

ACQUISTI DI IMMOBILI DA COSTRUIRE

Con d. lgs. 20 giugno 2005 n. 122 (in G.U. n. 155 del 6.7.2005), in vigore dal 21 luglio 2005, sono state emanate, in attuazione della delega contenuta nella legge 2 agosto 2004 n. 210, disposizioni per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire.

AMBITO DI APPLICAZIONE.

a) - Fattispecie negoziali:

Contratti preliminari, nonché contratti "che hanno o possono avere per effetto" il trasferimento non immediato della proprietà o altro diritto reale di godimento, e "ogni altro atto avente le medesime finalità".

Vi rientrano:

- 1) - i contratti preliminari (comprese le c.d. proposte di acquisto unilaterali, le prenotazioni o assegnazioni provvisorie di società cooperativa);
- 2) - i contratti ad effetti reali differiti (vendita di cosa futura, sotto condizione sospensiva, a termine iniziale, permuta di cosa presente contro cosa futura, ecc.);
- 3) - le fattispecie di collegamento negoziale aventi le medesime finalità, ancorché non caratterizzate da effetti traslativi in senso tecnico, purché l'acquisto sia differito (ad esempio, vendita di quota di comproprietà con divisione di cosa futura e appalto; vendita di terreno accompagnata da preliminare di retrovendita);
- 4) - l'acquisto in leasing (quando, cioè, il preliminare viene stipulato dalla persona fisica, ma il trasferimento della proprietà avverrà a favore di società di *leasing*). La disciplina non si applica invece:

- alle fattispecie "non traslative", come il mero contratto di appalto;

- agli atti di trasferimento aventi effetti traslativi immediati (come le ordinarie compravendite), ancorché aventi ad oggetto fabbricati "al rustico".

b) - Oggetto:

Immobili da costruire: vi rientrano tutti gli immobili per i quali sia stato già richiesto il permesso di costruire, o sia stata presentata la denuncia di inizio attività (in mancanza, l'immobile deve ritenersi incommerciabile anche a livello di contrattazione preliminare, diversamente sarebbe agevole eludere le tutele di legge); e che non risultino ancora ultimati, non essendo ancora in stadio tale da consentire il rilascio del certificato di agibilità. Al fine di far constare l'ultimazione del fabbricato, è sufficiente la dichiarazione delle parti in atto, anche se può ritenersi opportuno qualche riscontro oggettivo (ad esempio, produzione di autocertificazioni, di perizie, della richiesta del certificato di agibilità, ecc.). Deve ritenersi che siano ricompresi anche i fabbricati da ristrutturare, quando il fabbricato oggetto del contratto sia sostanzialmente diverso rispetto a quello attuale, e l'intervento di ristrutturazione comporti il rilascio di un nuovo certificato di agibilità. Può trattarsi sia di fabbricati abitativi, sia di fabbricati a destinazione diversa.

c) - Parte alienante:

Deve trattarsi di un imprenditore. Può essere il costruttore del fabbricato, ovvero anche un imprenditore non edile, purché con il contratto assuma l'obbligo di costruire o

ultimare il fabbricato. Non sembra invece necessario che il permesso di costruire sia stato richiesto dal soggetto alienante. La disciplina non si applica invece se parte alienante è un soggetto privato (non imprenditore). Non si applica neanche se il fabbricato viene promesso in vendita, o venduto, "al rustico", con onere di completamento a carico dell'acquirente. Parte alienante può essere anche una cooperativa (edilizia o non edilizia).

d) - Parte acquirente:

Deve trattarsi di una persona fisica. La legge non richiede la qualifica di consumatore, e quindi sembra che rientri nella disciplina anche l'acquirente persona fisica che agisca nell'esercizio di impresa o professione. Può trattarsi di contratto per persona da nominare, fermo restando che le tutele di legge troveranno applicazione solo se l'acquisto avverrà a favore dello stipulante persona fisica, ovvero di un suo parente in linea retta (non del coniuge, né di altri soggetti). Può anche trattarsi del socio assegnatario da cooperativa, o del terzo che da tale cooperativa acquisti.

LA FIDEIUSSIONE.

La fideiussione deve essere consegnata all'acquirente al momento della stipula del contratto preliminare o equiparato, o in un momento anteriore, per l'intero importo garantito.

Garantisce, per il caso di situazione di crisi del costruttore (fallimento o altre procedure concorsuali; pignoramento), il rimborso di tutte le somme (o altri corrispettivi) che sono o dovranno essere pagate dall'acquirente prima del momento dell'acquisto della proprietà.

La fideiussione invece non deve obbligatoriamente garantire:

a) - le somme che l'acquirente dovrà pagare contestualmente al trasferimento della proprietà, o in un momento successivo;

b) - le somme corrispondenti all'eventuale accollo esterno di mutuo, *ex art. 1273 c.c.*, ancorché si tratti di rate pagate o da pagarsi anteriormente all'acquisto della proprietà (il mero accollo interno, con obbligo di rimborso delle rate di mutuo al costruttore ma senza effetto nei confronti del mutuante, necessita invece di fideiussione per le corrispondenti somme);

c) - l'ultimazione dei lavori in conformità al contratto; una tale garanzia può essere eventualmente prestata, e può cumularsi alla garanzia obbligatoria per legge;

d) - l'eventualità in cui il contratto preliminare (o equiparato) sia invalido o inefficace per qualsiasi causa;

e) - l'esistenza o sopravvenienza di formalità pregiudizievoli quali ipoteche, sequestri, domande giudiziali, trascrizioni pregiudizievoli di qualsiasi tipo.

La fideiussione non deve essere prestata ogni qualvolta sia escluso qualsiasi pagamento anticipato (anche a titolo di caparra, penale, o a qualsiasi altro titolo) rispetto al momento del trasferimento della proprietà.

Nel caso in cui sia previsto, nel contratto preliminare, il trasferimento della proprietà "al rustico", con obbligo successivo di completamento a carico del costruttore, la fideiussione deve garantire solo le somme da pagarsi prima del trasferimento della proprietà, escluse quelle da pagarsi contestualmente o successivamente. Tuttavia, se si prevede il pagamento, al momento del trasferimento della proprietà, della totalità o della maggior parte del prezzo, con spostamento in una fase successiva dell'esecuzione di una parte consistente dei lavori, può forse, in base alle circostanze, configurarsi una fattispecie di elusione, o frode alla legge (art. 1344 c.c.).

In caso di successive varianti in corso d'opera, per le quali sia il richiesto il pagamento di ulteriori acconti, la relativa pattuizione deve essere accompagnata o preceduta da nuova fideiussione, a meno che quella rilasciata inizialmente non sia di ammontare tale da comprendere anche questi nuovi acconti.

La mancata prestazione della fideiussione, allorché la stessa sia richiesta, determina nullità relativa del contratto, che può essere fatta valere solo dall'acquirente (e non dal costruttore).

Nel caso di simulazione del prezzo (e quindi di dichiarazione in contratto di un corrispettivo inferiore al reale), se riferita a somme da pagarsi anteriormente al trasferimento della proprietà, ogni qualvolta la fideiussione viene prestata per la minor somma si ha pertanto nullità relativa del contratto.

Per tutelare il costruttore rispetto all'eventuale inadempimento dell'acquirente (caso in cui il costruttore rimane vincolato al pagamento dei premi della fideiussione fino allo scioglimento del contratto), è opportuno prevedere in contratto una clausola risolutiva espressa, unitamente ad una clausola compromissoria che assicuri il rapido accertamento dell'inadempimento e quindi la risoluzione del contratto.

La fideiussione deve avere determinate caratteristiche inderogabili:

a) - deve contenere la rinuncia del fideiussore al beneficio di escussione;

b) - deve prevedere il pagamento "a richiesta scritta" dell'acquirente, senza quindi necessità di produzione di particolari prove o documenti, tranne le prove dell'avvenuto pagamento;

c) - non deve derogare alle prescrizioni dell'art. 3, commi 5 e 6 (inopponibilità all'acquirente del mancato pagamento dei premi; obbligo di pagamento entro trenta giorni dalla richiesta);

d) - non deve prevedere la cessazione della garanzia in un momento diverso da quello in cui avviene il trasferimento della proprietà (art. 3, comma 7); non sono quindi idonee le fideiussioni che prevedano, quale scadenza, una "data di calendario", o comunque un termine fisso (posto che non può sapersi quando avverrà il trasferimento effettivo della proprietà);

e) - deve essere rilasciata da una banca, una compagnia di assicurazioni o un intermediario finanziario iscritto nell'elenco *ex* art. 107 t.u.b.

Sono invece ammissibili clausole migliorative della garanzia a favore dell'acquirente; deve ritenersi idoneo, in particolare, il contratto autonomo di garanzia, che precluda al fideiussore l'opponibilità di eccezioni fondate sul contratto preliminare; e devono ritenersi ovviamente ammissibili le c.d. "clausole di sopravvivenza", che assicurano l'efficacia della garanzia anche in caso di invalidità del contratto preliminare.

La fideiussione in oggetto è "garanzia richiesta dalla legge": la stessa quindi non è soggetta a registrazione, anche se contenuta in atto pubblico o scrittura privata autenticata.

LA POLIZZA ASSICURATIVA.

Il costruttore deve consegnare all'acquirente - al momento del trasferimento della proprietà (e quindi in un momento successivo alla stipulazione del contratto) - una polizza assicurativa decennale, a garanzia dei vizi dell'immobile (rovina o gravi difetti costruttivi) indicati nell'art. 1669 c.c.

La polizza deve riguardare l'intero fabbricato, comprensivo delle parti comuni, e non può quindi limitarsi alla singola unità immobiliare.

La somma assicurata deve corrispondere al valore del fabbricato ultimato, comprensivo delle parti comuni.

Beneficiario della polizza deve essere l'acquirente; deve peraltro ritenersi idonea una polizza stipulata a beneficio indistintamente di tutti gli acquirenti di unità comprese nel fabbricato, senza necessità di indicazione nominativa degli stessi.

Posto che si tratta di un obbligo da adempiere successivamente alla conclusione del contratto (preliminare o equiparato) su immobile da costruire, la mancata consegna della polizza non incide in alcun modo sulla validità dello stesso, ma determina unicamente conseguenze in termini di responsabilità del costruttore. Al momento della

stipula del contratto definitivo, non sussiste alcun particolare obbligo del notaio di verificare l'avvenuta consegna della polizza, salvo il dovere di informazione in base ai principi generali.

IL CONTENUTO DEL CONTRATTO.

L'art. 6 del decreto legislativo impone l'indicazione, nel contratto preliminare ed in ogni contratto equiparato, di una serie di elementi finalizzati a "specificare" il più possibile lo stato di fatto e di diritto dell'immobile, e gli obblighi nascenti dal contratto.

La legge non prevede espressamente le conseguenze dell'omessa indicazione o allegazione dei suddetti elementi. Sono state proposte diverse tesi (responsabilità precontrattuale o contrattuale del costruttore; obbligo di rinegoziazione; integrazione del contratto in base alla legge, alla buona fede o all'equità; nullità relativa del contratto per violazione di norme imperative "di protezione"). Probabilmente la soluzione deve essere diversificata in relazione alle singole indicazioni richieste dalla legge, tenendo conto del loro scopo.

1) - *Indicazione dei soggetti e dell'oggetto* (art. 6, comma 1, lett. a):

- si tratta degli elementi indispensabili al fine di rendere il titolo trascrivibile.

2) - *Descrizione dell'immobile e delle sue pertinenze esclusive* (art. 6, comma 1, lett. b):

- vanno indicati non solo gli elementi essenziali per rendere determinato l'oggetto *ex art. 1346 c.c.*, ma anche tutti gli ulteriori dati necessari ad assicurare tutela all'acquirente (destinazione dell'immobile, composizione interna dell'unità, ecc.);

- devono ritenersi necessarie - anche perché indispensabili ai fini della trascrizione - anche le indicazioni relative alla superficie utile dell'immobile ed alla quota millesimale delle parti comuni (art. 2645-*bis*, comma 4, c.c.);

3) - *Indicazioni relative allo stato giuridico dell'immobile* (art. 6, comma 1, lett. c ed h):

- relativamente ad atti d'obbligo e convenzioni urbanistiche, vanno elencati (sinteticamente) i vincoli previsti (ad esempio, limitazioni circa il prezzo di rivendita, clausole di prelazione, divieti di alienazione, vincoli di destinazione, ecc.);

- relativamente alle formalità pregiudizievoli (intendendosi per tali quelle suscettibili di pregiudicare il normale utilizzo dell'immobile in base alla sua destinazione), vanno specificati non solo gli estremi delle formalità, ma anche il relativo ammontare, il soggetto a favore del quale risultano, il titolo da cui derivano (quest'ultima indicazione attiene, probabilmente, al "rapporto giuridico", e quindi al tipo di vincolo o pregiudizio rappresentato dalla formalità); nonché gli obblighi del costruttore ad esse relativi (ad esempio, obbligo di cancellazione o restrizione), ed il fatto che tali obblighi debbano essere adempiuti prima o dopo la stipula del contratto definitivo;

- le formalità che non pregiudicano il normale utilizzo dell'immobile non possono essere definite pregiudizievoli: non lo sono, ad esempio, molte servitù, ed anche buona parte dei vincoli nascenti dal regolamento di condominio;

4) - *Indicazioni determinative degli obblighi del costruttore* (art. 6, comma 1, lett. d ed e; comma 2, lett. a):

- si tratta del capitolato contenente l'indicazione dei materiali da utilizzarsi, con l'elenco di rifiniture ed accessori; le caratteristiche tecniche della costruzione; i termini massimi di esecuzione dei lavori;

5) - *Indicazione del prezzo complessivo e delle modalità di pagamento* (art. 6, comma 1, lett. f):

- il prezzo complessivo deve essere specificato in contratto; non è possibile rinviare ad elementi esterni al contratto per la sua determinazione, in tutto o in parte. Di conseguenza, sono ora contrarie a legge le pattuizioni d'uso che addossano all'acquirente, ad esempio, le spese per gli allacciamenti, per l'accatastamento, per il mutuo acceso dal costruttore, senza predeterminarne in modo certo l'ammontare;

- le modalità di pagamento (vengono indicati espressamente bonifici ed accreditamenti

in conto corrente, ma anche "altre forme") devono essere idonee ad assicurare la prova certa del pagamento; devono ritenersi idonei anche strumenti (assegni bancari o circolari) idonei a provare il pagamento, anche se da essi non risulta la relativa causale;

6) - *Gli estremi della fideiussione* (art. 6, comma 1, lett. g):

- al fine di assicurare la prova certa dell'anteriorità o contestualità della fideiussione rispetto al contratto; è comunque opportuna l'allegazione, e non la mera menzione;

7) - *Gli estremi del permesso di costruire o della sua richiesta; gli elaborati di progetto annessi alla richiesta di permesso* (art. 6, comma 1, lett. i; comma 2, lett. b):

- agli estremi del permesso sono equiparati quelli di ogni altro titolo, denuncia o provvedimento abilitativo;

- gli elaborati progettuali devono identificare non solo l'unità immobiliare oggetto di contratto, ma anche le pertinenze e parti comuni condominiali;

8) - *L'indicazione di eventuali imprese appaltatrici e dei relativi dati identificativi* (art. 6, comma 1, lett. l):

- si tratta delle imprese che eseguiranno anche in parte i lavori di costruzione; se non ancora conosciute, l'indicazione può essere concordata successivamente dalle parti.

Dal sistema dell'art. 6 si desumono alcune implicazioni:

- posto che per la valida conclusione del contratto è sufficiente una scrittura privata, tutte le indicazioni dell'art. 6 possono essere indifferentemente contenute nel contratto o in un allegato, purché sottoscritto dalle parti;

- relativamente agli elementi di cui l'art. 6 richiede la specificazione, non è ammessa la *relatio* a fonti esterne al contratto o ad un suo allegato.

IL REGIME DELLA NULLITÀ RELATIVA.

Secondo la ricostruzione della dottrina preferibile, la nullità relativa (quella sancita dall'art. 2 del decreto, e quella conseguente, secondo un orientamento, alla violazione dell'art. 6) ha la seguente disciplina:

- l'azione di nullità può essere proposta solo dal soggetto tutelato (acquirente);

- la nullità è comunque rilevabile d'ufficio, ma nel solo interesse dell'acquirente;

- il contratto relativamente nullo è provvisoriamente efficace, fino a quando la nullità non è pronunciata;

- detta nullità si ritiene convalidabile, ma solo dopo che sono state realizzate le condizioni per la valida stipula del contratto (ad es., dopo che è stata consegnata la fideiussione, o dopo che l'immobile è stato ultimato ed è stata conseguita la proprietà da parte dell'acquirente);

- la convalida, nei casi suindicati, può essere sia espressa che tacita; in particolare, può implicare convalida tacita anche l'acquisto della proprietà del fabbricato ultimato;

- salvo quanto sopra, la nullità è opponibile anche ai terzi subacquirenti;

- sembra possibile evitare la nullità relativa, in assenza di fideiussione, condizionando sospensivamente il contratto alla successiva consegna della fideiussione stessa, purché nessuna somma, a qualsiasi titolo, venga pagata prima dell'avveramento della condizione.

Nell'ambito della sequenza preliminare-definitivo, la nullità relativa del contratto preliminare non sembra determinare conseguenze sulle sorti del contratto definitivo, sia per l'autonomia causale dei due contratti, sia perché la provvisoria efficacia e vincolatività del preliminare relativamente nullo sembra escludere anche la possibilità di impugnare il definitivo per errore di diritto.

IL FRAZIONAMENTO DEL MUTUO E DELL'IPOTECA.

L'art. 7 del decreto legislativo modifica l'art. 39 t.u.b., attribuendo il diritto al frazionamento anche al promissario acquirente ed al promissario assegnatario da cooperativa, a condizione che il contratto preliminare abbia data certa.

Deve ritenersi che presupposto del diritto al frazionamento sia l'accollo di una quota del mutuo fondiario.

Dalla valutazione sistematica di tale diritto soggettivo sembra desumersi la necessaria bilateralità dell'atto di frazionamento del mutuo fondiario e dell'ipoteca.

Il diritto al frazionamento compete solo riguardo al mutuo fondiario ed alla relativa ipoteca, mentre nessun diritto è attribuito all'acquirente nei confronti della banca in caso di mutuo ipotecario ordinario.

Se la banca non provvede nel termine previsto, è possibile che il presidente del tribunale, su ricorso dell'avente diritto, nomini un notaio, il quale procede, avvalendosi eventualmente di tecnici ausiliari, alla formazione di un atto pubblico di frazionamento, anche parziale, da lui solo sottoscritto. In tal caso si pongono una serie di delicate questioni, connesse ai criteri oggettivi di cui tener conto nella formazione del frazionamento (rapporto tra valore dei singoli lotti e delle singole quote di mutuo accollate; proporzionalità tra i singoli lotti; problema della possibilità di restrizione dell'ipoteca nell'ambito di tale frazionamento; ecc.).

I DIVIETI DI STIPULA.

L'art. 8 del decreto vieta al notaio la stipula dell'atto definitivo di compravendita in assenza della cancellazione dei pignoramenti, ovvero della cancellazione o frazionamento delle ipoteche gravanti sull'immobile.

Deve ritenersi che la norma, nonostante la sua apparente formulazione:

- riguardi qualsiasi contratto definitivo, non solo di compravendita (permuta, ecc.), con esclusione dei contratti preliminari;
- vada collocata nel contesto del decreto in esame, e quindi riguardi solo i contratti - ad effetti reali differiti - stipulati tra costruttore ed acquirente persona fisica, aventi ad oggetto immobili da costruire o da ultimare.

Di conseguenza, il divieto di stipula non sembra riguardare i contratti definitivi con effetti traslativi immediati; e neanche i contratti relativi ad immobili già ultimati, o quelli stipulati tra soggetti diversi da costruttore e acquirente persona fisica.

Il divieto riguarda qualsiasi tipo di ipoteca, sia fondiaria che ordinaria.

L'alternativa frazionamento-cancellazione riguarda l'eventualità che l'acquirente si sia accollata, o meno, una quota del mutuo facente capo al costruttore.

La tutela garantita dall'art. 8 è imperativa; non è quindi ammissibile una rinuncia dell'acquirente ad avvalersene.

Per stipulare il contratto definitivo, è sufficiente che sia stato formato il titolo, in forma autentica (atto di consenso; decreto o sentenza) che legittima la cancellazione o il frazionamento, restando irrilevante a tal fine la materiale esecuzione della formalità nei registri immobiliari. Non è invece sufficiente una dichiarazione del creditore in forma non autentica (lettera di assenso, o simili).

La violazione del divieto comporta responsabilità disciplinare del notaio, ex art. 28 l.n.; non può ritenersi sufficiente ad evitare tale responsabilità una dispensa, ad opera delle parti, dall'obbligo di eseguire le visure ipotecarie.

E' discussa la questione della validità, o meno, del contratto stipulato in violazione del divieto; per la nullità (relativa) farebbe propendere l'esigenza di non discriminare rispetto ai contratti conclusi per scrittura privata (non autenticata), che in mancanza potrebbero essere validamente conclusi, e quindi trascritti previo accertamento giudiziale delle sottoscrizioni, con elusione della tutela imperativa di legge.

LA PRELAZIONE NELLA VENDITA FORZATA.

L'art. 9 del decreto attribuisce all'acquirente - consegnatario dell'immobile che sia stato adibito ad abitazione principale del medesimo acquirente o di un parente in primo grado - un diritto di prelazione in caso di vendita forzata dell'immobile. Tale diritto di prelazione si esercita, a seguito dell'esperimento della procedura di incanto e

dell'aggiudicazione provvisoria, a seguito della notificazione dell'offerta da parte dell'autorità che procede all'incanto, entro dieci giorni da tale aggiudicazione; entro i successivi dieci giorni l'acquirente ha l'onere di esercitare la prelazione.

IL FALLIMENTO DEL COSTRUTTORE.

L'art. 10 del decreto prevede l'esenzione da revocatoria fallimentare degli atti a titolo oneroso, relativi ad immobili da costruire, purché negli stessi contratti l'acquirente si impegni a stabilire nell'immobile la residenza sua o di suoi parenti o affini entro il terzo grado, entro dodici mesi dall'acquisto o ultimazione del fabbricato, e purché l'acquisto sia effettuato "al giusto prezzo da valutarsi alla data di stipula del preliminare". Nonostante la legge nulla disponga, deve ritenersi che la mancata effettiva fissazione della residenza nel termine stabilito comporti l'assoggettamento dell'atto a revocatoria fallimentare.

Nessuna esenzione è invece stabilita, pur ricorrendo le condizioni suindicate, per la revocatoria ordinaria disciplinata dal codice civile (ed esercitabile anche nel fallimento, *ex art. 66 l. fall.*).

E' introdotto il nuovo art. 72-bis l. fall., che prevede lo scioglimento del contratto (preliminare o equiparato) se, prima della scelta del curatore, l'acquirente abbia escusso la fideiussione dandone comunicazione al curatore; prevedendosi più in generale il criterio della prevenzione, e quindi l'impossibilità di escutere la fideiussione se il curatore abbia anteriormente optato per l'esecuzione del contratto.

LA DISCIPLINA TRANSITORIA.

Le norme in tema di fideiussione e di assicurazione trovano applicazione ai soli casi in cui il permesso di costruire sia stato richiesto a partire dal 21 luglio 2005 (art. 5).

Per il resto il decreto non detta disposizioni transitorie. Sulla base dei principi generali (*tempus regit actum*), deve ritenersi che:

- le norme sul contenuto dei contratti (art. 6) trovino applicazione ai contratti stipulati a partire dal 21 luglio 2005 (salva la disposizione che impone di menzionare gli estremi della fideiussione, che va coordinata con quanto sopra);
- anche le disposizioni sul divieto di stipula (art. 8) si applicheranno ai contratti (definitivi) stipulati a partire dal 21 luglio 2005;
- il diritto al frazionamento del mutuo fondiario nei confronti della banca (art. 7) trova applicazione anche ai contratti di mutuo stipulati anteriormente;
- le norme procedurali (artt. 9, 10 e 11) troveranno applicazione agli atti di procedura posti in essere a partire dal 21 luglio 2005, ancorché si tratti di procedure apertesesi anteriormente, o riferite ad atti stipulati in precedenza.

Per l'approfondimento dei profili di disciplina sopra evidenziati, cfr. PETRELLI, *Gli acquisti di immobili da costruire*, Ipsoa, Milano 2005.