

Commissione Protocolli

Regola n. 18

L'attività del notaio in relazione al D. LGS. 122/2005

Il Dlgs. 122/2005 se, da un lato, ha introdotto nel nostro ordinamento un articolato "pacchetto" di tutele a favore dell'acquirente di "immobile da costruire", dall'altro ha subordinato la possibilità, per l'acquirente, di avvalersi di tali tutele, al ricorrere di determinati presupposti soggettivi, oggettivi e contrattuali. Ne discende che si possono verificare situazioni nelle quali l'acquirente, ponendosi al di fuori del "perimetro" di applicazione della nuova normativa, si può trovare privo di qualsiasi tutela.

Il circoscritto perimetro di operatività della nuova disciplina e alcune incongruenze presenti nel testo normativo consentono pertanto forme di elusione, lasciando l'acquirente privo della tutela prevista dalla legge in questione

Il Notaio, chiamato a ricevere un negozio avente per oggetto un immobile da costruire, sarà, pertanto, tenuto ad informare l'acquirente se detto negozio rientra o meno nell'ambito di applicazione del Dlgs. 122/2005, e quindi dei rischi in cui l'acquirente stesso possa incorrere qualora intenda comunque procedere alla stipula del negozio senza giovare delle tutele previste dal Dlgs. 122/2005.

Inoltre, il Notaio, per la specifica funzione di tutore della legalità che è chiamato a svolgere, lungi dal promuovere o favorire possibili forme di elusione, sfruttando le incongruenze del testo legislativo, sarà comunque tenuto:

- a suggerire e proporre alle parti tutte le soluzioni più opportune al fine di garantire piena tutela a favore dell'acquirente, nello "spirito" della legge in commento, e tali da escludere alla radice anche il minimo sospetto di elusione della norma

- in ogni caso a "consigliare" alle parti di adottare tutte quelle soluzioni che potendo costituire "elusione" della nuova normativa di tutela potrebbero essere in futuro censurate dalla giurisprudenza o dare comunque origine a lunghi e dispendiosi contenziosi.

La garanzia fideiussoria:

La garanzia fideiussoria trova applicazione solo qualora oggetto del contratto (*ad effetto traslativo non immediato*) sia un immobile che si trovi in uno stadio di "costruzione" che si colloca tra i seguenti due momenti:

- dopo l'avvenuta richiesta del permesso di costruire ovvero dopo l'avvenuta presentazione della denuncia di inizio attività (nei casi di cui all' art. 22 terzo comma D.P.R. 380/2001 Testo Unico in materia edilizia), e semprechè tale richiesta e/o tale presentazione siano successive al 21 luglio 2005;

- prima del completamento delle finiture e quindi sino a che non sia possibile richiedere il rilascio del certificato di agibilità.

Inoltre a sensi dell'art. 3 comma settimo del Dlgs. 122/2005 l'efficacia della fideiussione cessa al momento del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento sull'immobile.

Pertanto, nel caso di acquisto di fabbricati ancora da edificare e per i quali non sia stato neppure richiesto il titolo edilizio (cd. "vendite sulla carta"), semprechè si ammetta la possibilità di negoziare tali fabbricati (in dottrina, proprio per evitare possibilità di elusioni non è mancato chi ha sostenuto la "incommerciabilità" degli immobili da costruire prima della richiesta del titolo edilizio) per evitare conseguenze "indesiderate", l'acquirente dovrà prestare particolare attenzione: o dovrà pretendere di stipulare l'eventuale preliminare e versare la caparra ed i primi acconti solo DOPO l'avvenuta richiesta del titolo edilizio così da poter godere della disciplina di tutela prevista dal Dlgs. 122/2005, ovvero dovrà richiedere che gli venga comunque rilasciata, su base volontaria, una fideiussione avente le caratteristiche di quella prevista dal nuovo decreto, altrimenti rimarrebbe privo di qualsiasi tutela (si segnala, che .

Per quanto, invece, concerne la disposizione dell'art. 3 ultimo comma Dlgs. 122/2005, questa norma appare particolarmente "penalizzante" per l'acquirente: infatti col far cessare l'efficacia della fideiussione ogni qualvolta avvenga il trasferimento della proprietà dell'immobile, a prescindere dall'ultimazione dei lavori, si finisce, inevitabilmente, con il lasciare l'acquirente stesso privo di tutela se ed in quanto le somme versate sino al momento in cui avviene il trasferimento della proprietà eccedano il valore di quanto viene in quel momento trasferito: si pensi ad esempio all'accordo che preveda il trasferimento della proprietà, con il venir meno della garanzia fideiussoria, alla realizzazione del rustico e la stipula di un appalto per la ultimazione dei lavori. Anche in questo caso l'acquirente deve prestare *particolare attenzione*: infatti nel caso in cui sia previsto il pagamento al venditore/appaltatore dell'intero corrispettivo (riferito sia al rustico che all'appalto) prima del trasferimento della proprietà, l'acquirente rimarrà privo di qualsiasi tutela per le somme anticipate e relative alle opere di ultimazione dei lavori. Anche in questo caso se non vorrà correre rischi, l'acquirente dovrà aver cura di farsi rilasciare apposita fideiussione, su base volontaria, a garanzia delle somme anticipate per le opere di completamento ovvero pretendere di pagare il corrispettivo dell'appalto DOPO il trasferimento del rustico e dopo l'esecuzione delle opere, eventualmente a stati avanzamento lavori (secondo la regola generale in tema di appalto di cui all'art. 1665 ultimo comma c.c.).

In questo senso, particolare rilievo assume proprio il ruolo del Notaio nell'esercizio di quella funzione definita "antiprocedurale" che gli è riconosciuta; ad esempio sarà doveroso per il Notaio:

- nel caso di "vendite sulla carta", consigliare le parti di prevedere comunque la consegna, su base volontaria, di una fideiussione avente, le caratteristiche prescritte dagli artt. 2 e 3 del Dlgs 122/2005,

- nel caso di vendita al rustico con contestuale stipula di appalto per il completamento delle opere, consigliare le parti di prevedere il pagamento del corrispettivo dell'appalto DOPO il trasferimento del rustico e DOPO l'esecuzione delle opere, eventualmente anche a stati avanzamento lavori, ovvero nel caso di pagamento del corrispettivo dell'appalto "ex ante", in deroga al disposto dell'art. 1665 ultimo comma c.c., di prevedere il rilascio a favore dell'acquirente/committente di apposita fideiussione, su base volontaria, con le caratteristiche "minime" previste dagli artt. 2 e 3 Dlgs. 122/2005, a garanzia delle somme così anticipate per le opere di

completamento da eseguirsi dal venditore/appaltatore dopo il trasferimento della proprietà.

La polizza assicurativa indennitaria

Con riguardo alla polizza assicurativa indennitaria, l'art. 4 del dlgs 12272005 non prevede alcuna particolare sanzione per la mancata consegna di tale polizza (*non è prevista la nullità relativa del contratto come nel caso della polizza fideiussoria di cui all'art. 2*) né prevede obblighi di menzione in atto degli estremi della polizza in questione (*al contrario di quanto invece previsto all'art. 6 sub g per la polizza fideiussoria di cui all'art. 2*). Ma è altrettanto vero che il Notaio, nell'esercizio delle proprie funzioni ed in ossequio ai propri doveri professionali, sia comunque tenuto *ad informare l'acquirente* di tutti i diritti che la legge ora gli riconosce nel caso di vendita di *"immobile da costruire"* tra i quali per l'appunto il diritto ad ottenere al momento della stipula del rogito definitivo la polizza assicurativa indennitaria decennale.

Stante le diverse interpretazioni che della disposizione dell'art. 4 dlgs 122/2005 sono state date in dottrina, e la difficoltà pertanto di individuare con certezza il presupposto applicativo di detta disposizione, il Notaio dovrà, in occasione della stipula di un atto di compravendita avente per oggetto un fabbricato di recente costruzione (*con richiesta del titolo edilizio successiva al 21 luglio 2005*) informare le parti delle diverse possibili letture della norma in commento e delle diversi interpretazioni formati al riguardo, dei rischi cui potrebbe andare incontro il venditore nel caso di mancata consegna della polizza assicurativa (*risoluzione del contratto, risarcimento dei danni, ecc.*). Ed anche in questo caso il Notaio dovrà suggerire l'adozione di tutte quelle soluzioni che garantiscano piena tutela a favore dell'acquirente, nello *"spirito" della legge* in commento ed escludano successivi contenziosi in ordine alle diverse possibili interpretazioni della norma in oggetto.

Il contenuto del preliminare

A prescindere dalla soluzione che si possa dare alla questione delle sanzioni applicabili in caso di inosservanza del disposto dell'art. 6 del Dlgs 12272005 (*nullità, annullabilità, risoluzione, responsabilità precontrattuale ecc.*) è indubitabile che il Notaio, per la sua funzione di garante e tutore della legalità, ogniqualvolta sia chiamato a redigere un contratto rientrante nell'ambito di applicazione dell'art. 6 del Dlgs 122/2005, debba osservarne tutte le prescrizioni, non potendo il Notaio, nell'esplicazione delle proprie funzioni, non conformare il contenuto del contratto che è chiamato a redigere, a quelle che sono le prescrizioni di legge. L'art. 6 pone un "dovere" alle parti circa gli elementi che *"devono essere contenuti" o che "devono essere allegati"* al contratto, ma è chiaro che se per la stipulazione di quel contratto le parti si rivolgono ad un Notaio, quel "dovere" incombe sul Notaio. Il Notaio, pertanto, attraverso il proprio ministero, deve assicurare alle parti un contratto che sia pienamente conforme alla legge, e che metta "al riparo" le parti stesse da tutte le possibili conseguenze negative che possano derivare da una violazione della nuova normativa (a seconda dei casi *nullità, annullabilità, risoluzione, richiesta risarcimento dei danni, ecc.*)

L'art. 8 del Dlgs 122/2005

Verificandosi i presupposti per l'applicazione dell'art. 8 Dlgs 122/2005, per poter procedere alla stipula dell'atto di compravendita, il Notaio dovrà

accertarsi che si sia verificata, anteriormente o quanto meno al momento della stipula, una delle seguenti condizioni (che l'art. 8 prevede *in via alternativa* tra di loro):

a) o la *suddivisione del finanziamento*; al riguardo, peraltro, si ritiene non sufficiente per poter procedere alla stipula la sola suddivisione del finanziamento ma che sia anche necessario il *correlativo frazionamento della ipoteca a garanzia*;

b) o il perfezionamento di un titolo per la *cancellazione (o frazionamento) dell'ipoteca a garanzia*

c) o il perfezionamento del titolo per la *cancellazione del pignoramento gravante sull'immobile*

Una lettura sistematica della norma porta, peraltro, a ritenere sussistente la non applicabilità dell'impedimento alla stipula *nel caso di cui sub a)*, solo se vi sia contestuale accollo da parte dell'acquirente della quota del mutuo frazionato. In caso contrario si ricadrebbe nella fattispecie di cui sub b), necessitando comunque il titolo per la cancellazione dell'ipoteca così frazionata.

Per la stipula dell'atto di compravendita è sufficiente la sottoscrizione dell'atto di frazionamento del mutuo e della relativa garanzia ipotecaria, o dell'atto di assenso alla cancellazione dell'ipoteca, ovvero l'emissione del provvedimento del giudice di cancellazione del pignoramento, non essendo necessario anche l'avvenuto annotamento degli stessi presso i RR.II.

Lart. 10 del Dlgs 122/2005 (l'esenzione dalla revocatoria fallimentare)

La disposizione dell'art. 10 del dlgs 122/2005 stabilisce che non sono soggetti all'azione 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 a condizione che:

- si tratti di immobili ad uso abitativo;

- si tratti di immobili nei quali l'acquirente si impegni a stabilire, entro dodici mesi dall'acquisto o dall'ultimazione degli stessi, la residenza propria o di suoi parenti o affini entro il terzo grado

- si tratti di atti posti in essere al giusto prezzo da valutarsi alla data della stipula del preliminare.

Pertanto, *per poter usufruire della nuova esenzione dalla revocatoria fallimentare*, ricorrendone tutti presupposti di legge, l'acquirente, nell'atto che ha come effetto il trasferimento di un fabbricato da costruire, deve impegnarsi a stabilire nel fabbricato trasferito, entro dodici mesi dall'acquisto o dall'ultimazione dei lavori, la residenza propria o di suoi parenti e affini entro il terzo grado. Tale impegno deve, pertanto, risultare dall'atto, ed il Notaio che riceva un atto che possa essere soggetto a revocatoria fallimentare dovrà aver cura di far risultare dall'atto medesimo la dichiarazione con la quale l'acquirente si impegni con riguardo all'immobile trasferito a stabilirvi, entro dodici mesi dall'acquisto o dall'ultimazione dei lavori, la residenza propria o di suoi parenti e affini entro il terzo grado.

COMMENTO : Il decreto legislativo 20 giugno 2005 n. 122 (di seguito "*Dec. L.vo*")

prevede (*agli articoli 2 e 3*) introduce nel nostro ordinamento un "*pacchetto*" articolato di tutele a favore dell'acquirente di immobile da costruire. Tale *pacchetto* comprende:

- l'obbligo posto a carico del costruttore di consegnare all'acquirente **una fideiussione a garanzia** di tutte le somme o comunque dei corrispettivi incassati dal costruttore stesso sino al trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento (*artt. 2 e 3*)
- l'obbligo posto a carico del costruttore di consegnare all'acquirente **una polizza assicurativa indennitaria di durata decennale** a garanzia dell'obbligo posto a carico dello stesso di risarcire gli eventuali danni materiali e diretti dell'immobile derivanti da rovina totale o parziale o da gravi difetti costruttivi (*art. 4*)
- l'obbligo di conformare il **contratto preliminare**, nonché qualsiasi altro contratto comunque diretto al successivo trasferimento della proprietà o di diverso diritto reale di godimento, ad un contenuto "minimo" fissato dal legislatore (con previsione di specifiche allegazioni) (*art. 6*)
- l'ampliamento dei soggetti legittimati a richiedere la **suddivisione del mutuo fondiario in quote** ed il corrispondente frazionamento della garanzia ipotecaria e la previsione, nel caso di inerzia della Banca, di un procedimento sostitutivo con l'intervento del Notaio (*art. 7*)
- **l'impedimento posto al Notaio di procedere alla stipula di atti di compravendita**, se prima 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 o del pignoramento (*art. 8*)
- **il diritto di prelazione** favore dell'acquirente, privato dell'immobile dallo stesso già adibito ad abitazione principale per sé o per parente di primo grado, nel caso di vendita all'incanto dell'immobile stesso nell'ambito di procedura esecutiva (*art. 9*)
- **l'esclusione dalla revocatoria fallimentare** per immobili che l'acquirente (o suoi parenti ed affini entro il terzo grado) si sia impegnato ad abitare, se trasferiti a "giusto prezzo" (*art. 10*)
- **la possibilità per l'acquirente di escutere la garanzia fideiussoria** prima che il curatore comunichi la scelta tra l'esecuzione o lo scioglimento del contratto (*art. 11*)
- la istituzione di un **Fondo di Solidarietà** (*artt. 12 e segg.*)

I presupposti per l'applicazione di questo articolato "*pacchetto*" di tutele sono quelli che risultano fissati dall'art. 1 del "*Dec. L.vo*". La nuova disciplina di tutela, pertanto, trova applicazione solo se sussistono queste condizioni:

a) Presupposto soggettivo: riguarda le parti del contratto; è richiesto che a vendere o a promettere di vendere sia un **costruttore che agisce nell'esercizio di impresa** e che ad acquistare o a promettere di acquistare sia una **persona fisica**.

b) Presupposto oggettivo: deve trattarsi di "*immobili da costruire*" ossia di immobili per i quali, da un lato, "*sia già stato richiesto il permesso di costruire*" ma che dall'altro "*siano ancora da edificare o per i quali la costruzione non risulti essere stata ultimata versando in stadio tale da non consentire ancora il rilascio del certificato di agibilità*"

Esiste poi **un terzo presupposto** per l'applicazione della normativa in commento che potremmo definire "**presupposto contrattuale**". Tale presupposto, peraltro, non è unico e valido per tutte le fattispecie disciplinate dal decreto legislativo 122/2005 e non è "ricavabile" in via generale dell'art. 1: l'art. 1 alla lettera a)

parla infatti, con riguardo all'acquirente, di *“persona fisica che sia promissario 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 della proprietà o della titolarità di un diritto reale di godimento su di un immobile da costruire”* con ciò ricomprendendo ogni fattispecie contrattuale (*preliminare, acquisto ad effetti immediati, acquisto ad effetti non immediati*) avente per oggetto immobili da costruire. (*la definizione di cui alla lettera b) dell' art. 1 relativa al costruttore venditore è del tutto speculare*). **Il presupposto contrattuale va quindi verificato ed individuato con riguardo alla disciplina specifica dettata per ciascuna singola fattispecie.**

Solo se nella norma specifica nulla si dice e nessuna limitazione viene posta, la relativa disciplina dovrà ritenersi applicabile in presenza di qualsiasi contratto (*preliminare, contratto ad effetti traslativi immediati, contratto ad effetti traslativi non immediati*), che abbia per oggetto un immobile da costruire, in ossequio al disposto dell'art. 1 lettere a) e b) del **"Dec. L.vo"**.

Non si può non osservare, al riguardo, come **il circoscritto perimetro di operatività della nuova disciplina** (delimitato dai presupposti soggettivo, oggettivo e contrattuale sopra illustrati) e alcune incongruenze presenti nel testo normativo consentano **forme di elusione**, lasciando l'acquirente privo della tutela prevista dalla legge in questione.

Il Notaio, chiamato a ricevere un negozio avente per oggetto un immobile da costruire, sarà, pertanto, tenuto **ad informare** l'acquirente se detto negozio rientra o meno nell'ambito di applicazione del Dlgs. 122/2005, e quindi dei rischi in cui l'acquirente stesso possa incorrere qualora intenda comunque procedere alla stipula del negozio senza giovare delle tutele previste dal Dlgs. 122/2005.

Inoltre, il Notaio, per la specifica funzione di tutore della legalità che è chiamato a svolgere, lungi dal promuovere o favorire possibili forme di elusione, sfruttando le incongruenze del testo legislativo, sarà comunque tenuto:

- **a suggerire e proporre** alle parti tutte le soluzioni più opportune al fine di garantire piena tutela a favore dell'acquirente, nello "spirito" della legge in commento, e tali da escludere alla radice anche il minimo sospetto di elusione della norma

- in ogni caso **a "sconsigliare"** alle parti di adottare tutte quelle soluzioni che potendo costituire "elusione" della nuova normativa di tutela potrebbero essere in futuro censurate dalla giurisprudenza o dare comunque origine a lunghi e dispendiosi contenziosi.

La garanzia fideiussoria

La più importante tra le forme di tutela introdotte dal decreto legislativo 122/2005 è certamente la **"fideiussione"** che il costruttore deve consegnare all'acquirente **a garanzia delle somme dallo stesso incassate sino al trasferimento della proprietà o del diverso diritto reale di godimento.**

I **presupposti** (**"soggettivo" ed "oggettivo"**) per l'applicazione della disposizione di cui all'art. 4 sono quelli di cui *all'art. 1 del decreto legislativo 122/2005*, in quanto *"norma di carattere generale"*.

Per quanto riguarda il “**presupposto contrattuale**” l’art. 2 del Dlgs 122/2005 stabilisce espressamente che la fideiussione debba essere consegnata prima o all’atto della stipula di un “*contratto che abbia come finalità il trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale di godimento su immobile da costruire*”, con ciò limitando, l’ambito di applicazione della disciplina dettata in tema di garanzia fideiussoria ai soli contratti ad effetti traslativi non immediati.

Verificandosi i presupposti di applicabilità della nuova disciplina quali sopra illustrati, il “*costruttore*” prima o al più tardi *all’atto della stipula del contratto*, dovrà consegnare all’*acquirente* una **fideiussione**, rilasciata da una banca o da un’impresa di assicurazione o da intermediario finanziario a ciò abilitato, a garanzia di un importo pari alle somme e/o al valore di ogni altro eventuale corrispettivo che il costruttore abbia già riscosso o, secondo i termini e le modalità stabilite in detto contratto, debba ancora riscuotere dall’acquirente prima del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento, Per il caso in cui il costruttore ometta di rilasciare la polizza fideiussoria, la legge prevede espressamente la **nullità** del contratto. La nullità, peraltro, può essere fatta valere solo dall’acquirente “tutelato”; si tratta di un’ipotesi di “**nullità relativa**”.

La garanzia fideiussoria opera nel caso in cui il “*costruttore*” incorra in una “**situazione di crisi**” (debbono essere restituite le somme ed il valore di ogni altro eventuale corrispettivo effettivamente riscossi il tutto maggiorato dagli interessi legali maturati sino al momento in cui si è verificata tale situazione); il decreto legislativo 122/2005 precisa che per “*situazione di crisi*” si intende “*la situazione che ricorre nei casi in cui il costruttore sia sottoposto o sia stato sottoposto ad esecuzione immobiliare, in relazione all’immobile oggetto del contratto, ovvero a fallimento, amministrazione straordinaria, concordato preventivo, liquidazione coatta amministrativa.*”

L’art. 3 comma settimo del “**Dec. L.vo**” stabilisce che “*l’efficacia della fideiussione cessa al momento del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento sull’immobile o dell’atto definitivo di assegnazione*”.

La garanzia fideiussoria trova applicazione solo se oggetto del contratto (*ad effetto traslativo non immediato*) sia un “*immobile da costruire*” ossia un immobile che si trovi in uno stadio di “costruzione” che si colloca tra i seguenti due momenti:

- **dopo** l’avvenuta richiesta del permesso di costruire ovvero dopo l’avvenuta presentazione della denuncia di inizio attività (ricorrendo le condizioni di cui all’art. 22 terzo comma D.P.R. 380/2001 Testo Unico in materia edilizia) e purchè tale richiesta o tale presentazione siano successive alla data del 21 luglio 2005;

- **prima** del completamento delle finiture e quindi sino a che non sia possibile richiedere il rilascio del certificato di agibilità

Sono conseguentemente esclusi dalla disciplina di tutela:

a) l’acquirente di edifici per i quali non sia stato ancora richiesto il permesso di costruire o altra denuncia o il provvedimento abilitativo e per i quali, pertanto, il progetto edificatorio sia stato solo predisposto dal venditore, ma non ancora presentato ai competenti Uffici

b) l’acquirente di edifici per i quali sia già stato richiesto il rilascio dell’agibilità (o addirittura già dichiarato agibili anche per silenzio-assenso) in quanto già completati anche con riguardo alle finiture

La circostanza che le nuove forme di tutela non trovino applicazione per tutte quelle situazioni **che si pongono al di fuori del perimetro** di applicazione del Dlgs 122/2005, rende possibile **forme di elusione** della nuova normativa, che il Notaio, lungi dal suggerire o favorire, deve invece cercare di neutralizzare.

Innanzitutto, per quanto riguarda, specificatamente, le cd. *“vendite sulla “carta ci si è chiesti, se alla luce della nuova disciplina di tutela sia ancora possibile la commerciabilità di fabbricati ancora da edificare e per i quali non sia stato neppure richiesto il titolo edilizio.*

Nello studio n. 5813/C approvato dalla Commissione studi del C.N.N.¹ **al quesito in oggetto** si è data **risposta in senso positivo**, osservando, fra l'altro, che non sembra che dalla normativa in oggetto possano trarsi divieti specifici all'esplicazione dell'attività contrattuale avente per oggetto fabbricati per i quali non sia ancora stato richiesto il titolo edilizio e che possibili intenti elusivi non possono giustificare interpretazioni che attribuiscono ad una legge effetti ulteriori rispetto a quelli testualmente previsti (per cui se intenti elusivi ci saranno effettivamente, spetterà ai giudici porvi rimedio, ricorrendo agli strumenti messi a disposizione dall'ordinamento).

Peraltro, nel caso di acquisto di fabbricati ancora da edificare e **per i quali non sia stato neppure richiesto il titolo edilizio**, per evitare conseguenze "indesiderate", l'acquirente dovrà prestare **particolare attenzione**: o dovrà pretendere di stipulare l'eventuale preliminare e versare la caparra ed i primi acconti solo DOPO l'avvenuta richiesta del titolo edilizio così da poter godere della disciplina di tutela prevista dal DL 122/2005, ovvero dovrà richiedere che gli venga comunque rilasciata, su base volontaria, una fideiussione avente le caratteristiche di quella prevista dal nuovo decreto, altrimenti rimarrebbe privo di qualsiasi tutela.

Per quanto, invece, concerne la disposizione dell'art. 3 ultimo comma DL. 122/2005, questa norma appare particolarmente *“penalizzante” per l'acquirente*: infatti col far cessare l'efficacia della fideiussione ogni qualvolta avvenga il trasferimento della proprietà dell'immobile, a prescindere dall'ultimazione dei lavori, si finisce, inevitabilmente, con il lasciare l'acquirente stesso privo di tutela se ed in quanto le somme versate sino al momento in cui avviene il trasferimento della proprietà eccedano il valore di quanto viene in quel momento trasferito: si pensi ad esempio all'accordo che preveda il trasferimento della proprietà, con il venir meno della garanzia fideiussoria, alla realizzazione del rustico e la stipula di un appalto per la ultimazione dei lavori. Anche in questo caso l'acquirente deve prestare **particolare attenzione**: infatti nel caso in cui sia previsto il pagamento al venditore/appaltatore dell'intero corrispettivo (riferito sia al rustico che all'appalto) prima del trasferimento della proprietà, l'acquirente rimarrà privo di qualsiasi tutela per le somme anticipate e relative alle opere di ultimazione dei lavori. Anche in questo caso se non vuole correre rischi, l'acquirente dovrà aver cura di farsi rilasciare apposita fideiussione, su base volontaria, a garanzia delle somme anticipate per le opere di completamento ovvero pretendere di pagare il corrispettivo dell'appalto DOPO il trasferimento del rustico e dopo l'esecuzione delle opere, eventualmente a stati avanzamento lavori, e ciò in conformità a quanto prescritto dall'art. 1665 ultimo comma c.c..

¹ Trattasi dello studio n. 5813/C (*“La garanzia fideiussoria ed i presupposti di applicazione della nuova normativa”*) approvato dalla Commissione Studi Civilistici del C.N.N. in data 23 luglio 2005; detto studio è reperibile sul sito del Consiglio Nazionale del Notariato: www.notariato.it.

E proprio per evitare possibili comportamenti elusivi, in entrambi i casi sopra illustrati, e per mettere l'acquirente nelle condizioni di adottare il comportamento più consono alla tutela delle proprie aspettative, il Notaio, per la specifica funzione di tutore della legalità che è chiamato a svolgere, lungi dal promuovere o favorire le possibili forme di elusione, sfruttando le incongruenze del testo legislativo, sarà tenuto, come sopra già ricordato:

- a **informare** in maniera puntuale l'acquirente dei rischi connessi ad una scelta piuttosto che all'altra,

- a **suggerire e proporre** alle parti tutte le soluzioni più opportune al fine di garantire piena tutela a favore dell'acquirente, nello "spirito" della legge in commento, e tali da escludere alla radice anche il minimo sospetto di elusione della norma

- in ogni caso a **"sconsigliare"** alle parti di adottare tutte quelle soluzioni che potendo costituire "elusione" della nuova normativa di tutela potrebbero essere in futuro censurate dalla giurisprudenza o dare comunque origine a lunghi e dispendiosi contenziosi.

In questo senso particolare rilievo assume proprio il ruolo del Notaio nell'esercizio di quella funzione **definita** "antiprocedurale" che gli è riconosciuta; così sarà doveroso per il Notaio:

- nel caso di "vendita sulla carta", consigliare le parti di prevedere comunque la consegna, su base volontaria, di una fideiussione avente le caratteristiche prescritte dagli artt. 2 e 3 del "Dec. L.vo"),

- nel caso di vendita al rustico con contestuale stipula di appalto per il completamento delle opere, consigliare le parti di prevedere il pagamento del corrispettivo dell'appalto DOPO il trasferimento del rustico e DOPO l'esecuzione delle opere, eventualmente anche a stati avanzamento lavori, ovvero nel caso di pagamento del corrispettivo dell'appalto "ex ante", in deroga al disposto dell'art. 1665 ultimo comma c.c., di prevedere il rilascio a favore dell'acquirente/committente di apposita fideiussione, su base volontaria, con le caratteristiche "minime" previste dagli artt. 2 e 3 Dec. L.vo 122/2005, a garanzia delle somme così anticipate per le opere di completamento da eseguirsi dal venditore/appaltatore dopo il trasferimento della proprietà.

La polizza assicurativa indennitaria

Il "Dec. L.vo" all'art. 4 prevede l'obbligo per il costruttore di fornire **garanzia per il risarcimento al quale fosse tenuto a seguito di danni materiali e diretti** all'immobile, compresi i danni a terzi, a sensi dell'art. 1669 c.c., derivanti:

- **da rovina totale o parziale**

- **oppure da gravi difetti costruttivi delle opere**, per vizio del suolo o per difetto della costruzione, che si siano manifestati successivamente alla stipula del contratto definitivo di compravendita o dell'atto definitivo di assegnazione.

La garanzia prescritta, consiste, in particolare, in una **polizza assicurativa indennitaria** a beneficio dell'acquirente **con durata decennale** e con effetto dalla data di ultimazione dei lavori. La polizza dovrà pertanto essere consegnata dal **costruttore** all'atto del trasferimento della proprietà, anche se destinata ad operare a partire dalla data di ultimazione dei lavori. La garanzia inoltre è dovuta

a prescindere da una “*situazione di crisi*” in cui incorra il costruttore, essendo destinata ad operare all’emergere di vizi e difformità dell’edificio realizzato.

I **presupposti** (“*soggettivo*” ed “*oggettivo*”) per l’applicazione della disposizione di cui all’art. 4 sono quelli di cui *all’art. 1 del decreto legislativo 122/2005*, in quanto *“norma di carattere generale*”.

Per quanto riguarda il “**presupposto contrattuale**” la disciplina legislativa appare confusa e mal formula, così da sollevare molti dubbi circa i presupposti di applicabilità della disposizione in commento, in ordine alla fattispecie contrattuale stipulata.

La norma infatti esordisce parlando di consegna della polizza “*all’atto del trasferimento della proprietà*”: ciò potrebbe far ritenere che tale specifica tutela si applichi a qualsiasi contratto che abbia come effetto il trasferimento della proprietà di immobili da costruire

Alla fine, peraltro, la norma parla di danni manifestatisi “*successivamente alla stipula del contratto definitivo di compravendita o di assegnazione*”: ciò potrebbe far ritenere che tale specifica tutela si applichi solo in presenza della “*sequenza preliminare/definitivo*”

Ma ancora **l’art. 5**, che richiama espressamente l’art. 4 in commento, parla di “*contratti aventi per oggetto il trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale di godimento*”: ciò potrebbe far ritenere che tale specifica disciplina si applichi ai contratti ad effetti traslativi non immediati in genere e non solo in presenza della “*sequenza preliminare/definitivo*”.

Pur tra i molteplici dubbi testè evidenziati, si è ritenuto² di dover dare “**prevalenza**” al disposto dell’**art. 5** e limitare comunque l’ambito di applicazione della norma in commento ai contratti ad effetti traslativi non immediati. In caso contrario si verificherebbe una disparità di trattamento tra chi stipula simili contratti e chi stipula, invece, un contratto ad effetti traslativi immediati, difficilmente giustificabile: infatti in caso di immobile da costruire per il quale la richiesta di titolo edilizio sia stata fatta prima del 21 luglio 2005 la polizza dovrebbe essere consegnata solo in caso di stipula, dopo il 21 luglio, di contratto ad effetti traslativi immediati ma non anche nel caso di stipula di contratto ad effetti reali non immediati. Probabilmente il legislatore ha voluto subordinare (senza peraltro ben esplicitarlo nella norma) la consegna di questa polizza agli stessi presupposti previsti per la fideiussione di cui all’art. 2 (ove si dice espressamente che la fideiussione deve essere consegnata in caso di contratti *che abbiano come finalità il trasferimento non immediato della proprietà*”). Si vogliono così tutelare coloro che acquistano un bene quando il bene ancora non esiste e che devono quindi “confidare” sulla correttezza e professionalità del venditore nell’esplicazione dell’attività edificatoria.

La soluzione proposta, come si è già avuto modo di precisare³, va peraltro accolta col “*beneficio di inventario*” data la non felice formulazione normativa.

Quanto detto in ordine al presupposto contrattuale, pone, peraltro, un quesito: come si può conciliare il fatto che tra i presupposti vi sia la stipula di un

² vedasi al riguardo lo studio n. 5812/C (“*Assicurazione indennitaria, frazionamento del mutuo, revocatoria fallimentare e le altre novità legislative*”) approvato dalla Commissione Studi Civilistici del C.N.N. in data 20 luglio 2005; detto studio é reperibile sul sito del Consiglio Nazionale del Notariato: www.notariato.it.

³ vedasi al riguardo lo studio n. 5812/C (“*Assicurazione indennitaria, frazionamento del mutuo, revocatoria fallimentare e le altre novità legislative*”) approvato dalla Commissione Studi Civilistici del C.N.N. in data 20 luglio 2005; detto studio é reperibile sul sito del Consiglio Nazionale del Notariato: www.notariato.it.

contratto ad effetti traslativi non immediati avente per oggetto beni immobili da costruire (sempre con i benefici del “dubbio” sopra evidenziati) con la circostanza che nell'art. 4 in commento la consegna della polizza assicurativa dal costruttore all'acquirente è prevista “*all'atto del trasferimento della proprietà*”? In realtà l'art. 4 contempla una **fattispecie “a formazione progressiva”** così consegnata:

- **presupposto per la consegna** della polizza assicurativa indennitaria è la stipula di un contratto ad effetti traslativi non immediati;
- **il momento in cui tale polizza deve essere materialmente consegnata** dal costruttore all'acquirente è quello in cui avviene il trasferimento della proprietà.
- **gli effetti della polizza** decorreranno invece dal momento dell'ultimazione dei lavori, momento che potrebbe essere anche successivo a quello del trasferimento della proprietà e quindi della consegna della polizza

Come detto la disposizione dell'art. 4 Dec. L.vo 122/2005 è un esempio di quelle incongruenze che caratterizzano il Dec. L.vo 122/2005, dovute alla scelta del legislatore di dettare un'unica disciplina, fondata su identici presupposti, per fattispecie contrattuali tra di loro diverse. La disposizione in commento, in particolare, con quel riferimento nell'ultimo periodo al “*contratto definitivo di compravendita*”, sembra proprio confermare la *sensazione* che l'intera normativa di tutela sia stata originariamente pensata per la sequenza “*preliminare-definitivo*” (ossia per la fattispecie indubbiamente più utilizzata nella prassi per il trasferimento di immobili da costruire) **per poi essere estesa anche ad altre fattispecie contrattuali**, in maniera, peraltro, del tutto inadeguata, non avendo avuto cura di assicurare il coordinamento tra situazioni così disomogenee.

Ne discende che una lettura “*equitativa*” della nuova normativa spesso si scontra con la lettura “*sistematica*” che della normativa deve essere data.

Con riguardo specifico alla **polizza assicurativa indennitaria**, la situazione dell'acquirente nel caso di contratto ad effetti reali immediati di immobile da costruire (*ad esempio una compravendita di fabbricato al grezzo avanzato non preceduta da preliminare*) non è molto diversa dalla situazione dell'acquirente nel caso del contratto ad effetti traslativi non immediati di immobili da costruire (*ad esempio la compravendita di fabbricato al grezzo avanzato stipulata in esecuzione di un precedente preliminare*) sotto il profilo del rischio per *danni materiali e diretti all'immobile derivanti da rovina totale e parziale oppure da gravi difetti costruttivi*. Ragioni di carattere “*equitativo*” spingerebbero nel senso di ritenere applicabile la disciplina di tutela anche al primo caso. Ma poi la lettura “*sistematica*” della normativa in commento, specie **la lettura dell'art. 4 in relazione al successivo art. 5**, portano invece alla soluzione sopra proposta, che, peraltro, proprio per le difficoltà interpretative che la norma pone, ribadiamo, deve essere accolta col “*beneficio di inventario*”.

E proprio per le obiettive difficoltà che la norma pone sul piano interpretativo, non è mancato in dottrina chi, con riguardo alla fattispecie considerata, **ha proposto una soluzione esattamente opposta** a quella qui prospettata, dando perciò prevalenza alla lettura “*equitativa*” rispetto alla lettura “*sistematica*” della normativa. In particolare si è sostenuto che la norma di tutela di cui all'art. 4 del Dec. L.vo 122/2005 trovi applicazione, in via analogica, anche nel caso di atti comportanti **il trasferimento immediato di “immobili da costruire”**.

Tutte queste possibili interpretazioni, peraltro, non fanno che aumentare le difficoltà per l'operatore pratico, chiamato comunque, ad applicare, ai casi

concreti, la normativa in commento. Vero è che, *per quanto specificatamente riguarda il Notaio*, la legge non prevede alcuna particolare sanzione per la mancata consegna di tale polizza (*non è prevista la nullità relativa del contratto come nel caso della polizza fideiussoria di cui all'art. 2*) né prevede obblighi di menzione in atto degli estremi della polizza in questione (*al contrario di quanto invece previsto all'art. 6 sub g) per la polizza fideiussoria di cui all'art. 2*). Ma è altrettanto vero che il Notaio, nell'esercizio delle proprie funzioni ed in ossequio ai propri doveri professionali, sia comunque tenuto *ad informare l'acquirente* di tutti i diritti che la legge ora gli riconosce nel caso di vendita di "immobile da costruire" tra i quali per l'appunto il diritto ad ottenere al momento della stipula del rogito definitivo la polizza assicurativa indennitaria decennale. Nei casi "dubbi", ove non vi sia convergenza di opinioni circa la assoggettabilità alla disciplina di cui all'art. 4 Dlgs 122/2005, il Notaio dovrà, comunque, informare le parti delle diverse possibili letture della norma in commento e delle diverse interpretazioni formati al riguardo, dei rischi cui potrebbe andare incontro il venditore nel caso di mancata consegna della polizza assicurativa (*risoluzione del contratto, risarcimento dei danni, ecc.*) qualora prevalessesse, anche in giurisprudenza, l'orientamento della obbligatorietà della consegna di detta polizza. Ed anche in questo caso il Notaio dovrà suggerire l'adozione di tutte quelle soluzioni che garantiscano piena tutela a favore dell'acquirente, nello "*spirito della legge*" in commento ed escludano successivi contenziosi in ordine alle diverse possibili interpretazioni della norma in oggetto (in pratica il Notaio dovrà suggerire *al venditore di consegnare, comunque, all'acquirente, la polizza assicurativa indennitaria, avente le caratteristiche di cui all'art. 4 Dec. L.vo 122/2005*, ponendosi così al riparo da possibili contestazioni circa la non applicazione della normativa in oggetto).

Il contratto preliminare

L'art. 6 nell'imporre il *contenuto "minimo"* che deve avere il preliminare (o gli altri contratti ad effetti traslativi non immediati), per garantire all'acquirente una corretta informazione sul contenuto del contratto che è chiamato a stipulare, ***non prevede sanzioni particolari.***

Sul punto le opinioni manifestate dai commentatori della nuova normativa sono state le più disparate.

Queste, in proposito, le conclusioni che sono state proposte nello studio del C.N.N.⁴

a) la nullità

Innanzitutto di **nullità** si potrà parlare SOLO nel caso di mancanza di quelle menzioni che attengono all'individuazione dell'oggetto del contratto, mancanza tale da determinare ***l'indeterminatezza dell'oggetto***, con conseguente nullità del contratto a sensi dell'art. 1418 secondo comma c.c.; si deve, invece, escludere, per la violazione dell'art. 6 del "***Dec. L.vo***" la sanzione **della nullità** dell'atto, a sensi dell'art. 1418 primo comma c.c.

L'art. 1418 primo comma cod. civ. dispone, infatti, che il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative (**cd. nullità virtuale**). Dottrina e

⁴ vedasi al riguardo lo studio n. 5814/C ("*Il contenuto del contratto preliminare*") approvato dalla Commissione Studi Civilistici del C.N.N. in data 20 luglio 2005; detto studio é reperibile sul sito del Consiglio Nazionale del Notariato: www.notariato.it.

giurisprudenza hanno, peraltro, ritenuto ricorrere la figura della nullità virtuale nei casi di negozi stipulati in violazione di norme che siano dirette alla tutela di un interesse pubblico e generale. Ma non sembra che, nel caso di specie, la norma dell'art. 6 del "*Dec. L.vo*" sia diretta alla tutela di un interesse pubblico e generale. Gran parte delle menzioni richieste sono chiaramente poste a tutela di una delle parti del contratto.

b) la annullabilità

L'annullamento del contratto potrà essere invocato solo in presenza dei presupposti di legge di cui agli artt. 1425 e segg. cod. civ.

Pertanto solo se il promissario acquirente sarà 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 dalla norma in commento, potrà chiedere l'annullamento del contratto a norma dell'art. 1427 c.c.

Pertanto la mancanza di una qualsiasi delle menzioni prescritte dall'art. 6 del "*Dec. L.vo*" non determina di per sé l'**annullabilità del contratto**.

c) la rinegoziazione del contratto

Appare plausibile ritenere che in caso di violazione della norma in commento sorga, in prima battuta, *un obbligo di rinegoziare il contenuto del contratto* in modo da adeguarlo alle prescrizioni di legge. *La fonte di quest'obbligo andrebbe individuata negli artt. 1374 e 1375 c.c.*

Parte della dottrina e la giurisprudenza maggioritaria sono ormai orientate nel senso di attribuire **all'istituto della buona fede, la funzione di strumento di intervento "creativo"**: quindi non più la buona fede da considerare come mero strumento di valutazione del comportamento delle parti in sede di esecuzione del contratto, ma la buona fede da considerare **come regola di comportamento delle parti contrattuali**, con possibilità di costruire obblighi integrativi rispetto a quelli già fissati convenzionalmente.

Il dovere, discendente **dall'art. 1375 c.c.**, in relazione anche al disposto di cui al precedente **art. 1374 c.c.**, secondo il quale il contratto obbliga le parti a quanto è nel medesimo espresso *ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge*, porterebbe quindi a ritenere sussistente l'obbligo, in capo alla parte promittente venditrice, di procedere alla "*rinegoziazione*" del contratto nei termini sopra descritti.

E' ovvio che questa non può essere l'unica conseguenza per il caso di violazione della disposizione dell'art. 6 del *Dlgs 122/2005*.

d) la risoluzione del contratto

Se il rimedio della rinegoziazione non dovesse sortire effetto alcuno, e quindi dovesse fallire il rimedio destinato ad operare in "prima battuta", il promissario acquirente, a fronte del reiterato inadempimento del costruttore, potrà ricorrere al rimedio di cui all'art. 1453 c.c. e quindi potrà richiedere:

- o *l'adempimento del contratto nonché il risarcimento del danno subito*
- ovvero *la risoluzione del contratto, salvo, sempre, il diritto al risarcimento del danno,*

Il ricorso all'art. 1453 c.c. si fonderebbe, nel caso di specie, su un duplice inadempimento imputabile al costruttore promittente venditore:

- **sull'inadempimento dell'obbligo di "rinegoziazione" del contratto**, che come sopra detto discende dall'art. 1375 c.c.
- **sull'inadempimento dell'obbligo** posto a carico del promittente venditore di **conformare il contratto a quel contenuto** minimo considerato dal legislatore

(con l'art. 6 in commento) indispensabile per assicurare "al promissario acquirente una completa rappresentazione" (delle caratteristiche e qualità del bene in vendita, dei possibili vincoli od oneri esistenti, del contenuto delle obbligazioni reciproche, ecc.), *così da porsi al riparo da possibili pregiudizi conseguenti ad una stesura approssimativa e lacunosa del testo contrattuale*"

Esistono nel nostro ordinamento **altre disposizioni che sanzionano espressamente la mancata comunicazione alla controparte di talune circostanze inerenti l'oggetto del contratto** particolarmente rilevanti, prevedendo la possibilità di richiedere la risoluzione del contratto.

Emblematica sotto questo profilo è **la disposizione dell'art.1482 c.c.** la quale prevede per l'appunto la risoluzione del contratto nel caso in cui la cosa venduta risulti gravata da garanzie reali o da vincoli derivanti da pignoramento o da sequestro **non dichiarati dal venditore e dal compratore stesso ignorati**, qualora la cosa non venga liberata nel termine fissato dal giudice.

Nello stesso senso si pone anche **la disposizione dell'art. 1489 c.c.** la quale prevede che se la cosa venduta è gravata da oneri o da diritti reali o personali non apparenti che ne diminuiscono il libero godimento e se **gli stessi non sono stati dichiarati nel contratto e sono ignorati dall'acquirente**, lo stesso può chiedere la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo. E non a caso tra gli elementi che l'art. 6 primo comma del "**Dec. L.vo**" stabilisce debbano essere contenuti nel preliminare vi sono anche le garanzie reali ed i vincoli derivanti da pignoramento o da sequestro e comunque tutti i vincoli e gli oneri derivanti da trascrizioni pregiudizievoli di qualsiasi tipo, compresi quelli derivanti da convenzioni urbanistiche (lettere h e c).

La risoluzione, peraltro, sulla base del principio generale in materia, desumibile dall'art. 1455 c.c., potrebbe essere richiesta solo in presenza di un inadempimento del promittente venditore **che non sia di "scarsa importanza"** e quindi **solo se l'elemento omesso debba considerarsi essenziale nella formazione del processo volitivo del promissario acquirente**, e pertanto nel caso in cui, se conosciuto quell'elemento, il promissario acquirente non avrebbe concluso il contratto o lo avrebbe concluso a condizioni differenti.

Se invece l'inadempimento sia di "scarsa importanza" il promissario acquirente potrà pur sempre richiedere *il risarcimento del danno*.

A prescindere dalla soluzione che si possa dare alla questione delle sanzioni applicabili in caso di inosservanza del disposto dell'art. 6 del "**Dec L.vo**" (*nullità, annullabilità, risoluzione, responsabilità precontrattuale ecc.*) è indubitabile che il Notaio, per la sua funzione di garante e tutore della legalità, ogniqualvolta sia chiamato a redigere un contratto rientrante nell'ambito di applicazione dell'art. 6 del "**Dec L.vo**", debba osservarne tutte le prescrizioni, non potendo il Notaio, nell'esplicazione delle proprie funzioni, non conformare il contenuto del contratto che è chiamato a redigere, a quelle che sono le prescrizioni di legge. L'art. 6 pone un "dovere" alle parti circa gli elementi che *"devono essere contenuti" o che "devono essere allegati"* al contratto, ma è chiaro che se per la stipulazione di quel contratto le parti si rivolgono ad un Notaio, quel "dovere" incombe sul Notaio. Il Notaio, pertanto, attraverso il proprio ministero, deve assicurare alle parti un contratto che sia pienamente conforme alla legge, e che metta "al riparo" le parti stesse da tutte le possibili conseguenze negative che possano derivare da una violazione della nuova normativa (a seconda dei casi, e come sopra già illustrato, *nullità, annullabilità, risoluzione, richiesta risarcimento dei danni, ecc.*)

L'impedimento alla stipula dell'atto di compravendita (art. 8)

Presupposti (soggettivo ed oggettivo) per l'applicazione della disposizione di cui all'art. 8 del Dec. L.vo 122/2005 sono quelli di cui all'art. 1 del decreto 122/2005⁵, in quanto "*norma di carattere generale*";

Con riguardo al cd. "**presupposto contrattuale**" la norma non pone limitazioni di sorta per cui alla stregua di quanto ricavabile in via generale dall'art. 1 lettere a) e b) del "*Dec. L.vo*" la normativa in commento deve ritenersi applicabile a qualsiasi contratto (*preliminare, contratto ad effetti traslativi immediati, contratto ad effetti traslativi non immediati*), che abbia per oggetto un immobile da costruire.

Nel caso specifico di stipula di un **preliminare avente per oggetto un immobile da costruire** deve pertanto ritenersi operante, anche con riguardo all'art. 8 in commento, il "*meccanismo a formazione progressiva*" sopra delineato con riguardo all'art. 4 del decreto delegato con la conseguenza che:

- **presupposto di applicazione dell'operare dell'impedimento posto a carico del Notaio** è la stipula di un contratto preliminare avente per oggetto un bene immobile da costruire;

- **il momento in cui opera l'impedimento posto a carico del Notaio** è quello della stipula del contratto definitivo di compravendita in esecuzione del precedente preliminare (compravendita che potrà avere per oggetto anche beni già ultimati e/o addirittura già agibili)

Questa ricostruzione è, inoltre, perfettamente in linea con quello che è lo scopo della disposizione in commento da individuarsi, anche attraverso la lettura coordinata tra le disposizioni dell'articolo 8 con quelle del precedente art. 7⁶.

In pratica:

- posto che, se viene stipulato un **preliminare avente per oggetto un immobile da costruire**, a partire dal 21 luglio 2005, data di entrata in vigore del Dec. L.vo 122/2005, per effetto del disposto dell'art. 7, **il diritto a chiedere il frazionamento del mutuo e della relativa ipoteca** spetta anche al **promissario acquirente** (prima questa facoltà non sussisteva).

- ciò posto, al fine di "*rendere effettivo tale diritto*" del promissario acquirente, nonché l'altro diritto riconosciuto al promissario acquirente "*all'eventuale cancellazione dell'ipoteca e del pignoramento gravante sull'immobile da costruire*", in attuazione anche di quanto richiesto dalla *legge delega n. 210/2004 all'art. 3 punto n)*, il legislatore ha posto a carico del Notaio **un impedimento** a ricevere l'atto di compravendita, ossia l'atto di attuazione del preliminare già stipulato, fintantoché il procedimento volto ad ottenere il frazionamento del mutuo e della relativa garanzia ipotecaria, ovvero la cancellazione dell'ipoteca o del pignoramento, non si sia concluso.

⁵ Sulla necessità di leggere la norma dell'art. 8 del Dec. L.vo 122/2005 nel contesto del provvedimento che la contiene vedasi lo studio n. 5812/C ("*Assicurazione indennitaria, frazionamento del mutuo, revocatoria fallimentare e le altre novità legislative*") approvato dalla Commissione Studi Civilistici del C.N.N. in data 20 luglio 2005; detto studio è reperibile sul sito del Consiglio Nazionale del Notariato: www.notariato.it.

⁶ vedasi al riguardo lo studio n. 5812/C ("*Assicurazione indennitaria, frazionamento del mutuo, revocatoria fallimentare e le altre novità legislative*") approvato dalla Commissione Studi Civilistici del C.N.N. in data 20 luglio 2005; detto studio è reperibile sul sito del Consiglio Nazionale del Notariato: www.notariato.it.

L'impedimento alla stipula *non si applica al contratto preliminare*, posto che la norma in commento fa espresso ed esclusivo riferimento alla "compravendita". La stipula del preliminare, come già detto, costituisce *il presupposto* di applicazione dell'impedimento e *non costituisce l'oggetto* dell'impedimento

Il presupposto dell'impedimento coincide, invece, con l'atto oggetto dell'impedimento stesso nel caso in cui il Notaio sia chiamato a stipulare una compravendita ad effetti traslativi immediati ovvero una compravendita ad effetti reali differiti (*vendita di bene futuro, vendita con riserva di proprietà, ecc. ecc.*) aventi per oggetto un immobile da costruire. In questi casi l'effetto traslativo non presuppone un ulteriore e successivo intervento "notarile", un nuovo atto che debba essere stipulato da un Notaio, per il quale possa operare l'impedimento. L'intervento del Notaio si esaurisce con la stipula del contratto (e nei contratti ad effetti reali differiti l'effetto traslativo è collegato ad eventi non dipendenti dalla stipula di atti notarili). Pertanto, sempre *al fine di rendere effettivo il diritto del promissario acquirente* ad ottenere il frazionamento del mutuo fondiario e della relativa garanzia ipotecaria, o la cancellazione delle formalità pregiudizievoli, è necessario ritenere, in questo caso, *operante l'impedimento* posto dalla disposizione dell'art. 8 nel momento stesso in cui si verifica il presupposto di applicazione della disposizione stessa, ossia nel momento della stipula del contratto (anche se la norma, in realtà, sembra proprio essere stata pensata dal legislatore con riferimento alla "*sequenza*" *preliminare-contratto definitivo*").

Verificandosi i presupposti per l'applicazione dell'art. 8 in commento, per poter procedere alla stipula dell'atto di compravendita, **il Notaio deve accertarsi** che si sia verificata, anteriormente o quanto meno al momento della stipula, una delle seguenti condizioni (che l'art. 8 prevede *in via alternativa* tra di loro):

a) o la suddivisione del finanziamento; al riguardo, peraltro, riteniamo non sufficiente per poter procedere alla stipula la sola suddivisione del finanziamento ma che sia anche necessario **il correlativo frazionamento della ipoteca a garanzia;** tale conclusione è imposta da una *lettura sistematica* della disposizione in commento, in relazione sia a quanto previsto dall'art. 7 del medesimo decreto delegato, che nel modificare l'art. 39 comma 6 del T.U.B., riconosce al promissario acquirente il diritto alla "*suddivisione del finanziamento in quote e, correlativamente, al frazionamento dell'ipoteca a garanzia*", che a quanto previsto dall'art. 3 lett. n) della legge delega ove invece si fa riferimento agli "*atti che permettono l'esecuzione delle formalità nei registri immobiliari*", disposizioni, entrambe, che lasciano chiaramente intendere come la vera tutela per l'acquirente consista proprio nel diritto al frazionamento dell'ipoteca, senza il quale l'acquirente rimarrebbe esposto ad un rischio eccessivo, mentre la suddivisione del finanziamento costituisca il presupposto necessario per ottenere proprio il frazionamento dell'ipoteca. D'altra parte, nella prassi, quando si procede alla suddivisione in quote del finanziamento, si procede sempre anche al frazionamento della relativa garanzia ipotecaria.

b) o il perfezionamento di un titolo per la cancellazione (o frazionamento) **dell'ipoteca a garanzia**

c) o il perfezionamento del titolo per la cancellazione del pignoramento gravante sull'immobile

Una lettura sistematica della norma porta, peraltro, a ritenere sussistente la non applicabilità dell'impedimento alla stipula *nel caso di cui sub a)*, solo se vi sia contestuale accollo da parte dell'acquirente della quota del mutuo frazionato. In

caso contrario si ricadrebbe nella fattispecie di cui sub b), necessitando comunque il titolo per la cancellazione dell'ipoteca così frazionata.

Da notare come, per la stipula dell'atto di compravendita, sia **sufficiente la sottoscrizione** dell'atto di frazionamento del mutuo e della relativa garanzia ipotecaria, o dell'atto di assenso alla cancellazione dell'ipoteca, ovvero l'emissione del provvedimento del giudice di cancellazione del pignoramento, non essendo necessario anche l'avvenuto annotamento degli stessi presso i RR.II.

La norma infatti, oltre a parlare di "*perfezionamento del titolo*" senza fare alcun cenno al successivo annotamento presso i RR.II., ammette la vendita anche nel caso in cui a tale incombenze si sia proceduto "*contestualmente*" all'atto di compravendita, con ciò lasciando intendere che è sufficiente al momento della vendita il rilascio dei titoli di frazionamento e cancellazione e non sia invece necessario anche il relativo annotamento presso i RR.II.

La norma non prevede alcun tipo **di sanzione** per il caso in cui il Notaio proceda comunque alla stipula di un atto di compravendita, pur in assenza di un titolo di frazionamento o di assenso alla cancellazione.

Si ritiene⁷ che la sanzione **non possa essere la nullità** dell'atto non ravvisando nel caso di specie una violazione di *norma imperativa* posta a tutela di un interesse pubblico e generale.

La norma, infatti è pur sempre posta *nell'interesse di una delle parti del contratto (l'acquirente)* essendo finalizzata, attraverso l'impedimento a procedere alla stipula imposto al Notaio, **a garantire il diritto dell'acquirente** ad ottenere, prima dell'acquisto, il frazionamento del finanziamento e della relativa garanzia ipotecaria o la cancellazione delle formalità pregiudizievoli. Tutto ciò lo si ricava non solo dalla *Relazione illustrativa del decreto* ma anche dalla *legge delega n. 210/2004 (art. 3 lettera n)* come sopra ampiamente illustrato e motivato.

La norma, in realtà, al fine di "*rendere effettivo il diritto dell'acquirente al perfezionamento degli atti indicati dall'articolo 39 comma 6 del T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia..... e all'eventuale cancellazione dell'ipoteca e del pignoramento gravante sull'immobile da costruire*" pone **una regola di comportamento** a carico del Notaio. Se il legislatore avesse voluto tutelare un interesse pubblico generale avrebbe dovuto porre un divieto assoluto, rivolto a tutti, ed *in primis* alle parti. Invece si limita a "*impedire al solo Notaio*" di procedere alla stipula, con ciò lasciando intatta, ad esempio, la possibilità per le parti di stipulare un contratto di compravendita per scrittura privata, farsi accertare giudizialmente l'autenticità delle firme, ed ottenere comunque la trascrizione del trasferimento. Se ci fosse un interesse "superiore" ad impedire tali atti, il legislatore avrebbe dovuto dettare una norma di carattere generale, e non ,quindi, rivolta i soli Notai. Lo scopo del legislatore è stato, invece, quello di coinvolgere i Notai (attraverso il ministero dei quali passa la stragrande maggioranza degli atti di compravendita immobiliare) in questa attività di "*controllo*" e di "*tutela*" del promissario acquirente, fissando quella che

⁷ vedasi al riguardo lo studio n. 5812/C ("*Assicurazione indennitaria, frazionamento del mutuo, revocatoria fallimentare e le altre novità legislative*") approvato dalla Commissione Studi Civilistici del C.N.N. in data 20 luglio 2005; detto studio é reperibile sul sito del Consiglio Nazionale del Notariato: www.notariato.it

potremo definire una "regola di comportamento per i Notai" e non certo una norma imperativa, volta a perseguire un "interesse pubblico e generale".

L'esenzione dalla azione revocatoria (art. 10)

Non sono soggetti all'azione revocatoria prevista dall'articolo 67 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e successive modificazioni **gli atti a titolo oneroso che hanno come effetto il trasferimento** della proprietà o di altro diritto reale di godimento **di immobili da costruire** a condizione che:

- si tratti di immobili **ad uso abitativo** (la fattispecie in oggetto ha, pertanto, un ambito applicativo, per quanto riguarda la *tipologia degli immobili* più ristretto rispetto a quello delle altre fattispecie previste dal decreto legislativo 122/2005, con la eccezione del *diritto di prelazione di cui all'art. 9* pure limitato alle sole tipologie residenziali);
- si tratti di immobili nei quali l'acquirente si impegni a stabilire, entro dodici mesi dall'acquisto o dall'ultimazione degli stessi, **la residenza** propria o di suoi parenti o affini entro il terzo grado
- si tratti di atti posti in essere al **giusto prezzo** da valutarsi alla data della stipula del preliminare.

Presupposti (soggettivo ed oggettivo) di applicazione della disposizione di cui all'art. 10 in commento, sono quelli di cui *all'art. 1 del decreto legislativo 122/2005*, in quanto "*norma di carattere generale.*"

Con riguardo al cd. "presupposto contrattuale" la norma in commento si riferisce espressamente agli atti che hanno come effetto il trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento di immobili da costruire.

Deve trattarsi pertanto di atti il cui scopo finale sia quello di determinare il trasferimento della proprietà o del diverso diritto reale di godimento di immobile da costruire.

La normativa in commento sarà applicabile⁸:

a) nel caso di contratto di compravendita ad effetti reali immediati aventi per oggetto immobile da costruire

b) nel caso di contratto ad effetti reali differiti (vendita di bene futuro, vendita con riserva di proprietà, ecc..) **avente per oggetto immobile da costruire;** *ovviamente di revocatoria fallimentare, e quindi di esenzione dalla stessa, si potrà parlare solo una volta che sia verificato l'evento cui è collegato l'effetto traslativo* (ad esempio la venuta ad esistenza del bene, il pagamento dell'ultima rata, ecc.)

c) nel caso di contratto di compravendita ad effetti reali immediati avente per oggetto anche immobili già finiti ed agibili qualora costituiscano esecuzione di preliminari stipulati quando gli immobili trasferiti erano ancora da costruire; *anche in questo caso, con un simile contratto, l'acquirente, nella sostanza, acquista un immobile da costruire; infatti quanto è stato trattato, individuato e quando sono stati pagati i primi acconti l'immobile*

⁸ vedasi al riguardo lo studio n. 5812/C ("*Assicurazione indennitaria, frazionamento del mutuo, revocatoria fallimentare e le altre novità legislative*") approvato dalla Commissione Studi Civilistici del C.N.N. in data 20 luglio 2005; detto studio é reperibile sul sito del Consiglio Nazionale del Notariato: www.notariato.it

era ancora da costruire. Il definitivo è soltanto l'atto finale di un rapporto più complesso che ha preso il via con la stipula del preliminare e che ha avuto per oggetto l'immobile quando ancora era da costruire. Il fatto che al momento del definitivo l'immobile sia stato ultimato e sia divenuto agibile non può far venire meno la circostanza che sin dall'inizio del rapporto il venditore ha voluto vendere e l'acquirente ha voluto acquistare un immobile da costruire, e che tale reciproca volontà è stata sancita con la stipula di un preliminare. Anche questo contratto, in realtà, può rientrare, di diritto, nella definizione di "atto a titolo oneroso che ha come effetto il trasferimento della proprietà di immobile da costruire" costituendo il momento in cui l'immobile da costruire, individuato e contrattato dalle parti, viene trasferito.

La disposizione dell'art. 10 in commento stabilisce che per poter usufruire della nuova esenzione dalla revocatoria fallimentare l'acquirente, nell'atto che ha come effetto il trasferimento della proprietà o del diverso diritto reale di godimento di un fabbricato da costruire, deve impegnarsi a stabilire nel fabbricato trasferito, entro dodici mesi dall'acquisto o dall'ultimazione del fabbricato, la residenza propria o di suoi parenti e affini entro il terzo grado. **Tale impegno deve, pertanto, risultare dall'atto**, ed il Notaio che riceva un atto che possa essere soggetto a revocatoria fallimentare **dovrà aver cura di far risultare dall'atto medesimo la dichiarazione** con la quale l'acquirente si impegna con riguardo all'immobile trasferito a stabilirvi, entro dodici mesi dall'acquisto o dall'ultimazione del fabbricato, la residenza propria o di suoi parenti e affini entro il terzo grado.

Detta dichiarazione deve risultare dall'atto che ha *"come effetto il trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento"*.

Pertanto:

- nelle ipotesi sopra considerate sub a) e sub b) la dichiarazione dovrà essere riportata nel contratto ad effetti reali immediati o ad effetti reali differiti
- nell'ipotesi di cui al precedente punto c) dovrà essere riportata nel contratto definitivo e non certo nel preliminare.

A questo punto, peraltro, è lecito chiedersi se il Notaio, che sia chiamato a ricevere un atto di compravendita (*avente per oggetto un immobile già ultimato o già agibile*) **debba accertarsi** se lo stesso costituisca esecuzione di precedente preliminare e se sussista o meno l'onere a carico dell'acquirente di far risultare il proprio impegno in ordine alla residenza richiesto al fine poi di sfuggire alla revocatoria fallimentare.

E' vero che la norma in commento non prevede alcun obbligo, al riguardo, a carico del Notaio ma è altrettanto vero che il Notaio, nell'esercizio delle proprie funzioni ed in ossequio ai propri doveri professionali, sia comunque tenuto **ad informare l'acquirente** di tutte le tutele che la legge ora gli riconosce nel caso di acquisto di *"immobile da costruire"* tra le quali per l'appunto la particolare esenzione dalla revocatoria fallimentare.

E' opportuno per il Notaio, al fine di evitare poi eventuali contestazione in ordine al corretto espletamento della propria attività professionale, **far risultare dall'atto:**

- **o la dichiarazione prescritta dall'art. 10** in commento, qualora ne sussistano i presupposti e semprechè sia effettivamente intenzione dell'acquirente fissare nell'immobile acquistato la residenza propria o di parenti e affini entro il terzo grado (o la dichiarazione, negativa, dell'acquirente in quest'ultimo caso)
- ovvero **apposita dichiarazione delle parti** dalla quale risulti che tra di loro non è intervenuto alcun precedente rapporto contrattuale in ordine all'immobile da

trasferire, con conseguente inapplicabilità al caso di specie della disciplina di cui all'art. 10 in commento.

La disciplina di cui all'art. 10 del decreto 122/2005 non si applica **ai preliminari**; a questi contratti **si applica, invece, la disciplina del successivo art. 11** che è intervenuto modificando il R.D. 16 marzo 1942 n. 267 (in pratica ha aggiunto dopo l'art. 72 una nuova disposizione l'art. 72 bis)