

GUIDA ALLE REGOLE

COMPRAVENDITA IMMOBILI IN COSTRUZIONE

***Fideiussione, Postuma decennale, Contratto preliminare:
i presupposti di applicazione della disciplina contenuta
nel D. Lgs. 122/2005***



a cura della Direzione Edilizia, Ambiente e Territorio

(ed. giugno 2021)

Indice degli argomenti trattati nella Guida

PREMESSA.....	3
LE FINALITA'	4
I TERMINI DI ENTRATA IN VIGORE	4
L'IRRINUNCIABILITÀ DELLA TUTELA	5
CHI SONO I SOGGETTI GARANTITI (ambito di applicazione soggettivo)	5
CHI È IL "COSTRUTTORE" (ambito di applicazione soggettivo)	6
COSA SI INTENDE PER "IMMOBILE DA COSTRUIRE" (ambito di applicazione oggettivo)	6
Applicabilità agli immobili da ristrutturare	7
LE TIPOLOGIE CONTRATTUALI	8
I CONTENUTI OBBLIGATORI DELCONTRATTO PRELIMINARE	9
LA FIDEIUSSIONE A GARANZIA DEGLI ACCONTI.....	13
Cosa significa SITUAZIONE DI CRISI del costruttore.....	17
LA POLIZZA POSTUMA DECENNALE	18
LA ALTRE PREVISIONI DEL D.LGS. 122/2005	20
RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA.....	22

PREMESSA

La Guida **COMPRAVENDITA IMMOBILI IN COSTRUZIONE** offre una analisi delle regole introdotte nel nostro ordinamento dalla Legge n. 210/2004 e poi dal Decreto Legislativo n. 122/2005 finalizzate a fornire una disciplina di tutela per coloro che acquistano un immobile da costruire o in corso di costruzione. La normativa in esame, fino all'entrata in vigore del D. Lgs. n. 14/2019, è stata oggetto solo di sporadiche e non sostanziali modifiche.

Con D. Lgs. 14/2019 è stata ampliata la disciplina di tutela a favore degli acquirenti di immobili da costruire anche affidando al notaio un ruolo di maggior controllo circa il rispetto delle norme.

E' stato, infatti, introdotto l'obbligo di stipulare il contratto preliminare, avente per oggetto immobili, da costruire **per atto pubblico o scrittura privata autenticata**; è stata prevista la **nullità** del contratto in caso di mancata consegna, o non conformità, all'acquirente della polizza assicurativa indennitaria decennale e altre previsioni di cui si dirà in seguito.

NOTA di lettura: Questa Guida si sofferma soprattutto sull'illustrazione degli obblighi a carico del "Costruttore" destinati a operare **nel momento di stipula del contratto preliminare**, ossia:

- la consegna della garanzia fideiussoria;
- l'obbligo di conformare il contratto preliminare secondo le prescrizioni del D. Lgs. 122/2005 (contenuti minimi e necessità di atto pubblico/scrittura privata autenticata)

e all'atto notarile definitivo di trasferimento della proprietà:

- l'obbligo di consegna della polizza assicurativa indennitaria decennale.

Contestualmente all'esame delle relative disposizioni ci si soffermerà anche sul quadro sanzionatorio.

Da ultimo è riportata una **rassegna di giurisprudenza** specifica sul tema.

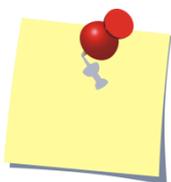
LE FINALITA'

Le finalità della disciplina contenuta nel D. Lgs. 122/2005 possono riassumersi come segue:

- **garantire** al promissario Acquirente (che deve essere necessariamente una persona fisica) di avere una descrizione chiara e completa del bene immobile che intende acquistare e degli obblighi assunti dal costruttore. Tale finalità è soddisfatta principalmente attraverso l'obbligo di conformare il contratto preliminare ad un "**contenuto minimo**" predefinito;
- **rafforzare** la posizione dell'Acquirente garantendogli che, in caso di sopravvenuta "Situazione di Crisi" del costruttore-venditore, gli importi versati prima del trasferimento della proprietà siano immediatamente disponibili previa escussione della **garanzia fideiussoria**.
- **garantire** il risarcimento degli eventuali danni che dovessero verificarsi dopo l'ultimazione attraverso la consegna di una **polizza assicurativa indennitaria di durata decennale**.



Appare fondamentale evidenziare fin da subito che la disciplina di tutela **non si applica ad ogni contratto avente per oggetto un fabbricato da costruire o in corso di costruzione, ma solo se ricorrono tutti i presupposti** (soggettivi, oggettivi e contrattuali) di applicazione della normativa in commento.



I TERMINI DI ENTRATA IN VIGORE

Tali forme di tutela hanno trovato la loro prima applicazione per le vendite aventi ad oggetto un *immobile da costruire* il cui titolo abilitativo edilizio (permesso di costruire o titolo equipollente) fosse stato richiesto **a decorrere dal 21.07.2005**.

Per quanto riguarda, invece, (di cui si dirà meglio in seguito) esse valgono solo per i contratti aventi ad oggetto immobili da costruire per i quali il titolo abilitativo edilizio sia stato richiesto o presentato **dal 16.03.2019** compreso (art. 5, comma 1-ter, D.Lgs. 122/2005). E' opportuno al riguardo chiarire che se il titolo

abilitativo viene richiesto in data antecedente al 16.03.2019, ma rilasciato successivamente, i contratti preliminari aventi ad oggetto immobili da costruire, pur se sottoscritti dopo quella data, seguiranno le regole antecedenti.

L'IRRINUNCIABILITÀ DELLA TUTELA

La legge dispone espressamente che **l'acquirente non possa rinunciare alle tutele** previste dal D.Lgs.122/2005, e che pertanto **ogni clausola contraria è nulla** e deve intendersi come non apposta (art.5, comma 1-bis, del D.Lgs. 122/2005, introdotto dall'art. 10-quater, comma 1, del D.L. n. 47/2014).

IL CASO Riveste particolare attenzione una fattispecie esaminata anche dalla giurisprudenza. Ci si è chiesti, in particolare, se sia possibile una **accettazione tardiva della fideiussione**.

Tale ipotesi risulterebbe, in effetti, ben diversa dal caso in cui il promissario acquirente negoziasse una deroga all'obbligo di rilascio della fideiussione. Laddove ne accettasse una consegna tardiva si attuerebbe niente altro che la volontà di assecondare una, legittima, conservazione degli effetti del contratto

CHI SONO I SOGGETTI GARANTITI (ambito di applicazione soggettivo)

Le disposizioni in commento tutelano esclusivamente gli acquisti di immobili da costruire **effettuati da persone fisiche** (art. 1 comma 1 lett. a) D. Lgs. 122/2005). Non si applicano, quindi, se ad acquistare sia, ad esempio, una società.

La tutela, inoltre, è garantita anche a chi intenda acquistare non per sé ma per un parente di primo grado ed è espressamente estesa a colui il quale, ancorché non socio di una cooperativa edilizia, abbia assunto obbligazioni con la cooperativa medesima per ottenere l'assegnazione in proprietà o l'acquisto della titolarità di un diritto reale di godimento su di un immobile da costruire per iniziativa della stessa.

**CHI È IL “CONTRUTTORE” OSSIA IL SOGGETTO TENUTO AL RILASCIO DELLE GARANZIE
(ambito di applicazione soggettivo)**

Il venditore-costruttore deve essere **un imprenditore** (art. 1 comma 1 lett. a) D. Lgs. 122/2005).

La normativa trova pertanto applicazione solo se a vendere sia un costruttore che agisce nell’esercizio di impresa (quindi impresa edile o società immobiliare) o una cooperativa edilizia.

Le vendite tra privati, non imprenditori, anche laddove dovessero avere ad oggetto un fabbricato da costruire **sono escluse** dall’ambito di applicazione.

La disciplina è applicabile anche quando la realizzazione della costruzione sia data in appalto o comunque eseguita da terzi.

CARATTERISTICHE DEGLI IMMOBILI: COSA SI INTENDE PER “IMMOBILE DA COSTRUIRE” (ambito di applicazione oggettivo)

Oggetto della vendita devono essere **“immobili da costruire”** indipendentemente dalla destinazione d’uso per i quali:

1. da un lato, sia stato richiesto il permesso di costruire (o presentato altro titolo abilitativo edilizio);
2. dall’altro, i lavori di costruzione
 - **non siano ancora stati avviati;**
 - **ovvero, ancorchè avviati non risultino ultimati** trovandosi la costruzione in uno stadio tale da non consentire la presentazione della Scia per l’agibilità. Pertanto, la nozione di immobile non ultimato, si riferisce all’arco temporale che va dalla richiesta del permesso di costruire alla sussistenza delle condizioni per il rilascio del certificato di agibilità. **La legge non richiede che il certificato sia stato rilasciato, né che lo stesso sia stato richiesto**, limitandosi a fare riferimento allo stadio della costruzione tale da consentire il rilascio di detto certificato.

Si evidenzia che la nozione di **fabbricato “ultimato”**, ai fini della normativa in esame, non coincide con quella contenuta in altre disposizioni quali in particolare:

- ~ art. 31 co. 2 della Legge n. 47/1985
- ~ art. 2645-bis u.c. del codice civile

in base alle quali è sufficiente la presenza di un rustico con completamento della copertura.

IL CASO Sono escluse dall'applicazione della disciplina di tutela le cd. "**vendite su carta**" ossia le ipotesi in cui oggetto della compravendita è un bene futuro rispetto al quale esiste un progetto, forse anche definitivo, ma che non è stato presentato al Comune per l'ottenimento del titolo abilitativo edilizio.

Con ciò non si nega la legittimità di accordi preliminari tra acquirente e venditore che prevedano il versamento di somme a titolo di acconto (per "fissare" il corrispettivo e magari usufruire di una scontistica maggiore) ed aventi ad oggetto una unità immobiliare individuata in un progetto per il quale non è stato ancora avviato l'iter amministrativo edilizio. In tal caso, le norme di tutela esistono, comunque, e sono quelle del codice civile non essendo prevista una disciplina "speciale" di garanzia.

Non è richiesto che si tratti della prima casa, o dell'abitazione principale dell'acquirente, e quindi la tutela spetta anche, ad esempio, per l'acquisto di abitazione di vacanza, commerciale, produttiva, direzionale. **Non vi sono, infatti, limitazioni in ordine alla destinazione dei fabbricati da costruire.**

Applicabilità agli immobili da ristrutturare

Per gli immobili sottoposti a intervento di ristrutturazione la legge non dice nulla; peraltro tale controversa fattispecie non è stata ancora affrontata neanche dalla giurisprudenza. Ciò farebbe propendere per una interpretazione restrittiva.

Secondo l'interpretazione fornita dal Consiglio del Notariato (v. Studio n. 5813/C del 23/7/2005) la normativa in oggetto deve ritenersi applicabile **almeno agli interventi di ristrutturazione radicale**, che incidano sugli elementi tipologici, strutturali e formali del fabbricato, tali da determinare una vera e propria trasformazione dell'edificio preesistente.

In assenza di chiarimenti univoci è lecito riconoscere l'applicabilità della disciplina ai soli interventi di demolizione e successiva ricostruzione come definiti dall'art. 3

comma 1 lett. d) del TU Edilizia e più in generale quando l'immobile dedotto in contratto non esiste ancora almeno nella consistenza convenuta tra le parti. Ovviamente va evidenziato che non è, in ogni caso, il titolo abilitativo che legittima l'intervento l'elemento utile a valutare l'applicabilità o meno delle garanzie previste.

Non rientrano nell'ambito di applicazione della speciale disciplina di tutela:

- le fattispecie in cui non è stato ancora richiesto/presentato il titolo abilitativo ("vendite su carta");
- gli immobili per i quali sia stata presentata la segnalazione certificata di agibilità; in tal caso la costruzione deve ritenersi "ultimata";
- gli immobili le cui finiture siano state completate per cui risulta già possibile la presentazione della Scia ai sensi dell'art. 24 TU Edilizia (DPR n. 380/2001);
- gli immobili venduti "al grezzo" dove si prevede che il completamento delle opere sia a carico dell'acquirente;
- le situazioni in cui non è stato ancora richiesto/presentato il titolo abilitativo (come chiarito anche dalla Corte di Cassazione, nella sentenza 10 marzo 2011, n. 5749).

LE TIPOLOGIE CONTRATTUALI

La disciplina di tutela trova applicazione nel caso in cui vengano stipulati contratti che abbiano come finalità il **trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale di godimento su un immobile da costruire.**

Ad esempio:

- ~ preliminare di vendita (indipendentemente dalla sua trascrizione)
- ~ vendita di fabbricato da costruire (vendita di cosa futura ex art. 1472 c.c.)
- ~ vendita di fabbricato da costruire di proprietà di terzi (art. 1478 c.c.)

- ~ compravendita con riserva di proprietà ex artt. 1523 e segg. c.c. [7]
- ~ compravendita soggetta a condizione sospensiva
- ~ compravendita con previsione di termine
- ~ permuta di area (bene presente) con unità da costruire (bene futuro) (*le nuove forme di tutela troveranno ovviamente applicazione con riguardo al trasferimento del bene futuro*)

I CONTENUTI OBBLIGATORI DEL CONTRATTO PRELIMINARE

Il *costruttore* ha 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"** (art. 6 D.Lgs. 122/2005)¹.

Ciò premesso il contratto preliminare **deve contenere:**

- a) le indicazioni previste agli articoli 2659, primo comma, n. 1), e 2826 del codice civile¹;
- b) la descrizione dell'immobile e di tutte le sue pertinenze di uso esclusivo oggetto del contratto;
- c) gli estremi di eventuali atti d'obbligo e convenzioni urbanistiche stipulati per l'ottenimento dei titoli abilitativi alla costruzione e l'elencazione dei vincoli previsti²;
- d) le caratteristiche tecniche della costruzione³;

¹ Le parti possono svolgere una trattativa precontrattuale utilizzando, ad esempio, lo schema della cd. Puntuazione che non costituisce vincolo contrattuale, ma individua i punti essenziali della trattativa, che si concluderà con l'eventuale stipula del contratto preliminare per atto pubblico o scrittura privata autenticata.

² ad esempio:

la convenzione di attuazione di un Piano di lottizzazione di iniziativa privata,
la convenzione di attuazione di un Piano di recupero

Vanno pure elencati tutti i vincoli discendenti da dette convenzioni: obbligo di cessione di aree destinate a standards, vincoli o servitù di uso pubblico, divieti di destinazione d'uso, ecc.

³ Al riguardo può risultare più agevole inserire una descrizione di massima e rimandare agli allegati.

- e) i termini massimi di esecuzione della costruzione (ultimazione)⁴, anche eventualmente correlati alle varie fasi di lavorazione;
- f) l'indicazione del prezzo⁵ o il valore di ogni altro eventuale corrispettivo, i termini e le modalità per il suo pagamento, la specificazione dell'importo di eventuali somme a titolo di caparra; le modalità di corresponsione del prezzo devono essere rappresentate da bonifici bancari o versamenti diretti su conti correnti bancari o postali indicati dalla parte venditrice ed alla stessa intestati o da altre forme che siano comunque in grado di assicurare la prova certa dell'avvenuto pagamento;
- g) gli estremi della fideiussione e l'attestazione della sua conformità al modello standard (*ancora in corso di approvazione definitiva*);
- h) l'eventuale esistenza di ipoteche o trascrizioni pregiudizievoli di qualsiasi tipo sull'immobile con la specificazione del relativo ammontare, del soggetto a cui favore risultano e del titolo dal quale derivano, nonché la pattuizione espressa degli obblighi del costruttore ad esse connessi e, in particolare, se tali obblighi debbano essere adempiuti prima o dopo la stipula del contratto definitivo di vendita;
- i) gli estremi del permesso di costruire o della sua richiesta se non ancora rilasciato, nonché di ogni altro titolo, denuncia o provvedimento abilitativo alla costruzione;
- j) l'eventuale indicazione dell'esistenza di imprese appaltatrici, con la specificazione dei relativi dati identificativi.

Al contratto **devono essere allegati:**

⁴All'indicazione di un termine per la esecuzione del contratto sono collegate alcune rilevanti conseguenze per le parti. In caso di trascrizione del preliminare gli effetti della trascrizione (in ordine al cd. effetto prenotativo ed al privilegio ex art. 2775 bis c.c.) sono destinati a venir meno in caso di mancata stipula del contratto definitivo o mancata trascrizione della domanda giudiziale ex art. 2932 c.c. entro un anno dal termine convenuto per la stipula del definitivo.

⁵ Su tale aspetto si è pronunciata, di recente, la Corte di Cassazione con la sentenza n.17932 del 27 agosto 2020, che ha dichiarato la nullità di un contratto preliminare di compravendita, avente ad oggetto un immobile da costruire, in quanto nell'atto non era stato definito il corrispettivo. Questo risultava, invece, desumibile da un altro documento sul quale mancava, tuttavia, la firma delle parti.

a) il capitolato contenente le caratteristiche dei materiali nonché l'elenco delle rifiniture e degli accessori convenuti fra le parti;

b) gli elaborati del progetto in base al quale è stato richiesto o rilasciato il permesso di costruire o l'ultima variazione al progetto originario, limitatamente alla rappresentazione grafica degli immobili oggetto del contratto, delle relative pertinenze esclusive e delle parti condominiali.

Resta fermo che, ai fini della trascrizione del preliminare, sarà necessario indicare anche la superficie utile della porzione di edificio, la quota di diritto spettante al promissario acquirente relativa all'intero costruendo edificio espressa in millesimi.

E' evidente che se questi elementi non possono essere forniti all'atto della sottoscrizione del preliminare il contratto preliminare dovrà essere **integrato** non appena essi vengono ad esistenza⁶.

In ogni caso è lecito ritenere che l'assenza o l'insufficiente indicazione comunque di uno o più di questi elementi **non comporta la nullità del contratto** anche perché ciò non è espressamente previsto dalla legge.

LE NOVITÀ

Per effetto delle modifiche introdotte dal D. Lgs. 14/2019⁷:

- **LA TRASCRIZIONE DEL PRELIMINARE: Il contratto preliminare deve essere stipulato per atto pubblico o scrittura privata autenticata.** Ciò comporta automaticamente la necessità di procedere, oltre che alla

⁶ Il Consiglio Nazionale del Notariato ha affermato che sia consentito alle parti apportare delle variazioni alle caratteristiche tecniche e costruttive del bene promesso in vendita dopo la stipulazione del preliminare (studio CNN n. 5814/C). Questione diversa dalle variazioni dell'oggetto del contratto è quella delle varianti che incidono solo su talune qualità del bene, per le quali lo studio del CNN citato, esclude la necessità di ricorrere ad un atto integrativo o addirittura un nuovo contratto. Si è in presenza, in questo caso, delle cd. clausole di riserva - già molto diffuse nella pratica - con le quali il promittente venditore si riserva talune facoltà inerenti le modalità di costruzione.

⁷ Si ricorda però che le nuove norme si applicano ai contratti aventi ad oggetto immobili da costruire per i quali il titolo abilitativo edilizio sia stato richiesto o presentato successivamente al 16 marzo 2019 (art. 5, comma 1-ter, d.lgs. 122/2005).

consueta registrazione presso gli uffici dell’Agenzia delle Entrate, anche alla **trascrizione**⁸ presso la conservatoria immobiliare⁹.

- **L’ATTESTAZIONE DI CONFORMITÀ DELLA FIUDEISSIONE:** nel contratto preliminare oltre all’indicazione degli estremi della fideiussione (obbligo già adesso previsto) dovrà essere attestata **la sua conformità al modello standard** che sarà definito con successivo e apposito DM. In attesa del modello *“il contenuto della fideiussione... è determinato dalle parti nel rispetto di quanto previsto”* dall’articolo 3 D. Lgs. 122/2005.

IL CASO La trascrizione del contratto preliminare potrebbe non tutelare il costruttore in caso di recesso da parte dell’acquirente dal contratto preliminare (per le motivazioni più varie) come anche nell’ipotesi in cui l’acquirente si renda inadempiente al versamento degli acconti a stato di avanzamento lavori.

Una possibile soluzione, da definire negozialmente, prevede l’inserimento di una **condizione risolutiva di inadempimento** con contenuto da definire (che andrebbe annotata a margine della trascrizione). Le parti dovrebbero poi sottoscrivere **un mandato a terzo soggetto arbitratore** che dovrà eventualmente intervenire per accertare l’avversarsi dell’evento dedotto in condizione.

⁸ Con la trascrizione il preliminare prevale sulle trascrizioni e iscrizioni eseguite successivamente contro il promittente venditore.

Gli effetti della trascrizione del contratto preliminare cessano, si considerano come mai prodotti, se entro un anno dalla data convenuta tra le parti per stipula del definitivo e, in ogni caso, entro tre anni dalla trascrizione predetta non sia eseguita la trascrizione del definitivo o di altro atto che costituisca comunque esecuzione del contratto preliminare.

⁹ E’ utile evidenziare che, ai sensi dell’art. 2645 bis comma 5, nel caso di preliminari aventi ad oggetto immobili da costruire *“l’eventuale differenza di superficie o di quota contenuta nei limiti di un ventesimo rispetto a quelle indicate nel contratto preliminare non produce effetti”* ai fini pubblicitari. Nell’ipotesi in cui la variazione quantitativa dell’oggetto pattuito superi la misura del ventesimo l’effetto prenotativo non avrà efficacia nei confronti dei terzi (ciò per quanto riguarda la “superficie utile”).

LA FIDEIUSSIONE A GARANZIA DEGLI ACCONTI

Al momento della stipula del contratto preliminare relativo ad immobile da costruire (o atto equipollente), o in un momento precedente, il costruttore ha **l'obbligo di consegnare all'acquirente una garanzia fideiussoria per le somme versate da quest'ultimo.**

LE SOMME GARANTITE

La fideiussione deve garantire l'intero importo che il costruttore **incasserà** tra la sottoscrizione del contratto preliminare e l'atto di compravendita con esclusione del saldo prezzo e della quota oggetto di mutuo. **Sono inoltre garantite sia le caparre che gli acconti.**

La garanzia fideiussoria, attua così una "tutela di carattere restitutorio" e non una tutela di carattere "acquisitivo": **non garantisce cioè all'acquirente la possibilità di acquisire effettivamente l'immobile contrattato.**

Al verificarsi dei presupposti che danno diritto all'escussione della garanzia l'acquirente **potrà incassare solo quanto effettivamente avrà versato** sino a quel momento (oltre gli interessi legali maturati).

Nel caso di permuta (es. permuta di terreno con immobile da costruire) la fideiussione deve garantire il valore del bene dato in permuta.

Come anticipato sono coperti altresì da fideiussione anche **i corrispettivi non rappresentati da somme di denaro** (es. il trasferimento di immobili in permuta quali l'area fabbricabile ceduta con effetto traslativo immediato in cambio di unità immobiliari di costruzione futura).

Dalla fideiussione sono esclusi gli eventuali contributi pubblici già assistiti da autonoma garanzia (es. edilizia agevolata) di cui potrebbe beneficiare il costruttore.

IL CASO Nella prassi commerciale è frequente il ricorso all'atto di prenotazione o **promessa unilaterale di acquisto** con la quale il futuro acquirente dichiara la sua volontà di acquistare l'immobile a determinate condizioni accompagnando la proposta, di norma, con un versamento in conto prezzo di vendita. In questo caso la fideiussione dovrà essere rilasciata quando interviene l'accettazione espressa o in forma tacita, da parte del costruttore, della proposta. Infatti, la legge prevede l'applicabilità delle garanzie nel caso di contratto preliminare o di altro atto equipollente, quale può essere la proposta unilaterale di acquisto o l'atto di prenotazione espressamente accettato.

Se la somma è da imputare all'eventuale intervento di un'agenzia immobiliare quale **onorario professionale** è da ritenere che essa non debba essere assoggettata a fideiussione. Ma in questo caso è opportuno che l'attribuzione al mediatore sia espressamente indicata nella proposta.

La fideiussione può essere escussa

1. **quando si verifica una "situazione di crisi"¹⁰ ;**
2. **quando il notaio, in sede di rogito, attesti di non aver ricevuto la postuma decennale ovvero attesti la sua non conformità al modello standard.** Nelle more dell'approvazione del modello standard il controllo compiuto dal notaio non potrà che riguardare solo la consegna della postuma decennale inserendone gli estremi all'interno dell'atto definitivo.

La fideiussione non opera, invece, nelle ipotesi in cui l'effetto traslativo non si possa produrre (ad esempio, in caso di risoluzione del contratto richiesta dall'acquirente per inadempimento contrattuale del venditore, che ad esempio non abbia rispettato il termine di consegna ritenuto essenziale, ovvero non abbia realizzato il fabbricato con le caratteristiche promesse).

¹⁰ A condizione che, a seconda dei casi, l'acquirente receda dal contratto (in caso di pignoramento) ovvero il competente organo della procedura concorsuale non abbia comunicato la volontà di subentrare al contratto.

Se è previsto l'accollo del mutuo (o di quota frazionata del mutuo) stipulato dal costruttore:

- la garanzia non riguarderà quelle somme che l'acquirente si è impegnato a pagare mediante accollo del mutuo stipulato dal costruttore, accollo da perfezionare nel momento in cui si verificherà il trasferimento a favore dell'acquirente della proprietà;
- la garanzia, invece, dovrà coprire anche le somme che l'acquirente abbia pagato mediante accollo del mutuo stipulato dal costruttore, se l'accollo andrà perfezionato in un momento precedente a quello in cui è previsto il trasferimento a favore dell'acquirente della proprietà (con assunzione da parte del costruttore della veste di "terzo datore di ipoteca").

LE NOVITÀ

Per effetto delle modifiche introdotte dal D. Lgs. 14/2019¹¹:

- la fideiussione può essere rilasciata solo da una banca o da un'impresa esercente le assicurazioni e **non può più essere rilasciata dagli intermediari finanziari**;
- la fideiussione può essere **escussa anche in caso di inadempimento** dell'obbligo da parte del costruttore di rilasciare la polizza **postuma decennale**; occorre al riguardo prestare **attenzione** al contenuto della polizza fideiussoria in quanto laddove non sia aggiornata rispetto alle nuove previsioni impedirebbe la stipula del preliminare;
- l'efficacia della fideiussione viene meno non più al momento del trasferimento della proprietà bensì nel momento in cui il fideiussore riceverà dal costruttore venditore ovvero da un altro dei contraenti **copia**

¹¹ Si ricorda però che le nuove norme si applicano ai contratti aventi ad oggetto immobili da costruire per i quali il titolo abilitativo edilizio sia stato richiesto o presentato successivamente al 16 marzo 2019 (art. 5, comma 1-ter, d.lgs. 122/2005).

- dell'atto di trasferimento della proprietà (o atto equipollente) il quale contenga gli estremi della polizza postuma.** E' quindi essenziale che nell'atto traslativo siano indicati gli estremi della polizza e la sua conformità al modello standard altrimenti non potrà essere "sbloccata" la fideiussione;
- sarà introdotto un **modello standard di fideiussione**¹².

IL CONTENUTO DELLA FIDEIUSSIONE

La fideiussione deve avere alcune caratteristiche espressamente previste dal legislatore, e in particolare (art. 3, comma 4, del D.Lgs. 122/2005):

a) deve prevedere la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale (di cui all'articolo 1944, secondo comma, del codice civile);

b) deve essere escutibile, verificatesi le condizioni previste dal decreto legislativo (art. 3, comma 3, del d.lgs. 122/2005), a richiesta scritta dell'acquirente, corredata da idonea documentazione comprovante l'ammontare delle somme e il valore di ogni altro eventuale corrispettivo che complessivamente il costruttore ha riscosso, da inviarsi al domicilio indicato dal fideiussore a mezzo di lettera raccomandata con avviso di ricevimento.

E' espressamente previsto, inoltre, che il mancato pagamento del premio o della commissione non è opponibile all'acquirente (art. 3, comma 5, del D.Lgs. 122/2005).

Il fideiussore è tenuto a pagare l'importo dovuto entro il termine di trenta giorni dalla data di ricevimento della richiesta inviata a mezzo di lettera raccomandata con avviso di ricevimento. Se non rispetta questo termine, il fideiussore è tenuto a rimborsare all'acquirente le spese da questo effettivamente sostenute e

¹² Al momento i ministeri competenti hanno elaborato una bozza di schema tipo trasmessa ai componenti del tavolo tecnico, tra cui ANCE, lo scorso novembre 2020.

strettamente necessarie per conseguire la detta restituzione, oltre i relativi interessi (art. 3, comma 6, del d.lgs. 122/2005).

LA MANCANZA DELLA FIDEIUSSIONE

In mancanza della fideiussione, il contratto preliminare **non può essere stipulato**.

Se il contratto venisse comunque stipulato in mancanza della fideiussione, la legge ne prevede la nullità, che può essere fatta valere unicamente dall'acquirente (**nullità relativa**). Considerando, tuttavia che il contratto preliminare deve essere sottoscritto innanzi ad un notaio sarà difficile di fatto ipotizzare che si possa procedere ugualmente alla stipula.

La sanzione della nullità è ritenuta applicabile anche quando la garanzia fideiussoria non presenti tutte le caratteristiche prescritte dalla legge, ad esempio:

- nel caso di garanzia prestata solo per parte delle somme da garantire;
- nel caso di garanzia prestata da soggetto diverso da quelli indicati dalla legge;
- nel caso di polizza rilasciata senza la previsione della rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale.

L'acquirente non può rinunciare preventivamente alla garanzia fideiussoria.

Cosa significa SITUAZIONE DI CRISI del costruttore

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.

LA POLIZZA POSTUMA DECENNALE

Il costruttore è obbligato a consegnare all'acquirente, all'atto del trasferimento della proprietà dell'immobile, **una polizza assicurativa indennitaria decennale a beneficio dell'acquirente stesso** (art. 4, comma 1, d.lgs. 122/2005) per la copertura di danni materiali e diretti all'immobile e a terzi.

I danni devono derivare, come previsto dall'art. 1669 cod. civ. che la norma espressamente richiama, 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.

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'immobile¹³.

La tutela assicurativa, a differenza di quella fideiussoria prescinde totalmente dal verificarsi di una situazione di crisi dell'impresa costruttrice.

Gli effetti (garanzia decennale) decorrono dalla data di ultimazione dell'immobile, ma i difetti dovranno essersi manifestati successivamente alla stipula del contratto di compravendita o dell'atto di assegnazione.

¹³ Si rileva che alcuni commentatori della disciplina abbiano ipotizzato che sussista l'obbligo di consegna della polizza postuma decennale anche nel caso di vendita di edificio nuovo non preceduto da preliminare stipulato prima della fine dei lavori. Ciò tuttavia esula dall'interpretazione letterale delle norme in commento.

LE NOVITÀ

Per effetto delle modifiche introdotte dal D. Lgs. 14/2019¹⁴:

- Nell'atto di trasferimento della proprietà devono essere **indicati gli estremi della polizza** assicurativa postuma decennale e si dovrà dare atto della sua **conformità** al modello standard¹⁵.
- Sarà introdotto un **modello standard di polizza postuma decennale**¹⁶. In attesa dell'adozione del modello standard le parti (acquirente e venditore) definiscono, in accordo tra loro, il contenuto delle polizze.
- **Il mancato rilascio, all'atto del trasferimento della proprietà, della polizza postuma decennale può determinare la nullità del contratto di compravendita.** La nullità può essere fatta, infatti, valere solo dall'acquirente (analogamente a quanto ora già previsto in caso di mancato rilascio della fideiussione).

Pertanto, per le fattispecie in cui è applicabile la nuova disciplina è essenziale, nell'atto traslativo, indicare gli estremi della polizza assicurativa decennale e la sua conformità al modello che sarà adottato, altrimenti non potrà essere "sbloccata" la fideiussione.

IL CASO Ci si chiede se sia possibile stipulare un contratto definitivo di compravendita sprovvisto della polizza postuma decennale laddove l'acquirente non eccepisse giudizialmente la nullità (nell'ipotesi, plausibile, che egli preferisca non travolgere l'assetto contrattuale) ovvero non dichiarasse di voler recedere escutendo di conseguenza la fideiussione prevedendo, in sostanza, l'interesse ad ottenere la proprietà dell'immobile

¹⁴ Si ricorda però che le nuove norme si applicano ai contratti aventi ad oggetto immobili da costruire per i quali il titolo abilitativo edilizio sia stato richiesto o presentato successivamente al 16 marzo 2019 (art. 5, comma 1-ter, d.lgs. 122/2005).

¹⁵ Nelle more dell'adozione del modello standard si potranno utilizzare gli schemi di polizza già diffusi nella prassi.

¹⁶ Al momento i ministeri competenti hanno elaborato una bozza di schema tipo trasmessa ai componenti del tavolo tecnico, tra cui ANCE, lo scorso febbraio 2021.

anche senza la polizza. In teoria l'atto dovrebbe essere ricevibile da parte del notaio; tuttavia è stato obiettato che in questo modo si avrebbe violazione dell'articolo 5 comma 1-bis che vieta la rinuncia alle tutele del D. lgs. 122/2005. Il rischio concreto è che il notaio anche in ossequio alle proprie regole deontologiche potrebbe rifiutarsi di stipulare.

LA ALTRE PREVISIONI DEL D.LGS. 122/2005

1. 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.
2. **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
3. **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.
4. 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.
5. 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. Si ricorda che con una modifica normativa è stato esteso da 15 a 25 anni (a decorrere dal 2005) il periodo massimo per il quale è dovuto il contributo obbligatorio in favore del Fondo 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).

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA

Corte appello Napoli sez. III, 12/04/2021,

La mancata osservanza del contenuto minimo prescritto dalla norma citata determina una nullità del contratto da intendersi quale nullità "relativa" ossia posta solo a favore della parte acquirente. E' "obbligo del giudice provvedere al rilievo d'ufficio anche delle nullità speciali ed anche di quelle speciali virtuali, solo nell'interesse della parte a cui tutela la nullità è posta".

Cassazione civile sez. II, 18/09/2020, n.19510

Cassazione civile sez. II, 22/11/2019, n.30555

Tribunale La Spezia sez. I, 17/11/2020, n.549

*Una volta che sia stata rilasciata la garanzia prescritta per legge in data successiva alla stipula del preliminare, e senza che nelle more si sia manifestata l'insolvenza del promittente venditore ovvero che risulti altrimenti pregiudicato l'interesse del promissario acquirente, la proposizione della domanda di nullità di protezione prevista dall'art. 2 d.lg n. 122/2005 **costituisce abuso del diritto.***

Tribunale Ferrara Sent., 14/06/2018

La ratio della disciplina di cui al D.Lgs. n. 122 del 2005, in relazione al rilascio della fideiussione ai fini della validità del contratto avente ad oggetto l'acquisto di un diritto reale su un immobile da costruire, risulta salvaguardata solo laddove sia prevista la facoltà per le parti di prorogare il termine contrattualmente previsto per il prodursi dell'effetto traslativo, sia previsto, altresì, che l'esercizio di tale facoltà sia subordinato alla preventiva proroga del termine di scadenza della fideiussione, affinché tale ultimo termine vada a scadere sempre in un momento successivo o quantomeno coincidente con quello del trasferimento della proprietà.

Tribunale Novara Sent., 19/02/2018

*La nullità ex art. 2, D.Lgs. n. 122 del 2005 è una nullità originaria, non sanabile e non convalidabile, con la conseguenza che **anche il successivo rilascio della fideiussione non può determinarne la sanatoria.** Di talché, se nemmeno il rilascio, in un momento successivo alla conclusione del contratto, della fideiussione, può evitare o sanare la nullità del contratto preliminare, allo stesso modo non può assumere rilievo l'avvenuto completamento dell'opera, perché la nullità attiene alla struttura del contratto e al suo momento genetico, e non può, pertanto, essere influenzata da vicende attinenti all'esecuzione del rapporto.*

Tribunale Bergamo Sez. IV, 21/03/2017

La disposizione di cui all'art. 2, D.Lgs. n. 122 del 2005, la quale detta una disciplina di tutela dell'acquirente o del promissario acquirente di immobili da costruire, può ritenersi operante solo in relazione a contratti di compravendita aventi ad oggetto immobili da costruire, ovvero immobili per i quali è già stato chiesto il permesso a

costruire, o è stata già presentata la denuncia di inizio di attività. Si collocano, invece, fuori dell'ambito applicativo della speciale disciplina in parola, i contratti aventi ad oggetto la vendita di immobili esistenti soltanto sulla carta, ossia per i quali sussiste un progetto, ma non è stato ancora richiesto il permesso di costruire o un titolo equipollente; né la chiara lettera della legge consente di pervenire, a tutela dell'acquirente o promissario acquirente di immobili siffatti, ad una interpretazione adeguatrice che ne permetta invece l'applicazione anche ad essi.

Tribunale La Spezia, 09/06/2016

La causa di invalidità di cui all'art. 2, D.Lgs. n. 122/2005 ha natura di nullità relativa, cioè di quella categoria di nullità che, in quanto posta a tutela, non di un interesse generale, ma di un interesse specifico di taluni soggetti, può essere fatta valere solo da costoro, sebbene rilevabile d'ufficio anche dal Giudice. Ciò posto, stante l'impossibilità di una rinuncia preventiva, da parte dell'acquirente, alla garanzia fideiussoria, la nullità in discorso non ammette alcuna forma di sanatoria o di convalida successiva del contratto viziato.

Ciò posto, la mancanza del rilascio della fideiussione in sede di perfezionamento del contratto preliminare comporta di per sé la nullità dello stesso a nulla rilevando che successivamente sia stata rilasciata valida garanzia fideiussoria, in quanto si tratta di nullità originaria, non sanabile e non convalidabile.

Corte d'Appello Lecce Taranto, 14/05/2015

L'eventuale divergenza descrittiva rispetto alla previsione di cui all'art. 6 D.Lgs. n. 122 del 2005 non risulta sanzionata da nullità.

Se la polizza fideiussoria non è stata rilasciata contestualmente alla redazione del preliminare, bensì posteriormente, tale trasgressione è sanzionata da nullità del negozio (art. 2 D.Lgs. n. 122 del 2005), non sanabile da successivo contegno di alcuna delle parti.

Tribunale Vicenza, 07/10/2014

In tema di compravendita immobiliare, gli acquisti ai quali si applica la tutela dettata dal D.Lgs. 122 del 2005 sono quelli aventi ad oggetto immobili da costruire, intendendosi tali gli immobili per i quali sia stato richiesto il permesso di costruire a che siano ancora da edificare o la cui costruzione non risulti essere stata ultimata.

Cass. civ. Sez. II, 10/03/2011, n. 5749

L'intera disciplina del decreto legislativo non può trovare applicazione nel caso di 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, ergo nella fattispecie in esame, caratterizzata dal fatto che non sarebbero legittimati a chiedere il permesso di costruire né la società costruttrice promittente la cessione degli appartamenti, non risultando proprietaria dell'area edificabile, né il futuro acquirente di quest'ultima, dovendo ancora acquisirla e raggiungere l'accordo con i cedenti sulle condizioni di contratto.

ⁱ Si tratta delle indicazioni necessarie per individuare i soggetti del contratto e l'oggetto del contratto; a tal fine il legislatore richiama le norme dettate in tema di trascrizione (per quanto riguarda l'individuazione dei soggetti; art. 2659 primo comma n. 1) c.c.) ed in tema di iscrizione ipotecaria (per quanto concerne la individuazione del bene immobile oggetto del contratto; art. 2826 primo comma c.c.). Più precisamente:

a1) per quanto riguarda l'individuazione dei soggetti:

i) se si tratta di persone fisiche dovranno essere indicate le generalità ed il codice fiscale; se coniugate, dovrà essere indicato anche il regime patrimoniale, secondo quanto risulta da loro dichiarazione resa nell'atto o da certificato dell'Ufficiale di Stato civile (ossia dall'estratto per sunto atto di matrimonio).

Particolare attenzione deve essere prestata nel caso in cui una delle parti sia uno straniero. Se lo straniero è cittadino di paese appartenente alla Comunità Europea, non vi sarà alcun ostacolo alla sua partecipazione al contratto, posto che tutti i cittadini comunitari godono degli stessi diritti, senza preclusione di sorta. Se lo straniero invece è cittadino di paese non appartenente alla Comunità Europea allora bisognerà verificare la capacità giuridica dello stesso.

Pertanto:

– se lo straniero extra comunitario è regolarmente soggiornante in Italia, in forza di valido permesso di soggiorno o di valida carta di soggiorno, lo stesso potrà addivenire alla stipula del contratto preliminare, posto che a norma dell'art. 2 – secondo comma – del Dlgs. 25 luglio 1998 n. 286, lo “straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato gode dei diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano ...”; in questo caso sarà quanto mai opportuno dare atto in contratto dell'avvenuto rilascio del premesso di soggiorno o della carta di soggiorno.

– se lo straniero, invece, non è dotato di permesso di soggiorno o di carta di soggiorno, affinché lo stesso possa addivenire alla stipula del contratto preliminare, dovrà essere accertata la sussistenza della condizione di reciprocità di cui all'art. 16 disposizioni preliminari al codice civile.

ii) se si tratta di persone giuridiche, società e/o associazioni non riconosciute dovranno essere indicati la ragione o la denominazione, la sede, il numero del codice fiscale e gli altri elementi di identificazione (ad esempio per le società il numero di iscrizione al registro Imprese, e se di capitali anche l'ammontare del capitale versato, per le associazioni riconosciute e le fondazioni il numero di iscrizione al registro delle persone giuridiche, per le cooperative il numero di iscrizione all'Albo delle cooperative); ovviamente dovranno essere identificati (con l'indicazione delle rispettive generalità) anche i rappresentanti di detti enti, con dimostrazione dei relativi poteri in relazione alle norme statutarie ed eventualmente allegando al contratto le delibere (degli organi amministrativi o dei soci o associati) eventualmente richieste per il compimento della specifica operazione immobiliare.

a2) per quanto riguarda l'individuazione dell'oggetto devono essere indicati:

– la natura dell'immobile,

– il comune in cui si trova

– i dati di identificazione catastale (trattandosi di fabbricato da costruire, dovranno essere indicati i dati catastali identificativi del terreno su cui il fabbricato da costruire ovvero in corso di costruzione stesso insiste).