Premessa: il problema.

CAPITOLO I

Il codice civile e il problema della tutela dell'acquirente di immobile in costruzione.

1. **Acquisto di immobili in costruzione: uso ed abuso dello schema del contratto preliminare;**
2. **Segue: il "preliminare ad effetti anticipati".**
3. **I limiti dell'interpretazione tradizionale dell'art. 2932 c.c.**
4. **Soluzioni giurisprudenziali per la conservazione del contratto: esecuzione in forma specifica del preliminare, esatto adempimento e riduzione del prezzo.**
5. **Un primo tentativo legislativo mirato: la legge sulla trascrizione del preliminare.**
6. **L'inadeguatezza della disciplina in caso di "situazione di crisi" del costruttore.**

CAPITOLO II

L'ambito soggettivo di operatività della tutela

1. **L'acquisto dell'immobile come atto di consumo. Esclusione.**
2. **La limitazione della tutela al contraente "persona fisica" nel d.lgs. 122/05.**

3. **Il possibile concorso di discipline tra tutela del mercato e tutela del contraente debole.**
4. **La rischiosità dell'operazione come *ratio* della disciplina in esame.**
5. **La "situazione di crisi" del costruttore .**
6. **L'interesse protetto nella disciplina del d. lgs. 122/2005.**
7. **I punti di criticità del d. lgs. 122/2005 nel confronto con la normativa di tutela degli immobili da costruire in Francia e in altri paesi europei.**

CAPITOLO III

La garanzia fideiussoria: problemi e rimedi.

1. **La disciplina della garanzia fideiussoria.**
2. **Problemi interpretativi ed applicativi.**
3. **La legittimazione relativa all'azione di nullità come tecnica di protezione del contraente debole.**
4. **La nullità "speciale" come rimedio per la mancata prestazione della garanzia.**

Premessa: il problema.

Il soggetto che intenda acquistare un immobile da costruire o in corso di costruzione (c.d. acquisti "sulla carta") si trova in una posizione di particolare debolezza contrattuale. Questa consapevolezza è andata diffondendosi in dottrina e in giurisprudenza nel corso degli ultimi decenni, a causa degli eventi pregiudizievoli per il futuro acquirente nell'ambito delle diverse fasi dell'operazione.[1]

La necessità di predisporre un'adeguata tutela giuridica per chi acquisti o prometta di acquistare un immobile non ancora ultimato è emersa inizialmente in relazione alle difformità, materiali o giuridiche, dell'immobile negoziato o al ritardo nell'adempimento o all'inadempimento definitivo del costruttore. L'esperienza del reale ha rivelato che i rischi di maggiore gravità sono connessi alle ipotesi in cui il costruttore incorra in una "situazione di crisi" finanziaria, in considerazione delle modalità attraverso le quali si svolge questo tipo di contrattazione. In particolare, assume rilievo la prassi diffusa delle imprese edili di finanziare la costruzione con gli acconti anticipati dagli acquirenti; prassi che è all'origine del rischio di perdita degli acconti già versati in caso di insolvenza, inadempimento o impossibilità sopravvenuta dell'adempimento dell'obbligo di ultimazione dei lavori. Il vuoto di tutela è stato a lungo reso ancor più evidente dal fatto che, in caso di scelta da parte del curatore fallimentare di sciogliere il contratto con conseguente apprensione del bene in capo di procedura, l'acquirente non avrebbe potuto che insinuarsi al passivo per tentare di ottenere quanto pagato e rassegnarsi alla perdita della possibilità di conseguire la proprietà dell'immobile.

[1] Sin dalla fase delle trattative, questo tipo di contratti immobiliari costringeva l'acquirente alla "supina accettazione di clausole predisposte dal costruttore, clausole che, lungi dal garantire l'acquirente, in realtà tutelano il promittente la vendita sia da ogni inadempienza del futuro acquirente che, talora, dall'ingerenza di costui". Cfr. FIANDACA – ARMATI – FERRO, *Le garanzie degli acquirenti di case di abitazione nei confronti dei promotori e dei costruttori: i momenti della tutela*, in *Riv. not.*, 1976, 587.

Il problema, le cui vaste proporzioni hanno suscitato una profonda preoccupazione in dottrina e giurisprudenza, diviene particolarmente grave quando l'immobile da costruire sia destinato a casa di abitazione, poiché in questo caso il dissesto dell'impresa finisce per travolgere interessi fondamentali dell'acquirente, che può vedere vanificato il risparmio familiare impiegato nell'acquisto di un bene essenziale, nonostante il dettato costituzionale che incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme e favorisce l'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione (art. 47 Cost.).[2]

Un primo tentativo di colmare la lacuna è stato operato alla proposta di legge 589 del 22 novembre 1972, presentata dai senatori Carraro e Follieri, relativa al "contratto di vendita di porzione di edifici da costruire". Il progetto, ancorché mai tradotto in legge, ha avuto il merito di introdurre il dibattito sul tema, suscitando autorevoli contributi dottrinali[3], che auspicavano il riconoscimento al promissario acquirente, nel caso di scioglimento del contratto, di un privilegio immobiliare a tutela del credito di restituzione degli acconti eventualmente versati, oltre ad una maggior tutela nel caso di vizi dell'immobile venduto.

Mentre altri ordinamenti europei hanno predisposto specifiche discipline di tutela sin dagli anni sessanta del secolo scorso[4], in Italia si deve attendere la seconda metà degli anni novanta per registrare la legge sulla trascrizione del contratto preliminare (L. 30/1997) che, peraltro, solo in parte è risultata utile ai fini della protezione dell'acquirente di immobile da costruire e, per molti aspetti, è ancora inappagante. Si tratta, infatti, di una facoltà non di un obbligo, che nella prassi viene raramente esercitata dai contraenti poiché si

---

[2] IMPAGNATIELLO, *Aspetti processuali della tutela degli acquirenti di immobile da costruire*, in *Giusto proc. civ.*, 1, 2006: "I dissesti edili non si contano e ancor meno si contano le vittime di tali dissesti, che quasi sempre sono piccoli risparmiatori che vedono drammaticamente frustrato il sogno della prima casa e, nel contempo,volatilizzati i risparmi di una vita nella massa informe dei creditori chirografari".

[3] BIANCA, *Notazioni per una disciplina in tema di vendita di case*, in *Giur. it.*, 1974, IV, 23 ss.

[4] La vendita di immobili da costruire è disciplinata in Francia dalla L. 67-3/1967.

preferisce affrontare i rischi connessi all'acquisto che sopportare i costi della trascrizione.

Una tutela mirata e organica viene introdotta perciò solo con il d. lgs. 122 del 2005 (attuativo della legge delega 210 del 2004) in tema di tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire, che introduce l'atteso regime protettivo e che, dal punto di vista sistematico, interessa il diritto dei contratti, il diritto della crisi d'impresa e la legislazione di settore.

La principale innovazione risiede nell'obbligo in capo al costruttore di prestare una fideiussione volta a "garantire, nel caso in cui il costruttore incorra in una situazione di crisi, la restituzione delle somme e del valore di ogni altro eventuale corrispettivo effettivamente riscossi e dei relativi interessi legali maturati fino al momento in cui la predetta situazione si è verificata". L'inadempimento di tale obbligo è sanzionato con la nullità che può essere fatta valere dal solo acquirente.

Pur tutelando un contraente - persona fisica sprovvisto della forza economica e della competenza specifica proprie della controparte (costruttore-imprenditore) la normativa non è stata inclusa nel Codice del Consumo (d. lgs. 206/2005), ponendo, così, all'interprete la necessità di indagare se ed in quale misura possano ipotizzarsi analogie e differenze tra le normative e, soprattutto tra i beni da esse tutelati, e se sia possibile individuare un'area di sovrapposizione della disciplina in concreto applicabile.

E' su questo profilo in particolare che si indirizza l'indagine in corso, che mira perciò, in primo luogo, a definire l'ambito di operatività del d.lgs. 122/05, sia dal punto di vista soggettivo sia oggettivo, per verificare fino a che punto la disciplina introdotta sia esaustiva e in grado di realizzare una piena tutela degli interessi protetti.

L'analisi viene perciò condotta avendo riguardo all'incerta qualificazione soggettiva del contraente-acquirente, alla natura degli obblighi posti dalla legge, ai rimedi apprestati per sanzionarne l'inosservanza.

L'idea è quella della circolarità e continuità nel diritto dei contratti delle regole e degli strumenti di tutela dei contraenti e del mercato, identificati alla luce della *ratio* della normativa, dalla quale si evince che, al di là delle tecniche di volta in volta utilizzabili, l'acquirente di immobile da costruire appare sempre come un soggetto meritevole di tutela a causa dei rischi intrinseci all'operazione compiuta. Ne deriva che le tecniche di tutela funzionali alla protezione di questo interesse possono di volta in volta sovrapporsi o mutuarsi rispetto a quelle presenti nel codice civile o nella legislazione speciale. Un terreno di verifica di questa impostazione è quello dei rimedi predisposti dal legislatore nel d. lgs. 122/05 ed in particolare della nullità stabilità dall'art. 2, in caso di mancato rilascio della garanzia fideiussoria.

Assumere questa prospettiva, evidentemente funzionale agli interessi protetti, consente di porre in rilievo il duplice obiettivo della tutela del contraente debole e del corretto funzionamento del mercato che appaiono, in questa fattispecie, indissolubilmente legati.

CAPITOLO I

Il codice civile e il problema della tutela dell'acquirente di immobile in costruzione.

1) Acquisto di immobili in costruzione: uso ed abuso dello schema del contratto preliminare.

L'ambito della contrattazione immobiliare rappresenta da decenni, per la rilevanza degli interessi coinvolti e la varietà delle ipotesi applicative, uno dei campi che maggiormente desta l'attenzione di dottrina e giurisprudenza.

Il mercato immobiliare, dall'immediato dopoguerra in poi, ha incominciato a fondare il suo sviluppo sulla futura costruzione di immobili mediante la conclusione di contratti che obbligavano il costruttore o la cooperativa edilizia ad edificare il fabbricato ed a trasferirne la proprietà agli aspiranti acquirenti o soci della cooperativa.

Lo strumento che ha incontrato il maggior favore in questo tipo di contrattazione è, dunque, il contratto preliminare, il quale crea un vincolo tra le parti e, al contempo, consente loro di "regolarizzare qualche punto o integrare qualche presupposto del contratto che intendono stipulare".[5] A ciò si aggiunga che il lasso di tempo che intercorre tra il contratto preliminare e il definitivo può rappresentare un vantaggio per il promissario acquirente che voglia pervenire ad un'esatta conoscenza dello stato del bene.[6]

Nel settore delle vendite immobiliari è apparso utile il ricorso ad un particolare schema di contrattazione preliminare che consente di adeguare il rapporto alle reciproche esigenze degli stipulanti e di verificare l'esattezza e la conformità degli adempimenti svolti nel corso del rapporto all'assetto di interessi pattuito nel preliminare. Si tratta dei "preliminari di vendita ad effetti cc. dd. anticipati[7]", aventi ad oggetto la vendita di cosa futura, poiché

---

[5] BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da Vassalli, Torino, 1972, 120.

[6] IANNACCONE, *Sulla garanzia per i vizi del bene oggetto del preliminare di vendita*, in *Giust. civ.* 1991, II, 2753.

[7] La qualificazione del contratto preliminare ad effetti anticipati è stato oggetto di attenta analisi della dottrina. Mentre una parte di essa (RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di dir. civ. e comm.* diretto da Cicu e Messineo, Milano, 32, nota 10; BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., 133) ha aderito alla tesi prospettata dalla giurisprudenza dell'esecuzione anticipata del contratto futuro, da altri si è parlato di atipicità del contratto, focalizzando

relativi alla vendita di appartamenti "sulla carta" (edifici da costruire o in corso di costruzione).

In base a questi schemi negoziali la vicenda del rapporto si articola progressivamente in relazioni alle fasi di realizzazione del bene, in modo da:

a) correlare gli adempimenti relativi al pagamento del prezzo e alla consegna del bene all'attività di edificazione;

b) includere nella fase obbligatoria, originata dal preliminare, specifiche obbligazioni in capo al promittente venditore – costruttore relative al *facere* necessario per rendere il bene conforme alle esigenze del promissario acquirente.[8]

Si può a questo proposito affermare che precise esigenze degli stipulanti abbiano indotto alla scansione in due fasi dell'attività necessaria per l'acquisto di un bene: la fase obbligatoria, che precede al trasferimento del diritto e che è il contesto in cui hanno luogo il pagamento del prezzo (di solito rateizzato) e la consegna anticipata del bene e la fase finale attuativa dell'effetto traslativo. Questa scansione risponde all'interesse del promissario acquirente a fruire di un immediato godimento del bene a fronte di un pagamento rateizzato e a quello del promittente venditore di rimanere proprietario del bene a garanzia del pagamento del prezzo.

Appare evidente come tale configurazione dell'attività negoziale relativa al contratto preliminare si ponga, almeno a prima vista, in contrasto con il principio consensualistico, introdotto nel codice previgente sul modello del *Code Napoleon*, che postulava l'identità tra promessa di vendita e vendita

---

l'attenzione sulla c.d. promessa di vendita la quale – come negozio atipico e non come contratto preliminare – fungerebbe da fonte sia dell'obbligo di immettere la controparte nel possesso sia di quello di pagare il prezzo, funzioni che non potrebbero essere assunte dal preliminare, in quanto il contratto preliminare non potrebbe produrre un effetto diverso dall'obbligo di concludere il definitivo. A ciò si è obiettato che il contratto preliminare si configura come impegno contrattuale che implica l'obbligo delle prestazioni finali di cui costituisce il titolo provvisorio (BIANCA, *op. cit*., 134, nota 6,: "l'anticipata consegna del bene o il versamento anticipato del prezzo costituiscono un anticipato adempimento di prestazioni finali alle quali, ripetiamo, il promittente è già obbligato in quanto abbia assunto l'impegno di vendere o comprare").

[8] DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, in *Giust. sist. Bigiavi. I contratti in generale* diretta da Alpa e Bessone. Torino. Aggiornamento 1991 – 1998, 1819.

traslativa quando vi fosse consenso sia sull'oggetto sia sul prezzo[9]. Successivamente all'entrata in vigore del nuovo codice sembra prevalere tra le opinioni della dottrina[10] un criterio distintivo rinvenuto in ciò che il preliminare, al contrario del definitivo, avendo ad oggetto la prestazione di un consenso, necessiterebbe di una successiva manifestazione di volontà, subordinando a quest'ultima la produzione degli effetti tipici della vendita (effetto traslativo, obblighi delle parti, garanzie). È stata, tuttavia, la prassi negoziale ad imporre alla giurisprudenza - mediante l'utilizzo del contratto preliminare con anticipazione delle prestazioni (consegna del bene contro parziale o totale pagamento del prezzo) - di individuare l'elemento distintivo nel momento traslativo o costitutivo del diritto reale.[11] L'applicazione del meccanismo dell'esecuzione anticipata ha consentito, invero, di evitare una deroga formale al principio del consenso traslativo, nella vigenza del quale si attribuiva autonoma rilevanza ad un particolare impiego del contratto preliminare, concepito cioè come accordo che – esprimendo già il contenuto dell'intera operazione economica racchiusa nella vendita – attuava, sul piano esecutivo, la scissione tra effetti obbligatori ed effetto reale.[12]

---

[9] Cfr. sul punto VECCHI, *Il principio consensualistico,* Torino, 1999, p. 39 ss., il quale osserva che: "Il codice italiano del 1865, pur accogliendo come si è visto l'impostazione con sensualistica, non riprese la norma dell'art. 1589 *Code Civil,* e sembrava pertanto lasciare spazio a forme negoziali che dessero luogo al solo obbligo di trasferire. In realtà, però, la discussione più che sull'obbligazione di dare e sulla sua ammissibilità, la quale si traduce nella determinazione dei limiti della libertà negoziale in ordine al contenuto del contratto, si concentrò invece sulla problematica del contratto preliminare, la quale, se pure presenta indubbiamente stretti punti di contatto, non foss'altro perché anch'esso consente di scindere nuovamente la vicenda obbligatoria da quella reale, venne affrontata con riguardo ad aspetti diversi. Se infatti attualmente si vede sovente nel contratto preliminare di vendita una figura assai vicina alla vendita obbligatoria in senso proprio, sotto il codice del 1865, ed ancora a lungo dopo l'entrata in vigore di quello del 1942 la discussione aveva ad oggetto il contratto preliminare come figura generale, idonea cioè a dar luogo all'obbligo di stipulare un contratto definitivo causale, indipendentemente dal tipo cui questo debba corrispondere(…..)" .

[10] Per i primi approfondimenti italiani sul contratto preliminare come contratto autonomo e cioè enucleato dalla fase delle trattative ed introdotto nell'ambito contrattuale, cfr. COVIELLO, *Dei contratti preliminari nel diritto vivente italiano*, Milano, 1896.

[11] Così IANNACCONE, *Sulla garanzia per i vizi*, cit. 2755.

[12] Cfr. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, cit. 1818.

In base a questa impostazione, il contratto preliminare, ancorché definito dalla giurisprudenza[13] come fonte di obbligo a contrarre, andava profilandosi in realtà come quell'accordo che obbliga immediatamente al pagamento del prezzo e/o alla consegna del bene, rinviando al definitivo di vendita il verificarsi dell'effetto traslativo[14].

Nella fattispecie oggetto della presente indagine, cioè la contrattazione preliminare relativa ad immobili da costruire, questo fenomeno si traduce nella stipulazione di un contratto preliminare di vendita, alla quale si accompagna il versamento a titolo di acconto di una parte del prezzo e la previsione di una serie di anticipi successivi durante l'avanzamento dei lavori fino al saldo della conclusione del contratto definitivo.[15] Pertanto, nel preliminare viene ad introdursi quel regolamento di interessi che di solito consegue alla conclusione del definitivo, poiché già nel preliminare si può disporre l'anticipato pagamento del prezzo (con il quale il promittente – costruttore generalmente finanzia la costruzione del bene) e perfino, quando possibile, l'immissione del promissario acquirente nel godimento dell'immobile.[16]

Alla luce di quanto appena affermato, non vi è dubbio che il mondo degli affari abbia prepotentemente determinato un'accelerazione sul terreno dell'interpretazione di istituti giuridici tradizionali che, declinati in forme diverse, fanno sorgere profili di ricerca in relazione a nuove esigenze di tutela. Di qui la necessità di approntare un'adeguata tutela al promissario acquirente di preliminari ad effetti anticipati, che si avverte in special modo rispetto ad eventuali vizi o difformità del bene oggetto della prestazione.

---

[13] Cass. 18 novembre 1974, n. 3696, in *Giust. civ. Rep.*, 1974, voce *Obbligazioni e contratti*, 116; Cass. 25 marzo 1972 n. 934, in *Giust. civ. Rep.*, 1972, voce *Obbligazioni e contratti*, 128; Cass. 4 marzo 1969, n. 692, in *Giust. civ.*, 1969, I, 1748.

[14] Ancora, v. VECCHI, *op. cit.,* p. 40 ss.

[15] Cfr. CABELLA PISU, *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali*, Milano, 1983, 178.

[16] Così E. GABRIELLI, *Il "preliminare ad effetti anticipati" e la tutela del promissario acquirente*, in *Riv. dir. comm.*, 1986, I, 314.

Precisamente, il tema è l'individuazione di strumenti giuridici in grado di recepire il mutare dell'assetto economico ed il corrispondente interesse perseguito dalle parti nelle more tra la stipula del preliminare e il definitivo. Ciò vale a maggior ragione se si qualifica il preliminare come strumento per il controllo delle sopravvenienze[17], volto a valutare l'idoneità dell'oggetto rispetto alla natura dell'affare e all'interesse dei contraenti a realizzare la funzione di scambio.[18]

2) Segue: IL CONTRATTO PRELIMINARE AD EFFETTI ANTICIPATI.

Ulteriore passo è la valorizzazione anche da parte della giurisprudenza del preliminare ad effetti anticipati che, come si è detto, verrebbe a configurare una sequenza procedimentale assimilabile ad una vendita obbligatoria a efficacia traslativa differita[19], che però non subordina la produzione dell'effetto traslativo ad un evento esterno al regolamento negoziale (ad esempio l'individuazione) ma alla conclusione di un negozio traslativo *causa solvendi*, cioè con una causa relativa all'adempimento dell'obbligo scaturito dal preliminare.[20] In questa prospettiva, il preliminare anticipa gli effetti obbligatori della vendita ed il definitivo è un negozio traslativo avente causa esterna. Secondo alcuni[21], come si è detto, riemergerebbe così la contrapposizione tra *titulus* e *modus adquirendi*, in netto contrasto col richiamato principio consensualistico.

La tendenza della giurisprudenza è stata dunque quella di parificare preliminare e definitivo di compravendita di fronte a vizi e difformità della cosa compromessa o venduta.[22].

---

[17] G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, 152: "la funzione di controllo delle sopravvenienze riconosciuta al definitivo attua una forma di cautela suggerita dall'incertezza circa il perdurare degli attuali presupposti del regolamento di interessi".
[18] ID., *Il contratto preliminare*, cit. 322.
[19] BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., 147.
[20] Cfr. GAZZONI, *Babbo Natale e l'obbligo di dare*, in *Giust. civ.*, 1991, I, 2899 ss.
[21] DE CRISTOFARO, cit., 843.
[22] Cfr. MONTESANO, *La sentenza ex art. 2932 c.c. come accertamento costitutivo dell'equivalenza tra contratto preliminare e contratto definitivo ad effetti differiti?* In *Rass.*

Sennonché, considerando le posizioni innovative della giurisprudenza dovrebbe concludersi che in ogni preliminare è da ravvisarsi un definitivo a effetti parzialmente differiti, poiché qualsiasi preliminare è idoneo a produrre l'effetto obbligatorio della responsabilità del promittente alienante per l'irregolarità dell'attribuzione traslativa.

In tal modo, il preliminare di vendita ad effetti anticipati verrebbe assorbito dal preliminare puro, a sua volta parificato in punto di tutela alla vendita, finendo col perdere di identità.[23] Ciò ha indotto la dottrina a cercare di individuare criteri distintivi tra le diverse forme di contrattazione preliminare. Secondo una linea di pensiero i contratti preliminari ad effetti anticipati sarebbero negozi "configurativi" [24], che avrebbero la funzione di determinare la causa di futuri contegni provenienti dalle parti. Altra opinione[25], soffermandosi sulla tecnica procedimentale – la quale sarebbe caratterizzata dal graduale intensificarsi del vincolo, che dalla forma promissoria giunge ad una fisionomia "quasi definitiva" - concepisce il contratto come strumento diretto al controllo della convenienza economica dell'affare, al controllo delle sopravvenienze, al controllo della conformità del bene a quanto promesso.

Altra dottrina si attesta, invece, sulla definizione di definitivo "condizionato o ad efficacia parzialmente differita"[26], sulla base del rilievo che il contratto preliminare ad esecuzione anticipata si allontanerebbe dal paradigma del *pactum de contahendo* e si avvicenerebbe alla vendita obbligatoria tedesca e inglese[27], in base all'asserita inconciliabilità tra l'obbligo di prestare il consenso definitivo e le obbligazioni relative all'esecuzione delle prestazioni finali. Occorre, poi, dar conto della nettezza

---

dir. civ., 1987, 239 ss.

[23] Cfr. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, cit., 1823.

[24] SPECIALE, *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, Milano, 1990; PALERMO, *Il contratto preliminare*, Padova, 1991.

[25] DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati. Promesse di vendita, preliminare per persona da nominare e in favori di terzi*, cit., 125.

[26] MONTESANO, voce *Obbligo a contrarre,* in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 511.

[27] CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, 95 e ss.

dell'opinione che definisce tali accordi un "abuso del contratto preliminare"[28], argomentando che la stessa formula del preliminare ad effetti anticipati costituirebbe una contraddizione logica; a questa tesi fa da contraltare quella che evidenzia l'atipicità di questi contratti che si pongono quali fonti dell'obbligazione di pagamento del prezzo e/o di consegna del bene, senza considerarli definitivi, in quanto destinati all'integrazione con un negozio traslativo avente causa esterna.[29]

Tuttavia, sembra doversi comprendere la difficoltà della giurisprudenza nell'inquadrare la fattispecie in parola, soprattutto in relazione a quei preliminari aventi ad oggetto edifici da costruire ad opera del promittente venditore, specie quando nel contratto non sia previsto alcun previsto alcun obbligo di fare, né l'esecuzione di altre prestazioni sostanziali prima della conclusione del definitivo: in questi casi può non essere agevole stabilire se si tratti di preliminari puri o complessi.[30]

Ciò che rileva è, invece, che la contrattazione preliminare ad effetti anticipati è divenuta la forma paradigmatica della vendita immobiliare, presentandosi come tecnica che consente di adeguare "la forma giuridica alle esigenze di un rapporto in evoluzione".[31]

Nonostante ciò – ed anzi – proprio per l'attitudine di tali contratti a conformarsi alle concrete esigenze degli stipulanti comporta una flessibilità, nelle modulazioni dell'assetto di interesse, tale da non consentire un sistema di tutela omogeneo. Esigenza, questa, che ancora si avverte e che diviene ancora più urgente alla luce della molteplicità di soluzioni e di problemi ancora aperti[32].

---

[28] CASTRONOVO, *La contrattazione immobiliare abitativa*, in *Jus*, 1986, 29.
[29] LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, Milano, 1995, 4.
[30] LIPARI, op. cit., 568.
[31] DE MATTEIS, op. ult. cit., 51.
[32] ROPPO, *I "nuovi" contratti fra autonomia privata e interventi del legislatore. Note minime* in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, 3. auspica la predisposizione di un'adeguata disciplina di tipo "orizzontale", relativa ad ogni specie di contrattazione (con riguardo essenzialmente ad una efficace normativa sulle condizioni generali di contratto) affiancata a puntuali discipline "verticali", per singoli settori.

3) I LIMITI DELL'INTERPRETAZIONE TRADIZIONALE DELL'ART. 2932 C.C.

A fronte della scarsa disciplina legislativa esistente in materia, l'evoluzione degli strumenti di tutela apprestati ai promissari acquirenti si deve, come si è detto, in larga misura all'opera dei giudici.

L'orientamento tradizionale ha assicurato per molto tempo al costruttore una posizione di indubbio vantaggio[33], ostando ad una più ampia tutela del promissario acquirente due principi consolidati in giurisprudenza.

Si riteneva, in primo luogo, inapplicabile al preliminare la disciplina tipica della vendita in tema di garanzie della cosa oggetto della promessa. In tal senso si affermava che la disciplina dettata per i vizi della cosa, riguardando un bene non ancora venduto, incide sul diritto del promissario acquirente ad acquistare quel bene e lo legittima a chiedere unicamente la risoluzione del contratto preliminare per inadempimento del promittente, insieme al risarcimento del danno. Il secondo ostacolo era rappresentato dall'interpretazione dell'art. 2932 c.c., che prevede l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto tramite l'emanazione di una sentenza costitutiva che produca gli stessi effetti del contratto non concluso. Infatti**,** dall'art. 2932 c.c. si è desunto il principio dell'intangibilità del contratto preliminare, in forza del quale il giudice, nell'emettere la sentenza costitutiva che tiene luogo del contratto definitivo non concluso, dovrebbe riprodurre il medesimo assetto di interessi previsto e voluto dalle parti, senza possibilità di apportare modifiche alle condizioni negoziali originariamente pattuite. Ciò comportava che il promissario acquirente, destinatario della consegna anticipata del bene, non potesse, in sede di esecuzione ex art. 2932 c.c., ottenere il trasferimento a prezzo ridotto del bene promesso – anche quando eventualmente viziato - né pretendere l'esatto adempimento[34],

[33] SPECIALE, *Contratti preliminari ed intese precontrattuali*, Milano, 1990, 2, parla di "soddisfazione del bisogno di tutela di colui che figura quale promissario del trasferimento di un bene e che sarà la parte economicamente più debole in uno schema di vendite preliminari di edifici in corso di costruzione, che annovera tra i promettenti (la vendita) il sistema delle imprese".

[34] Cass., 30 dicembre 1968, n. 4081, in *Foro it.,* 1969, I, 1203.

negandosi l'applicabilità al contratto preliminare delle norme relative alla compravendita.

Tale impostazione era essenzialmente connessa al principio di intangibilità, che postula l'immodificabilità dell'assetto di interessi programmato dalle parti al momento della stipula dell'accordo preliminare. Si riteneva, cioè, che la condanna del promittente alienante all'eliminazione dei vizi o alla sostituzione del bene avrebbe comportato un'alterazione del quadro negoziale delineato dalle parti[35]. Infatti, l'orientamento tradizionale[36] limitava il contenuto precettivo del contratto preliminare all'obbligo di concludere il contratto definitivo, cioè ad un *facere*. Pertanto, avendo il preliminare come unico effetto l'obbligazione di prestare il consenso al contratto definitivo, l'inadempimento andava valutato non in relazione agli obblighi sostanziali discendenti dalla compravendita ma con riferimento alla mancanza di quel consenso, che è la forma di inadempimento prevista dall'art. 2932 c.c[37]. Secondo questa tesi, la sentenza emanata ex art. 2932 c.c. andava qualificata come mera esecuzione dell'obbligo di contrarre e non poteva in alcun modo inerire al regolamento di interessi.

Pertanto, nelle ipotesi di beni promessi in vendita viziati, il promissario acquirente si trovava di fronte ad una scelta comunque insoddisfacente, potendo egli o stipulare il contratto definitivo allo stesso prezzo pattuito per il trasferimento dell'immobile gravato da imperfezioni[38] ovvero risolvere il contratto in base alla disciplina generale dettata dall'art. 1453 c.c[39], ferma

[35] Trib. Torino, 7 aprile 1975, in *Giust. civ.*, 1976, I, 150, con nota di CANTILLO.

[36] MESSINEO, *Contratto preliminare*, in *Enc. dir.*,X, Milano, 1962; SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale,* in *Commentario del codice civile* a cura di SCIALOJA e BRANCA, Libro IV,(art. 1321 – 1352), Roma – Bologna 1970.

[37] Cfr. RASCIO, *Il contratto preliminare*, Napoli, 1967, 21 ss.

[38] ALABISIO, *Il contratto preliminare*, Milano, 1966, 137: "l'acquirente ha il potere di non comprare più la cosa promessa, non anche quello di obbligare il venditore ad accettarsi un prezzo diverso anche se più equo, in relazione alla cosa venduta. Se non la vuole risolva il preliminare, se la vuole paghi il prezzo pattuito".

[39] Cfr. CANTILLO, nota a Trib. Torino, 7 aprile 1975, in *Giust. civ.,* cit.: "Individuato il comportamento dovuto nella prestazione del consenso, non si può dire che essa divenga impossibile quando la cosa promessa sia perita o non sia nella disponibilità del promittente, che ad es. l'abbia alienata a terzi: la prestazione del consenso rimane possibile e in conseguenza non v'è inadempimento del preliminare, siccome altro non incombe al promittente"; per una posizione risalente v. Cass., 11 gennaio 1955, n. 17 in *Giust. civ.*, 1955,

restando la possibilità accordatagli di rifiutare legittimamente di stipulare il definitivo[40] .

Questa secca alternativa consentiva al promissario acquirente di avvalersi dei soli rimedi di segno negativo o sanzionatorio[41], privandolo di rimedi di segno positivo o satisfattivo, volti a conservare il contratto, adattandolo alla accertata nuova situazione, in quanto ritenuti espressione di un'inammissibile terza via.[42]

Ciò ha indubbiamente e per lungo tempo costituito un vantaggio per il promittente venditore, che poteva sottrarsi senza difficoltà agli obblighi assunti, corredando il bene promesso in vendita di difetti tali da orientare la scelta del promissario acquirente nel senso della risoluzione del contratto, in special modo se – in base ad un mero calcolo speculativo – il promittente alienante avesse preferito esporsi alla risoluzione (e al risarcimento dei danni) piuttosto che portare l'opera a compimento, profittando dell'assoluta diseconomicità dell'alternativa rappresentata dalla domanda di sentenza costitutiva a parità di condizioni rispetto a quanto previsto nel preliminare.[43]

La posizione del promissario acquirente poteva, poi, risultare maggiormente aggravata nei casi – frequenti – in cui questi avesse avuto interesse a divenire proprietario dell'immobile nonostante la presenza di difetti; il promissario, infatti, finiva per sopportare gran parte dei rischi dell'operazione economica, dato che gli veniva negata l'esperibilità dell'*actio quanti minoris* anche dopo la conclusione del definitivo o dopo

I, 670: "le cause che danno diritto alla risoluzione di un contratto definitivo di compravendita consentono anche di ottenere la risoluzione del contratto preliminare".

[40] RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di diritto di civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1962, 40: "E' legittimo il rifiuto a stipulare il definitivo da parte del promissario acquirente ogni qual volta ricorra una causa che, di fronte ad una vendita definitiva ormai stipulata, darebbe diritto alla risoluzione di essa per inadempimento del venditore o semplicemente a sospendere il pagamento del prezzo con l'eccezione d'inadempimento e con relativo pieno risarcimento del danno".

[41] LEO, *Contratto preliminare di vendita e tutela del promissario acquirente* (nota a Cass. 27 febbraio 1985 n. 1720), in *Rass. dir. civ.*, 1986, 752.

[42] Così LIPARI, *Preliminare di vendita, vizi della cosa e tutela del promissario acquirente*, in *Giust. civ.*, 1994, II, 512.

[43] DE CRISTOFARO, *Preliminare e definitivo di fronte alla garanzia per vizi: una (ancora) apprezzabile differenziazione?,* nota a Cass. 24 novembre 1994, n. 9991, in *Corr. giur.*, 7, 1995, 842, nota 7.

l'emanazione della sentenza *ex* art. 2932 c.c. per intervenuta decadenza dell'onere di denuncia dei vizi, poiché essendosi i vizi già manifestati prima di quella data , non potevano ormai considerarsi occulti.[44]

Allo stesso modo, in forza dell'interpretazione tradizionale dell'art. 2932 c.c. , risultava gravosa la posizione del promissario acquirente nelle ipotesi di inadempimento del promittente anche all'obbligo di stipulare il definitivo: per conseguire la pronuncia *ex* art. 2932 c.c., l'acquirente era comunque tenuto ad offrire o ad eseguire la propria prestazione pecuniaria nella misura determinata dal preliminare, per poi agire – eventualmente – per la riduzione del prezzo e la ripetizione delle somme pagate.[45] Inoltre, si escludeva la cumulabilità tra la domanda di esecuzione in forma specifica e quella di riduzione del prezzo, accordando l'esperibilità delle azioni estimatorie solo al compratore in via definitiva, costringendo così l'acquirente a proporre due distinte e successive domande in altrettanti processi.

Ne derivava l'impossibilità per l'acquirente di avvalersi di qualsiasi forma di protezione fondata sul sistema delle garanzie speciali della vendita[46], il che, a ben vedere, appare, al contrario, necessario soprattutto nei casi di preliminari ad esecuzione immediata delle prestazioni finali, poiché in tali casi è proprio il mutamento della situazione di fatto determinata dall'anticipata consegna della cosa ad esigere altri e più incisivi strumenti di tutela volti a riequilibrare le prestazioni.[47]

---

[44] Cfr. E. GABRIELLI, *Il "preliminare ad effetti anticipati"*, cit., 318.
[45] LIPARI, *Preliminare di vendita*, cit., 514.
[46] ID, 515: "Restava, infatti, ferma in tutta la sua evidenza, l'anomalia di una vicenda contrattuale destinata a realizzare, in ultima analisi, il programmato risultato economico-giuridico dello scambio che contraddistingue la vendita ma caratterizzata dalla circostanza che l'acquirente non potrebbe avvalersi mai, in nessuna delle due fasi in cui si articola la sequenza negoziale preliminare – definitivo, dei particolari strumenti di tutela previsti per la vendita ordinaria, conclusa in via immediatamente definitiva".
[47] Cfr. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati. Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e in favore di terzi*, Padova, 1991, 82: " è sufficiente in tal caso il richiamo all'ipotesi in cui il futuro acquirente avesse intrapreso, sulla base dell'aspettativa di acquisto, un'utilizzazione non provvisoria del bene, per avere, ad esempio, trasferito nell'appartamento consegnatogli la propria abitazione o il proprio studio professionale".

3) SOLUZIONI GIURISPRUDENZIALI PER LA CONSERVAZIONE DEL CONTRATTO: ESECUZIONE IN FORMA SPECIFICA DEL PRELIMINARE, ESATTO ADEMPIMENTO E RIDUZIONE DEL PREZZO.

Un diverso indirizzo è quello della Suprema Corte n. 4478 del 1976[48], che ammetteva, in relazione ad un preliminare di vendita di appartamento con espressa pattuizione di consegna anticipata rispetto alla stipula del contratto definitivo, l'applicabilità dell'azione di esatto adempimento.

L'*iter* argomentativo della sentenza è interessante innanzitutto perché si fa carico di ricostruire i tratti caratterizzanti la figura del preliminare ad esecuzione anticipata, denominato per la prima la prima volta contratto preliminare complesso e di distinguerlo dal contratto preliminare puro.

La Cassazione assume come presupposto di questa decisione la pluralità delle obbligazioni assunte dal promittente e scaturenti dal medesimo titolo[49] (obbligo di fare connesso allo stato della cosa e consegna anticipata del bene). A questo proposito viene introdotta la distinzione tra preliminare puro, la cui essenza consiste nel prestare il consenso per la stipula del definitivo e preliminare complesso, nel quale - all'obbligazione fondamentale - si accompagnerebbero prestazioni di varia natura, tra le quali non integrerebbero una modifica del contratto preliminare l'approntamento del bene con particolari caratteristiche e modalità e le richieste relative alla mancata osservanza delle obbligazioni ulteriori da parte del promittente. In quest'ultimo caso, già al momento della consegna della cosa, il promissario acquirente, ove riscontri difformità, può azionare i rimedi ordinari contro l'inadempimento, secondo un meccanismo di tutela

[48] Cass., 26 novembre 1976, n. 4478, in *Foro it.* , 1977, I, 669.

[49] In motivazione si legge che "l'anticipazione della consegna, come l'anticipato pagamento del prezzo, entra a far parte integrante del preliminare, costituendo un'obbligazione aggiuntiva che ha un suo titolo diverso da quello (definitivo) di vendita". Non a caso si opera la precisazione in tema di identità del titolo, poiché l'orientamento fino ad allora prevalente riteneva che "il versamento effettuato a titolo di acconto sul prezzo, in occasione della stipula di un preliminare, costituisce anticipata parziale esecuzione di una delle obbligazioni nascenti dal futuro contratto" (Cass., 30 dicembre 1968, n. 4090, in *Giur. it.*, 1969, I, 1, 166)

rapportato alle specifiche obbligazioni scaturenti dal preliminare[50]. Il promissario acquirente può chiedere, ai sensi dell'art. 1453 c.c., la condanna del promittente venditore all'esatto adempimento dell'obbligo di consegna ovvero la risoluzione del contratto, salvo in ogni caso il risarcimento del danno, senza interferire sulla possibilità di applicazione dell'art. 2932 c.c., che può essere invocato soltanto quando sia maturato il diritto alla stipula del definitivo.

Nel caso di preliminare puro, invece, il fatto che dopo la sua conclusione si scopra che il bene non abbia le caratteristiche pattuite legittima il ricorso agli strumenti di tutela solo in caso di inadempimento del promittente venditore alla stipula del definitivo.

La consegna anticipata del bene viene, perciò, interpretata quale trasferimento del godimento costituente l'esecuzione di un'obbligazione aggiuntiva assunta dai contraenti, che diviene parte integrante del contenuto del preliminare; ne deriva che l'esatto adempimento appare relativo all'obbligo assunto in sede di contrattazione preliminare di consegnare la cosa secondo caratteristiche pattuite. Infatti, ritiene la Corte che il contenuto dell'obbligo (scaturente dal preliminare) di concludere la vendita definitiva non si esaurisce nella prestazione formale del consenso ma implica l'impegno sostanziale al trasferimento di un determinato bene avente le caratteristiche pattuite nel preliminare e cioè implica l'impegno ad assicurare un risultato finale conforme a quanto stabilito nel preliminare.[51]

Pertanto, l'inadempimento di un'obbligazione dal contenuto così ampio deve ritenersi sussistente non solo in caso di rifiuto a concludere il definitivo

[50] Così TIMPANO, *Principio di intangibilità del preliminare e tutela del promissario acquirente,* nota a Cass. 29 maggio 1999, n. 5228, in *I contratti*, 3/2000, 234.

[51] Nella motivazione della sentenza si ribadisce il principio che avuto riguardo all'eventuale obbligazione accessoria, consistente nell'obbligo gravante sul promittente di consegnare anticipatamente il bene oppure in un altro obbligo di fare, collegato allo stato della cosa contenuta nel preliminare, posta in posizione ulteriore rispetto all'obbligazione principale, che consiste nell'obbligo di prestare il consenso per la conclusone del definitivo deve configurarsi la tutela *ex* artt. 1490 e 1492 c.c. prevista per il contratto definitivo di vendita, sottolineando, al medesimo tempo, che non sussiste alcuna valida ragione per negare, accanto a quel tipo di tutela quella ordinaria, con l'esercizio dell'azione di esatto adempimento anche in sede di tutela *ex* art. 2932 c.c

ma anche quando il bene risulti difforme dalle pattuizioni, poiché non si realizza la produzione degli effetti finali promessi[52].

A fronte di questa situazione, il promissario acquirente può chiedere, in alternativa alla risoluzione del contratto per inadempimento, l'esatto adempimento ossia l'eliminazione dei vizi a spese del promittente alienante; tale domanda veniva ritenuta dalla Corte compatibile con la domanda di pronuncia traslativa ex art. 2932 c.c.

L'orientamento inaugurato dalla citata pronuncia della Cassazione muove dall'esigenza di accordare al promissario acquirente una tutela di maggiore momento mediante l'applicazione analogica della disciplina relativa alla vendita o ricorrendo alle regole generali in tema di inadempimento, in modo da consentire l'esperibilità non solo di rimedi negativi (risoluzione del preliminare, rifiuto legittimo di stipulare il definitivo) ma anche di rimedi di segno positivo (esatto adempimento e riduzione del prezzo, appunto). Ciò al fine di realizzare il riequilibrio delle prestazioni contrattuali e di evitare che l'interesse del promissario acquirente alla conservazione degli impegni assunti possa essere eluso da fatti ascrivibili al promittente venditore.

Alla pronuncia della Corte vanno ascritti senza dubbio due meriti: sul piano teorico, l'aver configurato e concettualizzato la natura giuridica del preliminare complesso e, sul piano pratico, l'aver riconosciuto all'aspirante acquirente una forma "positiva" di tutela che, riequilibrando il sinallagma, consente di tenere in vita il negozio[53].

Tuttavia, non è mancato chi ha mosso ad essa rilievi critici[54], contestando, nell'economia della decisione, il ruolo determinante assegnato al solo aspetto del trasferimento del godimento della cosa ed evidenziando come il

---

[52] Nella stessa prospettiva BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., 148, il quale osserva che "se il soggetto non è in grado di compiere esattamente la prestazione traslativa per il tempo della vendita, la fattispecie di inadempimento deve ritenersi presente ancor prima della stipulazione di tale contratto. La fattispecie di inadempimento deve ritenersi presente, in particolare, quando il bene risulti gravato da oneri o vincoli non rimovibili prima della conclusione della vendita".

[53] IANNACCONE, *Sulla garanzia per i vizi*, cit., 2757.

[54] V. LIPARI, cit., 519.

profilo più significativo del regolamento contrattuale consistesse nella circostanza che il promittente venditore – costruttore aveva assunto e non adempiuto un'obbligazione specifica di procedere a determinati lavori idonei ad assicurare la conformità del bene a determinate caratteristiche quantitative. Secondo tale tesi critica, l'azione di esatto adempimento sembrerebbe volta più alla tutela di questa determinata prestazione che non all'obbligo di consegnare e far godere il bene al promissario. Inoltre, si è obiettato che una tutela incentrata sul tema del trasferimento del godimento sarebbe circoscritta, sul piano temporale, al solo rapporto di godimento "intermedio", rendendola inoperante durante il rapporto definitivo, quando i vizi della cosa potrebbero assumere rilievo solo in quanto incidenti sull'effetto traslativo. Ne deriverebbe la possibilità per il promissario di esercitare l'azione di esatto adempimento solo nella fase precedente la costituzione del rapporto definitivo, al fine di tutelare il proprio diritto di godimento, senza poterlo fare nella fase successiva, in cui si producono gli effetti definitivi della vendita.[55]

Nonostante questi rilievi critici, quanto stabilito nel 1976 è andato consolidandosi con successive pronunce della Corte[56] e veniva ulteriormente sviluppato nel 1980[57] in occasione di un'altra pronuncia. In questa vicenda, di fronte all'inesatto adempimento del promittente venditore nell'approntare il bene secondo precise modalità e rifiniture, la Cassazione riconosceva al promissario acquirente non solo la possibilità di esercitare l'azione di esatto

[55] Cfr. Cass. 6 novembre 1987, n. 8220, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, 760, in un caso di immobile consegnato senza la licenza di abitabilità stabiliva che "il promissario può, come qualsiasi creditore, pretendere l'esatto adempimento di quell'autonoma obbligazione di consegna o chiedere, in caso di inesatto adempimento, la risoluzione del contratto, senza potersi avvalere della disciplina relativa alla garanzia per vizi della cosa venduta".

[56] Cass., 5 agosto 1977, n. 3650, in *Foro it.*, 1977, I, 2642; Cass. 9 aprile 1980 n. 2268, in *Giust. civ. Mass.* 1980: "allorché in sede di preliminare il promittente venditore si obbliga a consegnare il bene in un momento ulteriore rispetto alla stipula del definitivo, egli assume l'obbligo di adempiere esattamente la propria prestazione e quindi di consegnare un bene esente da irregolarità materiali o giuridiche; ne consegue che il promittente compratore, se non può avvalersi della garanzia per vizi della cosa venduta ben può, come qualsiasi creditore, pretendere l'esatto adempimento e, quindi, in difetto, può non solo chiedere la risoluzione per inadempimento ma altresì chiedere l'eliminazione delle irregolarità che inficiano il bene consegnatogli".

[57] Cass. 23 aprile 1980, n. 2679 in *Foro it*., 1981, I, 1770, con nota di LONERO.

adempimento chiedendo la condanna del promittente all'eliminazione dei vizi e delle difformità del bene ma anche la possibilità di riequilibrare le prestazioni mediante la richiesta di riduzione del prezzo; a ciò si aggiungeva il riconoscimento dell'ammissibilità di dette azioni contestualmente a quella di esecuzione specifica del preliminare[58].

Questa pronuncia adotta un punto di vista parzialmente diverso, impostando la questione non tanto sull'estensibilità o meno dell'azione estimatoria al preliminare, quanto piuttosto sulla *ratio* stessa che sottende al preliminare: i giudici, infatti, muovono dal rilievo che le parti, stipulando il preliminare, non intendono produrre l'effetto traslativo[59] ma subordinano il successivo consenso che lo determina (anche) ad una verifica dell'oggetto del contratto. In caso di difformità, il problema si pone rispetto all'art. 2932 c.c., in ordine alla corrispondenza tra pronuncia costitutiva e regolamento contrattuale preliminare. La Cassazione rileva in proposito come una concezione della sentenza costitutiva come specchio fedele delle previsioni negoziali dedotte nel preliminare ridurrebbe il giudice ad un'opera di meccanica trasposizione delle clausole contenute nel preliminare, senza la minima attenzione all'effettiva volontà delle parti in ordine all'esatta identificazione del bene.[60] Nella prospettiva adottata dalla Corte, altro è intendere la regola generale della corrispondenza tra sentenza costitutiva e preliminare nel senso di negare al giudice – in sede di esecuzione in forma specifica – il potere di surrogarsi alla parte inadempiente, perfezionando il rapporto definitivo; altro è, invece, prendere atto della situazione di oggettivo squilibrio tra le prestazioni venuta a maturare durante il c.d. rapporto intermedio, la quale si pone essa stessa in contrasto con l'assetto di

[58] Nello stesso senso, cfr. Cass. 16 dicembre 1981 n. 6671 in *Giust. civ. Mass.* 1981; Cass. 7 agosto 1982 n. 4442 , in *Giust. civ. Mass.* 1982; Cass. 11 maggio 1983, n. 3263, in *Giur. it.* 1983, I, 1, 1366.

[59] Di diverso avviso quella dottrina che sostiene che i preliminari complessi si pongono in realtà come definitivi condizionati: cfr. MONTESANO, *Obbligo a contrarre*, in *Enc. dir.*, Torino, 1979, 511.

[60] LIPARI, op. cit., 528.

interessi configurato nel preliminare[61]. Proprio l'attenzione allo squilibrio sinallagmatico fa superare alla Corte la distinzione tra preliminare puro e preliminare complesso, poiché questo può colpire entrambe le forme[62].

Inoltre, si afferma che l'art. 2932 c.c., lungi dal rappresentare uno strumento processuale diretto alla realizzazione di effetti già predeterminati, svolgerebbe una funzione esecutiva in senso tecnico, rientrando in quel sistema di norme speciali che perseguono l'obiettivo di adattare l'esecuzione alla situazione effettiva.

Alla decisione si possono ascrivere due meriti di rilievo: l'aver previsto il rimedio della riduzione del prezzo e l'aver esteso la tutela anche ai preliminari puri, nei quali non si verifica alcuna consegna anticipata o pagamento del prezzo, ancorché la fattispecie concreta considerata, riguardante il preliminare di vendita di un fabbricato in costruzione, presenti delle peculiarità rispetto al preliminare comune. Infatti, la sentenza appresta i rimedi citati all'inadempimento di un'obbligazione specifica assunta dal promittente venditore, consistente nel trasferimento del bene con determinate caratteristiche espressamente pattuite dalle parti, a prescindere dall'anticipata consegna del bene.

---

[61] In questo caso, non si vedono ostacoli all'ammissibilità, come stabilisce la sentenza n. 2679 del 1980, "accanto alla sentenza sostituiva del consenso non prestato, di una pronuncia accessoria" diretta a ristabilire il sinallagma tra le attribuzioni patrimoniali, alterato dalla presenza dei vizi del bene "e del relativo indennizzo che si traduce in un ridimensionamento del prezzo ancora dovuto"

[62] La Corte, in ogni caso, nell'affermare che "il contratto definitivo è parte integrante del preliminare e non viceversa" configura il preliminare puro come strumento di controllo delle sopravvenienze ("anche nel preliminare cosiddetto puro non è sufficiente fare la riduzione alla sola intenzione delle parti di spostare nel tempo il momento del trasferimento ma vi è sempre una realtà più ampia che è quella di voler rimandare ad un momento ulteriore il controllo dell'equilibrio economico dello scambio o la verifica della corrispondenza della cosa alle caratteristiche determinate nel preliminare"); mentre per quel che riguarda il secondo tipo afferma che "il contratto preliminare è venuto ad assumere l'aspetto di un vero e proprio contratto atipico ove il consenso al trasferimento si pone come atto conclusivo a carattere analogo a quello dei negozi di trasferimento che hanno causa *aliunde*, secondo uno schema più generale che non è estraneo al nostro sistema".

Occorre, tuttavia, dar conto del fatto che non sono mancate pronunce difformi rispetto a quest'ultimo orientamento, che hanno riaffermato la portata limitata della sentenza costitutiva di cui all'art. 2932 c.c [63].

Proprio questo contrasto giurisprudenziale ha originato l'importante decisone delle Sezioni Unite del 1985[64], che ha riconosciuto al promissario acquirente, a fronte dell'inadempimento della controparte, la possibilità di esperire l'azione di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto definitivo ai sensi dell'art. 2932 c.c, chiedendo, contestualmente e cumulativamente la riduzione del prezzo.

Il ragionamento delle Sezioni Unite muoveva dal ridimensionamento della distinzione tra preliminare puro e preliminare complesso, osservando che anche in relazione al primo possono prospettarsi questioni attinenti ai limiti della tutela del promissario acquirente che contesti vizi e difformità del bene in sede di esecuzione in forma specifica. Parimenti, non si può negare che un preliminare ad effetti anticipati possa dar vita, già al momento della consegna, a controversia circa la conformità della cosa rispetto a quella oggetto del preliminare. Ma in questa fase la tutela delle parti resta circoscritta alle norme sull'adempimento in relazione alle specifiche obbligazioni scaturenti dal preliminare, non interferendo direttamente sulle questioni di applicabilità dell'art. 2932 c.c.[65]

Infatti, il problema delle condizioni di ammissibilità della pronuncia costitutiva e della sua compatibilità con altre azioni del promissario, che lamenti la non conformità del bene rispetto alle pattuizioni del preliminare,

---

[63] Cass. 24 febbraio 1979, n. 1224, in *Giust. civ. Mass.*, 1979; Cass. 24 maggio 1980, n. 3412, in *Giust. civ.* 1980; Cass. 11 agosto1982, n. 4562 in *Giust. civ.*, 1982; Cass. 9 dicembre 1982, n. 6730, in *Giust. civ.*, 1982.

[64] Cass., S.U., 27 febbraio 1985, n. 1720, in *Foro it.*, 1985, I, 1697, con nota di MACARIO.

[65] Cfr. MACARIO, *Garanzia per i vizi ed esecuzione del preliminare rettificato,*nota a Cass. S.U., 27 febbraio 1985, n. 1720, cit., 1698: "La tendenza giurisprudenziale avallata dalle sezioni unite vale piuttosto a conferire alla sequenza preliminare – definitivo o, se si preferisce, alla fattispecie preliminare – sentenza costitutiva, un carattere in certo senso dinamico, che non contraddice la ricostruzione teorica corrente del rapporto fra i due diversi momenti della medesima vicenda contrattuale ed offre, anzi, un significativo riscontro pratico alla giustificazione dell'impegno preliminare quale strumento di controllo delle sopravvenienze".

sorge proprio dal momento in cui viene a maturare il diritto alla stipula del contratto definitivo.

In linea generale, anche le Sezioni Unite condividono l'affermazione in base alla quale la pronuncia giudiziale non può operare il trasferimento di un bene diverso da quello sul quale si è manifestato il consenso delle parti. Del pari, richiamando i risultati più innovativi elaborati nel corso del dibattito tradizionale in tema di consegna di *aliud pro alio* nella vendita, si è osservato che la presenza di determinati vizi o qualità non è necessariamente un dato identificativo della cosa. Ne consegue che l'oggettiva diversità tra bene consegnato e bene dedotto in contratto non è determinata da una qualsiasi difformità o da un qualsiasi vizio[66], essendo necessaria una difformità tale da incidere sulla struttura e sulla funzione del bene, sulla possibilità di destinarlo all'uso pattuito, in modo tale da risultare inidonea a soddisfare i bisogni che avevano indotto il compratore all'acquisto; solo allora il giudice verrebbe effettivamente a modificare o a sostituire la volontà delle parti espressa nel preliminare. Al contrario, vizi o difformità incidenti solo sul valore del bene o su qualche secondaria modalità di godimento non consentono di pervenire alla conclusione che nega al promissario la pronuncia costitutiva.

Inoltre, postulare una corrispondenza rigorosa tra bene promesso in vendita e bene oggetto della domanda di esecuzione specifica potrebbe condurre – come già evidenziato - all'inaccettabile conseguenza di precludere il trasferimento *ope iudicis* della proprietà del bene anche a favore del promissario disposto ad accettare difformità e vizi senza pretendere adeguamenti economici, per effetto della sola opposizione del promittente. In tal modo, si verrebbe a favorire il promittente che, già inadempiente nell'approntamento del bene, rifiuti anche di trasferirlo

[66] Cfr. MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, XX, Torino, 1985, 328 ss.: "la difformità dell'oggetto è da considerarsi preclusiva dell'esecuzione solo se sostanziale ed essenziale sì da incidere realmente sulla possibilità d'uso in assoluto del bene, con ciò riservando implicitamente al giudice il potere di entrare nel merito dell'economia del negozio".

nonostante l'offerta integrale della prestazione inizialmente pattuita e a negare adeguata protezione alla parte meritevole.[67]

Pertanto, inesattezze e difformità del bene non rappresentano elemento ostativo all'applicazione dell'art. 2932 c.c., a meno che non siano tali da rendere il bene radicalmente diverso rispetto a quello pattuito.

Chiarito ciò, le Sezioni Unite escludevano l'interpretazione restrittiva dell'art. 2932 c.c. tale da impedire che la sentenza costitutiva potesse contenere ogni altra statuizione in grado di adeguare il sinallagma delle prestazioni all'effettiva situazione esistente al momento della stipula del definitivo. Più precisamente, la soluzione positiva al quesito se nel giudizio di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto di compravendita siano ammissibili domande diverse da quella tipica volta a conseguire l'effetto traslativo trae conforto dal fatto che la norma offre un rimedio specifico contro il rifiuto della parte di stipulare il contratto definitivo ma non esaurisce la tutela contro l'inadempimento.

Viene così a mutare la concezione della posizione obbligatoria scaturente dal preliminare: dal tradizionale orientamento secondo il quale dal preliminare nascerebbe un'obbligazione di fare (la prestazione del consenso, appunto) si passa ad un'obbligazione complessa, comprendente le attività necessarie a garantire il trasferimento di quel bene oggetto della contrattazione preliminare e ad assicurare l'identità tra prestazione preparatoria e prestazione finale. Ciò nella progressiva consapevolezza della compatibilità – e della contestuale esperibilità - tra il rimedio ripristinatorio e la riduzione del prezzo. Afferma, infatti, la Cassazione che l'intervento del giudice può ritenersi di controllo sia nel caso di alterazione del sinallagma contrattuale per effetto dei vizi, sia nel caso di ritenuta non congruità dell'offerta: pertanto, l'azione di riduzione del prezzo, che prescinde dalla colpa del promittente venditore, fondandosi unicamente sul fatto oggettivo

[67] Cfr. MACARIO, cit. , 1698: "il principio di intangibilità delle condizioni del preliminare non può certo valere quale limite ad una giusta tutela del contraente *in bonis* (per lo più acquirente), né *a fortiori* quale incentivo all'inadempimento (per lo più del promittente venditore)".

dell'inesatta esecuzione del risultato traslativo promesso, può esercitarsi nello stesso giudizio di esecuzione specifica, configurandosi non come rimedio esclusivo del contratto di vendita[68] ma come rimedio a carattere più generale per i contratti a prestazioni corrispettive, volto ad adeguare il sinallagma funzionale delle prestazioni alla effettiva situazione dei valori oggetto dello scambio.

Il fondamento all'ammissibilità dell'azione di riduzione del prezzo contestualmente alla pronuncia costitutiva è stato rinvenuto nel carattere generale del rimedio, in quanto garanzia tipica connessa alla vendita definitiva ed espressione di più ampi principi relativi all'inadempimento contrattuale, in particolare del principio di conservazione del contratto[69].

In questa prospettiva è stato notato[70] che negare l'applicabilità della normativa ordinaria per le obbligazioni di cui al preliminare (consegna anticipata; impegno a costruire il bene con determinate caratteristiche; anticipato pagamento rateale del prezzo) determinerebbe un vuoto di tutela per il promissario acquirente e – di contro – la possibilità per il promittente venditore di consegnare un bene difforme da quello pattuito. Se, al contrario, si ammette l'esistenza di un *vinculum iuris*, si devono riconoscere al creditore quelle tecniche di tutela che l'ordinamento appresta per la

---

[68] In dottrina, si era già manifestata l'opinione favorevole a riconoscere al promissario acquirente gli strumenti di tutela del compratore. Cfr. tra gli altri, RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* Diretto da Cicu e Messineo, XXIII, Milano, 1971, 40 ss. e MACARIO, voce *Vendita*, in *Enc. giur. Treccani,* 1994, XXXII, 19. *Contra* GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, 161 ss., secondo il quale "non avrebbe senso affermare che la funzione giuridica del definitivo consiste nella possibilità di effettuare un controllo dell'accordo già delineato, alla luca delle eventuali future sopravvenienze, prima di dar corso alla sua definitiva introduzione, se fosse davvero necessario reagire già contro l'accordo preliminare con gli stessi mezzi previsti per la reazione contro un comune accordo in via definitiva (…). Se il preliminare non coincide col corrispondente contratto che sia stato subito concluso in via definitiva, sarebbe illogico ammettere che il contratto in via preliminare si trovi di fronte al regolamento di interessi concordato, nella stessa posizione di chi ha concluso in via definitiva".

[69] Cfr. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit, 145: "la riduzione del prezzo è un rimedio che vale a conservare l'operazione negoziale e, come tale, essa deve essere ammessa in via generale e a preferenza della risoluzione del contratto".

[70] LEO, *Contratto preliminare di vendita e tutela del promissario acquirente*, nota a Cass. S. U. 27 febbraio 1985, n. 1720, in *Rass. dir. civ.*, 1986, 763.

realizzazione del diritto leso dall'inadempimento, consistente nell'inesatta esecuzione di un'obbligazione accessoria al preliminare.

Nelle successive applicazioni, questa forma di tutela sembra configurarsi come una sorta di anticipazione di quella tutela di cui gode il compratore in forza della disciplina sulle garanzie della vendita ma che viene ritenuta esperibile già nel corso del rapporto preliminare, a prescindere dal cumulo con l'azione prevista dall'art. 2932 c.c., sulla base del rilievo che essa integrerebbe una reazione alla violazione dell'impegno traslativo da parte del promittente venditore, commessa con la consegna di un bene affetto da vizi e difformità.[71]

La giurisprudenza esclude, però, la possibilità per il promissario acquirente di avvalersi dell'azione di esatto adempimento nell'ipotesi di vizi e difformità del bene promesso in vendita, per l'asserita impossibilità di ottenere il riequilibrio delle prestazioni mediante rimedi estranei alla compravendita.[72]

5) UN PRIMO TENTATIVO LEGISLATIVO MIRATO: LA LEGGE SULLA TRASCRIZIONE DEL PRELIMINARE.

[71] Cass. 18 giugno 1996, n. 5615, in *Corr. giur.,* 1997, 48. La sentenza, con riferimento al caso di un immobile consegnato prima della stipula del definitivo e risultato affetto da vizi e difformità, in seguito alla richiesta da parte del promissario acquirente della sola riduzione del prezzo *ex* art. 1492 c.c ma non della pronunzia di sentenza costitutiva *ex* art. 2932 c.c, afferma: "Determinato, infatti, il minore corrispettivo effettivamente dovuto dal promissario acquirente, le parti potranno di comune accordo dinanzi al notaio per la stipula del contratto di compravendita o, qualora una delle stesse non adempisse, l'altra parte potrà pur sempre chiedere al giudice la pronunzia della sentenza sostitutiva del contratto, senza che vi siano ostacoli di carattere concettuale o giuridico allo sdoppiamento in due momenti distinti dell'attuazione del rimedio a favore del promissario acquirente".

[72] Cass. 24 novembre 1994, n. 9991, in *Corr. giur.* 1995, con nota di DE CRISTOFARO, cit.: "Il riconoscimento dell'esperibilità, da parte del promissario acquirente, in presenza di vizi e difformità del bene promesso in vendita, dell'azione *quanti minoris*, contestualmente e cumulativamente all'azione di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto definitivo, comporta l'applicazione integrale della disciplina dettata dal codice per la garanzia per i vizi della cosa venduta. E'di conseguenza da escludere la possibilità per il promissario acquirente da chiedere, in alternativa alla riduzione del prezzo, l'eliminazione dei vizi, che è rimedio estraneo alla garanzia redibitoria e in nessun modo congeniale alla natura e alla struttura della compravendita e del corrispondente contratto preliminare".

Dall'opinione dominante nella dottrina e nella giurisprudenza, orientate nel senso della natura meramente obbligatoria del contratto preliminare[73] e dal principio generale della tassatività delle ipotesi di trascrizione[74], si desumeva, prima del 1996, la non trascrivibilità di tale contratto, a fronte della tesi minoritaria che lo configurava come vendita obbligatoria.[75]

L'unico meccanismo di tutela consisteva nella trascrivibilità della domanda di esecuzione in forma specifica; infatti, in base all'art. 2652 c.c. n. 2, la domanda diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre, *ex* art. 2932 c.c. – se trascritta – prevale sulle trascrizioni ed iscrizioni eseguite contro il convenuto dopo la trascrizione della domanda. Tuttavia, l'attivazione di questo strumento presuppone l'inadempimento della controparte e, quindi, non costituisce uno strumento di tutela preventivo[76]. Senza dimenticare che la trascrizione della domanda giudizale è un rimedio in grado di tutelare il promissario acquirente di un immobile già costruito, non risultando di alcun giovamento nei casi di immobili da costruire.

La diffusione della contrattazione preliminare ad effetti anticipati ha contribuito non poco a far emergere i problemi che hanno indotto il legislatore ad intervenire in tema di trascrivibilità dei contratti preliminari: problemi relativi, in particolare, ai rischi cui veniva esposto il promissario acquirente in caso di inadempimento della controparte. Innanzitutto, era opponibile nei suoi confronti la vendita a terzi da parte del promittente alienante dell'immobile promesso in vendita mediante contratto trascritto prima della trascrizione , ai sensi dell'art. 2652 c.c., della domanda di

[73] BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, Milano, 2000, 181.
[74] G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 529.
[75] GAZZONI, *Il contratto preliminare*, Napoli, 1998.
[76] Si deve, peraltro, notare come in passato si sia fatto ricorso "ad un uso anomalo della domanda giudiziale, proposta e trascritta in assenza di un inadempimento attuale del promittente venditore al fine di prenotare, con la trascrizione nei registri immobiliari, una tutela reale a favore del promissario acquirente". Cfr. PETRELLI, *Gli acquisti di immobili da costruire,* Milano, 2005, 4, nota 13.

esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre, di cui all'art. 2932 c.c.. Inoltre, risultava difficile per chi si era obbligato a comprare, recuperare il prezzo versato.[77] Si era tentato di superare queste difficoltà strutturali evitando di inserire nel preliminare un termine per la stipula del contratto definitivo, che consentiva l'applicabilità dell'art. 1183 c.c., in base al quale la prestazione è immediatamente esigibile ove non ne sia determinato il tempo. In tal modo, il promissario acquirente, subito dopo la stipulazione del contatto preliminare, poteva notificare la domanda di esecuzione in forma specifica *ex* art. 2932 c.c. e trascriverla. Non costituendosi in giudizio, le parti, in forza del combinato disposto degli art. 171, comma 1 e 307 c.p.c. , avevano un anno di tempo per stipulare il definitivo ovvero per riassumere il processo, nel qual caso il promissario acquirente poteva avvalersi dell'effetto prenotativo della trascrizione della domanda rispetto ad un eventuale conflitto con terzi aventi causa dal promittente venditore.[78]

Accanto a questi espedienti pratici, altri rimedi erano stati proposti in dottrina. In primo luogo si suggeriva da alcuni[79] di eseguire immediatamente la trascrizione della domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre, muovendo dal rilievo in base al quale se è vero che un obbligo di prestare il consenso non ancora esigibile implica l'infondatezza della domanda stessa dunque determina la responsabilità del trascrivente. E' altrettanto vero che l'accertamento di tale responsabilità potrebbe aversi solo dopo il giudizio di merito sulla domanda, il cui esito sarà negativo per l'autore della trascrizione solo nel caso improbabile in cui l'inesigibilità dell'obbligo a contrarre dovesse ancora sussistere al momento della precisazione delle conclusioni in quel giudizio e cioè dopo la notificazione dell'atto introduttivo. Pertanto, secondo questa impostazione, la trascrizione

[77] Cfr. TRIOLA, *Vendita di immobili da costruire e tutela dell'acquirente*, Milano, 2005, 2.
[78] LOFFREDO, *Contratto preliminare, trascrizione e tutela del promissario acquirente*, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 809.
[79] G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, op. cit., 531.

della domanda di esecuzione in forma specifica costituirebbe già una forma di protezione efficace per il promissario acquirente.[80]

Non sembrava, tuttavia, potersi fondare un serio sistema di tutela su accordi tra le parti volti a trascrivere domande giudiziali fittizie, la cui unica ragion d'essere era il conseguimento dell'effetto di garanzia tipico della trascrizione.

Inoltre, la posizione del promissario acquirente rimaneva assai debole soprattutto nel caso di contratti preliminari di compravendita immobiliari conclusi direttamente con imprese di costruzione, con particolare riferimento alle conseguenze che potevano derivare al promissario acquirente qualora il promittente venditore venisse sottoposto a procedure concorsuali.[81] Ad aggravare ulteriormente la situazione era il comportamento abituale degli istituti di credito; questi, potendo fare affidamento su ipoteche di primo grado, lasciavano salire vertiginosamente l'indebitamento del costruttore - promittente,[82] per poi escutere la garanzia reale e recuperare il credito (arricchito dagli interessi moratori), azzerando però l'attivo fallimentare. In questo contesto, per il promissario acquirente diventava molto difficile recuperare quanto anticipato in sede di stipulazione preliminare. In una situazione di rischio così elevato per l'acquirente , si determinava anche il paradosso che il soggetto deputato al controllo dell'andamento finanziario dell'impresa costruttrice operava in modo da scaricare i costi della mancata vigilanza sull'acquirente.[83]

---

[80] Una parte della dottrina evidenziava addirittura l'eccessiva posizione di vantaggio accordata al promissario acquirente, il quale potrebbe "afferrare la cosa in contesa con la stessa forza con cui potrebbe farlo il titolare di un vero diritto reale sulla medesima, con la conseguenza di cancellare ogni differenza, quanto alla loro efficacia, fra contratto preliminare e contratto definitivo". Così FERRI – ZANELLI, *Trascrizione immobiliare*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna – Roma, 1995, 322 ss.

[81] SPECIALE, *Il contratto preliminare*, in *Giur. sist. Bigiavi. I contratti in generale*, diretta da Alpa e Bessone, Torino, 1998, 1881.

[82] BECHINI, *La trascrizione del contratto preliminare*, in *Riv. not.*, 1999, 242.

[83] ID, cit., 242.

Il d.l. 31 dicembre 1996, n. 669, convertito nella l. 28 febbraio 1997, n. 30[84], ha cercato di porre rimedio a tali problemi, introducendo la trascrivibilità dei preliminari dei contratti traslativi, costitutivi e/o modificativi di diritti reali su beni immobili "anche se sottoposti a condizione o relativi a edifici da costruire o in corso di costruzione".

L'art. 2645 *bis* c.c. prevede che, per effetto della trascrizione del preliminare, la successiva trascrizione del contratto definitivo (o della sentenza di accoglimento della domanda giudiziale di esecuzione in forma specifica): "prevale sulle trascrizioni ed esecuzioni eseguite contro il promittente alienante dopo la trascrizione del contratto preliminare"[85], retroagendo sino alla trascrizione del preliminare, a condizione che, entro un anno dalla data convenuta dalle parti per la stipulazione del definitivo o comunque non oltre tre anni dalla trascrizione del contratto preliminare, intervenga la trascrizione dell'atto traslativo (contratto definitivo o altro atto che costituisca esecuzione del contratto preliminare o della domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre). Inoltre, in base all'art. 2775 bis c.c., nel caso di mancata esecuzione del contratto preliminare trascritto ai sensi dell'art. 2645 bis c.c., a determinate condizioni, i crediti del promissario acquirente che ne conseguono hanno privilegio speciale sul bene immobile oggetto del contratto trascritto.

Appare evidente come il legislatore abbia inteso tutelare il contraente debole da comportamenti scorretti del venditore, attribuendogli un duplice vantaggio. Nel caso in cui il preliminare si traduca nel definitivo, la legge

---

[84] Nella Relazione al disegno per la conversione in legge del d.l. n. 669/96, si considera il contratto preliminare "non in modo autonomo ma come segmento di un procedimento che nasce con il preliminare ma che è destinato a svilupparsi, per effetto della procedura prevista dll'art. 2932 c.c. in un negozio con effetti reali. È tenendo contodell'intera vicenda che si individua nel preliminare un contratto sostanzialmente prodromico di una vicenda negoziale intesa al raggiungimento di effetti reali". (Relazione al disegno di leggen. 1925 della XIII legislatura , 12.)

[85] Rileva la dottrina che questo effetto previsto dalla legge "serve a garantire il buon esito dell'acquisto anche nel caso di sopravvenienza di eventuali atti di disposizione incompatibili". Cfr.
RICCI, *Profili problematici della nuova disciplina sulla trascrizione del contratto preliminare*, in *Giust. Civ.,* 6, II, 1997, 315.

assicura al promissario acquirente priorità rispetto a chi abbia acquistato e trascritto successivamente alla trascrizione del preliminare; quando, invece, non si giunga al definitivo, il promissario acquirente è posto al riparo dai creditori della controparte, poiché gli si riconosce un privilegio sul bene negoziato.

6) L'INADEGUATEZZA DELLA DISCIPLINA IN CASO DI "SITUAZIONE DI CRISI" DEL COSTRUTTORE.

Inoltre, per quel che riguarda gli aspetti relativi alle procedure concorsuali, l'art. 3 L. n. 30 del 1997 aggiungeva all'art. 72 L. fall. il seguente quinto comma: "Qualora l'immobile sia stato oggetto di preliminare di vendita trascritto ai sensi dell'art. 2645 bis c.c. e il curatore, ai sensi del precedente comma, scelga lo scioglimento del contratto, l'acquirente ha diritto di far valere il proprio credito nel passivo, senza che gli sia dovuto il risarcimento del danno e gode del privilegio di cui all'art. 2775 *bis* c.c. a condizione che gli effetti della trascrizione del contratto preliminare non siano cessati anteriormente alla data di dichiarazione del fallimento".

Questa modifica mirava ad eliminare un'ingiustizia ai danni del promissario acquirente che, a seguito della scelta del curatore di sciogliersi dal contratto preliminare, poteva solo insinuare al passivo in sede chirografaria il proprio credito, senza diritto al risarcimento del danno.[86]

In questa sede, è appena il caso di dare conto del lungo dibattito che ha impegnato la dottrina negli anni scorsi in merito alla corretta funzione da attribuire all'efficacia della trascrizione del preliminare e che è conseguenza

[86] Cfr. BECHINI, *La trascrizione del contratto preliminare*, cit., 242: nel periodo intercorrente tra la stipula del preliminare e l'atto definitivo, " il promissario altro non è, nell'assetto anteriore alla Novella, che un creditore sprovvisto di speciale qualificazione, esposto pertanto ad ogni vicenda patrimoniale del proprio promittente/debitore e particolarmente vulnerabile dalle eventuali sue dolose macchinazioni".

diretta delle diverse configurazioni elaborate in merito al contratto preliminare stesso.[87]

I problemi di maggior rilievo posti dalla Novella del 1997 si pongono proprio in ordine alla tutela del promissario acquirente nei casi di trascrizione di preliminari relativi ad edifici da costruire. L'art. 2645 bis, comma 4, prescrive la trascrivibilità dei contratti preliminari aventi ad oggetto porzioni di edifici in costruzione o da costruire, la cui nota dovrà indicare la superficie utile della porzione di edificio e la quota di diritto spettante espressa in millesimi relativa all'intero edificio.[88] Il comma

[87] La dottrina prevalente (BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., 597), assimilando l'effetto della trascrizione del contratto preliminare a quella delle domande giudiziali, parla di effetto c.d. prenotativo; trascrivere il preliminare, cioè, equivarrebbe, non a rendere opponibile lo stesso ma gli atti traslativi (contratto definitivo, sentenza di esecuzione in forma specifica e altri contratti che comportino il trasferimento del diritto in adempimento dell'obbligo del preliminare). "Dire che una formalità pubblicitaria ha effetto prenotativi significa riconoscere che essa è intesa a risolvere direttamente un conflitto fra titoli futuri ed eventuali, facendo prevalere tra essi quello che, sebbene trascritto posteriormente, si riconnetta tuttavia alla formalità prenotante. Dire, quindi, che la trascrizione del contratto preliminare ha effetto prenotativi significa che essa non è intesa a risolvere il conflitto fra tale contratto ed altri titoli, ma fra questi ultimi ed il titolo, la cui tempestiva venuta ad esistenza e pubblicità sono meramente eventuali, che allo stesso preliminare darà esecuzione, spontanea o coattiva". Così G. GABRIELLI, *Considerazioni sulla funzione e sul carattere facoltativo della pubblicità del contratto preliminare*, in *Vita not.*, 2, 1998, 742. In questa prospettiva, sembra sia stato accolto l'auspicio di chi rilevava che "il principio di trascrivibilità soltanto degli atti traslativi non pone alcuna preclusione logica all'ammissionedi una sorta di trascrizione provvisoria fondata su un atto preparatorio di una alienazione in funzione prenotativa del grado della futura trascrizione; d'altro lato la rilevanza attribuita alla trascrizione della domanda giudiziale dal'art. 2652, n. 2 non ha uno specifico fondamento in principi di diritto processuale…Non si vede perché questo effetto non possa essere collegato alla trascrizione dello stesso contratto preliminare".(MENGONI, *La pubblicità immobiliare*, in *Jus*, 1986, 14). L'opinione contraria muove dalla concezione del contratto preliminare come contratto definitivo obbligatorio, la cui trascrizione non potrebbe, pertanto, non comportare effetti di autonoma opponibilità, costituendo il contratto preliminare il titolo del futuro trasferimento e il definitivo mero *modus adquirendi*, fondato su una causa solutoria. "Il rapporto tra preliminare di vendita e definitivo è dunque quello stesso che legava, e lega ancor oggi nel sistema tedesco, il *titulus* al *modus adquirendi*". GAZZONI, *Trascrizione del preliminare di vendita e obbligo di dare* in *Riv. not.* 1-2, 1997, 20. Lo stesso Autore contesta poi l'analogia rispetto alla trascrizione della domanda giudiziale, sostenendo la diversità del rapporto intercorrente tra domanda giudiziale e sentenza rispetto a quello che esiste tra preliminare e definitivo ed adducendo l'impossibilità di "trasferire la logica del processo e del procedimento giurisdizionale all'interno dei rapporti tra due atti di carattere sostanziale aventi ciascuno propri presupposti e propria giustificazione".(ID, cit., 26).

[88] Invece "nel caso di trasferimento in blocco di un intero piano di un edificio, la mancata precisazione nella nota di trascrizione degli elementi di individuazione di un appartamento non nuoce alla validità della trascrizione quando nella nota sono comunque inseriti elementi che consentano di stabilire che oggetto del trasferimento è stato il piano nella sua interezza": Cass., 3 giugno 1995, n. 6269, in *Giust. civ.*, 1995, I, 2664.

successivo aggiunge che non appena l'edificio viene ad esistenza gli effetti della trascrizione si producono rispetto alle porzioni materiali corrispondenti alle quote di proprietà predeterminate nonché alle relative parti comuni.

L'interpretazione prevalente di queste disposizioni induce a ritenere l'efficacia prenotativa della trascrizione del contratto preliminare subordinata alla effettiva realizzazione dell'edificio[89], a partire dalla quale gli atti di disposizione delle singole unità immobiliari ad opera del costruttore venditore saranno inopponibili al promissario acquirente.[90]

Appare evidente come in relazione a quest'ultimo punto emergano i problemi principali per il promissario acquirente. In particolare, è necessario individuare quale sia il regime di opponibilità del preliminare trascritto prima della venuta ad esistenza dell'edificio.[91] L'ipotesi concreta sulla quale si è confrontata la dottrina riguarda l'efficacia della trascrizione nel caso in cui il promittente alienante, prima della costruzione, alieni l'area ad un terzo, il quale edifichi lui l'edificio promesso.

Una linea ricostruttiva[92] muove dalla constatazione in base alla quale il bene viene ad esistenza nella titolarità dell'acquirente dell'area ma può passare nella titolarità del promissario acquirente solo in forza del contratto definitivo o della sentenza *ex* art. 2932 c.c., cioè di due atti traslativi nei quali figura come parte il promittente alienante del contatto preliminare; a sua volta, quest'ultimo non può considerarsi trasferito automaticamente all'acquirente dell'area. Pertanto – secondo questa tesi - l'atto traslativo trasferirebbe un bene che non è nella titolarità del contraente o di colui nei confronti del quale viene emessa la sentenza *ex* 2932 c.c.

---

[89] L'art. 2645 bis u.c. stabilisce che si intende esistente l'edificio nel quale sia stato eseguito il rustico, comprensivo delle mura perimetrali delle singole unità e sia stata completata la copertura.

[90] In proposito alcuni hanno parlato di "prenotazione di una prenotazione". Cfr. TRIOLA, *Vendita di immobili da costruire e tutela dell'acquirente,* cit., 33.

[91] BECHINI, *La trascrizione del contratto preliminare*, cit., 261.

[92] CIAN, *Alcune questioni in tema di trascrizione del contratto preliminare* , in *Riv. dir. civ.*, 1997, 385.

Sotto il profilo della pubblicità, non sarebbe ravvisabile la fattispecie disciplinata dalla normativa sulla trascrizione, che risolve in favore del primo trascrivente il conflitto tra più aventi causa dallo stesso alienante di diritti tra loro configgenti sullo stesso bene, di cui il titolare abbia disposto in modi incompatibili. Nel caso di specie, il titolare dell'area ha promesso di vendere un bene futuro – e quindi un bene che non è ancora nella sua titolarità - ad un determinato soggetto, per poi compiere un atto di disposizione a vantaggio di altro soggetto avente ad oggetto l'area, cioè un bene esistente e nella sua titolarità.

A questo punto, secondo tale linea di pensiero, sarebbe necessario ricostruire in altri termini l'impegno traslativo sorto col preliminare, al fine di poter configurare un conflitto fra più aventi causa, risolvibile ai sensi dell'art. 2645 *bis*. Il promissario, stipulando il preliminare, acquisterebbe il diritto a stipulare un contratto definitivo che gli trasferisca l'area, a condizione che sulla stessa sorga l'edificio indicato nel preliminare[93] ovvero – nel caso in cui si tratti di porzione di edificio da costruire, il promissario acquisterebbe il diritto a farsi costituire un diritto di superficie sulla colonna d'aria soprastante il terreno nella parte corrispondente all'appartamento da costruire.[94]

Ricostruita in tal modo la dinamica degli obblighi scaturenti dal preliminare, si determinerebbe il conflitto fra più aventi causa dallo stesso dante causa e cioè l'acquirente dell'area e il promissario acquirente *sub condicione* dell'area o del diritto di superficie che la limita, conflitto che andrebbe risolto in base alla regola della priorità della trascrizione. Ma il diritto sull'edificio si acquisterebbe in base al principio dell'accessione che,

[93] Cfr. G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, cit, 548: "Quanto al suolo, la vendita è un comune contratto sottoposto a condizione sospensiva, l'immediata trascrivibilità del quale è espressamente prevista dalla legge; nel momento in cui l'edificio è compiuto si avvera la condizione sospensiva cui era subordinato, per volontà delle parti il trasferimento del suolo".

[94] Così CIAN, op.cit., 385.

in forza dell'operatività retroattiva della condizione, renderebbe l'acquirente del suolo anche proprietario dell'edificio.[95]

L'orientamento esposto, considerate queste gravi difficoltà di ordine sistematico conclude nel senso della non superabilità dei limiti dell'efficacia prenotativa dell'acquisto derivante dalla trascrizione del preliminare relativo ad edificio da costruire.

Di segno diverso la conclusione cui perviene quell'opinone[96] che – sebbene concorde sulla concezione della vendita di edificio da costruire come vendita sottoposta a condizione sospensiva e sull'operatività dell'accessione – ritiene inopponibili a chi acquisti un edificio da costruire e trascriva il titolo gli atti successivi incompatibili con il diritto acquistato. Secondo questa dottrina, si sarebbe in presenza di una vendita di edificio futuro avente un effetto traslativo - ancorchè condizionato - del terreno a vantaggio dell'acquirente, cui farebbe seguito, dal punto di vista obbligatorio, l'impegno in capo al venditore di far sorgere. L'edificio, una volta venuto ad esistenza, apparterrà per accessione al compratore, indipendentemente dal fatto se quella venuta ad esistenza sia prodotta dall'adempimento della controparte o dell'adempimento di terzi.

Una dottrina autorevole ha giudicato artificiosa questa scissione degli effetti reali in due fasi, una relativa al terreno e l'altra relativa all'edificio, osservando come nella vendita di edificio da costruirsi la volontà delle parti sia diretta unitariamente alla negoziazione della cosa futura e non ad un trasferimento immediato del fondo cui poi si aggiungerebbe una distinta assunzione dell'obbligo di costruire.[97]

---

[95] CIAN, op. cit., 386: "Il diritto sull'edificio apparirebbe però acquistato non per trasmissione dal suo titolare ma per accessione".

[96] G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, cit., 547 ss.

[97] RUBINO, *La compravendita*, cit., 174 ss: "Quando la cosa è una costruzione immobiliare che il venditore deve ancora compiere, per solito si vende anche il suolo, che esiste già; ma in tal caso non si possono applicare i principi dell'accessione e invece bisogna capovolgerli, perché i contraenti considerano come parte principale della cosa venduta la costruzione e non il suolo, che è esclusivamente in funzione della costruzione : quindi si tratta pur sempre di vendita di cosa futura , perché ancora inesistente è la parte principale della cosa; sicchè non si può dire che dal compratore il suolo venga acquistato subito e la costruzione venga poi acquistata per accessione e perciò a titolo originario, man mano che il venditore la esegue, ma

A ciò si obietta[98] che un regime giuridico differenziato avrebbe un fondamento nella diversità degli ostacoli che si oppongono al dispiegarsi dell'effetto traslativo: opinando questa tesi nel senso della duplicità degli elementi costitutivi dell'oggetto della vendita dell'edificio da costruirsi, essa ravvisa nell'inesistenza del bene l'ostacolo relativo al fabbricato mentre per il suolo la posposizione degli effetti reali, subordinati al fatto della costruzione, sarebbe una scelta volontaria delle parti.[99]

Così impostato il problema, questo orientamento non vede difficoltà, nell'ipotesi di immobili da costruire, alla produzione dell'effetto prenotativo in forza del quale, una volta trascritto il preliminare, la trascrizione della vendita definitiva prevarrebbe sugli atti incompatibili successivi. Né porrebbe particolari problemi l'ipotesi considerata in cui il promittente alienasse, in corso di costruzione o prima di costruire, il suolo ad un terzo: la venuta ad esistenza dell'edificio determinerebbe l'avveramento della condizione ed il suolo, con ciò che vi insiste, sarebbe destinato al promissario.[100]

Un'ulteriore opinione[101] contesta la concezione della vendita di edificio da costruire come alienazione del terreno di sedime sottoposta a condizione sospensiva ed afferma che non di vendita di cosa presente, il terreno appunto, si tratti ma di vendita di cosa futura (cioè l'edificio) , cui, a costruzione ultimata si accompagnerebbe l'acquisto automatico del suolo su cui questa insiste. In questa prospettiva la vendita di cosa futura si intende come vendita i cui effetti reali sono condizionati alla venuta ad esistenza della cosa che le parti hanno assunto ad oggetto del contratto: la venuta ad

---

il compratore acquisterà tutt'insieme, suolo e costruzione, allorché quest'ultima sarà ultimata".

[98] G. GABRIELLI, op.cit., 548.

[99] Cfr. BECHINI, *La trascrizione del contratto preliminare*, cit., 262, nota 79.

[100] G. GABRIELLI, op. cit., 548.

[101] Cfr. DELLE MONACHE, *La trascrizione del contratto preliminare*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1998, 29.

esistenza dell'edificio costituirebbe evento condizionante che il venditore è tenuto a realizzare.[102]

Riprendendo l'ipotesi dell'alienazione (trascritta) dell'area ad un terzo, dopo la trascrizione del preliminare relativo ad edificio da costruire sull'area stessa, analizzata nella prospettiva della vendita di edificio da costruire come vendita condizionata del terreno su cui dovrà insistere, questa linea interpretativa afferma che coerentemente si dovrebbe ritenere la prenotazione *ex* art. 2645 *bis* come relativa ad un titolo così concepito e conseguentemente se ne dovrebbe escludere l'operatività in relazione ad un titolo diverso rispetto a quello prenotato e cioè all'atto definitivo trascritto avente ad oggetto la costruzione venuta ad esistenza.

Pertanto, solo muovendo dal presupposto che il preliminare di edificio da costruire – una volta trascritto – prenoti la trascrizione di una vendita di cosa futura relativa all'edificio stesso, si assicurerebbe la corrispondenza tra titolo prenotato e titolo effettivamente trascritto. Infatti, il preliminare deve avere ad oggetto la stipulazione di un definitivo riguardante un bene futuro, in cui la volontà delle parti è immediatamente diretta ad attuare il trasferimento, che non si verificherebbe già al momento del consenso unicamente a causa dell'inesistenza del bene.

In questa prospettiva, sarebbe irrilevante che la stipulazione del definitivo avvenga prima o dopo la venuta ad esistenza della cosa, ponendosi il definitivo in ogni caso come atto diretto alla produzione di effetti reali in relazione al bene, che si producono allorché il bene stesso venga edificato.

In tal modo, si assicurerebbe la prevalenza del promissario acquirente di fronte a colui che, dopo la trascrizione del preliminare, abbia stipulato e trascritto un atto di acquisto dell'area, poiché il promissario prenoterebbe a

[102] Ci si ricollega qui a quella dottrina che sostiene che "oggetto del contratto non è la cosa futura in quanto tale ma è il fatto della sua venuta ad esistenza, la sua rappresentazione programmatica. L'evento posto a condizione è la venuta ad esistenza della cosa, non la cosa in sé". Così PERLINGIERI, *Sulla trascrivibilità della compravendita di cosa futura*, in *Vita not.*, 1985, 6, 955.

suo favore la trascrizione di un contratto di alienazione di un edificio quale atto ad effetti traslativi.[103]

La disciplina introdotta dalla legge n. 30 del 1997 pone altri problemi di tutela per il promissario acquirente in relazione a specifiche disposizioni in essa contenute.

Innanzitutto si prevede che il contratto preliminare sia redatto per atto pubblico o per scrittura privata autenticata o che le sottoscrizioni siano accertate giudizialmente; la scarsa disponibilità di gran parte delle imprese costruttrici a dichiarare il prezzo reale del contratto, da un lato e il comportamento di molti promissari acquirenti i quali, sottovalutando i rischi connessi all'operazione, tendevano ad evitare i costi ulteriori derivanti dalla trascrizione del preliminare[104], dall'altro, hanno reso l'indicazione della legge poco seguita nella prassi.

In base all'art. 2652, n. 3, c.c., il promissario acquirente di immobile da costruire potrebbe trascrivere la domanda giudiziale diretta all'accertamento delle sottoscrizioni del preliminare per poi trascrivere il preliminare stesso, dal momento che l'art. 2645 *bis* menziona espressamente la scrittura privata con sottoscrizioni accertate giudizialmente.[105] Tuttavia, non sempre ciò risulterebbe agevole se, ad esempio, mancassero i requisiti di forma espressamente previsti dalla legge per la trascrizione di preliminari relativi ad edifici da costruire.[106] Si deve, inoltre, considerare che l'art. 2645 *bis* , n. 3, stabilisce un termine di efficacia della trascrizione del preliminare di

---

[103] Tali effetti vengono definiti "eventualmente sottoposti alla *condicio iuris* della venuta ad esistenza del bene (a prescindere dal fatto che alla realizzazione del fabbricato provveda il prominente alienante oppure un terzo)." Cfr. DELLE MONACHE, *La trascrizione del contratto preliminare*, op. cit., 30.

[104] Cfr. COSTOLA, *Verso nuove forme di tutela degli acquirenti di immobili da costruire: la legge delega 2 agosto 2004, n. 210 (seconda parte)* in *Studium iuris*, 2005, 41: "Troppo spesso il promissario acquirente preferisce correre qualche rischio, di cui probabilmente al momento della conclusione del contratto non intuisce la gravità, per evitare gli oneri implicati dal ricorso al notaio e le imposte di registro e di trascrizione".

[105] Così PETRELLI, op. cit., 5.

[106] Recita, infatti, l'art. 2645 *bis* , n. 4 che "i contratti preliminari aventi ad oggetto porzioni di edifici da costruire o in corso di costruzione, devono indicare, per essere trascritti, la superficie utile della porzione di edificio e la quota di diritto spettante al promissario acquirente relativa all'intero costruendo edificio espressa in millesimi".

edificio da costruire (tre anni), rispetto alla decorrenza del quale esistono posizioni non concordi, dovendosi secondo un'opinione considerare il momento della trascrizione della domanda giudiziale di accertamento delle sottoscrizioni e secondo la tesi contraria riferirsi alla successiva trascrizione del preliminare accompagnato dalla sentenza di accertamento delle sottoscrizioni. Il problema non è irrilevante ai fini della tutela del promissario acquirente, poiché, nel primo caso, essendo improbabile che la sentenza definitiva venga emanata entro tre anni dall'instaurazione del giudizio, ciò pregiudicherebbe l'interesse dell'acquirente.

Occorre, poi, rilevare che l'intervento legislativo in tema di trascrizione non sembra offrire una tutela del tutto soddisfacente nel caso del "situazione di crisi" (secondo la definizione del successivo d. lgs. n. 122 del 2005) del costruttore. Il problema della sorte del contratto preliminare quando il fallimento del promittente venditore sopraggiunga prima della conclusione del definitivo, ovviamente, si era posto all'attenzione dei giudici già prima del 1996[107] e si riteneva concordemente applicabile l'art. 72, comma quarto, della Legge fallimentare, che riconosce al curatore la facoltà di dare esecuzione al contratto preliminare o di risolverlo. La soluzione di gran lunga più adottata era quest'ultima[108], la quale risultava conveniente per la massa fallimentare che si incrementava in misura pari al valore dell'immobile ma si rivelava specularmente pregiudizievole per il promissario acquirente, che vedeva il suo credito, relativo alle somme versate in acconto, collocarsi in posizione meramente chirografaria. Ne conseguiva una situazione di conflitto tra le aspettative dei creditori volte a

[107] E'interessante la posizione assunta da Cass., 26 agosto 1994, n. 7522, in *Foro it.*, 1995, 1539, con nota di FABIANI: "Il promissario acquirente di un bene che abbia trascritto la domanda di esecuzione specifica del contratto prima del fallimento del promittente venditore e abbia poi ottenuto la sentenza favorevole passata in giudicato per mancata impugnazione da parte del curatore può eccepire la definitività del proprio titolo d'acquisto".

[108] E'stato acutamente osservato che "l'interesse della procedura al subentro nel contratto si può immaginare nel caso in cui il prezzo del preliminare sia stato fissato in valori non raggiungibili prevedibilmente in sede di vendita coattiva e sia stato fissato in minima parte". Cfr. FABIANI, *Fallimento del promittente venditore, diritto alla casa e tutela dei creditori: un conflitto che non può essere mediato,* nota a Cass. 26 agosto 1994, n. 7522 in *Foro it.* 1995, 1541, cit.

soddisfarne i diritti e il diritto dell'acquirente a non perdere l'abitazione, oggetto della promessa di vendita. La risposta fornita dalla dottrina e dalla giurisprudenza dell'epoca non è risultata sufficientemente forte da fornire al promissario acquirente strumenti di tutela in grado di incidere su quella che è stata efficacemente definita l'impermeabilità del sistema fallimentare.[109]

La legge n. 30 del 1997 lega l'aspetto fallimentare al profilo dell'inadempimento del contratto preliminare trascritto, poiché – come ricordato - da un lato introduce l'art. 2775 *bis*, in forza del quale i crediti del promissario acquirente hanno privilegio speciale sul bene immobile oggetto del preliminare, in caso di mancata esecuzione dello stesso; dall'altro, novella l'art. 72 L. fall. al comma 3, che peraltro non riconosce al promissario acquirente alcun diritto sul bene se non quello, ove il curatore opti per lo scioglimento del contratto, di godere del privilegio di cui all'art. 2775 *bis* nell'ammissione al passivo.

Infatti, il promissario acquirente non acquista un diritto pieno all'attuazione del rapporto di cui al preliminare, proprio perché continua a sussistere il diritto del curatore di sciogliere il contratto stesso, ovviamente con la notevole differenza, rispetto al passato, che il promissario non sarà più

[109] La definizione è di FABIANI, *Fallimento del promittente venditore*, cit., 1541. Una parte della dottrina (MAFFEI ALBERTI, *Contratto preliminare e procedure concorsuali* in *Giur. comm.* 1985, I, 620) ha tentato di fornire una soluzione sottraendo all'applicazione dell'art. 72 l. fall. non solo i contratti preliminari impropri ma anche quelli propri, contrastando però con il dato testuale della stessa norma, la quale prevede che se la cosa non è passata in proprietà del compratore, il curatore ha la scelta tra l'esecuzione e lo scioglimento del contratto, attribuendo così efficacia dirimente al passaggio di proprietà, cosa incompatibile con la natura del contratto preliminare. Essendo questa strada poco praticabile, altro orientamento (COLESANTI, *Fallimento e trascrizione delle domande giudiziali*, Milano, 1972, 228 ss) si è mosso nel senso dell'esperibilità per il promissario acquirente dell'azione *ex* art. 2932 c.c., purché questi abbia trascritto la propria domanda giudiziale prima dell'apertura della procedura concorsuale in modo da renderla opponibile alla massa dei creditori in base all'art. 45 l. fall., ma anche questa soluzione non appariva appagante, dal momento che la semplice dichiarazione del curatore avrebbe potuto vanificare l'esito eventualmente vittorioso del giudizio. Ecco che il promissario acquirente veniva a trovarsi in una sorta di "imbuto processuale" (ancora FABIANI, op. cit. 1543): o il curatore sceglie di dare esecuzione al contratto o decide discioglierlo, impedendo così la stipulazione del definitivo o soggiace al giudicato di natura costitutiva.

rimborsato in moneta fallimentare ma acquisirà lo *status* di creditore privilegiato[110].

Secondo una parte della dottrina mentre prima della legge sulla trascrizione lo "scioglimento" del curatore dal contratto preliminare stava ad indicare sostanzialmente che questi lo ignorava, considerando il bene di proprietà della massa, in virtù della riforma il curatore, sciogliendosi dal contratto, vi si surroga e paga il prezzo in privilegio: la massa assumerebbe, così, la figura di contraente e di obbligato al pagamento.[111]

È stata rilevata la diversa intensità di tutela apprestata al promissario dall'art. 2775 *bis* rispetto all'art. 2645 *bis* comma 2, il quale, impedendo che contro il promittente alienante si possano ottenere iscrizioni o trascrizioni pregiudizievoli, gli attribuisce una tutela quasi reale e la *ratio* di tale disparità si è rinvenuta nel differente tipo di conflitto in cui si trova ad agire il promissario acquirente, che è, in un caso, conflitto tra aspiranti acquirenti da un comune autore, nell'altro si configura come conflitto tra categorie di creditori.[112]

In ogni caso, ciò che preme rilevare è la permanenza, anche dopo il 1997, dell'indubbio *favor* che il legislatore ha inteso riservare ai diritti della massa fallimentare rispetto a quelli dell'acquirente; in capo al curatore, infatti,

---

[110] Cfr. BECHINI, *La trascrizione del contratto preliminare*, cit., 274.

[111] E'l'opinione di FORMIGGINI, *Il fallimento e la trascrizione dei contratti preliminari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 398: "La differenza è ulteriormente rilevante, perché secondo la legislazione precedente il curatore, considerando il bene come mai uscito dal patrimonio del fallito, lo alienava alle condizioni che credeva. Sotto la legislazione oggi vigente deve invece rispettare le clausole convenute dal venditore e dall'acquirente, come in ogni caso di surrogazione o di successione nel contratto".

[112] L'osservazione è di DI MAJO, *La trascrizione del contratto preliminare e regole di conflitto*, in *Corr. giur.*, 5, 1997, 517. Sostiene, inoltre, criticamente l'Autore che "singolare è piuttosto il principio, sempre desumibile da una regola siffatta, secondo cui pure il privilegio speciale è retto dalla regola della trascrivibilità del preliminare e dal perdurare degli effetti della trascrizione. Il che significa far dipendere anche la (forma di) tutela del promissario acquirente dal perdurare dell'efffetto pubblicitario almeno sino al momento in cui il contratto preliminare venga consensualmente risolto con atto di data certa o la domanda di risoluzione proposta o il pignoramento (dell'immobile) trascritto. La *ratio* è evidentemente ancora una volta di tenere assieme privilegio speciale e pubblicità fino al momento in cui abbia a verificarsi definitivamente un evento interruttivo nella sequenza acquisitiva del bene e sia esso costituito dalla risoluzione del contratto ad opera delle stesse parti o di atti di pignoramento provenienti da terzi".

continua a sussistere un'ampia libertà di scelta in merito alla valutazione relativa all'opportunità o meno di subentrare nel rapporto instaurato dal fallito, con scarsissima attenzione per le aspettative dell'altro contraente. Questi, come in precedenza si è osservato, può solo far valere il credito nel passivo, senza peraltro poter ricevere alcun risarcimento del danno, [113] poiché quando il curatore opta per lo scioglimento del contratto esercita una sua facoltà e quindi non è ipotizzabile a suo carico alcun tipo di responsabilità.

L'unico limite alla facoltà di scelta del curatore consisterebbe nel passaggio in giudicato – prima del fallimento – della sentenza di accoglimento della domanda *ex* art. 2932 c.c., poiché in quel caso il rapporto troverebbe definitiva esecuzione tra le parti. Inoltre, sebbene secondo l'opinione prevalente[114] non incida sulla facoltà di scelta del curatore, è opportuno rilevare che la trascrizione della domanda giudiziale di esecuzione in forma specifica, *ex* art. 2652 n. 2 c.c., se eseguita anteriormente alla dichiarazione di fallimento del costruttore, comporta l'opponibilità alla massa dei creditori della domanda stessa e dell'eventuale sentenza di accoglimento, secondo quanto stabilisce l'art. 45 L. fall.. Tuttavia, ciò è tutt'altro che scontato per i contratti preliminari di immobili da costruire, i quali spesso non sono opponibili al fallimento perché privi di data certa; se a ciò si aggiunge la difficoltà di esperire l'azione di cui all'art. 2932 c.c. per "impossibilità" dell'esecuzione coattiva su fabbricati non ancora esistenti, si può affermare che il problema in caso di fallimento del costruttore resta aperto per il promissario acquirente che, in questo tipo di contratti, è

[113] Cfr. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2002, 381: "In nessun caso è ipotizzabile un risarcimento del danno da parte di chicchessia, perché, in applicazione specifica della norma generale, il legislatore, nel prendere del fallimento di un soggetto, ne regola le conseguenze sui rapporti in corso, senza considerare né il fallimento né le determinazioni conseguenti dei soggetti del rapporto come una causa di responsabilità"

[114] Cass.14 aprile 2004, n. 7070, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Fallimento,* n. 58; Cass. S.U. 14 aprile 1999, n. 239, in *Dir. Fall.*, 1999, II, 678, con nota di DI MAJO.

pressoché privo della possibilità di ottenere forzatamente la proprietà dell'immobile.

CAPITOLO II

L’ambito soggettivo di operatività della tutela.

1) L'ACQUISTO DELL'IMMOBILE COME ATTO DI CONSUMO. ESCLUSIONE.

L'art. 1, lett.a) del d. lgs. 122/2005 identifica l'acquirente nella "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 titolarità di un diritto reale di godimento su un immobile da costruire" e anche in "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 un immobile da costruire per iniziativa della stessa".

In via preliminare, occorre rilevare come il decreto abbia voluto far propria l'ormai usuale tecnica di normazione consistente nell'elencare le definizioni utili all'applicazione di una normativa. Da una prima lettura della definizione[115] si evince l'intento del legislatore di tutelare la parte che venga a contrarre con l'imprenditore[116]. Mediante la tecnica definitoria, il legislatore determina esplicitamente il campo di applicazione della disciplina con riguardo alla qualità dei soggetti del rapporto (acquirente e costruttore) e alla natura e all'oggetto del

[115] È appena il caso di ricordare, in questa sede, il dibattito che ha occupato ed in parte ancora occupa la dottrina in relazione al valore normativo delle definizioni, affermato da coloro che attribuiscono un contenuto precettivo ad ogni enunciato normativo e negato da chi invece ritiene che la funzione delle definizioni non sia quella di porre precetti ma di definirne il campo di applicazione. Tra questi ultimi, cfr., tra gli altri DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, I, 135; SICCHIERO, *La clausola contrattuale*, Padova, 2003. Si può, altresì, evidenziare, che l'ambito di applicazione di una disciplina va anche desunto dall'intitolazione della legge ("tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire"), alla quale viene riconosciuta valenza intepretativa anche dalla dottrina che ne nega l'efficacia normativa. Per quest'ultimo aspetto, cfr. PETRELLI, *Gli acquisti di immobile da costruire*, Milano, 2005, 20.

[116] Cfr. PAOLINI – RUOTOLO, Prime considerazioni sulla bozza di decreto legislativo in tema di tutela degli acquirenti di immobili da costruire o in corso di costruzione, in Studio n. 5691/C in *www.notariato.it*, 1: "il provvedimento si propone di delineare concreti strumenti di protezione per gli acquirenti di immobili da costruire o in costruzione, in caso di sottoposizione del costruttore a procedure concorsuali o a procedure espropriative".

contratto, così come è avvenuto con riguardo alle disposizioni sui contratti del consumatore.[117] Occorre, però, verificare se il decreto si possa inserire nel contesto legislativo, per lo più di derivazione comunitaria, finalizzato alla tutela del contraente debole in presenza di squilibri delle posizioni contrattuali[118], coniugando le nuove esigenze dell'autonomia contrattuale con il corretto funzionamento del mercato[119] e, quindi, se vi siano spazi di convergenza – ai fini dell'individuazione della disciplina in concreto applicabile - tra questa normativa e la legislazione posta a tutela del contraente debole. Infatti, è stato autorevolmente rilevato che "il progressivo emergere di norme volte ad incidere sulla disciplina dei contratti in cui una delle parti abbia la qualità di consumatore, pone con forza il problema di stabilire se la disciplina speciale abbia carattere dipendenti solo da esigenze di settore e sia dunque priva di rilievo sistematico o se invece costituisca applicazioni si principi generali già presenti nel sistema che tendono a tutelare il contraente più debole attraverso meccanismi non esclusivamente propri della tutela del consumatore e dunque capaci di applicazione estensiva o analogica" [120].

Tale indagine si rende necessaria alla luce di quanto osservato dalla dottrina secondo la quale la disciplina introdotta dal d.lgs. 122/2005 sembra rappresentare un momento di intersezione tra diritto della crisi d'impresa e

---

[117] Così GALBUSERA, *Definizioni e garanzia fideiussoria*, in *(a cura di)* SICCHIERO, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire*. *Commento al d. lgs.n. 122 del 2005*, Padova, 2005, 52

[118] Cfr. PETRELLI, *Il contenuto minimo dei contratti aventi ad oggetto immobili da costruire*, in *Riv. dir.civ.*, 2006, 287.

[119] Cfr. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato* , Roma – Bari, 2004; BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, 26: "l'idea fondamentale da cui la legge muove, e che vuole realizzata nell'ordinamento, è che il contratto funzioni come contratto, strumento essenzialmente misurato sul principio di parità e sulla libera determinabilità del suo contenuto ad opera delle stesse parti. Quando questo principio è tipicamente turbato da necessità, per così dire, istituzionali, o per ragioni imposte dall'economia, l'ordine giuridico corregge tale turbativa, cercando di riequilibrare le posizioni contrapposte".

[120] Cfr. NUZZO, *Tutela del consumatore e disciplina generale del contratto*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di Vettori, Padova, 1999, 830: "Il progressivo emergere di norme volte ad incidere sulla disciplina dei contratti in cui una delle parti abbia la qualità di consumatore, pone con forza il problema di stabilire se la disciplina speciale abbia carattere dipendenti solo da esigenze di settore e sia dunque priva di rilievo sistematico o se invece costituisca applicazioni si principi generali già presenti nel sistema che tendono a tutelare il contraente più debole attraverso meccanismi non esclusivamente propri della tutela del consumatore e dunque capaci di applicazione estensiva o analogica".

diritto dei contratti,[121] collocandosi in un contesto di sistema particolarmente problematico[122], posto che alla ricerca di una nuova razionalità ordinamentale[123] dovuta all'emersione di nuove categorie di matrice comunitaria, si aggiunge la natura composita delle innovazioni come quella in commento, che rendono opportuna un'indagine approfondita di quelle discipline speciali che intersecano gli istituti e i settori tradizionali (diritto concorsuale, diritto dei contratti).[124]

In questa prospettiva, appare opportuno riferirsi al contraente debole quale punto di partenza dell'analisi relativa al profilo soggettivo della tutela apprestata dal d. lgs. 122/2005 e quale destinatario dei primi interventi legislativi di protezione.

Il regime normativo delineato dagli artt. 1341 e 1342 c.c. [125] consente di rilevare come il legislatore, sebbene in modo poi rivelatosi poco efficace, abbia comunque ritenuto possibile che, al ricorrere di certi presupposti (condizioni generali di contratto; formulari; clausole vessatorie) potesse determinarsi un'ingiustificata disparità di potere negoziale che andava superata assicurando una tutela al contraente debole. E' noto che questa tutela si è dimostrata inadeguata in concreto e ha reso necessario un intervento normativo che, accanto alla tutela formale, introducesse una tutela sostanziale. Questo cammino ha portato alla disciplina dei contratti conclusi tra professionisti e consumatori,

---

[121] Cfr. DI MARZIO, *Crisi d'impresa e contratto. Note sulla tutela dell'acquirente di immobile da costruire,* in *Dir. fall. soc. comm.*, 2006, 31 ss.

[122] Cfr. ROSSI CARLEO, *La codificazione di settore: il codice del consumo*, in *Rass. dir. civ.*, 3, 2005, 883: "In un contesto nel quale un eccesso di discipline settoriali, spesso redatte in maniera affrettata e disomogenea, rende ineludibile, quanto meno, una ricerca di coerenza, si incontrano e si scontrano numerose opzioni; queste, nel comune intento di raggiungere l'obiettivo di porre un "ordine" nell'universo di regole presenti, propongono percorsi più o meno ambiziosi, più o meno ampi".

[123] Cfr. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Materiale e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di Vettori, Padova, 1999, 801.; PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale: per un sistema italo comunitario delle fonti*, Napoli, 1992, 41 ss.

[124] Il DI MARZIO, *Crisi d'impresa e contratto*, *op. cit.,* 32, usa la definizione efficace di "*territori di frontiera*".

[125] Nella relazione al codice civile si fa riferimento al "bisogno di assicurare l'uniformità del contenuto di tutti i rapporti di natura identica, per una più precisa determinazione dell'alea che vi è connessa, la difficoltà che si oppone alle trattative con i clienti, l'esigenza di semplificare l'organizzazione e la gestione delle imprese inducono l'imprenditore a prestabilire moduli il cui testo non può essere discusso dal cliente, se il cliente non voglia rinunziare all'affare".

che rimane un punto di riferimento essenziale per valutare la qualità soggettiva del contraente debole, anche quando questa figura sia introdotta da un legislazione speciale.

Nel merito, la definizione dei limiti soggettivi di operatività della tutela introdotta dal d. lgs. 122/2005 induce a porre il soggetto tutelato – il promissario acquirente di immobile da costruire – in relazione alla figura intorno alla quale ruota gran parte del sistema protettivo prodotto negli ultimi anni e cioè il consumatore, contraente debole per eccellenza. Questo raffronto consente, inoltre, di affrontare problemi simili a quelli emersi a suo tempo per il consumatore per quanto attiene all'ambito oggettivo di operatività della tutela.

La nozione contenuta nel decreto di acquirente di immobile da costruire sembra più ampia di quella di consumatore, inteso come la persona fisica che agisce per scopi estranei alla sua attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta, ora recepita, con la relativa disciplina, nel Codice del Consumo (d.lg. 06/10/2005, n. 206). Nella normativa in commento manca la precisazione relativa agli scopi in funzione dei quali deve essere posto in essere il contratto.

Sul punto, la dottrina si divide tra un'interpretazione letterale e un'interpretazione restrittiva della nozione di acquirente.

La lettura del dato testuale indurrebbe ad escludere l'assimilabilità della figura di acquirente a quella di consumatore, a causa dell'irrilevanza dello scopo perseguito dal contraente debole; l'unico presupposto soggettivo di applicabilità richiesto dalla norma è che l'acquirente sia persona fisica, senza stabilire nulla in merito all'uso cui destinato il bene.[126]

Ne deriverebbe che dalla nozione di acquirente come delineata dalla legge in commento rimarrebbero escluse le società , la persona giuridica e l'ente collettivo in genere[127]; mentre vi rientrerebbe la persona fisica che agisca

[126] PAGLIETTI, *La nullità della vendita di immobili da costruire per mancata prestazione della garanzia* fideiussoria, in *Riv. dir. priv.*, 1, 2007, 105.

[127] Giova ricordare che analoghe osservazioni occuparono il dibattito in dottrina in tema di applicabilità della legislazione comunitaria a tutela del consumatore alle persone giuridiche e agli enti di fatto. Sebbene si ritenesse di dover in ogni caso far salvo il limite dell'estraneità all'attività professionale, da più parti si è sostenuta la necessità di applicare la normativa alle

nell'esercizio di un'attività professionale o imprenditoriale.[128] Una circostanza addotta a sostegno di questa tesi è il richiamo, operato dal decreto legislativo, al contratto di *leasing*, cioè ad un tipico contratto d'impresa, nel quale l'utilizzatore agisce nell'esercizio della propria attività di impresa o professionale.[129] Ne conseguirà che, se così interpretata, la nozione di acquirente del d. lgs. 122/2005 non coincide con quella di consumatore come delineata dal Codice del Consumo.[130]

Tuttavia, sembra utile ricordare che la nozione di consumatore e quella di atto di consumo[131] sono state oggetto di differenti interpretazioni ed è evidente che gli esiti del raffronto tra la definizione di consumatore e di acquirente di immobile da costruire dipendono anche dall'opinione cui si scelga di aderire.

Un'autorevole dottrina[132] sostiene che la disciplina a tutela dei consumatori non si debba applicare ai soli soggetti "privati" ma anche agli imprenditori o professionisti per i quali il contratto non costituisce lo strumento del normale esercizio dell'attività. Secondo questa opinione sarebbe

---

persone giuridiche, rinvenendo la medesima posizione di debolezza e, quindi, la sussistenza di ragioni di protezione tali da giustificare l'intervento riequilibratore del legislatore. Cfr. CHINE', *Il consumatore*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di Lipari, Padova, 2003, 443. In senso contrario, si è obiettato che le difficoltà di estensione della disciplina consumeristica alle persone giuridiche risiedono nel diverso rapporto che la persona fisica e la persona giuridica hanno rispetto all'atività professionale ed extraprofessionale: l'ente personificato sarebbe sempre tenuto ad operare in funzione della realizzazione degli scopi sociali, fino a sostenere l'inconcepibilità di un'attività extraprofessionale dell'ente, che giustificherebbe la negazione della tutela. Cfr. SCALFI, *La direttiva del Consiglio CEE del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive nei contratti stipulti con i consumatori*, in *Resp. civ. e prev.,* 1993, 435 ss.

[128] Così PETRELLI, *Gli acquisti di immobili da costruire*, cit., 41.

[129] Ancora PETRELLI, op.cit., 41: "del resto, laddove il legislatore ha voluto restringere la protezione del contraente debole alla sola figura del consumatore, lo ha detto espressamente (in tema di multiproprietà, di protezione dei consumatori ed utenti, di vendita di benui di consumo ecc.). Della medesima opinione, BUSANI, *Il perimetro dei contratti interessati alla nuova disciplina sugli edifici da costruire e tecniche contrattuali innovative per"fermare l'affare"* in *Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazione del d. lgs. 122/2005 e prospettive*, ed. Il Sole 24 ore, Lavis, 2006, 53, nota 3.

[130] Sul confronto tra le nozioni di consumatore e di contraente debole nelle contrattazioni immobiliari si era già espresso PERLINGIERI, *La tutela del "contraente debole" nelle contrattazionei immobiliari. Traccia di un possibile convegno,* in *Rass. dir.civ.*, 2000, 746 ss.

[131] BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, cit., 802 afferma che "l'attributo di consumatore vale piuttosto ad individuare in termini soggettivi l'atto di consumo, ovvero il negozio posto in essere per finalità prevalentemente personali".

[132] Cfr., per tutti, C. M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto,* Milano, 2000, 376 ss.

irragionevole apprestare tutela ad un imprenditore che, ad esempio, acquisti un televisore per la sua abitazione e negarla se il televisore fosse destinato al suo ufficio: si dovrebbe, allora accertare di volta in volta le intenzioni del contraente, senza che ciò consenta di risolvere il problema degli scopi misti, e cioè in parte professionale e in parte domestici[133] e soprattutto il problema dei contratti stipulati dal professionista per scopi solo strumentali o connessi alla sua attività.[134] A questo proposito è stata elaborata da parte dei sostenitori di un'interpretazione estensiva della nozione di consumatore, una distinzione tra atti della professione e atti relativi alla professione, al fine di negare o affermare la qualifica di consumatore e, di conseguenza, l'applicabilità della relativa disciplina.[135]

Secondo tale linea di pensiero, per gli atti della professione andrebbe esclusa la natura di contratti del consumatore, in quanto il soggetto se ne serve per esercitare la sua professione mentre andrebbero considerati tali quegli atti connessi alla professione ma che non ne costituiscono espressione dell'esercizio.[136] Questa distinzione ammette una "variante restrittiva"[137] che è quella della c.d. strumentalità non occasionale, in forza della quale sarà atto della professione l'acquisto di una macchina tipografica da parte di un

---

[133] Un consolidato orientamento giurisprudenziale nega che tali acquisti possano considerarsi atti del consumatore. Cfr. Trib. Roma, 20 ottobre 1999, in *Foro it.*, 2000, I, 645, con nota di Lener. In dottrina si discute tra i sostenitori della natura professionale dell'acquirenti e coloro che avanzano l'ipotesi del criterio della prevalenza. Di quest'ultimo avviso E. MINERVINI, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 1999, 42.

[134] Cfr. E. GABRIELLI, *Sulla nozione di consumatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*,. 4, 2003: "L'interpretazione fondata sullo scopo dell'atto nega tutela al soggetto che concluda un contratto per finalità di consumo professionale o strumentale, posto che il collegamento funzionale tra atto e professione eventualmente esclude di per sé la qualifica di consumatore in capo all'agente".

[135] Cfr. Trib. Roma, 20 ottobre 1999, cit. : " La tesi preferibile appare quella che a tal fine basta l'indagine non già sull'utilizzazione del bene o del servizio, costituente oggetto del contratto, nell'ambito dell'attività imprenditoriale o professionale di colui che l'acquista, bensì sull'utilizzazione del contratto stesso, al fine di verificare se rientri o non nel quadro dell'attività anzidetta la conclusione di contratti del genere di quello in esame; in altre parole se la conclusione di tale contratto sia o non *atto della professione* di chi acquista o il servizio, come lo è per la sua controparte".

[136] Il GABRIELLI, *Sulla nozione di consumatore*, op. cit., 1166 riporta quale esempio del primo tipo di atti l'acquisto di un'automobile da parte di un rivenditore di automobili e come esempio del secondo l'acquisto di un computer da parte di un avvocato.

[137] Ancora GABRIELLI, cit. 1166.

tipografo[138], mentre sarà atto relativo alla professione l'affidamento da parte di uno scultore di una propria opera ad un vettore per partecipare ad un concorso[139]. A sostegno di questa tesi si è sostenuta l'esistenza di un tipo di attività contrattuale la quale, ancorché conclusa in un contesto professionale, non realizza scopi professionali del soggetto ma soddisfa esigenza di altra natura, legate al c.d. "consumo privato". Altra opinione[140] nega la validità di un tipo di consumo del genere, rovesciando l'argomento e sostenendo che anche gli atti strumentali sono diretti a soddisfare esigenze professionali, perché volti a svolgere la professione in modo soddisfacente. Sembrerebbe più convincente la ricostruzione che fonda una concezione estesa del consumatore su un argomento di natura teleologica, in forza del quale se la *ratio* della tutela è individuata nella debolezza di un contraente che non è in grado di influire sul contenuto del contratto, poiché meno competente e meno informato della controparte, si dovrebbe allora ricomprendere nelle finalità della disciplina la regolamentazione di quegli atti posti in essere non direttamente per l'attività professionale ma ad essa legati strumentalmente.[141]

---

[138] Pret. Foggia – Orta Nova, 17 dicembre 1998, in *Giur. it.*, 2000, c. 312, con nota di TORRESI.
[139] Trib. Roma, 20 ottobre 1999, cit.
[140] GABRIELLI, cit., 1168.
[141] Trib. Roma, 20 ottobre 1999, cit.,: "tale interpretazione, se da un lato non appare incompatibile con la lettera della norma, dall'altro appare la più coerente con la sua *ratio* . Invero, è noto come la disciplina delle clausole abusive sia tutta costruita sulla presunzione che la persona fisica contraente per scopi non professionali con un soggetto professionale si trovi in una tipica (cioè appunta presunta dalla legge) situazione di debolezza, meritevole di particolare tutela al fine di vincere lo squilibrio di potere di determinazione del contenuto del contratto che caratterizza tale situazione. Ma se la legge presume che anche colui che esercita professionalmente un'attività (imprenditoriale o non) si possa trovare in tale situazione di debolezza nel contrattare con chi come lui opera professionalmente ma nell'ambito specifico in cui si inserisce il contratto stesso sembra evidente che in questo risiede il discrimine tra i due:che per l'uno (il professionista definito tale dalla legge) la conclusione di un contratto di quel genere costituisce un atto della sua professione, per l'altro (il consumatore, appunto) un atto estraneo alla sua, a prescindere dalla utilizzazione che intenda fare del bene acquistato. E, in effetti, sotto questo profilo non si vede come possa essere differente la posizione del rappresentante di commercio che acquista un'automobile per il suo lavoro e quella di altra persona (se non lui stesso) che l'acquista per la famiglia".

2. LA LIMITAZIONE DELLA TUTELA AL CONTRAENTE "PERSONA FISICA".

La giurisprudenza, in linea di massima, ha interpretato in senso restrittivo la nozione di "persona fisica" contenuta all'art. 33 del Codice del consumo .[142]

A favore dell'applicabilità al promissario acquirente di immobile da costruire della disciplina dettata a favore del consumatore sono i fautori di un'interpretazione restrittiva[143] dell'espressione "persona fisica" contenuta nella normativa in commento, secondo i quali la disciplina è applicabile solo se il promissario acquirente sia una persona fisica che non agisca nell'esercizio dell'attività d'impresa o professionale, adducendo ragioni di ordine sistematico ed esegetico. Dal punto di vista sistematico[144] si rileva che – ponendosi l'obiettivo di una tutela "equa ed adeguata" – il d. lgs. 122/2005 fa riferimento al concetto di "imprenditore" solo nella definizione di costruttore e non in quella di acquirente e da ciò dovrebbe dedursi che con la dizione "persona fisica" il legislatore abbia voluto intendere solo i soggetti non imprenditori o che

[142] La Suprema Corte ha escluso che possa fruire del regime protettivo posto a tutela del consumatore la persona fisica che agisce non per scopini impresa ma anche per scopi semplicemente connessi all'esercizio dell'impresa; cfr. Cass. 25 luglio 2001, n. 10127, in *Giust. civ.* 2002, I, 685. In senso contrario si segnala Cass., 24 luglio 2001, n. 10086, in *Corr. giur.*, 2001, 1436, con nota di CONTI, che riconosce l'applicabilità degli allora artt. 1469 bis ss. c.c. al condominio sulla base della considerazione per la quale "l'amministratore agisce quale mandatario con rappresentanza dei vari condomini, i quali devono essere considerati consumatori, in quanto persone fisiche operanti per scopi estranei ad attività imprenditoriale o professionale". La Corte argomenta analogamente in riferimento alla disciplina in materia di contratti negoziati fuori dai locali commerciali: "ciò che rileva ai fini dell'assunzione della veste di consumatore è l'estraneità o meno dello scopo avuto di mira rispetto all'attività professionale dell'agente nel momento in cui questi ha concluso il contratto; ne consegue che deve escludersi che possa qualificarsi consumatore la persona che, in vista di intraprendere un'attività imprenditoriale, cioè per uno scopo professionale, acquista gli strumenti indispensabili per l'esercizio di una tale attività". Così Cass., 10 agosto 2004, n. 15475, richiamata da BARALE, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire:dall'esperienza francese alla nuova normativa italiana*, in *Contr. impr. Eur.* 2, 2005, 816, nota 20.

[143] Cfr. COSTOLA, *Verso nuove forme di tutela degli acquirenti di immobili da costruire: la legge delega 2 agosto 2004.* Prima parte, in *Studium iuris,* 2004, 1495.

[144] DI MARZIO, *Crisi di impresa e contratto. Note sulla tutela dell'acquirente dell'immobile da costruire*, in *Dir. fall.* 2006, 36: "un'evidente esigenza di coerenza sistematica sembra imporre che ogni qualvolta il regime sia apprestato per una persona fisica, debba essere inteso per ciò stesso come apprestato esclusivamente per il consumatore".

comunque non agiscono in quella veste in sede contrattuale. Sul piano interpretativo, si nota come l'art. 2, lett. b, del decreto disponga che è acquirente chi concluda un contratto diretto al trasferimento di un diritto reale su un immobile da costruire "a sé o ad un proprio parente di primo grado", al fine di ricomprendere nell'ambito della normativa di tutela il fenomeno degli acquisti immobiliari compiuti dai coniugi a favore dei figli;[145] ciò che sembrerebbe difficilmente conciliabile con un'attività d'impresa. Tale richiamo non si giustificherebbe, secondo l'opinione in parola, se "l'elemento qualificante l'accordo funzionale all'acquisto della proprietà non fosse il diritto all'abitazione"[146] e se - nella distinzione tra contratti per l'impresa, contratti dell'impresa e contratti connessi alla vita personale e familiare[147] – non si facesse rientrare in quest'ultima categoria quelli cui applicare la tutela introdotta dal d. lgs. 122 del 2005.

A sostegno della tesi che mira ad escludere dalla disciplina protettiva chi operi per scopi imprenditoriali, si evidenzia la debolezza di una soluzione che assoggetti a tutela tutte le imprese individuali, a prescindere dalle loro dimensioni ed escluda al contempo quelle di piccole dimensioni[148] e tutti i soggetti collettivi non imprenditoriali. Il fondamento di questa tesi sembra essere la convinzione che la circostanza che l'acquirente sia una persona fisica è assolutamente neutra dal punto di vista giuridico ed insufficiente a giustificare una diversità di tutela nel caso in cui l'acquirente sia un soggetto collettivo[149] ; di qui la necessità di rinvenire un criterio distintivo volto a individuare i soggetti

[145] Non appare chiara la ragione dell'esclusione del coniuge.

[146] MAZZU', *Il rilievo dei profili soggettivi ed oggettivi nella trascrizione del contratto preliminare*, in corso di pubblicazione, p. 21 del dattiloscritto.

[147] La distinzione trova ricorrente riscontro nella giurisprudenza: "In tema di trasferimento di azienda, la regola stabilita dall'art. 2558 c.c. – secondo cui si verifica il trasferimento *ex lege* – al cessionario di tutti i rapporti contrattuali a prestazioni corrispettive non aventi carattere personale e, quindi, dei cosiddetti contratti di azienda che hanno ad oggetto il godimento di beni aziendali, sono attinenti all'organizzazione dell'impresa, come il contratto di assicurazione contro i danni che sia stato stipulato per l'esercizio dell'azienda". Cfr. Cass. civ., , 7 dicembre 2005, n. 27011, in *Giust. civ. Mass.,* 2005, 12.

[148] D'ARRIGO, *La tutela contrattuale degli acquirenti di immobili da costruire*, cit., 926.

[149] DI MARZIO, *Crisi di impresa e contratto*, cit. 36: "nella contrattazione diseguale tra imprese l'elemento della debolezza è desunto dalle caratteristiche specifiche della relazione economica e della posizione ricoperta da ciascuna impresa nel mercato e mai dall'essere l'impresa debole una "persona fisica".

tutelati dal d. lgs. 122 del 2005 e l'ulteriore aggettivazione della categoria degli acquirenti protetti, specificando che essi debbano agire al di fuori di un'attività imprenditoriale.

A ciò si è obiettato che il criterio dell' "acquirente - persona fisica" potrebbe essere adeguato a giustificare una diversità di tutela, considerando che il criterio per modulare la stessa non necessariamente deve essere "forte".[150]

Si potrebbe affermare che l'obiettivo del legislatore sia la tutela di interessi non soltanto patrimoniali ma direttamente rapportabili alla *persona* dell'acquirente[151].

Occorre tener conto, infatti, che la situazione in cui viene a trovarsi l'acquirente in caso di crisi dell'imprenditore è di grande frustrazione per la delusione delle aspettative individuali, legate alla casa da destinare ad abitazione familiare piuttosto che alla riuscita di un investimento economico. Sotto questo profilo si potrebbe ipotizzare, aderendo ad una diversa opinione, che il legislatore abbia voluto dedicare maggiore attenzione al soggetto fisico, che potrebbe essere pregiudicato non solo dal punto di vista economico ma anche a causa della delusione di progetti personali – il che non potrebbe avvenire in caso di ente collettivo spersonalizzato – e che ciò giustificherebbe l'esclusione delle persone giuridiche che non esercitano attività imprenditoriale dall'ambito della tutela del d. lgs. 122/2005. Infatti, i soggetti coinvolti sono di regola privati che investono i loro risparmi nell'acquisto e non speculatori professionali[152].

La tutela giuridica degli acquirenti di immobili da costruire assumerebbe così, anche un rilievo costituzionale in base all'art. 47 Cost. che, considerando il bene – casa come bene essenziale, stabilisce che la Repubblica "favorisce

---

[150] Cfr. D'ARRIGO, op. cit., 926, nota 42: "Infatti, la qualità soggettiva dell'acquirente non costituisce l'unico canone di individuazione dell'ambito di operatività della disciplina , che invece – a differenza della vera e propria normativa consumeristica – traccia i confini del proprio campo d'applicazione anche (e soprattutto) in relazione ad un classe (abbastanza ampia ma comunque circoscritta) di contratti individuati in base all'operazione economico-giuridica che mirano a realizzare".

[151] Così ancora D'ARRIGO, op. cit., 927.

[152] D'ARRIGO, op. cit., 916.

l'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione".[153] A ciò si aggiunga il dato dell'autonomia patrimoniale che consente agli enti collettivi di circoscrivere gli effetti negativi della crisi del costruttore mentre per le persone fisiche l'esito infruttuoso dell'investimento si ripercuote direttamente sul patrimonio personale. Queste diverse ragioni concorrono a spiegare, secondo questa tesi, la mancata inclusione tra i soggetti tutelati dal decreto delle imprese collettive, al contrario di quelle individuali.

Altra opinione[154], muovendo da un diverso punto di vista, sembra giungere a conclusioni simili; infatti, individuando la ragione della limitazione della tutela alle sole persone fisiche nel fatto che oggetto della disciplina protettiva sarebbe il "bene – casa" e non il "bene – sede", fa rientrare l'intervento legislativo in commento nell'ambito delle normative poste a tutela del contraente debole e volte alla rimozione dell'asimmetria contrattuale.

Si sarebbe, cioè, in presenza di una di quelle ipotesi in cui l'intervento del legislatore è diretto ad imporre l'osservanza di regole di comportamento che possano garantire maggiore equità nei rapporti tra le parti. Ne deriva che la normativa di tutela non dovrebbe e non potrebbe trovare applicazione qualora le parti operino sullo stesso piano, ad esempio nel caso di imprenditore che venda ad altro imprenditore un immobile da costruire; in questo caso, non si capirebbe il motivo per il quale attribuire una particolare tutela ad un soggetto che dovrebbe assumersi il normale rischio d'impresa connesso ad un'operazione che egli compie nell'esercizio della sua attività.

A ben vedere, tuttavia, si dovrebbe considerare che, già prima che il Codice del Consumo racchiudesse in maniera sistematica le normative dettate a favore del contraente debole -consumatore, in altre numerose ipotesi normative si è inteso apprestare tutela al "contraente debole" a prescindere dalla qualifica di "consumatore": si pensi alle norme poste a tutela della trasparenza dei

[153] Secondo DI MARZIO, *Crisi d'impresa e contratto*, op.cit. 33, le nuove regole, costituendo attuazione di un precetto costituzionale devono essere interpretate "sulla base della scelta assiologia espressa nella Carta fondamentale".
[154] COSTOLA, *Verso nuove forme di tutela degli acquirenti di immobili da costruire: la legge delega 2 agosto 2004, n. 210*, in *Studium iuris,* 2004, 1495.

contratti bancari o alla disciplina della subfornitura[155]. Quest'ultima, in particolare, tende a tutelare una particolare condizione di debolezza contrattuale e cioè la subordinazione imprenditoriale del subfornitore al committente,[156] in un contesto di grande vulnerabilità dell'impresa dipendente.

Si è, così, avanzata la tesi del definitivo superamento dell'identificazione tra la qualifica di contraente debole e quella di consumatore, in favore della nuova figura del professionista debole, sulla quale si basa il fenomeno della c.d. "contrattazione terza".[157] Ciò che, però, distingue la disciplina di tutela degli acquirenti di immobili dalle altre appena citate è la limitazione della tutela alle sole persone fisiche, la quale ha dato luogo persino al dubbio circa la legittimità costituzionale dell'interpretazione che dovesse estendere all'imprenditore individuale la tutela in oggetto, per disparità di trattamento rispetto alle società e alle persone giuridiche.[158] Sul punto si è osservato – da una diversa prospettiva - che se la nuova disciplina mira a tutelare quei contraenti privi della opportuna forza contrattuale e delle conoscenze proprie dei soggetti che operano sul mercato, ne dovrà derivare che la tutela non andrà estesa alla persona fisica che agisca nell'esercizio dell'attività professionale o d'impresa.[159]

---

[155] Cfr. PETRELLI, *Gli acquisti di immobili da costruire*, op. cit., 42.

[156] Cfr. C. M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., 400: "La subordinazione si coglie in ciò, che l'attività del subfornitore si conforma alle specifiche esigenze del committente ed è quindi in suscettibile di essere immessa nel mercato della concorrenza".

[157] Cfr. AMADIO, *Nullità anonime e conformazione del contratto (note minime in tema di "abuso dell'autonomia contrattuale")*, in *Riv. dir. priv.*2005, 303: "la logica valutativa impiegata a tutela del consumatore è imperniata sull'asimmetria presunta, o implicita nella diversità dei ruoli e nelle modalità unilaterali della contrattazione ,trasferita al diverso ambito dei contratti tra imprese appare difficilmente utilizzabile: e, ad essa, con ogni probabilità dovranno sostituirsi criteri e modalità di controllo dell'asimmetria in concreto, capaci di ricostruire e valutare, caso per caso, la specificità dell'operazione negoziale". Cfr. anche OPPO, in *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. L'attuazione della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993*, a cura di Bianca e Alpa, 3 aveva già osservato: "è giusitificato escludere il professionista, cioè il professionista intellettuale, da questa tutela e soprattutto è giustificato escluderne l'impresa debole rispetto all'impresa forte? Oppure su questo terreno possiamo lavorare sugli accenni al rispetto del principio di buona fede che sono contenuti anche nella direttiva per cercare di superare quella che a me sembra un'incoerenza?".

[158] PAOLINI – RUOTOLO, *Prime considerazioni sulla bozza di decreto legislativo in tema di tutela degli acquirenti di immobili da costruire o in corso di costruzione*, in *CNN, Studio 5691/ C* www.notariato.it. Gli Autori ritengono che "sarebbe difficile giustificare la disparità di trattamento tra un imprenditore persona fisica ed una piccola società di persone, che potrebbe risentire nella stessa misura dell'alea dell'operazione".

[159] RIZZI, *Commento al decreto legislativo n. 122 del 2005*, in *Notariato*, 4, 2005, 433: "non si capirebbe, altrimenti, perché la tutela sarebbe applicabile all'impresa, di piccole o medie

In senso contrario, si afferma che l'elemento della debolezza nella contrattazione diseguale tra imprese si rinviene nelle caratteristiche specifiche della relazione economica e dalla posizione che ciascuna impresa ricopre nel mercato e non dal fatto che l'impresa sia una persona fisica; inoltre, nel nostro ordinamento la qualificazione soggettiva di "contraente debole persona fisica" assume rilievo nella contrattazione tra l'impresa e il consumatore e ne deriverebbe che per strumento di tutela predisposto a favore di una persona fisica debba intendersi uno strumento di tutela del consumatore.[160]

Un utile terreno di confronto tra il consumatore e l'acquirente di immobile da costruire può essere quello degli obblighi di contenuto cui i due tipi di operazioni contrattuali devono attenersi, con particolare riguardo al profilo informativo.

Il decreto in esame prescrive che il contenuto del contratto preliminare debba conformarsi ad una serie di indicazioni e specificazioni relative in particolare all'oggetto del contratto e agli obblighi gravanti sul costruttore, in modo da "determinare con la massima precisione possibile lo stato di fatto e di diritto dell'immobili, gli obblighi del costruttore e gli obblighi dell'acquirente".[161] Ciò che nella contrattazione di massa è ritenuto obiettivo prioritario in termini di c.d. obblighi di protezione[162] (ad esempio la facoltà di recesso unilaterale attribuita al contraente debole) non è previsto dal d. lgs. 122/2005 e gli stessi obblighi informativi sembrano assolvere ad una funzione secondaria e strumentale nell'economia complessiva del decreto.

---

dimensioni, se esercitata in forma individuale e non invece alla medesima impresa se esercitata nella forma, ad esempio, di s.n.c.".

[160] Cfr. DI MARZIO, op. cit., 35: "se tra tutti i soggetti che concludono il contratto per scopi estranei all'attività di impresa può essere considerato consumatore – e dunque soggetto debole e come tale meritevole del regime protettivo – soltanto la persona fisica e se la persona fisica gode del regime protettivo soltanto in quanto contratti per scopi estranei all'attività d'impresa, potrebbe apparire difficile immaginare una figura di contraente da ritenersi "debole" (solo) *perché* "persona fisica"anche se non "consumatore" (ma imprenditore)".

[161] PETRELLI, *Il contenuto minimo dei contratti aventi ad oggetto immobili da costruire*, in *Riv. dir. civ.*, 3, 2006, 290.

[162] Cfr. VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999, 66: " le contrattazioni di massa hanno necessità di avere sistemi di tutela giocati su fatti oggettivi e non di riferimenti a condizioni oggettive".

Le ragioni di queste differenza si spiegano proprio in base a considerazioni relative al profilo soggettivo.

Infatti, protagonisti della contrattazione di massa sono il consumatore da un lato e imprese organizzate dall'altro che stipulano accordi caratterizzati, spesso, dallo scarso valore economico e dalla standardizzazione dei contenuti contrattuali. Il consumatore è stato definito "un uomo che ha fretta", che non legge le clausole e che è altresì sottoposto a campagne pubblicitarie e di marketing che lo costringono a scegliere in fretta e senza particolare riflessione. Di qui la situazione di squilibrio di informazioni e conoscenze tra le parti, che rende difficile il raggiungimento dei risultati previsti e ostacola la valutazione del rischio contrattuale, inducendo la parte meno informata ad accettare un contratto inefficiente. A ciò si tenta di porre rimedio mediante l'imposizione di obblighi informativi che consentano consumatore di verificare la corrispondenza tra l'operazione conclusa e quella pubblicizzata[163], al fine di rimuovere o almeno di attenuare la congenita disparità di forza esistente tra professionista e consumatore.[164]

Al contrario, l'operazione posta in essere dall'acquirente di immobile da costruire è di tutt'altra natura, consistendo in genere in un considerevole impegno economico per l'acquirente e, quindi, in un acquisto meditato, senza contare la scarsa incidenza della pubblicità commerciale nel settore della contrattazione immobiliare.

Se è possibile rinvenire un punto di convergenza tra le due fattispecie nella circostanza che la standardizzazione delle condizioni generali di contratto è fenomeno che spesso riguarda anche la contrattazione immobiliare – ed in questi casi si verificano situazioni di asimmetria informativa – è altrettanto vero

[163] VALENTINO, op. cit., 151: "poiché si tratta di contratti predisposti unilateralmente e in una posizione non equilibrata tra i soggetti contraenti, il legislatore vuole liberare la parte debole da qualsiasi suggestione o abilità illustrativa e da qualsiasi onere probatorio circa la corrispondenza tra le informazioni ricevute preliminarmente, che l'hanno indotta a contrarre, e il reale contenuto dell'assetto contrattuale; il risultato si ottiene vincolando la descrizione dell'oggetto contrattuale alle stesse informazioni preliminari".

[164] Cfr. ROSSI CARLEO, *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 353, che evidenzia che "al consumatore spesso manca l'effettiva capacità di scelta, scelta, intesa, ovviamente, come capacità di giudizio".

che la tutela a favore dell'acquirente di immobile da costruire viene accordata a prescindere dal fatto che si tratti di contratti standard ovvero di contratti individuali; anzi, in quest'ultimo caso, pare ancor più necessario fornire all'acquirente la consapevolezza dei termini contrattuali posti in essere per la sua situazione. Ne deriva che la *ratio* delle prescrizioni di contenuto trova fondamento nella necessità di garantire la completezza del contratto, evitando di rimetterne l'esecuzione a clausole generali, tutelando così l'acquirente.

Alla luce di queste considerazioni, si è ipotizzata una conclusione secondo la quale il d. lgs. 122 del 2005 costituirebbe una disciplina a tutela di un contraente pur sempre debole[165], ma non perfettamente sovrapponibile rispetto alla figura del consumatore, salva la possibilità di cumulare le due discipline nel caso in cui l'acquirente sia anche consumatore[166].

Ne deriverebbe – in base a questa impostazione - che il nuovo regime sarebbe applicabile anche a favore di chi svolga attività imprenditoriale, purché in forma individuale, con esclusione delle associazioni, degli enti collettivi e delle società di persone; da ciò si evincerebbe la maggiore attenzione del legislatore nei confronti dell'allarme sociale suscitato dal pregiudizio alla sfera giuridica di una persona fisica rispetto ai casi in cui sia acquirente un soggetto collettivo (anche non imprenditore).[167]

---

[165] Peraltro, un'autorevole dottrina ha notato che "la categoria generale del contraente debole, più che possedere una propria valenza normativa, rappresenta descrittivamente i diversi destinatari di un insieme di tutele aventi, quale comune denominatore, la presunzione, (ovviamente *a priori*) di uno squilibrio a carico di determinate parto di determinate negoziazioni". Così PERLINGIERI, *La tutela del "contraente debole" nelle negoziazioni immobiliari. Traccia di un possibile Convegno* in *Rass. dir. civ.* 4, 2000, 746, il quale aggiunge che "l'individuazione *a posteriori* di squilibrio pone decisamente al di fuori delle tematiche imperniate su categorie soggettive: una cosa è prefigurare lo squilibrio in relazione ai soggetti ritagliandone uno statuto contrattuale specifico, altra cosa è individuare uno squilibrio nel concreto di qualsiasi contratto e riguardarlo alla luce del principio di proporzionalità".

[166] Osserva PAGLIETTI, op. cit., 106 che "circoscrivere la qualifica di acquirente a quella di consumatore significherebbe ridurre la portata della normativa ed escludere dalla tutela due significative categorie di atti; quelli promiscui e quelli strumentali".

[167] Ciò "a cagione di un minor grado di immedesimazione fra i valori pregiudicati e i soggetti coinvolti nella vicenda". Così D'ARRIGO, op. cit. 928.

3) IL POSSIBILE CONCORSO DI DISCIPLINE TRA ESIGENZE DI TUTELA DEL CONTRAENTE DEBOLE ED ESIGENZE DEL MERCATO.

A questo punto dell'analisi si può avanzare l'ipotesi dell'inclusione del d.lgs. 122 del 2005 tra quelle discipline di settore nelle quali viene accordata una speciale protezione ad una determinata figura di contraente debole, la persona fisica acquirente di un immobile da costruire. A questo tipo di contraente debole non si addice l'ipotesi da più parti formulata in relazione alla figura del consumatore, volta a qualificarla come *status*[168], cioè come particolare condizione soggettiva di portata generale, titolare di diritti, poteri e facoltà, alla quale afferisce un vero e proprio *corpus* normativo[169] di natura tuzioristica.

L'acquirente di immobile da costruire è invece tutelato non tanto in ragione delle sue caratteristiche soggettive quanto piuttosto per la posizione che assume nell'ambito dell'operazione di acquisto.

Occorre, cioè, tener conto della peculiarità dell'operazione regolata dalla normativa in commento, nella misura in cui essa si discosta dalle ipotesi considerate dal diritto previgente, che tutelava come contraente debole il consumatore nei rapporti con un professionista ovvero – come sopra evidenziato – un imprenditore nei rapporti con un altro imprenditore dotato di maggior forza economica.

---

[168] In questa sede è appena il caso di dar conto della possibilità di intendere in differenti modi il significato di *status*, della quale si occupa ampiamente CHINE', *Il consumatore*, cit. 467. Il primo modo, c.d. comunitario, è quello che concepisce lo *status* come posizione dell'essere umano rispetto ad una collettività; il secondo, emerso all'epoca delle codificazioni moderne, è di tipo soggettivistico – individualistico ed attribuisce ad un individuo la titolarità di una seri di diritti. In disaccordo nel riconoscere al consumatore la qualità di *status*, si veda, tra gli altri, BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di Vettori, Padova, 1999, 22. L'Autore considera il consumatore semplicemente il parametro soggettivo in base al quale valutare l'operatività delle disposizioni. In senso analogo PERLINGIERI, *La tutela del consumatore*, in *Il diritto dei consumi*, a cura di Perlingieri e Caterini, I, Napoli, 2004, 18: " mentre lo *status* di persona e cittadino hanno un valore assoluto, al contrario, il consumatore è una condizione legata alle circostanze concrete e alle effettive modalità di contrattazione".

[169] Cfr. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Roma – Bari, 2002, 10 ss.

L'interrogativo che, a questo punto, si pone è se vi siano spazi per individuare una disciplina di tutela modulata di volta in volta in ragione del *proprium* che ciascuna figura e ciascuna attività assumono e graduata in chiave funzionale all'interesse protetto[170]. Si potrebbe, cioè, affrontare il problema secondo quella prospettiva funzionale suggerita già da anni dalla migliore dottrina proprio a proposito della definizione del figura del consumatore, tenendo in considerazione le modalità dell'agire del soggetto nella realtà economica e le finalità di quell'agire; pertanto, il "punto di rilevanza ermeneutico" va spostato dal soggetto all'oggetto, concentrandosi sulle finalità che gli strumenti di tutela tendono a perseguire.[171]

Se, ad esempio, un imprenditore individuale (persona fisica) acquista un immobile da costruire al fine di rivenderlo, lo squilibrio di posizioni contrattuali risulterà molto attenuato e, conseguentemente, lo sarà il bisogno di tutela. Al tempo stesso, un medico che acquisti un immobile sulla carta da adibire a studio professionale non per questo dovrà ritenersi *a priori* libero da una condizione di asimmetria informativa e di incapacità nel valutare il rischio dell'operazione economica, che egli compie non nell'esercizio della propria professione, ma come atto strumentale all'esercizio stesso.

Impostato, così, il problema, nei casi in cui l'acquirente agisca per scopi privati (l'acquisto della casa di abitazione), si potrebbe ipotizzare un cumulo di qualifiche soggettive in virtù del quale l'acquirente assume l'ulteriore qualifica di consumatore e ciò richiederà, ovviamente, un raccordo tra la disciplina del decreto e quella del Codice del Consumo. In tal caso, sembra preferibile escludere le ipotesi applicative di alternatività e di esclusività tra le discipline,

---

[170] Così RABITTI, *Tutela dell'acquirente di immobili in costruzione: garanzia fideiussoria e nullità del contratto*, in *AA. VV. La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire*, Napoli, 2007, 63.

[171] Cfr. BENEDETTI, *La tutela del consumatore nel quadro dell'Unione Europea*, in *Quaderni dell'Istituto giuridico dell'Università degli Studi della Tuscia. Annali1996*, Viterbo, 1997, 14: " Il punto di rilevanza ermeneutica va spostato dal soggetto all'oggetto, avendo cioè come principale criterio di orientamento le finalità perseguite dalle regole poste a tutela del soggetto di diritto privato che innesca (….) un meccanismo di tutela appositamente previsto per la ricorrenza di una determinata situazione di fatto potenzialmente lesiva di interessi individuali e collettivi".

dovendosi piuttosto parlare di concorrenza, ciò che eviterebbe la necessità di individuare un ordine di precedenza nell'applicazione delle norme e consentirebbe la coesistenza delle stesse nell'ambito dello stesso rapporto contrattuale.[172]

4. LA RISCHIOSITÀ DELL'OPERAZIONE COME *RATIO* DELLA DISCIPLINA IN ESAME.

A riprova di quanto si sostiene sembra militare la metodologia utilizzata dal legislatore nel definire l'ambito oggettivo di operatività della normativa, utile per comprendere pienamente fino a dove si estenda la tutela offerta all'acquirente.

L' art. 1, lett. b del decreto, individuando nel preliminare di vendita o in 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 di altro diritto reale di godimento su di un immobile da costruire" l'atto nel quale l'acquirente viene tutelato non fa riferimento solo ad un atto tipico ma evidenzia che il requisito richiesto all'atto ai fini dell'operatività della tutela è la produzione dell'effetto traslativo; non si è scelta, cioè, la strada dell'elencazione tassativa degli atti definitivi cui acceda il preliminare ma, con l'indicazione non tassativa, il legislatore ha preferito

[172] Cfr. PAGLIETTI, *La nullità della vendita di immobili da costruire per mancata prestazione della garanzia fideiussoria*, op. cit. , 107, n.19: "Nel caso dunque la persona fisica, agendo per esperienze personali o familiari, stipuli un preliminare di multiproprietà di immobile da costruire, si avvarrà non solo della tutela di cui gli artt. 69-81 Cod. cons., ma anche di quella prevista del decreto (fideiussione a garanzia della restituzione di quanto versato, assicurazione postuma). Per inciso, il Consiglio di Stato (nel parere espresso nella Sezione consultiva per gli Atti normativi, Adunanza generale del 20 dicembre 2004) aveva suggerito un raccordo tra l'emanando Codice del Consumo e le norme del decreto, rimanendo tuttavia inascoltato. Ancora, la qualifica di consumatore si sovrapporrà a quella di mero acquirente di immobile da costruire nel caso di acquisto da grandi imprese e cooperative, in cui la contrattazione si svolgerà verosimilmente mediante moduli già predisposti e in assenza di trattative individuali. In questo caso si applicheranno le norme protettrici del codice del consumo in materia di clausole abusive, con tutte le conseguenze del caso: se la clausola, malgrado la buona fede, determina <<a carico del consumatore un significativo equilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto>> (art. 33 cod. cons.) potrà essere stralciata lasciando il contratto valido per il resto (art. 36) e così via. Va precisato che la nullità della clausola abusiva non si sovrappone né interferisce con quella discendente della mancanza di fideiussione, derivando da due cause differenti ed avendo due appigli normativi differenti.

delineare le ipotesi rientranti nella sfera della nuova disciplina mediante la valutazione dell'effetto reale potenzialmente conseguibile dalle persone fisiche legittimate a stipulare il contratto preliminare.[173]

In questa prospettiva trova spazio la possibilità per i contraenti di perseguire il risultato voluto non secondo un unico schema causale, ma eventualmente con atti diversi e in tempi diversi. Pertanto, sembra potersi affermare che, prescindendo dalla tipologia causale, il decreto faccia propria la transizione concettuale dalla normazione per tipi contrattuali alla normazione per operazioni economiche[174]. L'operazione economica è divenuta, infatti, non solo strumento di "rappresentazione concettuale dell'unità dell'affare in regime di autonomia privata"[175], ma anche il più efficiente strumento di protezione del contraente debole e di garanzia del corretto funzionamento del mercato.

La correlazione che negli ultimi anni è prepotentemente emersa tra contratto e mercato[176], a causa della pluralità degli assetti di interessi da regolamentare, ha determinato il superamento dello schema formale classico relativo al tipo contrattuale ed ha mostrato che la valutazione non dell'atto ma

---

[173] Così MAZZU', *Il rilievo dei profili soggettivi ed oggettivi nella trascrizione del contratto preliminare*, op. cit. 19. L'Autore sottolinea la "neutralità causale ed interscambiabilità del segmento dell'operazione contrattuale rappresentato dal preliminare". Aggiunge alla nota 24: "Qui il legislatore ha scelto il metodo di individuazione della fattispecie rilevante secondo un criterio funzionale, riferito al risultato e non allo strumento negoziale usato, sicchè si comprende l'abbandono del criterio tipologico, nell'individuazione degli atti soggetti alla nuova disciplina".

[174] Cfr. CACCAVALE, *Problemi specifici della permuta di cosa presente con cosa futura alla luce del d. lgs. 122/2005*, in AA. VV. *Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazione del d. lgs. 122/2005 e prospettive*, ed. Il Sole 24 ore, Lavis, 2006, 60.

[175] L'espressione è di E. GABRIELLI, *Mercato, contratto e operazione economica*, in *Rass. dir. civ.*, 4, 2004, 1048.

[176] PERLINIGIERI, *I nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ*, 2000, 547: "L'indissolubilità tra le nozioni di contratto e di mercato, che oggi è assunta a consapevolezza diffusa, deve ancora compiutamente produrre i suoi (benefici) effetti sulla ricostruzione normativa e teorica dello strumento contrattuale e sul ruolo dell'autonomia negoziale nell'ambito delle fonti produttive di regole". Inoltre osserva SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, 792 che "se da un lato è la stipulazione dei contratti a creare il mercato è proprio quest'ultimo a rendere possibile l'esercizio dell'autonomia negoziale dei privati". Questa connessione è emersa prepotentemente con la disciplina dei contratti con i consumatori, riordinata nel Codice del consumo: " Se il contratto costituisce il nucleo intorno al quale si snoda l'intera operazione, certamente è il contratto con i consumatori che ne rappresenta il punto nodale. Nella prospettiva di armonizzazione, il contratto con il consumatore rappresenta l'anello di congiunzione tra disciplina del contratto e disciplina del mercato". Così ROSSI CARLEO, *La codificazione di settore: il codice del consumo*, cit., 884.

dell'attività nel suo complesso[177] – dell'operazione economica[178], appunto – consente di operare una ricostruzione della sequenza logica maggiormente rispettosa del reale assetto di interessi, ottenuto mediante atti distinti strutturalmente ma funzionalmente collegati al raggiungimento del risultato.[179] Infatti, è ormai consapevolezza diffusa che il collegamento negoziale è divenuto strumento di protezione del contraente debole[180], in modo che la valutazione della fattispecie in termini di effettività della tutela non dipende dalla considerazione atomisitica[181]del contratto ma dalla totalità dell'affare, cioè dell'intera operazione complessa risultante dal collegamento.[182] Le parti intendono realizzare un fine pratico unitario mediante singoli rapporti che perseguono un interesse immediato strumentale all'interesse finale di un'operazione che possiede il requisito dell'unitarietà;[183] ne deriva che gli effetti da valutare non saranno solo quelli ricollegabili ai singoli negozi ma si produrranno anche gli effetti propri della fattispecie di collegamento. Si è

---

[177] Cfr. NUZZO, *(voce) Negozio illecito*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, 7: "L'esperienza del concreto mostra come la complessità dell'elemento economico al quale l'attività negoziale delle parti dà forma giuridica, induca con sempre maggior frequenza ad operazioni complesse, risultanti da una pluralità di negozi autonomi ma collegati in vista della realizzazione di un risultato unitario diverso da quello prodotto da ciascuno dei negozi collegati".

[178] "La nozione di operazione economica identifica una sequenza unitaria e composita che comprende in sé il regolamento, tutti i comportamenti che con esso si collegano per il conseguimento dei risultati voluti e la situazione oggettiva nella quale il complesso delle regole e gli altri comportamenti si collocano, poiché anche tale situazione concorre nel definire la rilevanza sostanziale dell'atto di autonomia privata". Così E. GABRIELLI, *Mercato, contratto e operazione economica*, cit., 1047.

[179] Così PERLINIGIERI, *I nuovi profili del contratto* cit , 555.

[180] Inoltre ciò consente di superare "la tradizionale resistenza ad ammettere la rilevanza del processo interpretativo di elementi estranei al singolo contratto mediante un'estensione all'insieme del regolamento pattizio delle regole interpretative applicabili ai singoli contratti, al fine di cogliere l'effettiva essenza di affari complessi in relazione ai quali il singolo contratto esprime solo parzialmente l'assetto di interessi, evidenziando sul piano del diritto positivo l'unità dell'operazione economica alla quale va conformata l'esigenza di protezione del contraente debole". Così NUZZO, *Tutela del consumatore e disciplina generale del contratto*, cit 843.

[181] BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, cit., 811.

[182] Cfr. NUZZO, *o.u.c.*, 840. L'Autore ricorda che la dottrina "aveva cominciato a studiare già negli anni '70 ipotesi nelle quali la valutazione di operazioni negoziali complesse non poteva essere condotta con riferimento al singolo contratto, perché la complessiva funzione perseguita dalle parti poteva attuarsi solo con il concorso di fattispecie diverse le quali, solo nel loro insieme, realizzano quella funzione che è diversa da quella dei singoli contratti utilizzati".

[183] Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., 482.

parlato, infatti, di valenza normativa dell'operazione economica[184], non per attribuire forza giuridica ad un'entità non giuridica ma per evidenziare l'efficacia dell'entità contratto – operazione economica la quale non si esaurisce nell'enunciato delle clausole contrattuali ma produce regole ulteriori rispetto a quelle derivanti dalle dichiarazioni negoziali delle parti: in questo senso si può affermare che l'operazione economica rappresenta una fonte di regolamentazione del rapporto.

In questa prospettiva, ciò che viene tutelato è il risultato da conseguire, cioè l'attuazione dell'effetto reale, in nome del quale si supera la tradizionale bipartizione tra tipicità ed atipicità dell'atto, avendo non più come riferimento la sua dimensione strutturale ma la sua valutazione in chiave funzionale[185] al beneficio che ne deriva al promissario acquirente.

Nel caso di specie, con la vendita degli immobili prima della loro edificazione o ultimazione, si pone in essere un'operazione di finanziamento diretto ed indiretto: diretto, mediante il pagamento dell'acconto, con il quale il costruttore finanzia parte dei costi della sua iniziativa; indiretto, per la funzione di garanzia, finalizzata all'accesso al credito bancario, della solidità dell'impresa svolta dalla certezza del buon esito dell'operazione.[186]

L'aspetto relativo al finanziamento consente di configurare la compravendita di immobile da costruire come un'operazione economica complessa, al tempo stesso connotata da una causa di scambio e finanziamento; la peculiarità dell'operazione, come è stato osservato,[187] risiederebbe in ciò che all'elemento permutativo tipico della compravendita immobiliare si affianca un secondo sinallagma costituito dall'anticipazione del pagamento di una parte del prezzo rispetto al momento traslativo, che finanzia il costruttore; la

---

[184] D'ANGELO, *Contratto e operazione economica*, in *I contratti in generale*, a cura di Alpa e Bessone, in *Giur. sist. dir. civ. comm. Bigiavi*, Torino, 1998.
[185] Ancora MAZZU', op. cit., 20 e 26: "Il baricentro della fattispecie si sposta nettamente verso la fase effettuale".
[186] Cfr. D'ARRIGO, *La tutela contrattuale degli acquirenti di immobili da costruire*, op. cit., 912.
[187] Ancora D'ARRIGO, op. cit., 912.

controprestazione di questo finanziamento sarebbe il risparmio sul prezzo d'acquisto[188] .

L'articolata operazione economico – giuridica che viene così alla luce è il risultato della combinazione di fattori di varia natura:

- esigenze di finanziamento dell'attività d'impresa;
- ragioni di tutela dell'acquirente;
- natura del bene, che è un bene futuro.[189]

Sotto il profilo che qui particolarmente interessa, relativo alla condizione del contraente acquirente, si può osservare che nella dinamica di un'operazione così concepita si manifestano rischi rilevanti per l'acquirente, con particolare riguardo all'ipotesi di insolvenza del costruttore finanziato[190].

Tale insolvenza diventa particolarmente grave se si manifesta prima del trasferimento del diritto di proprietà in capo all'acquirente, in virtù del differimento tra la produzione dell'effetto traslativo e il momento del pagamento dell'acconto. A ciò si aggiungano i rischi derivanti dal mancato adempimento della controprestazione finale – che consiste nella consegna dell'immobile ultimato in ogni sua parte – e cioè che l'immobile venga alienato a terzi, non risponda alle qualità promesse o non venga ultimato.

Proprio il rischio cui l'operazione economica espone e la vulnerabilità dei soggetti (persona fisica che contrae per sé o per un parente di primo grado ovvero il socio di cooperativa) consentono di spiegare perché una norma così restrittiva rispetto ai soggetti tutelati sia poi così ampia riguardo alle figure

---

[188] "Una simile operazione può essere realizzata ricorrendo indifferentemente a più figure che si prestano al medesimo risultato. Lo strumento più comunemente impiegato è quello del contratto preliminare ma effetti analoghi si possono realizzare anche mediante la vendita obbligatoria, il *leasing* immobiliare, ecc. Ciò che conta è che l'effetto traslativo dell'immobile – quand'anche immediatamente possibile (ad esempio, se l'appartamento è ultimato al rustico e mancano solo le finiture) – deve essere differito rispetto al momento del pagamento dell'acconto (e, se previste delle ulteriori rate). Infatti, è proprio nella scissione temporale fra la corresponsione dell'acconto ed il momento della definitiva traslazione della proprietà dell'immobile in capo all'acquirente che si concretizza l'operazione di finanziamento". Così D'ARRIGO, op. cit., 912.

[189] DI MARZIO, *Crisi d'impresa e contratto. Note sulla tutela dell'acquirente dell'immobile da costruire*, cit., 42.

[190] DI MARZIO, , cit., 59, parla di "rischio asimmetrico sul buon esito dell'affare".

contrattuali incluse nella tutela[191]. È, infatti, nella rischiosità intrinseca dell'operazione che va individuata la *ratio* di una tutela alla base della quale sussistono anche ragioni di ordine esistenziale e della persona e della famiglia del contraente (la finalità dell'acquisto della casa di abitazione è certamente un bisogno della famiglia) e che mira a garantire l'effetto reale, ampliando le forme contrattuali rientranti nella disciplina, purché idonee a conseguire il risultato finale.

In definitiva, si può affermare che il decreto segue l'impostazione di altre normative di settore in base alla quale l'oggetto della tutela è stabilito in via strumentale rispetto al fine di protezione del soggetto, in un contesto nel quale l'attenzione del legislatore si rivolge non al singolo atto ma all'operazione compiendo la quale il contraente debole si espone a rischi ritenuti rilevanti.[192]

5) LA "SITUAZIONE DI CRISI" DEL COSTRUTTORE.

La rischiosità dell'operazione come ragione fondamentale della tutela introdotta dal d. lgs. 122/2005 risiede soprattutto nell'eventualità in cui il costruttore – venditore incorra in una delle "situazioni di crisi" elencate dal decreto[193], con conseguente grave pregiudizio per l'acquirente.

---

[191] MAZZU', op. cit.: "Più è selettiva la norma in funzione dei soggetti tutelati, più ampia è la fascia di protezione".

[192] Sostiene CACCAVALE, op. cit., 60 ,che "se il legislatore ha preferito riferire la nuova disciplina non a questo o a quel tipo contrattuale ma ad ogni contratto che persegua una certa finalità, ciò ha fatto perché le istanze di tutela cui ha avuto riguardo prescindono dalle modalità tecnico – strumentali delle quali le parti si sono di volta in volta avvalse".

[193] Cfr. art. 3, secondo comma, del decreto: "La situazione di crisi si intende verificata in una delle seguenti date:
a) di trascrizione del pignoramento relativo all'immobile oggetto del contratto;
b) di pubblicazione della sentenza dichiarativa del fallimento o del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa;
c) di presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo;
d) 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".

Sembra, allora, opportuno analizzare in questa sede il possibile significato del concetto di "crisi" ai sensi della normativa e i limiti dei rimedi da essa introdotti. E'opinione diffusa che la "crisi" di cui parla il decreto non coincida tanto con il concetto di insolvenza concorsuale[194] quanto piuttosto con quello di insolvenza civile, riferita cioè non all'attività d'impresa del soggetto ma al rapporto in cui il soggetto è coinvolto.[195] Precisamente, l'insolvenza così intesa non indicherebbe lo stato di impotenza dell'impresa ma la condizione di difficoltà patrimoniale del debitore nello specifico rapporto obbligatorio di cui è parte.

Come si è visto nel capitolo in tema di insufficienza dei rimedi apprestati al promissario acquirente, in caso di fallimento del venditore, se il bene venduto non è ancora passato in proprietà del compratore al momento della dichiarazione di fallimento, l' art. 72, comma 4, della legge fallimentare attribuisce al curatore la scelta tra l'esecuzione e lo scioglimento nel contratto.[196] La norma, come si è detto, mostra una preferenza per gli interessi del fallimento al massimo recupero dell'attivo e, quindi, per gli interessi dei creditori a fronte dell'interesse della controparte del fallito a proseguire il rapporto o a liberarsene.

Tale orientamento è confermato ed anzi accentuato dalla riforma fallimentare, la quale non fa più riferimento alla vendita ma ai rapporti pendenti, per cui in caso di fallimento di una delle parti l'esecuzione del contratto rimane sospesa fino a quando il curatore scelga se subentrare nel contratto o invece sciogliersi dal vincolo.

Anche il d. lgs. 122/2005 ha rinunciato, da questo punto di vista, ad una tutela più incisiva a favore dell'acquirente, che avrebbe potuto consistere nel precludere all'organo della procedura concorsuale la scelta dello scioglimento

---

[194] L'art. 5 L. fall. definisce l'insolvenza come l'impotenza dell'impresa ad assolvere regolarmente le proprie obbligazioni. In senso critico afferma IMPAGNATIELLO, *Aspetti processuali della tutela degli acquirenti di immobile da costruire*, in *Giusto proc. civ.*, 1, 2006,157 che "gli eventi considerati dal legislatore sono talmente eterogenei da impedire qualunque tentativo di *reductio ad unitatem*".

[195] Cfr. DI MARZIO, *Crisi d'impresa e contratto*, cit., 38.

[196] La norma, dettata per la compravendita, è ritenuta pacificamente applicabile anche agli altri contratti ad effetti reali differiti.

del contratto,[197] confermando invece il *favor* verso la massa dei creditori, anche a scapito dell'interesse dell'acquirente. Alla base di questa scelta potrebbe esserci la convinzione che l'acquirente, in caso di scioglimento del contratto, è comunque tutelato dalla garanzia fideiussoria prevista dall'art. 2, la quale, tuttavia, copre unicamente le somme versate dall'acquirente e non si estende al valore dell'immobile. Inoltre il legislatore potrebbe aver fatto leva sulla considerazione che l'esecuzione di un contratto che implica obblighi di costruzione, in un contesto di insolvenza dell'impresa e, quindi, di impossibilità a costruire l'edificio, sia in concreto irrealizzabile da parte degli organi della procedura.

Uno strumento di tutela viene piuttosto apprestato proprio in caso di preliminare di vendita, se trascritto ai sensi dell'art. 2645 *bis*. Nel caso in cui il curatore opti per lo scioglimento del contratto, l'acquirente ha diritto di far valere il proprio credito nel passivo, senza che gli sia dovuto alcun risarcimento del danno e gode del privilegio di cui all'art. 2775 *bis* c.c. a condizione che gli effetti della trascrizione del preliminare non siano cessati anteriormente alla data di dichiarazione del fallimento.[198]

Sul punto, è importante ricordare l'orientamento – oggi superato ma che per lungo tempo ha seguito la Cassazione[199] --, in base al quale nel caso in cui prima del fallimento fosse stata trascritta la domanda di esecuzione in forma specifica *ex* art. 2932 c.c., ciò avrebbe reso opponibile la domanda al fallimento senza, però, pregiudicare la possibilità del curatore di sciogliersi dal contratto[200]. E' sempre stato pacifico, quindi, che in pendenza di giudizio *ex* art. 2932 c.c., instaurato prima del fallimento, il curatore fallimentare conservasse comunque

[197] Così . PETRELLI, *Gli acquisti di immobile da costruire*, cit., 346.
[198] Si tratta delle modifiche effettuate dalla L. 30/1997, di cui si è parlato nel capitolo precedente, che ha introdotto: la trascrizione del preliminare, l'art. 2775 *bis* e il quinto comma dell'art. 72 della legge fallimentare.
[199] Cfr. Cass., 22 aprile 2000, n. 5287, in *Fall.* 2000, 886; Cass., 13 maggio 1999, n. 4747, in *Dir. fall.*, 2000, II, 763; Cass. 16 maggio 1997, n. 438, in *Rep. Foro it.,* 1997, voce Fallimento, 525; Cass. 13 maggio 1982, n. 3001, in *Giust. civ.*, 1982, I, 2697.
[200] Vedi TRIOLA, *Vendita di immobili da costruire e tutela dell'acquirente*, Milano, 2005, 149.

la facoltà di sciogliersi dal preliminare *ex* art. 72 L. fall.[201] Per effetto dello scioglimento del contratto non trascritto, pur in presenza di una precedente trascrizione della domanda di esecuzione in forma specifica, il promissario acquirente acquistava solo il diritto ad insinuarsi nel passivo come creditore chirografario, qualora non avesse trascritto il preliminare, e come creditore privilegiato, nel caso avesse effettuato tale trascrizione.

Recentemente si è operato un *revirement*[202] in netto contrasto con l'orientamento fin qui seguito dalla stessa giurisprudenza di legittimità, stabilendo che la trascrizione della domanda di esecuzione in forma specifica del contratto preliminare, se effettuata anteriormente alla dichiarazione di fallimento, preclude in ogni caso al curatore l'opzione per lo scioglimento del contratto. L'avvenuta trascrizione della domanda, infatti, fa retroagire al momento della trascrizione gli effetti traslativi della sentenza *ex* art. 2932 c.c. e di conseguenza il bene è da ritenersi fuoriuscito dal patrimonio del fallito prima della dichiarazione di fallimento[203].

Tuttavia, va osservato che non essendo stato modificato dalla riforma il testo dell'art. 72 l. fall., nel caso di contratto di vendita di cosa futura, se il fallimento dovesse intervenire prima della venuta ad esistenza della cosa non sarebbe possibile il ricorso all'art. 2932 c.c.;[204] pertanto, resta ferma la disciplina secondo la quale, in caso di fallimento del venditore, se la cosa venduta è già passata in proprietà, il contratto non si scioglie; qualora il passaggio non si sia verificato, il curatore può scegliere tra esecuzione e scioglimento del contratto.

Dal canto suo il decreto 122/05 ha modificato l'art. 72 *bis* della legge fallimentare – ora però sostituito dal d. lgs. 5/2006 - che stabilisce, in caso di

---

[201] Cfr. RODA, *Commento all'art. 11 d. lgs. 20 giugno 2005, n. 122*, in *L'acquisto di immobili da costruire*, Milano, 2005, 108.
[202] Cass. S.U., 7 luglio 2004, n. 12505, in *Vita not.*, 2004, 1603.
[203] La massima afferma che "quando la domanda diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto è stata trascritta successivamente, è opponibile alla massa dei creditori e impedisce l'apprensione del bene da parte del curatore del contraente fallito, che non può quindi avvalersi del potere di scioglimento accordagli, in via generale, dall'art. 72 L.fall".
[204] Cfr. CARINGELLA, GAROFOLI, GIOVAGNOLI, *Giurisprudenza civile 2005*, Milano, 2005, 453.

immobili da costruire, che il fallimento del costruttore non determina la sospensione dell'esecuzione del contratto fino alla scelta del curatore; il contratto si intende, invece, sciolto se, prima che il curatore comunichi all'acquirente la sua scelta, l'acquirente abbia escusso la fideiussione. Come si vede, mentre la regola generale sui rapporti pendenti affida al solo curatore la decisione relativa alla prosecuzione del contratto, l'eccezione alla regola consente non solo al curatore ma anche all'acquirente di decidere se sciogliere il contratto, precludendo in caso di decisione positiva – ove ricorrano i presupposti anzidetti – al curatore la facoltà di scelta. La norma evita, così, che l'inerzia del curatore nelle more della decisione sui rapporti pendenti arrechi pregiudizio all'acquirente ed induce il curatore intenzionato a far proseguire la vita del contratto a comunicarlo tempestivamente. Come è stato osservato[205], la decisione spetta in egual misura al curatore e all'acquirente, affermandosi la scelta operata prima: la scelta dello scioglimento del contratto, comunicata alternativamente da parte dell'acquirente o dell'organo della procedura concorsuale, prevale sulla volontà contraria della controparte.[206] L'innovazione normativa delinea, così, una sorta di "gara"[207] tra acquirente e curatore: se l'acquirente escute la fideiussione prima che il curatore abbia comunicato la sua scelta, il contratto s'intende sciolto; se, invece, sceglie per primo il curatore, l'effetto dipende a seconda che subentri nel contratto – nel qual caso l'acquirente perde il diritto di avvalersi della fideiussione – ovvero opti per lo scioglimento del contratto e consenta, quindi, all'acquirente di fare ricorso alla fideiussione.

Questa soluzione è stata da più parti criticata, poiché porrebbe acquirente e curatore in un rapporto di concorrenzialità, mentre sarebbe stato preferibile

[205] DI MARZIO, cit., 48, afferma che "il bilanciamento di interessi del promissario acquirente e del fallimento determina un risultato quasi capovolto, che si pone nei termini assoluti dell'eccezione a una regola generale".
[206] PETRELLI, op. cit., 351: "viene, quindi, introdotto a tutti gli effetti, nell'ambito delle procedure concorsuali, il *principio della prevenzione*".
[207] Così IMPAGNIATIELLO, op. cit., 194.

prevedere un breve periodo di sospensione degli effetti del contratto al fine di consentire al curatore una valutazione sulla scelta da operare.[208]

La legge attribuisce, dunque, all'acquirente un potere di autotutela del credito[209] che lo protegge in qualità di soggetto debole nel mercato e nel rapporto contrattuale, cui viene riconosciuto il potere di determinare il destino del contratto nel suo momento esecutivo. La norma comporta un vantaggio rilevante per il promissario acquirente, il quale potrebbe escutere immediatamente la fideiussione, a decorrere dalla data di dichiarazione del fallimento e, quindi, in teoria, prima che il curatore abbia la possibilità di valutare l'opportunità della sua scelta.

Occorre tuttavia rilevare che il nuovo art. 72 L. fall., modificato dal d. lgs. 5/06, opera in contrasto con il d. lgs. 122/2005, prevedendo la sospensione dell'esecuzione del contratto fino alla comunicazione da parte del curatore della scelta tra scioglimento ed esecuzione, aggiungendo che il contraente *in bonis* può costituire in mora il curatore, facendogli assegnare dal giudice delegato un termine non superiore a sessanta giorni per comunicare la scelta, decorso il quale il contratto si intende sciolto di diritto. L'obiettivo della norma è, quindi, quello di contemperare il potere del curatore con le ragioni del contraente *in bonis* , lasciando, però, solo al primo la scelta tra esecuzione e scioglimento. L'art. 72 – *bis*, comma 3, al contrario, attribuisce anche all'acquirente il potere di far cessare gli effetti del contratto.

Altra importante innovazione apportata in materia dal decreto è introdotta dall'art. 10 della normativa che prevede un'esenzione speciale per l'azione revocatoria in presenza di determinati requisiti: innanzitutto oggetto della revocatoria deve essere l'immobile totalmente o parzialmente edificato e oggetto di contratto definitivo ad effetti reali e non il preliminare sull'immobile da costruire; inoltre, oggetto dell'esenzione è solo l'immobile ad uso abitativo, destinato all'acquirente o ai suoi parenti o affini; infine, è necessario che

[208] Ancora IMPAGNATIELLO, op. cit., 194.
[209] DI MARZIO, cit. 48., afferma che l'acquirente "è legislativamente considerato non tanto quale parte debole del contratto quanto piuttosto quale parte debole *nel* contratto (nella fase gestoria del contratto già stipulato)".

l'immobile sia stato compravenduto a giusto prezzo. Il tema dei rapporti tra questa disposizione e l'esenzione generale prevista dall'art. 67 L. Fall. può essere affrontato in relazione alla peculiarità del regime protettivo introdotto dal d. lgs. 122 del 2005[210]. Mentre l'esenzione generale tutela l'acquirente di abitazione che abbia come controparte un'impresa, l'esenzione speciale riguarda il fallimento del costruttore – venditore che contratta il bene nell'esercizio della sua impresa; sembra, inoltre, agevole comprendere perché nell'esenzione generale cadano solo i contratti di vendita mentre in quella speciale si ricomprenda ogni azione traslativa di diritti: a conferma di quanto sopra affermato, mentre nel primo caso si tratta di una tipologia usuale di contratto civile (la vendita), nel secondo si considera ogni operazione economico – giuridica funzionale allo scopo traslativo e che sia posta nell'esercizio di un'attività d'impresa. Si spiega, così, anche la maggiore portata dell'esenzione speciale, che si estende al trasferimento di ogni diritto reale, in considerazione della finalità di tutela dell'acquirente; nella disciplina generale, al contrario, la tutela della (generica) posizione dell'acquirente dell'impresa fallita è secondaria e strumentale rispetto all'interesse del fallimento alla massimizzazione dell'attivo e, quindi, all'esperibilità dell'azione revocatoria. Sul punto appare possibile rinvenire la peculiarità della fattispecie oggetto del decreto legislativo, rilevando lo scopo esistenziale dell'acquisto, perseguito mediante un contratto unilaterale d'impresa e dunque tale da inserirsi non nell'ambito dei rapporti contrattuali civili ma nei rapporti contrattuali d'impresa.

6. L'INTERESSE PROTETTO NELLA DISCIPLINA DEL D. LGS. 122/05.

[210] DI MARZIO, op.cit., 52.

Alla luce di queste considerazioni relative al concetto e alla disciplina prevista per la "situazione di crisi" del venditore, è possibile trarre qualche conclusione sulla nozione di acquirente.

In primo luogo, si può affermare che non viene in rilievo la nozione generale e astratta di "parte" del contratto ma occorre guardare alla relazione socio-economica, da cui si desume la qualificazione giuridica di costruttore – venditore e di acquirente. Si è detto che, in relazione alle circostanze del caso concreto può prospettarsi sia il caso in cui l'acquirente sia anche consumatore, sia il caso in cui egli, persona fisica, non abbia la qualità di consumatore.

Si può, inoltre, notare come alla libertà delle forme e della determinazione del contenuto del contratto, si stia sostituendo un neoformalismo negoziale, di cui anche il d. lgs. 122/ 2005 sembra essere espressione. Infine, come si dirà nel prosieguo, si è posto il problema della qualificazione della nullità prevista dall'art. 2, in caso di mancata prestazione della fideiussione.

Queste tecniche di tutela sembrano diciplinare non tanto una fattispecie di contrattazione diseguale – se non per gli aspetti sopra evidenziati – quanto piuttosto mirano a tutelare un particolare soggetto, che è collocato in un contesto di rischio asimmetrico di un affare caratterizzato dal fatto che:

a) l'oggetto del contratto è inesistente al momento della sua conclusione;
b) la sua futura venuta ad esistenza dipende dalle condizioni di solvenza del venditore-costruttore.

Circa lo specifico aspetto del diritto fallimentare, sono rilevanti le deroghe alle regole generali:

a) la sottrazione al monopolio del curatore della scelta sullo scioglimento del contratto;
b) la particolare esenzione rispetto all'azione revocatoria;
c) il diritto di prelazione riconosciuto all'acquirente sulla liquidazione dell'attivo.

In definitiva, la normativa mira alla salvaguardia di un interesse all'acquisto o al consolidamento dell'acquisto del bene – casa, che se da un lato è proprio dell'individuo, dall'altro è classificabile come interesse di ordine pubblico, perché generale[211]. Al fine di promuovere questo tipo di interesse la legge, come si è detto, predispone una tutela articolata non in base ad astratti modelli contrattuali ma conformata in ragione degli interessi stessi.

7) I PUNTI DI CRITICITÀ DEL D. LGS. 122/2005 NEL CONFRONTO CON LE NORMATIVA DI TUTELA DEGLI IMMOBILI DA COSTRUIRE IN FRANCIA E CON GLI ALTRI PAESI EUROPEI.

La disciplina introdotta dal d.lgs. n. 122 del 2005 trae ispirazione in larga parte dalla legislazione francese che è probabilmente la più avanzata in materia in ambito europeo.[212] In Francia la disciplina è regolamentata dalla legge n. 67 – 3 del 1967 riguardante la vendita di immobili da costruire o in corso di costruzione; il legislatore d'Oltralpe ha, quindi, avvertito l'esigenza di tutela dell'acquirente di immobile senza attendere il *trend* legislativo di matrice comunitaria incentrato sulla figura del contraente debole.[213] L'obiettivo della

[211] Cfr. DI MARZIO, op. cit., 60: "Con la disciplina sulla tutela dell'immobile da costruire il legislatore ha sperimentato una nuova forma di intervento, *trasversale* rispetto alle tradizionali ma anacronistiche partizioni dell'ordinamento(qui diritto dei contratti e diritto della crisi d'impresa) e capace di contemperare e adeguatamente bilanciare nella complessiva considerazione interessi tutti importanti e nella fattispecie configgenti: l'interesse generale alla conservazione dell'impresa, l'interesse dell'acquirente all'immobile o in subordine alla restituzione degli esborsi, l'interesse qualificato dell'acquirente alla casa da abitare, l'interesse dei creditori dell'impresa fallita alla massima realizzazione dell'attivo. Ne discende una regolamentazione composita e anche complessa, in cui alla purezza della legge e delle sue allocazioni si preferisce la concretezza della tutela e in cui la riconosciuta importanza sistematica del bene – casa si mostra quale punto d'incontro e momento di sintesi tra ragioni dell'impresa e del mercato (che postulano libertà nel contratto ed efficienza della relazione economica) e ragioni della persona coinvolta nel contratto quale soggetto del mercato (le quali richiedono non soltanto libertà ma anche equità dei contratti; non soltanto efficienza ma anche solidarietà nel mercato).

[212]

[213]98 Altro ordinamento che da decenni tutela gli acquirenti di immobili da costruire è quello tedesco, mediante la *Makler – und Bautragerverordnung (MaBv)* del 1974. Premesso che in

normativa francese è duplice, mirando a garantire all'acquirente il conseguimento effettivo dell'immobile acquistato sulla carta e l'utile destinazione dei suoi risparmi[214].

Già nei primi anni sessanta si era avvertita la necessità di disciplinare il fenomeno, in considerazione del fatto che "coloro che confidino di acquistare un alloggio, troppo spesso acquistano un lungo processo".[215] Pertanto, i primi interventi legislativi tendono a privilegiare la vendita chiavi in mano rispetto alla vendita in stato di costruzione; così la L. n. 63 – 253 del 1963 introduceva un regime di vantaggi fiscali a favore dei venditori d'immobili ad uso prima casa purchè la vendita fosse conclusa dopo il completamento dell'immobile, in modo da compensare le minori entrate fiscali con la diminuzione del contenzioso. In seguito, venivano introdotte altre agevolazioni fiscali per il costruttore che avesse dato vita a strumenti di garanzia per l'acquirente, consistenti nella prestazione di una garanzia fideiussoria o di una garanzia bancaria che avrebbe sopperito all'insolvenza del costruttore. Il punto debole di questo strumento di protezione risiede, secondo l'opinione della dottrina prevalente, nella mancanza di obbligatorietà delle garanzie, che venivano applicate unicamente nella misura in cui l'operazione risultasse appetibile sul piano fiscale. In questo modo il costruttore avrebbe potuto rinunciare ai vantaggi fiscali, garantendosi comunque buoni profitti a danno degli acquirenti.

Si arriva, così, alla citata legge n. 67 – 3 del 3 gennaio 1967, completata dal decreto di attuazione n. 67 – 1166 del 22 dicembre 1967, che prevedeva due

---

questo settore valgono alcuni principi generali dell'ordinamento – l'effetto obbligatorio e mai traslativo del consenso validamente espresso, la funzione dell'intavolazione che produce l'acquisto – il raffronto tra questa disciplina e quella italiana consente di verificare una maggiore incisività della normativa vigente in Germania, soprattutto adducendo due aspetti. In Germania come in Francia, è richiesta la forma notarile dell'atto a pena di nullità, obbligo che si estende anche ad eventuali negozi ulteriori collegati al primo e al contratto preliminare; inoltre, la *MaBv* è molto chiara nell'individuazione dell'ambito soggettivo, poiché riconosce la tutela ad ogni tipo di acquirente, anche se sia un imprenditore o una persona giuridica, salva – in questi casi – la facoltà di rinuncia da parte dell'acquirente alle disposizioni della tutela.
Cfr. BARALE, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, op. cit., 811.

[214] Cfr. VELLA, *La tutela dell'acquirente di immobili da costruire nel diritto francese : spunti per il notariato italiano*, in *Vita not.*, 1, 1998, 622.

[215] Cfr. SAINT – ALARY, in Y. P. BOUCHETARD, *Les garantie de bonne fin des opèrations de construction immobilière*, Paris, 1977.

tipi di vendita di immobile da costruire: la c.d. vendita a termine, poco utilizzata, poiché il prezzo non è pagabile fino alla consegna dell'immobile completo e lo strumento, largamente più utilizzato, della vendita in stato di futuro completamento (V.E.F.A.). Si tratta del contratto attraverso il quale il venditore trasferisce immediatamente all'acquirente i suoi diritti sul suolo così come la proprietà delle costruzione esistenti; le opere costruite cadranno in proprietà dell'acquirente man mano che saranno eseguite e l'acquirente è tenuto a pagarne il prezzo proporzionalmente all'avanzamento dei lavori; il venditore conserva la direzione e la responsabilità dei lavori fino alla consegna definitiva.

Si può procedere, a questo punto, al confronto tra questa legge e il d. lgs. 122 del 2005.

Tra le due normative esistono alcune differenze significative, apparendo la normativa francese molto più rigida rispetto a quella italiana.

In primo luogo, infatti, la legge francese vieta al costruttore di esigere o accettare pagamenti di alcun tipo prima della sottoscrizione del contratto o anteriormente al momento in cui il credito diventa esigibile e, nel caso di contratto preliminare, possono essere versati acconti solo mediante deposito in garanzia effettuato su un conto speciale e le somme così depositate sono indisponibili, incedibili ed inespropriabili; nel d. lgs. 122/2005 non è previsto alcun divieto di questo tipo a carico del costruttore. Peraltro "questa tecnica non è assente in altri settori della legislazione italiana: in materia di multiproprietà, è posto il divieto, a carico del venditore, di ricevere acconti prima della scadenza del termine per il recesso da parte dell'acquirente"[216]. A ciò si aggiunga che il legislatore italiano non sanziona penalmente il costruttore[217], mentre in Francia è prevista la reclusione per due anni e un'ammenda per chiunque violi il divieto suddetto.

[216] Così PETRELLI, *Gli acquisti di immobili da costruire*, cit., 8.

[217] In verità, consultando il resoconto della 285° seduta della Commissione Giustizia del Senato, in data 12 novembre 2003 e quello della seduta del Senato del 26 maggio 2004, si nota la proposta – poi bocciata in sede di votazione - di istituire a livello regionale "un registro delle persone fisiche o giuridiche che violano le disposizioni contenute nel disegno di legge".

La disciplina francese, inoltre, richiede a pena di nullità la forma dell'atto pubblico notarile, in modo da favorire un controllo di legalità ad opera del pubblico ufficiale che invece il nostro legislatore ha omesso, consentendo alle parti di agire con un notevole margine di discrezionalità rispetto all'osservanza della normativa e pregiudicando notevolmente l'effettività degli strumenti di tutela predisposti. A questo proposito si potrebbe ipotizzare che ciò si debba alla mancanza di volontà del legislatore di assumere un atteggiamento rigido nei confronti del settore edilizio oltrechè alla debolezza rispetto ad un fenomeno largamente diffuso in Italia come la simulazione per ragioni fiscali del prezzo della compravendita, che è la stessa ragione del mancato utilizzo di un altro importante strumento protettivo come la trascrizione del contratto preliminare.[218]

Un ulteriore elemento di riflessione è dato dalla ricezione della disciplina relativa agli immobili da costruire all'interno del *code civil*, nel quale la legge 67 – 3 introduce gli artt. 1601 – 1 ss. in un apposito capitolo del titolo dedicato alla vendita e riguardanti appunto la vendita di immobili da costruire.[219]

La disciplina francese mira, dunque, a garantire all'acquirente il conseguimento effettivo dell'immobile acquistato sulla carta e l'utile destinazione di suoi risparmi. Infatti, dal punto di vista della natura giuridica, la

---

[218] Questo strumento rappresenta "un complemento indispensabile delle nuove misure a protezione dell'acquirente:sia per l'effettività che il controllo preventivo di legalità operato dal notaio, assicurerebbe alla disciplina di tutela, sia perché la trascrizione rappresenterebbe l'unico strumento a garanzia dell'acquirente a fronte del sopravvenire di trascrizioni ed iscrizioni pregiudizievoli". Cfr. PETRELLI, *Il contenuto minimo dei contratti aventi ad oggetto immobili da costruire*, op. cit., 288ss.

[219] Si tratta del capitolo III – 1, introdotto nel titolo VI ("*De la vente"*) del libro III ("*Des diffèrentes manièrs dont on acquiert la propriètè*"). "Il primo degli articoli menzionati prevede che la vendita di immobile da costruire è il contratto in cui il venditore si obbliga ad edificare un immobile entro un termine determinato dal contratto; essa si distingue tra vendita a termine e vendita in stato di futuro completamento, rispettivamente definite nei due articoli successivi. Nel contratto di vendita a termine gli obblighi di consegna dell'immobile e di pagamento del prezzo pattuito sorgono solo al momento del completamento della costruzione così come soltanto in tale momento si realizza il trasferimento di proprietà , seppure i relativi effetti retroagiscano al tempo della vendita ; nel contratto di vendita in stato di futuro completamento, invece, il venditore trasferisce immediatamente all'acquirente i suoi diritti sul suolo e la proprietà delle costruzioni ivi esistenti, mentre per quanto riguarda le opere in costruzione si applica il principio per cui sia il trasferimento di proprietà che l'obbligo di pagamento sorgono progressivamente". Cfr. BARALE, op. cit., 812.

fattispecie si presenta come una sorta di contratto complesso, con effetti in parte reali e in parte obbligatori, ma anche plurilaterale:[220] l'acquirente acquista il diritto di proprietà *pro quota* sul terreno e su quanto verrà costruito, il diritto di credito verso il costruttore/venditore alla costruzione nei tempi e nei modi previsti ed il diritto di garanzia da parte di istituti di credito di solvibilità in ordine al completamento dell'opera od alla restituzione di quanto versato a titolo di acconto. Il tutto disciplinato in base a norme che prevedono la comminazione di sanzioni penali, in caso di inosservanza.

[220] Così VELLA, *La tutela dell'acquirente di immobili da costruire nel diritto francese* cit. 629.

CAPITOLO III

La garanzia fideiussoria: problemi e rimedi.

1. LA DISCIPLINA DELLA GARANZIA FIDEIUSSORIA.

L'art. 2 del decreto legislativo prevede che il costruttore sia obbligato, all'atto della stipula del contratto, preliminare o definitivo, relativo ad immobile da costruire o in un momento precedente, a procurare il rilascio e a consegnare all'acquirente una fideiussione[221]. La fideiussione deve essere "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 stesso prima del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento"; nell'art. 3 si aggiunge che la stessa "deve garantire, nel caso in cui il costruttore incorra in una situazione di crisi, la restituzione delle somme e del valore di ogni altro eventuale corrispettivo effettivamente riscossi e dei relativi interessi legali maturati fino al momento in cui la predetta situazione si è verificata".

E' stato notato[222] che la contraddizione tra le disposizioni è solo apparente, in quanto è evidente che al momento del rilascio della fideiussione le somme garantite devono comprendere quanto dovrà essere riscosso prima del trasferimento della proprietà, mentre ovviamente all'atto della escussione sarà garantito solo quanto effettivamente riscosso dal costruttore.

---

[221] Cfr. RE e SCALITI, *La nuova disciplina degli acquisti di immobile da costruire*, Torino, 2006, 57: "Il procurare ed il consegnare valgono a connotare, rafforzandolo, l'obbligo". Di opinione diversa TRIOLA, *Vendita di immobili da costruire e tutela dell'acquirente dopo il D. lgs. 20 giugno 2005 n. 122*, Milano, 2005, 85, il quale lamenta lo scarso tecnicismo della formulazione e il fatto che "la fideiussione sembra essere considerata come qualcosa di materiale, da consegnare al promissario acquirente". Sostiene D'ARRIGO, *La tutela contrattuale degli acquirenti di immobili da costruire*, in *Riv. not.*, 4, 2006, 932, n. 59 che "l'obbligo della materiale consegna sembra volto a cautelare l'acquirente dal rischio che il costruttore indichi in contratto (*ex* art. 6 lett. g, D. lgs. n. 122 del 2005) gli estremi di una fideiussione inesistente. Ma la consegna del documento potrebbe assolvere anche alla funzione di rendere l'acquirente più consapevole dei diritti accessori che gli derivano dal contratto imposto dall'art. 2; in tal caso avrebbe valenza succedanea di un obbligo di informazione".

[222] Cfr. PETRELLI, *Gli acquisti di immobile da costruire*, Milano, 2005, 102.

La fideiussione predisposta dal decreto legislativo garantisce i crediti restitutori e, nei limiti individuati, i crediti risarcitori dell'acquirente, con l'obiettivo di responsabilizzare tanto il sistema creditizio quanto quello imprenditoriale,[223] consentendo l'accesso all'autofinanziamento mediante la conclusione di "vendite sulla carta" soltanto alle imprese dotate di una certa solidità finanziaria.

L'importo della garanzia può essere commisurato, come si accennava, in base alla generica formulazione "valore di ogni altro eventuale corrispettivo" , con la quale il legislatore ha voluto indicare ogni tipo di sacrificio patrimoniale che l'acquirente subisca in conseguenza del contratto, purchè sia presente il requisito dell'obbligatorietà; deve, cioè, trattarsi di una prestazione il cui oggetto può essere il più vario[224], ma all'adempimento della quale l'acquirente è obbligato.

Ne deriva che fonte dell'obbligo di rilascio e consegna della garanzia fideiussoria è qualunque obbligazione che comporti il rischio di un sacrificio patrimoniale di qualsiasi genere che l'acquirente dovesse subire in un momento anticipato rispetto all'acquisto della proprietà del fabbricato agibile. La corrispettività cui fa riferimento la norma indica il rapporto che deve intercorrere tra la prestazione eseguita dall'acquirente e la complessiva prestazione del costruttore finalizzata al trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento sull'immobile. L'impegno del garante è,

---

[223] Cfr. COSTOLA, *Verso nuove forme di tutela degli acquirenti di immobili da costruire: la legge delega 2 agosto 2004 n. 210 (seconda parte)*, in *Studium iuris*, 2005, 37.

[224] "Può trattarsi di una prestazione in natura (come nella permuta cosa presente contro cosa futura). Può anche trattarsi di una diversa utilità: si pensi al caso in cui l'acquirente presti una fideiussione a favore del venditore. a garanzia del pagamento di determinate somme entro una determinata data: posto che tale data potrebbe scadere prima dell'effettivo conseguimento della proprietà del fabbricato agibile, il rilascio della fideiussione espone l'acquirente al rischio di un sacrificio patrimoniale anticipato rispetto all'acquisto della proprietà , e quindi la fideiussione da parte del venditore è necessaria. Probabilmente diversa deve essere la conclusione nel caso in cui la fideiussione rilasciata dall'acquirente garantisca il pagamento da effettuarsi solo all'atto dell'acquisto della proprietà del fabbricato ultimato, quindi condizionatamente al verificarsi di detto acquisto, e senza indicazione di una specifica data: in tal caso nessun pagamento sarà dovuto anteriormente all'acquisto e, quindi, nessuna garanzia dovrà essere prestata". Così PETRELLI, op. cit. 107.

perciò, attuale per le somme riscosse dal costruttore e potenziale per le somme che verranno versate in futuro, avendo tuttavia l'acquirente la certezza, già dal momento della conclusione del preliminare, che i pagamenti futuri saranno automaticamente coperti dalla garanzia. In altri termini, si configura una garanzia capace di estendersi gradualmente a tutti i pagamenti, evitando il rilascio di una garanzia singola in ragione di ogni pagamento via via effettuato dal promissario acquirente, che non consentirebbe il recupero di tutte le somme versate in caso di situazione di crisi del costruttore. Occorre ribadire, sul punto, che a fondamento della legge è posta la necessità di porre rimedio all'incertezza causata dalla situazione di crisi dell'impresa costruttrice in merito all'effettiva ultimazione dei lavori e al trasferimento della proprietà dell'immobile. [225] Richiamando quanto affermato in sede di trattazione dell'aspetto fallimentare[226], è necessario rilevare che l'ipotesi eccezionale di scioglimento del contratto rimessa all'acquirente, ai sensi del comma 3 del nuovo art. 72 *bis* della legge fallimentare, si verifica in conseguenza dell'escussione della garanzia fideiussoria, ciò che consente di recuperare le somme versate al costruttore successivamente incorso in una situazione di crisi.

Se, dunque, la fideiussione garantisce l'obbligo di restituzione delle somme riscosse per il caso in cui sopravvenga una "situazione di crisi" dell'impresa costruttrice, è evidente che questo tipo di garanzia ha un diverso oggetto da una garanzia che consente una tutela più adeguata del contraente debole, come la fideiussione volta a garantire la realizzazione dell'opera, prevista in tema di multiproprietà dall'art. 76 D. lgs. 206/2005 (cioè il Codice del Consumo)[227] e consentita – in alternativa alla garanzia del

[225] Cfr. D'ARRIGO, op. cit., 944: "Allorquando gli organi delle procedure concorsuali, valutata ogni circostanza, ritengono di poter portare a compimento l'originario programma edilizio, così rispettando gli impegni a suo tempo assunti dal costruttore poi entrato in crisi, viene meno quel tasso di incertezza che giustifica la speciale tutela di cui al D. lgs. 122 del 2005 e l'acquirente non potrà più escutere quella garanzia fideiussoria che, di tale regime protettivo, costituisce il fulcro".

[226] Vedi Cap. II, par 4.

[227] Da alcuni si è auspicato che la garanzia fideiussoria del d. lgs. 122/2005 rappresenti un primo livello di tutela del promissario acquirente, sperando che "nell'operatività possa farsi

rimborso delle somme pagate – dalla normativa francese a tutela degli acquirenti di immobili da costruire. L'esperienza francese, anzi, privilegia largamente la garanzia del completamento dell'immobile rispetto alla pur esistente garanzia delle somme versate in caso di risoluzione del contratto causata dal mancato completamento dell'opera.[228]

La scelta del legislatore italiano è, invece, quella di rimborsare all'acquirente una parte dell'interesse negativo" (le somme effettivamente pagate o ogni altro corrispettivo versato, compresi gli interessi), con l'esclusione, cioè, delle spese ulteriori sostenute dall'acquirente per l'acquisto (ad esempio quelle notarili) e soprattutto dell'interesse positivo al conseguimento dell'immobile oggetto del contratto. Infatti, l'acquirente non può che insinuarsi al passivo fallimentare per il risarcimento dei danni corrispondenti. Ne consegue che se si vuole estendere la garanzia al risultato "in positivo" e cioè all'adempimento dell'obbligazione di far conseguire la proprietà dell'immobile ultimato, è necessario che le parti, nell'esercizio dell'autonomia contrattuale, diano vita ad una apposita fideiussione che vada ad aggiungersi a quella prevista dal d. lgs.122/2005 ovvero ad un'unica fideiussione a garanzia sia delle prescrizioni della legge sia dell'ultimazione dei lavori. Pertanto, il contenuto della garanzia può essere convenzionalmente adeguato mediante la predisposizione di garanzie aggiuntive volte a garantire l'interesse positivo dell'acquirente.

A tal proposito, è bene specificare che se non è preclusa la possibilità di ricorrere ad ulteriori forme di garanzia, essendo la fideiussione in questione

---

ricorso ad una fideiussione volta a garantire la realizzazione dell'opera". Così STAIANO, *Rilascio ed escussione della garanzia fideiussoria nell'operatività bancaria*, in AA.VV. *Tutela degli acquirenti di immobili da costruire: applicazione del d. lgs. 122/2005 e prospettive*, Lavis, 2007, 99.

[228] Cfr. TORRONI, *Il D. lgs. n. 122 del 2005 letto con la lente del costruttore*, in *Riv. not.*, 4, 2007, 883: "La garanzia del completamento si sostanzia nel contratto mediante il qualcuno degli istituti di credito indicati dalla legge so obbliga a fornire tutti i fondi necessari per il completamento dell'opera secondo il progetto oppure in un contratto di apertura di credito con il quale la banca si impegna ad anticipare al venditore, od a pagare direttamente, le somme necessarie alla costruzione; di tali obbligazioni l'acquirente è legittimato a chiedere l'esecuzione".

uno strumento di tutela minimale, da assicurare ad ogni acquirente[229], non è invece consentito l'utilizzo di forme alternative di garanzia, quali il deposito di somme anticipate presso terzi o l'istituzione di un *trust*, volto al pagamento della somma prevista dalla legge in caso di crisi del costruttore. Né sarebbe ipotizzabile un contratto preliminare sottoposto alla condizione sospensiva del rilascio della fideiussone, dato il rischio che l'acquirente correrebbe se versasse somme al costruttore al momento della sottoscrizione del preliminare, somme che sarebbe difficile recuperare nel caso in cui non dovesse verificarsi l'evento dedotto in condizione.

Ai sensi dell'art. 2 comma 1 del decreto legislativo, il costruttore è obbligato a procurare il rilascio e a consegnare all'acquirente "all'atto della stipula" del contratto "ovvero in un momento precedente" una fideiussione "di importo corrispondente alle somme e al valore di ogni altro corrispettivo che il costruttore ha riscosso e, secondo i termini e le modalità stabilite nel contratto, deve ancora riscuotere prima del trasferimento del diritto di proprietà o di altro diritto reale di godimento". A ciò va aggiunto il comma 7 dell'art. 3, il quale stabilisce, coerentemente con la richiamata tutela minimale della tutela, che l'efficacia della fideiussione debba cessare al momento del trasferimento della proprietà o di altro di altro diritto reale di godimento sull'immobile: prescrizione, questa, favorevole per l'acquirente ma che sembra rischiosa dal punto di vista del costruttore, poiché l'esperienza del concreto dimostra in molti casi che il rinvio della stipula del definitivo non dipende necessariamente da un inadempimento del costruttore ma anche dalle richieste dell'acquirente di operare sistemazioni, sostituzioni o modifiche non previste nell'assetto di interessi dedotto in contratto.[230]

[229] STAIANO, op. cit., 101.

[230] Cfr. TASSINARI, *Prospettive e difficoltà ai fini dell'utilizzazione del deposito del prezzo presso Notaio in attesa del contratto definitivo*, in AA.VV. *Tutela degli acquirenti di immobili da costruire: applicazione del d. lgs. 122/2005 e prospettive*, Lavis, 2007, 141: "se la sollevazione di siffatte contestazioni, con conseguente rinvio del rogito anche all'esito di delicati e non sempre prevedibili contenziosi, già costituisce, non di rado, una realtà per gli acquirenti non garantiti (prima del D. lgs. 122/2005), è ragionevole che la stessa richiesta risulterà assai più largamente praticata da parte di acquirenti in ipotesi adeguatamente garantiti dalla fideiussione in oggetto (dopo il D. lgs. 122/2005).

L'applicazione della normativa appare subordinata al fatto che l'acquirente, a fronte del pagamento di un prezzo, non abbia ancora acquisito la proprietà o altro diritto reale sul fabbricato da costruire o in quanto, stipulato il preliminare, ancora non sia stato concluso il negozio traslativo ovvero in quanto, pur essendovi il titolo, in realtà manchi l'oggetto del diritto di proprietà o di altro diritto reale, non essendo il fabbricato venuta ad esistenza.[231] Ne deriva che la presenza di un immobile da costruire non è sufficiente ai fini della nascita dell'obbligo di prestare la garanzia fideiussoria, essendo necessario che le parti concludano dei contratti privi di effetti traslativi immediati.

La *ratio* della tutela è, da un lato, volta a consentire alla "parte debole" del rapporto di ottenere la garanzia nel momento in cui la "parte forte" ha maggior interesse alla contrattazione, cioè "nel momento in cui si conclude l'affare"[232]; dall'altro lato consiste nel garantire la copertura delle somme effettivamente versate dal promissario acquirente in assenza del titolo formale di proprietario, prima cioè che questo si perfezioni in modo da poter essere opponibile *erga omnes*: il tema dell'opponibilità viene in rilievo non solo nel caso di un'operazione scissa nella sequenza preliminare - definitivo ma anche nell'ipotesi di vendita di cosa futura ovvero di permuta di area edificabile contro unità immobiliare da realizzare, laddove l'art. 1472 c.c. subordina la produzione dell'effetto traslativo alla venuta ad esistenza della cosa. Sembra, infatti, che il legislatore abbia voluto riferirsi proprio a questo tipo di ipotesi, nel prevedere che la fideiussione deve garantire "il valore di ogni altro corrispettivo" già riscosso o da riscuotere da parte del costruttore. Ciò implica, dunque, che la garanzia non è dovuta solo per le somme corrisposte a titolo di acconto sul prezzo ma anche ad altro titolo, ad esempio

[231] Così RIZZI, *Il collegamento negoziale tra vendita e appalto e D. lgs. 122/2005*, in AA.VV. *Tutela degli acquirenti di immobili da costruire: applicazione del d. lgs. 122/2005 e prospettive*, Lavis, 2007, 15.
[232] Cfr. TORRONI, op. cit., 886.

a titolo di caparra confirmatoria che, normalmente, viene imputata alla prestazione dovuta, trasformandosi in acconto.[233]

2. PROBLEMI INTERPETATIVI ED APPLICATIVI.

Risulta così evidente che la legge postula la necessaria contestualità o anteriorità del rilascio della garanzia per l'importo da garantire, ciò che potrebbe comportare qualche difficoltà per l'impresa costruttrice, la quale probabilmente esaurirebbe la propria disponibilità di credito[234] al momento della stipula. Prevedendo l'inconveniente, nel corso dei lavori preparatori era stata suggerita una fideiussione c.d. progressiva; si ipotizzava, cioè, pur permanendo l'obbligo di prestare garanzia per l'intero corrispettivo versato, la prestazione di una fideiussione in misura corrispondente ai singoli versamenti e contestualmente alla riscossione degli stessi.[235] Occorre, tuttavia, rilevare che questa previsione si sarebbe posta in contrasto con la stessa *ratio* della normativa. Infatti, se si stabilisse il progressivo rilascio della fideiussione, l'obiettivo di non esaurire la linea di credito verrebbe vanificato, dal momento che per il fideiussore sarebbe indifferente garantire da subito l'intero pagamento ovvero obbligarsi inderogabilmente a garantirlo; se invece desse corso alla modifica proposta, rimettendo al mero obbligo del costruttore di prestare la fideiussione per le successive *tranches*,

[233] Cfr. RE e SCALITI, op. cit., 62 ss.
[234] Cfr. BOZZO – NEGRI, *Fallimenti, un paracadute ai compratori*, in *Il Sole 24 Ore* del giorno 11 giugno 2005: "dato che già oggi le banche e le compagnie di assicurazione applicano i criteri di Basilea 2 nelle loro valutazioni, i costi dipenderanno dal *rating* che verrà attribuito al cliente e all'operazione da garantire. Dopo l'entrata in vigore del decreto attuativo, il capitale versato dal cliente potrebbe essere destinato a compensare il rischio della garanzia rilasciata dalla banca o dalla compagnia di assicurazione e in tal caso l'impresa immobiliare vedrebbe ridursi pesantemente la propria capacità di indebitamento, con conseguente necessità di ridurre il proprio volume d'affari e la propria struttura fino al 20 – 30 per cento".
[235] Cfr. la 464° seduta della Commissione Giustizia del Senato del 13 aprile 2005, durante la quale il Sen. Callegaro osservava che "per evitare un eventuale indebito arricchimento connesso alla copertura di garanzia per somme non riscosse a favore del soggetto che presta la garanzia medesima, sarebbe da prevedere una sorta di fideiussione in progressione atta a garantire le somme che di volta in volta saranno predisposte".

si indebolirebbe notevolmente la tutela dell'acquirente. Nell'attuare la delega, il legislatore ha modificato il testo secondo le osservazioni delle commissioni parlamentari, nella parte in cui la formulazione delle legge delega, recitava "importo pari alle somme"; il decreto attuativo ha sostituito l'espressione con "importo corrispondente alle somme", volendo così legittimare in modo esplicito il rilascio di fideiussione per importi anche superiori rispetto a quelli da garantire.

Il decreto ha comunque precisato che la fideiussione può essere rilasciata "anche secondo quanto previsto dall'art. 1938 c.c."[236], ammettendo così il rilascio di fideiussione per obbligazioni future o condizionali, purchè venga precisato l'importo massimo garantito e, quindi, sia il prezzo complessivo sia le singole scadenze saranno necessariamente indicate nel contratto garantito, che dovrà altresì essere almeno richiamato nel contratto di fideiussione ai fini del rispetto del requisito della determinabilità dell'oggetto della garanzia.[237]

In tal modo, secondo la relazione governativa al testo definitivo, si mirava a consentire che il valore della fideiussione possa essere rapportato ai versamenti effettivamente avvenuti e non stimato sull'intero valore del bene promesso in vendita, introducendo, così, quel concetto di progressività

[236] Parte della dottrina sostiene che del richiamo all'art. 1938 c.c. "non si comprende la necessità, posto che la disposizione sarebbe stata comunque applicabile quale norma generale in materia di fideiussione, se non alla luce della tecnica didattico – regolamentare nel modo attuale di legiferare, comprovata dalla Relazione al decreto che ha la funzione del tutto estranea dalla disciplina in esame di tutelare il fideiussore contro esposizioni debitorie a sorpresa e pertanto è presidiata dall'invalidità della fideiussione priva dell'indicazione *ex ante* dell'importo massimo garantito". Così MACARIO, *Il contenuto della garanzia fideiussoria ex D. lgs. 122/2005 e le conseguenze della sua incompletezza ed erroneità* in AA.VV. *Tutela degli acquirenti di immobili da costruire: applicazione del d. lgs. 122/2005 e prospettive*, Lavis, 2007, 113. In senso altrettanto critico si esprime TRIOLA, *Vendita di immobile da costruire e tutela dell'acquirente dopo il D. lgs. 20 giugno 2005 n. 122*, Milano, 2005, 82: " La prescrizione che il rilascio della polizza fideiussoria deve avvenire <<anche secondo quanto previsto dall'art. 1938 c.c.>> per un verso è superflua per un altro è errata: poiché l'obbligazione garantita è futura ed eventuale, è evidente che nella specie trova applicazione l'art. 1938 c.c.; per la stessa ragione tale norma trova applicazione esclusiva e non congiunta ad altre disposizioni in tema di fideiussione".

[237] Così GALBUSERA, *Definizioni e garanzia fideiussoria*, in (a cura di) Sicchiero, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire. Commento al d. lgs. n. 122 del 2005*, Padova, 2005, 73.

suggerito dalle commissioni parlamentari. In realtà non sembra che queste modifiche abbiano comportato un mutamento in concreto dell'impianto normativo, dovendosi comunque dar luogo alla consegna della fideiussione per l'intero importo da garantire – comprensivo di tutte le somme da riscuotersi prima della stipula del contratto definitivo – in un momento anteriore o contestuale alla stipula del contratto. Lo schema della fideiussione per obbligazione futura sembra, peraltro, utilizzabile nel caso di specie, al di là della precisazione normativa, consentendo di garantire *ab initio* l'intero importo previsto dalla legge, salvo determinare specificamente le somme effettivamente garantite.[238] Pertanto, in alternativa ad una garanzia che copra da subito l'intero prezzo, sebbene non interamente versato, "è possibile stipulare una polizza fideiussoria che garantisca l'acquirente man mano che verserà i singoli acconti e nei limiti di questi"[239]. All'acquirente deve essere garantita la restituzione di una somma che cresce nel tempo in ragione della corresponsione degli acconti al fine di restituirgli quanto corrisposto fino nel momento in cui escute.[240]

Alla luce di queste considerazioni, secondo l'opinione prevalente,[241] deve ritenersi comunque vietato il rilascio della fideiussione progressiva; è, invece, possibile stabilire, all'atto del rilascio della fideiussione, un importo massimo più elevato rispetto a quello degli acconti originariamente pattuiti nel contratto, in modo da rendere la fideiussione capiente in relazione ad

[238] In questo senso si è più volte pronunciata la giurisprudenza in relazione al contratto preliminare e agli eventuali contratti modificativi tra costruttore e acquirente. Cfr. Cass. 18 luglio 1997, n. 6635, in *Foro it.*, Rep. 1997 voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 25; Cass. 20 ottobre 1994 n. 8582, in *Contratti*, 1995, 292.
[239] Così D'ARRIGO, op. cit., 934.
[240] Cfr. DE NOVA, *Commento agli artt. 2 e 3, D. lgs. 20 giugno 2005, n. 122* in De Nova - Leo - Mocati – Roda *L'acquisto di immobili da costruire*, 12: "Questo risultato sarebbe di per sé raggiunto da una fideiussione che abbia un importo pari a quanto corrisposto al momento del contratto, poi sostituita da una fideiussione comprendente l'acconto successivamente versato e così via. Ma in questo modo l'acquirente correrebbe l'alea che il costruttore che era riuscito a trovare un garante per l'acconto iniziale non riesca a trovarlo per gli acconti successivi. Per ovviare a questo inconveniente, si può pensare ad una fideiussione iniziale che già prevede l'incremento del proprio importo in parallelo con il versamento dei futuri acconti".
[241] PETRELLI, op. cit., 122.

eventuali varianti in corso d'opera, che comportino ulteriori acconti a carico dell'acquirente.

Il richiamo alla disciplina codicistica della garanzia, operato nel decreto, se da un lato sembra legittimarne l'applicazione al caso di specie, secondo parte della dottrina[242] ne determina il superamento, a causa della specialità della disciplina[243] che porrebbe semmai all'acquirente il problema del rispetto di un importo minimo garantito e non di un importo massimo, come invece prescrive la novellazione dell'art. 1938 c.c.[244] Sembra, così, evidente che il sistema di protezione risulta essere meno efficace[245] nel momento in cui non riesce a sfruttare gli strumenti esistenti nell'ordinamento né a conciliarli con i nuovi interessi e le relative esigenze di protezione, cui cerca di dare risposta.

Il decreto legislativo non disciplina l'ipotesi in cui, a seguito della stipula del contratto e del rilascio della fideiussione, l'acquirente risulti inadempiente alle obbligazioni a suo carico e cioè l'obbligo di pagamento del prezzo o degli acconti pattuiti o altre obbligazioni eventualmente contratte. Secondo le regole generali , in presenza di clausole che prevedano un termine essenziale (art. 1457 c.c.), una clausola risolutiva espressa (art. 1456 c.c.) o una condizione risolutiva, il costruttore può ottenere la risoluzione di diritto del contratto. Nel caso in cui non sia stata

[242] Cfr., MACARIO, op.cit., 110.

[243] Ancora MACARIO, op. cit., 110, afferma che "la considerazione di fondo sulla diversità e specialità dell'interesse tutelato non sembra del tutto superflua, poiché ove si presentasse l'esigenza, nella concretezza delle controversie e delle questioni giuridiche, di far ricorso alle regole generali dettate dal codice in materia di fideiussione, ciò dovrà accadere nella consapevolezza che la ricostruzione delle norme applicabili alla fattispecie ora in esame non potrà non risentire della prioritaria esigenza di tutela dell'acquirente ossia del creditore, con l'ovvia conseguenza che le regole consolidate – di matrice tanto legale quanto giurisprudenziale – potranno (ed anzi dovranno) essere filtrate attraverso la specialità della *ratio legis* ."

[244] Si tratta della legge n. 154/1992, recante *Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari* che appunto ha imposto l'obbligo, in caso di obbligazioni future, di indicare l'importo massimo. Parte della dottrina ha sollevato non poche perplessità in relazione a questo tipo di garanzia, affermando che è "difficile considerare il debitore alla stregua di un terzo imparziale estraneo alla contrattazione in sede di determinazione dell'oggetto della prestazione". Così GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2004, 1237.

[245] PETRELLI, op. cit., 11 parla di riforma che "nasce zoppa e depotenziata".

espressamente prevista la risoluzione di diritto, il costruttore può avvalersi della diffida ad adempiere, in modo che il contratto si risolva *ipso iure*.

Con riguardo alla fideiussione, dato il carattere accessorio della garanzia, essa viene meno con il venir meno dell'obbligazione principale. Non è, però, agevole accertare l'imputabilità all'acquirente dell'inadempimento, anche in presenza di clausole risolutive espresse: ciò che impedirà al fideiussore di ritenersi liberato dall'obbligazione di garanzia a meno che l'inadempimento imputabile non sia accertato con sentenza.[246]

L'art. 2, comma 1, del decreto prevede che la fideiussione deve essere rilasciata e consegnata all'acquirente " a pena di nullità del contratto che può essere fatta valere unicamente dall' acquirente". Come si approfondirà in seguito, occorre rilevare che il rimedio della nullità non appare sempre appagante: nel caso in cui, ad esempio, le parti abbiano stipulato il contratto in assenza di fideiussione, a ciò generalmente si accompagnerà il versamento degli acconti da parte dell'acquirente; l'accoglimento dell'azione di nullità consentirebbe all'acquirente di recuperare le somme a titolo di ripetizione di indebito, che però sarebbe del tutto sprovvisto di garanzia ed anzi – in caso di crisi dell'impresa – l'acquirente sarebbe rimborsato in moneta fallimentare. A ciò va aggiunta la probabile assenza di qualsiasi privilegio, data l'inapplicabilità dell'art. 2775 – *bis* ai casi di contratti preliminari non trascritti; sembra, allora, necessaria la previsione dell'obbligatoria trascrizione del preliminare.

Va, tuttavia, segnalato che l'inammissibilità della rinuncia non è accolta unanimemente dalla dottrina, proprio sulla base della natura relativa della nullità prevista dal decreto, rimedio che è quindi rimesso alla discrezionalità dell'acquirente. Quest'ultimo, nel caso in cui contratti con un'impresa

[246] PETRELLI, *op. cit.*, 117 ha, a questo proposito, suggerito di inserire nel contratto una clausola risolutiva espressa in relazione all'inadempimento dell'acquirente all'obbligo di pagamento del prezzo, devolvendo contemporaneamente l'accertamento dei presupposti dell'inadempimento ad un terzo arbitro, in modo da risolvere in tempi brevi l'eventuale controversia, liberando il fideiussore dagli obblighi assunti.

costruttrice di nota solidità economica, potrebbe decidere di correre il rischio e risparmiare il costo della fideiussione, rinunciando a pretenderla. Come è stato osservato,[247]ciò esporrebbe il costruttore al duplice rischio di subire l'azione diretta a far valere la nullità relativa del contratto con il conseguente obbligo della restituzione delle somme incassate e degli interessi e di subire altresì l'azione di adempimento con l'obbligo di rinegoziare il contratto lacunoso per adeguarlo alle prescrizioni normative.

Infatti, il dato testuale induce a ritenere che in capo al venditore sussiste l'obbligazione di prestare la garanzia fideiussoria, inserendosi nella categoria delle prestazioni sinallagmatiche dovute in conseguenza della conclusione del contratto.[248] Ciò implica che, a fronte dell'inadempimento dell'obbligazione, l'acquirente può attivare l'azione di nullità relativa ma anche i rimedi sinallagmatici previsti dal codice civile. In primo luogo, l'acquirente potrà chiedere la risoluzione , in considerazione dell'inadempimento grave che, nel caso di specie, integrerebbe la mancata prestazione della garanzia; in secondo luogo, anche in mancanza di clausola risolutiva espressa, il momento previsto dalla legge per la prestazione della garanzia (anteriormente o contestualmente alla stipula del contratto) potrebbe qualificarsi come termine essenziale, in modo da legittimare la risoluzione di diritto (art. 1457 c.c.). Inoltre, applicando l'eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.) quale conseguenza dell'obbligatorietà della prestazione di garanzia, l'acquirente potrebbe rifiutare di adempiere alla propria obbligazione in mancanza della prestazione della fideiussione.[249]

Alla luce di queste considerazioni, la fideiussione concepita dal decreto legislativo risulta inappagante, poiché avrebbe potuto estendersi anche

[247] TORRONI, op. cit., 896.
[248] PETRELLI, op. cit., 121.
[249] Ancora PETRELLI, op. cit., 122 si interroga sull'utilità della previsione di nullità relativa "quando l'acquirente potrebbe conseguire praticamente i medesimi risultati a mezzo di risoluzione del contratto. A parte il diverso regime di inopponibilità ai terzi della nullità e della risoluzione (cfr. gli artt. 1458, 2652 nn. 1 e 6 c.c.) la differenza decisiva si riscontra nel caso di intervento notarile, in quanto il notaio, mentre sicuramente riceve un contratto risolubile, non potrebbe viceversa ricevere, secondo l'interpretazione preferibile, un contratto affetto da nullità, sia pure relativa".

all'inadempimento o all'inesatto adempimento del costruttore – al di là dell'aspetto assicurativo[250] - senza limitarsi alla garanzia dell'obbligo di restituzione delle somme corrisposte dall'acquirente prima del trasferimento della proprietà, nei casi di situazione di crisi del costruttore. Emerge, dunque, la mancata corrispondenza dell'obbligazione fideiussoria prevista dal decreto rispetto alle obbligazioni del costruttore derivanti dal preliminare di compravendita o dal contratto definitivo ad effetti reali differiti[251]. In altri termini, appare debole uno strumento volto a garantire l'adempimento di un'obbligazione restitutoria, quindi non contrattuale, senza una funzione di rafforzamento della tutela contrattuale dell'acquirente.

La fideiussione deve essere rilasciata da una banca[252], da una società di assicurazioni o da altro intermediario iscritto nell'elenco speciale *ex* art. 107 t.u.b. e deve essere caratterizzata inderogabilmente da alcuni elementi.

Innanzitutto, ai sensi dell'art. 3, comma 3, il fideiussore deve rinunciare al beneficio della preventiva escussione del debitore principale; l'acquirente, quindi, secondo l'opinione prevalente[253] che ritiene la disposizione inderogabile, potrà chiedere al fideiussore il rimborso delle somme pagate senza necessità di instaurare un'apposita procedura esecutiva nei confronti del costruttore. Altra tesi[254] argomenta nel senso della natura derogabile dell'obbligo di cui al comma 3 dell'art. 3 poiché, trattandosi di una disposizione a tutela dell'acquirente, ritiene che – se la previsione non fosse inserita nella garanzia e si aderisse alla tesi dell'obbligatorietà – la garanzia

[250] In caso di incompleta o difettosa realizzazione, la tutela dell'acquirente è assicurata dall'art. 4 del d. lgs 122/2005, che sancisce l'obbligo per il costruttore di stipulare e consegnare all'acquirente all'atto del trasferimento della proprietà una polizza assicurativa indennitaria decennale a copertura dei danni materiali e direttiall'immobile, compresi i danni ai terzi, cui sia tenuto ai 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 e comunque manifestatisi successivamente alla stipula del contratto definitivo di compravendita o di assegnazione".

[251] Cfr. TORRONI, *Il D. lgs. n. 122 del 2005 letto con la lente del costruttore*, op. cit, 882.

[252] Osserva TASSINARI, op. cit., 153, n. 6, che "il rilascio di garanzia da parte di banche richiederà non solo una valutazione preventiva dell'intervento edilizio e dei suoi specifici aspetti finanziari ma anche la richiesta di specifiche garanzie da parte del costruttore.".

[253] PETRELLI, op. cit., 122.

[254] GALBUSERA, op. cit., 78.

sarebbe affetta da nullità, per un'omissione non imputabile all'acquirente, in quanto soggetto estraneo al contratto. La norma è stata, inoltre, criticata muovendo dal rilievo che un problema di preventiva escussione del debitore principale – di cui all'art. 1944 c.c. – si porrebbe per l'ipotesi di sottoposizione ad esecuzione forzata dell'immobile e non per la sottoposizione del costruttore a procedure concorsuali.[255] L'art. 1944 stabilisce che il fideiussore è obbligato in solido con il debitore principale e che il beneficio della preventiva escussione debitore principale deve essere espressamente prevista; ne deriva che l'art. 3 comma 3 del decreto legislativo prevede che le parti debbano inserire nella fideiussione la rinuncia ad un beneficio che esisterebbe solo se fosse stato previsto nella stessa fideiussione. La disposizione in parola andrebbe, allora, interpretata, secondo questa tesi, nel senso del divieto della concessione al fideiussore del beneficio della preventiva escussione del debitore principale.

In secondo luogo, la fideiussione deve essere escutibile, una volta verificata la situazione di crisi del costruttore, a richiesta scritta dell'acquirente; ciò comporta che il fideiussore dovrà effettuare il pagamento "a prima richiesta", derogando al disposto dell'art. 1945 c.c.

Occorre, poi, considerare che il legislatore ha inteso predisporre a tutela dell'acquirente una garanzia avente carattere accessorio rispetto all'obbligazione garantita. Ciò distingue la fideiussione dal contratto autonomo di garanzia e comporta l'invalidità della fideiussione in caso di invalidità dell'obbligazione principale, ai sensi dell'art. 1939 c.c.; il d. lgs. 122/2005 non richiede la c.d. clausola di sopravvivenza e cioè che la fideiussione garantisca anche l'eventualità di invalidità dell'obbligazione principale, dato che la garanzia è prescritta unicamente a fronte della "situazione di crisi" del costruttore. Pertanto, la clausola di sopravvivenza, ritenuta dalla giurisprudenza ammissibile nella fideiussione per debiti

[255] Cfr. TRIOLA, *Vendita di immobili da costruire*, op. cit., 84.

futuri[256], può mancare e, di conseguenza, in caso di invalidità del contratto preliminare o del contratto ad effetti reali differiti, il credito restitutorio dell'acquirente nei confronti del costruttore non è assistito da alcuna garanzia. Pertanto, il fideiussore potrà opporre all'acquirente le stesse eccezioni che potrebbero essere sollevate dal costruttore.[257]

E', dunque, agevole immaginare che la prassi si orienterà verso l'adozione del contratto autonomo di garanzia, strumento svincolato dal rapporto garantito[258] e tale da rendere inopponibili all'acquirente – creditore le eccezioni relative all'obbligazione garantita e da obbligare il garante ad accettare il pagamento, anche in caso di opposizione del debitore principale.[259]

Occorre, comunque, rilevare che esiste, sul piano operativo, una coincidenza di interessi tra acquirente e costruttore nell'evitare i costi della fideiussione, oltre all'elusione della trascrizione del preliminare tale da pregiudicare non poco l'effettività della tutela predisposta dal legislatore.

La fideiussione risulta, infatti, onerosa per il costruttore, come già accennato, e anche per l'acquirente, sul quale si ripercuoterà l'incremento

---

[256] Cfr. Cass. 10 aprile 1995, n. 4117, in *Arch. civ.*, 1995, 1398; Cass. 6 dicembre 1994 n. 10448, in *Foro it.*, Rep. 1994, voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 27; Cass. 20 agosto 1992 n. 9719, in *Foro it.*, 1993, I, c. 2175, con nota di VALCAVI.

[257] RE e SCALITI, op. cit., 106 affermano che "non può non evidenziarsi come non sia stata prevista una più chiara indicazione del contenuto della fideiussione, e, soprattutto di quelle clausole che valgono a costituire un'espressa rinuncia del garante a sollevare qualsivoglia eccezione e/o ragione riguardante il rapporto principale".

[258] Cfr. BIANCA, *Diritto civile, 5. La responsabilità*, Milano, 1994, 512 ss.

[259] Cass. 24 aprile 1991, n. 4519, in *Arch. civ.* 1991, 798: "I così detti contratti autonomi di garanzia, definiti anche come garanzie personali atipiche, con i quali il garante si obbliga ad eseguire la prestazione oggetto della garanzia, senza poter opporre eccezioni attinenti alla validità, all'efficacia e in genere alle vicende del negozio di base, nonostante le eventuali opposizioni al pagamento formulate dal debitore principale o l'esistenza di contestazioni, sono validi nonostante che consentano al creditore – contrariamente ai principi che disciplinano la fideiussione – di esigere il pagamento immediato dal garante senza che in quella fase possano essergli opposte dette eccezioni (e salva soltanto l'*exceptio doli*, per il caso che risulti evidente *prima facie* il comportamento fraudolento o abusivo del richiedente), ma non impediscono che, una volta avvenuto il pagamento, eventualmente ingiusto, possa conseguirsi il riequilibrio della situazione giuridica tra le parti, attraverso azioni di rivalsa o di indebito".

del prezzo di vendita conseguente alle spese subite dal costruttore per la garanzia.

A ciò si aggiunga che, a differenza delle normative di tutela degli acquirenti di immobili da costruire vigenti in altri ordinamenti, il D. lgs. 122/2005 non contempla alcuna sanzione penale o amministrativa, né di tipo affittivo né di tipo inibitorio, a carico del costruttore inadempiente, il quale può comunque continuare a svolgere la sua attività di impresa, nonostante la violazione della normativa. Come accennato, infatti, la mancanza della prestazione della garanzia fideiussoria comporta unicamente la nullità relativa del contratto che, in deroga alle norme generali in tema di nullità, può essere richiesta dal solo acquirente ed è, perciò, inapplicabile se questi decida di non avvalersene.

Per questi motivi è verosimile il verificarsi – ed è peraltro confermato dai primi mesi di vigenza della disciplina – di una consapevole violazione degli artt. 2 e 3 del decreto legislativo, in tema di garanzie poste a tutela degli acquirenti da parte di molti imprenditori i quali, sprovvisti dei requisiti finanziari per ottenere dette garanzie, non possono comunque rinunciare al finanziamento degli acquirenti per realizzare le costruzioni. In molti casi, quindi, si tenterà di far leva in primo luogo sul fatto che nella maggior parte dei casi oggetto dell'operazione è un immobile da costruire destinato ad uso abitativo, verso il quale l'acquirente crea un forte legame psicologico[260] , soprattutto quando eserciti quelli *ius variandi* con cui si personalizza l'immobile; l'acquirente dunque sarà tendenzialmente restio a promuovere quei rimedi che abbiano per effetto "l'allontanamento dall'immobile", anche a costo di subire ritardi o inesattezze dell'adempimento. Inoltre, si confiderà sulla circostanza che un'offerta economica vantaggiosa, resa possibile dalla mancata prestazione delle garanzie, sarà ritenuta appetibile nonostante la

[260] Così TASSINARI, op.cit., 143.

scarsa valutazione del rischio dovuta anche alla carenza di informazioni.[261]

3. LA LEGITTIMAZIONE RELATIVA ALL'AZIONE DI NULLITÀ COME TECNICA DI PROTEZIONE DEL CONTRAENTE DEBOLE.

Il discorso deve, a questo punto, soffermarsi sul rimedio che il legislatore ha scelto in caso di inosservanza della regola che obbliga il costruttore a prestare la garanzia fideiussoria e cioè, ai sensi dello stesso art. 2 del D. lgs. 122/2005, la "nullità del contratto che può essere fatta valere dal solo acquirente".

Appare necessario indagare sulla qualificazione di questo tipo di nullità e sulla conseguente disciplina in concreto applicabile[262], considerando, da un lato, che l'unico elemento fornito dal decreto è la previsione della legittimazione relativa e, dall'altro lato, che la sanzione di cui si tratta è parte di una normativa particolare per quel che riguarda la sua collocazione sistematica.[263]

La nullità relativa si è affermata come tecnica di tutela del contraente debole in seguito ad un lungo percorso durante il quale dottrina e giurisprudenza[264] hanno adattato la nullità tradizionale alle esigenze di

---

[261] Come si vede, torna la necessità di ribadire che una delle principali lacune della normativa in commento è il non aver previsto l'obbligatorietà della forma notarile, a pena di nullità, a differenza di ciò che avviene in altri ordinamenti.

[262] Cfr. RABITTI, *Tutela dell'acquirente di immobili in costruzione: garanzia fideiussoria e nullità del contratto*, in AA.VV. *La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti degli immobili da costruire*, Napoli, 2007, 52 ss.

[263] Cfr. MACARIO, op. cit., 114: "La disciplina in esame si colloca in un ideale spartiacque fra la normativa a tutela della corretta circolazione del bene immobile (con particolare riferimento al bene – casa, anche se la disciplina riguarda gli immobili da costruire in genere) e la legislazione protettiva degli interessi di soggetti considerati istituzionalmente più deboli".

[264] M. NUZZO, *Commento all'art. 36 del Codice del consumo*, in *Commentario al Codice del consumo*, a cura di Alpa e Rossi Carleo., Napoli, 2005, 265 ss. rileva che già all'inizio degli anni '70 la dottrina aveva avviato una "riflessione sulle ipotesi nelle quali l'ordinamento interviene di fronte a situazioni di disuguaglianza nelle posizioni dei contraenti al momento della contrattazione per realizzare un riequilibrio attraverso tecniche volte ad eliminare la clausola pregiudizievole, conservando per il resto il contratto

protezione di determinate categorie di contraenti ed esprime un "limite alla legittimazione attiva a far valere la carenza attuale di effetti in cui versa il contratto nullo".[265]

Tale categoria si pone in evidente discontinuità rispetto alla concezione tradizionale del rimedio, che ne restringeva l'operatività ai soli casi di mancanza o illiceità degli elementi essenziali del contratto[266] e che riteneva inconcepibile un contratto nullo per uno dei contraenti e non per l'altro[267]: la nullità, cioè, intesa come tecnica rimediale monolitica, da cui derivano determinati effetti (imprescrittibilità, insanabilità, rilevabilità da parte di chiunque vi abbia interesse).[268] Questa tesi, ritenendo "consustanziale all'idea e alla disciplina della nullità la mancanza di una fattispecie corrispondente allo schema richiesto dalla legge per la produzione degli effetti dell'atto considerato" [269], escludeva la configurabilità stessa di una nullità relativa o in altro modo sottratta alla disciplina degli artt. 1418 ss. c.c.

---

[265] Così BONFIGLIO, *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione* in *Riv. dir. priv.*, 4, 2004, 865.

[266] RABITTI, o. u. c., 55.

[267] Cfr., SANTORO – PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, IX ed. 1989, 247, il quale definisce la nullità relativa logicamente inconcepibile, perché intimamente contraddittoria: "Un negozio produttivo di effetti per una delle parti, in guisa tale che questa non può sottrarvisi, ancora più un negozio produttivo di effetti fra le parti e improduttivo di effetti solo rispetto a certi terzi, non possono considerarsi negozi nulli, senza alterare la nozione di nullità. Viceversa è assolutamente nullo il negozio che non sia idoneo a produrre effetti tra le parti anche se, combinandosi in una più complessa fattispecie, possa avere un'efficacia riflessa rispetto a certi terzi. La nullità non può che dirimere il negozio, privandolo della sua efficacia interamente e rispetto ad entrambe le parti (*quod nullum est nullum producit effectum*)." In senso analogo CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948, 347: "Una nullità che esiste per l'uno e non per l'altro è concetto falso e assurdo; l'essere e il non essere sono termini contrapposti; il negozio non può produrre effetti ed invece questi devono valere come prodotti per tutti, se la parte che sola ha diritto alla pronunzia di nullità non crede di chiederla, ossia vale come avvenuto ciò che non è avvenuto". Va, tuttavia, rilevato che una parte della dottrina tradizionale aveva rinvenuto ipotesi di nullità relativa "nell'alienazione non permessa di beni dotali, in cui la nullità può essere fatta valere solo dal marito o dalla moglie (art. 190) e la disposizione del bene pignorato da parte del titolare, disposizione che è inefficace rispetto ai creditori (art. 2913)", individuando nell'art. 1421 "un notevole appiglio testuale". Cfr. CATAUDELLA, voce *Negozio giuridico (invalidità e inefficacia del),* in *Enc. for.*, V, Milano, 1959, 35 ss.

[268] Cfr. PAGLIETTI, *La nullità della vendita di immobili da costruire*, cit., 107.

[269] Così M. NUZZO, op. cit.,256. L'Autore ricollega questa impostazione alla dottrina più sensibile "alla tradizione del positivismo giuridico e di un tendenziale ontologismo che nella nostra tradizione spesso ne ha costituito il corollario".

L'emersione sempre maggiore di diversificate esigenze di protezione ha comportato – secondo una prospettiva funzionale – l'adeguamento del rimedio agli interessi in gioco ritenuti meritevoli di tutela, superando la concezione tradizionale in nome di una pluralità di modelli[270] in cui è possibile declinare l'istituto.[271] Ciò al fine di rendere coerente con le finalità protettive predisposte dalle normative più recenti anche il meccanismo sanzionatorio, che – se facesse venir meno radicalmente il contratto[272] - potrebbe risultare pregiudizievole per il contraente debole, il quale è, al contrario, l'unico soggetto legittimato a decidere se mantenere in vita il contratto.[273] La nullità diviene, pertanto, la sanzione comminata in caso di inosservanza delle norme poste a tutela del contraente ritenuto debole, cui viene riservato il potere di far valere la nullità, negandolo alla controparte: il

[270] Cfr. PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, Milano, 1995.

[271] La dottrina rileva che "il legislatore detta regole adeguate alle variabili esigenze di protezione degli interessi in gioco, non seguendo dunque astratte geometrie logiche ma concrete esigenze operative". Proprio in relazione alle conseguenze operative, si parla efficacemente di "frantumazione dell'unità logica dell'istituto, con specifica attenzione a cogliere, sia nel sistema del codice civile sia nella legislazione speciale, le diverse regole in relazione alla natura dell'interesse protetto". Così RABITTI, *Contratto illecito e norma penale*, Milano, 2000, 136. Cfr. anche ID., *Tutela dell'acquirente di immobili* cit., 57 : "Da un lato resiste la nullità tradizionale, tutta giocata all'interno dello schema logico dell'art. 1418 c.c. e delle severe regole previste dal codice civile, dall'altro si pongono ipotesi speciali di nullità che vengono in rilievo soprattutto quando ci sono classi di soggetti meritevoli di particolare protezione".

[272] Cfr. MANTOVANI, *La nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto*, IV, a cura di Roppo, Milano, 2006, 12: "L'intento protettivo nei confronti del contraente – consumatore si realizza (...) attraverso meccanismi che tendono ad assicurare il mantenimento del contratto pituttosto che la sua demolizione, semprechè il nuovo assetto corrisponda all'interesse della parte cui si dirige la protezione".".

[273] Cfr. GIOIA, *Nullità di protezione tra esigenze del mercato e nuova cultura del contratto conformato* in *Corr. giur.* 5, 1999, 611: "La nullità si conforma, in buona sostanza, alle nuove esigenze di tutela protettiva, smettendo il suo abito classico di sanzione civile, efficace strumento per obbligare o dissuadere taluni comportamenti anche in quei casi in cui la condotta sia disapprovata dalla norma, non perché vietata ma perché realizza un abuso del diritto pattiziamente attribuito, in base a un contratto le cui clausole la controparte, ritenuta meritevole di tutela, non poteva esimersi dal sottoscrivere". Sul punto, vedi SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. priv.,* 2005, 459, il quale afferma che "nella misura in cui non si danno nello spazio-tempo dell'epoca attuale, sempre più dominato da una infinita ed eterogenea pluralità di culture e discorsi, schemi teorici e modelli contrattuali *a priori*, definiti e definibili una volta per tutte, può accadere, e anzi risponde ad una constatazione sempre più frequente, che anche la nullità abbandoni la sua configurazione più consueta e venga impiegata in funzione costruttiva e conformativa del regolamento contrattuale per scopi di finalizzazione della tutela normativa a strategie di cambiamento".

limite alla legittimazione attiva si salda, perciò, con la *ratio* protettiva della norma.[274]

Più precisamente si può affermare che il passaggio "da nullità – sanzione a nullità – funzione (di protezione)"[275] rappresenti il risultato di un percorso che ha reso evidente come "alla disparità di posizioni economiche, e alla conseguente disuguaglianza di potere nella contrattazione, si ricolleghi lo squilibrio regolamentare; e che questo, a sua volta, assuma valore sintomatico di un <<abuso dell'autonomia contrattuale>>" [276]. Il tramonto del dogma dell'unitarietà concettuale e di disciplina della nullità coincide o meglio consegue al tramonto del principio di insindacabilità dell'equilibrio contrattuale, in quanto frutto dell'autonomia dei contraenti, a fronte del moltiplicarsi delle ipotesi di squilibrio strutturale tra le parti.[277]

La parte debole può, in questo modo, esigere l'attuazione del programma contrattuale ritenuto conforme ai propri interessi, rendendo evidente il mutamento del ruolo della nullità da regola di formazione del programma a strumento di conformazione del contenuto regolamentare.[278]

La legittimazione relativa assurge, così, a caratteristica essenziale delle nullità volte a salvaguardare gli interessi di soggetti che si trovano in una posizione di debolezza nell'ambito di determinate operazioni economiche.[279]

---

[274] Così BONFIGLIO, op. cit., 868, il quale rileva che tale *ratio* "verrebbe vanificata ove si consentisse di dedurre la nullità anche a soggetti diversi da quello destinatario della tutela".
[275] MANTOVANI, op. cit., 77.
[276] Cfr. AMADIO, *Nullità anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di "abuso dell'autonomia contrattuale")*, in *Riv. dir. priv.,* 2, 2005, 291.
[277] PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, 558 richiama in proposito il principio di proporzionalità, "destinato ad incidere profondamente sulla moderna concezione del contratto".
[278] AMADIO, op. cit., 285 ss.
[279] In senso critico rispetto alla legittimazione relativa, ROPPO, *Il controllo sugli atti di autonomia privata*, in *Riv. crit. dir. priv.* , 1985, 489, il quale parla di "soggettivizzazione strisciante del rimedio della nullità", in cui "sempre più spesso incidono la posizione e gli interessi della parte o delle parti coinvolte nel negozio stesso".

La rilevanza sistematica[280] di questo tipo di nullità c.d. protettive – sancita dall'inserimento nel Codice del consumo – mette in luce la complessità del fenomeno della nullità nell'ordinamento, posto "il diverso atteggiarsi in concreto della disciplina considerata in relazione alla natura dell'interesse protetto" [281]. Ciò conferma che "l'esigenza di protezione del contraente debole può determinare, anche al di là delle specifiche previsioni di leggi di settore, una articolata modulazione della disciplina della nullità, all'interno della quale le regole tradizionali sulla legittimazione dell'azione, sulla rilevabilità d'ufficio della nullità, sulla nullità relativa, si adattano all'esigenza di protezione di classi di contraenti tipicamente ritenute meritevoli di tutela".[282]

Con riguardo al regime giuridico delle nullità protettive, l'art. 36 del Codice del consumo stabilisce che ad esse si applicano le regole della nullità

[280] Cfr. RABITTI, *Tutela dell'acquirente di immobile da costruire*, cit., 58: "Attraverso i progressivi interventi legislativi si è giunti ad elaborare la categoria della <<nullità di protezione>>, oggi non più solo risultato dell'interpretazione della dottrina e della giurisprudenza ma figura di diritto positivo che trova il proprio fondamento nell'art. 36 del Codice del consumo. La norma pone fine alle incertezze che si erano create in relazione alla qualificazione dell'inefficacia delle clausole vessatorie nei contratti conclusi tra professionisti e consumatori e accoglie nel sistema – e con valenza sistematica – la nullità di protezione".

[281] Così RABITTI, *Contratto illecito e norma penale* , cit., 139. Sul punto M. NUZZO, Voce *Negozio illecito*, in *Enc. giur. Treccani*, cit., 3 osserva che in tema di nullità si avverte l'esigenza di "penetrare il *proprium* delle singole figure considerate, muovendo dal convincimento che il legislatore nel disciplinare ciascuna di esse affronta il pratico della composizione di interessi divergenti, secondo modelli che l'interprete deve di volta in volta individuare, con specifico riferimento al dato normativo".

[282] M. NUZZO, *Commento all'art. 36 del Codice del consumo*, cit., 262. Da un punto di vista più generale, può essere utile riportare la considerazione secondo la quale "si può dire che la complessità del reale e il pensiero del molteplice, un lato e l'altro della postmodernità, hanno catturato anche le forme di qualificazione negativa dell'agire autonomo dei privati, infrangendo definitivamente il mito della neutralità e indipendenza delle forme giuridiche rispetto alla sostanza dei rapporti umani e al contesto storico - sociale di riferimento e così determinando anche in questo campo il passaggio della categoria da principio cognitivo *a priori* a giudizio valutativo invece conseguibile soltanto *a posteriori*". Cfr. SCALISI, op. cit., 460. Sulla necessaria articolazione plurale delle attuali categorie giuridiche, cfr. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, cit, 809: "Il *polimorfismo* è fenomeno che non può stupire: si tratta di precisare se esso vada inteso come frantumazione, e perciò implichi l'idea di rottura, ovvero, secondo il trasparire della parola, implichi l'idea opposta di una *pluralità* di <forme> o modi di apparire riferibili tutti ad *unità*." Aggiunge l'Autore, *ivi*, 810 che "la realtà contemporanea, con la complessità scaturente dal fenomeno della c.d. globalizzazione, richiede al giurista di maturare una vera *vocazione* al polimorfismo".

relativa, della rilevabilità d'ufficio e della nullità parziale necessaria, la quale consente di far sopravvivere il contratto, stralciando la clausola nulla. La rilevabilità d'ufficio è il punto maggiormente discusso, a causa della presunta incompatibilità con la legittimazione relativa[283]; il problema appare, tuttavia, ridimensionato considerando che, se l'opinione tradizionale rinviene la *ratio* della rilevabilità d'ufficio nell'esigenza di tutelare i valori fondamentali del sistema[284], la giurisprudenza e la dottrina prevalenti la ritengono "una regola essenziale e strumentale all'interesse dei consumatori" [285]. A ciò si aggiunga, come si è rilevato, l'operatività della nullità parziale necessaria, la quale impedisce in ogni caso che un intervento del giudice possa rivelarsi pregiudizievole rispetto all'interesse del contraente debole alla conservazione del contratto.

La nullità di protezione si configura, pertanto, come rimedio autonomo dotato di una disciplina propria[286] e capace di costituire un modello alternativo rispetto a quello codicistico.[287]

---

[283] Per un'approfondita analisi del problema, cfr. M. NUZZO, op. u. c., 262 ss.

[284] Cfr. per tutti TRIMARCHI, *Appunti sull'invalidità del negozio giuridico*, in *Temi*, 1955, 191.

[285] RABITTI, *Tutela dell'acquirente di immobile da costruire*, op. cit., 59. Si afferma, inoltre, che la rilevabilità d'ufficio debba ritenersi operante anche se non espressamente disposta "stante il carattere normalmente non disponibile dell'interesse protetto e la necessità, quindi, di assicurarne la tutela in stretta aderenza e conformità alla *ratio* di protezione". Così SCALISI, op. cit., 463.

[286] Rileva RABITTI, op. u. c., 60, come "sia ormai riconosciuto uno statuto della nullità di protezione che travalica il sistema dell'art. 1418 c.c. ed è comunque idoneo a garantire un regime protettivo autonomo."

[287] PASSAGNOLI, op. cit., 21 ricostruisce il sorgere delle nuove nullità individuando "una *ratio* comune ai vari interventi legislativi: vale a dire la selezione di tipologie di rapporti suscettibili di disciplina speciale, in ragione di uno squilibrio, reputato rilevante dal legislatore, tra le parti contraenti, specie nella fase formativa del contratto. Tale squilibrio, peraltro, non si pone quale evenienza anomala, bensì alla stregua di un connotato strutturale di determinate categorie di rapporti". Orientata a non riconoscere dignità di categoria autonoma alle nullità speciali MANTOVANI, op. cit., 14, secondo la quale occorrerebbe ricondurle "nell'alveo del tradizionale modello codicistico, pur depurato dalle <<incrostazioni>> del dogma". Rileva, infatti, l'Autrice, *ivi*, 173 che "il riscontro di alcune significative affinità di disciplina - ormai divenuti tratti costanti di singole figure di nullità – a fronte delle numerose dissonanze, non pare sufficiente a delineare una categoria unitaria di nullità <speciale> o protettiva, con un proprio <statuto> organico e completo, tale da costituire un coerente paradigma alternativo e concorrente rispetto allo schema designato agli artt. 1418 ss.".

4. LA NULLITÀ "SPECIALE" COME RIMEDIO PER LA MANCATA PRESTAZIONE DELLA GARANZIA.

In relazione all'oggetto della presente analisi, vale a dire la qualificazione della nullità di cui all'art. 2 del D. lgs. 122/2005 – della quale il legislatore fornisce unicamente l'indicazione della legittimazione relativa – e l'individuazione della relativa disciplina si pone il problema di indagare sull'eventuale applicabilità in via analogica di quegli aspetti della disciplina delle nullità che discendono dalla natura dell'interesse protetto ed in funzione del quale si atteggiano[288] qualora sia possibile rinvenire un'identità di *ratio*.[289] Infatti, occorre considerare l'emersione, anche nell'ambito della legislazione speciale, di principi generali, aventi la medesima dignità dei principi di matrice codicistica[290] e suscettibili di applicazione analogica, in quanto riconducibili alla duplice *ratio* di protezione del contraente debole e di contestuale tutela del corretto funzionamento del mercato.

L'assunzione della natura dell'interesse protetto quale criterio ermeneutico dell'analisi sulla natura e la disciplina delle nullità consente di scorgere una pluralità di modelli, ciascuno dei quali dotato di valenza sistematica, "in quanto in grado di cogliere la fenomenologia del reale in tutta la sua complessità".[291]

---

[288] Il problema è posto dalla presenza di "regole di disciplina della nullità diverse in relazione alla natura dell'interesse protetto che trovano la loro fonte (talvolta isolatamente e talvolta in gruppi di regole) nel codice civile, nel codice del consumo o nelle previsioni testuali di nullità". Così RABITTI, op. u. cit., 60. Cfr. anche MANTOVANI, op. cit., 162, la quale afferma che "il silenzio del legislatore, unito al riscontro di analoghe esigenze protettive nei confronti della parte debole del rapporto, in situazioni caratterizzate da asimmetria di potere contrattuale, dovrebbe autorizzare l'interprete a mettere in campo gli strumenti di integrazione delle lacune, e così ad applicare in via analogica, quanto al trattamento della nullità, le regole <<speciali>> previste per le fattispecie espressamente esaminate".ID, 172: "Il riscontro di un'identità di *ratio*, per essere la nullità disposta a tutela di interessi facenti capo a soggetti in posizione di strutturale debolezza negli scambi di mercato, può aprire l'ingresso all'integrazione analogica del trattamento delle ipotesi testuali di nullità".

[289] "Nel procedimento analogico, elemento, perché operino gli effetti di una fattispecie legale, è non tanto l'affinità con il fatto concreto, quanto soprattutto l'*eadem ratio*, l'identità degli interessi da contemperare". Così PERLINGIERI, op. cit. 550.

[290] Cfr. PETRELLI, *Gli acquisti di immobili da costruire,* op. cit., 239.

[291] Ancora RABITTI, op. u. cit., 62.

Si è evidenziato che l'elemento della relatività è l'unico che l'art. 2 del d.lgs. 122/05 stabilisce espressamente in merito alla sanzione comminata per il mancato rilascio o la mancata consegna della fideiussione; appare necessario, dunque, procedere in via interpretativa per valutare quali ulteriori caratteristiche possano attribuirsi alla nullità prevista dal decreto legislativo. Se è pacifica l'esclusione dell'operatività della nullità parziale necessaria, mancando il presupposto della presenza di una clausola iniqua da stralciare, è controversa l'applicabilità della rilevabilità d'ufficio. In senso contrario, si è osservato in primo luogo che un eventuale intervento del giudice potrebbe comportare il venir meno dell'intero contratto, pregiudicando l'interesse dell'acquirente;[292] in secondo luogo, si è rilevato il rischio di un uso strumentale della regola della rilevabilità d'ufficio da parte del costruttore, il quale, al fine di sottrarsi all'esecuzione del contratto, potrebbe seganalarne al giudice la nullità.[293]

Va, tuttavia, rilevato che se la limitazione alla legittimazione attiva è volta ad impedire che il costruttore possa sollevare l'eccezione di nullità qualora non abbia ottemperato all'obbligo di rilasciare la fideiussione all'acquirente[294], è altrettanto vero che il rilievo d'ufficio è ritenuto funzionale all'esigenza di tutela del contraente debole e, nel contempo, strumentale alla tutela del mercato, "dunque posta a protezione di un interesse generale dell'ordinamento".[295] Infatti, il nesso richiamato in precedenza tra contratto giusto e mercato efficiente induce a ritenere che la protezione del contraente debole risponda ad un'esigenza non solo individuale ma legata ad un interesse più generale,[296] che potrebbe definirsi

[292] Cfr. PAGLIETTI, op. cit., 111: "Legittimare il giudice a rilevare l'invalidità dell'atto potrebbe paradossalmente danneggiare il soggetto che si intende proteggere, impedendogli di realizzare l'interesse sostanziale perseguito con la conclusione del contratto".

[293] ID, op. cit., 114. Esclude che il costruttore possa avvalersi di una nullità da lui stesso provocata RABITTI, op. u. cit., 65, sulla base del principio dell'interesse ad agire: "L'interesse ad agire, che corrisponde all'interesse alla tutela giurisdizionale della parte, diviene meccanismo selettore della legittimazione".

[294] Cfr. GALBUSERA, *Definizioni e garanzia fideiussoria*, op. cit., 92.

[295] RABITTI, op. u. cit., 64.

[296] Cfr. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit, 624: "Le nuove nullità sono intese pur sempre a colpire situazioni generalizzate di dannosità sociale che richiedono l'intervento

"pubblico" (c.d. ordine pubblico di protezione).[297] Questa figura, mutuata dall'esperienza francese sembra indicare i principi che presiedono ad un corretto svolgimento dei rapporti *economici* tra i singoli e la cui violazione non è sanzionata con la nullità assoluta del contratto ma comporta la disciplina della nullità relativa.

Pertanto, l'esistenza di norme di ordine pubblico – aventi natura di norme imperative inderogabili - [298] poste a tutela degli interessi di alcuni soggetti o di alcune categorie di soggetti ritenute deboli implica che la limitazione della legittimazione a far valere la violazione di dette norme ai titolari degli interessi medesimi non esclude la possibilità di rilevarla d'ufficio[299]. La rilevabilità d'ufficio, dunque, è ammessa nel rispetto del

---

della legge in attuazione del principio costituzionale della parità reciproca. L'interesse direttamente tutelato è quindi un interesse generale pur se la nullità dei contratti o delle clausole è sancita a vantaggio dei singoli contraenti". Concorde BONFIGLIO, op. cit., 871: "E'dubbia la possibilità di negare in generale alla nullità la funzione di tutela di interessi superindividuali, anche quando si atteggi nel senso della relatività".

[297] Cfr. FARJAT, *Ordre publique economique*, Dijon, 1963, 120. RABITTI, *Contratto illecito e norma penale*, op. cit., 83 osserva che la figura "Occorre dar conto anche della distinzione da alcuni operata, ordine pubblico di protezione, "finalizzato alla tutela di interessi interni al contratto, alla stigmatizzazione degli abusi e delle prevaricazioni perpetrate ai danni della parte debole" ed ordine pubblico di direzione, finalizzato alla tutela " degli interessi esterni al contratto, alla conformazione dell'organizzazione economica nel cui contesto si svolgerà l'iniziativa economica privata". Cfr. CARINGELLA, *Studi di diritto civile, 2*, Milano, 2003, 2403, n. 73. MANTOVANI, op. cit., 165, definisce nullità che attengono all'ordine pubblico economico di direzione quelle "direttamente disposte a garanzia della correttezza ed efficienza del mercato, che pure si traducono, di riflesso, in una protezione – ancorché indiretta e mediata – del consumatore" ad esempio quelle "previste come conseguenza della violazione delle norme che vietano (..)le intese restrittive della libertà di concorrenza e l'abuso di posizione dominante".

[298] Qualificare le norme che prescrivono il rilascio di garanzie a favore dell'acquirente comeinderogabili e indisponibili non è privo di conseguenze pratiche; ciò, infatti, comporta che il soggetto tutelato non può rinunciare ai relativi strumenti di tutela; il patto di rinuncia, dunque, e l'eventuale rinuncia unilaterale devono ritenersi affetti da nullità assoluta, ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c. Né l'acquirente potrebbe rinunciare alla garanzia in cambio di altra garanzia, come era stato suggerito nel corso dei lavori preparatori, ad esempio il deposito di somme dovute a titolo di acconto presso un terzo, con obbligo di consegnarle al costruttore al momento del trasferimento della proprietà ovvero all'acquirente in caso di situazione di crisi.

[299] Cfr. GIOIA, op. cit., 608 osserva che "il concetto di ordine pubblico di protezione è in grado di coniugare, da un lato, la rilevabilità d'ufficio e, dall'altro, un concetto di nullità a legittimazione riservata." Infatti, la Pretura di Bologna nella sentenza del 4 gennaio 1999, *ivi*, 602 nell'ammettere la rilevabilità d'ufficio della nullità di un contratto di credito al consumo, con legittimazione espressamente riservata al solo contraente protetto, *ex* art. 127 c. 2, d. lgs.n. 385/1993, ha affermato che "l'eccezione potrà/dovrà sollevarsi *ex officio* solo

limite sostanziale degli effetti favorevole per la parte debole[300], non tanto nel senso che il giudice dovrebbe rilevare la nullità solo qualora ne derivi un vantaggio al contraente debole quanto nel senso che il potere del giudice potrebbe trovare un ostacolo nell'interesse della parte tutelata all'efficacia del contratto.[301] L'ammissibilità del rilievo d'ufficio si fonda sull'imperatività della disciplina prevista a tutela del contraente debole e sulla ratio del c.d. ordine pubblico di protezione. Il legislatore mira, infatti, a garantire l'equilibrio contrattuale da un lato, proteggendo l'interesse del contraente debole e, dall'altro, perseguendo la finalità di carattere generale del corretto funzionamento del mercato (immobiliare), mediante l'intervento del giudice[302].

Sembra, allora, necessario considerare che normative di protezione come il d. lgs. 122/2005 tutelano interessi di portata generale, ancorché relativi a soggetti determinati, ai quali il legislatore adegua gli strumenti tecnici.[303] Ne consegue che la "monolitica unità"[304] appare definitivamente superata,

---

quando contribuisca all'accoglimento delle istanze proposte dal cliente e non invece qualora sussista anche il solo dubbio sul contrasto tra il rilievo della nullità e l'interesse del destinatario della tutela o se il cliente manifesti una volontà contraria all'esperimento del rimedio".

[300] Ancora GIOIA, op. cit., afferma che il giudice "deve ancorare l'esercizio della rilevabilità d'ufficio alla valutazione dell'interesse della parte, in funzione della *ratio* protettiva della norma che commina la nullità".

[301] In questo senso si esprime BONFIGLIO, op. cit., 899: "Non è da ritenere che il giudice possa rilevare d'ufficio la nullità se e quando essa ridondi a vantaggio del soggetto legittimato, ma, in termini opposti, che *non* possa *motu proprio* rilevarla *solo* quando sia questi a precludere la declaratoria con l'invocazione o l'accettazione degli effetti negoziali".

[302] L'esigenza di una correzione delle distorsioni in questo ambito è confermata dall'ISTAT,che ha stimato nel numero di duecentomila le famiglie rimaste vittime dei fallimenti immobiliari negli ultimi dieci anni.

[303] Cfr. RABITTI, *Contratto illecito e norma penale*, cit., 143, n. 100: "L'emersione di interessi *collettivi* ma *privati* tutelati dal legislatore espressamente con lo strumento della nullità, e non con il regime dell'annullabilità dimostra che il legislatore ha scelto di non aderire a quella linea di pensiero che tradizionalmente fondava la distinzione tra nullità e annullabilità sulla natura dell'interesse protetto. Lo schema della nullità, temperato nelle sue conseguenze operative, viene sempre più spesso ritenuto idoneo ad assicurare gli interessi, anche se di natura privata, di una particolare categoria di contraenti". Sul punto cfr. anche SCALISI, op. cit., 467, il quale osserva che "anche laddove la nullità appare finalizzata al perseguimento di interessi individuali, la relativa tutela resta pur sempre espressione di un principio di ordine pubblico (di protezione) in ragione del carattere collettivo e seriale degli anzidetti interessi".

[304] Così NUZZO, *Commento all'art. 36*, op. cit., 265.

affiancandosi alla nullità "tradizionale" disciplinata dal codice civile lo statuto unitario delle nullità di protezione. Tuttavia, l'analisi delle regole operative applicabili alla nullità prevista dal decreto legislativo in commento induce ad iscriverla tra quelle ipotesi di nullità "che sfuggono alla *ratio* sia dell'una sia dell'altra categoria, costringendo l'interprete ad interrogarsi, di volta in volta, sulla specifica finalità di tutela perseguita dalla norma imperativa considerata".[305]

La disciplina di tutela apprestata all'acquirente risponde, infatti, alle peculiari esigenze di protezione che emergono nell'ambito dell'operazione di acquisto di un immobile da costruire e le regole operative che il legislatore predispone possono essere differenziate o diversamente combinate in funzione dell'interesse protetto.[306]

Alla luce di quanto affermato, sembra attenuarsi la contrapposizione tra le categorie di nullità ed il conseguente sforzo interpretativo di ricondurre la sanzione contenuta nel decreto legislativo in commento necessariamente nell'uno o nell'altro ambito. Infatti, come si è argomentato in precedenza, si è in presenza di una normativa che introduce un sistema protettivo che non coincide con quello tipico posto a tutela del consumatore, poiché mira a garantire alla figura del promissario acquirente un corretto svolgimento dell'operazione di acquisto dell'immobile in costruzione, ponendo in relazione regole operative che trovano piena cittadinanza all'interno del sistema con principi e tecniche di tutela che caratterizzano la legislazione di settore.

In questa prospettiva sembra corretto ricondurre la fattispecie considerata nella sfera operativa del terzo comma dell'art. 1418 c.c.[307], che disciplina i casi di nullità c.d. testuale, tali, cioè, per espressa volontà del legislatore.

---

[305] RABITTI, *Tutela dell'acquirente*, cit, 69.
[306] Cfr. BONFIGLIO, op. cit.,872: "L'ibridazione delle tecniche di tutela si spiega allora in considerazione della natura ibrida, mista, composita degli interessi tutelati, riferibile al singolo contraente e, insieme, al mercato".
[307] La soluzione è prospettata da RABITTI, op. u. cit., 70.

E' in queste ipotesi, infatti, che la nullità si manifesta non quale reazione ad un vizio strutturale dell'atto ma come lesione di un interesse peculiare, il perseguimento del quale assume valenza generale ed è posto alla base di un determinato sistema di tutele. L'impossibilità di classificare l'atto nel quale l'acquirente è ritenuto meritevole di tutela come atto di consumo, per le ragioni esposte precedentemente, non consente di applicare l'art. 36 del Codice del consumo; né sembrano ricorrere i presupposti del difetto strutturale o funzionale della fattispecie necessari ai fini dell'operatività del secondo comma dell'art. 1418 c.c.[308] Risulta, pertanto, preferibile parlare di nullità testuale, vale dire di quella nullità comminata per la lesione dell'interesse dell'acquirente, che si connota, come si è detto, in vista della migliore e più efficace tutela degli interessi protetti.

[308] RABITTI, *Contratto illecito e norma penale*, cit., 147, rileva l'utilità tecnica della previsione normativa, rinvenuta nella "possibilità, riservata al legislatore, di avvalersi della nullità come strumento di composizione degli interessi in conflitto anche in ipotesi in cui l'applicazione delle regole tecniche della nullità risultanti dal primo e secondo comma porterebbe ad escludere questa conseguenza".

BIBLIOGRAFIA

AA.VV. *Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazione del d. lgs. 122/2005 e prospettive*, ed. Il Sole 24 ore, Lavis, 2006, 53, nota 3.

ALABISIO, *Il contratto preliminare*, Milano, 1966.

ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Roma – Bari, 2002.

AMADIO, *Nullità anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di "abuso dell'autonomia contrattuale")*, in *Riv. dir. priv.*, 2, 2005, 285 ss.

BARALE, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire: dall'esperienza francese alla nuova esperienza italiana*, in *Contr. Impr. Europa*, 2, 2005, 810 ss.

BARALIS, *Considerazioni sparse sul decreto delegato conseguente alla L. n. 210 del 2004; spunti in tema di varietà di contratti "garantiti", prestazioni di fideiussione "impropria". Riflessi sulla trascrizione, contenuto "necessario" del contratto, invalidità speciale e sue conseguenze* in *Riv. not.,* 4, 2005, 723 ss.

BENEDETTI, *La tutela del consumatore nel quadro dell'Unione Europea*, in *Quaderni dell'Istituto giuridico dell'Università degli Studi della Tuscia. Annali1996*, Viterbo, 1997, 9 ss.

ID, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Materiale e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di Vettori, Padova, 1999.

BIANCA – BUSNELLI ,*Commentario al capo XVI-bis c.c.: dei contratti del consumatore,* Padova, 1999.

BIANCA, *Diritto civile. Il contratto.* Milano, 2000.

ID., voce *Condizioni generali di contratto*, in *Enc. giur.* 1988.

ID, *Voce Vendita,* in *Nov. Dig. It*., Torino, 1975.

ID, *La vendita e la permuta*, in *Trattato dir. civ.* diretto da Vassalli, Torino, 1972.

BECHINI, *La trascrizione del contratto preliminare,* in *Riv. not.,* 2, 1999, 241 ss.

BOCCHINI, (a cura di), *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie,* Torino, 2003.

BONFIGLIO, *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione,* in, *Riv. dir. priv,* 4, 2004, 861 ss.

BUGANI, *La nullità del contratto*, Padova, 1990.

BRECCIA, *Il contratto in generale,* II, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Bessone, Torino, 1999.

CAMILLETTI, *Alcune considerazioni sull'obbligo a contrarre e sulla trascrizione del contratto preliminare*, in *Riv. not.*, 5, 2005, 1121 ss.

CANTILLO, *Inadempimento del contratto preliminare per cause riguardanti l'oggetto del regolamento definitivo*, nota a Trib. Torino, 7 aprile 1975, in *Giust. civ.* I, 1976, 150.

CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948,

CASTRONOVO, *La contrattazione immobiliare abitativa*, in *Jus*, 1986.

CATAUDELLA, voce *Negozio giuridico (invalidità e inefficacia del)* in *Enc. for.*, V, Milano, 1959, 35 ss.

CHIANALE, *Contratto preliminare in diritto comparato*, in *Dig. disc. priv.,* IV, Torino, 1998, 290 ss.

ID., *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990.

CHINE', *Il consumatore*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di Lipari, Padova, 2003.

CIAN, *Alcune questioni in tema di trascrizione del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ*., 4, 1997, 377 ss.

COLESANTI, *Fallimento e trascrizione delle domande giudiziali*, Milano, 1972.

COSTOLA, *Verso nuove forme di tutela degli acquirenti di immobili da costruire: la legge delega 2 agosto 2004, n. 210* Parte 1 e 2 in *Studium iuris*, 12, 2004 e 1,2005.

D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 38 ss.

ID. *Vendita dell'immobile da costruire e fallimento*, in *Dir. fall.*, I, 2007, 213.

D'ANGELO, *Contratto e operazione economica*, in *I contratti in generale. Aggiornamento 1991 – 1998*, diretta da Alpa e Bessone in *Giur. sist. dir. civ. comm.* Bigiavi,

D'ARRIGO, *La tutela contrattuale degli acquirenti di immobili da costruire*, in *Riv. not.*, 4, 2006, 911 ss.

DE CRISTOFARO, *Preliminare e definitivo di fronte alla garanzia per vizi: una (ancora) apprezzabile differenziazione?,* nota a Cass. 24 novembre 1994, n. 9991, in *Corr. giur.*, 7, 1995, 841 ss.

DELLE MONACHE, *La trascrizione del contratto preliminare*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1998, 3 ss.

DELOGU, *Leggendo il Codice del consumo alla ricerca della nozione di consumatore*, in *Contr. impr. Eur.*, 2006, 87 ss.

DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, in *Giust. sist. Bigiavi. I contratti in generale* diretta da Alpa e Bessone. Torino. Aggiornamento 1991 – 1998.

ID. , *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati. Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e in favore di terzi*, Padova, 1991.

DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974,

DI MAJO ADOLFO, *La "normalizzazione" del preliminare,* in *Corr. giur.,* 2, 1997, 131 ss.

ID., *La trascrizione del contratto preliminare e regole di conflitto*, in *Corr. giur.*, 5, 1997, 514 ss.

DI MAJO ALESSANDRO, *Preliminare di vendita d'immobile indiviso e fallimento di uno dei venditori*, in *Dir. fall.*

DI MARZIO, *Crisi d'impresa e contratto. Note sulla tutela dell'acquirente dell'immobile da costruire*, in *Il dir. fall. soc. comm*., I, 2006, 31 ss.

ID., *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, in *Contr. impr.*, 3, 2006, 673 ss.

FABIANI, *Fallimento del promittente venditore, diritto alla casa e tutela dei creditori: un conflitto che non può essere mediato,* nota a Cass. 26 agosto 1994, n. 7522 in *Foro it.* 1995, 1540 ss,

FARJAT, *Ordre publique economique*, Dijon, 1963.

FERRI, *Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Bessone, Torino, 2002.

FERRI – ZANELLI, *Trascrizione immobiliare*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna – Roma, 1995, 322 ss.

FERRONI (a cura di) *Le nullità negoziali di diritto comune, speciali e virtuali*, Milano, 1998.

FIANDACA, ARMATI, FERRO, *Le garanzie degli acquirenti di case di abitazione nei confronti dei promotori e dei costruttori: i momenti della tutela*, in *Riv. not.,* 1976, 588 ss.

FORMIGGINI, *Il fallimento e la trascrizione dei contratti preliminari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997,383 ss.

FURGIUELE, *Vendita di "cosa futura" e aspetti di teoria del contratto*, Milano, 1974.

E. GABRIELLI, *Il "preliminare ad effetti anticipati" e la tutela del promissario acquirente*, in *Riv. dir. comm.*, 1986, I, 313 ss.

E. GABRIELLI, *Sulla nozione di consumatori*, in *Riv .trim. dir. proc. civ.*, 2003, 4, 1150 ss.

G. GABRIELLI, *Considerazioni sulla funzione e sul conseguente carattere facoltativo della pubblicità del contratto preliminare*, in *Vita not.,* 2, 1998, 741 ss.

ID., *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare,* in *Riv. dir. civ.*, 1997, 529 ss.

ID., *Mercato, contratto e operazione economica,* in *Rass. dir. civ.,* 2004, 4, 1044 ss.

GAZZONI*, Il contratto preliminare*, Napoli, 1998.

ID., *Babbo Natale e l'obbligo di dare*, in *Giust. civ.*, 1991, I, 2899 ss

ID., *Trascrizione del preliminare di vendita e obbligo di dare*, in *Riv. not.*, 1-2 1997, 19 ss.

GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. dir. civ.,* 1997, 3, 404 ss.

GIOIA, *Nullità di protezione tra esigenze del mercato e nuova cultura del contratto conformato*, in *Corr. giur.*, 6, 1999, 602 ss.

IMPAGNATIELLO, *Aspetti processuali della tutela degli acquirenti di immobile da costruire*, in *Giusto proc. civ.*, 1, 2006, 153 ss.

IZZI, *Permuta preceduta da preliminare di cosa presente con futura, permuta di bene presente con futuro, presupposizione, strumenti urbanistici in itinere: una difficile convivenza,* in *Riv. giur. Molise e Sannio*, 3, 2002, 40 ss.(Nota a App. Campobasso, 31 maggio 2002, n. 82).

LEO, *Le nuove norme a tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, in *I contratti,* 8-9, 2005, 745 ss.

LEO, *Contratto preliminare di vendita e tutela del promissario acquirente* (nota a Cass. 27 febbraio 1985 n. 1720), in *Rass. dir. civ.*, 1986, 752.

LIPARI, *Preliminare di vendita, vizi della cosa e tutela del promissario acquirente*, in *Giust. civ.*, 1994, II, 509 ss.

ID (a cura di) *Diritto privato europeo*, Padova, 1997.

LOFFREDO, *Contratto preliminare, trascrizione e tutela del promissario acquirente*, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 809.

LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, Milano, 1995.

MACARIO, Voce *Vendita,* in *Enc. giur. Treccani*, Roma ,1994.

ID. *Il contenuto della garanzia fideiussoria ex D. lgs. 122/2005 e le conseguenze della sua incompletezza ed erroneità* in AA.VV. *Tutela degli acquirenti di immobili da costruire: applicazione del d. lgs. 122/2005 e prospettive*, Lavis, 2007, 109 ss.

MAFFEI ALBERTI, *Contratto preliminare e procedure concorsuali* in *Giur. comm.* 1985, I, 620.

MANTOVANI, *La nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto*, IV, a cura di Roppo, Milano, 2006.

MARCHIO, *La trascrizione del contratto preliminare*, in *Dir. fall.*,1997, I, 2, 1317 ss.

MARICONDA G., *Contratto preliminare e trascrizione,* in *Corr. giur.*, 2, 1997, 129 ss.

MARICONDA V., *Fideiussioni omnibus e interessi usurari: questioni comuni di ius superveniens,* in *Corr. giur.,* 10, 2001. (Nota a Cass. Civ. , 9 agosto 2001, n. 10981.

MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, XX, Torino, 1985, 328 ss.

MAZZU', *Il rilievo dei profili soggettivi ed oggettivi nella trascrizione del contratto preliminare*, in corso di pubblicazione.

MENGONI, *La pubblicità immobiliare*, in *Jus*, 1986.

MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, II, a cura di Cicu e Messineo, Milano, 1972.

ID., *Contratto preliminare,* in *Enc. dir*., X, Milano, 1962.

MONTESANO, *Obbligo a contrarre*, in *Enc. dir.*, Torino, 1979.

MONTESANO, *La sentenza ex art. 2932 c.c. come accertamento costitutivo dell'equivalenza tra contratto preliminare e contratto definitivo ad effetti differiti?* In *Rass. dir. civ.*, 1987, 239 ss.

E. MINERVINI, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 1999.

NUZZO., *Disciplina dei contratti e diritto penale (il ruolo del diritto civile nella confluenza tra aree disciplinari diverse)*, in AA.VV. *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista.* Atti del primo convegno nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile, Napoli, 2005.

ID. *Commento all'art. 38 del Codice del consumo*, in *Commentario al Codice del consumo*, a cura di Alpa e Rossi Carleo., Napoli, 2005.

ID., *Tutela del consumatore e disciplina generale del contratto*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di Vettori, Padova, 1999

ID., Voce *Negozio illecito, Enc. giur. Treccani,* Roma, 1990.

PAGLIETTI, *La nullità della vendita di immobili da costruire per mancata prestazione della garanzia fideiussoria*, in *Riv. dir. priv.*, 1, 2007, 101 ss.

PALERMO, *Il contratto preliminare*, Padova, 1991.

PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2002.

PAOLINI – RUOTOLO, *Prime considerazioni sulla bozza di decreto legislativo in tema di tutela degli acquirenti di immobili da costruire o in corso di costruzione*, in *Studio n. 5691/C* in www.notariato.it.

PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, Milano, 1995.

PERLINGIERI, *La tutela del consumatore*, in *Il diritto dei consumi*, a cura di Perlingieri e Caterini, I, Napoli, 2004.

ID*., Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003.

ID. , *La tutela del contarente debole nelle negoziazioni immobiliari. Traccia di un possibile convegno*, in *Rass .dir. civ*., 2000, 4, 746 ss.

ID., *I nuovi profili del contratto,* in *Rass. dir. civ.,* 545 ss.

ID., *Sulla trascrivibilità della compravendita di cosa futura*, in *Vita not.,* 6, 1985, 954 ss.

PETRELLI, *Gli acquisti di immobile da costruire,* Milano, 2005.

ID., *Gli acquisti di immobili da edificare e la richiesta del permesso di costruire,* in *Riv. not.* 6, 2005, 1233 ss.

ID., *Il contenuto minimo dei contratti aventi ad oggetto immobili da costruire*, in *Riv. dir. civ.*, 3, 2006, 287 ss.

PISCHETOLA, *La tutela degli acquirenti degli immobili da costruire e l'appalto,* in *Riv. not.*, 1, 2006, 111.

RABITTI, *Contratto illecito e norma penale. Contributo allo studio della nullità*, Milano 2000.

ID., *Tutela dell'acquirente di immobili in costruzione: garanzia fideiussoria e nullità del contratto*, in *AA. VV. La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire*, Napoli, 2007.

RASCIO, *Il contratto preliminare*, Napoli, 1967.

RE – SCALITI, *La nuova disciplina degli acquisti di immobili da costruire*, Torino, 2006.

RICCI, *Profili problematici della nuova disciplina sulla trascrizione del contratto preliminare*, in *Giust. Civ.,* 6, II, 1997, 303 ss.

RIZZI, *Poste le fondamenta per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire. Commento alla legge delega 2 agosto 2004, n. 210* in *Notariato,* 6, 2004, 673 ss.

ID , *Commento al decreto legislativo n. 122 del 2005,* in *Notariato,* 4, 2005, 433 ss.

ID, *Il decreto legislativo 122/2005: il contenuto del contratto preliminare*, in *Studio 5814/C* approvato dalla Commissione studi civilistici del Consiglio Nazionale del Notariato il 20 luglio 2005, in *www.notariato.it*

ID*., Il collegamento negoziale tra vendita e appalto e D. lgs. 122/2005*, in AA.VV. *Tutela degli acquirenti di immobili da costruire: applicazione del d. lgs. 122/2005 e prospettive*, Lavis, 2007.

RODA, *Commento all'art. 11 d. lgs. 20 giugno 2005, n. 122*, in *L'acquisto di immobili da costruire*, Milano, 2005.

ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul "terzo contratto")*, in *Riv. dir. priv.*, 4, 2007, 661 ss.

ID, *Il controllo sugli atti di autonomia privata*, in *Riv. crit. dir. priv.* , 1985.

ROSSI CARLEO, *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo*, in *Riv .dir . priv.,* 2004, 349 ss.

ID. , *La codificazione di settore: il codice del consumo*, in *Rass. dir. civ.*, 3, 2005, 879 ss.

RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ.e comm.* diretto da Cicu e Messineo, XXIII, Milano, 1971.

SAINT – ALARY, in Y. P. BOUCHETARD, *Les garantie de bonne fin des opèrations de construction immobilière*, Paris, 1977.

SANTORO – PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, IX ed., 1989.

SCALFI, *La direttiva del Consiglio CEE del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive nei contratti stipulti con i consumatori*, in *Resp. civ. e prev.,* 1993, 435 ss.

SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 5, 2005, 459 ss.

SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, Libro IV, (art. 1321- 1352), Roma – Bologna, 1970.

SICCHIERO, *La clausola contrattuale*, Padova, 2003.

(a cura di) SICCHIERO, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire. Commento al d. lgs. n. 122 del 2005,* Padova, 2005.

SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 5, 2004, 787 ss.

SPECIALE, *Contratti preliminari ed intese precontrattuali*, Milano, 1990.

ID, *Il contratto preliminare*, in *Giur. sist. Bigiavi. I contratti in generale*, diretta da Alpa e Bessone, Torino, 1998, 1794 ss.

STAIANO, *Rilascio ed escussione della garanzia fideiussoria nell'operatività bancaria*, in AA.VV. *Tutela degli acquirenti di immobili da costruire: applicazione del d. lgs. 122/2005 e prospettive*, Lavis, 2007, 99 ss.

TIMPANO, *Principio di intangibilità del preliminare e tutela del promissario acquirente*, nota Cass., 29 maggio 1999, n. 5228 in *I contratti*, 3/2000, 230 ss.

TONDO, *Tutela per gli acquirenti di immobili da costruire*, in *Riv. not.*, 5, 2006, 1250 ss.

TORRONI, *Il d. lgs. n. 122 del 2005 letto con la lente del costruttore*, in *Riv. not.*, 4, 2007, 879 ss.

TRIOLA, *Vendita di immobili da costruire e tutela dell'acquirente dopo il d.lgs. 20 giugno 2005 n. 122,* Milano, 2005.

TRIMARCHI, *Appunti sull'invalidità del negozio giuridico*, in *Temi*, 1955, 191.

TROVATI, *Una "casa" sulla parola*, in *Il Sole 24 Ore*, 18 luglio 2005, 3.

VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999.

VECCHI. *Il principio consensualistico*, Torino, 1999.

VELLA, *La tutela dell'acquirente di immobile da costruire nel diritto francese: spunti per il notariato italiano* in *Vita not.* , 1 , 1998, 621 ss.

ZENO – ZENCOVICH, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra "contratti commerciali" e "contratti dei consumatori")* in *Giur. it*, 1993, Parte IV, 57 ss.