



Mariacarla Giorgetti e Alessio Bonafine

*Le nuove garanzie in favore degli acquirenti di immobili da costruire**

Il contributo si propone di esaminare le novità introdotte dal D.Lgs. n. 14/2019 in materia di garanzie apprestate in favore degli acquirenti di immobili da costruire, come fissate già dal D.Lgs. n. 122/2005. In particolare, il lavoro affronta le questioni legate alle integrate condizioni di escussione della fideiussione, al chiarito regime dell'invalidità conseguente alla mancanza della polizza assicurativa e all'avviato processo di standardizzazione del contenuto e delle caratteristiche di entrambe; il tutto, senza perdere l'occasione per evidenziare dove la novella avrebbe probabilmente potuto meglio considerare gli esiti dei dibattiti dottrinali e giurisprudenziali maturati nella vigenza della prima disciplina.

1. Inquadramento e regola di indagine

L'indiscutibile influenza esercitata dall'emergente interesse per il diritto dei consumatori sui progetti di legislazione degli Stati europei, e che è esitata in una produzione tendenzialmente rivolta al tema delle vendite mobiliari, non ha comunque azzerato gli sforzi offerti alla normativa sulle operazioni immobiliari che, infatti, pure negli ultimi anni ha conosciuto rilevanti novità realizzate attraverso interventi volti essenzialmente alla tutela del *contraente più debole*. E ciò è tanto più significativo se si considera che anche nell'ambito del diritto europeo le compravendite di immobili sono considerate soprattutto sotto il profilo della possibile intersecazione di giurisdizioni e, pertanto, trattate in vista della promozione di forme di cooperazione utili ad evitare situazioni di conflitto¹.

Nel senso indicato muove, a titolo esemplificativo, non solo la riconosciuta applicabilità della disciplina sulle clausole vessatorie ai contratti aventi ad oggetto beni immobili², ma pure, e più in generale, la regola della trascrivibilità del preliminare *ex art. 2645 bis c.c.* e quella fissata con l'art. 2775 *bis c.c.* che, ferma l'inopponibilità ai creditori garantiti da ipoteca relativa a mutui erogati per l'acquisto del bene immobile nonché a quelli assistiti da ipoteca ai sensi dell'art. 2825 *bis c.c.*, riconosce ai crediti del promissario acquirente derivanti dall'inadempimento di un preliminare trascritto privilegio speciale sul bene immobile oggetto del contratto.

Si tratta di passaggi non secondari e tuttavia non da subito realmente apprezzati nella prassi degli affari, dove entrambe le suddette forme di protezione non erano sembrate idonee allo scopo atteso che i contraenti preferivano accettare i rischi legati al naufragare dell'iniziativa imprenditoriale piuttosto che sopportare i costi certi di trascrizione del preliminare; adempimento che, peraltro, non proteggeva l'acquirente dal pericolo di fallimento del costruttore poiché la prima formulazione dell'art. 72 l. fall. riconosceva comunque al curatore la possibilità di scegliere liberamente tra esecuzione e risoluzione del contratto, con la conseguenza per cui in tale ultima ipotesi, pure a fronte di un preliminare di vendita trascritto, all'acquirente rimaneva la sola magra consolazione di un credito privilegiato da far valere sul passivo ma non anche il diritto a conseguire il bene.

L'esigenza di una normativa unitaria e maggiormente garantista dell'acquirente di immobili avrebbe quindi trovato più effettiva concretizzazione solo a distanza di circa un decennio dal D.L. 31 dicembre 1996, n. 669 che, con il suo art. 3, aveva introdotto proprio le disposizioni appena richiamate. Il riferimento è al D.Lgs. 20 giugno 2005, n. 122 con cui il legislatore nazionale è intervenuto guardando ai contratti relativi ad *immobili da costruire*, evidentemente mosso dalla

*Il presente contributo è stato pubblicato su *Immobili & Proprietà*, 2019, IV, 231 ss. La Professoressa M. Giorgetti ha redatto i parr. 1, 2, 3, il Dott. A. Bonafine ha redatto i parr. 4, 5, 6, 7.

¹ Cfr. sul tema, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, Basile, *Per un diritto europeo a protezione degli acquirenti di immobili da costruire o da ristrutturare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 78 ss.

² V., nella giurisprudenza di merito, Trib. Taranto 20 febbraio 2014, in *altalex.it*.



convinzione della necessità di offrire maggiori garanzie all'acquirente-contraente debole coinvolto in una operazione che per sua natura e caratteristiche presenta più calcati tratti di rischio rispetto ad altra avente ad oggetto una *res* già esistente. Come noto, la disciplina attinge all'esperienza francese della *vente d'immeuble à construire*³ e si caratterizza, tra le altre misure previste, per l'obbligo in capo al costruttore di fornire una garanzia fideiussoria per le somme versate o da versare prima del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale sull'immobile da costruire, oltre che per la regolazione eteronoma del contenuto minimo del contratto.

Si tratta di misure già ampiamente dibattute ed esaminate⁴ e sulle quali, tuttavia, appare utile tornare brevemente, sebbene solo nei limiti di quanto risulti indispensabile per la più chiara definizione del campo di impatto delle modifiche apportate agli artt. 3-6, D.Lgs. n. 122/2005 dal D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (in *G.U.* 14 febbraio 2019, n. 38 - Suppl. Ordinario n. 6).

2. Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (CCI) e la sua incidenza sul D.Lgs. n. 122/2005

Il legislatore ha inserito nella parte terza del nuovo D.Lgs. n. 14/2019 (CCI) quattro disposizioni chiamate ad incidere parzialmente sulla disciplina già contenuta nel D.Lgs. n. 122/2005. Si tratta degli artt. 385, 386, 387 e 388 (tra i pochi del CCI destinati ad entrare in vigore già dal trentesimo giorno successivo alla pubblicazione in *G.U.* del D.Lgs. n. 14/2019) con i quali viene modificata l'originaria formulazione degli artt. 3, 4, 5 e 6 del predetto decreto⁵.

L'intervento è eseguito in attuazione dei principi della delega contenuti nell'art. 12, L. 19 ottobre 2017, n. 155 e in forza del richiamo speso dalla disposizione alle modalità e alle condizioni di esercizio di cui all'art. 1, comma 2, ultimo periodo, ai sensi del quale il Governo "cura altresì il coordinamento con le disposizioni vigenti, anche modificando la formulazione e la collocazione delle norme non direttamente investite dai principi e criteri direttivi di delega, in modo da renderle ad essi conformi, e adottando le opportune disposizioni transitorie".

Non deve sorprendere che tali modifiche siano state immaginate e realizzate nell'ambito di un progetto di riforma rivolto alla crisi di impresa e all'insolvenza.

Si consideri, ad esempio, che la fideiussione, quale meccanismo di principale tutela del promissario acquirente, è destinata a fare fronte proprio alla situazione di *crisi* in cui venga a trovarsi il costruttore. Quest'ultima, in altri termini, costituisce il presupposto per l'applicazione del D.Lgs. n. 112/2005 e, ai sensi dell'art. 3, comma 2, si intende verificata alla data a) di trascrizione del pignoramento relativo all'immobile oggetto del contratto; b) di pubblicazione della sentenza dichiarativa del fallimento o del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa; c) di presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo⁶; d) di pubblicazione della sentenza che dichiara lo stato di insolvenza o, se anteriore, del decreto che dispone la liquidazione coatta amministrativa o l'amministrazione straordinaria.

D'altronde, anche fuori dallo stretto dato normativo, è evidente che la posizione dell'acquirente *su carta* sia fortemente penalizzata proprio dall'esposizione al rischio della crisi dell'impresa che si è impegnata a realizzare l'immobile. E in ciò già è dato cogliere il senso della scelta del mezzo, al netto della considerazione della possibilità di realizzare un più attento

³ V., tra gli altri, Petrelli, *Gli acquisti di immobili da costruire*, Milano, 2005, 7 ss.; Vella, *La tutela dell'acquirente di immobili da costruire nel diritto francese: spunti per il notariato italiano*, in *Vita not.*, 1998, 621 ss.

⁴ V., solo a titolo esemplificativo e oltre agli altri indicati, Visconti, *La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire*, in questa *Rivista*, 2017, II, 452 ss.; Calice, *Vendita di immobili da costruire*, in *Dig. disc. priv.*, Aggiornamento, III, 2, Torino, 2007, 1269 ss.; Paglietti, *La nullità della vendita di immobili da costruire per mancata prestazione della garanzia fideiussoria*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 101 ss.; Re-Scaliti, *La nuova disciplina degli acquisti di immobili da costruire*, Torino, 2006; Vettori, *La tutela dell'acquirente di immobili da costruire: soggetti, oggetto, atti*, in *Obbl. e contratti*, 2006, 106 ss.; Caruso, *La fideiussione a garanzia del pagamento del prezzo di acquisto dell'immobile*, in *Rass. locaz. e cond.*, 2006, 135 ss.; Corona, *La tutela dei diritti patrimoniali dell'acquirente di immobili da costruire: prime osservazioni*, in *Corr. giur.*, 2005, 1643 ss.; De Cristofaro-Costola, *Le misure di protezione degli acquirenti di edifici da costruire introdotte dal d.legisl. 20 giugno 2005, n. 122: prime considerazioni*, in *Studium Iuris*, 2005, 1007 ss.; Luminoso, *Sulla predeterminazione legale del contenuto dei contratti di acquisto di immobili da costruire*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 713 ss.; Aa.Vv., *La tutela degli acquirenti d'immobili da costruire, commento al d.leg. n. 122 del 2005*, a cura di Sicchiero, Padova, 2005; Aprile, *Acquisti di immobili da costruire: nuova tutela*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2005, 1123 ss.; Baralis, *Considerazioni sparse sul decreto delegato conseguente alla l. n. 210 del 2004: spunti in tema di: varietà di contratti "garantiti", prestazione di fideiussione "impropria", riflessi sulla trascrizione, contenuto "necessario" del contratto, invalidità speciale e sue conseguenze*, in *Riv. not.*, 2005, 723 ss.; De Marzo, *La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti degli immobili da costruire*, in *Urb. e app.*, 2005, 1127 ss.; Costola, *Verso nuove forme di tutela degli acquirenti di immobili da costruire: la legge delega 2 agosto 2004 n. 210 (parte prima)*, in *Studium Iuris*, 2004, 1489 ss.; Id., *Verso nuove forme di tutela degli acquirenti di immobili da costruire: la legge delega 2 agosto 2004 n. 210 (parte seconda)*, *ivi*, 2005, 34 ss.

⁵ Cfr. Di Bernardo, *Garanzie in favore degli acquirenti di immobili da costruire*, in *Commento al D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14*, a cura di Giorgetti, Pisa, 2019, 345 ss.

⁶ Da intendersi come riferito anche al concordato con riserva *ex art.* 161, comma 6, l. fall., non ancora previsto come ipotesi all'atto della elaborazione del D.Lgs. n. 122/2005; così, Trib. Milano 21 novembre 2011, in *dejure.it*.



coordinamento delle disposizioni, atteso che appare fin troppo evidente l'incongruità della conservazione del concetto di fallimento di cui alla predetta lett. b) a maggior ragione se rapportato ai contenuti di una riforma che anche alla *sostituzione dei termini fallito e fallimento* (v. art. 382) ha fortemente mirato.

3. L'art. 3, D.Lgs. n. 122/2005 rivisto alla luce del CCI: la fideiussione

Si è accennato a come tra le misure di protezione a carattere sostanziale l'art. 2, D.Lgs. n. 122/2005 indichi, a pena di nullità⁷ del contratto rimessa alla iniziativa del solo acquirente⁸, l'obbligo a carico del costruttore al rilascio ed alla consegna di una fideiussione di importo corrispondente alle somme e al valore di ogni altro eventuale corrispettivo che questi abbia già riscosso e che, secondo i termini e le modalità stabilite nel contratto, debba ancora riscuotere prima del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento. Sono invece escluse dalla fideiussione, *ex art. 2, comma, 1*, le somme per le quali sia pattuita l'erogazione da parte di un soggetto mutuante, nonché i contributi pubblici già assistiti da garanzia autonoma.

È da evidenziare, quindi, che ciò è garantito non è l'adempimento dell'obbligazione contrattuale, ma solo la restituzione di quello che è stato o sarà versato. Il legislatore, in altri termini, ha considerato e tutelato (ferma la possibilità di una estensione pattizia del contenuto della garanzia)⁹ il solo interesse negativo dell'acquirente a non perdere quanto pagato al costruttore ma non l'interesse positivo del medesimo alla realizzazione e al trasferimento dell'immobile¹⁰. Da ciò si ricava pure la liberazione dall'obbligo della fideiussione in tutti i casi in cui le parti abbiano raggiunto un accordo su un pagamento per intero effettuato solo dopo il trasferimento della *res*¹¹, atteso che in casi del genere non vi sarebbero caparre, acconti o altre tipologie di pagamenti anticipati sui quali costruire il senso della garanzia.

Ai sensi della prima parte del comma 1 del successivo art. 3 essa è rilasciata da una banca, da un'impresa esercente le assicurazioni o da intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107, D.Lgs. n. 385/1993. Su tale previsione incide la riforma. L'art. 385, D.Lgs. n. 14/2019 elimina infatti il riferimento al testo unico ritenendolo superato insieme alle stringenti esigenze di tutela garantite dai controlli e dalla sorveglianza di Banca d'Italia sugli iscritti nel relativo elenco e che pure ne avevano giustificato il primo rinvio secondo quanto espressamente chiarito finanche dalla Relazione illustrativa al D.Lgs. n. 122/2005.

Quanto alla *forma* della garanzia, invece, in linea con la considerazione per cui il mercato immobiliare tende oggi a disabituarsi a contratti individuali a favore di quelli *standardizzati* predisposti da società che operano come *professionisti* del settore¹², il CCI immagina (con il nuovo comma 7 *bis* aggiunto all'art. 3, D.Lgs. n. 122/2005) modelli altrettanto standard da strutturare secondo le indicazioni che saranno offerte con decreti ministeriali da adottarsi entro 90 giorni dall'entrata in vigore della riforma.

⁷ V. Trib. Monza 20 gennaio 2015, n. 185, in *dejure.it*, secondo cui la regola fissata dall'art. 2, perseguendo lo scopo di tutelare il contraente più debole e di riequilibrare i rapporti di forza tra i contraenti, è inderogabile dalle parti e non rientra, pertanto, nella loro disponibilità, rischiandosi altrimenti di vanificare gli effetti e la *ratio* per la quale il rilascio della fideiussione è stato concepito. Si tratta di nullità originaria, non sanabile e non convalidabile, a nulla rilevando, quindi, né una forma alternativa di garanzia (ad esempio, deposito presso terzi delle somme anticipate) né il rilascio della fideiussione in un momento successivo alla stipula del preliminare; in questi termini, Trib. La Spezia 9 giugno 2016, in *dejure.it*. In senso contrario sembra però muoversi Macario, *Il contenuto della garanzia fideiussoria ex D.lgs. 122/2005 e le conseguenze della sua incompletezza ed erroneità*, in Atti del Convegno *Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazione del D.lgs. 122/2005 e prospettive*, a cura della Fondazione italiana per il Notariato, 2006, in *fondazione-notariato.it*, par. 3, che infatti per l'ipotesi di *fideiussione in sanatoria* esclude anche la rilevanza d'ufficio della nullità. Proprio dalla previsione della nullità Zoppini, *La garanzia fideiussoria vista dall'angolo visuale del costruttore: costi, rischi e problemi*, *ivi*, par. 1, ricava la qualificazione della fideiussione come un "*presupposto oggettivo per la stipula del preliminare*" e non come "*il contenuto di una obbligazione di fare*", atteso che altrimenti la norma avrebbe dovuto prevedere il diritto al risarcimento per l'inadempimento di un obbligo legale. Fideiussione e atto di trasferimento sono quindi per lo stesso A. "*contratti funzionalmente e teleologicamente collegati*" in vista di un unico scopo.

⁸ Si accennerà più avanti (*sub par. 4*) alla rilevanza d'ufficio delle nullità di protezione e al limite del concreto interesse del contraente debole. Con riferimento al profilo specifico della nullità relativa comminata dal richiamato art. 2 e di possibili ipotesi preclusive al suo rilievo d'ufficio, v. Macario, *Il contenuto*, *cit.*, par. 3, il quale, ad ogni modo, non esclude l'azionabilità dei rimedi contrattuali per inadempimento ritenendoli anche più efficaci "*della minaccia di ottenere la declaratoria di nullità dell'atto*". Nello stesso senso, D'Amico, *La vendita immobiliare (un ventennio di interventi normativi)*, in *Contratti*, 2017, 94. Si v. anche Trib. Monza 3 settembre 2015, in *dejure.it*, che ha chiarito che l'azione di nullità animata dal mutamento di volontà in ordine all'acquisto dell'immobile è strumentale e abusiva.

⁹ Così, Petrelli, *Gli acquisti*, *cit.*, 112.

¹⁰ Re-Scaliti, *La nuova disciplina*, *cit.*, 104; Cilento, *L'acquisto di immobili in costruzione tra rischio economico e tutela della persona*, Napoli, 2010, 87.

¹¹ Mezzasoma, *Il "consumatore" acquirente di immobili da costruire fra diritto al risparmio e diritto all'abitazione*, Napoli, 2008, 161; Zoppini, *La garanzia fideiussoria*, *cit.*, par. 2.

¹² V. D'Amico, *La vendita immobiliare*, *cit.*, 88.



Quello delineato si atteggia come un vero e proprio *onere* per il costruttore¹³. Anche per questo la garanzia, come anticipato, è destinata ad operare solo a fronte di una delle condizioni di crisi tipizzate. La sua estensione oltre tali ipotesi, infatti, finirebbe per aggravare eccessivamente la posizione del costruttore, per essere esposto a più ampi margini di escussione, pure a fronte di una casistica non espressiva di una crisi e quindi di una vera e propria esposizione a rischio¹⁴. È da tale considerazione che si è partiti per escludere, quindi, l'applicazione analogica dell'obbligo di fideiussione per i casi di *i)* sequestro che, infatti, pur rilevando come particolare forma di pignoramento anticipato non assurge ad atto di esecuzione individuale o concorsuale¹⁵; *ii)* iscrizione ipotecaria e trascrizione di domanda sull'immobile oggetto di contratto¹⁶; *iii)* opposizione all'esecuzione o agli atti esecutivi proposta dal costruttore avverso la trascrizione del pignoramento¹⁷.

Nemmeno il D.Lgs. n. 14/2019 ha quindi offerto riscontro alle osservazioni di chi aveva evidenziato la necessità di superare il dato letterale della disciplina del D.Lgs. n. 122/2005 estendendone l'efficacia anche alle ipotesi di inadempimento o di inesatto adempimento delle obbligazioni del costruttore¹⁸ e che per le stesse ragioni aveva aperto ad estensioni pattizie del contenuto della garanzia¹⁹.

Dal punto di vista dinamico, invece, il D.Lgs. n. 122/2005 richiama il modello fideiussorio proprio del codice civile, in ciò prestando il fianco pure ad alcune considerazioni critiche ad opera dei primi commentatori che il legislatore della riforma non ha invero inteso accogliere.

Con riferimento al rinvio dell'art. 2 all'art. 1938 c.c., che pure secondo alcuni sarebbe disposizione compatibile in quanto riferita ad una obbligazione futura²⁰, si è infatti evidenziato come la sua lettura andrebbe comunque certamente adattata alla luce dell'interesse dell'acquirente alla garanzia di un importo minimo e non di quello massimo considerato dal testo normativo²¹. Ciò anche in ragione del fatto che, poiché la fideiussione è dovuta “*all'atto della stipula del contratto [...] ovvero in un momento precedente*”, dovrebbe escludersi la possibilità di immaginare fideiussioni estese in ragione e per l'importo dei singoli anticipi versati per l'avanzamento dei lavori²² così come quelle quantificate *a scalare* sulle singole somme pagate²³.

Inoltre, l'art. 3 prevede, facendo espresso richiamo all'art. 1944 c.c., che la fideiussione debba contenere la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale; una formulazione da molti considerata infelice²⁴ e tuttavia non corretta con la novella. La preventiva escussione, in effetti, opera, ai sensi dell'art. 1944, comma 2, c.c., solo ove espressamente stabilito dalle parti sicché non si coglie il senso della richiesta della rinuncia ad un beneficio che non ha carattere automatico e generale. La sua mancata enunciazione, infatti, non potrebbe comunque - proprio per le ragioni esposte - in nessun modo incidere sulla validità del contratto mentre solo la sua espressa inclusione nel patto potrebbe generare, come conseguenza della violazione del predetto art. 3, D.Lgs. n. 122/2005, l'invalidità della clausola di relativa previsione²⁵.

In ultimo, almeno per quanto di interesse in questa sede, dal dettato dell'art. 3, comma 5, D.Lgs. n. 122/2005, che

¹³ Macario, *Il contenuto*, cit., par. 1.

¹⁴ D'Amico, *La vendita immobiliare*, cit., 93. È anche vero, però, che il fatto che le conseguenze del mancato rilascio della fideiussione siano ricollegate e ricollegabili solo allo stato di crisi (sebbene da intendersi nel senso specificato dall'art. 3) del costruttore genera dei dubbi sulla loro effettiva utilità, atteso che la ripetizione degli accanti già versati presuppone logicamente la solvibilità dell'imprenditore.

¹⁵ Re-Scaliti, *La nuova disciplina*, cit., 69.

¹⁶ Re-Scaliti, *La nuova disciplina*, cit., 70.

¹⁷ Calandrino, *L'irrinunciabilità delle tutele dell'acquirente di immobili da costruire, la garanzia fideiussoria e la polizza assicurativa*, in *Nuove leggi civ.*, 2015, I, 90.

¹⁸ Tra gli altri, v. Macario, *Il contenuto*, cit., par. 1, e Zoppini, *La garanzia fideiussoria*, cit., par. 4, il quale, in particolare, guarda all'ipotesi del ritardo nei lavori o nella consegna ovvero a quella di difetti e/o vizi lamentati dall'acquirente prima del trasferimento della proprietà aprendo in ogni caso ai rimedi contrattuali ordinari.

¹⁹ Alcaro, *Il sistema delle garanzie nella nuova disciplina a tutela degli acquirenti di immobili da costruire (d.lgs. n. 122/2005)*, in *Obbl. e contr.*, 2006, 492.

²⁰ Triola, *Vendita di immobili da costruire e tutela dell'acquirente*, Milano, 2005, 82.

²¹ Macario, *Il contenuto*, cit., par. 1, che spende le stesse considerazioni anche con riferimento al disposto dell'art. 1941 c.c.

²² Sollai, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire. La garanzia fideiussoria*, in *Codice della vendita*, a cura di Buonocore-Luminoso-Miraglia, Milano, 2012, 1313. In senso contrario Ferrucci - Ferrentino - Amoresano, *La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire ed istituti collegati*, Milano, 2008, 175.

²³ D'Arrigo, *La tutela contrattuale degli acquirenti di immobili da costruire*, in *Riv. not.*, 2006, 934.

²⁴ Cfr. Re-Scaliti, *La nuova disciplina*, cit., 106.

²⁵ Così, Mezzasoma, *Il "consumatore" acquirente*, cit., 119. *Contra*, Petrelli, *Gli acquisti*, cit., 122, che sostiene la tesi della nullità dell'intero contratto.



esclude espressamente solo l'opponibilità del mancato pagamento del premio o della commissione, si è ricavata l'applicabilità dell'art. 1945 c.c. e, quindi, la possibilità per il fideiussore di spendere tutte le eccezioni spettanti al debitore principale²⁶, salva diversa volontà delle parti²⁷. Il tema si lega a quello della natura della garanzia, sul quale pure molto si è dibattuto. Allo scopo di assicurare un maggior grado di tutela all'acquirente, in effetti, era stata pure rappresentata l'opportunità di ricondurre la stessa alla categoria del contratto autonomo di garanzia²⁸, così liberando la fideiussione in parola anche dalla regola dell'invalidità derivata dall'obbligazione principale che senz'altro non può ritenersi rispondente agli interessi dell'acquirente²⁹.

Piuttosto, la novella ha inciso sulla individuazione delle tempistiche per l'escussione della garanzia. In applicazione del principio della prevenzione³⁰, e quindi a vantaggio di chi per primo avesse assunto l'iniziativa, il testo dell'art. 3 antecedente al CCI condizionava la stessa alla comunicazione al costruttore da parte dell'acquirente della volontà di recedere dal contratto ovvero alla comunicazione da parte del competente organo della procedura della volontà di subentrare nel preliminare³¹.

La disposizione porta all'attenzione i rapporti tra i poteri del curatore e quelli dell'acquirente, che è questione di centrale significato e sulla quale quindi appare opportuno spendere alcune preliminari riflessioni anche in ragione delle modifiche apportate dal D.Lgs. n. 14/2019 alla disciplina dei rapporti pendenti.

Alla costruzione del quadro normativo di riferimento aveva contribuito proprio il D.Lgs. n. 122/2005 introducendo anche in sede di normativa fallimentare, e allo scopo di superare le difficoltà legate al primo testo dell'art. 72 l. fall. (già sopra accennate), il predetto principio di prevenzione con l'art. 72 *bis* l. fall., il quale infatti prevedeva lo scioglimento del preliminare avente ad oggetto un immobile da costruire quando l'acquirente, prima della comunicazione del curatore, avesse escusso la garanzia fideiussoria ottenendo la restituzione di quanto versato. Qualche anno più tardi il D.Lgs. 169/2007 avrebbe invece aggiunto all'art. 72 l. fall. un nuovo comma 8 utile ad escludere l'applicabilità delle previsioni contenute nella stessa disposizione relative alla sospensione del vincolo e al potere del curatore di determinarsi in ordine al subentro nello stesso ai preliminari trascritti per immobili ad uso abitativo destinati a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o dei suoi parenti ed affini entro il terzo grado.

Nella vigenza delle norme richiamate, peraltro, anche la giurisprudenza di legittimità si era lungamente interrogata sui temi legati al coordinamento tra le facoltà riconosciute all'acquirente e al curatore, in particolare affrontando quello della opponibilità al secondo della sentenza di accoglimento della domanda promossa dal primo ai sensi dell'art. 2932 c.c. per l'esecuzione del preliminare e trascritta prima della dichiarazione del fallimento per inferire, quindi, l'impossibilità di procedere allo scioglimento del contratto ai sensi dell'art. 72 l. fall.³²

È su questi profili che impatta significativamente il CCI con il nuovo art. 173³³. Con esso il legislatore, riorganizzando la disciplina e dedicando una norma *ad hoc* al preliminare, ha infatti espressamente riconosciuto al curatore la possibilità di sciogliersi dal contratto preliminare anche quando il promissario acquirente abbia proposto e trascritto prima dell'apertura della liquidazione giudiziale domanda di esecuzione in forma specifica, ferma tuttavia l'opponibilità a questi dello scioglimento nei casi di successivo accoglimento della domanda.

²⁶ Ferrucci - Ferrentino - Amoresano, *La tutela dei diritti*, cit., 173 s.

²⁷ Petrelli, *Gli acquisti*, cit., 126 ss.; Macario, *Il contenuto*, cit., par. 1.

²⁸ V. Calandrino, *L'irrinunciabilità*, cit., 85.

²⁹ Cfr. Macario, *Il contenuto*, cit., par. 1.

³⁰ Cfr. Cilento, *L'acquisto di immobili*, cit., 79 ss.

³¹ Invero, con la precisazione offerta (anche di recente) dalla Cassazione che ha escluso "la necessità che, al fine di escutere la polizza fideiussoria, sussista, al momento dell'instaurazione di una situazione di crisi, la persistente vigenza dell'efficacia del contratto preliminare", ricorrendo "tutto al contrario, la necessità che, al momento di escutere la polizza fideiussoria tale contratto preliminare non vi sia più, per avere il promittente compratore inteso recederne, o l'organo della procedura concorsuale non manifestato la volontà di subentrarvi; e tanto, allo scopo di giustificare la restituzione delle somme corrisposte anticipatamente dai promittenti compratori, non potendo tale giustificazione trovar luogo là dove le obbligazioni che discendono dal ridetto contratto preliminare fossero ancora efficaci tra le parti"; Cass. 15 maggio 2018, n. 11761.

³² Cfr. Cass., SS.UU., 16 settembre 2015, n. 18131, in *Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2015, 1284, con nota, tra gli altri, di Pagni, *Lo scioglimento del contratto preliminare ad opera del curatore dopo le Sezioni unite*, 1304 ss.; ancora prima il principio era stato affermato da Cass., SS.UU., 7 luglio 2004, n. 12505. Più di recente, v. Cass. 30 maggio 2018, n. 13687.

³³ *Amplius*, Baranca, *Gli effetti della liquidazione giudiziale sui rapporti giuridici pendenti*, in *Commento al d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14*, cit., 163 ss.



Ricalca invece il dettato dell'art. 72, comma 8, l. fall. il testo del nuovo comma 3 dell'art. 173 CCI, il quale infatti esclude lo scioglimento del contratto preliminare trascritto e avente ad oggetto un immobile ad uso abitativo destinato a costituire l'abitazione principale del promissario acquirente o di suoi parenti ed affini entro il terzo grado ovvero un immobile ad uso non abitativo destinato a costituire la sede principale dell'attività di impresa del promissario acquirente, sempre che gli effetti della trascrizione non siano cessati, ai sensi dell'art. 2645-*bis* c.c., anteriormente alla data dell'apertura della liquidazione giudiziale e il promissario acquirente ne chieda l'esecuzione nel termine e secondo le modalità stabilite per la presentazione delle domande di accertamento dei diritti dei terzi sui beni compresi nella procedura.

Inoltre, l'art. 173, comma 4, CCI ammette pure il subentro del curatore nel preliminare ai fini della sua attuazione, ulteriormente specificando tuttavia, e così introducendo una novità nel quadro normativo, *i)* che il trasferimento dell'immobile al promissario acquirente debba avvenire “*nello stato in cui si trova*”, così da evitare che la massa sia gravata degli oneri derivanti dalla mancata coincidenza dello stesso rispetto a quanto contrattualmente pattuito, e *ii)* ammettendo l'opponibilità alla massa degli eventuali acconti corrisposti prima dell'apertura della liquidazione giudiziale solo in misura pari alla metà dell'importo che il promissario acquirente dimostri di aver versato³⁴.

La chiusura di questa digressione riporta al tema dei tempi della escussione della fideiussione, come pure incisi dal CCI. L'art. 385, D.Lgs. n. 14/2019 ha infatti aggiunto al comma 3 dell'art. 3, D.Lgs. n. 122/2005 la specifica di un'ulteriore tempistica legata alla data dell'attestazione del notaio di non aver ricevuto per la data dell'atto di trasferimento della proprietà la polizza assicurativa conforme al relativo decreto ministeriale, quando l'acquirente abbia comunicato al costruttore la volontà di recedere dal contratto. Con maggiore impegno esplicativo, poiché, come si vedrà avanti, la mancata assicurazione determina la nullità del contratto, è riconosciuta all'acquirente la possibilità di recedere - con garantita tutela delle proprie ragioni restitutorie per quanto già versato - anche a far data dalla attestazione resa dal notaio circa la mancata ricezione, all'atto del trasferimento della proprietà, della copertura decennale postuma.

Si tratta di un profilo che all'evidenza si lega all'esame dei contenuti dell'art. 4, D.Lgs. n. 122/2005. Prima, però, occorre dare atto anche del *naturale* esaurimento dell'efficacia della garanzia, quale ipotesi disciplinata dall'art. 3, comma 7, anch'esso inciso dalle modifiche introdotte con il CCI.

Nella formulazione antecedente alla riforma la norma prevedeva la cessazione “*al momento del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento sull'immobile [...]*”.

Anche al fine di disincentivare pratiche negoziali tendenti all'anticipazione del momento traslativo con conseguente riduzione della durata e dell'oggetto della fideiussione³⁵, la giurisprudenza aveva in questo senso già considerato non conforme alla normativa la previsione di una garanzia fideiussoria a scadenza con la data (meramente programmata) prevista per il definitivo³⁶, ricorrendo alla categoria della nullità sopravvenuta per colpire il contratto preliminare che, validamente formato *ab origine*, fosse poi risultato interessato da un vizio subentrato quale quello consistente nel venir meno dell'efficacia della fideiussione³⁷.

Per assicurare maggiore certezza nei rapporti tra costruttore, acquirente e fideiussore, la novella ricollega l'inefficacia della garanzia al momento in cui il fideiussore riceve dal costruttore o da un altro dei contraenti copia dell'atto di trasferimento del diritto o di altro titolo, che comunque dovrà contenere (ai sensi del nuovo comma 1-*quater* dell'art. 4, D.Lgs. n. 122/2005) gli estremi identificativi della polizza assicurativa e della sua conformità al modello standard più sopra richiamato.

Resta inteso che, in ogni caso, non potrà considerarsi estinta la garanzia quando il trasferimento riguardi una *res* diversa

³⁴ V. Baranca, *Gli effetti*, cit., 167, che evidenzia la dubbia legittimità della disposizione, atteso che essa, al di là di quanto venga provato, impone “*il riconoscimento dell'opponibilità di una somma percentuale prefissata anziché dell'intero credito*”.

³⁵ Cfr. Zabban, *La garanzia fideiussoria vista dall'angolo visuale dell'acquirente: costi, rischi e problemi*, in *Atti del Convegno Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazione del d.lgs. 122/2005 e prospettive*, cit., par. 4.

³⁶ Trib. Firenze 25 novembre 2014, in *Arch. locaz.*, 2015, 545 ss. In senso difforme, Trib. Milano 25 novembre 2015, n. 13278, con nota critica di Maspes, *Nullità sopravvenuta del preliminare di compravendita di un immobile da costruire*, in *Contratti*, 2017, 326 ss.

³⁷ Quello della efficacia *ex tunc* piuttosto che *ex nunc* della nullità sopravvenuta è altro e centrale tema, che all'evidenza si interseca anche con quello dell'effettività della tutela assicurata all'acquirente, e sul quale tuttavia né la dottrina né la giurisprudenza hanno fatto registrare posizioni unanimesi. Per una ricostruzione del dibattito si rinvia a Maspes, *La nullità sopravvenuta*, in *Contr. e impr.*, 2018, 1348 ss. In giurisprudenza si segnala, sul tema della invalidità da usura sopravvenuta, Cass., SS.UU., 19 ottobre 2017, n. 24675.



da quella oggetto dell'accordo preliminare, rilevando in questi casi una vendita *aliud pro alio*³⁸.

4. L'art. 4, D.Lgs. n. 122/2005 rivisto alla luce del CCI: la polizza assicurativa

L'art. 4, D.Lgs. n. 122/2005 offre all'acquirente³⁹ un'ulteriore tutela, prevedendo l'obbligo in capo al costruttore⁴⁰ di stipulare una polizza assicurativa decennale a far data dalla ultimazione dei lavori⁴¹ (così confermando la regola temporale di presunzione di responsabilità fissata dall'art. 1669 c.c.) per i rischi riferibili ad un momento successivo al trasferimento della proprietà, atteso che per quelli palesi e non contestati al momento dell'accettazione dei lavori la copertura non potrebbe considerarsi efficace.

Più in particolare la disposizione prescrive, anche nella formulazione successiva al CCI, che la polizza abbia ad oggetto i "danni materiali e diretti all'immobile, compresi i danni ai terzi, cui sia tenuto ai sensi dell'art. 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".

Nel testo riportato la norma non si è sottratta alle critiche di chi ha sostenuto l'erroneità del riferimento all'art. 1669 c.c. nella misura in cui esso è richiamato quale titolo di responsabilità del costruttore non solo nei rapporti con il committente (e, in via di interpretazione estensiva, in quelli con venditore e acquirente)⁴² ma pure per i danni cagionati ai terzi, e per i quali sarebbe parso più congruo il rinvio all'art. 2043 c.c.⁴³

Il legislatore in senso contrario ha però dimostrato (e continua a dimostrare) adesione a quell'orientamento giurisprudenziale secondo cui l'art. 1669 c.c., "nonostante la sua collocazione nell'ambito del contratto di appalto, dà luogo ad un'ipotesi di responsabilità extracontrattuale che, pur presupponendo un rapporto contrattuale, ne supera i confini e si configura come obbligazione derivante dalla legge per finalità e ragioni di carattere generale". In questa ottica la disposizione, "si pone in rapporto di specialità con la norma dell'art. 2043 c.c." sicché "[...] la legittimazione ad agire contro l'appaltatore ed eventuali soggetti coresponsabili spetta non soltanto al committente ed ai suoi aventi causa, ma anche all'acquirente dell'immobile e, più in generale, a qualunque terzo che lamenti di essere danneggiato dai gravi difetti della costruzione, dalla rovina o dal pericolo di rovina di essa"⁴⁴.

In questo modo, peraltro, anche superando l'altrimenti incombente necessità di stipulare una doppia polizza: l'una, ai sensi dell'art. 1669 c.c., l'altra, a copertura delle responsabilità degli acquirenti - quali unici legittimati passivi in quanto proprietari - per i danni subiti dai terzi dalla rovina dell'immobile⁴⁵.

È però altrove che è dato cogliere l'impatto del CCI sul dettato dell'art. 4, D.Lgs. n. 122/2005.

L'art. 386, D.Lgs. n. 14/2019, infatti, *i*) affida ad emanandi decreti ministeriali il contenuto e le caratteristiche della polizza assicurativa oltre che la predisposizione del relativo modello standard (aggiungendo al testo normativo il comma 1-*quater*), *ii*) chiarisce - alle condizioni più sopra esplicitate - il diritto dell'acquirente di recedere nei casi di inadempimento all'obbligo di stipulazione della assicurazione (introducendo il comma 1 *ter*) e, soprattutto, *iii*) risolve il tema delle conseguenze per il contratto della mancanza della copertura assicurativa.

Nel silenzio della legge le posizioni si erano diversificate tra chi riteneva non configurabile una ipotesi di nullità, atteso che essa sarebbe derivata dall'inadempimento di un obbligo destinato a sorgere in un momento successivo al contratto (secondo la tradizionale distinzione tra *regole di comportamento* e *regole di validità*)⁴⁶, e chi invece sosteneva di potere spendere

³⁸ Cfr. Petrelli, *Gli acquisti*, cit., 135 s.

³⁹ Resta fermo però il *subentro* nell'assicurazione previsto dall'art. 1918 c.c. a vantaggio di chi sub-acquisti prima della scadenza del termine decennale della polizza.

⁴⁰ In dottrina si è discusso circa la possibilità di escludere dall'obbligo il venditore non costruttore, seguendo le indicazioni ricavabili dal testo della relazione illustrativa al D.Lgs. n. 122/2005. Tale soluzione è stata però criticata perché considerata eccessivamente sacrificante le esigenze di tutela dell'acquirente. *Amplius*, v. Ferrucci - Ferrentino - Amoresano, *La tutela dei diritti*, cit., 189 s.; Calandrino, *L'irrinunciabilità*, cit., 107.

⁴¹ Cfr. Trib. Arezzo 11 gennaio 2017, n. 36, in *dejure.it*, secondo cui proprio in ragione del rinvio all'art. 1669 c.c., da intendere come applicabile a qualsiasi vizio comunque incidente sull'abitabilità e quindi pure alle lavorazioni conclusive e non strettamente strutturali eseguite dal costruttore, il riferimento alla conclusione dei lavori andrebbe riferito al momento di concessione dell'abitabilità.

⁴² *Ex multis*, Cass. 16 febbraio 2012, n. 2238; Cass. 22 febbraio 2010, n. 4249.

⁴³ Triola, *Vendita*, cit., 90.

⁴⁴ In questi termini, tra le altre, Cass. 28 gennaio 2005, n. 1748.

⁴⁵ Sul punto, anche per la ricostruzione delle diverse posizioni, v. Calandrino, *L'irrinunciabilità*, cit., 103.

⁴⁶ Petrelli, *Gli acquisti*, cit., 156.



rinvio alla categoria della nullità virtuale per il tramite di violazione di norma imperativa⁴⁷. In altri termini, l'invalidità sarebbe derivata dal considerare l'obbligo all'assicurazione come posto a tutela di un principio di carattere generale quale quello della tutela del contraente debole; da ciò ricavando altresì anche il carattere relativo della nullità in parola.

Nel mezzo, anche le osservazioni spese per escludere la risoluzione del contratto, in ragione della valenza accessoria dell'obbligo⁴⁸, ovvero per ammettere, proprio a fronte della sua violazione, l'azione per la riduzione del prezzo⁴⁹ o il rifiuto alla firma del definitivo⁵⁰.

Il CCI si innesta nel dibattito appena sommariamente tracciato per abbracciare la tesi della nullità relativa. Il D.Lgs. n. 14/2019 aggiunge infatti al comma 1 dell'art. 4, D.Lgs. n. 122/2005 l'inciso per cui l'obbligo alla polizza assicurativa è previsto “*a pena di nullità del contratto che può essere fatta valere solo dall'acquirente*”, così di fatto duplicando la regola già fissata dall'art. 2 per le ipotesi di mancanza di fideiussione e con essa le osservazioni formulate in merito alla effettiva utilità (in vista del soddisfacimento dell'interesse dell'acquirente) di una misura caducatoria.

La soluzione, che può considerarsi però coerente con la previsione dell'art. 5, D.Lgs. n. 122/2005 ai sensi del quale è nulla e deve intendersi come non apposta ogni clausola con cui l'acquirente rinunci alle tutele accordate dal decreto⁵¹, risente della nuova sensibilità verso il tema della nullità a legittimazione relativa perché prevista a tutela di uno solo dei contraenti, quello debole. La relatività, in altri termini, emerge proprio come la naturale conseguenza di una visione non più (solo) sanzionatoria ma protettiva della nullità⁵² in cui anche il nodo della rilevabilità d'ufficio, quale logico corollario della possibile compresenza di ragioni individuali e generali, è sciolto positivamente⁵³ in tutti i casi in cui a risultare tutelato dall'iniziativa del giudice sia comunque il concreto interesse del contraente debole, che non abbia però manifestato - per comportamenti processuali o sostanziali - una volontà divergente⁵⁴.

È in questo senso, d'altronde, che si sono mosse le considerazioni di chi ha sostenuto che “*la nullità relativa è rilevabile d'ufficio quando conduca ad accogliere il petitum della parte protetta (ancorché per una causa petendi diversa da quella esposta)*”⁵⁵.

5. L'art. 5, D.Lgs. n. 122/2005 rivisto alla luce del CCI: il regime temporale di applicazione della riforma

L'art. 387 CCI integra l'art. 5, D.Lgs. n. 122/2005 con il comma 1-ter, attraverso il quale limita l'operatività delle modifiche apportate alla disciplina di settore ai contratti per i quali il titolo abilitativo edilizio sia stato richiesto o presentato dopo l'entrata in vigore della novella.

La disposizione, che in sé considerata regola la scadenza temporale delle novità, offre l'occasione di tornare su un tema che già prima della riforma aveva interessato la giurisprudenza di legittimità; quello della applicabilità del D.Lgs. n.

⁴⁷ Cfr. D'Arrigo, *La tutela contrattuale*, cit., 952.

⁴⁸ Zaccaria, *La nuova disciplina sulla tutela degli acquirenti d'immobili da costruire: lineamenti e principali problematiche*, in *Studium Iuris*, 2006, 937. L'utilizzabilità degli ordinari rimedi contrattuali all'inadempimento è invece sostenuta da Mezzasoma, *Il “consumatore” acquirente*, cit., 211 s.; Ferrucci - Ferrentino - Amoresano, *La tutela dei diritti*, cit., 197.

⁴⁹ Zaccaria, *La nuova disciplina*, cit., 937.

⁵⁰ Alcaro, *Il sistema delle garanzie*, cit., 492.

⁵¹ *Amplius*, v. Ciarleglio, *Non è ammessa la rinuncia alle garanzie previste dal decreto 122/2005*, in questa *Rivista*, 2015, 279 ss.

⁵² Il tema delle nullità di protezione è troppo ampio per essere esaminato in questa sede, anche perché esorbitante gli obiettivi del presente scritto. Per ogni ulteriore approfondimento, quindi, si rinvia, ma senza pretesa di completezza, a Laghi, *Forma ad essentiam e nullità di protezione: declinazioni funzionali della forma nelle locazioni ad uso abitativo*, in *Contr. e impr.*, 2017, 256 ss.; Gaggero, *Dalla nullità relativa alla forma dimidiata?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1220 ss.; Oggiano, *Le clausole vessatorie tra rilevabilità d'ufficio e legittimazione relativa*, in *Contratti*, 2014, 1142 ss.; Tarantino, *Forma dei contratti e tutela degli interessi dei contraenti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 858 ss.; Carrano, *Clausole vessatorie e rilevabilità d'ufficio delle nullità di protezione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 729 ss.; Arduini, *La nullità di protezione tra legittimazione relativa all'azione e rilevabilità d'ufficio condizionata*, in *Obbl. e contr.*, 2012, 691 ss.; Mantovani, *Il sistema delle nullità di protezione e l'esercizio del potere giudiziale nel diritto dei consumatori*, in *Obbl. e contr.*, 2010, 444 ss.; Pagliantini, *La nullità di protezione tra rilevabilità d'ufficio e convalida*, in *Pers. e mercato*, 2009, 20 ss.; D'Amico, *Nullità virtuale - nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *Contratti*, 2009, 737 ss.; Girolami, *La nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Padova, 2008; Mantovani, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Tratt. Roppo*, IV, Milano, 2006; Di Marzio, *Codice del consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 837 ss.; Bonfiglio, *Il sistema della rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 861 ss.; Gioia, *Nuove nullità relative a tutela del consumatore debole*, in *Contr. e impr.*, 1999, 1332 ss.; Id., *Nullità di protezione tra esigenze del mercato e nuova cultura del contratto conformato*, in *Corr. giur.*, 1999, 602 ss.

⁵³ In giurisprudenza il regime della rilevabilità d'ufficio delle nullità di protezione è stato chiarito da Cass., SS.UU., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243.

⁵⁴ Tra gli altri, Gioia, *Nuove nullità*, cit., 1354; Mantovani, *Le nullità*, cit., 86 s.; Bonfiglio, *La rilevabilità d'ufficio*, cit., 896. Con specifico riferimento alle nullità oggetto di trattazione, v. Mezzasoma, *Il “consumatore” acquirente*, cit., 150; Cilento, *L'acquisto di immobili*, cit., 115; Calandrino, *L'irrinunciabilità*, cit., 115 ss.

⁵⁵ Roppo, *Il contratto*, in *Tratt. Indica-Zatti*, Milano, 2011, 845.



122/2005 anche agli acquisti effettuati, secondo lo schema dell'art. 1472 c.c., prima della richiesta da parte del costruttore del permesso a costruire ovvero di altro titolo abilitativo.

Il naturale punto di partenza del ragionamento è costituito dall'art. 1, lett. d), D.Lgs. n. 122/2005, il quale definisce gli "immobili da costruire" come quelli "per i quali sia stato richiesto il permesso di costruire e che siano ancora da edificare o la cui costruzione non risulti essere stata ultimata versando in stadio tale da non consentire ancora il rilascio del certificato di agibilità". Il testo normativo fissa quindi un chiaro limite confermato pure dalla Cassazione che, proprio in ragione di esso, ha escluso dall'ambito di applicazione della disciplina di tutela "il contratto preliminare avente ad oggetto edifici esistenti soltanto 'sulla carta', ossia già allo stato di progetto ma per i quali non sia stato ancora richiesto il permesso di costruire o un titolo equipollente"⁵⁶.

In altri termini, la presentazione della richiesta, ma non anche il rilascio del titolo, assurge a condizione indispensabile per l'accesso alle misure di cui al D.Lgs. n. 122/2005, senza che risulti fondatamente prospettabile una illegittimità derivante dalla previsione di un trattamento differenziato pure a fronte di situazioni pretesamente omogenee, atteso che - come affermato di recente dalla Corte costituzionale - è ragionevole sostenere che solo l'attivazione del procedimento amministrativo diretto all'acquisizione del titolo edilizio, in quanto utile ad aggiungere una *qualitas* alla cosa futura promessa in vendita, "costituisce di per sé un fattore rassicurante ed un indiretto incentivo all'acquisto per il promittente acquirente, persona fisica, radicando in quest'ultimo un affidamento maggiore nella determinazione di assentire l'impegno contrattuale di acquisto dell'immobile da costruire assumendone i relativi oneri economici"⁵⁷.

Ciò, all'evidenza, senza comunque privare totalmente di tutela l'acquirente rimasto esposto all'inadempimento del costruttore-promittente venditore che non abbia realizzato l'immobile per il quale non sia stato richiesto il permesso di costruire. Per questi casi occorrerà richiamare la distinzione tra *contratto preliminare di vendita di cosa futura* e *contratto di vendita di cosa futura*.

Come noto, mentre il primo comporta solo l'obbligo di stipulare un successivo contratto definitivo realizzando, dal momento in cui si perfeziona, semplici effetti obbligatori preliminari, il secondo già chiude la vicenda negoziale direttamente attribuendo il *diritto alla cosa* quando questa venga ad esistenza senza necessità di un ulteriore atto di trasferimento.

Ne consegue, per quanto di interesse, che se con il contratto preliminare di vendita di cosa da costruire da collocare fuori dalla normativa di protezione il venditore si è obbligato anche a realizzare il bene, egli risponde di inadempimento contrattuale nel caso in cui non dimostri che la prestazione promessa è venuta a mancare per causa a sé non imputabile. Tuttavia, anche per l'ipotesi in cui non fosse stata assunta formalmente alcuna obbligazione ulteriore rispetto a quella di trasferire il bene, ricorrendo la diversa ipotesi della vendita di cosa futura soggetta alla *condicio iuris* della sua venuta ad esistenza ad opera di un terzo, soccorrerebbe la nullità per mancanza di oggetto comminata dall'art. 1472, comma 2, c.c.⁵⁸, atteso che la stessa Corte costituzionale sopra ricordata ha riconosciuto che "l'acquisto di immobili da costruire cosiddetto 'sulla carta' si connota come operazione economica maggiormente rischiosa - ma non perciò illecita, né meramente aleatoria [...]".

6. L'art. 6, D.Lgs. n. 122/2005 rivisto alla luce del CCI: il rafforzato ruolo del notaio

Si è detto di come il legislatore abbia individuato non solo nell'obbligo di fideiussione e di polizza ma pure nella definizione eteronoma del contratto momento di tutela per l'acquirente.

Si colloca in quest'ottica l'art. 6, D.Lgs. n. 122/2005⁵⁹ con il quale vengono infatti fissati i requisiti di contenuto del regolamento negoziale al fine di assicurare trasparenza e certezza alle parti in ordine, tra gli altri elementi considerati dalla norma, alla identificazione materiale e giuridica del bene, al *quantum* dell'operazione, alle modalità di corresponsione del prezzo, anche per acconti e caparra e, per come specificato proprio dal CCI, agli estremi della garanzia fideiussoria e alla sua conformità al modello legale.

Soprattutto, l'art. 388, D.Lgs. n. 14/2019 integra le condizioni di forma del vincolo stabilendo che il contratto preliminare e tutti gli altri contratti comunque diretti al successivo acquisto in capo ad una persona fisica della proprietà o

⁵⁶ Cass. 10 marzo 2011, n. 5749.

⁵⁷ Corte cost. 19 febbraio 2018, n. 32, con nota di Chiesi, *Immobili da costruire. Acquirenti tutelati ... ma non troppo?*, in questa *Rivista*, 2018, 421 ss.

⁵⁸ Tra le altre, v. Cass. 22 ottobre 2010, n. 21739.

⁵⁹ Cfr. Luminoso, *Sulla predeterminazione*, cit., 719.



di altro diritto reale di godimento su un immobile da costruire debbano essere “*stipulati per atto pubblico o per scrittura privata autenticata*”.

L'inciso con cui il testo normativo è stato arricchito tende all'evidenza a contrastare, attraverso la necessaria partecipazione del notaio-pubblico ufficiale con funzioni di controllo, la prassi che negli anni ha visto le parti sottrarsi al contenuto legale del contratto e in particolare all'obbligo di fideiussione, con buona pace anche dell'acquirente che in quell'impegno avrebbe dovuto trovare tutela e che tuttavia ne accettava la *diminutio* perché altrimenti destinato a subirne la traslazione del peso economico sotto forma di aumento del costo della vendita.

Non che prima della riforma il notaio fosse invero del tutto escluso dalle vicende traslative in esame (con riferimento sia al preliminare sia al definitivo), atteso che il suo coinvolgimento era frequente, oltre che comunque necessario (per lo meno) per l'autenticazione delle firme in vista della trascrizione del titolo. Con la novella, però, l'assistenza del pubblico ufficiale acquista un nuovo significato nel sistema di tutela approntato per il contraente debole.

Il suo coinvolgimento necessario permetterà e assicurerà un controllo effettivo sulla consegna della fideiussione, procurata al momento del preliminare o anche prima ai sensi dell'art. 2, D.Lgs. n. 122/20105, oltre che della polizza decennale postuma, legata invece al rogito. Il notaio sarà infatti chiamato ad indicare nel negozio gli estremi della garanzia e ad attestare la conformità della stessa ai modelli standard⁶⁰ di cui al nuovo comma 7 *bis*, dell'art. 3, D.Lgs. n. 122/2005. Lo stesso dicasi per la polizza assicurativa i cui estremi e la cui attestazione di conformità dovranno essere contenuti nell'atto di trasferimento ai sensi del comma 1 *quater* dell'art. 4, anch'esso in questo senso ritoccato dal CCI.

Si è conservato invece il silenzio normativo in merito alla questione delle conseguenze della mancata indicazione di uno o più requisiti fissati dall'art. 6.

Ferma la carenza di interesse a far valere qualsiasi tipo di invalidità del preliminare (ad effetti obbligatori) a fronte del completamento e del trasferimento dell'immobile⁶¹, immaginare una ipotesi di nullità radicale per ogni tipo di omissione sarebbe evidentemente troppo rigoroso, oltre che in contrasto con i principi fissati in tema di invalidità parziale (che potrebbe semmai aprire ad ipotesi di integrazione del regolamento) e, almeno in linea teorica, pure con l'effettivo interesse dell'acquirente che tende piuttosto all'osservanza effettiva di standard tecnici e costruttivi, alla realizzazione e alla consegna del fabbricato.

Al netto della possibilità di considerare anche il ricorso agli schemi della responsabilità precontrattuale quando l'omissione sia stata conseguenza di un operare senza buona fede e si sia tradotta in una asimmetria informativa circa le condizioni di fatto e di diritto dell'immobile⁶², alla tesi *tranchant* della nullità virtuale assoluta derivante, ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c., dalla violazione di norme imperative in quanto riconducibili all'ordine pubblico di protezione⁶³, sembrerebbe quindi comunque preferibile quella - più di compromesso - della nullità relativa, peraltro in linea con le altre tipologie espressamente previste dal D.Lgs. n. 122/2005.

Spetterebbe quindi all'acquirente la valutazione circa l'opportunità di fare valere l'invalidità (fermo quanto già detto sulla rilevabilità d'ufficio), senza che sul regime di legittimazione relativa possa ritenersi impattante il nuovo ruolo affidato al notaio. La Cassazione ha infatti già da tempo chiarito⁶⁴ che il controllo di legalità richiesto dall'art. 28 l. not. va inteso come riferito ai soli vizi che diano luogo ad una nullità assoluta dell'atto, con esclusione, quindi, di quelli che comportano solo l'annullabilità o l'inefficacia dell'atto, ovvero la stessa nullità relativa.

7. Considerazioni conclusive

Le modifiche apportate dal CCI non snaturano il D.Lgs. n. 122/2005. Rimane infatti l'idea di fondo: la realizzazione di un “*intervento paternalistico nel contenuto del contratto e quindi nell'autonomia privata, giustificato dal presupposto dell'asimmetria*”

⁶⁰ È evidente che l'attestazione di conformità sarà possibile solo in presenza dei decreti ministeriali chiamati a determinare i modelli. Nelle more, il contenuto della fideiussione e della polizza dovrà essere fissato dalle parti guardando alle relative disposizioni del D.Lgs. n. 122/2005.

⁶¹ Paolini - Ruotolo, *Alcuni aspetti problematici nel decreto legislativo in tema di tutela degli immobili da costruire*, in *Riv. not.*, 2005, 902.

⁶² V. Leo, *Le nuove norme a tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, in *Contratti*, 2005, 748; Palermo, *La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire*, in *Giust. civ.*, 2008, 326.

⁶³ Cfr. Petrelli, *Gli acquisti*, cit., 181 ss.

⁶⁴ Sin dalla capofila Cass. 11 novembre 1997, n. 11128.



*informativa tra le parti*⁶⁵.

L'occasione di riforma è stata però forse colta solo parzialmente. Il legislatore ha senz'altro contribuito con il D.Lgs. n. 14/2019 a dissipare alcuni dubbi sorti subito dopo l'entrata in vigore della normativa di settore; si pensi al chiarito regime dell'invalidità conseguente alla mancanza della polizza assicurativa. Ma ha evitato di intervenire su altre tematiche, pure percepite dalla dottrina come problematiche o comunque oggetto di soluzioni considerate non del tutto soddisfacenti; il riferimento è, a titolo esemplificativo, alla mancata estensione della possibilità di escutere la fideiussione anche fuori dalle condizioni di *crisi* tipizzate e in presenza di casi diversi di inadempimento del costruttore. Su altri aspetti, poi, la riforma ha preferito lasciare sul campo i risultati dei dibattiti dottrinali e giurisprudenziali alimentati negli anni da un testo normativo non in tutti i suoi passaggi chiaro; si pensi al tema della possibile invalidità sopravvenuta del preliminare per subentrata inefficacia della fideiussione.

Affiora invece nitidamente la volontà di centralizzare nella contrattazione immobiliare su fabbricati da costruire il ruolo del notaio sul presupposto che a questi il cliente possa e debba affidarsi pienamente. In questa prospettiva la sua è una funzione che esce rafforzata nella dimensione *tutoria* atteso che le verifiche che la novella gli affida, anche in vista della formazione delle attestazioni di conformità ai prossimi modelli standard richiesti per fideiussione e polizza assicurativa, impattano direttamente sulle garanzie offerte all'acquirente.

La responsabilizzazione del notaio è quindi eletta a soluzione migliore per garantire la corretta applicazione del D.Lgs. n. 122/2005 ed evitare costruzioni negoziali distorsive del dato normativo e delle finalità garantiste ad esso sottese.

È indubbio però che l'implementazione di tale proposito passa necessariamente anche dalla riconsiderazione dei limiti al controllo di legalità previsto dall'art. 28 l. not., perché solo una loro estensione potrebbe realmente porre il notaio in prima linea nella gestione della vicenda negoziale. Ne deriverebbe senz'altro anche un considerevole aggravio delle responsabilità professionali che tuttavia potrebbe essere ritenuto coerente con il nuovo dato normativo e con la valorizzazione della funzione notarile dal medesimo compiuta.

⁶⁵ Zoppini, *La garanzia fideiussoria*, cit., par. 5.