

## **RELAZIONE AVV. LUIGI MANGANIELLO**

### **sul D. Lgs.6 luglio 2005 n.122**

Il D. Lgs.6 luglio 2005 n.122 è stato emanata al fine di tutelare la posizione giuridica dei consumatori e, più in generale, degli utilizzatori finali di beni e servizi.

Gli antecedenti giuridici del provvedimento in esame sono da individuare nella normativa sulla trascrizione del preliminare (art.2645 bis c.c.) e sulla vendita dei beni di consumo ai sensi degli artt.1519 bis e ss. c.c.

#### **SOGGETTI**

L'art.1 lett. a) e b) regola il profilo soggettivo.

In base alla lett. a) beneficiari della novella sono gli acquirenti persone fisiche non imprenditori o enti no profit. La tutela è assicurata anche a chi non acquista per abitare, (es. chi acquista per poi locare) ed a parenti in primo grado, estendendo la applicazione delle norme in caso di intestazione a favore dei discendenti. Si esclude dalla tutela il proprietario del terreno che dà in appalto la costruzione. Dubbi di incostituzionalità si profilano in ordine alla esclusione del coniuge

Si presentano anche problemi di raccordo con gli artt.1411 e 771 (donazione o contratto a favore di terzo di beni futuri), perchè si riconosce implicitamente giuridica validità alla donazione di beni futuri, vietata ex art771 c.c.

#### **OGGETTO**

La lett. b) individua il concetto di costruttore, facendo riferimento a imprenditori, venditori o cooperative edilizie in senso ampio. Tenuti alla osservanza delle norme in esame sono non soltanto i soggetti che edificano in prima persona, ma anche gli imprenditori che danno in appalto la costruzione dell'immobile per poi vendere il prodotto finito. Secondo la dottrina la norma si presenta lacunosa, in quanto sarebbe stato maggiormente opportuno utilizzare il termine più generale di "alienante", con la sola esclusione del costruttore non professionale.

L'oggetto immediato del contratto è il diritto reale dedotto in negozio. Viene individuato (lett.a) nella proprietà o altro diritto reale su immobili. Si ricomprende in tale ambito anche la multiproprietà. Probabilmente devono intendersi esclusi la servitù, che non ha alcun attinenza con gli immobili da costruire, salvo, forse per il caso di servitù per vantaggio futuro ex art.1029, II comma c.c., e la enfiteusi.

Oggetto mediato (ex lett.d) del contratto è il bene giuridico sul quale il diritto reale ricade ed è, ovviamente, un immobile da costruire. Si tratta di immobile per il quale è stato richiesto il permesso di costruire. E' esclusa la tutela per contratti aventi ad oggetto immobili per cui non è stato neanche richiesto il permesso e per la cd. vendita al grezzo di immobile nello stato di fatto in cui si trova al

momento dell'acquisto. Infatti questo caso non c'è alcuna ulteriore attività costruttiva. E' altresì escluso il bene immobile abusivo o costruito in difformità dal permesso.

I contratti interessati dal D. Lgs.122/05 sono il preliminare, la vendita di cosa futura, la permuta di terreno presente con abitazione futura, la vendita terreno con divisione del futuro immobile, la vendita sotto condizione sospensiva, leasing immobiliare: tutte fattispecie ad effetti obbligatori immediati ed effetti reali differiti con immobile non esistente in rerum natura. Come detto sopra, si esclude l'appalto per costruzione su terreno dell'appaltante, perché non c'è vendita di un bene futuro, ma solo commissione, con efficacia puramente obbligatoria e non traslativa, di un'opera edificatoria.

Attenzione particolare merita il leasing: il decreto riguarda non solo il contratto di leasing, ma l'intera operazione, che si articola nelle seguenti modalità: la società di leasing acquista il bene e lo cede in locazione finanziaria all'acquirente finale che poi lo riscatta ad un prezzo ribassato, avendo già pagato parte del corrispettivo con la locazione. Secondo la dottrina, data la complessità della operazione, tale fattispecie avrà applicazione limitata.

Come si esporrà nel prosieguo, la tutela dell'acquirente, con particolare riferimento alla possibilità di escutere la polizza fideiussoria, si estende fino al momento in cui si verifica il trasferimento della proprietà o di altro diritto reale (art.2, comma 7). Nella pratica negoziale, a meno che l'acquirente non decida di comprare l'immobile al "grezzo", l'effetto traslativo si verifica al momento della ultimazione dell'immobile, o quando il bene viene ad esistenza (ex art.1472 c.c. –vendita di bene futuro). Assume massima rilevanza individuare il concetto di ultimazione ed il momento in cui tale ultimazione si verifica. Sul punto sono state sviluppate tre teorie: l'ultimazione si verifica con il rilascio agibilità ex art.1 lett.d) D. Lgs.122/05; con la esecuzione rustico e copertura ex art.31, II comma, legge 47/85; con la esecuzione rustico, copertura e muri perimetrali ex art.2645 bis , VI comma c.c. (norma su trascrizione preliminare).

E' opportuno stabilire con esattezza tale momento nella stipula del contratto ad effetti obbligatori.

La questione ha una notevole rilevanza pratica, perché tanto più si anticipa la ultimazione ed il verificarsi dell'effetto traslativo, tanto minore è la tutela fideiussoria per l'acquirente.

Sembra che l'acquirente trovi compiuta tutela aderendo alla teoria che fa riferimento al disposto dell'art.1 lett.d) D. Lgs.122/05.

Problema ulteriore concerne la applicabilità della disciplina in esame alle ristrutturazioni Si ritiene di dover dare risposta negativa al quesito, salvo le ipotesi di cui agli artt.3, I co., lett.d) e 10, I co., lett.c) del D.P.R.380/01, ossia per le ristrutturazioni che portino ad un organismo edilizio nuovo o diverso dal precedente.

## CRISI IMPRESA

Infine, per quanto concerne l'art.1, la lett.c) dispone la applicabilità del D. Lgs122/05 alla situazione di crisi dell'impresa; tale presupposto si verifica in caso di esecuzione immobiliare sul bene oggetto del contratto, fallimento, amministrazione straordinaria, concordato preventivo, liquidazione coatta amministrativa.

Pertanto non si applica in caso di semplice inadempimento dell'alienante.

Anche in siffatto caso la normativa è lacunosa, in quanto non tiene conto della riforma del diritto fallimentare, che ha allargato la situazione di crisi dell'impresa ad ipotesi quali quella del 182 bis legge fallimentare (accordo di ristrutturazione dei debiti) ed al piano di risanamento di cui all'art.67 lett. d) legge fallimentare.

Un'altra grave lacuna concerne la mancata previsione del sequestro conservativo, destinato a convertirsi in pignoramento in caso di sentenza di condanna esecutiva a favore del creditore

Art.2 Art.3

## FIDIUZIONE

L'art.2 prevede a carico del venditore l'obbligo di consegnare, prima della stipula del contratto obbligatorio, una fideiussione finalizzata a rifondere all'acquirente le somme anticipate al costruttore prima del verificarsi del trasferimento del diritto reale.

Va precisato preliminarmente che, come spesso accade, il costo della stipula della fideiussione sarà addossato sull'acquirente, che se ne farà carico nella economia complessiva della operazione di acquisto dell'immobile.

L'art.2 rappresenta, quindi, lo strumento previsto dal legislatore per tutelare concretamente l'acquirente di immobili da costruire.

Quid iuris in mancanza? Si tratta di nullità relativa, in quanto può essere fatta valere solo dall'acquirente. Se, invece, la fideiussione è di valore inferiore alle somme riscosse e da riscuotersi, secondo parte della dottrina si versa in ipotesi di nullità del contratto, per altri si profila semplice responsabilità del venditore.

La rinuncia preventiva alla fideiussione è nulla.

Oggetto di fideiussione sono anche i corrispettivi diversi dal denaro. Il legislatore ha esteso la tutela fideiussoria anche in caso di contratto di permuta di bene presente contro bene futuro.

Si tratta di una fideiussione a prima richiesta (art.3 co. 4) ed il mancato pagamento del premio non è opponibile all'acquirente (art.3 co.5).

Presupposto della escussione della garanzia è la dichiarazione di recesso dell'acquirente ex art.3 co: la curatela, in caso di fallimento, ha la facoltà di comunicare la volontà di subentrare nel contratto preliminare. Tale facoltà è preclusa se l'acquirente comunica il recesso ed escute la fideiussione. La efficacia della fideiussione viene meno con il verificarsi dell'effetto traslativo (art.2 co 7), per cui, come detto, è fondamentale prevedere nel contratto il momento in cui tale effetto si verifica.

#### Art.4

#### POLIZZA ASSICURATIVA

L'art.4 fa obbligo al venditore costruttore di consegnare alla stipula del definitivo, una polizza che assicuri l'immobile. Si ritiene che anche tale costo sarà fatto ricadere sull'acquirente finale.

Quid iuris per il caso di mancata stipula e consegna della polizza? Non è stata prevista alcuna sanzione. La dottrina esclude la nullità, prevedendo solo una tutela risarcitoria o la facoltà per l'acquirente di rifiutare il pagamento del corrispettivo.

E' possibile rinuncia alla polizza? No, perché si tratta di norma imperativa. Per alcuni è solo possibile rinuncia posteriore al trasferimento del diritto reale sull'immobile.

#### Art.5

Si tratta di norma che individua il momento a far data dal quale la normativa in esame sarà applicata.

#### Art.6

#### CONTENUTO DEL PRELIMINARE

Norma fondamentale, perché disciplina il contenuto del contratto preliminare e dei contratti ad effetti obbligatori aventi ad oggetto immobili da costruire, contenuto che viene minuziosamente descritto dal legislatore, in ottemperanza al disposto dell'art.1337 c.c. (responsabilità precontrattuale)

Il dato normativo richiede che nel corpo del preliminare o, più in generale del contratto ad effetti obbligatori, si faccia elenco delle parti, dell'immobile, precisamente descritto con le pertinenze, delle licenze ed atti d'obbligo rilasciati dalle autorità amministrative, delle caratteristiche tecniche della costruzione e dei termini della esecuzione, del prezzo, di ogni altro corrispettivo, delle caparre e delle modalità di pagamento, della fideiussione di cui all'art.2 e delle trascrizioni ed iscrizioni pregiudizievoli, delle esistenze di imprese appaltatrici.

In sostanza si prevede una esatta e minuziosa descrizione di tutti gli elementi necessari od utili al conseguimento del futuro effetto traslativo.

Degno di nota, in materia di individuazione delle parti e dell'immobile oggetto del contratto, è il rinvio alle prescrizioni degli artt.2659 e 2826 c.c., che regolano il contenuto della nota di trascrizione e dell'atto di concessione di ipoteca

Assumono particolare rilevanza gli allegati, in quanto devono essere inseriti il capitolato portante le caratteristiche dei materiali e l'elenco delle rifiniture, nonché l'elaborato progettuale in base al quale è stato richiesto o rilasciato il permesso di costruire.

Quid iuris per la ipotesi di mancanza degli elementi di cui all'art.6? Si ritiene che non sussista nullità. Si ipotizza La responsabilità del venditore ai sensi dell'art.1337 c.c. l'unico caso di nullità, ai sensi dell'art.1418, II comma, c.c. (mancanza dei requisiti fondamentali) concerne la mancata o insufficiente indicazione del prezzo della cessione o la insufficiente descrizione dell'immobile.

#### Art.7

#### DIRITTO AL FRAZIONAMENTO DEL FINANZIAMENTO ED IPOTECA

L'art.7 contiene le modifiche apportate al testo unico in materia bancaria e creditizia, D. Lgs. 385/1993, in particolare all'art.39.

In sintesi si prevede il diritto a favore dell'acquirente al frazionamento del finanziamento e dell'ipoteca accessoria e si menzionano le modalità operative per conseguire il predetto risultato. La norma prevede un diritto alla esecuzione in forma specifica del suddetto frazionamento. Pertanto risultano concretamente applicabili gli articoli 2930 e ss c.c., che disciplinano la esecuzione forzata in forma specifica

Anche se il testo normativo non opera un esplicito riferimento, occorre che l'acquirente abbia in precedenza stipulato l'accollo del debito da finanziamento, limitatamente alla porzione di sua pertinenza dell'immobile da acquistare, come agevolmente desumibile dal contesto dell'art. 6 e dell'art. 39 T.U.B.

#### Art.8

#### DIVIETO DI STIPULA

La norma in esame dispone il divieto di stipula da parte del notaio in caso di mancato frazionamento del mutuo e dell'ipoteca.

Ovviamente il precetto si applica solo al contratto definitivo di cessione e non al preliminare. E difatti il tenore letterale della norma fa espresso riferimento alla compravendita.

Si prospettano dubbi applicativi che hanno immediatamente interessato la dottrina. Secondo alcuni la norma si applica ad ogni fattispecie traslativa. Il testo legislativo, in sostanza, sarebbe portatore di un principio più generale, applicabile anche in caso di operazioni non concernenti immobili da costruire. Secondo la migliore dottrina, invece, la norma deve essere interpretata con criterio

sistematico ed attraverso la sua contestualizzazione nel corpo del D. Lgs.122/054. Pertanto il divieto di stipula assumerebbe rilevanza solo in operazioni che prevedono la presenza di immobili da costruire.

Quali sono le conseguenze del divieto? Secondo alcuni si verserebbe in ipotesi di nullità del contratto: in realtà la sanzione appare eccessiva, in quanto l'acquirente che, per esempio, ha pagato gran parte del prezzo, potrebbe essere beneficiario solo di una tutela risarcitoria, perdendo il diritto al trasferimento della proprietà del bene o di altro diritto reale. Per la migliore dottrina si profila in via esclusiva la responsabilità del notaio e del venditore.

La norma si applica non solo agli atti pubblici di trasferimento, ma anche alle scritture private autenticate.

#### Art.9

##### PRELAZIONE

La norma prevede il diritto di prelazione a favore dell'acquirente che abbia adibito l'immobile ad abitazione principale.

Si tratta di una prelazione legale che obbliga l'acquirente a pagare il prezzo dell'incanto.

Il G. E. avvisa l'acquirente con atto notificato del prezzo di aggiudicazione ed entro dieci giorni l'acquirente notifica a mezzo di ufficiale giudiziario la propria intenzione di comprare.

L'acquirente deve restituire al fideiussore la differenza fra quanto ricevuto a seguito della escussione e quanto versato esercitando la prelazione.

In definitiva l'acquirente paga sempre il prezzo pieno (secondo le cifre contenute nel preliminare) e fideiussore beneficia della differenza.

#### Artt.10 e 11

##### ESCLUSIONE REVOCATORIA

La esclusione della azione revocatoria è disposta solo a favore di chi stabilirà nell'immobile la propria residenza o dei parenti e affini entro il terzo grado.

Non è dato comprendere la esclusione dalla esenzione del coniuge.

Dal punto di vista oggettivo la revocatoria è esclusa solo in caso di cessione a giusto prezzo da computarsi al momento della stipula del preliminare. La norma, ovviamente, si applica sia nel caso in cui l'effetto acquisitivo si verifichi attraverso il doppio negozio preliminare – definitivo che in presenza di un unico negozio con effetti obbligatori immediati ed effetti traslativi differiti (es: vendita di cosa futura).

Il comma secondo dell'art.10 dispone un principio favorevole alle banche e compagnie assicurative che si siano rese disponibili a finanziare la attività edilizia, in quanto vengono sottratti alla

revocatoria anche i premi e commissioni relativi ai contratti di fideiussione d assicurazione di cui all'art.2, 3, 4.

Le norme in esame devono essere integrate con il disposto dell'art.67 legge fallimentare che nella formulazione di cui al Decreto Competitività dispone che non sono assoggettabili a revocatoria fallimentare le vendite a giusto prezzo di immobili ad uso abitativo, si tratti di immobili da costruire o meno, purchè destinati a costituire la abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti ed affini entro il terzo grado.

Gli artt.67 l. f. e 10 D. Lgs.122/05 hanno diversa portata.

L'art.10 del D. Lgs. n.122/05 fa riferimento a trasferimento di proprietà o altri diritti reali, l'art. 67 fa riferimento alla vendita, l'art.10 fa riferimento all'impegno di stabilire la residenza entro 12 mesi dall'acquisto o dalla ultimazione, l'art.67 fa riferimento solo alla destinazione dell'immobile ad abitazione principale; l'art.10 è norma speciale rispetto all'art.67, perché fa riferimento solo ad immobili da costruire.

La revocatoria è esclusa solo dopo l'acquisto dell'immobile. Emerge un paradosso: ai fini della esclusione della ipotetica revocatoria conviene anticipare il momento dell'acquisto, perché, come detto, essa è esclusa dopo l'acquisto stesso; ai fini della tutela generale è preferibile posticipare fino al rilascio della agibilità l'effetto traslativo, perché in tal modo l'acquirente è coperto dalla polizza fideiussoria per tutte le cifre sborsate. In tal caso sarebbe opportuno anticipare il più possibile i pagamenti nella fase cd. obbligatoria, antecedente alla stipula definitiva o all'effetto traslativo.

Infine va evidenziato che l'art.67 legge fallimentare è più tuzioristico per l'acquirente perché è più generico e copre una maggior numero di fattispecie concrete.

#### Artt.12 – 18

La normativa prevede il Fondo di Solidarietà finalizzato a dare un ristoro, seppur parziale, agli acquirenti che non sono riusciti ad ottenere, in seguito alla crisi del venditore, né l'acquisto dell'immobile, né la restituzione delle somme versate.

Degno di menzione è il fatto che il Fondo ha azione di regresso nei confronti del costruttore per gli esborsi subiti a favore degli acquirenti rimasti privi del bene casa.

Si profila, dunque, una elevazione del contenzioso in sede fallimentare o di gestione della fase di crisi della impresa costruttrice.

Ai sensi dell'art.27 il contributo a favore del Fondo è sborsato dalla impresa bancaria o assicuratrice che finanzia il costruttore. I costi finali, presumibilmente, ricadranno ancora una volta sugli acquirenti finali.

Treviso, 15 febbraio 2007.

Avv. Luigi Manganiello