Immobili da costruire: tra modifiche legislative e giurisprudenza

7 Aprile 2017

Sono trascorsi più di dieci anni da quando il D.Lgs n.122/05, in attuazione della delega contenuta nella Legge n. 210/2004, ha introdotto nel nostro ordinamento, sulla scia di analoghe esperienze europee, una serie di garanzie volte a tutelare gli acquirenti (unicamente persone fisiche) di immobili in corso di costruzione, come strumento di intervento pubblico nei rapporti economici tra privati la cui finalità rispondeva ad una esigenza di certezza, trasparenza e quindi tutela dei rapporti contrattuali e di affidabilità degli operatori (indistintamente: imprese di costruzione, società immobiliari, cooperative).

Le disposizioni contenute nel D. lgs. 122/2005 trovano **applicazione** rispetto ai contratti (es. preliminari di vendita) aventi ad oggetto il trasferimento non immediato della proprietà di immobili da costruire stipulati a partire dal 21 luglio 2005. Presupposto oggettivo è che si tratti quindi di "*immobili da costruire*" ossia di immobili (a prescindere dalla destinazione d'uso che può indifferentemente essere residenziale, commerciale, produttiva, direzionale) per i quali sia già stato richiesto/presentato il titolo abilitativo edilizio (**è esclusa** la *vendita su carta* e sono esclusi gli immobili venduti "*al grezzo*" dove si prevede che il completamento delle opere sia carico dell'acquirente) e che "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" (il che, ai sensi dell'articolo 26 TU Edilizia, significa che l'immobile non potrà considerarsi ultimato sino a che non siano stati eseguiti gli impianti e non siano state completate le finiture).

Sintesi dei contenuti e delle garanzie previste dal D.Lgs. 122/2005:

1. Obbligo per il costruttore di stipulare (a favore dell'acquirente): **una polizza fideiussoria bancaria o assicurativa** a garanzia delle somme percepite e da percepire (es. caparre, acconti) prima del rogito, con esclusione del saldo prezzo, della quota oggetto di mutuo nonchè di contributi pubblici già assistiti da autonoma garanzia. Nel caso di permuta (area-immobile o porzione di immobile da costruire) la fideiussione deve garantire il valore del bene dato in permuta. La fideiussione opera nel momento in cui si verifichi una "*situazione di crisi*" (quando cioè il costruttore venga assoggettato a esecuzione immobiliare, a fallimento, a concordato preventivo, ad amministrazione controllata, a liquidazione coatta amministrativa) e non anche nelle altre ipotesi in cui l'effetto traslativo non si possa produrre (ad esempio, in caso di risoluzione del contratto richiesta per inadempimento contrattuale del venditore). Il fideiussore è tenuto al pagamento, entro 30 giorni dal ricevimento della richiesta scritta da parte dell`acquirente (che preventivamente è tenuto a comunicare il recesso da contratto). Il mancato rilascio della fideiussione determina, se fatta valere dall'acquirente, **la nullità** del contratto preliminare. Se il contratto non prevede pagamenti anticipati rispetto al momento del trasferimento della proprietà la fideiussione non sarà dovuta. La normativa non dice nulla sulle conseguenze dell'inadempimento dell'acquirente verificatesi dopo il rilascio della fideiussione. La legge prevede che la fideiussione possa essere rilasciata anche ai sensi dell'articolo 1938 del codice civile che disciplina il rilascio di fideiussione per obbligazioni future o condizionali, purchè venga precisato l'importo massimo garantito. Tale modalità non equivale, tuttavia, al rilascio di fideiussione per "tranches" successive.

2. Obbligo per il costruttore di stipulare (a beneficio dell'acquirente) **una polizza assicurativa indennitaria con durata decennale** a decorrere dall'ultimazione dei lavori per la copertura di

danni materiali e diretti all'immobile e a terzi. I danni devono derivare da rovina totale, rovina parziale o gravi difetti costruttivi delle opere, che, a loro volta, devono dipendere da vizio del suolo o difetto di costruzione. I danni devono, inoltre, essersi verificati successivamente alla conclusione del contratto definitivo di compravendita o di assegnazione. Per prassi la stipula di questa polizza presuppone, all'inizio dei lavori di costruzione, la stipula della polizza CAR. I suoi effetti iniziano però a decorrere dalla data di ultimazione lavori. Il decreto non prevede uno schema di ""polizza tipo"", ma la polizza dovrà avere i contenuti minimi previsti dal decreto stesso. I vizi che da garantire sono quelli previsti dall`art. 1669 codice civile. L'obbligo di consegna della polizza sussiste solo relativamente ad edifici, in corso di costruzione, che formino oggetto di contratto preliminare sottoscritto prima dell`ultimazione dell`immobile. La tutela assicurativa, a differenza di quella fideiussoria prescinde totalmente dal verificarsi di una situazione di crisi dell'impresa costruttrice. **Non è prevista la nullità** del contratto in caso di mancata consegna della polizza nè è previsto espressamente l'obbligo di dare menzione nel preliminare o nel definitivo della consegna della polizza o di indicarne gli estremi.

3. Obbligo (non previsto espressamente a pena di nullità) di conformare il contratto preliminare, nonché qualsiasi altro contratto comunque diretto al successivo trasferimento della proprietà o di diverso diritto reale di godimento, alle indicazioni minime dell'art. 6 del Decreto al fine di garantire una maggiore trasparenza nei confronti dell'acquirente.
4. Ampliamento dei soggetti legittimati a chiedere la suddivisione del mutuo fondiario in quote ed il corrispondente frazionamento della garanzia ipotecaria nonché previsione di una procedura alternativa qualora la banca non vi provveda entro novanta giorni dal ricevimento della richiesta.
5. Divieto per il notaio di procedere alla stipula di atti di compravendita, se prima o contestualmente alla stipula non si sia proceduto al frazionamento del mutuo e al perfezionamento di un atto idoneo alla cancellazione dell'ipoteca per i lotti senza accollo di mutuo, o al frazionamento della stessa per i lotti con accollo.
6. Diritto di prelazione (solo per gli immobili residenziali) a favore dell'acquirente nel caso di vendita all'asta dell'immobile, già adibito dall'acquirente ad abitazione principale, nell'ambito di una procedura esecutiva anche nel caso in cui egli abbia ottenuto dal fideiussore il rimborso delle somme anticipate
7. Esclusione dalla revocatoria fallimentare per gli immobili (solo quelli a destinazione residenziale)che l'acquirente (coniuge, parenti e affini entro il terzo grado) si sia impegnato ad abitare entro dodici mesi dalla data di acquisto o di ultimazione, purché trasferiti a "giusto prezzo" da valutarsi alla data della stipula del preliminare.
8. Possibilità per l'acquirente di far valere la garanzia fideiussoria prima che il curatore comunichi la scelta tra l'esecuzione o lo scioglimento del contratto.
9. Istituzione di un Fondo di Solidarietà – finanziato con una addizionale sulle fideiussioni – diretto ad assicurare un indennizzo ai soggetti vittime di fallimenti immobiliari verificatisi tra dicembre 1993 e giugno 2005. Il termine per l'invio delle richieste è scaduto, dopo alcune proroghe, il 30 giugno 2008.

Di seguito si richiamano le **modifiche normative** (di maggior rilievo) apportate ad D. Lgs. 122/2005.

· All'art. 5 è stato aggiunto il comma 1-bis ai sensi del quale l'acquirente di un immobile da costruire non può rinunciare alle tutele da esso previste e ogni clausola contraria deve ritenersi pertanto nulla e come non apposta.

· L'art. 9 è stato modificato al fine di prevedere che nell'esercizio del diritto di prelazione a seguito di procedura fallimentare, sia ammesso (in quanto trattasi di abitazione principale) anche il coniuge dell'acquirente.

· L'art. 17 co. 2 è stato modificato estendendo da 15 a 25 anni (a decorrere dal 2005) il periodo massimo per il quale è dovuto il contributo obbligatorio in favore del Fondo di solidarietà per gli acquirenti di beni immobili da costruire istituito con la finalità di erogare un indennizzo agli acquirenti che, a seguito di situazioni di crisi economica del costruttore (non conclusa alla data del 31 dicembre

1993, ne' aperta successivamente alla data di pubblicazione del D. Lgs. 122/2005, ossia dopo il 6 luglio 2005) hanno subito la perdita di somme di denaro o altri beni. Il contributo è posto a carico dei costruttori tenuti all'obbligo di consegna della fideiussione. L'attuale aliquota del contributo dovuto al Fondo è fissata, per decreto ministeriale, nel 5 per mille (misura massima prevista dalla legge).

Si segnala poi che nel testo del **disegno di legge** "*Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza*" (ancora in corso di esame al Senato) è stato inserito l'articolo 12 (Garanzie in favore degli acquirenti di immobili da costruire). La norma delega il Governo ad adottare disposizioni che introducano la necessità che il contratto preliminare, avente ad oggetto il trasferimento non immediato di un immobile da costruire, **sia redatto nella forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata**. La finalità è quella di permettere un controllo di legalità da parte del notaio sull'adempimento, da parte del costruttore, dell'obbligo di rilascio sia della fideiussione che della garanzia decennale postuma. La norma introduce poi la sanzione della nullità relativa per l'inadempimento dell'obbligo di consegnare la polizza postuma decennale.

Nel corso degli ultimi anni si sono poi susseguite una serie di iniziative (**proposte di legge, ordini del giorno e interpellanze parlamentari**) volte a segnalare, in linea generale, la necessità di una modifica normativa che introduca meccanismi sanzionatori efficaci e coerenti con gli obiettivi della legge per mancata attuazione degli adempimenti obbligatori relativi al rilascio della garanzia fideiussoria e dell'assicurazione contro vivi e difetti della costruzione.

Si riassumono di seguito alcuni importanti principi affermati dalla **giurisprudenza** civile:

· Non è contrario alla normativa il preliminare di vendita di immobili **"sulla carta"** (quando non è stato ancora richiesto il permesso di costruire) senza la consegna della fideiussione (*Corte di Cass., sez. II, sentenza n. 5749 del 13 marzo 2011*).

· Nel momento in cui l'immobile promesso in vendita **ottiene l'agibilità costituisce abuso del processo,** azionare la nullità del contratto preliminare per mancanza della garanzia fideiussoria *(Tribunale Pavia 17 aprile 2012).*

· Il mancato rilascio della fideiussione comporta la nullità del contratto. Il predetto vizio può essere fatto valere dall'acquirente, in quanto unico soggetto a ciò contrattualmente legittimato, prima della conclusione del trasferimento immobiliare, verificandosi, in difetto, la **decadenza dall'eccezione di invalidità del negozio** (*Tribunale di Padova, sez. II, del 10 gennaio 2013*)

· Non è applicabile la disciplina prevista dal D. Lgs. 122/2005 se, al momento della stipulazione, nessuna richiesta di permesso a costruire è stata presentata ma sussistendo solo l'obbligo dedotto in una convenzione di lottizzazione, di richiedere il permesso a costruire (*Trib. Vicenza, Sent., 07/10/2014).*

· Non è sottoposta alla disciplina del D. Lgs. 122/2005 la vendita di un fabbricato da demolire e ricostruire, in esecuzione del progetto di un **piano particolareggiato**, per il quale, al momento del preliminare, **non sia stato ancora richiesto il permesso di costruire**. Né è possibili sostenere che il piano particolareggiato, in fase di ottenimento al momento della stipula del preliminare, possa essere considerato un titolo abilitativo (essendo piuttosto un mero strumento di attuazione del piano regolatore generale) (*Tribunale di Rimini sentenza n. 1369 del 24 novembre 2014*).

· Non è conforme alla legge la **fideiussione con scadenza prefissata** (anche se questa corrisponde alla data presunta del rogito) a meno che non venga pattuita la possibilità di proroga o di rinnovo automatico, in caso di ritardo nel trasferimento della proprietà dell'immobile, rimessa in via esclusiva dalla volontà del promissario acquirente (*Tribunale di Firenze, sez. III, sentenza n. 11284 del 25 novembre 2014*).

· La facoltà, per la parte promissaria acquirente, di far valere la nullità del contratto preliminare per mancanza della fideiussione, avendo lo scopo di **riequilibrare** le posizioni dei due contraenti si giustifica nella misura in cui viene esercitata nel rispetto delle finalità che il legislatore ha inteso proteggere e segnatamente, nel caso di specie, nella misura in cui viene azionato per proteggere la

parte debole dal rischio di perdere il patrimonio investito nell'acquisto di un immobile da costruire. Qualora, invece, gli attori utilizzino **in modo strumentale l'azione di nullità** per vedersi tutelato il mutamento di volontà in ordine all'acquisto dell'immobili si verifica un esercizio improprio della tutela giuridica apprestata che non può trovare tutela nel nostro sistema giuridico, ove, notoriamente, vige un generale divieto di abuso di ogni posizione soggettiva (*Tribunale di Monza, sez. II, 3 settembre 2015*).

· Nella premessa che in tema di contratti il principio della **buona fede oggettiva**, cioè della reciproca lealtà di condotta, deve presiedere all'esecuzione del contratto e accompagnarlo in ogni sua fase, deve ritenersi manifestamente abusiva la richiesta di nullità del contratto preliminare avanzata dalla parte acquirente qualora i fatti dimostrano che essa abbia avuto un **comportamento poco corretto**. L'esercizio abusivo della facoltà di invocare la nullità del contratto per liberarsi dal vincolo contrattuale può essere desunta da: esplicita rinuncia alla fideiussione che, seppur non ammessa dalla legge, è in grado di ingenerare un incolpevole affidamento in capo al venditore costruttore; manifestazione della volontà di recedere dal contratto preliminare; non dichiarata intenzione di volersi avvalere della nullità del preliminare; assenza di una situazione di crisi in capo al venditore. (*Tribunale di Teramo sentenza n. 1378 del 14 ottobre 2015*)

· L'art. 1938 richiede che la polizza stipulata, pur non coprendo immediatamente l'intero prezzo, indichi l'importo massimo garantito, ovvero la somma idonea a coprire ogni corrispettivo che il costruttore deve riscuotere dall'acquirente. Per cui un contratto di fideiussione che indichi quale **capitale assicurato un massimale corrispondente solo alla prima rata non è conforme** alla legge (*Corte di Appello di Palermo, sez. II, sentenza n. 453 dell'11 marzo 2016*)

· La nullità (seppure relativa perché può essere fatta valere solo su istanza di parte) del contratto preliminare di un immobile da costruire senza il rilascio della prescritta fideiussione **non ammette alcuna forma di sanatoria o convalida successiva**. Per cui una garanzia fideiussoria rilasciata, anche a distanza di pochi mesi dal perfezionamento del contratto preliminare, non è idonea a rendere valido il contratto. Anche la garanzia prestata da soggetto non idoneo, secondo le prescrizioni di legge ovvero con contenuti diversi, equivale alla mancanza di fideiussione e quindi il relativo contratto può essere dichiarato nullo (*Tribunale di La Spezia 9 giugno 2016*).

· Il divieto di stipula di cui all'art. 8 del D. Lgs. 122/2005 non può che vedersi operante per gli atti aventi ad oggetto immobili da costruire secondo la definizione fornita dal decreto stesso. (*Corte di Cass., sez. II; sentenza n. 24535 dell'1 dicembre 2016*).