

PROSPETTIVE E DIFFICOLTA' AI FINI DELL'UTILIZZAZIONE DEL DEPOSITO DEL PREZZO PRESSO NOTAIO IN ATTESA DEL CONTRATTO DEFINITIVO

1. Le ragioni della scarsa appetibilità della garanzia fideiussoria per il costruttore.

La nuova disciplina di cui al d.lgs 122/2005 considera il rilascio della garanzia fideiussoria di cui agli artt. 2 e 3 del d.lgs., come è noto, come l'unico mezzo affinché il costruttore possa riscuotere dall'acquirente, prima del momento in cui l'acquirente stesso acquisti la titolarità del diritto di cui si è promesso il trasferimento, anticipi di prezzo e, più in generale, corrispettivi di qualsiasi altro tipo. L'esperienza professionale riguardante la prima fase applicativa della nuova normativa ⁽¹⁾, oltre ad alcune indagini eseguite da quotidiani specializzati ⁽²⁾, consente tuttavia di rilevare come, fino ad oggi, la garanzia in questione abbia riscosso uno scarso *appeal*, restando addirittura, per molti imprenditori, un "oggetto misterioso".

L'affermazione contrasta, in apparenza, con numerose dichiarazioni rese da alcuni operatori del settore prima dell'emanazione da parte del governo del decreto legislativo attuativo della legge delega 210/2004, secondo cui già da alcuni anni la *best practice* immobiliare conosceva, in un numero non trascurabile di casi, l'uso della garanzia fideiussoria per gli anticipi del prezzo corrisposti dall'acquirente nei confronti del costruttore prima della stipulazione del contratto definitivo.

In realtà, la garanzia fideiussoria conosciuta da una parte della prassi immobiliare prima della riforma costituisce garanzia sostanzialmente diversa da quella oggi imposta dagli artt. 2 e 3 d.lgs. 122/2005, soprattutto in considerazione del fatto che la garanzia richiesta da quest'ultima legge deve necessariamente restare efficace, come si evince dall'art. 3 comma 7, fino "al momento del trasferimento della proprietà", mentre le garanzie che venivano talvolta rilasciate in precedenza su base volontaria prevedevano solitamente una scadenza a termine fisso.

La sostituzione di un termine variabile (in considerazioni di possibili ritardi nei lavori, ritardi nell'inadempimento dell'una o dell'altra parte e relative contestazioni, proroghe consensuali, ecc.) ad un termine fisso altera invero sensibilmente le condizioni di rischio da parte del garante fideiussore, e, almeno in questa prima fase di applicazione della legge, finisce con lo spiazzare lo strumento fino ad oggi utilizzato da alcuni costruttori ⁽³⁾.

Anche ragionando in prospettiva di una migliore assimilazione dei contenuti della nuova normativa, la sensibilità professionale deve purtroppo tratteggiare uno scenario pessimistico circa l'effettiva praticabilità su larga scala della via, dell'unica via, indicata dal legislatore per la riscossione di anticipi di corrispettivo da parte dei costruttori.

Ciò, semplificando e schematizzando il ragionamento, per tre principali ragioni:

a) in primo luogo, perché il corretto contenuto della garanzia fideiussoria può essere stabilito soltanto dopo una complessa attività di interpretazione delle varie disposizioni di cui agli artt. 2 e 3 del d.lgs., il cui linguaggio approssimativo dal punto di vista tecnico e le cui ambiguità ⁽⁴⁾

¹) In considerazione del disposto di cui all'art. 5 d.lgs. 122/2005, ci si riferisce a quegli interventi edilizi per i quali il costruttore non aveva richiesto il titolo abilitativo dell'intervento edilizio prima del 21 luglio 2005.

²) Cfr., per es., le interviste ad alcuni operatori del settore condotte da E. DEL MASO, *Qui fallisce la legge*, in Milano Finanza del 22 ottobre 2005, p. 77.

³) Non si può non vedere, peraltro, come la previsione di una scadenza a termine fisso per la garanzia fideiussoria in parola costituirebbe un elemento di rischio significativo per l'acquirente, costretto a scegliere, in caso di mancata ultimazione dei lavori o altro inadempimento da parte del costruttore entro il termine indicato nella fideiussione, tra la perdita della garanzia stessa, l'accettazione, ove possibile, di un adempimento inesatto o, addirittura, la risoluzione del contratto con la conseguente perdita del bene.

⁴) Una impietosa rassegna delle principali perplessità che la formulazione legislativa solleva ai fini di consentire ai soggetti legittimati di rilasciare fideiussioni "conformi a legge" è da ultimo compiuta da R. TRIOLA, *Vendita di*

addossano al costruttore il rischio che, in caso di controversia con l'acquirente, una diversa interpretazione accolta dall'autorità giudiziaria (o arbitrale) possa portare alla nullità relativa del contratto e, se non ad una pronuncia in tale senso, che solo la richiesta dell'acquirente potrebbe determinare, all'assunzione da parte dell'acquirente medesimo di una posizione di tale forza da comportare il rischio, per il costruttore, di concessioni economiche non irrilevanti ⁽⁵⁾;

b) in secondo luogo, la già considerata scelta di cui all'art. 3 comma 7 d.lgs. 122/2005 di imporre che la fideiussione debba restare efficace fino al momento del trasferimento della proprietà, condivisibile, e forse anche inevitabile, se, come ha fatto il legislatore, si guarda dal punto di vista dell'acquirente, diviene, se si guarda invece dal punto di vista del costruttore, un rischio inaccettabile, dal momento che il rinvio del contratto definitivo potrebbe derivare non solo da un proprio inadempimento, ma anche, come l'esperienza professionale conferma, dalle richieste dell'acquirente di farsi carico di sistemazioni e sostituzioni non dovute, e comunque non rientranti nell'impegno contrattuale; anzi, se la sollevazione di siffatte contestazioni, con conseguente rinvio del rogito anche all'esito di delicati e non sempre prevedibili contenziosi, già costituisce, non di rado, una realtà per gli acquirenti non garantiti (prima del d.lgs. 122), è ragionevole che la stessa richiesta risulterà assai più largamente praticata da parte di acquirenti in ipotesi adeguatamente garantiti dalla fideiussione in oggetto (dopo il d.lgs. 122);

c) in terzo luogo, infine, il rilascio di una garanzia fideiussoria conforme agli artt. 2 e 3 del d.lgs. 122/2005 comporterà in capo al costruttore un onere finanziario assai elevato, sia nel caso in cui la garanzia sia rilasciata da banche ⁽⁶⁾, sia nel caso in cui essa sia rilasciata da imprese di assicurazioni ⁽⁷⁾ o da intermediari finanziari ex art. 107 T.U.B. ⁽⁸⁾, onere che risulterà spesso ingiustificato, agli

immobili da costruire e tutela dell'acquirente dopo il d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122, Teoria e pratica del diritto, Milano, 2005, p. 80 ss. .

⁵) Per fare un solo esempio, si potrebbe considerare l'ipotesi in cui il costruttore si impegni a rilasciare, dinanzi ad un programma di pagamenti differiti, seppure tutti convenuti prima della stipulazione del contratto definitivo, eventualmente per stato di avanzamento lavori, come da prassi, una fideiussione prima di ogni singolo pagamento, per l'importo del medesimo, e non un'unica fideiussione all'inizio per tutti pagamenti in oggetto, anche se non ancora eseguiti.

Si comprende invero, in fatto, che, ove si accogliesse quest'ultima soluzione più rigorosa, il rilascio di una siffatta garanzia risulterebbe per il costruttore, evidentemente, eccessivamente oneroso sul piano economico, e, in diritto, che l'inciso legislativo dell'art. 3 comma 1 "anche secondo quanto previsto dall'art. 1938 del codice civile", che nelle intenzioni del legislatore storico intendeva probabilmente giustificare, in proposito, la soluzione meno rigorosa, è assolutamente inidoneo sul piano letterale a giustificare una simile possibilità, dal momento che la fideiussione in parola, così come ogni altra c.d. *fideiussio indemnitas*, è necessariamente ed in ogni caso a garanzia di un'obbligazione futura.

L'unica soluzione concretamente praticabile, quindi, presenta un inaccettabile deficit di certezza legale, di *predictability*.

⁶) Il rilascio di garanzia da parte di banche richiederà non solo una valutazione preventiva dell'intervento edilizio e dei suoi specifici aspetti finanziari, ma anche la richiesta di specifiche garanzie da parte del costruttore, che, normalmente, dovrebbero consistere, come accade per gli altri anche meno onerosi crediti di firma, nel prelevamento di parte del finanziamento erogato sulla base della capacità di finanziamento dell'impresa per ciascun singolo intervento e nella creazione di un vincolo, per l'importo corrispondente alle fideiussioni di volta in volta rilasciate a beneficio degli acquirenti, in apposito conto di garanzia, con conseguente applicazione, oltre alla eventuale provvigione dovuta sulla fideiussione, del tasso di interesse dovuto sull'affidamento stesso.

⁷) Il rilascio di garanzia da parte di questi enti richiederà non solo, anche in questo caso, una valutazione preventiva dell'intervento edilizio e dei suoi specifici aspetti finanziari, ma anche la valutazione prudenziale del rischio sinistro, conformemente alle regole tecniche assicurative ed alla prassi per il c.d. ramo cauzioni, in cui, come evidenziato da alcuni primi commenti di esponenti del mondo assicurativo (G. MESSA, *Il ruolo delle assicurazioni nel rilascio delle garanzie fideiussorie: problematiche specifiche e difficoltà operative*, Atti del Convegno organizzato dalla società Paradigma nella primavera 2005, prima della definitiva approvazione del d.lgs. 122), l'individuazione di un premio adeguato presuppone la maturazione di un'esperienza e, quindi, una delicata opera di assestamento, soprattutto al fine di rendere possibile una adeguata tipizzazione - fondamentale per l'impresa assicurativa - degli eventi che potranno dare luogo all'escussione della garanzia.

⁸) Bisogna tuttavia ricordare ciò che, senza ipocrisie, sottolinea in proposito A.BUSANI, *Sui fallimenti tutela con rischi*, *IlSole24Ore*, 12 giugno 2005, p. 19, secondo cui "è noto (anche senza dover ricordare le tristi vicende delle fideiussioni delle società calcistiche) a chiunque abbia un minimo di esperienza professionale che, nell'ambito delle

occhi del costruttore e dello stesso acquirente che se ne dovrà fare carico dal punto di vista economico subendo il conseguente incremento del prezzo di vendita, rispetto al risultato che le parti intendono conseguire ⁽⁹⁾.

2. Primi scenari operativi.

Le considerazioni finora espresse consentono di ipotizzare le scelte che saranno compiute dai costruttori, ed in parte già sono state compiute, nella prima fase di applicazione della nuova normativa, delineando tre possibili scenari di mancata applicazione della garanzia fideiussoria.

Primo scenario. Alcuni costruttori, per lo più di piccole o piccolissime dimensioni, trovandosi nell'assoluta impossibilità finanziaria di percorrere la strada indicata nel d.lgs 122/2005, anziché cambiare lavoro, secondo l'obiettivo perseguito dal legislatore, cercheranno di continuare ad operare e a ricevere anticipi del prezzo di vendita senza rilasciare la garanzia fideiussoria di cui agli artt. 2 e 3 del d.lgs. 122/2005.

La nuova normativa, infatti, ha previsto, per il caso di riscossione di tali anticipi senza la prevista garanzia, soltanto la sanzione civilistica della nullità relativa del contratto concluso tra il costruttore stesso e l'acquirente ⁽¹⁰⁾.

Il legislatore italiano infatti, a differenza di quanto è accaduto negli altri ordinamenti in cui il legislatore ha ritenuto opportuno intervenire dettando specifiche norme a tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire, non ha previsto alcun tipo di sanzione penale o amministrativa, sia essa una sanzione di tipo affittivo o di carattere inibitorio, tale cioè da precludere al costruttore inadempiente la possibilità stessa di continuare a svolgere la propria attività di impresa in caso di violazione della normativa stessa ⁽¹¹⁾.

L'unica sanzione prevista, nell'art. 2 comma 1 del d.lgs. 122/2005, è, appunto, la nullità relativa del contratto, la cui declaratoria, in deroga alle norme generali in tema di nullità dettate dagli artt. 1418 ss. c.c., è rimessa alla decisione esclusiva dell'acquirente, ed è quindi insuscettibile di trovare applicazione, laddove non vi sia la volontà di quest'ultimo di avvalersene.

E' pertanto realistico che, in tale contesto, non pochi degli imprenditori che non hanno la capacità finanziaria per riuscire ad ottenere le prescritte garanzie, sceglieranno, non potendo neppure fare a meno del finanziamento degli acquirenti al fine della realizzazione dei propri interventi edilizi, la via della consapevole violazione degli artt. 2 e 3 del d.lgs. 122/2005.

Essi, più precisamente, speculeranno, se così si può dire, su due precise circostanze di fatto.

Da una parte, essi confideranno sulla circostanza che, soprattutto laddove si tratti di immobili da costruire ad uso abitativo, l'acquirente, nel mercato italiano più di quanto avviene, probabilmente, in altri mercati extraeuropei ed anche europei, crea un forte legame psicologico con il bene casa fin dal momento in cui questo è ancora sulla carta, e tanto più quando, con il progredire dei lavori, attua, nell'esercizio del *ius variandi* a lui riconosciuto dal contratto, l'abituale serie di interventi di personalizzazione dell'immobile.

finanziarie, accanto a soggetti di indubbia moralità, prosperano (e ancor più da oggi prospereranno) soggetti completamente privi di patrimonio, la cui solvibilità è almeno incerta e la cui disponibilità ad aderire a richieste di rilascio di garanzie senza opporre riserve (ai richiedenti più improbabili) è inversamente proporzionale alla disponibilità ad accogliere le richieste di escussione delle fideiussioni rilasciate".

⁹) Si può così ipotizzare che, nella primissima fase, vi sarà, in termini relativi, una maggiore diffusione delle garanzie assicurative rispetto a quelle bancarie, magari a fronte di un calcolo ancora approssimativo del rischio assicurativo e, quindi, di un premio inadeguato (per difetto).

¹⁰) A cui deve ritenersi conseguire una responsabilità di tipo contrattuale in capo al costruttore.

¹¹) La scelta di non introdurre sanzioni penali o amministrative, imputabile esclusivamente alla legge delega, è stata chiaramente rilevata dal Consiglio Nazionale del Notariato nella propria deliberazione n. 4/1648 del 18 novembre 2004, ove non si è mancato di prevedere che tale lacuna, qualora non sia colmata da un successivo specifico intervento legislativo, rischierà seriamente di minare alla base il successo dell'intera normativa.

Ne conseguirà una certa riluttanza da parte del c.d. acquirente medio (rispondente a siffatte caratteristiche) a fare valere ogni rimedio che tagli definitivamente il rapporto tra lui ed il bene casa, anche a costo di sopportare lungaggini e inesattezze nell'adempimento.

In altre parole, quella reticenza che l'esperienza professionale ha potuto fino ad oggi cogliere ai fini dell'esercizio da parte dell'acquirente dei rimedi risolutivi ex artt. 1453 ss. c.c. varrà, realisticamente, anche laddove si tratti di fare valere, per violazione dell'art. 2 d.lgs. 122/2005, il rimedio della nullità relativa (nonostante, si badi bene, sia salvo in entrambi i casi il diritto dell'acquirente ad ottenere il risarcimento del danno subito, da ritenersi sempre di natura contrattuale).

Dall'altra parte, tali costruttori confideranno sul fatto, così operando, di riuscire ad offrire sul mercato immobili a condizioni economiche più vantaggiose, tali cioè da riuscire ad intercettare fasce economiche che, oltre ad una certa soglia di prezzo, non potrebbero permettersi l'acquisto, tanto più laddove si tratti di persone che, per cultura e livello di informazione, non sono in grado di percepire e di valutare adeguatamente il rischio al quale si espongono⁽¹²⁾.

Questa soluzione *contra legem*, purtroppo, non potrà essere impedita, come si è visto, né attraverso sanzioni attivabili d'ufficio, penali, amministrative o civilistiche che siano, né attraverso l'intervento preventivo da parte del notaio, che non è reso obbligatorio dalla legge e che le parti si guarderanno bene dal richiedere volontariamente.

Anche se, quanto alla seconda circostanza di fatto indicata, una adeguata campagna di sensibilizzazione fatta di concerto tra le categorie professionali coinvolte e le associazioni dei consumatori potrebbe indubbiamente portare qualche beneficio, e contribuire così a ridurre l'area dell'illegalità.

Secondo scenario. Altri costruttori, invece, pure essendo in condizione di ottenere la garanzia finanziaria di cui alla nuova normativa, sceglieranno, egualmente, di sottrarsi al regime di garanzia di cui agli artt. 2 e 3 al vaglio per risultare, impregiudicato ogni profilo di concorrenza sleale ex art. 2598 n. 3) c.c. che può eventualmente rinvenirsi in siffatto comportamento, più competitivi sul mercato in ragione dei conseguenti abbattimenti di costi che ne derivano.

Nella prima prassi applicativa, alcuni di tali imprenditori, anche al fine di rendere il contratto preliminare all'uopo stipulato spendibile al fine del rilascio del futuro mutuo ipotecario da parte della banca, hanno optato, addirittura, per introdurre nel contratto preliminare all'uopo stipulato con l'acquirente una espressa clausola di rinuncia da parte di quest'ultimo ad avvalersi della garanzia di cui agli artt. 2 e 3 d.lgs. 122/2005.

Vi sono infatti numerose imprese che, operando da tempo sul mercato locale, hanno acquisito una certa notorietà ed un certo patrimonio di fiducia, con la conseguenza che gli aspiranti acquirenti temono non tanto l'ipotesi della situazione di crisi di cui all'art. 1 d.lgs. 122/2005, da essi giudicata, spesso a ragione, come altamente improbabile, quanto l'incremento del prezzo di vendita che deriverebbe dall'applicazione, anche per le ragioni indicate nel precedente paragrafo, degli artt. 2 e 3 citati.

Sebbene tutti i primi commentatori non abbiano avuto il minimo dubbio nel considerare la tutela di cui a questi ultimi articoli come inderogabile da parte del medesimo acquirente, deve ammettersi che si tratta pur sempre di una conclusione di tipo interpretativo, che non giustifica né da parte della banca a tal fine interpellata per l'istruttoria ed il successivo rilascio del mutuo ipotecario per il pagamento del saldo prezzo ad immobile finito un rifiuto per ciò solo del finanziamento, né da parte dello stesso notaio incaricato di stipulare il contratto definitivo, una volta che gli viene esibito⁽¹³⁾ il

¹²) Non è un caso, evidentemente, che altri ordinamenti, valutando il beneficio informativo che tale soluzione comporta per gli acquirenti, abbiano imposto fin dalla fase preliminare l'atto notarile sotto pena di nullità.

¹³) Una delle conseguenze più rilevanti che l'entrata in vigore della nuova normativa ha comportato per l'attività notarile consiste nel dovere professionale del notaio di richiedere alle parti, tutte le volte in cui la parte venditrice riveste al qualità di costruttore e la parte acquirente rientra nella definizione di cui al d.lgs. 122/2005, se a monte del contratto definitivo per il quale il notaio stesso viene incaricato esista un contratto preliminare, o comunque denominato, stipulato quando l'immobile era ancora in fase di costruzione. Solo l'adempimento di tale specifico profilo istruttorio consentirà invero al notaio di stabilire, anche limitandosi peraltro alla dichiarazione resa dalle parti, se la

preliminare affetto da nullità relativa, e che la parte acquirente, a tutela della quale la nullità è posta, ha ribadito la propria intenzione di procedere, il rifiuto della propria prestazione.

Terzo scenario. Altri costruttori ancora, pure essendo a loro volta in condizione di ottenere la garanzia finanziaria di cui alla nuova normativa, sceglieranno egualmente di sottrarsi al regime di garanzia di cui agli artt. 2 e 3 al vaglio e, ritenendo che sia proprio preciso dovere, per ragioni di immagine e di correttezza professionale, se non anche di opportunità pratica, operare nel pieno rispetto della legalità, rinunciare, con la garanzia fideiussoria, alla stessa riscossione dall'acquirente di anticipi di corrispettivo prima della stipulazione del contratto definitivo traslativo della proprietà del bene ormai venuto ad esistenza, finanziando l'intervento edilizio esclusivamente con mezzi propri e con mezzi bancari.

In questa sede, non è possibile ipotizzare quanti costruttori opereranno nel primo modo (illegittimo), quanti nel secondo (del pari illegittimo), quanti nel terzo modo da ultimo prospettato (legittimo) e quanti, infine, seguendo la strada delineata dal legislatore.

In questa sede è piuttosto necessario sottolineare che, ovviamente, solo i costruttori che seguiranno una delle ultime due strade potranno, in quanto soggetti operanti nella legalità, beneficiare dell'assistenza e dell'intervento notarile anche in fase di contrattazione preliminare.

3. La rinuncia agli anticipi e l'esigenza di una garanzia data dall'acquirente a favore del costruttore.

Una volta che si è riusciti, come si auspica, a collocare nell'opportuno contesto l'ipotesi sopra delineata come terzo scenario, risulta possibile entrare finalmente nel merito del tema specifico della presente relazione, concernente le prospettive e le difficoltà di utilizzare il deposito presso notaio di parte del prezzo dovuto fino al momento in cui si procederà alla stipulazione del contratto definitivo.

Il contesto in cui si colloca l'intervento del notaio a quest'ultimo riguardo coincide con quella esigenza, che si è sopra ritenuta propria del terzo degli scenari delineati, di trovare un adeguato strumento di garanzia da offrire, questa volta, dallo stesso acquirente a favore del costruttore che ha rinunciato a farsi corrispondere, prima del contratto definitivo, anticipi di corrispettivo di qualsiasi natura.

Certamente, è doveroso precisarlo, l'intervento del notaio quale depositario non è l'unica garanzia all'uopo ipotizzabile.

Accanto ad essa, invero, può ipotizzarsi che il costruttore richieda all'acquirente, al di fuori questa volta di ogni previsione speciale cogente da parte del legislatore, il rilascio di una specifica fideiussione a garanzia del proprio inadempimento (es.: perché non è riuscito a trovare il denaro occorrente, perché la banca gli ha negato il finanziamento sul quale aveva fatto affidamento, perché si sono verificate circostanze - personali o generali - tali da rendere non più conveniente l'acquisto, ecc.).

Il rilascio di una simile fideiussione, o meglio di una serie di autonome di fideiussioni quanti sarebbero stati gli acconti pattuiti tra le parti ove non fosse entrata in vigore la nuova normativa, rappresenta invero, allo stato, operazione non abituale per chi intende acquistare un immobile da costruire, soprattutto se a destinazione abitativa, sia per gli aspetti amministrativi connessi (difficoltà, senza un'assistenza specializzata, nel presentare la domanda ed istruire correttamente la pratica), sia per gli aspetti più strettamente finanziari (inesistenza di una adeguata capacità finanziaria dell'acquirente in assenza, per il momento, della garanzia ipotecaria; costo eccessivo dell'operazione in termini di provvigione), sia per la gestione, per così dire, delle sopravvenienze contrattuali che possono giustificare la richiesta da parte del costruttore del rilascio di fideiussioni

fattispecie si colloca per intero al di fuori della normativa di cui al d.lgs. 122/2005 in questione, perché il primo rapporto giuridico è stato instaurato tra le parti successivamente alla dichiarazione di fine lavori, oppure se la stessa rientri nell'ambito di tale normativa. Tale conclusione, a sua volta, risulterà rilevante per la stesura del contratto definitivo, soprattutto ai fini dell'eventuale applicazione degli artt. 7, 8 e, soprattutto, 10 d.lgs. 122/2005 medesimo.

supplementari (si pensi al caso delle varianti che vengono richieste dallo stesso acquirente dietro rilascio di una fideiussione supplementare).

Inoltre, l'escussione di tale fideiussione potrebbe risultare non semplice da parte del costruttore, anche una volta che risulti definitivamente sfumata la possibilità di vendere l'immobile a quel determinato acquirente, dal momento che, trattandosi di c.d. *fideiussio indemnitas* rilasciata per conto di un soggetto privato, l'ente che la rilascia sarà restio a prevedere la clausola a prima richiesta e, in assenza di tale clausola, non sarà semplice per il costruttore stesso evitare che sia a lui opposta l'eccezione secondo cui l'inadempimento non è imputabile all'acquirente.

Ne deriva, impregiudicato ogni sviluppo futuro, che, allo stato, il rilascio di una garanzia fideiussoria da parte dell'acquirente a favore del costruttore per il caso di proprio inadempimento risulta ipotesi praticabile in concreto solo a prezzo di difficoltà non trascurabili, e quindi strumento ancora scarsamente appetibile.

A differenza della fideiussione da ultimo ipotizzata, il deposito di somme presso terza parte fidata (*trusted third party*), ed in particolare presso notaio, costituisce invece un istituto conosciuto dalla prassi, e addirittura imposto dal legislatore in altri ordinamenti, anche al fine di offrire tutela proprio all'acquirente di immobili da costruire.

Sul piano teorico, l'istituto non solleva obiezioni.

Come emerge chiaramente, questa volta, dal tenore letterale dell'art. 2 d.lgs. 122/2005, il legislatore, nella fase antecedente il trasferimento della proprietà dell'immobile da costruire, ha imposto la garanzia fideiussoria non a fronte di un esborso da parte dell'acquirente, ma soltanto a fronte di una riscossione da parte del costruttore: dove non c'è riscossione da parte di quest'ultimo, conseguentemente, non sorge alcun obbligo di rilasciare fideiussione ex artt. 2 e 3 d.lgs. 122/2005, neppure se l'acquirente ha compiuto nel frattempo esborsi (es.: a favore dell'agente immobiliare, di altri consulenti, ecc.) o ha eseguito depositi (es.: presso l'agente, presso notaio, ecc.), purchè, in quest'ultimo caso, si tratti di depositi eseguiti a favore di soggetti non legati unilateralmente al costruttore da vincolo di mandato, di agenzia o di altra natura (come sarebbero, invece, la banca o l'avvocato del costruttore).

La valutazione della specifica garanzia al vaglio deve quindi essere condotta alla luce di considerazioni esclusivamente di opportunità, non essendo in discussione la sua legittimità.

4. Il deposito della somma presso il notaio: garanzie dell'ordinamento, vantaggi per le parti ...

La legislazione notarile, nell'art. 6 della legge 12 gennaio 1934 n. 64, rende obbligatoria per ciascun notaio e disciplina la tenuta del c.d. registro delle somme e valori, nel quale il notaio "con numerazione progressiva segnerà, giorno per giorno, le somme e i valori che gli siano affidati in relazione agli atti stipulati avanti a lui o per effetto di provvedimenti dell'autorità giudiziaria" ⁽¹⁴⁾.

La prassi professionale, d'altra parte, conosce un uso prevalente, rispetto al deposito formale ai sensi della citata norma, del deposito fiduciario ⁽¹⁵⁾.

Questo, infatti, può essere eseguito sia al di fuori della stipulazione di un atto notarile, per es. a seguito di un contratto preliminare perfezionato per semplice scrittura privata dalle parti (situazione rispetto alla quale si esclude la stessa possibilità di utilizzare il deposito formale ex art. 6 l.

¹⁴) Cfr., in tema, E. PROTETTI – C. DI ZENZO, *La legge notarile*, Milano, 1987, 291, e P. BOERO, *La legge notarile commentata*, art. 62, Milano, 1993, vol. I, p. 395 ss. .

¹⁵) Per la legittimità di tale deposito, si è espresso anche il Consiglio Nazionale del Notariato, nello studio n. 4586 della Commissione Studi civilistici del 16 settembre 2003, in considerazione dell'atipicità delle attività libero professionali svolte dal notaio e dell'operatività dell'art. 6 l. 64/1934 solo in presenza della volontà delle parti di avvalersi dell'intervento del notaio in veste di pubblico ufficiale.

Per un approfondimento dell'istituto, cfr., L.BARASSI, *Depositi fiduciari di somme o di titoli: fiducia, mandato, agency escrow*, in AA.VV. *Fiducia, trust, mandato ed agency*, Quad. 2 collana Convegni di studio - Madonna di Campiglio, Milano, 1991, p. 273 ss. (ove si offre una casistica approfondita dei principali casi in cui si ricorre, nella prassi, al deposito notarile); R.VOIELLO, *Depositi fiduciari*, in AA.VV., *Fiducia, trust..., ult.cit.*, p. 287 ss.; e, da ultimino, G.GRISI, *Il deposito in funzione di garanzia*, Milano, 1999, p. 135 ss. .

64/1934), sia, per la comune interpretazione dottrinale e consolidata prassi, in collegamento con la stipulazione di un atto notarile, purché l'eventuale indicazione nell'atto stesso del deposito non si accompagni alla previsione che di ciò il notaio dovrà fare menzione nell'apposito registro, o che, comunque, il deposito avviene al notaio quale pubblico ufficiale.

Ne consegue che l'obbligo di impiegare lo strumento pubblicistico presuppone non soltanto il collegamento con l'atto notarile, ma anche la volontà delle parti di avvalersene.

Volontà, quest'ultima, che, quand'anche le parti, come è doveroso per il notaio sul piano professionale e deontologico, siano state compiutamente informate delle caratteristiche dei due tipi di deposito formale e fiduciario, solo occasionalmente ricorrerà, dal momento che il deposito formale comporta, come unici vantaggi, il regime probatorio, collegato all'annotazione in un pubblico registro, assimilabile, quanto a modalità di tenuta e di controllo, agli altri repertori notarili⁽¹⁶⁾, e l'inasprimento della responsabilità del notaio inadempiente, apprezzabile sul piano sia penale (art. 324 c.p.), sia disciplinare⁽¹⁷⁾, a cui si deve aggiungere il dovere del notaio depositario, in deroga alla regola speciale dettata dall'art. 1782 c.c. per il deposito irregolare, ed in conformità invece alla regola generale di cui all'art. 1770 c.c., il divieto di utilizzare le somme o i valori depositati al di fuori delle specifiche istruzioni date dal depositante⁽¹⁸⁾.

Il deposito formale, invero, non offre adeguate garanzie alle parti depositanti e beneficiarie per il caso di morte del notaio o di sua cessazione per altra causa dall'esercizio delle funzioni, così come non offre, a prescindere dai risvolti penali, garanzie diverse da quelle proprie del diritto comune per il caso di inadempimento del notaio depositario ai propri obblighi.

Storicamente, infatti, l'art. 6 l. 64/1934 costituisce la risposta di un celebre caso che, negli Anni Trenta del secolo scorso, coinvolse un notaio depositario di una somma di denaro in occasione di una compravendita immobiliare che le parti, stante la presenza di un incapace e la necessità di attendere l'autorizzazione tutoria di legge, avevano sottoposto a condizione sospensiva del rilascio di tale autorizzazione, salvo provvedere all'immediato deposito della somma da parte dell'acquirente presso il notaio, a garanzia della certezza dell'incasso da parte del venditore in caso di effettivo rilascio dell'autorizzazione in parola.

Rilasciata quest'ultima, tuttavia, si scoprì, da parte del venditore beneficiario del deposito, che la somma non era più disponibile presso il notaio, che l'aveva sperperata.

A prescindere dall'ovvia responsabilità di quest'ultimo sul piano civilistico (non anche penale e disciplinare stante il carattere fiduciario e quindi l'estraneità alla pubblica funzione de deposito stesso), ci si chiese se il compratore doveva ritenersi nondimeno liberato, oppure se lo stesso doveva considerarsi inadempiente al proprio obbligo di pagamento del prezzo.

La Suprema Corte, definitivamente decidendo la controversia (sulla base delle norme contenute nel codice civile del 1865, che non disciplinavano il c.d. deposito irregolare), sancì il carattere non liberatorio del predetto deposito eseguito dall'acquirente, proprio sottolineando la funzione di garanzia, e non solutoria, che le parti avevano attribuito al deposito⁽¹⁹⁾.

L'eccezionalità del comportamento del notaio che originò la sentenza citata dà ragione, in ogni caso, della scarso numero di pronunce che, pure in presenza di una prassi assai variegata e diffusa di depositi di somme o valori presso il notaio, si rinvengono in tale specifica materia.

¹⁶) L'art. 7 l. 64/1934 sancisce infatti l'obbligo del notaio, alla fine di ogni trimestre solare ed entro il ventesimo giorno, di trasmettere estratto autentico in carta libera di tale registro al presidente del consiglio notarile e al capo dell'archivio notarile del proprio distretto (obbligo da ritenersi sussistente, secondo l'interpretazione accolta dal Ministero di giustizia del 7 dicembre 1963, e a differenza di quanto accade invece per gli altri repertori notarili, soltanto in caso di effettivo uso da parte del notaio di tale registro).

¹⁷) G. GRISI, *op.cit.*, p. 215 in nota.

¹⁸) G. GRISI, *op.cit.*, p. 215 in nota.

¹⁹) La sentenza (Cass. 15 gennaio 1937, n. 123) è stata commentata dai principali giuristi dell'epoca, tra i quali R.NICOLO', *Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario* (in *Foro it.*, 1937, I, c. 1476 ss.); W. BIGIAMI, *Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario* (in *Foro it.*, 1938, I, c. 260 ss.); F. SANTORO-PASSARELLI, *Deposito in luogo di adempimento* (in *Foro. lomb.*, 1938, p. 97 ss.).

In ogni caso, il notariato italiano, fino ad oggi - nonostante la genesi storica testé ricordata della normativa di cui all'art. 6 l. 64/1934 - si è rivelato, anche quando avrebbe potuto indirizzare in tale senso la volontà delle parti, un promotore poco convinto dello strumento formale al vaglio, avendo finora preferito rispondere a quell'esigenza di sicurezza e a quell'ampia apertura di fiducia di cui le parti lo hanno da tempo investito ricorrendo al deposito fiduciario, per snellezza operativa e per esigenze di riservatezza e di migliore tutela del segreto professionale, oltre che, purtroppo, per rendere meno incisiva la propria responsabilità in caso di controversia sul proprio operato.

Per ragioni storiche a lui stesso imputabili, dunque, più che per un diverso atteggiarsi delle parti nei suoi confronti, il notaio italiano, a differenza di quanto è accaduto per i notai di altri ordinamenti, ma anche per altri professionisti legali in quei paesi, come gli ordinamenti anglosassoni, che non conoscono la professione notarile di tipo latino ⁽²⁰⁾, ha parzialmente perduto, fino ad oggi, l'occasione di "entrare nell'affare" come pubblico ufficiale e di ulteriormente valorizzare, in piena conformità con il proprio ruolo di esperto di diritto imparziale e soggetto a pubblici controlli, la propria capacità di servizio e di consulenza.

In tale contesto, così sommariamente tratteggiato, si deve dunque affrontare l'analisi delle prospettive che i costruttori che scelgono il terzo degli scenari sopra individuati, e quindi si trovano nell'esigenza, operando in piena legalità, di ottenere dagli acquirenti idonee garanzie a proprio favore (dal momento che rinunciano, pure seguendo nella costruzione dell'immobile le indicazioni dell'acquirente stesso, a riscuotere anticipi di prezzo prima del definitivo trasferimento della proprietà), e gli stessi acquirenti, considerino il deposito presso notaio come una soluzione praticabile.

La posizione degli acquirenti dovrebbe essere facilmente prevedibile: se gli stessi potranno fruire di tale deposito a costi contenuti, essi non avranno difficoltà a versare al notaio quegli stessi anticipi che fino ad oggi, alla conclusione del preliminare, al raggiungimento di determinati stati di avanzamento dei lavori o all'accordo in merito alla realizzazione di varianti specifiche, corrispondevano al medesimo costruttore.

Anzi, dando per scontato che il costo di tale deposito sia decisamente più basso del costo economico che lo stesso acquirente dovrebbe sostenere a fronte del rilascio da parte del costruttore di una garanzia fideiussoria conforme agli artt. 2 e 3 d.lgs 122/2005, non sembra fuori luogo ipotizzare che il vantaggio di evitare il rischio di una immediata riscossione di tali anticipi da parte del costruttore - *contra legem*, ma concretamente ipotizzabile secondo i primi due scenari sopra illustrati - giustifichi addirittura, agli occhi dello stesso acquirente, l'esborso di un anticipo di prezzo non irrisorio.

Un po' più articolata, ma egualmente positiva, dovrebbe invece risultare, di fronte alla concreta prospettiva al vaglio, la posizione che potrà essere assunta dal costruttore.

Ragionando con riguardo a quella parte di costruttori che "sceglierà" di operare nella legalità, e che quindi non avrà preclusioni ad avvalersi della prestazione e della consulenza notarile fin dall'inizio della vicenda contrattuale con i singoli acquirenti, non sembra fuori luogo ipotizzare, a parità di prezzo di vendita, che tra riscossione dell'anticipo dietro rilascio di garanzia fideiussoria conforme a legge e mancata riscossione dell'anticipo con suo deposito presso notaio la soluzione preferita sarà quest'ultima, tutte le volte in cui:

a) il rilascio della garanzia comporterà, per il medesimo importo della somma riscossa, l'utilizzo dei propri affidamenti (la riscossione, in altre parole, è in tale caso solo nominale, perché si

²⁰) Gli ordinamenti anglosassoni conoscono la figura dell'*escrow* (derivante dalla parola francese antica *escroe*, che definiva il rotolo di pergamena), traducibile in italiano con l'espressione "deposito di garanzia", che può essere definito, secondo la definizione datane da DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico inglese - italiano*, Milano, 1984, p. 703, voce *Escrow*, come "l'atto scritto (*scrow*), sigillato (*sealed*) e consegnato a un terzo con l'intesa che questi, a sua volta, lo consegnerà a quella parte a cui favore esso è fatto, dopo l'adempimento di una certa prestazione da parte di quest'ultima o al verificarsi di una certa condizione; a seguito di che, esso assume il valore di un *deed*" (quest'ultimo termine indica l'atto formale negli ordinamenti di *common law*). In tema cfr., da ultimo, soprattutto al fine di mettere in evidenza il ruolo prezioso svolto dalla giurisprudenza nel mettere a fuoco, attraverso la progressiva enucleazione dei doveri delle parti, delle caratteristiche dell'istituto, A.M. LUCIANI, *Escrow, Contr. impr.*, 2005, p. 801 ss. .

accompagna ad un contestuale prelevamento da parte della banca garante, con la conseguenza, che, agli occhi del costruttore, è in realtà quest'ultima che riscuote), sia per la maggiore convenienza che il costo notarile presenterà rispetto al pagamento degli interessi bancari conseguente all'utilizzo, sia per ragioni di riservatezza, soprattutto in considerazione del fatto che il deposito notarile, operando a monte della riscossione, non comporta alcun tipo di impiego degli affidamenti e, quindi, di diminuzione della propria complessiva capacità finanziaria;

b) il rilascio della garanzia, pure non comportando l'utilizzo degli affidamenti o l'obbligo di depositare a favore del garante l'intero importo riscosso, abbia un costo maggiore di quello che è, per il costruttore, il costo complessivo della mancata riscossione dell'anticipo da parte dell'acquirente sommato al costo notarile del deposito che resterà a proprio carico (non essendo difficile ipotizzare che il costo notarile del deposito verrà per intero ribaltato sull'acquirente, in conformità del resto con la regola posta all'art. 1475 c.c. in tema di spese della vendita, la valutazione di convenienza sarà fatta, in tale caso, tra pagamento della provvigione al garante e mancata riscossione fino al momento del trasferimento della proprietà di ogni anticipo).

Non spetta al giurista elaborare ulteriori approfondimenti in termini di convenienza economica, per il costruttore, dei due scenari da ultimo prospettati.

Ci si può limitare, in questa sede, ad una conclusione empirica, dettata soltanto dal buon senso e dall'esperienza professionale:

- nel caso a), il deposito notarile risulterà senz'altro conveniente, almeno se sarà confermato che il rilascio di garanzia fideiussoria legale da parte di banca comporterà il contestuale utilizzo degli affidamenti concessi all'impresa;

- nel caso b), invece, il deposito notarile potrà risultare conveniente solo se l'acquirente sarà disponibile ad anticipare, per indisponibilità finanziaria fino al mutuo ipotecario o per altre ragioni, soltanto importi contenuti.

5. (segue): ... e rischi per il notaio.

Le perplessità maggiori al fine di ipotizzare che, *prater legem*, sia possibile ipotizzare una certa diffusione, almeno allo stato attuale, del deposito presso notaio di parte del prezzo dovuto dall'acquirente al costruttore, derivano invero proprio da una valutazione di quello che, presumibilmente, sarà l'atteggiamento del notaio depositario medio.

Un primo ostacolo, di ordine generale, può essere costituito da quelle stesse motivazioni di ordine prevalentemente psicologico che hanno contribuito alla scarsa fortuna, fino ad oggi, del deposito formale di cui all'art. 6 l. 64/1934, a cui si può aggiungere l'ovvio rilievo che il deposito fiduciario, proprio per la sua connotazione squisitamente privatistica, mal si presta ad essere utilizzato per importi ingenti (la prassi conosce dei depositi fiduciari per periodi prolungati, come nel caso, per esempio, di venditore che rischia di decadere dalle agevolazioni prima casa ove non acquisti entro un anno altro immobile da adibire a propria abitazione principale, però per importi generalmente contenuti a qualche migliaio di euro) e per situazioni destinate a protrarsi per mesi, se non per anni, anziché per pochi giorni soltanto (la prassi conosce depositi di importi considerevoli, come nel caso di somme destinate ad estinguere un debito ipotecario, ma solo per pochi giorni).

Ricorrendo congiuntamente i due requisiti anzidetti, della somma ingente e della durata protratta nel tempo del deposito:

- da un lato, sorge infatti la necessità di provvedere, nell'interesse della parte che al termine del deposito beneficerà del versamento da parte del notaio, ad un adeguato investimento della somma, che coinvolge responsabilità e valutazioni che male si attagliano al ruolo del notaio, e, comunque, al carattere meramente fiduciario del deposito;

- dall'altro lato, possono sorgere dubbi anche in caso di utilizzazione del deposito formale ex art. 6 l. 64/1934, in considerazione del già rilevato deficit normativo per il caso di morte o altra causa di cessazione del notaio dall'attività (non esiste l'archivio notarile o altro notaio del distretto che

subentri nella posizione di depositario) o per il caso di inadempimento da parte del notaio stesso (non esiste un fondo di garanzia o altra forma di garanzia di tipo pubblicistico).

Un secondo ostacolo, di ordine particolare, connesso alle prescrizioni contenute nel d.lgs. 122/2005, certamente ancora più rilevante in termini pratici, riguarderà invece, laddove la vicenda non termini fisiologicamente con il completamento del bene e con la stipulazione dell'atto notarile traslativo della proprietà, l'individuazione dei casi in cui le somme depositate dovranno, da parte del notaio, essere consegnate al costruttore (terzo beneficiario del deposito, secondo lo schema, applicabile ad ogni tipo di deposito notarile, di cui agli artt. 1411 ss. c.c.) o piuttosto all'acquirente (depositante, o stipulante secondo il medesimo schema dell'art. 1411 c.c.)⁽²¹⁾.

Occorre chiarire, a questo punto, un passaggio fondamentale.

In tutti i casi di deposito assimilabile, per la funzione di garanzia svolta, all'istituto anglosassone dell'*escrow*⁽²²⁾, il depositario potrà trovarsi di fronte ad una controversia che lo investe, stante un diverso apprezzamento di terzo beneficiario e depositante in merito all'evento che comporterebbe obbligo del depositario di consegnare la somma all'uno o all'altro soggetto.

Il problema è che, nell'ordinamento italiano, in assenza di una elaborazione giurisprudenziale anche lontanamente paragonabile a quella, veramente rimarchevole, dell'*escrow* compiuta dalle corti di *common law*, ed in assenza altresì di un contesto legislativo che regoli la specifica materia con norme chiare e la cui interpretazione risulti sedimentata, la "tranquillità" del depositario dovrà riposare, esclusivamente, sull'accuratezza e completezza delle clausole contrattuali introdotte preventivamente nello stesso contratto di deposito in garanzia.

Purtroppo, laddove il deposito intenda tutelare, in alternativa alla scarsamente efficace garanzia disciplinata dagli artt. 2 e 3 d.lgs. 122/2005, i diritti patrimoniali dell'acquirente di immobili da costruire, il notaio depositario correrà quello stesso rischio che, all'inizio del presente scritto, si individuava tra le ragioni che avrebbero creato problemi ai costruttori ai fini dell'applicazione della nuova normativa, ovvero il rischio che la formulazione non perspicua, quando non decisamente criticabile, della normativa comporti il rischio, nel caso del deposito presso notaio, che la previsione negoziale di un successivo svincolo delle somme depositate a favore del costruttore configuri riscossione vietata proprio ai sensi dei citati artt. 2 e 3⁽²³⁾.

Più in concreto, si può ipotizzare, in un caso in cui le parti siano ricorse al deposito notarile di parte del prezzo in occasione della conclusione di un contratto preliminare avente ad oggetto un immobile da costruire, che, scaduto il termine per la stipulazione del contratto definitivo, il costruttore ritenga maturato il proprio diritto alla consegna della somma depositata, adducendo che la mancata stipulazione è imputabile ad un inadempimento dell'acquirente ai propri obblighi di pagamento del prezzo ed alla conseguente avvenuta risoluzione del contratto stesso, mentre quest'ultimo ritenga che la mancata stipulazione da parte sua derivi unicamente, quale eccezione di inadempimento, dal mancato rispetto, da parte del costruttore, dei propri impegni relativamente all'esecuzione della costruzione a regola d'arte.

²¹) Se la dottrina dominante è orientata a qualificare il deposito in funzione di garanzia, anche se eseguito presso notaio secondo lo schema del deposito che si è sopra definito come formale, come deposito irregolare in senso tecnico, ai sensi degli artt. 1766 ss. c.c., non altrettanto univoca può dirsi la sua qualificazione come contratto a favore di terzo ex artt. 1411 ss. c.c., ritenendosi da alcuni che, trattandosi di negozio collegato ad un diverso contratto civilistico, la veste di depositante debba essere assunta da tutte le parti di tale contratto collegato congiuntamente tra loro, con ciò escludendosi l'applicabilità degli artt. 1411 ss. c.c. citati per mancanza di un terzo rispetto al contratto stesso di deposito (in tema, per approfondimenti, cfr. G.GRISI, *op.cit.*, p. 214 ss. e p. 229 ss.)

²²) Cfr. sopra nota 20. Per un approfondimento completo e ricco di spunti interpretativi raffinati, seppure prevalentemente svolto dal punto di vista dogmatico, dell'istituto del deposito in funzione di garanzia nell'ordinamento italiano, cfr., invece, G. GRISI, *op. cit.*, *passim*.

²³) Rimanendo nell'ambito di quello che in un precedente paragrafo si è individuato come terzo scenario, e riprendendo l'ipotesi in cui il costruttore, a fronte della rinuncia a percepire anticipi prima del rogito, intenda garantirsi contro l'inadempimento dell'acquirente, non vi dovrebbero essere dubbi in merito al fatto che le incertezze ipotizzate per il notaio depositario si riproporranno per intero, forse anche aggravate dal ruolo non di giurista proprio della banca, nel caso in cui le parti, in alternativa al deposito delle somme, scelgano, come pure si è sopra accennato nel testo, il rilascio di una fideiussione bancaria dall'acquirente a favore dello stesso costruttore.

Stabilire, in tale ipotetico ma non irrealistico contesto, quale sia il soggetto a cui il notaio depositario dovrà restituire la somma depositata implica che vi sia certezza in merito all'avvenuta risoluzione per inadempimento del contratto preliminare di vendita e, verificato, ciò, che sia altresì chiarito se la risoluzione deriva da un inadempimento dell'acquirente (con conseguente diritto alla riscossione da parte del costruttore, senza che ciò implichi a questo punto alcuna violazione degli artt. 2 e 3 d.lgs. 122/2005), o invece da un inadempimento del costruttore (con conseguente diritto alla riscossione, in tale caso, da parte dell'acquirente già depositante).

Anche ipotizzando che un'accurata stesura del regolamento del contratto di deposito consenta di venire a capo dei dubbi sopra prospettati relativamente al presupposto giuridico dello svincolo nell'una o nell'altra direzione delle somme depositate (ed ammettendo altresì che tale accuratezza non comporti costi transattivi del deposito tali da farne venire meno la convenienza), anche ipotizzando che, venuto meno per risoluzione il contratto preliminare, gli artt. 2 e 3 d.lgs. 122/2005, come sembra corretto ritenere alla luce della *ratio* dell'intera normativa contenuta nel provvedimento, non impediscano la riscossione delle somme depositate da parte del costruttore, resta la difficoltà per il notaio depositario di potere acquisire certezza in merito agli elementi di fatto sui quali si fonda la pretesa contrapposta delle parti, che risulteranno quasi sempre focalizzati sulle modalità mediante le quali è stata eseguita la costruzione dell'immobile.

Non è irrealistico che, attraverso la previsione di opportune clausole anche a quest'ultimo fine, come la previsione di un collaudo o di una perizia tecnica secondo regole e tempi prefissati, il notaio possa cautelarsi anche in ordine a simili contestazioni, così come non è neppure irrealistico ipotizzare che, grazie ad un'ulteriore opportuna clausola del contratto di deposito, l'instaurazione di una lite giudiziale da parte di una delle parti non impedisca al depositario la consegna delle somme all'altra.

Ciò che rimane non realistico, allo stato, è invece che il notariato nel suo complesso, e non soltanto in persona di alcuni suoi esponenti più inclini ad eseguire i necessari approfondimenti e ad assumersi le connesse responsabilità, sappia farsi carico di tutti gli aspetti, qui soltanto accennati, che un siffatto deposito richiede, per la sicurezza del depositario, di affrontare e di risolvere in via preventiva.

6. Qualche suggerimento finale *de iure condendo*.

L'attuale formulazione della normativa a tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire, sulla cui necessità ed urgenza - sia ribadito chiaramente - non è assolutamente lecito sollevare dubbi, non può non lasciare insoddisfatti, sia per le scelte frettolose compiute dal legislatore delegante, sia per alcune norme dettate discrezionalmente dallo stesso legislatore delegato.

In questa sede, ci si deve limitare a ribadire, riprendendo quattordici mesi dopo, punto per punto, le osservazioni già formulate dal Consiglio Nazionale del Notariato nella propria deliberazione del 19 novembre 2004, che la nuova normativa potrà funzionare in maniera soddisfacente soltanto se si interverrà sulla stessa legge delega, in maniera contestuale, su due punti fondamentali.

Il primo punto coincide con la necessità che siano previste, sulla falsariga delle scelte fatte dai principali legislatori stranieri, adeguate sanzioni, penali o amministrative, afflittive o inibitorie, a carico del costruttore che viola determinate norme imperative poste a tutela dell'acquirente.

Senza questo passaggio, qualsiasi cosa immaginino di fare i notai e, più in generale, i pubblici poteri, un numero non irrilevante di imprenditori sceglierà, purtroppo, spesso con il pieno consenso dell'acquirente, la via dell'illegalità, per le ragioni che si è cercato di evidenziare all'inizio.

Il secondo punto, una volta assicurata l'effettività della normativa, consiste invece nella necessità, se non si vuole influire drammaticamente sul mercato edilizio italiano, caratterizzato dall'operare di numerose imprese piccole e piccolissime, a molte delle quali non sarebbe però giusto negare per la sola dimensione esigua la patente della serietà e dell'utilità sociale, di affiancare alla garanzia fideiussoria di cui agli attuali artt. 2 e 3 d.lgs. 122/2005 (a sua volta da riformulare, sia

migliorandone la tecnica legislativa, sia attenuando l'obbligo di cui all'attuale art. 3 comma 7, secondo cui solo la stipulazione del contratto traslativo della proprietà consente lo svincolo della garanzia fideiussoria medesima) altre adeguate forme di garanzia, compatibili anche con la sopravvivenza delle predette imprese.

Tra queste garanzie ulteriori, per le ragioni sopra riferite, non sembrerebbe affatto priva di utilità, per un legislatore che - finalmente - intenda perseguire l'obiettivo dichiarato tenendo conto delle migliori esperienze di oltreconfine e coinvolgendo le professioni più esperte nel settore in oggetto, a cominciare proprio dal notariato, l'introduzione della possibilità del deposito preventivo a favore di terzo imparziale, unitamente ad una disciplina delle principali regole a cui deve ispirarsi il deposito delle somme dall'acquirente che sia sensibile alle criticità che ci si è sopra permessi di evidenziare.

Terzi imparziali potrebbero essere il notaio ed anche, se ciò sarà considerato opportuno dal legislatore, pure in presenza di una minore connotazione pubblicistica delle relative attività, ed eventualmente prevedendo limiti di importo e condizioni specifiche non valide invece per il notaio, le altre categorie ritenute meritevoli di ricevere fiducia da parte dello Stato, si tratti di professioni riconosciute (avvocati) o non riconosciute (agenti immobiliari).

Quest'ultimo intervento potrebbe essere opportunamente accompagnato, se si condivide l'idea che l'impiego dello strumento del contratto preliminare trascritto, anche senza renderlo obbligatorio come è invece avvenuto in Francia, possa, a costo contenuto, completare la tutela dell'acquirente (e la sua effettiva informazione preventiva), dal superamento, grazie ad un apposito (ed attesissimo) intervento legislativo, di quelle gravi incertezze che, alla luce della inadeguata formulazione della normativa attuale (e della sua interpretazione non sempre esente da peccati), rendono insicuro l'impiego del medesimo contratto preliminare trascritto.

Tali incertezze sono principalmente due, ovvero:

- a) in primo luogo, l'incertezza circa la soluzione a favore di colui che per primo esegue la formalità presso i registri immobiliari, in espressa deroga all'art. 2748 comma 2 c.c., del conflitto tra creditore ipotecario e promissario acquirente che intenda fare valere il proprio privilegio ex art. 2775-bis c.c.;
- b) in secondo luogo, l'idoneità della trascrizione del preliminare avente ad oggetto un immobile da costruire su un determinato suolo a "prenotare" il diritto del promissario acquirente (bene futuro) anche nei confronti di eventuali terzi che iscrivano o trascrivano, successivamente alla trascrizione del preliminare, diritti acquistati contro il costruttore sul suolo nudo o in corso di costruzione (bene presente) ⁽²⁴⁾.

²⁴) Soprattutto ragionando in prospettiva dell'acquisizione (per effetto della recente riforma?) di una maggiore efficienza e rapidità della procedura fallimentare, che consenta all'acquirente di recuperare le somme anticipate dalla stessa procedura in tempi accettabili, sembra a chi scrive ipotizzabile che la libera scelta del preliminare trascritto giustificerebbe la possibilità per l'acquirente di immobile da costruire di versare al costruttore anticipi di prezzo o corrispettivi (si pensi all'efficacia di tale prospettiva con riguardo all'ipotesi - quasi "ingestibile" dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 122/2005 - della permuta di area edificabile con unità immobiliari da realizzare sulla medesima), anche senza necessità di ottenere il rilascio, da parte dal costruttore stesso, della prevista garanzia fideiussoria.