
La “circolazione” del preliminare di vendita del costruttore e il D.lgs. 122/2005

di Gaetano Petrelli

Notaio in Verbania

Premessa. Le figure soggettive nel D.lgs. 20 giugno 2005, n. 122

L'individuazione della disciplina relativa alle fattispecie “circolatorie” del contratto preliminare, avente ad oggetto immobili da costruire, deve essere preceduta da una rapida analisi dei presupposti soggettivi di applicabilità del D.lgs. 20 giugno 2005, n. 122¹. L'analisi che segue ha, infatti, quale obiettivo quello di analizzare dette fattispecie circolatorie nel contesto della disciplina protettiva dettata dal citato decreto, al fine di verificare entro quali limiti il mutamento della persona dell'acquirente (o dell'alienante), per effetto di vicende circolatorie del contratto preliminare, ovvero più in generale la “dissociazione” - originaria o sopravvenuta - tra la persona del soggetto “stipulante”, e quella del destinatario degli effetti dell'atto, possa incidere sulla applicabilità delle tutele di legge, in particolare sulle garanzie fideiussoria e assicurativa.

A tali fini, occorre preliminarmente individuare le figure dell'acquirente e del costruttore, quali definite dalla disciplina in esame.

45

L'art. 1, lett. a), del D.lgs. n. 122/2005, sulla scia di quanto disposto dall'art. 2, comma 1, lett. a), della legge delega n. 210/2004, contiene 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».

Non è quindi “acquirente”, nel senso del decreto in commento, la società, la persona giuridica, in genere l'ente collettivo; mentre - in assenza di altra restrizione nella lettera della legge - deve ritenersi che rientri nella definizione di acquirente anche la persona fisica che agisca nell'esercizio di impresa o professione. In questo senso depone, tra 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 professionale². Del resto, laddove il legislatore ha voluto restringere la protezione del contraente debole alla sola figura del “consumatore”, lo ha detto espressamente (in tema di multiproprietà, di protezione dei consumatori ed utenti, di vendita di beni di consumo, ecc.)³. Ove si accetti la tesi prevalente, che qualifica come “consumatore” esclusivamente la persona fisica che non agisce, neanche strumentalmente, nell'esercizio della propria impresa o professione⁴, ne conseguirà quindi che la nozione di “acquirente”, di cui alla legge n. 210/2004 ed al D.lgs. n. 122/2005, non coincide con quella di “consumatore”, quale desumibile dall'art. 1469-bis c.c.⁵

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 bancari⁶, nella disciplina in materia di subfornitura⁷, ed in quella sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali⁸. Si è così affermato che «l'identificazione del contraente debole con riguardo esclusivo alla dimensione (e legislazione) consumeristica è definitivamente superata, e accanto ad essa si è fatta strada l'immagine del professionista debole, protagonista di una contrattazione "terza" per così dire rispetto alle prime due: nella quale, l'asimmetria di potere contrattuale assume connotazioni così peculiari, da richiedere con ogni probabilità un approccio protettivo differenziato»⁹. In dottrina è stata coniata la formula "terzo contratto", per definire queste fattispecie contrattuali, caratterizzate da asimmetrie di potere contrattuale tra imprenditori e/o professionisti¹⁰.

Con un'importante differenza, però, per quanto riguarda gli acquirenti di immobili da costruire: mentre nei contratti bancari, nei contratti di subfornitura e nelle altre fattispecie riconducibili al "terzo contratto", il contraente debole è tutelato qualunque sia la relativa forma giuridica (persona fisica, società o altro ente collettivo), nella disciplina in esame la tutela è limitata alle sole persone fisiche¹¹. Tale requisito soggettivo è indicativo di un parallelismo con la disciplina a tutela dei consumatori: anche qui il legislatore identifica la persona fisica, sulla base dell'*id quod plerumque accidit*, con il contraente meno avveduto e contrattualmente meno abile (a differenza di chi contratta per società ed enti). In tale direzione si muove, del resto, anche la previsione che richiede, perché scatti la tutela, che l'acquisto sia pattuito per sé o per un parente in primo grado: si è ritenuto con tutta probabilità che chi contratta per sé o per un proprio stretto congiunto agisca in modo meno informato e senza particolari mezzi cognitivi e di tutela, al contrario di colui che contratta per conto di persone estranee (cosa che il più delle volte presuppone l'esistenza di rapporti economici con il *dominus* dell'affare, il che - in un contesto in cui si presume una maggior avvedutezza e attenzione - fa venir meno la necessità di protezione). Anche perché - e questo è un punto che verrà ripreso nel prosieguo - non si è evidentemente voluto estendere indebitamente le norme di tutela al di là di quanto imponeva la *ratio* della normativa in esame. Anche la persona fisica che contratta in qualità di imprenditore individuale o professionista può non avere le cognizioni tecniche e la forza contrattuale necessari per contrattare in posizione di parità con il costruttore. E tuttavia, per i motivi già espressi, si tratta comunque di un contraente certamente "debole", pur se "più evoluto", sotto il profilo contrattuale, rispetto alla figura del "consumatore".

La tutela, a favore degli acquirenti di immobili da costruire, è espressamente estesa a «colui il quale, ancorché non socio di una cooperativa edilizia¹², 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» (art. 1, lett. a), del decreto delegato). La norma individua indirettamente quale destinatario della tutela, in primo luogo, il socio cooperatore di cooperativa edilizia. 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 preliminare)¹³, all'assegnazione provvisoria in godimento, all'assegnazione definitiva in proprietà. Ciascuno di questi momenti, in quanto dia luogo alla stipula di un contratto che ha o può avere per effetto l'acquisto di immobile da costruire, rientra nella disciplina in esame. Con la sola precisazione che deve trattarsi di negozi giuridici, sia pure preparatori e preliminari, con i quali l'assegnatario o il terzo assuma obbligazioni nei confronti della cooperativa per ottenere l'assegnazione o l'acquisto. La cessione a terzi di unità immobiliari da costruire presuppone che la

cooperativa non sia a mutualità "pura", e sia quindi autorizzata dallo statuto, ai sensi dell'art. 2521, comma 2, c.c.

È possibile, a questo punto, elaborare una prima riflessione di natura sistematica. Dalla definizione letterale contenuta nell'art. 3, comma 1, lett. a), del decreto, risulta chiaramente che "acquirente" è la persona fisica "promissario acquirente", o comunque quella che "abbia stipulato ogni altro contratto" caratterizzato dagli effetti più volte descritti, o "abbia assunto obbligazioni con la cooperativa". La tutela è quindi indirizzata, sul piano soggettivo, a favore di colui che "promette", "stipula", "assume obbligazioni": colui, in una parola, che contrae, che stipula il contratto. Allorché si verifichi, allora, la "dissociazione" tra il contraente e il destinatario degli effetti, per fatti originari o per vicende sopravvenute, la qualifica che costituisce il punto di riferimento soggettivo delle tutele di legge va individuata con riferimento alla persona dello stipulante, e non alla persona di colui che è o potrà essere il destinatario degli effetti contrattuali. Ciò perché il legislatore ha inteso far fronte ad una particolare situazione di debolezza contrattuale della persona fisica stipulante l'acquisto nei confronti dell'imprenditore alienante o promittente alienante: *debolezza che non si ravvisa, invece, nel soggetto che, non contraendo con il suddetto imprenditore in posizione di squilibrio contrattuale, sarà il destinatario degli effetti giuridici del contratto*. In questo senso, come già detto, depono - oltre alla lettera della legge - una lettura in chiave sistematica dell'intera disciplina del D.lgs. n. 122/2005: si consideri, in particolare, la valenza dell'art. 6 del decreto, e la *ratio* che ne sta alla base, finalizzata - oltre che a precisare in dettaglio il contenuto delle obbligazioni del costruttore, che lo stipulante deve poter vagliare al momento della firma - a colmare asimmetrie informative riguardo a circostanze che fuoriescono dalla possibilità cognitiva del soggetto che concretamente stipula il contratto. E la fideiussione, ai sensi dell'art. 2, deve essere consegnata entro il momento della stipula, evidentemente se si fosse avuto riguardo solo al momento degli effetti sarebbe stata sufficiente la suddetta consegna prima del momento della relativa produzione. Non può essere trascurata neanche la necessità di interpretazione adeguatrice rispetto al principio costituzionale di uguaglianza, alla luce del quale sarebbe difficile giustificare una così eclatante differenza di trattamento tra acquirente persona fisica ed acquirente ente collettivo.

In dottrina è stata proposta, peraltro, una lettura radicalmente alternativa rispetto a quella sopra prospettata. Sulla base della previsione contenuta nell'art. 3, comma 1, lett. a), della legge n. 210/2004, che delegava il governo ad approntare «l'equa ed adeguata tutela dei diritti dell'acquirente discendenti dalla stipula del contratto diretto all'acquisto o al trasferimento di un immobile da costruire», si è sostenuto che intento del legislatore è stato quello di apprestare una tutela equa ed adeguata «dei diritti dell'acquirente che sia "persona fisica", in quanto discendenti dalla stipula del contratto, non già ad ovviare all'inesperienza dell'individuo non avvezzo alle transazioni immobiliari e, per questa specifica ragione, bisognoso di protezione, soprattutto quando egli operi per soddisfare esigenze di carattere familiare»¹⁴. Il legislatore quindi, secondo questa ricostruzione, si occuperebbe non già della fase del perfezionamento del contratto e quindi della persona dello stipulante, bensì della relativa fase effettuale e quindi della persona del destinatario degli effetti; con la conseguenza che i requisiti soggettivi rilevanti andrebbero riferiti essenzialmente a quest'ultimo, anche nella successiva fase circolatoria del contratto preliminare. A parte i rilievi di ordine sistematico e costituzionale, già esposti, l'argomento letterale appare tuttavia abbastanza fragile - se confrontato con quelli desumibili dalla definizione di acquirente, contenuta anche nell'art. 2, comma 1, lett. a), della medesima legge delega - in quanto nel discorrere di equa ed adeguata tutela dell'acquirente evidentemente il legislatore delegante si occupa dell'ipotesi "normale" nella quale vi sia coincidenza tra acquirente e stipulante, e non delle ipotesi (eventuali, e

certo non ordinarie) di dissociazione tra le due qualifiche. Non si nega, evidentemente, che il legislatore abbia agito nell'ottica di far conseguire all'acquirente, destinatario degli effetti contrattuali, determinati risultati, ma ciò, altrettanto evidentemente, è stato subordinato alla circostanza che "stipulante" sia una persona fisica, che contrae per sé o per un parente in primo grado: sembra davvero difficile, infatti, negare che le tutele di legge non competano quando stipulante sia una società commerciale o comunque un ente collettivo.

Passando, a questo punto, al versante del venditore, l'art. 3, comma 1, lett. b), del D.lgs. n. 122/2005, definisce come «costruttore» 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, 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». Secondo l'opinione dominante, la disciplina protettiva trova applicazione anche se il venditore, pur possedendo la qualifica di imprenditore, non è il titolare del permesso di costruire (costruttore in senso tecnico), quante volte al trasferimento dell'immobile in costruzione si accompagni l'obbligo dell'alienante di consegnare l'opus perfectum, e quindi di far eseguire le opere di costruzione di cui si tratta, a prescindere dal fatto che l'iniziativa della costruzione sia stata assunta da tale soggetto ovvero da un terzo; con la conseguenza che non è praticabile alcuna elusione della disciplina in esame mediante operazioni del genere descritto¹⁵. È comunque richiesta la qualifica di imprenditore del venditore: 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.

Avuto riguardo alla *figura soggettiva del "costruttore"*, quindi, *due sono gli elementi essenziali* da considerare ai fini che qui interessano: *la natura di "imprenditore" dello stesso, e la sua qualifica come "parte contrattuale" che "prometta", "venda", o comunque "stipuli" un contratto diretto alla cessione di immobili da costruire. Nel contesto delle vicende circolatorie del contratto preliminare, allora, le tutele apprestate dal D.lgs. n. 122/2005 non avranno ragione di applicarsi ogni qualvolta sia assente - nel singolo contratto oggetto di analisi - una parte contrattuale avente le summenzionate caratteristiche.*

Può a questo punto effettuarsi una prima discriminazione. Le *vicende "circolatorie" del contratto preliminare* possono determinare il subingresso - nella posizione contrattuale dell'alienante o dell'acquirente, in possesso dei prescritti requisiti - di soggetti che siano in possesso delle medesime qualifiche soggettive contemplate dall'art. 3 del D.lgs. n. 122/2005, ovvero, al contrario, da parte di soggetti privi di tali requisiti. Al contrario, è ipotizzabile l'assenza dei necessari requisiti soggettivi in capo alle parti originarie del contratto preliminare, e viceversa l'esistenza delle prescritte qualifiche in capo ai soggetti successivamente subentranti. Analogamente, in caso di "dissociazione" originaria tra la persona dello stipulante e quella del destinatario degli effetti contrattuali, i requisiti soggettivi rilevanti potranno sussistere in capo allo stipulante, o al destinatario degli effetti, o ad entrambi. Occorre, allora, analizzare singolarmente le singole vicende rilevanti in relazione a ciascuna di tali eventualità, al fine di verificare quale sia la disciplina applicabile anteriormente e posteriormente al relativo verificarsi.

Il contratto per persona da nominare

Specie nella contrattazione preliminare, è molto frequente - probabilmente costituisce anzi la norma - l'inclusione nel contratto della *clausola "per persona da nominare"*; e quindi della facoltà dell'acquirente di farsi sostituire, nella stipula del contratto definitivo, da altra persona o ente. Occorre verificare - alla luce dei principi come sopra elaborati - in che misura tale circostanza influisca sulla disciplina dettata dal decreto legislativo in esame, ed in particolare se la clausola in oggetto sia o meno compatibile con la disciplina del contratto, preliminare o definitivo, diretto all'acquisto di immobili da costruire, e se vi siano restrizioni al suo utilizzo.

Un dubbio, in questo senso, potrebbe sorgere dall'esame della definizione di "acquirente", nella quale si parla di acquisto o trasferimento non immediato "a sé o ad un proprio parente in primo grado". Potrebbe, cioè, sembrare che la persona che assume le vesti di stipulante debba programmare l'acquisto a favore di se stesso od al massimo di un parente in primo grado, ma non a favore di altri soggetti, e che in mancanza le tutele previste nel decreto legislativo non trovino applicazione. Conclusione che, invero, potrebbe apparire a prima vista assurda: non si vede infatti per quale motivo un'eventuale persona fisica, che sia ad esempio il coniuge dell'acquirente, o con la quale comunque non intercorra un rapporto di parentela in primo grado con lo stipulante, dovrebbe essere privata delle tutele di legge (meglio sarebbe stato far riferimento ai familiari conviventi con l'acquirente)¹⁶.

A dire il vero, la previsione che fa riferimento all'acquisto per conto di parente in primo grado non è di facile comprensione. Aiuta, peraltro, a comprenderne il significato un'indagine che vada alla radice della norma che richiede la qualifica di "persona fisica" dell'acquirente: questa previsione individua in effetti, sulla base dell'*id quod plerumque accidit*, nella persona fisica un soggetto meno avveduto e contrattualmente meno abile, oltre che più debole anche economicamente, rispetto al contraente società o persona giuridica. In quest'ottica, si è ritenuto probabilmente che chi contratta per sé o per un proprio stretto congiunto abbia tipicamente le suddette caratteristiche di "debolezza contrattuale", che invece difetterebbero in chi contratta per conto di persone estranee od enti (verosimilmente, in questi casi, nell'ambito di rapporti di affari e quindi in un contesto economico più evoluto e meno bisognoso di protezione). Il che avrebbe, peraltro, richiesto la previsione, accanto ai parenti in primo grado, anche del coniuge. In quest'ottica, comunque, la contrattazione "per conto" di persone diverse dai parenti in primo grado non dovrebbe ricadere nell'ambito di applicazione del decreto, e sarebbe quindi priva delle relative tutele¹⁷.

Ma cosa vuol dire contrattazione "per conto"? E, in particolare, come deve essere intesa la previsione del trasferimento a sé o ad un proprio parente in primo grado? Certamente, *l'alternativa tra lo stipulante ed un altro possibile acquirente può trovare posto nel contratto se questo contiene la clausola per persona da nominare*. E, probabilmente, è soprattutto a questo istituto che il legislatore ha inteso far riferimento.

È quindi da ribadire che la disciplina di tutela trova innanzitutto applicazione in base alle *caratteristiche, soggettive ed oggettive, del contratto al momento della stipulazione*. Se, quindi, lo stipulante è una persona fisica, dovrà essere prestata la fideiussione anteriormente o contestualmente alla conclusione del contratto, il quale peraltro dovrà avere il contenuto prescritto dall'art. 6 del decreto; prescrizioni che, al contrario, non trovano applicazione se lo stipulante è una società, o altro ente collettivo.

A seguito dell'eventuale dichiarazione di nomina, si ha - secondo l'orientamento più accreditato, che sembra preferibile - la sostituzione retroattiva dell'*electus* nella posizione contrattuale dello

stipulante¹⁸. Ciò determina la rilevanza della qualifica soggettiva della persona nominata, in luogo di quella dello stipulante, a partire dal momento della nomina. Possono quindi ipotizzarsi diverse possibili situazioni.

La prima possibilità è che lo stipulante sia una persona fisica, e sia stata già rilasciata fideiussione a suo favore; dopodiché venga effettuata la *electio amici* a favore di altra persona fisica, parente in primo grado dello stipulante. In questo caso potrebbe sorgere il dubbio se la fideiussione espliciti i propri effetti a favore dell'*electus*. Nel caso in cui la risposta fosse negativa, dovrebbe però ritenersi che il costruttore sia obbligato al rilascio di una nuova fideiussione a favore della persona nominata, stante la prescrizione dell'art. 2 del decreto che pone un vero e proprio obbligo a suo carico. Questa sembra, peraltro, una soluzione da un lato inidonea, in quanto rimette la tutela dell'effettivo acquirente alla volontà del costruttore; e dall'altro non necessaria, poiché può invece ritenersi che la fideiussione - ancorché rilasciata nominativamente a favore dell'acquirente stipulante - produca *ex lege* la propria efficacia a favore dell'*electus*, oltretutto sulla base di un'interpretazione assiologica dell'art. 1404 c.c. (a norma del quale la persona nominata "acquista i diritti" derivanti dal contratto): anche il diritto alla fideiussione "deriva dal contratto" in senso lato, pur individuandosi nella legge la fonte in senso tecnico dell'obbligazione. Del resto, se il contratto è stipulato *ab origine* con clausola per persona da nominare, e quindi prevede come suo sviluppo fisiologico la sostituzione della persona dell'acquirente, interpretare formalmente la fideiussione senza aver riguardo alla sua finalità appare in netto contrasto con la legge. Si aggiunga che, nella definizione di "acquirente", il parente in primo grado è equiparato allo stipulante, e ciò evidentemente proprio ai fini del riconoscimento a suo favore delle tutele di legge. L'interpretazione più plausibile, quindi, conduce a concludere nel senso dell'estensione per legge dell'efficacia della fideiussione a favore della persona nominata, che sia parente in primo grado dello stipulante¹⁹.

50

In secondo luogo, è possibile che l'acquirente stipulante sia una società o un ente collettivo, che effettui successivamente l'*electio amici* a favore di una persona fisica. Ovvio che, al momento della conclusione del contratto, non vi sia obbligo di osservare le prescrizioni del decreto legislativo in commento (con particolare riguardo alla fideiussione ed al contenuto del contratto). Né sembra che a diversa conclusione possa giungersi per il solo fatto dell'esistenza nel contratto della clausola per persona da nominare. Peraltro, nel momento in cui l'*electio amici*, comunicata al costruttore a norma dell'art. 1402 c.c. ed accettata dall'*electus*, produce i suoi effetti, si verifica la sostituzione retroattiva nella posizione dell'acquirente persona fisica. Troveranno, in tal caso, applicazione in tal caso le previsioni degli artt. 2 e 6 del decreto? Sembra di no, a giudicare dalla restrizione effettuata dalla legge al trasferimento a sé o ad un proprio parente in primo grado: in altri termini, il legislatore sembra circoscrivere la tutela al caso in cui stipulante sia una persona fisica, proprio in considerazione della posizione di debolezza, economica e contrattuale, di chi contrae, considerando quindi solo in via indiretta la posizione giuridica dell'effettivo destinatario degli effetti. Pertanto, nel caso di stipulante ente collettivo e di successiva nomina di una persona fisica, sembra che il decreto legislativo in esame non trovi applicazione²⁰. Con tutti i rischi che tale conclusione comporta per la facilità di elusione delle tutele imperative di legge: basterebbe, a questo punto, stipulare i singoli contratti preliminari di vendita con una società appositamente costituita, e quindi far subentrare con il meccanismo del contratto per persona da nominare i singoli acquirenti persone fisiche. La prova dell'intento elusivo delle parti può, certamente, condurre all'invalidazione dei contratti per frode alla legge²¹, ma a parte le difficoltà di prova non sembra che tale rimedio sia il più idoneo nell'interesse delle persone fisiche acquirenti.

Del resto se si concludesse diversamente - nel senso cioè della rilevanza della qualità di persona

fisica del destinatario finale degli effetti contrattuali - sorgerebbero problemi applicativi praticamente insormontabili. Non potrebbe, innanzitutto, trovare applicazione la prescrizione dell'anteriorità o contestualità della fideiussione rispetto al contratto, che in ipotesi è stato precedentemente stipulato; né potrebbe immaginarsi che la stessa fideiussione debba essere anteriore rispetto alla *electio amici*, effettuata dall'acquirente (ed eventualmente accettata dall'*electus*), e che è cosa diversa dal "contratto" cui fa riferimento l'art. 2. Un eventuale obbligo del costruttore di prestare fideiussione a favore della persona fisica nominata non potrebbe certo surrogare la mancata prestazione di garanzia coeivamente al contratto, e non potrebbe in alcun modo assicurare l'effettività del diritto alla garanzia del nominato persona fisica. Ancor più complesso sarebbe il problema del contenuto del contratto, che nel caso di stipulante diverso dalla persona fisica potrebbe legittimamente non rispettare i dettami dell'art. 6 del decreto, in quanto predisposto con riguardo alla situazione soggettiva delle parti contrattuali originarie.

Ulteriore possibilità è che l'acquirente stipulante sia una persona fisica, e che la dichiarazione di nomina individui come nuovo acquirente una società o altro ente collettivo. In tal caso, certamente il contratto dovrà rispettare i dettami del decreto legislativo, in quanto deve aversi riguardo alla qualifica soggettiva dello stipulante (la nomina di un terzo è solo eventuale). È dubbio se la fideiussione già prestata cessi di produrre i propri effetti per il fatto che sia nominato un ente in luogo della persona fisica: se per la permanenza della fideiussione gioca la prescrizione dell'art. 1404 c.c., in senso contrario sembrerebbe deporre la limitazione della prescrizione di legge a favore dell'acquirente persona fisica e di un suo parente in primo grado (il che, considerato unitamente alla circostanza che la fideiussione sarà nominativamente rilasciata a favore dello stipulante, deporrebbe per la cessazione dell'efficacia della garanzia a seguito della nomina)²². *Nulla quaestio*, invece, per ciò che riguarda il contenuto del contratto, che in quanto prodotto dell'autonomia contrattuale, sia pure "conformata" ai sensi dell'art. 6, continua a produrre i suoi effetti a norma degli artt. 1372 e 1404 c.c.

51

Infine, lo stipulante persona fisica potrebbe nominare, in sua vece, una persona fisica con la quale non intercorre un rapporto di parentela in linea retta. In base all'interpretazione sopra fornita della nozione di "acquirente", sembra che le tutele accordate dal decreto legislativo non possano essere estese, in questo caso, all'*electus*. Peraltro, il contenuto contrattuale sarà, nel caso in esame, già adeguato al disposto dell'art. 6, in quanto lo stipulante era a sua volta una persona fisica. Non dovrebbe invece operare, a favore della persona nominata, la fideiussione, per gli stessi motivi chiariti in relazione al caso in cui stipulante sia una società o un ente.

In definitiva, non esistono limitazioni all'autonomia contrattuale, quanto alla facoltà di contemplare una clausola per persona da nominare a favore di qualsiasi destinatario; mentre esistono limiti, a seconda della qualifica soggettiva della persona nominata, quanto all'applicazione a favore di quest'ultima delle norme di tutela.

Allo stesso modo, la legittimazione attiva all'azione di nullità relativa è prevista, dalla legge, solo a favore dell'acquirente. Con la conseguenza che detta legittimazione spetterà alla persona nominata solo nel caso in cui essa sia parente in primo grado dello stipulante.

La cessione del contratto

Il soggetto che ha stipulato in qualità di acquirente il contratto preliminare, o il contratto definitivo avente ad oggetto un immobile da costruire, potrebbe legittimamente cedere il contratto ad una terza persona, se la cessione è stata preventivamente autorizzata dal costruttore, o se quest'ultimo

presta comunque il proprio consenso (artt. 1406 e seguenti c.c.)²³. Occorre, in tal caso, verificare in che limiti le tutele di legge possano estendersi al nuovo acquirente, se lo stesso sia una persona fisica. A tal fine occorre distinguere il caso in cui l'originario stipulante sia una persona fisica, dal caso opposto.

Nella prima ipotesi non vi sono, ovviamente, problemi in ordine al contenuto del contratto, che deve essere conformato alle prescrizioni dell'art. 6 sin dall'inizio. Per quanto concerne, invece, la fideiussione, che evidentemente dovrà precedere o accompagnare il contratto²⁴, con tutta probabilità la stessa cesserà di produrre i propri effetti a seguito della cessione del contratto, nel caso in cui il cessionario, pur essendo persona fisica, non sia parente in primo grado dell'acquirente cedente²⁵. Nel caso in cui detto rapporto di parentela sussista, deve invece probabilmente giungersi a conclusione opposta, in considerazione del subingresso del cessionario nella medesima posizione giuridica di "acquirente" del cedente, e della definizione di "acquirente" fornita dal legislatore.

Nel caso in cui originario stipulante, in veste di acquirente, sia una società o altro ente, il contenuto del contratto potrà invece, legittimamente, non essere conforme a quanto prescritto dall'art. 6 del decreto, ed anche la fideiussione non sarà obbligatoria. Né sembra che tali strumenti di tutela possano, in alcun modo, essere "recuperati" all'atto della cessione del contratto (che, tra l'altro, potrebbe aver luogo senza l'intervento del costruttore, se questi ha consentito preventivamente alla cessione)²⁶. Il cessionario persona fisica può, quindi, trovarsi suo malgrado sprovvisto di qualsiasi tutela. Circostanza che, nell'ottica del legislatore, può forse giustificarsi in considerazione del fatto che - nel caso in esame - il negozio di cessione del contratto intercorre tra i due "acquirenti", al di fuori quindi di quelle situazioni di squilibrio che hanno indotto il legislatore ad intervenire. Certo, questo meccanismo può prestarsi a facili pratiche elusive: il costruttore potrebbe, ad esempio, vendere in blocco gli appartamenti di un condominio ad una società a latere, la quale potrebbe cedere successivamente i contratti a persone fisiche, eludendo le disposizioni imperative a tutela di queste ultime. Circostanza, questa, che può condurre ad invalidare le cessioni di contratto, nella misura in cui si provi l'intento elusivo e la frode alla legge (art. 1344 c.c.)²⁷; con la consapevolezza, peraltro, che si tratta di prova difficile da fornirsi in concreto.

Il contratto a favore di terzo

L'acquisto dell'immobile da costruire può essere pattuito a favore di un terzo, a norma degli artt. 1411 e seguenti del codice civile²⁸. In questa ipotesi, il costruttore rivestirà la qualifica di promittente, e l'acquirente la veste di stipulante.

L'ampia formulazione della definizione di "acquirente", prevista nella legge n. 210/2004 e nel decreto delegato, consente di estendere l'applicazione della relativa disciplina anche alla fattispecie in esame, nella misura in cui il contratto sia "stipulato" da una persona fisica²⁹, che abbia pattuito l'acquisto o il trasferimento non immediato «a sé o ad un proprio parente in primo grado». Si ripropongono, quindi, le problematiche già analizzate con riferimento alla fattispecie del contratto per persona da nominare.

Pertanto, *ai fini dell'applicazione della disciplina protettiva, lo stipulante deve essere necessariamente persona fisica*: soluzione che, oltre a ricavarsi dal testuale dettato della legge, è spiegabile anche in virtù del disposto dell'art. 1411, comma 3, c.c., in forza del quale - in caso di revoca della stipulazione a favore del terzo, o di rifiuto del terzo di profittarne - la prestazione rimane a beneficio dello stipulante se non risulta diversamente dalla natura del contratto o dalla volontà delle parti. Come per le altre fattispecie già analizzate, anche in questo caso, quindi, *la fideiussione dovrà essere prestata a favore del*

terzo, ma produrrà automaticamente effetto nei confronti dello stipulante nelle ipotesi di revoca o rifiuto, sopra indicate.

Il terzo dovrà essere anch'egli persona fisica, e più precisamente dovrà essere parente in primo grado dello stipulante³⁰. Nel caso in cui difetti tale rapporto di parentela, deve ritenersi che le prescrizioni del decreto legislativo trovino comunque applicazione a tutela dello stipulante, in considerazione dell'eventualità che gli effetti del contratto si producano a favore di quest'ultimo.

La *legittimazione all'azione di nullità* deve ritenersi spettare non solo allo stipulante, ma anche al terzo, nella qualità di effettivo destinatario dell'acquisto.

Circolazione del contratto preliminare ed assicurazione

A norma dell'art. 4 del decreto legislativo, la polizza assicurativa deve essere contratta "a beneficio dell'acquirente".

Secondo la giurisprudenza praticamente unanime, la responsabilità del costruttore ex art. 1669 c.c. ha natura di responsabilità extracontrattuale, ed obbliga quindi il costruttore medesimo al risarcimento dei danni provocati non solo all'acquirente, ma anche ai terzi³¹. Tale interpretazione è contestata dalla dottrina, che invece ravvisa nella previsione dell'art. 1669 c.c. un caso tipico di responsabilità contrattuale³², considerando eccezionale la previsione, contenuta in quest'ultimo articolo, che dispone la responsabilità del costruttore anche nei confronti dell'avente causa del committente (o acquirente)³³. Comunque sia, l'obbligo assicurativo in esame è disposto a solo beneficio dell'acquirente (anche a garanzia dell'obbligazione eventualmente gravante su quest'ultimo per danni a terzi); i successivi subacquirenti, quindi, pur avendo azione nei confronti del costruttore ai sensi dell'art. 1669 c.c., non devono essere obbligatoriamente garantiti da polizza assicurativa in conformità alla nuova disciplina in commento.

Il termine "acquirente" va inteso, anche qui, alla luce delle definizioni contenute nel decreto legislativo e nella legge delega, riferito quindi alla persona fisica che contrae con il costruttore, con estensione al parente in primo grado di tale persona fisica destinatario effettivo dell'acquisto. Si ripropongono quindi, a proposito dell'assicurazione, le problematiche esaminate a proposito della fideiussione, con riguardo a talune peculiarità soggettive della fattispecie contrattuale (contratto per persona da nominare, contratto a favore di terzi, cessione del contratto); in relazione alle quali sembrano doversi estendere le soluzioni già proposte in relazione alla fideiussione³⁴.

La sostituzione dell'acquirente in presenza di contratto di leasing

Nell'ambito delle definizioni di "acquirente" e "costruttore", il legislatore richiama, tra le tipologie contrattuali utilizzabili ai fini dell'inquadramento nella disciplina protettiva, anche il contratto di leasing, o locazione finanziaria. Fattispecie, quest'ultima, caratterizzata dalla concessione in godimento di un immobile, ad uso imprenditoriale o professionale, verso il pagamento di un canone periodico, con facoltà di riscatto della relativa proprietà al termine della durata prevista in contratto³⁵. La fattispecie complessiva ha struttura trilaterale: ne sono parti la società di leasing, o concedente, l'utilizzatore-acquirente ed il venditore del bene, nel caso specifico identificabile con il costruttore. Trattandosi di beni immobili, ricorre, per la precisione, la fattispecie del "leasing traslativo", che si configura ogni qualvolta oggetto del contratto siano beni atti a conservare alla scadenza un valore residuo superiore all'importo convenuto per l'opzione, ed i canoni pattuiti scontino anche una quota del prezzo in previsione del successivo acquisto³⁶.

La normale dinamica contrattuale sottostante all'operazione di *leasing* prevede la stipulazione di un

contratto preliminare di compravendita direttamente tra costruttore ed acquirente (nel caso in oggetto persona fisica), contenente una clausola per persona da nominare della quale il promissario acquirente si avvarrà indicando in sua vece la società di *leasing* all'atto della stipula del contratto definitivo o dell'ultimazione del fabbricato; l'acquisto della proprietà verrà quindi perfezionato a favore della società di *leasing*, che concederà contestualmente l'immobile in godimento all'utilizzatore.

È evidente come, in questa situazione, l'utilizzatore rischi di essere seriamente pregiudicato dall'eventuale inadempimento, o dissesto dell'impresa costruttrice: in tale ipotesi, infatti, egli non avrebbe alcuna tutela reale in relazione ai canoni già pagati (che incorporano, come si è visto, una parte del prezzo di vendita). Ad essere pregiudicata sarebbe anche la società di *leasing*, della cui tutela il decreto in oggetto però non si occupa (del resto, le clausole del contratto di *leasing* addossano normalmente all'utilizzatore ogni rischio connesso all'operazione).

La tutela dell'acquirente, qui, scatta già al momento della stipulazione del contratto preliminare: fattispecie già analizzata, al cui esame quindi si rinvia, sottolineandosi soltanto l'esigenza che - sin dal momento del perfezionamento di tale preliminare - dovrà essere rilasciata la fideiussione a beneficio dell'acquirente-utilizzatore, e adeguato il contenuto del contratto secondo quanto prescritto dall'art. 6.

La testuale previsione del contratto di *leasing*, quindi, vale a ribadire che l'acquirente-utilizzatore persona fisica è tutelato, secondo le disposizioni dettate nel decreto legislativo, anche se l'acquisto della proprietà verrà perfezionato in capo alla società di *leasing*, proprio perché nella sostanza economica è detta persona fisica il reale "acquirente". Non serve, quindi, obiettare che connotato essenziale del *leasing* è la concessione in godimento, che non può aver luogo quando il fabbricato è ancora da costruire³⁷: fermo restando che il contratto di locazione finanziaria potrà essere stipulato solo quando ne ricorreranno i presupposti, la tutela è assicurata all'utilizzatore persona fisica già dalla stipula del contratto preliminare³⁸.

Il contratto definitivo di compravendita tra il costruttore e la società di *leasing* quale parte acquirente potrebbe, però, essere stipulato anteriormente all'ultimazione del fabbricato. Deve ritenersi che anche in questo caso l'efficacia della fideiussione cesserà con il trasferimento della proprietà "al rustico".

Ci si potrebbe interrogare se le prescrizioni attinenti al *contenuto contrattuale* debbano essere osservate, oltre che per il preliminare, anche per ciò che riguarda il *contratto di locazione finanziaria* vero e proprio. La risposta deve essere probabilmente negativa: tale contratto, infatti, contiene essenzialmente le pattuizioni concernenti diritti ed obblighi in capo alla società di *leasing* ed all'utilizzatore, mentre le prescrizioni richieste dall'art. 6 del decreto hanno essenzialmente a che fare con le obbligazioni del costruttore, che trovano la loro collocazione nel contratto di compravendita; salva l'opportunità di precisare in quest'ultimo che dette obbligazioni si intendono assunte anche nei confronti della persona fisica utilizzatrice. Piuttosto, il problema potrebbe nascere nel caso in cui i due contratti non siano stipulati contestualmente, ed il primo della serie sia proprio il contratto di *leasing*: ipotesi nella quale deve ritenersi - nella misura in cui tale contratto sia stipulato anche dal costruttore - che in relazione ad esso debbano essere osservate le prescrizioni di legge in esame.

È ovvio, infine, che tutti i *diritti e le azioni giudiziali* - compresa l'azione di nullità relativa - previste dal decreto legislativo in commento profittano all'utilizzatore persona fisica, unico destinatario della disciplina protettiva, e non alla società di *leasing*.

¹ La letteratura sul D.lgs. n. 122/2005 è già imponente: cfr. AA.VV., *Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazione del D.lgs. 122/2005 e prospettive*, in *I Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, Roma, 2006, I; AA.VV., *La tutela dell'acquirente di immobili da costruire*, a cura del Consiglio notarile di Firenze, Pistoia e Prato, Napoli, 2006; POLI, *Immobili da costruire: obblighi della cooperativa edilizia e tutela del socio*, Milano, 2006; PETRELLI, *Gli acquisti di immobili da costruire*, Milano, 2005; AA.VV., *La tutela degli acquirenti d'immobili da costruire*, a cura di Sicchiero, Padova, 2005; TRIOLA, *Vendita di immobili da costruire e tutela dell'acquirente*, Milano, 2005; LUMINOSO, *La compravendita. La tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, Torino, 2005; CALICE, *Vendita di immobili da costruire*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Aggiornamento, ***, II, Torino, 2007, p. 1269; LUMINOSO, voce *Immobili da costruire (tutela degli acquirenti di)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, Aggiornamento XV, 2006; PALERMO, «La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire», in *Giust. civ.*, 2008, II, p. 319; FABIANI, *Quesiti in tema di prelazione ex art. 9 D.lgs. 122/2005 in ipotesi di espropriazione delegata*, in *Studi e materiali*, 2008, 2, p. 977; FABIANI-RUOTOLO, *Art. 8 D.lgs. 122/2005 e cooperativa edilizia in liquidazione coatta amministrativa*, in *Studi e materiali*, 2008, 1, p. 457; CASU, *Box da costruire e necessità delle menzioni urbanistiche*, in *Studi e materiali*, 2007, 2, p. 1320; RUOTOLO, *Tutela acquirenti immobili da costruire e fideiussione emessa da società iscritte nell'elenco generale ex art. 106 T.U.B.*, in *Studi e materiali*, 2007, 1, p. 839; PAOLINI-RUOTOLO, *Atto di compravendita avente ad oggetto un immobile gravato da vincolo dei beni culturali: si applica l'art. 8 del D.lgs. n. 122 del 2005?*, in *Studi e materiali*, 2007, 1, p. 815; IENGO, *Il decreto legislativo n. 122 del 2005 e sua applicazione alle cooperative di abitazione*, in *Studi e materiali*, 2007, 1, p. 218; RUOTOLO, *Ripetizione in forma pubblica di contratto preliminare e applicabilità del D.lgs. n. 122 del 2005 (tutela degli acquirenti di immobili da costruire)*, in *Studi e materiali*, 2007, 1, p. 774; RIZZI, *Le proposte del notariato modificative del D.lgs. 122/2005*, in AA.VV., *La prassi della contrattazione immobiliare tra attualità e prospettive*, in *I Quaderni della Fondazione italiana per il Notariato*, 2007, 4, p. 55; TORRONI, «Il D.lgs. n. 122/2005 letto con la lente del costruttore», in *Riv. not.*, 2007, p. 879; D'AMICO, «Vendita dell'immobile da costruire e fallimento», in *Dir. fall.*, 2007, I, p. 213; PAGLIETTI, «La nullità della vendita di immobili da costruire per mancata prestazione della garanzia fideiussoria», in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 101; PETRELLI, «Il contenuto minimo dei contratti aventi ad oggetto immobili da costruire», in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, p. 287; AMBROSIO-BASILE, «Il funzionamento del fondo di solidarietà per gli acquirenti degli immobili da costruire. Criticità e prospettive di riforma», in *Fam. pers. succ.*, 2006, p. 1049; LUPI, «La garanzia fideiussoria alla luce del

decreto legislativo 20 giugno 2005 n. 122», in *Vita not.*, 2006, p. 1619; RUOTOLO-LOMONACO, *Taic e clausola che contempra l'onere della società costruttrice di rilasciare fideiussione in un momento successivo rispetto al preliminare, qualora intenda beneficiare di pagamenti parziali intermedi da parte dell'acquirente*, in *Studi e materiali*, 2006, 2, p. 1928; RUOTOLO-PAOLINI, *Art. 6 del D.lgs. n. 122 del 2005 in tema di contenuto del preliminare*, in *Studi e materiali*, 2006, 2, p. 1919; IMBRENDA, «Individuazione dell'acquirente e distribuzione del rischio nel decreto legislativo n. 122 del 2005», in *Rass. dir. civ.*, 2006, p. 690; PAOLINI-RUOTOLO, *Tutela acquirenti di immobili da costruire, divieto ex art. 8 e valutazione dello stato ultimazione lavori*, in *Studi e materiali*, 2006, 1, p. 948; RUOTOLO-PAOLINI, *In tema di obbligo di consegna della fideiussione ai sensi dell'art. 2 del D.lgs. 20 giugno 2005, n. 122*, in *Studi e materiali*, 2006, 1, p. 978; TONDO, «Tutela per gli acquirenti di immobili da costruire», in *Riv. not.*, 2006, p. 1249; D'ARRIGO, «La tutela contrattuale degli acquirenti di immobili da costruire», in *Riv. not.*, 2006, p. 911; PALERMO, «Lo schema legale dei contratti relativi ad immobili da costruire», in *Riv. not.*, 2006, p. 965; CARRABBA, «Tutela degli acquirenti di immobili da costruire e tutela dei consumatori: il "divieto" di cui all'art. 8 D.lgs. 20 giugno 2005 n. 122», in *Notariato*, 2006, p. 473; PISCHETOLA, «La tutela degli acquirenti degli immobili da costruire e l'appalto», in *Riv. not.*, 2006, p. 111; BERGAMO, «Immobili gravati da ipoteca e divieto di stipula», in *Riv. dir. priv.*, 2006, p. 220; LUMINOSO, «Sulla predeterminazione legale del contenuto dei contratti di acquisto di immobili da costruire», in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, p. 713; VETTORI, «La tutela dell'acquirente di immobili da costruire: soggetti, oggetto, atti», in *Obbl. contr.*, 2006, p. 105; ZACCARIA, «La nuova disciplina sulla tutela degli acquirenti d'immobili da costruire: lineamenti e principali problematiche», in *Studium iuris*, 2006, p. 935; D'AMBROSIO, «Tutela degli acquirenti di immobili da costruire», in *Nuova giur. civ.*, 2006, II, p. 171; DI MARZIO, «Crisi d'impresa e contratto. Note sulla tutela dell'acquirente dell'immobile da costruire», in *Dir. fall.*, 2006, I, p. 31; BASILE, «Tutela degli acquirenti degli immobili da costruire a norma del D.lgs. 20 giugno 2005, n. 122», in *Fam. pers. succ.*, 2006, p. 88; PETRELLI, «Gli acquisti di immobili da edificare e la richiesta di permesso di costruire», in *Riv. not.*, 2005, p. 1233; RIZZI, *Il D.lgs. n. 122 del 2005: il contenuto del contratto preliminare*, in *Studi e materiali*, 2005, 2, p. 977; RIZZI, *D.lgs. n. 122 del 2005: assicurazione indennitaria, frazionamento del mutuo, revocatoria fallimentare e le altre novità legislative*, in *Studi e materiali*, 2005, 2, p. 1009; RIZZI, *D.lgs. 122 del 2005: la garanzia fideiussoria ed i presupposti di applicazione della nuova normativa*, in *Studi e materiali*, 2005, 2, p. 1033; AVAGLIANO, «Il diritto al frazionamento del promissario acquirente di immobile da costruire», in

Riv. not., 2005, I, p. 1197; AVAGLIANO, «Il divieto di vendita di immobile nell'art. 8 del D.lgs. 20 giugno 2005, n. 122», in Riv. not., 2005, p. 1211; BARALIS, «Considerazioni sparse sul decreto delegato conseguente alla L. n. 210 del 2004: spunti in tema di: varietà di contratti "garantiti", prestazione di fideiussione "impropria", riflessi sulla trascrizione, contenuto "necessario" del contratto, invalidità speciale e sue conseguenze», in Riv. not., 2005, p. 723; RIZZI, «La nuova disciplina di tutela dell'acquirente di immobile da costruire», in *Notariato*, 2005, p. 427; RIZZI, *L'immobile da costruire nella bozza di decreto legislativo di attuazione della legge delega n. 210 del 2004*, in *Studi e materiali*, 2005, 2, p. 1655; PAOLINI-RUOTOLO, *Prime considerazioni sul decreto legislativo in tema di tutela degli acquirenti di immobili da costruire o in corso di costruzione*, in *Studi e materiali*, 2005, 2, p. 1607; PAOLINI-RUOTOLO, «Alcuni aspetti problematici nel decreto legislativo in tema di tutela degli acquirenti di immobili da costruire», in Riv. not., 2005, p. 887; DE MARZO, «La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti degli immobili da costruire», in *Urb. e app.*, 2005, p. 1127; BARALE, «La tutela degli acquirenti degli immobili da costruire: dall'esperienza francese alla nuova normativa italiana», in *Contr. impr. Eur.*, 2005, p. 810; FIENGO, «Sulla tutela degli acquirenti d'immobili da costruire in caso di insolvenza del costruttore», in *Riv. dir. impr.*, 2005, p. 263; ATELLI-LUCATI, «Disposizioni per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire», in *Obbl. contr.*, 2005, p. 78; DE CRISTOFARO-COSTOLA, «Le misure di protezione degli acquirenti di edifici da costruire introdotte dal D.lgs. 20 giugno 2005, n. 122: prime considerazioni», in *Studium iuris*, 2005, p. 1006; CASCARDO, «Protezione patrimoniale degli acquirenti di immobili in costruzione», in *Coop. cons.*, 2005, p. 487; APRILE, «Acquisti di immobili da costruire: nuova tutela», in *Fall.*, 2005, p. 1123.

2 Sulla qualificazione del leasing come "contratto d'impresa", cfr. CLARIZIA, *I contratti nuovi. Factoring. Locazione finanziaria*, Torino, 1999, p. 108 e ss.

3 L'art. 3, comma 1, lett. a), del Codice del consumo, approvato con D.lgs. n. 206/2005, l'art. 1, lett. c), definisce "consumatore o utente" la «persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta».

L'orientamento attualmente prevalente è nel senso dell'estensione delle tutele del D.lgs. n. 122/2005 anche alle persone fisiche diverse dai consumatori: PETRELLI, *Gli acquisti di immobili da costruire*, cit., p. 40 ss.; VETTORI, *La tutela dell'acquirente di immobili da costruire: soggetti, oggetto, atti*, in *La tutela dell'acquirente di immobili da costruire*, cit., p. 64 ss.; PALERMO, *Lo*

schema legale dei contratti relativi ad immobili da costruire, ibidem, p. 101 ss.; GALBUSERA, *Definizioni e garanzia fideiussoria*, in *La tutela degli acquirenti d'immobili da costruire*, a cura di Sicchiero, cit., p. 55; BUSANI, «Il perimetro dei contratti interessati dalla nuova disciplina sugli edifici da costruire e tecniche contrattuali innovative per "fermare l'affare"», in *Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazione del D.lgs. 122/2005 e prospettive*, cit., p. 53, nota 2; D'ARRIGO, «La tutela contrattuale degli acquirenti di immobili da costruire», cit., p. 925 e ss.; PALERMO, «La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire», cit., p. 320.

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 (prima parte)», in *Studium iuris*, 2004, 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. A ragioni di coerenza sistematica fa riferimento anche BERNARDI FABBRANI, *Il trasferimento di immobili da costruire*, in *Atti del convegno Paradigma*, Milano 15 aprile 2005, par. II, al fine di escludere l'acquirente imprenditore individuale dalla tutela in commento. Nel medesimo senso, e quindi per la limitazione all'acquirente "consumatore" delle garanzie del decreto, RIZZI, *Il D.lgs. n. 122 del 2005: il contenuto del contratto preliminare*, in *Studi e materiali*, 2005, 2, p. 977; LUMINOSO, *La compravendita. La tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, cit., p. 8; ZOPPINI, «La garanzia fideiussoria vista dall'angolo visuale del costruttore: costi, rischi e problemi», in *Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazione del D.lgs. 122/2005 e prospettive*, cit., p. 120; TORRONI, *Il D. Lgs. n. 122/2005 letto con la lente del costruttore*, cit., p. 896 e ss.

4 Cfr. sulla nozione di consumatore, e sul rapporto con la nozione più ampia di contraente debole, SCARSO, *Il contraente "debole"*, Torino, 2006, p. 149 e ss.; SCARSO, «Ancora sulla nozione (generale) di consumatore (nota a Cass. 5 giugno 2007, n. 13083)», in *Obbl. contr.*, 2008, p. 25; MINERVINI, «Status delle parti e disciplina del contratto», in *Obbl. contr.*, 2008, p. 8; ROPPO, «Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul "terzo contratto)», in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 669; DELLI PRISCOLI, «La tutela del consumatore fra accertamento della non professionalità del suo agire, tutela della concorrenza e affidamento della controparte», in *Contr. impr.*, 2007, p. 1533; ASTONE, *Commento all'art. 1469-bis*, in *Clausole vessatorie nei contratti col consumatore*, a cura di Alpa e Patti, in *Comm. cod. civ. diretto da*

Busnelli, Milano, 2003, p. 180 e ss. In giurisprudenza, Corte Cost. 22 novembre 2002, n. 469, in *Foro it.*, 2003, I, c. 332 (sulla quale cfr. CALVO, «Il concetto di consumatore, l'argomento naturalistico ed il sonno della ragione», in *Contr. impr. Eur.*, 2003, p. 717 e ss.); Cass. 11 ottobre 2002, n. 14561, in *Corr. giur.*, 2003, p. 1006; Cass. 25 luglio 2001, n. 10127, in *Vita not.*, 2001, p. 1330, ed in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 685; Corte Cost. 30 giugno 1999, n. 282, in *Foro it.*, 1999, I, c. 3118; Trib. Roma 2 aprile 1998, in *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Contratto in genere*, n. 377.

5 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 e ss.

6 Circostanza pacifica: cfr., tra gli altri, BENEDETTI, «Tutela del consumatore e autonomia contrattuale», *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 21; QUADRI, «Nullità e tutela del "contraente debole"», in *Contr. impr.*, 2001, p. 1143 e ss.

7 Cfr. la definizione contenuta nell'art. 1 della legge 18 giugno 1998, n. 192.

8 Ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. a), del D.lgs. 9 ottobre 2002 n. 231, si intendono per «transazioni commerciali», i contratti, comunque denominati, tra imprese ovvero tra imprese e pubbliche amministrazioni.

9 AMADIO, «Nullità anomala e conformazione del contratto (note minime in tema di "abuso dell'autonomia contrattuale)», in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 303, per il quale, mentre «la logica valutativa impiegata a tutela del consumatore» è «impennata sulla "asimmetria presunta"», nel diverso ambito dei contratti tra imprese devono probabilmente utilizzarsi «criteri e modalità di controllo della "asimmetria in concreto", capaci di ricostruire e valutare, caso per caso, la specificità dell'operazione negoziale».

10 Cfr., tra i contributi più recenti sul tema, AA.VV., *Il terzo contratto*, a cura di Gitti e Villa, Bologna, 2008; FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, Milano, 2006; SCARSO, *Il contraente "debole"*, Torino, 2006, p. 193; SCARSO, «Sulla c.d. "disparità di potere contrattuale"», in *Studium iuris*, 2008, p. 548; ROPPO, «Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul "terzo contratto)», in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 669; DORIA, «Mercato ad economia mista e nuovi archetipi contrattuali», in *Contr. impr.*, 2007, p. 132.

11 Per valutazioni di tipo sistematico sulla differenza tra i "contratti di consumo" ed i contratti diretti all'acquisto di immobili da costruire, cfr. PETRELLI, *Gli acquisti di immobili da costruire*, cit., p. 40 e ss.

12 L'intervento legislativo in commento è stato in gran parte determinato dall'enorme numero di dissesti che hanno coinvolto, negli ultimi anni, cooperative edilizie di abitazione; con riferimento alle quali la dottrina ha ritenuto peraltro «improcrastinabile un intervento che assicuri una vigilanza più penetrante e incisiva rispetto a quella attuale, tenuto conto della frequenza di dissesti in questo settore, dovuti quasi sempre a modalità di gestione gravemente scorrette con fenomeni in molti casi di distrazione di liquidità per operazioni immobiliari facenti capo ad altre cooperative nel frattempo costituite (si tratta in molti casi di cooperative promosse da soggetti che poco hanno a che vedere con le finalità mutualistiche della cooperazione e sostanzialmente utilizzano lo strumento cooperativo per delle normali operazioni immobiliari gestite con le modalità operative sopra illustrate)»; FONTANA, *Le modifiche apportate dalla legge n. 210/2004 e dal relativo decreto di attuazione alle procedure esecutive immobiliari e alla disciplina dei fallimenti*, in *Atti del Convegno Paradigma*, Milano 14 aprile 2005.

13 Cfr. per tutti VIGNERI, *Cooperative edilizie*, in FALZONE-ALIBRANDI, *Dizionario Enciclopedico del Notariato*, IV, Roma 1993, p. 239 e ss. In giurisprudenza, cfr. Cass. 26 settembre 2000 n. 12749, in *Riv. giur. ed.*, 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 *Dir. fall.*, 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 e ss.

14 PALERMO, «La tutela dei diritti patrimoniali...», cit., p. 321.

15 PETRELLI, *La nuova disciplina a tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, in *Atti del Convegno Paradigma*, Milano 14 aprile 2005, p. 9; BERNARDI FABBRANI, *Il trasferimento di immobili da costruire*, in *Atti del Convegno Paradigma*, Milano 15 aprile 2005, par. VI; 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 *CNN Notizie*, 3 maggio 2005; RIZZI, *D.lgs. 122 del 2005: la garanzia fideiussoria ed i presupposti di applicazione della nuova normativa*, cit., p. 1042; LUMINOSO, *La compravendita. La tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, cit., p. 9; GALBUSERA, *Definizioni e garanzia fideiussoria*,

in *La tutela degli acquirenti d'immobili da costruire*, a cura di Sicchiero, cit., p. 57 e ss.; BUSANI, «Il perimetro dei contratti interessati dalla nuova disciplina sugli edifici da costruire e tecniche contrattuali innovative per "fermare l'affare"», in *Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazione del D.lgs. 122/2005 e prospettive*, cit., p. 53, nota 3; CALICE, *Vendita di immobili da costruire*, cit., p. 1272.

16 Stigmatizzano la mancata previsione del coniuge 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 *CNN Notizie*, 3 maggio 2005; COSTOLA, *Verso nuove forme di tutela degli acquirenti di immobili da costruire: la legge delega 2 agosto 2004, n. 210 (prima parte)*, cit., p. 1495; GALBUSERA, op. cit., a cura di Sicchiero, cit., p. 55 e ss. Per una giustificazione di tale omissione, cfr. invece TONDO, *Introduzione*, in *La tutela dell'acquirente di immobili da costruire*, cit., p. 35.

17 Così anche D'ARRIGO, op. cit., p. 929.

TRIOLA, *Vendita di immobili da costruire e tutela dell'acquirente*, cit., p. 73, evidenzia come probabilmente il promissario acquirente stipulante possa riservarsi in contratto di individuare successivamente il beneficiario dell'acquisto, che però dovrà essere parente in primo grado.

58

Contra, per l'estensione delle tutele anche laddove la *electio amici* avvenga a favore di persona fisica diversa da un parente in primo grado, RIZZI, *D.lgs. 122 del 2005: la garanzia fideiussoria ed i presupposti di applicazione della nuova normativa*, cit., p. 1041; GALBUSERA, op. cit., p. 71 ss.; BUSANI, op. ult. cit., p. 47 e ss.; PALERMO, «La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire», cit., p. 321-322.

18 Cass. 10 dicembre 2002, n. 14460, in *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Contratto in genere*, n. 460; Cass. 25 agosto 1998, n. 8410, in *Contr.*, 1999, p. 336; Cass. 4 ottobre 1983, n. 5777, in *Foro it.*, Rep. 1983, voce *Contratto in genere*, n. 280.

Per un quadro delle concezioni dottrinali sul contratto per persona da nominare, cfr. VALENZA, *Contratto per persona da nominare*, in *Attività negoziale e rapporto giuridico plurilaterale senza comunione di scopo*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 97 e ss.; PENNASILICO, *Il contratto per persona da nominare*, Milano, 1999; CARAVAGLIOS, *Il contratto per persona da nominare*, Milano, 1998; VISINTINI, *Del contratto per persona da nominare*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993, p. 341 ss.; GRAZIADEI, *Contratto per persona da nominare*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, IV, Torino, 1989, p. 261; GAZZONI, voce *Contratto per persona da nominare*, *dir. civ.*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma 1988; GAZZONI,

«Profili della riserva di nomina del contraente», in *Giur. comm.*, 1982, I, p. 229; CARRESI, voce *Contratto per persona da nominare*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 129.

19 Cfr. l'intervento del senatore Callegaro nella 464^a Seduta della Commissione Giustizia del Senato in data 13 aprile 2005, che riteneva «opportuno inserire una norma che impedisca manovre elusive quali la cessione del contratto o la nomina del terzo, e in tal senso si potrebbe inserire in calce all'articolo 1 la seguente previsione: "L'obbligo di cui al primo comma sussiste anche in caso di cessione del contratto o di nomina del terzo ai sensi dell'articolo 1401 del codice civile"».

20 Così anche BUSANI, op. cit., p. 48.

21 TORRONI, *Il D.lgs. n. 122/2005 letto con la lente del costruttore*, cit., p. 899.

22 Sulla base, invece, della retroattività della sostituzione dell'*electus* in luogo dello stipulante, TONDO, op. ult. cit., p. 38, ritiene che l'*electus* subentri in ogni caso, qualunque sia la sua qualifica soggettiva, nella garanzia fideiussoria già rilasciata a favore dello stipulante.

23 Sulla cessione del contratto, cfr. per tutti FUSARO, *Il contratto e i terzi*, in *Tratt. contr.* diretto da Roppo, III, Milano, 2006, p. 217; CLARIZIA, *La cessione del contratto*, Milano, 2004; CARBONE, *La cessione del contratto*, in *Il contratto in generale*, VI - *Tratt. dir. priv.* diretto da Bessone, Torino, 2000, p. 263; ANELLI, *La cessione del contratto*, in *I contratti in generale*, II, a cura di E. Gabrielli, Torino, 1999, p. 1171 e ss.; BENEDETTI, *La cessione del contratto*, Milano, 1998; ALPA-FUSARO, *Cessione del contratto*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, II, Torino 1988, p. 338; BRIGANTI, voce *Cessione del contratto*, *dir. civ.*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988; LEPRI, *La forma della cessione del contratto*, Padova, 1993; BASINI, «Forma del negozio di cessione del contratto e cedibilità dei contratti ad effetti reali», in *Contratti*, 1993, p. 393; SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, II, Torino, 1993, p. 699 e ss.; CARRESI, *Cessione del contratto*, in *Novissimo Dig. it.*, III, Torino, 1960, p. 147; CICALA, voce *Cessione del contratto*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 878.

24 BUSANI, op. cit., p. 48.

25 Diversamente, per il mantenimento della tutela a favore del cessionario in ogni caso, stante il subingresso nell'intera posizione di parte contrattuale, salvi i rimedi contro la frode alla legge, TONDO, op. ult. cit., p. 37. Per l'estensione della tutela ad ogni cessionario persona fisica, PALERMO, «La tutela dei diritti patrimoniali...», cit., p. 321-322.

26 Nel medesimo senso, BUSANI, op. cit., p. 48.

27 TORRONI, op. ult. cit., p. 899.

28 Sul contratto a favore di terzi, cfr. in generale FUSARO, *Il contratto e i terzi*, in *Tratt. contr.* diretto da Roppo, III, Milano, 2006, p. 175; FERRANTI, *Causa e tipo nel contratto a favore di terzo*, Milano, 2005; ANGELONI, *Del contratto a favore di terzi (art. 1411-1413)*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2004; LO SCHIAVO-MARRESE, *Il contratto a favore di terzi*, Milano, 2003; FRANZONI, *Il contratto e i terzi*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, Torino, 1999, p. 1073 e ss.; MOSCARINI, *Il contratto a favore di terzi*, Milano, 1997; CALICETI, *Contratto e negozio nella stipulazione a favore di terzi*, Padova 1994; MAJELLO, *Contratto a favore del terzo*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, IV, Torino, 1989, p. 235; SCOZZAFAVA, voce *Contratto a favore di terzi*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma 1988; MOSCARINI, *I negozi a favore di terzo*, Milano 1970; MAJELLO, *L'interesse dello stipulante nei contratti a favore di terzo*, Napoli, 1962; MESSINEO, voce *Contratto nei rapporti col terzo*, in *Enc. dir.*, X, Milano 1962, p. 196.

29 Invece secondo BUSANI, op. ult. cit., p. 48, «il requisito dell'acquirente, di essere una persona fisica, va verificato in capo al terzo e non in capo allo stipulans».

30 Ritiene invece sufficiente che il terzo sia persona fisica, ai fini dell'estensione delle tutele del decreto, PALERMO, «La tutela dei diritti patrimoniali...», cit., p. 321-322.

31 Giurisprudenza pacifica: cfr. per tutte, tra le più recenti, Cass. 30 maggio 2003, n. 8811, in *Foro it.*, Rep. 2003, voce *Appalto*, n. 57; Cass. 10 settembre 2002, n. 13158, in *Foro it. Rep.*, 2002, voce *Appalto*, n. 48; Cass. 29 marzo 2002, n. 4622, in *Giur. it.*, 2002, p. 2042; Cass. 11 agosto 2000, n. 10719, in *Foro it.*, Rep. 2001, voce *Appalto*, n. 60; Cass. 26 maggio 2000, n. 6997, in *Foro pad.*, 2001, I, c. 30; Cass. 7 gennaio 2000, n. 81, in *Giur. it.*, 2000, p. 977; Cass. 2 ottobre 2000, n. 13003, in *Foro it.*, Rep. 2000, voce *Appalto*, n. 70; Cass. 2 aprile 1999, n. 3221, in *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Appalto*, n. 66.

32 Cfr. tra gli altri RUBINO-IUDICA, *Dell'appalto*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1992, p. 422 e ss.; GIANNATTASIO, *L'appalto*, in *Tratt. dir. civ. comm.* diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1967, p. 212 e ss.

33 RUBINO-IUDICA, *Dell'appalto*, cit., p. 442 e ss.; GIANNATTASIO, *L'appalto*, cit., p. 212.

34 Secondo TICOZZI, *Assicurazione dell'immobile*, in *La tutela degli acquirenti d'immobili da costruire*, a cura di Sicchiero, cit., p. 104 ss., in ogni caso di subingresso di terzi nella posizione dell'acquirente si verificherebbe, automaticamente, la successione nella posizione di assicurato.

35 Sul contratto di locazione finanziaria, o leasing, cfr. CATRICALÀ, *Leasing*, in *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, a cura di Stanzone e Saturno, Padova, 2006, p. 475; MUNARI, voce *Leasing*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, VI, Milano, 2002, p. 655; LA TORRE, *Manuale della locazione finanziaria*, Milano, 2002; FERRARINI-BARUCCO, *La locazione finanziaria (leasing)*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da P. Rescigno, 11, Torino, 2000, p. 3; CLARIZIA, *Factoring - Locazione finanziaria*, Torino 1999; INVREA-LONGO, *Leasing*, Milano, 1999; PURCARO, *La locazione finanziaria - leasing*, Padova, 1998; DE NOVA, *Leasing*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, X, Torino, 1993, p. 462; CAVAZZUTI, voce *Leasing*, *dir. priv.*, in *Enc. giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1990; BUONOCORE, *Leasing*, in *Novissimo Dig. it.*, Appendice, IV, Torino, 1983, p. 797.

36 Sulla fattispecie del leasing traslativo, cfr. tra le altre Cass. 9 aprile 2003, n. 5552, in *Foro it.*, 2004, I, c. 215; Cass. 28 novembre 2003, n. 18229, in *Foro it. Rep.* 2003, voce *Contratto in genere*, n. 256; Cass. 7 febbraio 2001, n. 1715, in *Foro pad.*, 2001, I, c. 282; Cass. 3 maggio 2002, n. 6369, in *Vita not.*, 2002, p. 833; Cass. 24 giugno 2002, n. 9161, in *Foro it. Rep.* 2002, voce *Contratto in genere*, n. 273; Cass. 14 aprile 2000, n. 4855, in *Foro it. Rep.* 2000, voce *Contratto in genere*, n. 320; Cass. 18 novembre 1998, n. 11614, in *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Contratto in genere*, n. 291; Cass. 19 luglio 1997, n. 6663, in *Foro it.*, 1997, I, c. 3586; Cass. 2 agosto 1995, n. 8464, in *Foro it.*, 1996, I, c. 164; Cass., S.U., 7 gennaio 1993, n. 65, in *Foro it.*, 1994, I, c. 177.

37 In tal senso CASARANO, *La garanzia fideiussoria*, in *Atti del Convegno Paradigma*, Milano 14 aprile 2005, p. 12 e ss.

38 VETTORI, *La tutela dell'acquirente di immobili da costruire: soggetti, oggetto, atti*, in *La tutela dell'acquirente di immobili da costruire*, cit., p. 71.

59