

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

Prime considerazioni sul decreto legislativo in tema di tutela degli acquirenti di immobili da costruire o in corso di costruzione (*)

Premessa

A seguito di un lungo *iter* legislativo (iniziato nel 2001) è stata promulgata la l. 2 agosto 2004, n. 210, Delega al governo per la tutela dei diritti patrimoniali sugli immobili da costruire.

Il provvedimento si propone di delineare concreti strumenti di protezione per gli acquirenti di immobili da costruire o in costruzione, in caso di sottoposizione del costruttore a procedure concorsuali o a procedure espropriative.

Frequentemente, infatti, si ricorre nella prassi alla vendita di unità immobiliari prima della loro stessa costruzione o ultimazione, rappresentando tale meccanismo un sistema di finanziamento delle imprese costruttrici, in aggiunta al ricorso all'indebitamento bancario.

In numerosi casi, tuttavia, il livello di indebitamento delle imprese di costruzione diviene insostenibile, trascinando nella situazione di crisi o, spesso, nella massa dei creditori chirografari, anche gli acquirenti di immobili.

È evidente, quindi, come in tale contesto il pregiudizio dell'interesse dell'acquirente che consegue alla situazione di indebitamento delle imprese di costruzione, vada anche a confliggere con l'interesse, costituzionalmente garantito (art. 47 comma 2 Cost.), all'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione.

Il problema, di forte impatto sociale (stime di associazioni di categoria individuano in 200.000 il numero delle famiglie italiane coinvolte nei circa 9.000 fallimenti di imprese di costruzione in corso dal 1995), era già stato avvertito dal legislatore, con l'introduzione, ad opera del d.l. 31 dicembre 1996, n. 669, convertito in l. 28 febbraio 1997, n. 30, degli artt. 2645-*bis*, 2825-*bis*, 2775-*bis* c.c. e dell'ultimo comma all'art. 72 l. fall. ⁽¹⁾.

In particolare, attraverso tale novella sono state introdotte le seguenti novità:

- possibilità di trascrivere il preliminare di vendita avente ad oggetto beni immobili o la costituzione di diritti reali sui medesimi, anche se sottoposto a condizione o relativo ad edifici da costruire o in corso di costruzione;

- attribuzione di un privilegio speciale ai crediti del promissario acquirente sul bene immobile oggetto del preliminare in caso di mancata esecuzione;
- attribuzione al curatore fallimentare della facoltà di scelta tra l'esecuzione del preliminare ed il suo scioglimento, fermo restando il diritto del promissario acquirente all'insinuazione nel passivo.

Tuttavia, la predisposizione di tali strumenti non si è rivelata sufficiente ad assicurare idonea tutela agli acquirenti.

Si è ritenuto opportuno, pertanto, intervenire nuovamente sulla questione, attraverso lo strumento della delega legislativa al governo.

Il relativo decreto legislativo è stato definitivamente approvato dal Consiglio dei Ministri il 10 giugno 2005 ed è in attesa di esser pubblicato nella Gazzetta Ufficiale.

1. Le nozioni di immobile da costruire, acquirente, costruttore e situazione di crisi

1.1. La nozione di "immobile da costruire" e la limitazione temporale

La legge delega ed il decreto legislativo, all'art. 1 lett. *d*), individuano, innanzitutto, un primo elemento rilevante, ai fini di determinare con precisione l'ambito di applicazione di applicazione oggettivo della normativa: cosa debba intendersi con l'espressione "immobili da costruire". Deve trattarsi di immobili:

a1) per i quali sia già stato richiesto il permesso di costruire;

b1) che siano ancora da edificare

oppure

b2) la cui costruzione non risulti essere ultimata, versando in stato tale da non consentire ancora il rilascio del certificato di agibilità.

La limitazione agli immobili per i quali sia già stato chiesto il permesso di costruire dovrebbe, 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.

Con riguardo all'ambito di applicazione temporale, nel testo del decreto legislativo, si prevede all'art. 5 che "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".

Con esclusione, pertanto, dall'ambito di applicazione, anche di quei contratti (e dei relativi pagamenti effettuati o ancora dovuti ⁽²⁾) che abbiano ad oggetto im-

mobili il cui titolo abilitativo sia stato richiesto anteriormente alla data di entrata in vigore del decreto legislativo.

V'è da rilevare, comunque, che la limitazione temporale stabilita dall'art. 5 non sembra operare per il contenuto del contratto preliminare di cui all'art. 6 e neppure con riferimento all'art. 8 relativo all'obbligo di frazionamento dell'ipoteca (sui quali vedi *infra* par. 6).

In ogni caso, l'espressione "immobili da costruire" crea alcune perplessità sulla applicabilità della disciplina in esame anche alle ipotesi di ristrutturazione edilizia ⁽³⁾.

1.2 Ambito soggettivo di applicazione: la nozione di "acquirente"

La legge delega ed il decreto legislativo (art. 1, lett. a) precisano che deve intendersi 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".

Nel decreto legislativo un ulteriore riferimento alla nozione di acquirente, dettato tuttavia solo relativamente al contenuto del contratto preliminare, è rinvenibile nell'art. 6, laddove si prevede che "il contratto preliminare ed ogni altro contratto che ai sensi dell'art. 2, comma 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 ...".

Si predilige, quindi, una visione sostanziale del rapporto giuridico che lega l'acquirente al costruttore, non limitando la tutela a chi intenda acquistare la proprietà, ma estendendola anche all'acquisto di un diritto reale di godimento.

Gli strumenti tecnicamente prescelti per raggiungere tale effetto finale possono essere i più vari, finanche l'utilizzo di uno schema contrattuale di leasing.

La tutela, inoltre, è garantita anche a chi intenda acquistare non per sé, ma a favore di un parente di primo grado. Si mira, in tal modo, a ricomprendere nell'ambito di applicazione della normativa il noto fenomeno degli acquisti, immobiliari compiuti dai genitori a favore dei figli; non è chiaro, però, come mai siano stati omissi i coniugi.

Un'altra perplessità è data dalla scelta di designare l'acquirente con il mero ri-

ferimento alla "persona fisica", senza l'ulteriore precisazione, frequente in materia di normativa a tutela del consumatore, e dunque del contraente debole, che deve trattarsi di attività compiuta per scopi estranei all'attività professionale o imprenditoriale eventualmente svolta (cfr., *ex multis*, artt. 1469-*bis* e 1519-*bis* c.c.).

In tal modo, quindi, diversamente da quel che avviene nella disciplina della tutela del consumatore, dovrebbero essere ammessi a godere della tutela offerta dalla legge anche i professionisti e gli imprenditori individuali che contrattano nell'ambito della propria attività, i quali potrebbero così prevalere su una serie di soggetti che a titolo professionale sono entrati in contatto con l'impresa. Una conferma in tal senso potrebbe essere costituita proprio dal riferimento al leasing, strumento particolarmente utilizzato in ambito imprenditoriale ⁽⁴⁾.

Nei primi commenti alla legge delega, è stata peraltro proposta una lettura parzialmente correttiva della disposizione in esame: sulla base del criterio direttivo che impone una tutela (non assoluta ma) equa ed adeguata dei diritti dell'acquirente, si potrebbe ritenere che, poiché il costruttore è essenzialmente individuato come un imprenditore, il legislatore delegante, con la locuzione persona fisica, abbia inteso riferirsi esclusivamente a quei soggetti che non sono imprenditori o che comunque non agiscono in tale veste in sede di conclusione del contratto ⁽⁵⁾.

Secondo altri ⁽⁶⁾, invece, sarebbe da considerare "acquirente" anche la persona fisica che agisca nell'esercizio di impresa o di professione, ritenendo che, nel caso di specie, l'intento del legislatore sarebbe quello di tutelare il "contraente debole", a prescindere dalla sua qualifica di "consumatore". Nonostante alcune affinità, infatti, le norme dettate in materia di protezione dei consumatori svolgerebbero una funzione di natura essenzialmente informativa e probatoria. In questo caso, invece, emerge l'esigenza di tutela dell'acquirente in ragione della rischiosità propria dell'operazione, nella quale si versano in anticipo acconti il cui recupero potrebbe essere reso molto difficile da una successiva insolvenza dell'imprenditore.

Vi sono tuttavia, argomenti opponibili a tale ragionata ricostruzione.

Pare difficile, infatti, 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.

Inoltre, si sottolinea come, all'art. 1 lett. a) del decreto legislativo, il riferimento sia operato alla "persona fisica che pone in essere un contratto che abbia (...) per effetto (...) il trasferimento non immediato a sé o ad un parente di primo grado" della proprietà (...).

Tale riferimento 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, in ragione dell'elemento di po-

tenziale destinazione a terzi (parenti di primo grado) che emerge dalla norma, verosimilmente inidoneo ad essere collocato in un contesto imprenditoriale.

La questione, che al momento non può trovare una soluzione definitiva, sembra poter dar luogo a gravi incertezze applicative, probabilmente foriere di contenzioso.

1.3 Segue: e la nozione di “costruttore”

La legge delega e l'art. 1, lett. b) del decreto legislativo definiscono come «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.

Ne deriva che, per avere la norma espressamente limitato l'ambito soggettivo all'imprenditore o alla cooperativa edilizia, è da escludersi l'applicabilità della normativa nei rapporti fra “privati”, cioè fra soggetti che non siano operatori del settore.

Per alcune riflessioni sui possibili comportamenti elusivi che potrebbero originare da tale definizione, v. *infra*, par. 2.11.

1.4 La situazione di crisi

La situazione di crisi viene definita dalla legge delega e dall'art. 1, lett. c) del decreto legislativo 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 del decreto legislativo precisa che la situazione di crisi si intende verificata in una delle seguenti date:

- di trascrizione del pignoramento relativo all'immobile oggetto del contratto;
- di pubblicazione della sentenza dichiarativa del fallimento o del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa;
- di presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo;
- 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.

2. La garanzia fideiussoria

2.1 L'obbligo di prestare garanzia fideiussoria

L'art. 2, primo comma, del decreto legislativo prevede l'obbligo per il costruttore di procurare il rilascio e di consegnare all'acquirente – all'atto della stipula o in un momento precedente la 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 - una fideiussione di 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.

Sono comunque escluse dalla garanzia le somme per le quali è pattuito che debbano essere erogate da un eventuale soggetto mutuante, nonché i contributi pubblici già assistiti da autonoma garanzia.

I primi interpreti hanno rilevato la difficile comprensibilità della norma che esclude la garanzia.

Sembra opinione condivisa l'impossibilità di estendere la garanzia alle somme da mutuarsì all'atto della stipula del contratto definitivo, o comunque del trasferimento della proprietà, perché oggetto della garanzia, ai sensi del decreto in esame, sono solo le somme da riscuotersi anteriormente.

Diversamente è a dirsi per le somme ricevute dall'acquirente-mutuatario anteriormente alla stipula del contratto definitivo, o comunque all'acquisto della proprietà, in quanto esse saranno rimosse dal costruttore come somme versate direttamente dall'acquirente, in modo tale da non potersi giustificare la loro esclusione dal regime di tutela ⁽⁷⁾.

Quanto alle somme erogate dal mutuante al costruttore, ed accollate - con patto di acollo "interno" - al mutuatario, queste devono essere garantite solo qualora l'accordo comporti l'obbligo di rimborsare al costruttore le rate di mutuo, da questi pagate alla banca mutuante, anteriormente alla stipula del definitivo o comunque al trasferimento della proprietà; mentre, qualora l'obbligo di rimborso sorgesse in un momento successivo al trasferimento della proprietà, non sussisterebbe obbligo di garanzia ⁽⁸⁾.

Appare invece controversa un'ipotesi di particolare rilevanza, e cioè il caso di un mutuo erogato 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.

Al riguardo, taluni osservano che "la *ratio* della esclusione di tali somme dalla garanzia fideiussoria appare evidente, atteso che il costruttore, garantendo con la proprietà del bene le somme riscosse, non potrà essere chiamato ad offrire anche una ulteriore garanzia fideiussoria sulle stesse" ⁽⁹⁾. Tale ricostruzione sembra condivisa anche dalla relazione al decreto legislativo, nella quale si desume che il legislatore abbia tenuto in considerazione l'"esposizione" del venditore, a fronte di tale concessione di ipoteca, esonerandolo dal prestare una doppia garanzia.

Altri, invece, ritengono necessaria anche in questa ipotesi la prestazione della garanzia fideiussoria, sia in quanto la sua esclusione, nell'ipotesi in cui sussista una garanzia ipotecaria prestata dal costruttore, non si evince dalla lettera della legge, sia perché della suddetta garanzia ipotecaria non beneficerebbe l'acquirente, ma solo la banca creditrice ⁽¹⁰⁾.

Secondo tale ultima opinione, la norma appare riferibile unicamente all'ipotesi di acollo "esterno - pattuito nel contratto preliminare di compravendita - del mutuo già contratto dal costruttore, e garantito da ipoteca concessa da quest'ultimo (qualora l'acollo esterno fosse perfezionato con il contratto definitivo di compravendita, e quindi contestualmente all'acquisto della proprietà del fabbricato in capo all'acquirente, infatti, si tratterebbe di somme comunque escluse di per se stesse dall'obbligo di garanzia fideiussoria).

Tale dottrina rileva come l'acollo esterno, nella prassi, sia generalmente 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 l'acquirente accollante può opporre al creditore le eccezioni fondate sul contratto di acquisto, con il quale l'acollo 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'acollo 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, dovrebbe ritenersi che per le somme da corrispondersi al soggetto mutuante in forza di acollo 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 ⁽¹¹⁾.

Per le società cooperative, l'atto equipollente a quello indicato al primo comma dell'art. 2 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 co-

struire per iniziativa della stessa.

Ai sensi dell'art. 3, primo comma, del decreto legislativo, 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 decreto legislativo 1° settembre 1993 n. 385 (T.U.B.).

La fideiussione come forma di tutela dell'acquirente dell'immobile da costruire o in corso di costruzione non è nuova nel nostro ordinamento: si pensi, ad esempio, in tempi recenti, a quanto previsto dall'art. 7 del decreto legislativo del 9 novembre 1998 n. 427 in tema di multiproprietà, per il quale "il venditore è obbligato a prestare fidejussione bancaria o assicurativa a garanzia dell'ultimazione dei lavori di costruzione del bene immobile. Della fidejussione deve farsi menzione nel contratto, a pena di nullità. La garanzia di cui al primo comma non può imporre all'acquirente la preventiva escussione del venditore" ⁽¹²⁾.

2.2 Segue: contratti per i quali trova applicazione l'obbligo di prestare la garanzia

L'art. 2 del decreto legislativo prevede l'obbligo di prestare garanzia fideiussoria per i contratti che abbiano come finalità il trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale di godimento su un immobile da costruire e agli atti aventi le medesime finalità. La nozione appare volutamente onnicomprensiva, tale cioè da consentire che la tutela trovi applicazione, in via esemplificativa:

- a) ai contratti ad effetti obbligatori (o ad effetti reali differiti) che non comportino l'immediato trasferimento della proprietà (es. preliminare di vendita di fabbricato da costruire; vendita di fabbricato da costruire dedotto in contratto come cosa futura; vendita di fabbricato in corso di costruzione e di proprietà altrui; permuta di area con unità da costruire);
- b) ai contratti che abbiano comunque la finalità di far acquisire all'acquirente la proprietà di un fabbricato da costruire (es. vendita di immobile con corrispettivo costituito dall'obbligo assunto dall'acquirente di costruire a proprie cura e spese un edificio su diversa area di proprietà del venditore; cessione di quota indivisa di area, con condominio preconstituito, ove il corrispettivo della cessione è dato dall'obbligo dell'acquirente di costruire a sua cura e spese anche la porzione di edificio di competenza del venditore);
- c) ai contratti ad effetti reali differiti che comunque non comportino l'immediato trasferimento della proprietà (compravendita soggetta a condizione sospensiva o con previsione di termine; vendita con riserva di proprietà, ove peraltro si acceda solo a talune delle diverse ricostruzioni dell'istituto).

In sostanza la norma si applica a condizione che il soggetto acquirente, a

fronte del pagamento del prezzo o comunque della prestazione di un corrispettivo, non abbia ancora acquisito la proprietà o altro diritto reale del fabbricato da costruire o in quanto non sia stato ancora stipulato il negozio traslativo, come nel caso del contratto preliminare; o in quanto pur essendovi il titolo, manchi in realtà ancora l'oggetto della proprietà, non essendo ancora venuto ad esistenza il fabbricato, come nel caso della vendita di cosa futura ⁽¹³⁾.

Risultano invece problematiche talune particolari fattispecie negoziali quali il contratto preliminare unilaterale (che, tuttavia, avendo forma contrattuale, dovrebbe rientrare nell'ambito di applicazione della norma), il patto di prelazione, l'opzione e la proposta irrevocabile ⁽¹⁴⁾. Richiederà poi un particolare approfondimento l'esame degli esiti applicativi della normativa al vaglio con riferimento alle fattispecie del contratto a favore di terzo e del contratto per persona da nominare, e ciò sia per l'ipotesi in cui tali schemi attengano al contratto preliminare, sia per l'ipotesi di contratto definitivo.

2.3 Segue: contenuto della garanzia fideiussoria

Quanto al contenuto, la garanzia fideiussoria 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 (art. 2, comma 1); nel caso in cui il costruttore incorra in una situazione di crisi, essa deve garantire la restituzione delle somme e del valore di ogni altro eventuale corrispettivo effettivamente riscosso e dei relativi interessi legali maturati fino al momento in cui la predetta situazione si è verificata (art. 3, comma 1).

Il riferimento ad "ogni altro eventuale corrispettivo" percepito dal costruttore prima del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento evoca, in primo luogo, l'ipotesi della permuta di cosa presente con cosa futura che si realizza con la cessione di area edificabile verso il trasferimento di porzione di immobile da costruire ⁽¹⁵⁾.

In definitiva, nel momento del suo rilascio l'importo deve coprire quanto dovrà essere riscosso prima del trasferimento della proprietà; al momento dell'escussione solo ciò che sia stato effettivamente riscosso dal costruttore.

Nell'ipotesi in cui il prezzo convenuto nel contratto sia simulato, e conseguentemente anche la fideiussione sia rilasciata per un importo a questo corrispondente, sembra legittimo il dubbio che il contratto sia viziato da nullità relativa ex art. 2 del decreto in esame ⁽¹⁶⁾, salvo, in ogni caso, eventuali profili di nullità per frode alla legge ex art. 1344 c.c.

La fideiussione deve altresì prevedere la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale di cui all'articolo 1944, secondo comma, del codice civile.

2.4 *Segue*: il richiamo all'art. 1938 c.c.

L'art. 2, primo comma, del decreto legislativo, richiama espressamente l'art. 1938 c.c., relativo alle fideiussioni prestate per obbligazioni future (e condizionate), con la previsione dell'importo massimo garantito. L'art. 2 del decreto, infatti, si riferisce tanto alle somme e ad ogni altro corrispettivo che il costruttore ha già riscosso, quanto alle somme e ai corrispettivi che dovrà riscuotere prima del trasferimento.

In sostanza la fideiussione ha in questi casi la funzione di garantire la restituzione di quanto l'acquirente ha versato e dovrà versare al costruttore: pertanto, per l'ipotesi piuttosto ricorrente di versamento del corrispettivo in successivi acconti – eventualmente da effettuarsi a stadio avanzamento lavori – la garanzia dovrebbe coprire l'intero importo (comprese le somme non ancora versate).

Dovrà valutarsi se il richiamo all'art. 1938 consenta effettivamente (come auspicato nella Relazione illustrativa) la predisposizione di modelli contrattuali che rendono possibile ancorare la fideiussione e quindi l'obbligo di restituzione alle sole somme che effettivamente siano state versate, prevedendo una polizza "aperta", il cui contenuto risulti determinabile sulla base di un criterio unitario predefinito, permettendo, quindi che il valore della fideiussione sia ancorato ai versamenti effettuati, garantendo la progressività.

Infatti, ai sensi dell'art. 3 del decreto, la fideiussione consente l'escussione per le somme effettivamente riscosse dal costruttore, il che pare un argomento a favore della ammissibilità del ricorso a siffatte tecniche contrattuali, posto che la garanzia – se pur astrattamente riferita a tutti gli importi già riscossi e da versare – non potrà che dar luogo ad un obbligo di restituzione relativo solo a quanto già corrisposto.

In questo senso, v'è da ricordare come la giurisprudenza si sia espressa, anche dopo la riformulazione dell'art. 1938 c.c., per la ammissibilità della determinazione del debito nella fideiussione per debiti futuri per relationem o attraverso il meccanismo di integrazione successiva del contratto (art. 1349 c.c.) ⁽¹⁷⁾.

Dalla formulazione dell'art. 2, peraltro, sembra potersi evincere che la fideiussione non debba coprire ciò che l'acquirente verserà al momento del trasferimento, cioè l'eventuale somma residua da corrispondere al momento del rogito.

2.5 *Segue*: escussione in caso di situazione di crisi e condizioni

L'escussione può aver luogo a decorrere dalla data in cui si è verificata la situazione di crisi, a condizione che:

- per l'ipotesi di trascrizione del pignoramento relativo all'immobile oggetto del contratto, l'acquirente abbia comunicato al costruttore la propria volontà di recedere dal contratto;
- per le ipotesi di pubblicazione della sentenza dichiarativa del fallimento o del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa, presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo e pubblicazione della sentenza che dichiara lo stato di insolvenza o, se anteriore, del decreto che dispone la liquidazione coatta amministrativa o l'amministrazione straordinaria, il competente organo della procedura concorsuale non abbia comunicato la volontà di subentrare nel contratto preliminare (art. 3, comma 3).

La fideiussione, verificatesi le suddette condizioni, deve essere escutibile 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.

Il mancato pagamento del premio o della commissione non è opponibile all'acquirente.

2.6 *Segue*: obblighi e responsabilità del fideiussore

Il fideiussore è tenuto a pagare l'importo dovuto entro il termine di trenta giorni dal ricevimento della richiesta scritta di escussione.

In caso di mancato pagamento entro i trenta giorni, il fideiussore è tenuto a rimborsare all'acquirente le spese da quest'ultimo effettivamente sostenute e strettamente necessarie per conseguire la restituzione degli importi oggetto di fideiussione, oltre i relativi interessi (art. 3, comma 6).

2.7 *Segue*: efficacia della fideiussione

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. 3, comma 7).

Tale previsione dà luogo ad una serie di problemi interpretativi, che concernono la stessa effettività della tutela accordata dal legislatore.

Il dato letterale, infatti, induce a ritenere che la garanzia cessi anche allorquando le parti abbiano pattuito che il trasferimento abbia luogo prima del comple-

tamento del manufatto, quando cioè lo stesso sia ancora allo stato di rustico e quindi ben prima che sorgano le condizioni per il rilascio del certificato di agibilità.

Ciò potrebbe verificarsi, ad esempio, in caso di vendita di cosa futura, ipotesi nella quale l'effetto traslativo si determina nel momento in cui il bene viene ad esistere.

L'unica qualificazione normativa al riguardo è rappresentata dall'art. 2645-*bis*, ultimo comma, ai sensi del quale può ritenersi esistente l'edificio quando sia stato eseguito il rustico, comprensivo delle mura perimetrali, e sia stata completata la copertura.

In tal caso, la garanzia potrebbe cessare *ex lege* in un momento nel quale non tutte le obbligazioni relative alle somme versate anticipatamente risultino soddisfatte.

Pertanto, potrebbe risultare opportuno stabilire nel contratto il momento nel quale l'edificio si intende venuto ad esistenza – ad esempio, facendo riferimento al raggiungimento di uno stadio di costruzione idoneo al rilascio del certificato di agibilità ⁽¹⁸⁾.

Pertanto appare opportuno il ricorso ad una particolare cautela nella predisposizione delle clausole contrattuali che determinino con chiarezza il momento in cui le parti intendono addivenire alla stipula del contratto definitivo, o in cui debba verificarsi l'effetto traslativo.

Ciò si riflette anche nella particolare cura con la quale il notaio, ove ne sia chiamato, dovrà procedere ad informare l'acquirente sulle conseguenze derivanti dall'implicita rinuncia alla tutela accordata dal legislatore.

2.8 Sanzioni: la nullità relativa

L'obbligo di procurare la garanzia fideiussoria è sanzionato con la nullità del contratto stesso; la nullità, tuttavia, può essere fatta valere unicamente dall'acquirente.

Si tratta, quindi, di un'ipotesi di nullità relativa, che la dottrina ha qualificato come nullità c.d. di protezione ⁽¹⁹⁾.

Il problema dell'inquadramento sistematico della c.d. "nullità relativa" nella tematica di teoria generale delineata dal codice civile è invero storicamente discusso, contestandosi da buona parte della dottrina l'esistenza stessa dell'istituto della nullità relativa, perché esso verrebbe a confliggere con gli aspetti salienti della nullità assoluta, quale quello della sua operatività erga omnes, dell'azione intesa alla dichiarazione giudiziale della nullità concessa a chiunque vi abbia interesse e d'ufficio al giudice ⁽²⁰⁾.

Ed un'attenta dottrina afferma che "una nullità nella quale gli effetti negoziali

non si producono relativamente a determinati soggetti ed operano invece relativamente ad altri, richiede una scelta in contrasto con i principi che regolano la categoria"; e si sostiene inoltre che "la nullità è una qualificazione negativa del negozio e tale qualificazione, dettata dalla considerazione degli interessi della comunità, non può essere che unica di fronte a tutti" ⁽²¹⁾.

In tempi più recenti, la figura della nullità relativa sembra riscuotere maggiori consensi nella dottrina, talora con argomentazioni fondate sul riscontro di casi di nullità relativa nelle norme positive ⁽²²⁾; altre volte rilevando che, quando si tratti di nullità per contrarietà a norme introdotte a tutela di particolari soggetti, in considerazione della finalità di protezione delle disposizioni, si può giungere a ritenere che legittimato all'azione di nullità del contratto sia soltanto il contraente alla tutela del quale sia rivolta la regola contravvenuta ⁽²³⁾.

Fra le fattispecie che la dottrina riconduce alla nullità relativa, si segnalano, nella disciplina codicistica, quella prevista dal comma dell'art. 1469-quinquies secondo il quale l'inefficacia – che taluni riconducono alla nullità ⁽²⁴⁾ - opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice; nonché quella disciplinata dall'art. 1519-*octies* in tema di vendita di beni di consumo, laddove si prevede che "è nullo ogni patto, anteriore alla comunicazione al venditore del difetto di conformità, volto ad escludere o limitare, anche in modo indiretto, i diritti riconosciuti dal presente paragrafo" e che "la nullità può essere fatta valere solo dal consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice".

In entrambe queste ipotesi si evidenzia, in particolare, la circostanza che pur essendo prevista un'ipotesi di nullità relativa, alla legittimazione a farla valere da parte del soggetto tutelato dalla norma (il consumatore) si accompagna la sua rilevanza d'ufficio da parte del giudice.

La dottrina ⁽²⁵⁾, al riguardo, ha efficacemente rilevato come la rilevanza d'ufficio della nullità potrebbe tradursi in uno svantaggio per il consumatore che intenda valersi ugualmente della clausola abusiva (si pensi alle ipotesi derogatorie del foro competente, o a quelle di contratto tacitamente rinnovato attraverso una clausola vessatoria, ma relativamente al quale sussista l'interesse del consumatore a mantenerne ferma la validità).

Si impone, pertanto, un'interpretazione finalistica delle previsioni di nullità, nella quale è necessario temperare gli obiettivi di tutela dell'interesse pubblico con le esigenze di protezione concreta del singolo contraente.

Si è osservato che il giudice non deve privilegiare opzioni interpretative rigide, limitando l'esercizio del suo intervento d'ufficio laddove la declaratoria di nullità sia idonea a recare pregiudizio al consumatore: ad esempio, applicando adeguatamente l'art. 183, terzo comma, c.p.c., dovrà indicare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione. In tale sede, il consumatore po-

trà dichiarare di non avere interesse alla declaratoria di nullità della clausola ⁽²⁶⁾.

Nel caso in esame la rilevabilità d'ufficio non è prevista. Si segnala, comunque, che, per ipotesi di nullità relativa prive del richiamo alla rilevabilità d'ufficio, questa è stata ugualmente affermata, seppure nel solo interesse del consumatore ⁽²⁷⁾.

2.9 Segue: obblighi formali

A differenza di quel che avviene in discipline che presentano alcuni punti di contatto con quella in esame (si pensi all'art. 7, comma 3, della normativa sulla multiproprietà ove è previsto che "delle fidejussioni deve farsi espressa menzione nel contratto a pena di nullità"), l'obbligo formale di menzione della fideiussione nel contratto è sì previsto per il contratto preliminare (e per ogni altro contratto che sia comunque diretto al successivo acquisto in capo ad una persona fisica della proprietà o di altro diritto reale su un immobile da costruire) il quale deve indicare, ai sensi dell'art. 6 del decreto, "gli estremi della fideiussione", ma non è espressamente sanzionato con la nullità (ma su tali profili, v. *infra* par. 5.2). Sul piano della responsabilità del notaio rispetto alla fideiussione, si ritiene che questi abbia l'obbligo professionale di accertare l'idoneità della stessa basandosi su di un controllo - meramente documentale ed avente ad oggetto unicamente il documento - incorporante il negozio fideiussorio, esibitogli dalle parti - del rispetto delle prescrizioni di cui all'art. 3 ⁽²⁸⁾.

2.10 Segue: alcune notazioni critiche

La sanzione della nullità – sebbene relativa – invero non appare in questa disciplina lo strumento migliore per la tutela dell'acquirente dell'immobile da costruire.

A prescindere dalla sua rilevabilità d'ufficio, infatti, una così grave conseguenza può confliggere con l'interesse dello stesso acquirente.

Infatti, anche laddove l'attività edificatoria fosse completata e l'immobile regolarmente trasferito e consegnato, il vizio derivante dalla mancata prestazione della garanzia – sanzionato con nullità che può esser sì fatta valere dal solo acquirente ma che è comunque imprescrittibile - potrebbe comunque inficiare la validità del contratto e quindi la stessa successiva circolazione del fabbricato.

A fronte di queste possibili conseguenze, v'è da chiedersi se sia possibile il ricorso a strumenti correttivi.

In particolare, interessa qui la prospettiva di una possibile rinuncia alla garanzia fideiussoria (in via preventiva da parte dell'acquirente) o della rinuncia alla azio-

ne di nullità (da parte dello stesso acquirente successivamente alla conclusione del contratto).

Ebbene, con riguardo al primo profilo, va rilevato come una rinuncia preventiva (risultante da una dichiarazione anteriore al contratto o inserita nello stesso) presenti ampi margini di opinabilità ⁽²⁹⁾, come si è d'altronde affermato con riferimento alla rinuncia preventiva alla garanzia fideiussoria nella disciplina della multiproprietà, che, per certi aspetti, è assai vicina a quella in esame ⁽³⁰⁾.

Ciò perché evidentemente, in questa fase, non è dato prevedere se l'interesse dell'acquirente cui la garanzia si riferisce possa essere o meno pregiudicato, in quanto l'eventuale insolvenza del costruttore non è preventivabile.

Queste incertezze divengono tuttavia molto più labili per il secondo profilo: allorché 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.

Anzi, si potrebbe forse ipotizzare che, una volta consegnato il bene e quindi venuti meno quei rischi contro i quali la tutela è stata legislativamente imposta, l'invalidità possa considerarsi automaticamente "sanata" ⁽³¹⁾.

Al riguardo, peraltro, anche prescindendo dalla sua rilevabilità ⁽³²⁾ o meno ⁽³³⁾ d'ufficio, si è affermato che la nullità relativa *ex art. 2* non dovrebbe escludere la provvisoria efficacia del contratto sino a che l'acquirente (o il giudice, ove si accolga tale impostazione) non rilevi l'invalidità, anche in considerazione del fatto che, una volta avvenuto il trasferimento della proprietà (completamento dell'opera, consegna e accettazione) ed in assenza di una situazione di crisi, la nullità non potrebbe esser più dichiarata ⁽³⁴⁾.

Va, di passaggio, osservato come non si siano state ancora raggiunte conclusioni definitive in ordine al rapporto fra la violazione di una norma sanzionata con la nullità relativa e la responsabilità notarile *ex art. 28 L.N.* anche se la giurisprudenza tende ad escludere l'applicabilità delle relative sanzioni ⁽³⁵⁾.

2.11 Segue: possibili elusioni (società veicolo – cessione del contratto)

Sin dai primi commenti alla bozza di decreto si sono formulate alcune notazioni critiche, con riferimento, in particolar modo, all'ambito delle fattispecie negoziali in relazione alle quali è previsto l'obbligo di prestare la garanzia fideiussoria.

Il legislatore ha infatti imposto la prestazione della garanzia per le ipotesi di "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".

Sussistono, infatti, forti perplessità in ordine alla possibilità che la norma possa offrire ugualmente tutela all'acquirente laddove il costruttore faccia ricorso alla cessione di contratto; perplessità che sono ancor più forti ove questi ricorra ad un società di trading, poiché in tale ultimo caso da un lato la norma non sembra trovare applicazione, e dall'altro lato l'operazione non creerebbe particolari aggravii sul piano fiscale.

Infatti, occorre evidenziare come nell'art. 2 del decreto si faccia riferimento al "costruttore", mentre l'art. 1 definisce quale "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 dell'immobile da costruire.

Ciò ha fatto sorgere il dubbio che, per eludere l'obbligo, l'impresa costruttrice possa preferire di non apparire direttamente come parte venditrice, ricorrendo a schemi negoziali diversi.

Ad esempio, si potrebbe ricorrere alla vendita di cosa futura dalla società costruttrice alla società di trading e alla vendita di cosa futura e altrui dalla società di trading alla persona fisica.

Tuttavia tali dubbi potrebbero esser fugati ove si faccia riferimento all'ampia definizione di costruttore contenuta nella legge delega e nell'art. 1 del decreto: cioè 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.

Sembra, infatti, che la definizione di costruttore sia talmente ampia da non potersi ricondurre alla sola ipotesi dell'impresa costruttrice, e che quindi debba estendersi a tutti i casi in cui il soggetto che promette di vendere l'immobile da costruire sia un imprenditore, a prescindere poi dal fatto che il fabbricato sia realizzato da terzi in forza di contratto di appalto, ovvero sia oggetto di una "catena" di vendite di cosa futura.

Siffatta ultima precisazione dovrebbe in sostanza vanificare gli sforzi volti a ricorrere a meccanismi elusivi dell'obbligo di prestare garanzia.

In ogni caso, resterebbe sempre salva, in caso di adozione di sofisticate tecniche contrattuali volte ad eludere l'obbligo di prestare fideiussione, la possibilità di invocare la frode alla legge.

3. L'obbligo di assicurazione

3.1 Assicurazione dell'immobile (art. 4)

L'art. 4 del decreto prevede che "il costruttore è obbligato a contrarre e 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".

Si prevede, dunque, l'obbligo del costruttore di stipulare una polizza assicurativa a favore dell'acquirente, destinata a garantire il risarcimento dei danni conseguenti a vizi dell'immobile manifestatisi successivamente alla stipula del contratto definitivo di compravendita o assegnazione.

Il parametro di riferimento è dato dalle garanzie legali discendenti dal contratto di appalto (artt. 1667 ss.), che vengono estese a tutte le ipotesi nelle quali l'acquirente sottoscrive un contratto volto ad assicurare il *successivo* acquisto della proprietà (o di altro diritto reale) di un immobile da costruire, prescindendo dalla possibilità di ricondurre l'intero fenomeno negoziale (o sue singole parti) allo schema contrattuale dell'appalto.

Sulla base del disposto più ampio e generico della legge delega, che faceva riferimento a "vizi e difformità", in fase di attuazione si è deciso di limitare l'ambito di copertura della polizza assicurativa decennale ai casi disciplinati dall'art. 1669 c.c., e cioè *rovina dell'opera*, presenza di evidente *pericolo di rovina* o di *gravi difetti*, ossia ai vizi costruttivi che incidono in maniera profonda sugli elementi strutturali essenziali, escludendo dunque le ipotesi di cui all'art. 1667 c.c. (difformità e vizi dell'opera).

La riconducibilità del vizio all'una o all'altra fattispecie normativa non è sempre agevole, ed il relativo accertamento costituisce sempre accertamento di merito.

Si può comunque osservare, sulla scorta della giurisprudenza, che nell'ambito dell'art. 1669 c.c. i "gravi difetti" non possono essere identificati con quei fenomeni che influiscono sulla stabilità dell'edificio, pena l'inammissibile assimilazione con l'altra ipotesi descritta dalla medesima norma, il "pericolo di rovina". Si tratterà, dunque, di tutte quelle alterazioni che, pur riguardando direttamente anche solo una parte dell'opera, incidono sulla sua funzionalità globale, rendendola inidonea a fornire l'utilità cui è destinata ⁽³⁶⁾.

A livello casistico, la giurisprudenza di merito fornisce numerose indicazioni

(carente impermeabilizzazione, inefficienze gravi degli impianti di riscaldamento, distacco dei rivestimenti esterni o interni, etc.).

3.2 Segue: Profili applicativi

Con riferimento ai profili applicativi della polizza assicurativa obbligatoria, giova in primo luogo osservare come essa sia destinata a spiegare la propria efficacia, diversamente dalla polizza fideiussoria di cui all'art. 2, *indipendentemente dal verificarsi di una situazione di crisi*. La sua operatività, infatti, è legata al verificarsi di determinati eventi, ontologicamente individuati (rovina dell'edificio, manifestazione di vizi o di pericolo di rovina), svincolati pertanto dalla condizione economica dell'impresa.

In secondo luogo, è di fondamentale importanza rilevare che la polizza è necessaria non solo con riguardo ai contratti di compravendita o di assegnazione, come lascerebbe desumere la lettera della norma, *ma a tutti i contratti aventi ad oggetto il trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale di godimento di immobili*. Tale soluzione risulta condivisibile non solo sotto un profilo sistematico ⁽³⁷⁾, ma anche alla luce del successivo articolo del decreto in esame che, nel dettare l'ambito di applicabilità temporale (limitato agli 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 – v. par. 4) dell'obbligo di contrarre la polizza assicurativa, riprende la formulazione più ampia di cui all'art. 2, consentendo di sottoporre alla medesima disciplina tipologie contrattuali diverse assimilabili sotto il profilo teleologico.

Il momento entro il quale la polizza deve essere stipulata e consegnata all'acquirente è quello del "trasferimento della proprietà".

Non sussiste, pertanto, analogia sul piano temporale con la garanzia fideiussoria di cui all'art. 2, che deve essere stipulata e consegnata nel momento in cui sia assumano impegni prodromici ad un *successivo* trasferimento della proprietà.

Potrebbero sorgere perplessità concernenti la tipologia dei contratti relativamente ai quali sia obbligatoria la stipula della polizza assicurativa: e cioè se essa debba sussistere solo per gli immobili oggetto di contrattazione prima della completa realizzazione ("immobili da costruire"), con la precisazione, però, che l'obbligo sorge solo nel momento del trasferimento della proprietà; oppure se essa sia obbligatoria per la stipula di qualsiasi contratto definitivo (purché relativo ad immobili il cui titolo abilitativo sia stato richiesto in data successiva a quella di entrata in vigore del decreto – art. 5).

La soluzione preferibile è forse la prima ⁽³⁸⁾, sia perché altrimenti la disposizione risulterebbe in eccesso di delega, sia perché in essa sono richiamate le nozio-

ni di "acquirente" e di "costruttore" di cui all'art. 1, che recano espresso riferimento agli "immobili da costruire".

Interpretata così la norma, si osserva in primo luogo che nessuna particolare difficoltà si pone nel caso in cui sia stipulato un contratto ad effetti traslativi immediati (contratto definitivo, in esecuzione di un preliminare).

Diventa invece più problematica l'ipotesi di vendita di cosa futura, oppure di permuta di bene presente con bene futuro. In questi casi, determinandosi l'effetto traslativo con la venuta ad esistenza del bene, risulterà difficile individuare il momento esatto in cui ritenere sorto l'obbligo di contrarre la polizza assicurativa (al riguardo, appare utile rinviare alle considerazioni già svolte al par. 2.7).

Sarà pertanto opportuno, anche ai fini della corretta applicazione della disposizione in esame, specificare con esattezza, come raccomandato trattando della polizza fideiussoria, il momento nel quale debba intendersi verificato l'effetto traslativo (completamento del rustico, delle mura perimetrali e della copertura, oppure raggiungimento di uno stadio dei lavori idoneo al rilascio del certificato di abitabilità).

La polizza fideiussoria, pertanto, dovrà essere relativa al grado di avanzamento dei lavori pattuito tra le parti. Ad esempio, qualora si convenga il trasferimento del solo rustico, con affidamento dei lavori di ultimazione ad altra ditta direttamente da parte dell'acquirente, sarà sufficiente che la polizza garantisca solo i vizi derivanti dalla struttura di base. Diversamente, qualora il passaggio di proprietà avvenga nel momento in cui l'immobile è allo stato di rustico, ma il contratto preveda da parte del costruttore l'ultimazione dei lavori, la polizza dovrà garantire interamente i lavori effettuati ⁽³⁹⁾.

La polizza, analogamente alla responsabilità *ex art. 1669 c.c.*, ha una durata decennale. Qualora essa venga consegnata prima dell'ultimazione dei lavori (si consideri il caso dell'esempio fatto, di passaggio della proprietà all'ultimazione del rustico con completamento delle opere da parte dello stesso soggetto), la sua durata dovrà essere parametrata al momento effettivo di ultimazione delle singole fasi di costruzione.

Potrebbe anche porsi la questione dell'applicabilità del termine annuale di decadenza, decorrente dal momento della scoperta dei vizi; tuttavia, trattandosi di polizza assicurativa, tale elemento sarà necessariamente oggetto di contrattazione specifica.

Tra i profili problematici, merita senz'altro di essere segnalato il fatto che, la garanzia copre vizi inerenti, in modo precipuo, la struttura dell'immobile, che dunque, in caso di realizzazione di condomini, interesseranno essenzialmente le parti comuni dell'edificio ⁽⁴⁰⁾.

Al riguardo, si suggerisce la stipula di una polizza relativa all'intero edificio, a beneficio di tutti gli acquirenti delle singole unità immobiliari ⁽⁴¹⁾.

Qualora il venditore sia diverso dal costruttore, la Relazione precisa che l'unico obbligo gravante sul venditore "sarà quello di procurarsi dal costruttore copia della polizza e consegnarla all'acquirente, come parte integrante dei propri obblighi contrattuali".

In caso di subappalto, pare preferibile ritenere che il costruttore sia comunque tenuto alla stipula della polizza assicurativa; tuttavia, ai sensi dell'art. 1670 c.c., egli potrà agire in regresso nei confronti dei subappaltatori.

A differenza di quanto previsto per la polizza fideiussoria, per la polizza assicurativa non è prescritta alcun obbligo formale, laddove, nel contratto preliminare ai sensi dell'art. 6, è invece richiesta la menzione degli estremi della fideiussione. Inoltre, non vi sono particolari conseguenze sulla validità del contratto di trasferimento qualora stipulato prima della consegna della polizza (a differenza di quel che avviene per la fideiussione ai sensi dell'art. 2) ⁽⁴²⁾. Tuttavia, si ritiene che la mancata consegna della polizza, che dà luogo a responsabilità civile del costruttore, legittimi l'acquirente a rifiutarsi di stipulare il definitivo ⁽⁴³⁾.

4. L'applicabilità della disciplina della fideiussione e dell'assicurazione

4.1 Applicabilità della disciplina sul piano temporale (art. 5)

Il decreto prevede, all'art. 5, che la disciplina prevista dagli articoli 2, 3 e 4 e quindi l'obbligo di prestare la garanzia fideiussoria e di contrarre una polizza assicurativa 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.

L'ambito di applicazione temporale della norma, quindi, dipende da un elemento estrinseco al contratto, costituito dal momento in cui è presentata la richiesta di provvedimento abilitativo.

La scelta normativa si giustifica in relazione alla ritenuta inopportunità di gravare i progetti edilizi già in corso di costi ulteriori, non preventivati nei relativi piani finanziari.

5. Il contenuto del contratto preliminare

5.1 Contratto preliminare (art. 6)

L'art. 6 del decreto contempla una serie di prescrizioni quanto al contenuto necessario di talune tipologie contrattuali.

Si osservi, comunque, che sebbene la disciplina relativa alla prestazione della garanzia fideiussoria e alla polizza assicurativa sia riferibile a tutti i contratti o agli atti aventi ad oggetto il trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale, la *rubrica* dell'art. 6 del decreto si riferisce unicamente al *contenuto del preliminare*.

Tuttavia, lo stesso *incipit* dell'articolo riprende la nozione più ampia, riferendosi al contratto preliminare e ad "ogni altro contratto che ai sensi dell'art. 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".

Ne deriva, pertanto, che il riferimento è, anche in questo caso, non solo al contratto preliminare (come indica la rubrica), ma a tutte le fattispecie negoziali sopra ricordate (vendita di fabbricato da costruire dedotto in contratto come cosa futura; vendita di fabbricato in corso di costruzione e di proprietà altrui; permuta di area con unità da costruire, ecc.).

Per tali contratti e atti si prevedono particolari prescrizioni. Essi infatti devono contenere:

- a) le indicazioni previste all'articolo 2659, primo comma, n. 1) (il cognome ed il nome, il luogo e la data di nascita e il numero di codice fiscale delle parti, nonché il regime patrimoniale delle stesse, se coniugate, secondo quanto risulta da loro dichiarazione resa nel titolo o da certificato dell'ufficiale di stato civile; la denominazione o la ragione sociale, la sede e il numero di codice fiscale delle persone giuridiche, delle società previste dai capi II, III e IV del titolo V del libro quinto e delle associazioni non riconosciute, con l'indicazione, per queste ultime e per le società semplici, anche delle generalità delle persone che le rappresentano secondo l'atto costitutivo) e all'articolo 2826, primo comma (la specifica designazione dell'immobile con l'indicazione della sua natura, del comune in cui si trova, nonché dei dati di identificazione catastale; per i fabbricati in corso di costruzione devono essere indicati i dati di identificazione catastale del terreno su cui insistono), del codice civile;
- b) la descrizione esatta 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 1;
- h) 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;
- 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'esistenza di eventuali imprese appaltatrici con l'indicazione per esse dei relativi estremi identificativi.

Al riguardo appare invero singolare come, la norma imponga l'indicazione degli estremi della fideiussione anche nel preliminare, oltre che nei definitivi che non importino il trasferimento immediato del bene. La quale fideiussione, quindi, dovrebbe sussistere ancor prima della stipula del preliminare.

Ai contratti preliminari vanno altresì allegati:

- a) il capitolato contenente le caratteristiche dei materiali da utilizzarsi, individuati anche solo per tipologie, caratteristiche e valori omogenei, nonché l'elenco di tutte le rifiniture e gli 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.

La norma, in ogni caso, non prevede un particolare regime sanzionatorio per l'omissione di uno o più dei sopra indicati elementi, lasciando pertanto agli interpreti l'arduo compito di individuare la disciplina applicabile (v. infra par. 5.4).

In ogni caso, poi, sembra potersi rilevare un problema di coordinamento di tale norma sul piano temporale, in quanto l'obbligo della fideiussione si applica per ai contratti e agli atti (come sopra individuati) relativi a immobili da costruire per i quali il titolo abilitativo sia stato richiesto successivamente all'entrata in vigore del decreto legislativo, mentre siffatta limitazione temporale (stabilita, come visto,

dall'art. 5) non è riferita anche all'art. 6.

Di qui diverse possibili alternative in sede di ricostruzione della disciplina: o estendere la portata del limite temporale indicato dall'art. 5 anche al contenuto del contratto *ex art. 6*, stante anche il riferimento agli estremi della fideiussione (che è obbligatoria solo per immobili con titolo abilitativo richiesto successivamente all'entrata in vigore del decreto); o ritenere l'art. 6 applicabile, per la parte in cui richiede la menzione della fideiussione, nei limiti in cui questa sia obbligatoria (e quindi solo per immobili da costruire il cui titolo abilitativo sia stato richiesto *successivamente* all'entrata in vigore del decreto), ferma restando l'applicabilità di tutte le altre prescrizioni dell'art. 6 per i contratti e atti che abbiano come finalità il trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale di godimento su un immobile da costruire per il quale il titolo abilitativo sia stato richiesto *prima* dell'entrata in vigore del decreto.

5.2 *Segue: in particolare, l'obbligo di indicare gli estremi del titolo abilitativo: la vendita sulla carta.*

Ad una prima lettura dell'art. 6 emerge come, in forza del richiamo operato dall'art. 2, nell'ambito delle tipologie negoziali cui l'obbligo di fideiussione appare applicabile rientri anche la vendita di cosa futura ⁽⁴⁴⁾.

Ciò sembrerebbe implicare, sul piano della complessiva ricostruzione della normativa, che dall'entrata in vigore del decreto legislativo non sarà più possibile dedurre come oggetto in un contratto di trasferimento della proprietà un fabbricato come cosa futura laddove questo non sia munito di provvedimento abilitativi (o quanto meno della sua richiesta), del quale dovrà farsi menzione in atto ⁽⁴⁵⁾.

Se si dovesse accedere alla ricostruzione che configura la nullità del contratto in caso di omissione delle menzioni di cui all'art. 6, ne dovrebbe derivare la scomparsa di una figura piuttosto diffusa nella prassi, con inevitabile compressione dell'autonomia privata.

V'è peraltro da chiedersi se fosse effettivamente questa la reale volontà del legislatore, posto che 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. D'altro canto, non si può fare a meno di rilevare, al riguardo, la particolare "debolezza" contrattuale (sia sul piano "economico", sia sul piano della consapevolezza dei risolti giuridici relative alle scelte effettuate) della parte acquirente.

In ogni caso, non sembra potersi escludere la legittimità dello strumento contrattuale della "vendita sulla carta" di un immobile da costruire, per il quale non sia stato ancora richiesto il titolo abilitativo, il cui acquirente sia un soggetto diverso

dalla persona fisica ai sensi dell'art. 1 (e v. anche la formulazione dello stesso art. 6, che si riferisce al contenuto del preliminare in cui acquirente sia una persona fisica"); circostanza che sembra dar luogo ad un'anomalia (accogliendo la tesi della nullità), in quanto la non deducibilità in contratto di un immobile per il quale il titolo abilitativo non sia stato ancora rilasciato (o richiesto) dipenderebbe dalla qualificazione soggettiva della parte acquirente.

Prima dell'entrata in vigore della normativa in oggetto, va ricordato come la giurisprudenza, nell'unico precedente rinvenuto, avesse affermato la nullità, per impossibilità dell'oggetto, del contratto "con il quale una parte cede un terreno all'altra, che si obbliga a trasferirle alcune parti di un complesso edilizio, da costruire nel terreno acquistato, in assenza di regolare concessione edilizia, atteso che ciò costituisce un impedimento giuridico assoluto della prestazione dovuta dall'acquirente del terreno, restando irrilevante la possibilità del successivo condono edilizio, i cui effetti restano circoscritti al rapporto con la pubblica amministrazione e non possono, quindi, influire retroattivamente sulla validità del negozio" ⁽⁴⁶⁾.

Diversa e più articolata era la posizione espressa nella prima circolare sul condono edilizio ⁽⁴⁷⁾, secondo cui, "se si ritiene che la vendita di cosa futura abbia un'efficacia semplicemente obbligatoria, questa non sarà assoggettabile alle prescrizioni della legge, similmente alla soluzione adottata per i preliminari.

Se si ritenga invece trattarsi di contratto ad efficacia reale differita, non essendone stata ancora iniziata la edificazione della «cosa futura» e mancando quindi *in rerum natura* quell'«edificio» cui ha riguardo la legge - vengono a mancare i presupposti stessi per la sua applicazione al momento della conclusione del contratto.

Va da sé che al contratto inerisce, quale condizione presupposta, il rispetto - al momento della edificazione - di quelle stesse prescrizioni che la legge richiede normalmente al momento della stipulazione del contratto; in caso contrario non si verificherà l'effetto traslativo".

5.3 Segue: il contratto preliminare e la normativa sul condono edilizio

Problemi analoghi – e certamente più rilevanti - possono poi porsi con riguardo al contratto preliminare e all'obbligo, previsto dalle lettere c) e f) dell'art. 6, di indicare rispettivamente 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 e 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.

È noto come – specie con riguardo a tale ultima prescrizione – nel sistema della legge 28 febbraio 1985, n. 47 e nel testo unico dell'edilizia (D.P.R. 6 giugno

2001, n. 380), le menzioni urbanistiche siano richieste per gli atti fra vivi che abbiano per oggetto il trasferimento, la costituzione o lo scioglimento di diritti reali, con l'implicita esclusione di quegli atti che, privi di effetti reali, importino esclusivamente effetti di carattere obbligatorio.

L'affermazione, più volte ribadita, secondo la quale le formalità negoziali previste dalla legge 47 a pena di nullità non s'applicano agli atti aventi effetti puramente obbligatori risulta essere, nonostante un iniziale orientamento contrario ⁽⁴⁸⁾, un dato acquisito tanto in dottrina ⁽⁴⁹⁾, quanto in giurisprudenza ⁽⁵⁰⁾.

La giurisprudenza non esclude, tuttavia, la rilevanza della irregolarità urbanistica del bene sulla validità del contratto ad effetti obbligatori; in questi casi, però, il vizio non consiste nella violazione dell'obbligo delle menzioni richieste dalla legge sul condono, ma attiene ad altri profili.

La Suprema Corte afferma, ad esempio, che,

- nella promessa di vendita, il promittente venditore ha l'obbligo di fornire la documentazione necessaria a comprovare la titolarità del diritto e la libertà del bene oggetto d'alienazione da vincoli e pesi pregiudizievoli, nonché, trattandosi di edificio, la regolarità amministrativa dello stesso, alla quale va aggiunto anche il certificato d'abitabilità ove trattisi di immobile con destinazione residenziale, che il venditore ha l'onere di procurarsi ⁽⁵¹⁾; ed ancora che,
- nonostante l'art. 40 legge n. 47 del 1985 consenta la stipula di un atto tra vivi con il quale venga trasferita la proprietà di un immobile costruito senza la necessaria licenza o concessione (o in difformità dalla stessa), purché l'alienante dichiari gli estremi della concessione in sanatoria o alleggi agli atti copia della relativa domanda, è tuttavia necessario che la situazione dell'immobile venga resa nota in sede di preliminare di vendita e accettata dal promissario acquirente, essendo evidente che un tale immobile, ancorché commerciabile, è pur sempre esposto al rischio del rigetto della domanda di concessione in sanatoria. Ne deriva che il promittente alienante - che abbia taciuto in sede di preliminare sulla pendenza della pratica di condono - deve ritenersi inadempiente, con conseguente legittimazione del promissario acquirente all'azione di risoluzione, a nulla rilevando che la concessione in sanatoria sia stata successivamente ottenuta ⁽⁵²⁾.

Ciò premesso appare evidente come lo scopo della menzione nel preliminare o in altro contratto fra quelli indicati nell'art. 2 del decreto non corrisponda alle finalità che sono alla base delle previsioni della normativa sul condono.

Nella legge 47 del 1985 la sanzione civilistica della nullità, diversamente graduata sino a consentire la conferma dell'atto viziato, si aggiunge alle sanzioni operanti sul piano penale ed amministrativo conseguenti ad una attività edilizia abusiva. La sanzione civilistica, infatti, concerne la mancanza delle menzioni del titolo a-

bilitativo ed interviene solo laddove l'omessa menzione attenga ad un intervento edilizio qualificabile come abuso primario.

Tale sanzione costituisce, per come è strutturata, il deterrente di maggiore freno rispetto all'abusivismo, perché la nullità dell'atto impedisce la commercializzazione del bene abusivo e, in sostanza, *inibisce* la realizzazione di qualsiasi interesse speculativo.

La normativa, peraltro, presuppone, a regime, la menzione del titolo abilitativo principale rilasciato, e non consente la commerciabilità di fabbricati per il quale questo sia stato solo richiesto (art. 46 del t.u. edilizia e art. 17 della legge 47/1985). In sostanza, è necessario che risultino, per dichiarazione dell'alienante, gli estremi del permesso di costruire, o della concessione edilizia o della denuncia di inizio attività o, infine, del permesso in sanatoria.

Nell'intesa che con tale ultima espressione ci si riferisce non solo ai fabbricati per i quali sia stato rilasciato il condono (la concessione in sanatoria o il permesso in sanatoria), ma anche a quelli oggetto di accertamento di conformità ai sensi dell'art. 36 del t.u. (che sostituisce l'art. 13 della legge 47). Per gli immobili soggetti all'accertamento di conformità si parla anche di "sanatoria a regime" perché si tratta di costruzione conforme allo strumento urbanistico e pertanto agevolmente sanabile dal Comune. Per l'accertamento di conformità non è prevista la c.d. circolazione provvisoria cioè la commerciabilità del bene nelle more dell'accertamento.

Ed è solo per l'ipotesi di richiesta di provvedimento di sanatoria attraverso il condono edilizio che è eccezionalmente ammessa la circolazione giuridica del fabbricato con condono in itinere, cioè in base all'art. 40 della legge 47/1985, non abrogato dal t.u. edilizia, trovando altresì applicazione, sul piano delle formalità, l'art. 2, comma 58, della legge 662/1996.

La formulazione dell'art. 6, viceversa, sembra sì assecondare, ma solo in via mediata, l'interesse alla repressione dell'abusivismo edilizio, in quanto la finalità primaria della norma dovrebbe attenere

- da un lato alla corretta informazione dell'acquirente in ordine alla edificabilità del fabbricato, sebbene la precisazione relativa alla menzione, in alternativa a quella degli estremi del titolo abilitativo, degli estremi della sua richiesta potrebbe indicare che ciò è vero solo in parte, poiché l'esito della richiesta stessa potrebbe esser negativo. Sotto tale profilo, in sostanza, la normativa del testo unico dell'edilizia (che per l'edificazione richiede la menzione di un titolo abilitativo già perfezionato mentre non è sufficiente la semplice richiesta, che vale solo per il caso di condono) e quella della tutela dell'acquirente non sembrano coincidere; e,
- dall'altro lato, più verosimilmente, a "rafforzare" nell'acquirente l'idea della serietà dell'intento del costruttore in ordine alla programmata edificazione, a-

vendo quest'ultimo richiesto (o ottenuto) anche il rilascio del titolo abilitativo.

Da quanto sopra sembra potersi escludere un riflesso diretto della normativa sulla tutela dell'acquirente sull'interpretazione delle norme in materia urbanistica: non si può in sostanza affermare che l'art. 6 del decreto rappresenti una sorta di interpretazione autentica del disposto degli artt. 46 del testo unico e 17 della legge sul condono che sono e continuano ad esser riferibili solo agli atti ad effetti reali e non anche a quelli con effetti meramente obbligatori.

5.4 Segue: le possibili sanzioni

Risulta a questo punto determinante valutare quali siano le possibili sanzioni in caso di violazione dell'art. 6 del decreto, e cioè se la mancanza di una delle indicazioni che devono risultare dal contratto dia o meno luogo a nullità.

È d'obbligo tuttavia la premessa che, trattandosi di una disposizione nuova, le possibili soluzioni restano in questa fase "aperte", per cui si darà qui conto delle diverse ricostruzioni che sono state prospettate.

Secondo una prima impostazione, la violazione del disposto dell'art. 6 costituirebbe violazione di norma imperativa (in questo senso farebbe propendere la terminologia utilizzata dal legislatore con l'espressione "devono contenere"), in quanto posta a tutela di un interesse di carattere generale.

Si tratterebbe, in altre parole, di una fattispecie inquadrabile nell'ambito della nullità virtuale e quindi del 1° comma dell'art. 1418 c.c., che detta una sorta di norma di chiusura facendo generico riferimento alla contrarietà a norme imperative, salvo sia disposto diversamente dalla legge.

Per aversi nullità per contrarietà a norme imperative non occorre quindi che la sanzione della nullità sia specificatamente prevista ⁽⁵³⁾.

Il problema è qui quello di verificare se l'art. 6 integri effettivamente un'ipotesi di violazione di norma imperativa, posto che se per la violazione di una norma imperativa non è prevista espressamente la nullità, occorre controllare la natura della disposizione violata: *bisogna* cioè indagare se la norma è diretta a tutelare un interesse pubblico generale ⁽⁵⁴⁾.

È noto come assume carattere imperativo la norma posta a tutela di un interesse pubblico: se si accerta che gli interessi che la norma vuole proteggere siano generali, trascendano le parti negoziali, o comunque che la norma tende alla protezione di fini fondamentali dell'ordinamento giuridico, allora vi è imperatività e conseguentemente il divieto, per le parti, di derogare, nell'esercizio della loro autonomia, alla regola legislativa.

Nel caso di specie si tratterebbe di norma che tutela direttamente un interesse particolare – quello dell'acquirente – ma anche quello generale, costituzionalmente

garantito, dell'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione (art. 47, comma 2, Cost.).

Nell'ambito di coloro che si muovono nel senso della nullità vi è poi chi evidenzia come la normativa a tutela dell'acquirente sia di ordine pubblico; più precisamente, del c.d. *ordine pubblico di protezione*, finalizzato 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. Come tale, 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. Ne deriva, pertanto, che la disposizione dell'art. 6 va tendenzialmente interpretata come norma imperativa, alla quale si ricollega una nullità virtuale: trattandosi però di disposizione che solo in via indiretta e mediata assicura protezione ad un interesse generale, quello del buon funzionamento del mercato immobiliare, mentre l'interesse protetto in via principale è quello di un contraente (l'acquirente), ecco che questa nullità virtuale si configura anche come nullità relativa, quale sanzione della violazione di obblighi conformativi del contenuto del contratto.

Il che tuttavia non esclude che sia possibile una differenziazione tra le singole previsioni contenute nell'articolo 6 in esame, alcune soltanto delle quali sono definibili come norme imperative in senso tecnico: ad esempio, la nullità relativa non opererebbe per la mancata indicazione dei termini massimi di esecuzione della costruzione, in quanto ciò non costituisce un grave pregiudizio dell'interesse dell'acquirente tenuto conto dell'esistenza di una norma suppletiva in materia, dettata dall'art. 1183 c.c., attivabile dall'interessato; o ancora, per la mancata indicazione degli estremi della fideiussione, menzione di natura formale e che è prevista 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, per cui si tratterebbe di prescrizione di natura meramente ordinatoria, in quanto priva di autonoma sanzione, salvo affermare, 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 ⁽⁵⁵⁾.

Anche accedendo alla tesi che rinviene nella violazione del contenuto dell'art. 6 un'ipotesi di nullità virtuale relativa, sembrano doversi escludere eventuali riflessi sul successivo contratto traslativo, perché pur essendo l'azione di nullità imprescrittibile, questa non potrebbe essere esercitata, in quanto, dopo che il fabbricato è stato ultimato, e/o dopo che lo stesso è stato alienato a terzi, vi osterebbe la mancanza dell'interesse ad agire, ex art. 100 c.p.c..

Altri ritengono che dalla mancata osservanza dell'art. 6 possa derivare solo un

obbligo di rinegoziare il contenuto del contratto in modo da adeguarlo alle prescrizioni di legge, per cui il costruttore - parte "forte" del rapporto contrattuale - sarebbe obbligato, su richiesta dell'acquirente, a rinegoziare (quindi ad instaurare apposite trattative, e a stipulare un nuovo contratto modificativo), al fine di recepire le indicazioni, prescritte dall'art. 6 del decreto legislativo, eventualmente non riportate nel contratto originario. La fonte di quest'obbligo andrebbe 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 (risoluzione del contratto), oltre alla richiesta di risarcimento dei danni, nel caso in cui il costruttore si rifiutasse di addivenire al contratto modificativo.

Per altri ancora, 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 protettiva. In secondo luogo 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 ⁽⁵⁶⁾. 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 obbligazioni, salvo il limite costituito dall'ipotesi in cui difettino elementi essenziali del negozio, circostanza che dà luogo a nullità.

Per altri, dovrebbe essere esclusa la annullabilità, che potrebbe venire in questione solo se il promissario acquirente fosse in grado di dimostrare che il suo consenso sia stato dato per errore, e che tale errore, sempre che possa considerarsi "essenziale" ai sensi e per gli effetti di cui all'art 1429 c.c., sia stato determinato proprio dalla mancanza di taluno degli elementi prescritti dall'art. 6.

Andrebbe esclusa, del pari, la nullità, non essendo la norma diretta alla tutela di un interesse pubblico e generale e mancando qualsiasi espressa sanzione in tal senso (laddove, peraltro, il legislatore, quando ha richiesto un requisito formale a pena di nullità del contratto lo ha sempre stabilito espressamente).

Sarebbe escluso altresì il recesso, che qui non trova alcun riscontro in una previsione legale.

Non si potrebbe, infine, ricorrere al rimedio della risoluzione per inadempimento, perché non si è in presenza di un inadempimento di un obbligo discendente dal contratto o dalla legge per effetto della stipula del contratto, ma che concerne lo stesso momento genetico del contratto.

Le conseguenze, allora, dovrebbero esser ricondotte solo sul piano della responsabilità precontrattuale del costruttore, con la conseguenza che al promissario acquirente non resterebbe che chiedere al promittente venditore il risarcimento dei danni subiti, dovendosi comunque far rientrare la fattispecie considerata nell'ambito

di applicazione dell'art 1337 c.c., con particolare riferimento alla violazione del "dovere di informazione", inteso come "dovere di comunicare alla controparte gli elementi necessari per formarsi una idea esatta del contratto" (atti d'obbligo, convenzioni urbanistiche, vincoli urbanistici, formalità pregiudizievoli, titoli abilitativi edilizi ecc), la cui conoscenza consente al promissario acquirente di valutare, in maniera consapevole e completa, l'opportunità o meno di addivenire alla conclusione del contratto ⁽⁵⁷⁾.

Diverse, quindi, le possibili ricostruzioni e diverse le conseguenze sul piano sistematico: ove si opti per le tesi della nullità (assoluta o relativa) se ne dovrebbe trarre la conclusione, per l'ipotesi, qui presa esemplificativamente in considerazione, della "vendita sulla carta", che la novella, con l'imporre l'indicazione (a pena di nullità) degli estremi del titolo abilitativo (o della sua richiesta) ne inibisce ormai il ricorso (ovviamente allorché vi sia un soggetto "acquirente" nel senso precisato dalle ricordate "definizioni"). Ove, viceversa, si acceda ad una soluzione che escluda la nullità, sarebbe ancora possibile dedurre in contratto un bene da costruire per il quale non sia stato ancora neppure richiesto il titolo abilitativo (cosa che peraltro, anche dopo la novella, pare consentita ove acquirente sia un soggetto non persona fisica) (sul punto, par. 5.2).

Nella fase di prima applicazione della norma, tuttavia, sembra logico invitare il professionista, anche in considerazione di tali incertezze interpretative, a prestare una scrupolosa attenzione al contenuto del contratto, rispettando quanto più possibile il dettato dell'art. 6.

Si rammentano, infine, le controversie interpretative riguardanti l'ambito applicativo della disciplina dettata all'art. 6 (v. supra, parr. 1.1 e 4).

6. Il frazionamento dell'ipoteca fondiaria e l'obbligo di cancellazione

6.1 Frazionamento dell'ipoteca fondiaria (art. 7)

Il decreto legislativo prevede alcune modificazioni e integrazioni all'art. 39 del decreto legislativo 1° settembre 1993 n. 385.

Ricordiamo come la legge delega imponesse al legislatore delegato, all'art. 3, lett. n), di 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 ⁽⁵⁸⁾.

Con l'art. 7 del decreto legislativo, il comma 6 dell'art. 39 del T.U.B. viene riformulato prevedendosi che "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".

Il legislatore delegato, novellando l'art. 39, assicura quindi tutela all'acquirente nel solo caso in cui il costruttore abbia acceso un finanziamento (essenzialmente un mutuo) fondiario per finanziare la costruzione ⁽⁵⁹⁾; mentre nessun diritto è approntato per l'acquirente o promissario acquirente al frazionamento di un mutuo non fondiario e della relativa ipoteca ⁽⁶⁰⁾.

L'art. 39 del T.U.B., come noto, costituisce una deroga al principio di indivisibilità dell'ipoteca, stabilendo un vero e proprio diritto potestativo in capo al debitore (e al terzo acquirente) al frazionamento nel caso di credito fondiario ⁽⁶¹⁾.

L'innovazione, qui, consiste sostanzialmente nell'ampliamento della sfera dei soggetti cui viene riconosciuto il diritto (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) nonché nella precisazione che il frazionamento presuppone che per l'edificio o complesso condominiale sia possibile l'accatastamento delle singole porzioni che lo costituiscono.

I primi interpreti hanno rilevato la necessità dell'accollo del mutuo in capo all'acquirente o promissario acquirente quale presupposto per il sorgere del diritto al frazionamento, per il loro interesse a circoscrivere, con effetto anche nei confronti della banca, il loro debito e a limitare l'estensione della garanzia di cui è oggetto la loro porzione limitatamente al proprio debito e non anche ai debiti altrui.

Infatti, sebbene la norma non richieda espressamente, ai fini 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 al frazionamento - si desume chiaramente dal contesto del comma 6 dell'art. 39: 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 significa che in assenza di accollo del mutuo nessun diritto al frazionamento sorge in capo al terzo acquirente o promissario acquirente ⁽⁶²⁾.

Va altresì rilevato come, stante l'inserimento della norma nel T.U.B, il promissario acquirente sia tale a prescindere dalla sua forma giuridica, quindi, non solo

una persona fisica (come l'acquirente di cui alle definizioni contenute nella legge delega e nel decreto legislativo), ma anche una persona giuridica o una società ⁽⁶³⁾.

Inoltre, dal riferimento all'“edificio o complesso condominiale per il quale può ottenersi l'accatastamento delle singole porzioni” si desume che il diritto sorge non appena le porzioni siano accatastabili, momento la cui determinazione, non s'è mancato di rilevare, appare invero difficile ⁽⁶⁴⁾.

Il diritto ad ottenere il frazionamento è peraltro limitato alla porzione di fabbricato acquistata o promessa in acquisto o in assegnazione, per cui v'è il dubbio che il soggetto mutuante non possa opporre al richiedente un ritardo fondato sull'opportunità di suddividere l'intero mutuo anche fra gli altri aventi diritto; il che dà luogo al rischio dell'instaurazione di diverse e sovrapposte procedure di frazionamento ⁽⁶⁵⁾.

Il secondo periodo del comma 6 – che nell'attuale testo prevede che “il conservatore dei registri immobiliari annota la suddivisione e il frazionamento a margine dell'iscrizione presa” – viene invece ripreso nel comma 6 *quater* e parzialmente riformulato precisandosi che 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, ampliandosi quindi il contenuto della annotazione.

Nell'art. 39 T.U.B., vengono altresì inseriti altre tre commi.

Si stabilisce, anzitutto, che la banca deve provvedere entro 90 giorni (120 giorni se la richiesta riguarda un finanziamento da suddividersi in più di cinquanta quote) dalla richiesta di suddivisione in quote del finanziamento, richiesta che deve esser corredata da documentazione idonea a comprovare l'identità del richiedente, la data certa del titolo (cioè quello da cui nasce il diritto dell'acquirente o del promissario acquirente, e verosimilmente ciò presuppone o l'autenticità del titolo o, quanto meno, la sua registrazione) e l'accatastamento delle singole porzioni per le quali è richiesta la suddivisione del finanziamento (comma 6 *bis*).

Ove la banca non provveda entro detto termine, il richiedente può presentare ricorso al presidente del tribunale nella cui circoscrizione è situato l'immobile. Il presidente del tribunale, ove accolga il ricorso, designa un notaio che, anche avvalendosi di ausiliari, redige un atto pubblico di frazionamento sottoscritto esclusivamente dal notaio stesso.

Si prevede quindi un atto pubblico, senza “parti”, con sottoscrizione del solo notaio; un documento che potrebbe esser ricostruito come un atto “tecnico”, meramente realizzativo di un impegno già altrove assunto (richiesta di suddivisione) e che pertanto, non contenendo alcuna manifestazione di volontà, prescinderebbe dalla presenza delle “parti” e del quale la dottrina ha evidenziato la natura giudiziale-esecutiva ⁽⁶⁶⁾. Secondo alcuni, poi, il notaio, che interviene su delega del presi-

dente del tribunale, avrebbe una funzione sostanziale di arbitratore ai sensi dell'art. 1349 c.c., nella misura in cui deve adottare decisioni relative alla formazione dei lotti da frazionare, ed alla corrispondenza dei lotti stessi a determinati importi del mutuo da rimborsare ⁽⁶⁷⁾.

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.

Infine, si prevede che, 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.

6.2 Il divieto per il notaio di ricevere atti di compravendita in assenza di cancellazione o frazionamento di ipoteche (art. 8)

L'art. 8 vieta al notaio di ricevere l'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 norma è volta a risolvere il problema della tutela dell'acquirente a fronte di iscrizioni ipotecarie, 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 ⁽⁶⁸⁾.

Dunque, da un lato le modifiche introdotte all'art. 39 del T.U.B. consentono in ogni momento al promissario acquirente di ottenere il frazionamento dell'ipoteca; dall'altro l'art. 8 dello schema di decreto individua il momento della stipula del definitivo come limite temporale massimo per procedere all'operazione in parola. L'affermazione necessita tuttavia di una precisazione.

L'ambito applicativo delle due disposizioni non è infatti coincidente: l'art. 7, modificando la disciplina dell'art. 39 T.U.B. ha come essenziale riferimento il mutuo fondiario. L'art. 8, prescindendo da qualsiasi intervento sul T.U.B. si riferisce anche alle operazioni di finanziamento ordinarie (non fondiarie) ⁽⁶⁹⁾.

V'è, anzitutto, da chiedersi quale sia l'ambito applicativo dell'art. 8.

Se, infatti, come si è accennato, le modifiche introdotte all'art. 39 T.U.B. consentono agevolmente di ritenere che queste riguardino il credito fondiario a prescindere dal fatto che soggetto mutuante sia un acquirente ai sensi della normativa in commento, più complesso è il discorso per l'art. 8, che pone un divieto per il notaio, con conseguenti problemi di responsabilità disciplinare ex art. 28 L.N. in caso di sua inosservanza.

Qui, infatti, la disposizione non viene inserita nel T.U.B., per cui il dubbio concerne la portata generale o meno del divieto ivi sancito.

Sono in sostanza possibili due ricostruzioni:

- a) da un lato non può escludersi che il legislatore delegato abbia ecceduto i poteri conferitigli estendendo la portata dell'art. 8 al di là delle ipotesi di tutela di acquirenti di immobili in costruzione.

Una ricostruzione che si esporrebbe ovviamente al rilievo di incostituzionalità per eccesso di delega.

In tal senso, tuttavia, potrebbe far propendere, in primo luogo, l'assenza di qualsivoglia elemento testuale direttamente riconducibile alle definizioni contenute sia nella legge 210 che nel decreto legislativo, posto che l'unico termine che si avvicina alle definizioni è l'"immobile" su cui gravano pignoramento e ipoteca, senza alcuna precisazione in ordine alla circostanza che questo sia "da costruire o in corso di costruzione".

In secondo luogo il legislatore delegato non fa riferimento alle diverse tipologie negoziali evocate dalla legge delega e dallo stesso decreto, ma limita testualmente l'ambito applicativo alla compravendita, che non esaurisce chiaramente le fattispecie delle quali ci si è sin qui occupati.

- b) dall'altro lato v'è chi ritiene impensabile che la norma attuativa possa avere un ambito di applicazione più ampio di quello previsto dalla legge delega e quindi l'art. 8 sia da contestualizzare nell'ambito del provvedimento di cui è parte e dovrà ritenersi applicabile solo al caso di ipoteca accesa a garanzia del mutuo del costruttore e nei limiti in cui questa venda ad una persona fisica⁽⁷⁰⁾. Nell'alternativa tra un'interpretazione che conduca alla sicura incostituzionalità della norma, ed un'altra che tale conseguenza eviti – si privilegia senz'altro la seconda, operando pertanto una "interpretazione correttiva" 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 pie' sospinto, i requisiti soggettivi ed oggettivi che legittimano l'applicazione delle disposizioni del decreto, ritenendo al contrario sufficiente averne definito l'ambi-

to di applicazione all'articolo 1 del decreto medesimo ⁽⁷¹⁾.

Inoltre, come accennato, non essendosi intervenuti nell'ambito del T.U.b, il mutuo di cui all'art. 8 non è specificamente il mutuo fondiario, ma può essere qualsiasi mutuo ipotecario, anche ordinario, purché inerente ad un programma economico di edificazione, con la conseguenza che:

- il divieto si applica: 1) sia ad un mutuo ipotecario fondiario, sia ad un mutuo ipotecario ordinario (non fondiario), purché acceso dal costruttore; 2), probabilmente, anche a fattispecie contrattuali diverse dalla compravendita, purché dirette a fare acquistare un immobile da costruire; 3) indifferentemente dalla forma utilizzata per la stipula sia all'atto pubblico che alla scrittura privata autenticata 4) ad un mutuo ipotecario (fondiario o ordinario), acceso dal costruttore, relativo ad un bene non frazionabile
- il divieto, invece, non si applica: 1) ad un mutuo ipotecario (ordinario o fondiario) acceso da un "privato", anche se ha per oggetto un immobile da costruire; 2) ad un mutuo ipotecario (ordinario o fondiario) acceso da un imprenditore immobiliare non costruttore (ad es. il c d. "frazionatore"); 3) quando acquirente è soggetto diverso da una "persona fisica" ⁽⁷²⁾.

È necessario, peraltro, precisare che, anche assumendo il riferimento alla compravendita, pure inteso come paradigma di ulteriori tipologie negoziali, deve escludersi che il divieto possa estendersi anche al contratto preliminare, che non produce effetto traslativo e nel quale l'intervento notarile è solo eventuale. Il divieto, in definitiva si applica, secondo tale ricostruzione, in difetto di cancellazione o frazionamento, a tutti i contratti ad effetti reali differiti, aventi ad oggetto immobili da costruire nei casi previsti dalla legge n. 210/2004 ⁽⁷³⁾.

La tutela dell'acquirente ne risulterebbe, 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 (art. 8);
- nei confronti del soggetto 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 (art. 7) ⁽⁷⁴⁾.

In particolare, poi, ove il costruttore abbia finanziato l'intervento edilizio con un mutuo fondiario, il combinato disposto dell'art. 39, comma 7 come novellato e dell'art. 8 dello schema di decreto sembra creare difficoltà applicative nel caso in cui questi intenda procedere alla vendita dell' immobile, le cui singole porzioni non sia-

no ancora accatastate. In tal caso, infatti, se non è possibile procedere al frazionamento, la stessa possibilità di vendere l'appartamento potrebbe restare preclusa.

Analogo problema invece, non sembra porsi nel caso in cui il finanziamento sia avvenuto con mutuo ipotecario ordinario, posto che non esiste alcuna limitazione nella legge e quindi appare consentito il frazionamento (e la conseguente vendita) a prescindere dall'accatastamento della porzione di fabbricato.

Al momento, tuttavia, non essendo possibile pervenire ad una soluzione certa, appare opportuno osservare una certa cautela nell'interpretare l'ambito applicativo dell'art. 8 in senso restrittivo, essendo dubbio se esso si esaurisca effettivamente nella sola tutela degli acquirenti di immobili da costruire.

Il divieto opera laddove, 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 prima ipotesi (frazionamento in quote del finanziamento) andrebbe riferita al caso in cui l'acquirente si sia accollato una quota del mutuo contratto dal costruttore, per cui il mancato frazionamento comporterebbe la responsabilità solidale dell'acquirente per l'intero debito contratto dal costruttore medesimo. Secondo i primi approfondimenti, il diritto ad ottenere il frazionamento, che l'art. 7 riconosce al promissario acquirente, diviene irrinunciabile in prospettiva del contratto traslativo (art. 8) ⁽⁷⁵⁾.

La seconda ipotesi si riferisce al caso in cui la stessa ipoteca (sia, come detto, per finanziamenti fondiari, sia a garanzia di mutui ordinari; sia se trattasi di ipoteche volontarie, che si ipoteche giudiziali e legali ⁽⁷⁶⁾) sia stata contratta a garanzia di un debito che non viene accollato all'acquirente: in tal caso la legge sostanzialmente impedisce di mantenere il debito in capo al venditore, nonché che questi si obblighi 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 ⁽⁷⁷⁾.

Va al riguardo precisato come la novella non imponga la cancellazione o il frazionamento dell'ipoteca, ma il perfezionamento di un titolo per la cancellazione o il frazionamento anteriore o coevo all'atto di trasferimento. Di qui l'opportunità (ma non l'obbligatorietà) che degli estremi di tale titolo siano menzionati in atto.

Si pone, inoltre, il problema della sorte dell'atto che fosse comunque ricevuto (o autenticato) dal notaio in assenza del frazionamento o del titolo per la cancellazione: ferma restando la responsabilità (disciplinare *ex art. 28 L.N.*, posto che il divieto ha come destinatario il professionista) del notaio, discusse sono conseguenze sul contratto. Conseguenze ulteriori che la dottrina dà comunque per scontate, po-

sto che altrimenti la norma potrebbe esser facilmente elusa, evitando il ricorso alla forma autentica e richiedendo l'accertamento giudiziale della sottoscrizione della semplice scrittura privata.

Si ripropone anche qui, almeno in parte, la stessa gamma di ricostruzioni prospettate con riferimento all'art. 6, e quindi nullità assoluta, nullità virtuale relativa derivante dalla violazione di una norma di protezione, ecc.

7. Il diritto di prelazione in caso di esecuzione forzata immobiliare

7.1 Diritto di prelazione (art. 9)

L'art. 9 dello schema di decreto disciplina il caso in cui un immobile sia stato consegnato all'acquirente e da questi adibito ad abitazione principale per sé o per un proprio parente in primo grado, e successivamente sia oggetto di esecuzione forzata immobiliare.

Anche in tal caso, come già osservato relativamente all'art. 1, lett. a), appare singolare la mancata menzione del coniuge.

In tal caso, anche qualora sia stata escussa la fideiussione, è riconosciuto all'acquirente 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).

Il riferimento alla fideiussione consente di circoscrivere l'ambito applicativo dell'art. 9 unicamente agli "immobili da costruire".

L'autorità che procede alla vendita dell'immobile comunica all'acquirente, con atto notificato a mezzo ufficiale giudiziario, la 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.

Si è peraltro rilevato come l'operatività della norma richieda che "l'autorità incaricata della vendita sia a conoscenza dei presupposti del diritto di prelazione (precedente cessione ad opera di un "costruttore" ad un soggetto definibile come "acquirente", di un "immobile da costruire"; utilizzo come abitazione principale a favore dei soggetti indicati all'art. 9). Tutte circostanze che possono non risultare dagli atti del processo esecutivo. Cosicché deve ritenersi che il giudice, ed il notaio delegato, non abbiano alcun obbligo di offerta in prelazione nel caso in cui tutti i suddetti elementi non risultino dagli atti esecutivi, o comunque non siano stati ad essi comunicati da parte dell'acquirente" ⁽⁷⁸⁾.

Il diritto di prelazione deve essere esercitato, a pena di decadenza, entro il termine di dieci giorni dalla ricezione della comunicazione offrendo, con atto notifi-

cato a mezzo ufficiale giudiziario all'autorità che procede alla vendita dell'immobile, condizioni uguali a quelle comunicategli.

Il quarto comma dell'art. 8 disciplina l'ipotesi in cui il prezzo pagato dall'acquirente, a seguito dell'esercizio del diritto di prelazione, risulti inferiore alle somme riscosse in sede di escussione della fideiussione. In tal caso 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. Si vuole evitare, in tal modo, un indebito arricchimento dell'acquirente. Tuttavia, qualora l'immobile acquistato non abbia caratteristiche corrispondenti a quelle indicate nel contratto, si rende necessaria apposita stima per determinare se sussista un'eccedenza da restituire al fideiussore.

Il mancato esercizio della prelazione nelle modalità indicate esclude la possibilità di esercizio del diritto di riscatto nei confronti dell'aggiudicatario.

8. Le novità in materia di fallimento

Le novità normative introdotte in materia fallimentare non hanno un'efficacia circoscritta all'ambito della disciplina delle procedure concorsuali.

Esse sono, infatti, idonee ad avere riflessi sulla tecnica redazionale di contratti aventi per oggetto "immobili da costruire", in quanto il contenuto di determinate clausole dovrà essere formulato tenendo presenti gli effetti derivanti dall'eventuale insolvenza dell'imprenditore, regolati secondo la nuova disciplina.

Inoltre, solo avendo riguardo ai meccanismi giuridici che stabiliscono i rapporti tra l'escussione della garanzia fideiussoria e le procedure concorsuali può comprendersi pienamente lo spirito del provvedimento in esame.

8.1 Esenzioni e limiti alla esperibilità dell'azione revocatoria fallimentare (art. 10)

L'art. 10 del decreto introduce una profonda novità in tema di azione revocatoria fallimentare.

Si escludono, infatti, dall'ambito di applicabilità della revocatoria fallimentare, "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 impegna a stabilire, entro dodici mesi dall'acquisto o dall'ultimazione degli stessi, la residenza propria o di suoi parenti o affini entro il terzo grado, se posti in essere al giusto prezzo da valutarsi alla data della stipula del preliminare". Non sono revocabili, inoltre, i pagamenti dei premi e commissioni relativi ai contratti di assicurazione e fideiussione di cui agli articoli 3 e 4, qualora effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso.

Non si può fare a meno di osservare come l'ambito di applicazione dell'esenzione dalla revocatoria non coincida con il resto delle misure di tutela previsti a favore degli acquirenti degli "immobili da costruire" nel decreto legislativo. In esame. Ai sensi dell'art. 1, infatti, sono ammessi a godere della garanzia fideiussoria, dell'assicurazione obbligatoria e del diritto di prelazione coloro che acquistino un immobile per sé o per un parente in primo grado, mentre l'ambito di tutela offerto dall'art. 10 comprende gli acquisti effettuati per parenti o affini fino al terzo grado.

I presupposti dell'esclusione dalla revocatoria sono delineati in maniera tale da tutelare in modo più incisivo gli interessi di coloro che abbiano acquistato *un immobile da costruire*, allo scopo di procurare a sé o ai propri familiari o affini l'abitazione principale.

Deve sussistere, inoltre, un ulteriore requisito, e cioè che l'immobile sia stato acquistato "al giusto prezzo", in modo tale da evitare che della norma possa farsi un uso strumentale, a danno della *par condicio creditorum*.

Viene spontaneo rilevare come tale innovazione potrà certamente avere dei riflessi, con riguardo alla valutazione della congruità del prezzo, nei confronti della "trasparenza" della sua indicazione.

8.2 L'esenzione dalla revocatoria nella tutela degli acquirenti di immobili da costruire e nella legge fallimentare

Si osserva, tuttavia, come il regime della revocatoria risulti al momento già modificato in forza dell'art. 2, primo comma, del decreto legge 14 marzo 2005, n. 35, recante *Disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale* (c.d. decreto competitività, convertito in l. 14 maggio 2005, n. 80).

Nel riformulare il testo dell'art. 67 l. fall., oltre a dimezzare i c.d. "periodi sospetti", si esclude l'assoggettamento alla revocatoria per varie ipotesi, tra le quali figurano "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" (art. 67, comma terzo, lett. c), l. fall.).

Occorre, a questo punto, individuare i profili di differenza tra le due norme.

In primo luogo (diversamente da quanto previsto nella prima bozza del decreto legislativo che, riferendosi genericamente agli "immobili ad uso abitativo", appariva in palese eccesso di delega), la norma di cui al decreto legislativo opera solo con riguardo agli "immobili da costruire" (circostanza delicata, sulla quale ci si soffermerà tra breve), mentre la disposizione della legge fallimentare trova applicazione generalizzata.

In secondo luogo, l'art. 10 del decreto legislativo si riferisce agli "atti a titolo

oneroso che hanno per effetto il trasferimento della proprietà o di altro diritto reale”, mentre l’art. 67 contempla unicamente le “vendite”. La *ratio* di tutela dell’acquirente di un immobile da adibire a casa di abitazione, che ispira inequivocabilmente entrambe le norme, potrebbe condurre ad un’interpretazione estensiva dell’art. 67 l. fall. ⁽⁷⁹⁾. Tale soluzione appare senz’altro condivisibile; resta soltanto da auspicare che essa sia recepita anche nelle future applicazioni giurisprudenziali.

Anche con riguardo alle modalità prescelte per individuare la “destinazione abitativa” dell’immobile si registrano scelte differenti: nell’art. 10 del decreto legislativo si fa riferimento ad un impegno da parte dell’acquirente, che deve risultare in atto, a stabilire, entro dodici mesi dall’acquisto o dall’ultimazione dell’immobile, la residenza propria o di suoi parenti o affini entro il terzo grado; nell’art. 67 della l. fall. si precisa unicamente che gli immobili debbano essere “destinati a costituire l’abitazione principale dell’acquirente o di suoi parenti e affini entro il terzo grado”.

Entrambe le norme, inoltre, fanno riferimento al concetto di “giusto prezzo”; tuttavia, solo nel decreto legislativo si precisa che la valutazione deve essere effettuata alla data di stipula del preliminare (su questo punto, v. *infra* par. 8.4).

8.3 Segue: l’operatività della norma - Valutazione comparativa dell’esenzione della revocatoria ex art. 10 del decreto ed ex art. 67, comma terzo, lett. c) della l. fall.

La novellazione dell’art. 67 l. fall., intervenuta tra l’emanazione della legge delega e quella del decreto legislativo, appare sminuire la portata dell’esenzione da revocatoria disciplinata all’art. 10 ⁽⁸⁰⁾.

Poiché, infatti, l’ambito applicativo della disposizione di cui alla legge fallimentare appare più ampio, potrebbe *prima facie* rilevarsi forse la superfluità dell’art. 10 del decreto legislativo nel sistema.

Tuttavia, date le lievi divergenze di formulazione delle due norme, pare opportuno procedere ad una verifica analitica dei possibili spazi di operatività, in modo tale da individuare ipotesi nelle quali l’esenzione di cui all’art. 10 possa spiegare *ex se* i propri effetti.

La circostanza che l’art. 10 si riferisca espressamente al fenomeno “immobili da costruire” contribuisce a ridurre ulteriormente l’ambito entro il quale la norma sarà destinata a spiegare i propri effetti, in quanto numerosi schemi negoziali legati alla contrattazione di questo tipo di immobili ne resteranno inevitabilmente esclusi.

La possibilità di “stabilizzare” l’effetto dell’acquisto, attraverso la previsione di cui all’art. 10, presuppone che l’operazione in esame sia soggetta a revocatoria, e dunque che l’acquisto si sia verificato.

Se non si sono prodotti gli effetti traslativi – come nel caso del contratto pre-

liminare.- la tutela della posizione dell'acquirente che abbia già eseguito in tutto o in parte le obbligazioni a proprio carico avverrà attraverso altri strumenti.

Si tornerà sul problema esaminando l'art. 72, I. fall. (v. *infra* par 8.6).

Analogo discorso deve farsi per la vendita con riserva di proprietà, qualora non sia stato ultimato il pagamento del prezzo.

Per quanto riguarda la vendita di cosa futura (o la permuta di bene presente con bene futuro), poiché l'effetto traslativo si verifica nel momento in cui il bene viene ad esistenza, l'acquisto del bene potrà dirsi "sicuro" per l'acquirente (e dunque esente da revocatoria) solo qualora sia avvenuto il passaggio della proprietà; in caso contrario, troveranno applicazione le norme di cui agli artt. 72 e 72-*bis* (v. *infra* par. 8.6) della I. fall.

Sotto questo profilo si rileva l'esistenza di interessi confliggenti, quanto alla determinazione contrattuale del momento in cui dovrà verificarsi l'effetto traslativo.

Si è già osservato (v. par. 2.7), per quanto concerne l'estensione della garanzia fideiussoria (il cui effetto cessa al verificarsi del momento traslativo), come possa essere opportuno stabilire nel contratto il verificarsi del momento traslativo al raggiungimento dello stadio di avanzamento dei lavori corrispondente al valore delle somme versate anticipatamente, in modo tale da non perdere la garanzia fideiussoria.

Quindi, ad esempio, dedurre nel contratto che l'immobile, ai fini del verificarsi dell'effetto traslativo, si intenderà venuto ad esistenza al momento del rilascio del certificato di agibilità.

Sulla scorta, infatti, dell'unico riferimento normativo idoneo a dare indicazioni circa il momento in cui un edificio possa dirsi esistente, l'art. 2645-*bis*, l'effetto traslativo potrebbe determinarsi nel momento in cui siano realizzate le mura perimetrali e completata la copertura, comportando dunque una cessazione *ex lege* della fideiussione, a fronte magari dell'anticipo di somme relative all'ultimazione dei lavori, che non risulterebbero più coperte da garanzia. A tal fine, pertanto, si era rilevata l'opportunità di una determinazione contrattuale dell'effetto traslativo al momento in cui risultino adempite tutte le obbligazioni del costruttore.

In considerazione del possibile esercizio di una revocatoria sul trasferimento, emerge invece l'esigenza opposta, ossia quella di anticipare il più possibile il momento traslativo, in modo tale da poter usufruire dell'esenzione concernente la soggezione all'azione.

Non è possibile, naturalmente, stabilire a priori quale dei due profili meriti maggiore considerazione (dipendendo la scelta da una serie di fattori, quali le esigenze dell'acquirente, il fatto che si tratti di abitazione principale o meno, etc.); è bene, in ogni caso, tenere presenti le due opposte istanze, in modo tale da garantire un certo equilibrio contrattuale.

Qualora, ad esempio, si decida di preferire l'anticipazione del momento traslativo all'ultimazione del rustico, poiché al passaggio di proprietà viene meno la garanzia fideiussoria, occorrerà fare in modo che le somme da anticiparsi da parte dell'acquirente, fino a quel momento, non superino il valore del manufatto, garantendo magari il pagamento di successive somme alla progressiva verifica dello stadio di avanzamento dei lavori.

Particolari cautele dovranno, inoltre, essere adottate in caso di pluralità di unità immobiliari comprese in un unico edificio.

La mancata "omogeneità" dei contratti di vendita di cosa futura, quanto all'attuazione del momento traslativo, potrebbe portare a conseguenze paradossali. Se, infatti, l'effetto traslativo risultasse verificato, al completamento del rustico e della copertura, solo per alcune unità immobiliari, e si verificasse successivamente il fallimento del costruttore, gli altri acquirenti potrebbero escutere la fideiussione, sciogliendosi dunque dal contratto (o il curatore potrebbe optare per lo scioglimento).

Coloro che in questo caso avessero conseguito la proprietà dell'immobile si troverebbero, pertanto, ad avere acquisito la proprietà di unità immobiliari all'interno di un edificio allo stato di "rustico", per le restanti parti gestito dalla curatela fallimentare, con enormi disagi derivante da tale anomalia (legati soprattutto all'incertezza sui tempi, verosimilmente molto lunghi, di completamento dei lavori).

Un'ipotesi di possibile maggiore tutela offerta dall'art. 10 del decreto legislativo - rispetto alla formulazione dell'art. 67, comma terzo, lett. c) l. fall. - potrebbe essere rappresentata dal fatto che tale norma opera un riferimento ad un più ampio novero di figure contrattuali, ed ai diritti reali di godimento, contrariamente alla disposizione contenuta nella legge fallimentare, in cui si menziona unicamente la vendita.

Naturalmente, come si è già accennato (v. *supra* par 8.2), tale "vantaggio" potrebbe sussistere solo qualora, contrariamente a quanto si auspica, la giurisprudenza dia una lettura restrittiva e non sistematica del disposto di cui all'art. 67 l. fall.

8.4 Segue: il requisito della destinazione abitativa e il "giusto prezzo"

La puntuale determinazione, nell'art. 10 del decreto legislativo, del requisito della destinazione abitativa (che deve risultare dall'impegno in atto a stabilire nell'immobile acquistato la residenza dell'acquirente o di un parente fino al terzo grado), potrebbe apparire più favorevole all'acquirente, in quanto sussiste la possibilità di avvalersi del termine di dodici mesi dall'acquisto della proprietà o dall'ultimazione dei lavori (nel caso in cui l'acquisto della proprietà si verifichi prima

che l'immobile sia abitabile) per soddisfare tale requisito.

La previsione di un termine decorrente dall'ultimazione dei lavori appare coerente con la circostanza che, trattandosi di immobili non ultimati nel momento in cui viene posta in essere la relativa contrattazione, essi possano risultare non ultimati nel momento in cui si verifica l'effetto traslativo.

Un meccanismo analogo è ravvisabile nel D.M. 30 luglio 1999, n. 311, in attuazione dell'art. 15 (ex art. 13-*bis*) T.U.I.R., in materia di detrazione degli interessi passivi relativi a mutui contratti per la costruzione dell'abitazione principale.

Anche in questo caso è previsto un termine – di sei mesi – decorrente dalla data di conclusione dei lavori, entro il quale l'unità immobiliare deve essere destinata ad abitazione principale, pena la perdita del diritto alla detrazione.

Tornando alla valutazione comparativa delle due norme, l'espressione utilizzata nell'art. 67 l. fall. (immobili ad uso abitativo, destinati a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti e affini entro il terzo grado), nella sua maggiore genericità, appare forse più tuzioristica.

La formulazione prescelta nell'art. 10 sembra impedire la possibilità di ritenere l'effettiva fissazione della residenza nell'immobile, in assenza della relativa dichiarazione in atto, circostanza idonea a far ritenere soddisfatto il requisito, e dunque a garantire l'esenzione dalla revocatoria.

Diversamente potrebbe forse dirsi circa l'art. 67 l. fall., relativamente al quale non pare possa escludersi la possibilità di una verifica *concreta* della sussistenza del requisito, a prescindere da una espressa menzione in atto.

L'espressione prescelta dal legislatore, "abitazione principale", appare atecnica, in quanto, naturalmente, non si riferisce al diritto di abitazione di cui all'art. 1022 c.c.

Essa, piuttosto, pare più affine alla nozione di "dimora abituale", e, dunque, al concetto di cui all'art. 43 c.c. A questo riguardo, l'art. 8 del d. lgs. 30 dicembre 1992, n. 504, in materia di I.C.I., precisa che "per abitazione principale si intende quella nella quale il contribuente, che la possiede a titolo di proprietà, usufrutto o altro diritto reale, e i suoi familiari dimorano abitualmente". Anche l'art. 1 del citato D.M. 311/1999 dispone che "per abitazione principale si intende quella nella quale il contribuente dimora abitualmente".

La dimora abituale è generalmente intesa come il luogo di normale abitazione ⁽⁸¹⁾.

L'atto volto a stabilire la normale abitazione è reputato dalla dottrina un atto giuridico in senso stretto, in cui l'elemento soggettivo rileva come intenzione che si attua e si manifesta in quel comportamento che, alla stregua della normale valutazione sociale, corrisponde all'effettiva normale abitazione.

Dunque nella nozione di "dimora abituale" sussiste un elemento obiettivo,

quello della permanenza in un determinato luogo, ed uno soggettivo, l'intenzione di abitarvi stabilmente, rivelata dalle consuetudini di vita e dallo svolgimento delle normali relazioni sociali⁽⁸²⁾.

Per quanto concerne l'accertamento della residenza, l'iscrizione nel registro anagrafico ha valore pubblicitario e non costitutivo: la residenza, dunque, deve essere accertata come situazione di fatto. Ai fini di tale accertamento, le risultanze anagrafiche hanno solo un valore presuntivo, contro cui il giudice potrà ammettere tutti i mezzi di prova ⁽⁸³⁾.

Tuttavia, l'accertamento di fatto della residenza sarà possibile solo qualora l'immobile sia già stato ultimato, e dunque reso abitabile.

In ogni caso, appare certamente opportuna la precisazione in atto della destinazione abitativa, anche per gli immobili che non rientrino nella nozione di "immobili da costruire".

Tuttavia, la tesi concernente la possibilità di dare rilievo alla sussistenza concreta del requisito si consolida anche in forza di ulteriori argomentazioni: legare la possibilità di ottenere l'esenzione dalla revocatoria alla presenza della dichiarazione formale in atto condurrebbe a delle ingiustificate disparità di trattamento. La nuova disciplina dell'art. 67 l. fall. si applica, infatti, alle azioni revocatorie proposte nell'ambito di procedure iniziate dopo l'entrata in vigore del d.l. 35/2005: dunque saranno relative ad atti stipulati anteriormente, nei quali qualsiasi dichiarazione relativa alla destinazione abitativa potrebbe mancare, e per i quali non apparirebbe equa un'esclusione dalla tutela.

Nel sottolineare i legami esistenti tra le due diverse norme di esenzione alla soggezione dell'azione revocatoria non si può fare a meno di evidenziare la più felice formulazione adottata nel decreto legislativo per quanto concerne la determinazione del "giusto prezzo": si inserisce, infatti, la precisazione secondo la quale il momento in cui deve essere effettuata la valutazione di congruità è quello della data di stipula del contratto preliminare, impedendo così l'applicazione del consolidato orientamento giurisprudenziale che ritiene che il momento rilevante per la determinazione del valore dei beni sia quello del contratto definitivo, e non del preliminare ⁽⁸⁴⁾. Il negozio revocando, infatti, viene ritenuto quello in virtù del quale si è realizzato il trasferimento della proprietà, in quanto unico atto dismissivo di un diritto a condizioni economiche inique; nessun rilievo viene attribuito ai precedenti accordi preliminari.

In ambito immobiliare, tuttavia, non sono inconsueti bruschi mutamenti nel mercato, rendendo tutt'altro che remota la possibilità che il prezzo convenuto al momento della stipula del preliminare si riveli "iniquo" nel momento in cui si perfeziona il definitivo.

È pertanto possibile ed auspicabile che il criterio di cui all'art. 10 possa essere

adottato, in sede interpretativa, anche ai fini dell'applicazione dell'art. 67 l. fall., terzo comma, lett. c), al fine di esentare dalla revocatoria gli acquisti di immobili ad uso abitativo, in ragione della sussistenza di presupposti analoghi (difetto di informazione dell'acquirente, debolezza contrattuale, difficoltà di rilevare l'approssimarsi dello stato di insolvenza, etc.) a quelli sottesi alla normativa sulla tutela dell'acquirente.

In entrambi i casi, occorrerà, peraltro, che al contratto preliminare sia assicurata la data certa.

8.5 Mancata soddisfazione di alcuni dei requisiti per beneficiare dell'esenzione dalla revocatoria

Resta da verificare quali siano le conseguenze della mancanza di taluni requisiti previsti al fine di beneficiare dell'esenzione dalla revocatoria.

Naturalmente il beneficio non opera in caso di dichiarazioni mendaci.

Per quanto concerne l'omissione dell'impegno, in atto, a fissare la residenza nell'immobile, sarà probabilmente preclusa l'applicazione dell'art. 10, ma, qualora l'immobile sia stato effettivamente adibito ad abitazione principale da parte di uno dei soggetti contemplati nelle due norme, pare ragionevole sostenere che trovi applicazione l'art. 67, terzo comma, lett. c) della legge fallimentare.

Tuttavia, se l'immobile non è ancora abitabile, essendo preclusa la possibilità di un accertamento di fatto della destinazione ad abitazione principale, la mancanza dell'impegno in atto sembrerebbe impedire l'esenzione dalla revocatoria.

Salvo, forse, ammettere la possibilità di desumere *aliunde* l'intenzione di destinare l'immobile ad abitazione principale, ricorrendo ad indici presuntivi quali l'inesistenza di immobili di proprietà nell'intero nucleo familiare e la residenza dello stesso nel medesimo comune in cui si trova l'immobile, l'aver usufruito delle detrazioni ex art. 15 T.U.I.R., etc.

Qualora non sussista il requisito relativo alla destinazione, ma l'immobile sia stato acquistato al "giusto prezzo", opererà il secondo comma dell'art. 67 l. fall.: l'atto, cioè, sarà revocabile se posto in essere nei sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento.

Si rileva, comunque, come non risulti chiaro attraverso quali criteri possa giungersi a verificare la sussistenza del "giusto prezzo".

Il codice civile fa riferimento al "giusto prezzo" nell'art. 1474, relativamente alla mancanza nella vendita di una indicazione espressa del prezzo. I criteri ermeneutici integrativi sono quelli del prezzo abituale, qualora il contratto abbia per oggetto cose che il venditore vende abitualmente, ed il prezzo di borsa o di mercato.

Dunque dovrà aversi riguardo al prezzo abitualmente praticato o a quello di

mercato, a sua volta criterio di difficile determinazione; ma, una volta individuato tale parametro, non è agevole chiarire entro quali limiti sia consentito discostarsene, senza che ciò comporti la perdita di tale requisito.

La giurisprudenza, nel tentare di delineare la sproporzione delle prestazioni ai fini dell'applicazione dell'art. 67, primo comma, n. 1) (testo previgente) della l. fall., fa riferimento in genere al valore di mercato, giungendo a qualificare "notevole" la sproporzione quando essa eccede quel margine di elasticità e di alea proprio dei contratti commutativi, in relazione alle circostanze, al luogo e al tempo in cui il contratto viene concluso.

A seguito della modifica dell'art. 67 l. fall., qualora la sproporzione tra le prestazioni sia superiore ad un quarto, troverà applicazione il primo comma, n. 1), ipotesi nella quale il "periodo sospetto" è di un anno; ed in cui la *scientia decotiois* si presume; se la sproporzione è inferiore, si applica l'art. 67, secondo comma (in cui l'onere probatorio è a carico del curatore ed il "periodo sospetto" è di sei mesi).

8.6 L'art. 72 l. fall. - Introduzione dell'art. 72 bis l fall (art. 11)

Come già osservato, molte delle ipotesi negoziali relative ad immobili da costruire non possono essere oggetto della tutela offerta dall'art. 10 del decreto legislativo, in quanto caratterizzate dal differimento temporale dell'effetto traslativo.

Tali fattispecie, pertanto, risultano soggette alla disciplina prevista dall'art. 72, quarto comma, l. fall., secondo la quale, in caso di fallimento del venditore e di mancato passaggio della proprietà della cosa venduta, il curatore può esercitare la scelta tra l'esecuzione e lo scioglimento del contratto.

Il legislatore, pertanto, nonostante le indicazioni della legge delega (che avrebbero consentito un intervento sull'art. 72), ha ritenuto opportuno non prevedere una disciplina particolare dei contratti che alla data della dichiarazione del fallimento non abbiano ancora spiegato effetti traslativi, in funzione della tutela degli acquirenti ⁽⁸⁵⁾.

In caso di fallimento del costruttore, infatti, la possibilità di conseguire la proprietà dell'immobile, per il promissario acquirente e per colui che abbia acquistato in forza di una vendita di cosa futura, resta subordinata alle scelte del curatore fallimentare.

Recentemente, con un significativo *revirement* giurisprudenziale, le Sezioni Unite della Cassazione ⁽⁸⁶⁾ hanno affermato l'impossibilità, per il curatore fallimentare, di avvalersi del potere di scioglimento in presenza di una domanda diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto preliminare, qualora questa sia stata trascritta prima della dichiarazione di fallimento.

Tale sentenza, tuttavia, ponendosi in contrasto con un precedente orienta-

mento, fatto proprio anche da una più risalente pronuncia delle stesse Sezioni Unite ⁽⁸⁷⁾, è già oggetto di rilievi critici da parte della dottrina ⁽⁸⁸⁾.

In ogni caso, per coloro che abbiano stipulato un contratto di vendita di cosa futura, se il fallimento interviene prima che l'immobile sia venuto ad esistenza, non sarebbe possibile il ricorso all'art. 2932 c.c.

Non essendo stato modificato il testo dell'art. 72 l. fall, resta quindi ferma la disciplina secondo la quale, in caso di fallimento del venditore, se la cosa venduta è già passata in proprietà, il contratto non si scioglie. Diversamente, ossia qualora il passaggio della proprietà non si sia ancora verificato, il curatore può scegliere tra l'esecuzione del contratto o il suo scioglimento. Nel secondo caso, l'acquirente ha il semplice diritto di insinuazione al passivo fallimentare. Qualora il preliminare sia stato trascritto, resta fermo il privilegio di cui all'art. 2775-*bis* c.c. ⁽⁸⁹⁾.

L'art. 11 del decreto prevede tuttavia l'introduzione dell'art. 72 *bis* nella legge fallimentare, per cui, in caso di situazione di crisi del costruttore, il contratto si intende senz'altro 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.

La norma di nuova introduzione completa la disciplina, prevista dall'art. 72 e ss. l. fall., relativa alla sorte dei rapporti giuridici non ancora esauriti, coordinando altresì il momento di escussione della fideiussione con l'avvio delle procedure concorsuali.

L'art. 72-*bis* l. fall. consente dunque all'acquirente di escutere immediatamente la fideiussione (dandone comunicazione al curatore), circostanza che comporta l'immediato scioglimento del contratto. Ciò deve avvenire, tuttavia, prima che il curatore comunichi la propria scelta tra esecuzione e scioglimento. La scelta del curatore nel senso dell'esecuzione impedirà di escutere la fideiussione; al contrario, in caso di scioglimento, l'escussione resterà possibile.

Resta il dubbio sulle conseguenze di una mancata o tardiva comunicazione al curatore dell'avvenuta escussione da parte dell'acquirente.

Qualora l'effetto traslativo si sia verificato l'art. 72-*bis* l. fall. non troverà, naturalmente, applicazione (anche perché sarà venuta meno l'efficacia della fideiussione ex art. 3, ultimo comma).

9. Le altre disposizioni del decreto delegato

9.1 Fondo di solidarietà per gli acquirenti di beni immobili da costruire (artt. 12-18)

Viene istituito presso il Ministero dell'economia e delle finanze il *Fondo di solidarietà per gli acquirenti di beni immobili* ⁽⁹⁰⁾, al fine di assicurare un indennizzo agli acquirenti di beni immobili da costruire 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. Si precisa che l'accesso alle prestazioni del Fondo è consentito nei casi in cui per il bene immobile risulta richiesto il permesso di costruire.

L'art. 13 detta i requisiti per l'accesso alle prestazioni del Fondo.

Gli artt. 14 – 18 disciplinano la struttura, il finanziamento e la gestione del Fondo.

Si segnala che, a norma del comma 2 dell'art. 12, 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 ancora concluse in epoca antecedente al 31 dicembre 1993 né aperte in data successiva a quella di "emanazione" del decreto.

V'è da chiedersi quale significato possa attribuirsi al termine "emanazione", se cioè si intenda far riferimento alla data in cui il decreto legislativo promana dall'autorità preposta alla sua confezione, oppure alla data in cui il decreto legislativo entra in vigore, inizia cioè la sua operatività giuridica.

La questione, peraltro, non è nuova, essendosi già posta con riferimento al primo comma dell'art. 13 del D.Lgs. 2 agosto 2002, n. 220 (*Norme in materia di riordino della vigilanza sugli enti cooperativi, ai sensi dell'articolo 7, comma 1, della legge 3 aprile 2001, n. 142*), il quale dispone che "fino all'emanazione dei decreti legislativi previsti dalla legge 3 ottobre 2001, n. 366, si applicano le disposizioni di cui ai commi 2 e 3" ⁽⁹¹⁾.

A tal proposito giova ricordare che nella formazione degli atti governativi aventi forza di legge (art. 76 Cost.), l'emanazione è ad opera del Presidente della Repubblica e si colloca nella fase finale del procedimento costitutivo volto a perfezionarne ed integrarne l'efficacia ⁽⁹²⁾. In particolare è all'emanazione del decreto legislativo che viene giuridicamente riconnesso il termine ultimo che l'Esecutivo deve osservare perché la legge di delega possa dirsi rispettata (art. 14 legge 23 agosto 1988 n. 400), e non invece all'adozione dell'atto da parte del Consiglio dei Ministri.

Nel caso di specie, è da ritenere che sia preferibile far riferimento *all'entrata in vigore*, anziché all'"emanazione", in modo tale da riuscire, se non a garantire una continuità nella tutela degli acquirenti, almeno ad estenderla. La nuova disciplina,

recante l'obbligo di fideiussione, si applicherà infatti ai contratti relativi ad immobili per i quali i provvedimenti abilitativi siano stati richiesti "successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto". Probabilmente sono destinati a restare privi di tutela (senza, cioè, aver diritto alla garanzia né all'accesso al fondo) gli acquirenti di immobili per i quali il provvedimento abilitativo sia stato richiesto in data precedente all'entrata in vigore del decreto, ma rispetto ai quali le procedure concorsuali nei confronti dei relativi costruttori si siano aperte successivamente.

-
- (*) La presente segnalazione muove dalle *Prime considerazioni* sulla bozza di decreto, pubblicate in *CNM Notizie* del 3 maggio 2005.
- (1) Per un raffronto della normativa in commento con quella della trascrizione del preliminare, LUMI-NOSO, *La contrattazione di immobili da costruire: dalla novella n. 30/1977 allo schema di decreto attuativo della legge delega 28.8.2004 n. 210*, in *Atti del convegno Paradigma*, Milano 15 aprile 2005 nonché BARALIS, *Considerazioni sparse sulla bozza di decreto delegato conseguente alla l. 210/2004*, in corso di pubblicazione su *Riv. Not.*, il cui manoscritto ci è pervenuto per la consueta cortesia dell'A.
- (2) BUSANI, *Casa e fallimenti, tutele da rafforzare*, ne *Il Sole 24ore*, 24 febbraio 2005, p. 27.
- (3) In senso affermativo PETRELLI, *Gli acquisti di immobili da costruire*, in corso di pubblicazione per i tipi *Ipsa*, il cui manoscritto ci è pervenuto per la consueta cortesia dell'A.
- (4) In tal senso anche PETRELLI, *op. cit.*
- (5) COSTOLA, *Verso nuove forme di tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, in *St. iuris*, 2004, 1495.
- (6) PETRELLI, *op. cit.*
- (7) PETRELLI, *op. cit.*; CASARANO, in *Atti del convegno Paradigma*, Milano 15 aprile 2005.
- (8) PETRELLI, *op. cit.*; RIZZI, *La nuova disciplina di tutela dell'acquirente di immobile da costruire nella bozza di decreto legislativo di attuazione della legge delega 210/2004*
- (9) CASARANO, *op. cit.*
- (10) PETRELLI, *op. cit.*
- (11) PETRELLI, *op. cit.*
- (12) Sul tema ANGELICI – VELLETTI, *Prime osservazioni sulla nuova normativa in tema di multiproprietà*, in CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Studi e materiali*, 6, Milano, 2001, 397 ss.
- (13) Per queste indicazioni, RIZZI, *La nuova disciplina di tutela dell'acquirente di immobile da costruire nella bozza di decreto legislativo di attuazione della legge delega 210/2004*, in corso di pubblicazione su *Notariato* il cui manoscritto ci è pervenuto per la consueta cortesia dell'A. Ampia disamina anche in PETRELLI, *op.cit.*
- (14) CENNI, *Il contenuto del contratto preliminare*, Relazione al Convegno *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire: novità normative*, Bologna del 10 giugno 2005.
- (15) CASARANO, *op. cit.*
- (16) Sul punto, PETRELLI, *op. cit.*
- (17) Cass. 18 luglio 1997, n. 6635
- (18) Al riguardo, v. PETRELLI, *op. cit.*, anche per il suggerimento di sottoposizione del contratto alla condizione sospensiva dell'accertamento, ad opera di un consulente tecnico qualificato, dell'agibilità del fabbricato ultimato.

- (19) CASARANO, *La garanzia fideiussoria*, in *Atti del convegno Paradigma*, Milano 15 aprile 2005; PETRELLI, *op. cit.*
- (20) CARIOTA FERRARA, *Annulabilità assoluta e nullità relativa (Un contributo alla teoria della invalidità dei negozi giuridici)*, in *Scritti minori*, Napoli, 1986, 269 ss., il quale conclude affermando che "tale nullità nel diritto nostro non esiste come figura autonoma, come sottospecie della nullità contrapposta all'annulabilità"; BIANCA, *Il contratto*, Milano, 1984, 577
- (21) TOMMASINI, *Nullità (dir. priv.)*, in *Enc. diritto*, vol. XXVIII, Milano, 1978, pag. 897.
- (22) BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994, 484 s.; TONDO, *Invalidità e inefficacia del negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. it.*, VIII, Torino, 1962, 999 ss.; BORGIOLO, *La nullità della società per azioni*, Milano, 1977, 36 ss. e 265 ss.; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Utet.*, IV, 2, Torino, 1980, 485 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Tratt. Grosso e Santoro Passarelli*, IV, 2, Milano, 1977, 242 ss.; PUCCINI, *Studi sulla nullità relativa*, Milano, 1967, 92.
- (23) SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1975, 875 s.; DE NOVA, *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, 480 ss.
- (24) Per una sintesi delle opinioni sul punto GUARRACINO, *Inefficacia e nullità delle clausole vessatorie*, in *Contr. e impresa Eur.*, 1997, 609.
- (25) MONTICELLI, *Nullità, legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio* in *Riv. Dir. priv.*, 2002, 685 ss.
- (26) MONTICELLI, *cit.*, 690.
- (27) Con riguardo all'art. 127 del T.U.B., Pret. Bologna, 4 gennaio 1999, citata da PASSAGNOLI, *Responsabilità notarile, nullità relativa e clausole vessatorie*, in *Riv. Dir. priv.*, 2001, 460. Nel senso che non ogni nullità relativa sia rilevabile d'ufficio, DE NOVA, *La garanzia fideiussoria del costruttore all'acquirente per la restituzione*, in *Atti del convegno Paradigma*, Milano 15 aprile 2005
- (28) BARALIS, *Permuta di terreno con edificio da costruire*; PETRELLI, *op. cit.*
- (29) La esclude, ad esempio, DE NOVA, *op. cit.*
- (30) ANGELICI – VELLETTI, *op. cit.*, 414 ss.
- (31) Per analoghe conclusioni ANGELICI – VELLETTI, *op. cit.*, 415 ss.
- (32) PETRELLI, *op. cit.*
- (33) BARALIS, *Considerazioni sparse sulla bozza di decreto delegato conseguente alla l. 210/2004*, *cit.*
- (34) BARALIS, *Considerazioni sparse sulla bozza di decreto delegato conseguente alla l. 210/2004*, *cit.*, che da tale provvisoria efficacia fa discendere altresì la possibilità di una domanda di esatto adempimento (in luogo della nullità) nei confronti del costruttore, qualora la fideiussione non rispetti i requisiti previsti dall'art. 2.
- (35) In proposito, Cass. 11 novembre 1997, n. 11128, in *Notariato*, 1998, 7, secondo cui "in tema di responsabilità disciplinare del notaio, il divieto, di cui all'art. 28, n. 1, L. not., sanzionato con la sospensione a norma dell'art. 138, 2 o comma, L. not., di ricevere atti «espressamente proibiti dalla legge» attiene ad ogni vizio che dia luogo ad una nullità assoluta dell'atto con esclusione, quindi, dei vizi che comportano l'annulabilità o l'inefficacia dell'atto (ovvero la stessa nullità relativa, figura contestata dalla più avvertita dottrina, che ravvisa in essa solo un'ipotesi di annullabilità o di inefficacia) ed è sufficiente che la nullità risulti in modo inequivoco".
- (36) Cass. 6 febbraio 1998, n. 1203; Cass. 27 agosto 1997, n. 8109, in *Foro it.*, 1998, I, 134; Cass. 30 gennaio 1995, n. 1081, in *Arch. Loc.*, 1995, 588.
- (37) PETRELLI, *op. cit.*, afferma correttamente che il riferimento alla compravendita debba essere 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».
- (38) In questo senso anche CRUCIANI, *Impatto sull'attività dei costruttori delle nuove regole per la commercializzazione degli immobili da costruire o in corso di costruzione*, in *Atti del convegno Pa-*

radigma, Milano 15 aprile 2005.

- (39) Così anche PETRELLI, *cit.*, che ritiene anche possibile la consegna di una polizza integrativa, per il valore delle opere residue, da consegnarsi una volta ultimati i lavori.
- (40) CRUCIANI, *op. cit.*
- (41) CRUCIANI, *op. cit.*; PETRELLI, *op. cit.*
- (42) PETRELLI, *op. cit.*
- (43) BERNARDI FABBRANI, *Il trasferimento di immobili da costruire*, in *Atti del convegno Paradigma*, Milano 15 aprile 2005.
- (44) Sul punto in particolare, BARALIS, *Considerazioni sparse sulla bozza di decreto delegato conseguente alla l. 210/2004*, *cit.*.
- (45) In tal senso, PETRELLI, *op. cit.*
- (46) Cass. 27 novembre 1992, n. 12709, in *Riv. giur. ed.*, 1993, I, 239.
- (47) CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *La legge 28 febbraio 1985, n. 47. Criteri applicativi*, in *Condono edilizio*, Milano, 1999, 8.
- (48) SANTANGELO, *Prime note sulla legge 28 febbraio 1985 n. 47 (Condono edilizio)*, in CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Studi e materiali*, 1, 1983 – 1985, Milano, 1986, 465; CAMPO, *La nullità degli atti tra vivi e la responsabilità del notaio come strumenti inibitori della realizzazione dei risultati e dei profitti dell'attività urbanistico edilizia abusiva*, in *Vita not.*, 1985, 836; MARANI, *Commento all'art. 17 della legge 28 febbraio 1985, n. 47 ed i suoi riflessi sull'attività del notaio*, in COMITATO REGIONALE NOTARILE LOMBARDO, *Norme in materia di controllo dell'attività urbanistico edilizia – legge 28 febbraio 1985, n. 47*; Milano, 1985, 124 ss.; LUMINOSO, *I nuovi regimi di circolazione giuridica degli edifici, dei terreni e degli spazi a parcheggio (prime impressioni sulla legge 28 febbraio 1985, n. 47)*, in *Quadr.*, 1985, 328 ss.
- (49) CASU - RAITI, *Condono edilizio ed attività negoziale*, Milano, 1999, 20 ss.; CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *La legge 28 febbraio 1985 n. 47. Criteri applicativi*, in *Condono edilizio*, Milano, 1999, 5 ss.; ID. *Condono edilizio e commerciabilità dell'edificio abusivo dopo la legge collegata alla finanziaria 1997*, *ibidem*, 72 ss.; ALPA, *Questioni relative alla nozione di nullità nella legge sul condono edilizio*, in *Riv. Giur. Ed.*, 1986, II, 98; BARALIS – FERRERO - PODETTI, *Prime considerazioni sulla commerciabilità degli immobili dopo la l. 28 febbraio 1985, n. 47*, in *Riv. Not.*, 1985, 550 ss.; CARDARELLI, *La l. 28 febbraio 1985 n. 47 nei suoi riflessi sull'attività notarile*, in *Riv. Not.*, 1986, 280; BOTTARO, *Legge di sanatoria sull'abusivismo. Ruolo del notaio*, in *Riv. Not.*, 1985, 842; TONDO, *Abusivismo edilizio e fusione fra società*, in *Condono edilizio, cit.*, 187 ss.; ARENIELLO, *Validità del preliminare di vendita di fabbricati abusivi*, in *Corr. Giur.*, 1994, 86 ss.; VILELLA, *Preliminare di vendita di immobile senza indicazione degli estremi della concessione edilizia ed inefficacia pendente*, in *Rass. Dir. civ.*, 1995, 165 ss.; SALA, *Preliminare di compravendita di immobile irregolare e tutela del promissario acquirente*, in *Giust. Civ.*, 1994, I, 1323 ss.; TONDO - FALCONE, *Commento all'art. 18, in Abusivismo edilizio: condono e nuove sanzioni*, a cura di A. Predieri, Roma, 1985, 255; FICI, *Abusivismo edilizio, invalidità negoziale e contratto preliminare*, in *N.G.C.C.*, 1998, I, 10 ss.; MIGLIORI Jr., *Esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contratto preliminare e legge 47/1985*, in *Riv. Not.*, 1997, 1489; CASU, *La trascrizione del contratto preliminare*, in *Studi e materiali*, V, Milano, 1998, 554 ss.; FABIANI, *Esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto e l. 47/85 sul condono edilizio*, in *Studi e materiali*, 6, 1998 – 2000, Milano, 2001, 1115 ss.
- (50) Cass. 17 ottobre 1992, n. 11426; Cass. 3 settembre 1993, n. 9313, in *Foro it.*, 1994, I, 450, in *Giust. Civ.*, 1994, I, 102, in *Corr. Giur.*, 1994, 85; Cass. 9 luglio 1994, n. 6493, in *Foro amm.*, 1995, 2509; Cass. 13 agosto 1996, n. 7552; Cass. 2 aprile 1996, n. 3028, in *Foro it.*, 1996, I, 2036; Cass. 1° settembre 1997, n. 8335; Cass. 17 giugno 1999, n. 6018, in *Riv. Not.*, 2000, 446; Cass. 14 dicembre 1999, n. 14025, in *Foro it.*, 2000, I, 3562; Cass. 5 aprile 2001, n. 5068; Cass. 6 agosto 2001, n. 10831, in *Riv. Giur. ed.*, 2001, I, 1079; Cass. 17 gennaio 2003, n. 628, in *Vita not.*, 2003, 300; Trib. Napoli, 20 febbraio 1989, in *Riv. Not.*, 1990, 187; Trib. Locri, 30 giugno

1994.

- (51) Cass. 22 settembre 2000, n. 12556.
- (52) Cass. 23 febbraio 1999, n. 1501.
- (53) In giurisprudenza, ad esempio, Cass. 24 novembre 1980, n. 6233.
- (54) Cass. S.U. 21 agosto 1972, n. 2697.
- (55) PETRELLI, *op. cit.*, ove ulteriori argomenti. Nello stesso senso, CENNI, *op. cit.*
- (56) BARALIS, *Permuta di terreno con edificio da costruire*, in *Atti del convegno Paradigma*, Milano 15 aprile 2005; ID., *Considerazioni sparse sulla bozza di decreto delegato conseguente alla l. 210/2004*, cit.
- (57) RIZZI, *La nuova disciplina di tutela dell'acquirente di immobile da costruire nella bozza di decreto legislativo di attuazione della legge delega 210/2004*, cit.
- (58) Per alcuni rilievi critici su tale norma, 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 15 aprile 2005.
- (59) PETRELLI, *op. cit.*
- (60) DOLMETTA, *op. cit.*; 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 15 aprile 2005.
- (61) BOERO, *Le ipoteche*, Torino, 1999, 950; TONDO, *Nuovi appunti sul mutuo fondiario*, in *Vita not.*, 1995, 92.
- (62) FAUSTI, *op. cit.*
- (63) FAUSTI, *op. cit.*; PETRELLI, *op. cit.*, il quale rileva l'eccesso di delega.
- (64) FAUSTI, *op. cit.*
- (65) PETRELLI, *op. cit.*; FAUSTI, *op. cit.*, il quale rileva come la circostanza che il presupposto minimo dell'accatastamento richieda il c.d. tipo mappale e la redazione di un elaborato planimetrico per la suddivisione in subalterni, potrà rallentare la procedura del singolo richiedente ma consentirà, di fatto, per ovvie esigenze di coordinamento, la possibilità di ricorrere ad una suddivisione dell'intero mutuo.
- (66) FAUSTI, *op. cit.*
- (67) DOLMETTA, *op. cit.*
- (68) PETRELLI, *op. cit.*
- (69) DOLMETTA, *op. cit.*
- (70) FAUSTI, *op. cit.*
- (71) Così PETRELLI, *op. cit.*
- (72) FAUSTI, *op. cit.*
- (73) PETRELLI, *op. cit.*
- (74) PETRELLI, *op. cit.*
- (75) FAUSTI, *op. cit.*
- (76) DOLMETTA, *op. cit.*
- (77) PETRELLI, *op. cit.*
- (78) Così PETRELLI, *op. cit.*
- (79) Così PETRELLI, *op. cit.*, che ritiene inammissibile operare al riguardo differenziazioni sulla base della diversa tipologia negoziale impiegata.
- (80) Al riguardo, LUMINOSO (*op. cit.*) afferma che la disposizione introdotta con il decreto legislativo "deve ritenersi ormai superata ed assorbita" dalla modifica operata all'art. 67, I. fall.
- (81) BIANCA, *Diritto civile*, II, Milano, 1981, 244.
- (82) BIANCA, *op. cit.*, 250; CARNELUTTI, *Note critiche intorno ai concetti di domicilio, residenza e dimora*, in *Studi di diritto civile*, Roma, 1916, 67.

- (83) Cass. 26 agosto 1997, n. 8011; Cass. 27 settembre 1996, n. 8554; Cass. 22 luglio 1995, n. 8049.
- (84) V. ad es., per l'affermazione che la determinazione del valore del bene occorre aver riguardo al contratto definitivo e non al preliminare Trib. Napoli, 6 luglio 1970, in *Dir. Fall.*, 1970, II, 937; Trib. Milano, 25 giugno 1989, in *Giust. Civ.*, 1990, I, 2711; Cass. 4 novembre 1991, n. 11708, in *Giust. Civ.*, 1992, I, 686; Trib. Bologna, 2 marzo 2001, in *Foro pad.* 2002, I, 263.
- (85) Lamentano il mancato intervento in tal senso BARALIS, *op. cit.*, LUMINOSO, *op. cit.*, PETRELLI, *op. cit.*
- (86) Cass. S.U., 7 luglio 2004, n. 12505, in *CNN Notizie* del 22 settembre 2004, con nota di PAOLINI, *Preliminare di permuta, fallimento del costruttore e trascrizione della domanda ex art. 2932 cod. civ.*, e in *Dir. fall.*, 2005, II, 1 ss., con nota adesiva 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.*
- (87) Cass. 14 aprile 1999, n. 239, in *Dir. fall.*, 1999, II, 678, con nota di DI MAJO, *Preliminare di vendita di immobile indiviso e fallimento di uno dei venditori.*
- (88) BARALIS, *op. cit.*; PETRELLI, *op. cit.*
- (89) Al riguardo, BARALIS (*op. cit.*) rileva come, per il contratto preliminare, si riscontri un "raddoppio" di tutela, per l'affiancarsi della garanzia fideiussoria al privilegio.
- (90) In proposito, CATALLOZZI, *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 15 aprile 2005.
- (91) In proposito, LEO, *Il collegio sindacale delle cooperative dopo il 17 gennaio 2003*, in CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Studi e materiali. Quaderni semestrali*, 2003, 467 ss.
- (92) PALADIN, *Diritto Costituzionale*, Padova, 1988, 3° ed., 435