'acquirente*. Nel qual caso - in assenza di consenso delle parti - *deve ritenersi che il notaio non possa che far riferimento al valore proporzionale delle singole unità immobiliari*, con conseguente obbligo delle parti, alienante ed acquirente, ad effettuare gli opportuni conguagli per adeguare le modalità di pagamento del prezzo al nuovo importo della quota di mutuo accollata.

Sempre riguardo al comma 6-ter, meritano rilievo le previsioni che richiedono l'atto pubblico di frazionamento (insufficiente, quindi, la forma della scrittura privata autenticata; probabilmente in considerazione dell'esigenza della banca mutuante ad ottenere copia esecutiva del contratto, in quanto dallo stesso scaturiscono obbligazioni di somme di denaro), e che prevedono la sottoscrizione di tale atto esclusivamente ad opera del notaio (presupponendo, evidentemente, che in tal caso non si avrebbe la disponibilità della banca mutuante, già in mora nell'adempimento dell'obbligo previsto dal comma 6-bis).

Merita segnalazione, infine, la previsione del comma 6-quater, in base alla quale, salvo diverso accordo delle parti, la durata dell'ammortamento è pari a quella originariamente fissata nel contratto di mutuo e l'ammortamento stesso è regolato al tasso di interesse determinato in base ai criteri di individuazione per il periodo di preammortamento immediatamente precedente. Il che comporta la necessità di individuare, già nei "contratti condizionati di mutuo", di un tasso di interesse di preammortamento, che dovrà essere poi preso in considerazione ai fini del comma 6-quater. In mancanza di determinazione di tale tasso di preammortamento nel contratto condizionato, dovrà peraltro ritenersi ammissibile il ricorso al *tasso effettivamente applicato per il periodo di preammortamento*, quale risultante da documentazione scritta, anche di natura contabile, in possesso delle parti.

I divieti di stipula in assenza di cancellazione o frazionamento di ipoteche e pignoramenti.

Tra le nuove previsioni che maggiormente incideranno sull'attività notarile, un posto di rilievo spetta all'art. 7 del decreto, a norma del quale "il notaio non può procedere alla stipula dell'atto di compravendita se, anteriormente o

1999, V, c. 97; Oriani, *Il regime degli atti del notaio delegato alle operazioni di vendita nell'espropriazione immobiliare*, in *Foro it.*, 1998, V, c. 397.

contestualmente alla stipula, non si sia proceduto alla suddivisione del finanziamento in quote o al perfezionamento di un titolo per la cancellazione o frazionamento dell'ipoteca a garanzia o del pignoramento gravante sull'immobile".

La disposizione è tesa a risolvere un problema spesso manifestatosi nel passato: quello della tutela dell'acquirente a fronte di iscrizioni ipotecarie, o trascrizioni di pignoramenti, di cui magari veniva promessa la cancellazione all'atto della stipula del contratto di compravendita, ma che in realtà non venivano poi cancellate, con conseguente grave pregiudizio dell'acquirente e possibile assoggettamento dell'immobile dallo stesso acquistato ad espropriazione forzata. Nel tradurre in pratica tale lodevole intento, peraltro, il legislatore delegato ha elaborato una norma altamente imprecisa, che darà probabilmente luogo ad un notevole contenzioso proprio a cagione di tale imprecisione. Anche se un corretto uso degli strumenti ermeneutici consente, probabilmente, di superare i principali problemi nascenti dall'approssimativa formulazione legislativa.

In primo luogo, la disposizione si riferisce all'"atto di compravendita". Formula da un lato eccessivamente restrittiva (sono trascurate tutte le tipologie negoziali diverse dalla compravendita), e dall'altro troppo ampia (non si fa riferimento ad alcuno dei presupposti - contratto tra costruttore ed acquirente persona fisica, immobile da costruire - che delimitano l'ambito di applicazione della nuova disciplina). In entrambi i casi, deve farsi luogo ad "interpretazione correttiva"¹³³, in omaggio ad elementari esigenze di ordine sistematico.

Così, per un verso non pare dubbio che debba aversi riguardo ai *solli contratti aventi ad oggetto "immobili da costruire", stipulati tra "costruttore" ed "acquirente", come definiti dalla legge n. 210/2004*, essendo questa l'unica interpretazione idonea ad evitare la censura di illegittimità costituzionale per eccesso di delega, come sopra precisato; ed avuto anche riguardo all'intitolazione del decreto legislativo, che di per sé costituisce importante elemento interpretativo delle disposizioni in esso contenute. Ciò significa che al di fuori di tali casi, e quindi trattandosi di fabbricati ultimati, o venduti da soggetti privati, permane la possibilità di stipulare il contratto definitivo anche in assenza di frazionamento o cancellazione dell'ipoteca, o del pignoramento.

Per altro verso, il riferimento in via esclusiva alla "*compravendita*" non può che essere interpretato estensivamente, e ciò anche se la stessa legge delega, all'art. 3, lett. n), utilizza una formula analoga, nella parte in cui prevede l'emanazione di norme dirette "all'eventuale cancellazione dell'ipoteca o del pignoramento gravante sull'immobile da costruire, assicurando che gli atti che permettono l'esecuzione delle formalità nei registri immobiliari siano posti in essere prima della stipula dell'atto definitivo di *compravendita*, o contestualmente alla stessa".

¹³³ Sulla quale, cfr. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., p. 146.

L'interpretazione della legge, infatti, deve conformarsi all'elementare canone della *ragionevolezza*, a sua volta strettamente connesso al principio di *uguaglianza*: non è possibile, infatti, ritenere costituzionalmente legittima una disposizione che assoggetti a diverso trattamento due fattispecie rispetto alle quali si pongono esigenze di regolamentazione sostanzialmente identica; e, di fronte, ad un'interpretazione, anche se letterale, palesemente incostituzionale, l'interprete ha il dovere di adottare quella lettura della norma che sia idonea a porre al riparo la stessa dalla declaratoria di incostituzionalità. E non è chi non veda che sarebbe del tutto irrazionale e priva di giustificazione, sotto il profilo in esame, la *disparità di trattamento* della compravendita di immobile da costruire rispetto, ad esempio, alla permuta di cosa presente contro cosa futura (in cui di diverso vi è solo la natura del corrispettivo, in natura e non numerario), o rispetto agli altri atti o contratti onerosi con effetti traslativi, sia pure differiti: in questi casi, le parti non saranno chiamate a stipulare un nuovo contratto nel momento in cui l'effetto traslativo si produrrà, e quindi la stipula del contratto definitivo, sia pure ad effetti reali differiti, è l'ultima occasione di condizionare il consenso definitivo all'eliminazione delle formalità pregiudizievoli.

Nel senso suindicato depongono anche altri argomenti. *In diverse altre disposizioni del decreto legislativo in commento si fa riferimento alla sola compravendita* (art. 3 per l'obbligo di assicurazione; art. 5, comma 1, lett. h), riguardo agli obblighi attinenti alle formalità pregiudizievoli); ed *anche in questi casi non sembra dubbio che la ratio delle disposizioni debba estendersi a tutte le altre tipologie negoziali che abbiano come effetto il trasferimento di immobili da costruire*. In più, si consideri che - come rilevato da autorevole dottrina - la compravendita è spesso assunta dal legislatore come *prototipo* dei negozi ad efficacia traslativa, tant'è vero che numerosi aspetti di disciplina, in realtà comuni a questi ultimi, sono disciplinati dallo stesso codice civile con esclusivo riguardo alla vendita (ad esempio, norme sulla garanzia per evizione e per vizi; e, per quanto qui specificamente di interesse, norme sulla vendita di cosa futura)¹³⁴. Una volta acquisita l'esigenza di ordine sistematico (essenziale tra l'altro al fine di assegnare coerenza e razionalità alla legge, condizione per la sua legittimità costituzionale¹³⁵), che depone per un'interpretazione estensiva della disposizione, nessun rilievo

¹³⁴ De Nova, *Il tipo contrattuale*, Padova 1974, p. 54 ss.

Si pensi ancora - quale indice del fenomeno sopra descritto - alla disciplina dell'autorizzazione giudiziale dettata dall'art. 747 c.p.c., dettata testualmente in relazione alla compravendita, ma in realtà riferibile - come pacificamente ammesso - a tutti gli atti di straordinaria amministrazione: Lorefice, *Dei provvedimenti di successione*, Padova 1991, p. 59 (ed ivi ulteriori riferimenti).

¹³⁵ Falzea, *Dogmatica giuridica e diritto civile*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, Milano 1999, p. 293 ss. Sul criterio di ragionevolezza, quale parametro di costituzionalità della legge alla luce della sua coerenza con la *ratio legis*, Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano 2001, p. 145.

potrebbe essere dato - per limitare l'ambito di applicazione della norma al solo contratto di compravendita - al brocardo *in claris non fit interpretatio*, del quale la dottrina ha dimostrato la totale inconsistenza quale argomento interpretativo¹³⁶. Né si potrebbe far leva sul (presunto) principio che vuole limitata l'applicazione delle *norme proibitive* ai soli casi in esse espressamente previste¹³⁷: ove non si ritenesse possibile, come sopra suggerito, utilizzare lo strumento dell'interpretazione estensiva¹³⁸, sopperirebbe il congegno della frode alla legge (art. 1344 c.c.), previsto dal legislatore nel campo negoziale quale tecnica alternativa, per l'appunto, all'analogia, ogni qualvolta è necessario vietare, più che una precisa tipologia negoziale, un determinato *risultato* (qual è, nella fattispecie in esame, l'acquisto oneroso di immobile da costruire, gravato da ipoteche e pignoramenti)¹³⁹.

Deve ritenersi, invece, diversa la disciplina del *contratto preliminare*, che di per sé è fattispecie negoziale la cui causa è strettamente legata all'esigenza di "controllo delle sopravvenienze" da attuarsi in sede di stipula del definitivo¹⁴⁰, e quindi in particolare, per ciò che ci riguarda, di verifica che si sia provveduto agli atti necessari per la cancellazione delle formalità pregiudizievoli. Del resto, sarebbe impossibile immaginare di sottoporre il contratto preliminare ai medesimi divieti previsti per il contratto definitivo: sia perché in tal caso si finirebbe con il bloccare la contrattazione immobiliare, sia perché l'intervento notarile, per la stipula del contratto preliminare, è solo eventuale ed episodico.

¹³⁶ Perlingieri, *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il brocardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Scuole tendenze e metodi*, Napoli 1988, p. 273 ss., ove giustamente si mette in discussione il presunto primato dell'interpretazione letterale rispetto ai criteri sistematico ed assiologico, in realtà "profili e criteri di un processo conoscitivo unitario".

¹³⁷ Per l'inesistenza di un "generale principio di libertà", a cui farebbe riscontro l'eccezionalità delle norme proibitive, D'Amico, *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, Milano 1993, p. 36 ss., nota 82.

¹³⁸ Non è invece utilizzabile lo strumento dell'analogia, mancando nella fattispecie in esame una lacuna dell'ordinamento: ciò "in quanto le parti fanno ricorso a schemi negoziali che sono previsti dal legislatore e hanno una precisa disciplina normativa" (D'Amico, *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, cit., p. 88).

¹³⁹ D'Amico, *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, cit., p. 88 ss. (il quale evidenzia come, nel campo negoziale, quando "il legislatore intende vietare un determinato risultato, è facile che egli si rappresenti - nel momento della formulazione della norma proibitiva - soltanto una (o alcune) delle possibili forme in cui quel risultato può essere conseguito, la forma - per così dire - più immediata e tipica. Ma nulla esclude che il risultato che si vuole vietare sia conseguibile sostanzialmente attraverso (svariatissime) altre forme, il ricorso alle quali il legislatore può non essersi rappresentato o avere (inesattamente) ritenuto improbabile. La previsione dell'art. 1344 c.c. sembra allora configurarsi come un *allargamento*, nella materia negoziale, del tradizionale istituto dell'analogia".

¹⁴⁰ Per tale funzione del preliminare, cfr. Gabrielli, *Il contratto preliminare*, Milano 1970, p. 152 ss.

In conclusione, *il divieto di stipula in difetto di atti che consentano il frazionamento e la cancellazione deve ritenersi esteso a tutti i contratti ad effetti reali differiti aventi ad oggetto immobili da costruire nei casi previsti dalla legge n. 210/2004, mentre non si estende ai contratti preliminari ed altri contratti preparatori che presuppongano, comunque, un nuovo consenso da parte dell'acquirente.*

Agevole appare, a questo punto, il coordinamento con la previsione dell'art. 5, comma 1, lett. h), del decreto legislativo: *il contratto dovrà sempre riportare l'eventuale esistenza di ipoteche e trascrizioni pregiudizievoli, ma nel caso di contratto definitivo il consenso alla cancellazione di pignoramenti ed ipoteche, ed il frazionamento di questi ultimi, devono precedere o accompagnare il contratto stesso; mentre nel caso di contratto preliminare potranno essere anche successivi.*

L'art. 7 del decreto si preoccupa esclusivamente del frazionamento, o della cancellazione, di ipoteche e pignoramenti, senza fare alcun cenno alle altre eventuali formalità pregiudizievoli (domande giudiziali, sequestri, servitù, obbligazioni *propter rem*, ecc.). Probabilmente perché il legislatore, con una valutazione legale tipica, ha ritenuto tali tipologie di formalità pregiudizievoli statisticamente meno pericolose - in quanto meno ricorrenti, o comunque, se si ha riguardo ad esempio alle servitù, oggettivamente meno pregiudizievoli - di quanto lo siano pignoramenti ed ipoteche. Con la conseguenza che *rispetto alle formalità diverse da pignoramenti ed ipoteche - definitivo o preliminare che sia il contratto - trova applicazione solo la previsione dell'art. 5, comma 1, lett. h), del decreto legislativo: il contratto dovrà precisare gli obblighi del costruttore connessi a tali formalità pregiudizievoli, precisando se tali obblighi "debbono essere adempiuti prima o dopo la stipula del contratto definitivo di vendita".*

Ai sensi dell'art. 7, anteriormente o contestualmente alla vendita deve procedersi quindi "alla suddivisione del finanziamento in quote o al perfezionamento di un titolo per la cancellazione o frazionamento dell'ipoteca a garanzia o del pignoramento gravante sull'immobile". Ad onta dell'apparente diversa formulazione, deve ritenersi che in entrambi i casi sia sufficiente il perfezionamento di un atto con cui la banca, o il creditore in genere, consenta alla cancellazione dell'ipoteca o al suo frazionamento; o l'emanazione di un provvedimento giudiziale che ordini la cancellazione del pignoramento ¹⁴¹; rimanendo invece indifferente la materiale esecuzione della formalità di cancellazione o frazionamento ad opera del conservatore dei registri immobiliari. Tale disposizione va comunque interpretata

¹⁴¹ La giurisprudenza ha chiarito che, ai fini della cancellazione del pignoramento, non è idoneo il consenso dei creditori, ed in genere delle parti interessate, essendo necessario un provvedimento giudiziale: Cass. 22 maggio 1993 n. 5796, in *Vita not.*, 1994, p. 281. Su tale cancellazione, cfr. Pescatore, *La cancellazione della trascrizione del pignoramento immobiliare*, in *Riv. dir. ipot.*, 1972, p. 43.

alla luce della legge delega, il cui art. 3, lett. n), richiede che gli "atti che permettono l'esecuzione delle formalità nei registri immobiliari siano posti in essere prima della stipula dell'atto definitivo di compravendita, o contestualmente alla stessa": occorre, quindi, che il consenso al frazionamento o alla cancellazione, di cui si è parlato, abbia *forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata* (artt. 2657, 2835, 2836 c.c.), non essendo sufficiente una mera scrittura non autenticata con la quale il creditore si impegna a tal fine.

La norma richiede la previa o contestuale formazione degli atti che permettono l'esecuzione delle formalità di cancellazione o frazionamento, ma non specifica in quali casi debba farsi luogo a dette formalità. La risposta è semplice per quanto riguarda il *frazionamento*: si tratta dell'*ipotesi in cui l'acquirente si sia accollato una quota del mutuo contratto dal costruttore*, nella quale il mancato frazionamento comporterebbe la responsabilità solidale dell'acquirente per l'intero debito contratto dal costruttore medesimo (si comprende, quindi, come la semplice promessa di effettuare successivamente il frazionamento, da parte del venditore, sia stata giudicata insufficiente garanzia per l'acquirente). Quanto alla *cancellazione dell'ipoteca*, si tratta dell'*ipotesi in cui la stessa ipoteca sia stata contratta a garanzia di un debito che non viene accollato all'acquirente*: in tal caso la legge sostanzialmente impedisce sia di mantenere il debito in capo al venditore, sia di obbligarsi in atto alla relativa estinzione ed alla successiva cancellazione dell'ipoteca. Si ha quindi una rilevante compressione dell'autonomia privata, giustificata in ragione delle esigenze di tutela del contraente debole. Per di più, *il divieto di stipula in presenza di iscrizione ipotecaria deve ritenersi sussistere anche nell'ipotesi in cui l'ipoteca sia solo formalmente iscritta, in quanto a garanzia di un'obbligazione già estinta* e, quindi, a sua volta venuta meno (art. 2878, n. 3, c.c.).

La disposizione dell'art. 7 è formulata in termini proibitivi: "il notaio non può procedere alla stipula dell'atto". Il che rende certamente *applicabile la disposizione dell'art. 28 della legge notarile*, che vieta il ricevimento degli atti "espressamente proibiti dalla legge". *E' da escludersi, invece, che tale divieto comporti la nullità virtuale dell'atto*: la norma è dettata in termini di divieto imposto al notaio, e non di contenuto o forma del contratto, a differenza del precedente articolo 5. E' vero che questa lettura potrebbe rendere possibile l'elusione della norma: basterebbe che le parti concludessero il contratto per scrittura privata, provvedendo successivamente all'accertamento giudiziale delle sottoscrizioni, con trascrizione della relativa domanda giudiziale *ex art. 2652, n. 3, c.c.*, e quindi alla successiva trascrizione della scrittura privata una volta ottenuto l'accertamento con sentenza¹⁴². Tale circostanza,

¹⁴² Come opportunamente chiarito da dottrina e giurisprudenza, titolo per la trascrizione è, in questo caso, pur sempre l'atto contenuto nella scrittura privata di cui, in conformità alla disposizione dell'art. 2657 c.c., è accertata l'autenticità delle sottoscrizioni, mentre la sentenza di per sé non è soggetta a trascrizione, ma rappresenta un documento accessorio da produrre al conservatore all'atto

tuttavia, non può legittimare una lettura della norma in termini di nullità virtuale dell'atto; il legislatore ha certo tenuto conto dell'eccezionalità della stipula di contratti definitivi senza intervento notarile, anche qui effettuando una valutazione legale tipica dei "rischi" esistenti in capo all'acquirente.

Il diritto di prelazione nella vendita forzata.

L'art. 8 del decreto legislativo si occupa dell'eventualità in cui l'acquirente, pur avendo ottenuto la consegna dell'immobile ed avendo quindi adibito lo stesso ad abitazione principale, per sé o per un proprio parente in primo grado (non per il coniuge), subisca l'espropriazione forzata, evidentemente in forza di vincoli (pignoramenti, ipoteche) preesistenti all'acquisto¹⁴³. In tal caso, viene riconosciuto all'acquirente - anche nel caso in cui lo stesso abbia escusso la fideiussione - il diritto di *prelazione nell'acquisto dell'immobile, al prezzo definitivo raggiunto nell'incanto, anche in esito ad eventuali offerte di aumento del sesto, ex art. 584 c.p.c.*

Tale diritto di prelazione non è una novità assoluta nel nostro ordinamento. Dottrina e giurisprudenza hanno, infatti, riconosciuto l'operatività di alcuni tipi di prelazione, legale o convenzionale, anche in sede di vendita forzata¹⁴⁴.

Presupposto per la nascita del diritto di prelazione è l'applicabilità - all'acquisto da parte del soggetto acquirente - delle norme della legge n. 210/2004, e relativo decreto attuativo. Ciò significa che il soggetto "acquirente", come definito dalla suddetta legge, deve aver acquistato l'abitazione per effetto di un contratto stipulato con un "costruttore", e che deve trattarsi di "immobile da costruire". A tale conclusione si perviene, oltre che in base ai principi ermeneutici di ordine generale

della presentazione della richiesta di trascrizione di detta scrittura: Pugliatti, *La trascrizione, II – L'organizzazione e l'attuazione della pubblicità patrimoniale*, Milano 1989, p. 471; Natoli, *Trascrizione*, Torino 1959, p. 171, e p. 184, nota 11; Nicolò, *La trascrizione, I*, Milano 1973, p. 82; Id., *La trascrizione, III*, Milano 1977, p. 60, e p. 97 ss.; Ferri-Zanelli, *Della trascrizione*, Bologna-Roma 1997, p. 324, e p. 377; Cass. 7 novembre 2000 n. 14486, in *Vita not.*, 2001, p. 300.

¹⁴³ Nel caso, invece, in cui l'acquisto sia anteriore al pignoramento, ovviamente l'esecuzione non potrà aver luogo, stante l'opponibilità dello stesso al creditore pignorante ed ai creditori intervenuti nell'esecuzione (art. 2913 c.c.).

¹⁴⁴ Lo Cascio, *Concordato preventivo e prelazione convenzionale nella vendita di immobili* (nota a Cass. 27 luglio 2004 n. 14083), in *Fallimento*, 2005, p. 135; Di Zillo, *La prelazione convenzionale e legale nella vendita fallimentare: consolidazione di un principio* (nota a Cass. 19 novembre 2003 n. 17523), in *Riv. not.*, 2004, p. 495; PLATANIA, *Operatività della prelazione in caso di vendita coattiva di azioni* (nota a Cass. 12 giugno 2001 n. 7879), in *Società*, 2002, p. 42; Peluso, *Prelazione convenzionale e vendita fallimentare* (nota a Trib. Vicenza 11 gennaio 2002), in *Notariato*, 2002, p. 186; VANONI, *Clausola statutaria di prelazione e vendita forzata di azioni*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1992, II, p. 724; Ceniccola, *Retratto successorio e vendita forzata* (nota a Cass. 30 gennaio 1986 n. 596), in *Vita not.*, 1986, p. 179.

già evidenziati, in considerazione del richiamo effettuato dall'art. 8 alla fideiussione (prevista dagli artt. 1 e 2 del decreto), nonché, nel quarto comma, alla vendita ad opera del costruttore ed alle caratteristiche da assumersi dall'immobile ancora da costruire all'epoca del contratto.

Ai fini dell'esercizio del diritto di prelazione, l'autorità che procede alla vendita dell'immobile (quindi il giudice delle esecuzioni, il giudice delegato al fallimento, ovvero il notaio delegato *ex art. 591-bis c.p.c.*) provvede a dare immediata comunicazione all'acquirente, con atto notificato a mezzo ufficiale giudiziario della definitiva determinazione del prezzo entro dieci giorni dall'adozione del relativo provvedimento, con indicazione di tutte le condizioni alle quali la vendita dovrà essere conclusa, e l'invito ad esercitare la prelazione.

L'operatività della norma richiede, ovviamente, che l'autorità incaricata della vendita sia a conoscenza dei presupposti del diritto di prelazione (precedente cessione ad opera di un "costruttore" ad un soggetto definibile come "acquirente", di un "immobile da costruire"; utilizzo come abitazione principale a favore dei soggetti indicati all'art. 8). Tutte circostanze che possono non risultare dagli atti del processo esecutivo. *Cosicché deve ritenersi che il giudice, ed il notaio delegato, non abbiano alcun obbligo di offerta in prelazione nel caso in cui tutti i suddetti elementi non risultino dagli atti esecutivi, o comunque non siano stati ad essi comunicati da parte dell'acquirente.*

L'obbligo di comunicazione e di offerta in prelazione deve essere adempiuto entro dieci giorni dalla definitiva determinazione del prezzo. Nel caso di vendita all'incanto, non seguita da offerte di aumento del sesto, il prezzo deve ritenersi definitivamente determinato con il decorso di dieci giorni dall'incanto con aggiudicazione provvisoria (art. 584 c.p.c.); nel caso, invece, in cui offerte in aumento vi siano state, la determinazione ha luogo con la gara prevista dall'art. 573 c.p.c. In entrambi i casi, *il "provvedimento" cui fa cenno l'art. 8, comma 2, del decreto è quello di aggiudicazione, contestuale al verbale di incanto o di gara* (art. 581 c.p.c.).

Ricevuta l'offerta in prelazione, l'acquirente ha l'onere di esercitarlo, a pena di decadenza, entro dieci giorni dalla ricezione della comunicazione, sempre con atto notificato a mezzo di ufficiale giudiziario. *Per tutto questo tempo deve ritenersi che l'aggiudicatario provvisorio non possa effettuare il versamento del prezzo*, ed il giudice, o il notaio delegato, debbano quindi sospendere la riscossione. Nessun riflesso si produce, invece, sul termine complessivo previsto dalla legge per effettuare il pagamento ad opera del medesimo aggiudicatario provvisorio, ove l'acquirente non eserciti la prelazione (termine fissato con l'ordinanza di vendita o l'avviso d'asta, comunque non superiore a sessanta giorni dall'aggiudicazione, ai sensi dell'art. 576, n. 7, c.p.c.).

Una volta che l'acquirente eserciti il diritto di prelazione, *al trasferimento di proprietà a favore del prelazionario si procede mediante emanazione di decreto di trasferimento*; decreto che - trattandosi di procedura delegata *ex art. 591-bis c.p.c.* - dovrà essere predisposto dal notaio, e sottoscritto quindi dal giudice dell'esecuzione.

Acquistato l'immobile per effetto dell'esercizio della prelazione, l'acquirente - se il prezzo di acquisto è inferiore alle somme riscosse in sede di escussione della fideiussione - deve *rimborsare l'eccedenza al fideiussore*, purché ovviamente le caratteristiche tipologiche e di finitura dell'immobile siano corrispondenti a quelle previste nel contratto stipulato con il costruttore (in caso di differenti caratteristiche, invece, deve procedersi ad apposita stima).

Nell'ipotesi in cui - a causa di errore, o inadempimento ad opera dell'autorità preposta alla vendita, o per qualsiasi altro motivo - il diritto di prelazione non sia stato rispettato, è escluso il diritto di riscatto dell'acquirente nei confronti dell'aggiudicatario. Ciò significa che la vendita forzata si perfezionerà, senza possibilità alcuna di evizione dell'aggiudicatario. Fermo restando, in base alle ordinarie regole sulla responsabilità civile - differenti, come è noto, per il giudice e per il notaio delegato - l'obbligo dell'autorità preposta alla vendita, ove ne ricorrano i presupposti, di risarcire il danno all'acquirente.

Fallimento del costruttore: scioglimento o esecuzione del contratto.

In caso di fallimento del venditore, se il bene venduto non è ancora passato in proprietà del compratore al momento della dichiarazione di fallimento, l'art. 72, comma 4, della legge fallimentare, attribuisce al curatore la scelta tra l'esecuzione e lo scioglimento del contratto (nel quale ultimo caso il compratore ha diritto a far valere il proprio credito nel passivo, senza che gli sia dovuto alcun risarcimento del danno). Trattandosi di contratto preliminare di compravendita, il quinto comma dell'art. 72 ribadisce la facoltà del curatore di scegliere tra l'esecuzione e lo scioglimento del contratto; ma prevede, in aggiunta, a favore del promissario acquirente, il privilegio di cui all'art. 2775-bis c.c., a condizione che gli effetti della trascrizione del preliminare non siano cessati anteriormente alla data di dichiarazione di fallimento.

Su tale disciplina incide il decreto legislativo in commento, relativamente alle fattispecie rientranti nel suo ambito di applicazione. Innanzitutto, con il nuovo art. 72-bis della legge fallimentare, introdotto dall'art. 10 del decreto. A norma del quale *l'escussione della fideiussione ad opera dell'acquirente*, comunicata al curatore, prima che quest'ultimo abbia comunicato la scelta tra l'esecuzione e lo scioglimento del contratto, *preclude al curatore la suddetta scelta*, e comporta *ipso iure* lo scioglimento del contratto (preliminare o definitivo che sia). Se, invece, il curatore è più tempestivo, e comunica la scelta di esecuzione del contratto all'acquirente,

questi non potrà escutere la fideiussione. La medesima disciplina è dettata dal comma 3 dell'art. 2 del decreto: ove si prevede che, verificatasi la situazione di crisi per effetto della dichiarazione di fallimento o di liquidazione coatta amministrativa o amministrazione straordinaria, o della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo, l'acquirente può escutere la fideiussione fino a quando il competente organo della procedura concorsuale non abbia comunicato la propria volontà di subentrare nel contratto preliminare.

Il legislatore ha rinunciato, quindi, ad una tutela più incisiva a favore dell'acquirente, che avrebbe potuto consistere nella preclusione, all'organo della procedura concorsuale, della scelta di scioglimento del contratto; con ciò sacrificando, nella sostanza, l'interesse dell'acquirente a quello della massa dei creditori, sulla base della considerazione che il primo, in caso di scioglimento del contratto, è comunque tutelato dalla garanzia fideiussoria; nonché dal diritto di prelazione previsto dall'art. 8 in caso di successiva vendita forzata. La quale peraltro, come già chiarito, copre unicamente le somme versate dall'acquirente, e non si estende al valore dell'immobile oggetto del contratto. Soprattutto, l'esercizio del diritto di prelazione può risultare penalizzante, ove il prezzo raggiunto a seguito dell'incanto sia superiore a quello pattuito nel contratto con il costruttore. Ciò nonostante, nel conflitto tra i due interessi il legislatore ha ritenuto di privilegiare quello della massa dei creditori: scelta di cui possono comprendersi le ragioni, poiché l'esecuzione di un contratto implicante obblighi di costruzione, allorché l'impresa costruttrice sia in dissesto e quindi impossibilitata ad eseguire o completare l'edificio, può risultare in concreto irrealizzabile ad opera degli organi della procedura.

Si tratta, del resto, di scelta già effettuata con la legge 27 febbraio 1997 n. 30, che ha previsto la trascrizione del contratto preliminare, ed ha correlativamente introdotto l'ultimo comma dell'art. 72 della legge fallimentare: norma, quest'ultima, che - nel disciplinare il privilegio del promissario acquirente nel fallimento - ribadisce la facoltà di scelta del curatore tra l'esecuzione e lo scioglimento del contratto preliminare, ancorché trascritto. Stupisce quindi, alla luce di tale precedente, la recente presa di posizione della Suprema Corte che, con un recente *revirement*, ha ritenuto che la trascrizione della domanda di esecuzione in forma specifica del contratto preliminare, ex art. 2652, n. 2, c.c., se effettuata anteriormente alla dichiarazione di fallimento, precluda in ogni caso al curatore l'opzione per lo scioglimento del contratto¹⁴⁵. Indirizzo giurisprudenziale che non solo si pone in netto contrasto con quello precedente della stessa giurisprudenza di

¹⁴⁵ Cass. 7 luglio 2004 n. 12505, in *Vita not.*, 2004, p. 1603, ed in *Dir. fall.*, 2005, II, p. 1, con nota di Coltraro, *Fallimento del permutante, trascrizione della domanda ex art. 2932 cod. civ. e limiti al potere di scioglimento del curatore: le sezioni unite mutano indirizzo.*

legittimità ¹⁴⁶, ma che appare in rotta di collisione con la succitata previsione dell'art. 72, ultimo comma, della legge fallimentare. In altri termini, non si giustifica la differenza di trattamento tra la trascrizione della domanda giudiziale e la trascrizione del contratto preliminare, posto che la terminologia utilizzata dall'art. 2652, n. 2, e dall'art. 2645-bis, n. 2, c.c., è praticamente identica nel descrivere l'effetto "prenotativo". Di prenotazione parla in generale la dottrina con riguardo ad entrambi i fenomeni, senza distinguere; d'altra parte, l'art. 2645-bis, comma 2, c.c., fa retroagire alla data di trascrizione del preliminare anche la sentenza costitutiva ex art. 2932 c.c. ¹⁴⁷. Insomma, i due fenomeni operano in modo identico, e se in relazione al secondo è fatto salvo il potere di scelta del curatore, ex art. 72, ult. comma, l.fall., non vi è ragione perché così non sia nel primo caso. Al contrario, probabilmente dall'art. 72, ult. comma, l. fall., che si riferisce ad una fattispecie trascritta, può evincersi un principio più generale: la non interferenza dell'art. 45 l.fall. con il potere di scelta spettante al curatore. Il che significa che *sia in presenza di contratto preliminare* (trascritto o meno, e trascritto o meno che sia la domanda giudiziale di esecuzione in forma specifica), *sia di fronte a negozi ad effetti reali differiti* (a prescindere dalla circostanza che la trascrizione di questi ultimi sia o meno produttiva di effetti immediati), *il curatore mantiene - anche laddove il contratto riguardi immobili da costruire - il potere di scelta tra lo scioglimento e l'esecuzione del contratto.*

I limiti alla revocatoria fallimentare.

Sempre in ambito fallimentare, l'art. 9 del decreto legislativo esclude l'assoggettamento ad azione revocatoria degli "atti a titolo oneroso che hanno come effetto il trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento di immobili ad uso abitativo, nei quali l'acquirente si impegna a stabilire, entro dodici mesi dall'acquisto o dall'ultimazione degli stessi, la residenza propria o di suoi parenti o affini entro il terzo grado, se posti in essere al giusto prezzo da valutarsi alla data della stipula del preliminare".

La disposizione va coordinata con la recente modifica dell'art. 67 della legge fallimentare, come novellato dall'art. 2 del d.l. 14 marzo 2005, n. 35, a norma del quale non sono soggette a revocatoria "le vendite a giusto prezzo d'immobili ad uso abitativo, destinati a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti e affini entro il terzo grado". Come è evidente, l'ambito di applicazione delle due disposizioni è differente, riferendosi la seconda a tutte le vendite, e non solo a

¹⁴⁶ Cfr. per tutte Cass. 13 maggio 1999 n. 4747, in *Dir. fall.*, 2000, II, p. 763; Cass. 22 aprile 2000 n. 5287, in *Fallimento*, 2000, p. 886; Cass. S.U. 14 aprile 1999 n. 239, in *Dir. fall.*, 1999, II, p. 678; Cass. 16 maggio 1997 n. 4358, in *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Fallimento*, n. 525.

¹⁴⁷ V. sul punto Luminoso, *La trascrizione del contratto preliminare*, cit., p. 41, nota 83.

quelle relative ad immobili da costruire. Che l'art. 9 del decreto legislativo in commento si riferisca solo a questi ultimi contratti non sembra revocabile in dubbio, sulla base delle premesse metodologiche già sviluppate.

Per il resto, non sono riscontrabili importanti differenze tra le due norme. In primo luogo, l'apparente differenza tra gli "atti a titolo oneroso", previsti dall'art. 9 del decreto, e le "vendite", contemplate dall'art. 67 della legge fallimentare: un'interpretazione teleologica di quest'ultima disposizione, anche alla luce della *ratio* di tutela dell'acquirente dell'abitazione principale (che non ammette differenziazioni in base alla diversa tipologia negoziale impiegata), dovrebbe condurre inevitabilmente ad adottare un'interpretazione estensiva della seconda norma. Lo stesso per quanto riguarda la precisazione relativa al "trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento", contenuta nell'art. 9 ma estensibile anche all'art. 67 l.f., che pur utilizza una formulazione più sintetica. Anche la differente espressione relativa al "giusto prezzo da valutarsi alla data della stipula del preliminare", ex art. 9, in contrapposizione al "giusto prezzo" cui fa cenno lapidariamente l'art. 67 l.f., non trova un'appagante giustificazione: se, infatti, *la valutazione del prezzo al momento del contratto preliminare risponde ad evidenti criteri di ragionevolezza* (essendo in quel momento che si perfeziona l'accordo sul prezzo stesso), deve ritenersi che la disposizione dell'art. 9 si presti ad essere utilizzata come criterio interpretativo per chiarire la portata del più sintetico art. 67 l.f. In entrambe le norme, poi, si precisa in modo identico il requisito di destinazione dell'immobile: deve trattarsi in ogni caso di immobili ad uso abitativo, destinati a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti e affini entro il terzo grado (stranamente, non è contemplato, neanche in questo caso, il coniuge dell'acquirente). L'art. 9 del decreto legislativo non fa riferimento, a rigore, all'"abitazione principale", ma richiede il trasferimento della "residenza". Quest'ultimo concetto va inteso, peraltro, nella sua accezione civilistica di "dimora abituale", il che ne determina l'identificazione con la destinazione ad abitazione principale.

L'unica reale differenza è, quindi, quella emergente dalla formulazione dell'art. 9, ove si richiede *che "l'acquirente si impegni a stabilire, entro dodici mesi dall'acquisto o dall'ultimazione degli stessi", la residenza propria o dei suoi parenti o affini ivi indicati*. Differenza questa facilmente spiegabile, in quanto solo nella fattispecie dell'art. 9 si ha un immobile in corso di costruzione, che non può quindi essere adibito ad abitazione immediatamente.

Rilevante è, nelle disposizioni in commento, il riferimento al "*giusto prezzo*" di vendita: espressione, questa, che non può che riferirsi al *valore di mercato* dell'immobile, e che costituisce *ulteriore ragione per sconsigliare, nelle vendite in cui siano coinvolti soggetti fallibili, la deprecabile prassi della simulazione relativa del prezzo*, diffusa soprattutto per ragioni fiscali, ma sempre più pericolosa sotto il

profilo sostanziale. A tal proposito, non può che richiamarsi il consolidato orientamento giurisprudenziale, che ritiene *inidonea - ai fini della prova della simulazione del prezzo in sede fallimentare - l'esibizione di assegni o altri mezzi di pagamento*, richiedendo invece una scrittura avente data certa, dal quale risulti l'accordo simulatorio tra venditore e compratore¹⁴⁸.

La disciplina transitoria.

L'unica disposizione transitoria del decreto legislativo in esame è quella contenuta nell'art. 4, a norma del quale la disciplina prevista dagli articoli 1, 2 e 3 (quella, cioè, relativa agli obblighi fideiussori e di assicurazione dell'immobile) si applica ai contratti per i quali "il permesso di costruire o altra denuncia o provvedimento abilitativo sia stato richiesto successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto". La *ratio* della disposizione è chiara: si è voluto evitare di gravare economicamente - imponendo prestazioni fideiussorie o assicurative, il cui costo può essere rilevante - su operazioni pianificate in data anteriore all'entrata in vigore della nuova disciplina.

Ciò significa che, *relativamente ai contratti in oggetto, che siano stipulati in data successiva all'entrata in vigore del decreto, non si applicherà la nuova disciplina - in punto di obblighi fideiussori ed assicurativi - quante volte il provvedimento abilitativo o la denuncia di inizio attività siano stati richiesti o presentati anteriormente.*

Nulla è detto, invece, nel decreto con riferimento alle altre disposizioni del decreto: segnatamente, per quelle riguardanti il *contenuto dei contratti* (art. 5), il *frazionamento delle ipoteche* a garanzia di mutui fondiari (art. 6), il *divieto di stipula dei contratti in presenza di ipoteche non cancellate o frazionate, o di pignoramenti non cancellati* (art. 7). In tutti questi casi, deve ritenersi che trovi applicazione il principio generale *tempus regit actum*, e che quindi - essendo le tutele previste nel decreto legislativo derivanti dalla stipula dei contratti tra costruttore ed acquirente, sia necessario far riferimento alla data di stipula di questi ultimi: come dire che le nuove disposizioni *si applicheranno a tutti i contratti stipulati a partire dall'entrata in vigore del decreto.*

Quanto alle *disposizioni di natura procedurale*, e precisamente quelle che contemplan il diritto di prelazione nella vendita forzata (art. 8), l'esenzione da revocatoria fallimentare (art. 9), il limiti al potere di scelta del curatore fallimentare

¹⁴⁸ V. per tutte Cass. 21 giugno 2000 n. 8426, in *Fallimento*, 2001, p. 574; Cass. 15 settembre 2000 n. 12172, in *Foro it.*, Rep. 2000, voce *Fallimento*, n. 446; Cass. 21 giugno 2000 n. 8426, in *Foro it.*, Rep. 2000, voce *Simulazione civile*, n. 11; Cass. 17 luglio 1997 n. 6577, in *Foro it.*, 1997, I, c. 2819; Cass. 22 maggio 1993 n. 5792, in *Foro it.*, 1995, I, c. 653; Cass. 20 febbraio 1992 n. 2097, in *Foro it.*, 1993, I, c. 531.

(art. 10), deve ritenersi che - avendo le norme di natura procedimentale effetto immediato - le stesse debbano ritenersi *senz'altro applicabili agli atti di procedura posti in essere successivamente all'entrata in vigore del decreto*¹⁴⁹.

¹⁴⁹ Cass. 20 novembre 2001 n. 14567, in *Foro it.*, Rep. 2001, voce *Valore aggiunto (imposta)*, n. 373; Cons. Stato 7 gennaio 1993 n. 4, in *Foro it.*, Rep. 1993, voce *Atto amministrativo*, n. 158; Cass. pen. 5 aprile 1993, in *Foro it.*, Rep. 1994, voce *Corte d'Assise*, n. 4; Cass. 6 ottobre 1988 n. 5411, in *Foro it.*, Rep. 1988, voce *Riscossione delle imposte*, n. 45.