

Collana diretta da
Giancarlo Laurini

GAETANO PETRELLI

Gli acquisti di immobili da costruire

Le garanzie, il preliminare
e gli altri contratti,
le tutele per l'acquirente
(D.Lgs. 20 giugno 2005, n. 122)

© Copyright by Wolters Kluwer Italia s.r.l. - IPSOA - 2005

I diritti di traduzione, di riproduzione e di adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi le copie fotostatiche, i film didattici e i microfilm) sono riservati per tutti i Paesi.

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali involontari errori o inesattezze.

SOMMARIO

Capitolo Primo

CONSIDERAZIONI DI POLITICA LEGISLATIVA

1.	Le ragioni della nuova disciplina	1
2.	L'influenza del modello francese. Analogie e differenze.	7
3.	Rilievi critici	10
4.	La simulazione del prezzo di vendita ed i possibili rimedi	14

Capitolo Secondo

L'AMBITO DI APPLICAZIONE DELLA NUOVA DISCIPLINA

1.	Il ruolo delle definizioni e l'ambito di applicazione del decreto legislativo	20
2.	L'individuazione degli immobili da costruire. La necessaria richiesta del permesso di costruire	23
3.	(Segue): l'incommerciabilità dei fabbricati futuri per i quali non è stato richiesto il permesso di costruire	27
4.	(Segue): la costruzione o il completamento a carico dell'alienante	32
5.	(Segue): il riferimento al certificato di agibilità.	33
6.	(Segue): i fabbricati da ristrutturare	36
7.	(Segue): la destinazione dei fabbricati	39
8.	La nozione di acquirente; rapporto con la nozione di consumatore	40
9.	Il socio assegnatario ed il terzo acquirente da cooperativa edilizia	47
10.	La nozione di costruttore; l'imprenditore edile e non edile	49
11.	Il pagamento di acconti o altri corrispettivi anteriormente all'acquisto del fabbricato	51

12.	Le tipologie negoziali. Criteri generali. I concetti di “successivo acquisto” e di “trasferimento non immediato”	53
13.	(Segue): il collegamento negoziale	60
14.	(Segue): il contratto preliminare e gli altri contratti preparatori	62
15.	(Segue): la vendita di cosa futura	65
16.	(Segue): le altre vendite obbligatorie.	68
17.	(Segue): la permuta di cosa presente contro cosa futura	70
18.	(Segue): la vendita di terreno con contestuale preliminare di compravendita di porzione dell’edificio da costruire	72
19.	(Segue): la vendita di quota di comproprietà del terreno con contestuali appalto e divisione di cosa futura	75
20.	(Segue): la vendita del terreno con riserva di diritto di superficie e contestuale appalto	77
21.	(Segue): la vendita sottoposta a condizione sospensiva	78
22.	(Segue): la vendita con patto di riservato dominio.	80
23.	(Segue): la vendita di fabbricato al rustico con obbligo di completamento a carico del venditore	82
24.	(Segue): la vendita di fabbricato al rustico da ultimarsi ad opera dell’acquirente	86
25.	(Segue): la vendita di fabbricato da ristrutturare ad opera del venditore	87
26.	(Segue): la vendita di porzione di fabbricato ultimata, compresa in complesso edilizio nel quale devono essere ancora ultimate le parti comuni condominiali	88
27.	(Segue): l’appalto per la costruzione di fabbricato su terreno di proprietà dell’acquirente	89
28.	(Segue): la divisione di cosa futura, o la reciproca costituzione di diritti di superficie, stipulate dai comproprietari del terreno, con conferimento di appalto ad un terzo per la costruzione del fabbricato.	91
29.	(Segue): il contratto di <i>leasing</i>	91

30. (Segue): i contratti finalizzati all'assegnazione in proprietà al socio di cooperativa edilizia 94
31. (Segue): il contratto definitivo preceduto da contratto preliminare già sottoposto alle disposizioni del decreto legislativo . . . 95

Capitolo Terzo

LA GARANZIA FIDEIUSSORIA

1. L'oggetto della fideiussione: le somme riscosse dal costruttore. . . 101
2. (Segue): le somme da erogarsi da un soggetto mutuante. 102
3. (Segue): il valore di "ogni altro eventuale corrispettivo" 106
4. (Segue): il pagamento effettuato dall'acquirente mediante rilascio di cambiali. 107
5. (Segue): fideiussione e simulazione del prezzo di vendita 111
6. Fideiussione per il rimborso delle somme pagate e garanzia per l'ultimazione dei lavori 111
7. Il presupposto per l'escussione della fideiussione: la situazione di crisi 112
8. Il momento della prestazione della fideiussione; inammissibilità della fideiussione a "tranches" successive. 114
9. Fideiussione e inadempimento dell'acquirente 116
10. Inammissibilità della rinuncia alla fideiussione da parte dell'acquirente. Inidoneità di garanzie sostitutive 117
11. La sanzione della nullità relativa 120
12. La fideiussione come obbligo del venditore: i rimedi sinallagmatici. 120
13. Caratteristiche inderogabili della fideiussione 122
14. Clausole migliorative della fideiussione; il contratto autonomo di garanzia 126
15. Il beneficiario della fideiussione e le peculiarità soggettive della fattispecie contrattuale: il contratto per persona da nominare. . . 128

16.	(Segue): la cessione del contratto	133
17.	(Segue): il contratto a favore di terzo	134
18.	La durata della fideiussione.	135
19.	(Segue): la vendita di fabbricato al rustico; la vendita di terreno con contestuale appalto al costruttore per la costruzione dell'edificio.	139
20.	(Segue): la vendita "in stato di futuro completamento"	141
21.	Fideiussione e varianti al progetto originario.	142
22.	La risoluzione di diritto del contratto a fronte di una situazione di crisi	144
23.	Fabbricati condominiali: possibilità di rilascio di un'unica fideiussione	145
24.	Fideiussione e obblighi del notaio.	146
25.	Il regime fiscale della fideiussione.	147

Capitolo Quarto

L'ASSICURAZIONE DELL'IMMOBILE

1.	Oggetto dell'assicurazione: i vizi <i>ex art.</i> 1669 del codice civile.	149
2.	(Segue): art. 1669 c.c., responsabilità civile del venditore e di chi ha eseguito la costruzione.	151
3.	La somma assicurata	152
4.	Le tipologie contrattuali	153
5.	Il beneficiario dell'assicurazione	154
6.	Assicurazione e stipula del contratto; conseguenze della mancata consegna della polizza.	155

Capitolo Quinto

LA FORMA ED IL CONTENUTO DEI CONTRATTI

1.	Considerazioni sulla forma dei contratti.	157
----	---	-----

2.	Il problema della data certa dei contratti	158
3.	Le prescrizioni sul contenuto dei contratti: funzione e natura giuridica	160
4.	Le conseguenze della violazione delle prescrizioni di contenuto dei contratti. Profili generali	166
5.	(Segue): la tesi della responsabilità del costruttore.	170
6.	(Segue): la tesi del diritto di “ripensamento”, o di recesso unilaterale dell’acquirente	174
7.	(Segue): la tesi dell’obbligo di rinegoziazione del contratto . . .	175
8.	(Segue): la tesi dell’integrazione del contratto	178
9.	(Segue): la tesi della nullità relativa del contratto.	181
10.	Conclusioni sulle conseguenze della violazione dell’art. 6	198
11.	Gli estremi identificativi dei soggetti e dell’oggetto del contratto.	201
12.	(Segue): le tabelle millesimali e la superficie utile dell’unità immobiliare da costruire	207
13.	Gli elementi necessari per la determinazione degli obblighi del costruttore	208
14.	(Segue): l’indicazione delle imprese appaltatrici	210
15.	Le indicazioni relative al prezzo di compravendita o del diverso corrispettivo.	212
16.	L’indicazione degli estremi della fideiussione	215
17.	Le indicazioni relative allo stato giuridico dell’immobile: convenzioni urbanistiche e formalità pregiudizievoli.	218
18.	(Segue): gli estremi del permesso di costruire o della sua richiesta	223
19.	Contenuto del contratto ed allegazione di documenti	227
20.	Limiti all’ammissibilità della <i>relatio</i> a fonti esterne al contratto . .	229
21.	(Segue): le servitù ed il regolamento di condominio	230
22.	Le indicazioni relative al certificato di agibilità.	232

Capitolo Sesto

IL REGIME DELLA NULLITÀ RELATIVA

1.	L'evoluzione della categoria giuridica della nullità del contratto; le nullità di protezione.	235
2.	La disciplina giuridica della nullità relativa	240
3.	(Segue): il problema della rilevabilità d'ufficio della nullità relativa.	241
4.	(Segue): l'efficacia del contratto affetto da nullità relativa.	245
5.	Nullità di protezione e condizione sospensiva.	246
6.	La convalida del contratto relativamente nullo.	251
7.	Inammissibilità della rinunzia preventiva all'azione di nullità	259
8.	Sanatoria della nullità a seguito del rilascio della fideiussione o del completamento del contenuto contrattuale	259
9.	Il problema dell'azionabilità della nullità relativa successivamente all'acquisto della proprietà del fabbricato ultimato	261
10.	(Segue): l'opponibilità ai terzi subacquirenti della nullità relativa.	265
11.	Nullità relativa e responsabilità del notaio.	267

Capitolo Settimo

IL FRAZIONAMENTO DEL MUTUO E DELL'IPOTECA

1.	Limiti di applicazione della nuova disciplina del frazionamento.	273
2.	La necessità di previo accatastamento delle porzioni immobiliari oggetto di frazionamento	276
3.	Presupposti dell'obbligo della banca di provvedere al frazionamento.	278
4.	Il diritto soggettivo del promissario acquirente e dell'assegnatario al frazionamento	281
5.	Il diritto del terzo acquirente e del promissario acquirente al	

	frazionamento: rilievi sistematici e natura giuridica del negozio di frazionamento	284
6.	L'atto pubblico di frazionamento delegato al notaio.	287
7.	(Segue): i criteri oggettivi per procedere al frazionamento del mutuo e dell'ipoteca	295
8.	(Segue): le spese dell'atto pubblico di frazionamento e delle eventuali perizie tecniche	304

Capitolo Ottavo

I DIVIETI DI STIPULA IN ASSENZA DI CANCELLAZIONE O FRAZIONAMENTO DI IPOTECHE E PIGNORAMENTI

1.	Premessa: esigenze di tutela dell'acquirente e soluzioni normative.	307
2.	Presupposti del diritto dell'acquirente al frazionamento o alla cancellazione dell'ipoteca	310
3.	Ambito di applicazione del divieto: immobili da costruire e requisiti soggettivi delle parti del contratto	311
4.	(Segue): contratto di compravendita, altri contratti definitivi, contratto preliminare	315
5.	Coordinamento con l'art. 6, comma 1, lett. <i>b</i>), del decreto legislativo.	317
6.	L'individuazione delle ipoteche da cancellare o da frazionare	318
7.	La preclusione alla vendita degli immobili ipotecati non accatastati	319
8.	Inammissibilità della rinuncia dell'acquirente alla tutela dell'art. 8	320
9.	(Segue): l'obbligo notarile di accertamenti ipotecari e la "dispensa" da visure; rilievi sistematici.	323
10.	Perfezionamento del titolo idoneo alla cancellazione o al frazionamento	325
11.	Responsabilità disciplinare del notaio <i>ex art.</i> 28 della legge notarile.	326

12. Il problema della validità o nullità del contratto compiuto in violazione del divieto 327

Capitolo Nono

IL DIRITTO DI PRELAZIONE NELLA VENDITA FORZATA

1. Diritto di prelazione legale e vendita forzata 329
2. Presupposti soggettivi ed oggettivi del diritto di prelazione . . . 333
3. Obblighi dell'autorità che procede alla vendita dell'immobile . . 335
4. Termini e modalità dell'esercizio del diritto di prelazione 338
5. Il trasferimento della proprietà dell'immobile a favore del prela-zionario 341
6. Conseguenze del mancato rispetto del diritto di prelazione . . . 342

Capitolo Decimo

IL FALLIMENTO DEL COSTRUTTORE

1. Fallimento del costruttore e scelta del curatore fallimentare tra lo scioglimento e l'esecuzione del contratto: il contratto defini-tivo ad effetti reali differiti 345
2. (Segue): il contratto preliminare 347
3. Scelta ad opera dell'acquirente dello scioglimento del contratto 350
4. I limiti alla revocatoria fallimentare; coordinamento con l'art. 2 del d.l. 14 marzo 2005, n. 35 351
5. (Segue): il concetto di "giusto prezzo". Fattispecie particolari . . . 358
6. (Segue): l'impegno di trasferire la residenza; profili formali e conseguenze della violazione dell'obbligo. 362

Capitolo Undicesimo

LA DISCIPLINA TRANSITORIA

1. L'applicazione delle disposizioni sulla fideiussione 367
2. Le disposizioni degli articoli 6, 7 e 8 del decreto legislativo . . . 368

3.	Le disposizioni di natura procedurale	369
----	---	-----

APPENDICE

Tecniche redazionali

1.	Contratto preliminare di compravendita di fabbricato da costruire.	373
2.	Contratto di compravendita di fabbricato da costruire (vendita di cosa futura)	386
3.	Contratto di permuta di cosa presente contro cosa futura	394
4.	Contratto di compravendita di terreno (seguito da preliminare di vendita di porzione del fabbricato da costruire)	402
5.	Atto pubblico di frazionamento di mutuo fondiario sottoscritto dal solo notaio	405

Documenti

Legge 2 agosto 2004, n. 210. Delega al governo per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire.	408
Decreto legislativo 20 giugno 2005, n. 122. Disposizioni per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire, a norma della legge 2 agosto 2004, n. 210	412

Capitolo Primo

CONSIDERAZIONI DI POLITICA LEGISLATIVA

1. Le ragioni della nuova disciplina. - 2. L'influenza del modello francese. Analogie e differenze. - 3. Rilievi critici. - 4. La simulazione del prezzo di vendita ed i possibili rimedi.

1. LE RAGIONI DELLA NUOVA DISCIPLINA

In esecuzione della delega contenuta nella legge 2 agosto 2004, n. 210, il Governo ha approvato il D. Lgs. 20 giugno 2005, n. 122 (di seguito “decreto legislativo”), in *G.U.* n. 155 del 6 luglio 2005, contenente disposizioni a tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili (*rectius*: fabbricati) da costruire, in vigore dal 21 luglio.

Tale provvedimento, che interviene a chiusura di un dibattito dottrinale più che trentennale in punto di tutela degli acquirenti di case da edificare¹, si inserisce nel contesto di una legislazione, spesso di derivazione comunitaria e per tale motivo conosciuta come “diritto privato europeo”², finalizzata alla regolamentazione di un fenomeno sempre più

¹ Cfr., tra i più risalenti contributi sul tema, RUGGIERO, *Per la tutela dell'acquirente di alloggio in costruzione*, in *Riv. not.*, 1972, p. 1090 ss.; BENACCHIO, *Commento al progetto di legge sul condominio in fase di attuazione*, in *Riv. not.*, 1972, p. 1087 ss.; BIANCA, *Notazioni per una disciplina particolare in tema di vendita di case*, in *Giur. it.*, 1974, IV, c. 15 ss.; FIANDACA-ARMATI-FERRO, *Le garanzie degli acquirenti di case di abitazione nei confronti dei promotori e costruttori*, in *Riv. not.*, 1976, p. 588.

Cfr. anche il progetto di legge n. 589 del 22 novembre 1972, presentato dai senatori Carraro e Follieri, relativo tra l'altro ai contratti di vendita di porzioni di edifici da costruire, pubblicato in *Riv. not.*, 1972, p. 1090 ss.

² 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.

frequente nella realtà economica contemporanea, rappresentato dalla contrattazione tra un “contraente forte” ed un “contraente debole”, che è caratterizzata da un significativo “squilibrio” tra le posizioni delle parti³. La legislazione nazionale, come del resto il diritto comunitario, intervengono sempre più frequentemente al fine di riequilibrare le posizioni delle parti, con interventi di tipo conformativo, intesi a rendere effettiva l'autonomia contrattuale, ed agevolare di conseguenza il corretto funzionamento del mercato, o dei mercati⁴. È 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”⁵, ivi compresa la tendenza al

³ 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; la legge 6 maggio 2004 n. 129, sul contratto di affiliazione commerciale (*franchising*).

⁴ Sull'incidenza della normativa dei contratti d'impresa sul funzionamento del mercato, OPPO, *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 846 ss.

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.

È 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.

⁵ 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; PUTTI, *La nullità parziale. Diritto interno e comunitario*, Napoli 2002, p. 376 (il quale, con particolare riferimento alla nuova disciplina delle nullità, evidenzia “i molti punti di contatto tra le nullità di derivazione comunitaria e quelle contenute nella legislazione speciale degli ultimi anni”, rilevando che in entrambe “si è superata la concezione della nullità come fattispecie”).

c.d. neoformalismo⁶, e la conformazione del contenuto contrattuale. Interventi che solo apparentemente limitano l'autonomia privata, mentre in realtà - tendendo ad eliminare le situazioni di squilibrio ed a realizzare un'effettiva parità di posizioni - la rendono maggiormente "effettiva"⁷. Tale complesso legislativo non costituisce un sistema di regole separato rispetto al diritto comune dei contratti; al contrario, il principio di unitarietà dell'ordinamento giuridico - sia pure nella pluralità delle fonti che concorrono a determinarlo - rappresenta la chiave interpretativa attraverso la quale includere le nuove regole nell'ambito complessivo del sistema, rivisitando il significato di principi e dogmi appartenenti alla tradizione⁸.

Lo stesso avviene con il provvedimento in esame, il quale si pone l'obiettivo di contemperare - mediante una specifica disciplina dedicata alla contrattazione sugli immobili da costruire - gli interessi delle imprese costruttrici con l'esigenza di tutela dell'acquirente, parte debole del rapporto⁹.

Ci si potrebbe chiedere la ragione della *discriminazione*, così attuata, *tra gli immobili da costruire e quelli già ultimati*: tale ragione è facilmente individuabile, almeno riguardo ad una parte della disciplina in commento, nella particolare *debolezza contrattuale degli acquirenti* di immobili che non siano ancora realizzati, e nella diffusa prassi delle imprese edili di finanziare la costruzione, in gran parte, con gli *acconti* anticipati dagli acquirenti¹⁰. I quali ultimi rimangono, in tal modo, esposti a rischio per un notevole lasso di tempo tra la conclusione del contratto preliminare e l'acquisto della proprietà del fabbricato ultimato. Con la conseguente

⁶ 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").

⁷ 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*").

⁸ POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli 2001, p. 107 ss.

⁹ 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 (*prima parte*), in *Studium iuris*, 2004, p. 1489 ss.

¹⁰ COSTOLA, *Verso nuove forme di tutela degli acquirenti di immobili da costruire: la legge delega 2 agosto 2004*, n. 210 (*prima parte*), cit., p. 1489.

probabilità - molto maggiore rispetto alla fattispecie dei fabbricati già ultimati - di *sopravvenuta insolvenza del costruttore*, ed in genere di inadempimento, o impossibilità sopravvenuta dell'adempimento dell'obbligo di ultimazione del fabbricato. Ed il rischio di perdita, in tutto o in parte, delle somme già corrisposte a titolo di acconto, posto che in caso di fallimento del costruttore, e di *opzione da parte del curatore fallimentare per lo scioglimento del contratto* (art. 72, commi 4 e 5, l. fall.), all'acquirente non rimane che insinuarsi al passivo per tentare di ottenere la restituzione di quanto già pagato; senza che peraltro l'eventuale scelta del curatore per la prosecuzione del rapporto contrattuale assicuri all'acquirente garanzie in ordine all'ultimazione del fabbricato da costruire¹¹.

Soprattutto, però, la circostanza che l'immobile sia ancora da costruire rende - secondo l'opinione prevalente - "impossibile" *l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto preliminare* ai sensi dell'art. 2932 c.c.¹². Il che comporta una sensibile riduzione della tutela del promissario acquirente: mentre, infatti, in caso di immobile già edificato egli può, non appena verificatosi l'inadempimento¹³, proporre la do-

¹¹ Su queste problematiche, cfr. JORIO, *Fallimento del venditore e tutela dell'acquirente*, in *Giur. comm.*, 1974, I, p. 751 ss. (il quale, pur ritenendo compatibili con la procedura fallimentare l'imposizione di obblighi di fare in capo al curatore, ritiene a tal fine necessaria un'autorizzazione del tribunale all'esercizio provvisorio dell'impresa, ed in genere fa salva la prevalenza degli interessi della procedura).

¹² LUMINOSO, *La contrattazione di immobili da costruire: dalla novella n. 30/1997 allo schema di decreto attuativo della legge delega 28.2.2004 n. 210*, in *Atti del convegno Paradigma*, Milano 15 aprile 2005, p. 2; App. Campobasso 31 maggio 2002, in *Foro it.*, Rep. 2003, voce *Contratto in genere*, n. 496; Cass. 16 dicembre 1983 n. 7422, in *Foro it.*, Rep. 1983, voce *Vendita*, n. 32; Cass. 12 febbraio 1982 n. 854, in *Foro it.*, Rep. 1982, voce *Contratto in genere*, n. 147; Cass. 24 novembre 1971 n. 3430, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, c. 1630. *Contra*, Cass. 24 febbraio 1982 n. 1139, in *Foro it.*, 1982, I, c. 2535.

Diversa è la fattispecie del contratto preliminare avente ad oggetto un immobile da costruire, *una volta che il fabbricato sia venuto ad esistenza, ma con vizi o difformità rispetto a quanto promesso*: in tal caso la giurisprudenza ammette l'eseguibilità in forma specifica, con diritto del promissario acquirente ad ottenere una rettifica del contratto preliminare (con modifica del prezzo pattuito), o l'eliminazione dei vizi e difformità: Cass. 8 ottobre 2001 n. 12323, in *Foro it.*, Rep. 2001, voce *Contratto in genere*, n. 419; Cass. 19 dicembre 2000 n. 15958, in *Foro it.*, Rep. 2000, voce *Contratto in genere*, n. 508; Cass. 17 novembre 1990 n. 11126, in *Foro it.*, Rep. 1990, voce *Contratto in genere*, n. 292; Cass. 27 febbraio 1985 n. 1720, in *Vita not.*, 1985, p. 257; Cass. 29 marzo 1982 n. 1932, in *Foro it.*, Rep. 1982, voce *Contratto in genere*, n. 135.

Per altro verso, non può essere ottenuta l'esecuzione in forma specifica del contratto preliminare di immobile da costruire, ove la costruzione avvenga abusivamente: Trib. Verbania 9 aprile 2001, in *Contratti*, 2002, p. 234; Cass. 9 dicembre 1992 n. 13024, in *Foro it.*, Rep. 1992, voce *Contratto in genere*, n. 326; Trib. Catania 3 marzo 1989, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 2718.

¹³ La proposizione della domanda giudiziale ex art. 2932 c.c. presuppone l'inadempimento del promittente venditore; peraltro, in passato si è assistito ad un uso "anomalo" della domanda giudiziale in oggetto, proposta (e trascritta) in assenza di un inadempimento attuale del promittente venditore, al fine di "prenotare", con la trascrizione nei registri immobiliari, una "tutela reale" a favore del promissario acquirente: BECHINI, *La trascrizione del contratto preliminare*, in *Riv. not.*, 1999, p. 243; Di

manda giudiziale *ex art. 2932 c.c.* e, per mezzo della relativa trascrizione (*ex art. 2652, n. 2, c.c.*), tutelare il proprio diritto nei confronti dei creditori ed aventi causa dal promittente alienante (in quanto “la trascrizione della sentenza che accoglie la domanda prevale sulle trascrizioni e iscrizioni eseguite contro il convenuto dopo la trascrizione della domanda”), al contrario il promissario acquirente di immobile da costruire non può in alcun modo usufruire di tale tutela.

La *possibilità di trascrivere il contratto preliminare* - introdotta, mediante l'introduzione dell'art. 2645-*bis* c.c., dall'art. 3 del D.L. 31 dicembre 1996, n. 669, convertito in legge 28 febbraio 1997, n. 30 - postula, d'altra parte, che lo stesso contratto sia redatto per *atto pubblico o scrittura privata autenticata*, o che *le sottoscrizioni siano giudizialmente accertate*. La prima via è poco seguita nella prassi, sia per le pressioni esercitate dall'impresa costruttrice, poco propensa a far emergere il reale prezzo del contratto, sia per la tendenza del promissario acquirente ad evitare gli ulteriori costi derivanti dalla trascrizione del preliminare¹⁴; ed anche per la generale sottovalutazione dei rischi connessi a questo tipo di acquisti. Il promissario acquirente di immobile da costruire potrebbe, certo, trascrivere la domanda giudiziale diretta all'accertamento delle sottoscrizioni del preliminare (art. 2652, n. 3, c.c.), per trascrivere quindi il preliminare stesso, posto che l'art. 2645-*bis*, comma primo, ultima parte, menziona espressamente la scrittura privata con sottoscrizioni accertate giudizialmente. Ciò non è, però, sempre agevole, e soprattutto non garantisce risultati ottimali all'acquirente. Innanzitutto potrebbero sorgere *difficoltà, o addirittura l'impossibilità di effettuare la trascrizione*, nel caso in cui manchino - nel preliminare stipulato per scrittura privata - le *indicazioni richieste ai fini della trascrizione*, in particolare quelle richieste dagli artt. 2659 n. 1, 2826, 2645-*bis*, comma 4, c.c. In secondo luogo, non è affatto chiaro se il *termine triennale di efficacia della trascrizione* del preliminare previsto dal comma 3 dell'art. 2645-*bis* c.c. decorra dalla trascrizione della domanda giudiziale di accertamento delle sottoscrizioni *ex art. 2652, n. 3, c.c.*, ovvero dalla successiva trascrizione del preliminare, accompa-

MAJO, *La “normalizzazione” del preliminare*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 132; GABRIELLI, *L'efficacia prenotativa della trascrizione del contratto preliminare*, in *Studium iuris*, 1997, p. 456; MENGONI, *La pubblicità immobiliare*, in *Jus*, 1986, p. 14 ss.

¹⁴ Rileva COSTOLA, *Verso nuove forme di tutela degli acquirenti di immobili da costruire: la legge delega 2 agosto 2004, n. 210 (seconda parte)*, in *Studium iuris*, 2005, p. 41, che “troppo spesso il promissario acquirente preferisce correre qualche rischio, di cui probabilmente al momento della conclusione del contratto non intuisce la gravità, per evitare gli oneri implicati dal ricorso al notaio e le imposte di registro e di trascrizione”.

gnato dalla sentenza di accertamento delle sottoscrizioni¹⁵: nel primo caso, stante l'improbabilità che si addivenga ad una sentenza definitiva entro tre anni dall'instaurazione del giudizio, è chiaro che l'interesse dell'acquirente rischierebbe di essere seriamente pregiudicato.

Si aggiunga il fatto che la trascrizione della domanda giudiziale di esecuzione in forma specifica, *ex art. 2652, n. 2, c.c.*, se eseguita anteriormente alla dichiarazione di fallimento del costruttore, pur non incidendo - secondo la tesi preferibile¹⁶ - sulla facoltà del curatore di recedere dal contratto *ex art. 72 l. fall.*, determina, ai sensi dell'*art. 45 l. fall.*, l'opponibilità alla massa dei creditori della domanda stessa e della eventuale sentenza di accoglimento, sempre che il curatore non abbia optato per lo scioglimento del preliminare; nonché, ove si dia effettivamente luogo ad esecuzione coattiva del contratto preliminare, l'opponibilità al fallimento dell'effetto traslativo nascente dalla sentenza *ex art. 2932 c.c.*, ancorché pronunciata successivamente alla dichiarazione di fallimento (sentenza il cui passaggio in giudicato preclude definitivamente al curatore la facoltà di scioglimento)¹⁷. Al contrario, il contratto preliminare di immobile da costruire, il più delle volte non è opponibile a quest'ultimo in quanto privo di data certa anteriore al fallimento (*art. 2704 c.c.*)¹⁸; secondo un orienta-

¹⁵ Cfr. per tutti GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da Schlesinger, Milano 1998, p. 720 ss.; LUMINOSO, *La trascrizione del contratto preliminare*, Padova 1998, p. 49 ss.

¹⁶ Cass. 14 aprile 2004 n. 7070, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Fallimento*, n. 58; Cass. S.U. 14 aprile 1999 n. 239, in *Fallimento*, 1999, p. 1247, con nota di PATTI, ed in *Dir. fall.*, 1999, II, p. 678, con nota di DI MAJO; Cass. 13 maggio 1999 n. 4747, in *Fallimento*, 2000, p. 727; Cass. 12 maggio 1997 n. 4105, in *Dir. fall.*, 1997, II, p. 850; Cass. 26 agosto 1994 n. 7522, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1539; Cass. 29 marzo 1989 n. 1497, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, c. 1859, con nota di CHIANALE; App. Bologna 11 marzo 1986, in *Giur. comm.*, 1986, II, p. 606;

In senso contrario, v. però la recente Cass. S.U. 7 luglio 2004 n. 12505, in *Vita not.*, 2004, p. 1603, secondo la quale la trascrizione della domanda giudiziale *ex art. 2932 c.c.* precluderebbe al curatore la facoltà di optare per lo scioglimento del contratto preliminare. Se fosse esatta tale conclusione (per una critica a tale sentenza, cfr. *infra*, Capitolo X, Paragrafo 2), sarebbe ancor maggiore il divario di tutela dell'acquirente di immobile già edificato, rispetto a quello ancora da costruire (fattispecie, quest'ultima, nella quale l'esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre non è possibile).

¹⁷ Cass. 22 aprile 2000 n. 5287, in *Fallimento*, 2000, p. 886; Cass. 16 maggio 1997 n. 4358, in *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Fallimento*, n. 525; Cass. 12 maggio 1997 n. 4105, in *Fallimento*, 1997, p. 1014; Cass. 8 marzo 1995 n. 2703, in *Fallimento*, 1995, p. 1116; Cass. 27 maggio 1992 n. 6383, in *Fallimento*, 1993, p. 19; Cass. 27 maggio 1992 n. 6383, in *Foro it.*, Rep. 1992, voce *Vendita*, n. 34.

¹⁸ La necessità di una data certa anteriore al fallimento dei contratti stipulati dal fallito, ai fini dell'opponibilità degli stessi al curatore, è pacifica in dottrina e giurisprudenza, e deriva dalla necessità, *ex artt. 42 e 44 l. fall.*, che detti contratti siano anteriori allo "spossessionamento" del fallito, tenuto anche conto della posizione di terzo che il curatore fallimentare assume in tal caso rispetto ai suddetti contratti (ove non ne chieda l'esecuzione): cfr. per tutte Cass. 21 giugno 1984 n. 3657, in *Giur. comm.*, 1986, II, p. 5.

mento, addirittura, dal combinato disposto degli artt. 2645-*bis*, comma 2, c.c., e 45 l. fall. si desumerebbe *l'inopponibilità al fallimento di tutti i contratti preliminari non trascritti, ancorché provvisti di data certa*¹⁹, ovviamente nella misura in cui non sia trascritta prima del fallimento la domanda di esecuzione in forma specifica²⁰. Considerata la preclusione dell'azione ex art. 2932 c.c. per "impossibilità" dell'esecuzione coattiva su fabbricati ancora non esistenti, ciò significa che - salva l'esecuzione volontaria del preliminare da parte del curatore fallimentare - *il promissario acquirente di immobile da costruire non ha, di fatto, alcuna possibilità di ottenere forzatamente la proprietà dello stesso*.

La limitazione della tutela in oggetto ai soli acquirenti di immobili da costruire non appare quindi discriminatoria, né illegittima alla luce del principio costituzionale di uguaglianza. Il che non toglie che la disciplina in oggetto sia fortemente disorganica, e poco coordinata con la disciplina della trascrizione del contratto preliminare. Basti pensare al fatto che *la tutela garantita dalla trascrizione del preliminare da un lato è estesa a tutti gli immobili, ultimati o da costruire, ed è applicabile senza alcuna limitazione di ordine soggettivo; dall'altro lato, è una tutela la cui attivazione è rimessa all'iniziativa delle parti, in assenza di un obbligo di stipulare il preliminare per atto pubblico o scrittura privata autenticata*. La tutela approntata dal decreto legislativo in commento è invece circoscritta alle fattispecie di contratti su immobili da costruire, stipulati tra un costruttore ed una persona fisica, ed è una tutela di carattere imperativo, non rimessa quindi alla volontà delle parti.

2. L'INFLUENZA DEL MODELLO FRANCESE. ANALOGIE E DIFFERENZE

La nuova disciplina trae in buona parte la propria ispirazione dalla legislazione francese - che è sicuramente la più avanzata in materia - a tutela degli acquirenti di immobili da costruire, quale contenuta negli artt. L261-1 e seguenti del *Code de la construction et de l'habitation (partie législative)*; e negli artt. R261-1 e seguenti del medesimo *Code (partie réglementaire)*²¹.

¹⁹ Cfr. *infra*, Capitolo X, Paragrafo 2.

²⁰ Per Cass. 14 febbraio 1992 n. 1823, in *Vita not.*, 1992, p. 1103, "ai fini del riconoscimento della retroattività dell'efficacia, ai sensi dell'art. 2652 n. 2 c.c. della trascrizione della sentenza che accoglie la domanda di esecuzione specifica di un contratto preliminare, non è necessario che quest'ultimo abbia data certa anteriore alla trascrizione della domanda, giacché la detta norma regola gli effetti della trascrizione delle domande giudiziali con esclusivo riferimento al momento in cui la loro trascrizione sia stata effettuata e non alla data del titolo su cui ciascuna domanda sia stata fondata".

²¹ Sulla disciplina francese, cfr. VELLA, *La tutela dell'acquirente di immobili da costruire nel di-*

Con alcune significative differenze, che probabilmente risentono dell'influenza delle associazioni dei costruttori edili sull'*iter* di approvazione della legge delega²².

In primo luogo, nella normativa italiana *manca qualsiasi divieto in capo al costruttore di ricevere acconti* anteriormente, o al di fuori, della procedura regolamentata. Mentre in diritto francese tale divieto esiste ed è specificamente sanzionato: l'art. L261-12 del *Code de la construction et de l'habitation* dispone che nella vendita a stadio futuro di completamente 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. Questa tecnica non è assente, del resto, in altri settori della legislazione 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.

In secondo luogo, *mancano completamente nella normativa italiana sanzioni penali o interdittive* a carico del costruttore, nonostante le sollecitazioni in tal senso intervenute nel corso dei lavori preparatori della legge delega²³. In Francia, al contrario, 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 punito con la reclusione per

ritto francese: spunti per il notariato italiano, in *Vita not.*, 1998, p. 621; ALDRIN, *Modalità di protezione degli acquirenti d'immobile da costruire. Regole e principi dell'esperienza francese*, in *Atti del convegno Paradigma*, Milano 15 aprile 2005.

²² 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".

²³ 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"; la proposta però è stata respinta in sede di votazione.

due anni, e/o un'ammenda di 9.000 euro. Ai sensi del successivo art. L261-18, chiunque distraiga 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 porre in essere abitualmente, a qualunque titolo, direttamente o per interposta persona, operazioni di vendita di immobili da costruire*. Anche in questo caso, si può riscontrare - in altri settori della normativa italiana a tutela di contraenti deboli - la presenza di specifiche sanzioni, o quantomeno di azioni inibitorie al riguardo²⁴.

In terzo luogo, *difetta nella nuova disciplina italiana la previsione della forma dell'atto pubblico a pena di nullità*, con la conseguenza che l'osservanza delle nuove regole è rimessa alla libera decisione delle parti, *al di fuori di qualsiasi controllo di legalità obbligatorio ad opera di un pubblico ufficiale*. Anche qui, significativamente, il legislatore francese è ben più attento alle reali esigenze di tutela dell'acquirente: gli 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, richiedono 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. Quanto al contratto preliminare, l'art. L261-15 ne consente la stipula anche per scrittura privata, ma vieta, a pena di nullità, al costruttore di ricevere acconti; è ammesso unicamente un deposito in garanzia, che deve essere effettuato su un conto speciale indisponibile ed inespropriabile, e non può avere una durata superiore a tre mesi.

Manca, infine, nel decreto legislativo in commento qualsiasi previsione che accordi all'acquirente, in linea generale, un *diritto di "ripensamento"*, sotto forma di diritto di recesso entro un dato termine dalla con-

²⁴ 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.

clusione del contratto (soluzione, invece, adottata dalla legge francese anche nella materia *de qua*)²⁵. In luogo del recesso unilaterale, la normativa italiana fa invece ricorso a tecniche (nullità relativa; indicazioni obbligatorie nel corpo del contratto o in allegato allo stesso) che, da sole, certo non garantiscono una reale tutela dell'acquirente. Anche l'obbligo di fideiussione è mutuato dal diritto francese, che peraltro conosce un'ampia gamma di *garanzie* (fideiussione a garanzia del rimborso delle somme, ovvero a garanzia del completamento dei lavori; deposito delle somme presso terzi)²⁶, a cui fa invece riscontro l'eccessiva rigidità della previsione italiana.

3. RILIEVI CRITICI

La riforma nasce quindi zoppa, e depotenziata; gli strumenti di tutela predisposti dal legislatore italiano 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.

²⁵ L'art. L271-1 del *Code de la construction et de l'habitation* francese prevede il diritto di ripensamento dell'acquirente non professionale, entro sette giorni dalla sottoscrizione del contratto. L'art. L271-2 fa divieto al costruttore, sotto pena di sanzioni penali, di ricevere acconti dall'acquirente non professionale, prima del decorso del suddetto termine di sette giorni. Cfr. anche gli artt. R261-28 e seguenti del medesimo *Code*.

²⁶ Ai sensi dell'art. L261-11 del *Code de la construction et de l'habitation*, può essere prestata alternativamente "la garantie de l'achèvement de l'immeuble ou du remboursement des versements effectués en cas de résolution du contrat à défaut d'achèvement". La materia è regolata in dettaglio dagli artt. R261-17 e seguenti del medesimo *Code*. In particolare, la garanzia di completamento dell'immobile è disciplinata dagli artt. R261-17 a R261-21. A norma dell'art. R261-22, "La garantie de remboursement revêt la forme d'une convention de cautionnement aux termes de laquelle la caution s'oblige envers l'acquéreur, solidairement avec le vendeur, à rembourser les versements effectués par l'acquéreur au cas de résolution amiable ou judiciaire de la vente pour cause de défaut d'achèvement". Ai sensi dell'art. R261-23, "Le vendeur et le garant ont la faculté, au cours de l'exécution du contrat de vente, de substituer la garantie d'achèvement prévue à l'article R. 261-21, à la garantie de remboursement ou inversement, à la condition que cette faculté ait été prévue au contrat de vente".

A norma dell'art. L261-12, "Le contrat de vente à terme peut seulement stipuler que des dépôts de garantie seront faits, à mesure de l'avancement des travaux, à un compte spécial ouvert au nom de l'acquéreur par un organisme habilité à cet effet. Les fonds ainsi déposés sont incessibles, insaisissables et indisponibles dans la limite des sommes dues par l'acheteur, sauf pour le paiement du prix". Ai sensi dell'art. R261-4, "Les fonds qui ont fait l'objet de dépôts de garantie sont valablement versés au vendeur par l'établissement dépositaire, hors la présence et sans le concours de l'acquéreur, sur simple production d'une attestation du notaire ayant reçu l'acte de vente certifiant que l'achèvement de l'immeuble a été constaté. Le notaire doit informer l'établissement dépositaire et l'acquéreur de la situation hypothécaire. S'il existe sur l'immeuble des inscriptions ou s'il existe quelque autre empêchement au paiement, le notaire indique à l'établissement dépositaire le montant des fonds nécessaires à l'apurement de la situation. Ces fonds sont conservés par l'établissement dépositaire pour être utilisés audit apurement, conformément aux instructions données par le notaire."

Basti pensare al fatto che *la fideiussione obbligatoria*, disciplinata dagli artt. 2 e 3 del decreto, si traduce in un incremento del costo dell'operazione a carico dell'acquirente²⁷. Essa quindi da un lato obbliga il costruttore ad esaurire le proprie "linee di credito"²⁸ - mediante prestazione di fideiussione per l'intero importo delle somme da riscuotere - immediatamente, e cioè prima o contestualmente alla stipula del contratto (di solito, preliminare); dall'altro, rischia di emarginare dal mercato le imprese di minori dimensioni²⁹, che in molti casi non saranno in condizione di ottenere la prestazione della suddetta garanzia da banche, assicurazioni o intermediari abilitati³⁰. Per non parlare dell'estrema difficoltà di rilascio della fideiussione già contestualmente al contratto preliminare, con inevitabile pregiudizio per la "velocità" delle contrattazioni. E delle ulteriori difficoltà nascenti dal fatto che qualsiasi variante in corso d'opera (anche, ad esempio, conseguente alla richiesta dell'acquirente di un diverso tipo di rifiniture rispetto a quelle già concordate) richiederà un'ulteriore fideiussione nella misura in cui siano dovuti ulteriori acconti al costruttore. Per non parlare del possibile inadempimento dell'acquirente, a fronte del quale il costruttore, pur po-

²⁷ La circostanza è stata evidenziata anche nel corso dei lavori preparatori: cfr. in particolare la 464^a Seduta della Commissione Giustizia del Senato in data 13 aprile 2005.

²⁸ Cfr. BRONZO-NEGRI, *Fallimenti, un paracadute ai compratori*, in *Il Sole 24 Ore* del giorno 11 giugno 2005, evidenziano che, "dato che già oggi le banche e le compagnie di assicurazione applicano i criteri di Basilea 2 nelle loro valutazioni, i costi dipenderanno dal "rating" che verrà attribuito al cliente e all'operazione da garantire. Dopo l'entrata in vigore del decreto attuativo, il capitale versato dal cliente potrebbe essere destinato a compensare il rischio della garanzia rilasciata dalla banca o dalla compagnia di assicurazione e in tal caso l'impresa promotore immobiliare vedrebbe ridursi pesantemente la propria capacità di indebitamento, con conseguente necessità di ridurre il proprio volume di affari e la propria struttura fino al 20-30 per cento".

²⁹ È stato rilevato che "le imprese fallite o assoggettate ad azione esecutiva sono nella stragrande maggioranza dei casi imprese, in forma di s.r.l., che hanno operato *ab origine* in una condizione di sottocapitalizzazione e questa condizione caratterizza d'altro canto una parte assai rilevante delle società che compiono le operazioni di costruzione e commercializzazione di immobili"; in tale contesto, "la maggior parte dei fallimenti di società di costruzioni sono determinati da condotte distrattive o quantomeno l'entità del dissesto che il curatore fallimentare rileva si spiega soltanto alla luce di condotte distrattive": 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.

³⁰ Rileva COSTOLA, *Verso nuove forme di tutela degli acquirenti di immobili da costruire: la legge delega 2 agosto 2004, n. 210 (seconda parte)*, cit., p. 37, che "l'accesso all'autofinanziamento mediante la conclusione di "vendite sulla carta" verrà d'ora in poi consentito soltanto alle imprese dotate di una certa stabilità finanziaria, condizione cui di fatto è subordinata la possibilità di ottenere la concessione delle garanzie fideiussorie richieste dalla legge; potranno, infatti, conseguirle soltanto le imprese che posseggano la struttura ed i mezzi sufficienti a guadagnare la fiducia di banche, assicurazioni e degli "altri soggetti autorizzati", che essendo dotati di strumenti adeguati, competenze professionali elevate e sufficiente forza contrattuale, potranno farsi garanti del corretto funzionamento del mercato immobiliare".

tendo attivare il rimedio della risoluzione *ex art. 1453 c.c.*, potrebbe rimanere esposto - per la fideiussione già rilasciata - per un periodo di tempo considerevole (e ciò potrebbe far sì che gli acconti, richiesti al momento della conclusione del contratto preliminare, subiscano un notevole incremento). Si aggiunga il fatto che la nota tendenza alla simulazione del prezzo, per fini di risparmio fiscale, non potrà che essere incentivata dalla normativa in commento, che spingerà verosimilmente i contraenti a dissimulare buona parte del prezzo, al fine di prestare fideiussione solo in correlazione alla parte di corrispettivo “dichiarata” in contratto³¹.

Quanto alla *nullità relativa*, la stessa *non protegge in alcun modo l'acquirente che abbia già versato consistenti acconti al costruttore*, in caso di inadempimento o insolvenza di quest'ultimo. Infatti, nei casi in cui il costruttore non procuri il rilascio della fideiussione, l'azione di nullità si dimostra un rimedio assolutamente inefficace: l'acquirente avrà già pagato acconti, magari consistenti, la cui restituzione in conseguenza dell'accoglimento della domanda di nullità dipenderà dalla solvibilità del costruttore³²; il quale potrà anzi, nel frattempo, legittimamente rivendere a terzi l'immobile e lucrare ulteriori somme, con l'unico deterrente della responsabilità civile per danni. Del resto, la dottrina ha avuto modo di porre in luce il *carattere assolutamente relativo, quale “disincentivo”, della nullità contrattuale, ogni qualvolta la contrattazione si svolga in assenza di un controllo di legalità* ad opera di un pubblico ufficiale, come il notaio, a ciò preposto³³.

³¹ LUMINOSO, *La contrattazione di immobili da costruire: dalla novella n. 30/1997 allo schema di decreto attuativo della legge delega 28.2.2004 n. 210*, cit., p. 8.

³² Inconvenienti già evidenziati in altra sede: cfr. PETRELLI, *La nuova disciplina a tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, in *Atti del convegno Paradigma*, Milano 14 aprile 2005; LUMINOSO, *La contrattazione di immobili da costruire: dalla novella n. 30/1997 allo schema di decreto attuativo della legge delega 28.2.2004 n. 210*, in *Atti del convegno Paradigma*, Milano 15 aprile 2005, p. 8. Cfr. anche, nel medesimo senso, l'intervento del senatore Callegaro nella 464^a Seduta della Commissione Giustizia del Senato in data 13 aprile 2005, in cui si evidenziava come l'obbligo del costruttore di rilasciare fideiussione “compорта, da una parte, un vantaggio per i grandi gruppi con l'emarginazione dal mercato di tante piccole e medie imprese, dall'altra, il rischio che la norma sia di problematica applicabilità ed efficacia. E in effetti in caso di mancata prestazione della fideiussione non è prevista alcuna sanzione munita di effettiva deterrenza. La prevista nullità del contratto preliminare, che può richiedere il solo acquirente, non tutela in modo adeguato l'acquirente; questi infatti con la nullità del contratto diretto all'acquisto di immobile da costruire non solo non raggiungerebbe il suo scopo, che è quello di acquistare la casa, ma anche potrebbe perdere tutte le somme già versate”.

Nella medesima seduta, il senatore Caruso faceva rilevare che “lo strumento della fideiussione finirà per rivelarsi, con tutta probabilità, soltanto un “pannicello caldo”; il sottosegretario Vietti evidenziava che “effettivamente il Governo nella predisposizione dello schema di decreto legislativo ha dovuto muoversi fra i limiti derivanti dalla legge delega, da un lato, e, dall'altro, l'esigenza di evitare soluzioni che implicassero il rischio di un eccessivo “ribaltamento” dei costi sulla platea degli acquirenti”.

³³ Sul punto cfr. CACCAVALE, *Intervento del notaio in funzione di controllo preventivo della lega-*

Anche la previsione - ad opera dell'art. 6 del decreto - di un "*contenuto obbligatorio*" del contratto, non è certamente idonea ad assicurare un'efficace tutela all'acquirente, posto che la violazione di tale disposizione - che può immaginarsi estremamente frequente nell'ambito della contrattazione preliminare, svolta per la maggior parte senza l'assistenza del notaio o altri professionisti esperti - non è adeguatamente sanzionata in capo al costruttore, che magari 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); ciò perché avrebbe dovuto essere la stessa legge delega a prevedere sanzioni penali o amministrative, e ad imporre *ad substantiam* la forma dell'atto pubblico. Con un decreto correttivo 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. 2, 3 e 6 del decreto in commento: ma la relativa violazione potrebbe dar luogo, al più, alla responsabilità contrattuale del costruttore, deterrente questo veramente modesto.

Nel complesso, non può che condividersi l'opinione che il legislatore abbia *perduto un'occasione per dettare una disciplina di carattere generale sulla contrattazione immobiliare*, nell'ambito della quale dovrebbero trovar posto una generalizzazione degli strumenti di tutela (oggi disorganicamente riferibili in parte al contratto preliminare, in parte al contratto definitivo; asimmetria, questa, derivante già dalla legge n. 30/1997 che ha disciplinato la trascrizione del contratto preliminare ed i relativi effetti, estendendoli a qualsiasi acquirente, persona fisica o giuridica); una disciplina sulla responsabilità del venditore per vizi e difetti del fabbricato; l'imposizione di un limite massimo agli acconti sul prezzo; una disciplina più organica delle nullità urbanistiche, riferibile anche al contratto preliminare³⁴.

lità e sicurezza dei traffici giuridici, in *Spontaneità del mercato e regole giuridiche (atti del XXXIX Congresso nazionale del notariato)*, Milano 2002, p. 386.

³⁴ LUMINOSO, *La contrattazione di immobili da costruire: dalla novella n. 30/1997 allo schema di decreto attuativo della legge delega 28 febbraio 2004, n. 210*, cit., p. 11 ss.

4. LA SIMULAZIONE DEL PREZZO DI VENDITA ED I POSSIBILI RIMEDI

È noto che *una delle tutele più incisive introdotte negli ultimi anni - la trascrizione del contratto preliminare*³⁵ - è rimasta in gran parte *lettera morta*, vuoi in ragione della *forza contrattuale delle imprese edili*, certo non smaniose di trascrivere i propri preliminari ed essere, di conseguenza, vincolate al controllo notarile di legalità già nella fase iniziale della contrattazione (così in parte rinunciando alla propria posizione di forza contrattuale)³⁶; vuoi in conseguenza del diffuso fenomeno della *simula-*

³⁵ La bibliografia in tema di trascrizione del contratto preliminare è cospicua. Cfr., a parte le opere in tema di trascrizione in generale, CAMILLETTI, *Alcune considerazioni sull'obbligo a contrarre e sulla trascrizione del contratto preliminare*, in *Riv. not.*, 2004, p. 1121; LEMBO, *La trascrizione del contratto preliminare: problemi di diritto immobiliare*, in *Dir. fall.*, 2004, 1, I, p. 261; CASU, *Contratto preliminare (trascrizione del)*, in *Dizionario enciclopedico del notariato*, Aggiornamento, V, Roma 2002, p. 131; C.N.N. (estensore Casu), *La trascrizione del contratto preliminare*, in *Studi e Materiali*, 5.2, Milano 1998, p. 554; CRISCUOLO, *Publicità dei contratti preparatori*, in *Publicità, trasparenza e funzione notarile*, Napoli 2000, p. 73; PANUCCIO, *La trascrizione del contratto preliminare*, in *Scritti in onore di A. Pavone La Rosa*, III, Milano 1999, p. 1011; BECHINI, *La trascrizione del contratto preliminare*, in *Riv. not.*, 1999, p. 241; LUMINOSO-PALERMO, *La trascrizione del contratto preliminare*, Padova 1998; CHIANALE, *Trascrizione del contratto preliminare e trasferimento della proprietà*, Torino 1998; CARRABBA, *La trascrizione del contratto preliminare*, Napoli 1998; FRANZONI, *Riflessioni sulla trascrizione del preliminare*, in *Contratto e impresa*, 1998, p. 421; PARENTE, *La trascrizione dell'atto di esecuzione del preliminare diverso dal contratto definitivo*, in *Rass. dir. civ.*, 1998, p. 326; DELLE MONACHE-MALTONI-PELLEGRINI, *Le nuove disposizioni in materia di trascrizione di contratti preliminari*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1998, I, p. 3; CORRIAS, *La nuova disciplina della trascrizione del contratto preliminare e le attuali prospettive di inquadramento del c.d. preliminare ad effetti anticipati*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, p. 1005; CHESSA, *Il termine di efficacia della trascrizione del preliminare*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, p. 999; MICCOLIS, *Profili processuali della trascrizione del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 163; RASCIO, *Le nuove norme sulla trascrizione e la configurazione del contratto preliminare*, in *Riv. not.*, 1998, p. 367; MUSTO-RECCIA, *Funzione ed efficacia della trascrizione del contratto preliminare*, in *Riv. not.*, 1998, p. 379; DE DONATO, *La trascrizione del contratto preliminare: particolari fattispecie di interesse notarile*, in *Riv. not.*, 1998, p. 413; DE MATTEIS, *Dalla promessa di vendita al preliminare trascritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, II, p. 301, ed in *Studi in onore di Rescigno*, III, Milano 1998, p. 269; BARBIERA, *Contratto immobiliare con effetti traslativi o costitutivi e contratto definitivo dopo la novella del 1997*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, III, Milano 1998, p. 44; BARBIERA, *La trascrivibilità di alcuni tipi di contratto preliminare: vecchi e nuovi problemi*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, II, p. 227; GABRIELLI, *Considerazioni sulla funzione e sul conseguente carattere facoltativo della pubblicità del contratto preliminare*, in *Vita not.*, 1998, p. 741; GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 529; GABRIELLI, *L'efficacia prenotativa della trascrizione del contratto preliminare*, in *Studium iuris*, 1997, p. 455; CIAN, *Alcune questioni in tema di trascrizione del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, II, p. 377; CIAN, *La trascrivibilità del preliminare*, in *Studium iuris*, 1997, p. 215; GAZZONI, *Trascrizione del preliminare di vendita e obbligo di dare*, in *Riv. not.*, 1997, p. 19; BENACCHIO, *Il Notariato italiano e il decreto legislativo n. 669/96*, in *Riv. not.*, 1997, p. 643; DELFINI, *L'efficacia della trascrizione del preliminare nella novella del D.L. n. 669/1996*, in *Contratti*, 1997, p. 178; DI MAJO, *La trascrizione del contratto preliminare e regole del conflitto*, in *Corriere giur.*, 1997, p. 515; DE NOVA, *La trascrizione del preliminare*, in *Contratti*, 1997, p. 5; TONDO, *Publicità immobiliare per atti impegnativi a futuri assetti dispositivi*, in *Foro it.*, 1997, V, c. 272.

³⁶ È stata anche rilevata, nella prassi, la "prassi molto diffusa della gestione extracontabile di una

zione del prezzo di vendita, finalizzato nell'intenzione delle parti ad un malinteso risparmio fiscale³⁷; vuoi infine in dipendenza della scarsa conoscenza dell'istituto, di recente introduzione, e quindi della *frequente sottovalutazione, ad opera degli acquirenti, dei rischi dell'acquisto* da imprese costruttrici. È, peraltro, altrettanto noto - almeno tra gli addetti ai lavori - che il risparmio fiscale prodotto dalla *simulazione del prezzo* è solo eventuale, e comunque la dichiarazione di un corrispettivo pari al "valore catastale" rivalutato, ai sensi dell'art. 52 del d.p.r. 26 aprile 1986, n. 131, non mette al riparo le parti *da sanzioni, anche tributarie, oltre che da gravi conseguenze civilistiche*.

Nell'ambito di tali conseguenze, senza pretesa di esaustività, si può ricordare - senza considerare per il momento le implicazioni derivanti dal decreto legislativo in commento - quanto segue:

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

parte rilevante degli incassi ma anche da sovrappuntazioni di costi e molto spesso sono finalizzate a finanziare operazioni di altre società facenti capo alle stesse persone fisiche"; perciò, "è ragionevolmente presumibile che in molti casi verrà esercitata una forte pressione per indurre gli acquirenti a versare quantomeno una parte del prezzo anticipato senza regolare contabilizzazione dell'incasso e senza quindi copertura fideiussoria": FONTANA, *Le modifiche apportate dalla legge n. 210/2004 e dal relativo decreto di attuazione alle procedure esecutive immobiliari e alla disciplina dei fallimenti*, cit.

³⁷ Su tale fenomeno, e sulla sua incidenza sul mancato utilizzo della trascrizione del preliminare, cfr. COSTOLA, *Verso nuove forme di tutela degli acquirenti di immobili da costruire: la legge delega 2 agosto 2004, n. 210 (prima parte)*, cit., p. 1494; BOZZA-CANZIO, *Il privilegio che assiste i crediti del promissario acquirente*, in *Dir. fall.*, 1997, I, p. 358; DI MAJO, *La "normalizzazione" del preliminare*, cit., p. 132.

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 compravendita³⁸;

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 noti 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 di oltre un quarto 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, convertito in legge 14 maggio 2005, n. 80);

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

³⁸ In tal senso, cfr. di recente la Circ. Agenzia Entrate 20 aprile 2005, n. 15/E, e la Circ. Agenzia Entrate 31 maggio 2005, n. 26/E.

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.). Salve le conseguenze del concorso nell'eventuale 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, n. 47, è commisurata al 25% del prezzo dell'unità immobiliare risultante dall'atto di vendita o assegnazione.

Appare evidente che le parti, poste a conoscenza di quanto sopra, dovrebbero avere tutte le ragioni per rinunciare alla simulazione del prezzo, a tutto vantaggio della trasparenza fiscale e della correttezza civilistica dell'operazione negoziale posta in essere. E dovrebbe essere incentivato il ricorso alla trascrizione del contratto preliminare, che a sua volta postula il necessario intervento del notaio, soggetto competente a ricevere l'atto pubblico, o ad autenticare la scrittura privata contenente il preliminare da trasciversi (artt. 2645-*bis* e 2657 c.c.). Con le conseguenti ricadute positive anche ai fini dell'applicazione della nuova disciplina in commento: in quanto - senza necessità di ricorrere a velleitarie sanzioni di nullità - si potrebbe efficacemente assicurare l'osservanza degli obblighi fideiussori, e di conformazione del contenuto contrattuale, grazie al *controllo preventivo di legalità* che il notaio è tenuto ad effettuare in base alla propria legge professionale (art. 28 della legge 16 febbraio 1913 n. 89). Senza considerare che la trascrizione del preliminare assicurerebbe ulteriori tutele - segnatamente, rispetto ad eventi quali la trascrizione di sequestri, domande giudiziali, l'iscrizione di ipoteche - che non legittimano l'escussione della fideiussione ai sensi della nuova normativa in commento. In altri termini, *la trascrizione del contratto preliminare, con il connesso necessario intervento notarile e controllo preventivo di legalità*³⁹, *rappresenta il complemento necessario ai fini di un'efficace tutela delle ragioni del promissario acquirente.*

De iure condendo, è quindi auspicabile che gli ostacoli, di natura tributaria, al circuito virtuoso sopra descritto vengano presto rimossi dal legislatore (mediante, ad esempio, *una norma che fissi la base imponibile*

³⁹ Sull'intervento del notaio quale efficace strumento di garanzia dell'effettività dell'ordinamento giuridico, CACCAVALE, *Intervento del notaio in funzione di controllo preventivo della legalità e sicurezza dei traffici giuridici*, cit., p. 387 ss.

in una somma pari al valore catastale rivalutato, a prescindere dal prezzo pattuito). Il medesimo legislatore dovrebbe, coerentemente, prescrivere l'obbligatoria trascrizione del contratto preliminare, quantomeno nelle situazioni "sensibili" - qual è quella del trasferimento di immobili da costruire - sanzionando nel contempo, anche penalmente, il costruttore che riceva acconti o pagamenti di qualsiasi natura prima della stipula del contratto in forma notarile, e prima di aver prestato le garanzie di legge a favore dell'acquirente.

Capitolo Secondo

L'AMBITO DI APPLICAZIONE DELLA NUOVA DISCIPLINA

1. Il ruolo delle definizioni e l'ambito di applicazione del decreto legislativo. - 2. L'individuazione degli immobili da costruire. La necessaria richiesta del permesso di costruire. - 3. (Segue): l'incommerciabilità dei fabbricati futuri per i quali non è stato richiesto il permesso di costruire. - 4. (Segue): la costruzione o il completamento a carico dell'alienante. - 5. (Segue): il riferimento al certificato di agibilità. - 6. (Segue): i fabbricati da ristrutturare. - 7. (Segue): la destinazione dei fabbricati. - 8. La nozione di acquirente; rapporto con la nozione di consumatore. - 9. Il socio assegnatario ed il terzo acquirente da cooperativa edilizia. - 10. La nozione di costruttore; l'imprenditore edile e non edile. - 11. Il pagamento di acconti o altri corrispettivi anteriormente all'acquisto del fabbricato. - 12. Le tipologie negoziali. Criteri generali. I concetti di "successivo acquisto" e di "trasferimento non immediato". - 13. (Segue): il collegamento negoziale. - 14. (Segue): il contratto preliminare e gli altri contratti preparatori. - 15. (Segue): la vendita di cosa futura. - 16. (Segue): le altre vendite obbligatorie. - 17. (Segue): la permuta di cosa presente contro cosa futura. - 18. (Segue): la vendita di terreno con contestuale preliminare di compravendita di porzione dell'edificio da costruire. - 19. (Segue): la vendita di quota di comproprietà del terreno con contestuali appalto e divisione di cosa futura. - 20. (Segue): la vendita del terreno con riserva di diritto di superficie e contestuale appalto. - 21. (Segue): la vendita sottoposta a condizione sospensiva. - 22. (Segue): la vendita con patto di riservato dominio. - 23. (Segue): la vendita di fabbricato al rustico con obbligo di completamento a carico del venditore. - 24. (Segue): la vendita di fabbricato al rustico da ultimarsi ad opera dell'acquirente. - 25. (Segue): la vendita di fabbricato da ristrutturare ad opera del venditore. - 26. (Segue): la vendita di porzione di fabbricato ultimata, compresa in complesso edilizio nel quale devono essere ancora ultimate le parti comuni condominiali. - 27. (Segue): l'appalto per la costruzione di fabbricato su terreno di proprietà dell'acquirente. - 28. (Segue): la divisione di cosa futura, o la reciproca costituzione di diritti di superficie, stipulate dai comproprietari del ter-

reno, con conferimento di appalto ad un terzo per la costruzione del fabbricato. - 29. (Segue): il contratto di leasing. - 30. (Segue): i contratti finalizzati all'assegnazione in proprietà al socio di cooperativa edilizia. - 31. (Segue): il contratto definitivo preceduto da contratto preliminare già sottoposto alle disposizioni del decreto legislativo.

1. IL RUOLO DELLE DEFINIZIONI E L'AMBITO DI APPLICAZIONE DEL DECRETO LEGISLATIVO

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”. Già questo contribuisce a circoscrivere l'ambito di applicazione della nuova normativa: infatti, la valenza interpretativa dell'intitolazione della legge è comunemente riconosciuta anche da parte della dottrina che ne esclude efficacia normativa¹.

La legge n. 210/2004 non si ferma, peraltro, a tale delimitazione, ma contiene, negli articoli 1 e 2, precise *definizioni* (relative alle nozioni di “costruttore”, di “acquirente”, di “immobile da costruire” e di “situazione di crisi”).

Lo schema preliminare di decreto legislativo, approvato dal Governo in data 18 febbraio 2005, non riprendeva tutte le definizioni contemplate dalla legge delega; l'art. 1 individuava soltanto - 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 atto² avente le medesime finalità”). Per il resto, non veniva fornita alcuna definizione di “costruttore”, di “acquirente”³, di “immobile da costruire”. Si poteva, certo, ritenere che le disposizioni della legge delega sul punto fossero immediata-

¹ 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.

² 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. In questa sede, peraltro, è probabile che l'espressione sia stata utilizzata al fine di evidenziare l'irrelevanza dei profili strutturali (unilateralità o bilateralità) del negozio, o dei negozi, che danno luogo all'acquisto, per enfatizzare in loro vece il *profilo funzionale*, o meglio il *risultato* che il legislatore intende disciplinare (l'acquisto di immobili da costruire, con qualsiasi procedimento a tal fine utile).

³ Solo l'art. 5, comma 1, dello schema preliminare di decreto legislativo faceva riferimento all'acquirente come “persona fisica”; nessun'altra qualificazione era presente nel provvedimento.

mente precettive (è, anzi, inusuale per una legge delega fornire precise definizioni normative: l'immediata precettività di queste ultime può farsi discendere allora dalla peculiarità della fonte delegante, che nella misura in cui fornisce precise definizioni appare immediatamente applicabile)⁴. Il legislatore delegato, sollecitato dai pareri delle competenti commissioni parlamentari, ha voluto peraltro eliminare ogni dubbio sul punto, ed ha quindi *riproposto, nella versione definitiva del decreto legislativo, le medesime definizioni contenute nella legge delega, con l'aggiunta della definizione di "immobile da costruire"* (peraltro indirettamente fornita anche dalla legge delega all'art. 1, comma 1).

Quid iuris, allora, con riferimento a quelle disposizioni del decreto legislativo che fanno genericamente riferimento a concetti quale "acquirente", o "costruttore", o parlano di "immobili" in genere? Potrebbe, a prima vista, ritenersi che 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 evidentemente essere. In primo luogo, l'ambito di applicazione di ciascuna disposizione del decreto legislativo deve ritenersi circoscritto dall'intitolazione del provvedimento ("tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire"), che certamente ha valore interpretativo, se non normativo, come sopra evidenziato; e certamente deve ritenersi delimitato dalle definizioni contenute nel medesimo decreto. Di più: 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)⁵. E, soprattutto, le definizioni contenute nell'art. 1 del decreto legislativo rappresentano altrettanti *elementi atti a determinare l'ambito di applicazione* della disciplina protettiva in commento⁶.

⁴ Allorché le prescrizioni contenute nella legge delega siano sufficientemente specifiche, le stesse devono essere ritenute immediatamente precettive, e quindi 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 recepimento: cfr., a quest'ultimo proposito, 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.

⁵ 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.

⁶ 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 defini-*

Ne consegue, quindi, 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. 8, 9 e 10 del decreto).

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 e con la collocazione sistematica delle nuove norme - non può essere adottata. È 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 si riferisca ad immobili diversi da quelli in costruzione; il che non toglie che essa, comunque, vincoli l'interprete, fino all'eventuale declaratoria 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.

Come meglio sarà evidenziato nel seguito, le diverse previsioni del decreto legislativo - che rispondono a diverse *rationes*, ed a diverse esigenze di tutela degli acquirenti - non sono riconducibili ad un fondamento unitario. In particolare, mentre la fideiussione disciplinata dagli artt. 2 e 3 ha la *funzione di assicurare una tutela recuperatoria all'acquirente*, in relazione alle somme dallo stesso anticipate al costruttore fino al momento del trasferimento della proprietà, la maggior parte delle prescrizioni di contenuto di cui all'art. 6 sono *finalizzate a rendere il più possibile determinata la prestazione costruttiva avente ad oggetto il fabbricato da edificare e lo stato di fatto e di diritto di quest'ultimo*, a prescindere dal momento del trasferimento della proprietà. Ancora diversa è la *ratio* dell'art. 4 del decreto, teso a garantire all'acquirente, per mezzo di una polizza assicurativa, una *tutela contro i più gravi vizi e difformità del fabbricato già realizzato, e del quale è stata già conseguita la proprietà*. Di tale articolazione della disciplina protettiva, e dei suoi diversi fondamenti, dovrà

zioni 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.

tenersi conto nell'interpretazione delle singole disposizioni, evitando generalizzazioni non giustificate dal tenore e dal significato delle singole disposizioni.

2. L'INDIVIDUAZIONE DEGLI IMMOBILI DA COSTRUIRE. LA NECESSARIA RICHIESTA DEL PERMESSO DI COSTRUIRE

Secondo la nozione fornita dall'art. 1 del decreto legislativo, è "immobile da costruire quello per il quale "sia stato richiesto il permesso di costruire". La richiesta di permesso costituisce quindi il "fattore di ingresso" nella disciplina di protezione in esame; inoltre, l'art. 6, comma 1, lett. *i*), richiede la necessaria indicazione - nel contratto medesimo - degli "estremi del permesso di costruire o della sua richiesta se non ancora rilasciato, nonché di ogni altro titolo, denuncia o provvedimento abilitativo alla costruzione". Non sembrano esservi dubbi, quindi, sul fatto che *ove il permesso non sia ancora stato richiesto, l'intera disciplina del decreto legislativo non trovi applicazione*⁷.

Ciò si giustifica in considerazione del fatto che il legislatore ha inteso subordinare l'esigenza di protezione dell'acquirente all'interesse - valutato come prioritario - al *contrasto del fenomeno dell'abusivismo edilizio*⁸. Cioché - come meglio si vedrà nel prosieguo - *viene negata ogni tutela all'acquirente nel caso in cui - al momento della conclusione del contratto - il permesso di costruire non sia stato ancora richiesto*. Si consideri d'al-

⁷ PETRELLI, *La nuova disciplina a tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, cit.; RIZZI, *L'immobile "da costruire" nella bozza di decreto legislativo di attuazione della legge delega 210/2004*, in *CNN Notizie*, 3 maggio 2005 (il quale correttamente esclude che rientri nella disciplina in esame il fabbricato il cui progetto sia stato predisposto, ma non ancora presentato ai competenti uffici comunali). *Contra*, BUSANI, *Vecchi permessi, niente copertura*, in *Il Sole 24 Ore* del giorno 11 giugno 2005 ("non è chiaro se la legge si applichi (ma non può essere altrimenti) alle cosiddette "vendite sulla carta" (i contratti che riguardano edifici per la cui costruzione non è stato ancora richiesto il permesso di costruire): leggendo, infatti, la nuova disciplina sembra (ma è assurdo) che questo caso non rientri nell'ambito applicativo della nuova legge, quando, invece, le esigenze di protezione sono ancor più spiccate che in tutti gli altri"). Cfr., per l'approfondimento del problema, il paragrafo seguente.

⁸ Così COSTOLA, *Verso nuove forme di tutela degli acquirenti di immobili da costruire: la legge delega 2 agosto 2004, n. 210 (prima parte)*, cit., p. 41497 ("la limitazione della tutela, accordata dalla legge ai soli casi in cui sia stato già richiesto il permesso di costruire, risponde probabilmente alla volontà di contenere la piaga dell'abusivismo edilizio, facendo leva su di una responsabilizzazione dello stesso acquirente"); 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 ("La limitazione agli immobili per i quali sia già stato chiesto il permesso di costruire deve, verosimilmente, essere interpretata come una presa di posizione esplicita del legislatore nel contrastare fenomeni di abusivismo edilizio, stimolando in tal modo anche la responsabilizzazione dell'acquirente").

tra parte che, ai sensi del richiamato art. 6, *gli estremi del permesso, o della relativa richiesta, devono essere indicati nel contratto, affinché l'acquirente stesso possa verificare che gli elaborati progettuali da allegarsi al contratto stesso siano conformi* a quelli presentati a corredo della richiesta del provvedimento abilitativo. Si valuti, inoltre, un ulteriore importante argomento: *l'accesso alle prestazioni del Fondo di solidarietà, disciplinato dagli artt. 12 e seguenti del decreto legislativo, è consentito solo nei casi in cui per il bene immobile risulti richiesto il permesso di costruire* (art. 12, comma 3): segno, questo, che l'interesse pubblico al regolare inizio del programma costruttivo è privilegiato rispetto all'interesse della tutela dell'acquirente.

Si tratta, in definitiva, di un *problema di liceità dell'oggetto dedotto in contratto*. Ogni qualvolta sia stato almeno richiesto un permesso di costruire, e gli elaborati progettuali (che devono essere allegati al contratto, ex art. 6, comma 2) corrispondano a quelli presentati a corredo della richiesta, vi è la garanzia che l'opera "nasce" regolare, ed è dedotta come urbanisticamente regolare nel medesimo contratto. Problema - questo della liceità dell'oggetto - analogo a quello che si pone nel caso del contratto di *appalto*, riguardo al quale la giurisprudenza afferma la nullità per illiceità dell'oggetto dell'appalto concluso in assenza di concessione edilizia (ora, permesso di costruire); secondo l'interpretazione maggiormente condivisibile, tale nullità è configurabile nel *solo caso in cui le parti abbiano dedotto - come oggetto del contratto - la costruzione di un edificio senza permesso di costruire*⁹, *a prescindere quindi dall'esistenza o meno di tale permesso al momento della conclusione del contratto*.

Al permesso di costruire il decreto equipara, come già rilevato, "ogni altro titolo, denuncia o provvedimento abilitativo alla costruzione". Viene in considerazione, in particolare, la *denuncia di inizio attività*, disciplinata dagli artt. 22 e 23 del D.P.R. n. 380/2001 (testo unico sull'edilizia). In particolare, il terzo comma dell'art. 22 contempla le ipotesi in cui detta denuncia di inizio attività può sostituire il permesso di costruire (compresi alcuni interventi di nuova costruzione e di ristrutturazione). Ai fini della normativa di tutela, la legge richiede unicamente la "richiesta", anche per la denuncia di inizio attività: *non rileva, quindi, la circostanza che non*

⁹ Cass. 22 febbraio 1982 n. 1101, in *Foro it.*, 1982, I, c. 2537, ed in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 2129; App. Lecce 13 febbraio 1988, in *Giur. it.*, 1989, I, 2, c. 682 (in cui si precisa che la nullità dell'appalto per illiceità dell'oggetto "sussiste soltanto quando le parti del rapporto abbiano espressamente previsto, nell'accordo, l'esecuzione di un'opera illecita, cioè quando entrambe le parti siano consapevoli di realizzare una costruzione illegittima"); BORRACCIA, *Oggetto del contratto di appalto e concessione edilizia*, in *Giur. it.*, 1989, I, 2, c. 682.

sia decorso il termine di trenta giorni dalla presentazione della denuncia e che quindi non sia ancora possibile dar inizio ai lavori di costruzione o ristrutturazione¹⁰. È vero che, a norma dell'art. 23, comma 6, del testo unico, il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale, ove entro il termine di trenta giorni dalla presentazione della denuncia sia riscontrata l'assenza di una o più delle condizioni stabilite, notifica all'interessato l'ordine motivato di non effettuare il previsto intervento, e che quindi solo dopo il decorso di tale termine vi può essere la certezza che l'opera potrà essere eseguita; ciò non toglie che ai fini in esame la legge richieda solo la richiesta (anche nel caso di permesso di costruire, che potrebbe non essere mai rilasciato).

Occorre, d'altra parte, *distinguere tra contratto preliminare e contratto definitivo*: per la valida conclusione del primo, è sufficiente la *richiesta* del permesso di costruire, mentre per il secondo è necessario - ai sensi dell'art. 46 del D.P.R. n. 380/2001, la cui previsione prevale su quella dell'art. 6, comma 1, lett. *i*), del decreto in oggetto - che il permesso sia stato già *rilasciato* (salva la speciale disciplina relativa alle domande di sanatoria).

Da segnalare, per quanto concerne il *contratto preliminare*, che le disposizioni in commento trovano applicazione, oltre che ai contratti su fabbricati non ancora esistenti e totalmente da costruire, anche a quelli aventi ad oggetto fabbricati in corso di costruzione, per i quali non sia stato richiesto il permesso di costruire e che quindi siano *costruiti abusivamente, in assenza di tale permesso*¹¹.

Si è invece sostenuto che la tutela in esame sia applicabile in caso di *costruzione eseguita, o in corso di esecuzione, in totale difformità dal titolo edilizio*¹², in quanto il decreto in commento "subordina la applicabilità della tutela al fatto che sia stato richiesto il rilascio del titolo abilitativo edilizio e non al fatto che l'edificio venga successivamente costruito in conformità allo stesso"; rilevandosi altresì che la tutela è "quanto mai opportuna in questo caso, proprio per il fatto che non potrà essere perfezionato l'atto di trasferimento della proprietà dell'edificio". Si tratta di osservazioni acute, che hanno certamente un fondamento, e che tuttavia non possono condurre ad una soluzione generalizzata nel segno della irre-

¹⁰ RIZZI, *L'immobile "da costruire" nella bozza di decreto legislativo di attuazione della legge delega 210/2004*, cit.

¹¹ RIZZI, *L'immobile "da costruire" nella bozza di decreto legislativo di attuazione della legge delega 210/2004*, cit.

¹² RIZZI, *L'immobile "da costruire" nella bozza di decreto legislativo di attuazione della legge delega 210/2004*, cit.

sponsabilità dell'acquirente per le totali difformità dal progetto. L'analisi deve essere, invece, condotta distintamente per il contratto definitivo e quello preliminare, distinguendo poi ulteriormente a seconda che l'intervento in difformità dal titolo abilitativo sia già in corso al momento della stipula del contratto, ovvero abbia luogo solo successivamente.

Trattandosi di *contratto definitivo*, avente ad oggetto un *immobile già parzialmente realizzato in totale difformità dal titolo abilitativo*, non vi è dubbio che il contratto, in presenza di una totale difformità dal titolo abilitativo, sia *radicalmente nullo*, ai sensi dell'art. 46 del D.P.R. n. 380/2001¹³, e quindi, in relazione ad esso, le esigenze di tutela dell'interesse pubblico prevalgono su quelle di tutela del contraente debole, comportando l'inapplicabilità delle norme poste a protezione di quest'ultimo.

Quanto al *contratto preliminare*, l'inapplicabilità allo stesso dell'art. 46 consente una valutazione in termini più elastici, che devono comunque tener conto delle preminenti esigenze di contrasto dell'abusivismo edilizio; tenendo altresì conto che - come risulta dall'interpretazione pacifica dell'art. 46 suddetto, e degli artt. 17 e 40 della legge 28 febbraio 1985, n. 47 - *ai fini degli interventi di contrasto all'abusivismo edilizio all'assenza del provvedimento abilitativo è equiparata la totale difformità dallo stesso delle opere realizzate*. Si consideri, inoltre, che, secondo la definizione legislativa (art. 1, lett. *d*), del decreto), si intendono per immobili da costruire gli immobili "*per i quali*" sia stato richiesto il permesso di costruire: vi deve essere, cioè, *corrispondenza tra l'immobile quale indicato nella richiesta di permesso e quello dedotto in contratto*. Tant'è vero che *la legge richiede l'allegazione al preliminare degli elaborati progettuali presentati a corredo della richiesta del permesso di costruire*, e grazie a ciò l'acquirente è in grado di verificare la conformità dell'intervento edilizio in corso rispetto al progetto.

Ne consegue che *una radicale difformità rispetto al suddetto progetto non può essere indifferente anche ai fini della tutela del promissario acquirente*: soggetto che il legislatore ha voluto responsabilizzare - in linea, per certi aspetti, con il sistema ricavabile dal testo unico, D.P.R. n. 380 del 2001 - proprio subordinando la tutela alla richiesta del permesso di costruire ed all'allegazione al contratto del progetto di costruzione. Sembra, quindi, doversi concludere nel senso dell'*inapplicabilità delle nuove tutele a favore del promissario acquirente - ivi comprese, tra l'altro, la fideiussione e la polizza assicurativa - nel caso in cui, al momen-*

¹³ Cfr. CASU, *Totale difformità e commerciabilità del bene*, in FALZONE-ALIBRANDI, *Dizionario Enciclopedico del Notariato, Aggiornamento*, IV, Roma 1993, p. 803.

to della conclusione del contratto preliminare, l'intervento sia già in corso e manifesti una totale difformità rispetto al progetto presentato (e allegato al contratto) a corredo della richiesta del titolo abilitativo.

Diverso sarà invece, ovviamente, il caso dell'*intervento solo programmato, e non ancora eseguito in difformità nel momento in cui il contratto, preliminare o definitivo, viene stipulato*: sembra evidente che, in questo caso, l'intervento edilizio successivo alla stipula del contratto non ne possa alterare la disciplina, e che in particolare *la normativa di tutela a favore dell'acquirente debba trovare piena applicazione*, proprio perché *in questo caso nulla può imputarsi all'acquirente* stesso e gli eventuali abusi sono interamente ascrivibili alla responsabilità del soggetto costruttore.

La circostanza, infine, che la legge esiga almeno la richiesta del permesso di costruire fa sì che *non assuma rilievo ai fini dell'applicazione delle norme di tutela la mera stipula di convenzioni urbanistiche finalizzate all'adozione di piani attuativi* (ad esempio, piani di zona per l'edilizia residenziale pubblica; piani di lottizzazione): pur in presenza di tali convenzioni, la mancata richiesta del permesso di costruire determina l'inapplicabilità della normativa in oggetto.

3. (SEGUE): L'INCOMMERCIALIZZABILITÀ DEI FABBRICATI FUTURI PER I QUALI NON È STATO RICHIESTO IL PERMESSO DI COSTRUIRE

La delimitazione dell'ambito di applicazione del decreto legislativo, con riguardo ai soli contratti aventi ad oggetto "immobili da costruire" per i quali sia stato richiesto il provvedimento abilitativo alla costruzione, pone un legittimo interrogativo: *ferma restando l'inapplicabilità della disciplina di tutela ai casi in cui non è stato ancora richiesto il permesso di costruire, è possibile concludere un contratto preliminare, o un contratto definitivo avente ad oggetto un immobile da costruire o da completare, in assenza di tale richiesta?*

Prima dell'emanazione del decreto legislativo, la risposta era certamente positiva, quantomeno con riferimento al *contratto preliminare*: era, infatti, pacifica la stipulabilità del contratto preliminare anche in assenza di indicazioni, nello stesso, del permesso di costruire, la cui necessità era richiesta unicamente ai fini dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre¹⁴. Era quindi possibile promettere in vendita, "sulla

¹⁴ Cfr., tra gli altri, C.N.N. (estensore Fabiani), *Esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto e legge 47/85 sul condono edilizio (15.11.2000)*, in *CNN Strumenti*, voce 0730; C.N.N. (estensore Ruotolo), *Esecuzione specifica dell'obbligo a contrarre e condono edilizio (10.11.1999)*,

carta”, fabbricati per i quali non era stato neanche approvato il relativo progetto. Ovviamente, le parti non dovevano “programmare” l’acquisto di un fabbricato da costruire in assenza di provvedimento abilitativo, perché altrimenti vi sarebbe nullità del contratto per illiceità dell’oggetto.

Diversa la situazione per il *contratto definitivo con effetti traslativi, nel caso di costruzione già esistente, ancorché non ultimata*: giusta la previsione dell’art. 46 del D.P.R. n. 380/2001, e quella dell’art. 40 della legge n. 47/1985, la menzione del permesso di costruire è comunque richiesta a pena di nullità assoluta. Qui, a differenza che nel preliminare, non è sufficiente la richiesta, ma è necessario il previo rilascio del permesso di costruire al fine di stipulare validamente.

Era controversa, invece, la disciplina dei *contratti definitivi aventi ad oggetto fabbricati non esistenti al momento della stipula*, e quindi da costruire *ex novo*: ad un’opinione possibilista faceva riscontro la tesi più rigorosa, accolta anche dalla giurisprudenza della Suprema Corte, che richiedeva il *previo rilascio della concessione edilizia (ora, permesso di costruire) a pena di nullità dell’atto*, posto che la vendita di cosa futura costituisce titolo sufficiente per l’acquisto del bene nel momento in cui l’edificio sarà completato¹⁵.

Orientamento, quest’ultimo, che trova del resto corrispondenza nella posizione rigorosa assunta con riferimento al *contratto di appalto* per la costruzione di un immobile: la giurisprudenza costante ritiene che lo stesso, se stipulato quando la concessione edilizia non è stata ancora rilascia-

in *CNN Strumenti*, voce 0730; 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.

In giurisprudenza, Cass. 10 maggio 2002 n. 6731, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 2523; Cass. 11 maggio 2001 n. 6599, in *Foro pad.*, 2002, I, p. 324; Cass. 4 gennaio 2002 n. 59, in *Riv. not.*, 2002, p. 1027; Cass. 17 giugno 1999 n. 6018, in *Riv. not.*, 2000, p. 445; Cass. 23 febbraio 1999 n. 1501, in *Contratti*, 1999, p. 1122; Trib. Cagliari 16 novembre 1998, in *Foro it.*, Rep. 2000, voce *Vendita*, n. 85; Cass. 1 settembre 1997 n. 8335, in *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Contratto in genere*, n. 475; Cass. 3 settembre 1993 n. 9313, in *Riv. not.*, 1994, p. 110; Cass. 9 dicembre 1992 n. 13024, in *Foro it.*, Rep. 1992, voce *Contratto in genere*, n. 326; Trib. Napoli 3 febbraio 1989, in *Dir. e giur.*, 1990, p. 802; Trib. Napoli 20 febbraio 1989, in *Riv. not.*, 1990, p. 187.

Secondo Cass. 6 agosto 2001 n. 10831, in *Contratti*, 2002, p. 221, “La nullità prevista dall’art. 40 l. n. 47 del 1985 con riferimento a vicende negoziali relative ad immobili privi della necessaria concessione edificatoria deve ritenersi limitata ai trasferimenti aventi effetto reale, e non anche estesa ai contratti dalla efficacia meramente obbligatoria (quale un preliminare di vendita), che restano, pertanto, disciplinati dall’art. 15 l. n. 10 del 1977, secondo il quale la nullità di tali contratti, se relativi ad immobili privi di concessione, può essere fatta valere in giudizio solo ove il promissario acquirente risulti essere stato a conoscenza della circostanza della mancata concessione, e tale conoscenza emerga inequivocamente dal contenuto dell’atto”.

¹⁵ RIZZIERI, *La vendita obbligatoria*, Milano 2000, p. 152; PACIFICO, *Le invalidità degli atti notarili*, Milano, 1992, p. 301-302; Cass. 27 novembre 1992 n. 12709, in *Riv. giur. edilizia*, 1993, I, p. 239.

ta, è nullo, *ex artt.* 1346 e 1418 c.c., avendo oggetto illecito (o causa illecita), e che quindi la nullità, una volta verificatasi, anche se non ancora dichiarata, impedisce sin dall'origine al contratto di produrre gli effetti suoi propri e ne rende inammissibile anche la convalida ai sensi dell'art. 1423 c.c.¹⁶.

La conclusione, riferita al *diritto comune*, è che la stipula di un contratto definitivo con effetti traslativi, anche se differiti (avente ad oggetto un fabbricato da costruire) richiede, a pena di nullità assoluta, il previo rilascio del permesso di costruire (e, trattandosi di fattispecie rientrante nell'ambito di applicazione dell'art. 46 del D.P.R. n. 380/2001, l'indicazione dei relativi estremi in atto); mentre, per il contratto preliminare, è essenziale soltanto che l'oggetto dedotto in contratto non sia illecito (che, cioè, non sia programmata la costruzione e alienazione di un fabbricato in assenza o radicale difformità dal permesso di costruire); l'indicazione degli estremi del permesso (già rilasciato) rileva, nel contratto preliminare, ai soli fini dell'eseguibilità in forma specifica *ex art.* 2932 c.c.

Su tale panorama normativo incide, ora, la *disciplina speciale* in commento, che è circoscritta, nel suo ambito di applicazione, ai soli immobili per la cui costruzione sia stato richiesto il permesso di costruire (vedi la definizione di immobile da costruire, contenuta nell'art. 1, comma 1, della legge n. 210/2004, e nell'art. 1, lett. *d*), del decreto delegato). Per di più, l'art. 6, comma 1, lett. *i*), del decreto richiede l'indicazione della richiesta del permesso di costruire nel contratto; e l'art. 6, comma 2, lett. *b*), impone l'allegazione degli "elaborati del progetto in base al quale è stato richiesto o rilasciato il permesso di costruire". A queste norme si può ag-

¹⁶ Nel senso della nullità del contratto di appalto, per illiceità della causa o dell'oggetto, in assenza di concessione edilizia, Cass. 27 febbraio 2002 n. 2884, in *Vita not.*, 2002, p. 306; Cass. 1 marzo 1994 n. 2035, in *Foro it.*, 1995, I, c. 2551; Cass. 24 aprile 1991 n. 4640, in *Foro it.*, Rep. 1991, voce *Appalto*, n. 14; Cass. 2 agosto 1990 n. 7743, in *Foro it.*, Rep. 1990, voce *Appalto*, n. 10; Trib. Nuoro 22 luglio 1993, e Trib. Cagliari 10 settembre 1993, in *Riv. giur. sarda*, 1994, p. 416; Trib. Cagliari 18 novembre 1988, in *Riv. giur. sarda*, 1990, p. 433; Cass. 28 gennaio 1987 n. 783, in *Foro it.*, Rep. 1987, voce *Appalto*, n. 35; Cass. 22 febbraio 1982 n. 1101, in *Foro it.*, 1982, I, c. 2537, ed in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 2129. *Contra*, nel caso in cui l'assenza di concessione edilizia non sia nota all'appaltatore, App. Lecce 13 febbraio 1988, in *Giur. it.*, 1989, I, 2, c. 684.

In dottrina, cfr. in particolare DORE, *Sulla nullità del contratto d'appalto immobiliare stipulato in assenza di concessione edilizia*, in *Riv. giur. sarda*, 1990, p. 435; BORRACCIA, *Oggetto del contratto di appalto e concessione edilizia*, *Giur. it.*, 1989, I, 2, c. 682; IANNONE, *Sulla validità del contratto di appalto stipulato prima dell'ottenimento della concessione edilizia*, in *Riv. giur. edil.*, 1982, p. 363.

Per il vero, secondo la posizione più meditata, la nullità dell'appalto per illiceità dell'oggetto sarebbe configurabile nel solo caso in cui le parti abbiano dedotto - come oggetto del contratto - la costruzione di un edificio senza concessione edilizia (Cass. n. 1101/1982, cit.); con la conseguenza che la nullità non deriverebbe dall'assenza di concessione al momento della stipula del contratto, e neanche dalla mancata menzione dei relativi estremi nel contratto medesimo.

giungere quella contenuta nell'art. 5, comma 1, del decreto, che limita temporalmente l'ambito di applicazione dello stesso - quanto alle garanzie fideiussorie - ai soli immobili per i quali il permesso di costruire sia richiesto successivamente all'entrata in vigore della nuova disciplina. Infine, l'art. 12, comma 3, del medesimo decreto limita l'accesso alle prestazioni del Fondo di solidarietà ai soli casi in cui per il bene immobile risulti richiesto il permesso di costruire. Una pluralità di indici normativi, quindi, che depongono inequivocabilmente per la *esclusiva applicabilità della normativa protettiva agli immobili per i quali sia almeno richiesto il permesso di costruire*; e, di riflesso, per la *conseguente incommerciabilità in assenza di tale richiesta*.

Infatti, la delimitazione dell'ambito di applicazione della nuova disciplina ai soli casi in cui è stato richiesto il provvedimento abilitativo trova giustificazione non solo nell'esigenza di tutela dell'acquirente (limitando la contrattazione "sulla carta" al solo caso in cui esista già un progetto "definitivo", presentato a corredo della richiesta di permesso di costruire); ma soprattutto nell'*intento di contrastare l'abusivismo edilizio: ratio, quest'ultima*, dalla quale sembra doversi desumere la *nullità - non già relativa ma assoluta per illiceità dell'oggetto - del contratto, preliminare o definitivo, riguardante un immobile da costruire, nel caso in cui il relativo permesso non sia stato ancora richiesto*. Con la precisazione che, *nel caso di contratto definitivo - pur se avente ad oggetto un fabbricato futuro e quindi non ancora esistente - è necessario, ai fini della validità del contratto, il permesso di costruire, non essendo sufficiente la semplice richiesta dello stesso*.

Del resto, ove si ritenga che le menzioni formali *ex art. 6, comma 1, lett. i), e comma 2, lett. b)*, siano richieste a pena di nullità, sia pure relativa, del contratto (su tale problema, cfr. il paragrafo 18 del Capitolo V), l'assenza della richiesta di permesso ne impedirebbe la valida stipula anche per ragioni di ordine "formale".

Pertanto, gli immobili da costruire, in assenza di richiesta del permesso, *non possono essere commercializzati*. Conclusione, questa, obbligata, perché non sarebbe accettabile la tesi che facesse rientrare i suddetti immobili nell'ambito di applicazione del decreto: vi osterebbe il chiaro dettato legislativo, rappresentato dall'art. 1, comma 1, della legge delega; dall'art. 1, lett. *d)*, del decreto delegato, contenente la definizione di immobile da costruire; nonché dagli artt. 5, comma 1, e 6, comma 1, lett. *i)* del decreto stesso. *Non è in alcun modo ammissibile un'interpretazione abrogante di tali disposizioni, le quali tutte richiedono almeno la "richiesta" del permesso di costruire*.

D'altra parte, sarebbe inaccettabile anche l'opposta tesi che ritenesse detti immobili liberamente commerciabili: *sarebbe assurdo ed irragionevole da un lato consentire la valida conclusione dei contratti in assenza della richiesta del provvedimento abilitativo, e dall'altro privare l'acquirente di ogni tutela*. Senza considerare che si appresterebbe, in tal modo, uno strumento atto a consentire *facili elusioni della disciplina protettiva* in esame: basterebbe concludere il contratto preliminare "sulla carta", prima della richiesta del permesso, per evitare fideiussione, polizza assicurativa, indicazioni obbligatorie in contratto, divieti di stipula in assenza della cancellazione di ipoteche e pignoramenti e quant'altro. Né è ipotizzabile l'applicabilità della disciplina protettiva solo in un momento successivo alla stipula del contratto preliminare, quando il permesso di costruire sia stato eventualmente richiesto: a parte il fatto che il costruttore potrebbe aver già lucrato consistenti acconti, e fallire prima dell'inizio della costruzione e della stessa richiesta del permesso, sarebbe assurdo immaginare l'applicabilità successiva della disciplina protettiva, e di conseguenza la nullità sopravvenuta del contratto proprio a seguito della richiesta del provvedimento abilitativo. Del resto, considerata l'imperatività della normativa di tutela, *non si può lasciare alla libera determinazione dell'acquirente la scelta se stipulare o meno*: ciò sarebbe in contrasto con lo spirito della nuova disciplina, che non ammette rinuncia, ad opera dell'acquirente, alle tutele imperative di legge¹⁷.

In definitiva, il legislatore si è trovato a comporre il conflitto tra l'interesse, di natura privata, dell'acquirente (contraente debole da tutelare), e quello, di natura pubblicistica, a contrastare l'abusivismo edilizio; ed ha privilegiato, tra i due, quest'ultimo, *precludendo in radice anche la "contrattazione sulla carta", in assenza quantomeno di una richiesta del provvedimento abilitativo edilizio*. E ciò, come si è già rilevato, anche nell'ipotesi in cui l'immobile risulti inserito in un piano attuativo regolarmente approvato (come nel caso di aree ricomprese nell'ambito di piani di zona per l'edilizia residenziale pubblica). Con la conseguenza che - in presenza di un contratto preliminare di vendita "sulla carta", in assenza di richiesta di permesso di costruire - si avrà *nullità assoluta del contratto preliminare per illiceità dell'oggetto*, inapplicabilità della disciplina protet-

¹⁷ Non sembra, quindi, condivisibile il rilievo di 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* del 13 giugno 2005, secondo cui "l'obbligo della fideiussione e la nullità relativa sanciti dall'art. 2 già costituirebbero per se stessi un forte disincentivo per la parte acquirente a ricorrere a schemi contrattuali caratterizzati da una forte aleatorietà".

tiva, ed il conseguente diritto dell'acquirente di ottenere la restituzione, a titolo di ripetizione di indebitto, degli acconti eventualmente corrisposti, senza però alcuna garanzia, a meno che la fideiussione sia stata volontariamente prestata: nel qual caso, però, detta fideiussione sarà disciplinata dal diritto comune, e non dalle disposizioni speciali in commento.

4. (SEGUE): LA COSTRUZIONE O IL COMPLETAMENTO A CARICO DELL'ALIENANTE

Nel definire gli "*immobili da costruire*", il legislatore richiede che gli stessi "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; art. 1, lett. d), del decreto legislativo). Le norme tacciono invece in relazione all'individuazione del soggetto che deve provvedere alla costruzione o all'ultimazione del fabbricato. Ciò nonostante, da un'interpretazione sistematica dell'intero provvedimento si desume con chiarezza che la tutela riguarda *esclusivamente gli immobili la cui costruzione, o ultimazione, costituisce un obbligo del soggetto alienante*¹⁸.

Ciò risulta da una serie di disposizioni legislative. L'art. 2, comma 2, del decreto, a proposito delle assegnazioni da parte di cooperativa, si riferisce ad "immobile da costruire per iniziativa della stessa" (riprendendo tale formula dalla definizione di "acquirente", contenuta sia nella legge delega che nel decreto delegato): è evidente che la soluzione non può essere diversa quando parte alienante sia un imprenditore diverso dalla cooperativa. Le suddette norme definitorie, poi, nel qualificare il soggetto "costruttore", dichiarano applicabile la disciplina dell'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": è ovvio che qui la norma presuppone che l'obbligo di costruzione o ultimazione faccia capo all'alienante. In più, l'art. 6 richiede la necessaria indicazione in contratto di tutta una serie di

¹⁸ In tal senso anche Rizzi, *La nuova disciplina di tutela dell'acquirente di immobile da costruire. Il contenuto del contratto preliminare*, in corso di pubblicazione ("la nuova disciplina di tutela si applica solo quando il fabbricato venga dedotto in contratto con caratteristiche (consistenza, impianti, finiture) non ancora esistenti al momento della conclusione del contratto preliminare stesso, caratteristiche peraltro delle quali si sia già tenuto conto ai fini della determinazione del prezzo, e la cui realizzazione presuppone pertanto un'attività edificatoria da parte del promittente venditore/costruttore successiva alla conclusione del contratto in questione"); PETRELLI, *La nuova disciplina a tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, cit.

elementi, attinenti alle caratteristiche tecniche della costruzione, ai termini di esecuzione, materiali da utilizzarsi, rifiniture, accessori: tutti elementi la cui presenza in contratto non avrebbe senso se non vi fosse correlato un preciso obbligo dell'alienante di eseguire le relative opere.

Più in generale, appare ovvio che solo quando la costruzione, o ultimazione del fabbricato, costituisce un obbligo dell'alienante, sorga specularmente 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 stesso.

È quindi evidente *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.

5. (SEGUE): IL RIFERIMENTO AL CERTIFICATO DI AGIBILITÀ

Per individuare il *momento di ultimazione del fabbricato* - rilevante ai fini della disciplina protettiva - occorre far riferimento alle norme che disciplinano il rilascio del certificato di agibilità¹⁹: sia la legge delega che il decreto delegato definiscono infatti immobile da costruire quello "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".

Vengono quindi in considerazione:

– l'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";

– l'articolo 24, comma 4: "alla domanda per il rilascio del certificato di agibilità deve essere allegata copia della dichiarazione presentata per la iscrizione in catasto";

– l'articolo 25: a norma dei commi 1 e 3, il certificato di agibilità viene rilasciato una volta verificata la seguente documentazione: la richiesta di accatastamento dell'edificio; l'autocertificazione del richiedente di conformità dell'opera rispetto al progetto approvato, nonché in ordine alla avvenuta

¹⁹ Sulla disciplina del certificato di agibilità, cfr. le recenti sintesi di BRUNELLI, *Il certificato di agibilità: incidenza sull'attività notarile*, in *Federmotizie*, 2004, p. 211; LEO, *Il certificato di agibilità*, in *Studi e materiali*, 2004, 1, p. 527.

nuta prosciugatura dei muri e della salubrità degli ambienti; la dichiarazione dell'impresa installatrice che attesta la conformità degli impianti, ovvero certificazione corrispondente; il certificato di collaudo statico; il certificato regionale di conformità delle opere eseguite nelle zone sismiche; la dichiarazione di conformità delle opere realizzate alla normativa vigente in materia di accessibilità e superamento delle barriere architettoniche;

– l'art. 5, comma 3, lett. *a*): ai fini del rilascio del certificato di agibilità, l'ufficio competente acquisisce direttamente, ove questi non siano stati già allegati dal richiedente, il parere dell'A.S.L. nel caso in cui non possa essere sostituito da una autocertificazione, ed il parere dei vigili del fuoco, ove necessario, in ordine al rispetto della normativa antincendio;

– l'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”.

Dalle suindicate disposizioni emergono gli *elementi necessari al fine di ottenere il rilascio del certificato di agibilità*:

a) - 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;

b) - la richiesta di accatastamento dell'edificio;

c) - l'avvenuta prosciugatura dei muri e la salubrità degli ambienti;

d) - il collaudo degli impianti installati, in conformità alle vigenti disposizioni;

e) - il collaudo statico;

f) - il collaudo delle opere eseguite nelle zone sismiche in conformità alle vigenti disposizioni;

g) - la conformità delle opere realizzate alla normativa vigente in materia di accessibilità e superamento delle barriere architettoniche.

La legge parla di “stadio” della costruzione, tale da non consentire il rilascio del certificato di agibilità. *A contrario*, se ne desume che *laddove lo stato dei lavori sia avanzato, e siano realizzate le opere costruttive necessarie, il fabbricato non può essere definito come “immobile da costruire”*, ai fini delle disposizioni in esame, e ciò *anche se non sono state ancora rilasciate le certificazioni di conformità e di collaudo degli impianti*: ciò che conta, in altri termini, è che le opere siano state poste in essere, non che le stesse siano certificate (anche se, ovviamente, solo in presenza di apposita certificazione può aversi certezza del buon esito del collaudo).

Il *concetto di costruzione “ultimata”*, ai sensi delle disposizioni in

commento, è quindi *diverso da quello di costruzione "esistente"*, per il quale fa stato, invece, la previsione dell'art. 2645-bis, comma 6, c.c.²⁰: a norma del quale si intende esistente l'edificio nel quale sia stato eseguito il rustico, comprensivo delle mura perimetrali delle singole unità, e sia stata completata la copertura²¹. Il che - nella misura in cui si ritenga tale disposizione espressione di un principio generale²² - dà luogo ad un particolare problema, *nel caso di contratto avente ad oggetto il fabbricato quale "bene futuro"*, poiché a norma dell'art. 1472 c.c., in tal caso "l'acquisto della proprietà si verifica non appena la cosa viene ad esistenza": si ha, in altri termini, *l'acquisto della proprietà in capo all'acquirente in un momento anteriore all'ultimazione del fabbricato* (momento nel quale, plausibilmente, verrà pagata dall'acquirente l'ultima rata del prezzo di compravendita). Si vedranno, nel seguito, le implicazioni di tale conclusione.

Come si accerta lo stadio di ultimazione della costruzione? *La legge non richiede che sia stato rilasciato il certificato di agibilità, e neanche che lo stesso sia stato richiesto*, limitandosi a far riferimento allo "stadio" della costruzione che consenta il rilascio di detto certificato. Appare, peraltro, evidente l'eccezionale importanza dell'accertamento di tale "stadio" costruttivo, posto che *ogni qualvolta non ricorrano i presupposti sopra*

²⁰ RIZZI, *L'immobile "da costruire" nella bozza di decreto legislativo di attuazione della legge delega 210/2004*, cit., il quale riconosce che la definizione ex art. 2645-bis c.c. appare applicabile "solo quando il legislatore ricollegli determinati effetti alla venuta ad esistenza del fabbricato, ritenendo sufficiente, a tal fine, un fabbricato individuabile come tale, e quindi realizzato nella sua struttura "essenziale", senza che assumano rilievo impianti, finiture ed accessori. Ma nel caso di specie le finalità perseguite dal decreto in commento sono ben altre: si tratta infatti di tutelare l'acquirente, riconoscendogli la possibilità di recuperare tutto quanto dallo stesso già sborsato prima della acquisizione definitiva della proprietà di un edificio da costruire".

²¹ Cfr. anche l'art. 31, comma 2, della legge 28 febbraio 1985, n. 47, a norma del quale "si intendono ultimati gli edifici nei quali sia stato eseguito il rustico e completata la copertura ovvero, quanto alle opere interne agli edifici già esistenti e a quelle non destinate alla residenza, quando siano state completate funzionalmente".

²² La disposizione dell'art. 2645-bis, comma 6, c.c., è ritenuta espressione di un principio generale, riguardo al momento in cui la costruzione futura viene ad esistenza; principio valido non solo in relazione al preliminare, ma in generale con riferimento alla contrattazione su beni futuri: cfr. RIZZIERI, *La vendita obbligatoria*, cit., p. 151.

Secondo la giurisprudenza, peraltro, nella vendita di cosa futura l'effetto traslativo si verifica nel momento in cui il bene è venuto ad esistenza nella sua completezza, restando irrilevante soltanto la mancanza di rifiniture e o di qualche accessorio non indispensabile alla sua utilizzazione: Cass. 18 maggio 2001 n. 6851, in *Vita not.*, 2001, p. 829; Cass. 10 marzo 1997 n. 2126, in *Corr. giur.*, 1997, p. 1092; Cass. 20 luglio 1991 n. 8118, in *Foro it.*, 1992, I, c. 783; Cass. 5 settembre 1989 n. 3854, in *Foro it.*, Rep. 1989, voce *Vendita*, n. 55; Cass. 17 febbraio 1983 n. 1219, in *Foro it.*, Rep. 1983, voce *Vendita*, n. 35. Nel medesimo senso, BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, Torino 1972, p. 46.

elencati, devono essere applicate le prescrizioni del decreto legislativo in commento, alcune delle quali a pena di nullità del contratto. Sarebbe sufficiente, a tal fine, il mancato completamento di opere di rifinitura, il mancato prosciugamento dei muri, la mancata installazione degli impianti. Considerata la notevole incertezza che potrebbe derivarne alla successiva circolazione dell'immobile²³, appare *assolutamente opportuno - per gli immobili che le parti dichiarino essere già ultimati - indicare nel contratto gli estremi del certificato di agibilità, o quantomeno della sua richiesta* (e quindi presentare quest'ultima, corredata delle certificazioni necessarie, prima della conclusione del contratto che non si intenda assoggettare alla disciplina speciale). In assenza dei quali, si è suggerito di far riferimento ad una *perizia asseverata* con giuramento da un tecnico, che attesti lo stato della costruzione, o in mancanza alla dichiarazione del soggetto alienante, preferibilmente in forma di *dichiarazione sostitutiva di atto notorio*²⁴.

6. (SEGUE): I FABBRICATI DA RISTRUTTURARE

Ci si chiede 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 immobiliare²⁵. L'unica eccezione, ammessa secondo i compilatori

²³ BERNARDI FABBRANI, *Il trasferimento di immobili da costruire*, in *Atti del convegno Paradigma*, Milano 15 aprile 2005, par. 1.2.

²⁴ RIZZI, *L'immobile "da costruire" nella bozza di decreto legislativo di attuazione della legge delega 210/2004*, cit.,

²⁵ 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 fidejussioni 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

della legge, sarebbe quella dei *fabbricati "da ricostruire"*²⁶. È noto, peraltro, il valore relativo che assumono, a livello interpretativo, i lavori preparatori²⁷. Sulle considerazioni del "legislatore storico" prevalgono, per comune ammissione, quelle di natura letterale e logico-sistematica.

Sotto il primo profilo (interpretazione letterale), 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'ordinamento²⁸, 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 immobile diverso da quello attualmente esistente, e più precisamente un fabbricato "la cui costruzione non risulti essere ultimata"*, quindi rientrante 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

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 fidejussioni - 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").

²⁶ Cfr. la nota precedente.

²⁷ 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*, 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.

²⁸ 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.

D.P.R. n. 380/2001, *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”). Si consideri, infine, che la fattispecie della demolizione e successiva ricostruzione - che secondo gli stessi lavori preparatori è attratta all’ambito di applicazione del decreto in esame - può atteggiarsi come intervento di ristrutturazione, ove rimangano invariate la sagoma e la volumetria dell’edificio (art. 3, lett. *d*), del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, come modificato dall’art. 1 del D. Lgs. 27 dicembre 2002 n. 301)²⁹.

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. In entrambi i casi, sorge l’esigenza di tutelare il soggetto acquirente dal possibile dissesto del costruttore, come pure dall’indeterminatezza del contenuto degli obblighi costruttivi, e dai vizi e difformità delle opere da eseguirsi. 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’ultima³⁰. 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 equiparano le fattispecie disciplinate dalle lettere *d*) ed *e*) dell’art. 31 della legge 5 agosto 1978 n. 457 (ristrutturazione edilizia e urbanistica)³¹.

Poiché l’immobile “da costruire” è definito come quello “ancora da

²⁹ Cfr. sul punto ANTONIAZZI, *Ristrutturazione edilizia ed interventi di demolizione e ricostruzione dell’edificio preesistente: alcuni spunti di riflessione sulle caratteristiche essenziali*, in *Riv. giur. edil.*, 2005, I, p. 127.

³⁰ Sulla necessità di interpretazione adeguatrice, al fine di rendere conforme la norma interpretata 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.

³¹ 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.

edificare o la cui costruzione non risulti essere stata ultimata”, potrebbe dubitarsi circa la ricomprensione nell'ambito applicativo della legge suddetta degli interventi di *ristrutturazione minore* (che non comportino cioè demolizione e ricostruzione), di quelli di *restauro o risanamento conservativo*, ovvero di *manutenzione ordinaria e straordinaria* (secondo la classificazione ora contenuta nell'art. 3 del D.P.R. n. 380/2001). Alla luce, però, delle riflessioni sopra sviluppate, non sembra che debba discriminarsi tra gli interventi costruttivi alla luce della suddetta classificazione; appare più plausibile che i fabbricati in corso di ristrutturazione, restauro o risanamento debbano essere considerati “*in corso di costruzione*”, ai fini in esame, ogni qualvolta il “bene giuridico” dedotto in contratto sia un bene “sostanzialmente diverso” rispetto a quello esistente al momento della conclusione del contratto; sostanziale diversità che non può che apprezzarsi alla luce della stessa definizione di immobile da costruire, che menziona lo stadio costruttivo “tale da non consentire ancora il rilascio del certificato di agibilità”. Il che dovrebbe far ricomprendere nell'ambito applicativo della nuova disciplina *ogni intervento edilizio che richieda il rilascio di un nuovo certificato di agibilità*³², escludendo al contrario tutti gli interventi che, per le loro caratteristiche, non incidano sull'agibilità dell'edificio.

7. (SEGUE): LA DESTINAZIONE DEI FABBRICATI

Non vi è, nella definizione di “immobile da costruire”, alcuna limitazione di carattere generale riguardo alla destinazione del fabbricato da realizzare (a differenza di quanto era previsto nella prima fase dei lavori preparatori, nei quali la tutela era circoscritta all'acquisto dell'abitazione principale).

(estensore Petrelli), *Agevolazioni per l'acquisto di immobili a fini di utilizzo edificatorio*, in *Studi e materiali*, 2002, 1, p. 285 ss.

³² PETRELLI, *La nuova disciplina a tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, cit., p. 7; BERNARDI FABBRANI, *Il trasferimento di immobili da costruire*, *ibidem*, par. 1.1 (il quale peraltro, al par. VI, esclude che la promessa di vendita di immobile da ristrutturare possa rientrare nella disciplina in commento, in quanto “l'immobile esiste già e non è una cosa futura”).

Per l'inclusione dei fabbricati da ristrutturare nell'ambito di applicazione del decreto, cfr. anche DE NOVA, *La garanzia fideiussoria del costruttore all'acquirente per la restituzione*, in *Atti del convegno Paradigma*, Milano 14 aprile 2005.

Nello stesso senso - limitatamente però ai soli interventi di ristrutturazione edilizia c.d. maggiore, quale identificata dall'art. 3, comma 1, lett. d), del D.P.R. n. 380/2001, riferito agli interventi di demolizione e ricostruzione con la stessa volumetria e sagoma dell'edificio preesistente (Rizzi, *La nuova disciplina di tutela dell'acquirente di immobile da costruire. Le garanzie per l'acquirente*, in corso di pubblicazione).

Può trattarsi, quindi, innanzitutto di *fabbricati ad uso abitativo*. Non è richiesto che si tratti della prima casa, o dell'abitazione principale dell'acquirente, e quindi *la tutela spetta anche, ad esempio, per l'acquisto di abitazione di vacanza*.

Può, inoltre, trattarsi di *fabbricati ad uso diverso da quello abitativo* (fabbricati *per utilizzo commerciale, industriale, professionale, ecc.*). Anche questi ultimi, quindi, godono delle tutele previste dagli artt. da 2 a 8, e dall'art. 11 del decreto legislativo³³. L'estensione della tutela anche a questi fabbricati può destare qualche perplessità, se si tiene conto della limitazione della tutela costituzionale alla sola fattispecie dell'accesso all'abitazione (art. 47 Cost.)³⁴. Peraltro, il dubbio potrebbe porsi solo se si ritenesse che la limitazione dell'autonomia privata, che consegue al decreto in commento, non fosse altrimenti giustificata: cosa che non può certo sostenersi, perché l'intervento di riequilibrio è anzi funzionale ad un effettivo esercizio dell'autonomia dei contraenti, come avviene in diverse altre discipline settoriali, e nella stessa disciplina generale a tutela dei consumatori.

Altre disposizioni del decreto trovano applicazione unicamente ai fabbricati da costruire la cui destinazione sia abitativa. In particolare, il *diritto di prelazione* in caso di vendita forzata (art. 9), ed il limite all'esperibilità della *revocatoria fallimentare* (art. 10) sono previsti unicamente per gli *immobili ad uso abitativo*, da adibirsi tra l'altro ad *abitazione principale* dell'acquirente o di suoi congiunti, secondo quanto specificato nelle dette disposizioni.

8. LA NOZIONE DI ACQUIRENTE; RAPPORTO CON LA NOZIONE DI CONSUMATORE

L'art. 2, comma 1, lett. *a*), della legge n. 210/2004, ripreso dall'art. 1, lett. *a*), del decreto legislativo, 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

³³ In Francia, invece, la tutela è limitata agli acquisti di immobili da costruire ad uso abitativo, ovvero professionale ed abitativo (art. 261-10 del *Code de la construction et de l'habitation*).

³⁴ Non coglie il problema COSTOLA, *Verso nuove forme di tutela degli acquirenti di immobili da costruire: la legge delega 2 agosto 2004, n. 210 (prima parte)*, cit., p. 1494, il quale individua senz'altro la *ratio* della nuova normativa nell'art. 47 Cost.

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. 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 professionale³⁵. 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.)³⁶.

Occorre d'altra parte considerare il fatto che - secondo un certo indirizzo dottrinale e giurisprudenziale - anche la disciplina codicistica a tutela dei consumatori, contenuta negli artt. 1469-*bis* e seguenti del codice civile, troverebbe applicazione non solo ai soggetti “privati”, ma anche agli esercenti imprese o professioni per i quali, tuttavia, il contratto non costituisce

³⁵ CLARIZIA, *I contratti nuovi. Factoring. Locazione finanziaria*, Torino 1999, p. 108 ss.

³⁶ 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 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 (prima parte)*, 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. 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, RIZZI, *La nuova disciplina di tutela dell'acquirente di immobile da costruire. Il contenuto del contratto preliminare*, in corso di pubblicazione.

esercizio normale e tipico dell'attività imprenditoriale o professionale (ad esempio, l'avvocato che acquista una porzione di fabbricato, evidentemente non svolge con ciò la propria attività professionale "caratteristica")³⁷. Ove, invece, non si aderisca a quest'ultima ricostruzione, e si accetti la tesi prevalente, che qualifica come "consumatore" esclusivamente la persona fisica che non agisce, neanche strumentalmente, nell'esercizio della propria impresa o professione³⁸, ne conseguirà che *la nozione di "acquirente"*, di cui alla legge n. 210/2004 ed al decreto delegato, *non coincide con quella di "consumatore"*, quale desumibile dall'art. 1469-bis c.c.³⁹.

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 bancari⁴⁰, nella disciplina in materia di subfornitura⁴¹, ed in quella sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali⁴². 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"⁴³.

³⁷ BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano 2000, p. 376 ss.; GATT, *L'ambito soggettivo di applicazione della normativa sulle clausole vessatorie*, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 2341; Trib. Roma 20 ottobre 1999, in *Foro it.*, 2000, I, c. 645, ed in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 2117.

³⁸ Cfr. per tutti ASTONE, *Commento all'art. 1469-bis*, in *Clausole vessatorie nei contratti col consumatore*, a cura di Alpa e Patti, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da Busnelli, Milano 2003, p. 180 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 *Contratto e impresa Europa*, 2003, p. 717 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.

³⁹ 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.

⁴⁰ 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.

⁴¹ Cfr. la definizione contenuta nell'art. 1 della legge 18 giugno 1998 n.192.

⁴² 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.

⁴³ 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 imperniata sulla "asimmetria presunta", nel diverso ambito dei

Con un'importante differenza, però, per quanto riguarda gli acquirenti di immobili da costruire: mentre nei contratti bancari, e nei contratti di subfornitura, 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 fisiche: il che ha indotto qualcuno a sollevare il dubbio della illegittimità costituzionale dell'interpretazione che dovesse estendere all'imprenditore individuale la tutela in oggetto, per disparità di trattamento rispetto alle società e persone giuridiche⁴⁴. Obiezione che sembra, peraltro, destituita di fondamento come sarà *infra* dimostrato; e quindi non idonea a consentire una interpretazione "correttiva" della disciplina in esame, a fronte del chiaro dettato legislativo.

La disciplina in commento rimane quindi distinta ed autonoma rispetto a quella posta a tutela dei consumatori. Il che non impedisce, ovviamente, una loro *eventuale sovrapposizione, nel caso in cui l'acquirente non agisca nell'esercizio della propria impresa o professione: eventualità nella quale egli godrà anche delle tutele accordategli dalla normativa codicistica (artt. 1469-bis ss. c.c.)*, sopra richiamata.

Il *raffronto con la disciplina a tutela dei consumatori*, e con le altre normative speciali a tutela del contraente debole, stimola ulteriori *riflessioni di ordine sistematico*, che saranno utili ai fini della ricostruzione dei singoli profili di disciplina. Le altre previsioni legislative che hanno come destinatario il consumatore (artt. 1469-bis e seguenti c.c.; D. Lgs. n. 427/1998; legge n. 281/1998; D. Lgs. n. 185/1999; artt. 1519-bis e seguenti c.c.) tendono a rimediare sia ad una situazione di *asimmetria informativa*, sia allo *squilibrio di natura giuridico-economica* tra le parti, al fine di realizzare una situazione di parità tra i contraenti e consentire così il libero esplicarsi dell'autonomia contrattuale. Per di più, spesso tali tutele pre-

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".

⁴⁴ CRUCIANI, *Il trasferimento di immobili da costruire*, Atti del Convegno Paradigma, Milano 15 aprile 2005; 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* del 13 giugno 2005 (i quali ritengono difficile "giustificare la disparità di trattamento tra un imprenditore persona fisica ed una piccola società di persone, che potrebbe risentire nella stessa misura dell'alea economica legata all'operazione"; evidenziando tra l'altro che il riferimento all'acquisto per conto di parente in primo grado "potrebbe rappresentare un ulteriore argomento a favore della tesi che individua "l'acquirente" come persona fisica che agisce per scopi estranei alla propria attività professionale o imprenditoriale". Quest'ultimo non sembra, in realtà, argomento particolarmente probante, nulla escludendo che oltre al consumatore, identificato come sopra, la legge protegga anche l'acquirente persona fisica non consumatore").

suppongono la *predisposizione unilaterale del contratto ad opera del contraente forte*, anche mediante condizioni generali di contratto⁴⁵.

Ne è dimostrazione il fatto che buona parte di quelle tutele non trova applicazione nel caso in cui le condizioni contrattuali siano state oggetto di effettiva *trattativa individuale* (art. 1469-ter, comma 4, c.c.), o siano comunque predisposte da entrambi i contraenti (art. 1341 c.c., *a contrario*); e che la legge si preoccupa di assicurare, in modo spesso imperativo, la *conoscenza preliminare da parte del contraente debole* - anteriormente cioè alla conclusione del contratto - delle clausole contrattuali (art. 1469-quinquies, comma 2, n. 3, c.c.; artt. 121 ss. del D. Lgs. n. 385/1993, e relativa normativa attuativa; art. 2 del D. Lgs. n. 427/1998, ecc.). In questi casi, gran parte del “contenuto imposto” dei contratti riprende, in realtà, il contenuto dell’informativa preliminare che deve essere fornita al contraente debole nella fase precontrattuale. Si può, anzi, dire che le prescrizioni di contenuto hanno, in quei casi, essenzialmente la *funzione di consentire all’acquirente il riscontro della corrispondenza tra l’informativa precontrattuale ottenuta (o le condizioni pubblicizzate) e il contenuto definitivo del contratto*, di cui è reale autore il contraente forte; funzione, quindi, essenzialmente di natura informativa e probatoria.

Si consideri, ad esempio, il caso della *multiproprietà*. Il venditore è tenuto a predisporre un documento informativo, che deve avere un contenuto molto analitico. *Il contenuto dell’informativa precontrattuale deve essere riproposto nel contratto*, del quale quindi a ragione può dirsi che - già a livello normativo, e non solo di prassi operativa - è *presupposta la predisposizione unilaterale ad opera del venditore* (art. 2, comma 3, e art. 3 del D. Lgs. n. 427/1998). Si veda anche l’art. 4 del D. Lgs. n. 427/1998, a norma del quale “Il venditore utilizza il termine «multiproprietà» ... nel contratto” (è testuale il riferimento alla paternità del documento contrattuale riferita al venditore); e l’art. 12 del medesimo decreto, che prevede sanzioni amministrative in capo al solo venditore per le violazioni inerenti al contenuto del contratto *ex art. 3*. Coerentemente, si ritiene che la violazione di tale regola di comportamento, posta a carico del venditore, determini a carico dello stesso una *responsabilità precontrattuale*, *ex art. 1337 c.c.*⁴⁶. Pertanto, nel caso della multiproprietà può ben dirsi che l’in-

⁴⁵ Ciò avviene nei casi in cui - come nella disciplina della multiproprietà, o dei contratti bancari - il legislatore impone al “contraente forte” di consegnare prima della stipula del contratto, al “contraente debole”, copia del testo contrattuale: obbligo di consegna che ovviamente presuppone la predisposizione unilaterale del contenuto contrattuale.

⁴⁶ LASCIALFARI, *Commento all’art. 2*, in *I contratti di multiproprietà*, a cura di Cuffaro, Milano

teresse tutelato in via primaria è quello dell'esatta conoscenza, da parte dell'acquirente, dei termini del contratto prima della sua conclusione, tutelato strumentalmente grazie alla corrispondenza - sancita per legge e specificamente sanzionata - del contenuto del contratto con l'informativa precontrattuale.

Nella contrattazione su immobili da costruire, la tecnica utilizzata dal legislatore è notevolmente diversa, perché diversi sono gli interessi da tutelare. Se si scorrono con attenzione le norme, si può infatti notare che il legislatore, nella fattispecie dell'acquisto di immobili da costruire, non si preoccupa del fatto che le clausole contrattuali siano oggetto di trattativa individuale tra le parti: *la disciplina di tutela trova applicazione sia che il contratto sia unilateralmente predisposto dal costruttore, ed accettato come tale senza modificazioni; sia che lo stesso sia predisposto da entrambe le parti, o addirittura dal solo acquirente.* Per altro verso, l'art. 6 detta delle prescrizioni di contenuto minimo del contratto, al precipuo fine di determinare gli obblighi del costruttore e lo stato giuridico dell'immobile; ma non si preoccupa della conoscenza preliminare di tale contenuto da parte dell'acquirente. *Non è quindi prevista alcuna informativa precontrattuale, e il contratto può essere legittimamente concluso senza che l'acquirente abbia avuto alcuna informazione preliminare sul relativo contenuto* (a meno che, ovviamente, l'acquirente non rivesta nel caso specifico la qualifica di consumatore, con conseguente applicazione dell'art. 1469-*quinquies*, comma 2, n. 3, c.c.).

Quindi - nell'operazione di acquisto di immobili da costruire - il legislatore non avverte l'esigenza che l'acquirente sia informato prima della stipulazione del contratto. Ciò avviene perché si presume che l'acquisto di un immobile da costruire sia operazione che - in considerazione della sua importanza economica - viene comunque gestita con maggior avvedutezza e senso di responsabilità. In altri termini, *l'acquisto di un immobile non è "atto di consumo" in senso tecnico*, e non vi è quindi una particolare esigenza di tutelare l'acquirente contro la sua stessa fretta e negligenza. Vi è, invece, una diversa esigenza (rilevante in via principale): quella di *tutelare l'acquirente in considerazione dell'intrinseca rischiosità dell'operazione*, dovuta al fatto che il dissesto dell'impresa costruttrice può far svanire le somme pagate in anticipo. E vi è l'esigenza di determi-

2003, p. 340 ss.; MUNARI, *Problemi giuridici della nuova disciplina della multiproprietà*, Padova 1999, p. 82 ss.; GIUGGIOLI, *Commento all'art. 2, in La multiproprietà*, Ipsoa 1999, p. 22 ss.

Per la responsabilità contrattuale, TASSONI, *I diritti a tempo parziale su beni immobili*, Padova 1999, p. 212.

nare alcuni profili fondamentali del contenuto del contratto, non solo e non tanto a fini informativi, quanto piuttosto di *“tutela sostanziale” dell’acquirente, per far sì che gli obblighi del costruttore siano il più possibile chiari e determinati*, e non genericamente desumibili dall’obbligo di buona fede *in executivis*, di cui all’art. 1375 c.c.

Il legislatore, quindi, non tutela prioritariamente l’esigenza di un consenso informato, e non si preoccupa di assicurare al contraente debole la possibilità di incidere, mediante trattative, sul contenuto del contratto (*trattative di cui invece presume il normale svolgimento*): si preoccupa, piuttosto, di predisporre garanzie obbligatorie per il caso di dissesto dell’impresa costruttrice, e di *“conformare”* imperativamente il contenuto del contratto, mediante l’imposizione di un determinato contenuto minimo, confidando evidentemente nel fatto che ciò sia sufficiente per tutelare un soggetto - *l’acquirente di immobili - che si presume evidentemente mediamente più avveduto ed informato rispetto al “consumatore”*.

Certo, il requisito soggettivo richiesto dalla legge (*“persona fisica”*) 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 contrae 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 probabilmente che chi contrae per sé o per un proprio stretto congiunto agisca in modo meno informato e senza particolari mezzi, al contrario di chi contrae per conto di persone estranee (cosa che il più delle volte presuppone in effetti l’esistenza di ulteriori rapporti economici con il *dominus* dell’affare, e quindi - in un contesto in cui si presume una maggior avvedutezza e attenzione - fa venir meno la necessità di protezione). Anche perché - ove si fosse consentito di nominare anche un estraneo, una società o un ente - si sarebbe probabilmente operata una indebita estensione delle norme di tutela. Anche *la persona fisica che contrae in qualità di imprenditore individuale o professionista* può non avere le cognizioni tecniche necessarie, e la forza contrattuale per trattare in posizione di parità con il costruttore. E tuttavia, per i motivi già espressi, si tratta comunque di un contraente certamente *“debole”*, ma anche *“più evoluto”*, sotto il profilo contrattuale, rispetto alla figura del *“consumatore”*.

Per tutti i suddetti motivi, l’estensione alla materia in esame delle soluzioni normative, proprie della normativa a tutela dei consumatori, e della stessa normativa in tema di multiproprietà immobiliare, che di

quella costituisce una specificazione, deve essere effettuata con grande cautela; con la consapevolezza, in particolare, che le prescrizioni di contenuto del contratto hanno un fondamento diverso ed ulteriore rispetto alla mera “trasparenza” contrattuale.

9. IL SOCIO ASSEGNATARIO ED IL TERZO ACQUIRENTE DA COOPERATIVA EDILIZIA

La tutela, a favore degli acquirenti di immobili da costruire, è espressamente estesa a “colui il quale, ancorché non socio di una *cooperativa edilizia*⁴⁷, 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 preliminare⁴⁸), 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 nel-

⁴⁷ 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*, cit.

⁴⁸ 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 *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.

la 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.

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 di abitazione, e la qualificazione del primo alla stregua di una vera e propria compravendita, o comunque di un *rapporto di scambio* diverso da quello societario⁴⁹.

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. A parte ciò, la natura giuridica della cessione deve essere ricostruita sulla base delle categorie del diritto comune (vendita, permuta, ecc.), ed in nulla differisce dalla cessione operata dall'impresa edile diversa dalla cooperativa. Sotto questo profilo, quindi, la disposizione in oggetto può probabilmente ritenersi superflua.

Merita, invece, precisare che la disciplina in esame ha per oggetto esclusivamente l'assegnazione o la cessione in proprietà di alloggi, o comunque unità immobiliari da costruirsi su iniziativa della cooperativa edilizia; rimangono quindi *esclusi i negozi di assegnazione in godimento o locazione* posti in essere dalle *cooperative a proprietà indivisa*⁵⁰, che non godono delle tutele apprestate dalla disciplina in commento (non ricorrendo, ovviamente, le esigenze di tutela che sorgono quando - in prospettiva dell'acquisto della proprietà o di un diritto reale di godimento - si versino acconti alla cooperativa nella fase di costruzione del fabbricato).

⁴⁹ 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.

⁵⁰ Sulle cooperative edilizie c.d. a proprietà indivisa, cfr. MASTRANGELI, *Appunti sulla cooperativa edilizia a proprietà indivisa*, in *Temi romana*, 1984, II, p. 894; VIGNERI, *Le cooperative edilizie a proprietà indivisa*, in *Vita not.*, 1978, p. 308.

10. LA NOZIONE DI COSTRUTTORE; L'IMPRENDITORE EDILE E NON EDILE

L'art. 2, comma 1, lett. *b*), della legge n. 210/1994, e l'art. 1, lett. *b*), del decreto delegato, forniscono 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: 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.

È “costruttore”, secondo la disposizione in commento, innanzitutto l'imprenditore che proceda direttamente all'edificazione (impresa edile).

Lo è anche, peraltro, *anche l'imprenditore che ceda o si obblighi a cedere, impegnandosi nel contempo - mediante uno dei contratti previsti dalla legge - alla costruzione del fabbricato*. Tale conclusione deriva direttamente dalla formulazione legislativa, che dichiara applicabile la disciplina in commento anche “nel caso in cui la realizzazione della costruzione sia data in appalto o *comunque eseguita da terzi*”.

Ma *è necessario che il “costruttore” sia lo stesso soggetto che ha richiesto il permesso di costruire?* Se si rispondesse negativamente, la conclusione porterebbe a ricomprendere nell'ambito applicativo della nuova disciplina anche il caso in cui l'imprenditore edile - nell'intento di eludere la disciplina di tutela - costituisca una società immobiliare *a latere*, cedendo alla stessa il terreno o il fabbricato in corso di costruzione, la suddetta società, all'atto della contrattazione con le persone fisiche acquirenti, sarà in tutto e per tutto soggetta alle disposizioni in commento, con la conseguenza che *non sarebbe praticabile alcuna elusione della disciplina in*

*esame mediante operazioni del genere descritto*⁵¹. In contrario si è però enfatizzato l'utilizzo, da parte del legislatore, del termine “costruttore”, espressione che si è ritenuta “riferibile al solo imprenditore che si sia direttamente impegnato nell'attività edificatoria, pur avendone eventualmente affidato, in tutto o in parte, l'esecuzione materiale ad uno o più appaltatori”⁵². Si potrebbe altresì citare, a fondamento di quest'ultima tesi, l'art. 2, comma 2, del decreto legislativo che, a proposito delle assegnazioni da parte di cooperativa, si riferisce all’“immobile da costruire per iniziativa della stessa” (riprendendo la formula dalla definizione di “acquirente”, contenuta sia nella legge delega che nel decreto delegato), posto che la soluzione non dovrebbe essere diversa quando parte alienante sia un imprenditore diverso dalla cooperativa. Senonché, queste disposizioni tendono, probabilmente, a circoscrivere l'ambito di applicazione della tutela ai soli immobili la cui costruzione, o ultimazione, costituisce un obbligo del soggetto alienante (come si desume chiaramente anche dal contenuto richiesto dall'art. 6 del decreto).

Si prospetta, quindi, un'alternativa. Tra una prima interpretazione, più attenta alla lettera della legge (che utilizza il termine “costruttore”, e fa cenno ad una costruzione da eseguirsi “*su iniziativa*” del medesimo), circoscrive l'ambito di applicazione delle nuove tutele ai *solli contratti stipulati dall'imprenditore che ha assunto l'iniziativa della costruzione, richiedendo quindi il relativo permesso di costruire*. Ed una seconda interpretazione, maggiormente attenta ai riflessi sistematici della nuova disciplina ed all'esigenza di impedirne una facile elusione, ma non priva di un solido aggancio nella lettera della legge (laddove quest'ultima fa riferimento al “caso in cui la realizzazione della costruzione sia data in appalto o comunque eseguita da terzi”); che ritiene applicabili le nuove disposizioni anche al caso in cui il soggetto alienante sia un mero “intermediario”. Secondo tale ultima ricostruzione, *la disciplina protettiva troverà applicazione quante volte al trasferimento dell'immobile in costruzione si accompagni l'obbligo dell'alienante di consegnare l'opus perfectum, e*

⁵¹ PETRELLI, *La nuova disciplina a tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, cit., 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.

⁵² COSTOLA, *Verso nuove forme di tutela degli acquirenti di immobili da costruire: la legge delega 2 agosto 2004, n. 210 (prima parte)*, cit., p. 1496. In tal senso, cfr. anche BUSANI, *Casa e fallimenti, tutele da rafforzare*, in *Il Sole 24 Ore*, del 24 febbraio 2005; RIZZI, *La nuova disciplina di tutela dell'acquirente di immobile da costruire. Il contenuto del contratto preliminare*, in corso di pubblicazione.

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*. Non sarebbe quindi necessario, secondo quest'ultima interpretazione, che il permesso di costruire sia stato richiesto dal soggetto alienante, o promittente alienante. Pur nel dubbio derivante dall'imprecisa formulazione delle norme, sembra doversi privilegiare questa seconda interpretazione, che privilegia le esigenze di tutela dell'acquirente: a fronte, infatti, di un dato letterale equivoco, non può non attribuirsi la prevalenza all'argomentazione sistematica, conforme del resto al principio costituzionale di uguaglianza ed al canone di ragionevolezza, che mal tollererebbe un diverso trattamento dell'acquirente nel caso in cui - nel concorso degli altri presupposti di legge - un imprenditore non edile assumesse la veste di alienante, o promittente alienante.

11. IL PAGAMENTO DI ACCONTI O ALTRI CORRISPETTIVI ANTERIORMENTE ALL'ACQUISTO DEL FABBRICATO

Nell'ambito delle definizioni contenute nella legge delega e nel decreto delegato, dirette a delimitare l'ambito di applicazione della disciplina protettiva, non vi sono riferimenti diretti al *pagamento anticipato* di somme o corrispettivi diversi da parte dell'acquirente a favore del costruttore. Può porsi, quindi, il dubbio circa l'essenzialità di tale elemento ai fini dell'applicazione della disciplina in commento.

In via generale, va osservato che l'art. 1, comma 1, della legge delega pone l'obiettivo della tutela "equa ed adeguata" dei "diritti patrimoniali" degli acquirenti; l'art. 2, lett. *a*), della stessa legge, e l'art. 1, lett. *a*), del decreto delegato, nel riferirsi all'assegnatario o acquirente da cooperativa edilizia, richiedono che lo stesso "abbia assunto obbligazioni" con la cooperativa medesima. Espressioni troppo generiche, però, per fondare, sulle stesse, una limitazione di carattere generale, e per escludere ogni tutela dell'acquirente ove questi non sia obbligato al pagamento di acconti prima dell'acquisto della proprietà dell'immobile ultimato. Occorre quindi verificare se una limitazione di tal genere sia riscontrabile nelle singole disposizioni che dettano specifiche tutele.

La risposta è affermativa per ciò che riguarda *la fideiussione*. A norma dell'art. 2, comma 1, del decreto legislativo la fideiussione deve garantire "un importo pari alle somme e al valore di ogni altro eventuale corrispettivo che il costruttore ha riscosso e, secondo i termini e le modalità stabilite nel contratto, deve ancora riscuotere dall'acquirente prima del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento". È evi-

dente che - garantendo la fideiussione esclusivamente l'obbligazione di rimborso delle somme anticipate prima dell'acquisto della proprietà - la stessa non ha ragion d'essere allorché le parti abbiano pattuito che l'intero corrispettivo debba essere pagato all'atto del trasferimento della proprietà dell'immobile ultimato. Pertanto, *se non è prevista contrattualmente la corresponsione di caparre, acconti, penali, o pagamenti anticipati di alcun genere da parte dell'acquirente prima dell'acquisto della proprietà, la fideiussione non deve essere prestata.*

Dal sistema legislativo si evince che il legislatore ha inteso, tramite la fideiussione, accordare tutela all'acquirente, ed eventualmente al parente in primo grado dello stesso per conto del quale l'acquisto sia compiuto. Potrebbe però darsi il caso che il contratto preveda il pagamento mediante *adempimento da parte di un terzo* (con cui non intercorra rapporto di parentela di primo grado), per spirito di liberalità o comunque a titolo gratuito, e quindi *senza che l'acquirente subisca, in via diretta o indiretta, alcun sacrificio patrimoniale, e senza che lo stesso assuma alcuna obbligazione in proprio*: in tal caso, deve probabilmente ritenersi che vengano meno le ragioni di tutela previste dalla legge, e che di conseguenza la fideiussione non debba essere prestata.

Ci si potrebbe, però, chiedere: se la *ratio* della prestazione di fideiussione consiste nella tutela dell'acquirente dai rischi connessi al pagamento anticipato di somme, a qualunque titolo, potrebbe forse ritenersi che il requisito della anteriorità o contestualità della prestazione della fideiussione, rispetto al contratto, sia stato imposto per tener conto della "prassi assolutamente diffusa che l'acquirente proceda al versamento di un acconto al momento della sottoscrizione del contratto"⁵³. Potrebbe allora immaginarsi che - allorché le parti pattuiscano il pagamento di acconti a decorrere da un momento successivo a quello di stipulazione del contratto - la fideiussione possa essere prestata anche successivamente, purché anteriormente al pagamento del primo acconto, senza con ciò determinare nullità del contratto. Ciò anche in considerazione della possibilità, per l'acquirente, di rifiutare il pagamento degli acconti in caso di mancata prestazione della fideiussione (artt. 1460, 1461 c.c.). Si tratta, peraltro, di aspetto problematico, considerata la perentorietà del dettato legislativo: potrebbe, infatti, ritenersi in contrario che anche in questo caso *la fideiussione debba essere comunque prestata anteriormente o contestualmente al contratto*, sia in ragione della previsione di nullità relativa contenuta nell'art. 2 del decreto, sia al fi-

⁵³ CASARANO, *La garanzia fideiussoria*, in *Atti del convegno Paradigma*, Milano 14 aprile 2005, p. 14.

ne di consentire all'acquirente la valutazione dell'operazione nella sua totalità prima della sottoscrizione, e quindi dell'assunzione dell'impegno contrattuale. Tutto ciò soppesato, quest'ultima soluzione, più prudente, sembra anche quella più conforme alla *ratio* della disciplina di tutela, oltre che alla lettera della legge (che richiede la consegna della fideiussione, in ogni caso, "all'atto della stipula ... ovvero in un momento precedente").

Nessuna interferenza ha, invece, la mancata previsione di acconti e pagamenti anticipati sulla disciplina dell'assicurazione (che deve garantire dai vizi e difformità *ex art. 1669 c.c.* per dieci anni dall'ultimazione dei lavori, quando in realtà il prezzo sarà stato interamente pagato). *Neanche le prescrizioni in tema di contenuto del contratto* (art. 6) sono condizionate alla pattuizione di acconti, avendo la diversa finalità di conformare il contenuto degli obblighi del costruttore e delle pattuizioni contrattuali in genere con finalità di riequilibrio delle posizioni dei contraenti nel loro complesso. *Tanto meno lo sono le prescrizioni inerenti il frazionamento del mutuo e dell'ipoteca, o la cancellazione di ipoteche e pignoramenti* (artt. 7 e 8), la cui operatività anzi scatta prevalentemente al momento della stipula del contratto definitivo, quando non vi è più questione di acconti da pagarsi. *Idem* dicasi *per le norme in tema di prelazione* (art. 9), che certamente si applicano anche se l'acquirente non abbia pagato alcun acconto (purché abbia adibito l'immobile ad abitazione principale); e *per le norme in tema di limiti alla revocatoria fallimentare* (art. 10) e *di limiti alla scelta del curatore* tra scioglimento ed esecuzione del contratto (art. 11).

In conclusione, a parte le norme in tema di fideiussione, *le altre disposizioni a tutela dell'acquirente trovano applicazione a prescindere dal fatto che lo stesso abbia, o meno, effettuato pagamenti anticipati al costruttore, o si sia obbligato ad effettuarli.*

12. LE TIPOLOGIE NEGOZIALI. CRITERI GENERALI. I CONCETTI DI "SUCCESSIVO ACQUISTO" E DI "TRASFERIMENTO NON IMMEDIATO"

Con riferimento alle *tipologie negoziali*, attraverso le quali può attuarsi l'operazione economica oggetto di tutela, il legislatore adotta un criterio di tipo "funzionale" o "effettuale", in quanto le disposizioni di legge non identificano determinati "tipi contrattuali", ma piuttosto 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, del fabbricato da costruire. Può quindi affermarsi che oggetto di considerazione, da parte del legislatore, non è tanto il contratto quanto l'*operazione economica* nel suo complesso, intesa come la sequenza composita com-

prensiva del regolamento negoziale e dei vari comportamenti che ad esso si collegano in vista del risultato perseguito⁵⁴.

Non vi sono quindi limiti in ordine alla *causa negoziale*, cosicché *non assumono rilevanza, ai fini dell'applicazione della disciplina in commento, le problematiche* - che tuttora affaticano dottrina e giurisprudenza - *relative all'individuazione dei criteri distintivi tra fattispecie negoziali diverse*, caratterizzate dalla diversa importanza o prevalenza delle obbligazioni di dare o di fare, e quindi del lavoro o della fornitura e trasferimento della materia e/o del suolo (vendita di cosa futura e appalto; permuta tra cosa presente e cosa futura, e contratto atipico *do ut facias*, ecc.)⁵⁵.

⁵⁴ Sul concetto di operazione economica, cfr. GABRIELLI, *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 93 ss.; GABRIELLI, *Mercato, contratto e operazione economica*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 1044 ss. (ed *ivi*, p. 1048 ss., la constatazione che "l'operazione economica, quale categoria ordinante, diviene dunque, oltre che strumento di rappresentazione concettuale dell'unità dell'affare in regime di autonomia privata, anche strumento di protezione del contraente debole e, per suo tramite, di garanzia del corretto funzionamento di un mercato concorrenziale"; e che "talvolta la tutela della parte "debole", e, per suo tramite, come detto, del mercato, passa peraltro attraverso la considerazione unitaria di contratti fra loro tipologicamente diversi, con il preciso scopo di evitare che l'indicazione analitica di singoli tipi di contratto cui debba applicarsi la disciplina possa consentire fenomeni elusivi della legislazione protettiva". In questi casi, "il legislatore regola una figura che viene definita mediante una serie di indici ed elementi di natura oggettiva, che concorrono alla individuazione della prestazione che forma oggetto del contratto, di modo che, quando ricorrono tali requisiti, l'operazione - l'affare - viene disciplinata dalla specifica normativa prevista per quel tipo di operazione, a prescindere dal tipo legale al quale, di volta in volta, essa potrebbe essere ricondotta").

⁵⁵ Sui criteri distintivi tra vendita di cosa futura ed appalto, cfr., tra gli altri, FORCHINO, *Contratto di appalto e vendita di cosa futura: criteri distintivi*, in *Giur. it.*, 2001, p. 2240; MUCIO, *Vendita e appalto: criteri distintivi*, in *Contratti*, 2001, p. 55; RIGANÒ, *Criteri distintivi tra vendita ed appalto*, in *Riv. not.*, 1998, p. 252; MASTROPIETRO, *Differenza fra vendita di cosa futura ed appalto*, in *Nuova giur. civ.*, 1995, I, p. 1001; DE TILLA, *Sui criteri distintivi tra appalto, permuta e vendita*, in *Riv. giur. edil.*, 1996, I, p. 80; DI SABATO, *Sulla distinzione tra appalto e compravendita: qualificazione del contratto e disciplina applicabile*, in *Riv. dir. impresa*, 1993, p. 7; RUBINO-IUDICA, *Dell'appalto*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1992, p. 43 ss.; GIANNATTASIO, *L'appalto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, Milano 1967, p. 25 ss.; BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 39 ss.; RUBINO, *La compravendita*, Milano 1971, p. 208 ss.; GIORGIANNI, *Gli obblighi di fare del venditore*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, p. 1 ss.

In giurisprudenza, Cass. 21 maggio 2001 n. 6925, in *Giur. it.*, 2001, p. 2240; App. Roma 1 giugno 1999, in *Nuovo dir.*, 2000, p. 999; Cons. Stato 11 maggio 1999 n. 596, in *Urbanistica e appalti*, 2000, p. 876; Cons. Stato 2 aprile 1996 n. 375, in *Riv. giur. edil.*, 1996, I, p. 720; Cass. 8 settembre 1994 n. 7697, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, c. 1244; Cass. 29 aprile 1993 n. 5074, in *Foro it.*, Rep. 1993, voce *Vendita*, n. 48; Cons. Stato 19 dicembre 1989 n. 1838, in *Riv. trim. appalti*, 1990, p. 1065; Cass. 6 maggio 1988 n. 3375, in *Foro it.*, Rep. 1988, voce *Vendita*, n. 30; Cass. 28 febbraio 1987 n. 2161, in *Foro it.*, Rep. 1987, voce *Appalto*, n. 14; Cass. 23 luglio 1983 n. 5075, in *Foro it.*, Rep. 1983, voce *Appalto*, n. 14; Cass. 11 giugno 1983 n. 4020, in *Foro it.*, Rep. 1983, voce *Appalto*, n. 15; Cass. 30 giugno 1982 n. 3944, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 178; Cass. 29 marzo 1982 n. 1951, in *Foro it.*, Rep. 1982, voce *Contratto in genere*, n. 184.

Sulla distinzione tra permuta di cosa presente e cosa futura, e contratto innominato del genere *do ut facias* (contratto misto, con elementi della vendita e dell'appalto), PATTI, *Permuta di area edificabile con unità immobiliari da realizzare sulla stessa*, in *Riv. not.*, 2002, p. 943; DI FORTUNATO, *Brevi considerazioni in tema di permuta di cosa presente con cosa futura e di determinabilità dell'og-*

Rileva, invece, il profilo dell'*onerosità* dell'acquisto, o - per essere più precisi - della necessità di un *negozio di scambio tra costruttore ed acquirente*, in forza del quale l'acquirente medesimo sia tenuto alla *corrisponsione di un corrispettivo, in denaro o in natura*, a favore del costruttore. Lo si desume, oltre che dalla *ratio* complessiva del provvedimento in esame, da numerose disposizioni legislative, che ad un tale corrispettivo fanno espresso riferimento: le definizioni di acquirente (ove si fa cenno all'assunzione di obbligazioni) e di costruttore (in cui si menzionano la vendita e la promessa di vendita); gli artt. 2 e 3 del decreto, in tema di fideiussione (che tale corrispettivo presuppongono); l'art. 4 dello stesso decreto (che richiama i negozi di vendita e di assegnazione); l'art. 6, comma 1, lett. *f*) (specificamente dedicato al corrispettivo), e lett. *b*) (in cui si menziona la vendita); l'art. 8 (che fa riferimento al contratto di compravendita); l'art. 9 (l'istituto della prelazione, ivi disciplinato, presuppone l'onerosità dell'acquisto); l'art. 10 (a proposito della revocatoria degli "atti a titolo oneroso", prevede il requisito del "giusto prezzo"); l'art. 11 (che modifica l'art. 72 della legge fallimentare, a sua volta riguardante i trasferimenti onerosi). In definitiva, *al contratto di donazione non si applica alcuna delle disposizioni del decreto in commento*⁵⁶. Per converso, non sembra che la presenza di un *animus donandi* nel contesto di un nego-

getto, in *Riv. giur. sarda*, 2002, p. 384; DE CHIARA, *Permuta di bene presente con bene futuro*, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 1305; DE TILLA, *Sulla permuta di un bene esistente come un bene futuro*, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 240; ROCCA, *Permuta di terreno edificabile con costruendo appartamenti. Prassi contrattuale*, in *Diritti reali limitati - Argomenti di interesse notarile, Nuovi Quaderni di Vita Notarile*, 11, Palermo 1990; NOVARA, *Problemi di qualificazione del contratto di scambio tra porzione di terreno ed appartamento in edificio da costruire*, in *Riv. not.*, 1976, p. 1510. In giurisprudenza, Cass. 12 aprile 2001 n. 5494, in *Foro it.*, Rep. 2001, voce *Contratto in genere*, n. 250; Cass. 29 maggio 1998 n. 5322, in *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Contratto in genere*, n. 276; Cass. 21 novembre 1997 n. 11643, in *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Permuta*, n. 2; Cass. 5 agosto 1995 n. 8630, in *Riv. giur. edilizia*, 1996, I, p. 74; Cass. 27 aprile 1993 n. 4926, in *Foro it.*, 1994, I, c. 1884; Cass. 11 marzo 1993 n. 2952, in *Riv. giur. edil.*, 1993, I, p. 819; Cass. 24 gennaio 1992 n. 811, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 239; Cass. 20 luglio 1991 n. 8118, in *Foro it.*, 1992, I, c. 783; Cass. 12 giugno 1987 n. 5147, in *Foro it.*, Rep. 1987, voce *Contratto in genere*, n. 317; Cass. 19 marzo 1981 n. 1621, in *Rass. trib.*, 1981, II, p. 219.

Sulle varie tipologie negoziali di "prestituzione condominiale", cfr. COMPORTI, *Il condominio preconstituito ed i negozi di prestituzione condominiale*, in C.N.N.-LUISSI, *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive*, II - *Aspetti civilistici*, Milano 1986, p. 425; MARMOCCHI, *Prassi contrattuale e tutela degli interessi*, *ibidem*; BENACCHIO, *Condominio preconstituito*, in *Riv. not.*, 1983, p. 972, ed in *Riv. not.*, 1982, p. 1100; BENACCHIO, *Natura ed efficacia del patto "de ineundo condominio"*, in *Riv. not.*, 1976, p. 1499; BISACCHI, *Ancora sul tema del condominio preconstituito*, in *Riv. not.*, 1976, p. 1505; FALZONE-ALIBRANDI, *Condominio preconstituito*, in *Dizionario Enciclopedico del Notariato*, I, Roma 1973, p. 618; SALIS, *Acquisto di appartamenti in edificio da costruire*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, p. 34 ss.

⁵⁶ COSTOLA, *Verso nuove forme di tutela degli acquirenti di immobili da costruire: la legge delega 2 agosto 2004, n. 210 (prima parte)*, cit., p. 1497.

zio con causa anche onerosa (ad esempio, *negotium mixtum cum donatione*) possa precludere l'applicazione delle tutele in esame.

Nessun limite sussiste neanche sotto il *profilo strutturale*: sia i *contratti* che i *negozi giuridici unilaterali* rientrano nell'ambito di applicazione del decreto, come chiaramente si desume dall'art. 2 del decreto, in tema di fideiussione, che qualifica come equipollente al contratto traslativo anche ogni altro "*atto avente le medesime finalità*".

Sotto il *profilo effettuale*, l'art. 1, lett. *a*), del decreto legislativo contempla "l'acquisto o il *trasferimento non immediato*"; l'art. 1, lett. *b*), specularmente prende in considerazione "la cessione o il trasferimento non immediato". L'art. 2 del decreto legislativo fa riferimento al "*trasferimento non immediato*" della proprietà o di altro diritto reale di godimento (stessa formula è utilizzata dall'art. 5 del decreto, nonché nelle definizioni di costruttore e di acquirente). Il termine "trasferimento" è poi utilizzato di nuovo nell'art. 2 (a proposito del momento prima del quale le somme da garantire con fideiussione devono essere pagate); nell'art. 3, comma 7 (riguardo al termine finale della fideiussione).

Viceversa, fanno riferimento al concetto di "*acquisto*" il primo periodo dell'art. 6, comma 1, del decreto (che parla di "successivo acquisto"); e la definizione di acquirente, *ex art.* 2, lett. *a*), della legge delega, ed *ex art.* 1, lett. *a*), del decreto delegato ("l'acquisto o comunque il trasferimento non immediato"). L'art. 3, comma 1, lett. *a*), della legge delega, parla di "contratto diretto all'acquisto o al trasferimento".

D'altra parte, l'art. 2 del decreto, in tema di fideiussione, qualifica come equipollente al contratto traslativo anche ogni altro "*atto avente le medesime finalità*".

Da un lato, quindi, vi sono disposizioni, quali quelle che fanno riferimento al concetto di trasferimento, o al contratto di compravendita, che sembrano presupporre necessariamente una vicenda effettuale di tipo traslativo, o costitutivo (e quindi un acquisto derivativo, o derivativo-costitutivo in senso tecnico del diritto di proprietà o altro diritto reale). Dall'altro, diverse disposizioni utilizzano espressioni ("*atto avente le medesime finalità*"; "*acquisto*" anche in alternativa a "*trasferimento*"; "*abbia o possa avere per effetto*"), che rivelano *l'intenzione del legislatore di astrarre dal puro "effetto traslativo o costitutivo", e quindi esclusivamente "derivativo", o "derivativo-costitutivo", per ricomprendere ogni fattispecie idonea a determinare l'"acquisto", in capo al soggetto tutelato, del diritto reale sul fabbricato da costruire*, sia pure nel contesto - come sopra precisato di una complessiva "*operazione di scambio*". Riferendosi quindi potenzialmente pure a fattispecie di *acquisti a titolo originario*, se ricorrono gli

altri elementi divisati dalle norme in esame; si vedrà più in dettaglio, nel prosieguo, come tale fattispecie possa in concreto realizzarsi.

Una precisazione, comunque, appare importante. Il legislatore, come si è visto, parla di “*trasferimento non immediato*” della proprietà o altro diritto reale. Il che induce a ritenere che, ogni qualvolta le parti pongano in essere un *negozio produttivo in via immediata di effetti reali*, le norme in oggetto non trovino applicazione⁵⁷.

Vi è poi da evidenziare un'ulteriore caratteristica della disciplina in esame. L'esistenza di “definizioni” di apparente portata generale, contenute nell'art. 1 del decreto legislativo, potrebbe indurre a ritenere che i concetti di “acquisto”, “trasferimento non immediato” e simili si prestino ad identificare - in via generalizzata, per l'appunto - i presupposti di applicazione della nuova disciplina. Una lettura attenta sia alla lettera delle singole disposizioni normative, sia ai relativi risvolti sistematici, conduce peraltro inevitabilmente a *conclusioni più articolate, che tengono conto della diversa ratio delle singole previsioni del decreto*, ma che comunque traggono fondamento anche dalla lettera di tali disposizioni. Non a caso, mentre l'art. 2 del decreto delegato parla di “trasferimento non immediato”, l'art. 6 dello stesso decreto menziona, al comma 1, il “successivo acquisto”. I termini “trasferimento” ed “acquisto” non sono, evidentemente, sinonimi, solo il primo di essi implicando una vicenda traslativa e quindi un acquisto di tipo derivativo. Una riflessione di ordine sistematico contribuisce a chiarire il motivo di tale diversa formulazione.

Da un lato l'art. 2 del decreto, in tema di *fideiussione*, ha la precipua finalità di tutelare l'acquirente dal *rischio di perdere, senza contropartita, le somme anticipate al costruttore* (“interesse negativo”); rischio che sussiste solo fino al momento del trasferimento della proprietà. La norma quindi *non svolge alcuna funzione in relazione alle fattispecie negoziali caratterizzate da un “trasferimento immediato” della proprietà all'acquirente*. Questo perché *i “rischi tipici” dell'acquisto non immediato della proprietà* - che l'art. 2 del decreto in commento vuole evitare, almeno in parte, all'acquirente - *sono tutti strettamente connessi al permanere della proprietà dell'immobile in capo al costruttore*: solo in caso di mancato acquisto della proprietà l'acquirente rischia, in caso di dissesto dell'impresa costruttrice, di perdere le somme già pagate, senza averne come contropartita l'acquisto dell'immobile, fosse solo in corso di costruzione. Si trat-

⁵⁷ RIZZI, *L'immobile “da costruire” nella bozza di decreto legislativo di attuazione della legge delega 210/2004*, in *CNN Notizie*, 3 maggio 2005; BERNARDI FABBRANI, *Il trasferimento di immobili da costruire*, in *Atti del convegno Paradigma*, Milano 15 aprile 2005.

ta, come si vedrà, dello stesso motivo per cui il semplice contratto di appalto - quando il terreno è di proprietà dell'“acquirente” - non rientra nella disciplina degli artt. 2 e 3 del decreto. Si può sintetizzare quanto sopra affermando che, *allorché la proprietà del terreno sia e rimanga dell'acquirente, e l'acquisto della proprietà del fabbricato debba avvenire unicamente per accessione, non si applicano le disposizioni relative alla fideiussione.*

D'altro lato, esistono disposizioni, tra le quali alcune tra quelle contenute nell'art. 6 del decreto delegato, che si pongono un diverso obiettivo: quello di *assicurare all'acquirente il conseguimento dell'utilità programmata con l'operazione contrattuale* (“interesse positivo”, e quindi acquisto del “fabbricato ultimato ed agibile”), mediante un'opportuna stesura delle regole contrattuali che individuino in dettaglio gli obblighi del costruttore, lo stato di fatto e di diritto dell'immobile ed il contenuto contrattuale in genere. Rispetto a tali previsioni di contenuto (quelle, ad esempio, che riguardano le caratteristiche costruttive, i termini di costruzione, l'allegazione di capitolato, progetti, l'indicazione delle imprese appaltatrici), deve quindi ritenersi che la tutela ivi prevista sia *riferibile anche a quelle tipologie negoziali non aventi efficacia traslativa*, e che possono determinare l'acquisto del fabbricato, in capo all'acquirente, anche a titolo originario (si pensi al contratto di appalto, da eseguirsi su suolo già di proprietà dell'acquirente). In definitiva, *le suddette prescrizioni dell'art. 6 - con ovvia esclusione di quelle riguardanti la fideiussione, di quelle attinenti alle formalità pregiudizievoli e di quelle finalizzate alla trascrizione del contratto - trovano plausibilmente applicazione anche ai negozi privi di efficacia traslativa.*

Alla luce di tali riflessioni, può dubitarsi circa l'applicazione dell'art. 6 del decreto al *contratto con effetti traslativi immediati*, che abbia ad oggetto il *trasferimento della proprietà “al rustico”, con obbligo di completamento a carico del costruttore*. Se non appare dubbio, per ciò che si è detto sopra, circa l'inapplicabilità a tale contratto delle norme in tema di fideiussione, qualche dubbio sorge in relazione all'art. 6 (norma che non richiama il “trasferimento, ma il “successivo acquisto”, e si presta come già visto a ricomprendere nel suo ambito anche gli acquisti a titolo originario, per accessione, delle opere da eseguirsi ad opera del costruttore successivamente alla stipula). In questa direzione, potrebbe farsi leva sulla *ratio* di buona parte delle norme contenute nell'art. 6, che non sembra dipendere dall'esistenza o meno di una vicenda traslativa “immediata”, ma piuttosto dal fatto che - al momento della conclusione del contratto, preliminare o definitivo che sia - residuino delle obbligazioni da adem-

piersi da parte del costruttore; per non parlare di indicazioni, come quelle relative al prezzo o all'esistenza di vincoli urbanistici o formalità pregiudizievoli, il cui fondamento è ancora più eccentrico, e non ha alcun collegamento con l'immediatezza o meno dell'acquisto della proprietà. Ove si optasse per questa più estensiva lettura, il contratto di compravendita di immobili "al rustico" dovrebbe essere assoggettato alle prescrizioni dell'art. 6 del decreto legislativo, salvo ciò che riguarda la menzione della fideiussione. In senso contrario, però, si potrebbe rilevare che il riferimento normativo al "successivo acquisto di un immobile da costruire" non è talmente univoco da fondare con certezza la soluzione più estensiva. Si potrebbe inoltre ritenere che il legislatore abbia individuato una "fattispecie tipica" meritevole di tutela, che è quella dell'acquisto di fabbricato in corso di costruzione con trasferimento differito della proprietà, ed abbia quindi considerato "contraente debole" l'acquirente solo nella ricorrenza di tutti i presupposti per l'applicazione del decreto legislativo, nessuno escluso. Diversamente opinando, dovrebbe coerentemente giungersi ad affermare che almeno alcune delle disposizioni dell'art. 6 (quali, ad esempio, quelle relative all'indicazione in contratto di vincoli urbanistici e formalità pregiudizievoli; quelle relative alla necessaria determinazione (non determinabilità) del prezzo complessivo) debbano essere applicate anche ai contratti relativi ad immobili già costruiti: conclusione, questa, palesemente in contrasto con la portata letterale e con l'ambito di applicazione del provvedimento in esame. D'altra parte, l'estensione analogica della suddescritta disciplina ai contratti con effetto traslativo immediato si scontrerebbe con la probabile eccezionalità della disciplina di tutela, a maggior ragione se si ritiene che la conseguenza della violazione dell'art. 6 sia da rinvenirsi nella nullità relativa del contratto. Pertanto, pur residuando *notevoli margini di dubbio*, sembra che la soluzione maggiormente conforme alla lettera della legge debba essere nel segno della *probabile inapplicabilità della disciplina dell'art. 6 ai contratti definitivi con effetto traslativo immediato, anche laddove residuino, a seguito della stipula, obbligazioni del venditore per l'ultimazione dei lavori di costruzione*.

Altrettanto incerta appare l'interpretazione dell'art. 4 del decreto, che obbliga il costruttore a consegnare all'acquirente, al momento della stipula del contratto, una *polizza assicurativa* a garanzia degli obblighi risarcitori conseguenti a vizi e difformità *ex art. 1669 c.c.* Per un verso, infatti, la norma richiama le nozioni di costruttore e di acquirente, che a loro volta, in base all'art. 1 del decreto stesso, implicano una vicenda di tipo traslativo; lo stesso art. 4 richiama, quali tipologie negoziali, il contratto di compravendita e l'atto di assegnazione, entrambi atti con effetti traslativi. Per

altro verso, la *ratio* della disposizione sembra sussistere anche riguardo ad altre fattispecie negoziali - come *l'appalto da eseguirsi su suolo di proprietà del committente* - che di tale efficacia traslativa sono prive. Occorre poi rilevare che la polizza assicurativa ha - per testuale disposizione dell'art. 4 - effetto "dalla data di ultimazione dei lavori", e nessuna rilevanza sembrerebbe assumere quindi il fatto che l'efficacia traslativa del contratto sia, o meno, differita. Si potrebbe quindi immaginare che l'identità di *ratio* legittimi un'estensione analogica della disposizione, al fine di ricomprendere nel relativo ambito di applicazione anche tipologie negoziali (come l'appalto, o il contratto traslativo con effetti immediati, o relativo ad immobili già costruiti) che non rientrano peraltro espressamente nell'ambito di applicazione del decreto legislativo. Su tale possibilità di estensione analogica della disciplina in commento - che presuppone peraltro l'esistenza di una *lacuna legis* in senso tecnico e di una *eadem ratio*, oltre alla non eccezionalità della norma della cui applicazione si tratta - occorrerà verificare il concreto atteggiamento della giurisprudenza.

13. (SEGUE): IL COLLEGAMENTO NEGOZIALE

Anche sotto un diverso profilo deve essere scartata l'interpretazione restrittiva del dettato legislativo: non solo la "fattispecie negoziale semplice", costituita da un unico contratto o atto, ma anche la "fattispecie negoziale complessa", composta da più atti, teleologicamente diretti alla "finalità" indicata dal legislatore, deve ritenersi contemplata dalle disposizioni in commento.

Lo rivela, senza possibilità di dubbio, sia la menzione - contenuta nell'art. 2, comma 1, del decreto - di ogni "*atto avente le medesime finalità*"; sia il riferimento - nell'ambito delle definizioni di costruttore ed acquirente - ad "*ogni altro contratto ... che abbia o possa avere per effetto l'acquisto o comunque il trasferimento non immediato*". È stato incisivamente rilevato che nel decreto in commento "il contratto tra le parti è descritto in modo elastico, secondo la tecnica del "gruppo di contratti" o della "fattispecie economica", al fine di evitare una elusione della normativa (dunque imperativa) giocata su artefatte distinzioni tra tipi"⁵⁸. Si ripropone quindi il modello della "*operazione economica*", in più occasioni presa in considerazione dal legislatore nella sua configurazione unitaria. In alcuni settori della contrattazione, è addirittura legislativamente sancito un "di-

⁵⁸ DE NOVA, *La garanzia fideiussoria del costruttore all'acquirente per la restituzione*, in *Atti del convegno Paradigma*, Milano 14 aprile 2005.

vieto, in funzione protettiva degli interessi dei contraenti deboli (e, in definitiva, del mercato), di frazionare la naturale unità dell'operazione economica, voluta e disciplinata dal legislatore in determinate fattispecie, la quale in tal senso opera anche come limite all'autonomia privata, nella misura in cui il legislatore sanziona con apposita disciplina la voluta "rottura" dell'originaria unità formale dell'operazione economica"⁵⁹. In altri casi, come quello in esame, non si arriva a tanto, perché il medesimo risultato protettivo può essere conseguito anche in presenza di frazionamento della fattispecie in più contratti collegati; ciò in quanto *la complessiva operazione negoziale, ancorché frazionata in più contratti, si presta per sua natura ad essere assoggettata alla disciplina di tutela come se fosse un unico contratto*.

Se, quindi, si considera l'impostazione "sostanzialistica" e "funzionale" della previsione normativa, non estranea del resto anche alla sistematica codicistica - basti pensare all'istituto del contratto in frode alla legge⁶⁰ - deve necessariamente farsi ricorso ad un'interpretazione estensiva⁶¹ delle disposizioni sopra richiamate, tali da ricomprendere nella tutela 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 "complessivamente" oneroso, della proprietà (o di*

⁵⁹ GABRIELLI, *Mercato, contratto e operazione economica*, cit., p. 1057 (ove si richiama la disciplina dell'art. 144, comma 4, del D. Lgs. n. 385/1993); DE NOVA, *Frazionamento e aggregazione nei contratti alla luce del diritto comunitario*, in *Contratti*, 1995, p. 106.

⁶⁰ 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.

⁶¹ 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 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.

*un diritto reale di godimento) su un fabbricato, o porzione di fabbricato, da costruire*⁶².

Se quindi, ad esempio, *i contraenti frazionano l'operazione economica in due distinti contratti* (compravendita del terreno, o del fabbricato "al rustico", ed appalto per la costruzione o l'ultimazione dell'opera), e tuttavia l'operazione mantiene - alla luce della volontà delle parti e dell'interesse unitario all'affare, da valutarsi con i normali criteri interpretativi del contratto - una sua *unitarietà, entrambi i contratti di vendita ed appalto saranno assoggettati alla disciplina protettiva* in commento. Non così, ovviamente, nel caso in cui il *frazionamento dell'operazione* non nasconda alcun intento elusivo, ma sia al contrario espressione di *interessi meritevoli di tutela* (si pensi al caso in cui l'acquirente abbia interesse a riservarsi, in un momento successivo, l'individuazione dell'appaltatore per l'esecuzione dei lavori, e scelga quindi a distanza di tempo il medesimo costruttore, magari per il compimento di una parte soltanto delle opere residue, all'esito di una trattativa con più imprenditori e di una nuova valutazione del proprio interesse)⁶³.

14. (SEGUE): IL CONTRATTO PRELIMINARE E GLI ALTRI CONTRATTI PREPARATORI

Il contratto preliminare rappresenta sicuramente lo strumento di più frequente utilizzo nelle operazioni economiche aventi ad oggetto immobili da costruire; come tale, lo stesso è espressamente contemplato - direttamente o mediante il riferimento alle persone del promittente venditore o del promissario acquirente - in numerose disposizioni della legge delega e del decreto delegato.

Disposizioni che non presuppongono necessariamente l'avvenuta trascrizione del contratto preliminare, e quindi la sua stipula nella forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata. La disciplina in esame, quindi, interseca - senza modificarla - quella della trascrizione del prelimi-

⁶² COSTOLA, *Verso nuove forme di tutela degli acquirenti di immobili da costruire: la legge delega 2 agosto 2004, n. 210 (seconda parte)*, in *Studium iuris*, 2005, p. 34 ("nella legge delega è chiaro l'intento di apprestare una disciplina unitaria, destinata a trovare applicazione a prescindere dallo schema contrattuale, volta per volta utilizzato dalle parti per far conseguire all'acquirente la proprietà di un immobile in costruzione").

⁶³ Correttamente, in tal senso, BARALIS, *Considerazioni sparse sulla bozza di decreto delegato conseguente alla L.210/2004; spunti e interrogativi in tema di: permuta di bene presente con bene futuro, elusione, garanzia fideiussoria, riflessi sulla trascrizione di vendita di bene futuro*, in corso di pubblicazione in *Riv. not.*, 2005.

nare, dettata dall'art. 2645-*bis* c.c. (nonché dall'art. 2775-*bis*, e dall'art. 2825-*bis* c.c.); disposizioni, queste, espressamente fatte salve dall'art. 3, comma 1, lett. *a*), della legge n. 210/2004. Tale previsione di “salvezza”, anzi, inibisce al legislatore delegato una modifica delle previsioni codicistiche sopra richiamate, al fine di rendere obbligatoria la trascrizione del preliminare: modifica, questa, che sarebbe stata certamente auspicabile, nell'ottica di una “equa ed adeguata tutela” dei diritti del promissario acquirente, come già sopra argomentato.

Nell'ambito della fattispecie “contratto preliminare” devono includersi anche le tipologie negoziali, diffuse nella prassi, idonee a determinare una vicenda effettuale nei termini precisati: quindi anche le c.d. *proposte di acquisto*, pur se *unilaterali*, ed i *preliminari di preliminari* (nella misura in cui se ne ammetta la validità⁶⁴). Questa soluzione appare invero l'unica possibile, sia perché conforme alla lettera della legge, sia nell'ottica di una “argomentazione orientata alle conseguenze”: non può, infatti, non tenersi 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 disciplina⁶⁵. Ovviamente, ciò ha anche conseguenze che possono ritenersi negative, in quanto preclude la “conclusione dell'affare” in assenza dei suddetti elementi. Probabilmente la prassi delle c.d. proposte di acquisto è destinata a venir meno in relazione alle fattispecie oggetto di tutela, quantomeno nel caso in cui contestualmente alla proposta si preveda il versamento di acconti o caparre, o la previsione di ulteriori acconti anticipati rispetto al momento dell'acquisto della proprietà; mentre invece, *nel caso in cui la proposta di acquisto*

⁶⁴ 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 preliminari*, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, c. 539; CARBONE, *Contratto preliminare di preliminari: un contratto inutile?*, in *Dir. e giur.*, 1995, p. 464; GIAMMARRIA, *Opzione di preliminari o preliminari di preliminari? 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.

⁶⁵ Per la ricomprensione delle proposte di acquisto nell'ambito di applicazione della disciplina in commento, PETRELLI, *La nuova disciplina a tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, cit., p. 10; CASARANO, *La garanzia fideiussoria*, *ibidem*, p. 8.

si limiti a fissare il prezzo senza prevedere pagamenti anticipati, la fideiussione non sarà richiesta.

Nulla quaestio nel caso in cui il contratto preliminare (ivi inclusa la “proposta di acquisto”) obblighi anche il costruttore. Dubbi potrebbero sorgere, invece, in ordine all’applicabilità della normativa in oggetto rispetto a quelle *fattispecie in cui unico soggetto obbligato è l’acquirente*. Si pensi, per esemplificare, alla *proposta di acquisto unilaterale, da lui solo sottoscritta* (fattispecie estremamente frequente nella prassi immobiliare); o al *contratto di opzione che vincoli unicamente 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 ed irragionevole nell’ottica della equa tutela 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 depone, del resto, anche la lettera dell’art. 2, comma 1, lett. *b*) della legge delega, e dell’art. 1, lett. *b*), del decreto, 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*. L’art. 2, comma 1, del decreto legislativo menziona poi anche l’eventuale “atto avente le medesime finalità”, così da ricomprendere nell’ambito di applicazione del decreto non solo i contratti, ma *anche gli atti ed impegni unilaterali*⁶⁶. Qualunque atto, 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 o atto preparatorio con il quale il costruttore non assume alcuna obbligazione*.

A proposito della nozione di “*contratto preparatorio*”, in esso rientrano, come è noto, fattispecie di diversa natura ed efficacia, il cui unico comun denominatore è costituito dalla funzione prodromica alla conclusio-

⁶⁶ CASARANO, *La garanzia fideiussoria*, in *Atti del convegno Paradigma*, Milano 14 aprile 2005, p. 9; PETRELLI, *La nuova disciplina a tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, cit.

ne del contratto definitivo. Perché il contratto preparatorio possa rientrare nell'ambito di applicazione della disciplina in oggetto appare necessario che da esso scaturisca un vero e proprio *obbligo, o comunque vincolo per l'acquirente*: ciò si desume, oltre che dalla *ratio* della disciplina, dalla lettera della legge (di "*assunzione di obbligazioni*" per la verità si parla - nell'ambito della definizione di "acquirente" - solo a proposito dell'assegnazione o acquisto da cooperativa edilizia; ma evidentemente la norma è espressione di un principio più generale). Il che significa che sono *esclusi* dall'ambito di applicazione della disciplina in esame il *contratto preliminare unilaterale ex latere venditoris*, ed il *contratto di opzione* che vincoli unicamente il costruttore. Senza dubbio escluso è poi il *patto di prelazione*, che in quanto tale non è idoneo a generare alcun obbligo di concludere il contratto definitivo.

Nella misura in cui il contratto preliminare debba essere trascritto, trovano applicazione le specifiche disposizioni dettate dall'art. 2645-*bis* c.c., ed in particolare le previsioni - relative alla promessa di immobili da costruire - contenute nei commi 4, 5 e 6. Il contratto deve quindi indicare, ai fini della trascrizione, la superficie utile della porzione di edificio e la quota millesimale spettante al promissario acquirente. Non appena l'edificio viene ad esistenza, gli effetti della trascrizione si producono rispetto alle porzioni materiali corrispondenti alle suddette quote millesimali ed alle relative parti comune, con una tolleranza nei limiti di un ventesimo. A tal fine, per la venuta ad esistenza dell'edificio si fa riferimento al momento in cui l'edificio è stato eseguito al rustico, comprensivo delle mura perimetrali delle singole unità e della copertura: nozione di "esistenza", questa, diversa come si è visto da quella di "ultimazione" o "agibilità", richiamata dal decreto legislativo in esame.

15. (SEGUE): LA VENDITA DI COSA FUTURA

Tra le fattispecie contrattuali "definitive", diverse quindi dai contratti preliminari o preparatori, un posto di rilievo spetta alla *vendita di cosa futura, o vendita di fabbricato da costruire*⁶⁷: negozio giuridico caratte-

⁶⁷ Sulla vendita di fabbricato da costruire come vendita di cosa futura, cfr. PETRELLI, *La condizione "elemento essenziale" del negozio giuridico*, Milano, 2000, p. 364 ss., e 484; RIZZIERI, *Vendita di cosa futura*, in *La vendita obbligatoria*, Milano 2000, p. 123 ss.; PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri. I - La compravendita di cosa futura*, Napoli 1962; FURGIUELE, *Vendita di cosa futura e aspetti di teoria del contratto*, Milano 1974; LIPARI, *Note in tema di compravendita di cosa futura*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, p. 827; PULEO, *Inammissibilità della vendita giudiziale di cose future*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1951, p. 33; SANTARCANGELO, *Riflessioni sul negozio ad effetti reali differiti*, in

rizzato da un effetto reale differito alla venuta ad esistenza del fabbricato (art. 1472 c.c.)⁶⁸, mentre sorge immediatamente l'obbligazione del compratore di pagamento del prezzo, salva diversa pattuizione contrattuale⁶⁹. Dal lato del venditore, l'obbligazione di far acquistare la proprietà della cosa futura (art. 1476, n. 2, c.c.) comprende, quale componente accessoria e tuttavia fondamentale, l'obbligazione di costruire, o far costruire, il fabbricato oggetto di vendita⁷⁰.

Nessun dubbio, quindi, che si rientri pienamente nell'ambito di applicazione del decreto legislativo in commento. Le cui disposizioni trovano applicazione, senza che vi siano particolari problemi da segnalare, salvo che per quanto concerne la *determinazione del momento in cui il fabbricato deve considerarsi "venuto ad esistenza"*, ai fini dell'esatta individuazione del momento in cui si produce l'effetto traslativo. Si è già visto che, sul punto, l'orientamento della giurisprudenza conduce a conclusioni parzialmente divergenti rispetto alla disciplina dettata dall'art. 2645-bis, comma 6, c.c.⁷¹. La quale ultima, a sua volta, non è utilizzabile al fine di definire le nozioni di "ultimazione" e "agibilità" del fabbricato, all'esito delle quali soltanto cessano gli effetti della garanzia fideiussoria. La conseguenza è che, *una volta "venuto ad esistenza" il fabbricato, ancorché non agibile, si verifica l'effetto traslativo della proprietà, e cessa l'effetto della garanzia fideiussoria.*

Al fine di evitare i problemi che possono nascere dal *difettoso coordinamento delle due nozioni di "esistenza" e "completamento" dell'edificio*, appare quindi opportuno che nel contratto di compravendita di cosa futura si stabilisca - in deroga all'art. 1472 c.c. - che il fabbricato si intende

Riv. not., 1979, p. 1600; GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, Milano, 1957; FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, p. 309 ss.

⁶⁸ Cass. 18 maggio 2001 n. 6851, in *Foro it.*, Rep. 2001, voce *Vendita*, n. 39; Cass. 10 marzo 1997 n. 2126, in *Corr. giur.*, 1997, p. 1092.

⁶⁹ Cass. 24 gennaio 1980 n. 593, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, c. 268.

⁷⁰ La vendita di cosa futura è una vera e propria vendita obbligatoria, nella quale, fino al momento della venuta ad esistenza della cosa futura, sono sospesi sia l'effetto traslativo, sia taluni effetti tipici obbligatori (ad esempio, l'obbligo di consegna), mentre, viceversa, sorgono immediatamente le altre obbligazioni, tra le quali l'obbligo del venditore di fare acquistare la proprietà della cosa al compratore (art. 1476 n. 2 c.c.). Questa tesi trova la sua più compiuta formulazione in GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, Milano 1957, *passim*, il quale, aderendo alla teoria dei coelementi necessari di efficacia di Falzea, evidenzia che la sospensione dell'effetto traslativo e di alcuni effetti obbligatori è dovuta all'inesistenza di una *fonte di qualificazione oggettiva dell'effetto*, per l'appunto la venuta ad esistenza del bene futuro. La teoria dei coelementi necessari di efficacia si salda così perfettamente nell'ambito della configurazione del negozio come vendita obbligatoria. Cfr. anche, tra gli altri, LIPARI, *Note in tema di compravendita di cosa futura*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, p. 852 ss.

⁷¹ Cfr. il Capitolo II, paragrafo 5.

venuto ad esistenza solo nel momento in cui lo stesso versa in stadio tale da consentire il rilascio del certificato di agibilità. Meglio ancora se il contratto viene sottoposto alla *condizione sospensiva dell'accertamento* - ad opera di un tecnico a tal fine idoneo - *dell'agibilità del fabbricato ultimato*⁷²; accertamento da operarsi preferibilmente nella forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata, al fine di consentire la formazione di un titolo che, oltre ad essere munito di data certa, abbia i requisiti necessari ai fini della pubblicità immobiliare e della voltura catastale del fabbricato ultimato a favore dell'acquirente.

È poi da tenere in considerazione un'ulteriore circostanza. *Secondo l'orientamento della più recente giurisprudenza, la trascrizione della vendita di cosa futura, pur immediatamente eseguibile, non produrrebbe effetti immediati*, ma presupporrebbe la venuta ad esistenza della cosa venduta: con la conseguenza che l'acquirente soccomberebbe rispetto a chi abbia acquistato diritti sul suolo anteriormente al prodursi dell'effetto traslativo⁷³. Si tratta di *tesi non pacifica*⁷⁴, e *sicuramente contestabile*: la vendita di bene futuro dà infatti origine, immediatamente, ad una situazione definibile come "aspettativa reale" a favore dell'acquirente⁷⁵, in nulla diversa da quella che sorge in capo all'acquirente sotto condizione sospensiva, e quindi tutelata nei confronti dei terzi per effetto degli artt. 1357 e 2659, ultimo comma, c.c.⁷⁶. Ove, peraltro, si seguisse la tesi della giurisprudenza recente, sorgerebbe il problema della *cessazione dell'effi-*

⁷² Per tale tipo di condizione sospensiva, cfr. PETRELLI, *La condizione "elemento essenziale" del negozio giuridico*, Milano 2000, p. 472 ss.

⁷³ Cass. 10 marzo 1997 n. 2126, in *Riv. not.*, 1997, p. 841; Trib. Ivrea 9 giugno 2003, in *Giur. it.*, 2004, p. 1650, con nota di ANDORNO, *Iscrizione d'ipoteca su edificio da costruire e sua prevalenza sulla trascrizione della permuta con bene futuro*.

⁷⁴ *Contra*, Cass. 10 luglio 1986 n. 4497, in *Riv. not.*, 1987, p. 1216.

⁷⁵ PETRELLI, *La condizione "elemento essenziale" del negozio giuridico*, cit., p. 368; SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 342.

⁷⁶ PETRELLI, *La condizione "elemento essenziale" del negozio giuridico*, cit., p. 372; BARALIS, *Considerazioni sparse sulla bozza di decreto delegato conseguente alla L.210/2004; spunti e interrogativi in tema di: permuta di bene presente con bene futuro, elusione, garanzia fideiussoria, riflessi sulla trascrizione di vendita di bene futuro*, in corso di pubblicazione in *Riv. not.*, 2005.

Per l'efficacia immediata della trascrizione della vendita di cosa futura, cfr. anche RIZZIERI, *La vendita obbligatoria*, cit., p. 146 ss., il quale evidenzia da un lato che la vendita di cosa futura costituisce titolo idoneo all'acquisto del bene futuro (senza che vi sia necessità di un nuovo consenso delle parti); dall'altro che l'espressa previsione legislativa dell'efficacia immediata della trascrizione del preliminare avente ad oggetto un fabbricato da costruire (art. 2645-bis c.c.) ha mutato il quadro normativo già preso in considerazione dalla giurisprudenza, con la conseguenza che "alla vendita di cosa futura non potrà quindi riservarsi un trattamento deteriore - con riguardo agli effetti della sua trascrizione - rispetto al preliminare di compravendita di immobile futuro".

cacia della fideiussione al momento in cui il bene è venuto ad esistenza, posto che tale ultima circostanza non sarebbe idonea a far conseguire all'acquirente un diritto di proprietà "pieno ed esclusivo", quindi opponibile a chiunque.

Nessuna incidenza determina la disciplina protettiva in commento sulla legittimità del negozio aleatorio conosciuto come *emptio spei*, con il quale le parti convengono l'addossamento all'acquirente del rischio che il fabbricato da costruire non venga ad esistenza, per cause di forza maggiore o comunque per eventi estranei alla sfera giuridica del venditore ed allo stesso non imputabili⁷⁷; e quindi l'obbligo di pagamento del prezzo anche se il suddetto fabbricato non venga ad esistenza per le suddette cause.

16. (SEGUE): LE ALTRE VENDITE OBBLIGATORIE

Il presupposto del "*trasferimento non immediato*" della proprietà ac-comuna alla fattispecie già analizzata della vendita di cosa futura altre tipologie negoziali, generalmente etichettate come "vendite obbligatorie"⁷⁸, la cui caratteristica è data dal *differimento dell'effetto traslativo* rispetto al momento in cui il contratto viene perfezionato. Rientrano, in tale categoria, tra l'altro, la *vendita di cosa altrui*⁷⁹; la *vendita alternativa*⁸⁰; la *vendita generica*⁸¹; la *vendita a prova*⁸²; la *vendita sottoposta a termine iniziale di efficacia*⁸³. In ciascuno di questi casi, l'effetto traslativo si produce nel momento in cui interviene un evento ulteriore rispetto al contratto (rappresentato, rispettivamente, dall'acquisto della proprietà in capo al venditore nella vendita di cosa altrui; dalla scelta nella vendita alternativa; dall'individuazione nella vendita generica; dall'esito positivo della prova,

⁷⁷ Cass. 4 gennaio 1993 n. 10, in *Foro it.*, Rep. 1993, voce *Contratto in genere*, n. 436; Cass. 15 giugno 1988 n. 4094, in *Foro it.*, Rep. 1988, voce *Vendita*, n. 31.

⁷⁸ Sulla configurazione dogmatica della vendita obbligatoria, cfr. per tutti GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, Milano, 1957; PETRELLI, *La condizione "elemento essenziale" del negozio giuridico*, cit., p. 357 ss.

⁷⁹ Sulla vendita di cosa altrui, cfr. RIZZIERI, *La vendita obbligatoria*, cit., p. 269 ss.

⁸⁰ RIZZIERI, *La vendita obbligatoria*, cit., p. 623 ss.

⁸¹ RIZZIERI, *La vendita obbligatoria*, cit., p. 489 ss.

⁸² BOCCHINI, *Vendita con riserva di gradimento, vendita a prova e vendita su campione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Torino 2000, p. 694; BOCCHINI, *La vendita di cose mobili*, Milano 1994, p. 249.

⁸³ RUSSO, *Il termine del negozio giuridico*, Milano 1973, p. 125 ss.; ID., *Termine (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXI, Roma 1994.

nella vendita a prova; dalla scadenza del termine, nell'ultimo caso sopra elencato); fermo restando che *la fonte dell'effetto traslativo è pur sempre il contratto ad effetti reali differiti, e che quindi non è richiesta una nuova prestazione del consenso*, ad opera delle parti, *affinché l'effetto reale si produca*.

È evidente che le suddette vendite obbligatorie rientreranno nell'ambito di applicazione della disciplina in commento nella misura in cui abbiano ad oggetto un *immobile da costruire*, e siano stipulate tra un soggetto costruttore ed un acquirente persona fisica: ove manchi uno di tali presupposti, la disciplina speciale non troverà ovviamente applicazione.

Occorre, piuttosto, evidenziare che - *trattandosi di vendita da immobile da costruire - la stessa si atteggerà in ogni caso anche come vendita di cosa futura*; e che quindi l'effetto traslativo presupporrà, oltre alla venuta ad esistenza del fabbricato, anche l'ulteriore fatto o atto sopra indicato in relazione alle singole tipologie di vendita obbligatoria⁸⁴.

Così, nella vendita di appartamento da costruire da individuarsi, nell'ambito di un fabbricato condominiale, successivamente alla costruzione (*vendita di cosa generica*), la proprietà sarà trasferita a seguito dell'individuazione, e solo per effetto di quest'ultima cesserà la garanzia fideiussoria. Analogamente, se è data la possibilità di scegliere tra due o più appartamenti nell'ambito di un edificio da costruire (*vendita alternativa*), l'effetto traslativo, con la conseguente cessazione degli effetti della fideiussione, opererà in conseguenza dell'atto di scelta. Entrambe le fattispecie devono ritenersi legittime anche a seguito del decreto legislativo in esame, senza che possa incidere su tale soluzione la previsione dell'art. 6, comma 1, lett. b), del decreto legislativo, che richiede "la descrizione dell'immobile e di tutte le sue pertinenze di uso esclusivo oggetto del contratto": si tratterà, in pratica, di adattare tale disposizione alle particolari caratteristiche della vendita generica o alternativa, fornendo in contratto una descrizione (superficie utile, destinazione, composizione interna, ecc.) da rispettarsi qualunque sia il risultato dell'individuazione o della scelta.

Nessun problema specifico per quanto riguarda la *vendita a prova*, che configura una vera e propria vendita sottoposta a condizione sospensiva⁸⁵, la cui efficacia è subordinata all'esito positivo della prova, per ef-

⁸⁴ In tal senso, RIZZIERI, *La vendita obbligatoria*, cit., p. 133 ss., 192 ss.; RUBINO, *La compravendita*, Milano 1971, p. 187 ss.; GRECO-COTTINO, *Della compravendita*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1981, p. 77; Cass. 20 giugno 1953 n. 1885, in *Giust. civ.*, 1953, I, p. 2092.

⁸⁵ PETRELLI, *La condizione "elemento essenziale" del negozio giuridico*, cit., p. 118 ss.

fetto del quale viene a cessare la fideiussione. Effetto, quest'ultimo, che nella vendita di fabbricato da costruire da edificarsi su suolo di proprietà di un terzo (*vendita di cosa altrui*) si verificherà nel momento in cui la proprietà sarà acquistata dal costruttore.

17. (SEGUE): LA PERMUTA DI COSA PRESENTE CONTRO COSA FUTURA

La permuta di area edificabile con un fabbricato, o porzione di fabbricato, da costruire (permuta di cosa presente contro cosa futura), è fattispecie ben nota nella prassi, e di frequente utilizzo. In essa si riscontra il trasferimento con effetto immediato della proprietà dell'area al costruttore, verso il corrispettivo del trasferimento all'acquirente - con effetti reali differiti alla venuta ad esistenza dell'*opus perfectum* - del fabbricato, o della porzione di fabbricato, da costruire. Anche in questo caso l'obbligazione di costruire, o far costruire, è parte essenziale dell'impegno del costruttore. Ed anche in questo caso si pone il problema della discrasia tra "venuta ad esistenza" ed "agibilità" del fabbricato da costruire, analizzato a proposito della vendita di cosa futura.

La fattispecie contrattuale in esame è certamente ricompresa nella disciplina in commento, come si evince dall'art. 2, comma 1, del decreto legislativo, che parametrizza la fideiussione, ivi disciplinata, ad "ogni altro eventuale corrispettivo", comprensivo evidentemente anche di beni diversi dal denaro⁸⁶). *Il valore a cui far riferimento è, evidentemente, quello del terreno ceduto in permuta* (che potrebbe anche non essere equivalente a quello della porzione di fabbricato da costruire); e - stante la formulazione assolutamente oggettiva della norma - non può che essere il "*valore di mercato*" del terreno medesimo.

La suddetta disciplina presuppone, quindi, che a seguito di una situazione di crisi del costruttore, l'acquirente non possa recuperare la proprietà del terreno a suo tempo ceduto in permuta (terreno sul quale potrebbe essere stato costruito nel frattempo, anche in parte, un edificio), ed abbia unicamente diritto di insinuarsi al passivo fallimentare per far valere un credito pecuniario, corrispondente al valore del suddetto terreno. La que-

⁸⁶ Così anche BARALIS, *Permuta di terreno con edificio da costruire*, in *Atti del Convegno Paradigma*, Milano 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); PETRELLI, *La nuova disciplina a tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, *ibidem*, p. 9; CASARANO, *La garanzia fideiussoria*, *ibidem*, p. 12; BERNARDI FABBRANI, *Il trasferimento di immobili da costruire*, in *Atti del convegno Paradigma*, Milano 15 aprile 2005, par. VI. Nel medesimo senso, la Relazione governativa al decreto legislativo.

stione era discussa prima dell'emanazione della nuova disciplina⁸⁷: la quale ultima viene probabilmente a costituire un nuovo argomento a favore della tesi maggiormente penalizzante per l'acquirente.

La norma appena citata pone, piuttosto, un problema pratico non irrilevante: nella misura in cui richiede che venga prestata la fideiussione di importo pari "al valore di ogni altro eventuale corrispettivo", essa comporta evidentemente la necessità della quantificazione del "valore" del terreno, che non sarebbe richiesta ad altri fini, e che non può comunque coincidere con quella effettuata ai fini tributari⁸⁸. Da ciò la *necessità di un'espressa determinazione, nel contratto di permuta, del suddetto valore (a fini sostanziali e non fiscali)*, in parallelo con la necessaria menzione, nel medesimo contratto, della fideiussione a norma dell'art. 6, comma 1, lett. g), del decreto. Cosa avviene se *le parti dichiarano un valore non conforme al "valore effettivo di mercato" del terreno ceduto al costruttore*, e sulla base di tale minor valore viene prestata la fideiussione? Non sembrano esservi alternative alla valutazione in termini di *nullità relativa* - ai sensi dell'art. 2, comma 1, del decreto - del contratto di permuta. Soluzione obbligata, se si parte - come sembra inevitabile - dall'idea che le tutele previste dal decreto legislativo sono inderogabili, e sono quindi indisponibili da parte dell'acquirente, il quale non può quindi rinunziarvi, neanche indirettamente attribuendo un valore inferiore al corrispettivo pagato al costruttore. La gravità della conseguenza rende *opportuna* - nella fattispecie della permuta - *una valutazione del terreno ad opera di un tecnico imparziale, opportunamente asseverata con giuramento*, che può essere allegata al contratto di permuta.

Valgono per il resto - quanto ai profili della venuta ad esistenza e dell'agibilità del fabbricato da costruire, e dell'opportunità di condizionare l'effetto traslativo ad un accertamento in forma autentica - le riflessioni già svolte a proposito della vendita di cosa futura.

Le conclusioni sopra raggiunte valgono anche in relazione all'eventuale *contratto atipico o misto*, caratterizzato in parte da elementi della permuta ed in parte da quelli dell'appalto, avente ad oggetto la *cessione di un'area edificabile in cambio di un appartamento sito nel fabbricato*

⁸⁷ Cfr. il punto sulla questione in RIZZIERI, *La vendita obbligatoria*, cit., p. 232 ss. In giurisprudenza, Cass. 25 gennaio 1995 n. 871, in *Fallimento*, 1995, p. 909.

⁸⁸ Certamente non può ritenersi equipollente la valorizzazione "ai fini fiscali", richiesta ai sensi degli artt. 50 e seguenti del D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131, per l'imposta di registro, o degli artt. 13, lett. d), e 14, commi 3 e 4, del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, per l'imposta sul valore aggiunto; non fosse altro perché i due valori - quello "fiscale" e quello "sostanziale" - possono non coincidere.

che sarà realizzato a cura e con i mezzi del cessionario costruttore: questa fattispecie - che si differenzia dalla permuta di cosa presente contro cosa futura solo per la maggiore rilevanza assunta, nella volontà delle parti, all'opera del costruttore rispetto all'effetto traslativo⁸⁹ - comporta anch'essa il trasferimento immediato al costruttore della proprietà del terreno, e pone quindi le medesime esigenze di tutela della fattispecie permutativa in senso tecnico.

18. (SEGUE): LA VENDITA DI TERRENO CON CONTESTUALE PRELIMINARE DI COMPRAVENDITA DI PORZIONE DELL'EDIFICIO DA COSTRUIRE

Un procedimento, di utilizzo molto frequente, al fine di addivenire all'acquisto in capo al soggetto privato di una porzione di edificio da costruire, è quello rappresentato dal collegamento negoziale tra il contratto di compravendita di un'area edificabile (con efficacia immediata), ed il preliminare di retrovendita della porzione di fabbricato da costruire, pattuiti per due prezzi identici. In questo caso, a differenza dei precedenti, l'operazione economica è frazionata in due distinti contratti, peraltro collegati in quanto realizzativi di un unico "affare". Si consideri, inoltre, che - nella sua tipica configurazione - l'operazione non contempla il pagamento di somme di denaro tra le parti, realizzando di fatto un'operazione di tipo "permutativo": effetto, questo, che si raggiunge mediante dilazione del prezzo pattuito per la compravendita del terreno, e la successiva compensazione della relativa obbligazione con quella dell'acquirente - nascente dal contratto preliminare *a latere* - di pagare il prezzo della costruenda unità immobiliare, una volta ultimata. Sempre nella fattispecie tipica oggetto di analisi, la stipulazione dei due contratti avviene contestualmente, ma non vi è alcuna menzione, nel contratto di compravendita del terreno, del restante "spezzone" dell'operazione economica.

A parte i problemi di ordine generale che possono nascere laddove il collegamento negoziale non si traduca in apposite clausole dei contratti stipulati tra le parti⁹⁰, la questione specifica che sorge ai fini della discipli-

⁸⁹ Cass. 21 novembre 1997 n. 11643, in *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Permuta*, n. 2; Cass. 5 agosto 1995 n. 8630, in *Riv. giur. edilizia*, 1996, I, p. 74; Cass. 11 marzo 1993 n. 2952, in *Riv. giur. edilizia*, 1993, I, p. 819; Cass. 24 gennaio 1992 n. 811, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 239; Cass. 12 giugno 1987 n. 5147, in *Foro it.*, Rep. 1987, voce *Contratto in genere*, n. 317.

⁹⁰ Sulle problematiche connesse al collegamento negoziale, cfr. BRAVO, *L'unicità di regolamento nel collegamento negoziale: la "sovrapposizione" contrattuale*, in *Contratti*, 2004, p. 118; C.N.N. (estensori Leo-Trapani), *Il collegamento negoziale: ipotesi a rilevanza notarile*, in *Studi e materiali*, 6.2, Milano 2001, p. 846; LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano 1999; RAPPAZZO, *I contratti*

na speciale è quella dell'esatta *individuazione del "corrispettivo" pagato dall'acquirente al costruttore*. Nella misura in cui la fattispecie venisse considerata *atomisticamente*, e quindi nelle sue singole componenti, si dovrebbe giungere alla conclusione che *nessuna fideiussione debba essere prestata*. Ciò perché - avuto riguardo al contratto preliminare avente ad oggetto l'immobile da costruire - non vi è alcun pagamento immediato di caparre o acconti, né si prevede un obbligo di tali pagamenti prima della stipula del contratto definitivo. E tuttavia, non è chi non veda che tale conclusione lascerebbe privo di tutela il soggetto "acquirente", che in realtà si è spogliato con effetto immediato della proprietà del terreno senza percepire per lo stesso alcun corrispettivo. Pur senza negare la pluralità delle cause negoziali, il fatto del collegamento tra i due contratti - nell'ottica "funzionale" propria del decreto legislativo in commento - induce quindi a ritenere che *la fideiussione debba essere prestata, per un importo corrispondente al valore del "reale corrispettivo", costituito dall'area edificabile trasferita al costruttore, ed a prescindere quindi dal prezzo dichiarato nel contratto di compravendita, e nel contratto preliminare di retrovendita*. Con la conseguente opportunità di far *asseverare apposita perizia* che attesti tale valore, e di *dar conto in entrambi i contratti del collegamento negoziale*.

Quid in relazione ai requisiti di contenuto, richiesti dall'art. 6 del decreto legislativo? I problemi più gravi sorgono nel *caso in cui i due contratti non siano stipulati contestualmente*, e precisamente laddove la vendita del terreno sia conclusa anteriormente alla stipula del preliminare di retrovendita⁹¹. Innanzitutto per ciò che riguarda la prestazione della fideiussione. Se si ha riguardo all'operazione economica nel suo complesso, ed alla *ratio* dell'art. 2 del decreto (che vuole tutelare l'acquirente il quale - nella prospettiva del futuro acquisto del fabbricato da costruire - si spoglia in anticipo di una somma di denaro o di altri suoi beni), sembra che debba concludersi nel senso della *necessaria prestazione della fi-*

collegati, Milano 1998; FERRANDO, *Recenti orientamenti in tema di collegamento negoziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, II, p. 233; CASCIO-ARGIROFFI, *Contratti misti e contratti collegati*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma 1988; SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, Napoli 1983; CASTIGLIA, *Negozi collegati in funzione di scambio*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, II, p. 395; DI NANNI, *Collegamento negoziale e funzione complessa*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, p. 279; SCOGNAMIGLIO, *Collegamento negoziale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano 1960, p. 375; MESSINEO, *Contratto collegato*, in *Enc. dir.*, X, Milano 1962, p. 48; DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi (contributo alla dottrina del collegamento negoziale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 412.

⁹¹ Non evidenzia il problema sollevato nel testo BERNARDI FABBRANI, *Il trasferimento di immobili da costruire*, in *Atti del convegno Paradigma*, Milano 15 aprile 2005, par. VI, il quale limita l'applicabilità del decreto in commento al solo contratto preliminare.

deiusione all'atto della vendita del terreno, con obbligo quindi di menzione della stessa fideiusione - ai sensi dell'art. 6, comma 1, lett. g) del decreto - *nel primo contratto stipulato, e quindi nell'atto di vendita del terreno* (proprio perché quest'ultimo rappresenta un mero "spezzone" dell'unitaria operazione economica).

In quale dei due contratti dovranno, però, essere inserite le clausole, menzioni e dichiarazioni richieste dall'art. 6 del decreto? Essendo programmata, sin dall'inizio, l'operazione economica nel suo complesso, non sembra dubbio che sin dal primo contratto (quello di vendita del terreno) debbano affrontarsi le problematiche del permesso di costruire, dell'eventuale esistenza di altre imprese appaltatrici, del capitolato delle opere da eseguirsi e via dicendo. Il che induce alla conclusione che *le suddette dichiarazioni e menzioni debbano trovare collocazione già nel primo dei contratti stipulati tra le parti*.

La soluzione sembra apparentemente più semplice nel *caso di stipula contestuale dei due contratti*. In questa ipotesi, potrebbe ritenersi sufficiente che le prescrizioni di contenuto *ex art. 6* del decreto siano integralmente rispettate *nel contesto del contratto preliminare* di retrovendita dell'edificio da costruire, e quindi non influiscano sul *contenuto del contratto di compravendita del terreno*. Si tratta, peraltro, di conclusione che può rivelarsi pericolosa nella misura in cui non vi siano elementi per attribuire data certa al contratto preliminare. In quest'ultimo, inoltre, *dovrebbe essere indicato, oltre al prezzo pattuito in denaro* (che verrà in realtà compensato, come sopra chiarito), *anche - se diverso - il valore reale di mercato del terreno* costituente il "corrispettivo effettivo" dell'operazione, al quale come già evidenziato deve essere parametrata la garanzia fideiusoria.

In definitiva, la peculiare rilevanza del collegamento negoziale nelle fattispecie sopra descritte rende *consigliabile, a prescindere dalla contestualità o meno dei due contratti, riportare anche nel contratto di compravendita del terreno le dichiarazioni, menzioni ed allegazioni richieste dall'art. 6 del decreto legislativo*; o, in alternativa e preferibilmente, *ricomprendere in un medesimo atto sia il contratto di vendita del terreno che il preliminare di retrovendita della porzione di edificio da costruire* (soluzione, quest'ultima, che ha il vantaggio di evitare la reiterazione delle dichiarazioni ed allegazioni, e che comporta, con l'autenticazione notariale, l'obbligo di trascrizione anche del contratto preliminare).

Si tratta, ovviamente, di conclusioni per certi aspetti opinabili, soprattutto alla luce della difficoltà di distinguere la fattispecie (complessa) rappresentata dal collegamento dei due contratti, da quella in cui è in con-

creto ravvisabile un'unica causa negoziale, e nella quale, quindi, le reciproche obbligazioni di pagamento del prezzo sono in realtà simulate, mascherando di fatto una permuta di cosa presente contro cosa futura: in quest'ultima circostanza, in effetti, l'unico contratto non potrebbe comunque ritenersi perfezionato fino al momento in cui tutte le sue componenti sono venute ad esistenza, e quindi la soluzione sopra proposta ne risulterebbe ulteriormente confermata. Nell'ottica sostanzialistica seguita dal legislatore, peraltro, anche nell'ipotesi di pluralità di contratti e di cause negoziali sembra doversi accedere alla medesima ricostruzione, in presenza di prezzi praticamente identici nei due contratti.

In merito alla *responsabilità, civile e disciplinare, del notaio* nelle fattispecie sopra esaminate, ed in particolare nel caso di stipula non contestuale dei due contratti, occorre evidentemente distinguere. Se, infatti, nessuna responsabilità può addossarsi al notaio che - ignaro del collegamento negoziale - stipuli il contratto di vendita del terreno in assenza di fideiussione, e senza riportare in atto alcuna tra le menzioni richieste dall'art. 6, a conclusione diversa deve giungersi allorché il notaio sia consapevole del collegamento, o addirittura abbia egli stesso consigliato la frammentazione dell'operazione in due contratti distinti, ancorché collegati.

19. (SEGUE): LA VENDITA DI QUOTA DI COMPROPRIETÀ DEL TERRENO CON CONTESTUALI APPALTO E DIVISIONE DI COSA FUTURA

Altra fattispecie di collegamento negoziale idonea a far conseguire l'effetto dell'acquisto della proprietà di una porzione di fabbricato da costruire è quella costituita dal contratto di compravendita di una quota di comproprietà dell'area edificabile a favore del costruttore, con contestuale divisione dell'edificio futuro⁹², ed appalto al costruttore medesimo per l'esecuzione dei lavori di costruzione. Anche in quest'ipotesi - come in quella appena analizzata - non si ha in genere alcun esborso di denaro da parte del costruttore che acquista la quota di comproprietà dell'area: il relativo debito verrà compensato con il credito del costruttore, nascente dal contratto di appalto.

⁹² Sulla divisione di cosa futura, cfr. CARIOTA FERRARA, *Divisione di cosa futura? (costruzione su suolo comune e divisione anticipata dello stabile)*, in *Riv. giur. edilizia*, 1958, I, p. 676; TRIOLA, *Reciproca costituzione di diritti di superficie o divisione di cosa futura nel c.d. condominio preconstituito?*, in *Giust. civ.*, 1972, I, p. 1449; PENNAROLA, *Acquisto pro indiviso di un'area per costruzione di edificio condominiale: divisione di cosa futura o concessioni ad aedificandum?*, in *Riv. giur. edilizia*, 1986, I, p. 461; GALLO, *Imposta di registro: distinzione tra concessione ad aedificandum e divisione di cosa futura*, in *Impresa*, 1988, p. 2383.

In questo caso *non si ha un “acquisto” a titolo derivativo, o “trasferimento” in senso tecnico-giuridico*⁹³ della porzione di edificio da costruire a favore dell'acquirente: infatti da un lato l'effetto divisionale - quale che sia la natura, dichiarativa o costitutiva che si vuole attribuire al negozio di divisione - non è di natura traslativa; d'altro lato, l'acquisto della proprietà della porzione di edificio avrà luogo per accessione, a seguito dell'esecuzione dei lavori ad opera del costruttore. Si è però già evidenziato che *anche il fenomeno dell'acquisto a titolo originario, o comunque conseguente a negozi privi di efficacia traslativa, può rientrare nel campo di applicazione del nuovo decreto* nella misura in cui lo stesso si inserisca nell'ambito di una complessiva “operazione di scambio”, riguardi un immobile da costruire, e non si produca, quindi, in via immediata⁹⁴.

D'altronde, l'esigenza di tutela del committente-acquirente rispetto al costruttore si ripropone negli stessi termini che sono stati già evidenziati a proposito dei negozi provvisti di efficacia propriamente traslativa. Infatti, a differenza dell'ipotesi in cui la persona fisica sia e rimanga proprietaria dell'intero terreno, nel caso in esame la semplice divisione di cosa futura, con assegnazione di una determinata porzione del costruendo fabbricato, attualmente corrispondente ad una porzione della “colonna d'aria”, espone in pieno il cedente-comproprietario dell'area al rischio del dissesto dell'impresa costruttrice, a fronte del quale non compete alcuna tutela reale, nella misura in cui le opere non siano ancora realizzate, residuando all'acquirente solo il diritto di insinuarsi nel passivo fallimentare per far valere il proprio credito risarcitorio.

Si aggiunga il fatto che il contratto di divisione comporta pur sempre una reciprocità di attribuzioni patrimoniali, che se non possono essere definite tecnicamente come “acquisti”, ciò nondimeno sono per certi aspetti equiparabili, tra esse collegate da un nesso definibile in termini di commutatività e quindi di onerosità⁹⁵; tant'è vero che la divisione è pacifica-

⁹³ Sui concetti di “acquisto” e di “trasferimento” dei diritti soggettivi, cfr. RUFFOLO-DI GIOVANNI, *Acquisto del diritto*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma 1988; PUGLIATTI, *Acquisto del diritto (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, I, Milano 1958, p. 508; DE CUPIS, *Successione nei diritti e negli obblighi*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano 1990, p. 1250; RICCA, *Dante causa*, in *Enc. dir.*, XI, Milano 1962, p. 680; CAMPAGNA, *Avente causa*, in *Enc. dir.*, IV, Milano 1959, p. 598; PUGLIATTI, *Alienazione*, in *Enc. dir.*, II, Milano 1958, p. 1; PANUCCIO, *Cedibilità e cessione di diritti e di situazioni giuridiche*, in *Enc. dir.*, VI, Milano 1960, p. 822.

⁹⁴ Per l'esclusione, invece, del meccanismo acquisitivo operante tramite la divisione di cosa futura, dall'ambito di applicazione del decreto, BERNARDI FABBRANI, *Il trasferimento di immobili da costruire*, in *Atti del convegno Paradigma*, Milano 15 aprile 2005, par. III.

⁹⁵ A tali conclusioni è giunta la giurisprudenza, in relazione al contratto di divisione, ammetten-

mente considerata come “atto oneroso”, ai sensi dell’art. 67 l. fall., e quindi ai fini della soggezione ad azione revocatoria fallimentare⁹⁶.

Anche in questa fattispecie, come in quella della compravendita accompagnata da preliminare di retrovendita, la *pluralità dei negozi* dà luogo a problemi, in ordine all’individuazione degli atti soggetti alle prescrizioni degli artt. 2, 3 e 6 del decreto legislativo: anche in questo caso, infatti, occorre porsi - *sin dal momento della cessione della quota di proprietà del terreno - il problema della tutela dell’acquirente* (che si spoglia immediatamente della proprietà del terreno in cambio di un “acquisto non immediato” della proprietà della costruenda porzione di edificio). Il che comporta l’*esigenza di immediato rilascio e consegna della fideiussione, e menzione della stessa - nonché degli altri elementi richiesti dall’art. 6 del decreto - già nell’atto di vendita della quota del terreno*, oltre che - per quanto ivi rilevante - nel contratto di appalto. Appare in definitiva *consigliabile che i diversi contratti* (vendita di quota del terreno, divisione di cosa futura, appalto), *siano contenuti nel medesimo atto*, al fine di evitare la ripetizione delle medesime dichiarazioni ed allegazioni in più atti, con conseguente aggravio anche di oneri fiscali.

Poiché, in questo caso, l’acquisto della proprietà della costruenda unità immobiliare ha luogo per accessione, e quindi a titolo originario, non sembra possibile condizionare tale effetto ad un accertamento in forma autentica, come nei casi di vendita di cosa futura, o di permuta di cosa presente contro cosa futura. Il che non elimina l’opportunità di un successivo atto di accertamento e ricognizione dell’avvenuta costruzione in forma autentica, anche al fine di identificare catastalmente la porzione di edificio una volta che la stessa sia ultimata⁹⁷.

20. (SEGUE): LA VENDITA DEL TERRENO CON RISERVA DI DIRITTO DI SUPERFICIE E CONTESTUALE APPALTO

In alternativa alle tipologie contrattuali sopra descritte, le parti possono ricorrere - al fine di perseguire l’effetto divisato - ad una diversa combina-

do l’esperibilità nei confronti di esso dell’azione revocatoria, in quanto contratto di natura commutativa: cfr. *infra*, Capitolo X, paragrafo 5.

⁹⁶ App. Milano 3 febbraio 1999, in *Foro it.*, 2000, I, c. 2980; Trib. Roma 22 marzo 1994, in *Foro it.*, Rep. 1994, voce *Revocatoria (azione)*, n. 8.

⁹⁷ In diritto francese, a norma dell’art. R-261-2 del *Code de la construction et de l’habitation*, un apposito atto notarile, all’atto dell’ultimazione dell’immobile, è richiesto obbligatoriamente dalla legge: “La constatation par les parties fait l’objet d’un acte du notaire qui a reçu la vente à terme; cet accord vaut livraison de l’immeuble”.

zione negoziale, rappresentata dalla vendita al costruttore dell'intera area edificabile, con riserva in capo all'acquirente del diritto di superficie finalizzato alla costruzione di una determinata porzione del costruendo edificio, e contestuale o successivo contratto di appalto per l'esecuzione delle relative opere. Pure in questo caso, all'atto della vendita del terreno il corrispettivo è dilazionato, ed il relativo debito si compenserà successivamente con il credito spettante al costruttore per l'esecuzione delle opere appaltate.

Come si è già rilevato a proposito della precedente fattispecie, *solo apparentemente manca nella fattispecie appena descritta il requisito del "trasferimento non immediato"* all'acquirente di edificio da costruire: è vero che né il contratto di vendita della proprietà con riserva del diritto di superficie, né il contratto di appalto hanno efficacia traslativa a favore dell'acquirente; ma è altrettanto vero che *si riscontra nella fattispecie in esame un acquisto "non immediato", sia pure a titolo originario e per accensione, dell'opus* quale conseguenza della combinazione dei negozi, nell'ambito della complessiva "operazione economica di scambio" intercorsa con il costruttore; nonché un "atto avente le medesime finalità" di quello traslativo, come tale ricompreso anche nella previsione dell'art. 2 del decreto.

Anche qui, del resto, la mera riserva del diritto di superficie su una porzione della "colonna d'aria" lascia il superficiario totalmente esposto al rischio del dissesto dell'impresa costruttrice, fin quando non sia realizzata la porzione di edificio corrispondente al diritto di superficie riservato; e ricorre, quindi, pienamente la *ratio* della prestazione della garanzia fideiussoria.

Valgono, quindi, le conclusioni sopra raggiunte in relazione alla fattispecie della vendita collegata con divisione di cosa futura ed appalto.

21. (SEGUE): LA VENDITA SOTTOPOSTA A CONDIZIONE SOSPENSIVA

In relazione allo schema del negozio di alienazione sottoposto a condizione sospensiva, non vi sono particolari problematiche da segnalare, stante la pacifica natura di negozio ad effetti reali differiti attribuibile al contratto, in presenza di una condizione che sospenda l'effetto traslativo. Certo, alcuni rischi sono evitati dalla tempestiva trascrizione a favore dell'acquirente del contratto sospensivamente condizionato (artt. 1357 e 2659, ult. comma, c.c.)⁹⁸; e può inoltre dubitarsi del potere di scioglimento del contratto sospensivamente condizionato da parte del curatore falli-

⁹⁸ Cfr. sul punto GABRIELLI, *Pubblicità degli atti condizionati*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 21; TRIOLA, *La trascrizione del negozio condizionato*, in *Vita not.*, 1971, p. 665.

mentare⁹⁹. Non può, infatti, probabilmente disconoscersi la rilevanza immediata della trascrizione del contratto sospensivamente condizionato, in quanto avvenuta anteriormente al fallimento, ai sensi dell'art. 45 l. fall.; e nella misura in cui si ritenga - con una recente giurisprudenza¹⁰⁰ - che il prodursi anteriormente al fallimento degli effetti della trascrizione comporti l'inapplicabilità dell'art. 72, comma 4, l. fall., e precluda quindi al curatore lo scioglimento del contratto, la posizione dell'acquirente risulterebbe maggiormente tutelata rispetto ai casi in cui tale potere di scioglimento sussista. Vi è, però, da tener conto del fatto che la garanzia fideiussoria deve essere prestata anteriormente o contestualmente alla conclusione del contratto, in un momento cioè in cui la trascrizione non è ancora avvenuta, e non si sa ancora se avverrà anteriormente al fallimento. Il che riduce di molto la rilevanza del profilo sopra esaminato.

Si consideri, inoltre, che fino al momento dell'effettivo acquisto della proprietà del fabbricato da costruire sorgono - anche in presenza di condizione sospensiva - le medesime esigenze di tutela prese in considerazione dalle norme in tema di garanzia fideiussoria, e di conformazione del contenuto contrattuale.

Tutto ciò depone senz'altro per l'*estensione alla vendita sottoposta a condizione sospensiva le conclusioni già raggiunte a proposito delle altre fattispecie esaminate di contratti ad effetti reali differiti*.

Qualunque sia, quindi, l'evento condizionante, se la vendita ha ad oggetto un fabbricato da costruire o in corso di costruzione, la fattispecie è regolata dal decreto legislativo in esame. All'atto, quindi, della stipula del contratto condizionato andrà verificata l'osservanza degli artt. 2, 3, 4 e 6 del decreto medesimo.

⁹⁹ Secondo la giurisprudenza, nel caso di fallimento dell'alienante nel contratto sottoposto a condizione sospensiva, se il fallimento sopravviene prima del verificarsi della condizione, il curatore ha la scelta tra l'esecuzione e lo scioglimento del contratto, ex art. 72 l. fall.: Cass. 14 maggio 1996 n. 4483, in *Fallimento*, 1996, p. 1201; Trib. Torino 19 marzo 1990, in *Dir. fall.*, 1990, II, p. 1883 (che prospetta l'obiezione della retroattività degli effetti del verificarsi della condizione, ma la supera ritenendo che - una volta intervenuto il fallimento prima del verificarsi della condizione - tale retroattività sia preclusa).

Nello stesso senso, in dottrina, RAGUSA MAGGIORE, *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, II, Torino 1997, p. 321; GUGLIELMUCCI, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Commentario alla legge fallimentare Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1979, p. 159 ss.; PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, II, Milano 1974, p. 1223; RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 325 ss.

Per l'esclusione dello scioglimento della vendita sospensivamente condizionata, BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 994, nota 5; RUISI, *I singoli rapporti pendenti alla data del fallimento*, in *Il fallimento*, II, a cura di Ruisi, Jorio, Maffei Alberti e Tedeschi, Torino 1978, p. 648.

¹⁰⁰ Cass. S.U. 7 luglio 2004 n. 12505, in *Vita not.*, 2004, p. 1603.

22. (SEGUE): LA VENDITA CON PATTO DI RISERVATO DOMINIO

Lo schema della vendita con riserva di proprietà può essere utilizzato nelle operazioni economiche in oggetto, nell'ipotesi in cui il pagamento del prezzo ad opera dell'acquirente non avvenga immediatamente, ma sia dilazionato, presumibilmente in corrispondenza dello stato di avanzamento dei lavori di costruzione del realizzando fabbricato. Il costruttore conserva, quindi, la proprietà dell'edificio, che verrà acquistata dall'acquirente con il pagamento dell'ultima rata di prezzo; mentre vengono immediatamente trasferiti all'acquirente il possesso, ed i rischi della cosa venduta.

Appare però dubbio che lo schema della vendita con patto di riservato dominio possa essere utilizzato per il trasferimento di immobili da costruire. Il requisito della consegna immediata all'acquirente sembra assumere rilievo tipologico essenziale per la configurabilità della fattispecie disciplinata dagli artt. 1523 ss. c.c.¹⁰¹; in assenza di essa, si ha probabilmente una compravendita sottoposta alla condizione sospensiva dell'adempimento del compratore, soggetta come tale ad una disciplina in parte diversa¹⁰². A meno di ritenere che, invece, la consegna non abbia tale rilievo tipologico essenziale; o ipotizzare altrimenti - anche se si tratta di costruzione che presenta notevoli problemi - una consegna immediata, seguita da una riconsegna al costruttore in veste di appaltatore, per l'ultimazione dei lavori di costruzione da eseguirsi in base ad un distinto contratto di appalto. Altra perplessità nasce dall'addossamento all'acquirente del rischio sin dal momento della conclusione del contratto: nel contesto di una disciplina protettiva come quella in esame, particolarmente attenta alle esigenze di tutela dell'acquirente, la traslazione del rischio all'acquirente - pur teoricamente ammissibile e non contrastante con alcuna norma imperativa - non sembra assolutamente adeguata.

Nel caso, comunque, in cui lo schema in oggetto si ritenesse utilizzabile, occorrerebbe tener conto di alcune peculiarità. È noto il dibattito dottrinale relativo alla natura giuridica della vendita con patto di riservato dominio; prevalgono, come è noto, le opinioni che - interpretando letteralmente le norme del codice - individuano il momento traslativo del diritto

¹⁰¹ BARALIS-BOERO, *La compravendita delle abitazioni*, in C.N.N. - LUISS, *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive*, II - *Aspetti civilistici*, Milano 1986, p. 322 ss.

¹⁰² Sulla differenza tra compravendita sospensivamente condizionata all'adempimento del compratore, e compravendita con patto di riservato dominio, cfr. PETRELLI, *La condizione "elemento essenziale" del negozio giuridico*, cit., p. 435 ss.

to di proprietà con quello del pagamento del prezzo¹⁰³. Non manca, peraltro, chi ritiene che la proprietà si trasferisca immediatamente al compratore, salva la riserva di un diritto reale di garanzia in capo al venditore¹⁰⁴. Ci si potrebbe, quindi, chiedere se l'accoglimento di quest'ultima opinione possa influire sulla ravvisabilità del requisito del "trasferimento non immediato", richiesto dal decreto legislativo in commento ai fini dell'applicazione della relativa disciplina. Dubbio da risolversi, peraltro, in senso negativo, in considerazione della "frammentazione" del diritto dominicale anche secondo la tesi in questione, che peraltro è decisamente minoritaria in dottrina, e non è accolta dalla giurisprudenza.

Piuttosto, *l'esclusione del potere di scioglimento del contratto in capo al curatore fallimentare* (art. 73, ultimo comma, l. fall.)¹⁰⁵ rende la fattispecie in esame parzialmente disomogenea, rispetto a quelle tipicamente considerate dal legislatore nella nuova disciplina. In altri termini, il contratto non si scioglie in caso di fallimento del costruttore, il che significa che l'acquirente avrà il diritto, pagando le rate ancora non scadute, di ottenere la proprietà del fabbricato, ovviamente se ed in quanto già realizzato; in mancanza, avrà diritto alla restituzione delle rate già pagate oltre al risarcimento dei danni. Ma è proprio nell'eventualità della mancata edificazione che si coglie la posizione di debolezza dell'acquirente, il quale rischia - in caso di impossibilità di ultimazione della costruzione ad opera del fallimento - di essere rimborsato in "moneta fallimentare". Senza considerare il fatto che - se si accoglie l'orientamento dominante, secondo il quale la proprietà rimane al costruttore fino al pagamento dell'ultima rata - l'acquirente avrebbe una tutela di tipo obbligatorio, e non reale, anche per il conseguimento del terreno e della parte di edificio eventualmente già realizzata. Ecco, quindi, che ricorrono anche per la vendita con riserva di proprietà le ragioni che hanno generato il provvedimento in esame.

Il contratto di vendita con patto di riservato dominio è quindi soggetto, nei limiti in cui lo si ritenga impiegabile in presenza di immobile da costruire, all'applicazione della disciplina in commento. Opportuna anche qui - al fine di constatare con certezza il momento dell'acquisto della proprietà e della cessazione di efficacia della fideiussione - una clausola che

¹⁰³ Cfr. riferimenti in PETRELLI, *La condizione "elemento essenziale" del negozio giuridico*, cit., p. 143 ss.

¹⁰⁴ BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 525 ss.

¹⁰⁵ Cfr. MIGNOLI, *La vendita con riserva di proprietà nel fallimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1962, I, p. 328; GUGLIELMUCCI, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Commentario alla legge fallimentare Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1979, p. 195 ss.

condizioni sospensivamente l'acquisto della proprietà all'accertamento, in contemporanea, dell'agibilità del fabbricato e del pagamento del prezzo.

23. (SEGUE): LA VENDITA DI FABBRICATO AL RUSTICO CON OBBLIGO DI COMPLETAMENTO A CARICO DEL VENDITORE

Rispetto alle fattispecie sopra analizzate, significative differenze presenta l'ipotesi della vendita di fabbricato "al rustico" (cioè non ancora ultimato, e quindi ad uno stadio della costruzione tale da non consentire il rilascio del certificato di agibilità) con *immediato trasferimento della proprietà* dell'edificio nello stato in cui si trova, e con contestuale assunzione dell'obbligo, da parte del costruttore, di eseguire le opere mancanti.

Si è già visto che deve qualificarsi come *fabbricato da costruire, ai fini in esame, anche quello nel quale siano completate le mura perimetrali delle singole unità immobiliari e la copertura*, e che possa quindi definirsi come "esistente" secondo la nozione fornita dall'art. 2645-bis, ultimo comma, c.c., ma che non è ancora ultimato ed agibile. Addirittura, *anche la mancata ultimazione di finiture* (ad esempio, l'installazione degli impianti, il posizionamento degli infissi, il prosciugamento dei muri, ecc.), in quanto le stesse costituiscano un obbligo del costruttore che sussiste anche dopo la stipula del contratto definitivo, *comporta l'attrazione del contratto di compravendita alla disciplina del decreto in commento*, poiché il fabbricato non è in stadio costruttivo tale da consentire il rilascio del certificato di agibilità.

L'oggetto del contratto di "compravendita al rustico" è, quindi, un immobile da costruire; occorre verificare allora cosa accade, se concorrono anche i requisiti soggettivi previsti dal decreto legislativo (qualità di costruttore del venditore; qualità di persona fisica dell'acquirente). La risposta appare abbastanza agevole per quanto concerne la *fideiussione difet-ta*, nella fattispecie in esame, un elemento fondamentale tra quelli richiesti dall'art. 2, comma 1, del decreto ai fini dell'attivazione della normativa di tutela: *il requisito del "trasferimento non immediato"*, espressamente richiesto in più punti dalla legge delega e dal decreto delegato¹⁰⁶. In altri

¹⁰⁶ In tal senso, al fine di escludere la fattispecie in esame dall'ambito di applicazione del decreto, BERNARDI FABBRANI, *Il trasferimento di immobili da costruire*, in *Atti del convegno Paradigma*, Milano 15 aprile 2005, par. VI (il quale ritiene che l'acquirente possa rifiutarsi di stipulare il contratto prima del rilascio del certificato di agibilità, ma se ciò nonostante acconsente alla stipula, "le garanzie fideiussorie si estinguono e se l'acquirente ne vuole, per garantirsi la ultimazione dei lavori stessi, dovrà ottenerne di nuove"); RIZZI, *L'immobile "da costruire" nella bozza di decreto legislativo di attuazione della legge delega 210/2004*, cit..

termini, con il contratto in esame, viene trasferita immediatamente all'acquirente la proprietà dell'immobile al rustico, ed in conseguenza di ciò lo stesso *acquirente non ha necessità di essere tutelato con fideiussione per le somme già corrisposte*. Certo, è possibile che l'acquirente stesso abbia pagato, al momento del contratto o anteriormente, anche le opere di completamento, che il costruttore dovrà eseguire successivamente al trasferimento della proprietà: ma si tratta di eventualità statisticamente non ricorrente, ed in ogni caso rispetto ad essa il legislatore - salvi i casi di frode, come si vedrà nel seguito - non ha avvertito in generale l'esigenza di tutelare l'acquirente "sprovvisto", che non abbia trattenuto delle somme per le opere ancora da eseguirsi. La controprova di quanto sopra si evince chiaramente dal disposto dell'art. 2, comma 7, del decreto legislativo, che inequivocabilmente fa *cessare l'efficacia della fideiussione con il momento del trasferimento della proprietà all'acquirente*: se ne ricava che, *se il contratto trasferisce immediatamente la proprietà, nessuna fideiussione sarà dovuta, e ciò a prescindere dallo "stadio" in cui la costruzione si trova*.

Si potrebbe obiettare che il requisito della "non immediatezza" va riferito al bene giuridico oggetto del programma negoziale (*opus perfectum*), e non al bene nello stato in cui si trova al momento della stipula del contratto; ma in realtà così non è. Se le parti valutano inscindibilmente l'operazione, e qualificano come "bene futuro" il fabbricato nello stato in cui dovrà essere una volta ultimate le opere, la vendita si attingerà in realtà come vendita di cosa futura, con effetto traslativo non immediato (art. 1472 c.c.), e gli artt. 2 e 3 del decreto legislativo in esame troveranno applicazione. Il caso in oggetto è diverso proprio perché l'acquirente consegue al momento della stipula del contratto la proprietà dell'immobile, sia pure nello stato in cui si trova, ed il legislatore presume che le somme pagate fino a quel momento siano, in realtà, il giusto corrispettivo dello stesso immobile al rustico, mentre le somme ancora da pagarsi potranno non essere corrisposte al venditore inadempiente o insolvente (grazie alle tutele accordate dal diritto comune: artt. 1460 e 1461 c.c.). È, in pratica, salvo differenze di ordine quantitativo, la stessa situazione riscontrabile allorché *il proprietario di un fabbricato commetta in appalto le opere di ultimazione o ristrutturazione ad un soggetto appaltatore, che non sia al contempo venditore*: in entrambi i casi l'acquirente, ed il committente, godono di una tutela "reale", essendo loro la proprietà del terreno su cui va sorgendo la costruzione. Tutto ciò giustifica, tra l'altro, l'inapplicabilità al semplice contratto di appalto della disciplina di tutela.

È vero che solo nel caso di vendita di fabbricato da ultimare possono

realizzarsi *fattispecie elusive* della disciplina protettiva, mediante l'anticipazione del momento del trasferimento della proprietà rispetto a quello dell'ultimazione dei lavori: non sembra, peraltro, che nella maggior parte dei casi possa venire in considerazione l'istituto del contratto in frode alla legge (art. 1344 c.c.), proprio perché l'intento perseguito dal legislatore - evitare all'acquirente la perdita delle somme già versate in conseguenza del dissesto del costruttore - è comunque realizzato dall'acquisto del fabbricato al rustico. Si aggiunga il fatto che può sussistere un *interesse meritevole di tutela ad anticipare il trasferimento della proprietà*, posto che solo da quest'ultimo momento è preclusa - in caso di fallimento del costruttore - la scelta del curatore tra esecuzione e scioglimento del contratto (artt. 72 e 72-bis l. fall.).

Potrebbe, forse, riscontrarsi un *contratto in frode alla legge*, con la possibile attivazione dei relativi rimedi, *allorché anche le somme dovute per il completamento dei lavori siano pagate dall'acquirente anteriormente o contestualmente all'atto definitivo di compravendita dell'immobile al rustico*, di modo che lo stesso acquirente risulti sfornito di tutela in ordine alle medesime somme. Da un punto di vista operativo, quindi, il riscontro delle suddette condizioni dovrebbe *consigliare di richiedere la fideiussione, e di conformare il contenuto del contratto alle prescrizioni dell'art. 6 del decreto*¹⁰⁷. L'esigenza, in altri termini, di evitare l'elusione della disciplina dovrebbe portare a ritenere che *l'efficacia della fideiussione, nel caso suindicato, non cessi con il trasferimento della proprietà del rustico, ma perduri fino a quando non verrà conseguita - per effetto dell'ultimazione dei lavori - la proprietà del fabbricato agibile*.

Occorre, comunque, distinguere due diverse tipologie contrattuali. Vi è, innanzitutto, il *contratto preliminare* diretto all'acquisto di un immobile da costruire, nel quale viene convenuto che una parte dei lavori di ultimazione del fabbricato debbano essere compiuti successivamente all'atto definitivo di compravendita: nessun problema circa l'applicabilità al contratto preliminare di tutte le disposizioni del decreto in commento, ivi

¹⁰⁷ In tal senso, BARALIS, *Permuta di terreno con edificio da costruire*, in *Atti del Convegno Paradigma*, Milano 14 aprile 2005, ad avviso del quale "la "filosofia" della riforma è quella di tutelare l'acquirente, imperativamente si badi, per tutte le somme sborsate in vista dell'opera completa". L'Autore sottolinea l'importanza di una lettura sinottica dell'art. 2, comma 7, con le altre disposizioni del decreto: l'art. 2, comma 2 ("ogni altro eventuale corrispettivo"); l'art. 2, comma 4 ("complessivamente ... riscosso"); l'art. 5, comma 1, lett. f) (indicazione del prezzo complessivo); l'art. 5, comma 1, lett. b) e d); l'art. 5, comma 2, lett. a); l'art. 3 che fa riferimento alla ultimazione dei lavori; l'art. 12 (il fondo di solidarietà copre l'intero corrispettivo dell'acquisto). Dall'insieme complessivo di tali disposizioni "risulta la necessaria corrispondenza fra prezzo complessivo e fabbricato "ultimato" e cioè con tutte le sue finiture (*opus perfectum*)".

comprese quelle relative alla fideiussione; con la sola particolarità che l'efficacia della fideiussione verrà a cessare al momento del trasferimento della proprietà "al rustico".

Vi è poi il *contratto definitivo, con effetto traslativo immediato*, avente ad oggetto il fabbricato da completare successivamente. Mentre nel caso del contratto preliminare vi è il "rischio della proprietà", che l'acquirente potrebbe non conseguire per nulla nel caso di dissesto dell'impresa costruttrice, qui l'acquirente "mette in salvo", con il contratto, almeno la proprietà del fabbricato al rustico, e quindi - purché le somme dovute per le opere da eseguirsi non siano anteriormente pagate - non si applicherà la disciplina protettiva.

Potrebbe verificarsi il caso in cui l'acquirente non abbia alcun interesse al conseguimento della proprietà del "rustico": *la volontà delle parti - quale emergente dalle clausole del concreto regolamento negoziale - può portare a considerare la prestazione del costruttore, comprensiva del trasferimento della proprietà e dell'ultimazione delle opere, come unitaria ed "inscindibile"*. Ove tale circostanza emerga chiaramente dal contesto del contratto di compravendita, si tratterà di capire in che misura l'essenzialità delle opere residue nel programma negoziale sia tale da consentire il superamento delle chiare disposizioni della legge speciale, che inequivocabilmente fa cessare l'efficacia della fideiussione con il momento dell'acquisto della proprietà. Certo, una accorta tecnica contrattuale può risolvere il problema, *configurando il contratto come vendita di un "bene futuro"*, derogando quindi convenzionalmente all'art. 1472 c.c., e fissando pattiziamente il momento della venuta ad esistenza del fabbricato al conseguimento dello stadio dell'agibilità¹⁰⁸. Ma laddove i contraenti non siano stati abbastanza attenti, ed abbiano invece pattuito il trasferimento immediato della proprietà del rustico, non sembra vi siano soluzioni in grado di estendere la tutela dell'acquirente all'attuazione delle opere successive all'acquisto della proprietà.

Se non vi sono grossi margini di dubbio in ordine alla fideiussione, maggiori perplessità nascono in ordine alla *previsione dell'art. 6, sul contenuto del contratto*. Per un verso, buona parte delle prescrizioni ivi contenute (allegazione di progetti e del capitolato, definizione delle caratteristiche costruttive, termini per l'esecuzione dei lavori, indicazione delle imprese appaltatrici) sono dirette a determinare il contenuto della prestazione "costruttiva" del venditore (evitando le incertezze derivanti dall'inte-

¹⁰⁸ Per tale suggerimento, RIZZI, *L'immobile "da costruire" nella bozza di decreto legislativo di attuazione della legge delega 210/2004*, cit.

grazione legale *ex artt.* 1374 e 1375 c.c.); la relativa *ratio* sembra sussistere integralmente anche nel caso di opere da eseguirsi successivamente al trasferimento della proprietà. D'altra parte, l'*incipit* dell'art. 6 - utilizzando non a caso una terminologia differente rispetto alla locuzione "trasferimento non immediato" - parla di "successivo acquisto", riferito alla "proprietà" o ad "altro diritto reale": e l'acquisto, come è noto, può aver luogo anche a titolo originario, per accessione, se la proprietà del suolo (o del fabbricato al rustico) compete all'acquirente. Si aggiunga il fatto che la *ratio* di altre previsioni dell'art. 6 (segnatamente, quelle relative all'indicazione del prezzo complessivo; e quelle che richiedono l'indicazione in contratto di vincoli urbanistici e formalità pregiudizievoli) sembra prescindere totalmente dal momento in cui l'effetto traslativo si verifica. La questione è stata già analizzata allorché si è considerato l'ambito di applicazione della nuova disciplina¹⁰⁹: sia pure con qualche perplessità, la conclusione sembra essere nel senso della *probabile inapplicabilità delle disposizioni contenute nell'art. 6 ai contratti con effetto traslativo immediato (anche se relativi ad immobili in corso di costruzione), o a quelli che abbiano ad oggetto immobili già ultimati ed agibili.*

Quanto alla disposizione dell'art. 4 del decreto legislativo, riguardante l'obbligo di consegna di *polizza assicurativa* a garanzia dei vizi *ex art.* 1669 c.c., si è già visto che la stessa *potrebbe forse essere interpretata analogicamente*, sì da prescindere da un effetto traslativo vero e proprio, e da ritenersi applicabile da un lato al *contratto di appalto* (nel contesto della cui disciplina è stata del resto dettata la disposizione dell'art. 1669 c.c.), d'altro lato anche a *fattispecie negoziali con effetto traslativo immediato* (a condizione, ovviamente, che ricorrano i presupposti "generali" di applicazione della nuova disciplina, e quindi che vi sia un contratto tra un "costruttore" ed un "acquirente persona fisica", avente ad oggetto un immobile da edificarsi o edificato ad opera del suddetto costruttore).

24. (SEGUE): LA VENDITA DI FABBRICATO AL RUSTICO DA ULTIMARSI AD OPERA DELL'ACQUIRENTE

Fuoriesce, invece, completamente dall'ambito di applicazione del decreto in esame la *vendita, con effetto traslativo immediato, di fabbricato al rustico*, anche se venditrice è un'impresa edile, *nell'ipotesi in cui il successivo completamento dell'edificio sia onere dell'acquirente.* In que-

¹⁰⁹ Cfr. *supra* il paragrafo 12 del presente Capitolo.

sto caso, infatti, la prestazione dell'alienante è senz'altro esattamente e totalmente adempiuta - al momento della conclusione del contratto - con riguardo al fabbricato nello stato in cui si trova, e non sorge alcuna specifica esigenza di garantire l'acquirente, rispetto alle normali fattispecie di vendite di fabbricati già ultimati¹¹⁰.

Ovvio che lo schema negoziale in esame non può essere impiegato fraudolentemente, e quindi *dovranno essere applicate le prescrizioni del decreto legislativo in commento nel caso in cui alla vendita al rustico si accompagni un contratto di appalto per l'esecuzione delle opere mancanti, ove appaltatore sia lo stesso costruttore-venditore*. Ciò senza che sia necessario far ricorso allo strumento della frode alla legge, essendo sufficiente l'applicazione delle disposizioni del decreto legislativo che - riferendosi ad "atti aventi le medesime finalità", che "hanno o possono avere per effetto" il trasferimento della proprietà di immobile da costruire o da ultimare - includono nell'ambito di applicazione del decreto anche fattispecie di collegamento negoziale.

L'istituto della frode alla legge, invece, può trovare applicazione nel caso di ulteriori e diversi tentativi di aggiramento della disciplina (quale potrebbe essere, ad esempio, *l'interposizione di altra persona o società* in veste di appaltatrice per l'ultimazione dei lavori).

25. (SEGUE): LA VENDITA DI FABBRICATO DA RISTRUTTURARE AD OPERA DEL VENDITORE

Si è visto che la nozione di immobile da costruire ricomprende - secondo l'interpretazione che appare preferibile - anche il *fabbricato da ristrutturare*, e più precisamente quello *sul quale siano da compiersi dei lavori il cui esito richiede il rilascio di un nuovo certificato di agibilità*, secondo le prescrizioni di cui agli artt. 24 e 25 del D.P.R. n. 380/2001¹¹¹. Lavori che possono andare, probabilmente, dalla totale demolizione con ricostruzione di un nuovo fabbricato, alle fattispecie di ristrutturazione edilizia, restauro conservativo, e perfino manutenzione, laddove ricorrano le prescritte condizioni per il rilascio di un nuovo certificato di agibilità.

Anche in questo caso si possono riproporre le conclusioni raggiunte a proposito della vendita di fabbricato nuovo "al rustico": l'effetto traslati-

¹¹⁰ BERNARDI FABBRANI, *Il trasferimento di immobili da costruire*, in *Atti del convegno Paradigma*, Milano 15 aprile 2005, par. 1.3; RIZZI, *L'immobile "da costruire" nella bozza di decreto legislativo di attuazione della legge delega 210/2004*, cit.

¹¹¹ Cfr. *supra* il paragrafo 6 del presente Capitolo.

vo immediato del fabbricato da ultimare è di ostacolo all'applicabilità delle norme in tema di fideiussione, e probabilmente impedisce l'applicazione delle disposizioni dell'art. 6, con qualche dubbio derivante dal fatto che anche in questi casi si ha "acquisto non immediato" dell'opera completa.

Pertanto, alla *vendita di fabbricato con effetto traslativo immediato, con obbligo del costruttore di realizzare successivamente le opere di ristrutturazione convenute*, non si applicano le norme relative alla fideiussione e, probabilmente, al contenuto minimo del contratto: occorre invece, probabilmente, prestare *l'assicurazione* richiesta dall'art. 4.

Ovviamente, troveranno applicazione anche le norme sulla fideiussione ogni qualvolta il contratto, avente ad oggetto l'immobile da ristrutturare, abbia natura di contratto preliminare, ovvero sia un contratto definitivo con effetti reali differiti.

26. (SEGUE): LA VENDITA DI PORZIONE DI FABBRICATO ULTIMATA, COMPRESA IN COMPLESSO EDILIZIO NEL QUALE DEVONO ESSERE ANCORA ULTIME LE PARTI COMUNI CONDOMINIALI

Quid iuris nel caso in cui oggetto del contratto sia una unità immobiliare in condominio, ultimata ed agibile al momento della conclusione del contratto, quando il complesso condominiale non sia invece ultimato per ciò che concerne le parti comuni? Il punto sta nel chiarire in primo luogo quale sia il bene oggetto del contratto; ed in secondo luogo se quest'ultimo sia in stadio tale da consentire il rilascio del certificato di agibilità.

Quanto al primo aspetto, deve ritenersi senz'altro che l'ultimazione delle parti comuni condominiali faccia senz'altro parte integrante dell'obbligazione del costruttore di far conseguire all'acquirente la proprietà dell'unità immobiliare: le parti comuni rappresentano, infatti, parte essenziale ai fini della destinazione delle singole unità immobiliari all'uso cui esse sono destinate, e le garanzie del costruttore - ivi compresa quella di cui all'art. 1669 c.c. - si estendono senz'altro a dette parti comuni¹¹².

Non tutte le parti comuni, invece, sono ugualmente indispensabili al fine di far conseguire al fabbricato il certificato di agibilità. Infatti, se devono ritenersi essenziali a tal fine tutte le opere e gli impianti necessari, ad esempio, ad assicurare "la sussistenza delle condizioni di sicurezza, igiene, salubrità, risparmio energetico degli edifici e degli impianti negli

¹¹² Cass. 12 luglio 1994 n. 6537, in *Arch. locazioni*, 1994, p. 751; Cass. 20 dicembre 1983 n. 7527, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 1693.

stessi installati”, ovvero “accessibilità e superamento delle barriere architettoniche”, il “rispetto della normativa antincendio”, non altrettanto può dirsi per le opere relative a parti condominiali non aventi influenza sui profili suindicati (basti pensare al completamento delle aree a verde, alla posizionatura di cancelli esterni, siepi e simili, alla tinteggiatura delle facciate, e simili).

In più, occorre tener presente il requisito del “trasferimento non immediato” della proprietà, che impedisce di applicare alcune disposizioni - segnatamente quelle in tema di fideiussione, e probabilmente quelle sul contenuto minimo del contratto - nel caso in cui l'efficacia traslativa sia contestuale alla stipula del contratto.

In definitiva, deve ritenersi che *la mancata ultimazione delle parti comuni, essenziali ai fini della concessione del certificato di agibilità, renda applicabile la disciplina di tutela in commento ogni qualvolta vi sia “trasferimento non immediato” di tali parti comuni*. La disciplina protettiva è invece inapplicabile ogni qualvolta debbano essere ancora ultimate parti comuni ininfluenti ai fini suddetti.

27. (SEGUE): L'APPALTO PER LA COSTRUZIONE DI FABBRICATO SU TERRENO DI PROPRIETÀ DELL'ACQUIRENTE

Il soggetto “acquirente” potrebbe essere già proprietario dell'area edificabile sulla quale dovrà essere realizzato il fabbricato. In tal caso, il conseguimento della proprietà di quest'ultimo può essere perseguito mediante la *conclusione di un semplice contratto di appalto con il costruttore*. l'effetto acquisitivo della proprietà del fabbricato avrà luogo a titolo originario, per *accessione* al suolo già di proprietà dell'acquirente. Manca, quindi, qualunque fenomeno traslativo-derivativo nella fattispecie in esame.

Può, nonostante ciò, ritenersi applicabile la disciplina in commento? A prima vista sembrerebbe di no, in quanto non vi è nella fattispecie il “trasferimento non immediato”, al quale fa riferimento la legge; manca anzi in radice qualunque fenomeno traslativo in senso tecnico. Senonché, si è visto sopra che il contratto di appalto può essere proficuamente utilizzato - in combinazione negoziale con contratti di vendita con riserva di superficie, o di divisione di cosa futura - per conseguire i medesimi effetti finali propri della vendita del terreno con contestuale preliminare di retrovendita, o della permuta di cosa presente contro cosa futura. Anche in queste fattispecie, in altri termini, il terreno su cui sorgerà il fabbricato è inizialmente di proprietà del soggetto “acquirente”, e quindi sembrerebbe doversi ravvisare un medesimo “fenomeno economico” nelle fattispecie

considerate, a prescindere dalla loro diversa configurazione tecnico-giuridica. La somiglianza è, però, solo apparente. Infatti, *nel caso in cui il terreno rimanga di proprietà della persona fisica committente l'appalto, non vi è quella situazione di esposizione ai rischi della sopravvenuta insolvenza, o del sopravvenuto inadempimento del costruttore, che ha spinto il legislatore a dettare la disciplina di tutela in esame, con particolare riguardo alla fideiussione*: poiché il pagamento del corrispettivo dell'appalto avviene, tipicamente, in corrispondenza agli stati di avanzamento dei lavori, qualunque situazione di crisi dell'impresa appaltatrice non provocherebbe gravi danni al committente, posto che la proprietà delle opere nel frattempo realizzate sarebbe stata acquisita per accessione, e le opere non realizzate non sarebbero verosimilmente ancora pagate. Si tratta quindi di una situazione completamente diversa, anche sotto il profilo economico, da quella oggetto di tutela nel decreto in esame, e che come tale non può comportare l'applicazione della relativa disciplina.

Per lo stesso motivo, deve ritenersi escluso dalla disciplina in esame il *contratto innominato* del tipo *do ut facias*, con il quale il costruttore si obbliga all'esecuzione della costruzione, e l'acquirente si impegna d'altro lato a trasferire - solo però ad opera ultimata - al costruttore medesimo parte del fabbricato da lui acquistato per accessione¹¹³. Anche in questo caso, infatti, non vi è esposizione dell'acquirente - che rimane proprietario fino all'ultimo del terreno, e del fabbricato man mano che viene ad esistenza - al rischio del dissesto dell'impresa costruttrice. Lo stesso avviene quando l'acquirente trasferisce al costruttore, in corrispettivo dell'esecuzione di un fabbricato su un'area edificabile di proprietà del primo, un altro terreno (si ha, nella fattispecie, un contratto molto simile all'appalto, con la sola differenza che invece del prezzo in denaro viene pagato un corrispettivo in natura, costituito dal terreno diverso da quello su cui si costruisce)¹¹⁴.

Come già rilevato, sembrano doversi applicare invece al contratto di appalto, in via di interpretazione analogica, altre disposizioni del decreto legislativo, in particolare quelle riguardanti l'*assicurazione*, è invece dubbio che trovino applicazione le disposizioni dell'art. 6 sul *contenuto obbligatorio del contratto*, anche per ciò che riguarda le disposizioni la cui *ratio* sembrerebbe estendersi ai contratti privi di effetti traslativi.

¹¹³ Su tale tipologia contrattuale, cfr. Cass. 12 aprile 2001 n. 5494, in *Foro it.*, Rep. 2001, voce *Contratto in genere*, n. 250.

¹¹⁴ Su quest'ultima fattispecie, cfr. RIZZIERI, *La vendita obbligatoria*, cit., p. 230 ss.; Cass. 12 giugno 1987 n. 5147, in *Riv. not.*, 1989, p. 225.

28. (SEGUE): LA DIVISIONE DI COSA FUTURA, O LA RECIPROCA COSTITUZIONE DI DIRITTI DI SUPERFICIE, STIPULATE DAI COMPROPRIETARI DEL TERRENO, CON CONFERIMENTO DI APPALTO AD UN TERZO PER LA COSTRUZIONE DEL FABBRICATO

La disciplina protettiva, rappresentata dalla fideiussione, non può trovare applicazione neanche al caso in cui i comproprietari di un terreno procedano alla stipula di un contratto di divisione di cosa futura, relativo al fabbricato da realizzarsi, o costituiscano reciprocamente diritti di superficie con la medesima finalità, e nel contempo affidino ad un terzo appaltatore la realizzazione dei lavori di costruzione. In questo caso, infatti, *manca un'operazione di scambio*, e correlativamente difetta un'esigenza di tutela dei suddetti comproprietari rispetto all'appaltatore, paragonabile a quella riscontrabile nei casi in cui il costruttore sia nel contempo proprietario del suolo su cui deve sorgere il fabbricato: caso, quest'ultimo, nel quale il dissesto dell'impresa costruttrice potrebbe privare l'acquirente dell'intero immobile, a fronte di pagamenti già effettuati per i quali non rimarrebbe che l'insinuazione nel passivo della procedura. Nulla di ciò può verificarsi invece nel caso in esame, in cui a seguito dell'eventuale crisi dell'impresa costruttrice i committenti rimarrebbero comunque interamente proprietari non solo del suolo, ma anche delle opere già realizzate ed acquisite per accessione. *Nessuna fideiussione obbligatoria*, quindi, nel caso in esame (salvo quanto sopra specificato in ordine all'applicabilità degli artt. 4 e 6 al contratto di appalto).

29. (SEGUE): IL 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 contratto¹¹⁵. La fattispecie complessiva ha struttura trilaterale: ne sono parti la società di *leasing*, o

¹¹⁵ Sul contratto di locazione finanziaria, o leasing, cfr. Munari, *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 *Trattato di diritto privato*, 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 *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, X, Torino 1993, p. 462; CAVAZZUTI, *Leasing (diritto priva-*

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 acquisto¹¹⁶.

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

to), in *Enc. giur. Treccani*, XVIII, Roma 1990; BUONOCORE, *Leasing*, in *Novissimo dig. it., Appendice*, IV, Torino 1983, p. 797.

¹¹⁶ 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.

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 costruire¹¹⁷: 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 preliminare.

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 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 proffittano all'utilizzatore persona fisica, unico destinatario della disciplina protettiva, e non alla società di *leasing*.

¹¹⁷ In tal senso CASARANO, *La garanzia fideiussoria*, in *Atti del convegno Paradigma*, Milano 14 aprile 2005, p. 12 ss.

30. (SEGUE): I CONTRATTI FINALIZZATI ALL'ASSEGNAZIONE IN PROPRIETÀ AL SOCIO DI COOPERATIVA EDILIZIA

In relazione ai fabbricati da realizzarsi ad opera di cooperative edilizie, l'art. 2, comma 2, del decreto legislativo individua - quale atto equipollente ai contratti finalizzati all'acquisto non immediato della proprietà o diritti reali di godimento su immobili da costruire - "quello con il quale siano state versate somme o assunte 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 suddetto comma 2, in realtà, fa riferimento esclusivamente alle "società cooperative", senza qualificarle ulteriormente come "edilizie" o "di abitazione". Nell'ambito della definizione di acquirente (art. 2, lett. *a*), della legge delega; art. 1, lett. *a*), del decreto delegato), invece, si fa riferimento 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". È vero che le disposizioni del decreto delegato devono essere interpretate in conformità alle prescrizioni della legge delega; ma è altresì vero che quest'ultima utilizza anche espressioni di notevole ampiezza ("ogni altro contratto"), idonee a ricomprendere *anche le assegnazioni ad opera di cooperative diverse da quelle di abitazione in senso stretto*. Si aggiunga che - a parte il fenomeno ormai residuale delle cooperative edilizie a contributo erariale¹¹⁸ - le cooperative edilizie c.d. libere trovano ormai la loro regolamentazione nel codice civile, e non subiscono limitazioni in ordine alla tipologia di edifici da realizzare (abitativi o meno), né tantomeno in ordine alla qualifica degli assegnatari o acquirenti, salvo che intendano usufruire di contributi dello Stato. Di conseguenza, *qualsiasi assegnazione di cooperativa deve ritenersi negozio idoneo a realizzare i presupposti di applicazione del decreto legislativo in commento, ricorrendo gli altri requisiti previsti*. Ciò, quindi, anche a prescindere dalla iscrizione della cooperativa nell'apposito albo nazionale delle cooperative edilizie e loro

¹¹⁸ Sulla residualità del fenomeno delle cooperative edilizie a contributo erariale, cfr. PETRELLI, *Cooperative e legislazione speciale*, Studio n. 5379/I della Commissione studi d'impresa del Consiglio Nazionale del Notariato in data 28 ottobre 2004, paragrafo 5; BONFANTE, *Evoluzione normativa e cooperativa d'abitazione: verso un nuovo modello «privatistico»*, in *Riv. coop.*, 2000, p. 55; TATARANO, *L'impresa cooperativa*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Milano 2002, p. 146.

consorzi, quale disciplinato dall'art. 13 della legge 31 gennaio 1992, n. 59¹¹⁹.

Le norme del decreto in commento si limitano a trattare della "assegnazione", senza ulteriormente specificare. L'art. 3, comma 7, del decreto fa riferimento all'"atto definitivo di assegnazione" quale momento finale di efficacia della fideiussione; l'art. 4 si riferisce al "contratto definitivo di assegnazione" quale momento a partire dal quale possono manifestarsi i vizi da garantirsi con polizza assicurativa; l'art. 39, comma 6, del D. Lgs. n. 385/1993, come modificato dall'art. 7 del decreto, attribuisce il diritto al frazionamento del mutuo e dell'ipoteca all'"assegnatario del bene ipotecato o di parte di esso", facendo contemporaneamente riferimento alla porzione immobiliare "promessa in assegnazione". Dal complesso di tali disposizioni, e di quelle prima richiamate, emerge che la disciplina in commento trova applicazione:

a) - a qualsiasi contratto, stipulato tra la cooperativa ed il socio persona fisica, finalizzato a far ottenere a quest'ultimo la proprietà o un diritto reale di godimento su un immobile da costruire (con qualsiasi destinazione, sia abitativa che non abitativa);

b) - a qualsiasi contratto, stipulato tra la cooperativa ed un terzo non socio, purché persona fisica, avente le suddette finalità.

Per quanto concerne, specificamente, la fattispecie sub *a)*, nella stessa rientrano anche i contratti di *prenotazione*, ed in genere i contratti prodromici all'assegnazione, purché con gli stessi vengano *assunte obbligazioni* dal socio, o comunque vengano versate somme in dipendenza del futuro acquisto dell'immobile da costruire.

31. (SEGUE): IL CONTRATTO DEFINITIVO PRECEDUTO DA CONTRATTO PRELIMINARE GIÀ SOTTOPOSTO ALLE DISPOSIZIONI DEL DECRETO LEGISLATIVO

Ci si chiede se - una volta concluso un contratto preliminare avente ad oggetto un immobile da costruire - le prescrizioni del decreto in commento debbano essere osservate anche con riferimento al *contratto definitivo*, quantomeno nell'ipotesi in cui quest'ultimo si atteggi come *contratto ad effetti reali differiti*¹²⁰.

¹¹⁹ CRUCIANI, *Il trasferimento di immobili da costruire*, Atti del Convegno Paradigma, Milano 15 aprile 2005.

¹²⁰ Il punto è espressamente regolamentato nella normativa francese: ai sensi dell'art. L261-11 del *Code de la construction et de l'habitation*, "Lorsque la vente a été précédée d'un contrat prélimi-

Ovviamente il problema si pone solo nella misura in cui al momento della stipula del definitivo residuino ancora obbligazioni da adempiere in capo al costruttore relativamente alla costruzione dell'immobile, perché lo stesso non è ancora "agibile"; in caso contrario, infatti, non si pone più alcuna esigenza di tutela per l'acquirente.

Anche, peraltro, riguardo al caso in cui l'immobile non sia ancora ultimato alla data di stipula del definitivo non sorgono problemi riguardo alla *fideiussione*, la cui efficacia viene meno con la stipula del definitivo. Dovranno essere, invece, osservate *anche nel contratto definitivo le prescrizioni di contenuto* indicate all'art. 6 del decreto: infatti, secondo l'opinione più accreditata, il contratto definitivo comporta un effetto di "assorbimento" delle *pattuizioni contenute nel contratto preliminare*, di modo che queste ultime si intendono definitivamente superate in conseguenza della conclusione del primo¹²¹. Se, quindi, le pattuizioni del preliminare non fanno più stato nei rapporti tra le parti, sorge l'evidente esigenza di specificare nel definitivo quanto prescritto dall'art. 6. Semmai, può sorgere il dubbio in relazione alle "enunciazioni" già riportate nel preliminare, non aventi contenuto precettivo né rilevanti ai fini della determinazione degli obblighi del costruttore o dello stato giuridico dell'immobile: in particolare la menzione degli estremi della fideiussione, *ex art. 6, comma 1, lett. g)*, del decreto. Posto che la funzione di quest'ultima menzione deve ritenersi assolta, una volta per tutte, con il preliminare, e che l'efficacia della garanzia cessa comunque con la stipula del contratto definitivo, deve ritenersi *probabilmente non necessaria la ripetizione della menzione della fideiussione nel contratto definitivo*.

In relazione alla sequenza preliminare-definitivo si pone poi un ulte-

naire prévu à l'article L. 261-15, seul le contrat de vente est soumis aux dispositions des articles 16 à 18 de la loi n° 79-596 du 13 juillet 1979". Per converso, a norma dell'art. L271-1 del medesimo *Code*, in presenza di una sequenza preliminare-definitivo, le disposizioni sul diritto di ripensamento dell'acquirente si applicano solo al contratto preliminare.

¹²¹ Sull'assorbimento ed il superamento del contratto preliminare ad opera del definitivo, a meno che il contrario risulti da quest'ultimo, cfr. Comm. trib. centr. 2 maggio 2002 n. 3636, in *Fisco*, 2002, p. 4243; Cass. 26 ottobre 2001 n. 13267, in *Foro it.*, Rep. 2001, voce *Contratto in genere*, n. 390; Trib. Milano 13 gennaio 2001, in *Arch. civ.*, 2002, p. 843; App. Napoli 6 agosto 1996, in *Arch. civ.*, 1997, p. 985; Cass. 11 novembre 1994 n. 9493, in *Notariato*, 1995, p. 462, con nota di Gradassi, *Mancata riproposizione di clausole del preliminare nel contratto definitivo*; Cass. 7 luglio 1994 n. 6402, in *Foro it.*, Rep. 1994, voce *Contratto in genere*, n. 374; Cass. 29 novembre 1994 n. 10210, in *Foro it.*, Rep. 1994, voce *Contratto in genere*, n. 373; App. L'Aquila 13 luglio 1990, in *Foro it.*, Rep. 1991, voce *Contratto in genere*, n. 329; Cass. 28 aprile 1989 n. 1993, in *Foro it.*, Rep. 1989, voce *Contratto in genere*, n. 306; Trib. Latina 7 luglio 1988, in *Nuovo dir.*, 1989, p. 1135; Cass. 4 aprile 1987 n. 3278, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, c. 816; Cass. 18 gennaio 1983 n. 464, in *Foro it.*, Rep. 1983, voce *Contratto in genere*, n. 255.

riore problema: nel *caso in cui il contratto preliminare sia affetto da nullità relativa*, per violazione delle disposizioni del decreto legislativo, *può tale invalidità condizionare la validità del contratto definitivo*? La questione è, ovviamente, di notevole importanza, e deve essere affrontata con riguardo, innanzitutto, al problema della causa del contratto definitivo, che - come è noto - è discusso in dottrina.

Secondo un orientamento minoritario, la vera fonte degli effetti traslativi sarebbe costituita dal contratto preliminare, mentre il contratto definitivo si attergerebbe come “condizione sospensiva” dell’effetto traslativo¹²². È evidente che l’accoglimento di tale tesi determinerebbe la caducazione del trasferimento immobiliare in presenza di una causa di nullità relativa al preliminare.

Altra dottrina individua nel contratto preliminare la fonte di un “obbligo di dare”, e quindi il contratto definitivo viene configurato come negozio con causa esterna, di natura essenzialmente solutoria¹²³. La conseguenza di tale tesi sarebbe l’invalidità (o, secondo un’opinione che appare preferibile, l’inefficacia¹²⁴), per vizio causale, del contratto definitivo in presenza di una causa di invalidità del contratto preliminare.

Secondo l’orientamento prevalente, accolto anche dalla giurisprudenza, e che appare preferibile, il contratto definitivo rappresenta sia il *titulus* che il *modus acquirendi* della proprietà, mentre al contratto preliminare è riferibile essenzialmente l’effetto produttivo dell’obbligo di contrarre, e quindi di un’obbligazione di fare e non di dare¹²⁵. Se si accoglie tale orientamento, occorre comunque fare i conti con il problema della “doppia causa” del contratto definitivo, in cui può ravvisarsi sia l’adempimento di un obbligo (e quindi una *causa solvendi*), sia la normale *causa vendendi* propria di qualsiasi compravendita¹²⁶. In considerazione della fun-

¹²² MONTESANO, *Obbligazione e azione da contratto preliminare*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1970, p. 1174 ss.; Id., *Contratto preliminare e sentenza costitutiva*, Napoli 1953.

¹²³ GAZZONI, *Il contratto preliminare*, Torino 1998; ID., *Trascrizione del preliminare di vendita e obbligo di dare*, in *Riv. not.*, 1997, p. 19 ss.; CHIANALE, *Trascrizione del contratto preliminare e trasferimento della proprietà*, Torino 1998.

¹²⁴ Per la conseguenza dell’inefficacia, nei negozi “con causa esterna”, quale conseguenza di difetti, originari o sopravvenuti, dell’elemento causale, SCALISI, *Negozi astratto*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano 1978, p. 106 ss.

¹²⁵ Per tale orientamento, cfr. soprattutto GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano 1970.

Sull’evoluzione di tale dibattito, con particolare riguardo al contratto preliminare ad esecuzione anticipata, cfr. tra gli altri ARDITURO, *Recenti sentenze in tema di contratto preliminare: la Suprema Corte riapre il dibattito sul rapporto fra preliminare e definitivo?*, in *Gazz. not.*, 2004, p. 153; DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, Padova 1991.

¹²⁶ Su tale aspetto, cfr. da ultimo MANTELLO, *La doppia “causa” del contratto definitivo e la disciplina dell’annullamento*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, I, p. 957.

zione procedimentale del contratto preliminare¹²⁷, la dottrina tende a ritenere ininfluenti sulla validità del contratto definitivo le cause di invalidità relative al preliminare¹²⁸, salva ovviamente, in tal caso, l'ineseguibilità in forma specifica di quest'ultimo¹²⁹.

Con un'importante eccezione, rappresentata dall'*errore di diritto (errore sulla vincolatività del contratto preliminare)*, che può determinare l'annullabilità del contratto definitivo in quanto abbia costituito la ragione unica o principale del contratto (art. 1429, n. 4, c.c.)¹³⁰, e purché, ovviamente, si tratti di errore riconoscibile dalla controparte (artt. 1428 e 1431 c.c.). Trattandosi di un rimedio di diritto comune, l'azione di annullamento per errore di diritto potrebbe essere esperita sia dal costruttore che dall'acquirente, entro il termine di cinque anni dal giorno in cui è

Sulla compatibilità, nel medesimo atto, delle qualifiche di adempimento (atto dovuto) e negozio giuridico, cfr. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, Milano 1974, p. 25 ss.; DI MAJO, *Pagamento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano 1981, p. 550; GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 20 ss.

¹²⁷ MANTELLO, *La doppia "causa" del contratto definitivo e la disciplina dell'annullamento*, cit., p. 966 ss. (l'autore, in particolare, evidenzia il fatto che lo schema negoziale del preliminare permette alle parti "di scegliere di introdurre l'assetto di interessi programmato nonostante l'invalidità o la risolvibilità del preliminare").

Sulla natura procedimentale della sequenza preliminare-definitivo, e sulla distinzione del preliminare rispetto al contratto definitivo sottoposto a condizione sospensiva, cfr. PETRELLI, *La condizione "elemento essenziale" del negozio giuridico*, cit., p. 399 ss.

¹²⁸ Cfr. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 196 ss., 241 ss. (il quale afferma "il principio di una perfetta indipendenza reciproca fra preliminare e definitivo", ritenendo "implicita nella riaffermazione della natura negoziale del definitivo la possibilità che il contratto definitivo produca i suoi effetti nonostante l'invalidità del preliminare"); MANTELLO, *La doppia "causa" del contratto definitivo e la disciplina dell'annullamento*, cit., p. 968, ove il rilievo che "nel rapporto nascente da contratto preliminare, la "libertà di scelta" non si riduce al volere o meno un atto dovuto, ma a volere o meno il concreto regolamento di interessi, anche a prescindere dall'esistenza attuale di un obbligo a contrarre o dalla possibilità giuridica di renderlo inoperante facendo valere autonome cause di invalidità o inefficacia del preliminare. Sul piano funzionale, questa libertà di scelta, in tutti i casi in cui vi sia consapevolezza della causa di invalidità o di inefficacia del preliminare, deve essere valutata comunque in termini di negoziabilità del definitivo". Come ulteriore conseguenza di ciò, nel caso in cui il contratto definitivo "sia autonomamente dichiarato nullo, o annullato, o rescisso, o risoluto, non c'è spazio per una rinascita dell'obbligo a contrarre". *Contra*, su quest'ultimo punto, Cass. 11 febbraio 1998 n. 1385, in *Giur. it.*, 1999, I, c. 271.

¹²⁹ Cass. 22 ottobre 1997 n. 10367, in *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Contratto in genere*, n. 439.

¹³⁰ GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 199, nota 75 ("l'unico errore nuovo, che può eventualmente incidere sul definitivo, è l'errore (di diritto) relativo al carattere vincolante del preliminare: il soggetto, cioè, conclude il definitivo, credendo di esservi tenuto in base al precedente preliminare, che, invece, per una causa qualsiasi, è inefficace").

L'annullabilità del contratto per errore di diritto ricorre quando il consenso di una parte sia determinato in via esclusiva o principale da falsa rappresentazione circa l'esistenza, l'applicabilità o la portata di una norma giuridica, e tale vizio sia rilevabile dall'altro contraente con l'uso della normale diligenza: Cass. 1 marzo 1995 n. 2340, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 2438; Cass. 8 gennaio 1981 n. 180, in *Foro it.*, Rep. 1981, voce *Contratto in genere*, n. 267.

stato scoperto l'errore (art. 1442 c.c.). Occorre, peraltro, considerare che il contratto affetto da nullità relativa è provvisoriamente efficace, e quindi vincolante per le parti fino a quando la nullità sia pronunciata¹³¹. Ciò rende estremamente improbabile la fattispecie dell'errore di diritto *ex latere venditoris* nel caso *de quo* (salvo nel caso in cui la nullità sia stata già pronunciata); e molto difficilmente configurabile detto errore anche da parte dell'acquirente, pur nell'ipotesi in cui questi ignorasse di poter attivare il rimedio della nullità relativa (giacché, come precisato, fino a quando la nullità non è pronunciata il contratto preliminare è assolutamente vincolante per entrambe le parti).

Tranne alcuni casi assolutamente marginali, quindi, deve ritenersi che l'eventuale invalidità del contratto preliminare, per violazione delle disposizioni del decreto legislativo in esame, non possa in alcun caso riflettersi sul contratto definitivo; e, in particolare, che non possa in alcun modo ipotizzarsi una nullità per vizio causale del contratto definitivo, in presenza di una nullità, relativa o assoluta, del contratto preliminare.

¹³¹ Cfr. *infra*, Capitolo VI, paragrafo 4.

Capitolo Terzo

LA GARANZIA FIDEIUSSORIA

1. L'oggetto della fideiussione: le somme riscosse dal costruttore. - 2. (Segue): le somme da erogarsi da un soggetto mutuante. - 3. (Segue): il valore di "ogni altro eventuale corrispettivo". - 4. (Segue): il pagamento effettuato dall'acquirente mediante rilascio di cambiali. - 5. (Segue): fideiussione e simulazione del prezzo di vendita. - 6. Fideiussione per il rimborso delle somme pagate e garanzia per l'ultimazione dei lavori. - 7. Il presupposto per l'escussione della fideiussione: la situazione di crisi. - 8. Il momento della prestazione della fideiussione; inammissibilità della fideiussione a "tranches" successive. - 9. Fideiussione e inadempimento dell'acquirente. - 10. Inammissibilità della rinuncia alla fideiussione da parte dell'acquirente. Inidoneità di garanzie sostitutive. - 11. La sanzione della nullità relativa. - 12. La fideiussione come obbligo del venditore: i rimedi sinallagmatici. - 13. Caratteristiche inderogabili della fideiussione. - 14. Clausole migliorative della fideiussione; il contratto autonomo di garanzia. - 15. Il beneficiario della fideiussione e le peculiarità soggettive della fattispecie contrattuale: il contratto per persona da nominare. - 16. (Segue): la cessione del contratto. - 17. (Segue): il contratto a favore di terzo. - 18. - La durata della fideiussione. - 19. (Segue): la vendita di fabbricato al rustico; la vendita di terreno con contestuale appalto al costruttore per la costruzione dell'edificio. - 20. (Segue): la vendita "in stato di futuro completamento". - 21. Fideiussione e varianti al progetto originario. - 22. La risoluzione di diritto del contratto a fronte di una situazione di crisi. - 23. Fabbricati condominiali: possibilità di rilascio di un'unica fideiussione. - 24. Fideiussione e obblighi del notaio. - 25. Il regime fiscale della fideiussione.

1. L'OGGETTO DELLA FIDEIUSSIONE: LE SOMME RISCOSE DAL COSTRUTTORE

L'art. 2 del decreto legislativo prevede che il costruttore sia obbligato,

all'atto della stipula del contratto, preliminare o definitivo¹, relativo ad immobile da costruire, o in un momento precedente, a procurare il rilascio di una fideiussione, da consegnare all'acquirente. L'oggetto di tale fideiussione si desume dal combinato disposto degli artt. 2 e 3 del decreto: nell'art. 2 si precisa che essa deve essere "di importo corrispondente alle somme e al valore di ogni altro eventuale corrispettivo che il costruttore ha riscosso e, secondo i termini e le modalità stabilite nel contratto, deve ancora riscuotere dall'acquirente stesso prima del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento"; nell'art. 3 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*.

2. (SEGUE): LE SOMME DA EROGARSI DA UN SOGGETTO MUTUANTE

L'art. 2, comma 1, esonera dalla prestazione della garanzia fideiussoria da un lato "le somme per le quali è pattuito che debbano essere erogate da un soggetto mutuante"; dall'altro "i contributi pubblici già assistiti da autonoma garanzia".

Nessun particolare problema interpretativo sorge per i *contributi pubblici*², anche se i contributi pubblici erogati al costruttore da parte della pubblica amministrazione non hanno, a rigore, nulla a che fare con il

¹ È 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 *CNN Notizie*, 3 maggio 2005.

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 versate 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.

² Di tali contributi fa menzione CRUCIANI, *Il trasferimento di immobili da costruire*, *Atti del Congresso Paradigma*, Milano 15 aprile 2005, ad avviso del quale "ai fini della determinazione del prezzo sarà necessario, nell'edilizia agevolata, indicare la presenza di un contributo pubblico in modo tale che ai fini della fideiussione non se ne tenga conto. Infatti si tratta di somme che già sono oggetto di fideiussione dell'operatore a favore della regione e che non vengono in alcun modo corrisposte dall'acquirente/socio della cooperativa".

prezzo della vendita, e la relativa somma non avrebbe comunque dovuto essere garantita.

Appare *difficilmente spiegabile*, piuttosto, *l'eccezione* prevista dall'art. 2, comma 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, il significato dell'espressione non risulta di facile comprensione.

Innanzitutto, la disposizione non può certo riferirsi alle *somme da mutuarsì all'atto della stipula del contratto definitivo*, o comunque del trasferimento della proprietà (l'art. 2, comma 1, chiarisce infatti che sono garantite solo le somme da riscuotersi anteriormente).

La disposizione non sembra riferirsi neanche alle *somme da erogarsi all'acquirente-mutuatario anteriormente alla stipula del contratto definitivo, o comunque all'acquisto della proprietà*: in tal caso, infatti, non si comprenderebbe per quale motivo le stesse non dovrebbero essere garantite. L'unico caso in cui la *ratio* della fideiussione potrebbe venir meno è quello del *collegamento negoziale tra compravendita e mutuo, che emerga oggettivamente dalle clausole dei suddetti contratti*: in tal caso la giurisprudenza legittima l'acquirente-mutuatario a rifiutare il pagamento delle rate di mutuo in caso di inadempimento o sopravvenuta insolvenza del venditore, ed a chiedere la restituzione di quelle già pagate³. Occorre peraltro tener conto del fatto che la giurisprudenza richiede, ai suddetti fini, "l'intento specifico e particolare delle parti di coordinare i due negozi, instaurando tra di essi una connessione teleologica", e ravvisa tale presupposto "soltanto se la volontà di collegamento si sia obiettivata nel contenuto dei diversi negozi". Si tratta quindi di presupposti specifici, che sono però solo in parte richiamati dalla disposizione in esame (laddove si richiede che sia "pattuito" che le somme siano erogate da un soggetto mutuante, la norma intende probabilmente proprio riferirsi alla fattispecie del collegamento negoziale, ma non si occupa però di quanto pattuito nel contratto di mutuo).

Si è proposto di riferire la disposizione al *mutuo da erogarsi all'acquirente-mutuatario a fronte di garanzia ipotecaria concessa dal costruttore anteriormente al trasferimento della proprietà, e quindi in qualità di terzo datore di ipoteca*: immaginando quindi che il legislatore ab-

³ Cass. 8 luglio 2004 n. 12567, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Contratto in genere*, n. 106; Cass. 24 maggio 2003 n. 8253, in *Foro it.*, Rep. 2003, voce *Mutuo*, n. 14; Cass. 23 aprile 2001 n. 5966, in *Contratti*, 2001, p. 1126; Trib. Milano 22 aprile 1996, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, c. 384.

bia tenuto in considerazione l'“esposizione” del venditore, a fronte di tale concessione di ipoteca, esonerandolo dal prestare una doppia garanzia⁴. In questo senso è anche la relazione al decreto legislativo⁵. 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. Altri ha ipotizzato che la norma si riferisca al mutuo contratto dall'acquirente dietro garanzia ipotecaria concessa dal costruttore quale terzo datore, ed ha immaginato che la disposizione sia “dettata essenzialmente allo scopo di imporre una certa oculatezza nell'investimento anche in capo allo stesso acquirente, che, adeguatamente protetto nel caso in cui finanzi con mezzi propri l'altrui attività edilizia, viene abbandonato nel momento in cui, per reperire i mezzi da investire, ricorra a sua volta all'indebitamento”⁶; non sembra, però, che ricorrano minori esigenze di tutela dell'acquirente in questo caso, al contrario l'acquirente che abbia necessità di ricorrere ad un mutuo per finanziare il pagamento degli acconti è soggetto caratterizzato da maggior debolezza economica, e la sua penalizzazione sarebbe assolutamente irrazionale.

Sembra poi escluso che si possano identificare le suddette somme, secondo un'indicazione desumibile dai lavori preparatori⁷, 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, senza assumere alcun obbligo diretto nei confronti di quest'ultima⁸. A ben vedere, infatti, neanche questa spiegazione risulta appagan-

⁴ In tal senso, CASARANO, *La garanzia fideiussoria*, in *Atti del convegno Paradigma*, Milano 14 aprile 2005, p. 16, secondo il quale, quando il costruttore si costituisce terzo datore di ipoteca, “la ratio della esclusione di tali somme dalla garanzia fideiussoria appare evidente, atteso che il costruttore, garantendo con la proprietà del bene le somme rimosse, non potrà essere chiamato ad offrire anche una ulteriore garanzia fideiussoria sulle stesse”.

⁵ Nella relazione governativa si afferma, infatti, che “in accoglimento di un'osservazione del Senato della Repubblica si è precisato che da tale previsione siano esonerate le fattispecie per le quali già vi sia un'autonoma garanzia, giacché in tal caso non vi sarebbe ragione per imporre al costruttore un onere ulteriore rispetto a quello già posto in essere, come accade, ad esempio, per le garanzie fideiussorie dei contributi pubblici”.

⁶ COSTOLA, *Verso nuove forme di tutela degli acquirenti di immobili da costruire: la legge delega 2 agosto 2004, n. 210 (seconda parte)*, in *Studium iuris*, 2005, p. 38.

⁷ Resoconto della riunione della Commissione Giustizia della Camera dei deputati in data 8 luglio 2004.

⁸ Cass. 20 settembre 2002 n. 13746, in *Foro it.*, Rep. 2003, voce *Obbligazioni in genere*, n. 96

te. 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 al costruttore anteriormente alla stipula del definitivo, non si vedrebbe la ragione di lasciare l'acquirente scoperto da tutela, per somme che comunque lo stesso è obbligato ad anticipare allo stesso venditore⁹.

Tutto ciò considerato, non resta che far riferimento all'*accollo "esterno", pattuito nel contratto preliminare di compravendita, del mutuo già contratto dal costruttore, e garantito da ipoteca concessa da quest'ultimo*; accolto esterno che produrrebbe, quindi, i propri effetti anteriormente al trasferimento della proprietà. Questa sembra, in effetti, l'unica residua possibilità applicativa della norma in esame. Infatti, nei casi in cui l'accol-

(“la figura dell'accollo «interno» ricorre allorché il debitore convenga con il terzo l'assunzione (in senso puramente economico) del debito da parte di quest'ultimo, senza tuttavia attribuire alcun diritto al creditore né modificare l'originaria obbligazione, sicché il terzo assolve il proprio obbligo di tenere indenne il debitore adempiendo direttamente in veste di terzo o apprestando in anticipo al debitore i mezzi occorrenti, ovvero rimborsando le somme pagate al debitore che ha adempiuto”).

Cfr. anche Cass. 11 aprile 2000 n. 4604, in *Foro it.*, Rep. 2000, voce *Obbligazioni in genere*, n. 58 (“nell'accollo semplice (o interno) l'accollante si obbliga nei confronti del solo debitore accollato e non anche verso il creditore il quale non può, quindi, da lui pretendere l'adempimento dell'obbligazione, con la duplice conseguenza che accollante e debitore possono liberamente modificare o revocare in qualsiasi momento l'impegno inizialmente assunto dal primo e che quest'ultimo, nel caso di mancata osservanza dell'obbligo, risponde dell'inadempimento nei confronti del solo accollato e non anche verso il creditore, terzo estraneo all'accollo”).

⁹ Cfr. le osservazioni del senatore Callegaro nel corso della 464^a Seduta della Commissione Giustizia del Senato in data 13 aprile 2005, in cui si evidenzia la necessità di assicurare la copertura della fideiussione al “caso non infrequente del promittente acquirente che si impegna con il preliminare o con il contratto equipollente a versare al costruttore ratealmente, sulla base di un accollo interno, somme che corrispondono ad una quota parte dei ratei di rimborso di un mutuo stipulato dal costruttore per l'edificazione, e ciò anche molto tempo prima di addivenire al formale accollo del mutuo ed al frazionamento dell'ipoteca in occasione della stipula del definitivo atto di acquisto. Ancorché imputate al rimborso del mutuo, nulla garantisce l'acquirente circa l'effettivo impiego delle somme erogate dal medesimo anteriormente al perfezionamento degli atti sopra menzionati. Sussisterebbero quindi le ragioni per far sì che la copertura fideiussoria possa ricomprendere anche le dette somme”.

Non spiega, quindi, la genesi e la *ratio* della norma in commento, CASARANO, *La garanzia fideiussoria*, in *Atti del convegno Paradigma*, Milano 14 aprile 2005, p. 17, secondo il quale nel caso di accollo interno di mutuo, garantito da ipoteca sull'immobile da costruire, “l'acquirente, impegnandosi all'accollo di parte del debito del costruttore, non avrà comunque alcun diritto alla consegna di garanzia fideiussoria, atteso che l'impegno al futuro accollo non costituisce anticipato pagamento del prezzo e che, *di norma*, tale accollo si perfeziona al momento del trasferimento della proprietà, momento in cui cessa ogni obbligo alla garanzia fideiussoria”. È invece vero che il patto di accollo interno il più delle volte comporta l'obbligo di pagamenti anticipati al costruttore, per i quali non vi è ragione di escludere la garanzia fideiussoria.

lo esterno è perfezionato con il contratto definitivo di compravendita, e quindi contestualmente all'acquisto della proprietà del fabbricato in capo all'acquirente, si tratterebbe di somme comunque escluse dall'obbligo di garanzia fideiussoria, ex art. 3, comma 7, del decreto legislativo. Si consideri che l'accollo esterno, secondo l'*id quod plerumque accidit*, è cumulativo e non liberatorio, in quanto compiuto in assenza della liberazione del debitore originario da parte del creditore (art. 1273, comma 2, c.c.); ma soprattutto, che con esso si assume un *obbligo nei confronti del mutuante*, e che *l'acquirente accollante può opporre al creditore le eccezioni fondate sul contratto di acquisto, con il quale l'accollo è perfezionato* (art. 1273, ultimo comma, c.c.). Il che significa che - nell'ipotesi in cui la mancata ultimazione delle opere pattuite, o il sopravvenire di una situazione di crisi del costruttore legittimi l'acquirente a chiedere ed ottenere la *risoluzione del contratto di compravendita* - l'accollo di mutuo seguirà le sorti del contratto principale (e quindi, tra l'altro, *l'acquirente potrà ripetere dal soggetto mutuante le rate di mutuo eventualmente pagate indebitamente*). Plausibilmente, quindi, il legislatore ha ritenuto che *per le somme da corrisponderci al soggetto mutuante in forza di accollo esterno del mutuo, perfezionato anteriormente all'atto notarile di compravendita, non sia necessaria alcuna garanzia, perché l'acquirente può opporre al creditore le eccezioni che potrebbe opporre al costruttore*.

3. (SEGUE): IL VALORE DI “OGNI ALTRO EVENTUALE CORRISPETTIVO”

In alternativa alle somme riscosse o da riscuotersi, l'art. 2, comma 1, del decreto legislativo menziona - quale ulteriore parametro di riferimento al quale commisurare l'importo della fideiussione - il “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”.

Si tratta di formula volutamente generica, che comprende *ogni tipo di sacrificio patrimoniale*, che l'acquirente può essere costretto a subire in conseguenza del contratto stipulato. Unico comun denominatore è l'elemento dell'*obbligatorietà*: deve cioè trattarsi di prestazione dedotta in obbligazione dell'acquirente, nel senso che quest'ultimo deve essere obbligato, “secondo i termini e le modalità stabilite” nel contratto, alla prestazione medesima.

Prestazione il cui oggetto può essere il più vario. Può trattarsi di una prestazione in natura (come nella permuta di cosa presente contro cosa futura). Può anche trattarsi di una diversa utilità: si pensi al caso in cui

l'acquirente presti una fideiussione a favore del venditore, a garanzia del pagamento di determinate somme entro una determinata data: posto che tale data potrebbe scadere prima dell'effettivo conseguimento della proprietà del fabbricato agibile, il rilascio di fideiussione espone l'acquirente al rischio di un sacrificio patrimoniale anticipato rispetto all'acquisto della proprietà, e quindi la fideiussione da parte del venditore è necessaria. Probabilmente diversa deve essere la conclusione nell'ipotesi in cui la fideiussione rilasciata dall'acquirente garantisca il pagamento da effettuarsi solo all'atto dell'acquisto della proprietà del fabbricato ultimato, quindi condizionatamente al verificarsi di detto acquisto, e senza indicazione di una specifica data: in tal caso nessun pagamento sarà dovuto anteriormente all'acquisto, e quindi nessuna garanzia dovrà essere prestata.

Generalizzando, si può quindi ritenere che *qualunque obbligazione, che comporti il rischio di un sacrificio patrimoniale di qualsiasi genere per l'acquirente, anticipato rispetto al momento in cui verrà acquistata la proprietà del fabbricato agibile, dà luogo all'obbligo di rilascio e consegna della fideiussione.*

Il rapporto di "corrispettività", cui fa cenno la norma, deve intercorrere con la complessiva, unitaria prestazione del costruttore, finalizzata a far conseguire all'acquirente la proprietà o altro diritto reale di godimento sul fabbricato quale *opus perfectum*. Il che implica che anche il corrispettivo dovuto dall'acquirente per le prestazioni di *facere* a carico del costruttore devono essere garantite da fideiussione¹⁰; e ciò a prescindere dal fatto che il risultato finale dell'operazione, complessivamente considerata, sia conseguito attraverso la stipula di *uno o più contratti* (posto che, come si è già osservato, il frazionamento dell'operazione contrattuale è irrilevante ai fini di cui trattasi).

4. (SEGUE): IL PAGAMENTO EFFETTUATO DALL'ACQUIRENTE MEDIANTE RILASCIO DI CAMBIALI

In talune realtà è notevolmente diffusa la prassi di rilasciare - al momento della stipula del contratto preliminare - *cambiali all'ordine del costruttore*, con scadenze corrispondenti a quelle degli acconti pattuiti, di importo quindi corrispondente all'intero ammontare del prezzo pattuito o

¹⁰ Così BARALIS, *Considerazioni sparse sulla bozza di decreto delegato conseguente alla L.210/2004; spunti e interrogativi in tema di: permuta di bene presente con bene futuro, elusione, garanzia fideiussoria, riflessi sulla trascrizione di vendita di bene futuro*, in corso di pubblicazione in *Riv. not.*, 2005.

alla maggior parte di esso. Ci si chiede quale sia il riflesso di tale prassi sulla funzionalità della garanzia fideiussoria.

I dubbi sorgono, innanzitutto, in considerazione del fatto che *la cambiale è un titolo astratto, predisposto per la circolazione*, la cui autonomia e cartolarità comportano l'*attribuzione della qualifica di creditore al portatore del titolo*, senza possibilità di verifica della titolarità del diritto fino al momento della presentazione per il pagamento. Il rilascio immediato delle cambiali espone quindi immediatamente l'acquirente-debitore al rischio del pagamento dell'intero corrispettivo, senza che sia possibile opporre ai successivi portatori - causa l'astrattezza e l'autonomia dell'obbligazione cambiaria - le eccezioni fondate sul rapporto causale con il costruttore¹¹. Il che *svincola dalle vicende del rapporto fondamentale il fatto del pagamento al portatore della cambiale*, ancorché l'effettivo esborso debba avvenire solo alla scadenza risultante dai titoli. Si aggiunga che - *ancorché le scadenze delle cambiali siano posteriori a quella prevista per il contratto definitivo - è possibile che in realtà lo stesso contratto definitivo venga, di fatto e per qualsiasi causa, stipulato in data successiva*: in tal caso la fideiussione dovrebbe garantire anche i pagamenti effettivamente posti in essere anteriormente all'acquisto della proprietà.

Ma vi è di più. A norma dell'art. 2, comma 1, del decreto legislativo, le somme per cui deve essere rilasciata fideiussione sono quelle che "il costruttore ha riscosso e, secondo i termini e le modalità stabilite nel contratto, deve ancora riscuotere dall'acquirente"; l'art. 3, comma 4, impone la produzione al fideiussore di idonea documentazione comprovante "l'ammontare delle somme e il valore di ogni altro eventuale corrispettivo che complessivamente il costruttore ha riscosso". Apparentemente, quindi, sia il rilascio che l'escussione della fideiussione *presuppongono che le somme da pagarsi dall'acquirente debbano essere riscosse dal costruttore*, e non da altri soggetti. Ma - qui sta il problema - in realtà *il pagamento può ben avvenire a favore di soggetto diverso dal costruttore (portatore della cambiale)*.

Occorre, allora, porsi il problema dell'operatività e dell'efficienza della garanzia fideiussoria nei casi esaminati, e della relativa disciplina.

Non sembra possibile, innanzitutto, vietare il rilascio delle cambiali nel caso esaminato, in assenza di un divieto di legge. Neanche può ipotizzarsi una limitazione della garanzia fideiussoria alle sole somme portate dalle cambiali già scadute, o scadenti prima dell'acquisto della proprietà

¹¹ Cfr. PIERI-TRIDICO, *La cambiale*, Torino 1999, p. 69 ss., 80 ss.

del fabbricato da costruire, posto che - come già rilevato - di fatto il trasferimento della proprietà potrebbe aver luogo in un momento successivo a tali scadenze. Occorre, inoltre, considerare che - attraverso il meccanismo dello sconto - il rilascio delle cambiali consente al costruttore di appropriarsi di gran parte delle somme portate dai titoli, per cui può riscontrarsi, sia pure indirettamente ed in senso atecnico, un “pagamento” a favore del costruttore per il solo fatto della consegna allo stesso dei titoli di credito (il che, unitamente alla *ratio* della disciplina in commento, consente probabilmente di superare l’ostacolo letterale rappresentato dalle citate disposizioni contenute negli artt. 2, comma 1, e 3, comma 4, del decreto legislativo).

Sembra ragionevole, quindi, trarre una prima conclusione: *la fideiussione deve essere prestata per l'intera somma portata dalle cambiali rilasciate o da rilasciarsi prima del trasferimento della proprietà, qualunque sia la loro scadenza* (posto che anche una scadenza successiva a quella programmata per la stipula del contratto definitivo può, in concreto, rivelarsi anteriore a tale momento, in caso di ritardi a chiunque imputabili)¹². In altri termini, *è al momento del rilascio della cambiale, e non a quello della relativa scadenza, che occorre far riferimento* per verificare l’assoggettamento della relativa somma a fideiussione obbligatoria.

Altri problemi sorgono in relazione all’*escussione della fideiussione*, in quanto in tale momento occorrerà verificare quali sono le somme “effettivamente riscosse” (art. 3). Ci si potrebbe chiedere se sia necessario distinguere a seconda che *il rilascio delle cambiali comporti, o meno, novazione dell’obbligazione causale*, ai sensi dell’art. 66, comma 1, l. camb.

Nel primo caso (novazione), il rilascio della cambiale determina estinzione dell’obbligazione causale, e ciò sembrerebbe legittimare l’escussione della garanzia fideiussoria per l’intero ammontare dell’obbligazione estinta, non appena si verifica la situazione di crisi, e quindi senza necessità di provare l’avvenuto pagamento delle cambiali. Ma tale conclusione appare probabilmente eccessiva, in quanto legittimerebbe un ingiustifica-

¹² In tal senso CASARANO, *La garanzia fideiussoria*, in *Atti del convegno Paradigma*, Milano 14 aprile 2005, p. 15, che giustamente evidenzia gli inconvenienti dell’opposta tesi: “ove si accedesse invece ad una formula che preveda la possibilità di rilascio della fideiussione limitatamente alle somme riscosse al momento della stipula del contratto, con obbligo di integrare la fideiussione, di volta in volta, al momento e nella misura dei versamenti successivi, tutto il sistema di tutela previsto dalla disciplina in commento sarebbe vanificato con l’uso delle cambiali, titoli, la cui astrattezza e conseguente circolazione incontrollata, accompagnate da una emissione sprovvista di garanzie, porrebbero l’acquirente in balia degli eventi e delle fortune del costruttore”.

to arricchimento dell'acquirente, nell'ipotesi in cui, per qualsiasi causa, le cambiali non vengano poi effettivamente pagate.

Quanto al secondo caso (in cui non vi è novazione), è pacifico che il rilascio della cambiale non equivale a pagamento della relativa somma, ma solo a promessa di pagamento, non idonea come tale ad estinguere l'obbligazione causale¹³: si potrebbe così ritenere che la fideiussione non possa essere escussa in corrispondenza alle cambiali rilasciate, ma non ancora pagate all'atto dell'escussione medesima. Una tale soluzione, tuttavia, esporrebbe l'acquirente ad una perdita patrimoniale, nel caso in cui gli venisse successivamente richiesto il pagamento, da parte di un terzo portatore, della cambiale anteriormente rilasciata: la cartolarità dell'obbligazione cambiaria, come è noto, renderebbe praticamente impossibile all'acquirente sottrarsi al pagamento nei confronti di ogni terzo portatore del titolo.

Potrebbe, d'altra parte, darsi il caso che *per qualsiasi motivo taluna delle cambiali rilasciate*, e non pagate al momento dell'escussione della fideiussione, *non venga pagata neanche successivamente*. Consentire l'escussione della fideiussione anteriormente alla scadenza ed al pagamento delle cambiali potrebbe quindi determinare un ingiustificato arricchimento dell'acquirente.

La soluzione sembra quindi dover essere unitaria, a prescindere dal fatto che il rilascio di cambiali comporti, o meno, novazione: e consiste nel *subordinare l'escussione della fideiussione, e quindi il pagamento ad opera del fideiussore, alla presentazione della prova del pagamento delle cambiali* (o, alternativamente, alla prova del pagamento dell'obbligazione causale). Non sembrano sussistere inconvenienti rispetto a tale soluzione, considerato che la fideiussione può essere escussa nel termine di prescrizione decennale, e quindi l'acquirente può ben attendere la scadenza delle cambiali, e quindi chiedere l'escussione della fideiussione solo nel momento in cui potrà produrre la prova del pagamento dei relativi titoli. Devono quindi ritenersi legittime - anche se probabilmente non necessarie - le clausole della fideiussione che condizionino il rimborso, ad opera del fideiussore, all'accertamento del suddetto pagamento.

¹³ Cass. 13 maggio 2003 n. 7348, in *Foro it.*, 2003, I, c. 2356; Comm. trib. centr. 13 maggio 2002 n. 3932, in *Fisco*, 2002, p. 4065; Cass. 30 ottobre 1984 n. 5540, in *Foro it.*, Rep. 1984, voce *Titoli di credito*, n. 30; Cass. 16 dicembre 1981 n. 6652, in *Foro pad.*, 1983, I, p. 300. *Contra*, Comm. trib. centr. 6 maggio 1997 n. 2115, in *Foro it.*, 1998, III, c. 590.

5. (SEGUE): FIDEIUSSIONE E SIMULAZIONE DEL PREZZO DI VENDITA

Quid iuris nel caso in cui il prezzo di vendita, come sovente accade, sia simulato? È cioè possibile che la fideiussione sia rilasciata in corrispondenza del prezzo simulato, e non di quello reale pattuito tra le parti.

I principi civilistici conducono ad una soluzione che, seppur fortemente pregiudizievole alla validità del contratto, non sembra ammettere alternative. Salve le limitazioni di prova nei confronti dei terzi, il prezzo della compravendita è quello effettivamente pattuito dalle parti, mentre la previsione simulata di un prezzo inferiore non produce effetto¹⁴. Poiché nel caso in esame la sanzione di nullità relativa, prevista dall'art. 2, comma 1, del decreto, non coinvolge la posizione dei terzi (l'azione di nullità può essere proposta solo dall'acquirente, ovviamente nei confronti del costruttore), l'unica conclusione possibile è che *il contratto relativamente simulato in relazione al prezzo, a fronte del quale è stata rilasciata una fideiussione per ammontare inferiore al corrispettivo effettivamente pattuito e da pagarsi prima dell'acquisto definitivo della proprietà, sia affetto da nullità relativa* in conformità al suddetto art. 2.

Con un'importante precisazione. Se, nella pattuizione dissimulata, le parti hanno *convenuto che il maggior prezzo occultato debba essere pagato solo all'atto della stipula del contratto definitivo*, e quindi contestualmente all'acquisto della proprietà del fabbricato, *la simulazione non avrà effetto sul regime della fideiussione*: questo perché *la fideiussione deve garantire unicamente le somme da pagarsi anteriormente a tale momento*. A tale condizione soltanto, quindi, può essere fatta salva la validità del contratto in presenza di simulazione del prezzo.

6. FIDEIUSSIONE PER IL RIMBORSO DELLE SOMME PAGATE E GARANZIA PER L'ULTIMAZIONE DEI LAVORI

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, e consentita - in alternativa alla garanzia del rimborso delle somme pagate - dalla normativa francese a tutela degli acquirenti di immobili da costruire¹⁵.

¹⁴ Cfr. per tutti GALGANO, *Della simulazione*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1998, p. 8; TOMMASEO, *Sul patto di simulazione del prezzo nei contratti solenni*, in *Giur. it.*, 1989, I, c. 563; Cass. 24 aprile 1996 n. 3857, in *Vita not.*, 1996, p. 1319.

¹⁵ Ai sensi dell'art. L261-11 del *Code de la construction et de l'habitation* francese, può essere

Il legislatore italiano ha scelto quindi, nella fattispecie oggetto di studio, di rifondere all'acquirente *una parte dell'“interesse negativo”*, rappresentata dalle somme effettivamente pagate, o dal valore di ogni altro eventuale corrispettivo effettivamente corrisposto, con i relativi interessi legali maturati fino al momento in cui si è verificata la situazione di crisi. *Non sono quindi garantite le ulteriori spese sostenute dall'acquirente per l'acquisto*, quali ad esempio le spese notarili e le imposte pagate per addivenire alla conclusione del contratto. *Non è, soprattutto, garantito l'“interesse positivo”* al conseguimento del bene immobile dedotto quale oggetto del contratto; per il risarcimento dei danni corrispondenti, l'acquirente non può far altro, in caso di dissesto del costruttore, che insinuarsi al passivo fallimentare.

Rientra, beninteso, nell'autonomia contrattuale delle parti garantire anche in positivo il risultato dell'operazione, e quindi l'adempimento dell'obbligazione di far conseguire la proprietà dell'immobile ultimato, libera da pesi e vincoli; in tal caso tale fideiussione, volontariamente prestata, *non potrà sostituire* quella richiesta *ex lege*, ma *dovrà aggiungersi* ad essa. Sarà quindi possibile sia il rilascio di *due distinte fideiussioni*, la prima conforme alle prescrizioni degli artt. 2 e 3 del decreto in commento, e la seconda a copertura dei rischi di ultimazione del fabbricato; sia il rilascio di un'*unica fideiussione, che garantisca entrambi gli eventi*, e che comunque non potrà difettare del contenuto minimo richiesto dalla normativa protettiva.

7. IL PRESUPPOSTO PER L'ESCUSSIONE DELLA FIDEIUSSIONE: LA SITUAZIONE DI CRISI

L'art. 2, comma 1, lett. c), della legge n. 210/2004, e l'art. 1, lett. c), del decreto legislativo, definiscono 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”.

L'art. 3, comma 2, del decreto legislativo 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 contrat-

prestata alternativamente “la garantie de l'achèvement de l'immeuble ou du remboursement des versements effectués en cas de résolution du contrat à défaut d'achèvement”. In particolare, la garanzia di completamento dell'immobile è disciplinata dagli artt. R261-17 a R261-21. Ai sensi dell'art. R261-23, “Le vendeur et le garant ont la faculté, au cours de l'exécution du contrat de vente, de substituer la garantie d'achèvement prévue à l'article R. 261-21, à la garantie de remboursement ou inversement, à la condition que cette faculté ait été prévue au contrat de vente”.

to, 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 della sentenza che dichiara lo stato di insolvenza o, se anteriore, del decreto che dispone la liquidazione coatta amministrativa o l'amministrazione straordinaria").

Esecuzione immobiliare individuale e procedure concorsuali esauriscono, quindi, le fattispecie di situazioni di crisi, in presenza delle quali scatta il rimedio dell'escussione della fideiussione (di cui oltre). *L'acquirente non deve essere quindi obbligatoriamente garantito dalle 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*. In altre parole, alla persona fisica acquirente è attribuito un mezzo idoneo di tutela rispetto al pericolo di queste formalità pregiudizievoli: *imputet sibi* l'acquirente che non si è avvalso di tale strumento, pur avendone la possibilità. Scelta, questa, per molti aspetti contestabile, in quanto - proprio in ragione della debolezza contrattuale dell'acquirente - appare in contrasto con la logica del provvedimento in esame la rimessione della scelta in ordine alla trascrizione del contratto preliminare alla libera decisione delle parti: *coerenza vorrebbe che, come è obbligatoria la fideiussione, fosse parimenti obbligatoria la 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, va quindi ribadito che *solo la redazione del contratto preliminare in forma di atto pubblico o di scrittura pri-*

vata 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 preventivo di legalità effettuato dal notaio - l'osservanza delle prescrizioni dettate dal decreto legislativo in commento.

8. IL MOMENTO DELLA PRESTAZIONE DELLA FIDEIUSSIONE; INAMMISSIBILITÀ DELLA FIDEIUSSIONE A “TRANCHES” SUCCESSIVE

Ai sensi dell'art. 2, comma 1, del decreto legislativo, il costruttore è obbligato a procurare il rilascio ed a consegnare all'acquirente, “*all'atto della stipula*” del contratto, “*ovvero in un momento precedente*”, una fideiussione “*di importo corrispondente alle somme e al valore di ogni altro eventuale corrispettivo che il costruttore ha riscosso e, secondo i termini e le modalità stabilite nel contratto, deve ancora riscuotere dall'acquirente prima del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento*”. La disposizione attua la previsione della legge delega, che all'art. 3, comma 1, lett. c), richiede l'imposizione in capo al costruttore dell'obbligo “*di procurare il rilascio e di provvedere alla consegna, prima della stipula del contratto preliminare d'acquisto o dell'atto equipollente*” di fideiussione “*di importo pari alle somme e al valore di ogni altro eventuale corrispettivo che complessivamente ha riscosso e deve ancora riscuotere prima della stipula del contratto definitivo di compravendita o dell'atto definitivo di assegnazione*”.

Dal dettato legislativo, quindi, si evince chiaramente la *necessaria anteriorità, o contestualità, del rilascio e consegna della fideiussione per l'intero importo da garantire*. Ciò dà luogo, ovviamente, a qualche inconveniente, in quanto obbliga l'impresa costruttrice ad esaurire la propria disponibilità di credito, per intero, all'atto della stipula del contratto preliminare o atto equipollente. Tenendo conto di ciò, nel corso dei *lavori preparatori* è stata suggerita la previsione di una sorta di fideiussione “*in progressione*”, o “*a tranches successive*”: fermo restando, cioè, l'obbligo di prestare garanzia per l'intero corrispettivo versato, si era suggerito di consentire che la fideiussione venisse prestata in misura corrispondente ai singoli versamenti e contestualmente alla riscossione degli stessi¹⁶. So-

¹⁶ Cfr. le osservazioni del senatore Callegaro nel corso della 464^a Seduta della Commissione Giustizia del Senato in data 13 aprile 2005: “Per evitare un eventuale indebito arricchimento connesso alla copertura di garanzia per somme non riscosse a favore del soggetto che presta la garanzia medesima, sarebbe da prevedere una sorta di fideiussione in progressione atta a garantire le somme che di volta in volta saranno predisposte. Ciò potrebbe avvenire con l'inserimento all'articolo 1, comma 1,

luzione però che, a ben vedere, oltre a non rispettare la previsione della legge delega si sarebbe posta in contrasto con la *ratio* della normativa. Delle due, infatti, l'una: o si assicura *ab initio* il progressivo rilascio della fideiussione ad opera del soggetto abilitato, ed allora l'obiettivo di non esaurire da subito la linea di credito non sembra realizzato, visto che comunque per il fideiussore garantire da subito l'intero pagamento, od obbligarsi inderogabilmente a garantirlo non fa alcuna differenza. Oppure la modifica proposta, rimettendo al mero obbligo del costruttore di prestare la fideiussione per le successive *tranches*, avrebbe in tutto vanificato la tutela dell'acquirente.

A fronte delle osservazioni delle commissioni parlamentari, tuttavia, il legislatore ha operato delle modifiche al testo dell'art. 2, comma 1, del decreto: da un lato si parla ora di "importo *corrispondente* alle somme e al valore di ogni altro eventuale corrispettivo", in luogo di "importo *pari*" alle suddette somme, come recitava lo schema preliminare del decreto legislativo; con ciò intendendosi probabilmente legittimare - ma non ve ne era bisogno - il rilascio di fideiussione per importi anche *superiori* rispetto a quelli da garantire. D'altro lato, si precisa ora che la fideiussione può essere rilasciata "*anche secondo quanto previsto dall'articolo 1938 del codice civile*": disposizione, quest'ultima, che ammette il rilascio di fideiussione per obbligazioni future o condizionali, a condizione che venga precisato l'importo massimo garantito. La relazione governativa al testo definitivo del decreto legislativo precisa che in tal modo si è inteso consentire "che il valore della fideiussione possa essere rapportato ai versamenti effettivamente avvenuti e non stimato sull'intero valore del bene promesso in vendita, così da inserire quel concetto di progressività che è oggetto dei suggerimenti provenienti dalle citate commissioni parlamentari". In realtà, non sembra che le modifiche apportate abbiano mutato il quadro normativo sotto il profilo che interessa: *la fideiussione per l'intero importo da garantire* (comprensivo di tutte le somme da riscuotersi prima della stipula del contratto definitivo) *deve essere comunque consegnata anteriormente, o contestualmente alla stipula del contratto*; ed anche senza la precisazione normativa, non si sarebbe potuto dubitare dell'utilizzabilità dello schema disciplinato dall'art. 1938 c.c.; schema che consente di garantire *ab initio* l'intero importo previsto dalla legge, salvo successiva-

dopo le parole "prima del trasferimento della proprietà o altro diritto reale di godimento", delle seguenti: "fermo restando l'obbligo di prestare garanzia per l'intero corrispettivo versato le parti possono convenire che la fideiussione venga prestata in misura corrispondente ai singoli versamenti e contestualmente alla riscossione degli stessi".

mente determinare specificamente - come ha chiarito la giurisprudenza, *per relationem* (ad esempio, con riguardo al contratto preliminare ed agli eventuali contratti modificativi stipulati tra costruttore e acquirente), o con il meccanismo dell'integrazione successiva del contratto *ex artt.* 1346 e 1349 c.c.¹⁷, ovviamente in base agli elementi desumibili dallo stesso negozio fideiussorio¹⁸, ed in ogni caso nel rispetto di correttezza e buona fede¹⁹ - le somme effettivamente garantite. Anche dopo la modifica del testo normativo, quindi, non può che ritenersi *vietato il rilascio della fideiussione per tranches successive*. È invece possibile stabilire, all'atto del rilascio della fideiussione, un *importo massimo più elevato rispetto a quello degli acconti originariamente pattuiti nel contratto*, in modo da rendere la fideiussione capiente in relazione ad eventuali varianti in corso d'opera, che comportino ulteriori acconti a carico dell'acquirente.

9. FIDEIUSSIONE E INADEMPIMENTO DELL'ACQUIRENTE

Né la legge delega, né il decreto legislativo attuativo prendono in considerazione l'ipotesi in cui, a seguito della stipula del contratto e del rilascio della fideiussione, l'acquirente risulti inadempiente alle obbligazioni dallo stesso contratte. Può, infatti, verificarsi che l'acquirente non adempia all'obbligo di pagamento del prezzo, o dei relativi acconti pattuiti, o ad altre obbligazioni eventualmente contratte, per causa a lui imputabile. In tale evenienza, in presenza di clausole contrattuali che prevedano un termine essenziale (art. 1457 c.c.), una clausola risolutiva espressa (art. 1456 c.c.), o una condizione risolutiva, il costruttore ha la possibilità di ottenere tempestivamente la risoluzione di diritto del contratto. Nel caso in cui la risoluzione di diritto non sia stata espressamente prevista nel contratto, il costruttore può utilizzare lo strumento della diffida ad adempiere (art. 1454 c.c.), in modo tale che - decorso un congruo termine - il contratto si risolva *ipso iure*. In mancanza, la risoluzione per inadempimento può essere chiesta giudizialmente (art. 1453 c.c.).

Quid iuris in relazione alla fideiussione rilasciata ai sensi dell'art. 2 del decreto in commento? In base ai principi generali, l'efficacia della fi-

¹⁷ Cass. 18 luglio 1997 n. 6635, in *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 25; Cass. 20 ottobre 1994 n. 8582, in *Contratti*, 1995, p. 292.

¹⁸ App. Milano 31 gennaio 1996, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1997, II, p. 309.

¹⁹ Cass. 24 febbraio 2004 n. 3610, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 5; Cass. 9 dicembre 1997 n. 12453, in *Giur. it.*, 1998, p. 1644; Cass. 30 dicembre 1997 n. 13131, in *Giur. it.*, 1998, p. 1644; Cass. 19 gennaio 1995 n. 558, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, c. 671.

deiusione viene meno con il venir meno dell'obbligazione principale: ciò si desume chiaramente dalle previsioni degli artt. 1939, 1941, 1945 c.c. Disposizioni, queste, che trovano certamente applicazione anche nel settore in esame, pur in presenza di una disposizione - quale quella contenuta nell'art. 3, comma 7, del decreto - che stabilisce imperativamente in dipendenza di quale evento (l'acquisto della proprietà) cessa l'efficacia della fideiussione. La difficoltà nasce, evidentemente, dal fatto che può non essere agevole accertare l'imputabilità all'acquirente dell'inadempimento, e ciò anche in presenza di clausole risolutive espresse e simili. Il che, prevedibilmente, non consentirà al fideiussore di ritenersi senz'altro liberato dall'obbligazione di garanzia se non nei casi in cui l'inadempimento imputabile sia accertato con sentenza (con tutti gli inconvenienti, anche economici, legati alla necessità di attendere il termine del processo ed il passaggio in giudicato della sentenza di risoluzione del contratto).

Tutto ciò considerato, appare assolutamente *opportuno* inserire nel contratto una *clausola risolutiva espressa* in dipendenza dell'inadempimento dell'acquirente all'obbligo di pagamento del prezzo, e *devolvere nel contempo l'accertamento dei presupposti dell'inadempimento ad un terzo con funzioni di arbitro*, in modo da poter addivenire, in tempi rapidi alla definizione dell'eventuale controversia ed alla liberazione del fideiussore dagli obblighi assunti.

10. INAMMISSIBILITÀ DELLA RINUNCIA ALLA FIDEIUSSIONE DA PARTE DELL'ACQUIRENTE. INIDONEITÀ DI GARANZIE SOSTITUTIVE

La normativa a tutela dell'acquirente è di ordine pubblico: essa fa parte, più precisamente, del c.d. *ordine pubblico di protezione*, che è nel contempo *ordine pubblico di direzione*, finalizzato come è, da un lato al riequilibrio delle posizioni delle parti in particolari e delicati settori della contrattazione, caratterizzati da squilibrio di forza economica e di potere contrattuale e da vistose asimmetrie informative; e, d'altro lato, al raggiungimento dell'efficienza del mercato e quindi alla correzione di squilibri "macroeconomici"²⁰. Si pensi, per quanto riguarda questo ultimo profilo, al fatto che l'importo della fideiussione disciplinata dagli artt. 2 e 3 del decreto costituisce la "base imponibile" del contributo obbligatorio che il costruttore deve versare, a norma dell'art. 17, commi 3 e 4 del decreto legi-

²⁰ GENTILI, *Atti notarili "proibiti" e sistema delle invalidità*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 272.

slativo, al Fondo di solidarietà finalizzato a indennizzare gli acquirenti di immobili da costruire, vittime di procedure concorsuali non ancora concluse al 31 dicembre 1993, e non ancora aperte alla data di entrata in vigore del decreto.

Ne consegue che la disciplina che appresta garanzie a favore dell'acquirente è *inderogabile ed indisponibile*, e le relative tutele non possono formare oggetto di rinuncia o transazione ad opera del soggetto tutelato.

L'acquirente non può, pertanto, rinunciare, né preventivamente né successivamente, alla garanzia fideiussoria prevista a suo favore. Il patto di rinuncia, come pure l'eventuale rinuncia unilaterale, devono quindi ritenersi affetti da *nullità assoluta* per contrasto con norme imperative, ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c.²¹.

Neanche potrebbe l'acquirente rinunciare alla garanzia fideiussoria in cambio di altra garanzia, pur se idonea a salvaguardare i suoi interessi. Nel corso dei lavori preparatori era stata suggerita la possibile sostituzione della fideiussione con strumenti alternativi, quali ad esempio *il deposito delle somme dovute a titolo di acconto presso un terzo*, con obbligo di consegnarle al costruttore al momento del trasferimento della proprietà, ovvero all'acquirente in caso di situazione di crisi: si era suggerito in particolare il deposito *presso un notaio*, o il versamento *presso la banca di riferimento del costruttore* (mezzi questi idonei sia a garantire l'acquirente, sia ad aumentare la disponibilità di credito del costruttore con la dimostrazione della sua solidità finanziaria)²². Il suggerimento, avanzato nel corso dell'esame parlamentare dello schema di decreto legislativo,

²¹ DE NOVA, *La garanzia fideiussoria del costruttore all'acquirente per la restituzione*, in *Atti del convegno Paradigma*, Milano 14 aprile 2005 (il quale da un lato afferma che "sarebbe nullo un patto tra il costruttore e l'acquirente volto ad escludere l'obbligo di rilascio della fideiussione, e nulla una preventiva rinuncia"; dall'altro evidenzia che la normativa di tutela è "assistita da un rimedio, quale la nullità relativa, che il compratore è libero di attivare o non attivare. Dato che la fideiussione ha un costo, se il compratore è disposto a correre il rischio può risparmiare il costo della fideiussione, rinunciando - di fatto - a pretenderla"; pur segnalando la norma che impone di indicare gli estremi della fideiussione nel contratto); 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.

²² Cfr. le osservazioni del senatore Callegaro nel corso della 464^a Seduta della Commissione Giustizia del Senato in data 13 aprile 2005: "ad esempio, altra garanzia potrebbe essere quella di non consegnare le somme da versare al costruttore, ma di depositarle presso un terzo con l'incarico di consegnarle o alla resa della fideiussione o al momento del passaggio della proprietà. In caso di situazione di crisi le somme verrebbero restituite al promittente acquirente. Il denaro potrebbe essere depositato presso un notaio o anche versato presso la banca di riferimento del costruttore. Anche se per il costruttore il denaro non sarebbe in tal modo disponibile questa potrebbe comunque aumentare la disponibilità di credito presso la banca dimostrando la sua solidità e rendendogli quindi più facile l'ottenimento di finanziamento per la costruzione".

pur essendo certamente ragionevole non ha potuto essere accolto causa l'incompatibilità con le prescrizioni della legge delega²³. Alla quale è da ascrivere pertanto la responsabilità della inutile rigidità della garanzia fideiussoria, in luogo dell'opportuna elasticità attuata dal legislatore francese²⁴. Tanto più che l'alternativa era stata suggerita già nel corso dei lavori preparatori della legge delega, ma non è stata accolta²⁵. Ha probabilmente pesato il timore che il deposito presso terzi (notaio o banca) delle somme pattuite avrebbe svelato l'entità di queste ultime, rendendo quindi impossibile la simulazione del prezzo, e costringendo a dichiarare nel contratto di compravendita l'intero ammontare del prezzo pattuito. Senza tener conto del fatto che tale simulazione - contrastata solo a parole dal legislatore fiscale - può determinare addirittura la nullità relativa del contratto, nella misura in cui la fideiussione non sia prestata in corrispondenza al prezzo effettivamente pattuito e da pagarsi prima dell'acquisto della proprietà.

²³ La relazione governativa al decreto legislativo evidenzia, infatti, che "all'articolo 2 non si è introdotta la suggerita forma di tutela, alternativa alla fideiussione, consistente nel deposito delle somme versate dall'acquirente presso un terzo garante. Invero, si è considerato che la legge di delega, pur annoverando come sua finalità l'individuazione di forme di tutela per gli acquirenti, abbia enucleato, nell'ambito dei criteri direttivi espressi all'articolo 3, comma 1, lettera c), la fideiussione come il solo strumento idoneo a soddisfare la propria finalità, sì da attribuire a tale individuazione un carattere di tassatività che non sembra consentire soluzioni alternative".

²⁴ Ai sensi dell'art. L261-12 del *Code de la construction et de l'habitation*, "Le contrat de vente à terme peut seulement stipuler que des dépôts de garantie seront faits, à mesure de l'avancement des travaux, à un compte spécial ouvert au nom de l'acquéreur par un organisme habilité à cet effet. Les fonds ainsi déposés sont incessibles, insaisissables et indisponibles dans la limite des sommes dues par l'acheteur, sauf pour le paiement du prix". Ai sensi dell'art. R261-4, "Les fonds qui ont fait l'objet de dépôts de garantie sont valablement versés au vendeur par l'établissement dépositaire, hors la présence et sans le concours de l'acquéreur, sur simple production d'une attestation du notaire ayant reçu l'acte de vente certifiant que l'achèvement de l'immeuble a été constaté. Le notaire doit informer l'établissement dépositaire et l'acquéreur de la situation hypothécaire. S'il existe sur l'immeuble des inscriptions ou s'il existe quelque autre empêchement au paiement, le notaire indique à l'établissement dépositaire le montant des fonds nécessaires à l'apurement de la situation. Ces fonds sont conservés par l'établissement dépositaire pour être utilisés audit apurement, conformément aux instructions données par le notaire."

²⁵ Cfr., nel corso della 279^a Seduta della Commissione Giustizia del Senato in data 29 ottobre 2003, la proposta del senatore Gubetti, che evidenziava "la possibilità di un maggiore coinvolgimento dei notai presso i quali potrebbero essere depositati i corrispettivi degli acquisti fino al completamento dell'opera. Tale soluzione non impedirebbe comunque ai costruttori di ottenere risorse per la realizzazione dell'opera in quanto le banche potrebbero fare affidamento proprio sugli importi depositati presso i notai"; nonché la proposta della senatrice Alberti Casellati, che invitava "a valutare la proposta, suscettibile di ulteriori approfondimenti, di prevedere a carico dei costruttori un obbligo di deposito cauzionale presso le banche a garanzia dell'esatto adempimento delle loro obbligazioni".

11. LA SANZIONE DELLA NULLITÀ RELATIVA

La fideiussione deve essere rilasciata, e consegnata all'acquirente all'atto della conclusione del contratto o in un momento precedente, "a pena di nullità del contratto stesso che può essere fatta valere unicamente dall'acquirente" (art. 2, comma 1, del decreto legislativo).

Verrà analizzata, in apposita parte del presente lavoro, la disciplina di questa nullità relativa²⁶. Merita, in questa sede, evidenziare come detta nullità assicuri una tutela davvero blanda all'acquirente. Nel caso, infatti, in cui le parti contraenti, per qualsiasi motivo, abbiano concluso il contratto in assenza di fideiussione, generalmente a ciò si sarà accompagnato il pagamento di acconti da parte dell'acquirente; l'accoglimento dell'azione di nullità comporterebbe il diritto del medesimo acquirente ad ottenere la restituzione delle somme corrisposte a titolo di ripetizione di indebitato, che però non sarebbe in alcun modo garantito ed anzi - in caso di dissesto dell'impresa - l'acquirente sarebbe rimborsato in moneta fallimentare. Il tutto, nella maggior parte dei casi, in assenza di qualsiasi privilegio, rimanendo inapplicabile l'art. 2775-*bis* c.c. ai casi - che costituiscono la maggioranza - in cui il contratto preliminare non sia stato trascritto. Per di più, con la pronuncia della nullità, verrebbe definitivamente meno qualsiasi diritto dell'acquirente all'adempimento delle obbligazioni contratte dal costruttore: il quale ultimo, invece, liberatosi da qualsiasi vincolo potrebbe legittimamente rivendere l'immobile a terzi, lucrando per una seconda volta il relativo corrispettivo.

De iure condendo, quindi, appare necessario assicurare l'effettività dell'obbligo di prestare fideiussione, mediante la *previsione dell'obbligatoria trascrizione del preliminare* e, quindi, dell'intervento notarile, con il conseguente controllo preventivo di legalità, che quest'ultimo è tenuto ad effettuare a norma dell'art. 28 della legge notarile. Anche in assenza di un'espressa statuizione di obblighi in capo al notaio, quest'ultimo sarebbe obbligato - ai sensi del suddetto art. 28 - a verificare l'esistenza della fideiussione, prevista a pena di nullità relativa dell'atto.

12. LA FIDEIUSSIONE COME OBBLIGO DEL VENDITORE: I RIMEDI SINALLAGMATICI

L'art. 2, comma 1, del decreto legislativo dispone che "il costruttore è obbligato, a pena di nullità del contratto che può essere fatta valere uni-

²⁶ Cfr. il Capitolo VI.

camente dall'acquirente", a prestare la fideiussione. A prescindere dai profili relativi alla nullità, dalla lettera della legge risulta chiaramente l'*obbligazione del venditore* di prestare la garanzia²⁷.

Sembra doversi ritenere che tale garanzia fideiussoria si inserisca nel contesto delle prestazioni sinallagmatiche dovute in conseguenza della conclusione del contratto²⁸.

Ciò è di notevole importanza: l'inadempimento dell'obbligazione determina - in alternativa alla possibilità per l'acquirente di attivare l'azione di nullità relativa - i *rimedi sinallagmatici* previsti dal codice civile in conseguenza dell'inadempimento. *La sanzione della nullità relativa, quindi, si aggiunge, e non si sostituisce, ai normali rimedi spettanti al contraente adempiente*²⁹.

Innanzitutto, l'acquirente potrà chiedere la *risoluzione del contratto per inadempimento*. La mancata prestazione della garanzia, nell'economia del contratto avente ad oggetto immobili da costruire, non può infatti considerarsi inadempimento di scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'acquirente (art. 1455 c.c.); al contrario, il giudizio di gravità dell'inadempimento sembra sussistere *in re ipsa*, come dimostra la sanzione di nullità relativa. Di più: anche in mancanza di clausola risolutiva espressa, deve probabilmente ritenersi che il termine previsto dalla legge (la fideiussione va rilasciata e consegnata anteriormente, o contestualmente, alla stipula del contratto) possa il più delle volte qualificarsi come essenziale nell'interesse dell'acquirente, tale quindi da legittimare la *risoluzione di diritto*, che comunque richiede una precisa espressione di volontà della parte acquirente, entro tre giorni (art. 1457 c.c.).

L'acquirente potrà, poi, rifiutarsi di adempiere alla propria obbligazione, in particolare al pagamento degli acconti pattuiti, in mancanza della prestazione della fideiussione (art. 1460 c.c.)³⁰; l'applicabilità dell'*eccezione di inadempimento*, quale conseguenza dell'obbligatorietà della prestazione di garanzia, rende inoperante la successiva disposizione dell'art. 1461 c.c., che invece presuppone l'inesistenza di un'obbligazione di ga-

²⁷ CASARANO, *La garanzia fideiussoria*, in *Atti del convegno Paradigma*, Milano 14 aprile 2005, p. 4.

²⁸ Trib. Roma 6 novembre 1998, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 3457; Cass. 20 maggio 1985 n. 3085, in *Vita not.*, 1985, p. 281. Più in generale, per l'estensione del sinallagma contrattuale anche alle obbligazioni collaterali di protezione, cfr. Cass. 16 novembre 2000 n. 14865, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 75.

²⁹ DE NOVA, *La garanzia fideiussoria del costruttore all'acquirente per la restituzione*, in *Atti del convegno Paradigma*, Milano 14 aprile 2005.

³⁰ Cass. 27 giugno 1992 n. 8064, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, c. 1296.

ranza, oltre ad un peggioramento delle condizioni patrimoniali dell'altro contraente³¹.

Ci si potrebbe chiedere, a questo punto, qual è l'*utilità della previsione di nullità relativa*, quando l'acquirente potrebbe conseguire praticamente i medesimi risultati a mezzo dell'azione di risoluzione del contratto. A parte il *diverso regime di opponibilità ai terzi* della nullità e della risoluzione (cfr. gli artt. 1458, 2652 nn. 1 e 6, c.c.), *la differenza decisiva si riscontra nel caso di intervento notarile*, in quanto il notaio, mentre può sicuramente ricevere un contratto risolubile, non potrebbe viceversa ricevere, secondo l'interpretazione preferibile, un contratto affetto da nullità, sia pure relativa.

13. CARATTERISTICHE INDEROGABILI DELLA FIDEIUSSIONE

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. 3, comma 1); il difetto dei requisiti soggettivi prescritti rende, chiaramente, inidonea la fideiussione ai fini ai quali è destinata, con conseguente nullità relativa del contratto. La stessa fideiussione deve avere - sempre a pena di nullità - determinate *caratteristiche inderogabili*.

In primo luogo, il fideiussore deve *rinunciare al beneficio della preventiva escussione del debitore principale* (art. 1944, comma 2, c.c.). Il che significa che l'acquirente potrà chiedere al fideiussore il rimborso delle somme pagate senza necessità di instaurare un'apposita procedura esecutiva nei confronti del costruttore.

La fideiussione deve, inoltre, essere escutibile, verificata la situazione di crisi, a *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. La clausola "a richiesta scritta" implica, in deroga al disposto dell'art. 1945 del codice civile, che il fideiussore dovrà effettuare il pagamento richiestogli *a prima richiesta*, senza alcun onere di informazione specifica (o di produzione di particolare documentazione) in relazione alla sussistenza dell'inadempimento o all'eventuale pregressa estinzione dell'obbligazione garantita, e senza quindi che esso fideiussore possa opporre al creditore eccezioni al fine di evitare il pagamento immediato. Oc-

³¹ Sui presupposti del rimedio *ex art. 1461 c.c.*, cfr. BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, II, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1988, p. 58 ss.

corre comunque tener conto della *natura accessoria della fideiussione rispetto all'obbligazione garantita*, che distingue nettamente anche tale fideiussione dal contratto autonomo di garanzia³², determinando alcune importanti conseguenze di disciplina.

Da un lato, la legge sancisce espressamente l'invalidità della fideiussione in dipendenza dell'invalidità dell'obbligazione principale (art. 1939 c.c.). D'altro lato, l'art. 1462 c.c. dispone che la clausola con cui si stabilisce che una delle parti non può opporre eccezioni al fine di evitare o ritardare la prestazione dovuta, non ha effetto per le eccezioni di nullità, annullabilità e rescissione del contratto. Il che fa *salva la proponibilità, dal fideiussore all'acquirente, di queste ultime eccezioni*, oltre - secondo quanto comunemente si ritiene - all'eccezione concernente la contrarietà dei comportamenti dell'acquirente-creditore ai principi di correttezza e buona fede (*exceptio doli*)³³.

Dall'accessorietà della fideiussione deriva anche che la clausola "a semplice richiesta scritta" non preclude in radice neanche le altre eccezioni, risolvendosi in sostanza in una clausola *solve et repete*, come ha avuto modo di chiarire la giurisprudenza: clausola, quindi, che comporta la possibilità per il fideiussore di ripetere direttamente nei confronti dell'acquirente-creditore quanto pagato, sussistendone i presupposti³⁴.

La legge non richiede che la fideiussione in oggetto garantisca anche l'eventualità di invalidità dell'obbligazione principale (c.d. *clausola di sopravvivenza*), posto che l'unico evento a fronte del quale è prescritta la garanzia obbligatoria è la "situazione di crisi" del costruttore. Ne conse-

³² Sulla differenza tra fideiussione a prima richiesta e contratto autonomo di garanzia, cfr. MEO, *Fideiussioni e polizze fideiussorie: la clausola a prima richiesta*, in *Contratto e impresa*, 1998, p. 921; CHINÉ, *Fideiussione omnibus e contratto autonomo di garanzia*, in *Giur.*, 1996, p. 93; MELANDRI, *Del contratto di fideiussione con clausola solve et repete*, in *Foro pad.*, 1996, I, p. 290; VIALE, *La fideiussione e il contratto autonomo di garanzia*, in *I contratti del commercio e dell'industria e del mercato finanziario*, Torino, I, p. 763; BARBIERA, *Le garanzie atipiche ed innominate nel sistema del codice del 1942*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1992, II, p. 727; MASTROPAOLO, *Pagamento a prima richiesta, limiti all'opponibilità delle eccezioni e problemi probatori*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1990, II, p. 553. In giurisprudenza, Cass. 7 gennaio 2004 n. 52, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 1; Cass. 20 aprile 2004 n. 7502, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 13; Cass. 4 luglio 2003 n. 10574, in *Foro it.*, Rep. 2003, voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 45; Cass. 19 giugno 2001 n. 8324, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2002, II, p. 654; Cass. 3 febbraio 1999 n. 920, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2001, II, p. 666.

³³ PETRELLI, *Formulario notarile commentato*, II, Milano 2001, formula 215.3.

Per la proponibilità dell'*exceptio doli*, Cass. 1 ottobre 1999 n. 10864, in *Contratti*, 2000, p. 139; Cass. 3 febbraio 1999 n. 917, in *Arch. civ.*, 1999, p. 856.

³⁴ Cass. 29 marzo 1996 n. 2909, in *Foro it.*, 1996, I, c. 1621; Cass. 1 luglio 1995 n. 7345, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, c. 620; Pret. Lecco 22 dicembre 1992, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1994, II, p. 286; Cass. 1 ottobre 1999 n. 10864, in *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 20.

gue che la suddetta clausola di sopravvivenza, pur ammissibile nella fideiussione per debiti futuri *ex art. 1938 c.c.*³⁵, in quanto maggiormente favorevole all'acquirente, può legittimamente mancare; con la conseguenza che *in caso di invalidità del contratto preliminare, o del contratto ad effetti reali differiti, il credito restitutorio dell'acquirente nei confronti del costruttore non è assistito da alcuna garanzia.*

La *durata della fideiussione* è 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. 3, comma 5*, che rende inopponibile all'acquirente il pagamento del premio o della commissione ad opera del costruttore)³⁶.

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*

³⁵ Per la validità della c.d. clausola di sopravvivenza, nella misura in cui la fideiussione concerna anche debiti futuri e si estenda, quindi, anche all'obbligo di restituzione conseguente all'invalidità dell'obbligazione principale, cfr. Cass. 31 agosto 1984 n. 4738, in *Foro it.*, 1985, I, c. 505, con nota di VALCAVI. In senso adesivo a quest'ultima sentenza, cfr. Cass. 10 aprile 1995 n. 4117, in *Arch. civ.*, 1995, p. 1398; Cass. 6 dicembre 1994 n. 10448, in *Foro it.*, Rep. 1994, voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 27; Cass. 20 agosto 1992 n. 9719, in *Foro it.*, 1993, I, c. 2175, con nota di VALCAVI. La validità della clausola è quindi subordinata all'estensione della garanzia anche agli obblighi restitutori, futuri ed eventuali, non derogandosi in tal caso all'accessorietà ed all'art. 1939 c.c.

Per la possibilità di garantire con fideiussione gli obblighi restitutori derivanti dalla nullità dell'obbligazione principale, cfr. già Cass. 20 giugno 1951 n. 1647, in *Foro it.*, Rep. 1951, voce *Fideiussione*, n. 2.

³⁶ 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.

pattizamente, con conseguente inidoneità della fideiussione che preveda condizioni diverse ai fini dell'art. 2 del decreto in esame.

In base alla normativa generale della fideiussione, il creditore deve, a norma dell'art. 1957 c.c., proporre le sue istanze contro il debitore principale entro sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione principale, e solo a tale condizione permane l'obbligo del fideiussore pur dopo la scadenza dell'obbligazione principale. È applicabile una tale disposizione alla fideiussione in esame? Nel parere approvato dalla Commissione Giustizia del Senato si era suggerito di dispensare l'acquirente dall'osservanza di tale termine, ma di tale osservazione non è stato tenuto conto nella redazione del testo definitivo del decreto delegato: ciò perché si è ritenuto - come risulta dalla relazione governativa - che "una simile eventualità non sembra prospettabile nella fattispecie che ne occupa. Invero, il sistema delineato con il presente decreto prevede che *il creditore possa agire nei confronti del fideiussore solo se abbia rinunciato all'obbligazione principale, sì che non sembra prospettabile l'eventualità che l'obbligazione principale scada e che l'obbligo di garanzia permanga*: ove, infatti, il promissario acquirente divenga proprietario del bene (per avvenuto trasferimento della proprietà), la normativa in esame cessa di avere applicazione e la garanzia fideiussoria non è più invocabile". Se si aderisce all'opinione del relatore, ritenendosi quindi che il termine previsto dall'art. 1957 c.c. trovi applicazione unicamente al caso in cui "l'obbligazione principale scada e l'obbligo di garanzia permanga"³⁷, non resta che con-

³⁷ Secondo la giurisprudenza, "la decadenza del creditore dalla fideiussione (art. 1957 c.c.) non opera in presenza di un impedimento giuridico ostativo alla realizzazione della pretesa verso il debitore principale, poiché l'impossibilità di esperire qualsiasi azione nei confronti di quest'ultimo, quando risulti evidente e giuridicamente insuperabile, non può in alcun modo integrare gli estremi della «negligenza del creditore» (presupposto dell'applicabilità della norma de qua) e, per l'effetto considerarsi causa efficiente dell'estinzione della garanzia": Cass. 6 agosto 2002 n. 11771, in *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 42.

Si è anche rilevato che "nella ipotesi in cui la durata di una fideiussione sia correlata non alla scadenza della obbligazione principale ma al suo integrale adempimento, l'azione del creditore nei confronti del fideiussore non è soggetta al termine di decadenza previsto dall'art. 1957 c.c.": Cass. 27 novembre 2002 n. 16758, in *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 43; Cass. 19 luglio 1996 n. 6520, in *Foro it.*, Rep. 1996, voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 49; Cass. 24 marzo 1994 n. 2827, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1995, II, p. 558.

Nel caso di specie, la fideiussione trova la propria ragion d'essere nello stato di dissesto del costruttore: non sembra quindi avere senso, riguardo a tale fattispecie, l'applicazione di una norma, qual è l'art. 1957 c.c., finalizzata "a far sì che il creditore stesso prenda sollecite e serie iniziative contro il debitore principale per recuperare il proprio credito, in modo che la posizione del garante non resti indefinitamente sospesa": Cass. 14 gennaio 1997 n. 283, in *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 54. La giurisprudenza ha infatti precisato che "la decadenza della fideiussione - prevista dall'art. 1957 c.c. per il caso in cui il creditore non abbia proposto e diligentemente continuato le proprie istanze contro il debitore principale, entro sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione -

cludere che l'acquirente possa escutere la fideiussione nel termine di prescrizione decennale³⁸, a prescindere da quanto disposto dall'art. 1957 c.c. *È quindi da ritenersi illegittima l'eventuale clausola del negozio di fideiussione che ponga a carico dell'acquirente l'onere ex art. 1957 c.c.*

14. CLAUSOLE MIGLIORATIVE DELLA FIDEIUSSIONE; IL CONTRATTO AUTONOMO DI GARANZIA

Non si ravvisa alcun ostacolo alla deroga delle previsioni dell'art. 3 *in melius*, a favore dell'acquirente. Saranno, quindi, certamente *ammissibili clausole della fideiussione migliorative rispetto al contenuto minimo* fissato all'art. 2.

Si è già visto, ad esempio, che appare pienamente legittima la c.d.

non può operare allorché esista un ostacolo giuridico alla realizzazione della pretesa del creditore nei confronti del debitore principale, poiché l'impossibilità di esperire qualsiasi azione nei confronti di quest'ultimo, quando sia evidente a priori e giuridicamente insuperabile, non può in alcun modo addebitarsi a negligenza del creditore e, quindi, considerarsi produttiva dell'estinzione della garanzia": Cass. 3 aprile 1996 n. 3085, in *Fallimento*, 1996, p. 991.

Del resto, poiché la fideiussione in oggetto può essere escussa "a richiesta scritta dell'acquirente", la previsione dell'art. 1957 c.c. non troverebbe comunque applicazione secondo la prevalente giurisprudenza: Cass. 1 giugno 2004 n. 10486, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 17; Cass. 10 maggio 2002 n. 6728, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 1615. *Contra*, Cass. 4 luglio 2003 n. 10574, in *Foro it.*, Rep. 2003, voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 45.

³⁸ Nel senso che il diritto del creditore nei confronti del fideiussore sia soggetto a prescrizione decennale, decorrente dal momento in cui l'obbligazione garantita è divenuta esigibile, Cass. 23 marzo 2004 n. 5720, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 11; Cass. 21 novembre 2000 n. 15024, in *Foro it.*, Rep. 2000, voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 43; Cass. 14 aprile 1998 n. 3783, in *Foro it.*, 1998, I, c. 2139; Cass. 19 giugno 1997 n. 5481, in *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 26; Cass. 18 aprile 1996 n. 3662, in *Foro it.*, Rep. 1996, voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 55; App. Milano 23 aprile 1985, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1986, II, p. 584.

In realtà, tali decisioni vanno "adattate" alla peculiare fattispecie disciplinata dagli artt. 2 e 3 del decreto legislativo in commento: poiché, a norma dell'art. 3, l'acquirente può escutere la fideiussione solo al verificarsi della situazione di crisi, è da tale momento che il diritto può essere esercitato e che decorre, quindi, il termine decennale di prescrizione.

Nel caso di polizza fideiussoria, si è ritenuto che si applichi il termine annuale di prescrizione, ex art. 2952, comma 1, c.c., unicamente al rapporto tra assicuratore e contraente, quando sia accertato, attraverso la verifica della concreta volontà delle parti mediante l'esame e la interpretazione delle clausole di polizza, che le parti medesime, nella loro piena autonomia contrattuale, abbiano voluto richiamare la disciplina propria dell'assicurazione (Cass. 15 ottobre 2002 n. 14656, in *Assicurazioni*, 2003, p. 73; Cass. 17 maggio 1988 n. 3443, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1989, II, p. 429; Cass. 24 novembre 1983 n. 7028, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, c. 98; Cass. 17 novembre 1982 n. 6156, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, c. 1319). Nei rapporti tra assicuratore e terzo beneficiario, si applica invece la prescrizione decennale: App. Milano 3 settembre 1996, in *Nuova giur. civ.*, 1997, I, p. 175; App. Milano 19 marzo 1996, in *Dir. economia assicurazioni*, 1997, p. 666; Cass. 24 ottobre 1985 n. 5228, in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 1949; Cass. 26 maggio 1981 n. 3457, in *Foro it.*, Rep. 1981, voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 8.

clausola di sopravvivenza, che garantisca all'acquirente il rimborso delle somme pagate anche nel caso di invalidità del contratto stipulato con il costruttore.

Sarà a maggior ragione idonea la fideiussione che contenga ulteriori limitazioni alla facoltà del fideiussore di opporre eccezioni all'acquirente, sempre nei limiti inderogabili di legge. Per la stessa ragione, deve considerarsi assolutamente idoneo - ai fini in oggetto - il *contratto autonomo di garanzia*³⁹, la cui caratteristica è data dalla completa autonomia rispetto all'obbligazione garantita, cosicché sono inopponibili all'acquirente-creditore anche le eccezioni che il fideiussore "a prima richiesta" potrebbe, invece, proporre. Più precisamente, nel contratto autonomo di garanzia il garante non può rifiutare il pagamento - neanche a fronte dell'opposizione del debitore principale - e non può opporre al creditore alcuna eccezione, salvo quella di avvenuto pagamento da parte del debitore, in presenza di intimazione di pagamento chiaramente pretestuosa (*exceptio doli*) e allorché sia in possesso di prove "certe e liquide" (esistendo in quest'ultima ipotesi un potere-dovere di rifiutare il pagamento, pena la perdita del diritto di regresso)⁴⁰.

Nella nozione di fideiussione deve intendersi poi ricompresa la c.d. *polizza fideiussoria*⁴¹, come dimostra l'indicazione - tra i soggetti abilitati al suo rilascio - delle società di assicurazione. Con la precisazione che la

³⁹ Sul contratto autonomo di garanzia, v. per tutti BIANCA, *Diritto civile, 5 - La responsabilità*, 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.

⁴⁰ Cass. 3 febbraio 1999 n. 917, in *Arch. civ.*, 1999, p. 856; Cass. 21 aprile 1999 n. 3964, in *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 18; Cass. 1 ottobre 1999 n. 10864, in *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 21; Cass. 6 aprile 1998 n. 3552, in *Giur. it.*, 1999, I, 1, c. 502; Cass. 11 febbraio 1998 n. 1420, in *Contratti*, 1998, p. 606; Cass. 25 febbraio 1994 n. 1933, in *Foro it.*, 1994, I, c. 1757; Cass. 19 marzo 1993 n. 3291, in *Corriere giur.*, 1993, p. 692; Cass. 7 giugno 1991 n. 6496, in *Fisco*, 1991, p. 5007.

A seguito del pagamento da parte del garante e di inesistenza del debito principale, il medesimo garante è legittimato a ripetere l'indebito direttamente nei confronti dell'*accipiens*: Cass. S.U. 15 aprile 1994 n. 3519, in *Contratti*, 1994, p. 403; Cass. S.U. 24 aprile 1992 n. 4966, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 2369; Cass. 7 giugno 1991 n. 6496, in *Fisco*, 1991, p. 5007; Cass. 6 ottobre 1989 n. 4006, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 731, con nota di COSTANZA, *Contratto autonomo di garanzia e ripetizione dell'indebito*.

⁴¹ Sulla polizza fideiussoria, v. soprattutto CAVARRETTA, *Assicurazione fideiussoria: natura giuridica e normativa applicabile*, in *Giur. comm.*, 2005, II, p. 28 ss.; BOTTA, *Le polizze fideiussorie*, Mila-

giurisprudenza inquadra la polizza fideiussoria con clausola di pagamento “a prima richiesta” nella categoria del contratto autonomo di garanzia⁴².

15. IL BENEFICIARIO DELLA FIDEIUSSIONE E LE PECULIARITÀ SOGGETTIVE DELLA FATTISPECIE CONTRATTUALE: 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 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)⁴³.

A dire il vero, la previsione che fa riferimento all'acquisto per conto

no 1999; Sesta, *Polizze fideiussorie e cauzionali*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. comm.*, XI, Torino 1995, p. 173.

⁴² Cass. 6 aprile 1998 n. 3552, in *Giur. it.*, 1999, I, 1, c. 502; Cass. S.U. 9 giugno 1997 n. 5129, in *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Valore aggiunto (imposta)*, n. 575; Cass. S.U. 1 ottobre 1996 n. 8592, in *Fisco*, 1996, p. 11426; Cass. 4 aprile 1995 n. 3940, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 2413; Cass. 12 ottobre 1994 n. 8333, in *Corriere trib.*, 1994, p. 3217; Cass. S.U. 15 aprile 1994 n. 3519, in *Contratti*, 1994, p. 403; Cass. S.U. 9 febbraio 1993 n. 1616, in *Fisco*, 1993, p. 3844; Cass. S.U. 1 giugno 1992 n. 6607, in *Fisco*, 1992, p. 6799; Cass. S.U. 24 aprile 1992 n. 4966, in *Fisco*, 1992, p. 6394; Cass. S.U. 19 marzo 1992 n. 3465, in *Fisco*, 1992, p. 4398; Cass. 7 giugno 1991 n. 6496, in *Fisco*, 1991, p. 5007.

⁴³ 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 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 tutele.*

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 stipulante⁴⁴. Ciò de-

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.

⁴⁴ Cass. 10 dicembre 2002 n. 14460, in *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Contratto in genere*, n. 460; Cass. 25 agosto 1998 n. 8410, in *Contratti*, 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. PENNASILICO, *Il contratto per persona da nominare*, Milano 1999; CARAVAGLIOS, *Il contratto per persona da no-*

termina 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 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*⁴⁵.

In secondo luogo, è possibile che *l'acquirente stipulante sia una so-*

minare, Milano 1998; VISINTINI, *Del contratto per persona da nominare*, in *Commentario al codice civile Scialoja e Branca*, Bologna-Roma 1993, p. 341 ss.; GRAZIADEI, *Contratto per persona da nominare*, in *Digesto discipline privatistiche - sez. civ.*, IV, Torino 1989, p. 261; GAZZONI, *Contratto per persona da nominare (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma 1988; GAZZONI, *Profili della riserva di nomina del contraente*, in *Giur. comm.*, 1982, I, p. 229; CARRESI, *Contratto per persona da nominare*, in *Enc. dir.*, X, Milano 1962, p. 129.

⁴⁵ 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".

cietà 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 particolar 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 contratta*, 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 applicazione*. 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 legge*, 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 coevamente al contratto, e non potrebbe in alcun modo assicurare l'effettività del diritto alla garanzia del nominato persona fisica. Ancor più com-

plesso 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). *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.

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*.

16. (SEGUE): 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.)⁴⁶. 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*, con tutta probabilità la stessa *cesserà di produrre i propri effetti a seguito della cessione del contratto, nel caso in cui il cessionario non sia parente in primo grado dell'acquirente cedente. 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). *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

⁴⁶ Sulla cessione del contratto, cfr. per tutti ANELLI, *La cessione del contratto*, in *I contratti in generale*, II, a cura di E. Gabrielli, Torino, 1999, p. 1171 ss.; BENEDETTI, *La cessione del contratto*, Milano 1998; CLARIZIA, *La cessione del contratto*, Milano 1991; ALPA-FUSARO, *Cessione del contratto*, in *Digesto discipline privatistiche - sez. civ.*, II, Torino 1988, p. 338; BRIGANTI, *Cessione del contratto (diritto civile)*, 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 credibilità dei contratti ad effetti reali*, in *Contratti*, 1993, p. 393; SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, II, Torino, 1993, p. 699 ss.; CARRESI, *Cessione del contratto*, in *Novissimo Dig. It.*, III, Torino, 1960, p. 147; CICALA, *Cessione del contratto*, in *Enc. dir.*, VI, Milano 1960, p. 878.

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.); con la consapevolezza, peraltro, che si tratta di prova difficile da fornirsi in concreto.

17. (SEGUE): 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 civile⁴⁷. 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 fisica, 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 fideiussio-*

⁴⁷ Sul contratto a favore di terzi, cfr. in generale FERRANTI, *Causa e tipo nel contratto a favore di terzo*, Milano 2005; ANGELONI, *Del contratto a favore di terzi (art. 1411-1413)*, in *Commentario del codice civile 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 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 *Digesto discipline privatistiche - sez. civ.*, IV, Torino 1989, p. 235; SCOZZAFAVA, *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, *Contratto nei rapporti col terzo*, in *Enc. dir.*, X, Milano 1962, p. 196.

ne 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 stipulante. 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.

18. LA DURATA DELLA FIDEIUSSIONE

Dalla determinazione, in via imperativa, della durata della fideiussione nascono alcuni rilevanti problemi. Dispone l'art. 3, comma 7, del decreto legislativo 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. Il legislatore qui, basandosi sull'*id quod plerumque accidit*, identifica un effetto - il trasferimento della proprietà - immaginando che in concomitanza con esso si esauriscano tutte le obbligazioni del costruttore, e vengano correlativamente meno le esigenze di tutela dell'acquirente. Non sempre, però, ciò avviene.

In primo luogo, il trasferimento della proprietà, a cui si riferisce il comma 7 dell'art. 3, deve riguardare il bene immobile oggetto del contratto, con le caratteristiche ivi indicate (superficie, caratteristiche costruttive, destinazione, ecc.). Ciò significa che *il trasferimento della proprietà di un bene diverso da quello a cui si riferisce il programma negoziale non è come tale idoneo a determinare la cessazione dell'effetto della fideiussione*: si pensi alla vendita di cosa futura, nel caso in cui il fabbricato venga ad esistenza con caratteristiche sostanziali diverse da quelle che la fideiussione garantisce. A tal fine è necessario, ovviamente, che non ricorrano semplici vizi o difformità, ma che la *res tradita* sia completamente diversa da quella pattuita, in quanto, appartenendo a un genere diverso, si riveli del tutto inadatta ad assolvere la destinazione economico-sociale del bene venduto; oppure che la stessa sia assolutamente priva delle caratteristiche funzionali necessarie a soddisfare i bisogni dell'acquirente, o abbia difetti che la rendano inservibile per la destinazione pattuita; e che ricorra quindi l'ipotesi non della semplice mancanza delle qualità promesse, ma

della consegna di *aliud pro alio*⁴⁸. Può probabilmente utilizzarsi, anche ai fini dell'art. 3, comma 7, la previsione contenuta nell'art. 9, comma 4, del medesimo decreto, che - sia pure in diverso ambito, nel caso di esercizio del diritto di prelazione nella vendita forzata, ma pur sempre ai fini della disciplina dei rapporti tra acquirente e fideiussore - prevede che "l'immobile acquistato abbia consistenza e caratteristiche tipologiche e di finitura corrispondenti a quelle previste nel contratto stipulato con il costruttore".

In secondo luogo, potrebbe verificarsi il *caso in cui l'effetto traslativo della proprietà, a favore dell'acquirente, non sia opponibile a terzi*, per effetto del congegno *ex art. 2644 c.c.*, e quindi il contratto sia idoneo a garantire "pienezza" all'effetto traslativo agli effetti dell'art. 3, comma 7, del decreto. A fronte di ciò, *la fideiussione non dovrebbe cessare di produrre i propri effetti, e dovrebbe quindi rimanere in vigore, a fronte di un effetto traslativo "dimezzato", in quanto inopponibile al primo trascrivente*. La soluzione, in linea generale, è tutt'altro che sicura, posto che, nella vigenza del principio consensualistico (art. 1376 c.c.), l'effetto traslativo si produce per effetto del semplice consenso legittimamente manifestato, e quindi al momento della conclusione del contratto (ovvero, nei negozi ad effetti reali differiti, al verificarsi del necessario coelemento di efficacia), e comunque a prescindere dalla trascrizione. È però anche vero che la soluzione, in questi termini, dipende anche dal tipo di effetto che si riconnette alla trascrizione a favore del terzo (primo trascrivente): se si concorda con l'opinione dottrinale che appare preferibile, e che individua tale effetto nella risoluzione dell'effetto acquisitivo in capo al primo acquirente secondo trascrivente, la soluzione proposta discende pianamente dai principi, in quanto non vi sarebbe, nel caso di specie, un "trasferimento di proprietà" a favore dell'acquirente. Sorgono, evidentemente, difficoltà connesse alla formulazione del comma 7 dell'art. 3, che dispone la cessazione di efficacia della fideiussione "al momento" del trasferimento della proprietà. Il che implica due possibilità: quella in cui l'"acquirente", come definito dall'art. 1 del decreto legislativo in commento, sia primo acquirente e secondo trascrivente, nel qual caso sembra che si dia effetto estintivo della fideiussione "al momento" del trasferimento della proprietà, ed ovviamente nessuna possibilità di reviviscenza della

⁴⁸ Sull'individuazione della fattispecie di trasferimento di *aliud pro alio* cfr., tra le più recenti, Cass. 14 luglio 2004 n. 14586, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Vendita*, n. 23; Cass. 17 settembre 2004 n. 18757, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Vendita*, n. 24; Cass. 3 luglio 2003 n. 10523, in *Foro it.*, Rep. 2003, voce *Vendita*, n. 52; Cass. 25 settembre 2002 n. 13925, in *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Vendita*, n. 59; Cass. 25 febbraio 2002 n. 2729, in *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Vendita*, n. 76; Cass. 12 febbraio 2001 n. 1971, in *Foro pad.*, 2001, I, p. 289.

garanzia per effetto della trascrizione, salvo che si ipotizzi la retroattività dell'effetto risolutivo del primo acquisto⁴⁹; e la possibilità, invece, che l'“acquirente” acquisti ed anche trascriva per secondo, e quindi non consegua neanche per un istante il diritto di proprietà, nel qual caso non pare dubbio che l'effetto estintivo della fideiussione non si produca.

Per effetto, quindi, dell'art. 3, comma 7, del decreto, sembrerebbe verificarsi un effetto singolare e per certi aspetti anomalo, in virtù del quale la fideiussione verrebbe a garantire, indirettamente, anche l'effetto acquisitivo della proprietà rispetto al rischio della doppia alienazione immobiliare, parzialmente correggendo, a beneficio dell'acquirente di immobile da costruire e, ovviamente, solo sul piano dell'obbligazione di garanzia, l'operatività del meccanismo della trascrizione, quale delineato dall'art. 2644 c.c.

Oltre tale risultato non sarebbe possibile, però, andare. In particolare, non sembra che l'efficacia della fideiussione possa perdurare oltre il momento del trasferimento della proprietà, nel *caso in cui la venuta ad esistenza della cosa sia preceduta dalla trascrizione o iscrizione di un diritto reale limitato, o di altro vincolo pregiudizievole*: proprio perché l'interferenza con il meccanismo della trascrizione è solo indiretta e strettamente connessa al significato del “trasferimento della proprietà”, *ex art. 3, comma 7*. Sembra, cioè, doversi ritenere che le vicende che non attengano all'acquisizione del bene alla sfera giuridica dell'acquirente non influiscano sull'efficacia della fideiussione, finalizzata essenzialmente a garantire l'acquirente rispetto al sopravvenire di una “situazione di crisi”, come delineata dal medesimo art. 3; e come dimostra l'irrelevanza, a tal fine, di eventuali iscrizioni ipotecarie, trascrizioni di sequestri conservativi e simili, che non legittimano l'escussione della fideiussione. A meno, evidentemente, di ritenere che l'iscrizione di un'ipoteca, la trascrizione di un sequestro o di un diritto reale parziario, pur non legittimando l'escussione della fideiussione, impediscano tuttavia la cessazione dell'efficacia della fideiussione medesima. Questa seconda lettura potrebbe essere legittimata dall'esigenza di “effettiva” tutela dell'acquirente, che il legislatore ha certamente tenuto in considerazione: in tale ottica, il “trasferimento della proprietà”, gravata da diritti reali non dichiarati o comunque non esistenti al momento della conclusione del contratto, non potrebbe probabilmente equipararsi al presupposto di cessazione di efficacia della fideiussione, *ex art. 3, comma 7, del decreto*. Se, però, da un lato sembrerebbe plausibile

⁴⁹ TRIOLA, *Della tutela dei diritti. La trascrizione*, Torino 2000, p. 10; GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, cit., p. 473.

che il “trasferimento” cui fa riferimento la suddetta disposizione debba avere ad oggetto l'utilità programmata con il contratto, e non un bene o un diritto diversi o “minorati” per l'esistenza di gravami o formalità pregiudizievoli, d'altro lato non si vede per quale motivo la fideiussione - che, si ripete, garantisce solo dal verificarsi di una situazione di crisi sopravvenuta quando l'acquirente non ha ancora acquistato la proprietà - debba continuare a produrre i propri effetti anche dopo che l'acquisto della proprietà, sia pur gravata da diritti pregiudizievoli, è avvenuto.

In conclusione, pur con i dubbi nascenti dalla complessità della situazione oggetto di analisi, si potrebbe ritenere che *la fideiussione continui a produrre i propri effetti, nonostante l'avvenuto trasferimento della proprietà, tutte le volte in cui l'effetto traslativo non sia opponibile ad uno o più terzi nella sua pienezza*, in dipendenza dell'acquisto e della precedente trascrizione o iscrizione, a favore dei suddetti terzi, del *diritto di proprietà* (ma non di diritti reali minori rispetto a quello oggetto di contratto).

In direzione opposta, si potrebbe viceversa ritenere che *l'intento del legislatore, nel disciplinare la fideiussione, sia stato esclusivamente quello di tutelare l'acquirente dal sopravvenire di una situazione di crisi* (pignoramento o procedura concorsuale), *ma non rispetto al sopravvenire di formalità pregiudizievoli che non incidano sull'acquisto della proprietà* del fabbricato da costruire. In tale ottica, nessuna incidenza potrebbe produrre il sopravvenire di tali formalità pregiudizievoli rispetto al problema della cessazione dell'efficacia della fideiussione. Anche perché *l'acquirente, o il promissario acquirente, hanno a propria disposizione uno strumento - la trascrizione del proprio acquisto, o del contratto preliminare - che è certamente idoneo a tutelarli rispetto alle suddette evenienze*. Con la conseguenza che l'acquirente che non si sia avvalso di tale possibilità, stipulando il contratto per atto pubblico o scrittura privata autenticata, non potrà avvalersi della garanzia fideiussoria, che è stata pensata per finalità completamente diverse.

Vi è poi un ulteriore problema. Potrebbe darsi il *caso che il trasferimento della proprietà avvenga “al rustico”*, quando cioè l'edificio non è ancora stato ultimato e reso agibile: ciò nonostante, come si è già evidenziato, il legislatore ha ritenuto che l'acquisto della proprietà in capo all'acquirente sia garanzia idonea per il caso di dissesto dell'impresa costruttrice, ed ha statuito imperativamente la cessazione dell'efficacia della fideiussione al momento del trasferimento della proprietà, anche se residuano obbligazioni del costruttore da adempiere dopo la conclusione del contratto. Salvo forse la possibilità di individuare, nei singoli casi concreti,

fattispecie di frode alla legge, in particolare nei casi in cui all'atto della stipula del definitivo venga integralmente pagato il prezzo, anche per la parte relativa alle opere ancora da eseguirsi.

Con particolar riguardo, poi, ai *contratti ad effetti reali differiti*, l'effetto acquisitivo della proprietà, o di altro diritto reale di godimento, sul fabbricato, può avvenire a titolo originario e non derivativo: si pensi all'ipotesi della vendita dall'acquirente al costruttore con riserva del diritto di superficie, o alla divisione di cosa futura, e contestuale appalto (anch'esse attratte alla disciplina in esame, come già dimostrato): in queste fattispecie, deve ritenersi che *l'efficacia della fideiussione cessi al momento in cui si verifica l'effetto acquisitivo della proprietà a titolo originario*.

19. (SEGUE): LA VENDITA DI FABBRICATO AL RUSTICO; LA VENDITA DI TERRENO CON CONTESTUALE APPALTO AL COSTRUTTORE PER LA COSTRUZIONE DELL'EDIFICIO

Le conclusioni sopra raggiunte consentono di individuare la disciplina applicabile al contratto con 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.

È 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.), come pure dal rischio dello scioglimento del contratto su iniziativa del curatore fallimentare (art. 72, comma 4, l. fall.).

D'altra parte, è evidente che *la cessazione dell'efficacia della fideiussione al momento del trasferimento della proprietà lascia privo di garanzia l'acquirente relativamente alle opere da eseguirsi successivamente*. Si è evidenziato che un tale risultato potrebbe essere perseguito dalle parti al fine di eludere la normativa in commento⁵⁰, e si è ipotizzata l'applicazione delle disposizioni sul negozio in frode alla legge (art. 1344 c.c.). In realtà, occorre tener conto del fatto che il legislatore ha ritenuto sufficien-

⁵⁰ Cfr. chiaramente, sul punto, BARALIS, *Permuta di terreno con edificio da costruire*, in *Atti del convegno Paradigma*, Milano 14 aprile 2005.

temente garantita la posizione dell'acquirente nel momento in cui lo stesso consegue la proprietà dell'immobile, ancorché non ultimato: a partire da tale momento, infatti, il contratto non può essere sciolto in caso di fallimento del costruttore (art. 72, comma 4, legge fallimentare), e secondo l'*id quod plerumque accidit* il valore del fabbricato al rustico corrisponderà alle somme già pagate⁵¹; mentre per le somme ancora da pagarsi si è ritenuta sufficiente garanzia il progressivo acquisto, per accessione, delle opere da eseguirsi, posto che per prassi il pagamento degli acconti avviene in base agli stati di avanzamento dei lavori. Il che significa che residua uno spazio applicativo per la disciplina del contratto in frode alla legge, rispetto alle ipotesi in cui venga previsto il pagamento, all'atto della stipula del contratto definitivo, dell'intero corrispettivo, pur in presenza di opere ancora da realizzarsi.

Ovviamente, *l'autonomia delle parti potrà prevedere, ad integrazione della garanzia minima richiesta dalla legge, una fideiussione la cui efficacia cessi soltanto nel momento, successivo al trasferimento della proprietà, in cui le opere siano ultimate, ed il fabbricato sia agibile*: soluzione, questa, che consente di evitare ogni dubbio in ordine alla possibile frode alla legge⁵².

Le medesime conclusioni sopra raggiunte valgono, ovviamente, anche nel caso di *trasferimento immediato della proprietà del suolo all'ac-*

⁵¹ Secondo la Relazione al decreto legislativo, "l'efficacia della fideiussione viene meno all'atto della stipula dell'atto definitivo di trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento, *atteso che l'acquisto del diritto reale sul bene garantisce all'acquirente il soddisfacimento del proprio interesse sostanziale*".

⁵² BARALIS, *Permuta di terreno con edificio da costruire*, cit.; PETRELLI, *La nuova disciplina a tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, *ibidem*, p. 15.

Tale è anche la soluzione adottata in diritto francese: a norma dell'art. R-261-24 del *Code de la construction et de l'habitation*: "La garantie d'achèvement ou de remboursement prend fin à l'achèvement de l'immeuble".

Parzialmente diversa è l'opinione di CASARANO, *La garanzia fideiussoria*, *ibidem*, p. 20, il quale distingue a seconda che il contratto garantito sia il preliminare o il definitivo, ritenendo che solo in questo secondo caso la fideiussione sopravviva fino alla venuta ad esistenza del bene; facendo tuttavia riferimento non già all'ultimazione del fabbricato agibile, bensì alla venuta ad esistenza secondo la nozione fornita dall'art. 2645-bis c.c.

In senso ancor diverso, RIZZI, *L'immobile "da costruire" nella bozza di decreto legislativo di attuazione della legge delega 210/2004*, cit., ad avviso del quale i fabbricati allo stato rustico sarebbero ricompresi nella disciplina in esame, e richiederebbero quindi la garanzia fideiussoria, "solo nel caso in cui costituiscono oggetto di contratti ad effetti obbligatori (ad esempio il preliminare) o che comunque non comportino il trasferimento "immediato" della proprietà (ad esempio vendita con riserva della proprietà)". L'autore, conseguentemente, ritiene che l'efficacia della fideiussione obbligatoria cessi al momento della stipula del contratto definitivo anche quando residuino delle opere da ultimarsi a cura dell'alienante (salva la possibilità di rilascio, su base volontaria, di un'ulteriore fideiussione per le opere residue).

*quirente, con conseguente acquisto, per accessione, della proprietà del fabbricato man mano che lo stesso venga ad esistenza; fattispecie, questa, che è peraltro raramente utilizzata, in considerazione del fatto che la stessa da un lato impedisce al costruttore di costituire liberamente ipoteche sul fabbricato in costruzione, finanziandone così la realizzazione⁵³, e dall'altro comporta il trasferimento immediato dei rischi all'acquirente (*res perit domino*).*

Ovviamente, rimane aperto il problema dell'*accertamento* del momento in cui il fabbricato può dirsi ultimato in conformità a legge, e quindi "costruito" ed "agibile". Accertamento che - in mancanza del certificato di agibilità, che costituirebbe ovviamente la prova principe - non può che effettuarsi in concreto, in relazione alle specifiche caratteristiche costruttive del singolo fabbricato.

20. (SEGUE): LA VENDITA "IN STATO DI FUTURO COMPLETAMENTO"

Ci si chiede in che misura la disciplina suddescritta trovi applicazione nel caso del contratto di compravendita ad effetti reali differiti, con il quale *le parti convengano - 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, ed in corrispondenza degli stati di avanzamento dei lavori viene previsto il pagamento degli acconti*⁵⁴. In tal caso, ci si chiede se la fideiussione possa essere rilasciata in relazione alle singole *tranches* dell'opera, in modo cioè da *cessare di produrre i propri effetti "a gradi", in corrispondenza dello stato di avanzamento dei lavori*.

Da un lato, si potrebbe ritenere che il legislatore abbia inteso individuare il risultato da assicurare all'acquirente nel fatto dell'acquisto dell'edificio nella sua globalità: l'imperatività della tutela, e la non derogabilità

⁵³ COSTOLA, *Verso nuove forme di tutela degli acquirenti di immobili da costruire: la legge delega 2 agosto 2004, n. 210 (prima parte)*, cit., p. 1492; RUGGIERO, *Per la tutela dell'acquirente di alloggio in costruzione*, in *Riv. not.*, 1973, p. 473.

⁵⁴ L'effetto traslativo, nei negozi su beni futuri, può essere sia differito rispetto al momento di venuta ad esistenza della cosa (Cass. 18 giugno 1980 n. 3875, in *Arch. civ.*, 1980, p. 903; Cass. 7 settembre 1978 n. 4047, in *Riv. not.*, 1979, p. 224; Cass. 28 luglio 1972 n. 2594, in *Foro it.*, 1973, I, c. 763), 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). Per la possibilità che le parti convengano l'acquisto progressivo della proprietà, via via che procede la costruzione (con la conseguente assunzione, da parte dell'acquirente, delle responsabilità del proprietario e del rischio del perimento del bene), BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 46.

e rinunziabilità ad opera dell'acquirente, potrebbero in quest'ottica far ritenere che la fideiussione debba garantire la totalità delle somme versate in acconto fino al momento del trasferimento della proprietà dell'intero fabbricato. D'altro lato, tuttavia, non può non tenersi conto della previsione dell'art. 3, comma 7, del decreto, che dispone la cessazione dell'efficacia della fideiussione al momento del "trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento sull'immobile": considerato il fatto che il fabbricato potrebbe essere trasferito "al rustico", da tale disposizione emerge una valutazione legale tipica in termini di scindibilità delle singole parti dell'opera, nel senso che il legislatore ha ritenuto sufficiente l'acquisto della proprietà anche di una parte dell'edificio per far cessare l'efficacia della fideiussione, contando sul fatto che, secondo l'*id quod plerumque accidit*, le somme pagate fino a quel momento corrispondono al valore dell'opera parzialmente realizzata, e le somme ancora da pagarsi non necessitano di garanzia in quanto verranno corrisposte solo a seguito dell'acquisto, per accessione, della restante parte del fabbricato. In quest'ottica, che sembra preferibile, non resta allora che concludere che - *ogni qualvolta il contratto ad effetti reali differiti preveda l'acquisto della proprietà in corrispondenza agli "stati di avanzamento dei lavori" - la fideiussione possa cessare gradualmente di produrre i propri effetti, man mano che la proprietà delle singole parti dell'opera sia acquistata per accessione dall'acquirente.*

21. FIDEIUSSIONE E VARIANTI AL PROGETTO ORIGINARIO

Nell'ottica della tutela sostanziale dell'acquirente, e di evitare facili pratiche elusive del dettato legislativo, deve essere valutata anche l'ipotesi in cui le parti convengano - successivamente alla stipula del contratto preliminare o del contratto equipollente - *varianti rispetto al progetto originario*, in relazione alle quali sia previsto il pagamento di ulteriori somme, o comunque un ulteriore corrispettivo da corrispondersi prima della stipula del contratto definitivo. Per raggiungere tale obiettivo, le parti stipulano un *contratto modificativo* di quello originario, pattuendo in tale contesto il contenuto, i termini e le modalità di realizzazione delle opere, ed il relativo corrispettivo.

La fattispecie, che trova frequente realizzazione, sopravviene in un momento successivo a quello in cui è stata rilasciata la fideiussione a garanzia dell'acquirente; cosicché l'obbligazione di pagamento di ulteriori somme, anteriormente al conseguimento del fabbricato ultimato, non avrebbe - interpretando formalisticamente il dettato legislativo - la contropartita di una

idonea garanzia. In più, se così fosse sarebbe facile eludere il dettato di legge, semplicemente riducendo al minimo le opere previste nel contratto originario, e pattuendo quindi delle varianti successivamente.

Se si considera, invece, che l'obiettivo tutelato dal legislatore è il conseguimento del fabbricato ultimato o, in mancanza, il rimborso delle somme versate "secondo i termini e le modalità stabilite nel contratto" (art. 2, comma 1, del decreto legislativo), ivi compreso "ogni altro contratto" (art. 2, comma 1, della legge n. 210/2004), o "atto avente le medesime finalità" (art. 2, comma 1, del decreto legislativo), deve concludersi nel senso che *il venditore sia obbligato a prestare fideiussione a garanzia di tali ulteriori pagamenti*. Ovviamente in difetto non sarà ipotizzabile una nullità successiva del contratto originario⁵⁵, ma si avrà piuttosto la *nullità (relativa) del contratto modificativo*⁵⁶. In alternativa, ci si può avvalere dello schema disciplinato dall'art. 1938 c.c., e quindi il costruttore può consegnare all'acquirente - all'atto della conclusione del contratto originario, o anteriormente - una *fideiussione per crediti futuri*, in cui *l'importo massimo della somma garantita sia stabilito in misura maggiore rispetto agli accenti programmati, in modo da "coprire" anche il controvalore delle eventuali varianti in corso d'opera* ed evitare il rilascio di ulteriori fideiussioni in tale ipotesi.

Il contratto modificativo deve - per le medesime ragioni suesposte - ritenersi assoggettato alla disciplina dell'art. 6 del decreto legislativo. Ciò implica che *qualsiasi modifica dei contenuti indicati nel suddetto artico-*

⁵⁵ 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.

⁵⁶ BARALIS, *Permuta di terreno con edificio da costruire*, in *Atti del Convegno Paradigma*, Milano 14 aprile 2005, p. 20. Cfr. anche BARALIS, *Considerazioni sparse sulla bozza di decreto delegato conseguente alla L.210/2004; spunti e interrogativi in tema di: permuta di bene presente con bene futuro, elusione, garanzia fideiussoria, riflessi sulla trascrizione di vendita di bene futuro*, in corso di pubblicazione in *Riv. not.*, 2005 (ove la considerazione che "sarà facile che le parti si dimentichino di "aggiornare" la fideiussione in ragione di addizioni e migliorie anche consistenti; il che sembra suggerire la mera opportunità di una fideiussione sin dall'inizio maggiore del prezzo convenuto che "frettolosi" in un certo senso un *quantum* di quasi sicure modifiche")

lo deve essere pattuita per iscritto, e deve essere realizzata con le medesime modalità ivi prescritte; non essendo ammesso, in particolare, il ricorso alla *relatio* ad elementi esterni al contenuto contrattuale al fine di determinare il contenuto della prestazione del costruttore.

22. LA RISOLUZIONE DI DIRITTO DEL CONTRATTO A FRONTE DI UNA SITUAZIONE DI CRISI

L'art. 3, comma 3, del decreto legislativo 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; e, nel caso di procedura concorsuale, al fatto che il competente organo della procedura non abbia comunicato la volontà di subentrare nel contratto.

In entrambi i casi, quindi, alla "situazione di crisi" del costruttore fa riscontro il potere dell'acquirente di far cessare l'efficacia del contratto, anche prevalendo - in virtù del criterio della prevenzione - sulla volontà degli organi della procedura concorsuale. La norma utilizza il termine "recedere", ma sembra più appropriato ritenere che si tratti di una fattispecie di *risoluzione del contratto*, specificamente prevista - sia pure in modo indiretto - dalla legge, e che potrebbe essere ricondotta al *genus* della risoluzione per inadempimento o per impossibilità sopravvenuta della prestazione.

Si tratta, comunque, di una *risoluzione di diritto* del contratto: la disposizione, infatti, prevede nel caso di *pignoramento* l'unica condizione che l'acquirente abbia "comunicato al costruttore" la propria volontà di avvalersi del recesso (*rectius* risoluzione): comunicazione analoga a quella di avvalersi della clausola risolutiva espressa, o del termine essenziale. Con la differenza che, nel caso in esame, la risoluzione di diritto è prevista *ex lege*, senza quindi che sia necessario introdurre, nel contratto, una clausola risolutiva espressa. *Il contratto, quindi, cessa di produrre i propri effetti a partire dal momento della comunicazione dell'acquirente al costruttore, successiva alla trascrizione del pignoramento sull'immobile.*

L'art. 3, comma 3, non si esprime altrettanto chiaramente con riferimento alla diversa fattispecie della sottoposizione ad una *procedura concorsuale*: sembra, peraltro, evidente dal contesto della disposizione che anche in questo caso si verifichi una *risoluzione di diritto* del contratto, subordinatamente all'iniziativa dell'acquirente. Non è chiaro, piuttosto, quali adempimenti gravino sull'acquirente: non si fa cenno di un *onere* del medesimo di effettuare una *comunicazione all'organo della procedura* di

esercitare il recesso (*rectius*: avvalersi della risoluzione); deve peraltro ritenersi che ciò sia necessario, al fine di precludere allo stesso organo l'opzione per la continuazione del rapporto contrattuale; diversamente il fideiussore non potrebbe essere costretto ad adempiere al proprio obbligo.

Il meccanismo, quindi, deve ritenersi *in entrambi i casi* identico, e consiste in una *comunicazione (al costruttore, o all'organo della procedura concorsuale) di avvalersi della risoluzione di diritto del contratto*; per effetto della quale la fideiussione può essere escussa.

23. FABBRICATI CONDOMINIALI: POSSIBILITÀ DI RILASCIO DI UN'UNICA FIDEIUSSIONE

Nel caso in cui l'immobile da costruire sia rappresentato da un *complesso condominiale*, potrebbe essere vantaggioso per il costruttore procurare il rilascio di un'unica fideiussione, avente ad oggetto la totalità delle somme riscosse o da riscuotersi anteriormente all'acquisto della proprietà delle singole unità immobiliari ultimate da parte di tutti i promissari acquirenti.

Non sembra che tale pratica - se opportunamente congegnata - contrasti con il disposto di legge, o con le esigenze di tutela dei singoli acquirenti. Non si vede, infatti, il motivo per il quale il costruttore di un condominio dovrebbe procurare il rilascio di una separata fideiussione per ciascun acquirente. Certo, la fideiussione "personalizzata" consente di individuare in dettaglio le somme per le quali essa è prestata, nonché il relativo beneficiario, ma ciò non è, a rigore, strettamente necessario. Quanto alle *somme garantite*, è possibile il rilascio di una fideiussione *omnibus*, valevole quindi anche per obbligazioni future o condizionali, alla sola condizione che venga in essa indicato l'importo massimo garantito: l'art. 1938 c.c., che disciplina tale forma di fideiussione, è del resto espressamente richiamato dall'art. 2, comma 1, del decreto legislativo.

Quanto ai *beneficiari*, è possibile un'individuazione degli stessi *per relationem*, facendo cioè riferimento alle persone di coloro che si renderanno acquirenti, o promissari acquirenti, di unità immobiliari comprese nel condominio da costruire (quest'ultimo ovviamente da indicarsi nel contratto di assicurazione o nella polizza).

Ovviamente, è essenziale che la *fideiussione chiaramente attribuisca a ciascun acquirente il diritto di credito nei confronti del fideiussore - per il solo fatto della conclusione di ciascun contratto preliminare o equiparato - per la totalità delle somme indicate nel contratto medesimo*. Non è, cioè, possibile *attendere il completamento del programma di ven-*

dite per verificare la capienza della fideiussione originariamente rilasciata. Al fine di verificare, in occasione della stipula di ogni singolo contratto, che la fideiussione possa valere a garanzia dello stesso, sarà sufficiente il rilascio di una “*appendice*” alla fideiussione o polizza fideiussoria, che faccia esplicito riferimento a quel dato contratto, all’acquirente ed alle somme ivi pattuite.

24. FIDEIUSSIONE E OBBLIGHI DEL NOTAIO

Quali sono gli *obblighi del notaio* con riferimento alla fideiussione in oggetto? Non sembrano sussistere dubbi circa l’esistenza di un *obbligo professionale del notaio di accertare l’idoneità della fideiussione medesima*, verificando ad esempio che la stessa sia prestata per le somme indicate nel contratto (e relativi interessi legali), che sia rilasciata da una banca, una società di assicurazioni o altro intermediario abilitato, ed a favore di quel determinato acquirente, che la relativa durata non sia in contrasto con le prescrizioni inderogabili dell’art. 3 del decreto; in una parola, che siano rispettate le prescrizioni contenute nel suddetto art. 3.

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 possano richiedere al notaio medesimo controlli più estesi, esorbitanti dalle sue funzioni⁵⁷.

Il notaio deve poi curare che gli *estremi della fideiussione* siano indicati nel contratto redatto per suo ministero (art. 5, comma 1, lett. g), del decreto). Anche se non obbligatorio, è assolutamente *opportuno che la fideiussione, in originale o in copia conforme, sia allegata al contratto*, in modo da consentire agevolmente, in futuro, il riscontro della validità del contratto. Tale allegazione è, anzi, ancor più opportuna nel caso di contratti preliminari redatti per scrittura privata non autenticata, come tale priva di data certa, risultando in tal caso estremamente difficoltosa la prova dell’anteriorità o contestualità della fideiussione (anch’essa priva di data certa) rispetto al contratto, e potendo essere gli estremi della fideiussione non sufficientemente univoci a tal fine.

⁵⁷ COSÌ BARALIS, *Permuta di terreno con edificio da costruire*, in *Atti del convegno Paradigma*, Milano 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.

25. IL REGIME FISCALE DELLA FIDEIUSSIONE

La fideiussione in oggetto è certamente “garanzia richiesta dalla legge”: la previsione degli articoli 1 e 2 del decreto legislativo ha, infatti, la medesima natura di quelle che impongono il rilascio di una garanzia fideiussoria, ad esempio, ai fini del rimborso di imposte (es., art. 38-*bis* del d.p.r. 26 ottobre 1972, n. 633), o di appalti pubblici (art. 30 della legge 11 febbraio 1994, n. 109).

Come tale, la fideiussione in esame è *esente da registrazione*, ai sensi dell’art. 5 della tabella allegata al d.p.r. 26 aprile 1986, n. 131, e ciò, a norma dell’art. 11 della tariffa, parte prima, allegata al medesimo testo unico, anche laddove la fideiussione sia contenuta in un atto pubblico o in una scrittura privata autenticata.

In quanto rilasciata da una società commerciale (banca, società di assicurazioni, intermediario abilitato), la fideiussione rientra nel campo di applicazione dell’*imposta sul valore aggiunto*, ma è *esente* dal pagamento della relativa imposta, ai sensi dell’art. 10, n. 1, del d.p.r. 26 ottobre 1972, n. 633.

Capitolo Quarto

L'ASSICURAZIONE DELL'IMMOBILE

1. Oggetto dell'assicurazione: i vizi *ex art.* 1669 del codice civile. - 2. (Segue): art. 1669 c.c., responsabilità civile del venditore e di chi ha eseguito la costruzione. - 3. La somma assicurata. - 4. Le tipologie contrattuali. - 5. Il beneficiario dell'assicurazione. - 6. Assicurazione e stipula del contratto; conseguenze della mancata consegna della polizza.

1. OGGETTO DELL'ASSICURAZIONE: I VIZI *EX ART.* 1669 DEL CODICE CIVILE

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 è stata data attuazione ad opera dell'art. 4 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 al cui risarcimento 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 assegnazione¹.

¹ Cfr. COLAUTTI, *L'obbligo del costruttore di fornire garanzie assicurative per il risarcimento per vizi e difformità manifestate successivamente alla stipula del contratto: natura, durata e contenuti della polizza*, in *Atti del convegno Paradigma*, Milano 14 aprile 2005. Sui profili tecnico-assicurativi,

Rispetto alla previsione della legge delega, quindi, la garanzia è stata circoscritta ai *solii gravi difetti previsti dall'art. 1669 c.c.*², con esclusione degli altri vizi e difformità, cui pure si riferiva la legge delega medesima; ciò presumibilmente al fine di contenere i massimali delle polizze da rilasciarsi, e quindi di limitare il costo delle stesse; ma anche per le difficoltà che sarebbero insorte ai fini della individuazione in concreto dei “vizi e difformità” di minor rilevanza.

I suddetti vizi devono manifestarsi “successivamente alla stipula del contratto definitivo di compravendita o di assegnazione”; ciò significa che la polizza garantirà esclusivamente i vizi che non si manifestino anteriormente, presupponendo che l'acquirente, constatati gli stessi, non addiven-ga alla conclusione del contratto definitivo. Sull'equità di una tale soluzione possono avanzarsi dei dubbi, posto che l'acquirente potrebbe comunque avere interesse alla conclusione del contratto definitivo (ad esempio, perché ha già pagato l'intero prezzo) pur avendo rilevato i vizi, ed avendone fatta tempestiva denuncia al costruttore.

Si evidenzia, inoltre, una discrasia tra la previsione - contenuta all'inizio dell'art. 4 - che richiede la consegna della polizza solo al momento del trasferimento della proprietà (che nelle fattispecie in esame è per definizione successivo alla stipula del contratto), e l'ultima parte dell'articolo, che ricomprende nelle garanzie tutti i vizi manifestatisi dopo la stipula (quindi anche anteriormente al trasferimento della proprietà). Circostanza, questa, che rende difficile l'individuazione del *dies a quo*, dal quale decorre il termine decennale di durata della polizza.

Da rilevare, infine, che la tutela assicurativa, a differenza di quella fideiussoria *ex artt. 2 e 3*, prescinde totalmente dal verificarsi di una situazione di crisi dell'impresa costruttrice³.

cfr. MESSA, *Il ruolo delle assicurazioni nel rilascio delle garanzie fideiussorie: problematiche specifiche e difficoltà operative*, *ibidem*.

² Per l'identificazione dei “gravi difetti” richiesti dall'art. 1669 c.c., cfr. per tutti RUBINO-IUDICA, *Dell'appalto*, cit., p. 432 ss.; GIANNATTASIO, *L'appalto*, cit., p. 218 ss. In giurisprudenza, tra le più recenti, cfr. Cass. 28 aprile 2004 n. 8140, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Appalto*, n. 8; Cass. 8 gennaio 2000 n. 117, in *Giur. it.*, 2000, p. 977; Cass. 7 gennaio 2000 n. 81, in *Giur. it.*, 2000, p. 977; Cass. 12 maggio 1999 n. 4692, in *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Appalto*, n. 55; Cass. 2 marzo 1998 n. 2260, in *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Appalto*, n. 52; Cass. 11 febbraio 1998 n. 1393, in *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Appalto*, n. 53; Cass. 6 febbraio 1998 n. 1203, in *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Appalto*, n. 54; Cass. 25 agosto 1997 n. 7992, in *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Appalto*, n. 55; Cass. 29 novembre 1996 n. 10624, in *Riv. giur. edil.*, 1997, I, p. 520.

³ 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* del 13 giugno 2005.

2. (SEGUE): ART. 1669 C.C., RESPONSABILITÀ CIVILE DEL VENDITORE E DI CHI HA ESEGUITO LA COSTRUZIONE

A norma dell'art. 3, comma 1, lett. e), della legge n. 210/2004, deve essere assicurata all'acquirente la garanzia del risarcimento al quale il costruttore "sia tenuto ai sensi della vigente disciplina". Il decreto delegato, correlativamente, non introduce nuovi obblighi o responsabilità del costruttore, ma si limita a prevedere - a garanzia degli obblighi risarcitori cui il costruttore "sia tenuto ai sensi dell'articolo 1669 del codice civile", l'obbligo di rilasciare polizza assicurativa.

Alla luce della previsione della legge delega, occorre quindi ritenere che la previsione dell'art. 4 del decreto abbia *natura interpretativa*, e non innovativa, nella misura in cui recepisce l'opinione dottrinale e giurisprudenziale prevalente, che estendeva la previsione dell'art. 1669 c.c. (dettata in tema di appalto) alla compravendita da parte di soggetto costruttore⁴.

Si ritiene che la responsabilità *ex art. 1669* si estenda anche al *venditore di immobile da costruire il quale ricorra ad un terzo appaltatore per la costruzione*. Nella misura in cui si ritenga, con la dottrina e la giurisprudenza prevalenti, di rispondere a tale questione in senso affermativo, purché il venditore mantenga comunque la direzione dell'esecuzione dei lavori⁵, la nozione di "costruttore" delineata dal decreto legislativo in commento - comprensiva, quindi, anche di chi vende un immobile da costruirsi ad opera di terzi - troverà piena applicazione anche all'aspetto in

⁴ 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.*, 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.

⁵ Secondo la giurisprudenza, "l'art. 1669 c.c., mirando a finalità di ordine pubblico, è applicabile non solo ai casi in cui il venditore dell'immobile abbia personalmente e cioè con propria gestione di uomini e mezzi, provveduto alla costruzione, ma anche ai casi in cui, pur essendosi servito di altri soggetti, facendo ricorso a specifiche figure professionali quali l'appaltatore, il progettista, il direttore dei lavori, abbia mantenuto il potere di impartire direttive ovvero il potere di sorveglianza sullo svolgimento dell'altrui attività": Cass. 10 ottobre 2001 n. 12406, in *Foro it.*, Rep. 2001, voce *Appalto*, n. 63; Cass. 26 maggio 2000 n. 6997, in *Foro pad.*, 2001, I, c. 30; Cass. 2 ottobre 2000 n. 13003, in *Foro it.*, Rep. 2000, voce *Appalto*, n. 70; 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; App. Lecce-Taranto 15 febbraio 1996, in *Giur. merito*, 1997, p. 41; Cass. 7 giugno 1994 n. 5514, in *Foro it.*, Rep. 1994, voce *Appalto*, n. 68; Cass. 5 aprile 1990 n. 2805, in *Foro it.*, Rep. 1990, voce *Appalto*, n. 46; Cass. 11 novembre 1986 n. 6585, in *Arch. civ.*, 1987, p. 146.

Nel medesimo senso, in dottrina, RUBINO-IUDICA, *Dell'appalto*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1992, p. 444 ss.; GIANNATTASIO, *L'appalto*, cit., p. 213 ss.

esame. Nella *relazione governativa* di accompagnamento al decreto legislativo, si afferma che “nelle ipotesi in cui il venditore non sia anche costruttore dell’immobile, l’unico obbligo su di esso gravante sarà quello di procurarsi dal costruttore copia della polizza e consegnarla all’acquirente, come parte integrante dei propri obblighi contrattuali inerenti al solo contratto di compravendita”. Suggerimento che può probabilmente essere accolto, con la precisazione che dovrà essere assicurata la corrispondenza del contenuto della polizza alle prescrizioni dell’art. 4 del decreto in commento; e che dovrà essere predisposta apposita appendice della stessa, al fine di indicare quali beneficiari gli acquirenti delle singole unità immobiliari, e non il venditore.

Anche il termine decennale, previsto dall’art. 3 del decreto, è mutuato dall’art. 1669 c.c., tant’è vero che tale termine decorre dalla data di ultimazione dei lavori.

Ad essere assicurato è quindi il diritto di credito dell’acquirente nascente dall’illecito, contemplato nel suddetto art. 1669, nei limiti quindi in cui tale disposizione consente di configurare una responsabilità civile del costruttore.

Nel caso di difetti di costruzione, l’acquirente divenuto proprietario dell’immobile nel quale si sono manifestati i difetti, i quali abbiano causato *danni ad un terzo*, non può pretendere che quest’ultimo, ove non abbia la qualità di avente causa dal costruttore, ottenga il risarcimento del danno *ex art. 1669 c.c.* direttamente da quest’ultimo, ma è tenuto a risarcire direttamente il danno (anche mediante l’eliminazione del fattore causativo) salvo ad agire, sempre *ex art. 1669 c.c.* nei confronti dell’appaltatore per il risarcimento dei danni direttamente subiti e per regresso relativamente a quelli risarciti al terzo⁶. A garanzia di tale responsabilità del costruttore, il legislatore ha ora previsto, all’art. 3, che la polizza indennitaria decennale deve coprire *anche la responsabilità per danni a terzi*.

3. LA SOMMA ASSICURATA

La polizza assicurativa deve avere ad oggetto l’intero fabbricato, e non può essere quindi limitata alle singole unità immobiliari; ciò per il fatto che - nella prospettiva di vizi o difformità dipendenti da gravi difetti costruttivi, o da vizio del suolo, che possono addirittura comportare rovina totale dell’edificio - non può concepirsi una polizza assicurativa che non

⁶ Cass. 18 febbraio 1991 n. 1686, in *Foro it.*, Rep. 1991, voce *Appalto*, n. 37.

comprenda l'intero fabbricato, comprensivo quindi delle parti comuni e di quelle non alienate dal costruttore.

È pertanto necessario, ai fini in esame, il rilascio di una *polizza assicurativa unica*, relativa cioè all'*intero fabbricato condominiale*, che sia stipulata dal costruttore a beneficio di tutti gli acquirenti di unità immobiliari comprese nello stesso⁷.

La somma assicurata dovrà pertanto corrispondere al *valore dell'intero fabbricato*; in ciò la previsione dell'art. 4 differisce dai precedenti artt. 2 e 3, che richiedono invece la garanzia fideiussoria limitatamente alle somme riscosse o da riscuotersi prima dell'acquisto della proprietà.

4. LE TIPOLOGIE CONTRATTUALI

L'art. 3 del decreto legislativo menziona, a proposito del momento in cui devono manifestarsi i vizi, la "stipula del contratto definitivo di compravendita o di assegnazione", con ciò ripetendo fedelmente la previsione della legge delega (art. 3, comma 1, lett. *e*), della legge n. 210/2004).

La formulazione letterale della disposizione potrebbe far ritenere circoscritto l'obbligo di contrarre la polizza assicurativa esclusivamente alle fattispecie causalmente definibili come "contratto di compravendita", o "contratto di assegnazione" (quest'ultimo, evidentemente, nell'ambito di cooperativa edilizia). Conclusione che, però, non sembra accettabile, dovendosi piuttosto ritenere che il *riferimento alla compravendita* debba essere, in questo come in altri casi, inteso come "*prototipo*" di contratto oneroso con *effetti traslativi*, tenuto conto che la disciplina dettata, anche dal codice civile, nella *sedes materiae* del contratto di compravendita è comunemente ritenuta applicabile anche agli altri contratti onerosi. Anche perché non vi sarebbe alcuna ragione per discriminare, ad esempio, tra un contratto di vendita ed un contratto di permuta, in cui l'acquirente manifesta esigenze di tutela praticamente identiche ai fini in oggetto.

Di più: come già rilevato⁸, l'esigenza di tutela rispetto ai vizi o difformità *ex art. 1669* sussiste a prescindere dallo schema causale impiegato per l'acquisto, ed a prescindere altresì dalla circostanza che la proprietà del suolo fosse, o meno, dell'acquirente. Il che potrebbe far ricomprendere nella disciplina dell'art. 4 in commento - in via analogica - anche il

⁷ CRUCIANI, *Il trasferimento di immobili da costruire*, Atti del Convegno Paradigma, Milano 15 aprile 2005.

⁸ Cfr. il paragrafo 12 del Capitolo II.

contratto di appalto, concluso dalla persona fisica per la costruzione di un fabbricato, nel caso in cui la stessa persona fisica fosse già proprietaria del suolo.

Anche il profilo del “trasferimento non immediato” della proprietà non sembrerebbe assumere rilevanza decisiva - alla luce della *ratio* della norma in esame - ai fini dell’obbligo del costruttore di consegnare la polizza assicurativa; consegna che comunque andrebbe effettuata solo all’atto del trasferimento della proprietà. Anche in questo caso, si tratterebbe di ipotizzare un’applicazione analogica dell’art. 4 agli atti aventi effetti traslativi immediati.

5. IL BENEFICIARIO DELL’ASSICURAZIONE

A norma dell’art. 4 del decreto legislativo, la polizza assicurativa deve essere contratta “a beneficio dell’acquirente”. 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 fideiussione⁹.

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 terzi¹⁰. Tale interpretazione è contestata dalla dottrina, che invece ravvisa nella previsione dell’art. 1669 c.c. un caso tipico di responsabilità contrattuale¹¹, considerando eccezionale la previsione, contenuta in quest’ultimo articolo, che dispone la

⁹ Cfr. i paragrafi 15 e seguenti del Capitolo III.

¹⁰ 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.

¹¹ Cfr. tra gli altri RUBINO-IUDICA, *Dell'appalto*, cit., p. 422 ss.; GIANNATTASIO, *L'appalto*, cit., p. 212 ss.

responsabilità del costruttore anche nei confronti dell'avente causa del committente (o acquirente)¹². 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.

6. ASSICURAZIONE E STIPULA DEL CONTRATTO; CONSEGUENZE DELLA MANCATA CONSEGNA DELLA POLIZZA

L'art. 4 in commento - a differenza della corrispondente disposizione dello schema preliminare di decreto, che non disponeva circa il momento in cui la polizza assicurativa doveva essere consegnata all'acquirente - statuisce espressamente che *il costruttore è obbligato a consegnare all'acquirente all'atto del trasferimento della proprietà* la polizza assicurativa. A rigore, non vi sarebbe stato comunque dubbio circa l'obbligo di consegna del documento che contiene il contratto, unitamente agli altri documenti relativi alla proprietà (art. 1477, comma 3, c.c.). La previsione del decreto legislativo è comunque opportuna, in quanto chiarisce il momento ("all'atto del trasferimento della proprietà") in cui la consegna deve avvenire: conclusione alla quale, probabilmente, si sarebbe potuti pervenire sulla base del disposto dell'art. 1183 c.c., che sancisce l'immediata esigibilità - una volta verificatosene il presupposto - delle obbligazioni per le quali non è pattuito il termine di adempimento.

Posto che la disciplina in commento si applica ai negozi ad effetti reali differiti, la consegna della polizza assicurativa non avrà luogo al momento della conclusione del contratto, bensì *al successivo momento in cui la proprietà si trasferirà all'acquirente*, in conseguenza della venuta ad esistenza del fabbricato da costruire o in dipendenza degli altri presupposti previsti dal contratto o dalla legge.

Nell'ipotesi in cui *la proprietà venga trasferita quando l'immobile è ancora "al rustico"*, vi è comunque l'obbligo del costruttore di consegnare la polizza al momento del trasferimento della proprietà, assicurando le opere realizzate dal costruttore con esclusione, ovviamente, di quelle che dovranno essere poste in essere dall'acquirente. Il contratto potrebbe pre-

¹² RUBINO-IUDICA, *Dell'appalto*, cit., p. 442 ss.; GIANNATTASIO, *L'appalto*, cit., p. 212.

vedere un *obbligo di completamento a carico del costruttore, successivo al trasferimento della proprietà*: una lettura isolata della disposizione contenuta nell'art. 4 potrebbe indurre a ritenere che anche in questo caso la polizza debba coprire solo i rischi connessi alle opere realizzate fino al momento del trasferimento della proprietà. A questa lettura deve probabilmente preferirsi un'altra, più attenta alle implicazioni sistematiche della nuova disciplina, ed all'esigenza di non consentire facili elusioni, anticipando il momento del trasferimento della proprietà rispetto a quello in cui all'acquirente verrà consegnato l'*opus perfectum*. Deve quindi ritenersi che la polizza assicurativa debba coprire anche i rischi inerenti le opere che dovranno essere successivamente realizzate: il che - considerata la difficoltà di assicurare un edificio non ancora completato, in base alla consistenza ed al valore che dovrà avere al momento del completamento - comporterà plausibilmente la necessità di rilascio di *una prima polizza* al momento del trasferimento della proprietà, riferita alle opere realizzate fino a quel momento; e di *una seconda polizza* al momento dell'ultimaazione dei successivi lavori, comprensiva anche di questi ultimi e del relativo valore (ed eventualmente sostitutiva della precedente).

All'inadempimento dell'obbligazione di consegna della polizza consegue la *responsabilità contrattuale* del costruttore nei confronti dell'acquirente. Non vi è, invece, alcun rapporto tra la consegna della polizza e la conclusione del contratto, per il semplice motivo che la polizza deve essere consegnata solo "all'atto del trasferimento della proprietà", che nelle fattispecie in esame è differito rispetto alla stipula: l'acquirente non può, quindi, rifiutarsi di stipulare il definitivo, se non gli viene preventivamente o contestualmente consegnata la polizza assicurativa¹³.

Nessuna conseguenza si produce, quindi, sulla validità del contratto in caso di mancata consegna della polizza. A differenza, infatti, dell'art. 2 del decreto, l'art. 4 non prevede la nullità, nemmeno relativa, del contratto, ed è naturale che sia così, trattandosi di evento successivo al perfezionamento del contratto, e non potendosi ovviamente ipotizzare una "invalidità successiva" del medesimo.

Nessun obbligo specifico grava quindi sul notaio in relazione all'assicurazione in oggetto, a parte il generale dovere di informazione, nascente dal contratto d'opera professionale, circa le conseguenze giuridiche dell'atto stipulato per suo ministero.

¹³ *Contra*, ma con riferimento allo schema preliminare del decreto legislativo, BERNARDI FABBRI, *Il trasferimento di immobili da costruire*, in *Atti del convegno Paradigma*, Milano 15 aprile 2005, par. VI.

Capitolo Quinto

LA FORMA ED IL CONTENUTO DEI CONTRATTI

1. Considerazioni sulla forma dei contratti. - 2. Il problema della data certa dei contratti. - 3. Le prescrizioni sul contenuto dei contratti: funzione e natura giuridica. - 4. Le conseguenze della violazione delle prescrizioni di contenuto dei contratti. Profili generali. - 5. (Segue): la tesi della responsabilità del costruttore. - 6. (Segue): la tesi del diritto di “ripensamento”, o di recesso unilaterale dell’acquirente. - 7. (Segue): la tesi dell’obbligo di rinegoziazione del contratto. - 8. (Segue): la tesi dell’integrazione del contratto. - 9. (Segue): la tesi della nullità relativa del contratto. - 10. Conclusioni sulle conseguenze della violazione dell’art. 6. - 11. Gli estremi identificativi dei soggetti e dell’oggetto del contratto. - 12. (Segue): le tabelle millesimali e la superficie utile dell’unità immobiliare da costruire. - 13. Gli elementi necessari per la determinazione degli obblighi del costruttore. - 14. (Segue): l’indicazione delle imprese appaltatrici. - 15. Le indicazioni relative al prezzo di compravendita o del diverso corrispettivo. - 16. L’indicazione degli estremi della fideiussione. - 17. Le indicazioni relative allo stato giuridico dell’immobile: convenzioni urbanistiche e formalità pregiudizievoli. - 18. (Segue): gli estremi del permesso di costruire o della sua richiesta. - 19. Contenuto del contratto ed allegazione di documenti. - 20. Limiti all’ammissibilità della *relatio* a fonti esterne al contratto. - 21. (Segue): le servitù ed il regolamento di condominio. - 22. Le indicazioni relative al certificato di agibilità.

1. CONSIDERAZIONI SULLA FORMA DEI CONTRATTI

L’art. 6 del decreto legislativo non detta alcuna specifica previsione in ordine alla forma scritta del contratto, ma non si tratta di una lacuna, in quanto - vertendosi in tema di contrattazione immobiliare - detta forma è già prescritta dagli artt. 1350 e 1351 c.c. *ad substantiam actus*.

Sul presupposto di tale base formale, comunque, l’art. 6 detta una serie di prescrizioni di “contenuto” del contratto, finalizzate a rendere il più

possibile determinati gli obblighi del costruttore e lo stato giuridico dell'immobile, così tutelando l'acquirente, "parte debole" del rapporto. Queste prescrizioni non possono essere definite, quindi, "formali" in senso tecnico, in quanto attengono piuttosto al profilo dell'oggetto del contratto e della sua determinazione.

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. Questo controllo di legalità si esplica, in particolare, nella verifica del previo o contestuale rilascio della garanzia, e nell'assicurare che siano rispettate le norme sul contenuto del contratto. La stessa sanzione della *nullità relativa*, prevista dalla legge, può avere un "valore aggiunto" in termini di "deterrente" - rispetto ai rimedi di natura risolutoria ed agli altri rimedi sinallagmatici che possono essere attivati in caso di inadempimento del costruttore - *solo laddove è prescritto l'intervento obbligatorio del notaio*, il quale non può ricevere o autenticare l'atto di cui è sancita la nullità, ai sensi dell'art. 28 della legge notarile. Si aggiunga il *dovere di informazione* e di consulenza, gravante sul notaio, certo più efficace - al fine di garantire la "trasparenza" dell'operazione, ed alla fine la sua maggior "equità" - rispetto a prescrizioni la cui osservanza è rimessa alla volontà del costruttore, contraente forte. E l'*obbligo dello stesso notaio di scrupolosa esecuzione delle indagini ipotecarie e catastali*, che consente di far emergere l'esistenza di formalità di trascrizione ed iscrizione pregiudizievoli. Per finire, la forma notarile rappresenta il *veicolo indispensabile della pubblicità immobiliare*, che - con particolar riguardo al contratto preliminare - consente di usufruire delle tutele accordate dagli artt. 2645-bis, 2775-bis, 2825-bis c.c., e 72, ultimo comma, della legge fallimentare. Tutte ragioni che depongono - *de iure condendo* - per prescrizione dell'atto pubblico *ad substantiam* in relazione alle operazioni aventi ad oggetto immobili da costruire; e, *de iure condito*, per l'assoluta opportunità dell'adozione, su base volontaria, della forma pubblica ad opera delle parti.

2. IL PROBLEMA DELLA DATA CERTA DEI CONTRATTI

È nota la *prassi delle imprese costruttrici di non registrare i contratti preliminari di compravendita*, in quanto adempimento non necessario ai fini fiscali ogni qualvolta l'atto sia stipulato per scrittura privata non autenticata, e contenga solo disposizioni soggette all'imposta sul valore aggiunto (art. 5, comma 2, del D.P.R. n. 131/1986, che prevede, in tal caso, la re-

gistrazione solo in caso d'uso). Prassi, peraltro, da verificare con attenzione anche ai soli fini tributari, posto che nell'ipotesi, abbastanza frequente, in cui sia convenuta una *caparra*, la relativa pattuizione è soggetta ad imposta di registro e non ad Iva (art. 6 della tariffa, parte prima, allegata al D.P.R. n. 131/1986), e scatta quindi l'*obbligo di registrazione in termine fisso della scrittura privata contenente il contratto preliminare che prevede la caparra*¹.

In ogni caso, *il contratto preliminare non registrato sarà privo*, il più delle volte, *di data certa*. Quale la conseguenza di ciò ai fini del decreto legislativo in esame?

Non sembra che conseguenze di rilievo possano sorgere nei confronti del fideiussore, posto che quest'ultimo deve rilasciare la fideiussione anteriormente o contestualmente alla stipula del preliminare. Anche la fideiussione, d'altronde, sarà soggetta ad imposta sul valore aggiunto (ancorché esente da imposta a norma dell'art. 10, comma 1, del D.P.R. n. 633/1972), e quindi non soggetta a registrazione in termine fisso. Appare, invece, problematico l'*accertamento dell'anteriorità o contestualità della data della fideiussione rispetto alla data della scrittura privata contenente il preliminare*, ai fini del giudizio di validità *ex art. 2, comma 1, del decreto legislativo*. D'altra parte, nel caso di fideiussione e contratto preliminare che abbiano la *medesima data certa*, occorrerebbe che l'anteriorità o contestualità fosse provata dall'*ora di perfezionamento dei due negozi*, circostanza ancor più difficile da dimostrarsi.

Anche in funzione di tali difficoltà, il legislatore ha probabilmente richiesto la *menzione degli estremi della fideiussione nel contratto*. Il che è rimedio sufficiente ad assicurare l'anteriorità o contestualità della fideiussione, laddove detti estremi siano sufficientemente univoci; essendo, in mancanza, *opportuna la materiale allegazione della fideiussione al contratto preliminare*.

Rilievo determinante assume la data certa del preliminare nei confronti della banca mutuante, ai fini del diritto - riconosciuto al promissario acquirente - di ottenere il frazionamento del mutuo e dell'ipoteca, essendo ora espressamente richiesto il requisito della data certa dall'art. 39, comma 6-*bis*, del D. Lgs. n. 385/1993, come novellato dall'art. 7 del decreto in commento). A tal fine non rileva invece l'assenza di autenticità delle sottoscrizioni della scrittura privata, posto che quest'ultima si ha per riconosciuta se l'autore non ne disconosce la sottoscrizione (art. 2702 c.c.).

¹ Nota Min. Fin. 3 gennaio 1985 n. 251127.

Notevole rilievo ha, inoltre, la certezza della data ai fini dell'esercizio del diritto di prelazione nella vendita forzata (art. 9 del decreto). La norma fa riferimento alla nozione di "acquirente", che nel contesto del decreto comprende come è noto anche il promissario acquirente. Peraltro, perché il contratto preliminare sia opponibile al creditore pignorante, ed ai creditori intervenuti nell'esecuzione, o al fallimento, occorre che lo stesso abbia data certa anteriore al pignoramento, o al fallimento (e, secondo un orientamento, che lo stesso sia trascritto nei registri immobiliari).

Ciò che è certo è che *l'opponibilità al fallimento del contratto preliminare presuppone almeno la certezza della relativa data*. Ciò vale anche, per quanto qui specificamente interessa, ai fini dell'esenzione da revocatoria fallimentare, prevista dall'art. 10 del decreto in commento, posto che - secondo l'interpretazione preferibile, risultante dal combinato disposto dell'art. 10 suddetto, e dell'art. 72 l. fall., come novellato dall'art. 2 del D.L. n. 35/2005 - *il "giusto prezzo" a cui far riferimento deve essere valutato "alla data del contratto preliminare"*.

Occorre infine considerare che - come meglio sarà chiarito nel prosieguo - la nuova disciplina degli artt. 6 (contenuto dei contratti) e 8 (divieti di stipula, riferiti peraltro al contratto definitivo) trova applicazione limitatamente ai contratti stipulati successivamente all'entrata in vigore del decreto legislativo: *l'attribuzione di data certa al contratto stipulato nel vigore della disciplina anteriore* è assolutamente opportuna, al fine di dirimere ogni dubbio in merito alla relativa validità riguardo ai terzi (tra le parti, invece, non esistono limiti di prova in ordine alla certezza della data).

In definitiva, *è assolutamente opportuno che il contratto preliminare risulti da scrittura avente data certa*, e lo strumento principale a tal fine è dato dalla *registrazione* del contratto stesso. Salvo, ovviamente, stipulare il preliminare medesimo nella *forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata*, che consente oltretutto di trascrivere il preliminare attribuendo gli ulteriori vantaggi già illustrati.

3. LE PRESCRIZIONI SUL CONTENUTO DEI CONTRATTI: FUNZIONE E NATURA GIURIDICA

L'articolo 6 del decreto legislativo dispone che il contratto (preliminare, o altro contratto contemplato negli artt. 1 e 2 del decreto²), deve avere un

² La rubrica dell'art. 6 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. Nella relazio-

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 sono certo dirette ad assicurare - in via strumentale alla realizzazione di un equilibrato assetto di interessi - la trasparenza dei diritti ed obblighi contrattuali; esse peraltro - 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 lo stato di fatto e di diritto dell'immobile e gli obblighi del costruttore, ed assicurare la massima efficacia possibile del contratto*, a tutela dell'acquirente³.

In altri termini, queste prescrizioni *non attengono al piano del formalismo negoziale* (i contratti in oggetto, aventi ad oggetto beni immobili, sa-

ne governativa al decreto legislativo si afferma che "all'articolo 6 non si è ritenuto di integrare la rubrica con il riferimento ai contratti equipollenti a quello preliminare, sia per mantenere la necessaria sinteticità della rubrica dell'articolo, sia perché è apparso che l'eliminazione del preesistente riferimento al comma 2 dell'articolo 2 sia sufficiente garanzia della riferibilità della previsione ad ogni fattispecie contemplata dalla predetta norma".

³ 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.

Alla luce di quanto sopra devono essere lette le precisazioni contenute nella Relazione al decreto legislativo, in cui viene evidenziato lo "scopo di rendere più trasparente l'operazione negoziale e consentire al promissario acquirente di acquisirne una completa rappresentazione, *così da porsi al riparo da possibili pregiudizi conseguenti ad una stesura approssimativa e lacunosa del testo contrattuale*".

Si tratta di linea di tendenza rinvenibile in ampi settori della più recente legislazione in materia contrattuale: cfr. GRITTI, *L'oggetto del contratto e le fonti di determinazione dell'oggetto dei contratti di impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 25 ss., ove il rilievo che nel c.d. diritto europeo e nella legislazione speciale "il complesso degli obblighi informativi, in funzione di descrizione del bene e di tutte le sue caratteristiche oltreché del relativo prezzo ... configura senza dubbio una *necessaria determinazione* dell'oggetto del contratto concluso con il consumatore, nel senso di escluderne per definizione la *determinabilità*, ossia la possibilità di una successiva determinazione rispetto al momento della conclusione del contratto".

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 rinvencono in una nutrita serie di previsioni contenute in altre 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.

rebbero comunque assoggettati a forma scritta; e comunque le prescrizioni in oggetto non sono poste a tutela della ponderatezza della decisione delle parti, né della certezza ed univocità del contenuto a tutela dei terzi)⁴.

*Riguardano poi solo in via secondaria e strumentale il profilo dell'informazione, o degli "obblighi di protezione"*⁵ in capo al costruttore ed a favore del contraente debole: nei casi, infatti, in cui il legislatore si è posto come obiettivo prioritario quello di sollecitare la riflessione dell'adrente si è avvalso del diverso strumento del diritto di ripensamento (*delai de reflexion*), attribuendo al contraente debole una facoltà di recesso unilaterale⁶; e laddove ha ritenuto necessario assicurare chiarezza, trasparenza, comprensibilità e quindi eliminare asimmetrie informative, a beneficio del contraente debole, ha espressamente disciplinato l'informazione precontrattuale⁷. 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*⁸.

⁴ Per il vero, la dottrina ha evidenziato che nella recente legislazione speciale la forma non è più solo *vestmentum*, ma si configura piuttosto "come manifestazione sensibile di un contenuto e insieme contenuto essa stessa" (MAZZAMUTO, *Il problema della forma nei contratti di intermediazione mobiliare*, in *Contratto e impresa*, 1994, p. 44); si ha quindi un mutamento nei rapporti tra forma e sostanza, nel senso di una crescente compenetrazione tra i due elementi (AMAGLIANI, *Profili della forma nella nuova legislazione sui contratti*, Napoli 1999, p. 65).

⁵ 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.

⁶ 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.

⁷ 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;

– relativamente al contratto di franchising, l'art. 4 della legge 6 maggio 2004 n. 129.

⁸ Quanto precisato nel testo non toglie, comunque, che le prescrizioni di contenuto imposte dall'art. 6 svolgano anche, in via secondaria e strumentale, una funzione informativa, caratterizzante del resto tutta la più recente legislazione relativa ai c.d. contratti di massa; proprio perché "le contrat-

Le ragioni di questa diversa disciplina possono facilmente spiegarsi. I peculiari obblighi informativi nella fase precontrattuale riguardano un fenomeno, quello della *contrattazione di massa* tra imprese fortemente organizzate da un lato e soggetti “consumatori” dall’altro, caratterizzato da accordi per lo più di contenuto economico modesto, dalla standardizzazione dei contenuti contrattuali, e dall’“affievolimento del rapporto fiduciario diretto con la controparte offerente”; tali contratti, è stato detto icasticamente, “evidenziano un totale disinteresse della controparte a conoscere le condizioni contrattuali più generali, che non riguardano l’individuazione del prezzo e le caratteristiche dell’oggetto. Il cliente non legge le clausole, seppur scritte, o non si preoccupa di verificarne il contenuto “anche se sono davanti i suoi occhi”. Egli è per definizione “un uomo che ha fretta”. Il rapporto si conclude senza che conosca o voglia conoscere quella serie di clausole che si ripetono standardizzate in tutte le contrattazioni”⁹. Ulteriore caratteristica di tale tipo di contrattazione è la circostanza che il soggetto consumatore negozia “sotto la spinta di pressanti campagne pubblicitarie e sofisticate campagne di *marketing*, sviluppate dalla grande distribuzione sulla base di forme di conclusione del contratto che impongono ritmi decisionali molto veloci e fortemente influenzabili”, così da determinare “una situazione di evidente squilibrio e sul piano della conoscibilità delle caratteristiche del prodotto e delle condizioni contrattuali e sul potere di decidere in modo autonomo e pienamente consapevole rispetto anche all’opportunità stessa del rapporto”¹⁰. In tale contesto, l’imposizione di obblighi precontrattuali di informazione ha rilievo decisivo: la frequente imposizione di tali obblighi, e contestualmente dell’obbligo di recepire in contratto il contenuto della precedente informativa, consente al consumatore di verificare che l’operazione conclusa corrisponda a quella proposta e pubblicizzata, agevolandone nel contempo gli oneri probatori¹¹.

tazioni di massa hanno necessità di avere sistemi di tutela giocati su fatti oggettivi e non di riferimento a condizioni soggettive”, come avviene invece per la contrattazione individuale per quanto concerne la disciplina dell’annullamento per errore. Perciò si è correttamente affermato che “gli obblighi di informazione, in sinergia con altri rimedi quali l’individuazione del contenuto minimo contrattuale e un formalismo negoziale, si prestano a soddisfare queste esigenze e assurgono a caratteristico ed unitario elemento di prevenzione”: VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli 1999, p. 66.

⁹ VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, cit., p. 134-135; GORLA, *Condizioni generali di contratto e contratti conclusi mediante moduli e formulari nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, p. 114 ss.

¹⁰ VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, cit., p. 135.

¹¹ VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, cit., p. 151, p. 244, e p. 250 (“poiché si tratta di contratti predisposti unilateralmente e in una posizione non equilibrata tra i

È facile constatare che *la contrattazione relativa ad immobili da costruire è priva della maggior parte di tali caratteristiche*. L'impegno economico dell'acquirente è in genere consistente, e ciò lo induce ad una ben diversa attenzione e meditazione in ordine alla decisione relativa all'acquisto, ed alle caratteristiche del bene che ne forma oggetto; inoltre, nella contrattazione immobiliare la pubblicità commerciale ha una rilevanza molto minore rispetto ai settori della classica contrattazione di massa, e non vi è quindi una necessità di tutela - anche sotto il profilo probatorio - in termini di riscontro tra informativa precontrattuale e contenuto del contratto. Purtroppo, esistono dei punti di convergenza tra le due situazioni, che determinano anche in questo settore un rilevante squilibrio tra le posizioni dei contraenti: la standardizzazione delle condizioni generali di contratto (in particolare, ma non solo, i capitoli costruttivi ed il regolamento di condominio, generalmente predisposti unilateralmente dal costruttore) è fenomeno caratteristico anche della contrattazione sugli immobili da costruire, ed anche in questa fattispecie si ha spesso una rilevante asimmetria informativa¹², come pure un rilevante squilibrio delle posizioni di forza dei contraenti¹³. Ma soprattutto, la prassi contrattuale è stata finora caratterizzata dalla *tendenza delle imprese costruttrici a lasciare il più possibile indeterminati, nei contratti, gli obblighi costruttivi, dedicando piuttosto attenzione al versante opposto degli obblighi assunti dai soggetti acquirenti*. E vi è il concreto rischio - nell'ambito di una contrattazione preliminare che vede solo episodicamente intervenire un giurista specializzato come il notaio - che *i vincoli e le formalità pregiudizie-*

sogetti contraenti, il legislatore vuol liberare la parte debole da qualsiasi suggestione o abilità illustrativa e da qualsiasi onere probatorio circa la corrispondenza tra le informazioni ricevute preliminarmente, che l'hanno indotta a contrarre, e il reale contenuto dell'assetto contrattuale; il risultato si ottiene vincolando la descrizione dell'oggetto contrattuale alle stesse informazioni preliminari").

¹² Nella contrattazione su immobili da costruire, come nella contrattazione bancaria, la legge assicura peraltro la propria protezione al contraente debole a prescindere dalla circostanza che si tratti di contratti per adesione o di contratti individuali: si è giustamente osservato che "la necessità di garantire la conoscibilità delle condizioni contrattuali, forse, emerge ancor più pressantemente nelle negoziazioni del secondo tipo, poiché il cliente deve essere consapevole dei termini contrattuali, predisposti esclusivamente per la sua specifica situazione"; da ciò la conclusione che "la necessità di imporre obblighi e cautele a tutela del contraente non esperto è un fenomeno che viene valutato prescindendo dalla standardizzazione del contenuto contrattuale" (VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, cit., p. 158-159).

¹³ VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, cit., p. 243, parla di "contraente più forte" riguardo al soggetto che "gestisce in modo quasi esclusivo il flusso informativo, non concede alcuna trattativa sulle modalità negoziali e, in alcuni casi, impone ritmi decisionali veloci, che non consentono una ragionata riflessione anche sulla sola eventualità di contrattare o sulla minimale comparazione delle offerte, contestualmente presenti sul mercato".

voli gravanti sull'immobile non siano compiutamente indicati in contratto, con conseguente sottoposizione dell'acquirente a rischi spesso consistenti, che lo stesso non ha avuto la possibilità di valutare al momento della conclusione dell'affare.

Tutto ciò spiega perché il legislatore non abbia concentrato la sua attenzione sul profilo dell'informazione precontrattuale, privilegiando piuttosto un altro aspetto: le previsioni contenute nel decreto legislativo in commento attengono infatti al profilo della *determinatezza, o determinabilità, del contenuto del contratto*, realizzando una *limitazione alla libertà delle parti di determinare liberamente il suddetto contenuto*¹⁴, e così soddisfacendo l'obiettivo, indicato nella legge delega, di un'equa ed adeguata tutela dell'acquirente. In questi termini, si è correttamente rilevato che prescrizioni come quelle in esame finiscono con il *derogare*, oltre che alla norma che consente la determinabilità *per relationem* del contenuto contrattuale (art. 1346 c.c.), ed a quella che rimette la determinazione del contenuto all'autonomia privata (art. 1322 c.c.), anche agli artt. 1341 e 1342 c.c., disponendo sostanzialmente che *le condizioni generali di contratto devono essere incluse nel documento contrattuale o ad esso allegate, ma non possono essere separate da tale documento*¹⁵. Oltre a ciò, le dettagliate prescrizioni di contenuto restringono notevolmente il ruolo, nei contratti in esame, delle clausole generali di equità e buona fede (artt. 1374, 1375 c.c.): ciò avviene perché *“il legislatore “non si fida” dello spontaneo adempimento del dovere di correttezza, né della conseguenziale individuazione autonoma del contenuto dell'obbligo informativo ... Si crea un tessuto molto fitto di notizie obbligatorie nel tentativo di rendere il contraente conscio del reale contenuto dei diritti e degli obblighi che va ad assumere”*¹⁶.

Si spiega, altresì, il perché delle dettagliate prescrizioni dell'art. 6, riferite *anche ad elementi che non sono nell'esclusiva disponibilità del costruttore, ma potrebbero viceversa essere acquisiti dall'acquirente con l'impiego dell'ordinaria diligenza*: si pensi agli estremi del permesso di costruire, agli elaborati progettuali presentati ai competenti uffici comunali, agli elementi identificativi dei soggetti, ai dati catastali degli immobili, alle formalità risultanti dai registri immobiliari. L'esigenza primaria che si

¹⁴ D'AMICO, “Regole di validità” e principio di correttezza nella formazione del contratto, cit., p. 300.

¹⁵ D'AMICO, “Regole di validità” e principio di correttezza nella formazione del contratto, cit., p. 301.

¹⁶ VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, cit., p. 245.

è posta il legislatore non è, infatti, quella di ottenere elementi di cui il costruttore abbia l'esclusiva disponibilità, ma piuttosto quella di *compensare lo squilibrio giuridico ed informativo esistente tra i contraenti*, posto che il più delle volte *i contratti, soprattutto preliminari, vengono conclusi dall'acquirente senza alcuna assistenza tecnico-giuridica*, e quindi all'insaputa di quanto è necessario conoscere per avere un quadro completo dei diritti e degli obblighi nascenti dal contratto; lasciando inoltre in molte parti indeterminato il contenuto contrattuale (circostanza quest'ultima che attribuisce al costruttore un grado eccessivamente elevato di discrezionalità nell'adempimento delle proprie obbligazioni), con riflessi anche sulla possibilità di trascrivere il contratto preliminare privo dei necessari elementi identificativi dei soggetti o dell'oggetto del rapporto.

L'interesse tutelato dalle prescrizioni di contenuto *ex art. 6* non è, quindi, un generico interesse di natura informativa, ma piuttosto quello ad *assicurare la massima completezza possibile del contenuto del contratto, evitando di rimetterne l'esecuzione a clausole generali - come quella di buona fede - dal contenuto necessariamente indeterminato*. L'identificazione di tale *ratio* assume un'importanza decisiva nell'ambito della disciplina delle conseguenze da ricollegare alla violazione delle singole prescrizioni contenute nell'art. 6.

4. LE CONSEGUENZE DELLA VIOLAZIONE DELLE PRESCRIZIONI DI CONTENUTO DEI CONTRATTI. PROFILI GENERALI

Nessuna sanzione prevede l'art. 6 del decreto legislativo per il caso di mancata conformazione del contratto al contenuto minimo obbligatorio, ivi previsto; il legislatore delegato non ha dato ascolto ai suggerimenti, volti ad ottenere un opportuno chiarimento normativo in tal senso¹⁷, sicché spetta all'interprete individuare le conseguenze di tale violazione.

Nella soluzione del problema, occorre tener conto da un lato dell'evi-

¹⁷ COSTOLA, *Verso nuove forme di tutela degli acquirenti di immobili da costruire: la legge delega 2 agosto 2004, n. 210 (seconda parte)*, cit., p. 40 ("Il legislatore delegato dovrà anche precisare le conseguenze del mancato rispetto delle prescrizioni normative inerenti al contenuto obbligatorio del contratto. Una soluzione praticabile potrebbe essere quella di escludere l'accesso alla garanzia fideiussoria. Altrimenti, scartata l'eventualità che la sanzione possa consistere nella nullità radicale del contratto, che certamente non risponderebbe all'interesse dell'acquirente, i decreti legislativi potrebbero introdurre una qualche forma di nullità speciale, operante esclusivamente nell'interesse dell'acquirente", oppure attribuire a quest'ultimo un diritto di recesso").

Cfr. anche l'intervento del senatore Callegaro nella 464^a Seduta della Commissione Giustizia del Senato in data 13 aprile 2005: "Più in generale si registra l'assenza di una previsione diretta a sanzionare la mancata indicazione nel contratto di uno dei suoi contenuti tipici, o il mancato rispetto degli obblighi di allegazione".

dente *imperatività della maggior parte delle prescrizioni contenute nell'art. 6*, che non si prestano ad essere derogate per volontà delle parti, e neanche possono formare oggetto di rinuncia unilaterale da parte dell'acquirente. Oltre che sotto il profilo dell'inderogabilità, e dell'indisponibilità del relativo diritto dell'acquirente, le disposizioni suddette si atteggiavano come imperative in quanto poste a tutela non del solo interesse del contraente debole, ma anche dell'interesse generale all'*efficienza* ed alla *razionalità* del mercato immobiliare¹⁸: la "standardizzazione", secondo le regole contenute nell'art. 6, del contenuto contrattuale nasce proprio da ciò, in quanto "efficienza e razionalità richiedono infatti (almeno in parte) comportamenti *uniformi*, dove ciò che rileva come valore non è soltanto lo *standard* a livello del quale viene fissata tale "uniformità", ma importa l'*uniformità in sé considerata*, in quanto essa da un lato garantisce *certezza e prevedibilità*, e dall'altro rende agibili (o comunque meno difficoltosi) *controlli* (dell'attività) che altrimenti sarebbero pressoché impossibili"¹⁹. Controlli che lo stesso soggetto acquirente può compiere, all'atto della conclusione del contratto, nella misura in cui le caratteristiche del bene, il suo stato giuridico, gli obblighi del costruttore non rimangono indeterminati (e rimessi alle clausole generali di buona fede e correttezza), ma risultano invece puntualmente *elencati e dettagliati* (il che giustifica l'analiticità delle previsioni dell'art. 6).

La *violazione di norme imperative* è, come noto, causa di *nullità del contratto, se la legge non dispone diversamente* (art. 1418, comma 1, c.c.). E tuttavia, *una tale conclusione, se generalizzata, appare eccessiva*, e probabilmente non congruente con la *ratio* delle disposizioni in esame. Occorre, infatti, tener conto del fatto che - nell'ambito della legislazione speciale "protettiva" a tutela del contraente debole - il legislatore ha previsto espressamente la sanzione di nullità quando l'ha voluta (*ubi lex voluit, dixit; ubi noluit, tacuit*). Argomento che potrebbe essere riproposto anche nel contesto del decreto legislativo in commento, nel quale l'art. 2, comma 1, prevede espressamente la sanzione della nullità relativa, in caso di mancato rilascio e consegna della fideiussione ad opera del costruttore. A ciò si aggiunga il fatto che l'estrema analiticità della prescrizione dell'art. 6, e quindi la previsione in esso anche di obbligazioni di natura accessoria, o di aspetti non "centrali" della prestazione del costruttore (si

¹⁸ D'AMICO, "Regole di validità" e principio di correttezza nella formazione del contratto, cit., p. 332.

¹⁹ D'AMICO, "Regole di validità" e principio di correttezza nella formazione del contratto, cit., p. 332-333.

pensi all'indicazione delle "tamponature", o degli "infissi", dell'"elenco delle rifiniture e degli accessori") renderebbe certo la sanzione della nullità ultronea ed eccessiva rispetto all'omissione, o all'incompleta menzione, di alcune di tali indicazioni.

Neanche, però, sarebbe corretto escludere in radice la sanzione di nullità relativa - e quindi l'operatività del meccanismo di nullità virtuale - sulla base del semplice argomento *ex silentio*²⁰, che del resto non è ritenuto particolarmente probante a livello interpretativo²¹. Sarebbe *errato*, in particolare, *il parallelo con la disciplina della multiproprietà*, in relazione alla quale - in difetto di prescrizione di nullità per violazione dell'art. 3 del D. Lgs. n. 427/1998 - la dottrina prevalente si è orientata per la non configurabilità di tale rimedio²². Ciò perché - come si è tentato sopra di dimostrare - diversa è la *ratio* dei due provvedimenti; e perché *diverso è il meccanismo sanzionatorio* nelle due fattispecie. In tema di multipro-

²⁰ In tal senso, Rizzi, *La nuova disciplina di tutela dell'acquirente di immobile da costruire. Il contenuto del contratto preliminare*, in corso di pubblicazione.

²¹ Sulla portata relativa, e sull'equivocità dell'argomento *ex silentio*, cfr. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano 2004, p. 149 ss., 236 ss., 284 ss.; SACCO, *Le fonti del diritto italiano, 2 - Le fonti non scritte e l'interpretazione*, Torino 1999, p. 220 ss.; TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano 1980, p. 346 ss.

²² Diversi 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, Ipsosa, Milano 1999, p. 30 ss.; ERMINI, *Requisiti del contratto*, in *1 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).

Ritiene, invece, in ogni caso nullo il contratto di vendita in multiproprietà se privo dei requisiti di contenuto richiesti dalla legge, CASELLI, *La multiproprietà*, Milano 1999, p. 25.

prietà, infatti, sono espressamente sanciti *obblighi informativi nella fase precontrattuale*, a carico dell'alienante, la cui violazione dà luogo a responsabilità precontrattuale; ed inoltre sono previste *sanzioni amministrative* a carico del venditore anche per la violazione delle disposizioni sul contenuto del contratto, ed il *diritto di recesso dell'acquirente* in buona parte dei casi. Si riscontra, cioè, nel caso della multiproprietà la "diversa disposizione" richiesta dall'art. 1418, comma 1, c.c., che esclude il ricorso alla nullità.

Plausibilmente, invece, *il legislatore si è astenuto - a proposito delle menzioni richieste dall'art. 6 - dal prevedere in via generale la sanzione di nullità proprio perché diversificati devono essere i rimedi e le conseguenze*, in dipendenza delle diverse *rationes* sottostanti alle previsioni in tale articolo contenute.

Si consideri, ad esempio, l'eventuale omissione di ogni indicazione circa elementi essenziali dell'oggetto (descrizione dell'immobile; indicazione del prezzo), la cui indeterminatezza, o indeterminabilità, dà luogo a *nullità assoluta* del contratto, ai sensi degli artt. 1418, comma 2, e 1346 c.c.

Si consideri, all'opposto, la mancata indicazione delle imprese appaltatrici, che sembra incidere solo su profili di responsabilità del costruttore.

Le conseguenze della violazione dell'art. 6 devono essere, insomma, verificate caso per caso, in base alla *ratio* delle singole prescrizioni di contenuto; e tenendo conto del fatto che - *ove non sia individuabile una diversa sanzione o rimedio che assicuri all'acquirente una tutela equipollente a quella garantita dalla indicazione in contratto, e nella misura in cui la disposizione debba considerarsi imperativa* per gli effetti dell'art. 1418, comma 1, c.c. - *il rimedio residuale previsto dal legislatore è la nullità (virtuale) del contratto*. Rimedio residuale, si è detto: in quanto in base al suddetto art. 1418, comma 1, la nullità trova applicazione ogni qualvolta la legge non dispone diversamente²³.

Quel che è certo è che è necessario, in un modo o nell'altro, *assicurare l'effettività delle prescrizioni in esame*. Esigenza che emerge del resto chiaramente, ove si consideri che - causa la mancata previsione ad opera del legislatore della forma pubblica *ad substantiam*, e quindi dell'intervento notarile, per i contratti in oggetto - *non è garantito alcun*

²³ Rileva ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., p. 99, che "l'art. 1418, comma 1, c.c., svolge la sua funzione di "norma di chiusura", escludendo in radice la sussistenza di lacune dell'ordinamento riguardo alla disciplina dei contratti che violano norme imperative. Ma ciò non toglie che la nullità fondi comunque su una previsione testuale di legge, quale risulta dal combinato disposto della specifica norma violata e della regola generale di cui al primo comma dell'art. 1418 c.c."

controllo obbligatorio di legalità sul regolamento contrattuale, e quindi la conformazione del medesimo alle prescrizioni dell'art. 6 è rimessa alla decisione delle parti interessate: *affermare che il contratto, che non contenga una o più delle indicazioni "essenziali" richieste dall'art. 6, sia comunque valido ed efficace, senza alcun effettivo rimedio a favore dell'acquirente diverso dai normali rimedi di diritto comune, significherebbe - in assenza di altre sanzioni e di un controllo di legalità preventivo - svuotare la prescrizione del suo valore precettivo*, e praticamente sottoporre la disposizione ad *interpretatio abrogans*, il che non è certamente corretto sotto il profilo metodologico²⁴, ed è in totale contrasto con le finalità della legge in commento. Né si potrebbe far ricorso alla nozione di *irregolarità* del negozio giuridico, elaborata dalla dottrina con riferimento a violazioni di norme cui conseguono sanzioni di natura fiscale o amministrativa²⁵.

Ciò premesso, occorre meglio verificare se taluni dei rimedi proposti dalla dottrina possano essere adottati - riguardo alle specifiche disposizioni di contenuto - al fine di sanzionare la violazione dell'art. 6 del decreto.

5. (SEGUE): LA TESI DELLA RESPONSABILITÀ DEL COSTRUTTORE

È da scartarsi, innanzitutto, l'idea che l'art. 6 imponga in via generalizzata obblighi informativi in capo al costruttore, e che quindi la sua violazione comporti una responsabilità precontrattuale²⁶, o contrattuale²⁷, dello stesso.

Come già evidenziato allorché ci si è occupati della nozione di "acquirente", in contrapposizione a quella di "consumatore"²⁸, la tecnica uti-

²⁴ Sull'interpretazione abrogante, cfr. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 36 ss., 305 ss.

²⁵ CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli 1949, p. 331 ss.; GENTILI, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, II, a cura di E. GABRIELLI, Torino 1999, p. 1284 ss.

²⁶ Per la responsabilità precontrattuale del costruttore, quale sanzione per la violazione di un "dovere di informazione" che allo stesso sarebbe imposto, RIZZI, *La nuova disciplina di tutela dell'acquirente di immobile da costruire. Il contenuto del contratto preliminare*, in corso di pubblicazione.

²⁷ Esclude la responsabilità contrattuale per inadempimento RIZZI, *La nuova disciplina di tutela dell'acquirente di immobile da costruire. Il contenuto del contratto preliminare*, in corso di pubblicazione, sulla base della considerazione che "nel caso di specie non siamo in presenza di un inadempimento di un obbligo discendente dal contratto o discendente dalla legge per effetto della stipula del contratto. In questo caso l'inadempimento riguarda il momento "genetico" stesso del rapporto contrattuale e cioè consiste nell'inosservanza dei requisiti richiesti dalla legge per la formazione stessa del contratto".

²⁸ Cfr. il paragrafo 8 del Capitolo II.

lizzata dal legislatore nel decreto in commento è profondamente diversa da quella impiegata, ad esempio, nel settore delle vendite in multiproprietà. In quella sede vi sono specifici obblighi di informazione precontrattuale a carico dell'alienante, la cui violazione dà certamente luogo a responsabilità precontrattuale *ex art. 1337 c.c.*; vi è l'obbligo, specificamente sanzionato in capo al solo soggetto alienante, di conformare il contenuto contrattuale in base alle indicazioni contenute nel documento informativo; vi è la previsione di sanzioni amministrative a carico esclusivo dell'alienante; nonché la previsione del diritto dell'acquirente di recedere dal contratto laddove alcune tra le prescrizioni "di contenuto" più importanti non siano osservate.

Nulla di tutto ciò nel caso in esame, in cui *non è prescritto alcun obbligo di informativa precontrattuale a carico del costruttore*, non è presupposta in alcun modo, a livello normativo, la predisposizione unilaterale del contratto ad opera del costruttore (*il contratto è soggetto alla medesima disciplina, anche se è predisposto da entrambe le parti a seguito di serrata trattativa, o addirittura se è predisposto dal solo acquirente*)²⁹; non vi sono sanzioni amministrative o di altro genere a carico del costruttore per violazione dell'art. 6 del decreto, e non è previsto alcun diritto di recesso a vantaggio dell'acquirente. Una realtà normativa, insomma, profondamente differenziata rispetto a quella della multiproprietà.

D'altra parte, *non siamo qui in presenza di una tecnica di repressione della violazione del dovere di buona fede*, a differenza di altre normative speciali, tra le quali possono ascriversi, in particolare, la disciplina delle clausole vessatorie nei contratti con i consumatori, quella dei patti che realizzano abuso di dipendenza economica, e quella degli accordi gravemente iniqui sui termini di pagamento nelle transazioni commerciali: tutte fattispecie in cui sono vietati determinati contenuti contrattuali in dipendenza dell'*esercizio abusivo dell'autonomia contrattuale, realizzato da uno dei contraenti*³⁰. Nella fattispecie in esame, al contrario, vi è una disciplina relativa alla *completezza* del contenuto contrattuale, a prescin-

²⁹ La disciplina in commento non presuppone, quindi, necessariamente un "esercizio unilaterale dell'autonomia privata" (su tale nozione D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli 1996, p. 348); ciò perché l'esigenza di protezione del contraente non esperto prescinde dal fatto che si tratti di contratto per adesione o di contratto individuale: VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, cit., p. 158-159.

³⁰ VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie e la nullità a tutela della parte debole del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2005, p. 165 ss.; ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli 2003, p. 80 ss. (ove si evidenzia che in tali fattispecie "assumono rilevanza elementi procedurali che attengono al comportamento delle parti e che restano estranei alla struttura del contratto").

dere dal suo concreto atteggiarsi, e soprattutto a prescindere dalla circostanza che tale contenuto sia stato determinato abusivamente dal contraente forte.

Nella fattispecie della vendita di immobili da costruire, ed in particolare con le disposizioni contenute nell'art. 6 del decreto legislativo, il legislatore si pone piuttosto un obiettivo - quello della tutela imperativa dell'acquirente rispetto ai rischi dell'inadempimento o inesatto adempimento della prestazione del costruttore - il cui perseguimento richiede non solo e non tanto un'adeguata informazione a favore dell'acquirente, ma soprattutto *la compiuta determinazione dell'oggetto della prestazione del costruttore, e l'esatta fotografia dello stato giuridico dell'immobile*. Ma tale risultato il legislatore persegue in un contesto che non è necessariamente caratterizzato dalla predisposizione unilaterale del testo del contratto ad opera del costruttore.

Del resto, anche nei casi in cui - in assenza di obblighi di informazione precontrattuale - si abbia *predisposizione unilaterale, in tutto o in parte, del contenuto del contratto* (art. 1341 c.c.), eventualità che come si è visto non necessariamente ricorre nella fattispecie in oggetto, *la violazione delle regole di "trasparenza" dettate dalla legge non è causa di responsabilità civile del contraente forte, ma solo di "inefficacia" (o nullità) delle clausole unilateralmente predisposte*³¹.

Ecco perché - in assenza di obblighi di informazione precontrattuale a carico del costruttore, e di una rilevanza normativa della predisposizione unilaterale del testo contrattuale ad opera del medesimo - non può che ribadirsi, nella fattispecie in esame, la *distinzione* - nettamente messa in luce dalla dottrina - *tra regole di validità del contratto, e regole di responsabilità precontrattuale, o contrattuale*³²; e concludersi pertanto per

³¹ 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 contrabando* 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"); Scognamiglio, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1970, p. 272 ss.

³² 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*. In giurisprudenza, cfr. Cass. 18 ottobre 1980 n. 5610, in *Arch. civ.*, 1981, p. 133.

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

l'esclusione di una responsabilità generalizzata del costruttore dovuta al solo fatto che il contratto non abbia il contenuto prescritto dall'art. 6 del decreto.

Neanche potrebbe trovare applicazione, in via generale, la previsione dell'art. 1338 c.c., che prevede la responsabilità precontrattuale del contraente che - conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto - non ne ha dato notizia all'altra parte che l'abbia ignorata senza colpa: posto che in caso di violazione dell'art. 6 del decreto, nell'ipotesi in cui tale violazione dia luogo a nullità, la conoscenza della causa di invalidità si concreterebbe nella *conoscenza della norma di legge, che deve sussistere in capo ad entrambe le parti*; e la responsabilità *ex art. 1338 c.c.* presuppone non solo la colpa di una parte nell'ignorare la causa di invalidità del contratto, ma anche la mancanza di colpa dell'altra parte nel confidare nella sua validità³³.

Il che non impedisce, ovviamente, di ravvisare una *responsabilità precontrattuale* del costruttore ogni qualvolta la mancata conformazione del contenuto del contratto sia allo stesso imputabile, in quanto sia derivata dall'*omessa comunicazione di informazioni di cui il venditore aveva in via esclusiva la disponibilità*. Basti pensare alle "condizioni generali" di vendita degli edifici in condominio, contenute nei capitolati di opere predisposti ovviamente in modo uniforme per quanto concerne le parti comuni dell'edificio, e le caratteristiche costruttive generali. Il riscontro di una responsabilità precontrattuale del costruttore, in questi casi, deriva da un suo comportamento scorretto nella fase della formazione del contratto, consistente nella mancata messa a disposizione degli elementi e delle informazioni necessari ai fini del completamento del contenuto contrattuale a norma di legge. Tutto ciò non può implicare, tuttavia, una responsabilità in via generalizzata in tutti i casi in cui il contratto non riporti gli elementi richiesti dalla disciplina di protezione, anche perché *la maggior parte degli elementi richiesti dall'art. 6 in commento, possono essere acquisiti anche dall'acquirente, o dal promissario acquirente, mediante apposita indagine presso i competenti uffici, con l'impiego dell'ordinaria diligenza*

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.

³³ Cass. 21 agosto 2004 n. 16508, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Contratto in genere*, n. 146; Cass. 7 marzo 2001 n. 3272, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 2109; App. Napoli 25 febbraio 1998, in *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Edilizia popolare*, n. 88; Cass. 26 giugno 1998 n. 6337, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 2773; Cass. 14 marzo 1985 n. 1987, in *Foro it.*, Rep. 1985, voce *Contratto in genere*, n. 136; Cass. 11 febbraio 1982 n. 835, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 1238.

ed eventualmente avvalendosi di un professionista competente (si pensi agli estremi del permesso di costruire, agli elaborati progettuali presentati ai competenti uffici comunali, agli elementi identificativi dei soggetti, ai dati catastali degli immobili, alle formalità risultanti dai registri immobiliari); *altri aspetti devono essere invece concordati tra le parti, e non sono quindi nell'esclusiva disponibilità dell'alienante* (caratteristiche costruttive delle singole unità immobiliari; prezzo e modalità di pagamento; obblighi del costruttore in relazione alle formalità pregiudizievoli). Soprattutto, *la responsabilità precontrattuale, ove configurabile, può riconnettersi alla violazione di obblighi di informazione e collaborazione nella fase di formazione del contratto, ma non ha nulla a che fare con il diverso ed autonomo profilo della determinazione del contenuto contrattuale.*

6. (SEGUE): LA TESI DEL DIRITTO DI “RIPENSAMENTO”, O DI RECESSO UNILATERALE DELL'ACQUIRENTE

L'art. 6 del decreto non prevede - a differenza di quanto sancito dall'art. 5 del D. Lgs. n. 427/1998, in tema di multiproprietà - un diritto di ripensamento, e quindi di recesso del contraente debole in caso di violazione delle norme di protezione. Rimedio, questo, che certo sarebbe particolarmente efficace, ed è particolarmente indicato soprattutto nei casi di stipulazione per scrittura privata, senza quindi l'intervento pregnante del notaio che - nella contrattazione per atto pubblico - svolge una penetrante indagine della volontà delle parti, ed è quindi in grado non solo di chiarire alle stesse, ed al contraente debole in particolare, le conseguenze giuridiche e le implicazioni del contratto, ma soprattutto, nello svolgimento della propria “funzione di adeguamento”³⁴, assicura che siano compiutamente osservate le prescrizioni di legge (anche, per ipotesi, quelle che prescrivono un contenuto obbligatorio del contratto), integrando inoltre il regolamento contrattuale con tutte le pattuizioni necessarie ed opportune per la sua piena efficacia.

Nulla di tutto ciò allorché la stipulazione avviene per scrittura privata: circostanza che deve ritenersi normale nella contrattazione preliminare, per i motivi già esposti. *De iure condendo*, sarebbe certo auspicabile che venisse previsto un “diritto di ripensamento” dell'acquirente nel caso in cui il contratto, stipulato senza l'intervento del notaio, non contenga alcu-

³⁴ Sulla c.d. funzione di adeguamento del notaio, cfr. D'ORAZI FLAVONI, *La responsabilità civile nell'esercizio del notariato*, in *Scritti giuridici*, II, Roma 1965, p. 965 ss.; ID., *La responsabilità e le responsabilità del notaio*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, p. 332 ss.

ne tra le principali prescrizioni richieste dall'art. 6. *De iure condito*, ad una tale conclusione non può certo giungere l'interprete, stante l'eccezionalità del recesso unilaterale rispetto alla generale regola di vincolatività del contratto, sancita dall'art. 1372 c.c.³⁵; eccezionalità che non consente l'estensione in via analogica delle previsioni in tema di recesso, tanto più che l'art. 1418, comma 1, c.c., sancisce la nullità del contratto, e non il diritto di recesso, quale rimedio di natura residuale in assenza di diverse disposizioni di legge.

7. (SEGUE): LA TESI DELL'OBBLIGO DI RINEGOZIAZIONE DEL CONTRATTO

La soluzione potrebbe essere rinvenuta nella configurazione di un *obbligo di rinegoziare*³⁶ *il contenuto del contratto* in modo da adeguarlo alle prescrizioni di legge. Si potrebbe, in altri termini, ipotizzare che il costruttore - parte "forte" del rapporto contrattuale - sia *obbligato, su richiesta dell'acquirente, a rinegoziare* (quindi *instaurare apposite trattative*³⁷, e *stipulare un nuovo contratto modificativo*), al fine di recepire le indicazioni, prescritte dall'art. 6 del decreto legislativo, eventualmente non riportate nel contratto originario³⁸. La fonte di quest'obbligo potrebbe essere individuata negli artt. 1374 e 1375 c.c., e quindi nell'integrazione del contratto in conformità a quanto prescritto dalla legge, dall'equità e dalla buona fede. Una conclusione in tal senso legittimerebbe l'acquirente all'esperimento dei normali *rimedi sinallagmatici*, oltre alla richiesta di *risar-*

³⁵ Nel medesimo senso, RIZZI, *La nuova disciplina di tutela dell'acquirente di immobile da costruire. Il contenuto del contratto preliminare*, in corso di pubblicazione.

³⁶ Sulla rinegoziazione dei contratti, cfr. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano 2004; SICCHIERO, *Rinegoziazione*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ., Aggiornamento*, II, Torino 2003, p. 1200; BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziare e gestione delle sopravvenienze*, in *Europa e dir. priv.*, 2003, p. 476 ss.; GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2003, p. 701 ss.; MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 63 ss.; GALLO, *Revisione del contratto*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, XVIII, Torino 1998, p. 431; BIANCA, *Diritto civile, 5 - La responsabilità*, Milano 1997, p. 325; MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli 1996; GRANDE STEVENS, *Obbligo di rinegoziare nei contratti di durata*, in *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, a cura di Lipari, cit., p. 193.

³⁷ Sull'obbligo di rinegoziazione, come obbligo di svolgere nuove trattative, cfr. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, cit., p. 8 ss.; MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 320.

³⁸ In tal senso BARALIS, *Considerazioni sparse sulla bozza di decreto delegato conseguente alla L. 210/2004: spunti e interrogativi in tema di: permuta di bene presente con bene futuro, elusione, garanzia fideiussoria, riflessi sulla trascrizione di vendita di bene futuro*, in corso di pubblicazione in *Riv. not.*, 2005.

cimento dei danni, nel caso in cui *il costruttore si rifiutasse di addivenire al contratto modificativo*.

Una tale strada non sembra però agevolmente percorribile. La dottrina ha innanzitutto evidenziato il contrasto che si verrebbe a creare tra tale presunto obbligo di rinegoziazione ed il *principio di autonomia privata*, che legittima, in assenza di previsioni di legge, le parti a rifiutare il proprio consenso alle modifiche del contratto validamente stipulato, che ha “forza di legge” tra loro a norma dell’art. 1372 c.c.³⁹. Pertanto, al di fuori delle ipotesi di obbligo legale di rinegoziazione desumibili da espresse disposizioni legislative⁴⁰, se può forse aderirsi all’opinione secondo la quale un “obbligo di esercitare il potere di autonomia è esigibile nella misura in cui venga ad impedire una forma di abuso del diritto”⁴¹, più difficile è ipotizzare tale obbligo non in funzione correttiva di un oggetto contrattuale previamente determinato, bensì in funzione integrativa di un contenuto contrattuale che comunque può essere integrato automaticamente in base alla legge, all’equità, agli usi ed alla buona fede; cosicché si è sostenuto che “lo schiudersi, in corso di svolgimento del rapporto, di spazi giuridicamente vuoti”, legittima la parte interessata non già a chiedere la rinegoziazione, “ma un contegno dal contenuto specifico; non dunque l’esercizio in sé del potere di autonomia, ma un contegno dal contenuto specifico”⁴².

Sotto il profilo assiologico, si tratterebbe di una *soluzione ben poco cautelativa* nei confronti dell’acquirente, perché *affidata alla volontà del costruttore di adempiere*: se tale fosse la conseguenza della violazione dell’art. 6, non vi sarebbe alcuna effettiva garanzia per l’acquirente di ottenere un contenuto contrattuale conforme a legge. Si consideri, inoltre, che - come già rilevato - l’art. 6 non presuppone in alcun modo un “esercizio unilaterale di autonomia privata”, e quindi una predisposizione unilaterale, ad opera del costruttore, del contenuto del contratto: il che significa che il rimedio della rinegoziazione, ammesso che sia configurabile, dovrebbe operare *in direzione reciproca*, e quindi vincolare bilateralmen-

³⁹ Sui rapporti tra autonomia privata e successivi interventi integrativi del contenuto contrattuale in funzione equitativa, cfr. per tutti Guizzi, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, p. 68 ss.; GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, cit., p. 76 ss.

⁴⁰ Cfr. un’elencazione di tali disposizioni di legge in GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, cit., p. 707.

⁴¹ GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, cit., p. 154. Scettico, invece, sulla configurabilità di una “clausola generale” di rinegoziazione, è GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, cit., p. 708 ss.

⁴² GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, cit., p. 185.

te entrambi i contraenti, trattandosi di un rimedio desumibile dai principi generali e non dalla legge speciale a tutela dell'acquirente. Ma soprattutto, occorre tenere in considerazione il fatto che il legislatore non pone alcun vincolo alle parti in ordine all'effettivo *contenuto dell'accordo*, e non esige che tale contenuto sia conforme a *requisiti di equità o giustizia contrattuale*, richiedendo *solamente che determinati punti siano determinati nel contesto del contratto* e non siano quindi solo determinabili mediante rinvio a fonti esterne, alla buona fede o all'equità: ora, obbligare le parti a rinegoziare significa sottoporle all'*alea di nuove trattative* (il cui esito non è certo scontato), e quindi anche all'eventualità che venga rinegoziato un oggetto contrattuale a condizioni obiettivamente sfavorevoli per l'acquirente. Al di fuori dei contratti dei consumatori, infatti, "*le parti sono libere di dedurre in contratto un notevole squilibrio di diritti e di obblighi*"⁴³. Non vi è, quindi, alcuna garanzia che le nuove trattative si concludano favorevolmente per l'acquirente (per il quale *nessuna norma prevede un'assistenza legale obbligatoria al momento della conclusione del contratto o della sua rinegoziazione*), il quale quindi non avrà, nella maggior parte dei casi, alcun interesse all'esperimento di tale rimedio, risultando in realtà preferibile il ricorso ai principi generali, che quantomeno garantiscono un'integrazione secondo buona fede ed equità del contenuto del contratto (artt. 1374, 1375 c.c.).

Si aggiunga il fatto che la *teoria dell'obbligo di rinegoziazione* - obbligo la cui esistenza è comunque tutt'altro che pacifica⁴⁴ - è stata elaborata dalla dottrina con riferimento ad una fattispecie particolare - i *contratti di durata*, ed in particolare i mutui con obbligo di restituzione a medio o lungo termine - nella quale l'esigenza di rideterminazione del contenuto contrattuale nasce dall'intervento di *sopravvenienze*, che alterano l'originario equilibrio contrattuale, ed esigono come tali una risposta dell'ordinamento⁴⁵. *Situazione completamente diversa, quindi, da quella che si verifica allorché il contratto sia affetto da un vizio, per così dire, genetico*, costituito dall'omessa conformazione del contenuto contrattuale ad una norma imperativa già nella fase della sua formazione. In definitiva, vi è probabilmente uno spazio per l'intervento del giudice nelle ipotesi previste dalla legge (cfr., ad esempio, l'art. 1474 c.c. nel caso in cui il prezzo non sia stato determinato nel contratto, e nella misura in cui tale

⁴³ GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, cit., p. 69.

⁴⁴ Cfr. le perplessità riportate da SICCHIERO, *Rinegoziazione*, cit., p. 1210 ss.

⁴⁵ Cfr. per tutti SICCHIERO, *Rinegoziazione*, cit., p. 1210 ss.

norma si ritenga applicabile alla contrattazione immobiliare “in serie”), ma al di fuori delle previsioni testuali di legge appare obiettivamente difficile una compressione dell’autonomia privata mediante l’imposizione di obblighi di rinegoziazione o l’intervento autoritativo dell’autorità giudiziaria. In ogni caso, anche ove si ammettesse un tale rimedio per far fronte alla “incompletezza” del contenuto del contratto nell’ambito del diritto comune⁴⁶, le ragioni sopra esposte dovrebbero escludere l’idoneità del rimedio della rinegoziazione a fronte delle specifiche esigenze di tutela manifestate dall’art. 6 del decreto legislativo in commento, considerato che una parte delle previsioni di contenuto ivi riportate attengono a *profili* (ad esempio, *la determinazione del bene immobile; l’indicazione del permesso di costruire; l’indicazione delle formalità pregiudizievoli*) rispetto ai quali *il rimedio della rinegoziazione sarebbe assolutamente inidoneo*.

Per finire, risulta arduo postulare, a fronte della *violazione di una norma imperativa* relativa al contenuto obbligatorio del contratto, l’applicazione di un rimedio come la rinegoziazione, tenendo conto della previsione dell’*art. 1418, comma 1, c.c.*, che ammette rimedi diversi dalla nullità - in caso di violazione di norme imperative - solo in presenza di un’*apposita previsione legislativa*.

Tenuto conto dell’assenza di un fondamento positivo su cui basare l’obbligo di rinegoziazione, della sua estrema aleatorietà e della sua inadeguatezza a tutelare adeguatamente l’interesse dell’acquirente, occorre battere altre strade, verificando se dal sistema legislativo non siano ricavabili altri rimedi, provvisti di maggior efficacia e coerenza sistematica, e più solidamente fondati sulle norme positive.

8. (SEGUE): LA TESI DELL’INTEGRAZIONE DEL CONTRATTO

Una parte della dottrina ha ritenuto che - in presenza di prescrizioni di contenuto particolarmente analitiche e dettagliate, anche in relazione ad aspetti accessori del contratto - la sanzione di nullità sia oggettivamente eccessiva rispetto agli interessi tutelati, e debba invece ricorrersi all’in-

⁴⁶ Solo nel contesto della disciplina codicistica dei contratti di durata, ivi comprese probabilmente fattispecie come il contratto di appalto, può probabilmente accedersi all’opinione di MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all’obbligo di rinegoziare*, cit., p. 87, secondo il quale “l’invalidità del contratto “incompleto” potrebbe soltanto essere il risultato di interpretazioni esasperatamente formalistiche di talune disposizioni del codice civile (in primo luogo, l’art. 1346 in combinazione con l’art. 1418), funzionali forse alla soluzione di conflitti riconducibili alla realtà dello scambio istantaneo e del contratto traslativo ma di certo non immediatamente armonizzabili con la logica del contratto ad esecuzione protratta nel tempo”.

tegrazione “automatica” del contratto a norma degli artt. 1374 ed 1375 del codice civile⁴⁷.

In primo luogo, laddove esista una *norma di carattere suppletivo*, la stessa potrebbe essere utilmente impiegata al fine di colmare la “lacuna” venutasi a creare in conseguenza dell’omessa previsione contrattuale richiesta dalla norma protettiva⁴⁸. Tale integrazione è, del resto, espressamente prevista dall’art. 1374 c.c., a norma del quale il contratto obbliga le parti non solo a ciò che è espressamente pattuito, ma anche per quanto è previsto dalla legge. Si vedranno nel seguito le possibilità applicative di un tale tipo di integrazione.

In secondo luogo, ove difettesse la norma suppletiva, l’integrazione del contratto potrebbe operare, ai sensi degli artt. 1374 e 1375 c.c., grazie all’*equità*, o alla *clausola generale di buona fede*⁴⁹. Sarebbe così possibile, in mancanza di una dettagliata regolamentazione degli obblighi del costruttore, integrare il contratto con quanto derivante dagli ordinari principi del diritto dei contratti e delle obbligazioni⁵⁰.

Non si nega, ovviamente, che anche l’integrazione secondo equità e buona fede possa operare in relazione ai contratti in oggetto. *Ciò che non sembra accettabile è che tale integrazione sia l’unico rimedio contro la violazione delle prescrizioni dell’art. 6 del decreto*. Opinare in tal senso significherebbe, nella sostanza, operare un’interpretazione abrogante di

⁴⁷ BARALIS, *Considerazioni sparse sulla bozza di decreto delegato conseguente alla L.210/2004; spunti e interrogativi in tema di: permuta di bene presente con bene futuro, elusione, garanzia fideiusoria, riflessi sulla trascrizione di vendita di bene futuro*, cit.

Nel medesimo senso, con riguardo più in generale alle prescrizioni sul contenuto dei contratti, contenute nella legislazione speciale a tutela del contraente debole, VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, cit., p. 252, la quale, pur avvertendo che “la risposta non è semplice e non può essere generalizzata”, ritiene che “di norma, anche il contraente “protetto” ha interesse alla conservazione del rapporto e lo strumento, ad esempio, della nullità sarebbe eccessivamente penalizzante”; concludendo che “in un quadro non completo non possono non valere le norme a carattere generale; se le carenze riguardano aspetti disciplinati già dall’ordinamento (anche in via suppletiva) o individuabili attraverso il ricorso agli usi e all’equità non potrà non applicarsi l’art. 1374 cod. civ.”. Da rilevare, comunque, che l’autrice - a proposito delle violazioni formali imposte al fine di rimuovere lo squilibrio contrattuale - ammette l’applicazione della nullità relativa (virtuale), qualificando le regole di forma suddette come norme imperative (VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, cit., p. 260-261).

⁴⁸ Sull’integrazione “suppletiva” del contratto ad opera della legge, cfr. per tutti FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano 1999, p. 3 ss.

⁴⁹ Sul valore della clausola generale di buona fede ai fini dell’integrazione del contratto, cfr. in particolare Cass. 20 aprile 1994 n. 3775, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1296. In dottrina, cfr. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, cit., p. 165 ss.

⁵⁰ Per il ricorso alla buona fede *in executivis*, nella materia in esame, cfr. BARALIS, *Permuta di terreno con edificio da costruire*, in *Atti del Convegno Paradigma*, Milano 14 aprile 2005, p. 4.

buona parte delle disposizioni contenute nel suddetto art. 6, posto che già prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo che si esamina gli artt. 1374 e 1375 c.c. operavano nel suddetto senso. In altri termini, *l'art. 6 deve avere un significato ed una portata precettiva autonomi rispetto alle regole generali di integrazione del contratto*, e deve garantire all'acquirente un *quid pluris*, rappresentato dalla *conoscenza - sin dal momento della conclusione del contratto - del dettaglio delle condizioni* relative allo stato di fatto e di diritto dell'immobile ed agli obblighi del costruttore, perché si vuole garantire a detto acquirente una compiuta valutazione dell'affare al momento della sua conclusione, eliminando nel contempo l'eccessiva discrezionalità che le clausole generali sopra richiamate garantirebbero al costruttore. E poiché un tale risultato può essere raggiunto solo se si assicura *effettività* alla previsione di legge, e tale *effettività* non è sempre garantita per mezzo del controllo preventivo di legalità - la legge non prescrive infatti l'intervento necessario del notaio per la stipula dei contratti in oggetto - *deve necessariamente rinvenirsi nel sistema una sanzione alla violazione dell'art. 6*. Sostenere il contrario equivarrebbe a dire che le parti possono tranquillamente violare l'art. 6, perché al limite ... si applicano i principi di diritto comune, che si sarebbero applicati anche prima dell'emanazione della nuova disciplina: senza riguardo all'esigenza di assicurare la precettività e l'effettività delle norme giuridiche.

In altri termini, non si nega che sul costruttore, in quanto venditore "professionale", gravino degli obblighi di correttezza e buona fede che investono anche la determinazione dell'oggetto della vendita ed in genere del contenuto contrattuale, nei limiti in cui si riscontri un'asimmetria informativa, e quindi una disponibilità esclusiva da parte di esso venditore di elementi ignoti alla controparte⁵¹. Non è neanche escluso che il meccani-

⁵¹ Importanti, sul punto, le precisazioni di Cass. 16 novembre 2000 n. 14865, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 75: "nei contratti a prestazioni corrispettive il nesso d'interdipendenza che lega le contrapposte obbligazioni e prestazioni nell'ambito d'un rapporto sinallagmatico determina, secondo il principio interpretativo-integrativo, l'estensione dei doveri di correttezza, di buona fede, di diligenza - stabiliti dagli artt. 1337 e 1338 c.c. per la fase precontrattuale e della stipulazione e dagli artt. 1374 e 1375 c.c. per la fase dell'esecuzione, in armonia con quanto già prescritto per le obbligazioni in generale dall'art. 1175 c.c. - anche alle cosiddette obbligazioni collaterali di protezione, d'informazione, di collaborazione, che presuppongono e richiedono una capacità discrezionale ed una disponibilità cooperativa dell'imprenditore nell'esercizio della sua professione e, quindi, nel tener conto delle motivazioni della controparte all'acquisto. Ond'è che detti doveri ed obblighi non possono non imporre ch'esso imprenditore, anzi tutto, si preoccupi dell'esatta specificazione delle caratteristiche del bene compravenduto al momento della conclusione del contratto, rispondendo anche della negligenza dei propri agenti al riguardo, ed, in secondo luogo, che, nel caso la necessaria specificazione fosse stata omessa in tale occasione, ne faccia richiesta all'acquirente anzi di provvedere alla propria prestazio-

simo dell'integrazione legale sia sufficiente, rispetto ad alcune delle prescrizioni contenute nell'art. 6, al fine di assicurare il raggiungimento dello scopo che il legislatore si è prefisso. *Ciò che non può essere ammesso è che l'integrazione legale del contratto rappresenti l'unico rimedio alla mancata conformazione del contratto alle disposizioni inderogabili ex art. 6 del decreto.*

Probabilmente, quindi, non può essere fornita una soluzione di carattere generale basata sul meccanismo dell'integrazione legale del contratto, ma occorre verificare in relazione alle singole prescrizioni quale sia la soluzione più ragionevole avuto riguardo all'interesse dell'acquirente, che è il soggetto protetto dalla normativa in esame; tenendo comunque conto della *possibilità di utilizzare il congegno dell'integrazione ogni qualvolta la lacuna del regolamento contrattuale possa essere colmata con una norma suppletiva.*

9. (SEGUE): LA TESI DELLA NULLITÀ RELATIVA DEL CONTRATTO

Le disposizioni dell'art. 6 del decreto legislativo rappresentano, lo si è visto, *norme sul contenuto* del contratto, poste a tutela della parte debole del rapporto (l'acquirente), e del regolare funzionamento del mercato immobiliare. Se ad alcune di esse può attribuirsi un valore meramente ordinatorio, altre al contrario rivestono natura di *norme imperative di ordine pubblico*, attinenti più precisamente al c.d. *ordine pubblico di protezione*, ed al c.d. *ordine pubblico di direzione*⁵².

Nel sistema del codice civile, *la violazione di norme imperative dà luogo, a norma dell'art. 1418, comma 1, c.c., alla nullità del contratto, se la legge non dispone diversamente.* È quindi configurabile *nullità virtuale del contratto*, a prescindere dalla espressa comminatoria di legge, ogni qualvolta sia certa la natura imperativa della norma violata⁵³; e la

ne, astenendosi dal consegnare beni d'una "species" qualunque tra quelle appartenenti al "genus" prodotto o commerciato, diversamente rendendosi inadempiente alle indicate obbligazioni accessorie, che si pongono come precondizioni dell'obbligazione principale, e già sol per questo leGittimando l'eccezione ex art. 1460 c.c."

⁵² GENTILI, *Atti notarili "proibiti" e sistema delle invalidità*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 272.

⁵³ Sulla nullità virtuale del contratto contrario a norme imperative, cfr. in giurisprudenza, tra le altre, Cass. 7 marzo 2001 n. 3272, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 2109; Cass. 13 settembre 2000 n. 12067, in *Giur. it.*, 2002, p. 69; Trib. Milano 20 febbraio 1997, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2000, II, p. 82; Cass. 29 ottobre 1994 n. 8948, in *Corr. giur.*, 1995, p. 217; Cass. S.U. 18 luglio 1989 n. 3363, in *Riv. not.*, 1989, p. 708; Cass. 4 dicembre 1982 n. 6601, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 1172; Cass. 11 ottobre 1979 n. 5311, in *Riv. not.*, 1980, p. 134, ed in *Foro pad.*, 1979, I, c. 363; Cass. 27 novembre 1975 n. 3974, in *Foro it.*, 1976, I, c. 307; Cass. S.U. 21 agosto 1972 n. 2697, in *Giust. civ.*, 1972, II, p. 1914.

*dottrina prevalente è ormai orientata nel senso di ammettere che anche la nullità relativa possa essere virtuale*⁵⁴, nel quadro di un orientamento, ormai dominante, volto al “superamento dell’approccio tendente a relegare nel campo dell’eccezionalità qualsiasi reale o presunta difformità dal modello di nullità elaborato dalla Pandettistica”⁵⁵.

Il problema si sposta, quindi, all’*individuazione della natura imperativa della norma violata*⁵⁶. Secondo l’orientamento dominante, in dottrina e giurisprudenza, l’imperatività della norma si desume dalla natura degli interessi tutelati, da identificarsi con gli *interessi di carattere pubblico, o generale*⁵⁷. La giurisprudenza ha poi sviluppato vari criteri per individua-

⁵⁴ Cfr. per tutti 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 valutarci 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”; rilevando poi che “di sicuro il modello europeo di nullità non ha natura eccezionale e come tale non si sottrae all’estensione analogica”); AMADIO, *Nullità anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di “abuso dell’autonomia contrattuale”)*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 292; LA SPINA, *La nullità relativa degli accordi in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 136 ss.; ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli 2003, p. 49 ss.; POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli 2001, p. 18 ss. (ove il rilievo del carattere speciale, e non eccezionale, dello statuto delle nullità a protezione di interessi individuali, e la conclusione nel senso che “in presenza di patologie originarie della negoziazione che facciano emergere le medesime esigenze di tutela, per le quali non sia comminata espressa sanzione, trova applicazione la nullità virtuale di cui al primo comma dell’art. 1418 cod. civ., con la necessità, per il giudice, di adeguarne la disciplina agli interessi in gioco”), e p. 103 ss. (“nel mutato scenario che ne deriva, le disposizioni le quali espressamente restringono a una sola delle parti l’accesso all’azione di nullità possono ben essere applicate per analogia, allorché il legislatore ... tace sulla legittimazione all’azione”); GIOIA, *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, cit., p. 1332 ss.; PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano 1995, p. 41 ss., 173 ss.; DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 435 ss., e p. 451-452 (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 valutarci 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).

Per la nullità virtuale del contratto con cui si realizza un abuso in pregiudizio del contraente debole, cfr. in giurisprudenza App. Brescia 29 gennaio 2000, in *Foro it.*, 2000, I, c. 2679, ed in *Giur. it.*, 2000, p. 1876; Trib. Venezia 22 novembre 2004, in *Società*, 2005, p. 621, con nota di COLAVOLPE, *Prestazione di servizi di investimento: violazione delle regole di comportamento, della forma scritta e nullità virtuale*.

⁵⁵ POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., p. 107.

⁵⁶ Per una rassegna delle opinioni sul punto, cfr. DI AMATO, *Contratto e reato. Profili civilistici*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, Napoli 2004, p. 75 ss.; PUTTI, *La nullità parziale. Diritto interno e comunitario*, Napoli 2002, p. 193 ss.

⁵⁷ Cfr. per tutti VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano 1993, p. 121 ss.; TOMMASINI, *Nullità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano 1978, p. 878. In giurisprudenza, tra le altre, Cass. 6 aprile 2001 n. 5114, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1062; Cass. 15 marzo 2001 n. 3753, in *Giur. it.*,

re la natura pubblica dell'interesse violato: che è stato riscontrato, ad esempio, in presenza di una norma penale incriminatrice; nel caso di contratto concluso in assenza di una pubblica autorizzazione richiesta dalla legge; di contratto d'opera professionale concluso da soggetto non iscritto negli appositi albi; di contratto di acquisto di alloggio di edilizia residenziale pubblica in assenza dei prescritti requisiti in capo all'acquirente; di rivendita di fondo acquistato usufruendo dei benefici per la piccola proprietà contadina; di alienazione di spazi vincolati a parcheggio in violazione del diritto reale d'uso dei condomini; ed altre ipotesi ancora, nelle quali la giurisprudenza ha ravvisato l'esistenza di un interesse di natura pubblica alla base della norma violata⁵⁸.

Di recente, peraltro, quest'orientamento è stato sottoposto a critica, rilevandosi -anche sulla scorta dei lavori preparatori al codice civile - come l'art. 1418, comma 1, c.c., ponga una regola (la nullità) ed un'*eccezione a tale regola solo nei casi previsti dalla legge*⁵⁹; sarebbe quindi possibile ricorrere a rimedi diversi dalla nullità solo in presenza di una testuale volontà legislativa, riscontrabile secondo alcuni anche nella *previsione legislativa di rimedi di natura diversa* (ad esempio, annullabilità, rescissione, diritto di riscatto, diritto di recesso, e simili) *in caso di violazione di norme imperative*⁶⁰.

Altra dottrina ha identificato le norme imperative con le *norme inde-*

2001, p. 2083; Cass. 26 gennaio 2000 n. 863, in *Giur. it.*, 2000, p. 1585; Cass. S.U. 17 dicembre 1984 n. 6600, in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 1385; Cass. 4 dicembre 1982 n. 6601, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 1172; Cass. 12 ottobre 1982 n. 5270, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, c. 741; Cass. S.U. 11 febbraio 1982 n. 835, in *Foro it.*, 1983, I, c. 1081; Cass. 27 novembre 1975 n. 3974, in *Foro it.*, 1976, I, c. 309; Cass. 15 dicembre 1975 n. 4137, in *Foro it.*, 1976, I, c. 1605; Cass. S.U. 21 agosto 1972 n. 2697, in *Giust. civ.*, 1972, I, p. 1914.

⁵⁸ Cfr. una rassegna in GENTILI, *Le invalidità, in I contratti in generale*, II, a cura di E. GABRIELLI, cit., p. 1334 ss. In giurisprudenza, cfr. tra le altre Trib. Milano 28 giugno 2000, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2001, II, p. 110; Cass. 22 giugno 2000 n. 8478, in *Foro it.*, Rep. 2000, voce *Edilizia popolare*, n. 67; Cass. 4 febbraio 2000 n. 1228, in *Foro it.*, Rep. 2000, voce *Società*, n. 714; Trib. Cassino 1 settembre 1998, in *Vita not.*, 1999, p. 846; Cass. 7 marzo 1997 n. 2036, in *Riv. not.*, 1997, p. 832; Cass. 29 ottobre 1994 n. 8948, in *Corr. giur.*, 1995, p. 217; Cass. 20 ottobre 1994 n. 8576, in *Foro it.*, Rep. 1994, voce *Cassazione civile*, n. 49; Cass. 28 settembre 1994 n. 7894, in *Vita not.*, 1995, p. 735; Cass. 1 ottobre 1992 n. 10823, in *Foro it.*, Rep. 1993, voce *Edilizia popolare*, n. 86; Pret. Parma 16 ottobre 1989, in *Resp. civ.*, 1990, p. 197; Cass. 30 gennaio 1990 n. 634, in *Vita not.*, 1990, p. 119; Cass. 8 agosto 1990 n. 7998, in *Foro it.*, Rep. 1990, voce *Società*, n. 617; Cass. 17 giugno 1985 n. 3642, in *Nuova giur. civ.*, 1986, I, p. 283; Trib. Napoli 28 ottobre 1983, in *Dir. e giur.*, 1984, p. 652; Cass. 17 giugno 1985 n. 3642, in *Foro it.*, Rep. 1985, voce *Edilizia popolare*, n. 138; Trib. Siracusa 30 gennaio 1982, in *Giur. merito*, 1984, p. 367; Cass. 24 luglio 1981 n. 4798, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 145; Cass. 28 maggio 1980 n. 3511, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, c. 1521.

⁵⁹ ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli 2003, p. 117 ss.

⁶⁰ DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, cit., p. 446. Così anche, in giurisprudenza, Cass. 24 maggio 2003 n. 8236, in *Foro it.*, Rep. 2003, voce *Agricoltura*, n. 104; Cass. 17 ottobre

rogabili per volontà delle parti, contrapponendole come tali alle norme dispositive⁶¹.

Secondo un ulteriore orientamento le norme imperative sarebbero da identificarsi con quelle *contenenti un comando, o un divieto*, in contrapposizione da un lato rispetto a quelle ordinarie, che detterebbero solo i criteri di forma e sostanza degli atti giuridici privati⁶², dall'altro rispetto alle norme inderogabili la cui violazione comporta illiceità del contratto⁶³.

Altri ancora hanno identificato le norme imperative con le *norme proibitive*, che tutelano valori fondamentali dell'ordinamento giuridico⁶⁴,

1989 n. 4152, in *Foro it.*, 1990, I, c. 2255; Cass. 3 agosto 1987 n. 6691, in *Foro it.*, Rep. 1987, voce *Agricoltura*, n. 203; Cass. 12 ottobre 1982 n. 5270, in *Foro it.*, Rep. 1982, voce *Agricoltura*, n. 222.

⁶¹ DI AMATO, *Contratto e reato. Profili civilistici*, cit., p. 81 ss. (il quale tra l'altro individua una definizione legislativa di norma imperativa nell'art. 3, comma 3, della Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, ratificata con legge 18 dicembre 1984 n. 975, a tenore del quale sono disposizioni imperative quelle alle quali la legge non consente di derogare per contratto).

Russo, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 583, ritiene invece che la norma cogente, o inderogabile, può non essere imperativa ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c., e che "il concetto di norma imperativa comprende quello di norma cogente aggiungendo un *plus* che differenzia i due concetti".

⁶² Sulle norme "ordinative" o "di configurazione", in contrapposizione alle norme imperative, cfr. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino 1994, p. 18.

Secondo Russo, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, cit., p. 584, "la legge ordinativa (che formula un *comando*), invece, ancorché cogente, prende atto di una certa programmazione di comportamenti (conforme ai valori del sistema giuridico) condizionando l'efficacia giuridica o a certi *requisiti* della dichiarazione di volontà (ad es. i requisiti di forma della donazione), oppure riportando il contenuto degli effetti giuridici ad una certa misura (il rispetto della quota degli eredi legittimari, il carattere *sufficiente* della retribuzione) ... La legge ordinativa tende a proteggere un *bene relativo* (appartenente anche allo stesso soggetto emittente la dichiarazione di volontà), che può essere lesa da una programmazione negoziale di per sé tipologicamente lecita".

⁶³ ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., p. 250 ss.; PUTTI, *La nullità parziale. Diritto interno e comunitario*, cit., p. 360 ss. (ove si rileva che "mentre il contratto illecito sarà sempre nullo, potendosi argomentare in tal senso ex art. 1418, 2° co., c.c. il contratto illegale, invece, sarà di regola, ma non necessariamente nullo, posto che l'art. 1418, 1° co., c.c. commina la nullità quando il contratto viola una norma imperativa, ma sempre salvo che la legge disponga diversamente").

⁶⁴ Russo, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, cit., p. 584 ss. ("norma imperativa è la norma proibitiva che sulla base dell'esigenza di protezione di valori morali o sociali e di quelli fondamentali della comunità giuridica, tende non solo a negare efficacia giuridica alla programmazione negoziale ad essa contraria, ma tende più radicalmente a proibire l'azione programmata").

Distingue, invece, le norme imperative dalle norme proibitive, TONDO, *Responsabilità notarile nel controllo di legittimità degli atti*, in *Studi e materiali*, 5.2, Milano 1998, p. 933 ss.

Sull'impossibilità di distinguere tra norme imperative e proibitive, cfr. NATUCCI, *L'art. 28 della legge notarile e la stipulazione di atti annullabili*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, p. 591 ss.; PUTTI, *La nullità parziale. Diritto interno e comunitario*, cit., p. 197.

ritenendo sostanzialmente inseparabile il concetto di imperatività da quelli di ordine pubblico e buon costume⁶⁵.

Infine altra dottrina, con impostazione che appare preferibile, ha fatto leva sul profilo della *indisponibilità della tutela* ad opera dei contraenti, o del contraente protetto, ravvisando quindi l'imperatività ogni qualvolta l'interesse tutelato non abbia natura disponibile⁶⁶.

Venendo all'esame dell'art. 6 del decreto legislativo in commento, occorre quindi verificare se le norme in esso contenute possano essere qualificate come norme imperative in senso tecnico.

Certamente la disposizione dell'art. 6 pone un *comando* (disponendo che i contratti "devono contenere" determinati elementi, o che agli stessi "devono essere allegati" dati documenti). È altrettanto certo che tali prescrizioni siano *inderogabili* ad opera dei contraenti, deponendo in tal senso sia il tenore letterale del comando legislativo, sia la *ratio* di tutela del contraente debole. Che tale tutela sia *indisponibile* ad opera dell'acquirente è altresì un dato certo: non potrebbe, l'acquirente medesimo, rinunciarvi neanche unilateralmente. Se poi si considera la lettera dell'art. 1418, comma 1, c.c., è certo che non esiste alcuna disposizione di legge che faccia eccezione alla regola di nullità virtuale, anche mediante la previsione di sanzioni o rimedi di natura diversa. In ciò si coglie, in particolare, un *importante profilo di differenziazione con la disciplina in tema di multiproprietà: laddove la violazione delle norme sul contenuto del contratto*, poste dall'art. 3 del D. Lgs. n. 427/1998, *dà luogo a diversi rimedi* (le sanzioni amministrative previste dall'art. 12; il recesso *ex art.* 5, comma 2; la responsabilità precontrattuale in caso di difformità del contenuto del contratto da quello del documento informativo), che si atteggiano proprio quali *disposizioni di legge derogatrici al generale disposto dell'art. 1418, comma 1, c.c.*, e che mancano invece rispetto alla violazione dell'art. 6 del decreto in esame.

⁶⁵ Russo, *op. ult. cit.*, p. 586 ss.

⁶⁶ ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., p. 45 ss., il quale ravvisa l'esistenza di una norma imperativa ogni qualvolta la legge "sebbene non preveda testualmente la nullità della pattuizione vietata, pone un limite alla libertà delle parti di determinare il contenuto del contratto, impedendo loro di realizzare un determinato assetto negoziale che potrebbe risultare pregiudizievole per una di esse"; e correttamente evidenzia che "in quest'ottica vanno considerati e apprezzati nel loro esatto significato i criteri elaborati dalla dottrina che ha ritenuto di desumere il carattere imperativo della norma talvolta dalla previsione di una sanzione penale o dalla espressa esclusione della validità dei patti contrari, altre volte dalla formulazione categorica del precetto". Per una rassegna di tali criteri, cfr. CAPUTO, *Sui criteri di determinazione del carattere imperativo di una norma*, in *Giust. civ.*, 1978, I, p. 903.

Altra dottrina ha evidenziato che le norme privatistiche sono sempre disponibili in senso lato (in quanto è sempre possibile non attivare la tutela giudiziaria); e che quindi diritti indisponibili sono quelli dei quali non si può disporre con l'attività negoziale: Russo, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, cit., p. 579 ss.

Più complesso è affermare l'imperatività delle norme contenute nell'art. 6 se si accoglie l'orientamento tradizionale, che fa leva sulla *natura pubblica dell'interesse tutelato*: occorrerebbe allora verificare se tale requisito possa dirsi sussistente laddove, come nella fattispecie in esame, *l'interesse protetto in via principale sia quello di uno dei contraenti (l'acquirente)*. È tuttavia pacificamente riconosciuto che, sia pure *in via mediata, è assicurata protezione anche all'interesse generale del buon funzionamento del mercato (nel caso di specie del mercato immobiliare)*, attuando quello che è stato definito "ordine pubblico di direzione"⁶⁷; interesse generale che emerge oltretutto dall'intera normativa di tutela, che si preoccupa anche dei risvolti "macroeconomici" del dissesto delle imprese costruttrici, mediante l'istituzione dell'apposito fondo di solidarietà (articoli 12 e seguenti del decreto legislativo)⁶⁸. Il che rende la fattispecie in esame ben diversa da altre, venute all'attenzione della giurisprudenza, nelle quali la nullità virtuale era stata esclusa perché oggetto di tutela era un mero "interesse di categoria", e non un interesse generale della collettività⁶⁹.

⁶⁷ GENTILI, *Le invalidità, in I contratti in generale*, II, a cura di E. GABRIELLI, cit., p. 1350 ("esame delle nullità di protezione conduce per lo più a constatare casi di invalidità relativa giustificabili anzitutto in considerazione degli interessi di un contraente. Ma di interessi che è inappropriato definire particolari, sia perché seriali, e quindi largamente generalizzati, sia perché intrecciati con l'interesse generale di una società di massa che richiede per il proprio equilibrio tutele dei contraenti deboli e regole dell'agire economico").

⁶⁸ Sul quale cfr. CATALOZZI, *L'istituzione del "Fondo di solidarietà" a beneficio degli acquirenti che hanno subito la perdita di somme di denaro o di beni corrisposti al costruttore*, in *Atti del convegno Paradigma*, Milano 14 aprile 2005.

POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., p. 33, evidenzia che le nullità di protezione sono previste "nell'ambito di una tendenza legislativa a favorire, nel contempo, l'interesse di molti (consumatori, utenti, imprese) alla trasparenza, correttezza ed equità nelle relazioni commerciali (interesse che può definirsi pubblico, ma non superindividuale), e quello del singolo contraente che può invocarle. Si profila, nella disciplina delle invalidità di derivazione comunitaria, l'intersezione fra la tutela dei meccanismi di mercato e quella del contraente debole, le quali, lungi dal porsi in contrapposizione, trovano una significativa confluenza nell'art. 41 cost., che subordina la garanzia dei primi all'utilità sociale e ai valori fondamentali della persona". Allo stesso modo, PUTTI, *La nullità parziale. Diritto interno e comunitario*, cit., p. 377, pone in luce "la complessità di un quadro economico profondamente mutato, in cui la protezione della parte debole non risponde ad esigenze generiche di equità, ma è richiesta per il mantenimento di precisi equilibri macroeconomici". In giurisprudenza, cfr. Cass. 7 marzo 2001 n. 3272, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 2109 ("elemento qualificante della validità non è più la tutela dell'interesse del contraente, ma quella degli interessi generali, che vengono preservati anche dalle iniziative individuali, al punto da prescindere delle posizioni che in riferimento all'atto assume la parte - che pure la norma intende proteggere - in nome della equità, correttezza e stabilità dei rapporti sociali. E la circostanza che siano sempre maggiori le sollecitazioni in tal senso della collettività finisce per accrescere le ipotesi della nullità dei negozi, progressivamente riducendo lo spazio della autonomia privata").

⁶⁹ Cfr. la giurisprudenza che ha escluso la violazione dei precetti normativi che impongono l'inderogabilità dei minimi tariffari comporti nullità virtuale ex art. 1418, comma 1, c.c., in quanto trattasi di precetti non riferibili ad un interesse generale, cioè dell'intera collettività, ma solo ad un interesse

La più recente dottrina opina nel senso che “la preordinazione della nullità all’interesse generale, pur rispondendo a una linea di tendenza cui, di regola, il legislatore si attiene, non può, alla luce di un esame sistematico, essere considerata alla stregua di un dato indefettibile”; soprattutto a causa del “frequente utilizzo della nullità, nella legislazione speciale, al fine di dare tutela ad interessi che fanno capo in via prevalente o esclusiva a una delle parti del rapporto, e segnatamente a quella che contratta in una posizione subalterna rispetto al c.d. contraente forte”⁷⁰; soprattutto le norme di derivazione comunitaria “indicano una linea di tendenza verso l’utilizzazione della nullità a tutela degli interessi del contraente che, al momento della stipulazione, versa in una situazione di inferiorità *strutturale* sotto il profilo economico e informativo”⁷¹. Da ciò, e dalla considerazione che “le c.d. nullità speciali appaiono pertanto in grado di incidere significativamente nella ricostruzione del diritto comune dei contratti”, l’esigenza di “ripensamento della categoria generale della nullità e un riesame della nozione di norma imperativa ad essa connessa”⁷²; l’impossibilità di “discorrere di interesse pubblico come sinonimo di interesse superindividuale”, induce pertanto a qualificare come “imperativa la norma che tende a rimuovere lo squilibrio contrattuale tra due soggetti in posizione economica, culturale e contrattuale differenziata”⁷³, ed a ritenere che “anche l’interesse individuale può essere tutelato in modo indisponibile”, posto che “il legislatore non incontra limiti di sorta nella scelta degli interessi da proteggere mediante l’emanazione di norme imperative”⁷⁴.

L’orientamento giurisprudenziale prevalente, che ravvisa nullità solo

della categoria professionale: Cass. 28 gennaio 2003 n. 1223, in *Foro it.*, Rep. 2003, voce *Professioni intellettuali*, n. 123; Cass. 26 gennaio 2000 n. 863, in *Giur. it.*, 2000, p. 1585; Cass. 9 ottobre 1998 n. 10064, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 732; Cass. 16 gennaio 1986 n. 224, in *Foro it.*, 1986, I, c. 1575; Cass. 18 ottobre 1986 n. 6151, in *Arch. civ.*, 1986, p. 1178.

⁷⁰ POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., p. 16 ss., 22 ss.

⁷¹ POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., p. 17, ed ivi, a nota 11, la constatazione che “la strutturalità dello squilibrio fra le parti che si manifesta nella fase formativa del contratto vale a giustificare il ricorso alla disciplina della nullità, ponendosi viceversa l’annullabilità come strumento di reazione ad una situazione di inferiorità occasionale, frutto di una evenienza anomala”.

⁷² ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli 2003, p. 15-16.

⁷³ POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., p. 24 ss. Analogamente ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., p. 18, per il quale “accanto a norme che hanno riguardo esclusivamente alle esigenze generali della collettività, contrapposte agli interessi individuali dei contraenti, vanno considerate altre norme nelle quali la tutela di una delle parti, a seconda dei casi, costituisce il mezzo per realizzare un obiettivo di utilità sociale o addirittura si identifica direttamente con lo stesso risultato perseguito dall’ordinamento”.

⁷⁴ ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., p. 21.

se vi è lesione di un interesse pubblico o generale, deve essere quindi valutato evolutivamente, alla luce delle profonde modifiche intervenute nel diritto dei contratti, ed in specie nella disciplina delle invalidità.

D'altronde, esistono *numerosi casi, legislativamente previsti, nei quali la violazione di "norme di protezione" è sanzionata con la nullità relativa del contratto, a beneficio del contraente debole*⁷⁵. Tra tali disposizioni, ve ne sono in particolare parecchie che prevedono la *nullità relativa quale sanzione della violazione di obblighi conformativi del contenuto del contratto*⁷⁶. Altre volte la legge sancisce espressamente, sempre con finalità protettive, la nullità, pur senza nulla specificare in ordine alla legittimazione⁷⁷. In particolare, nel caso - molto vicino a quello oggetto di

⁷⁵ Cfr. *infra*, Capitolo VI, paragrafo 1.

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.

⁷⁶ Si considerino, tra le altre, le seguenti disposizioni, che sanciscono la *nullità del contratto o di singole clausole* per la violazione di norme inerenti alla *determinazione del contenuto contrattuale*:

- art. 7, comma 3, del D. Lgs. 9 novembre 1998 n. 427 (nullità per mancata menzione nel contratto della fideiussione);

- art. 30, comma 7, del D. Lgs. 24 febbraio 1998 n. 58 (nullità per omessa indicazione della facoltà di recesso del cliente);

- art. 117, comma 6, del D. Lgs. 1 settembre 1993 n. 385 ("sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati nonché quelle che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati");

- art. 117, comma 8, del D. Lgs. 1 settembre 1993 n. 385 ("la Banca d'Italia può prescrivere che determinati contratti o titoli, individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi, abbiano un contenuto tipico determinato. *I contratti e i titoli difformi sono nulli*. Resta ferma la responsabilità della banca o dell'intermediario finanziario per la violazione delle prescrizioni della Banca d'Italia"), unitamente alle prescrizioni di contenuto dettate dal Provvedimento della Banca d'Italia del 25 luglio 2003, sezione 3, n. 3;

- art. 126 del D. Lgs. 1 settembre 1993 n. 385 ("i contratti con i quali le banche o gli intermediari finanziari concedono a un consumatore un'apertura di credito in conto corrente non connessa all'uso di una carta di credito contengono, *a pena di nullità*, le seguenti indicazioni: *a*) il massimale e l'eventuale scadenza del credito; *b*) il tasso di interesse annuo e il dettaglio analitico degli oneri applicabili dal momento della conclusione del contratto, nonché le condizioni che possono determinare la modifica durante l'esecuzione del contratto stesso. Oltre a essi, nulla è dovuto dal consumatore; *c*) le modalità di recesso dal contratto");

- art. 18, comma 2, del D. Lgs. 23 luglio 1996 n. 415 (nullità delle pattuizioni di rinvio agli usi);

- art. 23, comma 3 del D. Lgs. 24 febbraio 1998 n. 58 (nullità delle pattuizioni di rinvio agli usi).

⁷⁷ 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 art. 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 modifi-

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*. Altre volte ancora, prescrizioni di contenuto sono dettate dalla legge, senza che sia espressamente disciplinata la conseguenza della loro violazione; ciò perché si tratta di previsioni eterogenee, ad alcune delle quali peraltro la dottrina ha ricollegato la sanzione della *nullità del contratto*⁷⁸.

Se, quindi, la nullità è disposta testualmente in numerose fattispecie analoghe a quella in esame, atteggiandosi proprio come "nullità di protezione" di uno dei contraenti, ciò significa che - quantomeno nei settori di mercato in cui il legislatore ravvisa l'esigenza di *correggere lo squilibrio delle posizioni dei contraenti - tale obiettivo si configura come interesse generale dell'ordinamento giuridico*, trascendente l'interesse meramente privato dei contraenti, tant'è vero che la tutela così accordata è indisponibile (v., ad esempio, l'art. 9 del D. Lgs. n. 47/1998). Ecco, quindi, che le norme poste a tutela di tale interesse - l'ordinato funzionamento del mercato, tramite il riequilibrio delle posizioni dei contraenti - si prestano ad essere qualificate come *norme imperative* anche secondo l'accezione fatta propria da dottrina e giurisprudenza dominanti; con la conseguenza che la relativa violazione può ben dar luogo a *nullità virtuale*. Anche perché *non sarebbe qui ipotizzabile la sanzione dell'annullabilità del contratto*: a parte il fatto che la dottrina concordemente esclude una annullabilità c.d. virtuale⁷⁹, occorre tener conto che quest'ultima forma di invalidità ri-

cati 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.

⁷⁸ Cfr., ad esempio, l'art. 3 della legge 6 maggio 2004 n. 129, sul contratto di affiliazione commerciale (*franchising*), sul quale DE NOVA, *La nuova legge sul franchising*, in *Contratti*, 2004, p. 763-764; PANDOLFINI, *Gli obblighi informativi nella nuova legge sul franchising*, in *Contratti*, 2005, p. 71 ss. Con riferimento ai contratti turistici, per l'applicazione della sanzione di nullità alla violazione delle norme di contenuto, ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 773.

In genere, per la qualificazione delle norme sul contenuto, nei contratti con i consumatori, come norme imperative alla cui violazione consegue la nullità relativa del contratto, GRITTI, *L'oggetto del contratto e le fonti di determinazione dell'oggetto dei contratti di impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 26. Rileva VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, cit., p. 173, che la regola della legittimazione relativa "è ormai previsione ripetuta in modo costante ogni qualvolta si passi dalla semplice previsione di obblighi di informazione a quelle di un contenuto minimo contrattuale, e quindi alla necessità formale".

⁷⁹ Cfr. per tutti TOMMASINI, *Annullabilità e annullamento (dir. priv.)*, in *Enc. giur. Treccani*, II, Roma 1988, p. 4; NATUCCI, *L'art. 28 della legge notarile e la stipulazione di atti annullabili*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, p. 597.

corre principalmente 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 (tant'è vero che lo strumento dell'annullabilità non risulta per nulla utilizzato nell'ambito della nuova legislazione speciale, sopra analizzata).

Né varrebbe osservare che la nullità virtuale, quale prevista dall'art. 1418, comma 1, c.c., deve necessariamente configurarsi come nullità assoluta. In contrario si è visto che, secondo l'opinione di autorevole dottrina, *anche la nullità relativa (c.d. nullità di protezione) può essere virtuale*, proprio per il ruolo fondamentale rivestito dall'interesse del contraente protetto per l'attuazione di finalità generali di tutela delle contrattazioni, e quindi di efficienza dei mercati. La circostanza che manchi, nel decreto legislativo in esame, un'espressa sanzione di nullità relativa non impedisce quindi all'interprete di ravvisarla.

Si aggiunga il fatto che *l'esclusione del rimedio della nullità, in caso di contratto contrario a norma imperativa, rappresenta in realtà l'eccezione rispetto alla regola*: la funzione della norma, quale risultante anche dalla sua genesi, postula che tale eccezione non sia rimessa alla valutazione discrezionale dell'interprete, ma *derivi da una volontà del legislatore positivamente manifestata*; e l'indagine sulla natura degli interessi tutelati è funzionale esclusivamente a valutare l'imperatività o meno della norma violata, non la conseguenza che ne deriva⁸⁰.

A proposito della *nullità virtuale*, del resto, la giurisprudenza ha affermato molto chiaramente che *“l'art. 1418, 10 comma, c.c., con l'inciso «salvo che la legge disponga diversamente», esclude tale sanzione ove sia predisposto un meccanismo idoneo a realizzare ugualmente gli effetti voluti della norma”*⁸¹. Occorre, cioè, che sia prevista una diversa sanzione, o un diverso rimedio, che assicuri il conseguimento del medesimo scopo cui tende la norma imperativa. E *certamente lo scopo qui perseguito* - quello di assicurare che il contenuto del contratto sia idoneo a renderlo trascrivibile, ed indichi in modo dettagliato gli obblighi del costruttore e lo stato di fatto e di diritto dell'immobile - non può essere assicurato dai rimedi di diritto comune, che la dottrina ha richiamato in proposito (re-

⁸⁰ Diffusamente, sul punto, ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., p. 118 ss. *Contra*, MANTOVANI, *Divieti legislativi e nullità del contratto*, in *Nuova giur. civ.*, 1987, II, p. 69.

⁸¹ Cass. 24 maggio 2003 n. 8236, in *Foro it.*, Rep. 2003, voce *Agricoltura*, n. 104; Cass. 17 ottobre 1989 n. 4152, in *Foro it.*, 1990, I, c. 2255; Cass. 3 agosto 1987 n. 6691, in *Foro it.*, Rep. 1987, voce *Agricoltura*, n. 203; Cass. 12 ottobre 1982 n. 5270, in *Foro it.*, Rep. 1982, voce *Agricoltura*, n. 222.

sponsabilità precontrattuale; integrazione del contratto; obbligo di rinegoziazione). *Il legislatore ha emanato una disciplina speciale proprio perché ha ritenuto che il diritto comune non era sufficiente allo scopo.*

Del resto, non si può negare che - 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 in molti casi uno strumento idoneo ad assicurare tutela all'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 specificati gli obblighi costruttivi del venditore⁸².

Si potrebbe dubitare della nullità, nel caso in esame, per la *mancaza di una previsione legislativa espressa in tal senso nell'art. 6*, soprattutto se tale disposizione viene raffrontata con quella dell'art. 2, che espressamente prevede la sanzione di nullità in caso di mancata prestazione della fideiussione. A parte, però, il fatto che l'argomentazione *ex silentio* non ha particolare forza probante, il silenzio del legislatore circa le conseguenze della violazione dell'art. 6 può probabilmente giustificarsi per una ragione: *la disomogeneità tra le singole previsioni contenute nell'articolo 6 suddetto, alcune soltanto delle quali sono definibili come norme imperative in senso tecnico.*

Piuttosto, occorre evidenziare un aspetto di fondamentale importanza. Il rilievo attribuito, dalla dottrina e dalla giurisprudenza, alla *natura dell'interesse tutelato*, che certamente ha un ruolo determinante nel caratterizzare come imperative o meno le norme giuridiche, va tenuto nella debita considerazione nel caso di disposizioni - come alcune tra quelle contenute nell'articolo 6 - che prescrivono un *contenuto minuzioso ed analitico, spesso concernente aspetti secondari ed accessori dell'obbligazione del costruttore.* In altri termini, la sanzione della nullità può probabilmente ritenersi applicabile solo in quanto la stessa realizzi adeguatamente l'esigenza di protezione senza nel contempo sacrificare eccessivamente l'interesse della controparte, e quindi *solo nella misura in cui l'invalidazione del contratto possa ritenersi proporzionata rispetto all'interesse tutelato*⁸³. *Principio di proporzionalità*, che la giurisprudenza ha ri-

⁸² Non è, quindi, suscettibile di utilizzo, nella fattispecie in esame, il criterio del "minimo mezzo", autorevolmente suggerito, in base al quale la nullità andrebbe esclusa quando il risultato perseguito dal legislatore può essere realizzato con la sola irrogazione della specifica sanzione penale o amministrativa prevista dalla legge (nel caso specifico inesistente): DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, cit., p. 446.

⁸³ In tal senso DI AMATO, *Contratto e reato. Profili civilistici*, cit., p. 86, il quale individua un

tenuto costituire - al pari di quelli di ragionevolezza ed adeguatezza - un principio generale del diritto⁸⁴, e che nello specifico settore del diritto contrattuale si evince, con interpretazione sistematica, anche dal disposto dell'art. 1371 c.c., ove viene posto il fondamentale canone dell'*equo temperamento dell'interesse delle parti*, certamente utilizzabile non solo ai fini dell'interpretazione del contratto, ma quale generale canone interpretativo riferito anche alle disposizioni di legge in tema di contratti onerosi; canone che a sua volta richiama quello del bilanciamento degli interessi e dei valori di pari rilevanza costituzionale, rappresentati dall'iniziativa economica privata e dal dovere di solidarietà⁸⁵. Ciò spiega perché "*molte ipotesi di violazione non importano la nullità dell'atto non già perché la norma violata non è imperativa, bensì perché il contrasto non è rilevante ai fini del giudizio di validità*"⁸⁶.

Nello specifico della disciplina delle nullità, si è osservato che "nella maggior parte dei casi la sanzione opera con una diversa graduazione, colpendo l'atto o parte di esso solo nella misura necessaria per attuare la *ratio* sottesa alla norma violata"⁸⁷; e che la specifica disposizione imperativa che si assume violata può ben essere oggetto di interpretazione restrittiva, o "riduzione teleologica"⁸⁸: in particolare, può farsi luogo a quest'ultimo procedimento rispetto a "casi che, pur essendo astrattamente riconducibili alla fattispecie vietata", presentino risvolti di natura "tale da rendere quella medesima regola inaccettabile secondo una valutazione di ragionevolezza fondata su punti di vista interni al sistema"⁸⁹.

Il contrasto del contratto con la norma imperativa può essere quindi - in considerazione del rapporto con gli interessi tutelati - rilevante o meno

"criterio funzionale volto a cogliere l'adeguatezza della reazione dell'ordinamento all'effettiva attuazione dell'interesse protetto".

⁸⁴ Cass. 28 novembre 1996 n. 10585, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 2515. La decisione - a proposito di proporzionalità tra l'obbligo violato e la sanzione prevista - riguarda, in realtà, il problema dei rapporti tra diritto comunitario e diritto nazionale.

Sul principio di proporzionalità nel diritto dei contratti, cfr. in particolare PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, a cura di Ferroni, Napoli 2002, p. 49 ss.; MARUCCI, *Equilibrio contrattuale: un principio nella continuità*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 235 ss.

⁸⁵ VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie e la nullità a tutela della parte debole del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2005, p. 157, nota 19; Cass. 16 ottobre 2003 n. 15482, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1849.

⁸⁶ DI AMATO, *Contratto e reato. Profili civilistici*, cit., p. 86.

⁸⁷ POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., p. 263.

⁸⁸ ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., p. 121.

⁸⁹ ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., p. 368.

ai fini del giudizio di validità. Ma, ci si potrebbe chiedere, come può la valutazione comparativa degli interessi può incidere sul giudizio di nullità, che ha *carattere formale*⁹⁰ e quindi tendenzialmente *rigido*? La chiave sembra essere rappresentata dall'attributo di *imperatività* delle norme, la cui violazione è sanzionata dall'art. 1418, comma 1, c.c. con la nullità del contratto: norma imperativa, secondo l'orientamento prevalente, è quella posta a tutela di un interesse di natura generale; nel caso di nullità relativa, è imperativa la norma di protezione dell'interesse del contraente debole, che assicura di riflesso tutela all'interesse generale al corretto funzionamento del mercato. Ma non può evidentemente parlarsi di lesione dell'interesse generale nei casi in cui l'interesse del contraente debole sia pregiudicato in misura irrilevante: in altri termini, *se l'interesse dell'acquirente non è leso in modo sostanziale, non si ha neanche lesione dell'interesse generale*. Ed allora può facilmente affermarsi che *solo nella misura in cui la norma imperativa tuteli un interesse sostanziale ed "importante" dell'acquirente, il contrasto con essa assume rilievo, con la conseguente nullità virtuale del contratto*. Che è poi ciò che afferma la dottrina, quando interpreta l'art. 1418, comma 1, c.c., nel senso che "nel silenzio, la nullità segua solo ove ciò sia necessario ai sensi della *ratio* della norma imperativa considerata"⁹¹.

In presenza, quindi, di disposizioni - quali quelle contenute nell'art. 6 del decreto - che prevedono indicazioni in contratto particolarmente analitiche, e riguardanti aspetti di dettaglio, rispetto alle quali il rimedio della nullità sarebbe eccessivo rispetto all'importanza dell'interesse protetto, potrà aversi *nullità virtuale solo ove manchi del tutto taluna delle indicazioni richieste, o vi sia un'indicazione assolutamente insufficiente a tutelare l'interesse dell'acquirente alla determinatezza dell'oggetto della prestazione del costruttore e dello stato giuridico dell'immobile; mentre se*

⁹⁰ Sulla natura "formale" delle regole di validità, cfr. AMADIO, *Nullità anomala e conformazione del contratto (note minime in tema di "abuso dell'autonomia contrattuale")*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 288 (che parla di "esigenza di rigorosa "formalizzazione" che è connaturata funzionalmente ad ogni regola di validità"); D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 37 ss.; ID., "Regole di validità" e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli 1996, p. 40 ss.; PIETROBON, *Errore volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova 1990, p. 108 ss., 157 ss.

⁹¹ GENTILI, *Le invalidità, in I contratti in generale*, II, a cura di E. GABRIELLI, cit., p. 1332; DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, cit., p. 446. PIETROBON, *Errore volontà e affidamento nel negozio giuridico*, cit., p. 114, pone in luce l'esigenza che "gli strumenti formali predisposti a regolare l'attività contrattuale delle parti siano interpretati e applicati in maniera da garantire un risultato sostanzialmente conforme a giustizia".

una di tali indicazioni non fosse sufficientemente analitica, o specifica, per ciò solo non potrebbe configurarsi la nullità del contratto.

Il parametro dell'interesse dell'acquirente consente altresì di ritenere che la nullità non possa essere azionata - o, se azionata, possa essere paralizzata con l'*exceptio doli* - ogni qualvolta si tratti della *violazione di prescrizioni aventi contenuto solo informativo*, ed il costruttore dimostri che *l'acquirente era a conoscenza, al momento della conclusione del contratto, dell'elemento* (formalità pregiudizievole; permesso di costruire) la cui indicazione è richiesta in contratto.

Potrebbe obiettarsi che, in tal modo, i confini del rimedio della nullità divengano nebulosi ed incerti, in contrasto con le esigenze proprie dell'istituto della nullità, strettamente legate all'esigenza di certezza del diritto⁹². Ma è obiezione che andrebbe posta al legislatore, che proprio attraverso la previsione dell'art. 1418, comma 1, c.c., ha introdotto il rimedio della nullità virtuale utilizzando, come termine di relazione, l'incerto concetto di norma imperativa. Si consideri, inoltre, la vera e propria "*rivoluzione copernicana*" che ha investito l'universo delle *invalidità contrattuali* nell'ultimo decennio, e che ha determinato la trasformazione di almeno una parte di tali invalidità - le c.d. nullità speciali - da semplice "valutazione negativa" di una fattispecie affetta da vizi strutturali o illiceità, a *vero e proprio "rimedio"*, alternativo alle azioni di risoluzione o di esatto adempimento, o alla integrazione del contratto ad opera del giudice o delle parti⁹³, passando dalla "logica della fattispecie" a quella della "con-

⁹² Per tale obiezione, cfr. BARALIS, *Considerazioni sparse sulla bozza di decreto delegato conseguente alla L.210/2004; spunti e interrogativi in tema di: permuta di bene presente con bene futuro, elusione, garanzia fideiussoria, riflessi sulla trascrizione di vendita di bene futuro*, in corso di pubblicazione in *Riv. not.*, 2005.

⁹³ AMADIO, *Nullità anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di "abuso dell'autonomia contrattuale")*, cit., p. 285, evidenzia "l'evolversi del ruolo della nullità da regola di formazione del programma a strumento di *conformazione* del contenuto regolamentare", in una "prospettiva che vuole essere, oltre che valutativa, conformativa e modellatrice". Analogamente, LIPARI, *Il ruolo del notaio nella nuova realtà delle nullità contrattuali*, in *Spontaneità del mercato e regole giuridiche (atti del XXXIX Congresso nazionale del notariato)*, Milano 2002, p. 235 (secondo il quale, nell'ambito del giudizio di nullità in base ai nuovi principi europei, "non si tratta più di svolgere una considerazione tipizzata in funzione di un raffronto tra la fattispecie concreta e lo schema legale, ma si tratta di scendere ad una valutazione dell'assetto di interessi in concreto incisi dall'atto (talora addirittura alla luce di vicende o circostanze sopravvenute rispetto al momento della stipulazione), acquisendo una serie di indici necessariamente flessibili e legati non alla rigidità di uno schema strutturalmente individuato, ma alla specificità di un caso concreto").

Cfr. anche l'art. 15.102 del c.d. "Codice Lando", elaborazione dei Principi di diritto europeo dei contratti, relativo ai contratti stipulati con violazione di norme imperative, ove si stabilisce che, in difetto di espressa previsione normativa in ordine agli effetti della violazione di una norma imperativa, il contratto "può essere dichiarato come avente tutti i propri effetti, o solo certi effetti, o nessun effetto, ovvero essere soggetto a modifiche".

formazione del contenuto contrattuale”, a tutela della parte debole del rapporto (tant’è vero che lo strumento della nullità viene utilizzato anche per sanzionare lo *squilibrio contrattuale*, e l’esercizio abusivo dell’autonomia privata)⁹⁴. Logica, quest’ultima, che implica un *notevole grado di discrezionalità del giudice nel momento in cui devono essere valutati i presupposti della nullità* (si pensi, per fare un esempio di nullità testuale, alla valutazione della “grave iniquità” dell’accordo nella disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali: art. 7, comma 3, del D. Lgs. 9 ottobre 2002, n. 231). Per non parlare dell’orientamento giurisprudenziale che ha ritenuto rilevante la clausola generale di buona fede ai fini del giudizio di validità del contratto⁹⁵. Del resto, “la nullità del contratto non può e non deve essere considerata solo un problema razionale o dottrinale perché è una scelta legislativa e, come tale, sfugge ad una logica preconstituita dovendo solo conservare ed attuare il senso dell’obiettivo con la norma prefisso”; in particolare, si riscontra spesso “una svalutazione, da parte del legislatore, del profilo formale dell’invalidità per un generale *favor contractus*, che supera la tradizionale concezione del principio di conservazione”, e che legittima un più esteso ricorso ad una valutazione secondo buona fede delle patologie contrattuali⁹⁶.

Si valuti, infine, la portata solo relativa della c.d. argomentazione orientata alle conseguenze, che deve comunque muoversi nei binari tracciati dagli ordinari criteri ermeneutici⁹⁷, ma non può legittimare letture in-

⁹⁴ AMADIO, *Nullità anomala e conformazione del contratto (note minime in tema di “abuso dell’autonomia contrattuale”)*, cit., p. 290. Rileva PUTTI, *La nullità parziale. Diritto interno e comunitario*, cit., p. 369, che alla finalità delle nullità relative, ispirate ad una “politica legislativa di protezione”, consegue “che debba privilegiarsi, nell’analisi dei testi normativi di derivazione comunitaria, una lettura del sistema dell’invalidità contrattuale di carattere funzionale, piuttosto che strutturale, ossia una lettura che risulti orientata verso il perseguimento di quegli obiettivi che il legislatore comunitario intende realizzare”.

⁹⁵ Cass. 2 novembre 1998 n. 10926, in *Foro it.*, 1998, I, c. 3081. In dottrina, si vedano per tutti GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contratto e impresa*, 1997, p. 423 (“che alla violazione della regola di buona fede possa conseguire, in base all’art. 1418 comma 1° c.c., la nullità o, comunque, l’inefficacia del contratto o, a norma dell’art. 1419, di singole sue clausole, non può più suscitare scandalo”); RICCIO, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all’autonomia contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 1999, p. 21; DI MAJO, *La buona fede correttiva di regole contrattuali*, in *Corr. giur.*, 2000, p. 1486 ss.

⁹⁶ PUTTI, *La nullità parziale. Diritto interno e comunitario*, cit., p. 372 ss., e p. 378 (ove il rilievo che nel nuovo sistema della nullità, quest’ultima “non può essere considerata come uno stato patologico dell’atto giuridico da qualificarsi diversamente in relazione alla gravità del difetto, perché viene ad assumere il ruolo di una clausola generale, o meglio ancora, di uno strumento estremamente duttile”).

⁹⁷ MENGONI, *L’argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano 1996, p. 94 ss. (“l’argomento pragmatico tratto dalle conseguenze immediate è risolutivo

terpretative che siano basate unicamente sugli “inconvenienti” di una determinata interpretazione, nella misura in cui quest’ultima non violi il canone costituzionale di *ragionevolezza*⁹⁸; nel caso di specie, sembra anzi che proprio la soluzione della nullità relativa - in quanto *de iure condito* l’unica in grado di assicurare “effettività” alla maggior parte delle previsioni dell’art. 6 - sia l’unico rimedio “ragionevole” ricavabile dal sistema.

Del resto, un parallelo interessante può essere tracciato con l’analoga disciplina dettata in materia di *trasparenza dei contratti bancari*: *anche in quel caso la legge prescrive minuziosamente l’indicazione in contratto di una serie di elementi, ma fa poi conseguire alla relativa omissione la nullità (testuale, e relativa) del contratto* (art. 117, comma 8, e art. 126 del D. Lgs. 1 settembre 1993 n. 385; disposizioni attuative dettate con Provvedimento della Banca d’Italia del 25 luglio 2003, sezione 3, n. 3)⁹⁹. Non risulta un particolare approfondimento da parte della dottrina in ordine al profilo in esame: anche in questo caso, peraltro, sembra plausibile *circoscrivere l’ambito di operatività della nullità alle sole violazioni che pregiudichino in misura significativa l’interesse del contraente tutelato*, in conformità al generale canone dell’*equo contemperamento dell’interesse delle parti* (si considerino, in diversi settori del diritto dei contratti, il

solo se può essere trasformato in una giustificazione in base a principi, ossia in un argomento sistemico”, e “nel ragionamento giuridico l’argomento consequenzialista, oltre che alle regole metodiche dell’argomentazione pratica in generale, è soggetto a specifiche regole di metodo e a specifici vincoli normativi”; cosicché, ad esempio, il vincolo della legge “impone di abbandonare l’argomento consequenzialista che porti ad attribuire al testo un significato incompatibile con la sua struttura linguistica: il tenore letterale segna il limite estremo delle variabili di senso ascrivibili al testo”. Ed inoltre “deve essere respinto l’argomento consequenzialista che porti a una soluzione contraria a norme imperative”; e “la decisione deve essere giustificata verificandone la congruenza sistematica, ossia l’universalizzabilità come regola o principio integrabile a un certo di livello di astrazione concettuale del sistema”).

⁹⁸ Sul canone costituzionale della ragionevolezza, MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano 2001; BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1992; Paladin, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, I, Milano 1997, p. 898; LUTHER, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, XII, Torino 1997, p. 341; CERRI, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma 1994; Tosi, *Spunti per una riflessione sui criteri di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1993, p. 545.

⁹⁹ Sulla disciplina in materia di trasparenza bancaria, cfr. C.N.N., *Le istruzioni di vigilanza della Banca d’Italia in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari*, in *Studi e materiali*, 2004, 1, p. 201; ALPA, *La trasparenza delle operazioni bancarie e la tutela del risparmiatore*, in *Vita not.*, 2004, p. 663; FARINA, *Brevi riflessioni sulla nuova disciplina della trasparenza bancaria*, in *Contratto e impresa*, 2004, p. 842; RAZZANTE, *La “trasparenza bancaria” entra nell’ordinamento*, in *Società*, 2004, p. 37; COLAVOLPE, *Operazioni e servizi bancari e finanziari: i controlli della Banca d’Italia in materia di trasparenza delle condizioni contrattuali*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 661; LIACE, *Nuove istruzioni di vigilanza in tema di trasparenza bancaria*, in *Contratto e impresa*, 2003, p. 1530.

precetto dell'art. 1371 c.c., e per altro verso la disposizione dell'art. 1455 c.c., ed il generale principio di conservazione del contratto).

Una valutazione comparativa degli interessi in gioco consente anche di rispondere ad alcune obiezioni sollevate contro la ricostruzione proposta. Si è rilevato che il compratore potrebbe lamentare l'invalidità tardivamente, magari dopo aver insistito per l'esecuzione dell'opera, ed averne ottenuto il completamento in conformità al proprio interesse; e che in tal caso azionare la nullità relativa esporrebbe il medesimo acquirente all'*exceptio doli* del costruttore¹⁰⁰. Forse però, più che l'*exceptio doli* - di difficile configurabilità soprattutto nella fase anteriore al completamento dell'opera, in considerazione dell'inderogabilità della tutela dell'acquirente e dell'invalidità di qualsiasi atto o comportamento di rinuncia a detta tutela - è allo strumento della convalida, espressa o tacita, del contratto affetto da nullità relativa che occorre far riferimento (si approfondirà, nel prosieguo, la problematica della sanatoria della nullità relativa).

Non è neanche esatto sostenere che all'acquirente, in caso di mancanza delle indicazioni prescritte dall'art. 6, verrebbe così riconosciuto il solo rimedio della nullità: quest'ultima, proprio perché relativa, è rimessa all'iniziativa dell'acquirente stesso, il quale può, in sua vece, attivare le ordinarie *azioni di esatto adempimento* della prestazione del costruttore, integrata giusto quanto disposto dagli artt. 1374 e 1375 c.c.

Neanche sembra conferente il richiamo alla disciplina della vendita di beni di consumo (artt. 1519-*bis* ss. c.c.), che non prevede invalidità conseguenti ad incompletezze del contenuto contrattuale, ma fa piuttosto riferimento alle ragionevoli attese di un consumatore in mercato concorrenziale¹⁰¹, posto che in quel contesto - ben diversamente caratterizzato - la preoccupazione del legislatore è quella - ben diversa dalla "conformazione" del contenuto contrattuale - di assicurare la conformità del bene consegnato rispetto a quello descritto in contratto.

Si è poi obiettato che - stante la garanzia fideiussoria prevista dall'art. 2 - "l'acquirente è, per così dire, sicuro nel suo fortitizio, essendo garantito, avverso ogni possibile "situazione di crisi" di cui all'art. 2, dalla fideius-

¹⁰⁰ BARALIS, *Considerazioni sparse sulla bozza di decreto delegato conseguente alla L. 210/2004; spunti e interrogativi in tema di: permuta di bene presente con bene futuro, elusione, garanzia fideiussoria, riflessi sulla trascrizione di vendita di bene futuro*, in corso di pubblicazione in *Riv. not.*, 2005.

¹⁰¹ BARALIS, *Considerazioni sparse sulla bozza di decreto delegato conseguente alla L.210/2004; spunti e interrogativi in tema di: permuta di bene presente con bene futuro, elusione, garanzia fideiussoria, riflessi sulla trascrizione di vendita di bene futuro*, in corso di pubblicazione in *Riv. not.*, 2005.

sione consegnata dal costruttore; in questa situazione di sicurezza (finale per così dire) ben può intentare, nei casi limite, un giudizio chiedendo la risoluzione del contratto e/o il risarcimento dei danni conseguente alle insufficienze di cui all'art. 6¹⁰². A ciò si può rispondere rilevando che la fideiussione tutela un'esigenza di tipo diverso dell'acquirente, e cioè l'"interesse negativo" al rimborso delle somme anticipate al costruttore nel caso di crisi di quest'ultimo, mentre l'art. 6 tutela, invece, l'"interesse positivo" dell'acquirente all'ottenimento di un risultato (l'ultimazione di un fabbricato avente determinate caratteristiche). Inoltre i rimedi della nullità e della risoluzione per inadempimento sono tra loro essenzialmente diversi e non equipollenti e - per i motivi già esposti - non è possibile interpretare la normativa speciale nel senso che la stessa affidi la protezione dell'acquirente ai rimedi di diritto comune, per l'attivazione dei quali non sarebbe stata necessaria l'emanazione ... di una disciplina speciale.

10. CONCLUSIONI SULLE CONSEGUENZE DELLA VIOLAZIONE DELL'ART. 6

All'esito dell'indagine circa le conseguenze della violazione dell'art. 6, si possono brevemente riassumere le conclusioni alle quali si è pervenuti. Il ricorso alla responsabilità del costruttore, come anche agli obblighi di integrazione e rinegoziazione del contenuto contrattuale, o all'integrazione legale del contratto ad opera della legge, della buona fede o dell'equità, non appaiono - se non in casi particolari - praticabili al fine di garantire all'acquirente una tutela idonea, e comunque non possono esaurire le conseguenze della violazione dell'art. 6 del decreto legislativo, posto che tali rimedi di diritto comune sarebbero stati comunque applicabili anche prima dell'emanazione della disciplina protettiva in esame, e non sono quindi certo idonei a garantire "effettività" alla stessa. Effettività che avrebbe, certo, potuto essere garantita in altri modi: ad esempio, prevedendo un diritto di recesso a favore dell'acquirente, sul modello di quanto disposto in tema di multiproprietà; ovvero tramite l'intervento notarile obbligatorio, e quindi il controllo preventivo di legalità che caratterizza per l'appunto l'operato del notaio in materia negoziale¹⁰³; o ancora me-

¹⁰² BARALIS, *Considerazioni sparse sulla bozza di decreto delegato conseguente alla L.210/2004; spunti e interrogativi in tema di: permuta di bene presente con bene futuro, elusione, garanzia fideiussoria, riflessi sulla trascrizione di vendita di bene futuro*, in corso di pubblicazione in *Riv. not.*, 2005.

¹⁰³ Sul controllo notarile di legalità, cfr. tra gli altri DONISI, *L'art. 28 della legge notarile: baricentro della professione*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 75; CASU, *Controllo di legalità*, in *Dizionario enciclopedico del notariato, Aggiornamento*, V, Roma 2002, p. 161; CASU, *Funzione notarile e controllo di*

dianche la previsione dell'intervento "integrativo" dell'autorità giudiziaria. La scelta del legislatore, però, non è stata in nessuno di questi sensi: al contrario, non è stato previsto alcun diritto di recesso, ed è stata mantenuta la possibilità di perfezionare i contratti in oggetto anche mediante semplice scrittura privata non autenticata, lasciando in sostanza "mano libera" ai contraenti. L'effettività dell'art. 6 deve quindi essere garantita in altro modo. Il rimedio della nullità relativa è sembrato il più idoneo allo scopo, oltre che derivante normativamente dalla previsione dell'art. 1418, comma 1, c.c.; norma, quest'ultima, che prevede la sanzione di nullità come rimedio residuale, in assenza di altra diversa previsione normativa. Norma, quella dell'art. 1418, comma 1, c.c., da interpretarsi ovviamente in senso evolutivo e comprensivo della nullità relativa, tenendo conto quindi della profonda "mutazione genetica" che ha investito negli ultimi anni l'universo delle nullità contrattuali.

Tuttavia, *le conclusioni sopra raggiunte non possono sicuramente definirsi certe ed incontestabili*. Occorre, infatti, tener conto del variegato panorama delle opinioni dottrinali, tutt'altro che consolidato, in ordine al *fenomeno delle nullità relative*, su cui *il dibattito è appena iniziato*; nullità relative delle quali si tenterà, nel prosieguo, di tracciare la "carta di identità", e le principali caratteristiche di disciplina. Soprattutto, occorre fare i conti con l'*estrema rarità di pronunce giurisprudenziali in materia*, e con l'incertezza che un fenomeno come quello della nullità virtuale è destinato a produrre sul "diritto vivente", tenendo conto dell'attitudine della giurisprudenza - certo criticabile, ma da tenere in debita considerazione - a privilegiare il criterio di interpretazione letterale rispetto a quelli sistematico ed assiologico. Per di più, *l'indeterminatezza del concetto di "norma imperativa"*, rapportata all'*estrema analiticità delle previsioni contenute nell'art. 6* in commento, e l'inevitabile concorso - laddove il contenuto contrattuale sia totalmente "indeterminato" - della sanzione della nullità assoluta del contratto, ex artt. 1346 e 1418, comma 2, c.c., non possono che accrescere il "tasso di incertezza" della soluzione proposta. Incertezza accresciuta dalla pluralità di opinioni dottrinali già espresse sulla questione che ci occupa, in un contesto culturale e operativo certo non propizio all'accoglimento - ad opera della giurisprudenza e della prassi - della soluzione della nullità relativa, ed a una valutazione, caso per caso, degli interessi in conflitto.

legalità, in *Riv. not.*, 1998, p. 561; IRTI, *Ministero notarile e rischio giuridico dell'atto*, in *Riv. not.*, 1996, p. 335; PETRELLI, *Atto pubblico e scrittura privata autenticata: funzione notarile e responsabilità*, in *Riv. not.*, 1994, p. 1422.

Si tenga poi conto di un ulteriore aspetto. Possono realizzarsi delle fattispecie in cui l'acquirente, dopo aver richiesto l'esecuzione del contratto nonostante l'incompletezza del suo contenuto, e la conoscenza di tale "difetto", agisca in nullità: in tal caso si è ventilata l'applicazione dell'*exceptio doli* al fine di paralizzare l'azione di nullità¹⁰⁴. Certo, l'acquirente, quale "contraente debole", non può rinunciare alle tutele imperative di legge, e ciò circoscrive probabilmente l'ambito di operatività dell'*exceptio doli* (salvo casi limite in cui può effettivamente parlarsi di abuso del diritto). Ma si tratta di un ulteriore aspetto di problematicità della questione, che certo non contribuisce alla certezza del diritto. Senza parlare del caso in cui si riscontri la violazione di una prescrizione con finalità essenzialmente informative, e si dimostri che l'acquirente era a conoscenza dell'elemento la cui indicazione in contratto è stata omessa.

Inoltre, anche se il problema dell'*an* circa l'applicabilità della nullità relativa si ritenesse risolubile in senso affermativo, rimarrebbero i non trascurabili problemi connessi al *quomodo*, e quindi agli specifici profili di *disciplina della "nullità di protezione"*. Anticipando, in parte, i risultati dell'indagine che seguirà¹⁰⁵, può affermarsi - sulla base di riflessioni di natura sistematica - che tale nullità è probabilmente rilevabile d'ufficio, sia pure nel solo interesse dell'acquirente, ed è imprescrittibile; che la stessa è convalidabile una volta che si siano realizzati, anche se tardivamente, i presupposti per la valida stipulazione del contratto; che la convalida può anche essere tacita, e può conseguire all'accettazione della prestazione del costruttore, o alla stipulazione dell'atto definitivo di acquisto; che la nullità può essere evitata mediante il condizionamento sospensivo di tutti gli effetti del contratto; che, almeno nella maggior parte dei casi, la medesima nullità non è più azionabile, ad opera dell'acquirente, una volta che la proprietà del fabbricato agibile sia stata conseguita, o l'immobile sia stato ulteriormente alienato a terzi. Si tratta di *soluzioni che ci sembra trovino solido fondamento nel sistema; e che tuttavia non possono darsi senz'altro per acquisite, in mancanza di consolidati orientamenti dottrinali e giurisprudenziali sul punto*.

Non resta, quindi, che auspicare, *de iure condendo*, che il maturare del dibattito dottrinale sul punto spinga il legislatore delegato - avvalen-

¹⁰⁴ BARALIS, *Considerazioni sparse sulla bozza di decreto delegato conseguente alla L.210/2004; spunti e interrogativi in tema di: permuta di bene presente con bene futuro, elusione, garanzia fideiussoria, riflessi sulla trascrizione di vendita di bene futuro*, in corso di pubblicazione in *Riv. not.*, 2005.

¹⁰⁵ Cfr., sul regime della nullità relativa, il Capitolo VI.

dosi della possibilità di emanare ulteriori decreti correttivi entro un anno dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo in commento - a colmare la lacuna, statuendo espressamente in ordine alle conseguenze della violazione dell'art. 6 in commento; e, sperabilmente, prevedendo un diritto di recesso dell'acquirente nelle suddette ipotesi, almeno nei casi in cui il contratto non venga stipulato per atto pubblico o scrittura privata autentica, fattispecie nella quale il controllo preventivo di legalità operato dal notaio, ed il dovere di informazione in capo a quest'ultimo, sembrano alternative idonee al suddetto recesso.

De iure condito, si procederà ora ad un'analisi dettagliata delle singole previsioni contenute nell'art. 6 del decreto legislativo, tentando di fornire, volta per volta, una risposta - sia pure, inevitabilmente, in chiave spesso problematica - all'interrogativo in ordine alle conseguenze della violazione delle singole prescrizioni di contenuto, sulla base delle rispettive *rationes legis*; la proposta interpretativa sarà, per buona parte di tali fattispecie, nel senso della nullità relativa del contratto, salve le avvertenze e le perplessità sopra manifestate.

11. GLI ESTREMI IDENTIFICATIVI DEI SOGGETTI E DELL'OGGETTO DEL CONTRATTO

A norma dell'art. 6 del decreto legislativo, devono essere innanzitutto indicati nel contratto 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 del contratto, a tutela dell'acquirente* (art. 6, comma 1, lett. *a*).

È importante osservare che le suddette prescrizioni devono essere rispettate *anche quando il contratto è concluso per scrittura privata non autenticata*: anche in tal caso, infatti, può procedersi alla trascrizione, a seguito dell'accertamento giudiziale delle sottoscrizioni della scrittura privata (artt. 2657, e 2652, n. 3, c.c.), la quale ultima rappresenta il titolo soggetto a trascrizione, mentre la sentenza di accertamento costituisce un documento accessorio a tale titolo, da prodursi al conservatore¹⁰⁶. È ovvio, però, che *un accertamento giudiziale limitato alle sole sottoscrizioni non*

¹⁰⁶ 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; NICOLÒ, *La trascrizione*, III, Milano 1977, p. 60, e p. 97 ss.; FERRI-ZANNELLI, *Della trascrizione*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1995, p. 324, e p. 377; Cass. 26 novembre 1976 n. 4482; Cass. 29 luglio 1978 n. 3807.

consentirebbe la trascrizione, ove il titolo mancasse di taluno degli elementi richiesti dall'art. 2659 c.c.; da ciò la previsione in esame, che tende quindi ad "agevolare" la formazione di un titolo che sia idoneo a tutti gli effetti alla pubblicità immobiliare. Non si è avuto, invece, il coraggio di fare un passo ulteriore, creando un titolo immediatamente trascrivibile in quanto munito obbligatoriamente della forma di atto pubblico o scrittura privata autenticata.

Con specifico riguardo al *contratto preliminare*, stipulato per scrittura privata non autenticata, anch'esso è trascrivibile previo accertamento giudiziale delle sottoscrizioni apposte alla scrittura privata (cfr. l'art. 2645-*bis*, commi 1 e 3, c.c.), ma solo se il contratto contiene l'indicazione degli estremi soggettivi ed oggettivi richiesti dagli artt. 2659 e 2826 c.c. D'altra parte, è quantomeno dubbio che - in assenza, nel contratto, dei suddetti elementi - sia sempre esperibile il rimedio dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre, *ex art.* 2932 c.c. (e quindi, di riflesso, la trascrizione della relativa domanda giudiziale, con conseguente prenotazione degli effetti della trascrizione della futura sentenza costitutiva): la giurisprudenza, infatti, ha di recente ritenuto ineseguibile in forma specifica il contratto preliminare che non contenga l'indicazione dei dati catastali¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Cass. 7 agosto 2002 n. 11874, in *Giur. it.*, 2003, p. 1798. La Suprema Corte ha, in realtà, ritenuto *nullo* il contratto preliminare privo di dati catastali e confini, in quanto "dovendo la pronuncia da emettere ai sensi dell'art. 2932 c.c. corrispondere esattamente al contenuto del contratto preliminare, l'individuazione del bene oggetto del trasferimento deve avvenire in base ai dati contenuti nel contratto stesso, e non attingendoli da altra documentazione". Proposta in questi termini, la soluzione è chiaramente inaccettabile: al di fuori della fattispecie regolata dalla legge n. 210/2004 e relativo decreto attuativo, non pare dubbia l'applicabilità al contratto preliminare dell'art. 1346 c.c., e quindi la sufficienza della semplice *determinabilità* dell'oggetto del contratto ai fini della sua validità: in tal senso, BERGAMO, *L'esecuzione del contratto preliminare: dottor Jekyll e mr. Hyde*, in *Giur. it.*, 2003, p. 1798; Cass. 22 giugno 1995 n. 7079, in *Foro it.*, Rep. 1995, voce *Contratto in genere*, n. 377 ("Il requisito della determinatezza o determinabilità dell'oggetto di un contratto preliminare relativo a bene immobile non postula la necessaria indicazione dei numeri del catasto o delle mappe censuarie e di tre almeno dei suoi confini - che sono indicazioni rilevanti ai fini della trascrizione (art. 2659 n. 4 e 2826 c.c.) - quando, pur in mancanza delle dette indicazioni, l'oggetto del contratto può essere determinato in base alle altre clausole del contratto medesimo"); Cass. 30 maggio 2003 n. 8810, in *Foro it.*, Rep. 2003, voce *Contratto in genere*, n. 466; Cass. 23 agosto 1997 n. 7935, in *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Contratto in genere*, n. 436; Cass. 10 giugno 1991 n. 6470, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 1021; Cass. 6 agosto 1990 n. 7907, in *Foro it.*, Rep. 1990, voce *Contratto in genere*, n. 298; Cass. 3 settembre 1985 n. 4584, in *Foro it.*, Rep. 1985, voce *Contratto in genere*, n. 150; Cass. 6 giugno 1983 n. 3856, in *Foro it.*, Rep. 1983, voce *Contratto in genere*, n. 252; Cass. 8 aprile 1981 n. 2001, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, c. 1784.

Dubbia rimane, invece, l'eseguità in forma specifica del preliminare, se da esso non risultano tutti i dati e gli elementi che dovranno poi essere indicati nella sentenza che tiene luogo del contratto non concluso, quantomeno nel caso in cui alla domanda di esecuzione in forma specifica non si accompagna una domanda di accertamento dell'oggetto del contratto, finalizzata alla completa identificazione dell'immobile; identificazione che è tra l'altro indispensabile ai fini della trascrizione sia della domanda giudiziale che della sentenza costitutiva *ex art.* 2932 c.c. Nel senso, invece, dell'eseguità

A prescindere dalla divisibilità di tale orientamento, resta comunque il fatto che la trascrizione della domanda *ex art. 2932 c.c.* produce effetti in parte diversi rispetto alla trascrizione del contratto preliminare (si pensi al privilegio del promissario acquirente); e soprattutto che la prima, a differenza della seconda, richiede l'inadempimento del promittente venditore, quale presupposto per la sua operatività¹⁰⁸: non essendo quindi idonea a "prenotare" gli effetti della trascrizione del definitivo trasferimento della proprietà sin dal momento della stipula del preliminare.

Il contratto, anche preliminare, deve quindi indicare innanzitutto gli elementi richiesti dall'art. 2659, comma 1, n. 1, c.c.: cognome e nome, luogo e data di nascita, numero di codice fiscale delle parti persone fisiche; il loro regime patrimoniale; la denominazione o ragione sociale, la sede ed il numero di codice fiscale della parte alienante persona giuridica; e, trattandosi di società semplice o associazione non riconosciuta, le generalità delle persone che la rappresentano secondo l'atto costitutivo. Quanto sopra comporta una *rilevante modifica della prassi della contrattazione preliminare, che fino ad oggi non richiedeva l'indicazione dettagliata delle generalità delle parti.*

Quanto all'oggetto, il contratto, anche preliminare deve contenere le indicazioni richieste dall'art. 2826 c.c., e quindi designare specificamente l'immobile con l'indicazione della sua *natura*, del *comune* in cui si trova, nonché dei *dati di identificazione catastale*; i quali ultimi - trattandosi di fabbricato di costruire o in corso di costruzione - sono *quelli del terreno* su cui insiste, o insisterà il fabbricato (a loro volta essenzialmente identificabili nel numero del foglio, della particella catastale, e nella superficie di quest'ultima).

Con previsione di carattere generale, è poi richiesta la *descrizione dell'immobile e di tutte le sue pertinenze di uso esclusivo* (art. 6, comma 1, lett. *b*). Descrizione dell'immobile che, probabilmente, non è solo quella richiesta dall'art. 1346 c.c. al fine di identificare con certezza la porzione di fabbricato in costruzione oggetto del contratto (pena la nullità del contratto per indeterminatezza dell'oggetto¹⁰⁹), né solo quella necessaria

coattiva, in quanto "nulla esclude una acquisizione nel corso del giudizio degli elementi necessari al fine di determinare con esattezza l'oggetto del negozio", BERGAMO, *op. ult. cit.*, p. 1799.

¹⁰⁸ BECHINI, *La trascrizione del contratto preliminare*, in *Riv. not.*, 1999, p. 243; DI MAJO, *La "normalizzazione" del preliminare*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 132; GABRIELLI, *L'efficacia prenotativa della trascrizione del contratto preliminare*, in *Studium iuris*, 1997, p. 456; MENGONI, *La pubblicità immobiliare*, in *Jus*, 1986, p. 14 ss.

¹⁰⁹ L'individuazione del livello di "determinatezza" dell'oggetto ai fini del giudizio di validità *ex art. 1346 e 1418, comma 2, c.c.*, non è sempre agevole. Sul punto, cfr. ad esempio Cass. 30 dicembre

ai fini della trascrivibilità (per la quale sono sufficienti i dati *ex art.* 2826 c.c.): una tale interpretazione renderebbe evidentemente per molti aspetti superflua la disposizione in oggetto. Deve, invece, ritenersi che sia necessario, ai fini della lettera *b*) suindicata, *descrivere la consistenza dell'immobile, quale dovrà essere al momento dell'ultimazione del fabbricato, e quindi in particolare la destinazione (ad esempio, abitativa, commerciale, industriale), la superficie utile complessiva, la composizione interna dell'unità immobiliare oggetto del contratto*, con particolare riferimento alle caratteristiche ed al numero dei locali di cui la stessa dovrà essere composta¹¹⁰. La descrizione di cui sopra deve estendersi alle *pertinenze*: il legislatore utilizza un termine ("*uso esclusivo*") che non ricomprende solo le pertinenze di cui è pattuito il trasferimento in proprietà esclusiva, ma anche quelle di natura condominiale ed in relazione alle quali sia pattuito l'utilizzo esclusivo ad opera dell'acquirente, in deroga all'art. 1102 del codice civile¹¹¹. In guisa tale da ricomprendere ogni utilità che sia stata alienata o promessa all'acquirente.

Sempre ai fini di una descrizione il più dettagliata possibile dell'oggetto del contratto è prescritta l'allegazione allo stesso degli *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 *rap-presentazione grafica degli immobili oggetto del contratto, delle relative pertinenze esclusive e delle parti condominiali* (art. 6, comma 2, lett. *b*). Particolare attenzione merita la necessaria definizione in contratto delle *parti comuni condominiali*: il divieto di *relatio*, di seguito evidenziato, spinge a ritenere che *il contratto debba comunque identificare tali parti comuni, e che non sia possibile rinviare semplicemente ad altro atto rela-*

1997 n. 13098, in *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Contratto in genere*, n. 471, secondo la quale "È nullo per indeterminatezza della prestazione e per mancanza di criteri oggettivi per individuarla - che devono esser prestabiliti nello stesso contratto, se la forma scritta è richiesta *ad substantiam* - un preliminare di permuta immobiliare con il quale una parte si obbliga a trasferire all'altra il trenta per cento di quanto costruendo su un'area di risulta dopo la demolizione di un immobile, di volumetria «consentita» dalle norme urbanistiche, senza specificare né il tipo né le dimensioni della costruzione, rimesse all'arbitrio dell'obbligato".

¹¹⁰ Secondo RIZZI, *La nuova disciplina di tutela dell'acquirente di immobile da costruire. Il contenuto del contratto preliminare*, in corso di pubblicazione, "non è escluso che per la descrizione esatta dell'immobile, proprio perché trattasi di edifici da costruire, ci si possa avvalere degli elaborati grafici di progetto, la cui allegazione al contratto è prescritta dalla norma in commento".

¹¹¹ Per la ricostruzione, invece, dei c.d. diritti di uso esclusivo in ambito condominiale come fattispecie di servitù, cfr. C.N.N. (ESTENSORI BARALIS-CACCAVALE), *Diritti di "uso esclusivo" nell'ambito condominiale*, in *Studi e materiali*, 2003, 2, p. 489.

tivo ad unità immobiliari del medesimo condominio ai fini di tale determinazione.

L'allegazione al contratto degli elaborati progettuali, con l'indicazione in essi delle parti comuni condominiali, ha un'altra rilevante conseguenza: deve ritenersi *preclusa, d'ora in avanti, la possibilità che il costruttore si riservi - all'atto della conclusione del contratto preliminare - di apportare unilateralmente varianti alle parti comuni* suddette, essendo necessario a tal fine il consenso dell'acquirente.

Di rilievo anche la circostanza che gli elaborati progettuali devono essere proprio quelli presentati a corredo della domanda di permesso di costruire; al fine, evidentemente, di *garantire al massimo grado la conformità urbanistica* della porzione di fabbricato promessa in vendita.

Nel parere votato dalla Commissione Giustizia del Senato sullo schema preliminare di decreto legislativo si sottolineava l'opportunità, "in considerazione dell'elevato divario informativo che intercorre tra costruttore ed acquirente", di imporre l'allegazione, al contratto, di "una relazione sottoscritta da un tecnico che certifichi le indicazioni di cui all'articolo 2826 del codice civile, e i contenuti di cui alle lettere *c*), *i*) del primo comma e *b*) secondo comma" dell'articolo 6 (già art. 5 nello schema preliminare). Il suggerimento non è stato accolto dal Governo, come chiarito nella relazione di accompagnamento, "onde non aggravare oltre il necessario gli oneri ricadenti sulle parti dall'applicazione del presente decreto e stante la sufficienza della provenienza di parte delle indicazioni previste dalla citata norma".

Quali le *conseguenze dell'omessa indicazione in contratto* dei suddetti elementi? Tutte le suddette previsioni svolgono una funzione protettiva dell'acquirente, e non sono quindi qualificabili alla stregua di mere previsioni di natura formale, ma piuttosto quali norme imperative in senso tecnico. Per quanto concerne gli *estremi identificativi dei soggetti e dell'oggetto*, necessari ai fini della trascrizione immobiliare, occorre considerare che - al di fuori del caso limite in cui l'omessa indicazione induca totale incertezza, sì da determinare nullità assoluta del contratto - si tratta di elementi successivamente integrabili, vuoi con un successivo negozio di accertamento, vuoi a mezzo di apposita sentenza. Si consideri inoltre che - negli altri negozi soggetti a trascrizione, diversi da quelli disciplinati nel decreto in commento - l'omissione degli elementi indicati dall'art. 2659 c.c. comporta la mera conseguenza dell'intrascrivibilità, salva la possibilità di integrazione successiva del titolo. Qui, però, il legislatore ha inteso tutelare in modo più pregnante l'acquirente, evitandogli l'onere di ricorrere all'accertamento successivo: se si ritenesse che l'unica conseguen-

za dell'omessa indicazione degli elementi identificativi sia l'intrascrivibilità, si darebbe di fatto un'interpretazione abrogante della nuova disciplina. *Sembra, quindi, che effetto della disposizione in esame sia quello di legittimare l'acquirente a far valere la nullità relativa del contratto, in difetto degli elementi che consentono di trascrivere il contratto.* In altri termini, l'acquirente che si trovi in possesso di un titolo non trascrivibile ha l'*alternativa* tra l'azione di nullità (che gli consente di svincolarsi dal contratto, piuttosto che rimanere obbligato e soggiacere al rischio del sopravvenire di formalità pregiudizievoli), l'esperimento dell'azione di accertamento degli elementi mancanti, e l'azione nei confronti del costruttore al fine di ottenere l'integrazione del contenuto contrattuale che dia luogo alla formazione di un titolo trascrivibile (integrazione a cui il costruttore deve ritenersi obbligato, secondo buona fede ed in applicazione analogica del disposto dell'art. 1543, comma 2, c.c.).

Sembra invece che *la mancata indicazione degli elementi che possono essere inseriti nella nota di trascrizione anche in assenza di indicazioni nel titolo* (si pensi al codice fiscale, o al regime patrimoniale coniugale delle persone fisiche) *non produca alcuna conseguenza sulla validità del contratto* (trattasi quindi sicuramente, per quanto riguarda tali elementi, di norma meramente ordinativa e non imperativa).

Quanto all'omessa descrizione dell'immobile oggetto di contratto e delle sue pertinenze esclusive, ed all'omessa allegazione degli elaborati progettuali, occorre distinguere. L'omissione che determini assoluta indeterminatezza ed indeterminabilità dell'oggetto del contratto certamente comporta nullità assoluta del contratto, a norma degli artt. 1346 e 1418, comma 2, c.c. Viceversa, la mancata indicazione nel contratto di elementi diversi, purché importanti (ad esempio, mancata precisazione della destinazione o della composizione interna degli immobili) deve ritenersi sanzionata con la *nullità relativa del contratto*, sempre su iniziativa esclusiva dell'acquirente: è, in altri termini, *diritto dell'acquirente porre nel nulla il regolamento contrattuale tutte le volte in cui l'omessa descrizione di elementi importanti per l'individuazione delle caratteristiche del bene immobile possa alterare gravemente l'equilibrio contrattuale.* Ovviamente, l'acquirente che decida di non proporre l'azione di nullità relativa potrà in alternativa chiedere l'esecuzione del contratto (da integrarsi, allora, secondo buona fede ed equità, ex artt. 1374 e 1375 c.c.).

12. (SEGUE): LE TABELLE MILLESIMALI E LA SUPERFICIE UTILE DELL'UNITÀ IMMOBILIARE DA COSTRUIRE

Nessuna prescrizione detta il decreto legislativo in commento in ordine alle *tabelle millesimali condominiali*, nelle quali devono essere indicate le quote proporzionali spettanti ai singoli piani o porzioni di piano a norma degli artt. 68 e 69 disp. att. c.c.; né alla *superficie utile* della costruenda unità immobiliare oggetto del contratto. Entrambe sono, peraltro, *indicazioni indispensabili*, ai sensi dell'art. 2645-bis, comma 4, c.c., *al fine di procedere alla trascrizione del contratto preliminare*.

La mancata indicazione di tali elementi contrasta quindi con la *ratio* dell'altra previsione, contenuta nell'art. 6, comma 1, lett. *a*), del decreto, che richiede l'indicazione degli estremi soggettivi ed oggettivi utili per la trascrizione nei registri immobiliari. Poiché quest'ultima previsione non si spiega se non in funzione della volontà del legislatore di agevolare la predisposizione di un *titolo trascrivibile* (anche eventualmente in forza del successivo accertamento giudiziale delle sottoscrizioni, se trattasi di scrittura privata non autenticata), non si comprenderebbe perché, in vista dello stesso obiettivo, sarebbe stata omessa la prescrizione di tali elementi nell'ambito del contenuto minimo obbligatorio del contratto preliminare.

Peraltro, l'art. 6, comma 1, lett. *b*), del decreto legislativo richiede che sia riportata nel contratto "la *descrizione dell'immobile* e di tutte le sue pertinenze di uso esclusivo oggetto del contratto". Tenuto conto della rilevanza delle indicazioni richieste dall'art. 2645-bis, comma 4, c.c., la previsione dell'art. 6 deve essere allora *interpretata estensivamente*, in modo da ricomprendervi sia la superficie utile dell'unità immobiliare da costruire, sia la quota del diritto spettante sull'intero costruendo edificio, espressa in millesimi. Considerato che la mancata indicazione di tali elementi impedirebbe la trascrizione del contratto preliminare, alla stessa stregua della mancata indicazione degli elementi richiesti dall'art. 6, comma 1, lett. *a*), deve ritenersi che tale omissione comporti la *nullità relativa* del contratto.

Le tabelle millesimali hanno, del resto, un'altra importante funzione, che è quella di determinare il valore proporzionale delle singole unità immobiliari non solo ai fini della ripartizione delle spese condominiali (che, per patto contrattuale, il promissario acquirente può essere obbligato a pagare sin da momento anteriore all'acquisto della proprietà, allorché ad esempio vi sia la consegna anticipata dell'immobile), ma anche ai fini della individuazione del valore dei singoli lotti, nel caso in cui si renda necessario il frazionamento del mutuo e dell'ipoteca ai sensi dell'art. 39 del D. Lgs. n. 385/1993. Ciò, in particolare, allorché - per scadenza del termine asse-

gnato alla banca mutuante - si debba procedere con atto pubblico, sottoscritto dal solo notaio, al frazionamento. In altri termini, poiché - come si vedrà - il frazionamento deve essere effettuato sulla base di criteri obiettivi - che tengano conto del valore delle singole porzioni del complesso condominiale in rapporto all'importo delle singole quote del mutuo accollato agli acquirenti - è di grande utilità, per la banca e per il notaio, la tabella millesimale che individui il valore delle singole porzioni immobiliari.

13. GLI ELEMENTI NECESSARI PER LA DETERMINAZIONE DEGLI OBBLIGHI DEL COSTRUTTORE

Altri elementi devono essere indicati nel contratto, o allo stesso allegati, al fine di assicurare *l'esatta definizione delle caratteristiche dell'immobile da costruirsi e, quindi, la determinazione degli obblighi del costruttore, oggetto del contratto*. Si tratta, in particolare, dei seguenti elementi:

- 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. 6, comma 1, lett. *d*)¹¹²;

- 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. 6, comma 2, lett. *a*);

- i *termini massimi di esecuzione della costruzione*, anche eventualmente correlati alle varie fasi di lavorazione (art. 6, comma 1, lett. *e*).

In merito alle suddescritte prescrizioni, particolarmente analitiche (l'analiticità era, del resto, espressamente richiesta dall'art. 3, lett. *m*), della legge n. 210/2004), può ripetersi quanto osservato, in via generale, dalla dottrina: il legislatore "non si fida" del comportamento delle parti, ed in particolare del costruttore, in ordine alla determinabilità secondo buona fede del contenuto delle obbligazioni del costruttore, e richiede quindi un'indicazione specifica dei singoli elementi del programma negoziale¹¹³, al fine di parametrare ad essi gli obblighi del costruttore, e *verificarne*

¹¹² Posto che l'art. 6, comma 1, lett. *d*), richiede un'indicazione in contratto ad opera delle parti, non sembra necessario - anche se è certamente opportuno - richiedere, come ritiene Rizzi, *La nuova disciplina di tutela dell'acquirente di immobile da costruire. Il contenuto del contratto preliminare*, in corso di pubblicazione, che le caratteristiche costruttive debbano risultare da "apposita relazione redatta da tecnico abilitato, in possesso pertanto delle necessarie competenze professionali per descrivere con precisione ed esattezza dette caratteristiche tecniche".

¹¹³ VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, cit., p. 245.

quindi l'esatto adempimento, e in mancanza la *responsabilità del costruttore* stesso per i vizi e difformità dell'opera¹¹⁴. Nella consapevolezza che per l'acquirente è tanto più agevole ottenere l'esatto adempimento delle prestazioni pattuite, ed in mancanza la condanna al risarcimento del danno e gli altri rimedi contrattuali e legali, quanto più in dettaglio sono individuati gli obblighi del costruttore.

Proprio l'attenzione all'interesse dell'acquirente induce a ritenere che l'omessa indicazione degli elementi suddescritti nel contratto legittima l'acquirente medesimo all'azione di *nullità relativa*, solo però nel caso in cui ciò determini una sostanziale alterazione dell'equilibrio contrattuale. Pertanto, se la totale mancanza delle caratteristiche tecniche della costruzione, o del capitolato delle opere, può comportare nullità relativa del contratto, tale conseguenza sarebbe evidentemente sproporzionata in caso di mancata indicazione delle mere tamponature, o degli infissi. In ogni caso, *l'acquirente che si astenga dal proporre l'azione di nullità potrà sempre agire per l'esatto adempimento, tenendo conto dell'esigenza di eseguire l'opera "a regola d'arte", impiegando materiali "di qualità non inferiore alla media"* (devono ritenersi analogicamente applicabili, sul punto, le regole che disciplinano la prestazione dell'appaltatore)¹¹⁵. Può inoltre configurarsi una *responsabilità precontrattuale* del costruttore che non abbia fornito le informazioni di cui aveva l'esclusiva disponibilità, al fine di rendere possibile l'osservanza delle suddescritte disposizioni¹¹⁶.

Probabilmente non determina, invece, un grave pregiudizio dell'interesse dell'acquirente la mancata indicazione in contratto dei termini

¹¹⁴ Per la rilevanza, a tal fine, delle caratteristiche tecniche e progettuali della costruzione e del capitolato delle opere, Cass. 1 marzo 2001 n. 3002, in *Giur. it.*, 2002, p. 734; Cass. 29 agosto 2000 n. 11359, in *Foro it.*, Rep. 2000, voce *Appalto*, n. 39; Cass. 18 agosto 1993 n. 8750, in *Foro it.*, Rep. 1993, voce *Appalto*, n. 56.

¹¹⁵ Sulla disciplina in tema di appalto, cfr. RUBINO-IUDICA, *Dell'appalto*, cit., p. 136 ss., 229 ss.; GIANNATTASIO, *L'appalto*, cit., p. 81 ss., 86 ss., 143 ss.

Per l'applicabilità, al contratto di compravendita di cosa da costruire, delle norme in tema di appalto che concernono la prestazione lavorativa, senza essere connesse con la particolare causa del contratto, BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 43 (Id., p. 1021, per quanto concerne l'applicabilità delle norme sull'appalto alla permuta di cosa presente contro cosa futura); RUBINO, *La compravendita*, Milano 1971, p. 210 ss.; GIORGIANNI, *Gli obblighi di fare del venditore*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, 1 ss., spec. p. 21 ss.

¹¹⁶ In questo senso, le prescrizioni dell'art. 6 in commento integrano il disposto dell'art. 1337 c.c., consentendo di configurare specifici "obblighi di informazione" a carico del costruttore, finalizzati alla corretta conformazione del contenuto del contratto (per la necessità che gli obblighi precontrattuali di informazione siano previsti da specifiche disposizioni di legge, o siano comunque desumibili dalla natura del contratto, D'AMICO, *"Regole di validità" e principio di correttezza nella formazione del contratto*, cit., p. 262 ss.

massimi di esecuzione della costruzione, tenuto conto dell'esistenza di una norma suppletiva in materia, dettata dall'art. 1183 c.c., attivabile dall'acquirente senza eccessivo sacrificio¹¹⁷, instaurando un procedimento di volontaria giurisdizione¹¹⁸. Proprio l'assenza di una lesione "apprezzabile" dell'interesse dell'acquirente, nell'ottica di un equo temperamento dell'interesse delle parti, induce a ritenere che la prescrizione relativa ai termini di esecuzione della costruzione non sia imperativa in senso tecnico, ma meramente ordinativa, con la conseguente inapplicabilità della sanzione di nullità, e l'attivazione del meccanismo dell'integrazione del contratto in base alla legge (artt. 1374 e 1183 c.c.).

14. (SEGUE): L'INDICAZIONE DELLE IMPRESE APPALTATRICI

L'indicazione dell'eventuale esistenza di *imprese appaltatrici*, con la specificazione dei relativi dati identificativi, è prescritta dall'art. 6, comma 1, lett. *d*), del decreto legislativo (che attua così la prescrizione della legge delega, che all'art. 3, lett. *m*), richiede l'indicazione delle "modalità" di esecuzione ed in particolare "dell'appaltatore") al fine di consentire all'acquirente la valutazione delle capacità tecniche ed economiche dell'impresa che eseguirà materialmente i lavori di costruzione¹¹⁹: particolare, questo, che può essere di notevole rilevanza sotto una molteplicità di aspetti, e che il legislatore ha voluto quindi sottoporre all'attenzione dell'acquirente sin dal momento della conclusione del contratto. Nei termini generali in cui è stata formulata, la previsione normativa è tuttavia foriera di notevoli inconvenienti: è facile, infatti, immaginare che il costruttore possa non avere alcuna idea - al momento della conclusione del contratto preliminare - circa l'identificazione dei soggetti a cui affiderà, ad esempio, il posizionamento dei pavimenti o degli infissi, la realizzazione degli impianti e simili. Certo sarebbe possibile integrare successivamente il con-

¹¹⁷ In tal senso, con riferimento al contratto di subfornitura, VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, cit., p. 252 ss. Con riguardo al contratto di appalto, RUBINO-IUDICA, *Dell'appalto*, cit., p. 185 ss.

¹¹⁸ BIANCA, *Diritto civile, 4 - L'obbligazione*, Milano 1998, p. 231.

¹¹⁹ Sulla rilevanza dell'*intuitus personae* nel contratto di appalto, con riferimento alle caratteristiche dell'impresa appaltatrice, cfr. RUBINO-IUDICA, *Dell'appalto*, cit., p. 86, e p. 201 ("Per il nostro diritto positivo, il subappalto è, in linea di massima, vietato. La legge, limitatamente a questo punto, ha dato rilevanza all'*intuitus personae*, cioè ha tutelato l'interesse del committente a che i lavori non vengano materialmente eseguiti da una anziché da un'altra impresa senza il suo assenso. Se manca l'autorizzazione, quindi, il contratto di subappalto è nullo. Ma questa è solo una nullità relativa, cioè può essere fatta valere non anche dal subappaltante, né dal subappaltatore, ma solo dal committente, perché solo nel suo interesse è disposta"); GIANNATTASIO, *L'appalto*, cit., p. 48 ss., 60 ss.

tratto con accordi modificativi, che individuino volta per volta le imprese esecutrici dei lavori; ciò tuttavia comporterebbe una poco desiderabile ingerenza dell'acquirente nella gestione dell'impresa del costruttore, rimettendo all'arbitrio del primo scelte gestionali in ordine alle quali lo stesso acquirente non ha, generalmente, alcuna competenza.

La previsione ha comunque una *ratio* parallela a quella contenuta nell'art. 1656 c.c., a norma del quale *l'appaltatore non può dare in subappalto l'esecuzione dell'opera, se non è stato autorizzato dal committente*. L'inapplicabilità di quest'ultima disposizione alla vendita di fabbricato da costruire¹²⁰, o comunque il dubbio circa la sua estensibilità in via analogica, ha indotto il legislatore ad introdurre un'apposita disposizione, diretta a conseguire il medesimo risultato. La norma in commento appare, peraltro, ancor più rigorosa di quella dettata in tema di appalto, nella misura in cui richiede la specificazione nel contratto dei dati identificativi delle imprese appaltatrici: *non è quindi sufficiente una generica autorizzazione ad appaltare i lavori a terzi, ma occorre indicare nel contratto quali sono le imprese a cui verranno affidati i lavori*. Stante il fondamento della norma, non può poi ritenersi sufficiente l'indicazione, in contratto, delle sole imprese con cui sia stato stipulato un contratto di appalto già al momento della conclusione del contratto preliminare (o equipollente), dovendosi invece identificare tutte le imprese alle quali il costruttore intende affidare, anche successivamente, i lavori per la costruzione del fabbricato, o che assumeranno comunque gli stessi in subappalto.

La suddetta *ratio* consente di individuare la *conseguenza della mancata indicazione in contratto delle eventuali imprese appaltatrici*, nel caso in cui *il venditore sia un'impresa edile* (nel qual caso può presumersi che l'acquirente faccia affidamento sull'esecuzione personale dei lavori ad opera del venditore): può probabilmente ritenersi, proprio sulla base dell'art. 6 del decreto, e dell'art. 1656 c.c., che *il ricorso ad altre imprese per l'esecuzione dei lavori non sia ammissibile*, perché diversamente verrebbe violato l'elemento fiduciario del contratto. Ove, in assenza di indicazioni in contratto, il venditore proceda comunque ad appaltare i lavori a terzi, lo stesso dovrà essere ritenuto per ciò solo *inadempiente*, con la

¹²⁰ Il negozio di vendita di fabbricato da costruire è soggetto alla disciplina della compravendita, e non a quella dell'appalto, in quanto siano proprio gli elementi costitutivi della vendita a risultare prevalenti nell'economia contrattuale: Cass. 2 agosto 2002 n. 11602, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 2501; Cass. 12 aprile 1999 n. 3578, in *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Contratto in genere*, n. 302; Cass. 2 dicembre 1997 n. 12199, in *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Contratto in genere*, n. 262; Cass. S.U. 9 giugno 1992 n. 7073, in *Riv. giur. edil.*, 1993, I, p. 1073; Cass. 26 aprile 1984 n. 2626, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, c. 500; Cass. 29 marzo 1982 n. 1951, in *Foro it.*, Rep. 1982, voce *Contratto in genere*, n. 194.

conseguente esperibilità, oltre che dell'azione di risarcimento dei danni ove esistenti, dei rimedi sinallagmatici.

Più difficile individuare la conseguenza della omessa menzione nel caso in cui *il venditore non sia imprenditore edile*: posto che in questo caso è scontata l'esecuzione dell'opera da parte di terzi, probabilmente la mancata indicazione dell'impresa appaltatrice non ha altra conseguenza che rendere responsabile il venditore per *culpa in eligendo*. Viceversa, il venditore non potrà essere considerato inadempiente per il solo fatto di aver affidato l'esecuzione dei lavori a terzi.

In nessun caso, quindi, la mancata indicazione delle eventuali imprese appaltatrici potrebbe determinare la nullità del contratto.

15. LE INDICAZIONI RELATIVE AL PREZZO DI COMPRAVENDITA O DEL DIVERSO CORRISPETTIVO

Sempre all'individuazione dell'oggetto del contratto - nella parte stavolta che riguarda le obbligazioni della parte acquirente - è diretta la prescrizione contenuta nell'art. 6, comma 1, lett. *f*), del decreto legislativo, che richiede l'indicazione in contratto 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.

Innanzitutto la *determinazione del prezzo*: la necessità di indicazione del prezzo *complessivo* depone con tutta probabilità per l'*inammissibilità di meccanismi di revisione del prezzo*, e quindi per l'esclusione della determinabilità dello stesso sulla base di elementi esterni al contratto¹²¹. Non sembra ammessa, in altri termini, la *relatio*, né formale né sostanziale; più in generale *non sembra ammessa la determinabilità, ma è invece richiesta la determinazione in contratto del corrispettivo*.

La *ratio* di tale prescrizione è intuibile: come nel divieto di rinvio agli usi per la determinazione delle condizioni dei contratti bancari e finanziari, qui si vuole tutelare il contraente debole ponendo a sua conoscenza,

¹²¹ Soluzione diversa è invece adottata dalla normativa francese: Il contratto, a norma dell'art. L261-11 del *Code de la construction et de l'habitation*, "doit également mentionner si le prix est ou non révisable et, dans l'affirmative, les modalités de sa révision". In tal caso, peraltro, le modalità di revisione sono determinate dalla legge, in particolare dall'art. L261-11-1: "Au cas où le contrat définit à l'article L. 261-11 prévoit la révision du prix, celle-ci ne peut être calculée qu'en fonction de la variation d'un indice national du bâtiment tous corps d'état mesurant l'évolution du coût des facteurs de production dans le bâtiment et publié par le ministre chargé de la construction et de l'habitation. La révision ne peut être faite sur chaque paiement ou dépôt que dans une limite exprimée en pourcentage de la variation de cet indice".

senza possibilità di dubbi, l'effettivo e complessivo ammontare del corrispettivo pattuito.

Non è quindi possibile evitare di quantificare, nel contratto, la totalità delle somme dovute dall'acquirente. Ed è stata conseguentemente messa fuori legge la prassi di prevedere in contratto ulteriori spese a carico dell'acquirente non attualmente determinate e solo in futuro determinabili (quali le spese per l'accatastamento del fabbricato, per l'allacciamento degli impianti, e simili): la clausola che preveda tali ulteriori spese deve ritenersi nulla, e l'acquirente soltanto potrà fare valere tale invalidità.

Inoltre, eventuali successive variazioni del prezzo, anche in corrispondenza di varianti in corso d'opera, devono essere espressamente concordate e formare oggetto di un nuovo contratto tra le parti, esclusa la legittimità di una pattuizione che attribuisca uno *ius variandi* unilaterale al costruttore, o anche ad un terzo.

Si ha perciò nullità parziale, in presenza di una clausola che preveda meccanismi di rinvio a fonti esterne per la determinazione di una parte del prezzo. Mentre - nel caso in cui il contratto non rechi per nulla l'indicazione del prezzo, stabilendone solo i criteri per la sua determinabilità - l'acquirente può probabilmente far valere la nullità relativa dell'intero contratto. Nel caso, infine, in cui manchi totalmente nel contratto ogni criterio per la determinabilità del prezzo, e nella misura in cui non si ritenga applicabile alla compravendita immobiliare l'art. 1474 c.c.¹²², a tale indeterminatezza conseguirà la nullità assoluta del contratto, ex artt. 1346 e 1418, comma 2, c.c.

La conformazione del contenuto del contratto ad opera del legislatore prosegue 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

¹²² L'art. 1474 c.c. - nei contratti di vendita aventi ad oggetto "cose che il venditore vende abitualmente" - pone la presunzione "che le parti abbiano voluto riferirsi al prezzo normalmente praticato dal venditore"; e, nell'ipotesi in cui le parti abbiano inteso riferirsi al giusto prezzo, prevede il ricorso all'arbitraggio, secondo il disposto dell'art. 1473 c.c. La giurisprudenza è tendenzialmente contraria all'applicazione della surriportata disciplina alla vendita immobiliare, ritenendo che "la determinazione, nel contratto di compravendita, del prezzo con riferimento a quello normalmente praticato dal venditore (art. 1474, 1° comma, c.c.), postula merci di largo consumo e molteplicità di contrattazioni; sicché, ove si tratti di cessione di immobili, tale forma di determinazione del prezzo va esclusa quando i beni appartengono a un *genus limitatum* di ristrettissima consistenza (o addirittura costituiscono un *unicum*) per i quali è inconcepibile una molteplicità e continuità di contrattazioni omogenee" (Cass. 23 luglio 2004 n. 13807, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Vendita*, n. 21; Cass. 5 aprile 1990 n. 2804, in *Foro it.*, Rep. 1990, voce *Contratto in genere*, n. 246).

comunque in grado di assicurare la prova certa dell'avvenuto pagamento). *L'esigenza primaria, che si pone qui il legislatore, è quella probatoria*: si vuole cioè assicurare - come risulta anche dalla relazione governativa al decreto legislativo - *che tutti i pagamenti siano agevolmente dimostrabili*, in quanto al momento dell'escussione della fideiussione occorre corredare la relativa richiesta con "idonea documentazione comprovante l'ammontare delle somme e il valore di ogni altro eventuale corrispettivo che complessivamente il costruttore ha riscosso" (art. 3, comma 4, del decreto legislativo). Deve invece ritenersi che la "documentazione idonea", richiesta dall'art. 3, 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 l'ulteriore 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.

La norma è evidentemente imperativa, a tutela del contraente debole: ne consegue che *la previsione contrattuale di modalità di pagamento diverse e non sufficientemente "probatorie" deve ritenersi nulla, e priva pertanto di ogni effetto (nullità parziale)*. Nel caso, invece, in cui *nessuna modalità di pagamento sia pattuita*, deve ritenersi che il contratto sia integrabile, *ex art. 1374*, sulla base della stessa previsione in commento: saranno quindi *idonei, a scelta dell'acquirente, tutti i mezzi che assicurino la prova certa dell'avvenuto pagamento*, con esclusione evidentemente del pagamento in denaro contante. In altri termini, in difetto di limitazione contrattuale dei mezzi di pagamento sarà rimessa all'acquirente la scelta tra tutti quelli aventi valore probatorio, ed il costruttore non potrà rifiutare il pagamento a mezzo, ad esempio, di assegni circolari, dovendosi considerare tale rifiuto non conforme non solo a correttezza¹²³, ma anche alla disposizione di legge in commento. Ove, poi, il singolo paga-

¹²³ È ormai pacifico in giurisprudenza che la consegna di assegni circolari, pur non equivalendo a pagamento a mezzo di somme di denaro, estingue l'obbligazione di pagamento quando il rifiuto del creditore appare contrario alle regole della correttezza, che impongono allo stesso creditore l'obbligo di prestare la sua collaborazione all'adempimento dell'obbligazione, a norma dell'art. 1175 c.c.: Cass. 7 luglio 2003 n. 10695, in *Foro it.*, Rep. 2003, voce *Obbligazioni in genere*, n. 44; Cass. 21 dicembre 2002 n. 18240, in *Vita not.*, 2003, p. 284; Cass. 10 febbraio 1998 n. 1351, in *Foro it.*, 1998, I, c. 1914.

Deve, invece, ritenersi legittimo il rifiuto del venditore di ricevere il pagamento a mezzo di assegno bancario: Cass. 9 agosto 1990 n. 8090, in *Foro it.*, Rep. 1990, voce *Vendita*, n. 76.

mento sia di ammontare superiore a 12.500 euro, lo stesso dovrà essere necessariamente effettuato tramite assegno non trasferibile o a mezzo intermediario abilitato, in conformità alle disposizioni c.d. antiriciclaggio (art. 1 del D.L. 3 maggio 1991 n. 143, convertito in legge 5 luglio 1991 n. 197; e D.M. 17 ottobre 2002), che prevalgono - in quanto di ordine pubblico - su quelle dell'art. 6 in commento.

Può poi darsi il caso che - in violazione delle norme di legge e di contratto sul punto - il pagamento non sia stato effettuato con modalità, come quelle sopra indicate, che assicurino certezza dell'avvenuto pagamento; e che tuttavia quest'ultimo risulti da *quietanza, rilasciata dal creditore*, magari in forma autentica al fine di ottenere l'annotazione a margine della trascrizione del contratto preliminare (annotazione da taluni ritenuta necessaria affinché il privilegio *ex art. 2775-bis c.c.* possa assistere tali crediti¹²⁴). Nessun dubbio che la fideiussione, in tal caso, possa essere escussa per la somma corrispondente, essendo la quietanza prova sufficiente dell'avvenuto pagamento.

Nessuna norma di tutela è dettata, invece, per quanto concerne il *momento temporale in cui il pagamento deve avvenire*. Sul punto non vi è quindi alcuna compressione dell'autonomia contrattuale, alla quale è interamente rimessa la decisione circa l'eventuale pagamento anticipato di tutto, o parte, del corrispettivo¹²⁵; con la sola conseguenza che maggiore è l'importo del corrispettivo da versarsi prima del trasferimento della proprietà, maggiore sarà l'importo da garantirsi mediante fideiussione.

16. L'INDICAZIONE DEGLI ESTREMI DELLA FIDEIUSSIONE

A garanzia dell'effettività dell'obbligo del costruttore di prestare fideiussione, è richiesta l'indicazione, in contratto, degli *estremi della fideiussione* stessa (art. 6, comma 1, lett. g). Previsione, questa, non nuova, in quanto la si rinviene già nell'art. 7, comma 3, del D. Lgs. 9 novembre 1998, n. 427, in tema di multiproprietà (ove la mancata menzione è peraltro espressamente prevista quale causa di nullità del contratto).

La *ratio* di questa prescrizione è intuibile: poiché *la mancata presta-*

¹²⁴ GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, Milano 1998, p. 31; CHIANALE, *Trascrizione del contratto preliminare e trasferimento della proprietà*, Torino 1998, p. 102 ss.

¹²⁵ Con particolare riguardo alla vendita di cosa futura, in assenza di previsione contrattuale si ritiene che il prezzo debba essere pagato non già al momento della venuta ad esistenza del fabbricato da costruire, ma bensì al momento della consegna del fabbricato ultimato (arg. *ex art. 1498, comma 2, c.c.*); con piena libertà però per le parti di accordarsi diversamente: RIZZIERI, *La vendita obbligatoria*, cit., p. 161 ss.

zione della fideiussione determina nullità, sia pure relativa, del contratto, è parso opportuno al legislatore richiederne l'espressa menzione in contratto, in modo tale che *dall'esame del testo contrattuale risulti se la suddetta prescrizione a pena di nullità è stata o meno rispettata*; ciò, evidentemente, *a tutela - più che dell'acquirente, il cui interesse è in realtà salvaguardato dall'effettiva consegna della fideiussione - dei terzi subacquirenti ed in genere della certezza dei traffici*. Oltretutto, poiché spesso sia il contratto preliminare che la fideiussione sono *privi di data certa* nei confronti dei terzi, in quanto non registrati, la menzione della fideiussione nel contratto appare l'unico strumento in grado di garantire l'anteriorità o contestualità della fideiussione rispetto al contratto, e quindi la validità di quest'ultimo; si rinvia, in proposito, a quanto già precisato in ordine all'*opportunità di allegare la fideiussione al documento contrattuale*.

Occorre allora chiedersi *se sia applicabile, in via analogica, la prescrizione dettata in tema di multiproprietà*, che sancisce la *nullità del contratto* nel quale non siano indicati gli estremi della fideiussione; eventualmente ammettendo l'equipollenza, rispetto alla menzione, dell'allegazione della fideiussione ai fini della sanzione di nullità, sempre che tale allegazione risulti dal testo del contratto.

Il dubbio investe innanzitutto la finalità protettiva della norma che richiede la menzione. Se si dovesse optare in senso affermativo, ne deriverebbe certamente - quale conseguenza della violazione di una norma imperativa - la nullità relativa del contratto. In effetti, in materia di multiproprietà, la dottrina ha ritenuto che la previsione della nullità, per omessa menzione della fideiussione, *ex art. 7, comma 3, del D. Lgs. n. 427/1998*, integri una fattispecie di nullità *relativa*¹²⁶, partendo dal presupposto che si tratti di norma a tutela dell'interesse dell'acquirente ad essere informato dell'esistenza della garanzia e del contenuto della stessa¹²⁷. Che la *ratio* sia questa è però contestabile, posto che nulla impedirebbe all'acquirente di avere comunque conoscenza *aliunde* dell'esistenza della garanzia. Neanche può ritenersi che la funzione della norma sia sanzionatoria, come pure si è ritenuto¹²⁸; ciò soprattutto nella fattispecie del con-

¹²⁶ PANDOLFINI, *Commento all'art. 7, in I contratti di multiproprietà*, a cura di Cuffaro, Milano 2003, p. 444; BULGARELLI, *Contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili: note in tema di tutela dell'acquirente*, in *Riv. not.*, 2000, p. 556.

¹²⁷ MUNARI, *Problemi giuridici della nuova disciplina della multiproprietà*, Padova 1999, p. 124; VINCENZI, *Attuazione della direttiva comunitaria sui contratti relativi alla c.d. multiproprietà*, in *Nuove leggi civ.*, 1999, p. 75.

¹²⁸ DI ROSA, *Proprietà e contratto. Saggio sulla multiproprietà*, Milano 2002, p. 243, nota 76.

tratto avente ad oggetto immobili da costruire, di cui certamente il costruttore non è considerato normativamente come l'unico autore.

Si è visto, invece, che appare più plausibile vedere nella menzione della fideiussione - e ciò vale anche nella fattispecie della multiproprietà - una previsione strumentale all'accertamento dell'anteriorità o contestualità della fideiussione al contratto, e quindi soprattutto una *previsione a tutela dei terzi* aventi causa dall'acquirente (che hanno interesse a riscontrare se vi sia o meno la nullità del contratto per violazione del suddetto art. 2, comma 1).

Si tratta, quindi, di *menzione di natura formale*, le cui ragioni trascendono il mero interesse dell'acquirente (nei cui confronti non vi sono problemi di data certa) per investire piuttosto esigenze di certezza e della circolazione giuridica. La conseguenza potrebbe quindi essere la nullità assoluta del contratto che non rechi la menzione della fideiussione¹²⁹.

Senonché, *nell'art. 6 non vi è alcuna disposizione che preveda la sanzione di nullità* in dipendenza dell'omessa menzione della fideiussione. In più, la previsione dell'art. 2, comma 1, del decreto osta decisamente alla configurabilità di una nullità assoluta per omessa menzione della fideiussione nel contratto: la previsione di nullità relativa, ivi contenuta, diverrebbe infatti inapplicabile, rimanendo assorbita nella nullità assoluta per il difetto della relativa menzione. L'assurdità della conseguenza vale ad escludere senza alcun dubbio tale soluzione.

Quanto alla possibilità di ravvisare un'autonoma nullità relativa per difetto di menzione nel contratto della fideiussione, occorre fare i conti con un'altra questione, attinente alla natura imperativa, o meno, della disposizione contenuta nell'art. 6, comma 1, lett. g), del decreto legislativo. In dottrina si discute se tra le norme imperative - la cui violazione determina, a norma dell'art. 1418, comma 1, c.c. - siano ricomprese le norme che contengano prescrizioni di forma¹³⁰. Nella misura in cui si riconoscesse natura imperativa alla prescrizione di forma in oggetto, ne deriverebbe

¹²⁹ Ritiene trattarsi di nullità assoluta per violazione di una regola di forma *ad substantiam*, TASSONI, *I diritti a tempo parziale su beni immobili*, Padova 1999, p. 223.

¹³⁰ Per l'esclusione del carattere imperativo in senso tecnico delle regole di forma, cfr. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., p. 203 ss. In senso parzialmente diverso, MONTICELLI, *Fondamento e funzione della rilevabilità d'ufficio della nullità negoziale*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 692 (secondo il quale "solo da una lettura che tenga conto delle finalità e degli interessi tutelati attraverso il formalismo è possibile accertare la natura inderogabile o meno della norma e, di conseguenza, stabilire se la mancanza di certe forme generi la nullità dell'atto o della clausola da stipularsi per iscritto (art. 1418, comma 1°, c.c.)"); VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, cit., p. 260 (secondo la quale nel valutare la questione "non può che giocare un ruolo essenziale la natura della tutela che si vuol assicurare").

la nullità relativa del contratto (pur laddove la fideiussione sia stata effettivamente rilasciata). Se si ritiene però - come sembra - che *la menzione in contratto degli estremi della fideiussione non tutela alcun autonomo interesse dell'acquirente*, deve conseguentemente negarsi la natura protettiva della previsione normativa. Se quindi - come appare preferibile - si nega l'imperatività della norma, non rimane che concludere nel senso della *natura meramente ordinatoria della previsione normativa, in quanto priva di autonoma sanzione*¹³¹; *salvo, nei casi in cui l'omessa menzione non consenta di accertare l'anteriorità o contestualità della fideiussione rispetto al contratto, la nullità relativa di quest'ultimo sulla base, però, della previsione dell'art. 2, comma 1, del decreto legislativo.*

17. LE INDICAZIONI RELATIVE ALLO STATO GIURIDICO DELL'IMMOBILE: CONVENZIONI URBANISTICHE E FORMALITÀ PREGIUDIZIEVOLI

Altre indicazioni obbligatorie - che il contratto deve riportare a norma dell'art. 6 del decreto legislativo - riguardano lo *stato giuridico dell'immobile*. Sono richieste, in particolare, le indicazioni relative ai seguenti elementi:

a) - *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. 6, comma 1, lett. *c*);

b) - 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. 6, comma 1, lett. *b*).

I dati sub *a)* (*atti d'obbligo e convenzioni urbanistiche*)¹³² sono richiesti a fini essenzialmente informativi: essi si rendono necessari al fine di in-

¹³¹ In tal senso anche RIZZI, *La nuova disciplina di tutela dell'acquirente di immobile da costruire. Le garanzie per l'acquirente*, in corso di pubblicazione.

¹³² RIZZI, *La nuova disciplina di tutela dell'acquirente di immobile da costruire. Il contenuto del contratto preliminare*, in corso di pubblicazione, ritiene - basandosi sul tenore letterale dell'art. 6, comma 1, lett. *c*) - che la nuova disciplina sia applicabile soli atti d'obbligo e le convenzioni di carattere urbanistico la cui stipula si sia resa necessaria ai fini del rilascio stesso del titolo abilitativo; con esclusione quindi di quelli finalizzati a consentire il rilascio a condizioni di favore del suddetto provvedimento abilitativo (es., convenzione ex art. 18 del D.P.R. n. 380/2001). In realtà, se la *ratio* della disposizione è quella di informare l'acquirente in ordine ai vincoli che gravano sulla proprietà acquistata, non sembra possibile escludere tali convenzioni - in quanto produttive di obbligazioni *propter rem* gravanti anche a carico dell'acquirente - dall'ambito di applicazione della norma.

dividua eventuali vincoli urbanistici a carico degli immobili oggetto del contratto. *Di tali vincoli è richiesta una "elencazione" nel contratto stesso*: non è quindi sufficiente indicare gli estremi della trascrizione, ma occorre espressamente indicare, ad esempio, se vi siano vincoli di inedificabilità; obblighi di prelazione, vincoli nella determinazione del prezzo, requisiti soggettivi in capo agli acquirenti in caso di rivendita; obblighi di manutenzione delle aree a verde; obblighi di destinazione delle unità immobiliari; obblighi e vincoli di carattere costruttivo, architettonico, estetico; vincoli a parcheggio; servitù di uso pubblico; e via dicendo. Il che non significa che di ciascuno di tali vincoli debba fornirsi una descrizione dettagliata, in quanto ciò significherebbe trascrivere integralmente il contenuto della convenzione nel corpo del contratto preliminare o equipollente: occorre solo *indicare, in via sommaria, il tipo di vincolo gravante sull'immobile*, perché l'acquirente possa averne contezza e, ove lo ritenga, effettuare i necessari approfondimenti prima di sottoscrivere il contratto.

Relativamente ai suddetti atti d'obbligo e convenzioni, manca una previsione, analoga a quella dettata dall'art. 6, comma 1, lett. *b*), a proposito delle formalità pregiudizievoli, che richieda l'indicazione degli obblighi dell'alienante sul punto. È quindi rimessa all'*autonomia contrattuale* la disciplina del suddetto profilo, in particolare per quanto riguarda i termini dell'eventuale subentro dell'acquirente negli obblighi derivanti dai suddetti atti d'obbligo e convenzioni urbanistiche (ovviamente nei rapporti *inter partes*, salvo il subentro nei confronti della pubblica amministrazione nelle obbligazioni *propter rem* esistenti¹³³); o al contrario la pattuizione che gli obblighi assunti debbano essere adempiuti, in tutto o in par-

¹³³ Per Cass. 27 agosto 2002 n. 12571, in *Vita not.*, 2002, p. 1485, "l'assunzione, a carico del proprietario del terreno, degli oneri relativi alle opere di urbanizzazione costituisce un'obbligazione *propter rem*; ciò comporta che essa va adempiuta non solo da colui che ha stipulato la convenzione con il comune, ma anche da colui (se soggetto diverso) il quale richiede la concessione edilizia, e - inoltre - che colui che realizza opere di trasformazione edilizia, valendosi della concessione rilasciata al suo dante causa, è solidalmente obbligato con quest'ultimo per il pagamento degli oneri anzidetti; la natura reale dell'obbligazione non riguarda, invece, i soggetti che utilizzano le opere di urbanizzazione da altri realizzate per una loro diversa edificazione, senza avere con i primi alcun rapporto, e che, per ottenere la loro diversa concessione edilizia, devono pagare al comune concedente, per loro conto, i relativi oneri di urbanizzazione". Sulla natura di obbligazioni *propter rem* dei vincoli nascenti da convenzioni urbanistiche e atti unilaterali d'obbligo in genere, cfr. Cons. Stato 30 maggio 2002 n. 3016, in *Foro amm. - Cons. Stato*, 2002, p. 1217; T.A.R. Toscana 20 dicembre 1999 n. 1096, in *Foro amm.*, 2000, p. 2288; Cass. 29 aprile 1999 n. 4301, in *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Edilizia e urbanistica*, n. 242; Cons. Stato 13 agosto 1996 n. 898, in *Riv. giur. urbanistica*, 1997, p. 233; Cass. 20 dicembre 1994 n. 10947, in *Foro it.*, 1995, I, c. 3534; Trib. Firenze 15 settembre 1990, in *Giur. it.*, 1993, I, 2, c. 373; Cass. 15 aprile 1992 n. 4572, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 2037; Cass. 26 novembre 1988 n. 6382, in *Riv. giur. edil.*, 1989, I, p. 50.

te, dal costruttore (nella misura, ovviamente, in cui tale previsione sia compatibile con la particolare natura dell'obbligo o vincolo).

Anche la precisazione in ordine alle *formalità pregiudizievoli* eventualmente esistenti ha una funzione essenzialmente informativa, finalizzata ad individuare il tipo di pregiudizio che all'acquirente può derivare dalle formalità stesse. Proprio al fine di identificare con precisione le situazioni giuridiche sostanziali sottostanti, la menzione delle formalità pregiudizievoli deve essere analitica: *non è sufficiente che vengano indicati gli estremi della trascrizione o dell'iscrizione*, ma occorre - per testuale disposizione di legge - specificare una serie di altri elementi.

È richiesta, innanzitutto, "la specificazione del relativo ammontare". Si tratta, in primo luogo, dell'*ammontare delle somme iscritte* (nel caso delle ipoteche, ma anche nel caso dell'iscrizione in separazione dei beni del defunto da quelli dell'eredità). Peraltro, anche con riferimento ad alcune *trascrizioni* - segnatamente quelle del pignoramento, e del sequestro, e quelle relative alle domande giudiziali - l'indicazione delle somme dovute, pur non obbligatoria, può risultare dalla nota di trascrizione, ed in tal caso ne va fatta menzione nel contratto.

Devono essere poi specificati il *soggetto a cui favore sono trascritte o iscritte le formalità*; ed il *titolo* da cui le formalità derivano. Quanto al *soggetto*, è sufficiente l'indicazione degli elementi strettamente necessari per la sua identificazione (ad esempio, cognome nome e data di nascita della persona fisica; denominazione e sede della persona giuridica). Per *titolo* potrebbe intendersi - in senso formale - il *documento* presentato unitamente alla nota di trascrizione (nel qual caso occorrerebbe identificarlo con i relativi *estremi*: essenzialmente, trattandosi di atto notarile, data e numero di repertorio e notaio rogante o autenticante; trattandosi di provvedimento giudiziale o amministrativo, data e numero del provvedimento ed autorità che lo ha emanato); oppure - in senso sostanziale - *la natura del gravame rappresentato dalla formalità pregiudizievole*. Alla luce della *ratio* della disposizione, che è certamente finalizzata ad una tutela "sostanziale" dell'acquirente attraverso un'informazione il più possibile completa in ordine alla natura ed al contenuto dei vincoli gravanti sull'immobile, deve optarsi per questa *seconda alternativa*. Il che significa, ad esempio, che trattandosi di servitù occorre specificare il tipo di peso gravante sul fondo servente (vincolo di inedificabilità, di non sopraelevazione, ecc.); se si tratta di domanda giudiziale, occorre indicare nel contratto, sia pure sommariamente, il *petitum*, cioè la pretesa dell'attore.

Le indicazioni relative alle formalità pregiudizievoli hanno, peraltro, oltre alla funzione informativa anche una *valenza di tipo precettivo*: la

legge, infatti, richiede la “*pattuizione espressa*” degli obblighi del costruttore in ordine alle suddette formalità, con la precisazione del tempo dell’adempimento (prima o dopo la stipula del contratto definitivo). Obblighi che consisteranno, in particolare, nel *procurare la cancellazione delle suddette formalità*, o anche soltanto nell’*estinzione delle passività e delle situazioni giuridiche sostanziali che hanno dato luogo a pubblicità*. Peraltro, è espressamente riconosciuto che gli obblighi del costruttore possono essere adempiuti anche successivamente alla stipula del contratto definitivo. Non è invece specificato se tali obblighi siano, o meno, *eventuali*: in assenza di diversa precisazione di legge, ed in omaggio al principio di autonomia contrattuale, *deve ritenersi che le parti possano anche pattuire di non cancellare le formalità in oggetto, o che le stesse siano cancellate a cura e spese dell’acquirente*. Fermo restando che se le parti non pattuiscono alcunché, il costruttore dovrà ritenersi obbligato a liberare gli immobili dalle formalità pregiudizievoli, essendo in mancanza responsabile per inadempimento (arg. ex art. 1482, comma 2, c.c.).

Emerge comunque, riguardo alle formalità pregiudizievoli, l’importanza di una *scrupolosa indagine nei registri immobiliari* (e, strumentalmente, in quelli catastali), *estesa quantomeno al ventennio antecedente*, al fine di individuare le formalità pregiudizievoli *sin dal momento del contratto preliminare di compravendita*.

Non è quindi sufficiente indicare nel preliminare - contrariamente alla prassi precedente - che l’immobile sarà libero da gravami pregiudizievoli entro la data del contratto definitivo, senza ulteriormente specificare; ma occorre citare espressamente le singole formalità attualmente esistenti, pattuendo espressamente in ordine alla loro eventuale cancellazione.

L’individuazione delle “*trascrizioni pregiudizievoli di qualsiasi tipo*”, cui fa cenno l’art. 6, comma 1, lett. *h*), non è sempre agevole. 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 (sulla *relatio*, v. meglio oltre); non altrettanto chiaro appare il regime di altre trascrizioni che possono sussistere a carico del costruttore o suoi danti causa, e relative all’immobile da costruire, quali ad esempio le *servitù* ed il *regolamento di condominio* (anche su questo argomento, vedi meglio il successivo approfondimento).

Quanto ad *ipoteche e pignoramenti*, essi rientrano certamente tra le formalità pregiudizievoli, da indicarsi nel contratto preliminare ai sensi dell’articolo in esame. La disposizione va invece *coordinata* - riguardo al

contratto definitivo - con quella contenuta nell'art. 8 del decreto legislativo, che vieta la stipula in presenza di ipoteche non cancellate o non frazionate, o di pignoramenti non cancellati.

L'omessa indicazione delle formalità pregiudizievoli in contratto, anche preliminare, è certamente causa di responsabilità del venditore, e legittima l'acquirente ai rimedi previsti dall'art. 1482 del codice civile¹³⁴. Le conseguenze dell'omessa indicazione non possono, tuttavia, esaurirsi in tale responsabilità (già derivante dal citato art. 1482 c.c. e dai principi generali in materia di responsabilità contrattuale)¹³⁵; sostenere ciò significherebbe, in sostanza, proporre un'interpretazione abrogante della nuova disposizione, che diverrebbe inutile. Considerate le finalità di protezione dell'acquirente, non resta che ipotizzare, anche in questo caso, la *nullità relativa del contratto*, che potrà quindi essere fatta valere dall'acquirente ogni qualvolta nel contratto stesso non siano indicate - in modo da consentire la conoscenza "sostanziale" del gravame - una o più formalità pregiudizievoli. La *ratio* della disposizione consente di individuare i limiti di proponibilità dell'azione di nullità: purché all'acquirente sia consentito di individuare "nella sostanza" il peso o vincolo gravante sull'immobile, *omissioni o errori di carattere formale* (relative, ad esempio, ai numeri o alla data di trascrizione o iscrizione delle formalità) *non possono certamente giustificare la sanzione della nullità*. Viceversa, ogni qualvolta le formalità pregiudizievoli non siano state indicate del tutto, ovvero siano state indicate con modalità tali da non consentire all'acquirente una corretta valutazione dell'incidenza di tali gravami sul risultato utile dell'acquisto, e di poter quindi esprimere in modo informato il proprio giudizio di convenienza in ordine alla conclusione del contratto, opererà il rimedio della nullità relativa. Nullità che va invece esclusa laddove le formalità pregiudizievoli siano indicate, ma non siano contenute nel contratto patteggiamenti in ordine agli obblighi del costruttore (operando, in tal caso, la

¹³⁴ Cfr., tra le altre, Cass. 30 luglio 2004 n. 14583, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Vendita*, n. 22; Cass. 12 marzo 2002 n. 3565, in *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Vendita*, n. 48; Cass. 26 novembre 1997 n. 11839, in *Arch. civ.*, 1998, p. 158; Cass. 24 novembre 1997 n. 11709, in *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Contratto in genere*, n. 444; Cass. 11 novembre 1994 n. 9498, in *Foro it.*, Rep. 1994, voce *Vendita*, n. 43; Cass. 19 luglio 1986 n. 4667, in *Vita not.*, 1986, n. 779.

¹³⁵ In tal senso, cfr. invece BARALIS, *Considerazioni sparse sulla bozza di decreto delegato conseguente alla L.210/2004; spunti e interrogativi in tema di: permuta di bene presente con bene futuro, elusione, garanzia fideiussoria, riflessi sulla trascrizione di vendita di bene futuro*, in corso di pubblicazione in *Riv. not.*, 2005 ("il fatto che, nella contrattazione preliminare, non si sia scritto "in particolare" nulla circa la continuità o meno di pesi o gravami deve intendersi regolato dalla norma che impone al venditore di trasferire il bene "libero").

norma suppletiva *ex art.* 1482, comma 2, c.c., che consente di raggiungere il medesimo scopo).

La *ratio* del rimedio della nullità consente di circoscriverne, nel contempo, i limiti: posto che la funzione di tale rimedio è essenzialmente informativa, *l'azione di nullità può essere paralizzata dal costruttore che dimostri la conoscenza, da parte dell'acquirente, al momento della conclusione del contratto, dei vincoli e delle formalità pregiudizievoli* in oggetto. Si tratta, in concreto, del rimedio dell'*exceptio doli*, di cui la giurisprudenza ha fatto numerose applicazioni¹³⁶, e che si attaglia perfettamente alle caratteristiche della nullità di protezione, che in tanto ha ragion d'essere in quanto sia effettivamente leso l'interesse del contraente debole; e, per definizione, non può esservi lesione di una disposizione normativa con finalità informative, quando l'acquirente fosse altrimenti a conoscenza degli elementi rilevanti. Si consideri, a conferma di quanto detto, che *anche i rimedi disciplinati dall'art. 1482 c.c. operano solo in quanto le formalità pregiudizievoli siano ignorate dall'acquirente*.

18. (SEGUE): GLI ESTREMI DEL PERMESSO DI COSTRUIRE O DELLA SUA RICHIESTA

Attiene allo stato giuridico dell'immobile anche la prescritta indicazione in contratto degli 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. 6, comma 1, lett. *i*), del decreto legislativo).

Si è già visto il significato di tali prescrizioni nell'ottica del *contrasto al fenomeno dell'abusivismo edilizio*, e quindi la conseguente *nullità assoluta, per incommerciabilità dell'oggetto*, dei contratti relativi a fabbricati da costruire per i quali il permesso non sia stato ancora richiesto; anche perché ogni diversa interpretazione, che sostenesse al contrario l'applicabilità del decreto in oggetto anche ai contratti su immobili da costruire in assenza di richiesta del relativo provvedimento abilitativo, oltre a contrastare con le previsioni del medesimo decreto ne renderebbe estremamente agevole l'elusione. È altresì evidente che la disposizione in oggetto non

¹³⁶ Cfr., tra le altre, Cass. 1 ottobre 1999 n. 10864, in *Contratti*, 2000, p. 139; Trib. Milano 13 dicembre 1990, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1991, II, p. 588 ("l'*exceptio doli* è fondata sul principio di buona fede il quale esclude che un soggetto possa conseguire un utile in danno di altri utilizzando in modo formalmente corretto le facoltà concessegli dal regolamento negoziale, ma per finalità e con esiti contrastanti con lo scopo perseguito dalle parti col negozio e non meritevoli di tutela"); Pret. Roma 1 maggio 1987, in *Giur. comm.*, 1988, II, p. 835.

interferisce con la prescrizione dell'art. 46 del D.P.R. n. 380/2001, e non incide quindi sulla sanzione di nullità assoluta ivi prevista per il caso di mancata indicazione del provvedimento abilitativo (già rilasciato). Può, quindi, con sufficiente sicurezza affermarsi che *il significato della prescrizione in commento va colto essenzialmente con riguardo al contratto preliminare su immobili da costruire*, la cui stipula sarà d'ora in avanti ammessa solo in presenza di una richiesta di provvedimento abilitativo.

La menzione in contratto preliminare degli estremi relativi al permesso di costruire, o della sua richiesta, assolve, peraltro, ad una funzione solo in parte coincidente con quella delle menzioni richieste dal sunnominato art. 46 del D.P.R. n. 380/2001. Ricorre certo il *fine di contrastare il fenomeno dell'abusivismo edilizio*, facendo in modo che il promissario acquirente - attraverso l'indicazione degli estremi della richiesta di permesso, e degli elaborati progettuali allegati al contratto, che devono essere i medesimi allegati alla suddetta richiesta - possa verificare la conformità del fabbricato dedotto in contratto con quello per cui è stato richiesto il provvedimento abilitativo; e negando correlativamente ogni tutela al promissario acquirente laddove lo stesso abbia accettato di concludere il contratto senza riscontrare il carattere abusivo dell'edificio la cui costruzione è programmata. In quest'ottica, se l'incomerciabilità degli immobili per i quali il permesso non è stato effettivamente richiesto risponde ad evidenti ragioni di ordine pubblico, l'indicazione degli estremi della richiesta nel contratto preliminare assolve anche alla *funzione di protezione dell'acquirente*: nel contesto dell'art. 6 del decreto, infatti, la menzione dei provvedimenti abilitativi della costruzione, o della loro richiesta, garantisce all'acquirente non solo e non tanto la regolarità urbanistica del fabbricato, evitandogli problemi successivi connessi ad eventuali situazioni di abusivismo edilizio (posto, infatti, che occorre citare la richiesta di permesso, e non il permesso stesso; e bisogna quindi tener conto dell'eventualità che lo stesso non venga poi rilasciato), quanto piuttosto la circostanza *che il programma edificatorio "nasca" con una patente di regolarità*, e soprattutto *che la consistenza promessa in vendita corrisponda al progetto depositato presso gli uffici comunali*, progetto che a norma del medesimo art. 6 deve essere allegato in copia al contratto¹³⁷. Si tutela, insomma, l'ac-

¹³⁷ 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* del 13 giugno 2005, ritengono, in modo simile, che gli estremi del permesso o della sua richiesta debbano essere menzionati in contratto sia ai fini della corretta informazione dell'acquirente (in ordine alla realizzabilità del fabbricato), sia per rafforzare nell'acquirente l'idea della serietà dell'intento del costruttore di edificare.

quirente, rispetto all'eventualità che venga programmata la costruzione di un fabbricato difforme rispetto al progetto presentato a corredo della richiesta del provvedimento abilitativo. Il promissario acquirente ha così a disposizione un elemento in più per accertare - sia pure nella fase "programmatica" dell'operazione - la regolarità urbanistica del costruendo fabbricato. È opportuno, sul punto, ricordare che - a norma dell'art. 134 del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 - qualora l'acquirente dell'immobile riscontri difformità dalle norme del testo unico sull'edilizia, deve farne denuncia al comune entro un anno dalla constatazione, a pena di decadenza dal diritto al risarcimento del danno da parte dell'alienante.

La menzione degli estremi del permesso di costruire nel contratto preliminare evita altresì l'inconveniente dell'*ineseguibilità in forma specifica del preliminare*, ogni qualvolta quest'ultima sia concretamente possibile¹³⁸. *A seguito del decreto in esame, non è escluso che la giurisprudenza si orienti diversamente rispetto al passato, ritenendo sufficiente ai fini dell'art. 2932 c.c. - sulla base dell'art. 6 in esame - la sola menzione della richiesta del permesso di costruire.*

La menzione degli estremi in oggetto non rappresenta, quindi, un mero requisito formale del contratto (a fronte del quale sarebbe arduo ipotizzare una sanzione di nullità del contratto, in assenza di un'espressa previsione legislativa in tal senso); si tratta, piuttosto, di una *norma imperativa a tutela dell'acquirente, la cui violazione determina la nullità relativa del contratto*. Del resto, ipotizzare la mera ineseguibilità in forma specifica del preliminare in assenza delle suddette menzioni, o una mera responsabilità del costruttore¹³⁹, significherebbe richiamare conseguenze che già erano configurabili in virtù del diritto comune, e quindi rendere praticamente priva di portata precettiva la disposizione dell'art. 6, comma 1, lett. *i*), del decreto legislativo, in contrasto con il principio di conservazione degli atti normativi.

Tale nullità relativa non si pone, a differenza di quanto è stato ritenuto, in rotta di collisione con la nullità assoluta disposta dall'art. 46 del D.P.R. n. 380/2001¹⁴⁰, per il diverso ambito di applicazione delle due di-

¹³⁸ Cfr., tra le altre, Cass. 6 agosto 2001 n. 10831, in *Foro it.*, Rep. 2001, voce *Contratto in genere*, n. 444; Trib. Verbania 9 aprile 2001, in *Contratti*, 2002, p. 234; Cass. 14 dicembre 1999 n. 14025, in *Foro it.*, 2000, I, c. 3562; Cass. 8 febbraio 1997 n. 1199, in *Vita not.*, 1997, p. 257; Cass. 9 dicembre 1992 n. 13024, in *Foro it.*, Rep. 1992, voce *Contratto in genere*, n. 326; Trib. Catania 3 marzo 1989, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 2718.

¹³⁹ Il costruttore è comunque tenuto, in base al diritto comune, a consegnare al promissario acquirente i documenti comprovanti la regolarità amministrativa del fabbricato: Cass. 22 settembre 2000 n. 12556, in *Foro it.*, Rep. 2000, voce *Vendita*, n. 86.

¹⁴⁰ BARALIS, *Considerazioni sparse sulla bozza di decreto delegato conseguente alla L.210/*

sposizioni (l'una sostanzialmente riferibile al contratto preliminare, l'altra al contratto definitivo). Il che significa che - trattandosi di contratto definitivo - non sarà sufficiente la mera richiesta del permesso di costruire, ma occorrerà che questo sia stato già rilasciato, e ne siano indicati gli estremi in atto, il tutto a pena di nullità assoluta, sia pur convalidabile ai sensi del summenzionato art. 46.

In conclusione, *la mancata effettiva richiesta del permesso di costruire rende incommerciabile l'immobile da costruire oggetto del contratto preliminare, e ne determina la nullità assoluta*, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1346 e 1418, comma 2, del codice civile. Viceversa, *la mancata indicazione nel contratto preliminare degli estremi del permesso di costruire o della sua richiesta, nella misura in cui gli stessi esistevano di fatto al momento della stipula, comporta la nullità relativa del contratto preliminare*, oltre a rendere improponibile - secondo il costante orientamento della giurisprudenza - la domanda di esecuzione in forma specifica, ex art. 2932 c.c.

Si è visto che l'*allegazione al contratto degli elaborati progettuali, in base ai quali è stato rilasciato o richiesto il permesso di costruire* (art. 6, comma 2, lett. b), del decreto), svolge l'importante funzione di consentire la deduzione in contratto di un oggetto lecito (ossia, di un fabbricato da costruire in conformità al provvedimento abilitativo rilasciato o in corso di rilascio), e nel contempo di proteggere l'acquirente o il promissario acquirente, ponendolo in condizione di controllare che la costruzione avvenga senza abusi edilizi. Ciò significa che, nel caso in cui gli elaborati progettuali allegati al contratto, o comunque i caratteri dell'immobile da costruire in esso dedotti, non corrispondano alle caratteristiche progettuali approvate o in corso di approvazione da parte dei competenti uffici comunali, si avrà *nullità assoluta del contratto per illiceità dell'oggetto*. Laddove, invece, tali caratteristiche corrispondano in fatto, ma gli elaborati progettuali non siano stati allegati al contratto, tale profilo di indeterminatezza, quando non sia tale da comportare *nullità assoluta per indeterminazione dell'oggetto*, ex artt. 1418, comma 2, e 1346 c.c., determinerà *nullità relativa del contratto per violazione di una norma imperativa di protezione dell'acquirente*.

Trattandosi di fabbricato la cui costruzione è già iniziata, l'esigenza di cui sopra riguarda *anche il permesso di costruire in sanatoria e la relati-*

2004; spunti e interrogativi in tema di: *permuta di bene presente con bene futuro, elusione, garanzia fideiussoria, riflessi sulla trascrizione di vendita di bene futuro*, in corso di pubblicazione in *Riv. not.*, 2005.

va domanda: il che può, in concreto, rendere incommerciabile l'immobile in corso di costruzione, anche a livello di contrattazione preliminare, se la richiesta di permesso in sanatoria non è stata presentata; mentre *la mera omissione della menzione degli estremi della domanda di permesso in sanatoria* - pur richiesta dall'art. 6, comma 1, lett. *i*) del decreto in commento - *comporta nullità relativa del contratto* (non essendo applicabili al contratto preliminare le prescrizioni dell'art. 2, comma 58, della legge 23 dicembre 1996, n. 662). Lo stesso ovviamente vale per il permesso di costruzione in sanatoria, una volta rilasciato, non applicandosi al contratto preliminare le previsioni di nullità dell'art. 2, comma 58, della legge n. 662/1996 (salvi i riflessi della mancata indicazione sull'esecuzione in forma specifica del contratto).

La nullità relativa, quale effetto dell'omessa menzione in contratto degli estremi del permesso o della richiesta (nei casi in cui il permesso di costruire era stato effettivamente rilasciato, o richiesto al momento della stipula), ovvero in dipendenza della mancata allegazione al contratto degli elaborati progettuali presentati a corredo della suddetta richiesta, potrebbe apparire eccessiva, nell'ottica di un equo temperamento degli interessi delle parti. Si tratta, in realtà, di *sanzione proporzionata all'obiettivo che il legislatore intende raggiungere*, che è l'equilibrata tutela dell'acquirente persona fisica, che si vuole informare compiutamente in ordine allo stato giuridico dell'immobile, e che in assenza di tali menzioni non potrebbe, tra l'altro, ottenere l'esecuzione in forma specifica del contratto preliminare. Ma se la nullità relativa ha tale fondamento, deve ritenersi - al pari di quanto già riscontrato in relazione ai vincoli e formalità pregiudizievoli - che l'azione di nullità può essere paralizzata dalla *exceptio doli* ogni qualvolta *l'acquirente fosse, al momento della conclusione del contratto preliminare, a conoscenza degli estremi del permesso di costruire o della relativa richiesta e del contenuto dei relativi elaborati progettuali* (secondo una logica per certi aspetti analoga a quella che ispirava l'art. 15 della legge 28 gennaio 1977, n. 10, a norma del quale era nullo il contratto relativo ad immobile costruito senza licenza edilizia, se dall'atto stesso non risultava che l'acquirente era a conoscenza della mancanza della concessione).

19. CONTENUTO DEL CONTRATTO ED ALLEGAZIONE DI DOCUMENTI

L'art. 6 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 obbligatoriamente per atto pubblico (non essendo dubbio che solo in quel caso i due documenti avrebbero diversa natura giuridica: l’allegato essendo, per comune ammissione, una *scrittura privata*)¹⁴¹. 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*¹⁴².

La normativa in esame, invece, non richiede la forma dell’atto pubblico a pena di nullità; ed anche ove tale forma 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.

Nel corso dei lavori preparatori era stata prospettata l’opportunità di consentire espressamente l’indicazione, in allegato, delle caratteristiche costruttive dell’immobile¹⁴³; nella *relazione governativa* al testo definitivo del decreto si afferma che non si è ritenuto opportuno seguire tale suggerimento, ritenendosi che l’indicazione nel contratto, e non semplicemente in allegato, sia “*necessaria per garantire all’acquirente una completa cognizione delle caratteristiche del bene oggetto del contratto*”. Dopo quanto precisato in ordine all’identità di natura tra contratto - suscettibile di essere redatto per scrittura privata *ex artt.* 1350 e 1351 c.c. - e suoi allegati debitamente sottoscritti, che hanno anch’essi natura di scrittura privata, non sembra necessario spendere ulteriori parole per dimostrare l’infondatezza di tale preoccupazione.

Ne consegue che *ciascuno degli elementi richiesti dall’art. 6, comma 1, può essere, indifferentemente, inserito nel contratto o in una scrittura privata allegata*, entrambi documenti che partecipano della medesima natura giuridica, senza che ciò incida in alcun modo sulla validità del contratto medesimo. Piuttosto, l’esigenza che tutte le indicazioni richieste dal-

¹⁴¹ 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. Cfr. anche, sul tema, PETRELLI, *Statuto e atto pubblico dopo la riforma delle società di capitali e cooperative*, in *Riv. not.*, 2004, p. 433 ss.

¹⁴² 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.

¹⁴³ Parere della Commissione Giustizia del Senato in data 13 aprile 2005.

l'art. 6 risultino da atto scritto comporta la *necessità di sottoscrizione non solo del contratto, ma anche della scrittura allegata nella quale siano contenute le indicazioni stesse. Non sarebbe, al contrario, idoneo a contenere le indicazioni in oggetto un allegato privo di sottoscrizioni.*

Nessun dubbio, poi, che nell'ipotesi in cui il contratto sia volontariamente redatto per atto pubblico, tutti i suddetti elementi possano essere indifferentemente inseriti nel medesimo atto pubblico o in allegato, nel quale ultimo caso si applicherebbe a quest'ultimo il normale regime giuridico degli allegati, quale previsto dall'art. 51 della legge notarile; con piena ammissibilità quindi, tra l'altro, della dispensa da lettura ad opera delle parti.

20. LIMITI ALL'AMMISSIBILITÀ DELLA *RELATIO* A FONTI ESTERNE AL CONTRATTO

Le prescrizioni dell'art. 6 del decreto legislativo (“devono contenere”; “devono essere allegati”) hanno un ulteriore significato, che trascende la mera tecnica redazionale in base all'alternativa contenuto-allegazione. Sia il primo che il secondo comma dell'art. 6 rispondono, infatti, all'esigenza di assicurare una completa ed esaustiva regolamentazione contrattuale a tutela dell'acquirente, con finalità di trasparenza e di determinatezza, al massimo livello possibile, dell'oggetto del contratto. Per tali motivi, deve ritenersi che sia *inammissibile - ai fini della regolamentazione dei suddetti aspetti - il rinvio a fonti esterne rispetto al contratto ed ai suoi allegati.* A differenza, anche qui, del diritto francese, che consente per taluni elementi una *relatio*, sia pure circoscritta a documenti già allegati ad un atto notarile conservato nella raccolta degli atti del pubblico ufficiale¹⁴⁴.

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. 6 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. 6. Scelta, questa, che potrebbe apparire

¹⁴⁴ L'art. L-261-11 del *Code de la construction et de l'habitation* francese dispone che “lorsque la vente concerne une partie d'immeuble, le contrat peut ne comporter que les indications propres à cette partie, les autres précisions prévues à l'alinéa précédent doivent alors figurer, soit dans un document annexé à l'acte, soit dans un document déposé au rang des minutes d'un notaire et auquel l'acte fait référence ... Il doit, en outre, comporter en annexes, ou par référence à des documents déposés chez un notaire, les indications utiles relatives à la consistance et aux caractéristiques techniques de l'immeuble”.

troppo rigorosa, o formalistica, ma che in realtà trae la sua origine dalle *esigenze di "trasparenza"*, più volte richiamate, a beneficio dell'acquirente.

Di tale opinione è anche la *relazione governativa* al decreto legislativo, che addirittura ritiene - erroneamente, come si è visto - non trasponibili in allegato le indicazioni richieste al primo comma dell'art. 6, al fine di garantire all'acquirente una completa conoscenza delle medesime.

Si tratta, del resto, di un modello già sperimentato nell'ambito di altre leggi di settore, che contengono analoghi divieti di *relatio*: basti pensare alle disposizioni in tema di contratti bancari, di contratti degli intermediari finanziari, di contratti di subfornitura, di contratti di multiproprietà, di contratti turistici¹⁴⁵.

Quanto sopra vale, ovviamente, per le sole indicazioni richieste dall'art. 6 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*, con la conseguenza che sarà, a mero titolo esemplificativo, possibile la *relatio* ai fini del completamento di diverse clausole contrattuali, come l'eventuale accollo dell'imposta comunale sugli immobili (ICI) all'acquirente a decorrere da un momento anteriore al trasferimento della proprietà; o l'eventuale clausola che esoneri il costruttore dal pagamento di alcune spese condominiali; o ancora per eventuali clausole anche vessatorie, salva l'inefficacia di esse nella misura in cui l'acquirente rivesta la qualifica di consumatore, o in presenza dei presupposti di cui all'art. 1341 c.c.

21. (SEGUE): LE SERVITÙ ED IL REGOLAMENTO DI CONDOMINIO

Una specifica riflessione deve essere dedicata al *regime delle servitù*,

¹⁴⁵ Si considerino, in particolare:

- l'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;

- l'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;

- gli 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;

- l'art. 3, comma 2, del D.Lgs. 9 novembre 1998 n. 427, in tema di multiproprietà, che disciplina il *contenuto obbligatorio del contratto*;

- l'art. 7 del d.lgs. 17 marzo 1995 n. 111, contenente disciplina del *contenuto obbligatorio* dei contratti turistici.

e del regolamento di condominio, la cui trascrizione difficilmente potrebbe essere qualificata come “trascrizione pregiudizievole”, agli effetti in esame, anche laddove nel regolamento fossero contenute obbligazioni *propter rem*.

Più precisamente, 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), pregiudizievole deve invece qualificarsi la servitù, contenuta nel regolamento condominiale, che impedisca l’utilizzo a fini commerciali dell’unità immobiliare che nasca proprio con quella destinazione; come pure pregiudizievole potrebbe essere una servitù di non edificare, o di non sopraelevare, o una servitù di distanze, che la costruzione dell’edificio violasse. Parimenti pregiudizievole possono risultare alcune obbligazioni *propter rem*¹⁴⁶, contenute nel regolamento di condominio c.d. contrattuale¹⁴⁷.

Anche in questi casi, come per le altre formalità pregiudizievole, deve ritenersi necessario indicare la natura (non il contenuto dettagliato) delle servitù e degli altri vincoli pregiudizievole costituiti con il regolamento di condominio, non essendo sufficiente l’indicazione generica degli estre-

¹⁴⁶ Sulla natura di obbligazioni *propter rem* dei vincoli nascenti dal regolamento di condominio, cfr. OLIVO, *Vincoli di destinazione e regolamento condominiale contrattuale*, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 2186; PROTO, *Regolamento di condominio e limitazioni della proprietà: il punto su dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. not.*, 1986, p. 661; ALVINO, *Limitazioni ai poteri ed alle facoltà dei singoli condomini sulle parti dell’edificio di loro esclusiva proprietà*, in *Giust. civ.*, 1975, I, p. 800; KUSTERMANN, *Regolamento condominiale e vincoli di destinazione*, in *Riv. not.*, 1969, p. 675; Cass. 13 agosto 2004 n. 15763, in *Vita not.*, 2004, p. 1567; Cass. 5 settembre 2000 n. 11684, in *Foro it.*, Rep. 2000, voce *Comunione e condominio*, n. 242, ed in *Vita not.*, 2001, p. 239; Cass. 16 ottobre 1999 n. 11692, in *Foro it.*, Rep. 2000, voce *Comunione e condominio*, n. 244; Cass. 24 novembre 1997 n. 11717, in *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Comunione e condominio*, n. 118; Cass. 23 dicembre 1988 n. 7039, in *Riv. giur. edil.*, 1989, I, p. 285; Cass. 16 dicembre 1988 n. 6844, in *Vita not.*, 1988, p. 1196; Cass. 8 luglio 1981 n. 4477, in *Foro it.*, 1982, I, c. 152.

¹⁴⁷ Sul regolamento c.d. contrattuale, cfr. NATALI-NATALI, *Obbligatorietà del regolamento condominiale contrattuale (nota a Cass. 3 luglio 2003 n. 10523)*, in *Contratti*, 2004, p. 34; OLIVO, *Vincoli di destinazione e regolamento condominiale contrattuale*, cit., p. 2186; COMPORZI, *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. In giurisprudenza, tra le più recenti, Cass. 26 gennaio 2004 n. 1314, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Comunione e condominio*, n. 9; Cass. 3 luglio 2003 n. 10523, in *Foro it.*, Rep. 2003, voce *Comunione e condominio*, n. 168; Cass. 18 aprile 2002 n. 5626, in *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Comunione e condominio*, n. 159; Cass. 30 luglio 1999 n. 8279, in *Foro it.*, Rep. 2000, voce *Comunione e condominio*, n. 241; Cass. 16 ottobre 1999 n. 11692, in *Foro it.*, Rep. 2000, voce *Comunione e condominio*, n. 243; Cass. 6 ottobre 1999 n. 11121, in *Foro it.*, Rep. 2000, voce *Comunione e condominio*, n. 245; Cass. S.U. 30 dicembre 1999 n. 943, in *Riv. not.*, 2000, p. 941.

mi di trascrizione. Mentre non è viceversa necessaria alcuna specificazione in ordine ad altre servitù e vincoli che non siano “pregiudizievoli” in senso tecnico.

Con riguardo al *regolamento di condominio* in senso stretto (quale disciplinato dall’art. 1138 c.c.), che non contenga quindi limitazioni e vincoli alle proprietà individuali, deve invece evidenziarsi che l’art. 6 del decreto legislativo non impone *nessuna indicazione obbligatoria in contratto*, né relativa al regolamento eventualmente già approvato, né riguardo ai possibili obblighi del costruttore finalizzati alla successiva predisposizione del regolamento medesimo. *Non vi è, quindi, alcun obbligo del costruttore di approntare il regolamento di condominio, e le tabelle millimali*, anche laddove il numero delle unità immobiliari in condominio ecceda quello minimo previsto dalla legge: lacuna, questa, di una certa gravità, che può rendere difficoltosa l’approvazione di un regolamento a maggioranza dei condomini. A tale lacuna può certamente sopperire, come nel passato, la prassi contrattuale¹⁴⁸; peraltro l’omissione non appare facilmente giustificabile alla luce delle analitiche previsioni dettate, per i rimanenti aspetti, dal comma 1 dell’art. 6 in commento¹⁴⁹.

Quanto sopra implica che - non contenendo generalmente il regolamento di condominio oneri “pregiudizievoli” all’acquirente - non vi è alcun ostacolo alla *relatio* al regolamento allegato al primo atto di vendita di unità immobiliari in condominio con indicazione dei soli estremi del suddetto atto; e senza quindi che sia necessaria la descrizione dei singoli vincoli (servitù, obbligazioni *propter rem*) in esso pattuiti, ove per l’ap-punto “non pregiudizievoli”.

22. LE INDICAZIONI RELATIVE AL CERTIFICATO DI AGIBILITÀ

Un’ulteriore lacuna - riscontrabile nell’art. 6 del decreto legislativo - è quella relativa al *certificato di agibilità*, in relazione al quale la legge non richiede di indicare alcunché, nel contratto, con riferimento agli obblighi del costruttore. Si tratta, peraltro, di lacuna solo apparente, visto che le fattispecie contrattuali in esame presuppongono che l’immobile sia ancora

¹⁴⁸ Cfr. sul punto COMPORI, *Il regolamento di condominio c.d. contrattuale. Il mandato per la sua redazione*, cit., p. 409 ss.; MARMOCCHI, *Condizioni generali nella vendita di edifici in condominio*, *ibidem*, p. 365 ss.

¹⁴⁹ La normativa francese a tutela degli acquirenti di immobili da costruire si preoccupa invece espressamente del regolamento di condominio: a norma dell’art. L261-11 del *Code de la construction et de l’habitation*: “Le règlement de copropriété est remis à chaque acquéreur lors de la signature du contrat; il doit lui être communiqué préalablement”.

in costruzione, e quindi non agibile. Anche perché il legislatore ha ritenuto evidentemente sufficiente l'obbligo, gravante *ex lege* sul venditore, di far conseguire all'acquirente l'agibilità¹⁵⁰, ed ha quindi ritenuto superflua ogni previsione contrattuale sul punto.

Ciò spiega anche perché - mentre la mancata indicazione in contratto di altri elementi, quali gli estremi della richiesta di permesso di costruire, o delle formalità pregiudizievoli, può comportare nullità relativa del contratto - una tale conseguenza non sia rinvenibile in difetto di indicazioni circa il certificato di agibilità¹⁵¹: poiché il giudizio di nullità non può che aver riguardo alla situazione, quale si presenta al momento della conclusione del contratto, non sarebbe stato comunque possibile attrarre alla disciplina della nullità eventuali situazioni patologiche connesse al mancato rilascio del certificato di agibilità, che comunque - trattandosi di immobili da costruire - può o meno sopravvenire solo in futuro.

In conformità, pertanto, ai principi generali, il costruttore - anche in difetto di qualsiasi previsione contrattuale - è obbligato a far conseguire all'acquirente il certificato di agibilità (o l'agibilità per "silenzio assenso", ai sensi dell'art. 25, commi 4 e 5, del D.P.R. n. 380/2001).

Il costruttore deve quindi - pur in assenza di pattuizioni contrattuali sul punto - eseguire le opere costruttive, collaudare gli impianti, richiedere le relative certificazioni di conformità, ed in genere realizzare la costruzione, portandola "in stadio tale da consentire il rilascio del certificato di agibilità".

Lo stesso costruttore dovrà presentare la relativa domanda all'ufficio competente, corredata della documentazione necessaria, e con tale adempimento assolverà all'obbligazione posta a suo carico, a prescindere quin-

¹⁵⁰ 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.

¹⁵¹ Nota tale "disparità di trattamento", le cui ragioni sono illustrate nel testo, BARALIS, *Considerazioni sparse sulla bozza di decreto delegato conseguente alla L.210/2004: spunti e interrogativi in tema di: permuta di bene presente con bene futuro, elusione, garanzia fideiussoria, riflessi sulla trascrizione di vendita di bene futuro*, in corso di pubblicazione in *Riv. not.*, 2005 ("è sensato che le prescrizioni dell'art. 6 siano sanzionate in caso di insufficienza da nullità relativa e la futura, possibile, mancanza di abitabilità sia sanzionata da risoluzione per inadempimento? Non mi sembra").

di dal fatto che il Comune rilasci successivamente il certificato di agibilità, o quest'ultima sia invece concessa per silenzio assenso.

Altrettanto certo è che - a prescindere da qualsiasi pattuizione contrattuale - l'inadempimento ai suddetti obblighi legali attribuisce all'acquirente - secondo l'uniforme orientamento giurisprudenziale - la facoltà di chiedere la risoluzione del contratto per consegna di *aliud pro alio*, oltre al risarcimento del danno¹⁵².

Per tutti questi motivi, quindi, non era necessario prevedere alcuna specificazione nel contratto in relazione al certificato di agibilità ed alla relativa richiesta.

¹⁵² Cfr., tra le altre, Trib. Ivrea 1 giugno 2001, in *Giur. merito*, 2002, p. 1236; Cass. 25 febbraio 2002 n. 2729, in *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Vendita*, n. 76; Trib. Perugia 12 settembre 1998, in *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Vendita*, n. 89; Cass. 11 febbraio 1998 n. 1391, in *Riv. not.*, 1998, p. 1008; Cass. 20 gennaio 1996 n. 442, in *Foro it.*, Rep. 1996, voce *Vendita*, n. 74; Trib. Cagliari 1 dicembre 1993, in *Riv. giur. sarda*, 1995, p. 86; Cass. 14 dicembre 1994 n. 10703, in *Foro it.*, Rep. 1994, voce *Vendita*, n. 85; App. L'Aquila 30 giugno 1992, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 1081; Cass. 10 giugno 1991 n. 6576, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 1333; App. Firenze 24 maggio 1991, in *Arch. civ.*, 1992, p. 567; Cass. 5 novembre 1990 n. 10616, in *Foro it.*, Rep. 1990, voce *Vendita*, n. 72; Cass. 11 agosto 1990 n. 8199, in *Foro it.*, Rep. 1990, voce *Vendita*, n. 73; Cass. 23 gennaio 1988 n. 521, in *Nuovo dir.*, 1988, p. 45; Cass. 20 dicembre 1985 n. 6542, in *Arch. civ.*, 1986, p. 408; Cass. 29 gennaio 1983 n. 829, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 2398.

Capitolo Sesto

IL REGIME DELLA NULLITÀ RELATIVA

1. L'evoluzione della categoria giuridica della nullità del contratto; le nullità di protezione. - 2. La disciplina giuridica della nullità relativa. - 3. (Segue): il problema della rilevabilità d'ufficio della nullità relativa. - 4. (Segue): l'efficacia del contratto affetto da nullità relativa. - 5. Nullità di protezione e condizione sospensiva. - 6. La convalida del contratto relativamente nullo. - 7. Inammissibilità della rinuncia preventiva all'azione di nullità. - 8. Sanatoria della nullità a seguito del rilascio della fideiussione o del completamento del contenuto contrattuale. - 9. Il problema dell'azionabilità della nullità relativa successivamente all'acquisto della proprietà del fabbricato ultimato. - 10. (Segue): l'opponibilità ai terzi subacquirenti della nullità relativa. - 11. Nullità relativa e responsabilità del notaio.

1. L'EVOLUZIONE DELLA CATEGORIA GIURIDICA DELLA NULLITÀ DEL CONTRATTO; LE NULLITÀ DI PROTEZIONE

Si è visto che l'art. 2, 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 può probabilmente ravvisarsi in relazione al contratto il cui contenuto non sia conforme ad alcune delle previsioni dell'art. 6 del medesimo decreto.

La nullità relativa è un istituto antico, già presente nel codice civile del 1865¹ - ivi importato dal codice civile francese - e poi, con il codice civile del 1942, praticamente sostituito dal rimedio dell'annullabilità. In

¹ Cfr. la ricostruzione storica dell'istituto in PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano 1995; VENOSTA, *Le nullità contrattuali nell'evoluzione del sistema*, I, Milano 2004.

molte delle elaborazioni dottrinali che avevano come punto di riferimento il codice civile del 1942, *la nullità relativa è stata 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 - veniva ritenuta una contraddizione logica insanabile². Giocava, a favore di tale atteggiamento, la monoliticità dell'istituto della nullità, quale contemplato dal codice civile del 1942, che autorevole dottrina qualificava, in termini unitari, come forma di invalidità conseguente alla lesione di interessi generali dell'ordinamento, generalmente con valenza pubblica, e più specificamente riscontrabile in presenza di un difetto strutturale della fattispecie negoziale, ovvero della sua illiceità³. Per di più, erano abbastanza diffuse le ricostruzioni che ritenevano il negozio nullo giuridicamente irrilevante ed inqualificato, come tale inidoneo, per definizione, a produrre effetti giuridici (*quod nullum est, nullum producit effectum*)⁴, e conseguentemente 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 desunse l'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 un caso di "*qualificazione negativa*" della fattispecie, che come tale implicava la *rilevanza giuridica del negozio nullo*⁵.

² 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 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 pronunzia di nullità non crede di chiederla, ossia vale come avvenuto ciò che non è avvenuto").

³ Tra gli altri, TOMMASINI, *Nullità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano 1978, p. 870, 875 ss.

⁴ Cfr. per tutti DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, Napoli 1964, p. 90 ss.

⁵ 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 negozialità*, 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.

D'altra parte, le stesse regole dell'inefficacia del negozio nullo, della legittimazione assoluta all'azione di nullità, dell'insanabilità del negozio nullo, non sono essenziali e logicamente imprescindibili ai fini della configurabilità dell'istituto della nullità, ed ammettono deroghe 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 frequenti⁶; tanto da far 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 diversificati, e come tale riceve anche una disciplina differenziata*, in termini di legittimazione all'azione, rilevabilità d'ufficio, prescrittibilità, sanabilità, opponibilità ai terzi⁷. Con l'ulteriore conseguenza che *il rapporto tra nullità as-*

⁶ Si considerino, tra le altre: l'art. 21, comma 2, della legge 3 maggio 1982 n. 103, in materia di contratti agrari; 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 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.).

Alla figura della nullità relativa è ricondotta anche la nullità degli atti compiuti in violazione delle norme di tutela dei beni culturali (cfr. ora l'art. 164 del codice dei beni culturali, D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42): Cons. Stato 21 febbraio 2001 n. 923, in *Riv. giur. edilizia*, 2001, I, p. 398; Cass. 12 ottobre 1998 n. 10083, in *Foro it.*, 1999, I, c. 126; Cass. 26 aprile 1991 n. 4559, in *Foro it.*, Rep. 1991, voce *Antichità*, n. 73; Cass. S.U. 24 novembre 1989 n. 5070, in *Foro it.*, Rep. 1992, voce *Antichità*, n. 67; Cass. 9 dicembre 1985 n. 6180, in *Foro it.*, Rep. 1985, voce *Antichità*, n. 60.

⁷ 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

soluta e nullità relativa non è riconducibile a quello di regola ed eccezione; al contrario, si è addirittura ritenuto che “gli artt. 1418-1424 sembrano ormai disegnare un paradigma residuale”⁸, ed in particolare 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”⁹. Per di più, è stato rilevato il “forte ridimensionamento della distinzione fra nullità e annullabilità”, sia in termini dogmatici che di disciplina applicabile; e, con il “progressivo superamento dei criteri distintivi elaborati dalla dottrina per attribuire un regime giuridico antitetico alle categorie nullità e annullabilità”, la “relatività di tutti i caratteri (efficacia, sanabilità, legittimazione all’azione, ecc.) che, nella prospettiva radicale, vengono ascritti all’una e negati in relazione all’altra”¹⁰.

Si tratta di *orientamento dottrinale 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 di matrice pandettistica, rivelano ormai il segno del tempo, e devono essere “decostruiti”, e quindi “ricostruiti”, sulla base delle indicazioni sistematiche desumibili dal nuovo diritto positivo¹¹; tenendo conto

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 negozialità*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 208 ss.; POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., p. 307 (“non è la disciplina della nullità, in altre parole, a postulare la convertibilità, la confermabilità, la conservazione del contratto depurato dalla clausola riprovata, l’eventuale responsabilità precontrattuale, l’efficacia interinale ... bensì l’interesse tutelato dalla concreta fattispecie sottoposta all’interprete”); LA SPINA, *La nullità relativa degli accordi in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 148 ss.; PUTTI, *La nullità parziale. Diritto interno e comunitario*, Napoli 2002, p. 370 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.

⁸ ROPPO, *Il contratto e le fonti del diritto*, in *Contratto e impresa*, 2001, p. 1091.

⁹ LA SPINA, *La nullità relativa degli accordi in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 152-153.

¹⁰ POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli 2001, p. 12 ss.; LONGU, *Il divieto di abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, p. 384.

¹¹ 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

quindi anche della logica dei “microsistemi” - bene enunciata dalla dottrina che ha, per tempo, studiato il fenomeno della decodificazione¹² - 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”, riconducibile complessivamente ad un paradigma unitario, rappresentato *dalla protezione della parte debole del rapporto, e dalla contestuale tutela - quale riflesso di tale protezione - del mercato e dei suoi meccanismi di funzionamento*¹³. 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 nullità¹⁴. Mentre per altro verso è in corso un ripensamento, ad

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 ss. 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 ss.; FALZEA, *I principi generali del diritto*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, Milano 1999, p. 357; 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 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.; Id., *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 188 ss.; MENGONI, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano 1996, p. 91 ss.

¹² 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.

¹³ 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.

¹⁴ È stato, ad esempio, rilevato come alcune “nullità di protezione” siano tuttora interpretate 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 dalla legge 18 giugno 1998 n. 192, contenente disciplina della subfornitura (MONTICELLI, *Nullità, legittimazione relativa e rilevanza 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

opera della dottrina ma anche della giurisprudenza, rispetto a fattispecie di nullità disciplinate nel codice civile e già qualificate in dottrina e giurisprudenza come “nullità assolute”, che più di recente si tenta invece di ricondurre al modello della nullità relativa¹⁵.

2. LA DISCIPLINA GIURIDICA DELLA NULLITÀ RELATIVA

I regimi giuridici delle nullità non sono quindi riconducibili ad unità,

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, AMADIO, *Nullità anomala e conformazione del contratto (note minime in tema di “abuso dell'autonomia contrattuale”)*, cit., p. 292 ss.; MONTICELLI, *Nullità, legittimazione relativa e rilevanza d'ufficio*, cit., p. 698-699; POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli 2001, p. 107 ss.

¹⁵ 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 rilevanza 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 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.

e non può instaurarsi un rapporto di regola ad eccezione tra le previsioni codicistiche da un lato, e dall'altro quelle della legislazione speciale, che assumono un'estensione ed un'organicità tali da dar luogo ad un vero e proprio sistema legislativo delle "invalidità di protezione". Il che non implica inapplicabilità di tutte le norme codicistiche sulla nullità: ma piuttosto applicabilità delle stesse norme codicistiche solo nella misura in cui le stesse siano compatibili con la speciale *ratio* propria delle nullità di protezione, anche mediante un procedimento ermeneutico di "riduzione teleologica"¹⁶. Anche la nullità relativa, come si è visto, può essere virtuale (sul modello delineato dall'art. 1418, comma 1, c.c.). La stessa può probabilmente ritenersi *soggetta alle regole codicistiche sulla nullità parziale* (artt. 1419, 1420 c.c.), in quanto non derogate dalla legislazione speciale¹⁷. Si discute invece, come sarà *infra* evidenziato, in ordine all'imprescrittibilità della nullità relativa (art. 1422 c.c.).

Per il resto, il regime della nullità relativa ha connotazioni sue peculiari¹⁸, che devono essere analizzate partitamente. Con l'avvertenza che il congegno tecnico della nullità relativa "sottrae al contraente professionale la disponibilità degli effetti negoziali, così privandolo del vantaggio conseguito scorrettamente"; e 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"¹⁹.

3. (SEGUE): IL PROBLEMA DELLA RILEVABILITÀ D'UFFICIO DELLA NULLITÀ RELATIVA

Oggetto di serrate discussioni è il problema della rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione. A fronte di una prima posizione dottrinale, tendente ad escludere tale rilevabilità d'ufficio sul presupposto di una sua inconciliabilità con il regime di legittimazione relativa all'azione di nullità²⁰, dottrina e giurisprudenza più recenti appaiono concordi nel ritenere asso-

¹⁶ ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., p. 87 ss.

¹⁷ Cfr. la ricostruzione effettuata da PUTTI, *La nullità parziale. Diritto interno e comunitario*, Napoli 2002, *passim*.

¹⁸ In tal senso, SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, cit., p. 500 ss.

¹⁹ BONFIGLIO, *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, cit., p. 873.

²⁰ GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 428. Un accenno in LIPARI, *Il ruolo del notaio nella nuova realtà delle nullità contrattuali*, in *Atti del XXXIX Congresso nazionale del notariato*, Milano 2002, p. 236.

lutamente conciliabili tali due profili²¹, come del resto è dimostrato dalla stessa *legislazione speciale*, che sempre più spesso espressamente sancisce la *rilevabilità d'ufficio della nullità relativa*²². Si è anzi ritenuto che “la nullità relativa rischierebbe di perdere la propria autonomia concettuale, confondendosi con l'annullabilità, ove si ritenesse che la stessa, al di là del riconoscimento della posizione del contraente debole come unica idonea a fondarne la legittimazione ad agire, attribuisca a quest'ultimo la facoltà di disporre del rimedio, impedendone il rilievo da parte del giudice”; con la conseguenza che il vero significato della legittimazione relativa all'esercizio dell'azione di nullità va colto nell'escludere “che posizioni giuridiche diverse da quella della parte tutelata, normalmente idonee a fondarne la legittimazione ad agire, consentano nel caso specifico ad altri soggetti “interessati” di far valere la nullità del contratto. Questa, infatti, risulterebbe asservita ad interessi diversi da quello protetto, operando in senso contrario alla finalità perseguita dalla legge, che è il riequilibrio del rapporto”²³.

Il rilievo d'ufficio, in effetti, appare funzionale all'esigenza di tutela del contraente debole, che proprio in ragione di tale debolezza può essere soddisfatta solo a mezzo dell'intervento di un soggetto pubblico - il giudice

²¹ BONFIGLIO, *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, cit., p. 884 ss.; ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli 2003, p. 59 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.; PANZARINI, *Sulle nullità del contratto bancario*, in *Contratto e impresa*, 1995, p. 480. In senso dubitativo, AMADIO, *Nullità anomala e conformazione del contratto (note minime in tema di “abuso dell'autonomia contrattuale”)*, cit., p. 293.

²² 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”); e l'art. 1469-*quinquies*, comma 3, c.c. (“l'inefficacia opera *soltanto* a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice”); disposizione, questa, interpretata come previsione di nullità relativa da buona parte della dottrina e della giurisprudenza).

Solo apparentemente la disposizione dell'art. 2, comma 1, del decreto in commento (“a pena di nullità del contratto che può essere fatta valere *unicamente* dall'acquirente”) è diversa rispetto a quelle sopra indicate: in ciascuna di tali norme, ricorre un avverbio (“solo”, “soltanto”, “unicamente”, il cui significato, lungi dall'escludere la rilevabilità d'ufficio della nullità, ha il significato di precludere l'azione di nullità al “contraente forte”).

Del resto, a proposito delle nullità dei contratti bancari, la previsione dell'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”, non ha impedito alla giurisprudenza di ritenere la nullità rilevabile d'ufficio (“le nullità previste dal titolo sesto, capo terzo, t.u. in materia bancaria (D.Lgs. 1° settembre 1993 n. 385) possono essere fatte valere solo dal contraente; tuttavia, debbono essere rilevate dal giudice quando siano protettive, cioè, si traducano in un vantaggio per il cliente-consumatore”: 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*).

²³ ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., p. 63 ss.

- preposto all'applicazione della legge²⁴. Nel contempo, la rilevabilità d'ufficio serve egregiamente alla tutela - di riflesso - dell'*interesse generale* sotteso alle previsioni di nullità: il potere del giudice può infatti esplicitare un *effetto dissuasivo* e, conseguentemente, far cessare l'inserimento di clausole nulle nei contratti di cui è parte un contraente debole²⁵.

Piuttosto, si concorda in dottrina e giurisprudenza sull'*esistenza di limitazioni alla rilevabilità d'ufficio della nullità*, essendo quest'ultima prevista *a tutela del contraente debole*: cosicché ogni qualvolta si evidenzi, nel processo, un interesse della parte protetta a non far valere la nullità, il giudice non potrebbe rilevarla²⁶.

È quindi irrilevante il fatto che alcune leggi speciali non prevedano espressamente la rilevabilità d'ufficio: a parte la generale previsione dell'art. 1421 c.c., che può considerarsi espressione di un principio generale estensibile anche alle nullità relative, depongono nel senso dell'estensione del rilievo d'ufficio, anche alle fattispecie per cui esso non è espressamente previsto, le caratteristiche di questa forma di invalidità, nella quale

²⁴ MONTICELLI, *Nullità, legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio*, cit., p. 687 (e giurisprudenza ivi citata).

²⁵ 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.

²⁶ ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., p. 66 ss.; 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.

Anche con riguardo alle tradizionali nullità "assolute" esistono comunque notevoli limitazioni alla rilevabilità d'ufficio ad opera del giudice (e la giurisprudenza è orientata su posizioni assai più restrittive rispetto a quelle della dottrina): per un quadro del dibattito sul punto, cfr. CORSINI, *Rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale, principio della domanda e poteri del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, p. 693; BONFIGLIO, *La rilevabilità d'ufficio della nullità: lineamenti sistematici e orientamenti pratici (prima parte)*, in *Studium iuris*, 2003, p. 778; BONFIGLIO, *La rilevabilità d'ufficio della nullità: lineamenti sistematici e orientamenti pratici (seconda parte)*, in *Studium iuris*, 2003, p. 955; ABRIANI, *Il rilievo d'ufficio della nullità delle delibere assembleari: verso un superamento dei tradizionali limiti giurisprudenziali?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1996, p. 979; MONTICELLI, *Fondamento e funzione della rilevabilità d'ufficio della nullità negoziale*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 669; MARANO, *Limiti alla rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto*, in *Giust. civ.*, 1990, II, p. 57; CHIARLONI, *Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e "formalismo" delle garanzie*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1987, p. 569; IRTI, *Risoluzione di contratto nullo?*, in *Foro pad.*, 1971, I, c. 741; DENTI, *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, p. 217.

- a differenza dell'annullabilità, posta ad esclusiva tutela di un interesse privato²⁷ - *coesistono ragioni di tutela del contraente debole, e ragioni di tutela degli interessi generali del mercato*, alla cui protezione il rilievo d'ufficio della nullità è strumentale²⁸.

Le superiori considerazioni inducono, quindi, a ritenere che la nullità relativa, possa essere senz'altro *rilevabile d'ufficio* (anche in assenza di espressa previsione normativa), *e che tale rilievo debba operare 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 casi, come quello delle nullità relative per violazione delle norme sulla trasparenza dei contratti bancari²⁹.

Se tale è il panorama desumibile da un'analisi sistematica delle nullità relative "di protezione", non sembrano sussistere ostacoli all'*estensione delle conclusioni surriportate ai contratti relativi ad immobili da costruire*³⁰. Anche in questa materia coesistono, infatti, le esigenze di tutela da un lato dell'interesse dell'acquirente persona fisica, e dall'altro dell'interesse al corretto funzionamento del mercato immobiliare, al fine di evitare vere e proprie *emergenze sociali*, quali quelle provocate negli ultimi anni dai ripetuti fallimenti di imprese costruttrici³¹. Ed anche qui l'interesse del mercato è protetto in via riflessa, quale conseguenza della protezione accordata all'acquirente. Con la conseguenza che *il rilievo d'ufficio della nullità non può che operare a favore dell'acquirente*, e deve quindi essere precluso ogni qualvolta possa risultare contrario agli interessi del medesimo³².

²⁷ 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 mediare a fenomeni di carattere seriale e non individuale, comunque connessi al funzionamento del mercato).

²⁸ GIOIA, *Nullità di protezione tra esigenze del mercato e nuova cultura del contratto conformato*, cit.

²⁹ 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*.

³⁰ In senso dubitativo, DE NOVA, *La garanzia fideiussoria del costruttore all'acquirente per la restituzione*, in *Atti del convegno Paradigma*, Milano 14 aprile 2005; 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.

³¹ Nel corso dei lavori preparatori della legge n. 210/2004, si è evidenziato - giusto quanto risulta dalle statistiche Istat - che 200.000 famiglie sono rimaste vittime di fallimenti immobiliari negli ultimi dieci anni.

³² In tal senso, PETRELLI, *La nuova disciplina a tutela degli acquirenti di immobili da costruire*,

4. (SEGUE): L'EFFICACIA DEL CONTRATTO AFFETTO DA NULLITÀ RELATIVA

La rilevabilità d'ufficio della nullità relativa (condizionata alla circostanza che il contraente debole vi abbia interesse) non incide sulla diversa questione - di estrema rilevanza nella materia in commento - della *efficacia del negozio nullo*.

È stato correttamente rilevato che, con riferimento alle nullità speciali, o relative, il dogma dell'assoluta inefficacia del negozio nullo deve ritenersi completamente superato, ed anzi "la produzione di effetti giuridici è ormai da considerare connotato regolare della nullità"³³. *La nullità diviene quindi, nella più recente legislazione, la speciale disciplina degli effetti di determinati contratti*, potenzialmente inidonei a produrre un'efficacia piena ed assoluta, ma tuttavia produttivi di *effetti parziali o risolvibili*³⁴. La categoria generale dell'invalidità negoziale si presta quindi ad es-

cit.; 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, *La nuova disciplina di tutela dell'acquirente di immobile da costruire. Le garanzie per l'acquirente*, in corso di pubblicazione.

³³ POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., p. 180. Per alcune fattispecie particolari, cfr. GABRIELLI, *Una singolare nullità, inopponibile in via di eccezione: la conferma legislativa di un consolidato indirizzo giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 29 ss.

³⁴ 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 negoziabilità*, cit., p. 211 ss.; PUTTI, *La nullità parziale. Diritto interno e comunitario*, Napoli 2002, p. 370; 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"); VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli 1999, p. 265 ("la qualificazione negativa dell'ordinamento rispetto alla nullità non esclude necessariamente che l'atto non produca i suoi effetti, se esiste un interesse diverso, che è pur sempre collettivo"; effetti suscettibili di operare grazie alla legittimazione relativa, che "esalta l'ulteriore ipotizzabile interesse della parte lesa alla conservazione del rapporto, nonostante la carenza formale"); PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., p. 63 ss., 77 ss., 152 ss., 173 ss.

Alla categoria delle nullità speciali è stata ricondotta anche la nullità delle deliberazioni assembleari di società di capitali (art. 2379 ss. c.c.), che è una nullità rilevabile entro un ristretto limite temporale (art. 2379, comma 1, c.c.), può essere rilevata d'ufficio solo nei casi e nei termini previsti (art. 2379, comma 2, c.c.), ed è sanabile (art. 2379-bis c.c.): cfr. CALICE, *La nullità delle deliberazioni assembleari di società di capitali nel quadro delle nullità speciali*, in *Riv. not.*, 2005, p. 47 ss.; GUERRIERI, *La nullità delle deliberazioni assembleari di s.p.a.: la fattispecie*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 58 ss.

sere ricostruita unitariamente, quale “inidoneità dell’atto al ricollegamento di effetti stabili e permanenti”³⁵.

È proprio 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 reali rispetto ad una parte, e non produrli rispetto all’altra³⁶.

Quindi, *la legittimazione relativa all’azione di nullità postula l’originaria efficacia del contratto nullo*³⁷. Con l’ulteriore 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*³⁸.

Nel caso del contratto avente ad oggetto un immobile da costruire, deve pertanto ritenersi che - nonostante la nullità relativa - 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.

5. NULLITÀ DI PROTEZIONE E CONDIZIONE SOSPENSIVA

Posto che l’inottemperanza alle prescrizioni degli artt. 2 e 6 del decre-

Sul problema della provvisoria efficacia della delibera assembleare nulla *ex art.* 2379 c.c., BARALIS-FERRERO, *L’invalidità delle decisioni (collegiali e non), con particolare riguardo alla società a responsabilità limitata*, in *Studi e materiali*, 2001, 1 (supplemento), p. 293 ss.

³⁵ SCALISI, *Invaldità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, cit., p. 213.

³⁶ Per tale rilievo, su un piano più generale, 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.

³⁷ ORESTANO, *L’inefficacia delle clausole vessatorie: “contratti del consumatore” e condizioni generali*, cit., p. 513.

³⁸ 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 rilevanza d’ufficio della nullità di protezione*, cit., p. 902 ss.

to 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. 6.*

Occorre fare i conti, innanzitutto, con i principi generali, e le peculiari caratteristiche del negozio condizionato: tenendo conto quindi del fatto che l'evento futuro ed incerto dedotto in condizione è un "coelemento di efficacia", ben diverso dagli "elementi centrali" della fattispecie negoziale necessari ai fini della sua validità³⁹. È, infatti, insegnamento di teoria generale, da ritenersi pienamente valido in linea di principio, quello per cui *il congegno condizionale non può trasformare un elemento centrale della fattispecie negoziale in un coelemento di efficacia del negozio giuridico*⁴⁰. Il che non impedisce, ovviamente, di apporre una condizione sospensiva anche al contratto relativamente nullo, con l'effetto di sospendere l'efficacia del contratto stesso, che diversamente si sarebbe prodotta, come sopra chiarito⁴¹.

Un'analisi più approfondita deve però tenere conto delle *peculiarità 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. 2 del decreto legislativo, sia i requisiti richiesti dall'art. 6 attengono all'oggetto in senso lato, o contenuto del contratto⁴², può probabilmente 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.

È vero che l'art. 1347 c.c. presuppone, in realtà, la distinzione tra og-

³⁹ 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.

⁴⁰ PETRELLI, *La condizione "elemento essenziale" del negozio giuridico*, cit., p. 397 ss.; Cass. 28 settembre 1994 n. 7893, in *Vita not.*, 1995, p. 837.

⁴¹ Per la possibilità di sottoporre a condizione un negozio invalido, PETRELLI, *La condizione "elemento essenziale" del negozio giuridico*, cit., p. 397.

⁴² Su cui cfr. GABRIELLI, *L'oggetto del contratto*, in *Il codice civile, commentario*, diretto da Schlesinger, Milano 2001, p. 32 ss.

getto del negozio ed oggetto del rapporto⁴³, 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. Fattispecie, quest'ultima, diversa 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, attinenti all'esigenza di protezione di uno dei contraenti contro effetti del contratto giudicati "iniqui" o comunque non adeguati*⁴⁴. In altri termini, qui l'invalidità è prevista dal legislatore in ragione della particolare conformazione del contenuto contrattuale⁴⁵, 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.

Pertanto, mentre rispetto alle invalidità discendenti dall'assenza di "elementi strutturali" centrali 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 di protezione"*⁴⁶, che non dipenda da illiceità del pro-

⁴³ PETRELLI, *La condizione "elemento essenziale" del negozio giuridico*, cit., p. 472 ss.

⁴⁴ SCALISI, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, 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".

⁴⁵ 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.

⁴⁶ Si è parlato significativamente, sul punto, di "oltrepassamento della teoria della fattispecie": SCA-

gramma negoziale, *non ha ragion d'essere allorché*, all'atto stesso del perfezionamento 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 qualificante, anche in senso causale, del concreto programma negoziale⁴⁷.

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 esplicarsi sotto il suo impero"⁴⁸.

A maggior ragione, quindi, *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, medio tempore, 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).

*Validità del contratto sospensivamente condizionato, quindi, a condizione che gli effetti preliminari del medesimo contratto non siano idonei a danneggiare il contraente in questione*⁴⁹: così, ad esempio, non

LSI, *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").

⁴⁷ Per la dimostrazione dell'assunto, PETRELLI, *La condizione "elemento essenziale" del negozio giuridico*, cit., *passim*.

⁴⁸ 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.

⁴⁹ Sul significato e la portata del rinvio alla legge, cfr. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano 1998, p. 425 ss.

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*⁵⁰.

Ovviamente, *l'ammissibilità di una condizione sospensiva del tipo di quella sopra descritta deve essere circoscritta alle sole fattispecie di nullità relativa "di protezione"*. Non vi è dubbio, infatti, che non possa ritenersi ammissibile tale condizione allorché l'oggetto del contratto sia totalmente indeterminato e indeterminabile; o nel caso in cui al contratto definitivo non sia allegato il certificato di destinazione urbanistica. In tutti questi casi, 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. 6, quali il capitolato dei lavori da eseguire, o l'indicazione delle imprese appaltatrici, o altri elementi comunque non "centrali" della fattispecie negoziale a norma dell'art. 1346 c.c. *La condizione, in altre parole, è ammissibile allorché la nullità - per mancanza di uno degli elementi richiesti dall'art. 6 - 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 esistenza⁵¹. Nel caso, quindi, in cui l'integrazione del contenuto contrattuale in conformità all'art. 6 del decreto sia rimessa alla *volontà di entrambe le parti*, non si avrà un contratto sospensivamente condizionato, ma piuttosto un contratto *in itinere*, che si perfezionerà soltanto con il completamento della fattispecie, e fino ad allora sarà giuridicamente inesistente in quanto "incompleto".

Non sussistono invece problemi, in linea generale, 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". Nella fattispecie in esame l'arbitraggio del terzo, o quello della parte alienante, non possono ritenersi ammessi, in quanto contrastanti

⁵⁰ Questa soluzione è adottata in diritto francese: a norma dell'art. R261-14 del *Code de la construction et de l'habitation*, "Si la vente est conclue sous condition suspensive, aucun versement ni dépôt ne peut être effectué avant la réalisation de cette condition".

⁵¹ PETRELLI, *La condizione "elemento essenziale" del negozio giuridico*, cit., p. 417 ss.

con la *ratio* dell'art. 6, che è quella di consentire all'acquirente la valutazione di tutti gli elementi indicati nella suddetta disposizione prima di prestare il proprio consenso alla conclusione del contratto. Deve ritenersi invece ammissibile la condizione sospensiva dell'*integrazione del contenuto contrattuale rimessa al prudente arbitrio della parte acquirente*. Parimenti deve ritenersi ammessa una *condizione di tipo misto*, che faccia dipendere l'efficacia del contratto non solo dall'arbitraggio del terzo, ma insieme a quest'ultimo dalla *volontà dell'acquirente*.

Nessun problema, invece, nel caso in cui *l'evento condizionante sia costituito dalla successiva prestazione della fideiussione* richiesta dall'art. 2 del decreto. È vero che l'art. 6 richiede la menzione, nel contratto, degli estremi della fideiussione; ma si è visto che tale menzione non è prescritta a pena di nullità, ed in ogni caso non vi sarebbe ragione per precludere la stipula di un valido contratto, a norma dell'art. 1347 c.c., specificando nel medesimo che gli effetti si produrranno non appena la fideiussione verrà rilasciata: non vi è dubbio, infatti, che anche in questo caso i terzi troverebbero, nel testo contrattuale, elementi sufficienti per fondare il proprio giudizio in ordine alla validità del contratto.

6. 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. Si aggiunga che la stessa disposizione dell'art. 1423 c.c. va "contestualizzata", e quindi valutata con precipuo riferimento al sistema codicistico delle nullità, che sono assolute ed insanabili proprio per la loro attinenza o al profilo strutturale della fattispecie negoziale (che risulta difettosa, e per tale motivo insuscettibile di essere valutata positivamente dall'ordinamento a seguito di un'eventuale convalida), ovvero all'illiceità del regolamento negoziale (che come tale esclude ogni possibile recupero del programma contrario a valori fondamentali del sistema)⁵².

Al contrario, *le particolari caratteristiche della nullità relativa depon-*

⁵² Cfr. per tutti PASETTI, *La sanatoria per conferma del testamento e della donazione*, Padova 1953, p. 113 ss.

gono certamente per la sua sanabilità; si è visto infatti che detta nullità è posta a “protezione” di un interesse individuale, quello del contraente debole. È 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 contratto⁵³. Si è affermato, a tal proposito, *che il contraente debole possa esprimere, in giudizio, volontà contraria al rilievo d'ufficio della nullità, paralizzandolo*⁵⁴. L'affermazione è probabilmente eccessiva, se riferita alla fattispecie negoziale priva dei requisiti di legge, allorché in altri termini nulla è mutato nella posizione di “debolezza contrattuale” del contraente che si vuole tutelare⁵⁵; mentre ha certamente fondamento rispetto all'ipotesi in cui, nel frattempo, la *fattispecie* sia stata *debitamente integrata* (perché, ad esempio, è stata prestata la fideiussione richiesta dall'art. 2 del decreto in commento).

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 concettualmente preclusa⁵⁶.

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*⁵⁷, in linea con l'osservazione secondo la quale, nel

⁵³ Vedi quanto precisato al paragrafo precedente.

⁵⁴ BONFIGLIO, *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 898.

⁵⁵ In senso critico, infatti, ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., p. 68 ss.

⁵⁶ 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.

⁵⁷ 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 sul gruppo europeo di interesse economico (“Se la legge applicabile al gruppo in forza dell'articolo 2 prevede la nullità del gruppo, la nullità deve essere accertata o pronunciata con decisione giudiziaria. Tuttavia, il tribunale adito, quando una regolarizzazione della situazione del gruppo è possibile, deve accordare un termine che consenta di procederevi”); 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, *Invaldità e inefficacia del negozio giuridico*, in *Novis-*

contesto della disciplina delle nuove invalidità, “i vari strumenti di recupero degli effetti previsti dalla legge non costituiscono un *numerus clausus*, ma sono suscettibili di applicazione analogica a situazioni diverse”⁵⁸.

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 tacito⁵⁹.

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’esegue 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 convalida⁶⁰. La portata della norma è peraltro più generale, ed il relativo fondamento è comune anche

simo 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 rinunziabilità 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.

⁵⁸ POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., p. 180.

⁵⁹ ORESTANO, *L’inefficacia delle clausole vessatorie: “contratti del consumatore” e condizioni generali*, cit., p. 518 ss. La dottrina ritiene generalmente rinunziabile 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 rinunzia 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.; 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.

⁶⁰ GALGANO, *Dell’annullabilità del contratto*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1998, p. 520.

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"*⁶¹. 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*"⁶², quest'ultima espressamente disciplinata dall'art. 1450 c.c. A ben vedere, lo stesso avviene a proposito delle nullità dell'atto costitutivo di società di capitali (art. 2332 c.c.), dell'invalidità delle deliberazioni assembleari (art. 2377, penultimo comma; art. 2379-bis, secondo comma, c.c.), e della c.d. conferma dell'atto nullo per difetto di menzioni urbanistiche (art. 17 della legge 28 febbraio 1985, n. 47; art. 46, comma 4, del d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380). Si realizza, in tutti questi casi, un fenomeno che è stato definitivo di "*sanatoria mediante integrazione*"⁶³, certo diverso dalla "mera convalida", proprio perché, oltre a richiedersi l'espressione della volontà di uno dei contraenti che manifesti un nuovo giudizio di convenienza in ordine all'atto nullo, si postula un elemento ulteriore, rappresentato dalla *rimozione della situazione di fatto che, a suo tempo, ha impedito la valida formazione dell'atto*.

Le superiori riflessioni, riferite alla fattispecie che è oggetto di disciplina nella legge n. 210/2004 e nel decreto delegato - alla quale quindi l'art. 1444, comma 3, c.c., deve ritenersi analogicamente applicabile - implicano la *necessità che la dichiarazione di convalida venga resa in presenza dei presupposti che renderebbero valido il contratto*: e quindi, alternativamente:

a) - laddove la nullità derivi da mancanza della fideiussione, *a seguito*

⁶¹ GENTILI, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, II, a cura di E. GABRIELLI, Torino 1999, p. 1373; ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., p. 70.

⁶² POLIDORI, *Nullità relativa e potere di convalida*, cit., p. 947. Sul problema della Giustificazione del divieto ex art. 1451 c.c., cfr. di recente RICCIO, *Della rescissione del contratto*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 2005, p. 256 ss.

⁶³ POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., p. 58 ss.; ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., p. 24 ss.

del trasferimento della proprietà all'acquirente (momento, quest'ultimo, nel quale l'efficacia della fideiussione comunque cesserebbe); ovvero, *prima del trasferimento della proprietà, a condizione che la fideiussione sia stata rilasciata e consegnata*, come previsto dall'art. 2, comma 1, del decreto legislativo;

b) - laddove la nullità derivi da incompletezza del contratto in violazione dell'art. 6 del decreto, *a seguito dell'ultimazione del fabbricato, che versi in stadio tale da consentire il rilascio del certificato di agibilità* (poiché, in tale circostanza, il contratto potrebbe essere validamente concluso a prescindere dal contenuto dettagliato richiesto dall'art. 6 del decreto)⁶⁴; ovvero, *prima dell'ultimazione del fabbricato, purché il contenuto del contratto sia integrato*, in conformità alle prescrizioni dell'art. 6 del decreto ed ovviamente con il concorso del costruttore; ovvero ancora, *a seguito del trasferimento della proprietà e del completamento delle opere a carico del costruttore*, nell'ipotesi in cui fosse stato convenuto il trasferimento della proprietà "al rustico", con onere di completamento a carico dell'acquirente. *Il tutto anteriormente o contestualmente alla convalida*⁶⁵.

Con riferimento alla fattispecie sopra descritta sub *b)*, può porsi il problema *se sia impeditiva della convalida l'eventuale presenza di vizi nel fabbricato successivamente alla sua ultimazione*, e se la permanente garanzia per vizi, a seguito del trasferimento della proprietà, sia o meno in grado di condizionare la sanabilità della nullità relativa. La risposta sembra, però, dover essere in senso negativo: una volta che il fabbricato sia stato ultimato e reso agibile, lo scopo della normativa di tutela è ormai realizzato, e - come già evidenziato - a partire da quel momento qualsiasi contratto potrebbe essere stipulato senza rientrare nella normativa di tutela, quindi a maggior ragione deve consentirsi la convalida del contratto stipulato anteriormente. La presenza di vizi o difformità rileva esclusivamente ai fini delle disposizioni di diritto comune, ma - anche laddove sia imputabile ad una incompletezza del contenuto del contratto - non sembra rilevare ai fini della disciplina protettiva. Nel caso, poi, in cui l'acquirente abbia *proposto azione nei confronti del costruttore per far valere la*

⁶⁴ 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 ("allorquando l'immobile sia stato completato e consegnato, risulterebbe invero incongruo escludere che l'acquirente, attraverso apposita dichiarazione, possa rinunciare ad esperire l'azione di nullità per un vizio - la mancanza della fideiussione - che non può più pregiudicare la sua posizione").

⁶⁵ PETRELLI, *La nuova disciplina a tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, cit.

garanzia per vizi, se si ritiene tale azione (finalizzata alla risoluzione del contratto, o al risarcimento del danno) *compatibile con la validità del contratto*, deve ritenersi che nulla osti al riconoscimento, in capo al medesimo acquirente, del potere di convalida anche successivamente alla proposizione della suddetta azione, proprio perché le azioni di nullità e quelle risolutoria o risarcitoria sono indipendenti l'una dalle altre.

Quanto alle modalità della convalida, che è *atto unilaterale dell'acquirente*, 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. 2 e 6 del decreto legislativo, ovvero dell'avvenuta ultimazione ed agibilità del fabbricato*.

Anche per il resto della disciplina, la disposizione dell'art. 1444 c.c. deve ritenersi analogicamente applicabile, sussistendo l'identità di *ratio*: anche nella fattispecie della nullità relativa si è in presenza di un negozio produttivo di effetti, sia pure precari, rispetto ai quali la convalida determina un effetto di “stabilizzazione”. In particolare, deve ritenersi applicabile la disposizione dell'art. 1444, comma 2, c.c., a norma del quale “il contratto è pure convalidato, se il contraente al quale spettava l'azione di annullamento vi ha dato volontariamente esecuzione conoscendo il motivo di annullabilità”. Come ha chiarito la giurisprudenza, “*l'esecuzione volontaria, che dà luogo alla convalida tacita del contratto annullabile, ai sensi dell'art. 1444, 20 comma, c.c., consiste in un comportamento negoziale, il quale si risolve in un'attività che, tendendo a realizzare la situazione che si sarebbe dovuta determinare per effetto del negozio annullabile, presuppone per implicito una volontà incompatibile con quella di chiedere l'annullamento*; elemento rivelatore della volontà di convalidare il contratto può essere qualsiasi comportamento attinente all'esecuzione del contratto, cioè non soltanto quello di stretto *adempimento proprio del soggetto passivo di un'obbligazione nascente dal contratto* stesso, ma anche quello posto in essere dalla controparte di *accettazione ed adesione alla prestazione dell'obbligato*”⁶⁶. Così, ad esempio, *la successiva alienazione*, da parte dell'acquirente, del fabbricato acquistato con contratto relativamente nullo, presupponendo la proprietà di ciò che si rivende, deve essere qualificata come comportamento negoziale implicante convalida

⁶⁶ Cass. 27 marzo 2001 n. 4441, in *Foro it.*, Rep. 2001, voce *Contratto in genere*, n. 462.

tacita del precedente contratto. Analogamente, *l'accettazione in consegna* del fabbricato, una volta che lo stesso sia ultimato, produce l'effetto sanante sopra descritto. Nell'ipotesi in cui la nullità relativa sia dipesa da mancata prestazione della fideiussione, *l'accettazione della prestazione del costruttore e l'adempimento dell'obbligazione di pagamento degli acconti sul prezzo*, successivamente alla tardiva consegna della fideiussione, integrano anch'essi convalida tacita del contratto nullo. *Il pagamento del prezzo, o di acconti dello stesso*, può integrare convalida tacita del contratto anche nel caso di violazione dell'art. 6 del decreto, nella misura in cui tali pagamenti siano stati effettuati a seguito della consegna del fabbricato agibile (quando, cioè, i presupposti della nullità sono oggettivamente venuti meno); mentre *non può avere un tale significato nella fase esecutiva della costruzione*.

L'atto di convalida non è soggetto a trascrizione, qualunque tesi si adotti in relazione alla natura giuridica della convalida del negozio relativamente nullo (sanatoria del vizio del contratto, estinzione del diritto potestativo di annullamento, negozio volto a superare l'inesigibilità della prestazione, accertamento negoziale, rinuncia all'azione)⁶⁷. Potrebbe obiettarsi che, se si accoglie la tesi che qualifica la convalida come atto integrativo del negozio annullabile, coerentemente dovrebbe ammettersene la trascrivibilità, al pari di quanto comunemente si ritiene in relazione alla ratifica⁶⁸, ed alla previsione di legge relativa alla *electio amici* nel contratto per persona da nominare (art. 1403, comma 2, c.c.)⁶⁹. Senonché, tali ultime fattispecie sono profondamente diverse da quella in oggetto, es-

⁶⁷ Sulle varie concezioni in tema di convalida, cfr. FRANZONI, *Annullabilità del contratto*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1998, p. 510 ss.; PASETTI, *Sanatoria del negozio*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma 1991; FERRI, *Convalida, conferma e sanatoria del negozio giuridico*, in *Digesto discipline privatistiche - sez. civ.*, IV, Torino 1989, p. 335; TOMMASINI, *Sanatoria (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano 1989, p. 230; PIAZZA, *Convalida del negozio giuridico*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma 1988; PIAZZA, *La convalida nel diritto privato - I, La convalida espressa*, Napoli 1973; GIACOBBE, *Convalida*, in *Enc. dir.*, X, Milano 1962, p. 479.

⁶⁸ TRIOLA, *La trascrizione*, Torino, 2000, p. 98 e 100; GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, cit., p. 381 ss.; VISINTINI, *Della rappresentanza*, Bologna-Roma, 1993, p. 340; BRUSCUGLIA-GIUSTI, *Ratifica (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, p. 700; FERRI, *Trascrizione immobiliare*, Bologna-Roma, 1977, p. 91; NICOLÒ, *La trascrizione*, I, Milano 1973, p. 92; GENTILE, *La trascrizione immobiliare*, Napoli, 1959, p. 131 ss.; PUGLIATTI, *La trascrizione immobiliare*, I, Messina 1943, p. 44 ss.; NATOLI, *Della trascrizione*, Torino, 1959, p. 107, nota 17.

⁶⁹ Cfr. sul punto TRIOLA, *La trascrizione*, cit., p. 93 ss.; GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, cit., p. 371 ss.; MARICONDA, *La trascrizione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 19, Torino 1997, p. 103 ss.; FERRI, *Trascrizione immobiliare*, Bologna-Roma, 1977, p. 88 ss.; NICOLÒ, *La trascrizione*, I, cit., p. 94 ss.; NATOLI, *Trascrizione*, cit., p. 65 ss.; GENTILE, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 136 ss.; PUGLIATTI, *La trascrizione immobiliare*, I, cit., p. 48 ss.

sendo la prima rappresentata da un negozio *in itinere* causa il difetto di un coelemento necessario di efficacia, e la seconda comportando una sostituzione retroattiva di uno dei due soggetti del rapporto, il che rende inevitabile una nuova trascrizione. Nel caso del contratto relativamente nullo, come in quello del contratto annullabile, la fattispecie negoziale è invece perfetta ai fini della produzione immediata dei corrispondenti effetti giuridici⁷⁰, e - ammesso che si riconosca natura di negozio integrativo alla convalida - tale integrazione opera al solo fine di stabilizzare e rendere definitivi gli effetti già prodottisi.

D'altra parte, l'effetto proprio della convalida non è compreso tra quelli elencati dall'art. 2643 c.c., o dagli articoli seguenti; tenuto conto di quanto sopra, la dottrina, con riguardo all'analoga fattispecie della convalida del contratto annullabile, non ritiene generalmente possibile la relativa trascrizione⁷¹. Né appare fondato il tentativo di equiparare gli effetti della convalida a quelli della transazione, al fine di sostenere la trascrivibilità della convalida stessa ai sensi dell'art. 2645 c.c. (e quindi per gli effetti del precedente art. 2644)⁷². Del resto *il contratto relativamente nullo, provvisto di rilevanza giuridica e provvisoriamente efficace, è di per sé trascrivibile*, e come tale idoneo a produrre i propri effetti traslativi (o prenotativi, trattandosi di contratto preliminare): a differenza, quindi, del contratto affetto da nullità assoluta, *è da tale originaria trascrizione che dipende l'opponibilità ai terzi*, in particolare per gli effetti degli artt. 2644 e 2645-bis c.c.⁷³.

In omaggio, invece, al principio di verità, non si vede per quale motivo non possa, e non debba, essere effettuata *annotazione, a margine dell'originaria trascrizione, della convalida*, posto che è precipuo interesse dei terzi conoscere l'avvenuto recupero del negozio invalido⁷⁴; fer-

⁷⁰ PIAZZA, *La convalida nel diritto privato - I, La convalida espressa*, cit., p. 95 ss.

⁷¹ PASETTI, *La sanatoria per conferma del testamento e della donazione*, Padova 1953, p. 106, nota 100; FRANZONI, *Annullabilità del contratto*, cit., p. 517; NICOLÒ, *La trascrizione*, I, Milano 1973, p. 86; GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, Milano 1998, p. 406; TRIOLA, *Trascrizione*, Torino 1999, p. 938.

⁷² PUGLIATTI, *La trascrizione immobiliare*, I, Messina 1943, p. 142 ss.

⁷³ PUGLIATTI, *La trascrizione, II - L'organizzazione e l'attuazione della pubblicità patrimoniale*, Milano 1989, p. 466.

⁷⁴ PUGLIATTI, *La trascrizione, II - L'organizzazione e l'attuazione della pubblicità patrimoniale*, cit., p. 467 (in senso dubitativo).

GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, II, cit., p. 66, ammette, in senso dubitativo, una trascrizione della convalida a soli fini di pubblicità notizia, limitatamente all'atto annullabile ai sensi dell'art. 184 c.c., in analogia a quanto sostenuto in relazione alla pubblicità della conferma del negozio nullo. In realtà, lo strumento dell'annotazione appare più idoneo, considerato che la trascrizione del nego-

mo restando che a tale annotazione non potrebbe essere attribuito un valore diverso da quello della pubblicità notizia.

7. INAMMISSIBILITÀ DELLA RINUNZIA PREVENTIVA ALL'AZIONE DI NULLITÀ

Quanto sopra specificato consente di escludere che l'acquirente possa rinunciare preventivamente all'azione di nullità, nei casi in cui quest'ultima opera ai sensi del decreto legislativo in esame⁷⁵.

La tutela accordata all'acquirente ha natura imperativa, come comunemente riconosciuto a proposito delle nullità "di protezione". Talvolta la legge statuisce espressamente tale caratteristica, come nel caso dell'art. 9 del d. lgs. 9 novembre 1998, n. 427, che in tema di multiproprietà dispone testualmente: "Sono nulli le clausole contrattuali o i patti aggiunti di rinuncia dell'acquirente ai diritti previsti dal presente decreto legislativo o di limitazione delle responsabilità previste a carico del venditore". Anche laddove, tuttavia, la nullità del patto di rinuncia non sia espressamente sancito, la stessa si desume inequivocabilmente dalla *ratio* della disposizione di tutela.

Non è quindi possibile, nel contratto preliminare o equipollente, o in un separato atto, anche unilaterale, rinunciare all'azione di nullità: una tale rinuncia deve ritenersi radicalmente nulla, e tale nullità (parziale, se si tratta di clausola contrattuale e non di atto autonomo) può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse, ed è rilevabile anche d'ufficio.

8. SANATORIA DELLA NULLITÀ A SEGUITO DEL RILASCIO DELLA FIDEIUSSIONE O DEL COMPLETAMENTO DEL CONTENUTO CONTRATTUALE

Ci si potrebbe chiedere se il mero *rilascio della fideiussione successivamente alla stipula del contratto* sia idoneo a determinare la sanatoria

zio annullabile - che è immediatamente, sia pur provvisoriamente, efficace - produce immediatamente i suoi effetti, e che la convalida ha effetto retroattivo; d'altra parte, non si comprende perché lo strumento dell'analogia dovrebbe essere utilizzato solo per una categoria di negozi annullabili (quelli di cui all'art. 184 c.c.), invece che in via generalizzata.

⁷⁵ BARALIS, *Considerazioni sparse sulla bozza di decreto delegato conseguente alla L. 210/2004; spunti e interrogativi in tema di: permuta di bene presente con bene futuro, elusione, garanzia fideiussoria, riflessi sulla trascrizione di vendita di bene futuro*, in corso di pubblicazione in *Riv. not.*, 2005.

automatica della nullità prodottasi in conformità al disposto dell'art. 2 del decreto legislativo⁷⁶.

Nei suddetti termini, la risposta deve essere negativa. Caratteristica generale della nullità è la sua insanabilità (art. 1423 c.c.), se la legge non dispone diversamente. Solo eccezionalmente, il legislatore ha contemplato tale effetto di sanatoria automatica: si veda, in particolare, il caso del successivo rilascio di concessione edilizia (ora permesso di costruire) in sanatoria, che a norma dell'art. 2, comma 57, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, fa “acquistare validità di diritto” al contratto precedentemente stipulato, avente ad oggetto un immobile costruito abusivamente, se la nullità non è stata ancora dichiarata, salve le trascrizioni a favore dei terzi.

La disposizione suddetta è assolutamente *eccezionale*, e come tale non può essere estesa analogicamente al di fuori del caso previsto. Non vi è quindi la “diversa disposizione”, fatta salva dall'art. 1423 c.c., che possa consentire di sanare in via automatica la nullità. Al contrario, come si è visto, a seguito del sopravvenire delle circostanze suddette, *l'acquirente potrà convalidare, con un atto o comportamento concludente, il contratto*, in quanto la disposizione dell'art. 1444 c.c. si presta, al contrario della sanatoria automatica, ad essere applicata anche alla nullità relativa, non essendo di natura eccezionale, ma piuttosto espressione di un principio generale: quello della recuperabilità del negozio invalido, ogni qualvolta non siano coinvolti interessi di terzi, interessati a loro volta a far valere l'invalidità, e ricorrano - al momento della convalida - le condizioni che avrebbero consentito a suo tempo la stipula di un valido contratto. In altri termini, ciò che appare *essenziale* è da un lato la sussistenza dei presupposti per un valido negozio, e d'altro lato una dichiarazione o manifestazione di volontà del contraente tutelato, espressione di una *valutazione di permanente utilità al proprio interesse del contratto come integrato dalle circostanze di fatto sopravvenute*: ciò perché il trascorrere del tempo potrebbe aver alterato il giudizio di convenienza, a suo tempo formulato, e il legislatore rende *l'acquirente unico arbitro della decisione di mantenere in vita il contratto*. In assenza di una tale valutazione, di esclusiva competenza del contraente protetto, una sanatoria automatica non può quindi ritenersi ammissibile.

Di fatto, comunque, *la consegna tardiva della fideiussione all'acqui-*

⁷⁶ Per la sanatoria, cfr. BARALIS, *Considerazioni sparse sulla bozza di decreto delegato conseguente alla L. 210/2004; spunti e interrogativi in tema di: permuta di bene presente con bene futuro, elusione, garanzia fideiussoria, riflessi sulla trascrizione di vendita di bene futuro*, in corso di pubblicazione in *Riv. not.*, 2005.

rente, che sia seguita da un comportamento di quest'ultimo incompatibile con la volontà di far valere la nullità relativa (ad esempio, mediante il pagamento dei successivi acconti, o l'accettazione in consegna dell'opera una volta ultimata), implica *convalida tacita* del contratto relativamente nullo.

Analoga sanatoria - per effetto di convalida tacita - deve configurarsi nel caso in cui il contratto, nullo perché mancante di alcuno dei requisiti richiesti imperativamente dall'art. 6, sia successivamente *integrato, a mezzo di contratto modificativo*, in modo da ottemperare alle suddescritte prescrizioni⁷⁷: il comportamento dell'acquirente, che presti il proprio *consenso alla modifica ed all'integrazione dell'originario contratto*, si presta infatti ad essere apprezzato quale *comportamento incompatibile con la volontà di far valere la nullità*.

9. IL PROBLEMA DELL'AZIONABILITÀ DELLA NULLITÀ RELATIVA

SUCCESSIVAMENTE ALL'ACQUISTO DELLA PROPRIETÀ DEL FABBRICATO ULTIMATO

L'azione di nullità, anche se relativa, deve ritenersi imprescrittibile secondo l'orientamento prevalente⁷⁸. Non si ritiene, quindi, applicabile il termine ordinario di prescrizione, non reputandosi a tal fine rilevanti l'efficacia provvisoria del negozio relativamente nullo, o la natura costitutiva dell'azione di nullità relativa.

In ogni caso, è certo che - nell'attuale sistema normativo - *non vi è apparentemente alcuna preclusione all'esperimento dell'azione di nullità, ad opera dell'acquirente, successivamente al momento in cui sia stata da lui conseguita la proprietà del fabbricato, ultimato ed agibile*. Questa soluzione appare, peraltro, particolarmente iniqua, se si ha riguardo alla finalità della nullità "di protezione": non si vede infatti alcuna ragione per

⁷⁷ La sanatoria automatica è adombrata da 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, "una volta consegnato il bene e quindi venuti meno quei rischi contro i quali la tutela è stata legislativamente imposta".

⁷⁸ Nel senso dell'imprescrittibilità, con riguardo alla nullità prevista dall'art. 2, comma 1, del decreto in commento, CASARANO, *La garanzia fideiussoria*, in *Atti del convegno Paradigma*, Milano 14 aprile 2005, p. 5; In tal senso BARALIS, *Considerazioni sparse sulla bozza di decreto delegato conseguente alla L.210/2004; spunti e interrogativi in tema di: permuta di bene presente con bene futuro, elusione, garanzia fideiussoria, riflessi sulla trascrizione di vendita di bene futuro*, in corso di pubblicazione in *Riv. not.*, 2005.

In ordine alle nullità relative in genere, per l'imprescrittibilità cfr. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., p. 103; ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., p. 77.

sacrificare l'interesse del costruttore e, soprattutto, quello della successiva circolazione immobiliare, pur in assenza della fideiussione, o della formazione del contenuto contrattuale ai sensi di legge, quando l'interesse fondamentale dell'acquirente è stato ormai soddisfatto⁷⁹.

A maggior ragione, non sembra aver senso la concessione all'acquirente dell'azione di nullità relativa *nella fase, ancora successiva, in cui - conseguita la proprietà del fabbricato agibile - lo stesso viene alienato a terzi*.

Quest'esigenza è stata presa in considerazione, meritoriamente, nel corso dei lavori preparatori del decreto delegato: era stato, infatti, suggerito - con particolare riguardo alla nullità conseguente alla mancata prestazione della fideiussione - l'inserimento di una disposizione, che precludesse l'azione di nullità in conseguenza del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento sull'immobile, o dell'atto definitivo di assegnazione⁸⁰. Tale suggerimento non è stato tuttavia trasposto nel parere approvato dal Senato, e di conseguenza non è stato recepito nella versione definitiva del decreto legislativo. A conclusioni analoghe può peraltro giungersi sulla base dei principi generali.

Vi è, innanzitutto, da tenere in considerazione l'istituto della *convalida tacita* del contratto. Si è visto che l'art. 1444, comma 2, c.c., deve ritenersi analogicamente applicabile alla nullità relativa del contratto, e che per convalida tacita si intende qualsiasi comportamento negoziale, incompatibile con la volontà di avvalersi dell'azione di nullità; in conformità all'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale, l'accettazione della prestazione del venditore, o l'esecuzione della prestazione dell'acquirente, titolare dell'azione di nullità, sono certamente idonei ad integrare il comportamento suddetto. Ne consegue che, *nella stragrande maggioranza dei casi, a seguito del trasferimento della proprietà del fabbricato di cui è stata ultimata la costruzione, ed a maggior ragione in conseguenza del-*

⁷⁹ Sul punto, in senso critico, 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.

⁸⁰ Cfr. l'intervento del senatore Callegaro nella 464^a Seduta della Commissione Giustizia del Senato in data 13 aprile 2005: "Onde assicurare certezza alle contrattazioni successive al trasferimento intervenuto tra il costruttore ed il primo acquirente sarebbe opportuno inibire a quest'ultimo, al quale non sia stata consegnata la fideiussione, la possibilità di intraprendere azione di nullità dopo la conclusione del contratto definitivo. Ciò in quanto è ormai venuta meno la *ratio* della legge che è quella di non mettere a rischio il denaro anticipato dal promittente acquirente prima dell'ottenimento della proprietà del bene. All'articolo 1 andrebbe quindi aggiunta la seguente frase: "L'azione di nullità è preclusa al momento di trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento sull'immobile o dell'atto definitivo di assegnazione"."

l'eventuale rivendita a terzi, la nullità relativa dovrà ritenersi sanata per effetto della convalida tacita ad opera dell'acquirente.

Peraltro, anche senza considerare l'effetto di convalida tacita, l'azione di nullità non potrà essere esercitata nella maggior parte dei suddetti casi, in quanto vi osta la *mancaanza dell'interesse ad agire* dell'acquirente, ex art. 100 c.p.c.: quest'ultimo, come chiarito dalla giurisprudenza, "consiste nell'esigenza di ottenere un risultato utile, giuridicamente apprezzabile e non conseguibile senza l'intervento del giudice"⁸¹, ed esige la "prova, da parte dell'attore, della necessità di ricorrere al giudice per evitare una lesione attuale del proprio diritto e il conseguente danno alla propria sfera giuridica"⁸²; o ancora, detto in altri termini, "interesse attuale e concreto ad evitare un pregiudizio patrimoniale"⁸³. Ancor più chiaramente, si è precisato che l'interesse ad agire sussiste solo "quando vi sia bisogno della tutela di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo e l'intervento richiesto al giudice sia necessario per rendere concreta ed effettiva la protezione accordata dall'ordinamento all'interesse sostanziale leso o minacciato; non basta quindi un interesse di mero fatto o un interesse generico all'attuazione della legge o ad un'astratta affermazione di principio o che si ricollegli a fatti eventuali o ipotetici, ma deve trattarsi di un interesse concreto e determinato di carattere giuridico"⁸⁴. Facendo applicazione di tali principi, *la giurisprudenza ha ritenuto carente di interesse ad agire l'attore che aveva alienato il bene*, del quale si controverteva, nel corso del giudizio⁸⁵.

Per quanto concerne l'azione di nullità relativa, alla quale è legittimato il solo contraente debole, l'interesse ad agire può essere quindi individuato in quello ad ottenere l'effetto "costitutivo"⁸⁶ della pronuncia di nul-

⁸¹ Cass. 28 luglio 2004 n. 14194, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Procedimento civile*, n. 168; Cass. 25 febbraio 2002 n. 2721, in *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Procedimento civile*, n. 142.

⁸² Cass. 15 aprile 2002 n. 5420, in *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Contratto in genere*, n. 485; Cass. 7 gennaio 2002 n. 88, in *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Contratto in genere*, n. 486; Cass. 17 marzo 1981 n. 1553, in *Foro it.*, Rep. 1981, voce *Contratto in genere*, n. 256.

⁸³ Trib. Napoli 31 ottobre 1991, in *Società*, 1992, p. 679.

⁸⁴ Trib. Napoli 10 novembre 1997, in *Società*, 1998, p. 447.

⁸⁵ Cass. 13 aprile 1999 n. 3623, in *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Procedimento civile*, n. 150. *Contra*, Cass. 20 agosto 1981 n. 4957, in *Foro it.*, Rep. 1981, voce *Procedimento civile*, n. 81.

⁸⁶ Si è già visto che la sentenza che pronuncia la nullità relativa è di natura costitutiva, a differenza della declaratoria di nullità assoluta che ha natura dichiarativa e di mero accertamento. In quest'ultimo caso, come in genere per tutte le azioni di mero accertamento, l'interesse ad agire è invece rappresentato dall'eliminazione dell'incertezza in ordine all'esistenza ed alla validità del negozio nullo: FABIANI, *Interesse ad agire, mero accertamento e limiti oggettivi del giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, p. 545 ss. (ove anche una completa rassegna giurisprudenziale in tema di interesse ad agire);

lità, e quindi la caducazione retroattiva del contratto e dei suoi effetti allorché vi sia stata lesione della posizione giuridica del soggetto legittimato e conseguente sacrificio dell'interesse tutelato dalle norme imperative: ottenendo, viceversa, la pronuncia di nullità, il contraente debole conseguirebbe una tutela di tipo ripristinatorio nel caso in cui il contratto non è stato idoneo a soddisfare l'interesse primario al quale era rivolto. A tal fine, la giurisprudenza ha correttamente affermato che deve essere *attuale* "il rapporto di utilità corrente tra la lesione di un diritto, che è stata affermata, e il provvedimento di tutela giurisdizionale che viene domandato"; e che "l'attualità di una concreta lesione del diritto e di un conseguente danno, subito da colui che agisce in giudizio, va riguardata con riferimento non già al momento in cui l'atto, che si assume nullo, sia stato posto in essere, ma al momento in cui si propone la domanda"⁸⁷.

Se tale interpretazione è corretta, come non si ha motivo di dubitare, ne deriva che *le nullità relative, derivanti dal decreto legislativo in commento, non possono essere azionate dopo che è avvenuto il trasferimento della proprietà, o il fabbricato è stato ultimato, e/o dopo che lo stesso è stato alienato a terzi*. Ciò perché l'accoglimento della domanda di nullità non determinerebbe alcun vantaggio nella sfera giuridica del soggetto acquirente, e non sarebbe idoneo ad evitare allo stesso alcun pregiudizio patrimoniale: al contrario, il contratto ha già realizzato l'interesse primario che era al centro del programma negoziale (il conseguimento della proprietà del fabbricato ultimato), ed un'eventuale azione giudiziale dell'acquirente che ha già accettato la prestazione del costruttore, lungi dall'essere accompagnata da un concreto interesse ad agire, potrebbe addirittura configurare un *venire contra factum proprium*, evidentemente inammissibile.

Quanto alla *rilevabilità d'ufficio* della nullità relativa, si è evidenziato che la stessa può aver luogo solo nella misura in cui risulti funzionale all'esigenza di protezione dell'interesse dell'acquirente: ciò rende sostanzialmente *improponibile* il rilievo d'ufficio una volta che l'obiettivo, cui tendeva il contratto, sia stato realizzato.

Occorre, piuttosto, distinguere, tra la nullità prevista dall'art. 2, comma 1, del decreto, e le nullità conseguenti alla violazione dell'art. 6. Nel primo caso - *mancata prestazione della fideiussione* - l'effetto "preclusivo", sopra descritto, si verifica non appena l'acquirente ha conseguito la proprietà del

MONTESANO, *Appunti sull'interesse ad agire in mero accertamento*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, I, p. 253; CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli 1933, p. 167; Cass. 9 marzo 1982 n. 1475, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 3108.

⁸⁷ Cass. 9 marzo 1982 n. 1475, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 3109-3110.

fabbricato, ancorché “al rustico”, venendo meno in tale momento l’esigenza che sia garantita la restituzione degli acconti già pagati al costruttore.

Nel caso dell’art. 6, occorre distinguere in base alla finalità delle singole disposizioni. Trattandosi, ad esempio, di nullità conseguente alla mancata indicazione in contratto di elementi necessari per la determinazione degli obblighi del costruttore, l’interesse ad agire viene meno non appena tali obblighi siano stati esattamente adempiuti: momento, questo, che può essere anche successivo al trasferimento della proprietà. Nel caso, invece, non siano indicati in contratto il corrispettivo dell’acquisto, o non siano specificate le formalità pregiudizievoli, o ancora non siano indicati gli elementi necessari per la trascrizione nei registri immobiliari, potrebbe residuare un interesse ad agire dell’acquirente anche successivamente. Si pensi, ad esempio, al caso di vendita di cosa futura, in cui, anche a distanza di tempo dalla venuta ad esistenza del fabbricato, si scoprono formalità pregiudizievoli non dichiarate nel contratto. Si tratterà, peraltro, di fattispecie residuali: nella maggior parte dei casi, caratterizzati dalla sequenza preliminare-definitivo, l’acquisto della proprietà conseguente alla stipula del definitivo si accompagna all’estinzione di tutte le obbligazioni precedentemente pattuite a carico del costruttore, ed all’adempimento integrale dell’obbligazione dell’acquirente di pagare il prezzo, cosicché nessun concreto interesse ad agire può ravvisarsi a seguito della stipula del contratto definitivo di acquisto.

In conclusione, non esiste una preclusione testuale all’azione di nullità per effetto del conseguimento della proprietà, o della successiva rivendita dell’immobile, ma in concreto l’azione di nullità rimarrà preclusa nella maggior parte dei casi per effetto della convalida tacita del contratto nullo, e in mancanza per difetto di interesse ad agire dell’acquirente, che determina la conseguente preclusione anche del rilievo d’ufficio della nullità.

10. (SEGUE): L’OPPONIBILITÀ AI TERZI SUBACQUIRENTI DELLA NULLITÀ RELATIVA

Dal punto di vista sistematico, non sembrano sussistere ragioni per ritenere che l’*opponibilità ai terzi della nullità relativa* in oggetto sia disciplinata in modo differente, rispetto alla nullità codicistica, che la dogmatica tradizionale ritiene pienamente opponibile agli aventi causa da chi ha acquistato diritti in base ad un negozio nullo⁸⁸.

⁸⁸ Cfr. sul punto PILIA, *Circolazione giuridica e nullità*, Milano 2002, p. 159 ss.

Per quanto attiene in particolare alla contrattazione immobiliare, 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 stata trascritta la domanda giudiziale di nullità.

Ovviamente, la disciplina suddescritta deve tener conto delle peculiarità della nullità relativa, che non pregiudica l'efficacia del contratto finché l'acquirente non agisca giudizialmente, 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*. L'efficacia immediata del contratto non influisce peraltro in alcun modo sull'applicabilità dell'art. 2652, n. 6, c.c., come dimostra il fatto che questa norma si riferisce anche alla fattispecie del contratto annullabile, anch'esso produttivo di effetti precari.

Di recente, la dottrina ha tentato di confutare il dogma della piena opponibilità ai terzi della nullità, sulla base di valutazioni di ordine funzionale⁸⁹. Si è, in particolare, tentato di dimostrare che il diverso regime dell'opponibilità delle cause di caducazione del contratto (nullità, annullamento, rescissione, risoluzione, inefficacia totale o parziale) non è connesso alla diversa incidenza dei suddetti rimedi sull'efficacia del contratto, né alla presunta retroattività reale di alcuni rimedi rispetto alla retroattività obbligatoria di altri. *L'opponibilità sarebbe, invece, da riconnettersi alla rilevanza dell'atto inteso quale titolo della circolazione giuridica*: rilevanza da valutarsi sulla base di una pluralità di indici normativi e fattuali, comunque connessi alla "riconoscibilità" della causa di caducazione del contratto da parte dei terzi; da cui le numerose previsioni che condizionano l'opponibilità ai terzi all'assenza di buona fede in capo agli stessi⁹⁰.

Rapportata alla fattispecie in esame, tale tesi non consente però in alcun modo di dubitare dell'opponibilità ai terzi delle nullità desumibili dal decreto in commento. Se si accoglie la ricostruzione sopra effettuata, che ravvisa nullità in conseguenza della violazione delle prescrizioni di contenuto ex art. 6 del decreto, sembra evidente che *l'emergenza "testuale" della nullità non possa essere messa in discussione, e con essa quindi la riconoscibilità da parte dei terzi*. Ciò vale anche in relazione alla nullità derivante da mancata prestazione della fideiussione: proprio di ciò si pre-

⁸⁹ PILIA, *Circolazione giuridica e nullità*, cit., p. 185 ss.

⁹⁰ PILIA, *Circolazione giuridica e nullità*, cit., *passim*.

occupa il legislatore quando richiede - all'art. 6, comma 1, lett. g), del decreto legislativo - che gli estremi della fideiussione risultino dall'atto (a contrario, il terzo è facilmente in grado di verificare l'assenza della fideiussione, quando i relativi estremi non sono indicati).

Piuttosto, sembra evidente che non possano equipararsi completamente il contratto preliminare da un lato, ed i contratti ad effetti reali differiti dall'altro, 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 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.

Sotto il profilo operativo, comunque, *il problema dell'opponibilità ai terzi della nullità relativa risulterà superato nella maggior parte dei casi*, posto che il più delle volte il terzo subacquirente avrà acquistato diritti contraendo direttamente con il primo acquirente, il cui *consenso all'atto di alienazione comporterà convalida tacita* del negozio nullo; *convalida peraltro ravvisabile anche nei comportamenti anteriori*, consistenti nel dare volontaria esecuzione al contratto relativamente nullo, o nell'accettare la prestazione del costruttore.

11. 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 epistemicamente, in rapporto al problema della responsabilità disciplinare del notaio che riceva o autentichi un atto relativamente nullo⁹¹. La norma di riferimento è 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 punto⁹²; non senza segnalare però che - secondo il più recente indirizzo

⁹¹ GENTILI, *Atti notarili "proibiti" e sistema delle invalidità*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 255; 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; ZANELLI, *La nullità "inequivoca"*, in *Contratto e impresa*, 1998, p. 1259; ANGELONI, *Gli atti "espressamente proibiti dalla legge" di cui all'art. 28 legge notarile sono dunque solo gli atti nulli in quanto contrari a norme proibitive*, in *Contratto e impresa*, 1998, p. 1013.

⁹² Cfr. riassuntivamente CASU, *Controllo di legalità*, in *Dizionario enciclopedico del notariato*,

della Corte di Cassazione, che sembra ormai consolidato - gli atti previsti dall'art. 28 l.n. sarebbero esclusivamente quelli affetti da inesistenza o nullità assoluta, con esclusione degli atti annullabili, di quelli inefficaci ed anche di quelli relativamente nulli⁹³. Riguardo a questi ultimi, peraltro, l'affermazione si riduce al rango di *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'annullabilità⁹⁴. Affermazione certamente erronea, se si ha riguardo alle numerose 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 attinenti all'efficienza del mercato immobiliare ed alla correttezza delle relative contrattazioni (c.d. ordine pubblico di direzione), e come tale si differenzia in modo sufficientemente netto dalla tradizionale figura dell'annullabilità, quantomeno nella maggior parte dei casi⁹⁵. 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 (inefficacia in senso stretto)⁹⁶.

Secondo l'orientamento giurisprudenziale, quindi, nella misura in cui vi sia *violazione di norme imperative*, e l'imperatività sia evidente dal te-

Aggiornamento, V, Roma 2002, p. 161; D'AURIA, *Il negozio giuridico notarile tra autonomia privata e controlli*, Milano 2000; BUTA, *Le nullità dell'art. 28 n. 1 della legge notarile nell'interpretazione giurisprudenziale*, in *Giust. civ.*, 1999, II, p. 313; PETRELLI, *Art. 28 della legge notarile. Espresso divieto di legge e orientamenti giurisprudenziali non consolidati*, in *Riv. not.*, 1997, p. 1235; PAOLUCCI, *Atti vietati e responsabilità notarile nella giurisprudenza*, Milano 1990.

⁹³ 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.

⁹⁴ Cass. 11 novembre 1997 n. 11128, cit.

⁹⁵ Per una valutazione critica della tradizionale (e generalizzata) individuazione del fondamento dell'annullabilità negoziale nella lesione di interessi meramente individuali, cfr. NATUCCI, *L'art. 28 della legge notarile e la stipulazione di atti annullabili*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, p. 589 ss.; GENTILI, *Atti notarili "proibiti" e sistema delle invalidità*, cit., p. 273 ss.

⁹⁶ Sulla categoria dell'inefficacia in senso stretto, cfr. SCALISI, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negoziabilità*, 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.

nore delle disposizioni di legge, *deve ritenersi che la nullità, sia testuale che virtuale, comporti la responsabilità del notaio* ai sensi dell'art. 28 della legge notarile. Ogni qualvolta, viceversa, tale nullità non si configuri la responsabilità disciplinare sarà esclusa.

La dottrina si è divisa su tale interpretazione della Suprema Corte. Mentre una parte di essa ha criticato il *nuovo concetto di "inequivocità" della nullità*, evidenziando l'importante ruolo che così viene affidato alla dottrina oltre che alla giurisprudenza⁹⁷, e la funzione di disincentivo delle contrattazioni di "incerta" validità, che ne deriverebbe⁹⁸, altri ha invece colto l'occasione per valorizzare il ruolo di controllo preventivo di legalità in capo al notaio, ritenendo che il mero carattere virtuale della nullità, quando la stessa derivi inequivocabilmente dal tenore delle norme imperative, non impedisca di configurare una responsabilità del notaio⁹⁹.

In dottrina si è poi contestato che sia sufficiente la mera distinzione tra cause di nullità, annullabilità o inefficacia al fine di discriminare tra i comportamenti notarili fonte di possibile responsabilità disciplinare¹⁰⁰; per quanto specificamente riguarda le *nullità relative "di protezione"*, si è fatto leva sull'imperatività delle norme da cui tale nullità discende per farne derivare la responsabilità del notaio ai sensi dell'art. 28 della legge notarile¹⁰¹, evidenziando giustamente che "dire, come fa la Cassazione, che la nullità relativa è riconducibile all'annullabilità significa trascurare tutta la più recente meditazione sul tema"¹⁰².

In sede ricostruttiva, non può, innanzitutto, non evidenziarsi la *correttezza dell'argomentazione che tende ad equiparare le nullità relative alle*

⁹⁷ ZANELLI, *La nullità "inequivoca"*, cit., p. 1259 ss., che considera una creazione illegittima della giurisprudenza la "nullità inequivoca-dottrinale"; evidenzia, nel contempo, che dall'orientamento della Suprema Corte risulta rivalutata la posizione del notaio, chiamato ad uno "sforzo, per così dire, di nomofilachia dottrinal-giurisprudenziale".

⁹⁸ GENTILI, *Atti notarili "proibiti" e sistema delle invalidità*, cit., p. 276 ss.

⁹⁹ Cfr. in particolare DONISI, *L'art. 28 della legge notarile: baricentro della professione*, cit., p. 75 ss.

¹⁰⁰ NATUCCI, *L'art. 28 della legge notarile e la stipulazione di atti annullabili*, cit., p. 595 ss.; GENTILI, *Atti notarili "proibiti" e sistema delle invalidità*, cit., p. 273 ss.

¹⁰¹ In tal senso, in dottrina, 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; PAS-SAGNOLI, *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. not. 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.

¹⁰² DE NOVA, *Gravità del comportamento del notaio e sanzione disciplinare: a proposito dell'art. 28 legge notarile*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 282.

nullità absolute, sul rilievo che in entrambi i casi sono coinvolti interessi di carattere generale, e quindi valori primari dell'ordinamento che non possono rimanere privi di tutela al livello del controllo preventivo di legalità operato dal notaio. Per altro verso, sembra condivisibile l'orientamento della Suprema Corte nella parte in cui distingue tra *nullità emergenti da orientamenti dottrinali e giurisprudenziali consolidati*¹⁰³, in contrapposizione alle *fattispecie in cui, invece, la nullità non sia affatto associata*, ed il dibattito sia ancora aperto: non sarebbe possibile né auspicabile, infatti, "bloccare" le contrattazioni sul nascere, mediante un rifiuto del notaio di prestare il proprio ministero, a fronte di previsioni normative di portata incerta, posto che la proibizione legislativa, per testuale previsione dell'art. 28 l.n., deve essere "manifesta". Cosciché, *a fronte di una nullità "virtuale", può ritenersi sussistente una responsabilità disciplinare del notaio nel solo caso in cui sia assolutamente chiara la natura imperativa della norma violata*¹⁰⁴.

Rapportando le superiori riflessioni alle fattispecie oggetto di analisi nel presente lavoro, possono trarsi le seguenti conclusioni.

Non sembra dubbio, innanzitutto, che a fronte della *nullità testuale prevista dall'art. 2, comma 1*, del decreto legislativo, vi sia *responsabilità disciplinare del notaio, ex art. 28 l.n.*, ogni qualvolta il contratto sia dallo stesso rogato o autenticato in assenza della previa o contestuale consegna all'acquirente della fideiussione, come pure nei casi in cui dal controllo documentale della fideiussione emerga l'inidoneità della stessa alla luce delle previsioni del decreto legislativo¹⁰⁵.

¹⁰³ In tal senso, cfr. anche PETRELLI, *Art. 28 della legge notarile. Espresso divieto di legge e orientamenti giurisprudenziali non consolidati*, cit., p. 1235 ss. (ed *ivi*, ulteriori riferimenti dottrinali); GENTILI, *Atti notarili "proibiti" e sistema delle invalidità*, cit., p. 262 ("È merito incontestabile della tesi giurisprudenziale risolvere molti problemi applicativi. In concreto, intendere come non espressamente proibite tutte le ipotesi equivoche di nullità esclude la responsabilità disciplinare oltreché per le disposizioni di incerto significato anche per i casi di nullità virtuale, che invece che da un combinato disposto o da un principio generale esplicito, derivino da un'operazione analogica, da un orientamento giurisprudenziale non consolidato, da una lettura dottrinale cui ostino non isolate confutazioni"). La soluzione deriva anche dai lavori preparatori dell'art. 28 l. not., dai quali risulta evidente la preoccupazione di evitare che le contrattazioni possano subire ritardi o impedimenti a causa della necessità, per il notaio, di affrontare questioni interpretative spesso particolarmente complesse: proprio per evitare tale inconveniente, furono inseriti gli avverbi "espressamente" e "manifestamente", che qualificano quelle particolari categorie di atti proibiti dalla legge o contrari all'ordine pubblico ed al buon costume che il notaio non può ricevere.

¹⁰⁴ Per l'applicabilità dell'art. 28 l. not. anche in caso di nullità virtuali, cfr. LIPARI, *Il ruolo del notaio nella nuova realtà delle nullità contrattuali*, in *Spontaneità del mercato e regole giuridiche (atti del XXXIX Congresso nazionale del notariato)*, cit., p. 240.

¹⁰⁵ Per l'esclusione, invece, di una responsabilità notarile *ex art. 28 l. not.*, a fronte della nullità relativa *ex art. 2, comma 1*, del decreto legislativo in esame, e quindi per la ricevibilità dell'atto, sia pure

Invece, con riguardo alle (*probabili*) *nullità virtuali derivanti dalla violazione di alcune previsioni contenute nell'art. 6*, l'incertezza sull'effettiva configurabilità di tali nullità, nonché sull'effettiva identificazione del carattere di imperatività delle norme ivi contenute, e la difficoltà di discriminare - nell'ambito dell'elenco dettagliato contenuto nel medesimo art. 6 - tra norme imperative e norme meramente ordinatorie, nell'ottica del temperamento degli interessi delle parti, induce senza dubbio ad *escludere l'applicazione dell'art. 28 l. not. in tale eventualità*.

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 notaio¹⁰⁶. 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 legislatore di escludere la responsabilità notarile nelle sole ipotesi in cui il vizio abbia natura meramente formale, e non sostanziale¹⁰⁷. Il che, rapportato alla fattispecie in esame, conduce a ritenere *responsabile disciplinarmente il notaio in presenza della*

"con cautele", BARALIS, *Considerazioni sparse sulla bozza di decreto delegato conseguente alla L. 210/2004: spunti e interrogativi in tema di: permuta di bene presente con bene futuro, elusione, garanzia fideiussoria, riflessi sulla trascrizione di vendita di bene futuro*, in corso di pubblicazione in *Riv. not.*, 2005.

¹⁰⁶ 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 artt. 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.

¹⁰⁷ Cfr. per tutti CASU-RAITI, *Condono edilizio e attività negoziale*, Ipsoa, Milano 1999, p. 100

nullità prevista dall'art. 2, comma 1, decreto, non equiparabile alla previsione dell'art. 47 succitato.

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.

Capitolo Settimo

IL FRAZIONAMENTO DEL MUTUO E DELL'IPOTECA

1. Limiti di applicazione della nuova disciplina del frazionamento. - 2. La necessità di previo accatastamento delle porzioni immobiliari oggetto di frazionamento. - 3. Presupposti dell'obbligo della banca di provvedere al frazionamento. - 4. Il diritto soggettivo del promissario acquirente e dell'assegnatario al frazionamento. - 5. Il diritto del terzo acquirente e del promissario acquirente al frazionamento: rilievi sistematici e natura giuridica del negozio di frazionamento. - 6. L'atto pubblico di frazionamento delegato al notaio. - 7. (Segue): i criteri oggettivi per procedere al frazionamento del mutuo e dell'ipoteca. - 8. (Segue): le spese dell'atto pubblico di frazionamento e delle eventuali perizie tecniche.

1. LIMITI DI APPLICAZIONE DELLA NUOVA DISCIPLINA DEL FRAZIONAMENTO

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. 7 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.

La legge n. 210/2004, all'art. 3, lett. *n*), delegava il Governo a "prevedere norme dirette a rendere effettivo il diritto dell'acquirente al perfezionamento degli atti indicati all'articolo 39, comma 6", del D.Lgs. n. 385/1993. Di tale disposizione il legislatore delegato ha dato un'interpretazione restrittiva, interpretando il riferimento all'art. 39 t.u.b. come riferito non soltanto agli "atti indicati" in tale articolo (come testualmente si esprime

la delega), ma anche alle tipologie di mutuo ed ipoteca ivi indicate. Probabilmente si trattava di una soluzione obbligata, posto che un “diritto” dell’acquirente (nei confronti della banca) è previsto solo nel settore del credito fondiario, mentre nelle altre fattispecie si ritiene comunemente che il creditore ipotecario abbia un vero e proprio diritto all’indivisibilità dell’ipoteca *ex art.* 2809, comma 2, c.c., al quale può facoltativamente rinunciare, ma senza alcun obbligo di provvedere in tal senso¹.

In ogni caso, la tecnica utilizzata dal legislatore delegato - la novellazione dell’art. 39 t.u.b. - comporta che la disciplina introdotta si applica unicamente al frazionamento del finanziamento fondiario: e quindi assicura tutela all’acquirente nel solo caso in cui il costruttore abbia acceso un *mutuo fondiario* per finanziare la costruzione.

Di più: è stato correttamente rilevato che - pur nel mutamento terminologico tra le precedenti fonti normative (D.P.R. n. 7/1976; legge n. 175/1991) che facevano riferimento al frazionamento del “mutuo”, e l’attuale art. 39 del D.Lgs. n. 385/1993, che menziona più genericamente il “finanziamento” - appare difficile configurare il frazionamento di contratti come quello di apertura di credito in conto corrente, e d’altra parte gli stessi commi 6-ter e 6-quater dell’art. 39 menzionano specificamente il “mutuo”². Sembra, quindi, plausibile ritenere che *il diritto al frazionamento nei confronti della banca sorga solo in presenza di un mutuo fondiario*, con esclusione degli altri contratti di finanziamento che mal si prestano ad essere suddivisi in quote ed accollati ai terzi acquirenti.

Nessuna specifica disposizione è dettata, invece, per i mutui ipotecari non fondiari, ed in genere *per le ipoteche diverse* da quelle contemplate dall’art. 39 t.u.b., per le quali vigono ancora le norme del codice civile, senza nessuna integrazione in relazione alle fattispecie di cui trattasi. Quanto tale soluzione sia ragionevole, e quanto invece la stessa possa ritenersi in contrasto con il principio costituzionale di uguaglianza e con il canone della ragionevolezza, in assenza di una adeguata giustificazione del diverso trattamento del terzo acquirente, è circostanza che non può essere analizzata in questa sede. Probabilmente, la giustificazione è da rinvenirsi nella stessa valutazione che ha indotto il legislatore

¹ 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; Cass. 14 dicembre 1990 n. 11916, in *Vita not.*, 1991, p. 429.

² FAUSTI, *La modifica dell’art. 39 t.u.b. introdotta dal disegno di legge in attuazione della legge 2 agosto 2004, n. 210. Gli articoli 6 e 7 dello schema di decreto legislativo*, in *Atti del convegno Paradigma*, Milano 14 aprile 2005, p. 5.

re, con l'art. 2825-*bis* c.c., ad assicurare la prevalenza della sola ipoteca fondiaria sulla trascrizione del contratto preliminare: giustificazione che è stata rinvenuta nella *funzione del credito fondiario*, a cui è riconosciuto il fine primario di favorire, anche e soprattutto attraverso il finanziamento dell'impresa edilizia, l'accesso alla proprietà immobiliare³. Ne consegue, quindi, *l'inesistenza di qualsiasi diritto dell'acquirente, o del promissario acquirente, al frazionamento del mutuo non fondiario e della relativa ipoteca*⁴.

Per altro verso, la disciplina del frazionamento risultante dal nuovo art. 39 t.u.b. trova *applicazione in via generale*, e non solo quindi con riferimento alla contrattazione su immobili da costruire tra un "costruttore" ed una persona fisica. In altri termini, l'utilizzo della tecnica della novellazione del testo unico bancario fa sì che la disciplina in esame debba ritenersi applicabile a prescindere dalle caratteristiche oggettive e soggettive della fattispecie⁵. Di conseguenza, l'art. 39, commi 6 e seguenti, trova applicazione anche laddove mutuatario originario sia un soggetto privato non imprenditore, e l'acquirente sia una società o persona giuridica, ed anche all'ipotesi in cui il fabbricato sia già ultimato ed agibile. Inoltre, mentre la legge n. 210/2004 delegava il Governo ad emanare norme finalizzate a rendere effettivo il diritto dell'acquirente al frazionamento del mutuo e dell'ipoteca, il legislatore delegato, modificando l'art. 39 del t.u.b., ha assicurato effettività anche al diritto del mutuatario-costruttore. È, quindi, facilmente ravvisabile un *eccesso di delega* sotto diversi profili (l'estensione oggettiva oltre la fattispecie degli immobili da costruire; l'estensione soggettiva anche a soggetti diversi dalla persona fisica acquirente di detti immobili), che probabilmente dà luogo ad un vizio di illegittimità costituzionale della normativa delegata. La quale peraltro, non suscettibile di correzione in via interpretativa, è in vigore ed è vincolante fino all'eventuale declaratoria di incostituzionalità.

³ FILOGRANO, *Il credito fondiario. Disciplina e funzione negoziale*, Padova 2000, p. 135.

⁴ DOLMETTA, *Le modifiche alla disciplina del frazionamento di ipoteca nello schema di decreto legislativo 18 febbraio 2005, predisposto per attuare la legge delega n. 210/2004*, in *Atti del Convegno Paradigma*, Milano 14 aprile 2005, p. 3 ss.; FAUSTI, *La modifica dell'art. 39 t.u.b. introdotta dal disegno di legge in attuazione della legge 2 agosto 2004, n. 210. Gli articoli 6 e 7 dello schema di decreto legislativo*, cit., p. 8.

⁵ DOLMETTA, *Le modifiche alla disciplina del frazionamento di ipoteca nello schema di decreto legislativo 18 febbraio 2005, predisposto per attuare la legge delega n. 210/2004*, cit., p. 2.

2. LA NECESSITÀ DI PREVIO ACCATASTAMENTO DELLE PORZIONI IMMOBILIARI OGGETTO DI FRAZIONAMENTO

Il nuovo comma 6 dell'art. 39 del t.u.b. 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"⁶; il tutto, evidentemente, al condivisibile fine di assicurare una corretta identificazione catastale delle singole unità immobiliari oggetto dei lotti da frazionare, ed una corrispondente corretta identificazione delle stesse unità nella domanda di annotamento di frazionamento, da presentarsi all'ufficio dei registri immobiliari⁷. Tant'è vero che, già prima della riforma in commento, si riteneva che il frazionamento dovesse tener conto del "limite dell'unità catastale"⁸.

Se la finalità è condivisibile, dubbi sorgono invece su quale sia lo stato di costruzione del fabbricato che consente di procedere all'accatastamento⁹. A tal fine, le istruzioni ministeriali del 1984, ancora vigenti, prevedono la possibilità di un *accatastamento in corso di costruzione*, senza però chiarire a quale stadio la costruzione deve essere giunta perché si possa procedere all'accatastamento medesimo¹⁰.

Il comma 6 dell'art. 39 t.u.b., poi, precisa che gli acquirenti, promissari acquirenti o assegnatari hanno diritto ad ottenere il frazionamento "limi-

⁶ 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.

⁷ Rileva PETRAGLIA, *La nuova disciplina del credito fondiario*, Bancaria Editrice 1997, p. 94, che "il frazionamento ipotecario in tanto può essere annotato presso la Conservatoria dei Registri Immobiliari, in quanto alle singole unità immobiliari si attribuita la relativa scheda di identificazione catastale, il che, com'è noto, può avvenire solo quando la costruzione sia sufficientemente realizzata, ossia quando l'immobile, per usare un termine molto in voga nel comparto edilizio-urbanistico, sia almeno al "rustico".

⁸ TARDIVO, *Il credito fondiario nella nuova legge bancaria*, Milano 2003, p. 132.

⁹ Rileva l'incertezza circa il momento - corrispondente ad uno stato dei lavori "minimo" - a partire dal quale l'immobile può essere accatastato, FAUSTI, *La modifica dell'art. 39 t.u.b. introdotta dal disegno di legge in attuazione della legge 2 agosto 2004, n. 210. Gli articoli 6 e 7 dello schema di decreto legislativo*, in *Atti del convegno Paradigma*, Milano 14 aprile 2005, p. 4.

¹⁰ La Circ. Min. Fin. 20 gennaio 1984 n. 2, cit., al paragrafo 1.4.3, occupandosi dei fabbricati in corso di costruzione, precisa soltanto che la richiesta di accatastamento deve essere corredata da: richiesta di cambiamento nello stato del terreno; l'elaborato planimetrico, "rappresentandovi la costruzione nello stato in cui si trova e corredandolo da una succinta ma puntuale ed esplicita relazione tecnica, che ne forma parte integrante, a firma del professionista incaricato, sullo stato di avanzamento al momento della denuncia"; una dichiarazione mod. 1 senza planimetria per ciascuna porzione, completata con la dicitura "in corso di costruzione"; una scheda di partita autoallegata.

tatamente alla porzione immobiliare da essi acquistata o promessa in acquisto o in assegnazione”. Può farsi luogo, quindi, ad un *frazionamento parziale*, nella misura in cui la richiesta provenga solo da uno degli acquirenti, e la banca mutuante non sia in grado, o non abbia l'intenzione, di procedere al frazionamento integrale. Il che significa, anche, che *per un singolo mutuo fondiario possono instaurarsi diverse e sovrapposte procedure di frazionamento*¹¹.

Proprio in considerazione di tale frazionamento parziale, il nuovo comma 6-*bis* dell'art. 39 richiede la produzione della documentazione idonea a comprovare “*l'accatastamento delle singole porzioni* per le quali è richiesta la suddivisione del finanziamento”. La soluzione richiederà, probabilmente, l'emanazione di nuove istruzioni da parte dell'Agenzia del territorio finalizzate specificamente all'“accatastamento parziale”; infatti, in base alle vigenti istruzioni per la formazione del catasto dei fabbricati, non è possibile accatastare singole unità di un complesso condominiale, ma occorre presentare, in tal caso, anche un “elaborato planimetrico” che individui la totalità delle unità che ne fanno parte¹². Al fine di assicurare effettività al diritto al frazionamento, deve ritenersi che non solo l'acquirente ma *anche il promissario acquirente sia legittimato a richiedere l'accatastamento parziale*¹³, pur non essendo ancora di sua proprietà l'unità immobiliare che ne costituisce oggetto. Mentre, ovviamente, se si intende procedere ad accatastamento dell'intero complesso condominiale, la dichiarazione di nuova costruzione dovrà essere presentata dal costruttore proprietario.

Tale previsione è diretta, nell'intenzione del legislatore, ad accelerare l'*iter* di predisposizione del frazionamento; soprattutto, come è evidente, per i complessi edilizi di grandi dimensioni. Tuttavia, si stenta a comprendere come possano in tal caso correttamente identificarsi, nella domanda di annotamento del frazionamento, le altre unità immobiliari facenti parte del condominio: l'unica soluzione, per la quale depone tra l'altro proprio la norma in esame, è che *nella domanda di annotamento debbano essere indicati unicamente gli estremi catastali dell'unità oggetto di frazionamento parziale*, identificando invece il resto del complesso edilizio in via residuale e con i soli dati catastali del terreno su cui lo stesso insiste.

¹¹ FAUSTI, *La modifica dell'art. 39 t.u.b. introdotta dal disegno di legge in attuazione della legge 2 agosto 2004, n. 210. Gli articoli 6 e 7 dello schema di decreto legislativo*, cit., p. 6.

¹² Circ. Min. Fin. 20 gennaio 1984 n. 2, cit., paragrafo 1.3.1.

¹³ FAUSTI, *La modifica dell'art. 39 t.u.b. introdotta dal disegno di legge in attuazione della legge 2 agosto 2004, n. 210. Gli articoli 6 e 7 dello schema di decreto legislativo*, cit., p. 7.

3. PRESUPPOSTI DELL'OBBLIGO DELLA BANCA DI PROVVEDERE AL FRAZIONAMENTO

Ai sensi del comma 6-*bis* dell'art. 39 t.u.b., la banca deve provvedere entro il termine di novanta giorni 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. Tale termine è aumentato a centoventi giorni se la richiesta riguarda un finanziamento da suddividersi in più di cinquanta quote.

Diversi sono i presupposti richiesti dalla norma. Innanzitutto, la "documentazione idonea a comprovare l'*identità del richiedente*", chiaramente esauribile nella produzione di un documento di identità, o equipollente. Non può invece, probabilmente, richiedersi l'autentica delle sottoscrizioni del contratto su cui l'acquirente fonda il proprio diritto, stante l'efficacia probatoria riconosciuta alla scrittura privata dall'art. 2702 c.c.

Vi è poi la documentazione idonea a comprovare l'*accatastamento*, come sopra precisato, da riferirsi alla singola unità immobiliare per cui il frazionamento è richiesto.

La legge, poi, richiede la "*data certa del titolo*". Il titolo a cui ci si riferisce è certamente quello da cui nasce il diritto dell'acquirente, o del promissario acquirente: quindi, il contratto preliminare, o il contratto definitivo di acquisto. Se per quest'ultimo la data certa non è un problema, posto che il contratto definitivo è pressoché sempre contenuto in un atto pubblico o in una scrittura privata autenticata, qualche problema può sorgere per il contratto preliminare, che generalmente è redatto senza ministero di notaio e non è neanche registrato. Ragione, questa, che - unitamente all'opponibilità al fallimento del contratto - rende assolutamente *consigliabile quantomeno la registrazione del contratto preliminare*.

Le disposizioni in esame non condizionano il frazionamento alla *circostanza che il costruttore sia adempiente alle obbligazioni assunte* con il contratto di mutuo fondiario. La prassi delle banche di non accordare il frazionamento in caso di inadempimento, o ritardo nell'adempimento del costruttore, sembra quindi destituita di fondamento, quantomeno nell'ipotesi in cui a richiedere lo stesso frazionamento sia il terzo acquirente. Infatti, il diritto accordato dall'art. 39, comma 6, t.u.b., è un vero e proprio diritto soggettivo dell'acquirente, che è soggetto terzo rispetto al costruttore: diritto attribuitogli dalla legge incondizionatamente, e non subordinatamente all'adempienza del costruttore. Può discutersi, invece, se *la banca possa rifiutare il frazionamento richiestogli dal costruttore inadem-*

*piante*¹⁴: è vero che la legge accorda il diritto di frazionamento anche al “debitore”, ma è altresì vero che se quest'ultimo è inadempiente alle proprie obbligazioni la banca può - ma solo nella misura in cui si ritenga che l'obbligo in oggetto rientri nel sinallagma contrattuale - rifiutarsi a sua volta di adempiere alle proprie obbligazioni (artt. 1460-1461 c.c.). La questione rimane comunque dubbia, anche in considerazione del fatto che il mancato frazionamento del mutuo e dell'ipoteca assume - soprattutto a seguito dell'entrata in vigore del decreto in esame - rilevanza ostativa al perfezionamento degli atti di compravendita delle singole unità immobiliari, e ove ciò determini a sua volta l'insolvenza del costruttore ed il successivo fallimento, può configurarsi una responsabilità per danni della banca per tale motivo¹⁵. Si tenga d'altro lato presente che - se si ritiene che il particolare procedimento, ora disciplinato dall'art. 39, comma 6-ter, t.u.b., sia un modo “semplificato” di ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre della banca - un indizio nel senso della necessità del previo adempimento del costruttore deriverebbe dalla previsione dell'art. 2932 c.c., ai sensi del quale chi agisce per l'esecuzione in forma specifica deve aver adempiuto alla propria prestazione, o averne fatto offerta nei modi di legge¹⁶.

Ovviamente, la banca non potrà eccepire alcunché, e *sarà obbligata a tale frazionamento nel caso in cui il costruttore sia inadempiente e la richiesta provenga dall'acquirente*.

¹⁴ Cfr. sulla questione FAUSTI, *La modifica dell'art. 39 t.u.b. introdotta dal disegno di legge in attuazione della legge 2 agosto 2004, n. 210. Gli articoli 6 e 7 dello schema di decreto legislativo*, cit., p. 3; PETRAGLIA, *La suddivisione del finanziamento in quote ed il frazionamento ipotecario del credito fondiario dopo il testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in *Dir. banca e mercato finanziario*, 1995, I, p. 147 ss.; ID., *La nuova disciplina del credito fondiario*, Bancaria Editrice 1997, p. 93.

¹⁵ Cass. 19 settembre 2000 n. 12405, in *Foro it.*, 2001, I, c. 2326.

PETRAGLIA, *La suddivisione del finanziamento in quote ed il frazionamento ipotecario del credito fondiario dopo il Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 148, rileva che “considerare legittimo il diniego al frazionamento da parte di una banca nei confronti di un debitore inadempiente significhi creare ostacoli all'attività di smobilizzo da parte di quest'ultimo e quindi determinare un aggravamento del suo dissesto economico, cioè proprio il contrario di quello che è il fine propostosi dal legislatore con la citata norma dell'art. 39, co. 6”.

¹⁶ Per tale necessità, con riferimento all'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di frazionamento, PETRAGLIA, *La suddivisione del finanziamento in quote ed il frazionamento ipotecario del credito fondiario dopo il testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 154 (“i terzi acquirenti o il debitore che, in presenza di tutti i presupposti sin qui riferiti, richiedano giudizialmente ex art. 2932 c.c. la suddivisione del finanziamento in quote ed il correlativo frazionamento ipotecario dovranno a loro volta, ai sensi del secondo comma di quest'ultimo articolo, eseguire le loro prestazioni (quindi pagare gli arretrati, se dovuti, limitatamente alle quote di frazionamento accollate o da accollarsi) o farne offerta nei modi di legge, a meno che la prestazione non sia ancora esigibile”).

La legge non richiede espressamente, ai fini del riconoscimento del diritto al frazionamento, *l'accollo di quota del mutuo* in capo all'acquirente, o promissario acquirente. La necessità dell'accollo - ai fini della nascita del diritto suddetto - si desume peraltro chiaramente, oltre che dai principi generali in tema di credito fondiario, e quindi dal nesso indissolubile tra ipoteca e finanziamento, dal contesto del comma 6 dell'art. 39: vi si dice, infatti, che l'acquirente o il promissario acquirente hanno innanzitutto diritto, limitatamente alla porzione immobiliare da loro acquistata o a loro promessa in acquisto o assegnazione, alla suddivisione del finanziamento in quote, e solo "correlativamente" al frazionamento dell'ipoteca a garanzia: il che sembra significare che *in assenza di accollo del mutuo nessun diritto al frazionamento sorge in capo al terzo acquirente o promissario acquirente*¹⁷. Quanto a quest'ultimo, poi, il suo diritto sorge solo per il fatto che l'accollo del mutuo sia previsto nel contratto preliminare, anche se lo stesso accollo sarà perfezionato solo successivamente con il contratto definitivo di compravendita: in altri termini, *il promissario acquirente ha diritto che il frazionamento venga perfezionato anteriormente al perfezionamento del negozio di accollo*, in modo tale che, sin dall'inizio, sia il debito che la garanzia siano circoscritti esclusivamente all'importo dell'accollo. Ulteriore conseguenza della riscontrata necessità di accollo del mutuo, ai fini del frazionamento, sembra essere - nonostante l'apparente ampiezza della formulazione legislativa - *l'esclusione del diritto soggettivo in esame in capo al terzo acquirente a titolo gratuito* di unità immobiliare in condominio¹⁸.

Si è poi sostenuto che, a proposito del diritto al frazionamento del terzo acquirente, che, "atteso che il frazionamento è correlato alla suddi-

¹⁷ FAUSTI, *La modifica dell'art. 39 t.u.b. introdotta dal disegno di legge in attuazione della legge 2 agosto 2004, n. 210. Gli articoli 6 e 7 dello schema di decreto legislativo*, cit., p. 3; BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo t.u. bancario*, Padova 1996, p. 44 (che evidenzia la necessità di un accordo di successione nel debito tra venditore e compratore, in quanto non può "attribuirsi alla norma il significato di permettere al terzo di pattuire direttamente col creditore la quota di debito a lui spettante").

Contra, per la spettanza del diritto al frazionamento dell'ipoteca a prescindere dall'accollo di quota del finanziamento, o in misura non corrispondente a tale accollo, nel caso in cui sia stato pattuito con il venditore un accollo in misura superiore o inferiore rispetto alla iniziale percentuale di concessione del finanziamento", PETRAGLIA, *La nuova disciplina del credito fondiario*, cit., p. 99.

Rileva BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo t.u. bancario*, cit., p. 32, che il terzo acquirente ha "non solo il diritto ad ottenere il frazionamento dell'ipoteca a garanzia, ma anche la suddivisione in quote del finanziamento, al quale rimane estraneo".

¹⁸ *Contra*, SEPE, *Commento all'art. 39, in Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Capriglione, Padova 2001, p. 306 (secondo il quale per terzo acquirente occorre intendere "sia quello a titolo oneroso che gratuito, sia quello *inter vivos* che *mortis causa*").

visione del mutuo, egli può *ottenere che il frazionamento sia effettuato in conformità alla quota di mutuo attribuitagli*¹⁹. Si vedrà, nel prosieguo, che questa affermazione può essere accolta solo in parte, nella misura, cioè, in cui il rispetto delle pattuizioni di accollo delle quote del mutuo fondiario non contrasti con l'esigenza inderogabile di rispetto, per ogni unità immobiliare, della percentuale obbligatoria per legge tra importo del finanziamento e valore dell'immobile a garanzia dello stesso; nonché con l'esigenza di assicurare la ripartizione proporzionale del finanziamento tra i diversi lotti, in assenza di un accordo in senso contrario tra tutte le parti interessate.

Nella prassi, l'accollo del mutuo avviene contestualmente all'atto definitivo di compravendita, senza la partecipazione al contratto della banca mutuante: il che, a norma dell'art. 1273 c.c., qualifica detto *accollo* come *cumulativo*, e non liberatorio. Per effetto dell'accollo, secondo l'orientamento prevalente, la banca sarà tenuta a richiedere il pagamento innanzitutto al terzo acquirente accollante, e solo successivamente - pur senza necessità di escussione del primo - potrà rivolgersi al mutuatario originario²⁰. Ciò, tuttavia, non elimina il vincolo di solidarietà, e quindi non fa venir meno l'obbligo del mutuatario originario, la cui posizione peraltro - come meglio si vedrà nel prosieguo - non è tenuta in considerazione dal legislatore nella fattispecie procedimentale del frazionamento del finanziamento.

4. IL DIRITTO SOGGETTIVO DEL PROMISSARIO ACQUIRENTE E DELL'ASSEGNATARIO AL FRAZIONAMENTO

L'art. 39, comma 6, t.u.b. attribuisce un vero e proprio diritto soggettivo al frazionamento del fabbricato, ancorché in corso di costruzione, a determinati soggetti, e precisamente "il debitore, il terzo acquirente, il promissario acquirente o l'assegnatario del bene ipotecato o di parte dello stesso, questi ultimi limitatamente alla porzione immobiliare da essi acquistata o promessa in acquisto o in assegnazione". Diritto soggettivo, questo, esercitabile in qualsiasi momento²¹, di natura indisponibile, e quindi

¹⁹ BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo t.u. bancario*, cit., p. 43.

²⁰ Cass. 24 maggio 2004 n. 9982, in *Foro it.*, 2004, I, c. 3405, ed in *Corr. giur.*, 2004, p. 1173, con nota di PALMA, *La natura sussidiaria dell'obbligazione solidale nell'accollo cumulativo accettato dal creditore*. In dottrina, cfr. anche CAMPOBASSO, *Accollo*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma 1988, p. 5.

Sulla posizione del mutuatario originario a seguito dell'accollo, cfr. anche MORANO-CHIAIA, *Problemi critici dell'accollo di credito fondiario e riflessi nel bilancio di esercizio dell'impresa costruttrice*, in *Riv. not.*, 2005, p. 1.

²¹ BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo t.u. bancario*, Padova 1996, p. 41 ("tale diritto può es-

*irrinunziabile*²², alla cui base sta l'interesse del titolare ad evitare che - in virtù del principio di indivisibilità dell'ipoteca, *ex art. 2809*, comma 2, c.c. - si proceda ad espropriazione di una qualunque delle unità immobiliari in condominio per l'intero valore garantito²³. Risultato, questo, che viene conseguito modificando il rapporto ipotecario fondiario, e precisamente sostituendo all'originaria ipoteca gravante sull'edificio o complesso condominiale più ipoteche dello stesso grado e di valore proporzionale al valore delle singole porzioni²⁴.

Rispetto alla precedente versione dell'art. 39, comma 6, tra gli aventi diritto al frazionamento figura quindi, innanzitutto, *il promissario acquirente* del bene ipotecato o di porzione di esso. È quindi necessaria la stipula di un *contratto preliminare*, con il quale sia promesso ad un soggetto - persona fisica, società o ente - il trasferimento, evidentemente a titolo oneroso, di una porzione del fabbricato condominiale su cui grava l'ipoteca. Nello stesso contratto preliminare deve essere previsto l'accollo di

sere esercitato da costoro in ogni momento e indipendentemente dal fatto che il mutuo sia stato concesso fin dall'inizio come frazionabile"); SEPE, *Commento all'art. 39*, cit., p. 307 (che precisa come il frazionamento possa essere richiesto anche successivamente all'atto di quietanza finale).

²² COSTOLA, *Verso nuove forme di tutela degli acquirenti di immobili da costruire: la legge delega 2 agosto 2004, n. 210 (seconda parte)*, cit., p. 40 (ed ivi ulteriori riferimenti nello stesso senso); RISPOLI FARINA, *Commento all'art. 39*, in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, commento a cura di Belli, Contento, Patroni Griffi, Porzio e Santoro, Bologna 2003, p. 600; SEPE, *Commento all'art. 39*, cit., p. 307; FILOGRANO, *Il credito fondiario. Disciplina e funzione negoziale*, Padova 2000, p. 74; Banca d'Italia, *Chiarimenti sul testo unico*, in *Bollettino di vigilanza*, n. 2, 1994, p. 62 ss. (ove il rilievo che "tale diritto, che non incontra alcun limite temporale quanto all'esercizio, trae ragione dalla necessità di evitare il coinvolgimento dei debitori regolarmente adempienti nelle procedure esecutive promosse contro quelli inadempienti, nei casi in cui l'ipoteca a garanzia riguardi un edificio composto da più unità immobiliari appartenenti a soggetti diversi").

²³ PETRAGLIA, *La suddivisione del finanziamento in quote ed il frazionamento ipotecario del credito fondiario dopo il Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in *Dir. banca e mercato finanziario*, 1995, p. 146 ss., riscontra un'ulteriore *ratio* del diritto soggettivo al frazionamento ipotecario: "l'elemento genetico (la ragion d'essere) del credito fondiario, vale a dire, l'imprescindibile e profondo collegamento causale che esiste fra l'immobile ipotecato ed il credito concesso. Perciò, per effetto del riconosciuto diritto al frazionamento "contabile ed ipotecario", si pone ulteriormente in essere e si attua più compiutamente quel meccanismo "associativo" fra bene ipotecato e finanziamento, quel nesso ineliminabile fra garanzia e credito che sfocia (e si traduce) inevitabilmente nell'attribuzione (su iniziativa del debitore o dei terzi, ma anche del creditore) a ogni singola unità immobiliare di una relativa quota del credito". Ancora, a p. 152, l'autore ritiene "abbastanza evidente, anche partendo dal tenore letterale della norma, come lo scopo perseguito dal legislatore sia quello di voler imperativamente fissare una sorta di limitazione di responsabilità per i debiti nati a causa del finanziamento (e ciò a favore del debitore e dei terzi acquirenti) nonché di voler circoscrivere e collegare tale responsabilità al valore delle singole unità immobiliari costituenti l'intero cespite ipotecato: come a dire, i debiti devono seguire le sorti delle singole unità costituenti il compendio ipotecato ed i debitori possono rispondere solo nei limiti ed in proporzione al valore di queste ultime".

²⁴ FILOGRANO, *Il credito fondiario. Disciplina e funzione negoziale*, cit., p. 79 ss.

una quota del mutuo fondiario al promissario acquirente; non è invece richiesto che l'accollo sia perfezionato contestualmente al contratto preliminare, essendo necessaria e sufficiente una “*promessa di accollo*”, da perfezionarsi contestualmente al contratto definitivo²⁵.

Sotto il profilo formale, non è richiesta - per la nascita del diritto al frazionamento - una forma solenne del contratto preliminare (salva la necessità di forma scritta, *ex art. 1351 c.c.*), ed in particolare *non è richiesta l'autenticità delle sottoscrizioni, né la trascrizione del contratto preliminare*. È invece richiesta, dal comma 6-*bis* dell'art. 39, la “data certa del titolo”, e quindi del contratto preliminare (il che ne rende opportuna quantomeno la registrazione).

Da rilevare, comunque, che *se il contratto preliminare è trascritto*, ed in esso è previsto l'accollo di una quota del mutuo fondiario da contrarsi da parte del promittente venditore, l'ipoteca a garanzia - ancorché iscritta successivamente alla trascrizione del contratto preliminare - prevale, a norma dell'art. 2825-*bis* c.c., su detta trascrizione limitatamente alla quota di debito accollato con il preliminare o anche con atto successivo (in quest'ultimo caso l'accollo deve essere annotato a margine della trascrizione del contratto preliminare). A seguito del perfezionamento del frazionamento, quest'ultimo è annotato a margine dell'iscrizione ipotecaria (art. 39, comma 6-*quater*, t.u.b.). *Non è invece prevista l'annotazione del frazionamento a margine della trascrizione del contratto preliminare*, se, tuttavia, con l'atto di frazionamento non venisse rispettata la quota di mutuo accollata al promissario acquirente, e vi fosse quindi successivamente una modifica del negozio di accollo in modo da adeguare quest'ultimo al frazionamento, occorrerebbe procedere all'annotazione del nuovo negozio di accollo a margine della trascrizione del preliminare, a norma dell'art. 2825-*bis* c.c.²⁶.

Altra novità portata dalla riforma è l'attribuzione del diritto al frazionamento anche all'*assegnatario* di porzione del fabbricato condominiale, nonché al *promissario assegnatario*, cui fa espresso riferimento il comma 6 dell'art. 39 t.u.b. Si tratta dei *soci cooperatori di cooperative edilizie*, i

²⁵ Da segnalare che, per effetto della previsione dell'art. 2825-*bis* c.c., e quindi della prevalenza della trascrizione del contratto preliminare sull'ipoteca anteriormente iscritta a garanzia di mutuo fondiario accollato al promissario acquirente, si realizza una sorta di frazionamento “automatico” dell'ipoteca fondiaria, considerato che la banca potrà opporre l'ipoteca stessa solo nei limiti della quota accollata: FILOGRANO, *Il credito fondiario. Disciplina e funzione negoziale*, cit., p. 128; SEPE, *Commento all'art. 39*, cit., p. 307.

²⁶ Secondo TARDIVO, *Il credito fondiario nella nuova legge bancaria*, cit., p. 119, “in caso di accordo delle parti (banca e promissario acquirente) per quote superiori, non opererà l'automatica prevalenza dell'ipoteca “fondiaria” sul preliminare. Per quote maggiori riteniamo sia pertanto necessaria una nuova iscrizione ipotecaria”.

quali stipulino con la cooperativa un contratto di scambio, che dia loro diritto all'assegnazione di un alloggio. Come è noto, il procedimento di assegnazione di alloggi si articola, in base alle previsioni del t.u. del 1938 nonché, nei casi in cui questo non è applicabile, in base alla prassi contrattuale, in diverse fasi: quella della prenotazione (che secondo l'orientamento prevalente dà luogo ad un vero e proprio contratto preliminare), quella dell'assegnazione provvisoria (in godimento) e quella dell'assegnazione definitiva (in proprietà individuale). L'espressa previsione nel comma 6 dell'art. 39 della "promessa in assegnazione", ed il parallelo con la previsione relativa al promissario acquirente, portano a concludere che *il diritto soggettivo al frazionamento spetta anche al socio prenotatario, purché la prenotazione abbia le caratteristiche proprie del contratto preliminare, ed abbia data certa.*

5. IL DIRITTO DEL TERZO ACQUIRENTE E DEL PROMISSARIO ACQUIRENTE AL FRAZIONAMENTO: RILIEVI SISTEMATICI E NATURA GIURIDICA DEL NEGOZIO DI FRAZIONAMENTO

L'esistenza di un diritto soggettivo del terzo acquirente, o del promissario acquirente, al frazionamento del mutuo e dell'ipoteca, consente di trarre, sul piano sistematico, alcune conclusioni circa la natura giuridica del negozio di frazionamento, peraltro già messe in luce dalla dottrina più attenta. Prima dell'introduzione di tale diritto soggettivo, si riteneva comunemente che - anche nel settore del credito fondiario - l'acquirente, ma anche il debitore originario, non avessero alcun diritto, e che la banca fosse quindi libera di frazionare, o meno, l'ipoteca. Coerentemente, al negozio di frazionamento veniva comunemente riconosciuta natura di rinuncia all'indivisibilità dell'ipoteca, e si concordava circa la struttura unilaterale di tale rinuncia²⁷.

Per di più, l'inesistenza di qualsiasi diritto in capo al debitore ed all'acquirente comportava secondo l'opinione prevalente la possibilità, per la banca, di frazionare il mutuo a propria discrezione, senza essere vincolata né dalla proporzione tra l'importo del mutuo e la somma iscritta, né dal valore delle singole porzioni ricavate dal frazionamento²⁸, salvo per alcuni l'obbligo di correttezza e buona fede²⁹.

²⁷ Cass. 12 febbraio 2003 n. 2073, in *Foro it.*, Rep. 2003, voce *Credito fondiario*, n. 4; Trib. Napoli 23 novembre 1998, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2000, II, p. 601; Cass. 15 aprile 1997 n. 3228, in *Vita not.*, 1997, p. 751; Cass. 14 dicembre 1990 n. 11916, in *Vita not.*, 1991, p. 429.

²⁸ Cass. 14 dicembre 1990 n. 11916, in *Vita not.*, 1991, p. 429.

²⁹ Trib. Roma 29 maggio 1993, in *Foro it.*, Rep. 1994, voce *Credito fondiario*, n. 14.

Una tesi del genere non è più sostenibile a seguito dell'emanazione del D.Lgs. n. 385/1993; ed infatti, la migliore dottrina ha subito sostenuto l'esistenza di un vincolo, per la banca che procede al frazionamento, di tener conto di parametri oggettivi, quali quelli sopra descritti, al fine di procedere al frazionamento³⁰.

Da quanto sopra, peraltro, la dottrina ha ricavato un'altra importante conseguenza: poiché *l'acquirente ed il promissario acquirente hanno un vero e proprio diritto soggettivo al frazionamento*³¹, il quale a sua volta non può avvenire se non con il rispetto di determinati parametri oggettivi, che tengano conto del valore degli immobili e della necessaria proporzionalità rispetto ai lotti formati con il frazionamento, si è ritenuto che sussista un preciso interesse del terzo acquirente o promissario acquirente a controllare l'operato della banca, e verificare quindi se la suddivisione del mutuo e dell'ipoteca rispetti i parametri sopra descritti. Diritto al controllo che, sempre ad avviso della suddetta dottrina, implicherebbe la necessità di un *negozio bilaterale* al fine di addivenire al frazionamento, posto che non si tratterebbe più di rinunciare ad un diritto soggettivo, ma di modificare un rapporto giuridico bilaterale, la cui disponibilità fuoriuscirebbe dalla sfera giuridica della banca per investire le posizioni di entrambi i soggetti del rapporto³².

Si tratta di tesi certamente suggestiva, peraltro da confrontare, ora, con la nuova disciplina. Da un lato, l'argomento letterale: il comma 6-*bis* dell'art. 39 dispone che "la banca deve provvedere agli adempimenti di cui al comma 6", cioè al frazionamento del mutuo e dell'ipoteca; il comma 6-*ter* disciplina la procedura sostitutiva, con intervento del notaio,

³⁰ FILOGRANO, *Il credito fondiario. Disciplina e funzione negoziale*, cit., p. 78 ss.

³¹ Si tratta di un diritto irrinunciabile da parte sia del mutuatario che del terzo acquirente o promissario acquirente, in quanto previsto da una norma di protezione inderogabile: FAUSTI, *La modifica dell'art. 39 t.u.b. introdotta dal disegno di legge in attuazione della legge 2 agosto 2004, n. 210. Gli articoli 6 e 7 dello schema di decreto legislativo*, cit., p. 4.

³² FAUSTI, *La modifica dell'art. 39 t.u.b. introdotta dal disegno di legge in attuazione della legge 2 agosto 2004, n. 210. Gli articoli 6 e 7 dello schema di decreto legislativo*, cit., p. 2 ss.; FILOGRANO, *Il credito fondiario. Disciplina e funzione negoziale*, cit., p. 77, e p. 80 ss. ("non potendosi di certo prescindere dalla volontà degli aventi diritto al frazionamento, risulta preferibile attribuire al frazionamento natura contrattuale, dovendo lo stesso intercorrere tra i soggetti del rapporto ipotecario che si intende modificare, ossia tra il titolare (o i titolari) della proprietà del bene oggetto di ipoteca (debitore originario o terzo acquirente) e il creditore ipotecario, titolare del diritto reale di garanzia").

Diversa la posizione di BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo t.u. bancario*, cit., p. 41, secondo il quale "il frazionamento dell'ipoteca è pur sempre un atto unilaterale promanante dal creditore, che con esso rinuncia all'indivisibilità dell'ipoteca (anche se assume un aspetto negoziale), ma non è più lasciato all'iniziativa esclusiva dello stesso, in quanto il mutuatario o il terzo acquirente hanno un vero e proprio diritto ad ottenere la rinuncia o a concludere un contratto di frazionamento".

“qualora la banca non provveda”. Queste disposizioni sembrerebbero, quindi, configurare il frazionamento come atto unilaterale della banca. A tali argomenti si potrebbe però obiettare che gli “adempimenti” a cui la banca deve provvedere sono quelli preliminari alla stipula dell’atto di frazionamento (in particolare, la proposta di suddivisione del mutuo e di corrispondente frazionamento dell’ipoteca, sulla base degli elementi di calcolo necessari), ferma restando la bilateralità del negozio che richiederebbe il consenso anche del richiedente.

Vi è poi un argomento di tipo sistematico, ricavabile sempre dal suddetto comma 6-ter dell’art. 39 t.u.b., che prevede - in caso di indisponibilità della banca al frazionamento - l’attuazione dello stesso a mezzo di redazione di un atto pubblico “sottoscritto esclusivamente dal notaio”. Si potrebbe ritenere che - ove fosse nel vero la tesi della bilateralità del negozio di frazionamento - la norma avrebbe dovuto prevedere, quantomeno, l’intervento in atto, e la sottoscrizione, del debitore e/o del terzo acquirente o promissario acquirente; quindi, il fatto che, in caso di assenza del consenso della banca, non sia richiesto quello degli altri soggetti del rapporto, potrebbe significare che questi ultimi non hanno titolo ad intervenire al frazionamento neanche quando la banca vi presta il proprio consenso.

A ben vedere, però, neanche tale argomentazione è decisiva. Si potrebbe, infatti ritenere - e lo si vedrà nel prosieguo - che nell’ipotesi di nomina giudiziale il notaio rivesta un ruolo del tutto peculiare, simile a quello dell’arbitratore, e come tale tenuto ad una rigorosa obiettività nella valutazione dei parametri del frazionamento. Così, il legislatore potrebbe - per non sbilanciare le posizioni delle parti - prescindere dal consenso di debitore ed acquirente quando manca il consenso della banca, per elementari ragioni di equità, senza che ciò incida in alcun modo sulla configurazione della fattispecie nell’ipotesi ordinaria, in cui il consenso della banca sussista.

Significativa appare, poi, la circostanza che il legislatore non abbia sentito l’esigenza di disciplinare il caso in cui a rifiutare il proprio consenso non sia la banca, ma piuttosto il mutuatario o il terzo acquirente o promissario acquirente. È vero, peraltro, che la disposizione in esame è volta innanzitutto a rendere effettivo il diritto dell’acquirente al perfezionamento del frazionamento; ciò potrebbe giustificare il silenzio della disposizione *in parte qua*. Anche perché il diritto dell’acquirente non si presta ad essere condizionato dal corrispondente esercizio dei diritti degli altri acquirenti del complesso condominiale, posto che il frazionamento può essere chiesto con riferimento ad una sola unità immobiliare.

Tutto considerato, quindi, *la questione della unilateralità o bilateralità del negozio di frazionamento rimane dubbia, ed è cautelativamente da risolvere nel secondo senso, a tutela delle ragioni dei soggetti titolari del relativo diritto.*

Non è invece richiesto - nel caso di richiesta proveniente dal terzo acquirente o promissario acquirente - *che il mutuatario-venditore presti il proprio consenso al frazionamento*³³. Si tratta, peraltro, di conclusione da verificare in relazione alla fattispecie concreta: *nella misura in cui il frazionamento riguardi la sola porzione immobiliare sulla quale il terzo ha acquistato diritti, e la relativa quota di mutuo*, la suddetta conclusione è probabilmente da accogliersi. Non rileva, in relazione a tale porzione e quota di mutuo, la posizione del mutuatario originario, pur sussistendo la sua responsabilità sussidiaria per il pagamento del debito accollato cumulativamente³⁴; lo dimostra il fatto che la legge non si preoccupa del rifiuto di consenso di quest'ultimo al fine di rendere effettivo il diritto dell'acquirente al frazionamento.

Quando, però, il frazionamento non è parziale, e comunque coinvolge anche le posizioni di altri soggetti (mutuatario-venditore in quanto proprietario di altre unità immobiliari; altri terzi acquirenti di ulteriori porzioni immobiliari), se si accoglie la tesi più rigorosa in ordine alla natura e struttura del negozio di frazionamento, occorre giocoforza che di quest'ultimo siano parte tutti i soggetti sopra indicati.

6. L'ATTO PUBBLICO DI FRAZIONAMENTO DELEGATO AL NOTAIO

Il comma 6-ter dell'art. 39 del t.u.b. dispone che qualora *la banca* non provveda entro il termine previsto dalla legge, il richiedente può presentare ricorso al presidente del tribunale nella cui circoscrizione l'immobile è situato, il quale, ove accolga il ricorso, designa all'uopo un notaio.

Lo *ius postulandi*, ai fini della nomina del notaio incaricato del frazionamento, è attribuito dalla legge esclusivamente al "richiedente", quindi al mutuatario, all'acquirente o al promissario acquirente che abbia richiesto senza esito alla banca il frazionamento del mutuo fondiario e dell'ipoteca.

³³ Per tale conclusione, DOLMETTA, *Le modifiche alla disciplina del frazionamento di ipoteca nello schema di decreto legislativo 18 febbraio 2005, predisposto per attuare la legge delega n. 210/2004*, cit., p. 11.

³⁴ Sulla responsabilità sussidiaria del debitore originario a seguito dell'accollo del mutuo, cfr. Cass. 24 maggio 2004 n. 9982, in *Foro it.*, 2004, I, c. 3405.

La disposizione, come si è visto, è finalizzata a rendere effettivo il diritto dell'acquirente al frazionamento; per tale motivo, la legge non disciplina l'ipotesi in cui a rifiutare il proprio consenso non sia la banca, ma piuttosto *il mutuatario-venditore o l'acquirente di altra unità immobiliare del complesso condominiale*. Ne consegue che, *in caso di rifiuto da parte di questi ultimi a sottoscrivere l'atto di frazionamento, si procederà allo stesso con riguardo esclusivo all'unità immobiliare di proprietà del richiedente, e per la relativa quota di mutuo*.

La legge assicura quindi, nei limiti suindicati, l'*esecuzione in forma specifica* dell'obbligo della banca di frazionare il mutuo e l'ipoteca. Esecuzione specifica di obbligo di fare, che la dottrina riteneva possibile anche prima della riforma in commento³⁵, ma che in tale contesto era praticabile solo attivando uno specifico giudizio di cognizione, e non prima del passaggio in giudicato della relativa sentenza³⁶. La novità apportata dal decreto legislativo in commento consiste, quindi, nel rendere più spedita la procedura di esecuzione in forma specifica, mediante l'intervento del *notaio, che è nominato dal giudice con un provvedimento di volontaria giurisdizione*³⁷.

³⁵ FILOGRANO, *Il credito fondiario. Disciplina e funzione negoziale*, cit., p. 81; PETRAGLIA, *La nuova disciplina del credito fondiario*, cit., p. 97 ss. (ove la precisazione che "l'intervento del giudice è possibile, ai sensi dell'art. 2932 c.c., solo qualora esso non sia lesivo dei diritti del creditore o degli altri terzi acquirenti", ed in particolare "qualora sulle residue unità immobiliari oggetto della garanzia (e per le quali il frazionamento non è stato richiesto) siano accantonabili quote di finanziamento che rispettino la percentuale originaria di concessione (potendo questa essere superata solo per volontà del creditore) e naturalmente i parametri massimi fissati dalla legge"); PETRAGLIA, *La suddivisione del finanziamento in quote ed il frazionamento ipotecario del credito fondiario dopo il testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 153 ss.; BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo t.u. bancario*, cit., p. 42.

L'esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre, secondo unanime giurisprudenza, trova applicazione non solo nel caso di contratto preliminare, ma in ogni altra fattispecie dalla quale derivi la stessa obbligazione di prestare il consenso: Cass. 15 luglio 1997 n. 6471, in *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Contratto in genere*, n. 434; Cass. 8 marzo 1995 n. 2697, in *Foro it.*, Rep. 1995, voce *Contratto in genere*, n. 285; Cass. 21 febbraio 1992 n. 2120, in *Vita not.*, 1992, p. 1143; Cass. 8 agosto 1987 n. 6792, in *Foro it.*, Rep. 1987, voce *Agricoltura*, n. 201.

³⁶ È pacifico che gli effetti delle sentenze costitutive - tra le quali rientra anche quella disciplinata dall'art. 2932 c.c. - si producono con il passaggio in giudicato: cfr., tra le più recenti, Cass. 4 luglio 2003 n. 10564, in *Foro it.*, Rep. 2003, voce *Contratto in genere*, n. 488; Cass. 26 febbraio 2003 n. 2864, in *Foro it.*, Rep. 2003, voce *Contratto in genere*, n. 489; Cass. 21 gennaio 2000 n. 641, in *Foro it.*, Rep. 2000, voce *Contratto in genere*, n. 529; Cass. 22 aprile 2000 n. 5287, in *Fallimento*, 2000, p. 886; Cass. 6 febbraio 1999 n. 1037, in *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Esecuzione provvisoria*, n. 3; Cass. S.U. 14 aprile 1999 n. 239, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 1572; Cass. 19 marzo 1999 n. 2522, in *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Possesso*, n. 100; Cass. 16 maggio 1997 n. 4358, in *Fallimento*, 1998, p. 143; Cass. 12 maggio 1997 n. 4105, in *Fallimento*, 1997, p. 1014; Cass. 8 marzo 1995 n. 2703, in *Corr. giur.*, 1995, p. 693; Cass. 27 maggio 1992 n. 6383, in *Fallimento*, 1993, p. 19.

³⁷ DOLMETTA, *Le modifiche alla disciplina del frazionamento di ipoteca nello schema di decreto*

Nessun criterio è previsto dalla legge ai fini della *scelta del notaio*. Può quindi trattarsi sia di un notaio del distretto nel quale si trovano gli immobili ipotecati - ed è certamente questo il criterio più ragionevole da adottarsi, in considerazione non solo della necessità di indagini ipo-catastrali su detti immobili, ma anche di necessità di valutazioni, perizie e quant'altro necessario - sia di un notaio di altro distretto, ove ciò risulti opportuno in relazione alle circostanze. Il ricorrente può suggerire la nomina di un notaio in particolare, ma ciò non è necessario, ed in ogni caso il giudice non è vincolato da tale richiesta.

La legge fa riferimento al decreto del presidente del tribunale unicamente ai fini della designazione del notaio incaricato del frazionamento. Tale provvedimento ha, peraltro, natura di vera e propria delega di attività che - in mancanza - avrebbe dovuto compiere la stessa autorità giudiziaria³⁸; delega la cui natura può essere assimilata, *mutatis mutandis*, a quella prevista dall'art. 591-bis c.p.c. Ne consegue che *il presidente del tribunale può, nel provvedimento di nomina, impartire istruzioni al notaio delegato in ordine alle attività da compiersi*. Lo stesso presidente del tribunale potrà successivamente modificare o revocare la delega, secondo i principi generali. Deve, peraltro, ritenersi che nell'ipotesi in cui la delega venga revocata, il presidente del tribunale non possa compiere egli stesso le attività delegate, ma - stante la tassativa previsione del comma 6-ter dell'art. 39 t.u.b. - debba delegare altro notaio per la formazione dell'atto pubblico di frazionamento.

Ai sensi del comma 6-ter dell'art. 39, il notaio, anche avvalendosi di ausiliari, redige un *atto pubblico di frazionamento* sottoscritto esclusivamente dal notaio 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.)³⁹, nella misura in cui deve adottare decisioni relati-

legislativo 18 febbraio 2005, cit., p. 12, il quale peraltro evidenzia che, laddove la banca contesti il proprio obbligo di procedere al frazionamento, il presidente dovrebbe valutarne le ragioni, e quindi, ove accolga il ricorso, emettere il provvedimento camerale di nomina del notaio; mentre "di piena giurisdizione sarà l'eventuale controversia (successiva) tra il richiedente e la banca, nel caso in cui il presidente non accolga il ricorso (e il richiedente non si limiti a ripresentarlo)".

³⁸ I precedenti progetti di legge nn. 2256 e 2842, presentati alla Camera dei deputati rispettivamente in data 31 gennaio 2002 e 10 giugno 2002, prevedevano che in caso di omissione della banca, ovvero nel caso di controversia tra le parti, il frazionamento del mutuo e dell'ipoteca avrebbe dovuto essere effettuato dal presidente del tribunale del luogo di situazione dell'immobile, stabilendo anche la parte a carico della quale sarebbe stato il costo del frazionamento.

³⁹ Di arbitraggio parla DOLMETTA, *Le modifiche alla disciplina del frazionamento di ipoteca nello schema di decreto legislativo 18 febbraio 2005*, cit., p. 12, il quale coerentemente ritiene analogica-

ve 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 giudiziale⁴⁰, o del notaio delegato alla vendita all'incanto nell'espropriazione forzata immobiliare⁴¹; fattispecie alle quali è possibile fare riferimento anche per l'individuazione dei profili teorici generali della funzione notarile in presenza di delegazione giudiziale.

Il notaio può avvalersi di ausiliari; questa sarà, anzi, l'ipotesi normale, tenuto conto della necessità di svolgere una serie di attività tecniche - formazione dei lotti, valutazione dell'immobile nel suo complesso e dei singoli lotti, eventuali rettifiche all'accatastamento, e simili - che certamente il notaio non può svolgere da solo. Il che non significa che, in alcuni casi, alle operazioni si possa procedere anche senza l'impiego di ausiliari (come, ad esempio, nel caso in cui un fabbricato sia composto da due appartamenti assolutamente identici). *La legge non richiede che gli ausiliari siano in possesso di requisiti specifici*; sarà ovviamente onere del notaio individuare soggetti che abbiano esperienza e competenza nel settore di cui trattasi⁴².

mente applicabile la relativa disciplina, in specie per quanto riguarda l'eventuale impugnazione dell'atto pubblico notarile di frazionamento, che dovrebbe così essere sostituibile, se erroneo o non conforme a legge, con un provvedimento giudiziale.

Altra fattispecie tradizionalmente qualificata dalla dottrina come arbitraggio "notarile", ed alla quale può farsi, per certi aspetti, riferimento per una ricostruzione delle modalità di esercizio di tale tipo di attività, CICU, *Successioni per causa di morte*, Milano, 1961, p. 422; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, Milano, 1962, p. 581; GIANNATTASIO, *Delle successioni*, III, Torino, 1964, p. 66-67; BURDESE, *La divisione ereditaria*, Torino, 1980, p. 141-142; Forchielli, *Della divisione*, Bologna-Roma, 1978, p. 159; MORA, *Il contratto di divisione*, Milano, 1995, p. 134.

⁴⁰ 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 RUOTOLLO-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.

⁴¹ 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; LUIISO-MCCOLI, *Espropriazione forzata immobiliare e delega al notaio*, Milano 1999; CAMPEIS-DE PAULI, *Espropriazione immobiliare, credito fondiario e delega al notaio*, Padova 1999; MCCOLIS, *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.*, 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.

⁴² RIZZI, *La nuova disciplina di tutela dell'acquirente di immobile da costruire. Frazionamento del mutuo, revocatoria fallimentare ed altre novità legislative*, in corso di pubblicazione ("la legge non pone limiti di sorta. Potrà trattarsi quindi di professionisti del settore, periti o esperti in materia

Non sono neanche richieste particolari formalità per la nomina dei suddetti ausiliari, né è richiesto che gli stessi intervengano - quali comparenti - all'atto pubblico di frazionamento, o che da quest'ultimo risulti l'asseverazione, con giuramento, in ordine al contenuto degli atti posti in essere ed alla loro veridicità e correttezza. Non è neanche prescritta obbligatoriamente una menzione in ordine all'eventuale compimento di operazioni da parte di ausiliari, né la loro identificazione nell'atto pubblico di frazionamento (anche se tali menzioni ed identificazioni sono certamente opportune): ciò perché le attività poste in essere dai suddetti ausiliari sono propedeutiche e strumentali alla redazione dell'atto pubblico di frazionamento, ma non si identificano con esso. Piuttosto, l'identificazione degli ausiliari nell'atto di frazionamento, come pure la menzione delle attività dagli stessi compiute, e l'eventuale asseverazione con giuramento della relativa attività peritale, sono opportuni al fine di separare con nettezza la responsabilità di detti ausiliari da quella del notaio.

Nello svolgimento della suddescritta 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 (come si vedrà nel seguito).

Il comma 6-ter dell'art. 39 prevede la redazione, ad opera del notaio, di un mero atto di frazionamento. *Non è espressamente contemplata, invece, l'eventualità di svincolo di alcune unità immobiliari dall'ipoteca, mediante restrizione della stessa*, in conformità alla richiesta già presentata dal mutuatario alla banca, e ciò neanche nel caso in cui il valore delle restanti unità immobiliari sia idoneo a coprire, nel rispetto delle percentuali di legge proprie dei finanziamenti fondiari, il valore della garanzia per ciascun lotto residuo. Sarebbe, quindi, che *il diritto del mutuatario alla restrizione dell'ipoteca*, previsto dal comma 5 dell'art. 39 t.u.b., non sia assistito dalle garanzie di effettività introdotte dalla recente riforma, e *non possa quindi essere tutelato in forma specifica - in assenza di consenso della banca - mediante l'intervento del notaio*⁴³. Tale soluzione potrebbe sembrare peraltro eccessiva, almeno con riguardo all'ipotesi in

bancaria (anche ex funzionari o funzionari in carica di Istituti bancari) dai quali il Notaio potrà far predisporre materialmente il piano di frazionamento da recepire nell'atto pubblico”).

⁴³ Il precedente progetto di legge n. 2842, presentato alla Camera dei deputati in data 10 giugno 2002, prevedeva invece, nel caso di frazionamento effettuato con decreto del presidente del tribunale: “In ogni ipotesi di non corrispondenza, per eccesso, del valore cauzionale rispetto al valore reale dell'immobile, il presidente del tribunale ordina con decreto la riduzione automatica delle somme per le quali è stata presa l'iscrizione ipotecaria al valore risultante dalla perizia giudiziale estimativa dell'immobile”.

cui sussista l'accordo del costruttore e dei singoli acquirenti, le cui unità immobiliari dovrebbero essere liberate dall'ipoteca, in conformità alle previsioni dei relativi contratti preliminari, non essendo stato pattuito alcun acollo di mutuo. Se si ritiene - come sembra - che il mutuatario possa ottenere l'esecuzione in forma specifica di tale obbligo della banca, espressamente sancito dall'art. 39, comma 5, t.u.b., mediante un *ordinario giudizio di cognizione*, l'unico motivo per negare legittimità all'atto notarile, che dia luogo ad una restrizione dell'ipoteca, potrebbe ravvisarsi nel *danno* che tale operazione - in *assenza di un contraddittorio con la banca*, assicurato invece nel giudizio ordinario *ex art. 2932 c.c.* - potrebbe provocare alla banca stessa, a differenza del mero frazionamento ipotecario, che lascia invariato l'ammontare complessivo dell'ipoteca e la totalità dei beni vincolati a garanzia del finanziamento fondiario.

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 (art. 39, comma 6-ter, t.u.b.). Ciò non significa che non possa darsi il caso di un mutuo già in ammortamento anteriormente al suo frazionamento; anche se l'ipotesi contraria, presupposta dalla norma, appare quella più frequente⁴⁴.

Il comma 6-ter richiede un *atto pubblico di frazionamento*. È insufficiente, quindi, la forma della scrittura privata autenticata; circostanza comprensibile, posto che si tratta di un atto del notaio, sottoscritto solo dallo stesso, che avendo come unico autore un pubblico ufficiale non può che essere un atto pubblico (la scrittura privata autenticata presuppone evidentemente che vi siano delle sottoscrizioni di altri soggetti da autenticare). Nulla ha quindi a che fare la previsione dell'atto pubblico con valutazioni di tipo sistematico inerenti la forma dei contratti di mutuo fondiario (per i quali, del resto, non è prevista la forma pubblica dal t.u.b.)⁴⁵.

⁴⁴ DOLMETTA, *Le modifiche alla disciplina del frazionamento di ipoteca nello schema di decreto legislativo 18 febbraio 2005*, cit., p. 13 (secondo il quale "la norma stabilisce semplicemente che, se all'atto della suddivisione l'ammortamento del capitale era già in atto, l'ammortamento continua riparametrato nelle quote-debito; se la suddivisione avviene in un momento in cui l'ammortamento del capitale non è ancora iniziato, l'ammortamento delle quote inizia dal successivo momento in cui il contratto di finanziamento ha previsto l'ammortamento del capitale"); FAUSTI, *La modifica dell'art. 39 t.u.b. introdotta dal disegno di legge in attuazione della legge 2 agosto 2004, n. 210. Gli articoli 6 e 7 dello schema di decreto legislativo*, cit., p. 5 ("il diritto al frazionamento segue indipendentemente dal momento in cui il mutuo va in ammortamento, né viene meno per il fatto che il mutuo sia già entrato in ammortamento").

⁴⁵ FAUSTI, *La modifica dell'art. 39 t.u.b. introdotta dal disegno di legge in attuazione della legge 2 agosto 2004, n. 210. Gli articoli 6 e 7 dello schema di decreto legislativo*, cit., p. 8.

È dubbio che si possa rilasciare al creditore copia esecutiva dell'atto pubblico di frazionamento: per la soluzione negativa sembrerebbe deporre il fatto che si tratta di un atto a cui non partecipa il soggetto debitore (considerato, inoltre, il fatto che il titolo esecutivo, nell'eventuale esecuzione forzata, sarà rappresentato dall'atto originario di mutuo); per l'affermativa potrebbe, invece, deporre la circostanza che dall'atto pubblico di frazionamento comunque risultano obbligazioni di somme di denaro, e che si tratta di un atto certamente vincolante per il debitore.

Quanto alla previsione della *sottoscrizione del solo notaio*, la stessa si giustifica in considerazione della mancata disponibilità della banca mutuante, già in mora nell'adempimento dell'obbligo previsto dal comma 6-*bis*.

Si tratta, quindi, di un *atto notarile senza parti*, del quale esistono altri esempi nell'ordinamento giuridico italiano: basti pensare al verbale d'incanto, redatto dal notaio o altro professionista delegato ai sensi dell'art. 591-*bis* c.p.c.; e - secondo un'accreditata ricostruzione dottrinale - ai verbali di assemblea di società di capitali⁴⁶. Proprio all'elaborazione dottrinale sul punto è possibile far riferimento per individuare i *requisiti formali* e le *caratteristiche redazionali* di tale tipo di documento: è un atto pubblico, al quale dovranno applicarsi le norme della legge notarile (artt. 47 ss.), solo nella misura in cui siano compatibili con la sua speciale natura. Non vi sono quindi componenti di cui accertare l'identità personale e la legittimazione all'atto, non è richiesta l'assistenza di testimoni, non trovano applicazione le norme poste a tutela delle parti che non sappiano leggere e scrivere, o non conoscano la lingua italiana, non si dà luogo a lettura dell'atto pubblico e dei relativi allegati⁴⁷.

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

⁴⁶ Cfr., per i verbali di assemblea, CASU, *L'atto notarile tra forma e sostanza*, Milano-Roma 1996, p. 416 ss. (ed ivi citazioni di dottrina nel medesimo senso). Dopo la riforma societaria del 2003, cfr. in tal senso AA.VV., *Le massime del Consiglio Notarile di Milano*, Ipsa 2005, p. 141 ss.

⁴⁷ Cfr., per le medesime conclusioni in relazione al verbale d'incanto *ex art. 591-bis c.p.c.*, C.N.N. (estensore FABIANI), *Sulla natura giuridica del verbale d'incanto di cui all'art. 591-bis c.p.c.*, in *Studi e materiali*, 6.2, Milano 2001, p. 948; C.N.N. (estensore FABIANI), *Sulla necessità o meno di redigere contestualmente all'incanto il verbale di cui all'articolo 591-bis c.p.c.*, in *Studi e materiali*, 6.2, Milano 2001, p. 935; C.N.N. (estensori CASU-RAITI), *Espropriazione forzata immobiliare e compiti affidati al notaio (a proposito della legge 3 agosto 1998 n. 302)*, in *Studi e materiali*, 6.1, Milano 2001, p. 201; C.N.N., *Circolare 10.9.1998 - Delega ai notai di atti in tema di espropriazione forzata immobiliare*, in *Notariato*, 1998, p. 593.

ai criteri di individuazione per il periodo di preammortamento immediatamente precedente. Il riferimento al “*diverso accordo delle parti*” presuppone, ovviamente, che le stesse intervengano all’atto di frazionamento: con la conseguenza che - *nel caso di atto pubblico sottoscritto dal solo notaio - l’ammortamento non può che seguire, per ciò che attiene sia alla sua decorrenza che al tasso di interesse, le regole già stabilite nell’originario contratto di finanziamento*. Il riferimento alle “parti”, poi - nel caso, ovviamente, di frazionamento perfezionato con l’accordo di queste ultime - deve essere inteso con riferimento non al mutuatario originario, ma al terzo acquirente accollante la quota di mutuo⁴⁸: ciò anche se l’accollo è cumulativo e non liberatorio, poiché - ferma restando la responsabilità sussidiaria del precedente debitore in conformità alle condizioni originariamente pattuite - nulla impedisce che l’accollante possa autonomamente pattuire le condizioni dell’obbligazione a lui facente capo (cfr. gli artt. 1293 e 1304 c.c.).

Quanto al *tasso di interesse*, il riferimento a criteri di individuazione precedentemente determinati comporta la necessità, o quanto meno l’opportunità, 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*; modificando, quindi, la prassi di alcune banche, che attualmente usano indicare nei contratti di finanziamento un tasso di interesse “ai soli fini ipotecari”, certamente non utilizzabile ai fini in oggetto. 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.

È possibile che, nel corso delle attività necessarie per addivenire all’atto pubblico di frazionamento, il notaio incontri *difficoltà* non prevedibili, o comunque non risolte dal presidente del tribunale con il decreto di nomina: un esempio per tutti, l’inesistenza di un tasso di interesse nel contratto di finanziamento e nella documentazione prodottagli. In questi casi deve ritenersi che *il notaio possa ricorrere al presidente del tribunale*, autorità giudiziaria delegante, al fine di ottenere istruzioni in ordine alle difficoltà emerse.

Potrebbe poi verificarsi il caso che - nel corso delle operazioni affidate al notaio - sorgano *contestazioni tra le parti, o dalle parti nei confronti del*

⁴⁸ DOLMETTA, *Le modifiche alla disciplina del frazionamento di ipoteca nello schema di decreto legislativo 18 febbraio 2005, predisposto per attuare la legge delega n. 210/2004*, cit., p 14.

notaio, in ordine alle modalità del frazionamento, e vengano comunicate al notaio opposizioni in ordine alle operazioni da lui compiute. Tenuto conto che il notaio opera, nel caso di specie, in quanto delegato dall'autorità giudiziaria, e non è quindi vincolato alle determinazioni delle parti, deve ritenersi che egli possa comunque procedere al frazionamento nonostante ogni opposizione, salvo che egli prudentemente ritenga di rimettere all'autorità giudiziaria delegante la soluzione delle questioni sollevate.

7. (SEGUE): I CRITERI OGGETTIVI PER PROCEDERE AL FRAZIONAMENTO DEL MUTUO E DELL'IPOTECA

Si è visto che il frazionamento deve rispondere a criteri oggettivi, che tengano conto delle caratteristiche del rapporto di mutuo fondiario, e delle peculiarità dell'ipoteca a garanzia dello stesso⁴⁹. Di tali criteri oggettivi deve tener conto il notaio, nella predisposizione dell'atto pubblico di frazionamento. Appare quindi utile riepilogare rapidamente le relative problematiche.

In primo luogo, posto che *il mutuo fondiario deve essere concesso in misura non eccedente una determinata percentuale del valore dell'immobile concesso in ipoteca*⁵⁰, e che tale requisito è posto a tutela di ragioni di interesse generale⁵¹, *in ciascuno dei lotti ricavati in conseguenza del frazionamento deve essere rispettata tale proporzione*, e quindi la quota di mutuo corrispondente all'ipoteca su una porzione di immobile non potrà essere superiore alla percentuale di legge rispetto al valore di detta porzione⁵². Tale obiettivo dovrebbe essere, in realtà, facilmente rea-

⁴⁹ PETRAGLIA, *La nuova disciplina del credito fondiario*, Bancaria Editrice 1997, p. 93 ("sarebbe aberrante ritenere, ad esempio, che al debitore o al terzo spetti il diritto di ottenere comunque la suddivisione del finanziamento e dell'ipoteca secondo quanto dagli stessi arbitrariamente stabilito o nei termini pattuiti con l'impresa costruttrice").

⁵⁰ Cfr. l'art. 38, comma 2, t.u.b., e le istruzioni attuative emanate dalla Banca d'Italia.

⁵¹ Cfr. Cass. 1 settembre 1995 n. 9219, in *Vita not.*, 1996, p. 102.

⁵² FAUSTI, *La modifica dell'art. 39 t.u.b. introdotta dal disegno di legge in attuazione della legge 2 agosto 2004, n. 210. Gli articoli 6 e 7 dello schema di decreto legislativo*, cit., p. 7; TARDIVO, *Il credito fondiario nella nuova legge bancaria*, Milano 2003, p. 100 ss., 110 ss.; ID., *A proposito del frazionamento di mutui fondiari ed edilizi*, in *Vita not.*, 1991, p. 429; PETRAGLIA, *La nuova disciplina del credito fondiario*, cit., p. 93; PETRAGLIA, *La suddivisione del finanziamento in quote ed il frazionamento ipotecario del credito fondiario dopo il Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 148; FILOGRANO, *Il credito fondiario. Disciplina e funzione negoziale*, cit., p. 80 ss.; BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo t.u. bancario*, cit., p. 41 ss. (che rileva come "non avrebbe alcun significato la configurazione di un diritto del mutuatario o del terzo acquirente se permanesse l'ampia facoltà della banca di operare la suddivisione e il frazionamento al di fuori di qualsiasi criterio vincolante").

lizzabile, in quanto il valore dell'edificio, realizzato in data successiva all'erogazione del mutuo, dovrebbe superare il valore originario dell'immobile⁵³.

Senonché, potrebbe verificarsi - e di fatto di frequente si verifica - che *il costruttore chieda la restrizione dell'ipoteca*, e quindi la liberazione di un certo numero di unità immobiliari, *concentrando il residuo importo del mutuo sulle rimanenti unità*. L'applicazione dei principi sopra enunciati ha fatto ritenere alla dottrina che l'operazione possa essere perfezionata, in questo caso, solo e nella misura in cui possa essere *rispettata - per ciascuna delle residue unità ipotecate - la proporzione di legge* sopra descritta, e con *l'accordo delle parti interessate*⁵⁴. Accordo che potrebbe risultare - quanto al costruttore ed ai singoli acquirenti - anche dalle patteggiamenti contrattuali tra essi intercorse in sede di stipula dei contratti preliminari, allorché non si sia convenuto alcun accollo di mutuo e sia stata promessa, nei suddetti contratti preliminari, la liberazione di tali unità immobiliari dall'ipoteca. Ferma restando, secondo la tesi che appare più prudente, la *necessità in ogni caso di un espresso consenso della banca alla restrizione dell'ipoteca* (esclusa, quindi, la possibilità di perfezionarla con atto unilaterale del solo notaio delegato).

Secondo TARDIVO, *Il credito fondiario nella nuova legge bancaria*, cit., p. 121, assumerebbe rilevanza anche la disposizione dell'art. 2645-bis, commi 4 e 5, in combinato disposto con l'art. 2825-bis c.c., nella misura in cui ammette una tolleranza di un ventesimo dell'eventuale differenza di superficie o di quota dell'unità immobiliare realizzata rispetto a quanto indicato nel contratto preliminare trascritto: tale limite vincolerebbe anche in sede di frazionamento ipotecario.

I precedenti progetti di legge nn. 2256 e 2842, presentati alla Camera dei deputati rispettivamente in data 31 gennaio 2002 e 10 giugno 2002, espressamente facevano riferimento al criterio di "corrispondenza proporzionale tra l'effettivo valore delle singole unità immobiliari e le singole quote risultanti dalla suddivisione del frazionamento". Il progetto di legge n. 2842 disponeva poi che, nel caso di frazionamento operato dal presidente del tribunale, lo stesso avrebbe dovuto basarsi su "perizia giudiziale estimativa immobiliare, che accerti l'esatto rapporto tra il valore reale dell'immobile offerto in garanzia e il relativo valore cauzionale dell'iscrizione ipotecaria".

⁵³ Rileva FAUSTI, *La modifica dell'art. 39 t.u.b. introdotta dal disegno di legge in attuazione della legge 2 agosto 2004, n. 210. Gli articoli 6 e 7 dello schema di decreto legislativo*, cit., p. 7, che "se, per avventura, al contrario, dovesse verificarsi che il finanziamento eccede il valore di quanto realizzato, vuol dire che non si tratta di mutuo fondiario ma di mutuo ordinario e quindi l'intera disciplina del C.F., art. 39 compreso, è inapplicabile".

⁵⁴ FILOGRANO, *Il credito fondiario. Disciplina e funzione negoziale*, cit., p. 83 ss. ("si deve quindi ritenere che la liberazione "totale" di uno fra più immobili, a seguito di frazionamento ipotecario, possa aver luogo solo con l'accordo delle parti, ossia della banca e del soggetto finanziato; ai fini poi della sua opponibilità al terzo acquirente della entità immobiliare gravata dal maggior peso ipotecario, deve invece distinguersi a secondo che vi sia o no l'accollo del finanziamento fondiario. Nel primo caso, lo svincolo totale sarà opponibile solo se risultante dal finanziamento fondiario oggetto di accollo da parte del terzo acquirente. In mancanza di accollo, invece, l'opponibilità dipende dal fatto che il frazionamento risulti essere stato annotato in data anteriore alla trascrizione dell'acquisto del bene da parte del terzo").

Pertanto, mentre è necessario - *per ogni singolo lotto* - il rispetto della *proporzione di legge* tra importo del mutuo garantito e valore dell'immobile ipotecato, *non è invece necessario ed inderogabile* - salvi i diritti dei terzi, come meglio si vedrà *infra* - *il rispetto dell'identica proporzione nei singoli lotti*, alcuni dei quali potrebbero essere di valore superiore rispetto alla quota di mutuo ad essi imputata, mentre altri potrebbero essere addirittura svincolati dall'ipoteca. Quest'ultima eventualità, peraltro, può verificarsi solo in presenza di un atto sottoscritto dalla banca e dalle altre parti interessate, in quanto nel caso di atto di frazionamento sottoscritto dal solo notaio, senza quindi il consenso della banca, non sembra potersi darsi luogo ad alcuna restrizione di ipoteca.

Ancora, difficoltà possono sorgere in conseguenza della necessità - con l'ultimazione del fabbricato - di procedere ad una *nuova valutazione dell'immobile ipotecato*; non essendo certo che possa o debba tenersi conto di questo nuovo valore al fine di effettuare la parametrizzazione di cui sopra⁵⁵, quantomeno nell'ipotesi in cui difetti il consenso di tutte le parti⁵⁶.

Occorre poi considerare - e si tratta di elemento di notevole importanza - che *il frazionamento*, nella misura in cui incide sul valore delle quote di mutuo da attribuirsi alle singole unità immobiliari, è *suscettibile di ledere anche gli interessi di terzi*: in particolare, dei creditori chirogra-

⁵⁵ DOLMETTA, *Le modifiche alla disciplina del frazionamento di ipoteca nello schema di decreto legislativo 18 febbraio 2005, predisposto per attuare la legge delega n. 210/2004*, cit., p. 8 ss., distingue due casi: quello in cui l'ipoteca sia frazionata per tutte le unità immobiliari (caso nel quale il tempo della valutazione dovrebbe essere quello del frazionamento), e quello in cui il frazionamento avvenga in più momenti (nel quale si ritiene preferibile il riferimento al valore degli immobili al tempo del primo frazionamento).

Secondo PETRAGLIA, *La nuova disciplina del credito fondiario*, cit., p. 94 ss., la prassi bancaria di procedere al frazionamento ipotecario sulla base del valore attuale - calcolato al momento del frazionamento - degli immobili cauzionali "non sembra incontrare alcuna seria obiezione normativa"; anzi la tendenza del legislatore a considerare l'evoluzione del valore dell'immobile risulterebbe dall'art. 2875 c.c. e dall'art. 39, comma 5, del D.Lgs. n. 385/1993 (in tema di riduzione dell'ipoteca).

Per TARDIVO, *Il credito fondiario nella nuova legge bancaria*, cit., p. 119, il metodo operativo di aggiornamento della valutazione degli immobili ipotecati "può considerarsi anche oggi giustificato come obiettivo operativo, pur se va evidenziato che nel dare corso al frazionamento la banca non può esimersi dal rispetto del *dovere generico di lealtà e correttezza, nonché di buona fede*, preso in considerazione nel vigente ordinamento giuridico in materia contrattuale, e sempre che non si verta in ipotesi di accollo che determina l'applicazione degli artt. 2825-bis (eventualmente adeguato ai sensi dell'art. 39, comma 3) e 2645-bis, commi 4 e 5, c.c."

⁵⁶ Secondo TARDIVO, *Il credito fondiario nella nuova legge bancaria*, cit., p. 121, "per la valutazione aggiornata è attualmente necessario (ma non sufficiente) il consenso scritto delle parti", al fine di evitare la nullità relativa ex art. 117 t.u.b. Secondo l'autore, inoltre, "la parametrizzazione del finanziamento al costo effettivo delle opere da eseguire in base ad accordo successivo tra le parti (banca e cliente) (si vedano anche gli artt. 2923 sg. c.c.), sembra essere l'unico strumento per giungere ad una valutazione aggiornata e giustificare la prassi bancaria, sempre che non si pregiudichino antecedenti diritti dei terzi".

fari, e di quelli ipotecari di grado successivo, oltre ovviamente all'interesse dei terzi acquirenti diversi dal richiedente il frazionamento⁵⁷. Ciò fa seriamente dubitare non tanto che il frazionamento possa essere effettuato - essendo lo stesso espressamente previsto dalla legge - quanto che sia derogabile, in danno dei terzi, il rigido criterio di proporzionalità nell'attribuzione ai singoli lotti di quote del mutuo frazionato.

Occorre allora stabilire quali siano i soggetti il cui consenso è necessario a tal fine. La dottrina ha ritenuto che sia necessario il *consenso del terzo acquirente* richiedente il frazionamento, pena l'inefficacia dello stesso nei suoi confronti⁵⁸. Non è invece necessario il consenso del mutuatario-venditore riguardo alle unità immobiliari già dallo stesso alienate, come si desume dalla circostanza che l'art. 39, comma 6-ter, t.u.b., contempla unicamente l'ipotesi del rifiuto della banca (e non quello del mutuatario originario) alla prestazione del consenso al frazionamento.

Quanto ai *creditori, ed agli altri aventi causa dal venditore*, si è ritenuto che il frazionamento sia agli stessi inopponibile nella misura in cui sia annotato in data successiva all'iscrizione di ipoteca, o alla trascrizione dell'acquisto a loro favore, e non rispetti il criterio di proporzionalità, sopra descritto⁵⁹. Sul punto, occorre rammentare che la giurisprudenza - tracciando un parallelo, a dire il vero non scontato, tra frazionamento e divisione - ha ritenuto che l'annotazione dell'avvenuto frazionamento di ipoteca non possa svolgere la funzione di soluzione dei conflitti con eventuali terzi che abbiano trascritto o iscritto il loro acquisto: ciò perché si tratterebbe di divisione di tale garanzia reale, avente, al pari di ogni atto divisorio, effetto retroattivo, con la conseguenza che la relativa annotazione si limiterebbe a rendere pubblico tale effetto, cui l'acquirente del bene deve sottostare, in quanto gli è opponibile l'iscrizione originaria, che è so-

⁵⁷ Per tale constatazione, DOLMETTA, *Le modifiche alla disciplina del frazionamento di ipoteca nello schema di decreto legislativo 18 febbraio 2005, predisposto per attuare la legge delega n. 210/2004*, cit., p. 9.

⁵⁸ DOLMETTA, *Le modifiche alla disciplina del frazionamento di ipoteca nello schema di decreto legislativo 18 febbraio 2005, predisposto per attuare la legge delega n. 210/2004*, cit., p. 9.

⁵⁹ FILOGRANO, *Il credito fondiario. Disciplina e funzione negoziale*, cit., p. 68 ss., 81 ss. (il quale ritiene che il frazionamento non proporzionale, a differenza di quello proporzionale, abbia natura costitutiva, e sia quindi opponibile ai successivi acquirenti che non l'abbiano accettato, a norma dell'art. 2843 c.c., solo nel caso in cui l'annotazione di frazionamento a margine dell'ipoteca sia anteriore rispetto alla trascrizione dell'acquisto del terzo).

Contra, PETRAGLIA, *La nuova disciplina del credito fondiario*, cit., p. 94 ss., il quale ritiene che non sia possibile in via interpretativa giungere a tali conclusioni, e nota che "nel sistema ipotecario vigente il legislatore mostra di voler predisporre dei mezzi di tutela per tali categorie di soggetti, a fronte di abusi eventuali dei creditori anteriormente iscritti, solo in presenza di determinati presupposti" (cfr. ad es. l'art. 2899 c.c.).

lo modificata⁶⁰. Senza entrare nel merito dell'esattezza, o meno, di tale posizione, si è comunque sostenuto che l'eventuale retroattività del frazionamento dell'ipoteca opererebbe soltanto nel caso in cui la suddivisione abbia luogo in misura proporzionale alle quote di debito a loro volta frazionate; mentre ove tale proporzione non venga rispettata, il frazionamento sarebbe inopponibile ai creditori ed ai terzi aventi causa che abbiano iscritto o trascritto il loro acquisto anteriormente all'annotazione del frazionamento⁶¹.

Altri problemi sorgono nel *caso in cui le quote di mutuo accollate agli acquirenti, in base agli accordi intervenuti tra questi ultimi ed il costruttore-mutuatario, non corrispondano ai criteri sopra descritti*. Posto che è certamente necessario rispettare le suddette pattuizioni contrattuali, il problema si pone allorché le stesse contrastino con norme inderogabili⁶².

Un caso a sé è peraltro quello in cui *il promissario acquirente accollante abbia trascritto il contratto preliminare*, ai sensi dell'art. 2645-bis c.c., anche se la trascrizione sia successiva all'iscrizione ipotecaria: in tal

⁶⁰ Cass. 14 dicembre 1990 n. 11916, in *Foro it.*, Rep. 1990, voce *Trascrizione*, n. 14. Conforme BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo t.u. bancario*, cit., p. 46, il quale ritiene che l'interpretazione adottata nel 1990 dalla Suprema Corte "esce sicuramente rafforzata dalla nuova normativa perché, nel momento in cui essa prende in considerazione la posizione del terzo acquirente e gli concede il diritto di ottenere il frazionamento, presuppone l'opponibilità a lui della successiva annotazione, proprio in considerazione del fatto che egli ha acquistato un bene già ipotecato, per cui la sua posizione non è pregiudicata, ma avvantaggiata dal frazionamento dell'ipoteca".

⁶¹ FILOGRANO, *Il credito fondiario. Disciplina e funzione negoziale*, cit., p. 68 ss., 81 ss. Diversamente, TARDIVO, *Il credito fondiario nella nuova legge bancaria*, cit., p. 119, partendo dal presupposto che il frazionamento non proporzionale "può pregiudicare i terzi, siano essi titolari di una ipoteca di grado successivo su tutte o parte delle unità immobiliari a suo tempo ipotecate, sia che abbiano trascritto propri diritti successivamente all'iscrizione ipotecaria derivante dal finanziamento fondiario", sembra ritenere precluso ogni frazionamento che non rispetti il rapporto iniziale tra importo deliberato e garanzia. Anche SEPE, *Commento all'art. 39*, cit., p. 307, ritiene plausibile "che, in presenza di trascrizioni e iscrizioni operate da terzi successivamente all'ipoteca, la banca sia comunque tenuta ad operare secondo buona fede e, in particolare, il frazionamento dell'ipoteca debba rispettare un criterio rapportato alla percentuale di concessione del mutuo".

⁶² Per TARDIVO, *Il credito fondiario nella nuova legge bancaria*, cit., p. 125 ss., la banca non può non tener conto di eventuali atti di accollo e comunicazioni di acquisto formalmente pervenute, anche se non trascritte; il che "non vuole indicare alcun obbligo di adeguamento dell'istituto bancario a scelte estranee, ma certamente necessità di valutazione di tali atti giuridici ed obbligo di decidere secondo correttezza e buona fede". Secondo PETRAGLIA, *La suddivisione del finanziamento in quote ed il frazionamento ipotecario del credito fondiario dopo il testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 148, e p. 151, "sarebbe aberrante ritenere ad esempio che al debitore o al terzo spetti il diritto di ottenere comunque la suddivisione del finanziamento e dell'ipoteca secondo quanto dagli stessi arbitrariamente stabilito o nei termini pattuiti con l'impresa costruttrice"; anche se è da ritenersi il creditore fondiario, sulla base dell'art. 39, comma 5, t.u.b., nonché "del dovere generale di buona fede e di quello di correttezza nei rapporti contrattuali, non possa prescindere dalle "esigenze" del debitore e dei terzi acquirenti posteriormente iscritti, realizzando piani di frazionamento in modo ingiustificato o arbitrario".

caso - purché l'accollo risulti dal contratto preliminare trascritto, o da un atto successivo annotato a margine della trascrizione del contratto preliminare, quest'ultima prevale sull'iscrizione ipotecaria, con la conseguenza che la banca potrà opporre l'ipoteca stessa solo nei limiti della quota accollata, e si realizzerà quindi una sorta di *frazionamento automatico dell'ipoteca fondiaria*. Ricorrendo tali presupposti, l'atto di frazionamento non potrà che recepire quanto già verificatosi *ex lege*, quindi la banca (come il notaio nominato dal giudice) sarà necessariamente *vincolata ad indicare, nel frazionamento, della quota di accollo risultante dal preliminare trascritto*. Nel caso in cui tale quota ecceda il rapporto proporzionale con il valore della porzione immobiliare ipotecata a garanzia, in dottrina si è peraltro dubitato che operi senz'altro, per l'eccedenza, la prevalenza disposta dall'art. 2825-bis c.c., o non sia piuttosto necessaria una nuova iscrizione a tal fine⁶³.

Al di fuori di tale fattispecie, la convenzione di accollo del mutuo - in base ai *patti contrattuali intercorsi tra il mutuatario-venditore ed il singolo acquirente* - potrebbe *accollare all'acquirente stesso una quota di mutuo superiore alla percentuale di legge dell'80%* del valore della porzione immobiliare dallo stesso acquistata, potendosi così in contrasto con la prescrizione inderogabile derivante dall'art. 38, comma 2, t.u.b. Potrebbe altresì verificarsi il caso in cui, pur rientrando nei parametri di legge di cui sopra (in presenza, cioè, di "capienza" del valore delle singole unità immobiliari rispetto alle quote di mutuo rispettivamente accollate), *le quote di mutuo accollate ai singoli acquirenti non corrispondano alla medesima percentuale del valore dei singoli immobili*.

Detti problemi vanno affrontati distintamente, tenendo conto di un duplice ordine di fattori. Da un lato, *l'inderogabilità dell'art. 38, comma 2, t.u.b.*, non rende possibile il suo superamento per mezzo di accordi contrattuali intervenuti tra il costruttore-mutuatario e l'acquirente (accordi ai quali, tra l'altro, la banca è estranea). Dall'altro, ben diversa si presenta la fattispecie dell'atto di frazionamento perfezionato con l'accordo di tutti i soggetti interessati, rispetto a quella che vede il *notaio*, delegato dall'autorità giudiziaria, come *unico autore dell'atto* medesimo, e quindi necessariamente vincolato a parametri oggettivi che occorre individuare.

Il problema non è nuovo. Lo stesso è stato analizzato, prima della recente riforma, a proposito della "possibilità" - nel caso appena esaminato - dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre della banca,

⁶³ TARDIVO, *Il credito fondiario nella nuova legge bancaria*, Milano 2003, p. 119.

ex art. 2932 c.c. Ci si è chiesti, in particolare, se sia “possibile”, ai sensi della succitata norma, un'esecuzione coattiva dell'obbligo di frazionamento allorché le quote di mutuo accollate agli acquirenti non siano rispettose della percentuale legale che deve intercorrere tra importo del finanziamento e valore del bene ipotecato; nonché nel caso in cui le quote accollate, pur rispettando dette percentuali per ogni singolo lotto, non siano tuttavia proporzionali tra loro. Al quesito si è data risposta negativa, escludendosi quindi nel caso suddetto l'eseguibilità in forma specifica: ciò sia per l'inderogabilità della percentuale tra finanziamento e valore dell'immobile, sia per una doverosa tutela dei diritti del creditore e degli altri terzi acquirenti, posto che “tale lesione è suscettibile di verificarsi tutte le volte che, a seguito dell'intervento giudiziale, il creditore si trovi (o possa trovarsi) costretto a “tollerare” (contro la sua volontà) quote di finanziamento sulle residue unità immobiliari superiori rispetto alla percentuale originaria di concessione ovvero si delinei la possibilità di favorire un subacquirente a danno di altri, ad esempio con il costringere questi ultimi ad effettuare accoli supplementari del finanziamento rispetto a quelli previsti nel contratto di compravendita originario”⁶⁴. Il giudice si troverebbe quindi tra *Scilla* (le percentuali inderogabili ex art. 38, comma 2, t.u.b.) e *Cariddi* (la necessità di rispettare le pattuizioni di accollo intercorse tra le parti, stante il necessario ed ineliminabile collegamento tra mutuo ed ipoteca fondiaria⁶⁵); e ciò renderebbe, per l'appunto, “impossibile” ai sensi dell'art. 2932 c.c. l'esecuzione coattiva.

Quid iuris in relazione a quel particolare tipo di “esecuzione coattiva” che è rappresentato dall'atto pubblico di frazionamento sottoscritto dal solo notaio delegato? Non sembra vi siano ragioni sufficienti per differenziare questa fattispecie da quella, sopra analizzata, dell'esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c.; semmai, la natura “sommaria” del procedimento e lo svolgimento delle operazioni di frazionamento al di fuori di qualsiasi contraddittorio delle parti, inducono, nel caso di intervento notarile, ad ancora maggior cautela.

Nel caso, quindi, in cui il valore della singola unità immobiliare non copra, nella porzione richiesta dall'art. 38, comma 2, t.u.b., l'importo

⁶⁴ PETRAGLIA, *La suddivisione del finanziamento in quote ed il frazionamento ipotecario del credito fondiario dopo il testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 154.

⁶⁵ PETRAGLIA, *La suddivisione del finanziamento in quote ed il frazionamento ipotecario del credito fondiario dopo il testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 153, coglie, “nel meccanismo del credito fondiario, quell'ineludibile nesso esistente fra credito ed immobile offerto in garanzia il quale costituisce il motivo d'essere e la ragione della “specialità” di questo tipo di credito”.

*della quota di mutuo accollata all'acquirente*⁶⁶, sorge il problema se il notaio debba procedere al frazionamento “correggendo” l'imputazione della quota di mutuo in relazione al valore del lotto, ovvero se lo stesso notaio - ove già delegato - debba rimettere gli atti al giudice, allegando l'impossibilità giuridica di procedere al frazionamento in assenza di accordo delle parti sul punto. Sostenendo la prima delle due possibilità, le parti, costruttore-mutuatario ed acquirente, sarebbero di conseguenza obbligate ad effettuare gli opportuni conguagli per adeguare le modalità di pagamento del prezzo al nuovo importo della quota di mutuo accollata: soluzione, questa, che sacrifica in modo probabilmente eccessivo l'autonomia contrattuale, e che non sembra poter essere accolta. A meno che *l'atto pubblico di frazionamento venga sottoscritto anche dal costruttore e dall'acquirente, che in tal modo accettino un accollo del mutuo di importo diverso rispetto a quello originariamente concordato, effettuando i necessari conguagli*. Tolta questa eventualità, che è certamente possibile (ed anzi auspicabile), *deve ritenersi che il notaio non possa, da solo, dar luogo ad un frazionamento che non rispetti le pattuizioni di accollo intercorse tra alienante ed acquirente*.

La stessa conclusione, per certi aspetti, vale per il caso in cui *il valore dell'immobile sia “capiente”, ma l'importo della quota di mutuo accollata non sia proporzionale alla percentuale originaria di concessione del mutuo*. Anche in quest'ipotesi, infatti, si pone il problema dei limiti di discrezionalità del notaio nel procedere al frazionamento. Nessun problema - allorché le percentuali inderogabili *ex art.* 38, comma 2, siano state rispettate - nel caso in cui il *frazionamento non proporzionale* sia stato *pattuito già in sede di concessione del finanziamento*, vincolando come tale sia la banca ed il mutuatario, sia i successivi acquirenti che, accollandosi quota del finanziamento, siano subentrati negli obblighi assunti dal mutuatario con il contratto di finanziamento (nel quale sarà contenuto, nel caso esaminato, un vero e proprio “contratto preliminare di frazionamento”)⁶⁷. Negli altri casi occorre distinguere.

Il notaio che proceda al *frazionamento dell'ipoteca sull'intero complesso condominiale* avrà modo di verificare la *capienza dei singoli lotti*, e ove questa sia assicurata nulla osterà al *rispetto delle pattuizioni di ac-*

⁶⁶ Per l'esigenza che sia realizzata la corrispondenza tra la quota di mutuo accollata ed il valore dell'immobile ipotecato a garanzia, DOLMETTA, *Le modifiche alla disciplina del frazionamento di ipoteca nello schema di decreto legislativo 18 febbraio 2005, predisposto per attuare la legge delega n. 210/2004*, cit., p. 7 ss.

⁶⁷ FILOGRANO, *Il credito fondiario. Disciplina e funzione negoziale*, cit., p. 81.

collo con i singoli acquirenti e quindi alla redazione del frazionamento per atto "unilaterale" del notaio, *senza che sia necessario assicurare una rigida proporzione tra mutuo e valore dei singoli lotti*⁶⁸, essendo probabilmente escluso che, pur nel rispetto della suddetta capienza, alcune unità immobiliari possano essere liberate dall'ipoteca senza il consenso della banca mutuante. Pertanto, nell'ipotesi in cui il costruttore abbia pattuito con alcuni acquirenti la liberazione delle relative unità immobiliari dall'ipoteca, in assenza di accollo di quote di mutuo da parte degli stessi, un frazionamento "integrale" dell'ipoteca non sarebbe possibile, secondo la tesi che, prudenzialmente, si ritiene di accogliere, per mezzo di un atto unilaterale del notaio, e dovrebbe a tal fine ricorrersi - al fine di assicurare il contraddittorio con la banca mutuante, necessario per la liberazione dall'ipoteca di alcune unità immobiliari - al *procedimento contenzioso disciplinato dall'art. 2932 c.c.*

Diverso è il caso in cui il notaio sia incaricato di un *frazionamento "parziale"*, limitato cioè all'unità immobiliare di pertinenza del richiedente. In questo caso, *imputare a tale lotto una quota di mutuo proporzionalmente inferiore* - avuto riguardo all'importo totale del mutuo ed al valore dell'intero complesso immobiliare - potrebbe, pur rispettando la convenzione di accollo, rendere *impossibile il rispetto della percentuale di legge riguardo alle altre unità immobiliari del condominio*. Delle due, allora, l'una: o si ritiene che il notaio abbia il potere-dovere di stimare, o far stimare, il valore dell'intero complesso condominiale e di ciascuna delle unità immobiliari in esso ricomprese, e quindi procedere al frazionamento non proporzionale ove constatati che esso non pregiudica il rispetto delle percentuali di legge per gli altri lotti; o, al contrario, si pone l'accento sull'assenza di discrezionalità del notaio, e si conclude - *nel caso di frazionamento parziale* - per la *necessità inderogabile del rispetto delle percentuali originarie di concessione del mutuo*⁶⁹. Questa sembra, in ultima analisi, l'unica soluzione conforme a legge. Innanzitutto per ragioni di celerità, che sicuramente sono state tenute in considerazione dal legislatore nel prevedere il "frazionamento parziale": la stima del valore dell'intero complesso condominiale potrebbe essere operazione lunga e costosa, ed il relativo onere non adeguato all'importo dell'operazione riferita alla sin-

⁶⁸ Ferma restando - almeno ad avviso di una parte della dottrina - l'inopponibilità del frazionamento, che non rispecchi la proporzione originaria, ai creditori ed aventi causa dal costruttore che abbiano iscritto o trascritto anteriormente all'annotazione del frazionamento.

⁶⁹ Per tale soluzione, FILOGRANO, *Il credito fondiario. Disciplina e funzione negoziale*, cit., p. 80 ss.

gola unità immobiliare. Poi perché il notaio potrebbe non essere in possesso di tutti i contratti, preliminari o definitivi, stipulati dal costruttore, e potrebbe quindi non essere a conoscenza dell'importo delle singole quote accollate agli acquirenti. Si aggiunga il fatto che, proprio perché parziale, il frazionamento che non rispetti le percentuali originarie di concessione del mutuo potrebbe - anche in caso di capienza - ledere gli interessi degli acquirenti delle altre unità immobiliari, costringendo gli stessi a pattuire l'accollo di quote di mutuo superiori. Tutte motivazioni che depongono per l'*inammissibilità, nel frazionamento parziale, dell'utilizzo di criteri diversi da quello rigorosamente proporzionale*, in assenza di una disposizione di legge che autorizzi a far diversamente. E, si badi, proprio per l'assenza di una tale previsione legislativa anche l'organo delegante (presidente del tribunale) è vincolato al criterio proporzionale nel caso di frazionamento parziale: *l'eventuale disposizione del decreto di nomina che stabilisse diversamente sarebbe illegittima, e come tale dovrebbe essere disapplicata dal notaio delegato*.

Infine, il frazionamento non può porsi in contrasto con le prescrizioni inderogabili della normativa urbanistica: come è stato giustamente segnalato, "non è possibile con il frazionamento del mutuo creare ulteriori unità immobiliari rispetto a quelle individuate nella concessione edilizia e che danno la possibilità di circolazione autonoma del bene"⁷⁰.

8. (SEGUE): LE SPESE DELL'ATTO PUBBLICO DI FRAZIONAMENTO E DELLE EVENTUALI PERIZIE TECNICHE

Nulla stabilisce il comma 6-ter dell'art. 39 t.u.b. in relazione alle spese dell'atto pubblico di frazionamento, ed alle spese per perizie e consulenze da corrispondersi agli ausiliari del notaio, cui fa cenno la medesima disposizione.

Non sembra dubbio, innanzitutto, che il notaio possa rifiutare di assumere l'incarico se non riceve, preventivamente, l'importo delle spese e degli onorari relativi. La disposizione dell'art. 28, ultimo comma, della legge notarile è infatti tassativa nell'elencazione degli atti che devono essere ricevuti dal notaio anche in assenza di previo pagamento; nello stesso senso depone il recente d.m. 25 maggio 1999 n. 313, in tema di procedure esecutive immobiliari delegate ai notai, che espressamente prevede la

⁷⁰ TARDIVO, *Il credito fondiario nella nuova legge bancaria*, cit., p. 110.

facoltà del notaio, che non riceva l'acconto disposto nell'ordinanza di delega, di rinunciare a quest'ultima.

La legge non richiede che il giudice, nel nominare il notaio, statuisca anche sulle spese. Non si tratta però di una lacuna: facendo applicazione dei principi generali, poiché il frazionamento è un obbligo della banca, e le spese dell'adempimento sono a carico del debitore (art. 1196 c.c.), deve ritenersi che anche le spese per l'atto pubblico di frazionamento, e per gli ausiliari richiesti dal notaio, siano a carico della banca mutuante, la quale quindi - a prescindere da qualsiasi statuizione del giudice - è obbligata ad effettuarne il pagamento.

Potrebbe, però, verificarsi che la banca - già in mora nell'esecuzione del proprio obbligo - non ottemperi all'obbligo di previo pagamento. In tal caso, se il notaio ritiene di non assumere l'incarico, all'acquirente non rimarrà che agire giudizialmente nei confronti della banca stessa per ottenere l'adempimento coattivo dell'obbligo, oltre al risarcimento degli eventuali danni.

Per quanto riguarda il *trattamento tributario*, il frazionamento - ancorché sottoscritto dal solo notaio - è pur sempre atto inerente ad operazione di finanziamento a medio o lungo termine, ed è espressamente contemplato dall'art. 15 del d.p.r. 29 settembre 1973 n. 601. Ne consegue che - rimanendo attratto al regime dell'imposta sostitutiva, ivi prevista, l'atto sarà esente da imposte di registro, di bollo, ipotecarie e catastali.

Capitolo Ottavo

I DIVIETI DI STIPULA IN ASSENZA DI CANCELLAZIONE O FRAZIONAMENTO DI IPOTECHE E PIGNORAMENTI

1. Premessa: esigenze di tutela dell'acquirente e soluzioni normative. - 2. Presupposti del diritto dell'acquirente al frazionamento o alla cancellazione dell'ipoteca. - 3. Ambito di applicazione del divieto: immobili da costruire e requisiti soggettivi delle parti del contratto. - 4. (Segue): contratto di compravendita, altri contratti definitivi, contratto preliminare. - 5. Coordinamento con l'art. 6, comma 1, lett. *b*), del decreto legislativo. - 6. L'individuazione delle ipoteche da cancellare o da frazionare. - 7. La preclusione alla vendita degli immobili ipotecati non accatastati. - 8. Inammissibilità della rinuncia dell'acquirente alla tutela dell'art. 8. - 9. (Segue): l'obbligo notarile di accertamenti ipotecari e la "dispensa" da visure; rilievi sistematici. - 10. Perfezionamento del titolo idoneo alla cancellazione o al frazionamento. - 11. Responsabilità disciplinare del notaio *ex art.* 28 della legge notarile. - 12. Il problema della validità o nullità del contratto compiuto in violazione del divieto.

1. PREMESSA: ESIGENZE DI TUTELA DELL'ACQUIRENTE E SOLUZIONI NORMATIVE

Tra le nuove previsioni che maggiormente incideranno sull'attività notarile, un posto di rilievo spetta all'art. 8 del decreto, a norma del quale "il notaio non può procedere alla stipula dell'atto di compravendita se, anteriormente o 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 ipote-

carie, o trascrizioni di pignoramenti, di cui magari veniva promesso il frazionamento, o la cancellazione, all'atto della stipula del contratto di compravendita, ma che in realtà non venivano poi frazionate o cancellate, con conseguente grave pregiudizio dell'acquirente, e possibile assoggettamento dell'immobile dallo stesso acquistato ad espropriazione forzata per il soddisfacimento di un debito altrui; in un contesto in cui la giurisprudenza escludeva che il frazionamento del mutuo e dell'ipoteca, se non espressamente promesso, rientrasse tra le obbligazioni principali del venditore¹.

Per meglio comprendere tale problema, occorre rammentare che, sulla base del disposto dell'art. 1482 c.c. dottrina e giurisprudenza riconoscono il diritto dell'acquirente - in alternativa alle facoltà di chiedere la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno - di rifiutare l'adempimento della propria prestazione, e la stipula del contratto definitivo, in mancanza della cancellazione di ipoteche e pignoramenti². Fatta salva peraltro la facoltà dell'acquirente di addivenire comunque alla stipula del contratto definitivo, attivando in tal caso i rimedi a sua disposizione nei confronti sia del venditore che del creditore ipotecario³. *Nulla quindi impedisce all'acquirente, nel diritto comune, di rinunciare alle tutele civilistiche previste dalla legge, concludendo il contratto definitivo di compravendita nonostante l'esistenza di ipoteche e pignoramenti.*

Il legislatore ha voluto ora risolvere - nell'ambito della contrattazione avente ad oggetto immobili da costruire a favore di persone fisiche - il problema in modo imperativo, vietando in radice la stipula del contratto definitivo in presenza di ipoteche non frazionate, o di ipoteche o pignoramenti non cancellati. 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.

¹ Cass. 29 maggio 1982 n. 3325, in *Foro it.*, Rep. 1982, voce *Vendita*, n. 32. Secondo App. Napoli 4 novembre 1980, in *Vita not.*, 1981, p. 671, il frazionamento di un mutuo fondiario gravante su un edificio e che l'acquirente di un appartamento si è accollato *pro quota* deve avvenire a cura del costruttore venditore.

² Cass. 28 aprile 2004 n. 8143, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Contratto in genere*, n. 68; Cass. 1 dicembre 2000 n. 15380, in *Contratti*, 2001, p. 543; Cass. 8 novembre 2000 n. 14532, in *Foro it.*, Rep. 2000, voce *Contratto in genere*, n. 506; Cass. 11 febbraio 1985 n. 1134, in *Foro it.*, Rep. 1985, voce *Contratto in genere*, n. 210; Cass. 29 maggio 1982 n. 3325, in *Foro it.*, Rep. 1982, voce *Vendita*, n. 33.

³ Cass. 10 marzo 1999 n. 2091, in *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Vendita*, n. 49.

In via preliminare, occorre precisare che la disposizione in esame (art. 3, lett. n), della legge n. 210/2004, con il quale si delegava il Governo a prevedere “norme dirette a rendere effettivo il diritto dell’acquirente al perfezionamento degli atti” di frazionamento del mutuo fondiario, “e all’eventuale cancellazione dell’ipoteca o del pignoramento gravante sull’immobile da costruire”. Nella stessa disposizione venivano, peraltro, disciplinate due fattispecie diverse: la prima, quella relativa al frazionamento del mutuo fondiario, attiene al diritto dell’acquirente nei confronti della banca mutuante al perfezionamento del relativo atto; mentre la seconda, relativa alla cancellazione dell’ipoteca e del pignoramento, non può che contemplare il *diritto soggettivo dell’acquirente nei confronti innanzitutto del costruttore, ma anche nei confronti del creditore ipotecario*.

Esiste, a monte, una precisa disposizione che prevede il diritto ad ottenere, dal creditore, la cancellazione dell’ipoteca: l’art. 1200 c.c., a norma del quale “il creditore che ha ricevuto il pagamento deve consentire la liberazione dei beni dalle garanzie reali date per il credito”. Questa disposizione non indica espressamente il titolare del diritto alla cancellazione, che peraltro la dottrina e la giurisprudenza identificano con il proprietario del bene ipotecato, ed in genere con il soggetto “interessato” (v. l’art. 2874 c.c.)⁴. Di un diritto del terzo acquirente del bene ipotecato alla cancellazione dell’ipoteca - che comunque si desume sistematicamente dagli artt. 2889 ss. c.c. - parla invece espressamente l’art. 2867, ult. comma, c.c. In via analogica, il medesimo diritto deve ritenersi sussistere a favore del terzo acquirente di immobile pignorato, ed a carico del creditore pignorante, riguardo alla cancellazione del pignoramento (cancellazione comunque dovuta da parte degli organi dell’esecuzione, ai sensi degli artt. 586, 567, comma 3, 562 c.p.c. e 172 disp. att. c.p.c.).

Le prescrizioni suindicate attribuivano quindi, già anteriormente alla riforma, il diritto alla cancellazione al terzo acquirente del bene ipotecato o pignorato sia nei confronti del creditore ipotecario che nei confronti

⁴ Cass. 1 ottobre 1999 n. 10893, in *Notariato*, 2000, p. 119, con note di Figurelli e Vignoli; in *Riv. not.*, 2000, p. 441; in *Vita not.*, 2000, p. 316; in *Nuova giur. civ.*, 2000, I, p. 582, con nota di BUSANI, *Responsabilità del creditore soddisfatto per mancata notizia al debitore dell’intervenuto consenso alla cancellazione dell’ipoteca*. La Suprema Corte precisa in particolare che il creditore è obbligato a prestare il consenso alla cancellazione dell’ipoteca, “in mancanza del quale può rispondere dei danni in favore del proprietario del bene”; e che “il creditore soddisfatto non può limitarsi a prestare, nelle forme prescritte dalla legge (artt. 2882, secondo comma, 2821 e 2835 c.c.), il proprio consenso alla cancellazione, ma deve attivarsi, nei modi più adeguati alle circostanze, affinché esso pervenga nella disponibilità del debitore e questi possa allegarlo all’istanza di cancellazione da rivolgere al conservatore, della quale l’atto in parola costituisce l’inevitabile corredo (art. 2882, primo comma)”.

dell'alienante. Al contrario, l'art. 39, comma 5, del t.u.b. attribuisce il diritto alla riduzione dell'ipoteca fondiaria unicamente al debitore.

Diversa è la problematica relativa al *diritto alla cancellazione dell'ipoteca, spettante al mutuatario-venditore nei confronti del mutuante*: si tratta di un piano diverso, in cui non è coinvolta la posizione del terzo acquirente, trattandosi unicamente dei *rapporti tra mutuante e mutuatario-venditore*. Cosicché devono ritenersi tuttora valide le conclusioni raggiunte sul punto: nel senso che il diritto del mutuatario ad ottenere la cancellazione dell'ipoteca, *ex art. 1200 c.c.*, è un diritto disponibile e quindi validamente rinunciabile, salva l'eventuale inefficacia (o, secondo un'interpretazione, nullità) della clausola di rinuncia, in quanto vessatoria, nei contratti con i consumatori⁵.

2. PRESUPPOSTI DEL DIRITTO DELL'ACQUIRENTE AL FRAZIONAMENTO O ALLA CANCELLAZIONE DELL'IPOTECA

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, essenzialmente, 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). L'esigenza di limitare la responsabilità dell'acquirente sussiste, peraltro, anche nell'*ipotesi in cui lo stesso non si sia accollata quota del mutuo*: sebbene in questo caso è interesse primario dell'acquirente ottenere, piuttosto, la cancellazione dell'ipoteca, non può escludersi che possa essere pattuito, nel contratto, il frazionamento della stessa (salvo, nel caso in cui si tratti di un finanziamento fondiario, quanto già osservato in ordine allo

⁵ C.N.N. (estensore CHIZZINI), *Clausola limitativa del potere di cancellazione dell'ipoteca*, in *Studi in tema di mutui ipotecari*, Milano 2001, p. 151; CACCAVALE, *Importo dell'ipoteca. Ipoteca integrativa. Clausole in deroga al diritto di chiedere la cancellazione dell'ipoteca*, in *Mutui ipotecari*, a cura del Comitato regionale notarile lombardo, Milano 1999, p. 209.

Dubitativamente, dopo la riforma del 2005, circa la persistente validità di tali clausole nel caso di immobili da costruire, FAUSTI, *La modifica dell'art. 39 t.u.b. introdotta dal disegno di legge in attuazione della legge 2 agosto 2004, n. 210. Gli articoli 6 e 7 dello schema di decreto legislativo*, cit., p. 10.

stretto collegamento tra mutuo ed ipoteca, che può rendere inattuabile il frazionamento in assenza di acollo del mutuo).

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.

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.). Ciò perché anche l'ipoteca solo formalmente iscritta può rappresentare un pregiudizio per la circolazione dell'immobile, e quindi per l'interesse dell'acquirente⁶.

3. AMBITO DI APPLICAZIONE DEL DIVIETO: IMMOBILI DA COSTRUIRE E REQUISITI SOGGETTIVI DELLE PARTI DEL CONTRATTO

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

⁶ La giurisprudenza ritiene concordemente che, posto che *l'ipoteca apparente*, iscritta su un bene che non era in proprietà del debitore, è *potenzialmente produttiva di danno per il legittimo proprietario*, è illecito il diniego di assenso del creditore alla cancellazione dell'ipoteca. Sulla base di tale principio:

– Cass. 16 febbraio 1994 n. 1505, in *Vita not.*, 1994, p. 1348, ed in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 1500, ha ritenuto il creditore obbligato alla cancellazione dell'ipoteca anche nel caso in cui l'ipoteca si sia già estinta per prescrizione;

– per Cass. 6 agosto 2004 n. 15183, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Trascrizione*, n. 2, l'acquirente del bene ha diritto di ottenere la cancellazione dell'iscrizione ipotecaria effettuata da un terzo in danno dell'alienante, anche se tale iscrizione sia avvenuta successivamente alla trascrizione dell'atto di compravendita (e sia quindi come tale a lui inopponibile). Nel medesimo senso, Cass. 26 luglio 1994 n. 6958, in *Foro it.*, 1995, I, c. 851;

– per Cass. 2 aprile 2001 n. 4793, in *Vita not.*, 2001, p. 824, il proprietario dell'immobile ha diritto di chiedere la cancellazione dell'ipoteca "indipendentemente dalla validità dell'iscrizione, sol che questa presenti elementi che possano ingenerare il dubbio che un'ipoteca, comunque, esista".

Sulla base del medesimo principio, la recente legge 14 maggio 2005 n. 80 ha modificato l'art. 586, comma 1, c.p.c., disponendo che "Il giudice con il decreto ordina anche la cancellazione delle trascrizioni dei pignoramenti e delle iscrizioni ipotecarie successive alla trascrizione del pignoramento"; risolvendo così una questione discussa in passato (sulla quale cfr. VELLANI, *Sulla cancellazione delle ipoteche posteriori al pignoramento*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1968, p. 1747; LUCCHESI, *Se il giudice dell'esecuzione possa ordinare la cancellazione delle ipoteche iscritte dopo la trascrizione del pignoramento*, in *Riv. dir. ipot.*, 1968, p. 21; LUCCHESI, *Sindacato del Conservatore sull'ordine di cancellazione delle ipoteche iscritte dopo la trascrizione del pignoramento*, in *Riv. dir. ipot.*, 1967, p. 64).

(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).

La lettera della legge, quindi, sembrerebbe riferirsi a tutti i contratti di compravendita immobiliare, nessuno escluso. Una prima, possibile interpretazione sarebbe quindi quella letterale, che porterebbe ad estendere il campo di applicazione della disposizione in esame a tutti i contratti aventi ad oggetto immobili ipotecati o pignorati⁷. In tal modo interpretata, tuttavia, la disposizione sarebbe certamente viziata da eccesso di delega, in quanto la legge 210/2004, nel prevedere l'emanazione di "norme dirette a rendere effettivo il diritto dell'acquirente al perfezionamento degli atti" di frazionamento del mutuo fondiario, "e all'eventuale cancellazione dell'ipoteca o del pignoramento gravante sull'immobile da costruire", evidentemente intendeva delimitare l'ambito di applicazione della disciplina di tutela con riguardo ai presupposti soggettivi ed oggettivi, più volte richiamati⁸. Si aggiunga il fatto che l'intero decreto delegato, come reso manifesto dalla sua intitolazione e dall'articolo 1, contenente le definizioni, trova applicazione limitatamente a tali fattispecie. È, allora, plausibile una diversa interpretazione, che tenga conto del principio di conservazione degli atti normativi (*magis valeat quam pereat*), e che quindi - nell'alternativa tra un'interpretazione che conduca alla sicura incostituzionalità della norma, ed un'altra che tale conseguenza eviti - privilegi senz'altro la seconda⁹, operando pertanto una "interpretazione correttiva"¹⁰ della lettera della legge, in omaggio ad elementari esigenze di ordine sistematico. Interpretazione correttiva resa possibile in quanto, a ben vedere, la lettera della legge non appare incompatibile con l'interpretazione più restrittiva: il legislatore, semplicemente, non ha ritenuto necessario ripetere, ad ogni piè sospinto, i requisiti soggettivi ed oggettivi che legittimano l'applicazio-

⁷ Danno conto di tale possibile interpretazione, pur senza prendere posizione al riguardo, 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* del 13 giugno 2005.

⁸ Per tale obiezione, PETRELLI, *La nuova disciplina a tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, cit.; RIZZI, *La nuova disciplina di tutela dell'acquirente di immobile da costruire. Frazionamento del mutuo, revocatoria fallimentare ed altre novità legislative*, in corso di pubblicazione.

⁹ Sulla necessità di interpretazione adeguatrice, al fine di rendere conforme la norma interpretata 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*, cit., p. 173 ss.

¹⁰ Sulla quale, cfr. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., p. 146.

ne delle disposizioni del decreto, ritenendo al contrario sufficiente averne definito l'ambito di applicazione all'articolo 1 del decreto medesimo.

Una possibile alternativa potrebbe essere quella di ipotizzare l'applicazione del divieto in esame anche ai *contratti definitivi*, relativi ad immobili già ultimati, che rappresentino *l'ultima fase di un procedimento iniziato con la conclusione di un contratto preliminare su immobili da costruire*: si potrebbe, cioè, ritenere che il legislatore abbia inteso comprimere l'autonomia privata solo nei casi di contrattazione tra costruttori e persone fisiche avente ad oggetto immobili da costruire, quali fattispecie caratterizzate da una particolare debolezza contrattuale dell'acquirente, e quindi da una peculiare esigenza di tutela di quest'ultimo. Senonché, una volta che l'immobile sia ultimato, e si addivenga alla conclusione del contratto definitivo, la precedente contrattazione preliminare perde ogni rilevanza, ivi compresa la preesistente, e non più attuale, posizione di debolezza contrattuale dell'acquirente.

D'altra parte, ipotizzare un'interpretazione restrittiva della disposizione in esame al fine di evitare l'eccesso di delega, e postulare poi un'estensione analogica alle fattispecie contrattuali aventi ad oggetto immobili già ultimati non sembra possibile, posto che l'analogia presuppone, oltre alla *eadem ratio* (che forse potrebbe riscontrarsi nel caso in esame, non sembrando sussistere alcuna apprezzabile esigenza per discriminare, sotto il profilo *de quo*, immobili ultimati o in corso di costruzione), anche una *lacuna legis* in senso tecnico, che appare invece difficile riscontrare (trattandosi, probabilmente, di lacuna ideologica).

In realtà, sotto il profilo sostanziale, si potrebbe obiettare che, se ha un senso vincolare all'obbligo di fideiussione solo il costruttore che vende o promette di vendere un fabbricato da costruire (perché maggiore è in quel caso l'esigenza di garantire all'acquirente l'effettivo conseguimento della proprietà), non si ravvisa invece un'adeguata giustificazione per un divieto di stipula - in presenza di ipoteche e pignoramenti - nel solo caso di immobili da costruire, posto che l'esigenza di salvaguardare la posizione dell'acquirente sussiste in entrambi i casi; l'accoglimento di tali obiezioni esporrebbe, in una direzione diversa da quella già esaminata, la disposizione in esame a *censura di incostituzionalità per violazione del principio di uguaglianza*. A ciò può però replicarsi che la disposizione dell'art. 8 si preoccupa di tutelare un *soggetto ritenuto particolarmente debole, l'acquirente di immobile ancora da costruire o da ultimare*, che stipuli ciò nonostante un contratto definitivo (ad effetti reali differiti); e che la situazione di "pericolo" è, in questo caso, accentuata dal permanere dell'impegno finanziario del costruttore, e quindi del pericolo, certa-

mente maggiore che nel caso di immobile ultimato, di successivo dissesto della relativa impresa. In effetti, anche sotto il profilo oggettivo questa fattispecie presenta maggiori rischi: tenendo conto che, in fase costruttiva, ipoteche e pignoramenti graveranno tendenzialmente sull'intero complesso edilizio, e *l'esposizione finanziaria sarà certamente maggiore rispetto a quella che può sussistere quando il fabbricato è già ultimato, ed in concomitanza di ciò saranno anche maggiori i rischi di inadempimento, o di dissesto*, del costruttore. Del resto, ove si adottasse l'interpretazione estensiva occorrerebbe, per coerenza, applicare il divieto anche ai *contratti stipulati tra soggetti privati* (non essendovi nell'art. 8 alcun riferimento al "costruttore"), ed anche ai contratti in cui acquirente sia una società o una persona giuridica; con totale stravolgimento della *ratio* e della portata della disciplina in commento. Senza considerare che a quel punto apparirebbe davvero senza senso la mancata previsione, nel contesto della disposizione dell'art. 8, di *altre formalità pregiudizievoli* (domande giudiziali, sequestri, ecc.).

Fermi restando, quindi, gli inevitabili dubbi nascenti dall'imperfetta formulazione della legge, sembra che l'art. 8 in esame possa ragionevolmente riguardare solo i *contratti con effetti reali differiti, 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, coerente nel contempo con le altre disposizioni del decreto legislativo.

Quanto sopra significa che *al di fuori di tali casi*, e quindi trattandosi di fabbricati ultimati ed agibili, o di fabbricati venduti da soggetti privati, o a soggetti diversi dalle persone fisiche, o di atti con effetti traslativi immediati, *permane la possibilità di stipulare il contratto definitivo anche in assenza di frazionamento o cancellazione dell'ipoteca, o del pignoramento*¹¹.

¹¹ In tal senso, PETRELLI, *La nuova disciplina a tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, cit., p. 12; FAUSTI, *La modifica dell'art. 39 t.u.b. introdotta dal disegno di legge in attuazione della legge 2 agosto 2004, n. 210. Gli articoli 6 e 7 dello schema di decreto legislativo*, cit., p. 9. Dubitativo, sul punto, DOLMETTA, *Le modifiche alla disciplina del frazionamento di ipoteca nello schema di decreto legislativo 18 febbraio 2005, predisposto per attuare la legge delega n. 210/2004*, cit., p. 6.

4. (SEGUE): CONTRATTO DI COMPRAVENDITA, ALTRI CONTRATTI DEFINITIVI, CONTRATTO PRELIMINARE

Il riferimento in via esclusiva, nell'art. 8 del decreto, 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". 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 identiche; 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 per subordinare 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. 4 per l'obbligo di assicurazione; art. 6, 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)¹². 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 costituzionale¹³), che depone per un'interpretazione estensiva della disposizione, nessun rilievo 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 interpretativo¹⁴. Né si potrebbe far leva sul (presunto) principio che vuole limitata l'applicazione delle *norme proibitive* ai soli casi in esse espressamente previste¹⁵: ove non si ritenesse possibile, come sopra suggerito, utilizzare lo strumento dell'interpretazione estensiva¹⁶, 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)¹⁷.

¹² DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova 1974, p. 54 ss.

Si pensi ancora - quale indice del fenomeno sopra descritto - alla disciplina dell'art. 72 della legge fallimentare, testualmente riferita alla compravendita ma applicata, secondo la comune interpretazione di dottrina e giurisprudenza, anche agli altri contratti traslativi a titolo oneroso (RUISSI, *Disciplina generale dei rapporti in corso di esecuzione, in Il fallimento*, II, a cura di RUISSI, JORIO, MAFFEI ALBERTI e TEDESCHI, Torino 1978, p. 519 ss., 543 ss. (ed ivi ulteriori riferimenti); GUGLIEMUCCI, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, cit., p. 76 ss.). Oppure 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).

¹³ LOREFICE, *Dogmatica giuridica e diritto civile*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, Milano 1999, p. 293 ss.

¹⁴ 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".

¹⁵ 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.

¹⁶ 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. Cfr. anche ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli 2003, p. 356 ss.).

¹⁷ D'AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, cit., p. 88 ss. (il quale evi-

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 definitivo¹⁸; controllo da esperirsi, in particolare, al fine di verificare che si sia provveduto agli atti necessari per la cancellazione delle formalità pregiudizievoli. Del resto, sarebbe inimmaginabile la sottoposizione del contratto preliminare ai medesimi divieti previsti per il contratto definitivo: sia perché in tal caso si finirebbe praticamente con il bloccare la contrattazione immobiliare, sia perché l'intervento notarile - presupposto dall'art. 8 come normale - è solo eventuale ed episodico per la stipula del contratto preliminare.

In conclusione, *il divieto di stipula, in difetto di cancellazione o frazionamento, deve ritenersi esteso a tutti i contratti ad effetti reali differiti, aventi ad oggetto immobili da costruire nei casi previsti dalla legge n. 210/2004¹⁹, mentre non si estende ai contratti preliminari ed altri contratti preparatori che presuppongano, comunque, un nuovo consenso da parte dell'acquirente.*

5. COORDINAMENTO CON L'ART. 6, COMMA 1, LETT. H), DEL DECRETO LEGISLATIVO

Agevole appare, a questo punto, il coordinamento con la previsione dell'art. 6, comma 1, lett. h), del decreto legislativo: *il contratto dovrà sempre riportare l'eventuale esistenza di ipoteche e trascrizioni pregiudizievoli*, differenziandosi tuttavia la disciplina del contratto definitivo, rispetto a quella del contratto preliminare:

– nel caso di contratto definitivo ad effetti reali differiti riguardante immobili da costruire, il consenso alla cancellazione di pignoramenti ed

denza 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".

¹⁸ Per tale funzione del preliminare, cfr. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano 1970, p. 152 ss.

¹⁹ PETRELLI, *La nuova disciplina a tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, cit., p. 39 ss.; FAUSTI, *La modifica dell'art. 39 l.u.b. introdotta dal disegno di legge in attuazione della legge 2 agosto 2004, n. 210. Gli articoli 6 e 7 dello schema di decreto legislativo*, cit., p. 10.

ipoteche, ed il frazionamento di questi ultimi, devono precedere o accompagnare il contratto stesso;

– nel caso, invece, di contratto preliminare avente il medesimo oggetto, cancellazione e frazionamento potranno essere anche successivi, nel qual caso occorrerà precisare nel contesto del contratto gli obblighi del venditore al riguardo.

L'art. 8 del decreto si preoccupa esclusivamente del frazionamento, o della cancellazione, di ipoteche e pignoramenti, senza fare alcun cenno alle *altre eventuali formalità pregiudizievoli di diversa natura* (domande giudiziali, sequestri, servitù, obbligazioni *propter rem*, ecc.). Ciò probabilmente in quanto il legislatore, effettuando una valutazione legale tipica, peraltro discutibile, 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, in ogni caso, solo la previsione dell'art. 6, comma 1, lett. *b*), 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”.*

6. L'INDIVIDUAZIONE DELLE IPOTECHE DA CANCELLARE O DA FRAZIONARE

Per quanto specificamente riguarda le ipoteche, l'art. 8 non distingue in ordine alla loro natura. Sono quindi da cancellarsi o frazionarsi, prima della stipula del contratto definitivo relativo ad immobili da costruire, sia le *ipoteche a garanzia di finanziamenti fondiari* che quelle *a garanzia di mutui ordinari*; ed inoltre *le ipoteche volontarie a garanzia di debiti preesistenti, le ipoteche giudiziali e quelle legali*²⁰.

Si riscontra, quindi, un'asimmetria rispetto alla previsione del preesistente art. 7, che - nell'intento di rendere “effettivo” il diritto dell'acquirente, o del promissario acquirente, al frazionamento dell'ipoteca nei con-

²⁰ DOLMETTA, *Le modifiche alla disciplina del frazionamento di ipoteca nello schema di decreto legislativo 18 febbraio 2005, predisposto per attuare la legge delega n. 210/2004*, cit., p. 6 (il quale peraltro nota che “il Governo era abilitato a intervenire solo sull'ipoteca nell'ambito di un'operazione di credito fondiario”).

fronti della banca mutuante - si preoccupa unicamente dell'ipoteca a garanzia di mutuo fondiario, limitandosi a modificare l'art. 39 t.u.b.

La tutela dell'acquirente, ricavabile dagli artt. 7 e 8 del decreto legislativo, è, quindi, articolata su un doppio livello:

– *nei confronti del costruttore*, la tutela riguarda solo l'acquirente, con esclusione del promissario acquirente. Detta tutela è piena, e riguarda tutte le ipoteche, di qualsiasi natura: gli atti notarili di consenso alla cancellazione o al frazionamento, ed i corrispondenti provvedimenti giudiziari, devono essere posti in essere anteriormente o contestualmente al contratto definitivo di acquisto dell'immobile da costruire;

– *nei confronti della banca mutuante*, compete non solo all'acquirente ma anche al promissario acquirente il diritto al frazionamento, ma relativamente alla sola ipoteca fondiaria. Per di più, quest'ultima tutela è estesa a qualsiasi acquisto, anche relativo ad immobili già ultimati ed agibili.

7. LA PRECLUSIONE ALLA VENDITA DEGLI IMMOBILI IPOTECATI NON ACCATASTATI

Con specifico riguardo al frazionamento dell'ipoteca fondiaria, il coordinamento con la nuova disciplina dell'art. 39 t.u.b. porta ad evidenziare la necessità - al fine di procedere al frazionamento stesso - che l'unità immobiliare sia accatastata.

Conseguentemente, se la porzione di fabbricato è ancora al rustico, e in conseguenza dello stadio non avanzato della costruzione non può essere ancora accatastata, la vendita risulta oggi preclusa dal disposto dell'art. 8 in commento²¹. Si tratta, quindi, di una consistente limitazione all'autonomia privata, che di fatto *impedisce al costruttore di un complesso immobiliare - il quale abbia finanziato la costruzione con un mutuo fondiario - la vendita al rustico degli appartamenti in esso compresi, prima del relativo accatastamento*²².

Al contrario, nessuna preclusione sussiste al *frazionamento dell'ipoteca non fondiaria* in caso di mancato accatastamento, rientrando tale fattispecie nella disciplina del codice civile, che non limita al riguardo l'autonomia negoziale della banca e del costruttore. Conseguentemente, *in tal*

²¹ 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.

²² PAOLINI-RUOTOLO, *Prime considerazioni sulla bozza di decreto legislativo in tema di tutela degli acquirenti di immobili da costruire o in corso di costruzione*, cit.

caso si potrà procedere al frazionamento, ed alla successiva vendita, ancor prima dell'accatastamento.

Nessun problema neanche nel caso in cui il costruttore intenda vendere un intero fabbricato al rustico e non accatastato: in tal caso non vi sarà alcun frazionamento da effettuare, e di conseguenza neanche l'accatastamento è richiesto. La vendita avrà luogo previa cancellazione dell'ipoteca, fondiaria od ordinaria, in ottemperanza alla prescrizione dell'art. 8 del decreto; ovvero lasciando sussistere la suddetta ipoteca, nell'ipotesi in cui il mutuo venga accollato all'acquirente.

8. INAMMISSIBILITÀ DELLA RINUNCIA DELL'ACQUIRENTE ALLA TUTELA DELL'ART. 8

La funzione protettiva della disciplina dettata dall'art. 8 del decreto in esame, e la natura imperativa della disposizione rende indisponibile la tutela ivi contenuta da parte dell'acquirente, il quale non può, quindi, rinunciare a tale tutela e consentire alla stipula dell'atto nonostante la mancata cancellazione dell'ipoteca o del pignoramento, o il mancato frazionamento dell'ipoteca, dispensando il notaio dall'espresso divieto di legge.

La conclusione appare, per molti aspetti, analoga a quella raggiunta da autorevole dottrina in ordine alla dispensa del notaio dall'obbligo di procedere a trascrizione, *ex art. 2671 c.c.*: si è fatto rilevare, in tale occasione, come a fronte di obblighi o divieti, posti a carico del notaio da norme di ordine pubblico, fuoriesca dalla disponibilità delle parti - pur interessate in quanto titolari del rapporto giuridico scaturente dall'atto - l'adempimento dell'obbligo o l'osservanza del divieto da parte del medesimo notaio²³.

La previsione dell'art. 8 costituisce, pertanto, una notevole limitazione all'autonomia negoziale delle parti, le quali fino ad oggi erano libere di pattuire diversamente. E non è escluso che, in determinati casi, pattuizioni di tenore diverso potrebbero essere astrattamente meritevoli di tutela.

Si consideri, innanzitutto, il *frazionamento dell'ipoteca*. Le parti potrebbero concordare che detto frazionamento debba aver luogo successivamente alla stipula dell'atto di compravendita, al fine di accelerare i tempi dell'acquisto, che potrebbe essere urgente per più di una ragione, magari nel precipuo interesse dell'acquirente. Si pensi al caso in cui l'acquirente abbia necessità di acquistare prima di una certa data, o abbia co-

²³ Cfr. per tutti GABRIELLI, *Limiti di ammissibilità di una dispensa del notaio dal dovere di provvedere alla pubblicità immobiliare*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 572.

munque un interesse maggiore del venditore a stipulare il contratto definitivo. Con la nuova disciplina, invece, nel caso di mutuo fondiario le parti sono obbligate ad attendere per novanta (o centoventi) giorni, in attesa che la banca assicuri la propria disponibilità a prestare il consenso alla suddivisione del mutuo e dell'ipoteca; e, nel caso di indisponibilità della banca, l'ulteriore tempo necessario al notaio ed ai suoi ausiliari al fine di predisporre l'atto pubblico di frazionamento. La situazione è ancor peggiore nel caso di mutui ipotecari non fondiari, o di altre ipoteche: nel qual caso il creditore non ha alcun obbligo di porre in essere il frazionamento, con ciò impedendo di fatto la stipula degli atti di compravendita ad opera del debitore; al quale non rimarrebbe - ammesso che ciò sia compatibile con le sue esigenze finanziarie - attendere il momento dell'ultimazione ed agibilità dei fabbricati per procedere alle compravendite.

Analogamente, per quanto concerne la *cancellazione delle ipoteche*, occorre tener conto del fatto che in alcuni casi il debito non è accollabile all'acquirente, in conseguenza di divieti di acollo contenuti nell'atto di finanziamento²⁴, o in considerazione della struttura del rapporto obbligatorio, a garanzia del quale l'ipoteca è iscritta (ad esempio, apertura di credito). In questi casi, le parti potrebbero, nella loro autonomia, raggiungere accordi che condizionano, ad esempio, il pagamento del corrispettivo ad opera dell'acquirente alla successiva cancellazione dell'ipoteca; addirittura, l'acquirente potrebbe non pagare alcun corrispettivo fino all'avvenuta cancellazione, e trattenere una somma maggiore rispetto a quella necessaria per estinguere la formalità ipotecaria. Per non parlare di accordi più complessi, in cui potrebbero intervenire ad esempio anche dei terzi, assicurando con opportune garanzie la successiva cancellazione della formalità. In conseguenza della nuova disciplina, peraltro, tutte queste operazioni sembrano precluse - sussistendo i presupposti soggettivi ed oggettivi di applicabilità della disciplina speciale - dall'art. 8 in commento, il cui tenore non lascia spazio a possibili deroghe, concretizzando tra l'altro un divieto in termini assoluti indirizzato al notaio rogante o autenticante, il quale non può entrare nel merito delle pattuizioni contrattuali tra le parti, ma deve arrestarsi all'individuazione della fattispecie prevista dal legislatore (contratto definitivo che trasferisca la proprietà), ed astenersi in tale circostanza dalla stipula. Conseguenza che appare peraltro palesemente

²⁴ Sul divieto convenzionale di acollo, cfr.

DE ROSA, *Il divieto di acollo*, in *Studi in tema di mutui ipotecari*, a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, Milano 2001, p. 173; DE ROSA, *Il divieto di acollo nei mutui bancari*, in *Notariato*, 2000, p. 476.

eccessiva avuto riguardo all'interesse dell'acquirente, che sarebbe comunque tutelato, ad esempio, a fronte di una fideiussione bancaria o assicurativa che garantisse la cancellazione dell'ipoteca.

Infine, la *cancellazione del pignoramento*. In passato si era discusso circa la possibilità, o meno, di stipulare atti aventi ad oggetto beni pignorati: ad un iniziale orientamento in senso negativo ha fatto seguito una tendenza, sia dottrinale che giurisprudenziale, più liberale, che ammette senz'altro la stipulabilità degli atti suddetti, e quindi l'inesistenza di una violazione dell'art. 28 della legge notarile²⁵; fermo restando l'obbligo del notaio di effettuare gli accertamenti ipotecari, e quindi di dar conto in atto dell'esistenza del pignoramento. Una tale possibilità consente, tra l'altro, di *alienare beni pignorati*, soddisfacendo con il ricavato il creditore pignorante ed i creditori intervenuti all'esecuzione; con la possibilità di ricavare, spesso, un prezzo superiore rispetto a quello che verrebbe ottenuto con la vendita forzata dell'immobile. Tutto ciò *rimane ancora possibile per gli immobili già ultimati, mentre è precluso nei casi di applicazione della disciplina speciale in commento*.

In tutti i suddetti casi, quindi, *all'acquirente persona fisica sarà giocoforza precluso conseguire la proprietà dell'immobile in corso di costruzione, se controparte sia un costruttore, nella misura in cui lo stesso sia gravato da ipoteche e pignoramenti, in assenza di un atto di consenso al frazionamento o alla cancellazione*. L'unico strumento utilizzabile - al fine tra l'altro di salvaguardare il medesimo acquirente da ulteriori, sopravvenute formalità pregiudizievoli a carico del venditore - può essere un *contratto preliminare, trascritto ai sensi dell'art. 2645-bis c.c.*, la cui stipula non è impedita dall'esistenza di pignoramenti non cancellati, o di ipoteche non frazionate o non cancellate. Tenendo peraltro conto che l'efficacia della trascrizione è sottoposta, in tal caso, al limite temporale massimo di tre anni, e quindi - in caso in cui i lavori di costruzione si prolunghino oltre tale termine - non sufficiente a garantire adeguatamente l'interesse di esso acquirente.

Altra possibilità potrebbe teoricamente essere rappresentata dalla sot-

²⁵ Cfr. sulla questione CECCONI, *Alienazione di bene immobile pignorato*, in *Notariato*, 2003, p. 511; C.N.N. (estensore RAITI), *Gli immobili pignorati e la responsabilità del notaio*, in *Studi e Materiali*, I, Milano 1986, p. 100; PORFIRI, *Note sull'atto di vendita di un immobile pignorato (o sottoposto ad altro gravame): le indagini ipotecarie e catastali e la responsabilità civile del notaio*, in *Vita not.*, 1985, p. 868; MORICHELLI, *Vendita di immobili sequestrati. Questioni e problemi*, in *Vita not.*, 1981, p. 1160; VINCINO, *Alienazione di immobile pignorato e responsabilità del notaio*, in *Riv. not.*, 1968, p. 62; DEL VECCHIO, *Alienazione del bene pignorato e responsabilità del notaio*, in *Riv. not.*, 1974, p. 761; MORELLO, *Sulla responsabilità del notaio rogante atto di alienazione di immobile pignorato*, in *Foro it.*, 1964, I, p. 961; DETTI, *Ancora sulla vendita notarile di cosa pignorata*, in *Riv. not.*, 1964, p. 702.

toposizione dell'intero contratto alla *condizione sospensiva della successiva cancellazione, o del successivo frazionamento, delle formalità pregiudizievoli*. Si tratta, però, di strumento che difficilmente può essere impiegato assicurando all'acquirente un'adeguata tutela, tenuto conto che, all'atto del contratto definitivo di cui trattasi, l'acquirente avrà già corrisposto degli acconti; e soprattutto *l'espresso divieto a carico del notaio è formulato in termini assoluti*, e non può essere superato dal semplice condizionamento degli effetti contrattuali.

9. (SEGUE): L'OBBLIGO NOTARILE DI ACCERTAMENTI IPOTECARI E LA "DISPENSA" DA VISURE; RILIEVI SISTEMATICI

Il divieto di stipula, contenuto nell'art. 8 del decreto legislativo, presuppone che l'esistenza di ipoteche o pignoramenti sia nota, oltre che alle parti, anche al notaio che riceve o autentica l'atto in questione. Questa appare tra l'altro circostanza normale, se si considera che il notaio è tenuto, per ormai pacifiche dottrina e giurisprudenza, ad effettuare le visure ipotecarie e catastali relativamente agli immobili oggetto dell'atto, salva concorde dispensa ad opera delle parti²⁶.

E tuttavia, la particolarità della prescrizione in commento deve far riflettere in ordine alla dispensabilità da visure nel caso in esame. È comunemente ammesso che, in fattispecie come quella in oggetto, caratterizzate da una specifica disciplina a protezione del contraente debole, quest'ultimo non possa rinunciare alle tutele attribuitegli dalla legge²⁷. Non potrebbe quindi l'acquirente rinunciare al divieto di stipula posto a suo

²⁶ Sull'obbligo notarile di visure ipotecarie, cfr. PETRELLI, *Visure ipotecarie - responsabilità civile del notaio, limiti del danno risarcibile*, Milano 1994; PETRELLI, *Atto pubblico e scrittura privata autenticata: funzione notarile e responsabilità*, in *Riv. not.*, 1994, p. 1422; PETRELLI, *Responsabilità notarile per omissione di visure ipotecarie, risarcimento del danno in forma specifica, risarcimento del lucro cessante, limiti al danno risarcibile*, in *Riv. not.*, 1995, p. 315; CASU, *Visure ipocatastali (obblighi del notaio)*, in *Dizionario enciclopedico del notariato, Aggiornamento*, V, Roma 2002, p. 771; C.N.N. (estensori LEO-RUOTOLO), *Visure ipocatastali*, in *Studi e materiali*, 2002, 1, p. 349; C.N.N. (estensore RUOTOLO), *Visure ipocatastali e responsabilità professionale del notaio*, in *Studi e Materiali*, 5,2, Milano 1998, p. 837; C.N.N., *Obbligo del notaio a procedere a preliminari indagini (c.d. visure) catastali ed ipotecarie sulla concreta situazione giuridica del bene*, in *Studi su argomenti di interesse notarile*, IX, Roma 1974, p. 103.

²⁷ Si tratta di principio pacifico, del quale esistono diverse applicazioni testuali nel diritto positivo: si pensi, a mero titolo esemplificativo, alla nullità della rinuncia dell'acquirente ai diritti previsti dal d. lgs. 9 novembre 1998 n. 427, sancita espressamente dall'art. 9 dello stesso decreto; alla "inefficacia" delle clausole che comportino rinuncia del consumatore a determinati diritti, ex artt. 1469-bis e 1469-quinquies c.c.; alla nullità delle pattuizioni che attribuiscono al locatore qualsiasi vantaggio in contrasto con le disposizioni della legge 27 luglio 1978, n. 392 (art. 79 di detta legge); e, sempre in tema di locazioni, alle nullità previste dall'art. 13 della legge 9 dicembre 1998, n. 431.

favore, autorizzando il notaio a procedere nonostante la mancata cancellazione, o il mancato frazionamento dell'ipoteca. Riflesso, questo, dell'imperatività della tutela, dalla quale emerge il c.d. ordine pubblico di protezione.

Ma a questo punto occorre porsi la domanda: *è ammissibile una rinuncia indiretta, ad opera dell'acquirente, alla tutela in oggetto mediante dispensa del notaio dall'obbligo di eseguire gli accertamenti ipotecari e catastali?* Formulata in questi termini, la risposta non può che essere negativa. Il che, tuttavia, non impedisce forse una dispensa dal suddetto obbligo, in tutti quei *casi in cui l'acquirente fornisca la prova di avere eseguito, o aver fatto eseguire gli accertamenti ipotecari, e ne fornisca il risultato al notaio rogante o autenticante*. Quello di eseguire le visure è pur sempre un *obbligo professionale del notaio*, che integra il contratto d'opera professionale con il cliente²⁸: adempie a tale obbligo, con la dovuta diligenza, anche il notaio che si accerta che le ispezioni ipotecarie sono state fatte altrimenti, ad esempio ad opera di professionisti o altri consulenti della parte acquirente; ancor meglio nel caso in cui le parti producano al notaio una certificazione ipotecaria, rilasciata dal competente ufficio. Non agirebbe, invece, altrettanto diligentemente il notaio che recepisce, senza alcun controllo, le visure ipotecarie consegnategli dalla sola parte alienante, o che non si accertasse della completezza delle visure consegnategli dalla parte acquirente.

In ogni caso, *non può ritenersi che dalla disposizione in esame emerga un obbligo di natura "funzionale" del notaio*, obbligo cioè strettamente connesso alla pubblica funzione e quindi *come tale non dispensabile*, fonte di responsabilità disciplinare in caso di violazione. Nessuna norma autorizza una tale conclusione, né il divieto di stipula in presenza di formalità pregiudizievoli appare sufficiente per un così grave stravolgimento dei principi attinenti lo svolgimento dell'attività notarile. La questione era stata, invero, discussa in passato, proprio in relazione alla vendita di immobili pignorati: la più risalente giurisprudenza, che ravvisava nell'accertamento ipotecario un obbligo funzionale del notaio, è stata superata dalla successiva evoluzione dottrinale e giurisprudenziale, che ha condotto a ravvisare nell'obbligo di visure niente di più di un obbligo strettamente professionale, di natura quindi privatistica e non pubblicistica²⁹.

²⁸ PETRELLI, *Visure ipotecarie - responsabilità civile del notaio, limiti del danno risarcibile*, cit., p. 24 ss.

²⁹ Cfr., l'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale sul punto, PETRELLI, *Visure ipotecarie - responsabilità civile del notaio, limiti del danno risarcibile*, cit., p. 7 ss.

Certo *la disposizione in esame incide sulla questione dibattuta, ma solo nel senso di richiedere il necessario esame da parte del notaio delle risultanze delle ispezioni ipotecarie, da chiunque compiute*, con la necessaria diligenza. Mentre, quindi, nella generalità dei casi il notaio può essere, puramente e semplicemente, dispensato dall'accertamento ipotecario, ogni qualvolta si versi in materia di tutela di acquirenti di immobili da costruire deve ritenersi necessario quantomeno l'esame notarile, con la dovuta diligenza, delle ispezioni ipotecarie, anche se eseguite da altri.

10. PERFEZIONAMENTO DEL TITOLO IDONEO ALLA CANCELLAZIONE O AL FRAZIONAMENTO

Ai sensi dell'art. 8 del decreto legislativo, anteriormente o contestualmente alla vendita deve procedersi "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 pignoramento³⁰; rimanendo invece *indifferente la materiale esecuzione della formalità di cancellazione o frazionamento ad opera del conservatore dei registri immobiliari*. Tale disposizione va comunque interpretata 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 fine³¹.

La legge richiede la priorità, o al massimo la contestualità dell'atto di consenso a cancellazione o frazionamento rispetto all'atto definitivo di

³⁰ 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.

³¹ PETRELLI, *La nuova disciplina a tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, cit., p. 41; FAUSTI, *La modifica dell'art. 39 t.u.b. introdotta dal disegno di legge in attuazione della legge 2 agosto 2004, n. 210. Gli articoli 6 e 7 dello schema di decreto legislativo*, cit., p. 10.

compravendita. Posto che i suddetti atti vengano stipulati lo stesso giorno, è quindi opportuno che tutti i suddetti atti rechino anche *l'ora di ricevimento o autenticazione*, in modo da poter verificare il requisito temporale sopra indicato; o, in alternativa, *che l'atto di consenso o il provvedimento giudiziale che ordina la cancellazione sia citato, con i relativi estremi, nell'atto di compravendita*.

La legge richiede che gli atti che permettono l'esecuzione delle formalità nei registri immobiliari siano "posti in essere" anteriormente o contestualmente, come sopra indicato. Il che significa che *i suddetti atti devono essere "perfzionati" entro tale momento*: non sarebbe quindi sufficiente che il frazionamento - in quanto impostato come atto bilaterale - recasse la prima autentica della sottoscrizione del solo rappresentante della banca mutuante, e non della controparte.

11. RESPONSABILITÀ DISCIPLINARE DEL NOTAIO EX ART. 28 DELLA LEGGE NOTARILE

La disposizione dell'art. 8 del decreto legislativo 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".

L'espressione utilizzata ("stipula dell'atto") è estremamente generica, come tale idonea a comprendere *sia il ricevimento di atti pubblici, sia l'autenticazione di scritture private*³². A tale conclusione, del resto, si giunge anche per ragioni di tipo sistematico: è ormai acquisita l'estensione della disciplina dell'art. 28 della legge notarile anche all'attività di autenticazione di scritture private³³; recenti provvedimenti legislativi - sia pure nell'ambito di regolamentazioni settoriali - hanno espressamente equiparato le due tipologie di atto³⁴, confermando l'esistenza di un principio generale in tal senso.

³² FAUSTI, *La modifica dell'art. 39 t.u.b. introdotta dal disegno di legge in attuazione della legge 2 agosto 2004, n. 210. Gli articoli 6 e 7 dello schema di decreto legislativo*, cit., p. 10.

³³ Cfr. per tutti CASU, *L'atto notarile tra forma e sostanza*, cit., p. 389 ss.; PETRELLI, *Atto pubblico e scrittura privata autenticata: funzione notarile e responsabilità*, in *Riv. not.*, 1994, p. 1422 ss.

³⁴ Cfr., in particolare, l'art. 47 del d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380 (testo unico dell'edilizia), che riproduce la disposizione già contenuta nell'art. 21 della legge 28 febbraio 1985, n. 47; e l'art. 24, comma 2, del d.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445 (testo unico sulla documentazione amministrativa).

12. IL PROBLEMA DELLA VALIDITÀ O NULLITÀ DEL CONTRATTO COMPIUTO IN VIOLAZIONE DEL DIVIETO

È dubbio se la violazione della norma proibitiva, contenuta nell'art. 8 del decreto legislativo, comporti o meno la nullità virtuale dell'atto.

Per un verso, potrebbe enfatizzarsi la circostanza che la norma è dettata in termini di *divieto imposto al notaio, e non pone, quantomeno formalmente, un comando o un divieto rivolto alle parti dell'atto, né contiene un precetto attinente al contenuto o alla forma del contratto*, a differenza del precedente articolo 6. Si potrebbe d'altra parte ritenere che il legislatore abbia tenuto conto della possibilità, per le parti, di stipulare il medesimo contratto mediante una scrittura privata non autenticata, senza quindi il controllo notarile a tutela dell'effettività della sanzione; ma che in considerazione dell'eccezionalità della stipula di contratti definitivi senza intervento notarile, abbia effettuato una valutazione legale tipica dei "rischi" esistenti in capo all'acquirente³⁵.

È altresì vero, però, che *questa lettura potrebbe rendere agevole 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 sentenza³⁶. Sembrerebbe quindi irrazionale una lettura della norma che consentisse un esito siffatto, addirittura incentivando le parti alla de-formalizzazione della contrattazione immobiliare a tutto scapito delle esigenze di tutela dell'acquirente. Proprio in ragione dell'assurdità di tali conseguenze, è stata adombrata una diversa interpretazione della disposizione che - facendo leva sull'*imperatività* della norma in esame - fa derivare dalla sua violazione la nullità

³⁵ Esclude che dalla violazione dell'art. 8 in commento possa farsi derivare la nullità dell'atto, RIZZI, *La nuova disciplina di tutela dell'acquirente di immobile da costruire. Frazionamento del mutuo, revocatoria fallimentare ed altre novità legislative*, in corso di pubblicazione, ritenendo che non si sia in presenza di una violazione di norma imperativa posta a tutela di un interesse pubblico e generale.

³⁶ 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 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.

dell'atto³⁷. È questa, probabilmente, l'opinione maggiormente aderente al dato positivo, in considerazione dell'obiettivo del legislatore, desumibile dal complesso delle disposizioni del decreto in commento, che è quello di *tutelare l'acquirente a prescindere dalle tipologie negoziali utilizzate e dalle strutture formali impiegate*. D'altra parte, la norma che vieta la stipulazione dei contratti in presenza di determinate formalità pregiudizievoli, ed in assenza di frazionamento e cancellazione, non può che qualificarsi come *norma imperativa* (genere, quest'ultimo, nel quale rientra anche la *species* delle norme proibitive), con la conseguenza che la relativa violazione comporta la *nullità del contratto*, a norma dell'art. 1418, comma 1, c.c. Una tale conclusione, del resto, è coerente con un'interpretazione sistematica dell'intero provvedimento in esame: nella misura in cui si ritenga che l'omessa indicazione di formalità pregiudizievoli, *ex art. 6, comma 1, lett. b)*, del decreto comporti nullità relativa, non può non raggiungersi la medesima conclusione in relazione alla fattispecie disciplinata dall'art. 8.

Si tratta, quindi, di nullità virtuale, che si atteggia nel caso di specie come *nullità relativa*, in quanto posta a tutela di una soltanto delle parti del contratto: sarebbe, infatti, assurdo consentire al venditore di far valere l'invalidità del contratto, pregiudicando ulteriormente l'interesse dell'acquirente nel caso in quest'ultimo avesse, viceversa, interesse a mantenere il contratto in vita.

In quanto nullità di protezione, quella in esame si presta ad essere convalidata, secondo le regole già illustrate. In particolare, l'esigenza di consentire la convalida solo nel caso in cui l'interesse sostanziale dell'acquirente non possa subire pregiudizio induce a ritenere *possibile la convalida* medesima solo *a seguito della successiva stipula degli atti che consentono la cancellazione o il frazionamento*, previsti all'art. 8.

³⁷ DOLMETTA, *Le modifiche alla disciplina del frazionamento di ipoteca nello schema di decreto legislativo 18 febbraio 2005*, cit., p. 16, il quale nega "che vi sia una ragione che possa reggere una diversità di trattamento sanzionatorio tra l'ipotesi dell'art. 1 e quella dell'art. 7 e, più in generale, del definitivo senza previi suddivisione/frazionamento. D'altro canto, l'esclusione della sanzione della nullità (intesa, peraltro, solo nei termini di nullità di protezione) mal si concilia con l'esigenza di una tutela spinta del terzo acquirente, cui il decreto legislativo deve informarsi".

Capitolo Nono

IL DIRITTO DI PRELAZIONE NELLA VENDITA FORZATA

1. Diritto di prelazione legale e vendita forzata. - 2. Presupposti soggettivi ed oggettivi del diritto di prelazione. - 3. Obblighi dell'autorità che procede alla vendita dell'immobile. - 4. Termini e modalità dell'esercizio del diritto di prelazione. - 5. Il trasferimento della proprietà dell'immobile a favore del prelazionario. - 6. Conseguenze del mancato rispetto del diritto di prelazione.

1. DIRITTO DI PRELAZIONE LEGALE E VENDITA FORZATA

L'art. 9 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'acquisto, e quindi trascritti o iscritti anteriormente¹. 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. Si tratta di un'importante tutela, che va ad aggiungersi alle altre previste dal decreto, e che tende a soddisfare l'interesse "positivo" dell'acquirente al conseguimento del bene-casa, nell'ipotesi in cui quest'ultimo sia già occupato dallo stesso acquirente o da suoi congiunti; tutela tanto più vantaggiosa, in concreto, quanto più basso è il prezzo di aggiudicazione.

¹ Nel caso, invece, in cui la trascrizione dell'atto di acquisto sia anteriore al pignoramento, ovviamente l'esecuzione non potrà aver luogo, stante l'opponibilità dello stesso acquisto al creditore pignorante ed ai creditori intervenuti nell'esecuzione (art. 2913 c.c.).

Non si tratta del primo caso di rilevanza della prelazione nell'ambito della vendita forzata; esistono, anzi, una serie di precedenti, e soprattutto una ricca elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, alla quale il legislatore ha certamente attinto nel delineare l'istituto *de quo*².

In una prima fase, dottrina e giurisprudenza tendevano ad escludere in via assoluta l'operatività della prelazione, legale e convenzionale, nell'ambito della vendita forzata. Si faceva leva, oltre che su specifiche disposizioni legislative di esclusione (art. 8, comma 2, della legge 26 maggio 1965, n. 590), o sulla lettera di altre disposizioni (art. 38 della legge n. 392/1978), su una presunta incompatibilità tra prelazione e vendita forzata, ritenendosi che la prima esigesse, per la sua stessa configurabilità, la libertà di scelta, ad opera di un soggetto alienante, circa il prezzo di alienazione e la persona dell'acquirente³; posto che la vendita coattiva, eseguita in una delle forme previste dalla legge, consente anche al prelazionario di partecipare alla gara e di acquistare il bene⁴; e che la stessa lettera delle disposizioni che prevedono la prelazione legale presuppone, il più delle volte, la libera determinazione dell'alienante⁵. Si faceva poi leva sul fat-

² 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; MAUGERI, *Espropriazione di quota societaria non liberamente trasferibile e clausola statutaria di prelazione*, in *Nuova giur. civ.*, 1992, I, p. 201; ANELLI, *Clausole statutarie di prelazione ed espropriazione di quota di srl*, in *Corr. giur.*, 1991, p. 1021; TAURINI, *Espropriazione di quote e clausola di prelazione*, in *Società*, 1991, p. 1203; 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.

³ Cass. 6 aprile 1990 n. 2900, in *Foro it.*, 1991, I, c. 863, pone in risalto "l'elemento volontaristico dell'ipotizzata alienazione la quale si riferisce alla necessaria scelta preventiva del compratore da parte del venditore (locatore) e alla scelta del prezzo di vendita: a tali scelte corrisponde la scelta dell'esercizio del diritto di prelazione da parte del conduttore: sicché nel momento in cui, esercitato validamente il diritto di prelazione, al compratore liberamente scelto dal locatore si sostituisce l'avente diritto alla prelazione, resta però fermo l'elemento del corrispettivo, liberamente scelto dal locatore (venditore)". Nel medesimo senso, Cass. 19 novembre 2003 n. 17523, in *Foro it.*, Rep. 2003, voce *Fallimento*, n. 539; Cass. 16 dicembre 1996 n. 11225, in *Foro it.*, 1997, I, c. 805; Cass. 14 gennaio 1994 n. 339, in *Foro it.*, 1994, I, c. 1420; Cass. 30 maggio 1984 n. 3298, in *Foro it.*, 1984, I, c. 2993; Cass. 13 gennaio 1981 n. 295, in *Riv. not.*, 1981, p. 443.

⁴ Cass. 19 novembre 2003 n. 17523, in *Riv. not.*, 2004, p. 496.

⁵ Così l'art. 732 c.c. ("il coerede che vuole alienare la sua quota o parte di essa"), dello stesso tenore di quella dell'art. 38 L. 392/78 ("il locatore che intende trasferire a titolo oneroso l'immobile locato"); per tale argomento, cfr. Cass. 7 luglio 1999 n. 7056, in *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Fallimento*, n. 757; Cass. 16 dicembre 1996 n. 11225, in *Foro it.*, 1997, I, c. 805; Cass. 14 gennaio 1994 n. 339, in *Foro it.*, 1994, I, c. 1420.

to della prevalenza degli interessi di ordine pubblicistico, propri della procedura fallimentare, sull'interesse privato del prelazionario, per negare l'attuabilità del diritto di quest'ultimo⁶.

Successivamente, tuttavia, il legislatore ha introdotto alcune fattispecie di prelazione operanti, per espressa disposizione di legge, nell'ambito dell'espropriazione forzata. Così, innanzitutto, l'art. 3, comma 4, della legge 23 luglio 1991, n. 223, che prevede - in caso di vendita forzata dell'azienda, oggetto di un contratto di affitto, nell'ambito di una procedura concorsuale - il diritto di prelazione dell'affittuario per l'acquisto dell'azienda medesima. In tal caso, una volta "esaurite le procedure previste dalle norme vigenti per la definitiva determinazione del prezzo di vendita dell'azienda, l'autorità che ad essa proceda provvede a comunicare entro dieci giorni il prezzo così stabilito all'imprenditore cui sia riconosciuto il diritto di prelazione. Tale diritto deve essere esercitato entro cinque giorni dal ricevimento della comunicazione"⁷.

Senza considerare la fattispecie della prelazione dello Stato sui beni culturali, di cui da sempre la legge prevede l'operatività nell'ambito delle vendite forzate⁸.

O ancora il disposto dell'art. 2471, commi 3 e 4 c.c. (già art. 2480, commi 3 e 4 *ante* riforma del 2003), in cui si prevede che - in caso di fallimento del socio - la quota possa essere venduta all'incanto, ma che, a seguito dell'aggiudicazione, la società possa, entro dieci giorni, presentare altro acquirente ad essa gradito che offra lo stesso prezzo.

Il fatto, quindi, che esistano casi in cui il legislatore ha espressamente

⁶ Cass. 19 novembre 2003 n. 17523, in *Riv. not.*, 2004, p. 496; Cass. 7 luglio 1999 n. 7056, in *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Fallimento*, n. 757; Cass. 1 febbraio 1988 n. 913, in *Vita not.*, 1988, p. 253; Cass. 13 gennaio 1981 n. 295, in *Riv. not.*, 1981, p. 443.

Per tale giurisprudenza, sarebbe irragionevole ritenere che un interesse di natura privatistica, quale la prelazione ereditaria, urbana o agraria, possa limitare od ostacolare l'attività di natura pubblicistica degli organi fallimentari diretta alla liquidazione dell'attivo per il soddisfacimento dei creditori.

⁷ Su tale fattispecie, cfr. DIMUNDO-CRISTIANI, *La prelazione dell'affittuario di azienda appartenente ad imprese in crisi*, in *Dir. fall.*, 2002, I, p. 786; RAGUSA MAGGIORE, *Affitto dell'azienda e prelazione dell'affittuario: disciplina generale o speciale?*, in *Dir. fall.*, 2000, II, p. 690; DI GRAVIO, *La prelazione dell'affittuario nella vendita fallimentare dell'azienda nelle prime sentenze della corte di cassazione*, in *Dir. fall.*, 1996, II, p. 43; APICE, *La vendita dell'azienda fallita all'affittuario*, in *Impresa*, 1996, p. 1294; DI GRAVIO, *La prelazione degli affittuari nelle vendite fallimentari*, in *Dir. fall.*, 1993, I, p. 897; DI GRAVIO, *Il diritto di prelazione dell'affittuario nella l. 23 luglio 1991 n. 223*, in *Dir. fall.*, 1993, I, p. 203; NORELLI, *In tema di prelazione dell'affittuario dell'azienda ex art. 3 l. 223/1991*, in *Giur. merito*, 1994, p. 394; FERRETTI, *Prelazione e affitto di azienda con immobili*, in *Dir. fall.*, 1993, I, p. 244.

⁸ Cass. 1 giugno 1992 n. 6612, in *Foro it.*, Rep. 1992, voce *Antichità*, n. 74; Cass. S.U. 27 giugno 1986 n. 4282, in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 2372. Cfr. ora l'art. 59, comma 2, lett. b), del D.Lgs. 22 gennaio 2004 n. 42.

escluso l'applicabilità della prelazione in caso di vendita forzata (cfr., per la prelazione agraria, l'art. 8, comma 2, della legge 26 maggio 1965, n. 590⁹) non può deporre per una generale incompatibilità della prima con la seconda, occorrendo piuttosto, come ha segnalato la giurisprudenza, "fare riferimento all'interesse specifico oggetto di concreto regolamento, considerato meritevole, secondo l'ordinamento, di tutela"¹⁰.

Tenendo conto di ciò, dottrina e giurisprudenza hanno rielaborato la materia *de qua*, ritenendo che - *a condizione che vengano salvaguardati i meccanismi di funzionamento dell'espropriazione forzata*, e quindi *il normale espletamento degli incanti* ed in genere le procedure tendenti a massimizzare il prezzo di vendita - nulla osti all'attribuzione a terzi di diritti di prelazione, che nascono e vengono esercitati *nel momento in cui il prezzo è stato definitivamente determinato*, all'esito della procedura di incanto o altrimenti¹¹. L'argomento della rilevanza pubblicistica della procedura fallimentare perde di conseguenza ogni vigore, anche perché *gli interessi della massa dei creditori e quello del prelazionario non vengono in alcun modo in conflitto* nella misura in cui sia assicurato lo svolgimento dell'incanto, e quindi il conseguimento del maggior prezzo possibile¹². Senza considerare che l'argomento che faceva leva sugli interessi pubblicistici, propri delle procedure concorsuali, si rivelava comunque privo di forza probante in relazione alla vendita forzata che ha luogo nell'ambito delle procedure esecutive individuali.

Si è quindi riconosciuta l'operatività della prelazione nell'ambito della vendita forzata fallimentare, in quanto il prelazionario è anch'egli un *creditore (non pecuniario), al quale va assicurata soddisfazione compatibilmente con il soddisfacimento degli interessi dei creditori pecuniari*¹³;

⁹ Peralto, Cass. 12 ottobre 1982 n. 5264, in *Vita not.*, 1983, p. 184, ed in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 474, ha riconosciuto l'operatività della prelazione agraria anche nel caso di vendita ai pubblici incanti nell'ambito della procedura di accettazione di eredità con beneficio d'inventario (non equiparabile, secondo la medesima Corte, alla vendita forzata); ritenendo che in tal caso l'aggiudicazione sia sospensivamente condizionata al mancato esercizio del diritto di prelazione.

¹⁰ Cass. 27 luglio 2004 n. 14083, in *Fallimento*, 2005, p. 134.

¹¹ Per la compatibilità della prelazione convenzionale con la vendita forzata nell'ambito di procedura concorsuale, Cass. 11 febbraio 2004 n. 2576, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Fallimento*, n. 26.

Per l'operatività delle clausole statutarie di prelazione nella vendita forzata di azioni o quote, cfr. Cass. 12 giugno 2001 n. 7879, in *Riv. not.*, 2002, p. 232, in *Società*, 2002, p. 42, ed in *Giur. comm.*, 2002, II, p. 588; Pret. Milano 6 febbraio 1988, in *Dir. fall.*, 1988, II, p. 815.

¹² PELUSO, *Prelazione convenzionale e vendita fallimentare*, in *Notariato*, 2002, p. 192.

¹³ DI ZILLO, *La prelazione convenzionale e legale nella vendita fallimentare: consolidazione di un principio*, cit., p. 500 ss.; PELUSO, *Prelazione convenzionale e vendita fallimentare*, cit., p. 190 ss. (che richiama i principi desumibili dagli artt. 59 e 103 l. fall.).

compatibilità che si ravvisa senz'altro - stante il requisito della "parità di condizioni" - una volta che sia assicurato il regolare svolgimento della procedura (incanto, o altra equipollente) finalizzata a massimizzare il prezzo di vendita. L'unica posizione veramente incompatibile con quella del prelazionario è quella dell'aggiudicatario provvisorio, che peraltro - nella misura in cui sia data notizia, nell'avviso d'asta, dell'esistenza del diritto di prelazione - può ritenersi adeguatamente tutelata.

Una volta chiariti questi concetti, non vi è neanche ostacolo ad ammettere l'operatività non della sola prelazione legale, ma anche della *prelazione convenzionale nell'ambito della vendita fallimentare*, anche in conseguenza del subentro del curatore fallimentare nel contratto contenente la clausola di prelazione¹⁴. Di recente, è stata poi riconosciuta l'operatività della prelazione, legale o convenzionale, anche *nell'ambito della procedura di concordato preventivo*¹⁵.

Un panorama, quindi, sufficientemente articolato, nell'ambito del quale si colloca ora l'art. 9 del decreto legislativo in commento, che aggiunge un ulteriore argomento alla tesi della compatibilità del diritto di prelazione con la vendita forzata. Le soluzioni interpretative, adottate con riguardo alle altre fattispecie sopra esaminate, devono essere tenute in considerazione nella ricostruzione della disciplina dell'art. 9 in commento.

2. PRESUPPOSTI SOGGETTIVI ED OGGETTIVI DEL DIRITTO DI PRELAZIONE

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 essere una persona fisica, ed aver acquistato l'abitazione per effetto di un contratto stipulato con un "costruttore"; deve inoltre trattarsi di un "immobile da costruire", a destinazione abitativa. A tali conclusioni si perviene, oltre che in base ai principi ermeneutici di ordine generale già evidenziati, in considerazione del richiamo effettuato dall'art. 9 del provvedimento in commento alla fideiussione (prevista dagli artt. 2 e 3 del decreto), nonché, nel quarto

¹⁴ DI ZILLO, *La prelazione convenzionale e legale nella vendita fallimentare: consolidazione di un principio*, cit., p. 501 ss.; Cass. 11 febbraio 2004 n. 2576, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Fallimento*, n. 26; Trib. Vicenza 11 gennaio 2001, in *Notariato*, 2002, p. 186, con nota adesiva di PELUSO, *Prelazione convenzionale e vendita fallimentare*.

¹⁵ Cass. S.U. 27 luglio 2004 n. 14083, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Concordato preventivo*, n. 5, ed in *Fallimento*, 2005, p. 133; Cass. 1 febbraio 1988 n. 913, in *Vita not.*, 1988, p. 253.

comma del medesimo art. 9, alla vendita ad opera del costruttore ed alle caratteristiche da assumersi dall'immobile ancora da costruire all'epoca del contratto.

Ne consegue che la prelazione legale in oggetto non opera ove manchi anche uno soltanto dei suddetti elementi.

*I suddetti requisiti, poi, devono sussistere nel momento in cui si procede alla vendita forzata, non essendo sufficiente la loro ricorrenza nel momento in cui il contratto viene stipulato*¹⁶; salvo, oggettivamente, per quanto concerne l'immobile, che per essere abitato dall'acquirente deve essere ormai ultimato ed agibile.

Ovviamente, vi è la possibilità che l'acquirente prelazionario partecipi all'incanto, come un qualsiasi offerente, e si renda in tal modo aggiudicatario dell'immobile: in tal caso non trovano applicazione le limitazioni previste dall'art. 9 del decreto¹⁷.

Quid iuris nel caso di vendita in blocco? Considerate le particolari caratteristiche della vendita forzata, e la possibilità di determinare il prezzo per ogni singola unità immobiliare, si potrebbe ritenere che la prelazione operi con riferimento alla singola unità immobiliare anche nell'ipotesi in cui questa sia venduta all'incanto unitamente ad altre porzioni dell'edificio¹⁸. Più opportunamente, peraltro, l'autorità preposta alla vendita dovrà - in presenza di un diritto di prelazione legale, come quello in esame - *tenere conto nella formazione dei lotti*, e quindi porre separatamente in vendita l'unità immobiliare abitativa, relativamente alla quale sussiste il diritto di prelazione dell'acquirente.

¹⁶ Cass. 10 febbraio 1999 n. 1124, in *Fallimento*, 2000, p. 293 ("il diritto di prelazione è conferito dalla legge esclusivamente «all'affittuario», onde la legittimazione al suo esercizio postula la *necessaria sussistenza della detta qualità nel momento in cui il diritto stesso viene esercitato* (in coerenza con la natura premiale dell'istituto che, correlata all'utilità economico-sociale dell'affitto dell'azienda, non può ridondare a beneficio di colui che tale qualità abbia dismesso), *momento che corrisponde, inoltre, non già alla fase di formazione del prezzo, ma a quella in cui questo sia divenuto definitivo (all'esito del subprocedimento di vendita come regolato dalle disposizioni di legge ad esso specificamente applicabili).*"); Cass. 20 ottobre 1999 n. 11760, in *Riv. not.*, 2000, p. 393.

¹⁷ Nel medesimo senso, Trib. Aosta 7 febbraio 1994, in *Dir. fall.*, 1995, II, p. 892: "Allorché l'affittuario di beni aziendali acquisiti al fallimento *partecipa alla gara* e presenta, per l'acquisto dei beni, gli stessi corrispettivi e le stesse condizioni dell'altro offerente, *l'aggiudicazione a suo favore può prescindere dall'esistenza o dalle modalità di esercizio della prelazione* prevista dall'art. 3, 4° comma, l. 23 luglio 1991 n. 223".

¹⁸ Cass. 25 marzo 1995 n. 3579, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 1159: "in caso di vendita contestuale, in unico lotto dell'azienda e di altro bene del fallito, occorre procedere allo scorporo *ex post* del prezzo riferibile all'azienda, ai fini dell'esercizio (in ordine a questa soltanto) della prelazione in favore dell'affittuario *ex art. 3 l. 23 luglio 1991 n. 223*".

3. OBBLIGHI DELL'AUTORITÀ CHE PROCEDE ALLA VENDITA DELL'IMMOBILE

Nonostante l'art. 9 del decreto legislativo nulla dica al riguardo, deve ritenersi che *nell'ordinanza di vendita, o nell'avviso d'asta, debba farsi menzione*, a cura dell'autorità preposta alla vendita forzata, *del diritto di prelazione* in oggetto, in modo che gli offerenti ne siano edotti¹⁹. Ciò, ovviamente, *solo nel caso in cui la documentazione contenuta nel fascicolo processuale* (certificati ipotecari, certificazione sostitutiva notarile o perizia) evidenzii l'esistenza dei presupposti del diritto di prelazione (esistenza di un precedente contratto tra costruttore esecutato e acquirente persona fisica, relativo all'immobile da costruire a destinazione abitativa; effettiva occupazione dell'immobile abitativo da parte del suddetto acquirente)²⁰. Ove dal fascicolo dell'esecuzione risultino tali elementi, e la menzione dell'avviso d'asta sia ciò nonostante omessa, deve ritenersi che gli offerenti abbiano diritto ad ottenere il *risarcimento dei danni* subiti in conseguenza dell'ignoranza circa l'esistenza del diritto di prelazione²¹.

L'art. 498 c.p.c. dispone che “debbono essere avvertiti dell'espropriazione i creditori che sui beni pignorati hanno un diritto di prelazione risultante da pubblici registri”, mediante notifica agli stessi di apposito avviso. Altro avviso deve essere notificato, sempre ai creditori iscritti, a cura del notaio o altro professionista delegato, a norma dell'art. 591-*bis* c.p.c. La nozione di “creditori iscritti” ha un significato tecnico ben preciso, risultando circoscritta ai creditori ipotecari ed a coloro che abbiano effettuato l'iscrizione in separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede; come tale, non si estende ad esempio ai creditori che abbiano trascritto

¹⁹ In tal senso, con riguardo alla “prelazione” ex art. 2480, ora art. 2471 c.c., SANTINI, *Della società a responsabilità limitata*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1992, p. 163, nota 4.

L'obbligo di inserimento di menzione del vincolo nell'avviso d'asta è testualmente previsto - a proposito della prelazione sui beni culturali - dagli artt. 60 e 61 del r.d. 30 gennaio 1913 n. 363, provvisoriamente ancora in vigore - ai sensi dell'art. 130 del D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, codice dei beni culturali - fino all'emanazione del regolamento ivi previsto.

²⁰ Alcuni dei presupposti del diritto di prelazione ex art. 9 possono desumersi anche dai certificati ipotecari, o dalla certificazione notarile sostitutiva: in particolare la circostanza che dai registri immobiliari risulti trascritto il contratto preliminare, o il contratto ad effetti reali differiti, dal quale l'acquirente trae il proprio diritto. Ovviamente tali risultanze non sono di per sé sufficienti, essendo necessario riscontrare l'effettivo utilizzo come abitazione dell'immobile oggetto di espropriazione (a tal fine si rammenta che l'esperto deve, a norma dell'art. 173-*bis*, n. 3, disp. att. c.p.c., come modificato dalla legge n. 80/2005, indicare nella propria relazione di stima “lo stato di possesso del bene, con l'indicazione, se occupato da terzi, del titolo in base al quale è occupato, con particolare riferimento alla esistenza di contratti registrati in data antecedente al pignoramento”).

²¹ GRASSO, *L'espropriazione della quota*, Milano 1957, p. 350.

domande giudiziali, o atti di altro genere (ad esempio, a coloro a cui favore sia trascritto un contratto preliminare di compravendita)²². Per di più, se si aderisce all'orientamento giurisprudenziale, secondo il quale prima della definitiva determinazione del prezzo il diritto di prelazione non può ritenersi ancora sorto, e quindi il titolare di esso non è legittimato ad alcuna attività nell'ambito del processo esecutivo²³, la conclusione obbligata è che *non vi è alcun obbligo, ad opera del creditore procedente, di notificare all'acquirente prelazionario l'avviso previsto dall'art. 498 c.p.c.; così come non vi è obbligo da parte del notaio o altro professionista delegato di notificare l'avviso di cui all'art. 591-bis c.p.c.*

Conferma di ciò si trae anche dalla specifica disciplina dettata dall'art. 9 del decreto legislativo in commento. Ai sensi di tale disposizione, l'autorità che procede alla vendita dell'immobile (quindi il giudice delle esecuzioni, il giudice delegato al fallimento, ovvero il notaio o altro professionista 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 prelazione²⁴. Il che induce a ritenere che nessun'altra comunicazione debba essere effettuata dalla suddetta autorità prima della definitiva determinazione del prezzo.

L'operatività dei suddetti obblighi 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 persona fisica definibile come "acquirente", di un "immobile da costruire"; utilizzato come abitazione principale a favore dei soggetti indicati all'art. 9). Tutte circostanze che potrebbero non risultare dagli atti del processo esecutivo. Cosicché *deve ritenersi che il giudice, ed il notaio o altro professionista delegato, non abbiano alcun obbligo di offerta in prelazio-*

²² Per un tentativo di estensione dell'obbligo di comunicazione al titolare di prelazione legale o convenzionale, Cass. 27 luglio 2004 n. 14083, in *Fallimento*, 2005, p. 135.

²³ Cass. 27 ottobre 1994 n. 8861, in *Foro it.*, Rep. 1994, voce *Fallimento*, n. 581.

²⁴ Si tratta di attività procedurali analoghe a quelle che la giurisprudenza ritiene dovute nella fattispecie regolata dall'art. 3, comma 4, della legge n. 223/1991: cfr. Cass. 25 marzo 1995 n. 3579, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 1159 ("ai fini dell'esercizio della prelazione di cui all'art. 3 l. 23 luglio 1991 n. 223, è sufficiente che il prelazionario notifichi la propria intenzione di avvalersene all'autorità e nel termine indicato nella norma stessa, *spettando a tale autorità*, previamente o successivamente, *di indicare le modalità, l'importo ed il termine per il deposito dell'eventuale cauzione* da prestarsi dall'istante"). Nel medesimo senso, PELUSO, *Prelazione convenzionale e vendita fallimentare*, cit., p. 197.

ne 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 - ex art. 9, comma 2, del decreto - entro dieci giorni dalla definitiva determinazione del prezzo. Si tratta, ovviamente, del *prezzo determinato a seguito dell'espletamento della procedura di incanto o di gara*²⁵: la quale soltanto garantisce il raggiungimento del maggior prezzo possibile, rispetto al quale, "a parità di condizioni", la legge attribuisce il diritto di prelazione all'acquirente²⁶. Del resto, a tale risultato conduce senza possibilità di dubbio la formulazione dell'art. 9, comma 1, del decreto, che riconosce all'acquirente il diritto di prelazione "al prezzo definitivo raggiunto nell'incanto anche in esito alle eventuali offerte ai sensi dell'articolo 584 del codice di procedura civile".

Trattandosi di vendita all'incanto, non seguita da offerte in aumento, il prezzo deve ritenersi quindi 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. 9, comma 2, del decreto legislativo, è quello di aggiudicazione, contestuale al verbale di incanto o di gara* (art. 581 c.p.c.).

La formulazione dell'art. 9 del decreto legislativo non è coordinata con le modifiche recentemente apportate al processo di esecuzione immobiliare dalla legge 14 maggio 2005, n. 80, in cui viene disciplinata la *vendita senza incanto* degli immobili (cfr., in particolare, i nuovi artt. 569, comma 3, e 571 c.p.c.). Poiché non è pensabile che l'esistenza del diritto di prelazione dell'acquirente possa impedire l'adozione della pro-

²⁵ Così la relazione governativa al decreto legislativo: "Si è, altresì, previsto, al fine di evitare possibili abusi o iniziative fraudolente in danno dei creditori del costruttore, che il diritto di prelazione debba essere esercitato al medesimo prezzo e nel rispetto delle altre condizioni fissate in sede d'asta".

²⁶ La soluzione legislativa è, quindi, la medesima già adottata dall'art. 3, comma 4, della legge 23 luglio 1991, n. 223, in cui si precisa che, una volta "esaurite le procedure previste dalle norme vigenti per la definitiva determinazione del prezzo di vendita dell'azienda, l'autorità che ad essa proceda provvede a comunicare entro dieci giorni il prezzo così stabilito". Per "definitiva determinazione del prezzo" la dottrina intende concordemente quella conseguente alla vendita all'incanto: LATELLA, *L'affitto dell'azienda*, in *I trasferimenti di azienda*, a cura di Guerrera, Milano 2000, p. 788 ss. (ed ivi riferimenti).

Ancor più chiaro il disposto dell'art. 2471, commi 3 e 4 c.c. (già art. 2480, commi 3 e 4 *ante* riforma del 2003), in cui si prevede che - a seguito dell'aggiudicazione all'incanto della quota sociale - la società possa, entro dieci giorni, presentare altro acquirente ad essa gradito che offra lo stesso prezzo.

cedura di vendita senza incanto, la previsione dell'art. 9, comma 1, deve essere interpretata tenendo conto anche di questa possibilità, e quindi del fatto che - *nell'ipotesi di vendita senza incanto - la prelazione ha luogo al prezzo determinato all'esito della gara effettuata ai sensi degli artt. 571 e seguenti c.p.c.*

Prima che la determinazione del prezzo sia avvenuta, con una delle modalità sopra descritte, non è ipotizzabile alcun diritto di prelazione a favore dell'acquirente. Conseguentemente, come già chiarito dalla giurisprudenza con riguardo al diritto di prelazione riconosciuto dall'art. 3, comma 4, della legge 23 luglio 1991, n. 223, prima di tale momento l'acquirente titolare di detto diritto non è legittimato, per assoluta carenza d'interesse, ad impugnare il decreto del giudice delle esecuzioni, o del giudice delegato, che ha disposto la vendita forzata fissandone le modalità²⁷.

4. TERMINI E MODALITÀ DELL'ESERCIZIO DEL DIRITTO DI PRELAZIONE

Ricevuta l'offerta in prelazione, *l'acquirente ha l'onere di esercitarla, a pena di decadenza, entro dieci giorni dalla ricezione della comunicazione, sempre con atto notificato a mezzo di ufficiale giudiziario all'autorità che procede alla vendita, offrendo "condizioni uguali a quelle comunicategli"*.

L'art. 9, comma 3, del decreto legislativo dispone che la notifica sia effettuata all'autorità preposta alla vendita (e quindi alla cancelleria del tribunale, ovvero al notaio o altro professionista delegato). Non è quindi necessario - in presenza di apposita disciplina - far riferimento al disposto dell'art. 571 c.p.c., che disciplina le modalità ed il contenuto delle offerte al di fuori dell'incanto. Non è possibile, tra l'altro, effettuare un'offerta per persona da nominare²⁸.

Una volta che l'acquirente abbia esercitato il diritto di prelazione, si produrrà la risoluzione, con efficacia retroattiva, del diritto²⁹ acquistato

²⁷ Cass. 27 ottobre 1994 n. 8861, in *Foro it.*, Rep. 1994, voce *Fallimento*, n. 581.

²⁸ NORELLI, *La prelazione dell'affittuario nella legge n. 223 del 1991: aspetti processuali*, in *Dir. fall.*, 1993, I, p. 239 ss.

²⁹ In realtà la posizione dell'aggiudicatario, anteriormente al decreto di trasferimento, non ha natura sostanziale ma solo processuale: cfr. BARLETTA, *La stabilità della vendita forzata*, Napoli 2002, p. 40 ss. In giurisprudenza, cfr. per tutte Cass. 23 febbraio 1993 n. 2221, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, c. 2084; Cass. 8 giugno 1985 n. 3447, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, c. 562; Cass. 10 novembre 1980 n. 6020, in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 794; Cass. 23 luglio 1993 n. 8236, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 1025; Cass. 16 giugno 1988 n. 4101, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 1175; Cass. S.U. 18 gennaio 1983 n. 413, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 1506.

dal precedente aggiudicatario (*condicio iuris* risolutiva), ed il subingresso del prelazionario nella posizione dell'aggiudicatario provvisorio, a tutti gli effetti di legge³⁰.

È dubbio se, contestualmente alla dichiarazione di offerta in prelazione, il prelazionario debba versare la cauzione e l'importo dovuto a titolo di anticipo delle spese della vendita. Il dubbio deriva dal fatto che tali obblighi non sono espressamente previsti dalla legge, che si limita ad imporre all'autorità preposta una comunicazione con "indicazione di tutte le condizioni alle quali la vendita dovrà essere conclusa". Se non vi è dubbio che l'autorità preposta alla vendita possa imporre i suddetti versamenti - con l'ordinanza di vendita o con l'avviso d'asta - al fine di garantire serietà all'offerta in prelazione, non sembra tuttavia che tale imposizione possa essere rimessa alla discrezionalità dell'autorità preposta: al fine di evitare una ingiustificata disparità di trattamento con la posizione del precedente aggiudicatario provvisorio, *deve invece ritenersi che debbano essere imposti al prelazionario i medesimi obblighi, sopra descritti*; obblighi del resto derivanti dall'assunzione - per effetto dell'esercizio della prelazione - della qualità di aggiudicatario da parte dell'acquirente prelazionario³¹.

In conseguenza del principio di parità di condizioni tra prelazionario ed aggiudicatario, deve ritenersi che l'omesso versamento di tali somme determini le medesime conseguenze disposte dalla legge riguardo all'offerente nella vendita forzata, che si sia reso aggiudicatario provvisorio: *l'offerta di prelazione, non accompagnata dalla cauzione e, ove richiesto, dal deposito delle spese, non può quindi ritenersi efficace*³².

³⁰ Cass. 29 agosto 1998 n. 8666, in *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Concordato preventivo*, n. 75 ("L'affittuario di azienda di impresa soggetta a concordato preventivo, che eserciti diritto di prelazione ex art. 3, 4° comma, l. n. 223 del 1991, non si trova, rispetto alle vicende della procedura, in una posizione di terzietà, tale da non subire l'incidenza della eventuale sospensione della vendita disposta dal giudice delegato ex art. 108, 3° comma, legge fall.; egli, infatti, per effetto dell'esercizio del diritto di prelazione, *subentra nella posizione dell'aggiudicatario, non essendo scindibili gli effetti favorevoli di tale sua posizione - quale l'aspettativa al trasferimento del bene - da quelli sfavorevoli*").

Per la sostituzione dell'acquirente designato in luogo dell'aggiudicatario, nelle identiche condizioni alle quali è avvenuta l'aggiudicazione, cfr. anche - con riferimento all'art. 2480, ora art. 2471 c.c. - SANTINI, *Della società a responsabilità limitata*, cit., p. 164 (ed ivi ulteriori riferimenti); GRASSO, *L'espropriazione della quota*, Milano 1957, p. 349; App. Bologna 18 giugno 1977, in *Giur. comm.*, 1978, II, p. 421; Trib. Bologna 5 febbraio 1974, in *Giur. comm.*, 1974, II, p. 225.

Per la possibilità di sospensione della vendita anche dopo l'esercizio della prelazione, cfr. Trib. Milano 8 gennaio 1996, in *Dir. fall.*, 1996, II, p. 344.

³¹ Per l'applicabilità della cauzione, ex art. 571 c.p.c., anche all'offerta del prelazionario nella fattispecie disciplinata dalla legge n. 223/1991, cfr. NORELLI, *La prelazione dell'affittuario nella legge n. 223 del 1991: aspetti processuali*, cit., p. 239 ss.

³² Cass. 28 aprile 1994 n. 4113, in *Arch. civ.*, 1994, p. 1172; Cass. 7 dicembre 1968 n. 3917. L'inefficacia dell'offerta si ha anche nell'ipotesi in cui cauzione e deposito siano di importo inferiore a

L'art. 9 nulla dice, inoltre, riguardo ai provvedimenti da adottarsi dopo l'esercizio del diritto di prelazione; deve però ritenersi necessario un *provvedimento dell'autorità preposta alla vendita forzata*, che - constatata la regolarità dell'esercizio della prelazione - *pronunci l'aggiudicazione provvisoria a favore del prelazionario*. Provvedimento che si rende necessario sia al fine di delibare la regolarità dell'esercizio della prelazione (con il versamento delle somme a tal fine dovute); sia allo scopo di disporre la restituzione delle somme versate a titolo di cauzione e di anticipo delle spese al precedente aggiudicatario³³; sia infine per far decorrere il termine del pagamento del prezzo da parte del prelazionario³⁴. Deve peraltro ritenersi che il rimborso a favore del primo aggiudicatario non possa disporsi, prima che il prelazionario abbia effettuato il versamento delle medesime somme³⁵.

Fino al momento in cui non sia stata esercitata la prelazione, e non sia stata disposta l'aggiudicazione a favore del prelazionario, *deve ritenersi che il precedente aggiudicatario provvisorio non possa effettuare il versamento del prezzo*, ed il giudice, o il notaio o altro professionista delegato, debbano quindi sospenderne la riscossione. Nessun riflesso si produce, invece, sul termine complessivo previsto a favore del medesimo aggiudicatario provvisorio dalla legge per effettuare il pagamento, 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.).

Ove, poi, *la prelazione venga esercitata, il pagamento del prezzo* dovrà essere effettuato, da parte del prelazionario-aggiudicatario, nel termine stabilito nel provvedimento del giudice *ex art. 574 c.p.c.*, o *ex art. 576, n. 7, c.p.c.*, o nell'avviso d'asta redatto dal notaio o professionista delegato, *ex art. 591-bis c.p.c.*; il termine di pagamento deve però ritenersi che

quello previsto a causa di un mero errore di calcolo: Cass. 26 febbraio 1994 n. 1966, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 1274; Cass. 9 aprile 1999 n. 3470, in *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Esecuzione per obbligazioni pecuniarie*, n. 21.

³³ SANTINI, *Della società a responsabilità limitata*, cit., p. 164.

³⁴ NORELLI, *La prelazione dell'affittuario nella legge n. 223 del 1991: aspetti processuali*, cit., p. 239 ss. ("sembra indispensabile, in caso di incanto, che il giudice delegato, accertata la validità e l'efficacia della dichiarazione del prelazionario, emetta un decreto, che faccia scattare, dalla sua comunicazione, il termine per il deposito del prezzo di acquisto, atteso che l'analogo termine per l'aggiudicatario *ex art. 576, n. 7, c.p.c.* inizia a decorrere dall'aggiudicazione e questo stesso *dies a quo* non può valere anche per il primo, nei cui confronti non è pronunciata alcuna aggiudicazione").

³⁵ GRASSO, *L'espropriazione della quota*, cit., p. 350.

decorra - a norma dell'art. 574 c.p.c. - dalla comunicazione del provvedimento ivi indicato.

Quanto alle conseguenze del *mancato versamento del prezzo da parte del prelatore*, il principio di parità di condizioni con l'aggiudicatario comporta l'applicazione dell'art. 587 c.p.c., e quindi la decadenza dall'aggiudicazione e la perdita della cauzione a titolo di multa, nonché la responsabilità per il pagamento della differenza, in caso di nuova vendita conclusa a prezzo inferiore³⁶.

Come è stato correttamente rilevato in merito ad altra fattispecie di prelazione legale, “*è da escludere che l'aggiudicatario definitivo possa rilanciare sulla dichiarazione del prelatore, aumentando la sua offerta, giacché l'esercizio della prelazione presuppone che gli altri offerenti abbiano consumato la loro facoltà di offrire e si sia giunti, quindi, alla definitiva determinazione del prezzo di acquisto; così pure è da escludere che il giudice delegato possa, comunque, indire una gara fra l'aggiudicatario ed il prelatore, giacché quest'ultimo ha diritto ad acquistare al prezzo già in precedenza definitivamente determinato attraverso il meccanismo di gara, secondo la regole della parità di condizioni offerte dal terzo*”³⁷.

5. IL TRASFERIMENTO DELLA PROPRIETÀ DELL'IMMOBILE A FAVORE DEL PRELAZIONARIO

Una volta divenuta definitiva l'aggiudicazione a favore del prelatore, *al trasferimento di proprietà a favore del prelatore si procede mediante emanazione di decreto di trasferimento*³⁸; decreto che - trattandosi di procedura delegata *ex art. 591-bis c.p.c.* - dovrà essere predisposto dal notaio o altro professionista delegato, e sottoscritto quindi dal giudice dell'esecuzione o dal giudice delegato al fallimento.

³⁶ NORELLI, *La prelazione dell'affittuario nella legge n. 223 del 1991: aspetti processuali*, cit., p. 239 ss. (“in caso di inadempienza da parte del prelatore, riterrei che debbano trovare applicazione nei suoi confronti le sanzioni comminate dall'art. 587 c.p.c., atteso che l'esercizio del diritto di prelazione ha prodotto appunto la sostituzione del prelatore nella posizione dell'aggiudicatario definitivo, e ciò se vale per gli effetti positivi (venendosi egli a trovare quale destinatario del trasferimento) non può non valere anche per quelli negativi (obbligo di pagamento del prezzo e conseguente responsabilità per inadempimento), dovendosi sempre rispettare la regola della parità delle condizioni”).

³⁷ NORELLI, *La prelazione dell'affittuario nella legge n. 223 del 1991: aspetti processuali*, cit., p. 239 ss.

³⁸ NORELLI, *La prelazione dell'affittuario nella legge n. 223 del 1991: aspetti processuali*, cit., p. 239 ss. (secondo il quale è necessario dare atto, nel decreto di trasferimento, dell'esercizio del diritto di prelazione e della conseguente sostituzione del prelatore all'aggiudicatario definitivo).

Come giustamente evidenziato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, dal principio della surrogazione del prelazionario nella posizione dell'aggiudicatario discende la soggezione anche del primo al potere del giudice di sospendere la vendita, a norma dell'art. 108, comma 3, l. fall. e dell'art. 586, comma 1, c.p.c., ricorrendo i presupposti ivi previsti³⁹.

Infine, il comma 4 dell'art. 9 del decreto legislativo dispone che, una volta acquistato l'immobile per effetto dell'esercizio del diritto di prelazione, l'acquirente - ove l'acquisto abbia avuto luogo ad un prezzo inferiore alle somme riscosse in sede di escussione della fideiussione - debba *restituire al fideiussore la differenza*, purché "l'immobile acquistato abbia consistenza e caratteristiche tipologiche e di finitura corrispondenti a quelle previste nel contratto stipulato con il costruttore". La norma precisa che - ove non ricorra tale condizione - l'eventuale eccedenza da restituire al fideiussore deve risultare da apposita stima.

6. CONSEGUENZE DEL MANCATO RISPETTO DEL DIRITTO DI PRELAZIONE

È possibile che - 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, e quindi non sia stata data notizia dell'esistenza della prelazione nell'avviso d'asta, e soprattutto non sia stata effettuata la *denuntiatio* prevista dall'art. 9 del decreto legislativo.

Tale eventualità è stata esaminata dalla dottrina, con riferimento ad altre fattispecie di prelazione legale esercitabili nell'ambito della vendita forzata, e segnatamente quella disciplinata dall'art. 3, comma 4, della legge n. 223/1991. In tale sede, si è discusso circa le possibili ripercussioni - in termini di nullità della vendita forzata - in conseguenza della violazione commessa dagli organi della procedura; ovvero della possibilità, una volta

³⁹ NORELLI, *La prelazione dell'affittuario nella legge n. 223 del 1991: aspetti processuali*, cit., p. 239 ss. ("il giudice delegato conserva sempre, fino a che la vendita non sia perfezionata, ossia fino alla pronuncia del decreto di trasferimento, il potere di sospendere la vendita medesima, ai sensi dell'art. 108, terzo comma, l. fall., nonostante l'intervenuta dichiarazione del prelazionario di voler acquistare l'azienda, giacché la prelazione implica solo il diritto di essere preferito, ove si faccia luogo alla vendita, non già il diritto ad acquistare comunque, anche quando l'ufficio decida di soprassedere alla vendita: l'interesse preminente, nell'ambito della procedura concorsuale, è sempre quello della massa dei creditori"); Cass. 29 agosto 1998 n. 8666, in *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Concordato preventivo*, n. 75 ("l'affittuario di azienda di impresa soggetta a concordato preventivo, che eserciti diritto di prelazione ex art. 3, quarto comma, l. n. 223 del 1991, non si trova, rispetto alle vicende della procedura, in una posizione di terzietà, tale da non subire l'incidenza della eventuale sospensione della vendita disposta dal giudice delegato ex art. 108, terzo comma, l. fall.; egli, infatti, per effetto dell'esercizio del diritto di prelazione, *subentra nella posizione dell'aggiudicatario, non essendo scindibili gli effetti favorevoli di tale sua posizione - quale l'aspettativa al trasferimento del bene - da quelli sfavorevoli*").

esclusa tale eventualità, di pretendere dagli organi della procedura il risarcimento dei danni subiti⁴⁰.

La questione è direttamente affrontata dall'art. 9 in commento, che espressamente *esclude il diritto di riscatto dell'acquirente nei confronti dell'aggiudicatario*, al fine - evidenziato nella relazione governativa di accompagnamento al decreto legislativo - di "non compromettere l'intangibilità e la certezza degli acquisti all'incanto"⁴¹.

L'esclusione del diritto di riscatto non sembra incidere, peraltro, sulla diversa questione della *nullità del provvedimento che trasferisce la proprietà al soggetto resosi aggiudicatario a seguito della procedura di incanto*. Come è noto, l'art. 2929 c.c. dispone che la nullità degli atti esecutivi che hanno preceduto la "vendita" forzata non ha effetto riguardo all'acquirente, salvo il caso di collusione con il creditore procedente. La giurisprudenza interpreta la locuzione "vendita" come riferita all'intero subprocedimento che inizia dopo l'ordinanza con cui sono stabilite le modalità e la data della vendita forzata e si conclude con il provvedimento di trasferimento coattivo del bene che segue l'aggiudicazione⁴². Poiché i provvedimenti finalizzati ad attuare il diritto di prelazione sono tutti successivi alla vendita forzata, ne deriva che la preclusione dell'art. 2929 c.c. non opera in caso di omessa, tardiva o incompleta comunicazione al prelazionario dell'offerta di prelazione. Con la conseguenza che, secondo la tesi che appare preferibile, *il decreto di trasferimento può essere impugnato*, mediante opposizione agli atti esecutivi *ex art. 617, comma 2, c.p.c.*, come modificato dalla legge n. 80/2005 (in caso di esecuzione singolare) o reclamo *ex art. 26 l. fall.* (in caso di procedura concorsuale)⁴³. Solo decorsi, quindi, i termini perentori ivi previsti (rispettivamente, *venti o tre giorni dal compimento dell'atto*), il decreto emesso a favore dell'ag-

⁴⁰ PELUSO, *Prelazione convenzionale e vendita fallimentare*, cit., p. 197.

⁴¹ Con riferimento ad altre fattispecie di prelazione legale, era stata invece sostenuta l'applicabilità del diritto di riscatto a seguito della vendita forzata: cfr. lo stato della questione in LATELLA, *L'affitto dell'azienda*, in *I trasferimenti di azienda*, a cura di Guerrera, Milano 2000, p. 786 ss.

⁴² Cfr., tra le più recenti, Cass. 27 febbraio 2004 n. 3970, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Esecuzione per obbligazioni pecuniarie*, n. 6; Cass. 10 gennaio 2003 n. 193, in *Foro it.*, Rep. 2003, voce *Esecuzione per obbligazioni pecuniarie*, n. 115; Cass. 1 settembre 1999 n. 9212, in *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Esecuzione per obbligazioni pecuniarie*, n. 117.

⁴³ Si tratta, a ben vedere, di situazione analoga a quella del creditore iscritto al quale non sia stato notificato l'avviso *ex art. 498 c.p.c.*, caso nel quale - ad avviso della giurisprudenza - può essere proposta opposizione agli atti esecutivi *ex art. 617 c.p.c.*: Cass. 22 marzo 1993 n. 3379, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, c. 2268.

giudicatario, in violazione del diritto del prelazionario, può considerarsi definitivo ed inoppugnabile.

Dubbi sorgono, peraltro, circa la legittimazione del prelazionario - in quanto soggetto estraneo al procedimento esecutivo - ad impugnare il decreto di trasferimento a favore dell'aggiudicatario. Se, in conformità all'orientamento di una parte della giurisprudenza, si esclude tale possibilità⁴⁴, non rimane al prelazionario, in base alle *ordinarie regole sulla responsabilità civile* (differenti, come è noto, per il giudice e per il notaio o professionista delegato) che l'azione di risarcimento dei danni, da proporsi nei confronti dell'autorità preposta alla vendita, ove ne ricorrano i presupposti⁴⁵. In caso contrario, potrebbe ritenersi - con altra giurisprudenza - che l'acquirente, il cui diritto di prelazione sorge a seguito della definitiva determinazione del prezzo con l'aggiudicazione provvisoria, sia legittimato ad impugnare i provvedimenti lesivi del suo diritto, ed in particolare il decreto di trasferimento a favore dell'aggiudicatario; e - a fronte del rigetto dell'opposizione o del reclamo - possa ricorrere per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost.⁴⁶.

⁴⁴ Secondo Cass. 1 marzo 1994 n. 2023, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 1716, "l'omissione dell'avviso previsto dall'art. 498 c.p.c. non conferisce al creditore titolare di un privilegio sul bene pignorato che non sia stato avvertito dell'esecuzione in corso la legittimazione a valersi di rimedi oppositivi all'esecuzione per far dichiarare la nullità della vendita già eseguita, non avendo quest'ultimo conseguito la veste di parte del processo esecutivo, ma gli attribuisce unicamente la facoltà di valersi di rimedi risarcitori nei confronti del creditore procedente".

⁴⁵ PELUSO, *Prelazione convenzionale e vendita fallimentare*, cit., p. 196. Nel medesimo senso, relativamente ai creditori iscritti a cui non sia stato notificato l'avviso ex art. 498 c.p.c., Cass. 11 giugno 2003 n. 9394, in *Foro it.*, Rep. 2003, voce *Esecuzione per obbligazioni pecuniarie*, n. 92; Cass. 1 marzo 1994 n. 2023, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 1716; Cass. 24 giugno 1993 n. 6999, in *Foro it.*, Rep. 1993, voce *Esecuzione per obbligazioni pecuniarie*, n. 18.

⁴⁶ In tal senso, PELUSO, *Prelazione convenzionale e vendita fallimentare*, cit., p. 197; Cass. 13 maggio 1998 n. 4794, in *Fallimento*, 1999, p. 593; Cass. 3 novembre 1994 n. 9052, in *Foro it.*, Rep. 1994, voce *Fallimento*, n. 579; Cass. 13 gennaio 1981 n. 295, in *Foro it.*, 1981, I, c. 689.

Capitolo Decimo

IL FALLIMENTO DEL COSTRUTTORE

1. Fallimento del costruttore e scelta del curatore fallimentare tra lo scioglimento e l'esecuzione del contratto: il contratto definitivo ad effetti reali differiti. - 2. (Segue): il contratto preliminare. - 3. Scelta ad opera dell'acquirente dello scioglimento del contratto. - 4. I limiti alla revocatoria fallimentare; coordinamento con l'art. 2 del D.L. 14 marzo 2005, n. 35. - 5. (Segue): il concetto di "giusto prezzo". Fattispecie particolari. - 6. (Segue): l'impegno di trasferire la residenza; profili formali e conseguenze della violazione dell'obbligo.

1. FALLIMENTO DEL COSTRUTTORE E SCELTA DEL CURATORE FALLIMENTARE TRA LO SCIoglIMENTO E L'ESECUZIONE DEL CONTRATTO: IL CONTRATTO DEFINITIVO AD EFFETTI REALI DIFFERITI

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).

La norma è dettata con riferimento alla *compravendita*, ma dottrina e giurisprudenza ne estendono, pacificamente, l'ambito di applicazione anche agli *altri contratti ad effetti reali differiti*¹, richiedendo, quali presupposti per la sua applicabilità, che siano ineseguite le prestazioni di en-

¹ RUISI, *Disciplina generale dei rapporti in corso di esecuzione*, in *Il fallimento*, II, a cura di RUISI, JORIO, MAFFEI ALBERTI e TEDESCHI, Torino 1978, p. 519 ss., 543 ss. (ed ivi ulteriori riferimenti); GUGLIEMUCCI, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, cit., p. 76 ss.

trambi i contraenti², e che la proprietà non sia ancora passata all'acquirente nel momento della dichiarazione di fallimento.

Il legislatore delegato ha quindi rinunciato - nell'attuare la delega di cui alla legge n. 210/2004 - ad una tutela più incisiva a favore dell'acquirente, che avrebbe potuto consistere nel precludere all'organo della procedura concorsuale la scelta dello 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. 9 in caso di successiva vendita forzata. La fideiussione peraltro, come già chiarito, copre unicamente le somme versate dall'acquirente, e non si estende al valore dell'immobile oggetto del contratto. E 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.

Può, piuttosto, discutersi circa altri presupposti di applicazione dell'art. 72, comma 4, della legge fallimentare. Innanzitutto, sorge il problema del coordinamento di tale disposizione con quella contenuta nell'art. 45 l. fall., che dichiara inopponibili al fallimento gli atti per i quali non siano state compiute le formalità necessarie ai fini dell'opponibilità ai terzi: ciò comporta, secondo una lettura delle disposizioni in esame, l'inopponibilità *tout court* al fallimento dei contratti, per i quali sia richiesta la forma scritta, e che siano privi di data certa nei confronti dei terzi³. Per converso, *l'esecuzione delle formalità di trascrizione nei registri immobiliari, anteriormente alla dichiarazione di fallimento, sembrerebbe precludere*

² Secondo la recente Cass. S.U. 7 luglio 2004 n. 12505, in *Vita not.*, 2004, p. 1603, il principio sancito dal quarto comma dell'art. 72 l. fall. è inapplicabile ai contratti di permuta stipulati prima della dichiarazione di fallimento, e pertanto, quale che sia il contraente fallito, il curatore può sciogliersi dal contratto solo se quest'ultimo è «ancora ineseguito (o non compiutamente eseguito) da entrambe le parti». Il che significa che - nella permuta di area edificabile contro appartamento da costruire - il trasferimento immediato della proprietà dell'area dall'acquirente al costruttore, determinando esecuzione integrale della prestazione del primo, determina l'inapplicabilità al suddetto contratto del richiamato art. 72, quarto comma, l. fall.

³ Cfr. il paragrafo successivo.

l'applicazione dell'art. 72 l. fall. ogni qualvolta a tale trascrizione sia ricollegabile un'efficacia immediata, nel senso che l'effetto traslativo del diritto di proprietà possa farsi decorrere, nei confronti dei terzi, dal momento dell'avvenuta trascrizione. Il principio è stato affermato - si vedrà, non proprio a proposito - in relazione alla trascrizione della domanda giudiziale *ex art. 2932 c.c.*, se anteriore al fallimento: ma si presta ad essere applicato, con maggior fondamento, con riguardo a fattispecie - come la vendita sottoposta a condizione sospensiva, o la vendita di cosa futura - in cui nasce, già al momento della stipulazione del contratto, ed è opponibile ai terzi per effetto della trascrizione, una vera e propria *aspettativa reale*. In questi casi, l'art. 72, comma 4, c.c., non dovrebbe a rigore trovare applicazione - nonostante il contrario orientamento giurisprudenziale - in quanto la situazione giuridica reale (l'*aspettativa*) è sorta ed è opponibile ai terzi in data anteriore al fallimento.

Anche nei contratti aventi ad oggetto beni futuri, è configurabile - già all'atto della loro conclusione - il sorgere di una vera e propria aspettativa di diritto in capo all'acquirente. Nella misura, quindi, in cui la conclusione del contratto sia anteriore al fallimento, l'art. 45 l. fall. dovrebbe essere idoneo a precludere l'applicazione dell'art. 72, comma 4, l. fall., anche in caso di *inesistenza del bene immobile in data anteriore al fallimento*⁴.

2. (SEGUE): IL CONTRATTO PRELIMINARE

In relazione al contratto preliminare di compravendita, il quinto comma dell'art. 72 l. fall. 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 fallimento⁵.

⁴ Per la configurabilità di un'"aspettativa reale", nei negozi aventi ad oggetto beni futuri, ancor prima della venuta ad esistenza del bene, cfr. PETRELLI, *La condizione "elemento essenziale" del negozio giuridico*, cit., p. 368; SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 342.

⁵ Sui rapporti tra trascrizione del contratto preliminare e fallimento del promittente venditore, cfr., oltre alle opere sulla trascrizione del preliminare in genere, SALAMONE, *Trascrizione del preliminare di vendita immobiliare e fallimento del promittente venditore*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 377; FORMIGGINI, *Il fallimento e la trascrizione dei contratti preliminari*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1997, p. 383; IANASSO, *Preliminare e procedure concorsuali*, in *Riv. not.*, 1998, p. 459.

Sul privilegio immobiliare *ex art. 2775-bis c.c.*, e sui controversi rapporti dello stesso con l'ipoteca iscritta anteriormente alla trascrizione del preliminare, cfr. VILLANI, *Privilegio del promissario acquirente e creditori ipotecari*, in *Dir. fall.*, 2004, II, p. 20; GABRIELLI, *Conflitto fra privilegio del promissario acquirente ed ipoteca iscritta prima della trascrizione del contratto preliminare*, in *Riv. dir.*

Si tratta di scelta effettuata con la legge 27 febbraio 1997 n. 30, che ha previsto la trascrizione del contratto preliminare, ed ha correlativamente introdotto l'art. 2775-bis c.c. ed il quinto 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, anch'ché 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 contratto⁶. Indirizzo giurisprudenziale che non solo si pone in netto contrasto con quello precedente della stessa giurisprudenza di legittimità⁷, ma che appare in rotta di collisione con la succitata previsione dell'art. 72, ultimo comma, della legge fallimentare.

civ., 2004, II, p. 793; ZACCARIA, *Il conflitto tra il creditore privilegiato ex art. 2775-bis codice civile ed il creditore ipotecario (nota a Cass. 14 novembre 2003 n. 17197)*, in *Contratti*, 2004, p. 545; TUCCI, *Conflitto tra privilegio del credito del promissario acquirente per mancata esecuzione del contratto preliminare e ipoteche iscritte prima della trascrizione del preliminare medesimo*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2001, II, p. 476; PATRONI GRIFFI, *Concorso tra il privilegio del promissario acquirente e le ipoteche iscritte precedentemente alla trascrizione del contratto preliminare di compravendita*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2001, II, p. 4; PRESTI, *Privilegio da contratto preliminare ineseguito e ipoteche: tot capita tot sententiae?*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2001, p. 495; C.N.N. (estensori CACCAVALE-RUOTOLO), *Trascrizione del preliminare e ipoteca iscritta a garanzia del mutuo concesso al promissario acquirente per l'acquisto dell'immobile*, in *Studi e materiali*, 6.2, Milano 2001, p. 1166; C.N.N. (estensori ANGELICI-BARALIS), *Il privilegio del promissario acquirente e il conflitto con diritti di garanzia anteriori nonché con i creditori precedenti del promittente. Problemi connessi*, in *Studi e materiali*, 5.2, Milano 1998, p. 595; LUMINOSO, *Il privilegio speciale a garanzia dei crediti restitutori del promissario acquirente*, in *Notariato*, 1998, p. 564; BOZZA-CANZIO, *Il privilegio che assiste i creditori del promissario acquirente*, in *Dir. fall.*, 1997, p. 317; APICE, *I rapporti tra privilegio speciale immobiliare e ipoteca alla luce delle disposizioni di cui alla legge n. 30 del 1997*, in *Dir. fall.*, 1997, I, p. 1167; GUGLIELMUCCI, *Privilegio del credito del promissario acquirente*, in *Fallimento*, 1997, p. 230; ALESSI, *Il privilegio immobiliare del promissario acquirente*, in *Fallimento*, 1997, p. 360; CACCAVALE-TASSINARI, *L'ipoteca anteriore non teme la trascrizione del preliminare*, in *Notariato*, 1997, p. 405.

⁶ Cass. S.U. 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*, in *Contratti*, 2005, p. 121, con nota di TIMPANO, *Effetti del fallimento sul contratto preliminare di permuta*, in *Notariato*, 2004, p. 586, con nota di SERENI, *Il fallimento del costruttore non svincola dal preliminare*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 1451, con nota di ROCCHIO, *Contratto preliminare ad effetti anticipati e circolazione dei diritti in ambito fallimentare*, in *Riv. not.*, 2005, p. 351, con nota di ROMANO, *Contratto preliminare di permuta di cosa presente con cosa futura e fallimento della società costruttrice: la trascrizione della domanda ex art. 2932 c.c. tutela il promissario acquirente?*

⁷ Della medesima opinione è anche SALAMONE, *Trascrizione del preliminare di vendita immobiliare e fallimento del promittente venditore*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 384 ss., che fa comunque sal-

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 nello statuire 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.*⁸.

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.

Quanto sopra 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.*

Secondo un orientamento, *ai fini dell'opponibilità del contratto preliminare al fallimento, il primo deve essere trascritto nei registri immobiliari*, ai sensi dell'art. 45 della legge fallimentare⁹: ciò perché il contratto

va la facoltà di scelta del curatore nel caso in cui - trattandosi di immobile da costruire o in corso di costruzione al momento del fallimento - l'esecuzione coattiva *ex art. 2932 c.c.* non sarebbe "possibile".

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.

⁸ V. sul punto LUMINOSO, *La trascrizione del contratto preliminare*, cit., p. 41, nota 83.

Cfr. anche BARALIS, *Permuta di terreno con edificio da costruire*, in *Atti del Convegno Paradigma*, Milano 14 aprile 2005, il quale coglie l'equivoco del pensiero di Cass. 12505/2004 nell'uso del concetto di retroattività, ponendo in rilievo come le conseguenze della prenotazione siano ben diverse da quelle della retroattività in senso proprio.

⁹ COSTOLA, *Verso nuove forme di tutela degli acquirenti di immobili da costruire: la legge delega 2 agosto 2004, n. 210 (seconda parte)*, in *Studium iuris*, 2005, p. 41; Trib. Locri 20 dicembre 2001, in *Fallimento*, 2002, p. 1117, con nota di BETTAZZI, *Facoltà di scioglimento del curatore nel contratto preliminare di compravendita*.

Nello stesso senso, con riferimento alla vendita definitiva non trascritta, RAGUSA MAGGIORE, *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, II, Torino 1997, p. 321 ("nel sistema della trascrizione l'effetto reale, ancorché verificatosi anteriormente, non è opponibile al fallimento se la vendita non è stata anteriormente trascritta e quindi il diritto del compratore non è opponibile al fallimento non perché la

preliminare rientrerebbe tra gli atti per i quali, a norma del suddetto art. 45, la formalità della trascrizione è necessaria ai fini dell'opponibilità ai terzi. In difetto di trascrizione, non troverebbe quindi applicazione la disciplina dell'art. 72, sopra descritta, ed il curatore - non essendo comunque vincolato dal contratto - non avrebbe neanche necessità di comunicare la scelta in ordine allo scioglimento del contratto. Si potrebbe obiettare che la trascrizione del contratto preliminare non produce, tecnicamente, un effetto di "opponibilità a terzi", ma piuttosto un effetto di "prenotazione" della successiva trascrizione (del contratto definitivo, o della sentenza costitutiva), questa sì opponibile a terzi. Si tratterebbe, peraltro, di argomentazione di sapore formalistico, tanto più che l'effetto prenotativo della trascrizione del preliminare non appare sostanzialmente diverso da quello della trascrizione della domanda giudiziale *ex art. 2932 c.c.*, pacificamente ritenuta idonea, da dottrina e giurisprudenza, a determinare opponibilità al fallimento a norma dell'art. 45 l. fall. Sembra, quindi, non infondato l'orientamento dottrinale, sopra richiamato, che ritiene *insufficiente la mera data certa (e quindi la registrazione) del contratto preliminare, ai fini dell'opponibilità al fallimento*, reputando invece necessaria a tal fine la relativa trascrizione.

3. SCELTA AD OPERA DELL'ACQUIRENTE DELLO SCIoglIMENTO DEL CONTRATTO

Sulla disciplina appena descritta incide il decreto legislativo in commento, *limitatamente alle fattispecie rientranti nel suo ambito di applicazione, come definito dall'art. 1*. Innanzitutto, con il nuovo art. 72-bis della legge fallimentare, introdotto dall'art. 11 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)*.

proprietà non è ancora passata, ma perché la vendita non è opponibile al fallimento, sicché *il curatore può semplicemente avvalersi dell'inefficacia, senza necessità di sciogliersi dal contratto*").

Parimenti, la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto inapplicabile l'art. 72 l. fall. alle vendite inopponibili al fallimento *ex art. 45 l. fall.*, in quanto non trascritte: Cass. 24 novembre 1966 n. 2801, in *Giur. it.*, 1968, I, 1, c. 198; Cass. 21 ottobre 1961 n. 2287, in *Foro it.*, 1961, I, c. 2054, ed in *Foro pad.*, 1962, I, p. 11, con nota adesiva di PIANESE. D'altra parte si è sostenuta la facoltà del curatore di subentrare nel contratto inopponibile al fallimento, trattandosi di effetto favorevole per quest'ultimo: RUISSI, *I singoli rapporti pendenti alla data del fallimento*, cit., p. 649 ss.

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. 3 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.

Come già rilevato, la comunicazione all'organo della procedura di avvenuta escussione della fideiussione equivale, in effetti, alla *comunicazione di avvalersi della risoluzione di diritto del contratto*, indirettamente prevista dalla legge a favore dell'acquirente. Per effetto di tale comunicazione, pertanto, l'acquirente si intende senz'altro sciolto dai suoi obblighi nei confronti della procedura.

Con gli artt. 3 e 11 del decreto legislativo viene quindi introdotto a tutti gli effetti, nell'ambito delle procedure concorsuali, il *principio della prevenzione*: la scelta dello scioglimento del contratto, comunicata alternativamente da parte dell'acquirente o dell'organo della procedura concorsuale, prevale sulla volontà contraria della controparte, e preclude la continuazione del rapporto.

4. I LIMITI ALLA REVOCATORIA FALLIMENTARE; COORDINAMENTO CON L'ART. 2 DEL D.L. 14 MARZO 2005, N. 35

Al fine di meglio comprendere la portata della disposizione contenuta nell'art. 10 del decreto legislativo, occorre preliminarmente sviluppare alcune considerazioni in ordine all'assoggettamento ad azione revocatoria del contratto preliminare, e del contratto definitivo posto in essere in adempimento di un precedente preliminare.

Come è noto, il *pregiudizio (eventus damni)*, che costituisce presupposto oggettivo dell'*azione revocatoria ordinaria*, è rappresentato - secondo l'opinione prevalente - dal pericolo della sottrazione dei beni, oggetto di un atto dispositivo, alla garanzia patrimoniale dei creditori¹⁰, il che nel caso di fallimento si identifica nello stato di insolvenza, o nell'ag-

¹⁰ GALLESIO-PIUMA, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, II, in *Commentario alla legge fallimentare Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 2003, p. 259 ss.; BIANCA, *Diritto civile, V - La responsabilità*, Milano 1994, p. 439 ss.

gravamento di tale stato¹¹; pregiudizio che può realizzarsi anche nel caso in cui, a seguito del compimento dell'atto, venga resa più incerta o difficile la soddisfazione del credito, come avviene quando ad un bene facilmente espropriabile (come l'immobile) ne venga sostituito un altro, di difficile aggrèdibilità (come il denaro)¹². Conseguenza di tale *ratio* è che solo gli atti idonei a depauperare il patrimonio del debitore sono soggetti ad azione revocatoria. Quanto all'*azione revocatoria fallimentare*, secondo la prevalente giurisprudenza il pregiudizio si sostanzia nella lesione della *par condicio creditorum*, e quindi nella lesione delle regole del concorso, che ha luogo allorché si sottrae alla massa dei creditori un bene per farne oggetto di disposizione a favore di un particolare soggetto (nel nostro caso, acquirente, o promissario acquirente). Anche qui, solo l'atto che sia concretamente idoneo a sottrarre un bene alla garanzia patrimoniale dei creditori può essere assoggettato ad azione revocatoria.

Facendo applicazione di tale principio, la dottrina e la giurisprudenza prevalenti escludono che siano soggetti ad azione revocatoria i *contratti preliminari* di compravendita, in quanto se "la funzione assegnata allo strumento dell'azione revocatoria consiste in sostanza nel consentire l'assoggettamento di certi beni alle azioni esecutive, come se non fossero usciti dal patrimonio del debitore, non è chi non veda come tale strumento verrebbe impiegato inutilmente e contro il suo stesso fondamento, allorché tali beni, come avviene dopo la conclusione di un preliminare, continuino ad appartenere a tutti gli effetti al patrimonio del debitore"; con l'aggravante che "ammettere l'impiego della revocatoria contro il preliminare significherebbe paralizzare ogni possibilità di movimento economico da parte del soggetto che sia venuto a trovarsi in una situazione patrimoniale difficile; significherebbe precludergli, alla fin fine a danno degli stessi creditori, la possibilità di fermare un buon affare"¹³.

¹¹ ROSELLI, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, Torino 1997, p. 208; Cass. 15 marzo 1990 n. 2117, in *Fallimento*, 1990, p. 1007; Cass. 10 dicembre 1987 n. 9122, in *Fallimento*, 1988, p. 322.

¹² BIANCA, *Diritto civile, V - La responsabilità*, cit., p. 440; Cass. 1 giugno 2000 n. 7262, in *Foro it.*, Rep. 2000, voce *Revocatoria (azione)*, n. 17.

¹³ GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 210 ss. (che ritiene "assolutamente da escludere la possibilità di revocazione del preliminare", per i motivi indicati nel testo); QUATRARO-FUMAGALLI, *Revocatoria ordinaria e fallimentare*, I, Milano 2002, p. 138 ss.; App. Roma 4 ottobre 1996, in *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Fallimento*, n. 524; Cass. 16 gennaio 1992 n. 497, in *Vita not.*, 1992, p. 558, ed in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 767. *Contra*, isolatamente, Trib. Roma 29 marzo 1994, in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 434.

Contra, GALLESIO-PIUMA, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, II, cit., p. 311 (sulla base del presupposto che anche gli atti di assunzione di obbligazioni possono depauperare

Le superiori riflessioni si riferiscono, peraltro, al contratto preliminare non trascritto, che in virtù della propria efficacia meramente obbligatoria non è idoneo a pregiudicare i creditori. Del tutto diversa è la situazione nel *caso in cui il contratto preliminare sia trascritto*: in questo caso, detto contratto risulta oggettivamente idoneo, in quanto opponibile ai terzi e quindi anche ai creditori, ad arrecare pregiudizio al patrimonio del debitore, equivalendo - sotto il profilo di cui trattasi - ad un vero e proprio atto di disposizione; per tale motivo, deve approvarsi l'indirizzo dottrinale e giurisprudenziale che ritiene *il contratto preliminare trascritto soggetto all'azione revocatoria*, al pari degli atti di disposizione¹⁴.

Quanto al *contratto definitivo, stipulato in esecuzione di un contratto preliminare*, si ritiene concordemente che lo stesso sia *soggetto ad azione revocatoria*, posto che detto contratto ha una propria autonomia causale, e non è un nudo atto traslativo *solvendi causa*¹⁵, ed è inoltre destinato a sostituire *in toto* il contratto preliminare, che con la stipula del definitivo perde efficacia¹⁶. Proprio tale caratteristica, anzi, spiega il differente trattamento dell'adempimento traslativo non assistito da causa pro-

il patrimonio del debitore); TERRANOVA, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, III, in *Commentario alla legge fallimentare Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 2002, p. 22 ss.

Ovviamente, nel caso di riproduzione per atto pubblico del contenuto di una precedente scrittura privata, che conteneva in realtà un vero e proprio contratto definitivo, i termini per la revocatoria si computano a decorrere dalla data della scrittura privata: Trib. Milano 25 giugno 1989, in *Dir. fall.*, 1990, II, p. 768, con nota di MOLFESE, *Revocatoria fallimentare e contratto preliminare*.

¹⁴ QUATRARO-FUMAGALLI, *Revocatoria ordinaria e fallimentare*, I, cit., p. 138 ss. (ove la precisazione che "il contratto preliminare trascritto, nella funzione c.d. di prenotazione di due situazioni sostanziali alternative in capo al promissario acquirente, incide sulla libera circolazione del bene immobile. In tale contesto, anche il contratto preliminare trascritto, prima ancora delle situazioni sostanziali con questo prenotate è idoneo a pregiudicare la garanzia patrimoniale dei creditori del promittente venditore"); Trib. Milano 16 maggio 2002, in *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Revocatoria (azione)*, n. 12.

¹⁵ GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano 1970, p. 213 ss. (il quale evidenzia come "il carattere dispositivo del definitivo prevale su quello solutorio", e che - essendo il contratto preliminare inattaccabile con l'azione revocatoria in quanto atto non dispositivo - escludere dalla revocatoria anche il contratto definitivo "finirebbe per costituire un troppo facile mezzo per frustrare le ragioni dei creditori"); BIANCA, *Diritto civile, V - La responsabilità*, Milano 1994, p. 452; RAGUSA MAGGIORE, *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, II, Torino 1997, p. 229; CAPUTO, *Contratto preliminare e contratto definitivo. Il problema relativo alla individuazione dell'atto da sottoporre a revocatoria fallimentare*, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 2711. In giurisprudenza, Trib. Bologna 2 marzo 2001, in *Foro pad.*, 2002, I, c. 263; App. Roma 4 ottobre 1996, in *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Fallimento*, n. 524; App. Firenze 14 novembre 1997, in *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Fallimento*, n. 467; Cass. 30 marzo 1994 n. 3165, in *Fallimento*, 1994, p. 1036; Cass. 11 marzo 1993 n. 2967, in *Fallimento*, 1993, p. 1018; Cass. 4 novembre 1991 n. 11708, in *Fallimento*, 1992, p. 147; Trib. Milano 25 giugno 1989, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 2711; Cass. 18 maggio 1982 n. 3072, in *Vita not.*, 1982, p. 1205; Cass. 13 gennaio 1981 n. 264, in *Foro it.*, Rep. 1981, voce *Fallimento*, n. 291.

¹⁶ Per il collegamento con la problematica dell'"assorbimento" delle clausole del preliminare nel definitivo, cfr. QUATRARO-FUMAGALLI, *Revocatoria ordinaria e fallimentare*, I, cit., p. 131.

pria (mero atto solutorio, posto in essere in adempimento di un obbligo, nascente da un *pactum fiduciae*), che secondo la giurisprudenza non è soggetto a revocatoria ordinaria, in quanto atto dovuto¹⁷.

In questo panorama si inserisce ora l'art. 10 del decreto legislativo *esclude l'assoggettamento ad azione revocatoria fallimentare* 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 impegni 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".

Nessuna esenzione è invece disposta in relazione all'azione revocatoria ordinaria, ex art. 2901 c.c., che rimane quindi esperibile alle condizioni indicate nella suddetta disposizione. In dottrina si è giustificata tale disparità di trattamento, sul rilievo che "la prova della mala fede dell'acquirente, cui è subordinata, ai sensi dell'art. 2901 c.c., la declaratoria di inefficacia dell'atto dispositivo (a titolo oneroso) nei confronti del creditore istante, costituisce garanzia sufficiente ad escludere che l'acquirente incolpevole debba farsi carico della "situazione di crisi" dell'alienante. Quando l'acquirente sia in malafede, anche se oggetto dell'atto dispositivo è un immobile da costruire la cui realizzazione sia dallo stesso acquirente finanziata, non paiono esservi ragioni per cui egli debba essere preferito agli altri creditori"¹⁸. Si tratta di considerazioni certamente valide, anche se occorre tener conto dell'orientamento giurisprudenziale, che assottiglia la differenza tra revocatoria fallimentare ed ordinaria, in ordine al requisito della *scientia damni* nel fallimento in capo al terzo acquirente (*consilium fraudis*), ritenendo che quest'ultima, nella revocatoria ordinaria, consista nella consapevolezza che l'atto impugnato abbia inciso sulla insolvenza del debitore, senza richiedere né collusione, né *animus nocendi*¹⁹: alla luce di tale orientamen-

¹⁷ Cass. 18 ottobre 1991 n. 11025, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, c. 1786 (peraltro questa decisione si riferisce all'atto solutorio posto in essere in adempimento del *pactum fiduciae*, atto che si caratterizza quindi, sotto il profilo causale, diversamente dal contratto definitivo esecutivo di un precedente contratto preliminare).

¹⁸ COSTOLA, *Verso nuove forme di tutela degli acquirenti di immobili da costruire: la legge delega 2 agosto 2004, n. 210 (seconda parte)*, in *Studium iuris*, 2005, p. 38.

¹⁹ GALLESIO-PIUMA, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, II, cit., p. 288 ss.; QUATRARO-FUMAGALLI, *Revocatoria ordinaria e fallimentare*, I, cit., p. 159 ss., 260 ss.; Trib. Brescia 7 dicembre 2000, in *Fallimento*, 2001, p. 1266; Cass. 12 febbraio 1990 n. 1007, in *Fallimento*, 1990, p. 607; Cass. 10 dicembre 1987 n. 9122, in *Fallimento*, 1988, p. 322; Cass. 23 novembre 1985 n. 5824, in *Foro it.*, Rep. 1985, voce *Revocatoria (azione)*, n. 7; Cass. 8 novembre 1985 n. 5451, in *Foro it.*, Rep. 1986, voce *Revocatoria (azione)*, n. 4.

to, diviene quasi evanescente - sotto il profilo del requisito soggettivo - la differenza con l'azione revocatoria fallimentare, che richiede la conoscenza dello stato di insolvenza del soggetto alienante in capo all'acquirente. Risulta quindi difficile giustificare la disparità di trattamento tra le due azioni, revocatoria ordinaria e fallimentare, in punto di esenzione degli atti di vendita dell'abitazione principale "a giusto prezzo", soprattutto poi se si aderisce alla tesi c.d. indennitaria, prevalente in dottrina, che ravvisa unità di fondamento giuridico nelle due revocatorie²⁰ (a meno di ipotizzare, in tal caso, un'estensione analogica del trattamento di esenzione anche all'azione revocatoria ordinaria). Giustificazione che viceversa sarebbe più agevolmente rinvenibile accettando l'opposta tesi giurisprudenziale, c.d. ripristinatoria, che individua una diversa *ratio* delle due azioni, ritenendo che la revocatoria fallimentare - a differenza della revocatoria ordinaria, essa sì con funzione indennitaria - sia essenzialmente preordinata alla tutela della *par condicio creditorum*²¹. In quest'ottica, proprio la circostanza che la vendita avvenga al "giusto prezzo" eliminerebbe in notevole misura, anche se non interamente²², il pericolo di privilegiare la posizione di un creditore (l'acquirente, o promissario acquirente dell'immobile abitativo) rispetto alla massa dei creditori, e spiegherebbe l'esenzione dalla sola revocatoria fallimentare.

La disposizione dell'art. 10 va poi coordinata con la recente modifica dell'art. 67 della legge fallimentare, novellato dall'art. 2 del d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito in legge 14 maggio 2005, n. 80, a norma del

²⁰ Cfr. QUATRARO-FUMAGALLI, *Revocatoria ordinaria e fallimentare*, I, cit., p. 289 ss. (ed ivi riferimenti); Cass. 4 aprile 1997 n. 2936, in *Fallimento*, 1998, p. 32; Cass. 10 novembre 1992 n. 12091, in *Foro it.*, Rep. 1992, voce *Fallimento*, n. 456.

Partendo proprio dalla concezione indennitaria della revocatoria fallimentare, Cass. 4 febbraio 1960 n. 161, in *Giust. civ.*, 1960, I, p. 1470, affermava che un'alienazione effettuata al giusto prezzo non elimina l'attitudine dell'alienazione fraudolenta a recare pregiudizio alle ragioni dei creditori, stante la maggiore difficoltà che ne deriva di apprendere coattivamente il denaro, ricavato dall'alienazione.

²¹ MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, Padova 1970, p. 121 ss.; Rossi, *La revocatoria fallimentare delle ipoteche*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, p. 493 ss.; Cass. 1 settembre 2004 n. 17524, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Fallimento*, n. 141; Cass. 11 novembre 2003 n. 16915, in *Foro it.*, 2004, I, c. 410; Cass. 14 novembre 2003 n. 17189, in *Foro it.*, Rep. 2003, voce *Fallimento*, n. 412; Cass. 6 novembre 1999 n. 12358, in *Foro it.*, 2000, I, c. 102; Cass. 13 settembre 1997 n. 9075, in *Foro it.*, 1998, I, c. 117; Cass. 12 novembre 1996 n. 9908, in *Riv. not.*, 1997, p. 491; Cass. 27 ottobre 1995 n. 11216, in *Fallimento*, 1996, p. 529; Cass. 27 luglio 1993 n. 8396, in *Fallimento*, 1994, p. 137; Cass. 16 settembre 1992 n. 10570, in *Foro it.*, 1994, I, c. 178; Cass. 21 ottobre 1982 n. 5488, in *Fallimento*, 1983, p. 584; Cass. 21 ottobre 1982 n. 5488, in *Foro it.*, Rep. 1982, voce *Fallimento*, n. 309.

²² Secondo Cass. 19 maggio 1972 n. 1523, in *Giur. it.*, 1973, I, 1, c. 67, l'atto di vendita a giusto prezzo, con devoluzione del medesimo prezzo a pagamento di alcuno dei creditori, sarebbe suscettibile di arrecare pregiudizio alla *par condicio creditorum*, nella misura in cui il pagamento non avvenga tenendo conto dell'ordine risultante in sede fallimentare. In questo caso, peraltro, non è l'atto di vendita ad arrecare pregiudizio, bensì il successivo pagamento effettuato con il ricavato dell'alienazione.

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”. L’ambito di applicazione delle due disposizioni è differente, riferendosi la seconda (disposizione generale) a tutti gli atti a titolo oneroso, mentre la prima (disposizione speciale) riguarda solo quelli relativi ad immobili da costruire. Che l’art. 10 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. 10 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. 10, 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. 10, 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, e si effettua la valutazione di convenienza dell’affare²³), deve ritenersi che la disposizione dell’art. 10 si presti ad essere utilizzata come criterio interpretativo per chiarire la portata del più sintetico art. 67 l.f.; in tal modo contribuendo a superare il contrario indirizzo giurisprudenziale precedente la riforma in commento²⁴. Occorre, piuttosto, rilevare che - poiché

²³ Cfr. in tal senso la Relazione al decreto legislativo: “Trattandosi di acquisto posto in essere in esecuzione degli impegni assunti con il contratto preliminare, si è fissato alla data di stipulazione di quest’ultimo contratto il momento temporale al quale ancorare la valutazione di congruità del prezzo versato, prescindendo dai valori correnti al momento della conclusione del contratto definitivo”.

²⁴ Deve quindi considerarsi superato il contrario orientamento interpretativo, che - in presenza di una sequenza preliminare-definitivo - riteneva rilevante, ai fini della revocatoria fallimentare, il valore del bene al momento del definitivo: Trib. Bologna 2 marzo 2001, in *Foro pad.*, 2002, I, p. 263; App. Firenze 14 novembre 1997, in *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Fallimento*, n. 467; Cass. 30 marzo 1994

alla data di stipula del contratto preliminare l'immobile non è ancora costruito - la valutazione, da effettuarsi con riferimento a tale momento, non può che *tenere in considerazione i valori di mercato di immobili (ultimati) aventi le caratteristiche programmate in contratto*, e non certamente il valore dell'immobile nello stato in cui si trova al momento della stipula del preliminare.

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; oscura risulta inoltre l'asimmetria rispetto alla definizione di "acquirente", contenuta nell'art. 1 del decreto, che menziona solo gli acquisti compiuti per conto di parenti in linea retta). L'art. 10 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" (art. 43, comma 2, c.c.)²⁵, il che ne determina l'identificazione con la destinazione ad abitazione principale.

L'unica reale differenza è, quindi, quella emergente dalla formulazione dell'art. 10, 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. 10 si ha un immobile in corso di costruzione, che non può quindi essere adibito ad abitazione immediatamente.

Trattandosi di immobili da costruire, poi, la disciplina appena esaminata deve essere coordinata con quella ricavabile dagli artt. 72 e 72-bis l. fall.: è vero che la vendita di immobile da costruire è esente da revocatoria fallimentare se conclusa "a giusto prezzo", ma è altresì vero che - per i contratti preliminari, ed i contratti definitivi ad effetti reali differiti, salvo forse il contratto sospensivamente condizionato - fino al momento in cui la proprietà verrà acquistata vi è la facoltà del curatore fallimentare di op-

n. 3165, in *Fallimento*, 1994, p. 1036; Cass. 11 marzo 1993 n. 2967, in *Fallimento*, 1993, p. 1018; Cass. 4 novembre 1991 n. 11708, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 686.

²⁵ Sull'identificazione civilistica del concetto di residenza con quello di dimora abituale, e sul valore soltanto presuntivo delle risultanze anagrafiche, cfr. tra le tante Cass. 19 settembre 2004 n. 19595, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Separazione di coniugi*, n. 30; Cass. 12 novembre 2003 n. 17040, in *Foro it.*, Rep. 2003, voce *Notificazione civile*, n. 34; Cass. 21 gennaio 2000 n. 662, in *Foro it.*, Rep. 2000, voce *Notificazione civile*, n. 10; Cass. 10 marzo 2000 n. 2814, in *Giur. it.*, 2000, p. 2246; Cass. 27 settembre 1996 n. 8554, in *Foro it.*, Rep. 1996, voce *Domicilio*, n. 1; Cass. S.U. 13 aprile 1992 n. 4479, in *Foro it.*, Rep. 1992, voce *Giurisdizione civile*, n. 55.

tare per lo scioglimento del contratto; il che rende *sicuro l'acquisto di immobili da costruire solo a partire dal momento in cui è avvenuto il trasferimento della proprietà*²⁶.

5. (SEGUE): IL CONCETTO DI "GIUSTO PREZZO". FATTISPECIE PARTICOLARI

L'art. 10 del decreto legislativo esonera da revocatoria fallimentare gli atti a titolo oneroso, aventi ad oggetto immobili da costruire, purché - oltre alle altre condizioni ivi precisate - siano "posti in essere al giusto prezzo da valutarsi alla data della stipula del preliminare". Il concetto di "giusto prezzo", che riecheggia quello utilizzato dall'art. 2 del d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito in legge 14 maggio 2005, n. 80, che ha modificato l'art. 67 della legge fallimentare, merita alcuni chiarimenti.

In linea generale, non sembra dubbio che la nozione di giusto prezzo debba essere definita avuto riguardo al "*valore di mercato*" dell'immobile. In tal senso depone, innanzitutto, la tradizione interpretativa dell'art. 67 della legge fallimentare: la previsione *ante* riforma, che richiamava la "notevole sproporzione" tra le prestazioni eseguite e le obbligazioni assunte dal fallito e ciò che a lui è stato dato o promesso, è stata correntemente interpretata assumendo come parametro di riferimento proprio il valore reale, o di mercato, del bene alienato dal fallito²⁷.

La *ratio* della disposizione è evidente: solo se l'alienazione è effettuata ad un valore corrispondente a quello di mercato, e rientra quindi nell'ambito della normale contrattazione a titolo oneroso, il legislatore presume - nel caso specifico, addirittura *iuris et de iure* - l'assenza di qualsiasi *consilium fraudis* in capo all'acquirente, proprio perché ricorre un normale comportamento di soggetti che operano sul mercato²⁸. Inoltre, se l'alienazione avviene ad un prezzo inferiore a quello di mercato, la stessa è in astratto suscettibile di determinare una lesione della *par condicio creditorum*²⁹.

²⁶ 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 *CNN Notizie* del 13 giugno 2005.

²⁷ Cfr., tra le altre, Cass. 5 dicembre 2001 n. 15412, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 1030; Cass. 9 aprile 1998 n. 3677, in *Fallimento*, 1999, p. 76; Cass. 3 gennaio 1998 n. 14, in *Fallimento*, 1998, p. 711; Cass. 15 marzo 1994 n. 2471, in *Fallimento*, 1994, p. 724; Cass. 6 novembre 1986 n. 6501, in *Fallimento*, 1987, p. 803;

²⁸ QUATRARO-FUMAGALLI, *Revocatoria ordinaria e fallimentare*, I, cit., p. 584 ss.

²⁹ 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.

Proprio per tale motivo, nessuna rilevanza può avere il *valore c.d. catastale* dell'immobile, assolutamente inidoneo, come è noto, a rispecchiare il reale valore dell'immobile rispetto al quale soltanto può parlarsi di "giusto prezzo". Senza tener conto del fatto che tale parametro sarebbe oltretutto inapplicabile alla fattispecie *de qua*, poiché l'immobile in corso di costruzione è, per definizione, privo di una rendita catastale³⁰.

Quanto sopra 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 compratore³¹.

Ovviamente l'individuazione del "giusto prezzo" può non essere agevole nelle singole ipotesi, e può rendersi opportuna, quantomeno in alcuni casi, la redazione di una *perizia asseverata* con giuramento da parte di un tecnico, che attesti il reale valore dell'immobile. Una volta accertato il quale, possono comunque sorgere problemi in caso di *scostamento* del

³⁰ Bene ha fatto, quindi, il legislatore delegato a non accogliere il suggerimento avanzato nell'intervento del senatore Callegaro nella 464a Seduta della Commissione Giustizia del Senato in data 13 aprile 2005: "una soluzione potrebbe essere quella di prevedere che costituisca giusto prezzo quello non soggetto a rettifica ai sensi del quarto comma dell'articolo 52 del decreto del Presidente della Repubblica 26 aprile 1986 n. 131 (Testo unico concernente l'imposta di registro e successive modifiche)".

³¹ V. per tutte Cass. 19 marzo 2004 n. 5539, in *Foro it.*, 2005, I, c. 510; 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; Cass. 20 giugno 1977 n. 2578, in *Foro it.*, 1978, I, c. 162.

La problematica è stata accuratamente analizzata dalla dottrina: cfr., in particolare, MAYER, *Simulazione del prezzo e limitazioni della prova*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 438; CRICENTI, *In tema di prova della simulazione del prezzo*, in *Giur. merito*, 1993, I, p. 684; DIDONE, *Osservazioni in tema di opponibilità al curatore della simulazione relativa del prezzo*, in *Giur. merito*, 1992, I, p. 555; TOMMASO, *Sul patto di simulazione del prezzo nei contratti solenni*, in *Giur. it.*, 1989, I, c. 563; MAIENZA, *Sulla necessità che la simulazione del prezzo sia provata a mezzo di controdedichiarazione avente data certa*, in *Giur. comm.*, 1989, II, p. 146; DI LAURO, *La prova della simulazione di prezzo nella revocatoria fallimentare*, in *Dir. fall.*, 1988, II, p. 362; PREITE, *Simulazione relativa al prezzo e fallimento dell'acquirente: un intervento delle Sezioni Unite*, in *Giur. comm.*, 1983, II, p. 518; ORLANDO, *Revocatoria ex art. 67 10 comma n. 1 l. fall. - Opponibilità al curatore della simulazione relativa di prezzo (rassegna di giurisprudenza e dottrina)*, in *Vita not.*, 1982, p. 611; GAMBARO, *Revocatoria fallimentare e simulazione del prezzo*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, II, p. 71; PROVINCIALI, *Opponibilità al fallimento della controdedichiarazione registrata circa il maggior prezzo pagato*, in *Dir. fall.*, 1965, II, p. 683.

prezzo dal valore suddetto: non appare, infatti, agevole individuare il *marginè di tollerabilità* di detto scostamento³².

Quid iuris nei casi, abbastanza frequenti, in cui l'alienazione abbia luogo ad un *prezzo, inferiore a quello di mercato, imposto però dalla legge, in via diretta o indiretta?* Il pensiero corre alle numerose fattispecie nelle quali l'imprenditore - in virtù di *convenzioni urbanistiche* che trovano la loro fonte in precise disposizioni di legge, statali o regionali - è obbligato a praticare *prezzi non superiori a quelli stabiliti nella convenzione medesima*. In particolare, vengono in considerazione le previsioni dell'art. 35, comma 8, lett. e), della legge 22 ottobre 1971 n. 865 (relativamente ai prezzi di cessione delle unità immobiliari costruite, in regime di proprietà superficiaria, su aree cedute dal Comune in diritto di superficie); e gli artt. 17, comma 1, e 18, comma 1, lett. b), del D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 (relativamente alle convenzioni stipulate al fine di ottenere la riduzione del contributo afferente al permesso di costruire), già artt. 7 e 8 della legge 28 gennaio 1977 n. 10. Se si ritiene che la *ratio* dell'esenzione da revocatoria fallimentare sia rinvenibile in un giudizio legislativo di "normalità" del comportamento delle parti contrattuali, deve senz'altro ritenersi che il prezzo in tal modo pattuito debba essere considerato "giusto" ai fini in oggetto³³. Le parti, infatti, non sono libere di determinare il prezzo a loro piacimento, ma devono necessariamente pattuirlo in misura non superiore a quella determinata dalla convenzione: in mancanza, la clausola contrattuale che prevede un prezzo superiore è nulla, ed il prezzo viene automaticamente adeguato, ai sensi dell'art. 1339 c.c., a quello da convenzione³⁴. È evidente, quindi, che non può che definirsi "*giusto*", *anche ai fini fallimentari, il prezzo determinato in base a disposizioni di legge*, che l'autonomia delle parti non ha alcuna possibilità di fissare in misura superiore³⁵.

³² 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.

³³ Più difficile escludere la fattispecie in oggetto da revocatoria fallimentare se, invece, si accoglie la tesi che individua la *ratio* dell'esenzione nell'assenza di lesione della *par condicio creditorum* (spiegazione, questa, che non appare peraltro particolarmente appagante, non fosse altro che per il fatto che una lesione della *par condicio* potrebbe verificarsi comunque, anche in presenza di giusto prezzo, come avviene ad esempio quando l'acquirente è un creditore chirografario e, acquistando la proprietà dell'immobile, finisce indirettamente per prevalere sui creditori ipotecari).

³⁴ Cass. 21 dicembre 1994 n. 11032, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 1237, con nota di COSTANZA, *Integrazione del contratto mediante inserimenti automatici di clausole e limiti dell'autonomia privata*; Cass. 19 novembre 1987 n. 8507, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 381.

³⁵ In tal senso, Trib. Roma 22 dicembre 1993, in *Dir. fall.*, 1994, II, p. 303; Trib. Roma 25 giugno 1991, in *Fallimento*, 1992, p. 200; Trib. Roma 29 dicembre 1989, in *Fallimento*, 1990, p. 1038.

Parimenti, nel caso di atti di *assegnazione di alloggi di cooperative edilizie ai soci operatori*, la giurisprudenza ha chiarito che gli stessi sono soggetti ad azione revocatoria in quanto veri e propri atti traslativi di beni immobili dalla società ai soci³⁶, ma che il valore del bene all'epoca dell'assegnazione non può essere rapportato alle quotazioni di mercato, ma resta ancorato - in conformità alla legislazione in tema di edilizia residenziale pubblica - ai meri costi della costruzione³⁷. Anche, peraltro, nel caso in cui si tratti di cooperative edilizie c.d. libere, occorre tener conto dello scopo mutualistico delle cooperative, che comporta naturalmente l'instaurazione di rapporti mutualistici a condizioni possibilmente migliori rispetto a quelle di mercato. Ne consegue - ai fini dell'art. 10 in esame - che l'assegnazione ai soci operatori effettuata a prezzi inferiori rispetto a quelli esistenti sul mercato rientra nei parametri di "normalità" di questo tipo di contrattazioni, nella misura in cui siano rispettati i principi mutualistici; può quindi ritenersi *effettuata "a giusto prezzo"*, ai fini dell'esenzione da revocatoria fallimentare, *tutte le volte in cui risulti rispettato il principio di parità di trattamento tra i soci operatori* (art. 2516 c.c.).

Proseguendo nell'analisi dell'art. 10, lo stesso si riferisce in genere agli *"atti a titolo oneroso"*: espressione, quest'ultima, già utilizzata dall'art. 67 l. fall. al fine di definire gli atti soggetti a revocatoria fallimentare, e sulla quale si è formata una consistente giurisprudenza. La quale ha chiarito che sono ricompresi nell'ambito di applicazione della revocatoria anche atti non sinallagmatici, ma a carattere *lato sensu* commutativo, tali da determinare la possibilità di una lesione dell'integrità del patrimonio, che a posteriori risulterà vincolato alla liquidazione concorsuale, e comportare in conseguenza l'esigenza di tutela della *par condicio creditorum*³⁸. Come, ad esempio, il *contratto di divisione*, ogni qualvolta il valore dei beni ricevuti dal fallito è notevolmente inferiore al valore dei beni ricevuti dagli altri dividendi³⁹. A seguito dell'introduzione della nuova disciplina,

³⁶ Trib. Napoli 8 giugno 1989, in *Dir. fall.*, 1990, p. 894, con nota di BASSI, *Assegnazione di immobile ai soci di cooperativa e azione revocatoria*, ed in *Società*, 1990, p. 30, con nota di DABORMIDA.

³⁷ Trib. Roma 22 dicembre 1993, in *Dir. fall.*, 1994, II, p. 303.

³⁸ Cass. 5 novembre 1999 n. 12317, in *Fallimento*, 2000, p. 1340.

³⁹ QUATRARO-FUMAGALLI, *Revocatoria ordinaria e fallimentare*, I, cit., p. 606 ss., e p. 816; MAFFEI ALBERTI, *I singoli casi di revocatoria*, in *Il fallimento*, II, a cura di RUISI, JORIO, MAFFEI ALBERTI e TEDESCHI, Torino 1978, p. 221, e p. 367 (ove si evidenzia che il problema della revocabilità è espressamente risolto dall'art. 1113 c.c., che la prevede espressamente); Trib. Milano 27 febbraio 1970, in *Giur. it.*, 1970, I, 2, c. 987.

Per la qualificazione, invece, della divisione come "atto neutro" ai fini della revocatoria, App. Milano 3 febbraio 1999, in *Foro it.*, 2000, I, c. 2980; Trib. Roma 22 marzo 1994, in *Foro it.*, Rep. 1994,

e del riferimento al “giusto prezzo”, può quindi probabilmente dirsi - con riguardo alla fattispecie che ci occupa - che il contratto di *divisione di cosa futura*, relativo a fabbricato da costruire, pur astrattamente soggetto a revocatoria, rientra nella fattispecie di esenzione disciplinata dall'art. 10 del decreto legislativo nella misura in cui il valore dell'assegno ricevuto dal soggetto “acquirente” corrisponda - avuto riguardo alle quote di diritto preesistenti alla divisione - a quello ricevuto dal “costruttore” con l'atto di divisione. Analoga valutazione deve essere effettuata, ai fini del suddetto art. 10, relativamente agli altri contratti a titolo oneroso che possono venire in considerazione nella fattispecie in esame, compresi quelli caratterizzati da un corrispettivo in natura (es., permuta di cosa presente contro cosa futura, contratto atipico *do ut facias*)⁴⁰. Ed incluse le fattispecie di collegamento negoziale (come quella del contratto di compravendita dell'area edificabile seguito da preliminare di retrovendita): fattispecie nella quale, presumibilmente, il confronto deve essere effettuato tra i valori delle “utilità finali” derivanti ai contraenti dal complesso dei contratti dagli stessi stipulati.

6. (SEGUE): L'IMPEGNO DI TRASFERIRE LA RESIDENZA; PROFILI FORMALI E CONSEGUENZE DELLA VIOLAZIONE DELL'OBBLIGO

L'art. 10 del decreto legislativo esclude l'assoggettamento ad azione revocatoria fallimentare degli *atti* aventi ad oggetto immobili da costruire, “*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*”.

Appare, quindi, imprescindibile che *nello stesso contratto, della cui revocatoria si tratta, l'acquirente si impegni formalmente a stabilire la residenza sua o dei familiari* indicati nell'articolo 10. La legge richiede, in

voce *Revocatoria (azione)*, n. 8, ed in *Notariato*, 1995, n. 57, con nota di NICOLINI, *Revocabilità della divisione conclusa da un fideiussore*.

⁴⁰ Per alcune particolarità, in tema di revocatoria fallimentare, relative alla permuta di cosa presente contro cosa futura, cfr. MAFFEI ALBERTI, *I singoli casi di revocatoria*, cit., p. 217 ss.; RUISI, *Disciplina generale dei rapporti in corso di esecuzione*, cit., p. 522 ss.; RUISI, *I singoli rapporti pendenti alla data del fallimento*, cit., p. 655 ss.; RAGUSA MAGGIORE, *Effetti del fallimento sul contratto di permuta tra area edificabile e appartamento da costruire con conguaglio in denaro*, in *Dir. fall.*, 1968, I, p. 12; SALIS, *Permuta di area edificabile con appartamenti da costruire e fallimento dell'appaltatore*, in *Dir. e giur.*, 1964, p. 206; Cass. 4 aprile 1973 n. 934, in *Vita not.*, 1974, p. 39, con nota di TRIOLA, *Permuta di area edificabile con edificio da costruire e fallimento del costruttore*.

Trib. Roma 17 settembre 1962, in *Giur. it.*, 1963, I, 2, c. 613, ha chiarito che il computo del termine, ai fini della revocatoria, va fatto con riferimento alla conclusione del contratto avente ad oggetto un bene futuro, e non a quello in cui il fabbricato viene ad esistenza.

altri termini, la contestualità dell'impegno a fissare la residenza nel fabbricato da costruire: *un eventuale impegno assunto in atto separato non avrebbe rilevanza ai fini in oggetto*, ed esporrebbe quindi il contratto a revocatoria fallimentare. Non sembra, in considerazione del chiaro disposto della legge, che l'*effettivo stabilimento della residenza nel fabbricato*, una volta che questo sia reso abitabile, sia idoneo a "surrogare" la mancata indicazione in atto⁴¹: la legge richiede che la fattispecie negoziale "nascia" in un determinato modo, indirizzata cioè al conseguimento dell'abitazione principale, ed attribuisce ad essa meritevolezza, sotto il profilo dell'esenzione da revocatoria, a tali condizioni soltanto.

In quali atti è necessario inserire la dichiarazione di impegno a stabilire la residenza nell'immobile da costruire? Si è visto che dottrina e giurisprudenza prevalenti ritengono soggetti all'azione revocatoria sia il *contratto definitivo*, sia il *contratto preliminare trascritto*, posto che entrambi sono idonei ad arrecare pregiudizio ai creditori, mentre escludono che sia soggetto alla revocatoria il contratto preliminare non trascritto, improduttivo di qualsiasi effetto di prenotazione; per di più, per quanto specificamente attiene alla revocatoria fallimentare - se si ritiene che il preliminare non trascritto sia inopponibile ai creditori, *ex art. 45 l. fall.* - tale inopponibilità risolve in radice il problema, nel senso sopra indicato. Il contratto preliminare trascritto può invece pregiudicare i creditori, stante il disposto dell'art. 72, comma 5, della legge fallimentare, che riconosce l'operatività nel fallimento del privilegio del promissario acquirente, *ex art. 2775-bis c.c.*, pur mantenendo la facoltà di scelta del curatore tra esecuzione e scioglimento del contratto. Conseguo a quanto sopra la *necessità di inserire la dichiarazione di impegno a stabilire la residenza, nell'immobile da costruire, sia che si tratti di contratto definitivo ad effetti reali differiti, sia che si tratti di contratto preliminare trascritto; mentre non sembrerebbe necessaria tale indicazione nel contratto preliminare non trascritto.*

La prescrizione in oggetto, di natura formale e finalizzata all'esenzione da revocatoria, è ancor più rigorosa di quella prevista dall'art. 1, nota II-bis, della tariffa, parte prima, allegata al D.P.R. 26 aprile 1986 n. 131, ai fini dell'ottenimento delle agevolazioni fiscali per la prima casa: in quella sede, infatti, viene richiesto l'impegno in atto, a pena di decadenza, a trasferire la residenza nel Comune, ma si ammette - in considerazione delle

⁴¹ In tal senso, invece, 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* del 13 giugno 2005.

finalità della prescrizione, diretta all'efficiente esercizio dell'azione amministrativa - la possibilità dell'integrazione con atto successivo, purché prodotto al competente ufficio dell'agenzia delle entrate entro i termini per la registrazione⁴².

Da rilevare, altresì, l'asimmetria - quanto alla *prescrizione di natura temporale* sulla fissazione della residenza - tra la disposizione in commento e quella finalizzata alle agevolazioni fiscali per la prima casa (concetto, tra l'altro, ben diverso da quello di abitazione principale): *dodici mesi* nel primo caso, e *diciotto mesi* nel secondo. D'altra parte, nel secondo caso il termine di diciotto mesi decorre senz'altro dall'acquisto, mentre ai fini della revocatoria il termine può decorrere dall'acquisto o dall'ultimazione del fabbricato.

I due termini iniziali di decorrenza non operano peraltro indifferentemente: se, infatti, l'acquisto della proprietà è anteriore all'ultimazione del fabbricato, l'acquirente non può legalmente fissarvi la propria residenza se non da quando il fabbricato diviene idoneo ad essere abitato. Ciò induce a concludere che *il riferimento all'acquisto operi soltanto nell'ipotesi in cui quest'ultimo sia successivo all'ultimazione del fabbricato*. Per quanto attiene, poi, a quest'ultimo aspetto, deve ritenersi che esso coincida con il momento in cui il fabbricato "versi in stato tale da consentire il rilascio del certificato di agibilità": concetto, questo, cui il decreto in oggetto fa riferimento nel definire l'immobile da costruire. Deve, cioè, trattarsi di *fabbricato già abitabile, poiché in difetto non sarebbe giuridicamente possibile per l'acquirente fissarvi la propria residenza*.

Per quanto concerne, peraltro, il contenuto della dichiarazione richiesta all'acquirente e da inserirsi in atto, deve ritenersi *assolutamente idonea la dichiarazione dell'acquirente che faccia riferimento, alternativamente, ad entrambi i suddetti termini iniziali (acquisto o ultimazione del fabbricato)*. La legge infatti non richiede una scelta tra le due opzioni, e si tratta di soluzione condivisibile, poiché al momento della stipula del contratto non può sapersi con certezza se l'acquisto sarà, effettivamente, anteriore o posteriore all'ultimazione del fabbricato.

La residenza nell'immobile da costruire, una volta ultimato, può essere fissata non solo dall'acquirente, ma anche - in alternativa - da suoi *parenti o affini entro il terzo grado*. *Deve ritenersi consentito impostare la dichiarazione da rendersi in atto ai sensi dell'art. 10, prevedendo in via*

⁴² C.N.N. (estensore PURI), *Atto integrativo per le dichiarazioni richieste per l'acquisto della prima casa (1996)*, in *CNN Strumenti*, voce 0010, p. 6.1; Ris. Min. Fin., Direzione Tasse sugli Affari, 25 luglio 1986 n. 220478, in *Riv. not.*, 1987, p. 213.

*alternativa la fissazione della residenza da parte dell'acquirente o dei suddetti familiari, senza quindi necessità di scegliere sin dal momento della stipula del contratto. Per il resto, appare quantomeno singolare la previsione di parenti e affini fino al terzo grado ai fini dello stabilimento della residenza, quando invece l'acquisto del diritto di proprietà o di altro diritto reale di godimento può essere previsto solo a favore di *parenti di primo grado*; in entrambi i casi, poi, *stupisce la mancata previsione del coniuge tra i soggetti che possono legittimamente acquistare l'immobile, o risiedervi.**

Ci si chiede cosa avvenga nel *caso in cui - nonostante l'impegno assunto in atto al trasferimento della residenza - tale condizione non venga poi in fatto rispettata*. Apparentemente, la norma non detta alcuna prescrizione al riguardo, e potrebbe quindi in astratto affermarsi che la circostanza dell'effettivo trasferimento della residenza sia irrilevante ai fini della revocatoria. Ma sembra evidente che tale conclusione è assolutamente insoddisfacente: a parte il fatto che si appresterebbe un facile strumento per l'elusione della disciplina di legge, si negherebbe in tal modo la stessa natura di "impegno" richiesto dall'art. 10, che per essere tale deve avere natura vincolante, ed essere assistito da idonea sanzione.

Ne deriva - *nel caso di mancata fissazione della residenza entro dodici mesi - l'assoggettamento del contratto ad azione revocatoria fallimentare*, in base alle regole ordinarie. Questa disciplina deve essere peraltro coordinata con quella dettata dall'art. 67 della legge fallimentare, come novellato dal D.L. n. 35/2005. Trattandosi, per definizione, di trasferimento "a giusto prezzo", non potrà applicarsi l'art. 67, comma 1, l. fall., nella misura in cui assoggetta a revocatoria - salvo che l'altra parte provi che non conosceva lo stato d'insolvenza del debitore - gli atti a titolo oneroso compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento, in cui le prestazioni eseguite o le obbligazioni assunte dal fallito sorpassano di oltre un quarto ciò che a lui è stato dato o promesso. Può invece applicarsi l'art. 67, comma 2, l. fall.: con l'avvertenza la revocatoria degli atti a titolo oneroso, ivi prevista, opera soltanto se i suddetti atti sono compiuti entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento.

Altra eventualità da tenere in considerazione è quella in cui *l'acquirente o i suoi familiari, adempiuto all'obbligo di trasferire la residenza nell'immobile ultimato, entro dodici mesi dall'acquisto o dall'ultimazione, ritrasferiscano successivamente la residenza altrove*. Soprattutto nei casi in cui il ritrasferimento della residenza segua a breve distanza di tempo, la circostanza può essere indice della fittizietà della fissazione della residenza nell'immobile acquistato. Il legislatore non detta alcuna regola sul

punto: con la conseguenza che è rimessa alla prudente valutazione del giudice - con le conseguenti, inevitabili incertezze - l'individuazione dell'eventuale intento simulatorio, o fraudolento.

Ne consegue, riassuntivamente, che:

a) - se l'atto è posto in essere "al giusto prezzo", ed è compiuto nei sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento, lo stesso sarà soggetto a revocatoria se, nei dodici mesi successivi, non viene ivi trasferita la residenza effettiva dell'acquirente o dei suoi familiari;

b) - se l'atto, posto in essere sempre "al giusto prezzo", è compiuto anteriormente, la revocatoria non opera in alcun caso, a prescindere dal trasferimento della residenza;

c) - se il corrispettivo pagato dall'acquirente è inferiore di oltre un quarto rispetto al valore di mercato dell'immobile da costruire, la revocatoria opera alle condizioni previste dall'art. 67, comma 1, l. fall., a prescindere dal trasferimento della residenza.

Capitolo Undicesimo
LA DISCIPLINA TRANSITORIA

1. L'applicazione delle disposizioni sulla fideiussione. - 2. Le disposizioni degli articoli 6, 7 e 8 del decreto legislativo. - 3. Le disposizioni di natura procedurale.

1. L'APPLICAZIONE DELLE DISPOSIZIONI SULLA FIDEIUSSIONE

L'unica disposizione transitoria del decreto legislativo in esame è quella contenuta nell'art. 5, a norma del quale la disciplina prevista dagli articoli 2, 3 e 4 (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 disciplina¹.

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.*

¹ In tal senso la Relazione al decreto legislativo: "si è ritenuto di prevedere che la nuova disciplina di tutela, incentrata sull'obbligatorietà della garanzia fideiussoria e dell'assicurazione per i vizi dell'immobile abbia un'applicazione che consenta di esentare le iniziative edilizie in corso da adempimenti ed oneri imprevisi in sede di preventivazione".

2. LE DISPOSIZIONI DEGLI ARTICOLI 6, 7 E 8 DEL DECRETO LEGISLATIVO

Nulla è detto nel decreto con riferimento alle altre disposizioni del decreto: segnatamente, per quelle riguardanti il *contenuto dei contratti* (art. 6), ed il *divieto di stipula dei contratti in presenza di ipoteche non cancellate o frazionate, o di pignoramenti non cancellati* (art. 8). 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*.

Ovviamente, per i contratti stipulati successivamente all'entrata in vigore del decreto, aventi ad oggetto immobili da costruire in base a provvedimento abilitativo rilasciato anteriormente, non sarà necessaria la fideiussione richiesta dagli artt. 2 e 3 del decreto; conseguentemente, non dovranno essere indicati nel contratto i relativi estremi (art. 6, comma 1, lett. g), del decreto).

Per quanto concerne il *frazionamento delle ipoteche* a garanzia di mutui fondiari (art. 7), vige anche in questo caso il principio *tempus regit actum*, riferito peraltro non al contratto di finanziamento, bensì agli atti di frazionamento: con la conseguenza che *gli atti di frazionamento posti in essere successivamente all'entrata in vigore del decreto* sono assoggettati alla nuova disciplina, anche se il contratto di frazionamento fondiario è stato perfezionato anteriormente, ed anteriormente è stata iscritta la relativa ipoteca². Il problema, per il vero, era stato già affrontato a seguito dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 385/1993, che a differenza della disciplina previgente attribuiva il diritto al frazionamento, oltre che al mutuatario, anche al terzo acquirente dell'immobile ipotecato o di parte di esso: a fronte della disposizione dell'art. 161, comma 6, t.u.b., secondo cui rimangono regolati dalle norme abrogate i contratti già conclusi all'entrata in vigore del testo unico, la dottrina aveva fatto giustamente rilevare che il diritto del terzo acquirente al frazionamento non rientrava in tale previsione, posto che tra detto acquirente e la banca non intercorreva alcun rapporto contrattuale³. Le medesime considerazioni possono effettuarsi oggi con riferimento alla disciplina in commento. Ne consegue che *le nuove*

² DOLMETTA, *Le modifiche alla disciplina del frazionamento di ipoteca nello schema di decreto legislativo 18 febbraio 2005*, cit., p. 12.

³ SEPE, *Commento all'art. 39*, cit., p. 307.

norme sul frazionamento del mutuo e dell'ipoteca fondiari trovano applicazione a tutti i contratti di mutuo fondiario, in qualunque tempo stipulati.

Pertanto, anche per i finanziamenti già perfezionatisi sarà possibile ottenere la nomina di un notaio per la redazione di un atto pubblico di frazionamento, nel caso di rifiuto o inerzia della banca nel provvedervi.

3. LE DISPOSIZIONI DI NATURA PROCEDURALE

Quanto alle *disposizioni di natura procedurale*, e precisamente quelle che contengono il diritto di prelazione nella vendita forzata (art. 9)⁴, l'esenzione da revocatoria fallimentare (art. 10), il limite al potere di scelta del curatore fallimentare (art. 11), 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*⁵.

⁴ Cfr. Cass. 25 marzo 1995 n. 3579, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 1159 ("la prelazione di cui all'art. 3 l. 23 luglio 1991 n. 223 opera anche con riguardo alla vendita di aziende del fallito la cui cessione in affitto sia stata stipulata anteriormente all'entrata in vigore della legge stessa").

⁵ Sul momento di entrata in vigore delle disposizioni di natura procedurale, cfr. 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.

APPENDICE

**1. CONTRATTO PRELIMINARE DI COMPRAVENDITA
DI FABBRICATO DA COSTRUIRE**

N. di Repertorio

N. di Raccolta

CONTRATTO PRELIMINARE DI COMPRAVENDITA

REPUBBLICA ITALIANA

L'anno, il giorno del mese di

In, via

Davanti a me, dottor, notaio in, iscritto presso il Collegio notarile del Distretto di,

senza assistenza di testimoni

avendovi i comparenti d'accordo fra loro e con il mio consenso rinunciato

sono presenti i signori:

Tizio, di professione, nato a il, residente a, via,

il quale interviene al presente atto nella propria qualità di amministratore unico e rappresentante organico, e quindi in nome e per conto della società:

"..... S.r.l.", con sede in, capitale sociale euro, sottoscritto e versato; società iscritta nella Sezione ordinaria del Registro delle imprese di al numero-codice fiscale,

a quanto infra autorizzato dal vigente statuto sociale.

Caio, di professione, nato a il, residente a, via, codice fiscale

I comparenti, della cui identità personale io notaio sono certo, con il presente atto convengono e stipulano quanto segue:

CONSENSO E IMMOBILI

La società si obbliga a vendere a Caio, che si obbliga a comprare, per sé o persona da nominare entro la data fissata per la stipula del contratto definitivo, l'immobile risultante dalla seguente *descrizione*:

Porzione del costruendo fabbricato sito nel Comune di, via, denominato "Condominio", e precisamente appartamento ad uso abitazione al piano, della superficie utile di metri quadri, che sarà composto di

Confini:

Insieme all'unità immobiliare in oggetto viene promessa in vendita la *quota di comproprietà degli enti condominiali*, ivi compreso il suolo su cui insisterà il costruendo fabbricato; quota che, anche ai fini dell'art. 2645-*bis*, comma 4, del codice civile, si determina in *millesimi*

Con la precisazione che verrà attribuita - quale *pertinenza in uso esclusivo* - alla parte promissaria acquirente il posto auto, compreso nell'area di proprietà condominiale, identificato

L'area su cui verrà costruito il fabbricato ed il relativo cortile pertinenziale risulta attualmente censita nel *catasto terreni* al foglio
mappale - di are
Confini del complesso edilizio:

IMPEGNO A STABILIRE LA RESIDENZA

La parte promissaria acquirente, ai sensi e per gli effetti della legge n. 210/2004, e dell'art. 10 del relativo decreto attuativo, si impegna a stabilire la residenza propria (o di suoi parenti o affini entro il terzo grado) nell'unità immobiliare oggetto del presente atto, entro dodici mesi dall'acquisto o dall'ultimazione della stessa.

SOSTITUZIONE DELLA PARTE ACQUIRENTE

Il presente contratto preliminare si configura come contratto per persona da nominare, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1401 e seguenti del codice civile, per cui la parte promissaria acquirente si riserva la facoltà di nominare, entro la data del, la persona che dovrà acquistare i diritti ed assumere gli obblighi oggetto del presente preliminare.

Ai fini e per gli effetti della legge n. 210/2004, e relativo decreto attuativo, si precisa che la *dichiarazione di nomina a favore di parente in linea retta* del promissario acquirente comporterà l'estensione alla persona nominata della fideiussione consegnata dalla parte promittente venditrice, di cui infra; ferma comunque la possibilità per il promissario acquirente di designare altra persona o ente.

Si precisa comunque che la clausola per persona da nominare, e la relativa dichiarazione di nomina, afferiscono al presente contratto preliminare, e non al contratto definitivo.

In conseguenza alla trascrizione del presente preliminare, anche l'eventuale dichiarazione di nomina (da stipularsi nella medesima forma adottata per il presente contratto) dovrà essere trascritta. L'accettazione della persona nominata, o la relativa procura, dovranno anch'esse avere la stessa forma. La nomina, accompagnata dall'accettazione o dalla procura, dovrà essere comunicata alla parte promittente venditrice - a mezzo lettera raccomandata con avviso di ricevimento - entro e non oltre il termine come sopra pattuito.

Fino al momento della comunicazione della nomina alla parte promittente venditrice, il presente contratto preliminare produce immediatamente i propri effetti nei confronti dello stipulante (promittente acquirente); a seguito dell'eventuale nomina, l'acquisto dello stipulante si risolverà con efficacia retroattiva, e la persona nominata acquisterà, parimenti con efficacia retroattiva, i diritti e gli obblighi nascenti dal presente contratto. In pendenza del termine per la nomina, nessun diritto o aspettativa giuridicamente tutelata competerà alla persona eligenda nei confronti del promittente, e comunque in relazione al presente contratto.

Si conviene comunque espressamente che la parte promissaria acquirente potrà, in alternativa a quanto sopra, cedere la posizione contrattuale derivante dal presente contratto preliminare a terzi, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1406 e seguenti del codice civile, e ciò fino al momento della stipula del contratto definitivo di compravendita; a tal uopo, la parte promittente venditrice presta sin d'ora il proprio consenso alla suddetta cessione di contratto.

REGIME PATRIMONIALE DELLA FAMIGLIA

Ai sensi e per gli effetti dell'art. 2659 n. 1 del codice civile,

– Caio dichiara di essere coniugato in regime patrimoniale di comunione legale dei beni.

PROVENIENZA

Dichiara la parte promittente venditrice che il diritto di piena proprietà su quanto forma oggetto di quest'atto è ad essa pervenuto come segue:

.....

PATTI E CONDIZIONI

Le parti convengono che l'unità immobiliare in oggetto, con relative pertinenze, verrà adibita esclusivamente ad uso di civile abitazione; con conseguente possibilità, per la parte promissaria compratrice, di ottenere la risoluzione del contratto di compravendita e/o del presente contratto in caso di mancato rilascio del certificato di agibilità - ovvero presentazione al Comune della richiesta di agibilità, e documentazione necessaria ai sensi degli artt. 24 e 25 del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 - entro

Le parti si obbligano sin d'ora ad approvare un regolamento di condominio, da allegarsi al primo atto definitivo di compravendita di unità immobiliari del condominio stesso.

Nel suindicato regolamento, da predisporre a cura e spese della parte promittente venditrice e salva approvazione del promissario acquirente, verranno identificate le parti condominiali, nonché le servitù, obbligazioni *propter rem*, oneri reali che verranno precisate in sede di stipula dell'atto definitivo di compravendita.

Per assicurare un positivo ed efficiente inizio della gestione condominiale, viene nominata sin d'ora quale amministratore del condominio la parte promittente venditrice, fino a revoca che potrà essere deliberata dall'assemblea dei condomini, con conferimento di tutti i relativi poteri.

In particolare, si conviene sin d'ora di dare espresso mandato alla parte promittente venditrice per procedere alla denuncia al catasto dei fabbricati delle unità immobiliari e dell'intero condominio, per richiedere l'abitabilità dello stabile, nonché per richiedere alle società erogatrici di forza motrice, luce, acqua, gas, ecc., l'esecuzione dei necessari allacciamenti dello stabile condominiale a detti servizi; tutte le *spese* relative saranno comunque a carico della parte promittente venditrice, in quanto già *ricomprese nel prezzo di vendita* come infra determinato.

Le domande per la posa dei contatori saranno inoltrate dai singoli utenti, e le spese relative saranno a loro carico, trattandosi di oneri successivi all'acquisto ed estranei al prezzo di compravendita.

La parte promissaria acquirente esonera espressamente la parte promittente venditrice da ogni responsabilità per eventuali ritardi nell'esecuzione degli allacciamenti suddetti da parte degli enti erogatori, purché la parte promittente venditrice stessa ne chieda tempestivamente l'esecuzione.

CARATTERISTICHE COSTRUTTIVE - CAPITOLATO DELLE OPERE
ELABORATI PROGETTUALI

L'unità immobiliare in oggetto dovrà essere ultimata e rifinita a perfetta regola d'arte

(assumendosi la parte promittente venditrice tutti gli obblighi posti dalla legge a carico dei costruttori, appaltatori e venditori, anche per il caso di vizi occulti).

Si allega al presente atto sotto la lettera “....”, quale sua parte integrante e sostanziale, il *capitolato delle opere*, sottoscritto per accettazione dalle parti. Da tale capitolato risultano, tra l’altro:

- 1) - le *caratteristiche tecniche del fabbricato da costruire* (ivi comprese la struttura portante, le fondazioni, le tamponature, i solai, la copertura, gli infissi e gli impianti);
- 2) - le *caratteristiche dei materiali da utilizzarsi*, individuati anche solo per tipologie, caratteristiche e valori omogenei, nonché *l’elenco delle rifiniture e degli accessori* convenuti fra le parti.

L’unità immobiliare oggetto di vendita risulta perimetrata in colore nell’*elaborato progettuale* - in base al quale è stato richiesto il permesso di costruire - che, previa visione ed approvazione, e previa sottoscrizione delle parti, si allega in copia al presente atto sotto la lettera “....”, precisato che le superfici e la suddivisione interna dell’unità immobiliare, quali risultanti dal suddetto elaborato progettuale, sono puramente indicative e non tassative, con la tolleranza di un ventesimo di cui all’articolo 2645-*bis*, comma 5, del codice civile.

Quanto sopra descritto sarà individuato nel catasto dei fabbricati in base all’accatastamento che verrà redatto a cura della parte promittente venditrice, e che la parte acquirente dichiara sin d’ora di accettare, anche in caso di lievi differenze rispetto al suddetto elaborato progettuale allegato sotto la lettera “....”, purché la costruzione sia conforme al permesso di costruire rilasciato o eventuali varianti.

L’esecuzione dei lavori di costruzione verrà affidato ad *imprese appaltatrici*, i cui dati identificativi risultano riportati nell’elenco che - previa visione ed approvazione - si allega al presente atto sotto la lettera “.....”.

VARIANTI AL PROGETTO ORIGINARIO

L’esecuzione di varianti al progetto originario dell’edificio, anche per quanto riguarda le parti comuni dello stesso, nella misura in cui comporti *modifica rispetto a quanto risulta dagli elaborati progettuali*, come sopra allegati sotto la lettera “....”, dovrà essere *approvata da entrambe le parti* del presente contratto.

La parte promittente venditrice si riserva peraltro di modificare le finiture delle parti comuni, che non siano ricomprese tra quelle indicate nel capitolato come sopra allegato sotto la lettera “.....”.

Si conviene che ogni richiesta di modifica delle opere da parte della parte promissaria acquirente dovrà essere richiesta per iscritto e darà luogo ad un *supplemento di prezzo* da concordarsi, salvo il diritto della parte promittente di chiedere ed ottenere un congruo *anticipo*, da garantirsi con *fideiussione* a norma di legge.

La parte promittente si riserva di non accettare le suddette richieste di modifica, ove queste, a suo insindacabile giudizio, possano alterare la struttura e l’estetica del fabbricato, ovvero siano intempestive o di difficoltosa realizzazione, ovvero infine possano pregiudicare il rilascio del certificato di agibilità o determinare ritardi nell’ultimazione dei lavori.

Resta comunque inteso che ciascuno degli acquirenti delle singole unità immobiliari in condominio potrà, anche dopo la consegna, eseguire a propria cura e spese all’interno della propria unità immobiliare modifiche, purché regolari urbanisticamente, senza necessità di autorizzazione da parte degli altri condomini.

IMMISSIONE IN POSSESSO

Le parti convengono che la costruzione dovrà essere eseguita rispettando i *termini massimi, correlati alle varie fasi di lavorazione* (stati di avanzamento dei lavori), quali di seguito riportati:

.....
La consegna dell'immobile in oggetto dovrà avvenire entro il

A tal uopo, si precisa che il contratto definitivo di compravendita potrà essere stipulato anche prima del rilascio del certificato di agibilità da parte della competente autorità comunale; agibilità che la parte promittente venditrice comunque si obbliga a richiedere senza indugio alcuno non appena effettuata la comunicazione di fine lavori, che dovrà aver luogo entro il

L'immissione in possesso (con conseguente consegna delle chiavi) verrà fatta constare mediante apposito verbale redatto per iscritto, e in tale sede la parte promissaria acquirente dovrà precisare eventuali inadempimenti riscontrati nella esecuzione delle opere e delle finiture; precisato, pertanto, che la consegna senza riserve dell'immobile in oggetto comporterà accettazione, e varrà come collaudo ad ogni effetto contrattuale.

La parte promissaria acquirente si impegna a prendere in consegna l'unità in oggetto indipendentemente dall'ultimazione delle parti comuni e da eventuali manchevolezze nelle finiture delle stesse, che verranno fatte risultare dal verbale di consegna, e che la parte venditrice sarà comunque tenuta ad ultimare entro il

Dal momento della consegna saranno a carico della parte acquirente tutte le spese e gli oneri relativi all'immobile in oggetto, ivi compresa l'imposta comunale sugli immobili ed altre eventuali imposte di natura patrimoniale.

CONTRATTI DI MUTUO STIPULATI DAL VENDITORE

Si conviene che la parte promittente venditrice potrà ulteriormente ipotecare lo stabile di cui fa parte l'unità qui promessa in vendita, a garanzia di mutuo fondiario che potrà essere richiesto a qualsiasi banca, su scelta insindacabile della parte promittente venditrice, e che verrà frazionato - entro la data di stipula del contratto definitivo - per essere accollato, *pro quota*, ai singoli acquirenti delle unità immobiliari del condominio. La parte promittente venditrice sarà in ogni caso obbligata a frazionare il mutuo fondiario e la relativa ipoteca, ed a perfezionare il relativo atto notarile anteriormente o contestualmente alla stipula del contratto definitivo di compravendita.

Eventualmente:

A tal fine, spetta alla parte promissaria compratrice la scelta - quale modalità di pagamento del prezzo - tra l'accollo del mutuo di cui sopra ed altro eventuale mezzo legale di pagamento. Della scelta effettuata dovrà essere data comunicazione alla parte promittente venditrice almeno prima della stipula del contratto definitivo. La parte promittente venditrice sarà in ogni caso obbligata, rispettivamente, a frazionare il mutuo fondiario e la relativa ipoteca, ovvero a svincolare dall'ipoteca l'unità immobiliare in oggetto, ed a perfezionare i relativi atti notarili anteriormente o contestualmente alla stipula del contratto definitivo di compravendita.

La parte promissaria acquirente si obbliga, in caso di pagamento di tutto o parte del prezzo mediante accollo di mutuo:

– a rimborsare alla parte promittente venditrice, in proporzione alla quota di mutuo

accollata, le spese di istruttoria, legali, notarili, fiscali sostenute da quest'ultima per l'ottenimento del mutuo, sin d'ora quantificate forfettariamente nella somma complessiva di euro Dette spese, esclusa l'imposta sostitutiva di cui all'art. 15 del D.P.R. n. 601/1973, dovranno essere rimborsate anche nel caso in cui la parte acquirente, rinunciasse all'accollo del mutuo successivamente al termine sopra indicato;

(in caso di accollo di mutuo che comporta pagamento di rate anteriormente alla stipula del contratto definitivo):

– relativamente alle rate di mutuo che scadranno anteriormente alla stipula del contratto definitivo di compravendita, a far pervenire alla parte promittente venditrice, almeno quindici giorni prima delle relative scadenze, la provvista relativa al pagamento delle rate stesse, comprensive di capitale, interessi ed accessori, e ciò fino al momento in cui non verrà perfezionato il frazionamento e l'accollo della quota di mutuo, rendendo quindi possibile il pagamento diretto da parte del promittente venditore delle suddette rate alla banca mutuante. Sino al momento in cui il mutuo non verrà frazionato, le rate di mutuo di pertinenza delle singole unità immobiliari saranno determinate dalla parte promittente venditrice in proporzione ai rispettivi accolti fatti agli acquirenti, salvo conguaglio da effettuare, avvenuto il frazionamento, al momento della stipula dell'atto definitivo di compravendita. Dopo aver ricevuto dal promissario acquirente il pagamento della quota di sua spettanza, la parte promittente venditrice verserà alla banca mutuante il corrispondente importo della rata del mutuo, con esonero quindi da ogni responsabilità conseguente al mancato o ritardato pagamento da parte dell'acquirente stesso, e con diritto di rivalsa per interessi di mora ed altre penalità applicati in tal caso dalla banca. Qualora l'erogazione dell'importo mutuato per l'intera somma o per parte di essa avvenga successivamente alla data di consegna dell'alloggio di cui sopra, sulla quota di mutuo accollata decorreranno gli interessi, nella medesima misura applicata dalla banca mutuante, dalla medesima data di consegna sino alla data in cui ha inizio l'ammortamento del mutuo.

Ai fini e per gli effetti di quanto disposto dall'art. 2825-*bis* del codice civile, la parte promissaria compratrice prende atto che l'ipoteca che sarà iscritta a garanzia della quota di mutuo fondiario come infra accollata graverà sulla porzione immobiliare oggetto del presente preliminare, e sarà opponibile ad esso promissario acquirente ancorché iscritta successivamente alla trascrizione del presente contratto preliminare.

CONTRATTI DI MUTUO STIPULATI DAL COMPRATORE

La parte promittente venditrice si obbliga ad intervenire quale terzo datore d'ipoteca alla stipula di eventuali altri contratti di mutuo a cui la parte promissaria acquirente decidesse di addivenire per il pagamento di tutto o parte del prezzo di vendita; convenendosi in tal caso che al momento della stipula del contratto di mutuo la parte promissaria acquirente dovrà consegnare alla parte promittente un ordine di bonifico irrevocabile impartito alla banca mutuante a favore di essa stessa parte promittente venditrice, per il pagamento di quanto ad essa spettante a saldo del prezzo medesimo.

RAPPORTI DI VICINATO E CONFINI

La parte promittente venditrice si riserva il diritto, fino al momento della stipula dell'atto definitivo di compravendita, di definire, concordare e regolare, a suo insindacabile

giudizio, i rapporti di confine e di vicinato con le proprietà contigue, e quindi di costituire servitù attive e passive, vincoli di edificabilità, stipulare transazioni, stipulare convenzioni con i proprietari confinanti o con il Comune nel cui territorio si trova la costruzione. Il tutto purché la costituzione delle servitù e dei vincoli di cui sopra *non risulti pregiudizievole* all'utilizzo dell'unità immobiliare oggetto del presente contratto, secondo la destinazione prevista.

RISERVA DI PROPRIETÀ

La parte promittente venditrice si riserva la proprietà dell'eventuale lastrico solare di copertura o del sottotetto del fabbricato condominiale, con facoltà di eseguire eventuali sopraelevazioni, senza dover corrispondere alcuna indennità ai proprietari dei piani sottostanti, in espressa deroga all'art. 1127 del codice civile, allacciandosi agli impianti e servizi del condominio; potrà cedere detto diritto a terzi, rinunciando la parte promissaria acquirente ad ogni eventuale compenso o indennità.

La parte promittente venditrice si riserva pure il diritto di costruire sugli spazi a cortile, senza dovere corrispettivo alcuno ai condomini, autorimesse private o posti auto, interrati o meno.

Si conviene infine che la volumetria eventualmente non utilizzata rimarrà di pertinenza della parte promittente venditrice, che la potrà utilizzare a suo giudizio nel rispetto delle prescrizioni urbanistiche.

STIPULA DEL CONTRATTO DEFINITIVO DI COMPRAVENDITA

La stipula dell'atto notarile di compravendita dovrà aver luogo entro e non oltre il (con possibilità per le parti di convenire di comune accordo una proroga di detto termine).

Il termine come sopra pattuito per la stipula del contratto definitivo non ha natura di termine essenziale, ai sensi dell'art. 1457 del codice civile. Pertanto, anche dopo la scadenza, ciascuna delle parti avrà diritto di esigere ugualmente la stipula dell'atto notarile di compravendita, salvo l'eventuale risarcimento dei danni a favore della parte a cui non è imputabile l'inadempimento od il ritardo nell'adempimento.

Oppure:

Il termine come sopra pattuito per la stipula del contratto definitivo ha natura di termine essenziale, ai sensi dell'art. 1457 del codice civile, convenuto a favore della parte compratrice. Pertanto, ai sensi di detta norma, la parte nel cui interesse è convenuto il termine, se vuole esigere l'esecuzione del presente contratto nonostante la scadenza del termine suddetto, deve darne notizia all'altra parte entro tre giorni con lettera raccomandata con avviso di ricevimento. In mancanza, il contratto s'intende risolto di diritto.

Le parti pertanto si obbligano a stipulare, entro il termine suddetto, l'atto notarile presso notaio scelto dalla parte compratrice, al quale notaio le parti medesime sin d'ora conferiscono il relativo incarico professionale, con mandato di espletare quanto occorra per addivenire al regolare rogito, obbligandosi a fornire allo stesso tutte le notizie, i dati e la documentazione eventualmente occorrenti. In particolare, la parte promittente venditrice è obbligata a produrre tempestivamente al notaio designato i titoli ed i documenti della proprietà, di cui all'art. 1477, comma 3, del codice civile, salva, in difetto,

la facoltà della parte promissaria compratrice di chiedere la risoluzione del presente contratto.

PREZZO

Il prezzo della compravendita viene pattuito in complessivi euro, il cui pagamento viene convenuto come segue:

1) - quanto ad euro, vengono versate dalla parte promittente compratrice alla parte promittente venditrice in data odierna, a titolo di caparra confirmatoria, da imputare al prezzo di vendita ai sensi dell'articolo 1385, primo comma, del codice civile. Precisato che, ai sensi del suddetto art. 1385 del codice civile, in caso di inadempimento della parte promissaria acquirente l'altra può recedere dal contratto, ritenendo la caparra; ed in caso di inadempimento della parte promittente venditrice, l'altra può recedere dal contratto e richiedere il doppio della caparra. Rimane comunque fermo il diritto per l'acquirente non inadempiente di chiedere la risoluzione del contratto ed il risarcimento del danno effettivamente subito, ritenendo in tal caso la caparra ed imputandola al risarcimento suddetto. Si precisa altresì che gli interessi maturati sulla somma corrisposta a titolo di caparra, a decorrere dalla data odierna, sono da intendersi di spettanza della parte promittente compratrice.

Di tale somma la parte promittente venditrice, con la sottoscrizione del presente atto, rilascia ampia e finale quietanza.

2) - quanto alla somma di euro, improduttiva di interessi, dovrà essere pagata, presso il domicilio della parte promittente venditrice, entro il

3) - quanto alla somma di euro, il relativo pagamento è convenuto mediante accollo, con effetto immediato dalla data di stipula del presente preliminare, della quota di mutuo gravante sull'unità immobiliare in oggetto, e precisamente relativa al mutuo fondiario stipulato con la banca con atto

La prima rata di mutuo da pagarsi dalla parte promissaria compratrice scadrà quindi il

Si conviene quindi espressamente che la parte promissaria acquirente dovrà pagare, a tal titolo, tutte le rate del suddetto mutuo, comprensive di capitale, interessi e spese, con scadenza successiva alla data odierna, impegnandosi, conseguentemente, a rimborsare alla parte promittente venditrice - su semplice esibizione della relativa quietanza rilasciata dalla Banca - l'importo delle rate che la stessa promittente venditrice abbia pagato personalmente, il tutto a titolo di "accollo interno" finché non sia stato perfezionato il frazionamento del mutuo fondiario, e non sia quindi possibile l'accollo cumulativo esterno nei confronti della banca mutuante.

Oppure:

3) - quanto alla somma di euro, la stessa verrà pagata mediante accollo di una quota del mutuo fondiario, da stipularsi da parte della parte venditrice, e da frazionarsi a cura e spese della stessa entro la data di stipula del contratto definitivo, in modo che la porzione immobiliare in oggetto risulti gravata esclusivamente dall'ipoteca a garanzia del mutuo accollato; detta ipoteca sarà opponibile al terzo acquirente, ai sensi dell'art. 2825-bis del codice civile, ancorché iscritta successivamente alla trascrizione del presente contratto preliminare.

Si conviene espressamente che la parte promissaria acquirente dovrà pagare, anche a titolo di accollo interno e fino al perfezionamento del frazionamento del mutuo, e quindi dell'accollo cumulativo esterno nei confronti della banca mutuante, tutte le rate del

suddetto mutuo, comprensive di capitale, interessi e spese, con scadenza successiva alla data odierna, impegnandosi, conseguentemente, ad anticipare alla parte promittente venditrice l'importo delle rate che la stessa promittente venditrice sia tenuta a pagare.

4) - quanto alla residua somma di euro, improduttiva di interessi, verrà pagata in unica soluzione al momento della stipula dell'atto notarile di compravendita. Ove quest'ultima dovesse essere ritardata per causa imputabile alla parte promissaria acquirente, saranno dovuti, sul residuo prezzo non pagato entro detto termine, gli interessi moratori, in misura corrispondente al tasso soglia tempo per tempo rilevato dalle autorità competenti per gli interessi moratori medesimi, ai sensi delle vigenti disposizioni in tema di usura.

Il pagamento delle somme come sopra convenute dovrà essere effettuato alla parte promittente venditrice a mezzo *assegni circolari non trasferibili*, intestati alla stessa, ovvero mediante *bonifici bancari*.

GARANZIE DELLA VENDITA

Ai sensi della legge n. 210/2004, e relativo decreto attuativo, la parte promittente venditrice consegna alla parte promissaria acquirente *fideiussione*, dell'importo complessivo di euro, rilasciata da in data, a garanzia del rimborso - in caso di sopravvenuta situazione di crisi del costruttore - di tutte le somme che la stessa parte promittente venditrice ha riscosso e, secondo i termini e le modalità stabiliti nel presente contratto, deve ancora riscuotere dalla parte promissaria acquirente prima del trasferimento della proprietà; copia della suddetta fideiussione si allega al presente atto sotto la lettera ".....".

Il diritto di piena proprietà su quanto forma oggetto di quest'atto viene promesso in vendita a corpo e non a misura, e con ogni annesso e connesso, libero, per come dichiara e garantisce la parte promittente venditrice, da pesi, ipoteche, *iscrizioni e trascrizioni pregiudizievoli*, oneri di carattere urbanistico o fiscale, e da diritti di terzi in genere, fatta eccezione per le seguenti formalità:

1) - *convenzione urbanistica* stipulata con il Comune di con atto n. di repertorio a mio rogito in data, registrato, trascritto a favore del medesimo Comune; con la quale veniva approvato il piano di lottizzazione dell'area su cui verrà realizzato il complesso condominiale in oggetto, e venivano previsti vincoli di destinazione dei fabbricati, obblighi di realizzazione di opere di urbanizzazione, e obblighi di cessione gratuita di aree al Comune;

2) - *atto d'obbligo unilaterale* a favore del Comune di, stipulato con atto autenticato da me notaio in data con n. di repertorio, registrato, trascritto a favore del suddetto Comune; con il quale la società vincolava a favore del limitrofo fondo la volumetria edificabile residua del complesso edilizio in oggetto;

3) - *ipoteca* per euro a favore della banca, iscritta a garanzia di mutuo fondiario dell'importo originario di euro, che la parte promittente venditrice si obbliga a cancellare; con la precisazione che l'atto notarile di consenso alla cancellazione dovrà essere stipulato anteriormente o contestualmente alla stipula del contratto definitivo di compravendita;

4) - *sequestro conservativo* per euro, trascritto a favore di, che la parte promittente venditrice si obbliga a cancellare

entro la data del, e comunque anteriormente alla stipula del contratto definitivo di compravendita.

La parte promittente venditrice garantisce inoltre che gli impianti da installarsi nell'edificio da costruire saranno conformi alla vigente normativa.

ROVINA E DIFETTI DELL'IMMOBILE

Se, entro dieci anni dalla ultimazione dei lavori, l'immobile in oggetto, per vizio del suolo o per difetto della costruzione, rovini in tutto o in parte, ovvero presenti evidente pericolo di rovina o gravi difetti, manifestatisi successivamente alla stipula del contratto definitivo di compravendita, la parte promittente venditrice sarà responsabile nei confronti della parte promittente compratrice e suoi aventi causa, purché sia fatta la denuncia entro un anno dalla scoperta.

Si applicano, con riferimento a quanto sopra convenuto, le disposizioni dell'art. 1669 del codice civile.

La parte promittente venditrice dovrà consegnare alla parte promissaria acquirente, all'atto del trasferimento della proprietà, una *polizza assicurativa indennitaria decennale*, a beneficio dell'acquirente e con effetto dalla data di ultimazione dei lavori, a copertura dei danni materiali e diretti all'immobile, compresi i danni a terzi, che derivino dai suddetti vizi. In caso di mancata consegna di tale polizza, la parte promissaria acquirente potrà rifiutarsi di stipulare il contratto definitivo di compravendita, chiedendo la restituzione del doppio della caparra pagata, salvo il risarcimento degli ulteriori danni.

CLAUSOLE RISOLUTIVE ESPRESSE

Nell'ipotesi in cui, entro il termine sopra indicato per la fine dei lavori, la parte promittente venditrice non abbia ultimato i lavori di costruzione, e decorsi giorni dalla scadenza del termine stesso, salva la facoltà per le parti di prorogare, di comune accordo, il suddetto termine, si conviene la risoluzione di diritto del presente contratto - ex art. 1456 c.c. - a favore della parte promissaria acquirente, che potrà ottenere in restituzione dalla parte promissaria le somme alla stessa via via corrisposte, con gli interessi maturati, oltre alla restituzione del doppio della caparra, ai sensi di legge, nonché una ulteriore somma pari ad euro, a titolo di clausola penale.

Si conviene inoltre, a favore della parte promissaria acquirente, la risoluzione di diritto del presente contratto preliminare, con il conseguente diritto di ricevere dalla parte promittente venditrice il doppio della caparra versata, ai sensi dell'articolo 1385 del codice civile:

– nel caso in cui l'unità immobiliare in oggetto risulti gravata, alla data fissata per la stipula del contratto definitivo di compravendita, da ipoteche, privilegi, servitù pregiudizievoli, diritti di terzi non dichiarati nel presente contratto, ovvero esistano vizi occulti ai sensi dell'articolo 1490 del codice civile;

– nel caso in cui risultino irregolarità urbanistiche o edilizie dell'immobile promesso in vendita, tali da impedire la valida stipula del contratto definitivo o da comportare sanzioni amministrative diverse da quella pecuniaria, ai sensi della vigente disciplina urbanistica; resta stabilito comunque che ogni onere economico che si renda necessario per eliminare eventuali irregolarità urbanistiche, come pure qualsiasi vincolo non dichiarato nel presente contratto, farà carico esclusivamente alla parte promittente venditrice, che si impegna sin d'ora a sostenerlo.

In caso di inadempimento della parte promissaria acquirente all'obbligo di pagamento del prezzo, o degli acconti sullo stesso, si conviene a favore della parte promittente venditrice la risoluzione di diritto del presente contratto preliminare, con il conseguente diritto di trattenere la caparra ricevuta. Si considera a tal fine inadempimento anche il ritardo nell'adempimento per un periodo superiore a giorni.

Al verificarsi di uno degli eventi sopra specificati, il contratto si intenderà risolto a seguito di comunicazione effettuata dalla parte interessata alla parte inadempiente, a norma del secondo comma del citato articolo 1456, a mezzo lettera raccomandata con avviso di ricevimento, salvo che la parte adempiente non voglia, invece, mantenere in vita il contratto, e chiedere comunque il risarcimento dei danni subiti.

La parte adempiente, nei suddetti casi, avrà diritto di far accertare i presupposti dell'inadempimento della controparte ad opera del collegio arbitrale come infra nominato; la relativa decisione sarà vincolante a tutti gli effetti di legge.

Si conviene sin d'ora tra le parti che, in caso di esistenza di vizi occulti nell'immobile promesso in vendita, così come in caso di evizione parziale, la parte promissaria acquirente avrà diritto, a sua scelta, di chiedere l'esecuzione del contratto (anche in forma specifica ex art. 2932 c. c.) con una congrua riduzione del prezzo come sopra pattuito, ovvero la risoluzione del contratto, salvo il diritto al risarcimento di eventuali danni.

In difetto di accordo tra le parti in ordine alla determinazione di tale riduzione di prezzo, deciderà il collegio arbitrale come appresso nominato.

ESECUZIONE SPECIFICA DELL'OBBLIGO DI CONTRARRE

In caso di inadempimento di una delle due parti all'obbligo di concludere il contratto definitivo di compravendita, l'altra, previa esecuzione della propria prestazione od offerta della stessa, potrà ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 2932 del codice civile. A tal fine, l'invito a presentarsi davanti ad un notaio per la stipula del contratto definitivo, da spedirsi con lettera raccomandata con avviso di ricevimento, sarà sufficiente a configurare l'offerta di cui al suddetto art. 2932 c.c.

Nell'ipotesi in cui la parte venditrice non abbia ottemperato, entro il termine fissato per la stipula del definitivo, all'obbligo di cancellazione delle formalità pregiudizievoli, ovvero nel caso di sopravvenienza di ulteriori formalità pregiudizievoli implicanti il pericolo di evizione, il promissario acquirente potrà chiedere l'esecuzione in forma specifica senza dover preventivamente effettuare od offrire il pagamento del prezzo, in applicazione di quanto stabilito dagli artt. 1460 e 1481 del codice civile.

Nell'ipotesi in cui il bene promesso in vendita presenti vizi o difformità, il promissario acquirente potrà chiedere l'esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c. con una congrua riduzione del prezzo di vendita, da determinarsi da parte del giudice.

DICHIARAZIONI URBANISTICHE

La parte promittente venditrice, come sopra rappresentata, dichiara, ai sensi della vigente normativa edilizia ed urbanistica:

– di aver *richiesto il permesso di costruire* relativamente al complesso edilizio in oggetto (richiesta presentata al Comune di in data, prot. n.);

– che l'area su cui l'edificio dovrà essere costruito ha le caratteristiche risultanti dal certificato di destinazione urbanistica, rilasciato dal Comune di in data, che si allega al presente atto sotto la lettera "....."; e che dalla data di rilascio di detto certificato fino ad oggi non sono intervenute modificazioni nei relativi strumenti urbanistici.

CLAUSOLA COMPROMISSORIA

Tutte le controversie relative al presente contratto, comprese quelle inerenti la sua formazione, interpretazione, esecuzione, validità e giuridica esistenza, modificazione ed estinzione, purché compromettibili in arbitri, saranno devolute alla cognizione di un collegio arbitrale, composto da tre membri, di cui i primi due saranno nominati uno da ciascuna parte in lite, ed il terzo di comune accordo dagli arbitri così nominati, ovvero, in difetto, dal Presidente del Tribunale di (*luogo indicato dall'art. 810, comma 2, c.p.c.*). Lo stesso Presidente del Tribunale nominerà l'arbitro per la parte in lite che non vi avrà provveduto nel termine previsto dall'art. 810, comma 1, c.p.c..

Qualora le parti in lite siano più di due, la controversia sarà devoluta alla cognizione di un arbitro unico, nominato d'accordo tra le parti, o in difetto, dal Presidente del Tribunale di (*come sopra*).

Il collegio arbitrale o l'arbitro unico decideranno in via rituale e secondo diritto.

La sede dell'arbitrato è fissata in

La responsabilità civile degli arbitri sussiste esclusivamente nell'ipotesi prevista dall'art. 813, comma 2, c.p.c..

Gli arbitri potranno condurre il procedimento senza formalità di procedura, salva l'osservanza del principio del contraddittorio e, più in generale, delle disposizioni inderogabili di legge.

Si applicano, per quanto espressamente qui non disposto, le disposizioni degli articoli 806 e seguenti del codice di procedura civile in tema di arbitrato rituale.

APPROVAZIONE SPECIFICA DI CLAUSOLE

La parte promittente compratrice dichiara di aver preso conoscenza di quanto precede, ed in particolare di approvare, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 1341 del codice civile, le seguenti clausole:

- Prezzo, modalità di pagamento, caparra confirmatoria;
- Condizioni Generali; Caratteristiche costruttive, Capitolato delle opere; Varianti al Progetto originario; Ultimazione dei lavori ed immissione in possesso; Contratti di mutuo stipulati dal venditore; Rapporti di vicinato e confini; Riserva di proprietà; Clausola risolutiva; Clausola compromissoria.

(Nel caso in cui il promissario acquirente rivesta la qualifica di consumatore):

Le parti, avuto riguardo al disposto degli articoli 1469-bis e seguenti del codice civile, e con riferimento alle clausole suindicate, dichiarano di avere esatta e piena conoscenza delle stesse, che sono state oggetto di trattativa individuale tra le parti medesime, e non qualificandosi quindi, a norma dell'art. 1469-ter, quarto comma, del codice civile, quali clausole vessatorie; i componenti dichiarano comunque di essere pienamente a conoscenza degli effetti della disciplina contenuta negli articoli 1469-bis e seguenti del codice civile.

SPESE, IMPOSTE E TASSE

Le spese, imposte e tasse relative al presente contratto preliminare, come pure quelle relative allo stipulando atto notarile di compravendita, sono convenute a carico della parte promissaria acquirente.

REGIME FISCALE

Le parti dichiarano che la presente cessione è soggetta ad imposta sul valore aggiunto, e chiedono l'applicazione delle agevolazioni fiscali per l'acquisto della prima casa. A tal fine

I comparenti dichiarano di ben conoscere gli allegati ed espressamente dispensano me notaio dal darne lettura.

Richiesto io notaio ho ricevuto quest'atto, dattiloscritto da persona di mia fiducia sopra fogli occupati per pagine intere e parte della, e da me letto ai comparenti, che da me interpellati lo approvano.

2. CONTRATTO DI COMPRAVENDITA DI FABBRICATO DA COSTRUIRE (VENDITA DI COSA FUTURA)

N. di Repertorio

N. di Raccolta

CONTRATTO DI COMPRAVENDITA DI FABBRICATO DA COSTRUIRE (VENDITA DI COSA FUTURA)

REPUBBLICA ITALIANA

L'anno, il giorno del mese di

In, via

Davanti a me, dottor, notaio in, iscritto presso il Collegio notarile del Distretto di,

senza assistenza di testimoni

avendovi i componenti d'accordo fra loro e con il mio consenso rinunciato sono presenti i signori:

Tizio, di professione, nato a il, residente a, via,

il quale interviene al presente atto nella propria qualità di amministratore unico e rappresentante organico, e quindi in nome e per conto della società:

"..... S.r.l.", con sede in, capitale sociale euro, sottoscritto e versato; società iscritta nella sezione ordinaria del Registro delle imprese di al numero-codice fiscale,

a quanto infra autorizzato dal vigente statuto sociale.

Caio, di professione, nato a il, residente a, via, codice fiscale

I componenti, della cui identità personale io notaio sono certo, con il presente atto convergono e stipulano quanto segue:

CONSENSO E IMMOBILI

La società "..... S.r.l." vende a Tizio, che compra, il diritto di piena proprietà su porzioni del costruendo edificio sito nel Comune di, via, che verrà denominato "Condominio", e più precisamente sulle porzioni di cui alla seguente *descrizione*:

1) - appartamento di abitazione al piano, contraddistinto con il numero interno, della superficie utile di metri quadri, composto di, confinante con

2) - locale cantina al piano seminterrato, contraddistinto con il numero, della superficie utile di metri quadri, confinante con

3) - locale autorimessa, anch'esso al piano seminterrato, contraddistinto con il numero, della superficie utile di metri quadri, confinante con

Le suddescritte porzioni immobiliari risultano meglio identificate nell'*elaborato progettuale* - rappresentante l'intero costruendo edificio, e sulla base del quale è stato rilasciato il permesso di costruire - che in copia si allega al presente atto sotto la lettera "....", ed ivi sono perimetrate in colore

Il terreno su cui sorgerà l'edificio in oggetto risulta attualmente censito nel catasto terreni del Comune di come segue:

Foglio

mappale - di are -,

confinante, nel complesso, con

La presente vendita ha quindi per oggetto anche la *quota di comproprietà condominiale* - pari a *millesimi* - dell'area sopra descritta, che costituirà sedime del futuro fabbricato e, in parte, area di pertinenza dello stesso.

IMPEGNO A STABILIRE LA RESIDENZA

La parte compratrice, ai sensi e per gli effetti della legge n. 210/2004, e dell'art. 10 del relativo decreto attuativo, si impegna a stabilire la residenza propria (o di suoi parenti o affini entro il terzo grado) nell'unità immobiliare oggetto del presente atto, entro dodici mesi dall'acquisto o dall'ultimazione della stessa.

REGIME PATRIMONIALE DELLA FAMIGLIA

Ai sensi e per gli effetti dell'art. 2659 n. 1 del codice civile,

– Caio dichiara di essere coniugato in regime patrimoniale di comunione legale dei beni.

PROVENIENZA

Dichiara la parte venditrice che il diritto di piena proprietà su quanto forma oggetto di quest'atto è ad essa pervenuto come segue:

.....

PATTI E CONDIZIONI

La presente compravendita si configura, relativamente alle porzioni di edificio costruendo come sopra descritte, come compravendita di cosa futura, anche agli effetti dell'art. 1472 del codice civile. Pertanto la proprietà di dette porzioni verrà trasferita alla parte compratrice nel momento in cui le stesse verranno ad esistenza. A tal fine, le parti, come sopra costituite e rappresentate, espressamente convengono:

– che l'eventuale differenza di superficie o di quota, rispetto a quanto sopra indicato, contenuta nei limiti di un ventesimo rispetto a quanto indicato nel presente contratto, non produrrà effetti, ferma restando la necessità di conformità dell'oggetto del presente contratto al permesso di costruire infra citato, e relative varianti;

– che le singole porzioni immobiliari in oggetto si intenderanno *venute ad esistenza* - per espressa volontà delle parti ed *in deroga al disposto dell'art. 1472 c.c.* - nel momento in cui il fabbricato sarà in stadio tale da consentire il rilascio del certificato di agibilità, e sarà stata *presentata al Comune competente la richiesta* del certificato stesso, corredata della documentazione prescritta dagli artt. 24 e 25 del D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380;

– che il presente contratto non produrrà effetto nell'ipotesi in cui l'edificio non verrà ad esistenza.

Le parti consentono quindi alla trascrizione immediata del presente contratto, mediante indicazione, nella nota di trascrizione, dell'immobile in oggetto - identificato con i dati di catasto terreni come sopra specificati - per la quota millesimale come sopra indicata; restando ovviamente inteso che la vendita - una volta ultimata la costruzione - avrà

come effetto quello di trasferire la proprietà delle porzioni materiali corrispondenti a quanto sopra specificato, con le relative parti comuni condominiali, e di ciò sarà dato atto nella nota di trascrizione del presente atto.

Si conviene sin d'ora di dare espresso mandato alla parte venditrice per procedere alla denuncia al catasto dei fabbricati delle unità immobiliari e dell'intero condominio, per richiedere l'agibilità dello stabile, nonché per richiedere alle società erogatrici di forza motrice, luce, acqua, gas, ecc., l'esecuzione dei necessari allacciamenti dello stabile condominiale a detti servizi; tutte le spese relative saranno comunque a carico della parte venditrice, in quanto già *ricomprese nel prezzo di vendita* come infra determinato. Le domande per la posa dei contatori saranno inoltrate dai singoli utenti, e le spese relative saranno a loro carico, trattandosi di oneri successivi all'acquisto ed estranei al prezzo di compravendita.

La parte compratrice esonera espressamente la parte venditrice da ogni responsabilità per eventuali ritardi nell'esecuzione degli allacciamenti suddetti da parte degli enti erogatori, purché la parte venditrice stessa ne chieda tempestivamente l'esecuzione. Viene fatta rinuncia espressa ad ogni ipoteca legale.

CARATTERISTICHE COSTRUTTIVE - CAPITOLATO DELLE OPERE
ELABORATI PROGETTUALI

L'unità immobiliare in oggetto dovrà essere ultimata e rifinita a perfetta regola d'arte (assumendosi la parte venditrice tutti gli obblighi posti dalla legge a carico dei costruttori, appaltatori e venditori, anche per il caso di vizi occulti).

Per l'obbligazione accessoria della parte venditrice di provvedere alla costruzione, le parti rinviando, in quanto applicabili, alle norme sull'appalto, ferma restando la qualificazione del presente contratto come compravendita.

Si allega al presente atto sotto la lettera "....", quale sua parte integrante e sostanziale, il *capitolato delle opere*, sottoscritto per accettazione dalle parti. Da tale capitolato risultano, tra l'altro:

- 1) - le *caratteristiche tecniche del fabbricato da costruire* (ivi comprese la struttura portante, le fondazioni, le tamponature, i solai, la copertura, gli infissi e gli impianti);
- 2) - le *caratteristiche dei materiali da utilizzarsi*, individuati anche solo per tipologie, caratteristiche e valori omogenei, nonché *l'elenco delle rifiniture e degli accessori* convenuti fra le parti.

L'unità immobiliare oggetto di vendita risulta perimetrata in colore nell'*elaborato progettuale* - in base al quale è stato richiesto il permesso di costruire - che, previa visione ed approvazione, e previa sottoscrizione delle parti, si allega in copia al presente atto sotto la lettera "....", precisato che le superfici e la suddivisione interna dell'unità immobiliare, quali risultanti dal suddetto elaborato progettuale, sono puramente indicative e non tassative, con la tolleranza di un ventesimo.

Quanto sopra descritto sarà individuato nel catasto dei fabbricati in base all'accatastamento che verrà redatto a cura della parte venditrice, e che la parte acquirente dichiara sin d'ora di accettare, anche in caso di lievi differenze rispetto al suddetto elaborato progettuale allegato sotto la lettera "....", purché la costruzione sia conforme al permesso di costruire rilasciato o eventuali varianti.

L'esecuzione dei lavori di costruzione verrà affidato ad *imprese appaltatrici*, i cui dati identificativi risultano riportati nell'elenco che - previa visione ed approvazione - si allega al presente atto sotto la lettera ".....".

Nell'ipotesi in cui le opere non siano eseguite a regola d'arte e in conformità al capitolato come sopra allegato, la parte compratrice potrà, a sua scelta ed entro i termini previsti ai fini della garanzia per vizi, chiedere alla parte venditrice l'eliminazione dei vizi o difetti (e quindi, se del caso, il rifacimento delle opere non conformi), ovvero - previa comunicazione alla parte alienante - far eseguire da impresa di sua fiducia i relativi lavori, con spese a carico della venditrice; il relativo debito della parte venditrice è compensabile con il credito della stessa per il residuo prezzo di vendita. Ove, per le opere da eseguirsi ai fini di cui sopra, fosse necessario il rilascio di un nuovo permesso di costruire, gli oneri e le spese relativi saranno, anch'essi, a carico della parte venditrice, anche se la richiesta sarà stata effettuata dall'acquirente.

VARIANTI AL PROGETTO ORIGINARIO

L'esecuzione di varianti al progetto originario dell'edificio, anche per quanto riguarda le parti comuni dello stesso, nella misura in cui comporti *modifica rispetto a quanto risulta dagli elaborati progettuali*, come sopra allegati sotto la lettera "....", dovrà essere *approvata da entrambe le parti* del presente contratto.

La parte venditrice si riserva peraltro di modificare le finiture delle parti comuni, che non siano ricomprese tra quelle indicate nel capitolato come sopra allegato sotto la lettera ".....".

Si conviene che ogni richiesta di modifica delle opere da parte della parte acquirente dovrà essere richiesta per iscritto e darà luogo ad un *supplemento di prezzo* da concordarsi, salvo il diritto della parte venditrice di chiedere ed ottenere un congruo *anticipo*, da garantirsi con *fideiussione* a norma di legge.

La parte venditrice si riserva di non accettare le suddette richieste di modifica, ove queste, a suo insindacabile giudizio, possano alterare la struttura e l'estetica del fabbricato, ovvero siano intempestive o di difficoltosa realizzazione, ovvero infine possano pregiudicare il rilascio del certificato di agibilità o determinare ritardi nell'ultimazione dei lavori.

Resta comunque inteso che ciascuno degli acquirenti delle singole unità immobiliari in condominio potrà, anche dopo la consegna, eseguire a propria cura e spese all'interno della propria unità immobiliare modifiche, purché regolari urbanisticamente, senza necessità di autorizzazione da parte degli altri condomini.

IMMISSIONE IN POSSESSO

Le parti convengono che la costruzione dovrà essere eseguita rispettando i *termini massimi, correlati alle varie fasi di lavorazione* (stati di avanzamento dei lavori), quali di seguito riportati:

.....

La consegna dell'immobile in oggetto dovrà avvenire entro il

La parte venditrice si obbliga a richiedere il certificato di agibilità - corredando la richiesta con la documentazione richiesta dagli artt. 24 e 25 del D.P.R. n. 380/2001 - senza indugio alcuno non appena effettuata la comunicazione di fine lavori, che dovrà aver luogo entro il

L'immissione in possesso (con conseguente consegna delle chiavi) verrà fatta constare mediante apposito verbale redatto per iscritto, e in tale sede la parte compratrice dovrà precisare eventuali inadempimenti riscontrati nella esecuzione delle opere e delle

finiture; precisato, pertanto, che la consegna senza riserve dell'immobile in oggetto comporterà accettazione, e varrà come collaudo ad ogni effetto contrattuale.

La parte compratrice si impegna a prendere in consegna l'unità in oggetto indipendentemente dall'ultimazione delle parti comuni e da eventuali manchevolezze nelle finiture delle stesse, che verranno fatte risultare dal verbale di consegna, e che la parte venditrice sarà comunque tenuta ad ultimare entro il

Dal momento della consegna saranno a carico della parte acquirente tutte le spese e gli oneri relativi all'immobile in oggetto, ivi compresa l'imposta comunale sugli immobili ed altre eventuali imposte di natura patrimoniale.

PREZZO

Il *prezzo della compravendita* viene pattuito in complessivi euro, il cui pagamento viene convenuto come segue:

- 1) - quanto ad euro, sono state versate prima d'ora dalla parte compratrice alla parte venditrice, come quest'ultima dichiara rilasciandone quietanza;
- 2) - quanto alla somma di euro, improduttiva di interessi, dovrà essere pagata, presso il domicilio della parte venditrice, entro il
- 3) - quanto alla somma di euro, il relativo pagamento è convenuto mediante accollo, con effetto immediato dalla data di stipula del presente atto, della quota di mutuo di importo corrispondente, che graverà sull'unità immobiliare in oggetto, e precisamente relativa al mutuo fondiario stipulato con la banca con atto

La prima rata di mutuo da pagarsi dalla parte compratrice scadrà quindi il

- 4) - quanto alla residua somma di euro, improduttiva di interessi, verrà pagata in unica soluzione al momento della consegna del fabbricato in stadio tale da consentire il rilascio del certificato di agibilità, e previa dimostrazione, ad opera della parte venditrice, dell'avvenuta presentazione al Comune competente della richiesta del suddetto certificato, corredata della documentazione indicata agli artt. 24 e 25 del D.P.R. n. 380/2001.

Ove il pagamento fosse ritardato per causa imputabile alla parte compratrice, saranno dovuti, sul residuo prezzo non pagato entro detto termine, gli interessi moratori, in misura corrispondente al tasso soglia tempo per tempo rilevato dalle autorità competenti per gli interessi moratori medesimi, ai sensi delle vigenti disposizioni in tema di usura. Il pagamento delle somme come sopra convenute dovrà essere effettuato alla parte venditrice a mezzo *assegni circolari non trasferibili*, intestati alla stessa, ovvero mediante *bonifici bancari*.

GARANZIE DELLA VENDITA

Ai sensi della legge n. 210/2004, e relativo decreto attuativo, la parte venditrice consegna alla parte compratrice *fideiussione*, dell'importo complessivo di euro, rilasciata da in data, a garanzia del rimborso - in caso di sopravvenuta situazione di crisi del costruttore - di tutte le somme che la stessa parte venditrice ha riscosso e, secondo i termini e le modalità stabiliti nel presente contratto, deve ancora riscuotere dalla parte compratrice prima del trasferimento della proprietà; copia della suddetta fideiussione si allega al presente atto sotto la lettera ".....".

Il diritto di piena proprietà su quanto forma oggetto di quest'atto viene compravenduto a corpo e non a misura, e con ogni annesso e connesso, libero, per come dichiara e

garantisce la parte venditrice, da pesi, ipoteche, *iscrizioni e trascrizioni pregiudizievoli*, oneri di carattere urbanistico o fiscale, e da diritti di terzi in genere, fatta eccezione per le seguenti formalità:

1) - *convenzione urbanistica* stipulata con il Comune di con atto n. di repertorio a mio rogito in data, registrato, trascritto a favore del medesimo Comune; con la quale veniva approvato il piano di lottizzazione dell'area su cui verrà realizzato il complesso condominiale in oggetto, e venivano previsti vincoli di destinazione dei fabbricati, obblighi di realizzazione di opere di urbanizzazione, e obblighi di cessione gratuita di aree al Comune;

2) - *atto d'obbligo unilaterale* a favore del Comune di, stipulato con atto autenticato da me notaio in data con n. di repertorio, registrato, trascritto a favore del suddetto Comune; con il quale la società vincolava a favore del limitrofo fondo la volumetria edificabile residua del complesso edilizio in oggetto;

3) - *ipoteca* per euro a favore della banca, iscritta, a garanzia di mutuo fondiario dell'importo originario di euro, relativamente alla quale è stato già prestato il consenso alla relativa cancellazione con atto n. a mio rogito in data odierna, in corso di annotamento;

4) - *pignoramento* per euro, trascritto a favore di, la cui cancellazione è stata ordinata con decreto emesso dal giudice delle esecuzioni presso il tribunale di in data, cron. n., in corso di annotamento.

La parte venditrice garantisce inoltre che gli impianti da installarsi saranno conformi alla vigente normativa.

ROVINA E DIFETTI DELL'IMMOBILE

Se, entro dieci anni dalla ultimazione dei lavori, l'immobile in oggetto, per vizio del suolo o per difetto della costruzione, rovini in tutto o in parte, ovvero presenti evidente pericolo di rovina o gravi difetti, la parte venditrice sarà responsabile nei confronti della parte compratrice e suoi aventi causa, purché sia fatta la denuncia entro un anno dalla scoperta.

Si applicano, con riferimento a quanto sopra convenuto, le disposizioni dell'art. 1669 del codice civile.

La parte venditrice dovrà consegnare alla parte compratrice, all'atto del trasferimento della proprietà, una *polizza assicurativa indennitaria decennale*, a beneficio di essa parte compratrice e con effetto dalla data di ultimazione dei lavori, a copertura dei danni materiali e diretti all'immobile, compresi i danni a terzi, che derivino dai suddetti vizi. In caso di mancata consegna di tale polizza, la parte compratrice potrà chiedere la risoluzione del presente contratto ed il risarcimento dei danni subiti.

CLAUSOLE RISOLUTIVE ESPRESSE

Nell'ipotesi in cui, entro il termine sopra indicato per la fine dei lavori, la parte venditrice non abbia ultimato i lavori di costruzione, e decorsi giorni dalla scadenza del termine stesso, salva la facoltà per le parti di prorogare, di comune accordo, il suddetto termine, si conviene la risoluzione di diritto del presente contratto - ex art. 1456 c.c. - a

favore della parte compratrice, che potrà ottenere in restituzione dalla parte venditrice le somme alla stessa via via corrisposte, con gli interessi maturati, oltre ad una ulteriore somma pari ad euro, a titolo di clausola penale.

Si conviene inoltre, a favore della parte compratrice, la risoluzione di diritto del presente contratto di compravendita, nel caso in cui risultino irregolarità urbanistiche o edilizie dell'immobile venduto, tali da comportare sanzioni amministrative diverse da quella pecuniaria, ai sensi della vigente disciplina urbanistica; resta stabilito comunque che ogni onere economico che si renda necessario per eliminare eventuali irregolarità urbanistiche, come pure qualsiasi vincolo non dichiarato nel presente contratto, farà carico esclusivamente alla parte venditrice, che si impegna sin d'ora a sostenerlo.

In caso di inadempimento della parte compratrice all'obbligo di pagamento del prezzo, o degli acconti sullo stesso, si conviene a favore della parte venditrice la risoluzione di diritto del presente contratto di compravendita,. Si considera a tal fine inadempimento anche il ritardo nell'adempimento per un periodo superiore a giorni.

Al verificarsi di uno degli eventi sopra specificati, il contratto si intenderà risolto a seguito di comunicazione effettuata dalla parte interessata alla parte inadempiente, a norma del secondo comma del citato articolo 1456, a mezzo lettera raccomandata con avviso di ricevimento, salvo che la parte adempiente non voglia, invece, mantenere in vita il contratto, e chiedere comunque il risarcimento dei danni subiti.

La parte adempiente, nei suddetti casi, avrà diritto di far accertare i presupposti dell'inadempimento della controparte ad opera del collegio arbitrale come infra nominato; la relativa decisione sarà vincolante a tutti gli effetti di legge.

DICHIARAZIONI URBANISTICHE

La parte venditrice, come sopra rappresentata, dichiara, ai sensi della vigente normativa edilizia ed urbanistica:

- che per la costruzione dell'edificio oggetto del presente atto è stato rilasciato, dal Comune di, permesso di costruire n. in data
- che l'area su cui l'edificio dovrà essere costruito ha le caratteristiche risultanti dal certificato di destinazione urbanistica, rilasciato dal Comune di in data, che si allega al presente atto sotto la lettera "....."; e che dalla data di rilascio di detto certificato fino ad oggi non sono intervenute modificazioni nei relativi strumenti urbanistici.

CLAUSOLA COMPROMISSORIA

Tutte le controversie relative al presente contratto, comprese quelle inerenti la sua formazione, interpretazione, esecuzione, validità e giuridica esistenza, modificazione ed estinzione, purché compromettibili in arbitri, saranno devolute alla cognizione di un collegio arbitrale, composto da tre membri, di cui i primi due saranno nominati uno da ciascuna parte in lite, ed il terzo di comune accordo dagli arbitri così nominati, ovvero, in difetto, dal Presidente del Tribunale di (*luogo indicato dall'art. 810, comma 2, c.p.c.*). Lo stesso Presidente del Tribunale nominerà l'arbitro per la parte in lite che non vi avrà provveduto nel termine previsto dall'art. 810, comma 1, c.p.c..

Qualora le parti in lite siano più di due, la controversia sarà devoluta alla cognizione di un arbitro unico, nominato d'accordo tra le parti, o in difetto, dal Presidente del Tribunale di (*come sopra*).

Il collegio arbitrale o l'arbitro unico decideranno in via rituale e secondo diritto.

La sede dell'arbitrato è fissata in

La responsabilità civile degli arbitri sussiste esclusivamente nell'ipotesi prevista dall'art. 813, comma 2, c.p.c..

Gli arbitri potranno condurre il procedimento senza formalità di procedura, salva l'osservanza del principio del contraddittorio e, più in generale, delle disposizioni inderogabili di legge.

Si applicano, per quanto espressamente qui non disposto, le disposizioni degli articoli 806 e seguenti del codice di procedura civile in tema di arbitrato rituale.

DICHIARAZIONI FISCALI - SPESE

Le parti dichiarano che la presente cessione è soggetta ad imposta sul valore aggiunto, e chiedono l'applicazione delle agevolazioni fiscali per l'acquisto della prima casa. A tal fine

Le spese del presente atto sono a carico della parte compratrice.

(Variante: vendita sottoposta alla condizione sospensiva dell'accertamento dell'avvenuta edificazione):

CONDIZIONE SOSPENSIVA

La presente vendita è sottoposta dalle parti alla condizione sospensiva dell'accertamento - a mezzo apposito verbale di collaudo e consegna - della costruzione ed ultimazione delle opere, in stadio tale da consentire il rilascio del certificato di agibilità, e della presentazione al Comune competente della richiesta del relativo certificato, corredato della documentazione richiesta dagli artt. 24 e 25 del D.P.R. n. 380/2001. Accertamento al quale le parti intendono ricollegare, a tutti gli effetti di legge, il prodursi degli effetti traslativi del presente atto.

La condizione sospensiva in oggetto, peraltro, non retroagirà al momento della stipula del presente atto: gli effetti, una volta prodottisi, retroagiranno invece al momento in cui le realizzande porzioni immobiliari potranno considerarsi ultimate, secondo le modalità come sopra precisate.

La parte venditrice, come sopra rappresentata, si impegna, ai fini della pubblicità immobiliare e della voltura catastale, e ad ogni altro effetto di legge, a far constare l'avveramento della condizione in oggetto a mezzo di atto pubblico o scrittura privata autenticata, non oltre dieci giorni dopo l'avvenuto accertamento.

I comparenti dichiarano di ben conoscere gli allegati ed espressamente dispensano me notaio dal darne lettura.

Richiesto io notaio ho ricevuto quest'atto, dattiloscritto da persona di mia fiducia e da me completato a mano sopra fogli occupati per pagine intere e parte della, e da me letto ai comparenti, che da me interpellati lo approvano.

3. CONTRATTO DI PERMUTA DI COSA PRESENTE CONTRO COSA FUTURA

N. di Repertorio

N. di Raccolta

CONTRATTO DI PERMUTA DI AREA EDIFICABILE CONTRO APPARTAMENTO DA COSTRUIRE REPUBBLICA ITALIANA

L'anno, il giorno del mese di

In, via

Davanti a me, dottor, notaio in, iscritto presso il Collegio notarile del Distretto di,

senza assistenza di testimoni

avendovi i comparenti d'accordo fra loro e con il mio consenso rinunciato sono presenti i signori:

Tizio, di professione, nato a il, residente a, via,

il quale interviene al presente atto nella propria qualità di amministratore unico e rappresentante organico, e quindi in nome e per conto della società:

"..... S.r.l.", con sede in, capitale sociale euro, sottoscritto e versato; società iscritta nella sezione ordinaria del Registro delle imprese di al numero-codice fiscale,

in seguito denominata "società costruttrice",

a quanto infra autorizzato dal vigente statuto sociale.

Caio, di professione, nato a il, residente a, via, codice fiscale,

in seguito denominato "parte acquirente".

I comparenti, della cui identità personale io notaio sono certo, con il presente atto convengono e stipulano quanto segue:

SEZIONE PRIMA PRIMA PRESTAZIONE CONSENSO E IMMOBILI

Il signor Caio cede in permuta, con effetto immediato, alla società "..... S.r.l.", che, come sopra rappresentata, allo stesso titolo acquista ed accetta, il diritto di piena proprietà sull'area edificabile di seguito *descritta*:

.....

Quanto sopra descritto risulta censito nel catasto terreni del Comune di come segue:

Foglio

mappale - di are -,

confinante, nel complesso, con

SECONDA PRESTAZIONE CONSENSO E IMMOBILI

La società "..... S.r.l." cede in permuta al signor Caio, che allo stesso titolo

acquista ed accetta, il diritto di piena proprietà su porzioni dell'edificio da costruirsi sull'area come sopra ceduta in permuta, che verrà denominato "Condominio", e più precisamente sulle porzioni di cui alla seguente *descrizione*:

- 1) - appartamento di abitazione al piano, contraddistinto con il numero interno, della superficie utile di metri quadri, composto di, confinante con
- 2) - locale cantina al piano seminterrato, contraddistinto con il numero, della superficie utile di metri quadri, confinante con
- 3) - locale autorimessa, anch'esso al piano seminterrato, contraddistinto con il numero, della superficie utile di metri quadri, confinante con

Le suddescritte porzioni immobiliari risultano meglio identificate nell'*elaborato progettuale* - rappresentante l'intero costruendo edificio, e sulla base del quale è stato rilasciato il permesso di costruire - che in copia si allega al presente atto sotto la lettera "....", ed ivi sono perimetrate in colore

La presente prestazione ha quindi per oggetto anche la *quota di comproprietà condominiale* - pari a *millesimi* - dell'area sopra descritta, che costituirà sedime del futuro fabbricato e, in parte, area di pertinenza dello stesso.

IMPEGNO A STABILIRE LA RESIDENZA

La parte acquirente, ai sensi e per gli effetti della legge n. 210/2004, e dell'art. 10 del relativo decreto attuativo, si impegna a stabilire la residenza propria (o di suoi parenti o affini entro il terzo grado) nell'unità immobiliare oggetto del presente atto, entro dodici mesi dall'acquisto o dall'ultimazione della stessa.

REGIME PATRIMONIALE DELLA FAMIGLIA

Ai sensi e per gli effetti dell'art. 2659 n. 1 del codice civile,

– Caio dichiara di essere coniugato in regime patrimoniale di comunione legale dei beni.

PROVENIENZA

Dichiara la parte venditrice che il diritto di piena proprietà su quanto forma oggetto di quest'atto è ad essa pervenuto come segue:

.....

PATTI E CONDIZIONI

Il presente contratto si configura come permuta di cosa presente contro cosa futura, intendendosi per "cosa presente" l'area edificabile come sopra trasferita con decorrenza immediata, e come "cosa futura" le porzioni di edificio costruendo come sopra descritte, anche agli effetti dell'art. 1472 del codice civile. Pertanto la proprietà di dette porzioni verrà acquistata automaticamente dalla parte acquirente nel momento in cui le stesse verranno ad esistenza. A tal fine, le parti, come sopra costituite e rappresentate, espressamente convengono:

– che l'eventuale differenza di superficie o di quota, rispetto a quanto sopra indicato, contenuta nei limiti di un ventesimo rispetto a quanto indicato nel presente contratto, non produrrà effetti, ferma restando la necessità di conformità dell'oggetto del presente contratto al permesso di costruire infra citato, e relative varianti;

- che le singole porzioni immobiliari in oggetto si intenderanno *venute ad esistenza* - per espressa volontà delle parti ed *in deroga al disposto dell'art. 1472 c.c.* - nel momento in cui il fabbricato sarà in stadio tale da consentire il rilascio del certificato di agibilità, e sarà stata *presentata al Comune competente la richiesta* del certificato stesso, corredata della documentazione prescritta dagli artt. 24 e 25 del D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380;
- che a seguito della venuta ad esistenza della porzione di edificio oggetto di permuta, verrà conseguentemente a costituirsi una proprietà condominiale delle parti dell'edificio quali definite dall'art. 1117 del codice civile;
- che nell'ipotesi in cui l'edificio non venga ad esistenza rimarrà comunque fermo il trasferimento dell'area alla società costruttrice, salvo il diritto della parte acquirente di chiedere la risoluzione del presente contratto ed il risarcimento dei danni.

Le parti consentono quindi alla trascrizione immediata del presente contratto, anche relativamente al trasferimento della porzione di fabbricato futuro, mediante indicazione, relativamente a quest'ultimo, nella nota di trascrizione, dell'immobile in oggetto - identificato con i dati di catasto terreni come sopra specificati - per la quota millesimale come sopra indicata; restando ovviamente inteso che la permuta - una volta ultimata la costruzione - avrà come effetto quello di trasferire automaticamente la proprietà delle porzioni materiali corrispondenti a quanto sopra specificato, con le relative parti comuni condominiali, e di ciò sarà dato atto nella nota di trascrizione del presente atto.

Si conviene sin d'ora di dare espresso mandato alla società costruttrice per procedere alla denuncia al catasto dei fabbricati delle unità immobiliari e dell'intero condominio, per richiedere l'agibilità dello stabile, nonché per richiedere alle società erogatrici di forza motrice, luce, acqua, gas, ecc., l'esecuzione dei necessari allacciamenti dello stabile condominiale a detti servizi; tutte le spese relative saranno comunque a carico della parte costruttrice.

Le domande per la posa dei contatori saranno inoltrate dai singoli utenti, e le spese relative saranno a loro carico.

La parte acquirente esonera espressamente la società costruttrice da ogni responsabilità per eventuali ritardi nell'esecuzione degli allacciamenti suddetti da parte degli enti erogatori, purché la società costruttrice stessa ne chieda tempestivamente l'esecuzione. Viene fatta rinuncia espressa ad ogni ipoteca legale.

CARATTERISTICHE COSTRUTTIVE - CAPITOLATO DELLE OPERE ELABORATI PROGETTUALI

L'unità immobiliare in oggetto dovrà essere ultimata e rifinita a perfetta regola d'arte (assumendosi la società costruttrice tutti gli obblighi posti dalla legge a carico dei costruttori, appaltatori e venditori, anche per il caso di vizi occulti).

Per l'obbligazione accessoria della società costruttrice di provvedere alla costruzione, le parti rinviando, in quanto applicabili, alle norme sull'appalto, ferma restando la qualificazione del presente contratto come permuta, essendo il risultato traslativo l'elemento principale programmato con il presente contratto.

Si allega al presente atto sotto la lettera "...", quale sua parte integrante e sostanziale, il *capitolato delle opere*, sottoscritto per accettazione dalle parti. Da tale capitolato risultano, tra l'altro:

- 1) - le *caratteristiche tecniche del fabbricato da costruire* (ivi comprese la struttura portante, le fondazioni, le tamponature, i solai, la copertura, gli infissi e gli impianti);
- 2) - le *caratteristiche dei materiali da utilizzarsi*, individuati anche solo per tipologie,

caratteristiche e valori omogenei, nonché *l'elenco delle rifiniture e degli accessori* convenuti fra le parti.

L'unità immobiliare oggetto di vendita risulta perimetrata in colore nell'*elaborato progettuale* - in base al quale è stato richiesto il permesso di costruire - che, previa visione ed approvazione, e previa sottoscrizione delle parti, si allega in copia al presente atto sotto la lettera "...", precisato che le superfici e la suddivisione interna dell'unità immobiliare, quali risultanti dal suddetto elaborato progettuale, sono puramente indicative e non tassative, con la tolleranza di un ventesimo.

Quanto sopra descritto sarà individuato nel catasto dei fabbricati in base all'accatastamento che verrà redatto a cura della società costruttrice, e che la parte acquirente dichiara sin d'ora di accettare, anche in caso di lievi differenze rispetto al suddetto elaborato progettuale allegato sotto la lettera "...", purché la costruzione sia conforme al permesso di costruire rilasciato o eventuali varianti.

L'esecuzione dei lavori di costruzione verrà affidato ad *imprese appaltatrici*, i cui dati identificativi risultano riportati nell'elenco che - previa visione ed approvazione - si allega al presente atto sotto la lettera ".....".

Nell'ipotesi in cui le opere non siano eseguite a regola d'arte e in conformità al capitolato come sopra allegato, la parte acquirente potrà, a sua scelta ed entro i termini previsti ai fini della garanzia per vizi, chiedere alla società costruttrice l'eliminazione dei vizi o difetti (e quindi, se del caso, il rifacimento delle opere non conformi), ovvero - previa comunicazione alla stessa società costruttrice - far eseguire da impresa di sua fiducia i relativi lavori, con spese a carico della costruttrice. Ove, per le opere da eseguirsi ai fini di cui sopra, fosse necessario il rilascio di un nuovo permesso di costruire, gli oneri e le spese relativi saranno, anch'essi, a carico della società costruttrice, anche se la richiesta sarà stata effettuata dall'acquirente.

VARIANTI AL PROGETTO ORIGINARIO

L'esecuzione di varianti al progetto originario dell'edificio, anche per quanto riguarda le parti comuni dello stesso, nella misura in cui comporti *modifica rispetto a quanto risulta dagli elaborati progettuali*, come sopra allegati sotto la lettera "...", dovrà essere *approvata da entrambe le parti* del presente contratto.

La società costruttrice si riserva peraltro di modificare le finiture delle parti comuni, che non siano ricomprese tra quelle indicate nel capitolato come sopra allegato sotto la lettera ".....".

Si conviene che ogni richiesta di modifica delle opere da parte della parte acquirente dovrà essere richiesta per iscritto e darà luogo al pagamento di un conguaglio da concordarsi, salvo il diritto della società costruttrice di chiedere ed ottenere un congruo *anticipo*, da garantirsi con *fideiussione* a norma di legge.

La società costruttrice si riserva di non accettare le suddette richieste di modifica, ove queste, a suo insindacabile giudizio, possano alterare la struttura e l'estetica del fabbricato, ovvero siano intempestive o di difficoltosa realizzazione, ovvero infine possano pregiudicare il rilascio del certificato di agibilità o determinare ritardi nell'ultimazione dei lavori.

Resta comunque inteso che ciascuno degli acquirenti delle singole unità immobiliari in condominio potrà, anche dopo la consegna, eseguire a propria cura e spese all'interno della propria unità immobiliare modifiche, purché regolari urbanisticamente, senza necessità di autorizzazione da parte degli altri condomini.

IMMISSIONE IN POSSESSO

Le parti convengono che la costruzione dovrà essere eseguita rispettando i *termini massimi, correlati alle varie fasi di lavorazione* (stati di avanzamento dei lavori), quali di seguito riportati:

.....

La consegna dell'immobile in oggetto dovrà avvenire entro il

La società costruttrice si obbliga a richiedere il certificato di agibilità - corredando la richiesta con la documentazione richiesta dagli artt. 24 e 25 del D.P.R. n. 380/2001 - senza indugio alcuno non appena effettuata la comunicazione di fine lavori, che dovrà aver luogo entro il

L'immissione in possesso (con conseguente consegna delle chiavi) verrà fatta constare mediante apposito verbale redatto per iscritto, e in tale sede la parte acquirente dovrà precisare eventuali inadempimenti riscontrati nella esecuzione delle opere e delle finiture; precisato, pertanto, che la consegna senza riserve dell'immobile in oggetto comporterà accettazione, e varrà come collaudo ad ogni effetto contrattuale.

La parte acquirente si impegna a prendere in consegna l'unità in oggetto indipendentemente dall'ultimazione delle parti comuni e da eventuali manchevolezze nelle finiture delle stesse, che verranno fatte risultare dal verbale di consegna, e che la società costruttrice sarà comunque tenuta ad ultimare entro il

Dal momento della consegna saranno a carico della parte acquirente tutte le spese e gli oneri relativi all'immobile in oggetto, ivi compresa l'imposta comunale sugli immobili ed altre eventuali imposte di natura patrimoniale.

VALORE DELLA PERMUTA

Alle prestazioni oggetto del presente contratto le parti attribuiscono - anche agli effetti della *fideiussione* di cui infra - un uguale *valore* di euro, per cui non si hanno conguagli.

Si allega a tal proposito, sotto la lettera ".....", perizia asseverata con giuramento, che attesta il valore alla data odierna dell'area edificabile come sopra trasferita.

GARANZIE DELLA PERMUTA

Ai sensi della legge n. 210/2004, e relativo decreto attuativo, la società costruttrice consegna alla parte acquirente *fideiussione*, dell'importo complessivo di euro, rilasciata da in data, a garanzia del rimborso - in caso di sopravvenuta situazione di crisi del costruttore - delle somme corrispondenti al valore del corrispettivo complessivo corrisposto dalla parte acquirente alla società costruttrice prima del trasferimento della proprietà delle porzioni di fabbricato da costruire; copia della suddetta fideiussione si allega al presente atto sotto la lettera ".....".

Il diritto di piena proprietà su quanto forma oggetto di quest'atto viene trasferito a corpo e non a misura, e con ogni annesso e connesso, libero, per come dichiara e garantisce la parte costruttrice, da pesi, ipoteche, *iscrizioni e trascrizioni pregiudizievoli*, oneri di carattere urbanistico o fiscale, e da diritti di terzi in genere, fatta eccezione per le seguenti formalità:

1) - *convenzione urbanistica* stipulata con il Comune di con atto n. di

repertorio a mio rogito in data, registrato, trascritto a favore del medesimo Comune; con la quale veniva approvato il piano di lottizzazione dell'area su cui verrà realizzato il complesso condominiale in oggetto, e venivano previsti vincoli di destinazione dei fabbricati, obblighi di realizzazione di opere di urbanizzazione, e obblighi di cessione gratuita di aree al Comune;

2) - *atto d'obbligo unilaterale* a favore del Comune di, stipulato con atto autentificato da me notaio in data con n. di repertorio, registrato, trascritto a favore del suddetto Comune; con il quale la società vincolava a favore del limitrofo fondo la volumetria edificabile residua del complesso edilizio in oggetto;

3) - *ipoteca* per euro a favore della banca, iscritta, a garanzia di mutuo fondiario dell'importo originario di euro, relativamente alla quale è stato già prestato il consenso alla relativa cancellazione con atto n. a mio rogito in data odierna, in corso di annotamento;

4) - *pignoramento* per euro, trascritto a favore di, la cui cancellazione è stata ordinata con decreto emesso dal giudice delle esecuzioni presso il tribunale di in data, cron. n., in corso di annotamento.

La società costruttrice garantisce inoltre che gli impianti da installarsi saranno conformi alla vigente normativa.

ROVINA E DIFETTI DELL'IMMOBILE

Se, entro dieci anni dalla ultimazione dei lavori, l'immobile in oggetto, per vizio del suolo o per difetto della costruzione, rovini in tutto o in parte, ovvero presenti evidente pericolo di rovina o gravi difetti, la società costruttrice sarà responsabile nei confronti della parte acquirente e suoi aventi causa, purché sia fatta la denuncia entro un anno dalla scoperta.

Si applicano, con riferimento a quanto sopra convenuto, le disposizioni dell'art. 1669 del codice civile.

La società costruttrice dovrà consegnare alla parte acquirente, all'atto del trasferimento della proprietà, una *polizza assicurativa indennitaria decennale*, a beneficio di essa parte acquirente e con effetto dalla data di ultimazione dei lavori, a copertura dei danni materiali e diretti all'immobile, compresi i danni a terzi, che derivino dai suddetti vizi. In caso di mancata consegna di tale polizza, la parte acquirente potrà chiedere la risoluzione del presente contratto ed il risarcimento dei danni subiti.

CLAUSOLE RISOLUTIVE ESPRESSE

Nell'ipotesi in cui, entro il termine sopra indicato per la fine dei lavori, la società costruttrice non abbia ultimato i lavori di costruzione, e decorsi giorni dalla scadenza del termine stesso, salva la facoltà per le parti di prorogare, di comune accordo, il suddetto termine, si conviene la risoluzione di diritto del presente contratto - ex art. 1456 c.c. - a favore della parte acquirente, che avrà in tal caso diritto di ottenere dalla società costruttrice una somma pari al controvalore dell'area edificabile oggi ceduta (al netto dei miglioramenti apportati), oltre ad una ulteriore somma pari ad euro, a titolo di clausola penale.

Si conviene inoltre, a favore della parte acquirente, la risoluzione di diritto del presente contratto di permuta, nel caso in cui risultino irregolarità urbanistiche o edilizie delle porzioni di fabbricato trasferite, tali da comportare sanzioni amministrative diverse da quella pecuniaria, ai sensi della vigente disciplina urbanistica; resta stabilito comunque che ogni onere economico che si renda necessario per eliminare eventuali irregolarità urbanistiche, come pure qualsiasi vincolo non dichiarato nel presente contratto, farà carico esclusivamente alla società costruttrice, che si impegna sin d'ora a sostenerlo.

Al verificarsi di uno degli eventi sopra specificati, il contratto si intenderà risolto a seguito di comunicazione effettuata dalla parte interessata alla parte inadempiente, a norma del secondo comma del citato articolo 1456, a mezzo lettera raccomandata con avviso di ricevimento, salvo che la parte adempiente non voglia, invece, mantenere in vita il contratto, e chiedere comunque il risarcimento dei danni subiti.

La parte adempiente, nei suddetti casi, avrà diritto di far accertare i presupposti dell'inadempimento della controparte ad opera del collegio arbitrale come infra nominato; la relativa decisione sarà vincolante a tutti gli effetti di legge.

DICHIARAZIONI URBANISTICHE

La società costruttrice, come sopra rappresentata, dichiara, ai sensi della vigente normativa edilizia ed urbanistica, che per la costruzione dell'edificio oggetto del presente atto è stato rilasciato, dal Comune di, permesso di costruire n. in data

La parte "acquirente" dichiara, ai sensi della vigente normativa edilizia ed urbanistica, che l'area su cui l'edificio dovrà essere costruito ha le caratteristiche risultanti dal certificato di destinazione urbanistica, rilasciato dal Comune di in data, che si allega al presente atto sotto la lettera "....."; e che dalla data di rilascio di detto certificato fino ad oggi non sono intervenute modificazioni nei relativi strumenti urbanistici.

CLAUSOLA COMPROMISSORIA

Tutte le controversie relative al presente contratto, comprese quelle inerenti la sua formazione, interpretazione, esecuzione, validità e giuridica esistenza, modificazione ed estinzione, purché compromettibili in arbitri, saranno devolute alla cognizione di un collegio arbitrale, composto da tre membri, di cui i primi due saranno nominati uno da ciascuna parte in lite, ed il terzo di comune accordo dagli arbitri così nominati, ovvero, in difetto, dal Presidente del Tribunale di (*luogo indicato dall'art. 810, comma 2, c.p.c.*). Lo stesso Presidente del Tribunale nominerà l'arbitro per la parte in lite che non vi avrà provveduto nel termine previsto dall'art. 810, comma 1, c.p.c..

Qualora le parti in lite siano più di due, la controversia sarà devoluta alla cognizione di un arbitro unico, nominato d'accordo tra le parti, o in difetto, dal Presidente del Tribunale di (*come sopra*).

Il collegio arbitrale o l'arbitro unico decideranno in via rituale e secondo diritto.

La sede dell'arbitrato è fissata in

La responsabilità civile degli arbitri sussiste esclusivamente nell'ipotesi prevista dall'art. 813, comma 2, c.p.c..

Gli arbitri potranno condurre il procedimento senza formalità di procedura, salva

l'osservanza del principio del contraddittorio e, più in generale, delle disposizioni inderogabili di legge.

Si applicano, per quanto espressamente qui non disposto, le disposizioni degli articoli 806 e seguenti del codice di procedura civile in tema di arbitrato rituale.

DICHIARAZIONI FISCALI - SPESE

Le parti dichiarano che la cessione dell'area edificabile è soggetta ad imposta di registro, e la cessione delle costruende porzioni di fabbricato è soggetta ad imposta sul valore aggiunto.

Le spese del presente atto sono a carico della parte acquirente.

(Variante: permuta sottoposta alla condizione sospensiva dell'accertamento dell'avvenuta edificazione):

CONDIZIONE SOSPENSIVA

La presente permuta è sottoposta dalle parti alla condizione sospensiva dell'accertamento - a mezzo apposito verbale di collaudo e consegna - della costruzione ed ultimazione delle opere, in stadio tale da consentire il rilascio del certificato di agibilità, e della presentazione al Comune competente della richiesta del relativo certificato, corredato della documentazione richiesta dagli artt. 24 e 25 del D.P.R. n. 380/2001. Accertamento al quale le parti intendono ricollegare, a tutti gli effetti di legge, il prodursi degli effetti traslativi del presente atto.

La condizione sospensiva in oggetto, peraltro, non retroagirà al momento della stipula del presente atto: gli effetti, una volta prodottisi, retroagiranno invece al momento in cui le realizzande porzioni immobiliari potranno considerarsi ultimate, secondo le modalità come sopra precisate.

La società costruttrice, come sopra rappresentata, si impegna, ai fini della pubblicità immobiliare e della voltura catastale, e ad ogni altro effetto di legge, a far constare l'avveramento della condizione in oggetto a mezzo di atto pubblico o scrittura privata autenticata, non oltre dieci giorni dopo l'avvenuto accertamento.

I comparenti dichiarano di ben conoscere gli allegati ed espressamente dispensano me notaio dal darne lettura.

Richiesto io notaio ho ricevuto quest'atto, dattiloscritto da persona di mia fiducia e da me completato a mano sopra fogli occupati per pagine intere e parte della, e da me letto ai comparenti, che da me interpellati lo approvano.

**4. CONTRATTO DI COMPRAVENDITA DI TERRENO
(SEGUITO DA PRELIMINARE DI VENDITA DI PORZIONE DEL FABBRICATO DA COSTRUIRE)**

N. di Repertorio N. di Raccolta

**CONTRATTO DI COMPRAVENDITA DI AREA EDIFICABILE
CONTRATTO PRELIMINARE DI VENDITA DI PORZIONI
DI EDIFICIO DA COSTRUIRE**

L'anno, il giorno del mese di

In, via

Davanti a me, dottor, notaio in, iscritto presso il Collegio notarile del Distretto di, senza assistenza di testimoni

avendovi i comparenti d'accordo fra loro e con il mio consenso rinunciato sono presenti i signori:

Tizio, di professione, nato a il, residente a, via

il quale interviene al presente atto nella propria qualità di amministratore unico e rappresentante organico, e quindi in nome e per conto della società:

"..... S.r.l.", con sede in, capitale sociale euro, sottoscritto e versato; società iscritta nella sezione ordinaria del Registro delle imprese di al numero-codice fiscale, a quanto infra autorizzato dal vigente statuto sociale;

Caio, di professione, nato a il, residente a, via, codice fiscale

I comparenti, della cui identità personale io notaio sono certo, con il presente atto convengono e stipulano quanto segue:

**PARTE PRIMA
COMPRAVENDITA
CONSENSO E IMMOBILI**

Il signor Caio vende alla società "..... S.r.l.", che compra, il diritto di piena proprietà sull'area edificabile di seguito *descritta*:

.....

Quanto descritto risulta censito nel catasto terreni del Comune di come segue:
Foglio

mappale - di are - ente urbano,
confinante, nel complesso, con

REGIME PATRIMONIALE DELLA FAMIGLIA

Ai sensi e per gli effetti dell'art. 2659 n. 1 del codice civile,

– il signor Caio dichiara di essere coniugato in regime patrimoniale di separazione dei beni;

– il signor dichiara di non essere coniugato.

PROVENIENZA

Dichiara la parte venditrice che il diritto di piena proprietà sugli immobili oggetto di quest'atto è alla stessa pervenuto come segue:

.....

PATTI E CONDIZIONI

Il diritto di piena proprietà su quanto forma oggetto di quest'atto viene venduto a corpo e non a misura, e con ogni annesso e connesso, libero, per come dichiara e garantisce la parte venditrice, da pesi, ipoteche, iscrizioni e trascrizioni pregiudizievoli, diritti di terzi in genere.

Le parti danno atto che la consegna degli immobili in oggetto è già avvenuta prima d'ora. Viene fatta rinuncia espressa ad ogni ipoteca legale.

PREZZO

Il prezzo della presente compravendita è convenuto in euro

Le parti convengono che detta somma, improduttiva di interessi, dovrà essere pagata entro

DICHIARAZIONI URBANISTICHE

La parte venditrice, come sopra rappresentata, dichiara, ai sensi della vigente normativa edilizia ed urbanistica:

– che l'area su cui l'edificio dovrà essere costruito ha le caratteristiche risultanti dal certificato di destinazione urbanistica, rilasciato dal Comune di in data, che si allega al presente atto sotto la lettera "....."; e che dalla data di rilascio di detto certificato fino ad oggi non sono intervenute modificazioni nei relativi strumenti urbanistici.

DICHIARAZIONI FISCALI - SPESE

.....

Le spese della presente compravendita sono a carico della parte compratrice.

PARTE SECONDA

CONTRATTO PRELIMINARE DI VENDITA DI PORZIONE DI EDIFICIO DA COSTRUIRE

(Riprendere la formula di contratto preliminare di compravendita di fabbricato da costruire).

Le parti dichiarano che il contratto di compravendita di cui alla superiore parte prima è collegato al contratto preliminare di cui alla superiore parte seconda, avente ad oggetto la vendita da parte della società "..... S.r.l." a favore di Caio di porzione del fabbricato costruendo sull'area edificabile, oggetto della superiore vendita. Ai fini e per gli effetti della legge n. 210/2004, e relativo decreto attuativo, le parti dichiarano quindi che - stante il collegamento negoziale di cui sopra - ai soli effetti della garanzia fideiussoria di cui all'art. 2 del suddetto decreto legislativo, il corrispettivo effettivo della

prima compravendita è rappresentato dal valore delle costruende porzioni di fabbricato, come sopra indicato.

I comparenti dichiarano di ben conoscere gli allegati ed espressamente dispensano me notaio dal darne lettura.

Richiesto io notaio ho ricevuto quest'atto, dattiloscritto da persona di mia fiducia e da me completato a mano sopra fogli occupati per pagine intere e parte della, e da me letto ai comparenti, che da me interpellati lo approvano.

5. ATTO PUBBLICO DI FRAZIONAMENTO DI MUTUO FONDIARIO SOTTOSCRITTO DAL SOLO NOTAIO

N. di Repertorio

N. di Raccolta

FRAZIONAMENTO DI MUTUO FONDIARIO

L'anno, il giorno del mese di

In, via

lo sottoscritto dottor, notaio in, iscritto presso il Collegio notarile del Distretto di,

premesso

– che con atto n. di repertorio a mio rogito in data, registrato, la banca (in seguito denominata “banca”) ha concesso alla società “.....” (in seguito denominata “mutuatario”) un mutuo fondiario - ai sensi degli artt. 38 e seguenti del D. Lgs. 1 settembre 1993 n. 385 - di euro

– che nel contratto di mutuo è stato pattuito un tasso di interesse, peraltro ai soli fini ipotecari, nella misura del % (..... per cento) nominale annuo, salvo variazioni; che il medesimo contratto di mutuo prevedeva l'alternativa tra tasso fisso e tasso variabile, da scegliersi successivamente ad opera del mutuatario in sede di atto di erogazione e quietanza, ma che tale atto non è stato mai perfezionato. In sede di preammortamento del mutuo, l'ultimo tasso applicato all'operazione è stato pari al

– che nello stesso contratto, la durata del mutuo era pattuita in anni

– che l'ipoteca, concessa nel suddetto atto a garanzia del mutuo, è stata iscritta nei registri immobiliari di in data ai numeri

– che detta ipoteca risulta essere prima in grado e senza concorrenti, e non risultano dall'esame dei registri immobiliari circostanze ostative all'erogazione della somma mutuata, ed al frazionamento del mutuo fondiario;

– che, decorso il termine di dieci giorni previsto dall'art. 39, comma 4, del T.U., il mutuatario non risulta sottoposto a procedure concorsuali;

– che sul terreno, su cui è stata originariamente iscritta l'ipoteca sopra descritta, è stato realizzato un fabbricato condominiale composto da

– che il mutuatario ha promesso in vendita una delle unità immobiliari comprese nel suddetto complesso condominiale al signor, con atto n. di repertorio a mio rogito in data, registrato, trascritto

– che nel suddetto contratto preliminare è previsto l'accollo al promissario acquirente di una quota del mutuo fondiario, pari ad euro

– che anche il promissario acquirente ha diritto, ai sensi dell'art. 39, comma 6, del D. Lgs. 1 settembre 1993 n. 385, alla suddivisione del mutuo in quote e, correlativamente, al frazionamento dell'ipoteca a garanzia;

– che nell'effettuare il suddetto frazionamento occorre tener conto della prevalenza della trascrizione del contratto preliminare sull'iscrizione dell'ipoteca, anche se anteriore, ai sensi dell'art. 2825-*bis* del codice civile;

– che occorre altresì verificare il rispetto della percentuale inderogabile di valore del

mutuo rispetto al valore del singolo immobile ipotecato a garanzia, ai sensi dell'art. 38, comma 2, del D. Lgs. n. 385/1993, e relativi provvedimenti attuativi della Banca d'Italia;
– che la porzione di fabbricato sopra descritto è stata accatastata, e risulta attualmente censita nel catasto fabbricati del Comune di al foglio con il mappale subalterno

– che il suddetto promissario acquirente ha richiesto alla banca la suddivisione del mutuo ed il frazionamento dell'ipoteca; e, decorsi novanta giorni dal ricevimento della richiesta, la banca non ha ancora ottemperato;

– che quindi il presidente del tribunale di, con decreto in data, cron. n., che in copia autentica si allega al presente atto sotto la lettera “...”, ha designato me notaio per la redazione del suddetto frazionamento in via parziale, e quindi limitatamente alla porzione immobiliare promessa in vendita a, fermi ed indivisi restando per il resto il mutuo e l'ipoteca sulle rimanenti unità immobiliari del complesso;

– che a tal fine io notaio mi sono avvalso dell'esperto,, al quale ho demandato Il suddetto esperto ha quindi Lo stesso ha inoltre proceduto a stimare il valore della porzione immobiliare promessa in vendita a con il suddetto contratto preliminare trascritto, attribuendo alla stessa un valore di euro

– che risulta quindi rispettato il rapporto percentuale previsto dall'art. 38, comma 2, del D. Lgs. n. 385/1993;

e quanto sopra premesso

io notaio procedo al frazionamento parziale del mutuo fondiario, e dell'ipoteca a garanzia, come segue.

Il mutuo fondiario, descritto in premessa, viene suddiviso in due quote, di cui la prima, corrispondente alla quota accollata al promissario acquirente, pari ad euro; e la seconda pari ad euro, corrispondenti al residuo valore del mutuo

Correlativamente, l'ipoteca a garanzia del mutuo fondiario viene frazionata come segue:

– Lotto 1 (uno) - Importo dell'ipoteca euro, corrispondente alla quota di mutuo frazionato pari ad euro

Gravante sull'unità immobiliare di seguito descritta:

.....

– Lotto 2 (due) - Importo dell'ipoteca euro, corrispondente alla quota di mutuo frazionato pari ad euro

Gravante sui residui immobili concessi a garanzia al momento della costituzione dell'ipoteca.

Preciso inoltre, ai sensi e per gli effetti dell'art. 39, commi 6-ter e 6-quater del D. Lgs. n. 385/1993:

– che l'ammortamento del mutuo decorre dal

– che la durata del mutuo è stabilita in anni

– che il tasso di interesse è fissato per l'intera durata del mutuo nella misura fissa del % (..... per cento) nominale annuo;

– che la restituzione del mutuo dovrà avvenire in numero semestralità, dell'importo di euro ciascuna, scadenti alla fine di ogni mese a partire dal

ANNOTAMENTI - REGIME FISCALE

Del frazionamento come sopra approvato verrà fatta annotazione a margine dell'ipoteca iscritta a garanzia del mutuo fondiario, a norma dell'art. 39, comma 6-quater, del D. Lgs. 1 settembre 1993, n. 385.

Ai fini fiscali, si richiama il disposto degli articoli 15 e seguenti del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 601, e successive modificazioni: la relativa imposta è a carico del mutuatario.

SPESE

Le spese del presente atto e conseguenti sono a carico della banca.

Il presente atto, dattiloscritto da persona di mia fiducia sopra fogli occupati per pagine fin qui, è sottoscritto, a norma di legge, soltanto da me notaio.

LEGGE 2 AGOSTO 2004, N. 210
DELEGA AL GOVERNO PER LA TUTELA DEI DIRITTI PATRIMONIALI
DEGLI ACQUIRENTI DI IMMOBILI DA COSTRUIRE
(G.U. N. 189, 13 AGOSTO 2004, SERIE GENERALE)

Art. 1 - Delega al Governo per la tutela degli acquirenti di immobili da costruire

1. Il Governo è delegato ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, con l'osservanza dei principi e criteri direttivi di cui all'articolo 3, uno o più decreti legislativi recanti norme per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di 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, anche apportando alla legislazione vigente le modifiche e le integrazioni necessarie per il coordinamento della medesima con le disposizioni contenute nei predetti decreti legislativi.

2. I decreti legislativi di cui al comma 1 sono emanati, ai sensi dell'articolo 14 della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro della giustizia, di concerto con i Ministri delle infrastrutture e dei trasporti, dell'economia e delle finanze e del lavoro e delle politiche sociali.

3. Gli schemi dei decreti legislativi di cui al comma 1 sono trasmessi alla Camera dei deputati e al Senato della Repubblica affinché su di essi sia espresso, entro sessanta giorni dalla data di trasmissione, il parere delle Commissioni parlamentari competenti per materia; decorso tale termine, i decreti sono emanati anche in mancanza di tale parere. Qualora il termine previsto per l'espressione del parere delle Commissioni parlamentari scada nei trenta giorni che precedono la scadenza del termine previsto al comma 1 o successivamente, quest'ultimo è prorogato di centoventi giorni.

4. Entro un anno dalla data di entrata in vigore dell'ultimo dei decreti legislativi di cui al comma 1, nel rispetto dei principi e dei criteri direttivi fissati dalla presente legge, il Governo può emanare, con la procedura indicata nei commi 2 e 3, disposizioni integrative e correttive dei medesimi decreti legislativi.

Art. 2 - Definizioni

1. Ai fini della presente legge devono intendersi:

a) per "acquirente", 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;

b) per "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;

c) per "situazione di crisi", 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.

Art. 3 - Principi e criteri direttivi della delega legislativa

1. I decreti legislativi di cui all'articolo 1 sono informati ai seguenti principi e criteri direttivi:

a) prevedere, ferme restando le disposizioni contenute negli articoli 2645-bis, 2775-bis e 2825-bis del codice civile, e apportando, se del caso, le opportune modifiche ed integrazioni alla disciplina dei procedimenti di cui all'articolo 2, comma 1, lettera c), 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;

b) prevedere, ai fini di cui alla lettera a), la limitazione della esperibilità delle azioni revocatorie nei confronti dell'acquirente e la modifica dell'articolo 72 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e successive modificazioni;

c) prevedere l'obbligo del costruttore di procurare il rilascio e di provvedere alla consegna, prima della stipula del contratto preliminare d'acquisto o dell'atto equipollente ai sensi dell'articolo 2, di fideiussione di importo pari alle somme e al valore di ogni altro eventuale corrispettivo che complessivamente ha riscosso e deve ancora riscuotere prima della stipula del contratto definitivo di compravendita o dell'atto definitivo di assegnazione, comunque escluse quelle che è pattuito debbono essere erogate da un eventuale soggetto mutuante;

d) prevedere che la fideiussione di cui alla lettera c) sia rilasciata da una banca, da un'assicurazione o da altro soggetto autorizzato; prevedere che la stessa sia a garanzia, nel caso in cui il costruttore incorra in una situazione di crisi, dell'eventuale restituzione delle somme riscosse, del valore di ogni altro eventuale corrispettivo, dei relativi interessi maturati e delle eventuali spese effettivamente sostenute e strettamente necessarie, per conseguire la detta restituzione, ove la stessa non sia immediatamente offerta ed eseguita; disciplinare il contenuto e le modalità di escussione della garanzia fideiussoria al fine di assicurare all'acquirente la sollecita restituzione di quanto indicato alla lettera c), indipendentemente dalla durata dei procedimenti implicanti una situazione di crisi, escludendo il beneficio della preventiva escussione del debitore principale di cui all'articolo 1944, secondo comma, del codice civile;

e) 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;

f) istituire un Fondo di solidarietà a beneficio dell'acquirente che, a seguito dell'insolvenza del costruttore a fronte della quale, in un periodo compreso tra il 31 dicembre 1993 e la data di emanazione dei decreti legislativi previsti dall'articolo 1, siano o siano state in corso procedure implicanti una situazione di crisi, dichiara di aver subito

la perdita delle somme versate o di ogni altro bene eventualmente corrisposto e il mancato conseguimento della proprietà o dell'assegnazione del bene;¹

g) prevedere che le risorse destinate ad alimentare il Fondo siano reperite, senza alcun onere per il bilancio dello Stato, delle regioni o delle province autonome di Trento e di Bolzano o degli altri enti territoriali, attraverso la previsione e l'istituzione, per un periodo massimo di quindici anni dalla data di entrata in vigore dell'ultimo dei decreti legislativi emanati in attuazione della presente legge, di un contributo obbligatorio posto a carico dei costruttori tenuti a quanto previsto dalla lettera c), individuando lo stesso in misura non superiore al 5 per mille delle fideiussioni di cui alla medesima lettera c); prevedere che il versamento sia direttamente assunto dal soggetto che rilascia la fideiussione; prevedere che la misura del contributo e le modalità del versamento siano determinate annualmente con decreto del Ministro della giustizia di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze entro il limite massimo indicato e che, per il primo anno, la misura del contributo e le modalità del versamento siano indicate nell'ultimo dei decreti legislativi emanati in attuazione della presente legge;

h) individuare il soggetto gestore del Fondo, disponendo che tutti i relativi oneri di gestione siano a carico del Fondo medesimo;

i) prevedere che il Fondo sia articolato in sezioni autonome definite in corrispondenza di ambiti territoriali determinati su base provinciale, regionale o interregionale in modo da assicurare una gestione tendenzialmente equilibrata delle sezioni, tenuto conto delle finalità del Fondo; prevedere che i contributi siano imputati alle sezioni autonome del Fondo sulla base del criterio della provenienza delle risorse tenendo conto della ubicazione degli immobili in relazione ai quali le fideiussioni sono richieste; prevedere che, soddisfatti gli oneri di gestione, ciascuna sezione sia gestita autonomamente e le relative risorse siano dirette in via primaria alla soddisfazione delle pretese restitutorie dell'acquirente di cui alla lettera f) degli immobili ubicati nel territorio di competenza della sezione medesima ed in via successiva siano utilizzate per soddisfare le richieste relative alle altre sezioni nei casi in cui le medesime non abbiano risorse sufficienti; prevedere che le ulteriori modalità di gestione del Fondo siano stabilite con decreto del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze; prevedere che l'ente gestore del Fondo, che abbia corrisposto l'indennizzo nei casi previsti, abbia diritto di regresso nei confronti del costruttore per il recupero dell'indennizzo pagato nonché dei relativi interessi e spese;

l) disciplinare i requisiti e le modalità di accesso ai contributi del Fondo di cui alla lettera f) prevedendo che ciò possa avvenire per una sola volta da parte di un singolo soggetto;

m) disciplinare i contenuti del contratto preliminare e di ogni altro contratto comunque diretto al successivo acquisto di un immobile da costruire, prevedendo in particolare che debbano ivi indicarsi analiticamente le caratteristiche tecniche della costruzione, la tipologia dei materiali impiegati, le modalità e le fasi di esecuzione, le modalità e i tempi di pagamento del prezzo, l'esistenza di iscrizioni ipotecarie e trascrizioni pregiudizievoli, gli estremi del permesso di costruire, la planimetria dell'immobile da costruire e delle sue pertinenze di uso esclusivo nonché l'indicazione dell'appaltatore;

¹ Lettera modificata dall'art. 18-bis, comma 1, D.L. 9 novembre 2004, n. 266, convertito, con modificazioni, dalla L. 27 dicembre 2004, n. 306.

n) prevedere norme dirette a rendere effettivo il diritto dell'acquirente al perfezionamento degli atti indicati all'articolo 39, comma 6, del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e 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.

DECRETO LEGISLATIVO 20 GIUGNO 2005, N. 122
DISPOSIZIONI PER LA TUTELA DEI DIRITTI PATRIMONIALI DEGLI ACQUIRENTI
DI IMMOBILI DA COSTRUIRE, A NORMA DELLA LEGGE 2 AGOSTO 2004, N. 210
(G.U. N. 155, 6 LUGLIO 2005, SERIE GENERALE)

Art. 1 - Definizioni

1. Ai fini del presente decreto devono intendersi:

a) per «acquirente»: 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;

b) per «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;

c) per «situazione di crisi»: 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;

d) per «immobili da costruire»: gli immobili per i quali sia stato richiesto il permesso di costruire e che siano ancora da edificare o la cui costruzione non risulti essere stata ultimata versando in stadio tale da non consentire ancora il rilascio del certificato di agibilità.

Art. 2 - Garanzia fideiussoria

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

debbano essere erogate da un soggetto mutuante, nonché i contributi pubblici già assistiti da autonoma garanzia.

2. Per le società cooperative, l'atto equipollente a quello indicato al comma 1 consiste in quello con il quale siano state versate somme o assunte 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. 3 - Rilascio, contenuto e modalità di escussione della fideiussione

1. La fideiussione è rilasciata da una banca, da un'impresa esercente le assicurazioni o da intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'articolo 107 del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni; essa 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.

2. La situazione di crisi si intende verificata in una delle seguenti date:

- a) di trascrizione del pignoramento relativo all'immobile oggetto del contratto;
- b) di pubblicazione della sentenza dichiarativa del fallimento o del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa;
- c) di presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo;
- d) di pubblicazione della sentenza che dichiara lo stato di insolvenza o, se anteriore, del decreto che dispone la liquidazione coatta amministrativa o l'amministrazione straordinaria.

3. La fideiussione può essere escussa a decorrere dalla data in cui si è verificata la situazione di crisi di cui al comma 2 a condizione che, per l'ipotesi di cui alla lettera a) del medesimo comma, l'acquirente abbia comunicato al costruttore la propria volontà di recedere dal contratto e, per le ipotesi di cui alle lettere b), c) e d) del comma 2, il competente organo della procedura concorsuale non abbia comunicato la volontà di subentrare nel contratto preliminare.

4. La fideiussione deve prevedere la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale di cui all'articolo 1944, secondo comma, del codice civile e deve essere escutibile, verificatesi le condizioni di cui al comma 3, a richiesta scritta dell'acquirente, corredata da idonea documentazione comprovante l'ammontare delle somme e il valore di ogni altro eventuale corrispettivo che complessivamente il costruttore ha riscosso, da inviarsi al domicilio indicato dal fideiussore a mezzo di lettera raccomandata con avviso di ricevimento.

5. Il mancato pagamento del premio o della commissione non è opponibile all'acquirente.

6. Il fideiussore è tenuto a pagare l'importo dovuto entro il termine di trenta giorni dalla data di ricevimento della richiesta di cui al comma 4. Qualora la restituzione degli importi oggetto di fideiussione non sia eseguita entro il suddetto termine, il fideiussore è tenuto a rimborsare all'acquirente le spese da quest'ultimo effettivamente sostenute e strettamente necessarie per conseguire la detta restituzione, oltre i relativi interessi.

7. 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.

Art. 4 - Assicurazione dell'immobile

1. Il costruttore è obbligato a contrarre ed a consegnare all'acquirente all'atto del trasferimento della proprietà una polizza assicurativa indennitaria decennale a beneficio dell'acquirente e con effetto dalla data di ultimazione dei lavori a copertura dei danni materiali e diretti all'immobile, compresi i danni ai terzi, cui sia tenuto ai sensi dell'articolo 1669 del codice civile, derivanti da rovina totale o parziale oppure da gravi difetti costruttivi delle opere, per vizio del suolo o per difetto della costruzione, e comunque manifestatisi successivamente alla stipula del contratto definitivo di compravendita o di assegnazione.

Art. 5 - Applicabilità della disciplina

1. La disciplina prevista dagli articoli 2, 3 e 4 si applica ai contratti aventi ad oggetto il trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale di godimento di immobili 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.

Art. 6 - Contenuto del contratto preliminare

1. Il contratto preliminare ed ogni altro contratto che ai sensi dell'articolo 2 sia comunque diretto al successivo acquisto in capo ad una persona fisica della proprietà o di altro diritto reale su un immobile oggetto del presente decreto devono contenere:

- a) le indicazioni previste agli articoli 2659, primo comma, n. 1), e 2826 del codice civile;
- b) la descrizione dell'immobile e di tutte le sue pertinenze di uso esclusivo oggetto del contratto;
- c) 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;
- d) le caratteristiche tecniche della costruzione, con particolare riferimento alla struttura portante, alle fondazioni, alle tamponature, ai solai, alla copertura, agli infissi ed agli impianti;
- e) i termini massimi di esecuzione della costruzione, anche eventualmente correlati alle varie fasi di lavorazione;
- 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; le modalità di corresponsione del prezzo 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;
- g) gli estremi della fideiussione di cui all'articolo 2;
- h) l'eventuale esistenza di ipoteche o trascrizioni pregiudizievoli di qualsiasi tipo sull'immobile con la specificazione 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, in particolare, se tali obblighi debbano essere adempiuti prima o dopo la stipula del contratto definitivo di vendita;

i) 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;

l) l'eventuale indicazione dell'esistenza di imprese appaltatrici, con la specificazione dei relativi dati identificativi.

2. Agli stessi contratti devono essere allegati:

a) il capitolato contenente le caratteristiche dei materiali da utilizzarsi, individuati anche solo per tipologie, caratteristiche e valori omogenei, nonché l'elenco delle rifiniture e degli accessori convenuti fra le parti;

b) 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.

3. Sono fatte salve le disposizioni di cui al regio decreto 28 marzo 1929, n. 499.

Art. 7 - Modificazioni all'articolo 39 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385

1. All'articolo 39 del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) Il comma 6 è sostituito dal seguente:

«6. In caso di edificio o complesso condominiale per il quale può ottenersi l'accatastamento delle singole porzioni che lo costituiscono, ancorché in corso di costruzione, il debitore, il terzo acquirente, il promissario acquirente o l'assegnatario del bene ipotecato o di parte dello stesso, questi ultimi limitatamente alla porzione immobiliare da essi acquistata o promessa in acquisto o in assegnazione, hanno diritto alla suddivisione del finanziamento in quote e, correlativamente, al frazionamento dell'ipoteca a garanzia.»;

b) dopo il comma 6 sono inseriti i seguenti:

«6-bis. La banca deve provvedere agli adempimenti di cui al comma 6 entro il termine di novanta giorni dalla data di ricevimento della 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. Tale termine è aumentato a centoventi giorni, se la richiesta riguarda un finanziamento da suddividersi in più di cinquanta quote.

6-ter. Qualora la banca non provveda entro il termine indicato al comma 6-bis, il richiedente può presentare ricorso al presidente del tribunale nella cui circoscrizione è situato l'immobile; il presidente del tribunale, sentite le parti, ove accolga il ricorso, 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.

6-quater. 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 responsabile del competente Ufficio del territorio annota a margine dell'iscrizione ipotecaria il frazionamento del finanziamento e della relativa ipoteca, l'inizio e la durata dell'ammortamento ed il tasso relativo.».

Art. 8 - Obbligo di cancellazione o frazionamento dell'ipoteca antecedente alla compravendita

1. Il notaio non può procedere alla stipula dell'atto di compravendita se, anteriormente o 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.

Art. 9 - Diritto di prelazione

1. Qualora l'immobile sia stato consegnato all'acquirente e da questi adibito ad abitazione principale per sé o per un proprio parente in primo grado, all'acquirente medesimo, anche nel caso in cui abbia escusso la fideiussione, è riconosciuto il diritto di prelazione nell'acquisto dell'immobile al prezzo definitivo raggiunto nell'incanto anche in esito alle eventuali offerte ai sensi dell'articolo 584 del codice di procedura civile.

2. Ai fini dell'esercizio del diritto di prelazione, l'autorità che procede alla vendita dell'immobile 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.

3. Il diritto di prelazione è esercitato dall'acquirente, a pena di decadenza, entro il termine di dieci giorni dalla data di ricezione della comunicazione di cui al comma 2 offrendo, con atto notificato a mezzo ufficiale giudiziario all'autorità che procede alla vendita dell'immobile, condizioni uguali a quelle comunicategli.

4. Qualora l'acquirente abbia acquistato l'immobile, per effetto dell'esercizio del diritto di prelazione, ad un prezzo inferiore alle somme riscosse in sede di escussione della fideiussione, la differenza deve essere restituita al fideiussore, qualora l'immobile acquistato abbia consistenza e caratteristiche tipologiche e di finitura corrispondenti a quelle previste nel contratto stipulato con il costruttore. Ove non ricorra tale condizione, l'eventuale eccedenza da restituire al fideiussore deve risultare da apposita stima.

5. È escluso, in ogni caso, il diritto di riscatto nei confronti dell'aggiudicatario.

Art. 10 - Esenzioni e limiti alla esperibilità dell'azione revocatoria fallimentare

1. Gli atti a titolo oneroso che hanno come effetto il trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento di immobili da costruire, nei quali l'acquirente si impegni a stabilire, entro dodici mesi dalla data di acquisto o di 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, non sono soggetti all'azione revocatoria prevista dall'articolo 67 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e successive modificazioni.

2. Non sono, altresì, soggetti alla medesima azione revocatoria i pagamenti dei

premi e commissioni relativi ai contratti di fideiussione e di assicurazione di cui agli articoli 3 e 4, qualora effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso.

Art. 11 - Introduzione dell'articolo 72-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267

1. Dopo l'articolo 72 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, è inserito il seguente: «72-bis. (Contratti relativi ad immobili da costruire). In caso di situazione di crisi del costruttore ai sensi dell'articolo 2, comma 1, lettera c), della legge 2 agosto 2004, n. 210, il contratto si intende sciolto se, prima che il curatore comunichi la scelta tra esecuzione o scioglimento, l'acquirente abbia escusso la fideiussione a garanzia della restituzione di quanto versato al costruttore, dandone altresì comunicazione al curatore. In ogni caso, la fideiussione non può essere escussa dopo che il curatore abbia comunicato di voler dare esecuzione al contratto.».

Art. 12 - Istituzione e finalità del Fondo di solidarietà per gli acquirenti di beni immobili da costruire

1. È istituito presso il Ministero dell'economia e delle finanze il Fondo di solidarietà per gli acquirenti di beni immobili da costruire, di seguito denominato: «Fondo», al fine di assicurare un indennizzo, nell'ambito delle risorse del medesimo Fondo, agli acquirenti che, a seguito dell'assoggettamento del costruttore a procedure implicanti una situazione di crisi, hanno subito la perdita di somme di denaro o di altri beni e non hanno conseguito il diritto di proprietà o altro diritto reale di godimento su immobili oggetto di accordo negoziale con il costruttore ovvero l'assegnazione in proprietà o l'acquisto della titolarità di un diritto reale di godimento su immobili da costruire per iniziativa di una cooperativa.

2. Ai fini dell'accesso alle prestazioni del Fondo, devono risultare nei confronti del costruttore, a seguito della sua insolvenza, procedure implicanti una situazione di crisi non concluse in epoca antecedente al 31 dicembre 1993 né aperte in data successiva a quella di emanazione del presente decreto.

3. L'accesso alle prestazioni del Fondo è consentito nei casi in cui per il bene immobile risulti richiesto il permesso di costruire.

Art. 13 - Requisiti per l'accesso alle prestazioni del Fondo

1. Per l'accesso alle prestazioni del Fondo devono ricorrere congiuntamente i seguenti requisiti oggettivi:

a) aver subito, a seguito dell'insorgenza di una situazione di crisi per effetto dell'insolvenza del costruttore, perdite di somme di denaro versate o di altri beni trasferiti dall'acquirente al costruttore medesimo come corrispettivo per l'acquisto o l'assegnazione dell'immobile da costruire;

b) non aver acquistato la proprietà o altro diritto reale di godimento sull'immobile da costruire ovvero non averne conseguito l'assegnazione.

2. Il requisito di cui al comma 1, lettera b), non viene meno per effetto dell'acquisto della proprietà o del conseguimento dell'assegnazione in virtù di accordi negoziali con gli organi della procedura concorsuale ovvero di aggiudicazione di asta nell'ambito della medesima procedura ovvero, infine, da terzi aggiudicatari.

3. Nei casi di cui al comma 2 l'indennizzo spetta solo qualora l'importo complessivo delle somme versate e del valore dei beni corrisposti al costruttore e delle somme

versate per l'effettivo acquisto del bene sia superiore al prezzo originariamente convenuto con il costruttore ed è determinato in misura pari alla differenza tra il predetto importo complessivo ed il prezzo originario, fino comunque a concorrenza delle somme versate e dei beni corrisposti al costruttore.

4. Danno luogo alle prestazioni del Fondo le situazioni di perdita della proprietà del bene per effetto del successivo positivo esperimento dell'azione revocatoria, soltanto nel caso in cui essa sia stata promossa ai sensi dell'articolo 67, secondo comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267.

Art. 14 - Struttura e funzionamento del Fondo

1. Il Fondo si articola in sezioni autonome corrispondenti ad aree territoriali interregionali individuate con il decreto di cui all'articolo 16, sulla base della quantità e della provenienza territoriale delle richieste di indennizzo presentate entro il termine di decadenza stabilito nell'articolo 18, comma 1, in modo da assicurare una gestione equilibrata delle sezioni. L'articolazione in sezioni non comporta un decentramento territoriale del Fondo.

2. Per ciascuna sezione autonoma è tenuta dal Fondo una distinta contabilità, anche ai fini della rendicontazione periodica.

3. Gli oneri di gestione del Fondo sono contabilmente ripartiti fra le sezioni autonome, in proporzione dell'ammontare delle risorse di cui ciascuna di esse dispone in virtù dei contributi che le sono imputati ai sensi dell'articolo 17, comma 5.

4. Le risorse di ciascuna sezione, al netto degli oneri di gestione, sono destinate alla soddisfazione delle richieste di indennizzo dei soggetti aventi diritto in relazione agli immobili ubicati nel territorio di competenza della sezione medesima. A tale fine il gestore del Fondo, entro sei mesi dalla data di scadenza del termine di presentazione delle richieste di indennizzo da parte degli aventi diritto, salve le risultanze della successiva attività istruttoria, determina per ciascuna sezione l'ammontare massimo complessivo delle somme da erogare a titolo di indennizzo e, quindi, sulla base delle risorse globalmente imputate a ciascuna sezione per effetto del versamento della prima annualità del contributo obbligatorio di cui all'articolo 17, la prima quota annuale di indennizzo da erogare.

5. Le ulteriori quote annuali di indennizzo sono determinate in funzione delle variazioni della misura annua del contributo, stabilita con il decreto di cui all'articolo 17, comma 4, e del suo gettito effettivo, oltre che del decrescente ammontare residuo degli indennizzi da corrispondere.

6. In caso di integrale soddisfazione delle richieste degli aventi diritto, anche prima della scadenza del termine massimo di operatività del Fondo, le eventuali somme residue di una sezione sono attribuite alle altre sezioni, che non abbiano risorse sufficienti, proporzionalmente all'ammontare residuo degli indennizzi da corrispondersi da parte di ciascuna di queste.

7. Il Fondo ha azione di regresso nei confronti del costruttore per il recupero dell'indennizzo corrisposto all'acquirente. A tale fine il Fondo si surroga nei diritti dell'acquirente nell'ambito della procedura implicante la situazione di crisi aperta nei confronti del costruttore, progressivamente in ragione e nei limiti delle somme corrisposte a titolo di indennizzo, nonché dei relativi interessi e spese. L'indennizzato ha facoltà di agire nell'ambito della procedura per l'eventuale residua parte del credito non soddisfatta dall'indennizzo ricevuto dal Fondo.

8. Le somme recuperate dal Fondo ai sensi del comma 7 sono imputate alla sezione autonoma del Fondo che ha erogato l'indennizzo.

Art. 15 - Gestione del Fondo

1. La gestione del Fondo è attribuita alla CONSAP - Concessionaria di servizi assicurativi pubblici s.p.a., che vi provvede per conto del Ministero dell'economia e delle finanze sulla base di apposita concessione, approvata con decreto del medesimo Ministero.

2. La concessione si conforma al principio di affidare alla CONSAP, quale concessionaria, la gestione di cassa e patrimoniale del Fondo, la conservazione della sua integrità, la liquidazione delle relative spese, nonché al principio di garantire la verifica periodica, da parte dell'amministrazione concedente, della corrispondenza della gestione del Fondo alle finalità indicate dal presente decreto. Ai relativi oneri e alle spese di gestione si provvede nell'ambito delle risorse finanziarie del Fondo, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.

3. Ai fini di cui al comma 2, la concessione definisce, tra l'altro, le modalità di esercizio concernenti:

a) iniziative informative da assumersi ad opera del Fondo, con oneri a suo carico, al fine di garantire l'effettiva fruizione dei benefici previsti dal presente decreto da parte dei destinatari;

b) la rilevazione dei dati necessari per la definizione delle aree territoriali e delle corrispondenti sezioni autonome del Fondo, ai sensi dell'articolo 14, comma 1, nonché per la determinazione annua della misura del contributo obbligatorio, di cui all'articolo 17, comma 4;

c) l'istruttoria delle richieste di indennizzo;

d) la liquidazione degli indennizzi e la loro erogazione, anche tramite apposite convenzioni con le banche;

e) la ripetizione delle somme già erogate, nei casi di revoca o riforma dell'attribuzione, nonché l'esercizio del diritto di surroga previsto dall'articolo 14, comma 7;

f) la previsione dell'ammontare complessivo delle somme da destinare all'erogazione degli indennizzi, nonché al sostenimento degli oneri di gestione;

g) la destinazione ad investimenti a redditività certa ed adeguata delle somme disponibili, compatibilmente con le esigenze di liquidità del Fondo;

h) la presentazione al Ministero dell'economia e delle finanze, per il successivo inoltro alla Corte dei conti, del rendiconto annuale, approvato dal Consiglio di amministrazione della concessionaria, accompagnato dalla situazione patrimoniale del Fondo e da una relazione sull'attività svolta.

4. La concessione stabilisce, altresì, le modalità di accreditamento alla CONSAP delle somme che affluiscono al Fondo.

Art. 16 - Ulteriore disciplina per la gestione del Fondo

1. Con decreto di natura non regolamentare del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sono definite le aree territoriali e le corrispondenti sezioni autonome del Fondo, tenuto conto dei dati raccolti ed elaborati dal gestore del Fondo medesimo.

2. Possono altresì essere stabiliti ulteriori criteri e modalità per la concreta gestione del Fondo, con particolare riferimento all'attuazione di quanto previsto dall'articolo 14.

Art. 17 - Contributo obbligatorio

1. Per reperire le risorse destinate al Fondo, è istituito un contributo obbligatorio a carico dei costruttori tenuti all'obbligo di procurare il rilascio e di provvedere alla consegna della fideiussione di cui all'articolo 2; il contributo è versato direttamente dal soggetto che rilascia la fideiussione.

2. Il contributo obbligatorio è dovuto per un periodo massimo di quindici anni a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto ovvero, se antecedente, sino alla data nella quale risultino acquisite al Fondo risorse sufficienti ad assicurare il soddisfacimento delle richieste di indennizzo presentate dagli aventi diritto. L'eventuale ricorrenza della predetta condizione per l'anticipata cessazione della debenza del contributo è accertata con decreto del Ministero dell'economia e delle finanze.

3. Per la prima annualità la misura del contributo è fissata nel quattro per mille dell'importo complessivo di ciascuna fideiussione ed il versamento è effettuato, entro il mese successivo a quello di rilascio della fideiussione, con le modalità stabilite e rese pubbliche dal soggetto gestore del Fondo.

4. Per le annualità successive, la misura del contributo è stabilita con decreto del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, entro il limite massimo del cinque per mille dell'importo complessivo di ciascuna fideiussione; con il medesimo decreto possono essere stabilite, altresì, modalità per il versamento diverse o ulteriori rispetto a quelle fissate nel comma 3.

5. Le somme versate a titolo di contributo obbligatorio sono imputate alla sezione autonoma del Fondo nel cui ambito territoriale è ubicato l'immobile oggetto di fideiussione.

6. Qualora il versamento del contributo obbligatorio non avvenga entro il termine di cui al comma 3, sono dovuti interessi di mora calcolati, a decorrere dal giorno della scadenza del termine fino a comprendere quello dell'effettivo versamento, al saggio di interesse legale.

7. I soggetti che rilasciano fideiussioni ai sensi dell'articolo 2 sono tenuti a trasmettere entro il 31 dicembre di ogni anno al soggetto gestore del Fondo una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà, ai sensi dell'articolo 47 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, recante attestazione delle fideiussioni rilasciate, con indicazione dei dati dei soggetti interessati, degli importi e degli estremi identificativi degli atti fideiussori.

Art. 18 - Accesso alle prestazioni del Fondo ed istruttoria sulle domande

1. La domanda di accesso alle prestazioni del Fondo deve essere presentata dagli aventi diritto, a pena di decadenza, entro il termine di sei mesi dalla data di pubblicazione del decreto di cui al comma 6.

2. Ciascun soggetto può ottenere dal Fondo l'indennizzo una sola volta, anche nel caso in cui abbia subito più perdite in relazione a diverse e distinte situazioni di crisi. Gli importi delle perdite indennizzabili sono rivalutati, in base alle variazioni dell'indice

ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati, alla data di entrata in vigore del presente decreto.

3. Il richiedente deve fornire la prova della sussistenza e dell'entità della perdita. A tale fine costituisce prova anche il provvedimento che ha definitivamente accertato il credito in sede concorsuale.

4. Nello svolgimento dell'attività istruttoria il gestore del Fondo, al fine di determinare criteri di valutazione uniformi in merito a situazioni e documentazioni ricorrenti, può acquisire il parere di un apposito comitato, costituito con il decreto di cui al comma 6 e composto da rappresentanti del Ministero della giustizia, del Ministero dell'economia e delle finanze, del Ministero delle attività produttive e delle categorie interessate.

5. Il gestore del Fondo, all'esito dell'istruttoria, nei termini stabiliti in sede di concessione, delibera il riconoscimento dell'indennità e la relativa liquidazione ovvero la reiezione della richiesta.

6. Con decreto del Ministero della giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sono dettate disposizioni relative alle modalità, anche telematiche, di presentazione della domanda ed al contenuto della documentazione da allegare a questa, nonché in merito allo svolgimento dell'attività istruttoria di cui al presente articolo.

*Fotocomposizione a cura di ABCompos s.r.l.
Via Pavese, 1/3 - Rozzano (MI)*

*Finito di stampare nel mese di luglio 2005
dalla GECA S.p.A. - Via Magellano, 11 - Cesano Boscone (MI)*