

LA TUTELA DELL'ACQUIRENTE DI IMMOBILE DA COSTRUIRE

1. AMBITO DI APPLICAZIONE DELLA DISCIPLINA DETTATA DAL DECRETO LEGISLATIVO 20 GIUGNO 2005 N. 122.

I presupposti di applicabilità della disciplina di tutela di cui al Dlgs 12272005, così come definiti dall'art. 1 del decreto medesimo, sono i seguenti:

a) Presupposto soggettivo: riguarda le parti del contratto; è richiesto che a vendere o a promettere di vendere sia un costruttore che agisce nell'esercizio di impresa e che ad acquistare o a promettere di acquistare sia una persona fisica¹.

b) Presupposto oggettivo: deve trattarsi di "immobili da costruire" ossia di immobili per i quali, da un lato, "sia già stato richiesto il permesso di costruire" ma che dall'altro "siano ancora da edificare o per i quali la costruzione non risulti essere stata ultimata versando in stadio tale da non consentire ancora il rilascio del certificato di agibilità (ovvero la presentazione della segnalazione certificata di agibilità)"²

Per quanto riguarda la tipologia di fabbricato la disposizione di cui all'art. 1 non fa distinzioni di sorta: la disciplina di tutela si applica, pertanto, a prescindere dalla destinazione d'uso del fabbricato da costruire che potrà indifferentemente essere residenziale, commerciale, produttiva, direzionale, ecc., con la eccezione delle fattispecie contemplate dall'art. 9 (relativa al diritto di prelazione) e dall'art. 10 (relativa alla esenzione della revocatoria fallimentare) che fanno espresso riferimento ad immobili che l'acquirente si impegni (art. 10) o abbia già adibito (art. 9) ad abitazione propria (o di parenti in primo grado, per l'art. 9, di parenti ed affini fino al terzo grado per l'art. 10), limitando pertanto il proprio ambito di applicazione ad immobili a destinazione residenziale³.

Esiste poi un terzo presupposto per l'applicazione della normativa in commento che potremmo definire "**presupposto contrattuale**". Tale presupposto, peraltro, non è unico e valido per tutte le fat-

¹ Per un approfondimento delle tematiche relative al presupposto soggettivo si rinvia a G. Rizzi, "Il Dlgs. 122 del 2005: la garanzia fideiussoria ed i presupposti di applicazione della nuova normativa" Studio 5813/C approvato dalla Commissione Studi Civilistici del C.N.N. il 23 luglio 2005, in Studi e Materiali, Milano 2005, 1037.

² si fa presente che dall'11 dicembre 2016, a seguito delle modifiche apportate al D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 (Testo Unico in materia edilizia) dal Decreto legislativo 25 novembre 2016 n. 222, non è più previsto il rilascio da parte del Comune del certificato di agibilità, sostituito dalla presentazione a cura dell'interessato della segnalazione certificata di agibilità (art. 24, D.P.R. 380/2001)

³ Per un approfondimento delle tematiche relative al presupposto oggettivo si rinvia a G. Rizzi, "Il Dlgs. 122 del 2005: la garanzia fideiussoria ed i presupposti di applicazione della nuova normativa" Studio 5813/C approvato dalla Commissione Studi Civilistici del C.N.N. il 23 luglio 2005, in Studi e Materiali, Milano 2005, 1043

tispecie disciplinate dal decreto legislativo 122/2005 e non è "ricavabile" in via generale dell'art. 1 del decreto: l'art. 1 alla lettera a) parla infatti, con riguardo all'acquirente, di "persona fisica che sia promissario acquirente o che acquisti un immobile da costruire ovvero che abbia stipulato ogni altro contratto, compreso quello di leasing, che abbia o possa avere per effetto l'acquisto o comunque il trasferimento non immediato della proprietà o della titolarità di un diritto reale di godimento su di un immobile da costruire" con ciò ricomprendendo ogni fattispecie contrattuale (preliminare, acquisto ad effetti immediati, acquisto ad effetti differiti) avente per oggetto immobili da costruire (la definizione di cui alla lettera b) dell' art. 1 relativa al costruttore venditore è del tutto speculare). Il presupposto contrattuale va quindi verificato ed individuato con riguardo alla disciplina specifica dettata per ciascuna singola fattispecie. Ad esempio, con riguardo specifico alla garanzia fideiussoria, la normativa in commento si applica solo in caso di stipula di contratti che abbiano come finalità il trasferimento non immediato della proprietà o di un altro diritto di godimento su un immobile da costruire o di un atto avente le medesime finalità. Così dispone l'art. 2, del decreto⁴.

In passato ci si era chiesti se le tutele discendenti dal Decreto legislativo 20 giugno 2005, n. 122 rientrassero nella disponibilità delle parti e quindi se la parte acquirente (ossia la parte nel cui interesse erano previste dette tutele) potesse rinunciare alle stesse.

In dottrina, già all'indomani dell'entrata in vigore del Decreto legislativo 20 giugno 2005, n. 122, si era ritenuto di escludere la possibilità per l'acquirente di rinunciare alle tutele discendenti da detto decreto⁵.

Tale posizione di "chiusura" a qualsiasi possibile forma di rinuncia alle tutele dal Decreto legislativo 20 giugno 2005, n. 122 è stata, poi, espressamente sancita anche dal legislatore. L'art. 10quater, co. 1, D.L. 28 marzo 2014, n. 47, convertito con legge 23 maggio 2014, n. 80, infatti, introduce all'art. 5 del Decreto legislativo 20 giugno 2005 n. 122, dopo il comma 1, un nuovo comma 1bis che così dispone: *"L'acquirente non può rinunciare alle tutele previste dal presente decreto; ogni clausola contraria è nulla e deve intendersi come non apposta"*.

Detta norma riguarda, peraltro, le sole clausole di rinuncia alla tutela, sancendone la nullità. Non incide, invece, sulla disciplina sostanziale delle tutele medesime, che rimane invariata. Quindi se una tutela non viene di fatto applicata, senza che vi sia stata una preventiva rinuncia dell'acquirente, formalizzata con apposita clausola contrattuale, il contratto sarà valido, nullo, o risolubile a seconda della disciplina dettata per la specifica tutela non applicata.

In caso, invece, di clausola di rinuncia alla tutela, inserita nel corpo dell'atto, detta clausola sarà senz'altro nulla. Tuttavia, la nullità della stessa non si estenderà all'intero contratto, dovendosi intendere come "non apposta" (si ha, nel caso di specie, un'applicazione del principio sancito dall'art. 1419 c.c.).

IL PRESUPPOSTO SOGGETTIVO

L'acquirente

L'art. 1 del Decreto Legislativo 20 giugno 2005, n. 122, alla lettera a), fornisce la definizione di "acquirente", precisando che deve intendersi per "acquirente" la "persona fisica che sia promissaria acquirente o che acquisti un immobile da costruire, ovvero che abbia stipulato ogni altro contratto, compreso quello di leasing, che abbia o possa avere per effetto l'acquisto o comunque il trasferimento non immediato, a sé o ad un proprio parente in primo grado, della proprietà o della

⁴ Per un approfondimento delle tematiche relative al presupposto contrattuale relativamente alla garanzia fideiussoria si rinvia a G. Rizzi, *"Il Dlgs. 122 del 2005: la garanzia fideiussoria ed i presupposti di applicazione della nuova normativa"* Studio 5813/C approvato dalla Commissione Studi Civilistici del C.N.N. il 23 luglio 2005, in Studi e Materiali, Milano 2005, 1053

⁵ vedasi, con riguardo specifico, all'obbligo di consegna della fideiussione, G. Rizzi, *"Il Dlgs. 122 del 2005: la garanzia fideiussoria ed i presupposti di applicazione della nuova normativa"* Studio 5813/C approvato dalla Commissione Studi Civilistici del C.N.N. il 23 luglio 2005, in Studi e Materiali, Milano 2005, 1059

titolarità di un diritto reale di godimento su di un immobile da costruire, ovvero 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”.

L'acquirente deve, pertanto, essere una persona fisica. Non si applica la nuova disciplina di tutela ad acquirente che sia società o comunque ente collettivo.

Il venditore

La tutela si applica solo nel caso in cui a vendere sia il “costruttore”. Lo si ricava espressamente dal disposto dell'art. 2 del Decreto Legislativo 20 giugno 2005, n. 122 laddove stabilisce che obbligato a prestare la fideiussione è per l'appunto il “costruttore”. Lo stesso Decreto Legislativo 20 giugno 2005, n. 122 all'art. 1 lett. b) stabilisce quando e a che condizioni un soggetto possa considerarsi “costruttore” ai fini dell'applicabilità della disciplina in commento, precisando che deve intendersi per “costruttore” “l'imprenditore o la cooperativa edilizia che promettono in vendita o che vendano un immobile da costruire, ovvero che abbiano stipulato ogni altro contratto, compreso quello di leasing, che abbia o possa avere per effetto la cessione o il trasferimento non immediato in favore di un acquirente della proprietà o della titolarità di un diritto reale di godimento su di un immobile da costruire, sia nel caso in cui lo stesso venga edificato direttamente dai medesimi sia nel caso in cui la realizzazione della costruzione sia data in appalto o comunque eseguita da terzi”.

Per l'applicazione della disciplina di tutela, quindi, il venditore/costruttore deve essere un “imprenditore” (non importa se persona fisica o società) o una “cooperativa edilizia”.

Deve trattarsi di un operatore professionale, ossia di un soggetto che agisca nell'esercizio di impresa. Non è, a nostro parere, invece, necessario che se si tratti di impresa che operi in via esclusiva o principale nel settore immobiliare e delle costruzioni pur potendo operare anche in altri settori, come nel caso dell'imprenditore, che, in via occasionale, effettui un'operazione immobiliare).

Deve ritenersi, pertanto, non applicabile la tutela in oggetto nei rapporti tra “privati”, quando cioè un privato (o comunque un soggetto che non agisca nell'esercizio di impresa), al di fuori di qualsiasi attività imprenditoriale ed in forma del tutto occasionale, intenda vendere un fabbricato da edificare.

Per l'applicazione della tutela in oggetto, inoltre, non è necessario che il venditore debba necessariamente essere anche il costruttore materiale dell'edificio, potendo trattarsi di operatore che ha affidato a terzi, ad esempio in appalto, la costruzione dell'edificio (è il caso tipico della “immobiliare” che ha per scopo la realizzazione di interventi immobiliari ed edilizi affidando a terzi, mediante appositi contratti di appalto, la realizzazione materiale delle opere).

IL PRESUPPOSTO OGGETTIVO

Il fabbricato da costruire

L'art. 1, Decreto Legislativo 20 giugno 2005, n. 122, alla lettera d), fornisce la definizione di “immobili da costruire” precisando che debbono intendersi per “immobili da costruire” quelli “per i quali sia stato richiesto il permesso di costruire⁶ e che siano ancora da edificare o la cui costru-

⁶ il riferimento, contenuto nella definizione di cui all'art. 1 del decreto, al permesso di costruire, deve peraltro ritenersi comprensivo di ogni altro titolo edilizio equipollente (ad esempio una denuncia di inizio attività nei casi di cui all'art. 22 terzo comma D.P.R. 380/2001 Testo Unico in materia edilizia), come peraltro, appare confermato dalla disposizione del successivo art. 5 del medesimo Decreto Legislativo 20 giugno 2005, n. 122

zione non risulti essere stata ultimata versando in stadio tale da non consentire ancora il rilascio del certificato di agibilità (ovvero la presentazione della segnalazione certificata di agibilità⁷).

LA FIDEIUSSIONE

Contenuto della garanzia

Verificandosi i presupposti di applicabilità della disciplina in commento, il “costruttore” prima o al più tardi all’atto della stipula del 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”, come previsto dall’art. 2 del D. Lgs. n. 122/2005), dovrà consegnare all’“acquirente” una fideiussione, a garanzia di un importo pari alle somme e/o al valore di ogni altro eventuale corrispettivo che il costruttore abbia già riscosso o, secondo i termini e le modalità stabilite in detto contratto, debba ancora riscuotere dall’acquirente prima del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento. La garanzia pertanto dovrà “coprire”:

- le somme che il costruttore abbia già riscosso o i valori⁸ che il costruttore abbia già acquisito al momento della stipula del contratto
- le somme che, in base al contratto, il costruttore debba riscuotere o i valori che il costruttore debba acquisire dopo la stipula del contratto ma prima che si verifichi il trasferimento della proprietà o del diverso diritto reale di godimento.

La garanzia non riguarderà invece somme e valori che il costruttore è invece destinato a riscuotere e/o acquisire solo nel momento in cui si verifichi il trasferimento della proprietà dell’edificio o di altro diritto reale sullo stesso.

Sono inoltre escluse:

- le somme per le quali è pattuito che debbano essere erogate da un soggetto mutuante⁹
- i contributi pubblici già assistiti da autonoma garanzia¹⁰

La fideiussione deve prevedere la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale (art. 3, c. 4, D.lgs 122/2005).

Riguardo al contenuto della fideiussione, a seguito dell’entrata in vigore del D. Lgs n. 14/2019, e per le ipotesi soggette alla relativa disciplina (ossia per i rapporti aventi per oggetto fabbricati costruiti in base a titolo edilizio richiesto o presentato a partire dal 16 marzo 2019), occorre tenere presente che ai sensi dell’art. 385, comma 1 lettera d) e dell’art. 389, comma 3:

- la fideiussione dovrà essere conforme al modello standard determinato dal Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell’economia e delle finanze, da adottarsi entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della nuova disciplina (così l’art. 385, comma 1 lettera d) che ha aggiunto all’art. 3 del D. Lgs. n. 122/2005 il nuovo comma 7-bis;

⁷ si fa presente che dall’11 dicembre 2016, a seguito delle modifiche apportate al D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 (testo Unico in materia edilizia) dal Decreto legislativo 25 novembre 2016 n. 222, non è più previsto il rilascio da parte del Comune del certificato di agibilità, sostituito dalla presentazione a cura dell’interessato della segnalazione certificata di agibilità (art. 24, D.P.R. 380/2001)

⁸ ad esempio, il valore dell’area edificabile nel caso di permuta di area edificabile con unità da costruire.

⁹ in tale fattispecie si è, ad esempio, fatta rientrare l’ipotesi del mutuo erogato all’acquirente-mutuatario garantito da ipoteca iscritta dal venditore, terzo datore di ipoteca: avendo su tali somme il venditore già prestato garanzia ipotecaria dovrebbe, essere esentato dall’obbligo di prestare ulteriori garanzie. Tale ipotesi, peraltro, non trova il conforto della dottrina.

¹⁰ tale previsione è stata introdotta nel testo definitivo del decreto delegato in accoglimento di un’osservazione della Commissione del Senato come riconosciuto nella Relazione illustrativa al decreto; nella stessa relazione si precisa che si è ritenuto di esonerare dall’obbligo di garanzia “le fattispecie per le quali già vi sia un’autonoma garanzia, giacché in tal caso non vi sarebbe ragione per imporre al costruttore un onere ulteriore rispetto a quello già posto in essere, come accade ad esempio per le garanzie fideiussorie dei contributi pubblici”

- nelle more dell'adozione di detto decreto Ministeriale il contenuto della fideiussione dovrà essere determinato dalle parti nel rispetto di quanto previsto dall'art. 3 del D. Lgs n. 122/2005 (così l'art. 389, comma 3 del D. Lgs. n. 14/2019)

I soggetti che possono rilasciare la fideiussione

Per quanto riguarda l'individuazione dei soggetti legittimati a rilasciare una fideiussione idonea ai fini di cui all'art. 2 del Dlgs 122/2005 bisogna distinguere a seconda che si tratti di fabbricati costruiti in base a titolo edilizio richiesto o presentato sino o successivamente all'entrata in vigore del decreto legislativo 12 gennaio 2019 n. 14 di attuazione della legge delega 19 ottobre 2017 n. 155 (il decreto delegato):

(a) per i fabbricati costruiti in base a titolo edilizio richiesto o presentato sino all'entrata in vigore del decreto delegato (ossia sino a tutto il 15 marzo 2019), il D.lgs 122/2005 prevede che la fideiussione debba essere rilasciata: (i) da una banca; (ii) da un'impresa di assicurazione; (iii) da un intermediario finanziario iscritto nell'elenco speciale di cui all'articolo 107 del T.U.B. (D.lgs 1 settembre 1993 n. 385); con riguardo a quest'ultima previsione si segnalano le non poche difficoltà pratiche che si sono incontrate nella sua applicazione a seguito delle modifiche apportate al T.U.B. dal D.lgs 13 agosto 2010 n. 141. Con quest'ultimo decreto (art. 7) è stata soppressa la distinzione tra l'elenco generale e quello speciale che discendeva dalle disposizioni degli articoli 106 (dedicato all'elenco generale) e 107 (dedicato all'elenco speciale) del T.U.B., con conseguente istituzione di un unico albo degli intermediari finanziari tenuto dalla Banca d'Italia (albo disciplinato dal solo art. 106 del T.U.B). Tuttavia la soppressione dell'elenco speciale ex art. 107 (l'unico richiamato nell'art. 3 del D.lgs 122/2005) non ha avuto efficacia immediata, in quanto l'art. 10 del medesimo D.lgs 141/2010 ha dettato una disciplina transitoria che ha consentito agli enti iscritti nel soppresso elenco di cui all'art. 107 di continuare ad operare sino alla emanazione delle disposizioni attuative finalizzate a rendere operativo l'elenco unico del nuovo art. 106 T.U.B.; l'elenco unico ex art. 106 è divenuto operativo (con conseguente soppressione definitiva dell'elenco speciale ex art. 107) a partire dal 24 dicembre 2015 (come si evince dal sito di Banca d'Italia). La modifica apportata agli articoli 106 e 107 del T.U.B. non è stata accompagnata da apposita modifica per coordinamento anche dell'art. 3 del D.lgs 122/2007, per cui non era chiaro se, con l'avvento dell'Albo Unico ex art. 106 T.U.B., si dovevano, comunque, ritenere idonee allo scopo fideiussioni rilasciate da intermediari finanziari iscritti nell'albo di cui all'art. 106 (nel quale erano confluiti gli intermediari già iscritti nel soppresso elenco speciale ex art. 107) o se doveva ritenersi implicitamente abrogata la disposizione dell'art. 3 D.lgs 122/2005 nella parte in cui consentiva il rilascio della fideiussione da parte degli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107 T.U.B. e ciò a seguito della soppressione di tale elenco. Il decreto delegato sembra proprio accogliere questa seconda soluzione, come si può anche desumere dalla relazione illustrativa al decreto delegato ove a commento dell'art. 385 si afferma che *"viene eliminato il riferimento all'art. 107 del TUB (ormai superato)"*.

(b) per i fabbricati costruiti in base a titolo edilizio richiesto o presentato successivamente all'entrata in vigore del decreto delegato (ossia a partire dal 16 marzo 2019), l'art. 3 comma 1 del D.lgs 122/2005 (come modificato dall'art. 385, comma 1 lettera a) del D. Lgs. n. 14/2019) prevede che la fideiussione debba essere rilasciata: (i) da una banca; (ii) da un'impresa di assicurazione; viene invece soppressa la previsione che legittimava al rilascio della fideiussione anche gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco art. 107 del T.U.B. (D.lgs 1 settembre 1993 n. 385) Evidentemente il legislatore non ritiene più tutti i soggetti iscritti nell'elenco di cui all'art. 106 del T.U.B. (nel quale sono confluiti gli intermediari già iscritti nel soppresso elenco speciale ex art. 107) idonei al rilascio della fideiussione di cui trattasi. Pertanto, per i rapporti cui sarà applicabile la disciplina dettata dal decreto delegato, unici soggetti legittimati al rilascio della fideiussione di cui all'art. 2 D.lgs 122/2005 saranno sicuramente solo le banche e le imprese esercenti le assicurazioni. Tuttavia anche per i rapporti pre-

cedenti riteniamo preferibile, alla luce della scelta fatta ora dal legislatore (e di quanto riportato nella relazione illustrativa al decreto delegato), aderire alla tesi più restrittiva e quindi considerare comunque implicitamente abrogata la disposizione dell'art. 3 D.lgs 122/2005 nella parte in cui consente il rilascio della fideiussione da parte degli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107 T.U.B., stante l'avvenuta soppressione di detto elenco.

La fideiussione a contenuto "progressivo"

L'art. 2, Decreto Legislativo 20 giugno 2005, n. 122, prevede espressamente che la fideiussione possa essere rilasciata "anche secondo quanto previsto dall'art. 1938 c.c." a norma del quale la "fideiussione può essere prestata anche per un'obbligazione condizionale o futura con la previsione in quest'ultimo caso dell'importo massimo". Il testo dell'art. 1938 c.c. è stato modificato con la legge 17 febbraio 1992, n. 154, che ha imposto l'obbligo, in caso di fideiussione per obbligazioni future, di indicare l'importo massimo. Prima di tale riforma, molto si era infatti discusso in dottrina ed in giurisprudenza circa la validità delle cd. "fideiussioni omnibus" prestate a garanzia di tutte le obbligazioni presenti e future. Con la riforma del 1992 venne sancita la validità delle fideiussioni a garanzia di obbligazioni future ma alla condizione che nel contratto venisse precisato l'importo massimo. Scopo del richiamo operato dal decreto in commento è quello di consentire il rilascio di polizze fideiussorie a contenuto "progressivo", volte cioè a garantire gli importi via via effettivamente riscossi dal costruttore entro il limite massimo costituito dall'intero importo che il costruttore dovrà incassare prima del trasferimento della proprietà o del diritto reale (la garanzia, infatti, in caso di escussione riguarda il rimborso solo di quanto effettivamente versato dall'acquirente); il tutto, ovviamente, per contenere i costi della polizza medesima. Infatti, appare inutile garantire, da subito, somme non ancora incassate materialmente dal costruttore, e che pertanto, in caso di "situazione di crisi" comunque non vanno rimborsate all'acquirente¹¹. In questo senso si è espressa anche la Relazione illustrativa al decreto ove si è chiarito che "in accoglimento di un'osservazione formulata da entrambe le Commissioni parlamentari si è precisato che le parti possano convenire di utilizzare anche lo schema tipico della fideiussione per obbligazione futura previsto dall'art. 1938 c.c. con ciò consentendo che il valore della fideiussione possa essere rapportato ai versamenti effettivamente avvenuti e non stimato sull'intero valore del bene promesso in vendita, così da inserire quel concetto di progressività che è oggetto dei suggerimenti provenienti dalle citate commissioni parlamentari".

La durata di efficacia della fideiussione

Per quanto riguarda la durata di efficacia della fideiussione bisogna distinguere a seconda che si tratti di fabbricati costruiti in base a titolo edilizio richiesto o presentato sino o successivamente all'entrata in vigore del decreto legislativo 12 gennaio 2019 n. 14 di attuazione della legge delega 19 ottobre 2017 n. 155 (il decreto delegato):

(a) per i fabbricati costruiti in base a titolo edilizio richiesto o presentato sino all'entrata in vigore del decreto delegato (ossia sino a tutto il 15 marzo 2019) l'art. 3, c. 7, del D.lgs 122/2005, prevede 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; in relazione a quest'ultima disposizione si è ritenuto¹² che:

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

¹² G. Rizzi, "Il D.lgs. 122 del 2005: la garanzia fideiussoria ed i presupposti di applicazione della nuova normativa" Studio 5813/C approvato dalla Commissione Studi Civilistici del C.N.N. il 23 luglio 2005, in Studi e Materiali, Milano 2005, 1057.

(i) la fideiussione debba essere rilasciata con durata fissata sino al momento del trasferimento della proprietà o del diverso diritto reale di godimento, in quanto questo è il momento sino al quale, in base alla disposizione sopra citata, l'acquirente deve essere tutelato e garantito;

(ii) che nel caso venga, invece, rilasciata una fideiussione con scadenza a termine "fisso":

- tale termine non deve in alcun modo precedere quello indicato in contratto come momento del verificarsi dell'effetto traslativo; ad esempio in un contratto preliminare, il termine di durata della fideiussione non potrà precedere il termine fissato per la stipula del contratto definitivo;

- che qualora sia prevista la facoltà per le parti di prorogare il termine contrattualmente previsto per il prodursi dell'effetto traslativo, dovrà anche essere previsto 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.

Sul punto in giurisprudenza si sono registrate due diverse opinioni:

- da una parte l'opinione che ritiene non conforme a legge la fideiussione con scadenza prefissata (anche se questa corrisponde alla data presunta del rogito) a meno che la possibilità di proroga o di rinnovo automatico, in caso di ritardo nel trasferimento della proprietà dell'immobile, venga rimessa in via esclusiva dalla volontà del promissario acquirente¹³.

- dall'altra l'opinione di chi, invece, ritiene valida la fideiussione a "scadenza fissa" coincidente con la data programmata per la stipula del contratto definitivo; la stessa non potrebbe, infatti, ritenersi inidonea sin dall'inizio; solo in un momento successivo alla stipula del contratto da garantire si potrà accertare se vi è stato o meno il rispetto del termine di scadenza (ossia se la data di scadenza della fideiussione coinciderà o meno con quella di effettivo trasferimento). Il trasferimento potrebbe essere anticipato rispetto al termine programmato, per cui non vi sarebbe alcun problema in ordine all'operatività della fideiussione; se invece la data del definitivo venisse posticipata rispetto alla data inizialmente fissata e coincidente col termine di efficacia della fideiussione, e quest'ultima non venisse prorogata, verrebbe meno un elemento costitutivo della fattispecie, determinandosi, in tal modo, un'ipotesi di nullità sopravvenuta (il contratto nascerebbe valido, per poi perdere tale qualità per il sopravvenire di vicende esterne, quale la scadenza della fideiussione)¹⁴

(b) per i fabbricati costruiti in base a titolo edilizio richiesto o presentato successivamente all'entrata in vigore del decreto delegato (ossia a partire dal 16 marzo 2019), l'art. 3 del D.lgs 122/2005 (come modificato dall'art. 385 del D. Lgs. n. 14/2019), prevede che l'efficacia della fideiussione cessa al momento in cui il fideiussore riceve dal venditore/costruttore o da un altro dei contraenti copia dell'atto di trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento sull'immobile o dell'atto definito di assegnazione il quale contenga la menzione degli estremi identificativi della polizza assicurativa decennale e della sua conformità alle prescrizioni dettate con l'apposito decreto del Ministro dello Sviluppo Economico. Pertanto, per i rapporti cui sarà applicabile la disciplina dettata dal decreto delegato, diventerà essenziale nell'atto traslativo indicare gli estremi della polizza assicurativa decennale e la sua conformità al decreto ministeriale (ossia al decreto del Ministro dello Sviluppo Economico che di detta polizza deve determinare contenuto e caratteristiche nonché il modello standard), altrimenti non potrà essere "sbloccata" la fideiussione.

Anche dopo l'entrata in vigore del decreto delegato si riproporranno gli stessi dubbi interpretativi sopra illustrati in ordine alla durata da indicare nella fideiussione (se prefissata o meno). Si potrà riproporre la medesima soluzione con riferimento al nuovo termine di cessazione di efficacia della fideiussione. Pertanto:

¹³ In questo senso Trib. Firenze, 25 novembre 2014, n. 11284.

¹⁴ In questo senso Trib. Milano, 25 novembre 2015, n. 13278; Trib. Ferrara 14 giugno 2018.

(i) la fideiussione dovrà essere rilasciata con durata fissata sino al momento della ricezione da parte del venditore/costruttore o di un altro dei contraenti della copia dell'atto di trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento sull'immobile o dell'atto definito di assegnazione contenente la menzione degli estremi identificativi della polizza assicurativa decennale e della sua conformità al decreto ministeriale;

(ii) nel caso venga, invece, rilasciata una fideiussione con scadenza a termine "fisso":

- tale termine non deve in alcun modo precedere quello indicato in contratto come momento del verificarsi dell'effetto traslativo e della comunicazione al fideiussore della copia dell'atto traslativo,
- qualora sia prevista la facoltà per le parti di prorogare il termine contrattualmente previsto per il prodursi dell'effetto traslativo e conseguentemente per la comunicazione al fideiussore della copia dell'atto, dovrà anche essere previsto 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 della ricezione da parte del fideiussore della copia dell'atto di trasferimento, fermo, comunque, restando l'obbligo di conformarsi al modello standard di fideiussione approvato dal Ministero.

La nullità relativa

Qual è la sanzione prevista dal legislatore per il caso in cui il costruttore ometta di rilasciare la polizza fideiussoria? L'art. 2, Decreto Legislativo 20 giugno 2005, n. 122, prevede espressamente la nullità del contratto. La nullità, peraltro, può essere fatta valere solo dall'acquirente "tutelato" (cd. "nullità relativa").

Deve ritenersi applicabile la sanzione della nullità anche nel caso in cui la garanzia fideiussoria prestata non presenti tutte le caratteristiche prescritte dalla legge; ad esempio:

- nel caso di garanzia prestata solo per parte delle somme da garantire¹⁵ (in questa fattispecie può pertanto ricondursi anche quella del "prezzo simulato");
- nel caso di garanzia prestata da soggetto diverso da quelli indicati dalla legge¹⁶;
- nel caso di polizza rilasciata senza la previsione della rinuncia al beneficio della preventiva escusione del debitore principale;
- per i rapporti aventi per oggetto edifici soggetti alla disciplina del decreto delegato, anche in caso di polizza non conforme al modello standard approvato con decreto del Ministro della Giustizia.

Il mancato pagamento del premio o della commissione della fideiussione non può essere opposto all'acquirente, che il legislatore ha pertanto inteso tutelare da possibili inadempimenti del costruttore.

Per i soli fabbricati costruiti in base a titolo edilizio richiesto o presentato successivamente all'entrata in vigore del decreto delegato (ossia a partire dal 16 marzo 2019), è, previsto un modello standard di fideiussione¹⁷. Pertanto per i rapporti cui sarà applicabile la disciplina dettata dal decreto delegato, i soggetti legittimati dovranno rilasciare la fideiussione in conformità al modello ministeriale, con la conseguenza che dovrà ritenersi inidonea allo scopo una fideiussione non conforme a detto modello standard (tant'è che, per i fabbricati suddetti, nei contratti di cui all'art. 6 del D.lgs 122/2005, quali ad esempio i preliminari, dovranno essere riportati non solo gli estremi della fi-

¹⁵ In questo senso si è pronunciato Trib. Parma, 18 luglio 2017, n. 1116; il Tribunale ha ritenuto nullo il preliminare per non essere stata concessa una fideiussione dell'importo pagato e che avrebbe dovuto essere pagato prima del rogito (si trattava inoltre di fideiussioni, non solo inadeguate, ma anche presentate dopo la stipula del preliminare)

¹⁶ In questo senso si è pronunciato Trib. La Spezia, 9 giugno 2016. Si trattava nel caso di specie di fideiussione, fra l'altro rilasciata in ritardo, dopo la stipula del preliminare, da società in liquidazione e cancellata dall'albo degli intermediari.

¹⁷ Modello che dovrà essere determinato con decreto del Ministro della Giustizia da adottarsi, di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze, entro 90 giorni dalla data di entrata in vigore del decreto delegato.

deiussione ma anche l'attestazione della sua conformità al modello standard approvato dal Ministero, come sopra ricordato), con conseguente nullità (relativa) del contratto comunque stipulato.

Operatività della garanzia

Per quanto riguarda l'operatività della fideiussione bisogna distinguere a seconda che si tratti di fabbricati costruiti in base a titolo edilizio richiesto o presentato sino o successivamente all'entrata in vigore del decreto legislativo 12 gennaio 2019 n. 14 di attuazione della legge delega 19 ottobre 2017 n. 155 (il decreto delegato):

(a) per i fabbricati costruiti in base a titolo edilizio richiesto o presentato sino all'entrata in vigore del decreto delegato (ossia sino a tutto il 15 marzo 2019) l'art. 3 del D.lgs 122/2005, prevede l'operatività della garanzia fideiussoria per il solo caso in cui il "costruttore" incorra in una "situazione di crisi".

(b) per i fabbricati costruiti in base a titolo edilizio richiesto o presentato successivamente all'entrata in vigore del decreto delegato (ossia a partire dal 16 marzo 2019), l'art. 3 del D.lgs 122/2005, prevede l'operatività della garanzia fideiussoria non solo nel caso in cui il "costruttore" incorra in una "situazione di crisi" ma anche nel caso di inadempimento da parte del venditore/costruttore dell'obbligo di prestare la polizza assicurativa decennale di cui all'art. 4 del D.lgs 122/2005. Se la polizza decennale non verrà consegnata l'acquirente potrà comunicare al venditore/costruttore la propria volontà di recedere dal contratto di cui all'art. 6 già stipulato (ad esempio da un contratto preliminare) e chiedere il rimborso delle somme versate escutendo, se le somme non gli verranno restituite dal venditore (e quindi a prescindere da una sua situazione di crisi) la fideiussione; a tal fine per l'escussione della fideiussione, verificandosi questa particolare situazione di inadempimento del venditore, sarà necessaria una apposita attestazione da parte del Notaio incaricato della stipula dell'atto traslativo della proprietà, con la quale lo stesso dovrà dichiarare di non aver ricevuto per la data dell'atto la polizza assicurativa conforme al decreto ministeriale¹⁸

Come detto, in entrambe le ipotesi di cui sub (a) e sub (b), la garanzia fideiussoria è destinata ad operare nel caso in cui il "costruttore" incorra in una "situazione di crisi" (debbono essere restituite le somme ed il valore di ogni altro eventuale corrispettivo effettivamente riscossi il tutto maggiorato dagli interessi legali maturati sino al momento in cui si è verificata tale situazione). La definizione di "situazione di crisi" è contenuta nell'art. 1, lett. c), Decreto Legislativo 20 giugno 2005, n. 122: 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."*

Il D.lgs 122/2005, inoltre, all'art. 3, comma secondo, stabilisce quando la "situazione di crisi" deve intendersi verificata, con conseguente "operatività" della garanzia fideiussoria. In base a tale disposizione la situazione di crisi si intende verificata alla data: (i) di trascrizione del pignoramento relativo all'immobile oggetto del contratto, ovvero; (ii) di pubblicazione della sentenza dichiarativa del fallimento o del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa, ovvero; (iii) di presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo, ovvero; (iv) di pubblicazione della sentenza che dichiara lo stato di insolvenza o, se anteriore, del decreto che dispone la liquidazione coatta amministrativa o l'amministrazione straordinaria.¹⁹

¹⁸ E' previsto che contenuto e caratteristiche della polizza assicurativa decennale ed il relativo modello standard siano approvati dal Ministro dello Sviluppo Economico, di concerto con il Ministro della Giustizia e con il Ministro dell'Economia e delle Finanze.

¹⁹ La disciplina dettata dal D.lgs 122/2018 per l'individuazione delle "situazioni di crisi" dovrà essere necessariamente aggiornata alla luce della nuova disciplina in tema di crisi di impresa ed insolvenza prevista dal decreto delegato 12 gennaio 2019 n. 14 e destinata ad entrare in vigore a decorrere dal 15 agosto 2020 (ossia decorsi diciotto mesi dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del decreto medesimo).

La fideiussione potrà essere escussa a decorrere dalla data in cui risulta verificata una delle "situazione di crisi" a condizione: (i) che l'acquirente abbia comunicato al costruttore la propria volontà di recedere dal contratto nel caso di trascrizione del pignoramento relativo all'immobile oggetto del contratto; (ii) che il competente organo della procedura concorsuale non abbia comunicato la volontà di subentrare nel contratto preliminare nei casi di pubblicazione della sentenza dichiarativa del fallimento o del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa, di presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo, ovvero di pubblicazione della sentenza che dichiara lo stato di insolvenza o, se anteriore, del decreto che dispone la liquidazione coatta amministrativa o l'amministrazione straordinaria.

Il fideiussore dovrà procedere al rimborso dovuto entro il termine di trenta giorni dalla data di ricevimento della richiesta.

L'ASSICURAZIONE INDENNITARIA DECENNALE

La polizza assicurativa ed i presupposti di applicazione della garanzia

L'art. 4, Decreto legislativo 20 giugno 2005, n. 122, impone l'obbligo al costruttore di fornire garanzia per il risarcimento al quale fosse tenuto a seguito di danni materiali e diretti all'immobile, compresi i danni a terzi, a sensi dell'art. 1669 c.c., derivanti da rovina totale o parziale oppure da gravi difetti costruttivi delle opere, per vizio del suolo o per difetto della costruzione, che si siano manifestati successivamente alla stipula del contratto definitivo di compravendita o dell'atto definitivo di assegnazione.

Si è osservato al riguardo che la garanzia dovrà coprire anche quei danni connessi ad alterazioni tali da incidere sulla "funzionalità" globale dell'edificio, rendendolo inidoneo all'uso cui è destinato.

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

La garanzia, inoltre, è dovuta a prescindere da una "situazione di crisi" in cui incorra il costruttore, essendo destinata ad operare all'emergere di vizi e difformità dell'edificio realizzato.

I presupposti ("soggettivo" ed "oggettivo") per l'applicazione della disposizione di cui all'art. 4 in commento, sono quelli di cui all'art. 1, Decreto legislativo 20 giugno 2005, n. 122, in quanto "norma di carattere generale"; pertanto:

- con riguardo ai soggetti: è necessario che a vendere sia un costruttore che agisca nell'esercizio di impresa e che ad acquistare sia una persona fisica;
- con riguardo all'oggetto: è necessario che si tratti di "immobile da costruire" ossia di immobili per i quali "sia stato richiesto il permesso di costruire e che siano ancora da edificare o la costruzione non risulti essere stata ultimata versando in stadio tale da non consentire ancora il rilascio del certificato di agibilità (ovvero la presentazione della segnalazione certificata di agibilità²⁰)".

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

²⁰ si fa presente che dall'11 dicembre 2016, a seguito delle modifiche apportate al D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 (testo Unico in materia edilizia) dal Decreto legislativo 25 novembre 2016 n. 222, non è più previsto il rilascio da parte del Comune del certificato di agibilità, sostituito dalla presentazione a cura dell'interessato della segnalazione certificata di agibilità (art. 24, D.P.R. 380/2001)

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

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

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

Pur tra i molteplici dubbi testé evidenziati, si è ritenuto²¹ di dover dare "prevalenza" al disposto dell'art. 5 e limitare comunque l'ambito di applicazione della norma in commento ai contratti ad effetti traslativi non immediati. In caso contrario si verificherebbe una disparità di trattamento tra chi stipula simili contratti e chi stipula, invece, un contratto ad effetti traslativi immediati, difficilmente giustificabile: infatti in caso di immobile da costruire per il quale la richiesta di titolo edilizio sia stata fatta prima del 21 luglio 2005 la polizza dovrebbe essere consegnata solo in caso di stipula, dopo il 21 luglio, di contratto ad effetti traslativi immediati ma non anche nel caso di stipula di contratto ad effetti reali non immediati. Probabilmente il legislatore ha voluto subordinare (senza peraltro ben esplicitarlo nella norma) la consegna di questa polizza agli stessi presupposti previsti per la fideiussione di cui all'art. 2 (ove si dice espressamente che "la fideiussione deve essere consegnata in caso di contratti che abbiano come finalità il trasferimento non immediato della proprietà"). Si vogliono così tutelare coloro che acquistano un bene quando il bene ancora non esiste e che devono quindi "confidare" sulla correttezza e professionalità del venditore nell'esplicazione dell'attività edificatoria²².

Da quanto detto in ordine al presupposto contrattuale, discende, peraltro, un legittimo quesito: come si può conciliare il fatto che tra i presupposti vi sia la stipula di un contratto ad effetti traslativi non immediati avente per oggetto beni immobili da costruire con la circostanza che nell'art. 4 in commento la consegna della polizza assicurativa dal costruttore all'acquirente è prevista "all'atto del trasferimento della proprietà"?

In realtà l'art. 4 contempla una fattispecie "a formazione progressiva" così congegnata²³:

- presupposto per la consegna della polizza assicurativa indennitaria è la stipula di un contratto ad effetti traslativi non immediati;
- il momento in cui tale polizza deve essere materialmente consegnata dal costruttore all'acquirente è quello in cui avviene il trasferimento della proprietà.

Le sanzioni

Per quanto riguarda le sanzioni applicabili per il caso di inadempimento dell'obbligo di consegnare idonea polizza assicurativa indennitaria decennale, bisogna distinguere a seconda che si tratti di

²¹ G. Rizzi, "Il Dlgs. 122 del 2005: assicurazione indennitaria, frazionamento del mutuo, revocatoria fallimentare e le altre novità legislative" Studio 5812/C approvato dalla Commissione Studi Civilistici del C.N.N. il 20 luglio 2005, in Studi e Materiali, Milano 2005, 1013

²² Nello studio citato (G. Rizzi, "Il Dlgs. 122 del 2005: assicurazione indennitaria, frazionamento del mutuo, revocatoria fallimentare e le altre novità legislative" Studio 5812/C approvato dalla Commissione Studi Civilistici del C.N.N. il 20 luglio 2005, in Studi e Materiali, Milano 2005, 1013) si è, peraltro, sottolineato come la soluzione proposta debba essere accolta col "beneficio di inventario" data la non felice formulazione normativa.

²³ Vedasi al riguardo G. Rizzi, "Il Dlgs. 122 del 2005: assicurazione indennitaria, frazionamento del mutuo, revocatoria fallimentare e le altre novità legislative" Studio 5812/C approvato dalla Commissione Studi Civilistici del C.N.N. il 20 luglio 2005, in Studi e Materiali, Milano 2005, 1013

fabbricati costruiti in base a titolo edilizio richiesto o presentato sino o successivamente all'entrata in vigore del decreto legislativo 12 gennaio 2019 n. 14 di attuazione della legge delega 19 ottobre 2017 n. 155 (il decreto delegato):

(a) per i fabbricati costruiti in base a titolo edilizio richiesto o presentato sino all'entrata in vigore del decreto delegato (ossia sino a tutto il 15 marzo 2019), l'art. 4 del D.lgs 122/2005, non prevede alcuna sanzione per cui bisogna escludere che la mancata consegna della polizza indennitaria decennale possa, in qualsiasi modo, incidere sulla validità di un contratto avente per oggetto tali fabbricati. Resta, ovviamente, fermo, per l'acquirente il rimedio della risoluzione per inadempimento ex artt. 1453 e segg. c.c.; in caso di violazione dell'obbligo di consegna della polizza indennitaria decennale, l'acquirente potrà certamente diffidare il venditore ad adempiere entro un congruo termine ex art. 1454 c.c., con dichiarazione che decorso, inutilmente detto termine, senza che sia stata consegnata detta polizza, il contratto s'intenderà senz'altro risolto. E, nel caso di specie, deve ritenersi sempre verificata la condizione di cui all'art. 1455 c.c., stante la grande rilevanza, per una adeguata tutela dell'acquirente, che il D.lgs 122/2005 ha riconosciuto alla consegna di detta polizza, per cui l'inadempimento dell'obbligo della sua consegna non può in alcun modo considerarsi di "scarsa importanza" avuto riguardo all'interesse dell'acquirente. L'importanza di questo adempimento è stata ulteriormente confermata anche dalla disposizione dell'art. 5, co. 1bis, Decreto Legislativo 20 giugno 2005, n. 122, introdotta dall'art. 10quater, co. 1, D.L. 28 marzo 2014, n. 47, in base alla quale l'acquirente non può rinunciare preventivamente alla polizza indennitaria.

Un'eventuale clausola di rinuncia inserita in contratto è nulla e deve intendersi come non apposta (art. 5, c. 1bis, D.lgs 122/2005), con la conseguenza che: (i) la rinuncia dell'acquirente alla polizza indennitaria decennale non avrà alcun effetto, e della stessa non potrà avvalersi la parte venditrice; (ii) il contratto stipulato rimane peraltro valido, in quanto, da un lato, la nullità della clausola non si estende all'intero contratto, ex art. 1419 c.c., e, dall'altro, l'art. 4 del decreto non prevede alcuna sanzione per il caso di mancata prestazione della polizza indennitaria decennale; (iii) resta, comunque, ferma la possibilità per l'acquirente di chiedere la risoluzione del contratto stipulato per inadempimento di "non scarsa importanza" ai sensi dell'art. 1453 c.c. (il venditore non potrà opporsi alla richiesta di risoluzione richiamandosi alla clausola di rinuncia inserita nel contratto che, come detto, deve ritenersi come non apposta).

(b) per i fabbricati costruiti in base a titolo edilizio richiesto o presentato successivamente all'entrata in vigore del decreto delegato (ossia a partire dal 16 marzo 2019), l'art. 4, comma 1, del D.lgs 122/2005, prevede, invece, per il caso di inadempimento dell'obbligo di consegna della polizza indennitaria decennale la sanzione della nullità, nullità che può essere fatta valere solo dall'acquirente (trattasi, quindi, anche in questo caso di nullità "relativa"). Pertanto, per i rapporti cui sarà applicabile la disciplina dettata dal decreto delegato, la consegna della polizza indennitaria decennale diviene condizione di validità dell'atto traslativo della proprietà.

Ma non solo: gli articoli 3, comma 3 e 4, comma 1-ter, D.lgs 122/2005, prevedono che nel caso di inadempimento all'obbligo assicurativo di cui all'art. 4, comma 1, l'acquirente può recedere dal contratto ed escutere la fideiussione di cui all'art. 2 ottenendo, in tal modo, la restituzione delle somme e del valore di ogni altro corrispettivo effettivamente riscossi e dei relativi interessi legali, il tutto a decorrere dalla data dell'attestazione del Notaio di non aver ricevuto per la data dell'atto di trasferimento della proprietà la polizza indennitaria decennale conforme al decreto ministeriale (ossia al decreto del Ministro dello Sviluppo Economico che di detta polizza deve determinare contenuto e caratteristiche nonché il modello standard).

Ne deriva che l'acquirente, in caso di mancata consegna della polizza indennitaria decennale, ha a propria disposizione due diversi rimedi:

- o esercita il recesso dal preliminare, escutendo, se necessario, la fideiussione di cui all'art. 2 D.lgs 122/2005, senza, pertanto dover stipulare l'atto definitivo che sarebbe, in forza delle disposizioni citate, affetto da nullità relativa;

- ovvero, qualora stipulasse, comunque, il contratto definitivo, pur in mancanza della consegna della polizza indennitaria decennale, ne potrebbe chiedere la nullità.

In sostanza il diritto di recesso viene riconosciuto all'acquirente al fine di sottrarsi all'obbligo della conclusione di un contratto del quale, dopo la stipula, dovrebbe far valere la nullità (come anche precisato dalla relazione illustrativa al decreto delegato²⁴)

Ci si chiede se anche nel caso in cui venga fatta valere la nullità del contratto definitivo l'acquirente possa escutere la fideiussione per recuperare le somme già versate (si rammenta che anche dopo la stipula del definitivo e dopo il trasferimento della proprietà o di altro diritto reale la fideiussione mantiene la sua piena operatività, posto che la sua efficacia cessa solo dopo che il fideiussore riceve copia dell'atto definitivo contenente la menzione degli estremi della polizza indennitaria decennale e della sua conformità al decreto ministeriale). La norma nulla precisa al riguardo, prevedendo la possibilità dell'escussione solo per il caso del recesso; né argomenti per l'una o l'altra soluzione sembra possano ricavarsi dalla relazione illustrativa al decreto delegato sopra citata.

Il contenuto e le caratteristiche della polizza decennale ed il relativo modello standard sono determinati con decreto del Ministro dello Sviluppo Economico da adottarsi di concerto con il Ministro della Giustizia e con il Ministro dell'Economia e della Finanza entro 90 giorni dalla data di entrata in vigore del decreto delegato: pertanto per i rapporti cui sarà applicabile la disciplina dettata dal decreto delegato, le imprese di assicurazione dovranno rilasciare la polizza decennale in conformità alle prescrizioni ministeriali ed al modello standard, con la conseguenza che dovrà ritenersi inidonea allo scopo una polizza non conforme a dette prescrizioni ed a detto modello standard. Ne consegue che in questi casi per garantire la validità dell'atto traslativo della proprietà, non sarà sufficiente accertarsi che la polizza sia stata rilasciata ma sarà anche necessario accertarsi che la polizza rilasciata sia conforme alle prescrizioni ministeriali ed in particolare al modello standard.

Si rammenta che nelle more dell'adozione di detto decreto Ministeriale il contenuto della polizza assicurativa indennitaria decennale dovrà essere determinato dalle parti nel rispetto di quanto previsto dall'art. 4 del D. Lgs n. 122/2005 (così l'art. 389, comma 3 del D. Lgs. n. 14/2019 secondo cui " *Le disposizioni di cui agli articoli 3 e 4 del decreto legislativo 20 giugno 2005, n. 122, come modificati dagli articoli 385 e 386 del presente codice, si applicano anche nelle more dell'adozione dei decreti di cui agli articoli 3, comma 7-bis, e 4, comma 1-bis, del predetto decreto legislativo e il contenuto della fideiussione e della polizza assicurativa e' determinato dalle parti nel rispetto di quanto previsto dalle richiamate disposizioni.*").

Un'eventuale clausola di rinuncia inserita in contratto è nulla e deve intendersi come non apposta (art. 5, c. 1bis, D.lgs 122/2005), con la conseguenza che: (i) la rinuncia dell'acquirente alla polizza indennitaria decennale non avrà alcun effetto, e della stessa non potrà avvalersi la parte venditrice; (ii) il contratto stipulato, qualora la polizza indennitaria decennale sia stata comunque consegnata, rimane valido, in quanto, la nullità della clausola non si estende all'intero contratto, ex art. 1419 c.c.; (iii) nel caso in cui la polizza indennitaria decennale non sia stata, invece, consegnata, resta ferma la possibilità per l'acquirente o di richiedere la nullità del contratto ovvero di recedere dal contratto

²⁴ Nella relazione illustrativa al decreto delegato così viene giustificata la previsione del recesso con facoltà di escussione della fideiussione in caso di mancata consegna della polizza assicurativa indennitaria : " *poiché la legge delega prevede che la mancanza di assicurazione determini la nullità del contratto, qualora il mancato rilascio della polizza sia accertato dal notaio deve essere consentito all'acquirente di recedere dal contratto ricevendo tutela delle propri ragioni restitutorie relative ai corrispettivi versati; conseguentemente il comma 7 prevede che la fideiussione perda efficacia solo al momento in cui il fideiussore riceva dal costruttore o comunque da uno dei contraenti copia dell'atto di trasferimento che contenga menzione degli estremi della polizza decennale e della sua conformità.*"

escutando la polizza fideiussoria (il venditore non potrà opporsi a tali rimedi richiamandosi alla clausola di rinuncia inserita nel contratto che, come detto, deve ritenersi come non apposta).

IL CONTRATTO PRELIMINARE

Il D.lgs 14/2019 ha apportato le seguenti modifiche all'art. 6 del D.lgs 20 giugno 2005, n. 122:

(1) Viene previsto che sia i contratti preliminari che i contratti che siano comunque diretti al successivo acquisto in capo ad una persona fisica della proprietà o altro diritto reale su un immobile da costruire **devono essere stipulati per atto pubblico o per scrittura privata autentica.**

(2) Viene previsto che i contratti preliminari ed i contratti che siano comunque diretti al successivo acquisto in capo ad una persona fisica della proprietà o altro diritto reale su un immobile da costruire debbono contenere, fra l'altro, gli estremi della fideiussione di cui all'art. 2 del D.lgs 122/2005 e l'attestazione della sua conformità al modello standard approvato con decreto del Ministro della Giustizia.

Si ritiene che la forma dell'atto pubblico e/o della scrittura privata autenticata, prescritta per i negozi soggetti alla disciplina del D.lgs 14/2019, stante le finalità della disposizione dell'art. 388 di detto decreto, in relazione a quanto disposto nell'art. 12 della legge 19 ottobre 2017 n. 155 (garantire il controllo di legalità da parte del Notaio sull'adempimento dell'obbligo di stipulazione della fideiussione nonché dell'obbligo di rilascio della polizza assicurativa indennitaria), sia richiesta *ad substantiam*; pertanto il negozio posto in essere in violazione del suddetto requisito di forma sarà affetto da nullità e si tratterà di nullità assoluta, non sanabile (e non di nullità relativa come quella prevista dagli articoli 2 e 4 del D.lgs 122/2005 per il caso di mancata consegna della fideiussione o della polizza assicurativa indennitaria).

Se per il preliminare di immobile da costruire si dovrà necessariamente ricorrere all'atto notarile, il promissario acquirente potrà avvalersi, non solo delle tutele previste dal D.lgs 122/2005, ma anche delle tutele connesse alla sua trascrizione (infatti il Notaio è obbligato a trascrivere il preliminare che riceve o autentica ai sensi degli artt. 2645bis e 2671 c.c.); in particolare il promissario acquirente:

- potrà avvalersi dell'effetto "prenotativo" della trascrizione che lo porrà al riparo da trascrizioni e/o iscrizioni pregiudizievoli intercorse tra la trascrizione del preliminare e quella del definitivo o della domanda giudiziale ex 2932 cc. (purché la trascrizione del definitivo o della domanda giudiziale ex 2932 cc. intervenga entro un anno dalla data di stipula fissata nel preliminare o comunque entro 3 anni dalla sua trascrizione)

- potrà avvalersi del privilegio speciale (sull'immobile oggetto di preliminare) ex art. 2775bis c.c. per i crediti che sorgono per effetto dell'inadempimento del preliminare (e non coperti dalla fideiussione) e ciò a condizione che gli effetti della trascrizione non siano cessati al momento: (i) della risoluzione del contratto risultante da atto avente data certa; (ii) della domanda giudiziale di risoluzione del contratto o di condanna al pagamento; (iii) della trascrizione del pignoramento; (iv) dell'intervento nell'esecuzione promossa da terzi.