

**UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI GENOVA**

**FACOLTA' DI ECONOMIA**

**CONVEGNO**

**PROBLEMATICHE FISCALI E DI BILANCIO NEL SETTORE IMMOBILIARE**

**Genova - 18 gennaio 2008**

**Cenni su profili civilistici nel trasferimento di immobili**

**Ernesto Pugliese**

INDICE

<b><u>Premessa</u></b>	<b>p.2</b>
<b><u>Il momento traslativo della proprietà immobiliare: vendite ad effetti reali e vendite ad effetti obbligatori</u></b>	<b>p.4</b>
<b><u>Il momento traslativo nelle vendite degli immobili da costruire</u></b>	<b>p.10</b>
<b><u>Il momento traslativo nelle vendite di cui al D.Lgs. n. 122/2005</u></b>	<b>p.17</b>
<b><u>Il nucleo della disciplina di cui al D.Lgs. n. 122/2005: la fideiussione</u></b>	<b>p.26</b>

## Premessa

Nell'ambito di un'operazione immobiliare regolata da accordi contrattuali assume particolare importanza (anche) a fini fiscali il momento impositivo, e ciò sia sotto il profilo della corretta applicazione delle norme fiscali sia sotto il profilo dell'impatto economico e/o finanziario delle stesse sull'operazione stessa.

Ai fini (principalmente, ma non solo) della sottoposizione alle imposte dirette, il momento impositivo coincide di massima con quello in cui avviene il trasferimento della proprietà secondo i principi e le norme civilistiche.

Ancora recentemente la Sezione tributaria della Corte di Cassazione, con sentenza 25.01.2006, n. 1427, ha avuto occasione di occuparsi del problema con riferimento alla determinazione del momento di trasferimento della proprietà in una fattispecie di permuta di immobile esistente con immobile da costruire, precisando – seppur in applicazione dell'abrogato testo unico sulle imposte dirette di cui al D.P.R. 29.12.1973, n. 597 - che *“nella permuta di cosa esistente con cosa futura (la realizzazione di un fabbricato), secondo l'art. 1472 cod. civ. la plusvalenza viene conseguita, non già al momento della stipulazione del contratto, ma quando la parte acquista la proprietà della cosa, il che si verifica al momento in cui la stessa viene ad esistenza. Del tutto irrilevante, prima di tale momento, l'intento speculativo eventualmente perseguito dalla contraente, come pure le considerazioni sull'esistenza di uno jus ad habendam rem, e sulla trascrivibilità di tale diritto”*.

L'individuazione del momento del trasferimento della proprietà costituisce, quindi, un elemento di cui tener conto nell'impostazione di un'operazione immobiliare, e sul

quale la volontà delle parti – nel regolamentare contrattualmente l'operazione – può (legittimamente) incidere.

Si pensi, a titolo esemplificativo, alle ipotesi in cui contrattualmente le parti rinviino il momento del trasferimento della proprietà al fine di ridurre l'incidenza economica della plusvalenza tassabile, ovvero anticipino tale momento al fine di ridurre la valutazione del valore dell'immobile in base allo stato di fatto in cui esso si trovi al momento del trasferimento della proprietà (terreno privo di titolo edilizio, terreno dotato di tale titolo, terreno con costruzione in corso, terreno con costruzione ultimata).

Di qui l'opportunità – a corollario delle analisi fiscali e finanziarie sin qui esposte dai precedenti relatori – di una sintetica analisi in ordine al momento in cui si verifica civilisticamente l'effetto traslativo della proprietà di un immobile.

Va precisato che la sintetica analisi che segue riguarda specificamente la vera e propria compravendita immobiliare, non estendendosi ad altre tipologie contrattuali nelle quali possono concretizzarsi (ed anzi oggi forse maggiormente si concretizzano in caso di compravendite di rilevante importo o di complessi immobiliari) i trasferimenti immobiliari, quale, ad esempio, la cessione di partecipazioni sociali o di azienda o ramo d'azienda di società proprietaria di immobili.

**Il momento traslativo della proprietà immobiliare:**  
**vendite ad effetti reali e vendite ad effetti obbligatori**

Come noto, nelle vendite immobiliari *“il trasferimento del diritto dal venditore al compratore è di regola un effetto immediato dello stesso contratto di vendita. L’effetto traslativo della vendita risponde al generale principio dell’efficacia reale del consenso, espressamente formulato nel nostro ordinamento con riguardo a tutti i contratti aventi ad oggetto la costituzione di un diritto reale o il trasferimento di un diritto (art. 1376 cod. civ.)”*.<sup>1/2</sup>

Va innanzi tutto sottolineato, al riguardo, che il trasferimento della proprietà di un immobile deve avvenire, a pena di nullità, per iscritto (v. art. 1350 c.c.<sup>3</sup>), ma non necessariamente per atto pubblico o scrittura privata autenticata: una semplice scrittura privata sottoscritta tra le parti in assenza di notaio e di qualunque formalità determina giuridicamente il trasferimento della proprietà dell’immobile, con tutte le conseguenze che esso comporta (consegna, passaggio dei rischi, garanzia dall’evizione e dai vizi, ecc.).

In altre parole, le parti possono legittimamente “anticipare” il momento traslativo della proprietà di un bene immobile rispetto alla sua “sacralizzazione” mediante la stipula di un atto notarile o di una scrittura privata autenticata da notaio.

---

<sup>1</sup> Così, Bianca, La vendita e la permuta, in Trattato di diritto civile diretto da Vassalli, VII.1., II ed., Utet, p. 82, a cui si rimanda per una esaustiva disamina sul punto.

<sup>2</sup> L’art. 1376 c.c. stabilisce che *“nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento di un altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato”*.

<sup>3</sup> L’art. 1350 stabilisce che *“devono farsi per atto pubblico o per scrittura privata, sotto pena di nullità: 1) i contratti che trasferiscono la proprietà di beni immobili; (...)”*.

Questo principio deve però essere coordinato con il principio dell'onere della trascrizione di cui all'art. 2643 c.c.<sup>4</sup>, il quale ha peraltro unicamente la funzione di regolare il possibile conflitto tra più aventi causa (acquirenti) dello stesso dante causa (il venditore), conflitto che viene risolto in base alla priorità della trascrizione (v. art. 2644 c.c.<sup>5</sup>).

Cosicché se il contratto scritto senza alcuna formalità è sufficiente di per sé al trasferimento della proprietà, l'effetto di "opponibilità" ai terzi si determina solo ed esclusivamente (non con l'atto notarile o con la scrittura privata autenticata da notaio, ma) con la "pubblicità" della vendita, e cioè mediante l'effettuazione della trascrizione del contratto di vendita nei pubblici registri immobiliari.

La mancata opponibilità della vendita stipulata dalle parti ma non trascritta nei pubblici registri non è, peraltro, ipotesi puramente di scuola, in quanto essa può essere appositamente scelta come "passo" intermedio dalle parti, ad esempio, quando – pur volendo ottenere l'effetto traslativo della proprietà - si voglia al contempo non rendere momentaneamente nota a terzi la vendita.

Ma il trasferimento del diritto di proprietà di un bene immobile non è sempre un effetto immediato del contratto di vendita, in qualsiasi forma esso avvenga (scrittura privata, scrittura privata autenticata, atto pubblico), ed anche se al contratto è seguita la trascrizione.

---

<sup>4</sup> L'art. 2643 prevede che *"si devono rendere pubblici col mezzo della trascrizione: 1) i contratti che trasferiscono la proprietà di beni immobili; (...)"*.

<sup>5</sup> L'art. 2644 c.c. stabilisce che *"gli atti enunciati nell'articolo precedente non hanno effetto riguardo ai terzi che a qualunque titolo hanno acquistato diritti sugli immobili in base a un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione degli atti medesimi. Seguita la trascrizione, non può avere effetto contro colui che ha trascritto alcuna trascrizione o iscrizione di diritti verso il suo autore, quantunque l'acquisto risalga a data anteriore"*.

Esistono diversi casi nei quali la stipula del contratto di vendita – di per sé perfetto e non necessitante tra le parti (almeno a fini puramente civilistici) di ulteriori atti – determina solo l’obbligo del venditore di fare acquistare al compratore la proprietà del bene, con effetto, quindi, non “reale” ma “obbligatorio” (sono i casi delle c.d. “vendite obbligatorie”, ammesse espressamente dal codice civile ex art. 1476, n. 2, c.c.<sup>6</sup>).

Ci si riferisce, in particolare:

- a) alla vendita di immobile ancora da costruire, in cui l’effetto traslativo si verifica nel momento in cui l’immobile viene ad esistenza, secondo il principio stabilito dall’art. 1472 c.c. (su tale ipotesi ci intratteremo brevemente *infra*)<sup>7</sup>;
- b) alla vendita di immobile di proprietà di terzi, in cui l’effetto traslativo si verifica nel momento in cui il venditore acquista la proprietà dell’immobile dal terzo titolare, secondo il principio stabilito dall’art. 1478 c.c.<sup>8</sup>;
- c) alla vendita di immobile con riserva della proprietà, in cui l’effetto traslativo si verifica al momento in cui il compratore paga l’ultima rata del prezzo, secondo il principio stabilito dall’art. 1523 c.c.<sup>9</sup>;

---

<sup>6</sup> L’art. 1476, n. 2, c.c. stabilisce che «*Le obbligazioni principali del venditore sono: (...) 2) quella di fargli acquisire la proprietà della cosa o il diritto, se l’acquisto non è effetto immediato del contratto*».

<sup>7</sup> L’art. 1472 c.c. stabilisce che «*nella vendita che ha per oggetto una cosa futura, l’acquisto della proprietà si verifica non appena la cosa viene ad esistenza (...) Qualora le parti non abbiano voluto concludere un contratto aleatorio, la vendita è nulla se la cosa non viene ad esistenza*».

<sup>8</sup> L’art. 1478 c.c. stabilisce che «*se al momento del contratto la cosa venduta non era di proprietà del venditore, questi è obbligato a procurarne l’acquisto al compratore. Il compratore diventa proprietario nel momento in cui il venditore acquista la proprietà dal titolare di essa*».

<sup>9</sup> L’art. 1523 c.c. stabilisce che «*nella vendita a rate con riserva della proprietà, il compratore acquista la proprietà della cosa col pagamento dell’ultima rata di prezzo, ma assume i rischi dal momento della consegna*». Che la vendita con riserva della proprietà, pur essendo prevista nella sezione del codice civile concernente la vendita di cose mobili, possa configurarsi anche con riferimento alla vendita immobiliare è opinione prevalente in giurisprudenza (v., tra le altre, Cass., 08.04.1999, n. 3415, la quale ha precisato che «*la compravendita immobiliare sottoposta alla condizione sospensiva del pagamento del prezzo si*

- d) alla vendita di immobile soggetta a condizione sospensiva, in cui l'effetto traslativo si verifica nel momento in cui si avvera la condizione a cui l'efficacia del contratto è subordinata, anche se tale effetto – una volta avverata la condizione - retroagisce al momento in cui è stato stipulato il contratto<sup>10</sup>;
- e) alla vendita di immobile soggetta a termine, in cui l'effetto traslativo si verifica alla data indicata in contratto;
- f) alla vendita di immobile la cui identificazione (tra due o più immobili) viene demandata al compratore o ad un terzo e rinviata ad un momento successivo, in cui l'effetto traslativo si verifica con l'individuazione dell'immobile secondo quanto prevedono le pattuizioni contrattuali, secondo il principio di cui all'art. 1378 c.c.<sup>11</sup>.

---

*inquadra nella figura della compravendita con riserva di proprietà, nella quale il trasferimento di tale diritto si realizza “ex nunc” con il pagamento dell’ultima rata del prezzo”).*

<sup>10</sup> Che la vendita soggetta a condizione abbia comunque effetto obbligatorio è ormai principio giurisprudenziale consolidato; v. da ultimo Cass., 25.03.2003, n. 4364, la quale afferma che *“la previsione di una prestazione contrattuale come condizione sospensiva è ammissibile nei contratti ad effetti reali, come la compravendita, potendo questa, come qualunque contratto ad effetti reali, non spiegare gli effetti suoi propri sino a quando non sia realizzata la condizione sospensiva prevista”*.

<sup>11</sup> L'art. 1378 c.c. stabilisce che *“nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento di cose determinate solo nel genere, la proprietà si trasmette con l'individuazione fatta d'accordo tra le parti o nei modi da esse stabiliti”*. Che tale ipotesi sia configurabile nella vendita immobiliare lo afferma la giurisprudenza pacifica (v., tra le altre, la Sezione tributaria della Corte di Cassazione, la quale, nella recente sentenza 09.11.2005, n. 21773, richiamando il precedente costituito da Cass., 20.10.1997, n. 10256, ha confermato che *“è legittima la permuta di cosa presente (con conseguente effetto traslativo immediato della proprietà) con una cosa futura ovvero soltanto generica (abbisognevole, pertanto, di individuazione nell'ambito del relativo “genus”) la cui proprietà venga, invece, trasferita in un momento successivo (all'atto cioè della rispettiva venuta ad esistenza o specificazione), realizzandosi in tal caso l'effetto traslativo immediato con riguardo alla cosa presente e la contestuale nascita dell'obbligazione, per il ricevente, di tenere il comportamento necessario affinché la “res”, futura o generica, sia a sua volta trasferita in proprietà alla controparte, per effetto della sua venuta ad esistenza o specificazione”*, e, richiamando l'altro precedente costituito da Cass., 23.03.2004, n. 5757, ha altresì confermato che *“la vendita alternativa (o di genere limitato) è configurabile anche per gli immobili allorchè le parti concordino di trasferire una determinata estensione immobiliare da distaccarsi da un'entità di maggiori dimensioni (...). Il contratto in tal modo concluso, di natura obbligatoria, acquista effetti reali allorquando si procederà alla concreta individuazione del bene venduto sulla base della scelta che dovrà fare il soggetto indicato nel contratto stesso”*.

Analoghe ipotesi – ed analoghe considerazioni - possono riguardare anche la permuta immobiliare.

In tutti questi casi l'effetto traslativo della vendita non è contestuale alla stipula del contratto e quindi all'incontro della volontà delle parti, ma tale effetto è rinviato ad un momento successivo, il raggiungimento del quale determina automaticamente il verificarsi dell'effetto traslativo senza necessità (almeno per l'efficacia tra le parti) di ulteriori manifestazioni di volontà.

In altre parole, in tali casi *“il venditore è obbligato al risultato traslativo, il quale si pone comunque come un effetto mediato del contratto”*.<sup>12</sup>

Si badi, ovviamente, che tali ipotesi nulla hanno concettualmente a che fare con la fattispecie “contratto preliminare”, cioè con l'accordo tra le parti avente ad oggetto non il trasferimento della proprietà o di altri diritti reali ma solo l'impegno delle parti a contrarre, e cioè a stipulare un successivo atto con il quale l'effetto reale si verifica.

Differenza solo apparentemente non problematica (tenendo anche conto che – come detto - una vendita ad effetti reali anche immediati può essere conclusa con una mera scrittura privata non autenticata), in quanto nei casi di vendite ad effetti reali differiti può essere necessario dover ricorrere a volte alla ricerca della reale volontà delle parti anche oltre il “nomen” che le parti stessa hanno dato al contratto.

Con conseguenze ovviamente rilevanti non solo per la determinazione del momento traslativo della proprietà ma anche in ordine alla validità o nullità del contratto stesso (in relazione, ad esempio, alla necessità della identificazione

---

<sup>12</sup> Così Bianca, La vendita e la permuta, in Trattato di diritto civile diretto da Vassalli, II ed., Utet, 1993, p. 94.

catastale dell'immobile<sup>13</sup>, della allegazione della certificazione di destinazione d'uso dell'immobile, della indicazione del titolo edilizio abilitativo alla costruzione dell'immobile<sup>14</sup>, della dichiarazione di regolarità edilizia dell'immobile, della indicazione delle modalità di pagamento del prezzo, della indicazione della assistenza o meno di mediatori immobiliari nella vendita, della dichiarazione di conformità dell'immobile alle norme sul risparmio energetico, ecc.).

---

<sup>13</sup> Ancora recentemente la Corte di Cassazione ha ribadito che il contratto preliminare di immobile ancora da frazionare è pienamente legittimo, essendo il relativo obbligo di identificazione catastale da applicarsi solo al contratto definitivo (v. Cass., 20.03.2006, n. 6160).

<sup>14</sup> Ancora recentemente la Corte di Cassazione, con sentenza 10.08.2006, n. 18129, ha confermato che nel caso in cui *“il contratto traslativo abbia ad oggetto (...) la proprietà di un immobile in costruzione (diversa l'ipotesi in cui l'immobile sia ancora da costruire e le parti diano atto che la concessione edilizia debba ancora essere richiesta o rilasciata), non sembra dubbio che l'atto, a pena di nullità, debba indicare gli estremi della concessione, ai sensi della l. n. 47 del 1985”*, precisando a tal fine che *“la figura della vendita di cosa futura è fattispecie affatto diversa da quella del contratto preliminare, atteso che in essa gli effetti traslativi si producono automaticamente ‘non appena la cosa viene ad esistenza’ (art. 1472 cod. civ., comma 1), e non necessitano invece, come nel contratto preliminare, di un successivo contratto”*, mentre *“al preliminare segue un secondo contratto, che assorbe completamente il precedente e determina il trasferimento della proprietà del bene promesso. L'effetto traslativo si perfeziona, quindi, con un nuovo e diverso contratto, sicchè è ad esso che può e deve farsi riferimento al fine di verificarne la sua conformità alla legge urbanistica”*.

## **Il momento traslativo nella vendita degli immobili da costruire**

Particolare rilievo, tra le ipotesi di vendite ad effetto meramente obbligatorio, ha nella prassi immobiliare la vendita di immobile da costruire, vuoi in relazione ad operazioni in cui l'immobile effettivamente non esiste vuoi in relazione ad operazioni in cui esiste un immobile ma esso debba essere soggetto ad una trasformazione edilizia mediante ristrutturazione.

In tale tipologia contrattuale possono rientrare anche fattispecie di permuta di cosa presente con cosa futura, in tutti i casi in cui il venditore dell'immobile da costruire acquisti dallo stesso finale compratore il terreno sui cui realizzare l'immobile da vendere o l'immobile da ristrutturare e rivendere.

Svariate possono essere le configurazioni contrattuali di tali operazioni, ma il fattore giuridicamente comune è la stipula di un contratto con cui si perfeziona la vendita intesa come volontà definitiva delle parti, ma il cui effetto traslativo viene posticipato (nella permuta tale posticipazione riguarda l'immobile da vendere o rivendere quale corrispettivo della prima vendita).

Come detto, nella vendita di immobile da costruire il venditore è tenuto a far tutto quanto necessario affinché l'immobile venga ad esistenza ed il compratore ne divenga proprietario, e *“ciò secondo la comune regola che impegna il venditore a fare acquistare al compratore il diritto quando l'acquisto non sia un effetto*

*immediato del contratto (art. 1476, n. 2, cod. civ.)*<sup>15</sup>, verificandosi in tale momento l'automatico trasferimento della proprietà.

Ma qual è il momento in cui un immobile viene ad esistenza?

Il codice civile non prevedeva originariamente alcuna norma al riguardo, né la prevede ancora oggi in via generale.

Nel tempo sono, invece, intervenute in materia norme non aventi – per volontà dello stesso legislatore – carattere generale.

La prima è contenuta nella l. 28.02.1985, n. 47, la quale, nel regolamentare i presupposti per la sanatoria delle opere abusive, all'art. 31, c. 2, ha stabilito – ai suddetti esclusivi fini edilizi – che *“si intendono ultimati gli edifici nei quali sia stato eseguito il rustico e completata la copertura, ovvero, quanto alle opere interne agli edifici già esistenti e a quelle non destinate alla residenza, quando esse siano state completate funzionalmente”*.

Ad essa ha poi fatto seguito nel 1996 (mediante il d.l. 31.12.1996, n. 669, convertito con modifiche dalla l. 28.02.1997, n. 30) l'introduzione dell'art. 2645 bis - con il quale è stata introdotta la possibilità di trascrivere i contratti preliminari aventi ad oggetto diritti reali - che prevede al sesto comma – ma ai soli fini previsti dal comma 5 del medesimo art. 2645 bis c.c. che disciplina la trascrivibilità dei preliminari relativi ad edifici da costruire o in corso di costruzione – che *“si intende esistente l'edificio nel quale sia stato eseguito il rustico, comprensivo delle mura*

---

<sup>15</sup> Così Bianca, La vendita e la permuta, in Trattato di diritto civile diretto da Vassalli, II ed. Utet, 1993, p. 381, il quale rileva che tale natura obbligatoria *“non esclude tuttavia che singole fasi dell'attività utile alla produzione del bene siano assunte come oneri a carico dell'acquirente o che siano sottratte al contenuto dell'impegno del venditore e ricondotte alla stregua di condizioni. Ciò che è essenziale tener presente, comunque, è che tali limitazioni di contenuto dell'impegno traslativo non sono connaturate alla vendita di cosa futura ma devono risultare di volta in volta dalla interpretazione del contratto”*.

*perimetrali delle singole unità, e sia stata completata la copertura”, con previsione del tutto analoga a quella prevista dall’art. 31, l. 47/1985.*

Da ultimo, il D.Lgs. 20.06.2005, n. 122 – disciplinante la tutela degli acquirenti degli immobili da costruire, su cui si tornerà *infra* – ha definito all’art. 1 – ai soli fini di tale normativa – che per “immobili da costruire” debbano intendersi “*gli immobili per i quali sia stato richiesto il permesso di costruire e che siano ancora da edificare o la cui costruzione non risulti essere stata ultimata versando in stadio tale da non consentire ancora il rilascio del certificato di agibilità*”, e cioè quel certificato che viene rilasciato solo a seguito dell’ultimazione “*dei lavori di finitura dell’intervento*” e che “*attesta la sussistenza delle condizioni di sicurezza, igiene, salubrità, risparmio energetico degli edifici e degli impianti negli stessi installati*” (così artt. 24 e 25, D.P.R. 06.06.2001, n. 380).

Come si è detto, tutte le definizioni riportate nelle norme citate sono dalle stesse norme specificamente limitate nella loro applicazione a quanto previsto dalla medesima norma che le contiene, per cui i tentativi interpretativi volti a considerarli espressione di principi generali non sembrano poter essere condivisi.

Per una generale individuazione del momento di venuta ad esistenza di un immobile ci si deve, perciò, rifare all’interpretazione giurisprudenziale, in base alla quale l’effetto traslativo si verifica nel momento in cui l’immobile è realizzato nella sua completezza, “*in quanto, per individuare la data di venuta ad esistenza di un immobile ai fini e per gli effetti dell’art. 1472 cod. civ., occorre aver riguardo al momento in cui si perfeziona il relativo processo produttivo nelle sue componenti essenziali e non, certo, nel solo scheletro, potendo solo ritenersi irrilevante che*

*l'immobile manchi di alcune rifiniture o di qualche accessorio non indispensabile per la sua utilizzazione*<sup>16</sup>, e cioè “quando siano state eseguite le opere murarie”, poichè “l'attività di edificazione in senso proprio si esaurisce appunto nelle opere murarie”<sup>17</sup>.

Tale principio giurisprudenziale – ormai trattato e quindi pacifico – non risolve, però, in modo risolutivo il problema, in quanto l'affermazione in base alla quale la venuta ad esistenza di un immobile si deve riferire all'ultimazione dei soli elementi essenziali determina non solo la necessità di una comunque discrezionale valutazione di fatto, ma anche – sembra di poter affermare – una differente valutazione in base alla diversa natura e funzione dell'immobile (capannone industriale, abitazione economica, villa di lusso, ecc.), con la inevitabile conseguenza di una incertezza circa la concreta individuazione di volta in volta di tale momento.

Ne consegue che l'unica vera soluzione pratica è quella di indicare contrattualmente a quale preciso evento le parti attribuiscono la venuta ad esistenza dell'immobile, o, ancora meglio, a quale preciso evento le parti attribuiscono l'effetto traslativo della proprietà.

Sempre in riferimento all'individuazione del momento di trasferimento della proprietà nei contratti di vendita di immobili da costruire o in corso di costruzione, rileva la problematica della individuazione della linea di separazione giuridica tra contratto di vendita di cosa futura e appalto.

---

<sup>16</sup> Così Cass., 10.03.1997, n. 2126.

<sup>17</sup> Così Cass., 20.07.1991, n. 8118. V. anche Cass., 05.09.1989, n. 3854; Cass., 17.02.1983, n. 1219.

E' evidente, infatti, che se la regolamentazione contrattuale prevede che il venditore debba realizzare l'immobile (e magari debba anche eseguire lavori di finitura personalizzati secondo le esigenze del compratore) e consegnarlo al compratore secondo un certo capitolato, può non essere semplice stabilire – a dispetto dell'astratta differenza ontologica tra i due tipi contrattuali – dove abbia termine l'impegno di vendita assunto dal venditore e dove inizi il suo impegno, quale appaltatore, di eseguire dei lavori per il compratore, e conseguentemente quale sia il momento in cui la proprietà si trasferisca e il compratore divenga proprietario committente.

Oltre a ciò, sono rilevanti le conseguenze tra le due differenti qualificazioni del rapporto in considerazione del differente regime normativo tra i due tipi contrattuali, ad esempio con riguardo alla consegna, al rischio della perdita o danneggiamento, alle garanzie per i vizi della costruzione, alla sussistenza o meno del diritto di recesso, ecc..

Al riguardo si è recentemente espressa la Sezione tributaria della Corte di Cassazione, la quale ha però espresso due differenti orientamenti a distanza di pochi mesi: dapprima, con sentenza 09.11.2005, n. 21773, essa ha affermato – in sostanziale conformità al più recente orientamento delle Sezioni civili della stessa Corte<sup>18</sup> – che *“il contratto avente ad oggetto la cessione di area edificabile in cambio di un appartamento sito nel fabbricato che sarà realizzato a cura e con i mezzi del cessionario può integrare tanto gli estremi della permuta tra un bene*

---

<sup>18</sup> V. conformi Cass., 21.05.2001, n. 6925; Cass., 21.06.2000, n. 8445; Cass., 17.12.1999, n. 14209; Cass., 12.04.1999, n. 3578; Cass., 21.11.1997, n. 11643; Cass., 19.04.1997, n. 3395; Cass., 09.01.1997, n. 99; Cass., 02.04.1996, n. 375; Cass., 30.03.1995, n. 3807; Cass., 02.06.1993, n. 6171; Cass., 11.03.1993, n. 2952; Cass., S.U., 09.06.1992, n. 7073.

*esistente ed un bene futuro quanto quelli del negozio misto caratterizzato da elementi propri della vendita e dell'appalto, ricorrendo la prima ipotesi qualora il sinallagma contrattuale consista nel trasferimento della proprietà attuale in cambio della cosa futura (l'obbligo di erigere il manufatto collocandosi, conseguentemente, su di un piano accessorio e strumentale), verificandosi la seconda ove, al contrario, la costruzione del fabbricato assuma rilievo centrale all'interno della convenzione negoziale, e la cessione dell'area costituisca soltanto lo strumento prodromico onde conseguire tale primario obiettivo"; mentre, a breve distanza di tempo, con sentenza 20.04.2006, n. 9320 ha precisato che "la prevalenza dell'elemento lavoro su quello inerente alla fornitura della materia costituisce criterio fondamentale di distinzione tra appalto e vendita (di cosa futura), mentre il riferimento alla comune intenzione delle parti costituisce criterio suppletivo di differenziazione".*

Pur essendo l'ultima sentenza citata la più recente, deve ritenersi ormai acclarato (anche perché accolto anche dalle Sezioni Unite della Cassazione, con la sentenza citata in nota) che il criterio distintivo tra contratto di vendita e contratto di appalto si basa sull'effettiva volontà delle parti. La prevalenza della prestazione di "fare" su quella di "dare", o viceversa, va dunque intesa in senso teleologico: si tratterà di valutare se, nella comune intenzione delle parti, principale scopo sia stato il lavoro necessario per realizzare l'immobile, oppure se principale scopo sia stato il trasferimento dell'immobile finito, ed il lavoro sia stato considerato solo come il

mero strumento per raggiungere tale risultato e adempiere così all'obbligazione di vendita di cosa futura<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> Per una esauriente analisi v. Rubino – Iudica, Appalto, in Commentario del codice civile Scialoja – Branca, IV ed., Zanichelli, 2007, p. 45 e ss.

## **Il momento traslativo nelle vendite di cui al D.Lgs. n. 122/2005**

Si è visto che la normativa non prevede una generale individuazione del momento in cui un immobile viene ad esistenza, di quando cioè si verifica l'effetto traslativo della proprietà, in tutti i casi in cui sia stato stipulato un atto di vendita relativo ad un immobile ancora non realizzato.

E si è anche visto che esistono, però, alcune norme specificamente dettate a regolare aspetti particolari, e che una di tali norme è quella inserita nel D.Lgs. 20.06.2005, n. 122, normativa avente per oggetto la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire (ed avente lo scopo di evitare il ripetersi di esperienze negative verificatesi anche nel recente passato, nelle quali operazioni immobiliari non portate a termine dal venditore – costruttore hanno comportato l'impossibilità per l'acquirente da un lato di ottenere materialmente l'immobile promesso e dall'altro di recuperare le somme di denaro già versate in vista del trasferimento di proprietà dell'immobile promesso).

Prima di esaminare la questione del momento di trasferimento della proprietà degli immobili in base a tale specifica normativa, è opportuno un breve quadro di insieme della stessa per averne chiari i limiti di operatività.

La normativa di cui al D.Lgs. 122/2005 si applica al verificarsi congiunto della sussistenza di requisiti soggettivi ed oggettivi. In particolare, tale normativa si applica al ricorrere congiunto dei seguenti presupposti:

- che il venditore sia un “*imprenditore*” od una “*cooperativa edilizia*”, indipendentemente dal fatto che i lavori di realizzazione dell’immobile siano eseguiti dal venditore o affidati in appalto o comunque eseguiti da terzi;
- che l’acquirente sia una “*persona fisica*”<sup>20</sup>;
- che per l’immobile oggetto della compravendita sia già stato richiesto il permesso di costruire per i lavori di realizzazione dell’immobile stesso<sup>21</sup> ma tali lavori debbano ancora iniziare o comunque non siano ancora ultimati “*versando in stadio tale da non consentire ancora il rilascio del certificato di agibilità*”<sup>22</sup>;

<sup>20</sup> Sul punto vi è in dottrina chi sostiene che l’espressione “persona fisica” debba essere equiparata a quella del “consumatore” di cui oggi all’art. 3 del Codice del consumo (D.Lgs. 06.09.2005, n. 206, come da ultimo modificata dall’art. 3, D.Lgs. 23.10.2007, n. 221), e cioè a “*la persona fisica che agisce per scopi estranei all’attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta*”, e ciò anche in considerazione del fatto che il D.Lgs. 122/2005 è normativa volta a tutelare un contraente considerato “debole” (il compratore) rispetto ad un contraente considerato “forte” (il venditore), e quindi non sarebbe meritevole di tutela un soggetto che, pur persona fisica, stipuli il contratto con il venditore nell’esercizio della sua attività lavorativa (v. ad esempio, Costola, Verso nuove forme di tutela degli acquirenti di immobili da costruire, in *Studium iuris*, 2004, p. 1495).

In senso favorevole, invece, alla interpretazione letterale, che come tale non fa coincidere la persona fisica con quella del consumatore, ma comprende qualunque persona fisica indipendentemente dalla veste di volta assunta, milita la maggior parte dei commentatori (Petrelli, Gli acquisti di immobili da costruire, in *Lecture notarili*, Ipsa, 2005, p. 40 e ss.; Sicchiero, La tutela degli acquirenti d’immobili da costruire, Cedam, 2005, p. 51 e ss.; in senso prudenzialmente analogo anche Rizzi, Studio n. 5813/C del Consiglio Nazionale del Notariato, 2005, su [www.notariato.it](http://www.notariato.it)).

<sup>21</sup> In dottrina si discute se si debba estendere anche alle ristrutturazioni edilizie l’applicazione della normativa del D.Lgs. 122/2005; parte della dottrina ritiene ingiustificato differenziare tra ipotesi edilizie diverse, sempre però che per esse occorra un titolo edilizio abilitativo e sia necessario il rilascio di certificato di agibilità (v. De Nova, la garanzia fideiussoria del costruttore all’acquirente per la restituzione, in *Atti del convegno Paradigma*, Milano, 14.04.2005; Petrelli, Gli acquisti di immobili da costruire, in *Lecture notarili*, Ipsa, 2005, p. 36 e ss); altra parte della dottrina sostiene che la normativa debba applicarsi analogicamente solo alle c.d. ristrutturazioni “maggiori”, cioè ad interventi “*rivolti a trasformare gli organismi edilizi mediante un insieme sistematico di opere*” e che “*portino ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso da quello precedente e che comportino aumento di unità, modifiche del volume, della sagoma, dei prospetti o delle superfici, ovvero se in zona A mutamento della destinazione d’uso*”, secondo quanto previsto dagli artt. 3, c. 1, lett. d) e 10, c. 1, lett. c), D.P.R. 380/2001 (Testo unico sull’edilizia) (v. Rizzi, Studio n. 5813/C del Consiglio Nazionale del Notariato, 2005, su [www.notariato.it](http://www.notariato.it)); altra parte ancora della dottrina, invece, sostiene la non estendibilità della applicazione fuori dal caso di interventi edilizi necessitanti del permesso di costruire, in quanto giustificato dal fatto che la normativa riguarderebbe solo immobili inesistenti e totalmente da costruire (v. Sicchiero, La tutela degli acquirenti d’immobili da costruire, Cedam, 2005, p. 120 e ss.).

<sup>22</sup> Al riguardo parte della dottrina sostiene che – ai fini della determinazione dell’ambito di applicazione della normativa – rientrerebbero tutti i contratti stipulati sino al momento in cui l’immobile si trovi di fatto nello “stadio” che permetterebbe la richiesta di rilascio del certificato di agibilità, indipendentemente dal fatto

- che il contratto tra venditore ed acquirente non trasferisca con effetto immediato la proprietà (o altro diritto reale di godimento).

Quest'ultimo presupposto per l'applicazione della normativa è – nell'ambito dell'analisi che stiamo effettuando – di particolare interesse, in quanto evidenzia la rilevanza della individuazione del momento traslativo della proprietà, differente a seconda della tipologia contrattuale utilizzata.

In altre parole, sono soggetti alla normativa in questione i contratti che non hanno come effetto di trasferire immediatamente la proprietà di un immobile (sempre che sia previsto l'obbligo del venditore dell'immobile di realizzarlo o almeno ultimarne la realizzazione a favore dell'acquirente), restando esclusi tutti i contratti che invece determinano l'effetto del trasferimento immediato della proprietà o che non riguardano immobili da costruire di cui il venditore si impegni ad ultimarne la realizzazione.

Ne consegue che sono soggetti alla normativa del D.Lgs. 122/2005 le seguenti tipologie contrattuali:

- il contratto preliminare, qualunque sia la regolamentazione contrattuale in esso prevista e qualunque sia la natura giuridica del contratto definitivo, ed indipendentemente dalla trascrizione dello stesso ex art. 2645 bis c.c. (v. art. 2, c. 1, D.Lgs. 122/2005);

---

che esso sia stato richiesto e, quindi, tantomeno dal fatto che sia stato ottenuto (v. Petrelli, *Gli acquisti di immobili da costruire*, in *Lecture notarili*, Ipsoa, 2005, p. 35). Tale opinione appare conforme sia alla lettera che allo spirito della legge, ma crea l'inevitabile problema dell'accertamento del raggiungimento di tale "stadio" alla data in cui viene firmato il contratto.

- la proposta unilaterale di acquisto, se seguita da atto di accettazione del destinatario<sup>23</sup>;
- il contratto definitivo di assegnazione della proprietà o di altro diritto reale su parte di un immobile da realizzare o in corso di realizzazione da parte di cooperativa edilizia (v. art. 2, c. 2, D.Lgs. 122/2005);
- il contratto definitivo di vendita di immobile non ultimato, ai sensi dell'art. 1472 c.c.;
- il contratto definitivo di vendita di immobile di proprietà di terzi, ai sensi dell'art. 1478 c.c.;
- il contratto definitivo di vendita con riserva di proprietà, ai sensi dell'art. 1523 c.c.<sup>24</sup>;
- il contratto definitivo di vendita soggetto a condizione sospensiva;
- il contratto definitivo di vendita con previsione di termine iniziale;
- il contratto definitivo di permuta di bene esistente con immobile ancora da ultimare, ai sensi degli artt. 1552 e 1472 c.c.;
- il contratto di opzione, ai sensi dell'art. 1331 c.c.;
- il contratto di leasing.

---

<sup>23</sup> Si ritiene, infatti, che debbano essere ricompresi non solo i contratti veri e propri ma anche gli atti unilaterali in virtù della previsione dell'art. 2, c. 1, D.Lgs. 122/2005, che equipara ai contratti anche l'”atto avente le medesime finalità” (v. Casarano, La garanzia fideiussoria, in Atti del convegno Paradigma, Milano, 14.04.2005). In altre parole, “*qualunque atto, quindi, con il quale venga programmato il successivo trasferimento della proprietà, o costituzione di diritti reali, su immobili da costruire rientra nell'ambito di applicazione del decreto, anche se si tratta di contratto o atto preparatorio con il quale il costruttore non assume alcuna obbligazione*” (così Petrelli, Gli acquisti di immobili da costruire, in Letture notarili, Ipsoa, 2005, p. 62 e ss.). Ma *contra* Sicchiero, La tutela degli acquirenti d'immobili da costruire, Cedam, 2005, p. 70.

<sup>24</sup> Nella misura in cui si ritenga ammissibile tale tipologia di contratto di vendita in riferimento ad un immobile ed in specie ad un immobile che non viene consegnato al momento del trasferimento della proprietà.

Non rientrano nell'ambito di applicazione della normativa di cui al D.Lgs. 122/2005, ad esempio:

- il contratto preliminare o definitivo di vendita di un immobile nello stato di fatto in cui si trova;
- il contratto preliminare e definitivo di vendita in cui l'impegno del venditore dell'immobile è quello di realizzare od ultimare l'immobile oggetto della vendita ma in qualità di appaltatore e non di venditore;
- il contratto preliminare e definitivo di vendita in cui non si prevede di richiedere titoli edilizi abilitativi alla realizzazione di opere o lavori sull'immobile;
- il contratto preliminare e definitivo di vendita stipulato nel momento in cui esista un progetto (e quindi l'immobile sia individuabile almeno "sulla carta") ma non sia stato ancora presentata richiesta per il rilascio del permesso di costruire (o altro titolo edilizio abilitativo alla realizzazione dell'immobile stesso)<sup>25</sup>;
- il contratto preliminare e definitivo di vendita di un terreno su cui sia progettata la realizzazione di un immobile e che allo stato sia un terreno non ancora edificabile e/o per la realizzazione dell'immobile sia stata presentata domanda per il rilascio del permesso di costruire che non sia stata ancora rilasciato, e nel quale le parti abbiano pattuito che l'effetto della vendita si verifichi nel momento

---

<sup>25</sup> La contraddittorietà dell'esclusione di tale fattispecie dall'applicazione della normativa di cui al D.Lgs. appare evidente, ma la formulazione normativa di cui all'art. 1, lett. d), D.Lgs. 122/2005 non sembra lasciare altra soluzione.

in cui il terreno divenga edificabile o in cui sia rilasciato il permesso di costruire<sup>26</sup>.

Sono di dubbia sottoposizione alla normativa del D.Lgs. 122/2005 - in quanto non aventi effetto traslativo differito ma la cui complessiva logica economica ed in cui il collegamento negoziale portano comunque a situazioni del tutto omogenee a quelle chiaramente sottoposte a tale disciplina - ad esempio:

- il contratto di divisione della comproprietà su immobile da costruire da parte del venditore in forza di contratto di appalto;
- il contratto di vendita di terreno con riserva di diritto di superficie da realizzare da parte del venditore in forza di contratto di appalto.

Individuato sommariamente il campo di azione della disciplina di cui al D.Lgs. 122/2005, torniamo al problema dal quale eravamo partiti: quando si verifica il trasferimento della proprietà in tutti i casi in cui il contratto stesso è soggetto a tale normativa?

Riprendendo quanto brevemente già accennato in precedenza, la norma che interessa è contenuta nell'art. 1, lett. d), del D.Lgs. 122/2005, il quale definisce - *“ai fini del presente decreto” - “immobili da costruire”* quegli *“immobili per i quali sia stato richiesto il permesso di costruire e che siano ancora da edificare o la cui costruzione non risulti essere stata ultimata versando in stadio tale da non consentire ancora il rilascio del certificato di agibilità”*.

---

<sup>26</sup> V. su tale ipotesi Rizzi, Il decreto legislativo 122/2005: il contenuto del contratto preliminare, Studio n. 5814/C del Consiglio Nazionale del Notariato, in [www.notariato.it](http://www.notariato.it). V. anche Sicchiero, La tutela degli acquirenti d'immobili da costruire, Cedam, 2005, p. 65.

Per comprendere esattamente tale definizione occorre richiamare la norma del Testo unico sull'edilizia che disciplina il rilascio del certificato di agibilità, e cioè l'art. 25, D.P.R. 06.06.2001, n. 380, il quale al comma 1 prevede che possa essere richiesto il decreto di agibilità al Comune *“entro quindici giorni dall'ultimazione dei lavori di finitura dell'intervento”* (fermo restando, peraltro, che tale richiesta necessita, oltre all'ultimazione dei lavori di finitura, anche dei numerosi documenti previsti dallo stesso art. 25 che presuppongono che nell'immobile sussistano le *“condizioni di sicurezza, igiene, salubrità, risparmio energetico degli edifici e degli impianti negli stessi installati”*: v. art. 24, D.P.R. 308/2001).

Ad una prima lettura sembrerebbe di poter affermare che – limitatamente alle fattispecie contrattuali sottoposte alla normativa del D.Lgs. 122/2005 – la venuta ad esistenza dell'immobile e quindi il passaggio di proprietà dell'immobile avvenga con l'ultimazione integrale dell'immobile, e cioè con quella situazione di fatto che legittima il venditore a richiedere il rilascio del certificato di agibilità ai sensi del Testo unico sull'edilizia<sup>27</sup>.

Va però osservato che il D.Lgs. 122/2005 non precisa che il rilascio (o, meglio, il raggiungimento dello “stadio” dei lavori tale da legittimare il rilascio) del certificato di agibilità costituisce il momento traslativo della proprietà dell'immobile.

Anzi, l'art. 3, c. 7. del D.Lgs. 122/2005 precisa 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”*, con ciò facendo sorgere il dubbio che il termine previsto dall'art. 1, lett. d), D.Lgs. 122/2005 abbia la

---

<sup>27</sup> Tale è, peraltro, la conclusione a cui giunge Sicchiero, La tutela degli acquirenti d'immobili da costruire, Cedam, 2005, p. 67.

sola funzione di individuare entro quale termine un contratto debba o meno essere assoggettato alla disciplina dello stesso D.Lgs. 122/2005, restando regolato il trasferimento di proprietà dell'immobile dalle regole generali del tipo contrattuale utilizzato per la vendita dell'immobile da costruire.

A rafforzare il dubbio concorre l'art. 6 del D.Lgs. 122/2005, il quale - nel determinare l'obbligatorio contenuto del contratto soggetto alla disciplina di tale normativa - non prevede l'indicazione di un termine di stipula dell'atto definitivo o di efficacia del trasferimento della proprietà in caso di stipula di un atto definitivo con effetti differiti.

A ciò si aggiunga che la finalità della normativa in esame è solo quella di tutelare l'acquirente dal rischio di trovarsi nella situazione nella quale il venditore non riesce più a procurare il bene promesso quando ancora l'acquirente non abbia acquisito la proprietà dell'immobile ma sia esposto finanziariamente verso il venditore: se, quindi, la regolamentazione pattizia prevede, ad esempio, che il passaggio della proprietà avvenga quando l'immobile è "al rustico", restando escluso dal prezzo di vendita il costo di ultimazione dell'immobile, la tutela offerta dalla normativa in questione deve ritenersi esaurita, per cui la fideiussione obbligatoriamente rilasciata all'acquirente perde efficacia, ed il trasferimento della proprietà deve considerarsi pienamente legittimo ed efficace. E ciò anche nel caso in cui l'effetto traslativo non risultasse opponibile ad uno o più terzi a causa dell'essersi nel frattempo verificata una trascrizione o iscrizione pregiudizievole sull'immobile oggetto della vendita (a tale rischio non pone rimedio il D.Lgs. 122/2005, il quale non prevede come obbligatoria la trascrizione del contratto preliminare ex art. 2645

bis c.c., rendendosi necessario che l'acquirente – ove lo ritenga opportuno – pretenda dal venditore la trascrizione del contratto preliminare)<sup>28</sup>.

E' da ritenere, perciò, in definitiva, che le parti sono libere di stabilire il momento traslativo della proprietà dell'immobile, o lasciando che esso sia regolato dai principi generali ovvero determinandolo in deroga pattizia.

Resta, certo, aperto il campo ad ipotesi di contratti stipulati in frode alla legge, e quindi nulli ex art. 1344 c.c., ma tale eventualità – da accertare volta per volta esaminando le pattuizioni contrattuali e ricercando la reale volontà delle parti – non può certo portare ad impedire alle parti di liberamente regolamentare i loro rapporti secondo strutture contrattuali quali la vendita di immobile a rustico e affidamento di appalto al venditore con prezzo da pagarsi a stati di avanzamento dei lavori o alla ultimazione dei lavori, ovvero ancora secondo schemi contrattuali atipici, quale la vendita di immobile da costruire nella quale – in deroga al principio di cui all'art. 1472 c.c. – le parti pattizamente prevedano il trasferimento della proprietà progressivamente in base al raggiungimento di predeterminati stati di avanzamento dei lavori, con pagamenti da parte del compratore tali da non costituire anticipazioni ma solo acconti per lavori effettivamente svolti.

Si sottolinea e ribadisce che il momento traslativo della proprietà degli immobili soggetti al D.Lgs. 122/2005 non rileva solamente per gli effetti naturali che l'ordinamento connette al passaggio della proprietà e già sinteticamente ricordati sopra, ma rileva anche, con riferimento alla specifica normativa di cui ci si sta occupando, anche ad altri fini, tra cui:

---

<sup>28</sup> Per una disamina del problema v. Petrelli, Gli acquisti di immobili da costruire, in *Lecture notarili*, Ipsoa, 2005, p. 135 e ss.

- la perdita di efficacia della fideiussione obbligatoria prevista da tale normativa (su cui v. *infra*);
- il potere dell’Organo della eventuale procedura concorsuale di proseguire o meno nel rapporto contrattuale;
- l’obbligo di consegna all’acquirente di polizza assicurativa indennitaria decennale a copertura degli eventuali danni ex art. 1669 c.c.<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> Al riguardo correttamente la Relazione al D.Lgs. 122/2005 precisa che “*nelle ipotesi in cui il venditore non sia anche costruttore dell’immobile, l’unico obbligo su di esso gravante sarà quello di procurarsi dal costruttore copia della polizza e consegnarla all’acquirente, come parte integrante dei propri obblighi contrattuali inerenti al solo contratto di compravendita*”

## **Il nucleo della disciplina di cui al D.Lgs. n. 122/2005: la fideiussione**

Analizziamo, da ultimo, un particolare aspetto del D.Lgs. 122/2005, e cioè la regolamentazione dell'obbligo di rilascio della fideiussione.

L'art. 2 del D.Lgs. 122/2005<sup>30</sup> prevede che (prima o) contestualmente alla stipula del contratto o dell'atto soggetto alla sua disciplina il venditore deve rilasciare all'acquirente una fideiussione a garanzia dell'eventuale diritto di restituzione in denaro di quanto già pagato (prima e/o) al momento della stipula del contratto e di quanto è previsto contrattualmente essere dovuto prima del trasferimento della proprietà dell'immobile da costruire.

L'obbligo del rilascio di tale fideiussione costituisce, si può dire, il "cuore" della tutela dell'acquirente di immobile da costruire, perché è lo strumento giuridico che consente all'acquirente di essere garantito di non subire in nessun caso un danno patrimoniale (o, almeno, di limitare i danni ai costi e spese sostenute in vista dell'acquisto dell'immobile ed all'eventuale mancato guadagno derivante dal diverso utilizzo del denaro versato al venditore, di cui ritengo l'acquirente mantenga il diritto di richiedere il risarcimento ex art. 1223 c.c.).

---

<sup>30</sup> L'art. 2, c. 1, recita: "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 un immobile da costruire o di un atto avente le medesime finalità, ovvero in un momento precedente, il costruttore è obbligato, a pena di nullità del contratto che può essere fatta valere unicamente dall'acquirente, a procurare il rilascio ed a consegnare all'acquirente una fideiussione, anche secondo quanto previsto dall'articolo 1938 del codice civile, di importo corrispondente alle somme e al valore di ogni altro eventuale corrispettivo che il costruttore ha riscosso e, secondo i termini e le modalità stabilite nel contratto, deve ancora riscuotere dall'acquirente prima del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento. Restano comunque esclusi le somme per le quali è pattuito che debbano essere erogate da un soggetto mutuante, nonché i contributi pubblici già assistiti da autonoma garanzia".

Si noti, infatti, che l'obbligo del rilascio della fideiussione costituisce l'unico elemento il cui mancato rispetto è sanzionato dal D.Lgs. 122/2005 con la sanzione della nullità del contratto stesso, seppur nullità "relativa" in quanto essa può essere fatta valere solo dall'acquirente (v. art. 2, c. 1).

Tale fideiussione deve (v. artt. 2 e 3, D.Lgs. 122/2005):

- essere rilasciata da un Istituto bancario, da una Compagnia assicurativa o da un Intermediario finanziario iscritto nell'elenco speciale di cui all'art. 107, D.Lgs. 01.09.1993, n. 385<sup>31</sup>;
- garantire la restituzione di importo in denaro pari al corrispettivo versato dall'acquirente sino al momento dell'escussione della fideiussione, maggiorato degli interessi legali maturati;
- avere importo pari alla somma di quanto già versato prima e contestualmente alla stipula del contratto o atto con il quale l'acquirente si impegna a comprare l'immobile da costruire, e di quanto l'acquirente deve (in base alla regolamentazione contrattuale) versare al venditore per ottenere il trasferimento della proprietà; ciò vuol dire che si tratterà di fideiussione ex art. 1938 c.c. (ma sulla natura della garanzia v. *infra*), e che l'importo da garantire non necessariamente sarà quello complessivo del prezzo, ove il saldo sia eventualmente previsto dopo l'avvenuto trasferimento della proprietà;
- essere escutibile a richiesta scritta dell'acquirente e senza che il garante possa avvalersi del beneficio della preventiva escussione del debitore principale ex art. 1944 c.c.;

---

<sup>31</sup> Di fatto tali fideiussioni risultano rilasciate solo da Istituti bancari.

- prevedere il diritto dell'acquirente all'escussione a decorrere dalla data in cui si è verificata una situazione di crisi del venditore, e cioè uno dei seguenti casi: i) trascrizione di pignoramento sull'immobile da costruire; in tal caso l'escussione è subordinata all'onere per l'acquirente di comunicare al venditore la propria volontà di recedere dal contratto<sup>32</sup>; ii) pubblicazione di sentenza di fallimento o di liquidazione coatta amministrativa del venditore, ovvero di sentenza che dichiara lo stato di insolvenza del venditore o del decreto che dispone la liquidazione coatta amministrativa o l'amministrazione straordinaria, ovvero ancora di presentazione da parte del venditore di domanda di ammissione al concordato preventivo (salvo l'esercizio tempestivo da parte dell'Organo della procedura concorsuale della di subentrare nel contratto<sup>33</sup>);
- avere durata sino "*al momento del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento sull'immobile o dell'atto definitivo di assegnazione*".

Le suaccenate caratteristiche della fideiussione meritano qualche approfondimento, soprattutto in relazione ad alcuni più delicati aspetti. Mi riferisco alle seguenti problematiche:

- a) sono stati sollevati dubbi<sup>34</sup> sulla natura giuridica della fideiussione ex D.Lgs. 122/2005, e quindi sulla disciplina ad essa applicabile, in quanto in essa

---

<sup>32</sup> Si tratta, in realtà, di un caso di risoluzione di diritto connessa ad una clausola risolutiva espressa imposta dalla legge. Il termine "recesso", infatti, non è in genere legato ad un inadempimento, ma ad una decisione discrezionale della parte; a meno che non si pensi di ricondurre la previsione normativa in questione al recesso in caso di caparra confirmatoria, mancando, però, nella fattispecie in esame, sia la previsione di una caparra sia la limitazione del risarcimento dei danni all'ammontare della stessa.

<sup>33</sup> Al riguardo v. infra sub g).

<sup>34</sup> Si veda D'Ambrosio, Fideiussione e vincoli di contenuto negli immobili da costruire, in *Le società*, 2006, p. 605 e ss; Sicchiero, La tutela degli acquirenti d'immobili da costruire, Cedam, 2005, pp. 78 e 79; Petrelli, Gli acquisti di immobili da costruire, in *Lecture notarili*, Ipsoa, 2005, p. 122, il quale afferma che "*la clausola 'a richiesta scritta' implica, in deroga al disposto dell'art. 1945 del codice civile, che il*

vengono sommate caratteristiche proprie della fideiussione di cui agli artt. 1936 e ss. c.c. (di cui la garanzia ha anche espressamente il “nomen”) con un elemento tipico dei “contratti autonomi di garanzia”, e cioè l’escutibilità “a richiesta scritta” del garantito.<sup>35</sup> Non è questa la sede per ripercorrere le differenze (e le conseguenze derivanti da tali differenze) tra fideiussione (contratto tipico) e contratto autonomo di garanzia (contratto atipico), limitandoci qui a sottolineare che quest’ultimo non trova la propria causa in altro contratto (come invece la fideiussione) ma ha una causa propria, “autonoma”. Ritengo, comunque, che la fideiussione di cui al D.Lgs. 122/2005 sia una vera e propria “fideiussione” regolata dal codice civile, non tanto per il “nomen” utilizzato dal legislatore, né per il fatto che l’art. 2 usa l’espressione “a richiesta scritta” e non “a prima richiesta” od “a semplice richiesta”<sup>36</sup>, ma perché la norma, oltre a prevedere la deroga alla preventiva escussione del debitore principale (clausola tipica delle fideiussioni), ed oltre a prevedere la necessità di allegazione di documenti da parte del garantito che chiede l’escussione (con possibilità, quindi,

---

*fideiussore dovrà effettuare il pagamento richiestogli a prima richiesta, senza alcun onere di informazione specifica (o di produzione di particolare documentazione) in relazione alla sussistenza dell’inadempimento o all’eventuale pregressa estinzione dell’obbligazione garantita, e senza quindi che esso fideiussore possa opporre al creditore eccezioni al fine di evitare il pagamento immediato. Occorre comunque tener conto della natura accessoria della fideiussione all’obbligazione garantita, che distingue nettamente anche tale fideiussione dal contratto autonomo di garanzia, determinando alcune importanti conseguenze di disciplina”.*

<sup>35</sup> Sulla legittimità nell’ordinamento di tali forme di garanzia, derivanti dalla prassi internazionale, la giurisprudenza italiana risulta si sia espressa la prima volta già nel lontano 1966 (v. Cass., 03.09.1966, n. 2310), ma una parola ferma in merito l’ha assunta sicuramente con la nota sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 01.10.1987, n. 7341, nella quale ha affermato l’indubbia legittimità di contratti di garanzia diversi dalla fideiussione ed aventi causa autonoma. Per una analisi completa della materia v. Lobo, I contratti di garanzia, in Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato diretto da Perlingieri, E.D.I., 2007, p. 107 e ss.;

<sup>36</sup> L’espressione “a semplice richiesta scritta dell’acquirente” è usata dal Legislatore nella Relazione al Decreto, espressione che la giurisprudenza equipara alla più usata espressione “a prima richiesta” (v., tra tutte, Cass., 01.06.2004, n. 10486; Cass., 07.01.2004, n. 52).

di eccezioni da parte del garante, fatto tipicamente proprio delle fideiussioni e non dei contratti autonomi di garanzia), non menziona alcuna espressione che ne evidenzi in modo inoppugnabile il carattere autonomo, quali l'espressione "senza eccezioni e contestazioni di sorta" che solitamente accompagna la clausola "a prima richiesta" od "a semplice richiesta"<sup>37</sup>; conclusivamente, quindi, è da ritenere che la fideiussione prevista dal D.Lgs. 122/2005 costituisca il contratto tipico previsto dagli artt. 1936 e ss. c.c.<sup>38</sup>, in cui la clausola "a richiesta scritta dell'acquirente" ha l'unico effetto di una clausola "solve et repete", cioè di invertire l'onere probatorio con la conseguenza che il garante dovrà prima pagare l'importo escusso e solo successivamente potrà pretendere dal garantito la restituzione di quanto risultasse non dovuto<sup>39</sup>; a conferma di tale conclusione milita anche la Relazione al D.Lgs. 122/2005, la quale precisa che *"le parti possono convenire di utilizzare anche lo schema tipico della fideiussione per obbligazione futura previsto dall'art. 1938 del codice civile, con ciò consentendo che il valore della fideiussione possa essere corrispondente ai versamenti effettivamente avvenuti e attualizzato sulla base del piano di pagamento"*

---

<sup>37</sup> La giurisprudenza ha precisato, al riguardo, che *"ai fini della configurabilità di un contratto autonomo di garanzia oppure di un contratto di fideiussione, non è decisivo l'impiego o meno delle espressioni 'a semplice richiesta' o 'a prima richiesta' del creditore, ma la relazione in cui le parti hanno inteso porre l'obbligazione principale e l'obbligazione di garanzia"*, e che nel contratto autonomo di garanzia devono essere usate *"specifiche clausole idonee ad indicare la esclusione della facoltà del garante di opporre al creditore le eccezioni spettanti al debitore principale"* (così Cass., 07.01.2004, n. 52; v. anche Cass., 06.10.2005, n. 19484; Cass., 03.10.2005, n. 19300; Cass., 31.07.2002, n. 11368; Cass., 20.07.2002, n. 10637; Cass., 19.06.2001, n. 8324)

<sup>38</sup> In particolare De Nova, in *L'acquisto di immobili da costruire*, Ipsoa, 2005, p. 11 e ss., precisa che essa è una fideiussione per una obbligazione condizionale regolata dall'art. 1938 c.c., come tale non necessitante di indicazione di un importo massimo.

<sup>39</sup> V. sul punto della operatività della clausola 'solve et repete' Cass., 01.10.1999, n. 10864, e Cass., 29.03.1996, n. 2909.

*pattuito, così da inserire quale concetto di progressività che è oggetto dei suggerimenti provenienti dalle citate commissioni parlamentari”;*

- b) accertata la natura accessoria della garanzia prevista dal D.Lgs. 122/2005, ne consegue che in essa debba essere necessariamente indicato il contratto a cui essa accede quale garanzia dell’adempimento; ciò determina la conseguenza che l’importo della fideiussione non possa essere diverso dal prezzo complessivo dichiarato dalle parti nel contratto od atto di vendita a cui accede, vero o simulato che sia (o, meglio, dal corrispettivo effettivamente dovuto dall’acquirente sino al trasferimento della proprietà dell’immobile)<sup>40</sup>;
- c) l’importo della fideiussione non necessariamente deve comprendere *“le somme per le quali è pattuito che debbano essere erogate da un soggetto mutuante, nonché i contributi pubblici già assistiti da autonoma garanzia”* (così art. 2, c. 1, D.Lgs. 122/2005); fermo restando che l’ipotesi tipica a cui la legge fa riferimento è quella del mutuo contratto dall’acquirente e garantito da ipoteca iscritta su bene del venditore, terzo datore di ipoteca, ci si chiede se debbano o meno essere escluse anche le somme erogate dal mutuante che abbia iscritto ipoteca a garanzia su bene di terzi diversi dal venditore o addirittura su beni dello stesso acquirente; di certo il tenore letterale della norma – prevista al fine di evitare eccessivi oneri economici al venditore che abbia già prestato garanzia reale – sembra escludere dall’importo della fideiussione qualsiasi somma rinveniente da un soggetto mutuante, il che però appare illogico in quanto tale interpretazione

---

<sup>40</sup> Vi è peraltro chi afferma che in tal caso si ricadrebbe in un caso di nullità di cui all’art. 2 del D.Lgs. 122/2005, ovvero di nullità per frode alla legge ex art. 1344 c.c. (Ruotolo e Paolini, Prime considerazioni sul decreto legislativo in tema di tutela degli acquirenti di immobili da costruire o in corso di costruzione, in Consiglio Nazionale del Notariato, Notizie n. 110, del 13.06.2005, p. 8).

non tutelerebbe in varie ipotesi l'acquirente (si pensi al mutuo garantito da immobile di proprietà di un terzo legato all'acquirente, ovvero di acollo da parte dell'acquirente prima del trasferimento della proprietà dell'immobile da costruire del mutuo stipulato dal venditore);

- d) l'importo della fideiussione è dalla legge determinato sulla base del contenuto economico del contratto a cui essa è accessoria, ma non tiene conto di eventuali modificazioni successive dello stesso; nessun problema sembra porsi se le parti stipulano un nuovo contratto, integrativo o modificativo del precedente, in quanto in tal caso deve ritenersi pacificamente necessario il rilascio di una nuova fideiussione o l'integrazione di quella già rilasciata; più dubbio è il caso (peraltro frequente nella pratica) di varianti al progetto o di maggiori costi della costruzione che determinino contrattualmente per l'acquirente un aumento del corrispettivo: anche in tal caso sembra comunque sostenibile l'obbligatorietà dell'incremento del valore della fideiussione, con conseguente nullità (relativa) intervenuta del contratto stesso in caso di inadempimento del venditore, in quanto l'art. 2, c. 1, D.Lgs. 122/2005 parla di importo che il costruttore "*secondo i termini e le modalità stabilite nel contratto*" deve riscuotere; nel caso in cui, infine, nulla al riguardo dica il contratto, e cioè vi siano aumenti del corrispettivo contrattualmente non previsti ma di cui l'acquirente decide di farsi carico, le parti dovranno – a pena di nullità (relativa) – sottoscrivere una integrazione del contratto e il venditore dovrà ottenere una integrazione della fideiussione;

- e) la perdita di efficacia della fideiussione, dalla norma coincidente con il momento del trasferimento di proprietà dell'immobile, induce a ritenere che la fideiussione decada al verificarsi di un evento che potrebbe non essere facilmente accertabile, in quanto il momento del trasferimento della proprietà dell'immobile nei contratti definitivi con effetti reali differiti non coincide di per sé con la stipula di alcun atto o con la trascrizione dell'atto di vendita, a meno che non siano state le parti a prevederlo pattiziamente; ciò comporta da un lato il problema pratico di accertare volta per volta quale sia in concreto il momento del venir meno della efficacia della fideiussione, e, dall'altro, la possibilità che l'acquirente acquisti la proprietà dell'immobile, perdendo la tutela fideiussoria, ma si trovi con trascrizioni e/o iscrizioni pregiudizievoli sull'immobile; tali inconvenienti non sussisterebbero in caso di diversa lettura della norma, ritenendo cioè che il legislatore ha inteso legare il venir meno dell'efficacia della fideiussione con la stipula o addirittura la trascrizione dell'atto che attesta il passaggio della proprietà, o in quanto contratto definitivo di attuazione di un contratto preliminare, ovvero in quanto atto accertativo dell'effettivo trasferimento della proprietà in caso di contratto di vendita con effetti reali differiti; soluzione pratica, ovviamente, consiste nel prevedere all'interno delle clausole fideiussorie un atto od un evento al verificarsi del quale viene meno automaticamente l'efficacia della fideiussione;
- f) tra le "situazioni di crisi" a cui il legislatore fa conseguire la facoltà per l'acquirente di escutere la fideiussione vi è la trascrizione di pignoramento dell'immobile da costruire oggetto del contratto: poiché in tale ipotesi il D.Lgs.

122/2005 fa derivare automaticamente il diritto dell'acquirente a recedere dal contratto e ad escutere la fideiussione (a differenza che nelle altre "situazioni di crisi" ove l'esercizio del diritto è subordinato anche alla volontà dell'Organo della procedura concorsuale) dal verificarsi dell'evento "trascrizione del pignoramento", è da ritenere che *"l'acquirente sia legittimato ad escutere la fideiussione alla semplice notizia dell'avvenuta trascrizione del pignoramento a prescindere dalle ragioni per cui sia avvenuta"*<sup>41</sup>, così come a prescindere dall'eventuale opposizione all'esecuzione o agli atti esecutivi ed addirittura anche dall'eventuale sospensione dell'esecuzione;

- g) l'escussione della fideiussione in caso di dichiarazione di fallimento (o di liquidazione coatta amministrativa) del venditore deve essere integrata dalla previsione dell'art. 72 bis della legge fallimentare, introdotto dall'art. 11, D.Lgs. 122/2005, come da ultimo modificato dall'art. 4, c. 7, D.Lgs. 12.09.2007, n. 169, il quale prevede che *"i contratti di cui all'art. 5 del decreto legislativo 20 giugno 2005, n. 122 si sciolgono se, prima che il curatore comunichi la scelta tra esecuzione e scioglimento, l'acquirente abbia escusso la fideiussione a garanzia della restituzione di quanto versato al costruttore, dandone altresì comunicazione al curatore. In ogni caso la fideiussione non può essere escussa dopo che il curatore ha comunicato di voler dare esecuzione al contratto"*. Tale previsione va coordinata con quanto prevede l'art. 3, c. 3, D.Lgs. 122/2005, il quale – come visto – prevede che la fideiussione possa essere escussa a condizione che *"il competente organo della procedura concorsuale non abbia*

---

<sup>41</sup> Così Sicchiero, La tutela degli acquirenti d'immobili da costruire, Cedam, 2005, p. 83.

*comunicato la volontà di subentrare nel contratto preliminare*". Ne consegue che l'escussione della fideiussione può avvenire solo se l'acquirente – vincendo eventualmente una "gara di velocità" con il curatore – comunichi al fideiussore ed al curatore (o al commissario liquidatore) la propria decisione di escutere la garanzia prima che quest'ultimo comunichi all'acquirente la (eventuale) sua decisione di subentrare nel contratto (preliminare o definitivo) di vendita (essendo tali comunicazioni recettizie, ne consegue che prevarrà chi dimostri che il destinatario abbia ricevuto per primo la comunicazione). E' evidente che tale previsione comporta la necessità (o l'opportunità) per il fideiussore – a seguito di richiesta di escussione - di verificare prima del versamento all'acquirente: se il venditore non è stato assoggettato a procedura concorsuale; in caso affermativo, se il curatore (o il commissario liquidatore) non abbia già comunicato all'acquirente la volontà di proseguire il rapporto garantito; in caso negativo, se l'acquirente abbia già comunicato al curatore (o al commissario liquidatore) la propria decisione di escutere la fideiussione. E' da ricordare, poi che nel caso in cui il venditore e l'acquirente abbiano stipulato un contratto preliminare di vendita disciplinato dal D.Lgs. 122/2005 e trascritto ex art. 2645 bis c.c., e tale contratto abbia ad oggetto un immobile ad uso abitativo destinato a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti ed affini entro il terzo grado, il curatore (e il commissario liquidatore) non sembra – in forza del nuovo art. 72, c. 8, della legge fallimentare (come introdotto dal D.Lgs. 169/2007)<sup>42</sup> - poter avere la facoltà di decidere se subentrare o sciogliersi dal

---

<sup>42</sup> L'art. 72, c. 8, l. fall. prevede infatti che *"le disposizioni di cui al primo comma non si applicano al*

contratto, dovendo quindi sempre prevalere la volontà dell'acquirente, sia essa quella di proseguire nel rapporto (e quindi di non escutere la fideiussione) sia essa, in alternativa, quella di sciogliere il contratto preliminare trascritto (e di escutere la fideiussione);

h) il mancato rilascio all'acquirente della fideiussione, così come il rilascio di una fideiussione che non risponda alle prescrizioni del D.Lgs. 122/2005, comporta la nullità del contratto a cui accede, nullità che però può essere fatta valere solo dall'acquirente (v. art. 2, c. 1, D.Lgs. 122/2005). Ci si è chiesti se tale nullità possa essere fatta peraltro valere anche d'ufficio dal magistrato (e senza limiti di tempo, data la imprescrittibilità della nullità), quesito importante specialmente perché potrebbe portare a lasciare incertezza sulla definitività dell'acquisto dell'immobile effettuato dall'acquirente che non abbia ricevuto la fideiussione a garanzia, e ciò con possibile rischio di evizione per i terzi aventi causa dell'acquirente<sup>43</sup>: chi ha sostenuto tale tesi ha ritenuto il problema rimediabile attraverso una dichiarazione di "rinuncia" all'azione di nullità<sup>44</sup>, soluzione che a dire il vero non pare condivisibile non solo perché del tutto eventuale, ma perché

---

*contratto preliminare di vendita trascritto ai sensi dell'articolo 2645 bis del codice civile avente ad oggetto un immobile ad uso abitativo destinato a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o dei suoi parenti ed affini entro il terzo grado". Il primo comma dell'art. 72, 1. fall. stabilisce il principio generale in materia di rapporti pendenti alla data di dichiarazione di fallimento, stabilendo che "se un contratto è ancora ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti quando, nei confronti di una di esse, è dichiarato il fallimento, l'esecuzione del contratto, fatte salve le diverse disposizioni della presente Sezione, rimane sospesa fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del fallito, assumendo tutti i relativi obblighi, ovvero di sciogliersi dal medesimo, salvo che, nei contratti ad effetti reali, sia già avvenuto il trasferimento del diritto".*

<sup>43</sup> Trattandosi di nullità relativa, infatti, il notaio rogante il contratto definitivo è legittimato a redigerlo non dandosi luogo a violazione dell'art. 28 della legge notarile.

<sup>44</sup> Così, ad esempio, Ruotolo – Paolini, Prime considerazioni sul decreto legislativo in tema di tutela degli acquirenti di immobili da costruire o in corso di costruzione, Studio n. 5691/C del Consiglio Nazionale del Notariato, in [www.notariato.it](http://www.notariato.it).

non potrebbe comunque far venire meno la dichiarazione di nullità d'ufficio da parte del Magistrato (ove esso avesse tale potere e ritenesse nell'interesse dell'acquirente di doverla dichiarare);

- i) un'ultima considerazione: nonostante l'obbligatorietà del rilascio della fideiussione (rectius: di idonea fideiussione) e la sanzione della nullità per l'assenza (o l'inadeguatezza) della stessa, in concreto è frequente che venditore ed acquirente di immobili da costruire concordino (verbalmente) di non ricorrere a tale tutela (e tantomeno alle altre forme di tutela previste dal D.Lgs 122/2005, le quali non sono neanche sanzionate da nullità) quando (ed è il caso più frequente) stipulino un contratto preliminare, magari a fronte di vantaggi economici per l'acquirente e/o di altre forme di garanzia, o magari solo a causa dell'eventuale maggior potere contrattuale del venditore (si pensi a casi in cui ci sia molta richiesta per l'immobile da costruire, e quindi il venditore non abbia difficoltà a trovare un acquirente disponibile a tale rinuncia), o magari, addirittura, per la mera ignoranza dell'acquirente circa l'esistenza della tutela prevista dal D.Lgs. 122/2005. Questo risultato è possibile in quanto il contratto a cui la fideiussione è accessoria e che sarebbe dichiarabile nullo non deve essere stipulato in forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata, sicchè tale contratto non è soggetto ad alcuna verifica da parte di un notaio il quale sarebbe tenuto a far rilevare la mancanza della fideiussione (o di fideiussione adeguata).