

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

Studio n. 19-2007/C

La redazione del preliminare - Profili operativi

Approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 27 gennaio 2007

SOMMARIO

CAPITOLO I - IL PRELIMINARE QUALE FORMA DI TUTELA DELLE PARTI

Premessa

La tutela generica

La tutela specifica

La funzione di tutela della caparra confirmatoria

La tutela "rafforzata" (la trascrizione del preliminare)

CAPITOLO II - LA REDAZIONE DEL PRELIMINARE

La forma

Il contenuto

Le parti del contratto

Il preliminare per persona da nominare

L'immobile oggetto del preliminare

I fabbricati

I terreni

Gli immobili da costruire e le specifiche modalità redazionali

Gli immobili da costruire: le varianti e le cd. clausole di riserva

Il termine per la stipula dell'atto definitivo

L'indicazione del prezzo

Il pagamento del prezzo nel caso di immobili da costruire ex Dlgs 1227/2005

Lo "stato di diritto" dell'immobile

La consegna dell'immobile

Le garanzie

Problematiche particolari: i beni di provenienza donativa

Problematiche particolari: le prelazioni

Problematiche particolari: i beni culturali

Problematiche particolari: i beni di E.R.P.

*Problematiche particolari: gli immobili da costruire soggetti alla disciplina del dlgs
122/2005*

Problematiche particolari: la mediazione

CAPITOLO I

IL PRELIMINARE QUALE FORMA DI TUTELA DELLE PARTI

Premessa

Nella pratica il ricorso al preliminare, nell'ambito di una trattativa per la compravendita di un immobile, è assai diffuso: raramente infatti le parti "chiudono" la trattativa con l'immediata stipula dell'atto di compravendita comportante il trasferimento della proprietà.

Nella maggior parte dei casi tra il momento in cui viene raggiunto l'accordo per la compravendita dell'immobile ed il momento in cui viene perfezionato l'atto comportante il trasferimento della proprietà, passa un certo lasso di tempo, più o meno lungo a seconda delle circostanze e ciò per i più svariati motivi. Ad esempio, solo per citarne alcuni tra i più ricorrenti:

- per l'esigenza dell'acquirente di istruire una pratica per l'ottenimento di un prestito bancario
- per l'esigenza dell'acquirente di "smobilizzare" i fondi da utilizzare per il pagamento
- per l'esigenza del venditore di integrare tutta la documentazione necessaria per la predisposizione dell'atto definitivo (frazionamenti catastali, denunce catastali in variazione, reperimento dei titoli edilizi, cancellazione di ipoteche ecc. ecc.)
- per l'esigenza del venditore di occupare gli immobili per il tempo necessario ad ottenere a sua volta la disponibilità di altro immobile.

E l'elenco potrebbe continuare.

In tutti questi casi le parti ricorrono al preliminare, la cui funzione, pertanto, è quella di fissare, *su un piano obbligatorio*, quelli che sono i termini dell'accordo raggiunto, da tradurre nell'atto definitivo, e tutto ciò al fine di evitare che, durante il lasso di tempo intercorrente tra il momento dell'accordo ed il momento dell'atto di trasferimento, vi possano essere dei "ripensamenti" o che, comunque, si debbano ridiscutere alcuni dei punti dell'accordo già raggiunto.

Il preliminare svolge, in tal modo, una funzione di "*tutela*" delle parti nella fase delle trattative per la compravendita di un immobile.

La tutela generica

Innanzitutto il preliminare garantisce una forma di *tutela generica* a favore di entrambe le parti del contratto, nel senso di predeterminare il contenuto del futuro contratto di compravendita, ed evitare:

- che la stipula di detto contratto possa subire ritardi per l'esigenza di discutere alcuni degli aspetti fondamentali della transazione (individuazione precisa dell'immobile oggetto di vendita, caratteristiche dello stesso, prezzo, modalità di pagamento del prezzo, eventuali diritti di terzi, ecc. ecc.);
- che una delle parti possa rifiutarsi di stipulare il contratto definitivo obiettando di non essere stato messo a conoscenza di determinate caratteristiche o qualità del bene in vendita o di altre circostanze che comunque possano incidere sulla commerciabilità del bene.

Ovviamente, affinché il preliminare possa esplicare tale sua funzione di "*tutele generica*" delle parti dovrà essere redatto con particolare cura e meticolosità, evidenziando tutte quelle problematiche che possano comunque incidere sul consenso delle parti, in modo che la futura stipula del rogito definitivo non possa essere messa in discussione dall'emergere di circostanze rilevanti ma non evidenziate nel contratto preliminare (si pensi, ad esempio, ad un immobile con provenienza donativa ed alle problematiche che ne possano derivare per il promissario acquirente che richieda per l'acquisto l'erogazione di un mutuo bancario).

La tutela specifica

In secondo luogo il preliminare garantisce alle parti una forma di *tutela specifica* per il caso di inadempimento di una delle due parti del contratto. Qualora durante il lasso di tempo che intercorre tra il momento dell'accordo ed il momento dell'atto di trasferimento, vi sia un ripensamento da parte di una delle parti, la quale si rifiuta di stipulare il contratto definitivo, senza giustificato motivo, alla parte "non inadempiente" l'ordinamento riconosce specifici strumenti di "reazione" per la tutela dei propri diritti:

- innanzitutto la parte "non inadempiente" può rivolgersi al giudice ed ottenere una sentenza che tiene luogo del rogito definitivo. E' questa la "*esecuzione in forma specifica*" del contratto preliminare prevista dall'art. 2932 c.c. **(1)**. Gli effetti (trasferimento della proprietà del bene a fronte del pagamento del corrispettivo pattuito) che non si ottengono attraverso il contratto definitivo, a causa del rifiuto alla stipula opposto da una delle parti, li si può, comunque, ottenere attraverso una sentenza, che costituisce, a tali fini, titolo idoneo per la trascrizione. Pertanto se è interesse di una delle parti "concludere" l'affare (disfarsi del bene in vendita per quanto riguarda il *promittente venditore* ovvero acquistare quello specifico bene per quanto riguarda il *promissario acquirente*), tale interesse può trovare adeguata

tutela, anche prima della stipula dell'atto comportante il trasferimento della proprietà, proprio con il ricorso allo strumento del "preliminare", in relazione alla possibilità di ottenerne la "*esecuzione in forma specifica*" ai sensi dell'art. 2932 c.c.

Anche in questo caso, peraltro, il preliminare, affinché possa esplicare tale sua funzione di "*tutela specifica*" delle parti, dovrà essere redatto con particolare cura, in quanto, al fine di ottenere la sentenza *ex art. 2932 c.c.*, oltre alle condizioni previste in detta norma, la giurisprudenza ha individuato altre e diverse condizioni, delle quali bisogna pertanto tener conto nella redazione di un preliminare al fine di non "privare" le parti della facoltà di ricorrere a questo rimedio (si pensi alle posizioni assunte dalla giurisprudenza in ordine alla necessità delle menzioni urbanistiche al fine di ottenere la sentenza *ex art. 2932 c.c.*)

- in alternativa alla "*esecuzione in forma specifica*" la parte "non inadempiente" può ricorrere al rimedio previsto in via generale per il caso di inadempimento di una delle parti del contratto: potrà pertanto richiedere la risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 1453 c.c. **(2)** nonché il risarcimento del danno subito.

Se l'interesse della parte non inadempiente non è "concludere" comunque ed in ogni caso quello specifico affare (disfarsi del bene in vendita per quanto riguarda il *promittente venditore* ovvero acquistare quello specifico bene per quanto riguarda il *promissario acquirente*), ma, piuttosto, "liberarsi" dei vincoli discendenti dal preliminare stipulato, per poter "ritornare sul mercato" (alla ricerca di un nuovo acquirente per quanto riguarda il *promittente venditore* ovvero di un altro immobile da acquistare per quanto riguarda il *promissario acquirente*) allora l'ordinamento offre, in alternativa alla richiesta dell'adempimento, la possibilità di chiedere la risoluzione del contratto stipulato ed il risarcimento del danno subito.

L'effetto risolutivo si produce:

- per effetto della *sentenza* di accoglimento della domanda di risoluzione, sentenza alla quale viene riconosciuta efficacia costitutiva, e con la quale, inoltre, dovrà essere stabilita anche l'entità del risarcimento (sempreché sia stata presentata anche la domanda di risarcimento che è indipendente ed autonoma rispetto a quella di risoluzione). Al fine di "*predeterminare*" l'*importo del risarcimento* dovuto alla parte non inadempiente, ed evitare a quest'ultima l'onere di provare l'esistenza del danno e l'entità dello stesso, vi è la possibilità di prevedere nel preliminare una "*clausola penale*" la cui funzione, ai sensi e per gli effetti di cui *all'art. 1382 c.c. (3)*, è per l'appunto quello di fissare l'importo del risarcimento a prescindere dalla "prova del danno". Peraltro la clausola penale limita il risarcimento alla prestazione in essa prevista, a meno che non sia stata espressamente convenuta la risarcibilità del danno ulteriore.
- ovvero *può prodursi "di diritto"* nei seguenti casi:
 - nel caso di *diffida ad adempiere ai sensi dell'art. 1454 c.c. (4)*: la parte non

inadempiente intima all'altra per iscritto di adempiere entro un congruo termine, non inferiore a quindici giorni, salvo diversa pattuizione delle parti o salvo che risulti congruo un termine minore, con la dichiarazione che, decorso inutilmente detto termine, il preliminare si intenderà senz'altro risolto. In questo caso, una volta decorso il termine senza che il preliminare sia stato adempiuto, questo è risolto di diritto.

- nel caso della "*clausola risolutiva espressa ai sensi dell'art. 1456 c.c.* (5): al fine di ottenere l'effetto estintivo del preliminare, senza la necessità di procedere neppure alla notifica della "*diffida ad adempiere*", può essere inserita nel preliminare la clausola con la quale le parti convengono, espressamente, che lo stesso si risolve nel caso che il rogito definitivo non venga stipulato entro il termine previsto, per causa imputabile ad una delle parti; in questo caso l'effetto estintivo si verifica quando la parte non inadempiente dichiara all'altra che intende valersi della clausola così convenuta.
- nel caso di "*termine essenziale ai sensi dell'art. 1457 c.c.* (6): se il termine fissato per la stipula del contratto definitivo viene qualificato "*essenziale*" dalle parti, qualora la parte non inadempiente non comunichi all'altra parte, entro tre giorni, che vuole esigere comunque l'esecuzione del preliminare, lo stesso si intende risolto di diritto.

Ovviamente nei casi di "*risoluzione di diritto*" del preliminare, dovrà comunque essere presentata domanda per il risarcimento del danno subito, ed instaurata la relativa azione giudiziaria, a meno che non sia prevista in contratto la "*clausola penale*" di cui all'art. 1382 c.c., particolarmente opportuna, pertanto in questi casi.

La risoluzione ha effetto retroattivo tra le parti (art. 1458 c.c. (7)); tuttavia la risoluzione non pregiudica i diritti acquistati dai terzi, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di risoluzione.

Pertanto, anche per poter spiegare quella funzione che abbiamo definito di "*tutela specifica*" delle parti, il preliminare dovrà essere redatto con particolare cura, in modo che la parte non inadempiente possa avvalersi in maniera efficace e tempestiva dei rimedi riconosciuti dall'ordinamento.

La funzione di tutela della caparra confirmatoria

Sempre sul piano della *tutela specifica* un ruolo particolare deve essere riconosciuto alla "*caparra confirmatoria*". Infatti nel caso in cui nel preliminare sia prevista a carico della parte *promissaria acquirente* la dazione di una somma di denaro a titolo di *caparra confirmatoria* la stessa:

- in caso di adempimento del contratto dovrà essere imputata al prezzo dovuto

- in caso di inadempimento della parte *promissaria acquirente* la stessa potrà essere trattenuta dalla parte *promittente venditrice* che receda dal contratto
- in caso di inadempimento della parte *promittente venditrice*, invece, la *parte promissaria acquirente*, che receda dal contratto, potrà esigere il doppio della caparra.

Anche la caparra, pertanto svolge una funzione di predeterminazione del risarcimento del danno subito dalla parte non inadempiente che a fronte dell'inadempimento dell'altra parte chieda di recedere dal contratto (art. 1385 c.c.) **(8)**. L'art. 2385 c.c. collega la funzione di "risarcimento" della caparra alla richiesta di "recesso" ad opera della parte non inadempiente. La stessa norma stabilisce invece che nel caso in cui la parte non inadempiente preferisca domandare l'esecuzione o la risoluzione del contratto, il risarcimento del danno è regolato dalle norme generali. In realtà in dottrina si è avuto modo di osservare che il recesso cui fa riferimento l'art. 1385 c.c. non va confuso con il *recesso "convenzionale"* di cui all'art. 1373 c.c., ma che si tratterebbe, invece, di una particolare facoltà di risoluzione del contratto per inadempimento, con la conseguenza che:

- non trova applicazione la condizione di cui al primo comma dell'art. 1373 c.c. cosicché tale particolare forma di *recesso legale* può essere esercitato anche quanto il contratto abbia avuto un principio di esecuzione;
- l'inadempimento che legittima la richiesta di recesso ex art. 1385 c.c. sarebbe lo stesso che legittima la richiesta di risoluzione sia sotto il profilo dell'imputabilità sia sotto quello della gravità;

Il recesso ex art. 1385 c.c. non è, peraltro, subordinato, a un termine essenziale, alla presenza di una clausola risolutiva espressa o ad una diffida ad adempire.

Nel caso sia prevista una *caparra confirmatoria* pertanto alla parte adempiente si prospettano tre diverse soluzioni per reagire all'inadempimento dell'altra parte:

- *o richiede l'adempimento* (con rinuncia ad avvalersi della caparra, salvo il diritto al risarcimento dei danni effettivamente subiti); la richiesta di adempimento può comunque essere revocata, sia nel senso della richiesta della risoluzione sia nel senso della richiesta del recesso con conseguente riscossione della caparra);
- *o richiede la risoluzione ex art. 1453 c.c.*, con diritto al risarcimento del danno (che può essere stato predeterminato mediante la previsione di una *clausola penale*); tale richiesta preclude una eventuale successiva richiesta di adempimento (art. 1453 secondo comma c.c.), ma, a detta della dottrina, non precluderebbe una richiesta di avvalersi del recesso ex art. 1385 c.c. con conseguente riscossione della caparra (recesso inteso, come detto, pur sempre co-

me una particolare forma di risoluzione per inadempimento);

- *richiede il recesso e la caparra ex art. 1385 c.c. (trattenendola o esigendone il doppio)*; a detta della dottrina, invece, tale richiesta sarebbe irrevocabile, per cui precluderebbe sia la richiesta di adempimento che la richiesta di risoluzione.

Ovviamente le facoltà sopra illustrate spettano alle parti solo se nel preliminare è stata prevista una caparra confirmatoria. Tali facoltà sono escluse invece se le somme anticipate dalla parte promissaria acquirente alla parte promittente venditrice sono state versate:

- a titolo di *acconto*: in questo caso le somme versate costituiscono un adempimento parziale e non svolgono quella duplice funzione di preventiva liquidazione del danno per il caso di inadempimento ovvero di anticipato parziale pagamento per il caso di adempimento, tipica invece della caparra confirmatoria;
- a titolo di *cauzione*: in questo caso la somma anticipata ha mera funzione di "garanzia" e non può essere incamerata dal garantito né svolge la funzione di liquidazione convenzionale del danno propria della caparra;
- a titolo di *caparra penitenziale*: in questo caso la somma versata costituisce il corrispettivo per l'esercizio della facoltà di recesso convenzionale che sia stata eventualmente riconosciuta ad una delle parti (se il recesso verrà esercitato da chi ha versato la caparra l'altra parte potrà trattenere la caparra stessa, se invece verrà esercitata dall'altra parte la stessa dovrà versare il doppio della caparra ricevuta) (art. 1386 c.c.) **(9)**.

Anche in questo caso, peraltro, affinché ci si possa avvalere della funzione di "*tutela specifica*" svolta dalla *caparra confirmatoria*, dovrà essere cura, nella redazione del preliminare, qualificare in maniera corretta le dazioni di somme previste a carico della *parte promissaria acquirente*. Solo se qualificate come "*caparra confirmatoria*" le parti potranno avvalersi di quella duplice funzione di preventiva liquidazione del danno per il caso di inadempimento ovvero di anticipato parziale pagamento per il caso di adempimento, tipica di tale strumento. Da tutto ciò discende l'estrema importanza di specificare, in maniera puntuale, la funzione voluta dalle parti per i versamenti previsti in preliminare. Anche perché, per la giurisprudenza, nel dubbio sulla effettiva volontà delle parti, l'anticipo versato dalla parte promissaria acquirente va qualificato come acconto e non come caparra confirmatoria, perché non si può presumere che le parti si siano assoggettate tacitamente ad una "*pena*" civile.

Da segnalare che è opinione corrente che nello stesso preliminare possa essere prevista sia una *clausola penale* che una *caparra confirmatoria*, in quanto la clausola penale, in questo caso, avrebbe la funzione di limitare preventivamente il

risarcimento del danno nel caso in cui la parte non inadempiente preferisca richiedere l'esecuzione del contratto o la risoluzione ordinaria anziché il recesso e la caparra ai sensi dell'art. 1385 c.c.

La tutela "rafforzata" (la trascrizione del preliminare)

Il preliminare è un contratto ad effetti obbligatori. Le pattuizioni in esso contenute hanno effetto solo tra le parti e non sono opponibili ai terzi. Tale efficacia "interna" del preliminare può finire per compromettere parte delle tutele che l'ordinamento garantisce ai contraenti, per effetto della stipula del preliminare stesso, e quali sopra illustrate. In particolare potrebbe risultare compromessa quella forma di tutela costituita *dall'esecuzione in forma specifica*, vanificando, in tal modo, la possibilità per la parte non inadempiente di chiedere l'esecuzione del contratto.

Si pensi al caso di Tizio (*promittente venditore*) che dopo la stipula di un preliminare con Caio avente per oggetto un determinato immobile venda detto immobile a Nevio. Per Caio (*promissario acquirente*) non vi sarebbe più la possibilità di richiedere l'adempimento del contratto, ricorrendo alla procedura di cui all'art. 2932 c.c., posto che l'immobile è oramai uscito dal patrimonio di Tizio e che il preliminare a suo tempo stipulato non è opponibile a Nevio (il quale potrebbe anche non essere a conoscenza della stipula di detto preliminare), a meno che non abbia proceduto alla trascrizione della domanda di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c. prima della trascrizione del contratto di vendita da Tizio a Nevio.

Ma anche la cd. "*tutela generica*", intesa come diritto delle parti di addivenire alla stipula dell'atto definitivo alle condizioni pattuite al momento in cui è stato raggiunto l'accordo per la vendita, a prescindere quindi da uno specifico inadempimento ad opera di una delle parti, può essere pregiudicata dall'efficacia puramente obbligatoria del contratto preliminare.

Si pensi al caso di Nevio, creditore di Tizio, che dopo la stipula di un preliminare tra Tizio (*promittente venditore*) e Caio (*promissario acquirente*) avente per oggetto un determinato immobile, proceda, a seguito del mancato soddisfacimento del suo credito, al pignoramento di detto immobile. Se si addivene alla stipula del definitivo, in esecuzione dei reciproci obblighi assunti col preliminare, Caio si troverebbe, peraltro, ad acquistare un immobile gravato da pignoramento a favore di Nevio (e quindi un immobile in condizioni ben diverse da quelle in cui lo stesso si trovava al momento della stipula del preliminare).

L'ordinamento, peraltro, ha previsto un rimedio anche per ovviare a queste conseguenze "negative".

Tale rimedio consiste nella *trascrizione del preliminare* (art. 2645 bis c.c.) **(10)**. Secondo la dottrina prevalente, la trascrizione del preliminare produce un

"effetto prenotativo" (analogo a quello prodotto dalla trascrizione della domanda ex art. 2932 c.c.) nel senso di far retroagire gli effetti della trascrizione dell'atto definitivo o della sentenza ex art. 2932 c.c. al momento della trascrizione del preliminare: in tal modo l'acquirente, una volta trascritto il contratto definitivo o una volta trascritta la sentenza ex art. 2932 c.c., prevale rispetto ai terzi che abbiano eseguito trascrizioni o iscrizioni a carico del promittente venditore dopo la trascrizione del preliminare. In poche parole, nei rapporti con i terzi, è come se l'atto definitivo o la sentenza fossero stati trascritti nel momento in cui è stato trascritto il preliminare.

In questo modo vengono garantite sia la *tutela generica*, consentendo all'acquirente di acquisire l'immobile nello "*stato di diritto*" in cui si trovava al momento della stipula del preliminare, che la *tutela specifica*, venendo neutralizzate eventuali trascrizioni o iscrizioni pregiudizievoli successive alla trascrizione del preliminare.

L'art. 2645 *bis* c.c., peraltro, subordina il prodursi di detto effetto prenotativo (così come tutti gli altri effetti) della trascrizione del preliminare a due condizioni:

- che la trascrizione del contratto definitivo o della domanda giudiziale ex art. 2932 c.c. avvenga entro un anno dalla data convenuta tra le parti per la conclusione del contratto definitivo;
- che la trascrizione del contratto definitivo o della domanda giudiziale ex art. 2932 c.c. avvenga entro tre anni dalla data della trascrizione del preliminare.

La trascrizione del preliminare garantisce una specifica tutela alla parte *promissaria acquirente* anche per il caso di *mancato adempimento* del contratto preliminare. Infatti la norma dell'art. 2775 *bis* c.c. **(11)**, riconosce ai crediti del *promissario acquirente* che sorgono per effetto di tale inadempimento (ad esempio *per il rimborso degli acconti pagati o per ottenere il doppio della caparra*) *privilegio speciale* sul bene immobile oggetto del contratto preliminare, e ciò a condizione che gli effetti della trascrizione non siano cessati (*ossia non sia trascorso più di un anno dalla data convenuta per la stipula del definitivo e più di tre anni dalla trascrizione del preliminare*) al momento:

- della risoluzione del contratto risultante da atto avente data certa
- della domanda giudiziale di risoluzione del contratto o di condanna al pagamento,
- della trascrizione del pignoramento
- dell'intervento nell'esecuzione promossa da terzi.

Detto privilegio, peraltro, non è opponibile:

- ai creditori garantiti da ipoteca relativa a mutui erogati al *promissario acquirente* per l'acquisto del bene immobile (mutui ai quali, pertanto, deve essere intervenuto il *promettente venditore* in qualità di *terzo datore di ipoteca* dovendo essere garantiti da ipoteca sull'immobile oggetto del preliminare e per-

- tanto non ancora acquisito in proprietà dal mutuatario/acquirente);
- nonché ai creditori garantiti da ipoteca ai sensi dell'art. 2825-bis c.c. **(12)**; si tratta, in particolare, dei creditori, garantiti da ipoteca iscritta su edificio o complesso condominiale, anche da costruire o in corso di costruzione, a garanzia della quota di debito derivante da finanziamento fondiario ex artt. 38 e segg. Dlgs 385/1993, che il *promissario acquirente* si sia accollata con il contratto preliminare o con altro atto successivo, debitamente annotato in margine alla trascrizione del contratto preliminare.

Sull'estensione di quest'ultima tutela a favore del promissario acquirente molto si è discusso.

Al riguardo si è sostenuto che il privilegio ex art. 2775 bis c.c. prevale rispetto le ipoteche iscritte tanto posteriormente quanto anteriormente alla trascrizione del contratto preliminare e ciò in forza della regola generale in tema di "*priorità*" riconosciuta ai privilegi di cui all'art. 2748 secondo comma c.c., stante la mancanza di alcuna diversa disposizione in deroga nella norma in commento e salve le due specifiche limitazioni previste dall'art. 2775 bis c.c. secondo comma per la non opponibilità del privilegio (e quali sopra riportate) **(13)**

La dottrina prevalente, peraltro, si è schierata a favore della tesi della non opponibilità del privilegio ex art. 2775 bis c.c. alle ipoteche iscritte anteriormente alla trascrizione del preliminare. Varie sono state le argomentazioni portate a favore di quest'ultima tesi **(14)**. Da segnalare, in particolare, l'argomentazione fondata sulla *natura iscrivibile del privilegio* in questione. Si è osservato, al riguardo, che se la legge subordina il sorgere del privilegio, alla trascrizione del preliminare, ciò significa che alla formalità pubblicitaria è stata attribuita anche la funzione di criterio di risoluzione dei conflitti tra creditore privilegiato e terzi titolari di diritti incompatibili. La trascrizione del preliminare, rispetto al privilegio, va considerata alla stregua di una *comune iscrizione ipotecaria*. Come tale sarà soggetta, sul piano delle regole di conflitto, ai principi che informano gli artt. 2644 e 2852 cod. civ., cioè alla regola che prevale chi ha iscritto o trascritto in data anteriore.

La trascrizione del preliminare garantisce un'ulteriore specifica tutela alla parte *promissaria acquirente* anche per il caso di *fallimento del promittente venditore* e conseguente *mancato adempimento* del contratto preliminare. Infatti la norma dell'art. 72 bis della legge fallimentare **(15)** stabilisce che in caso di fallimento del *promettente venditore*, qualora l'immobile sia stato oggetto di preliminare di vendita trascritto e il curatore scelga lo scioglimento del contratto, *il promissario acquirente* ha diritto di far valere i propri crediti (ad esempio *per il rimborso degli acconti pagati o per ottenere il doppio della caparra*) nel passivo, senza che gli sia dovuto il risarcimento del danno, ma avvalendosi *del privilegio di cui all'articolo 2775-bis* del codice civile, il tutto peraltro a condizione che gli effetti della trascrizione del con-

tratto preliminare non siano cessati anteriormente alla data della dichiarazione di fallimento (*ossia condizione che alla data di dichiarazione del fallimento non sia trascorso più di un anno dalla data convenuta per la stipula del definitivo e più di tre anni dalla trascrizione del preliminare*).

Dalle considerazioni sin qui svolte discende che se si vuole assicurare una tutela piena ed effettiva alle parti, e quindi

- sia al *promittente venditore*, che ha tutto l'interesse a trasferire l'immobile alle condizioni pattuite, pena una sua responsabilità per inadempimento contrattuale,
- che al *promissario acquirente*, il quale deve poter disporre di tutti gli strumenti offerti dall'ordinamento per poter acquisire l'immobile promesso in vendita, alle condizioni convenute,

la trascrizione del preliminare, e quindi la stipula dello stesso mediante atto notarile (scrittura privata autenticata e/o atto pubblico) è condizione imprescindibile.

In caso contrario le parti dovranno essere debitamente informate del minor grado di tutela di cui possono beneficiare.

Ovviamente nella valutazione dell'opportunità di ricorrere alla trascrizione del preliminare non potrà non avere un peso determinante il grado di rischio al quale, nella trattativa immobiliare, si stanno esponendo le parti, fermo restando che SEMPRE ed in OGNI CASO *è consigliabile procedere alla trascrizione del preliminare per poter fruire di tutte le tutele e garanzie offerte dall'ordinamento, tutele che come già detto, potrebbero essere vanificate:*

- dalla inopponibilità del preliminare stipulato nei confronti di terzi
- dalla impossibilità per il *promissario acquirente* di avvalersi dello specifico privilegio, riconosciuto dall'art. 2775 bis c.c., solo in caso di trascrizione del preliminare.

Ma vi sono dei casi nei quali non vi deve essere alcun dubbio sulla necessità (e quindi non solo sulla opportunità) di ricorrere alla trascrizione del preliminare. Si pensi a tutti quei casi nei quali altissimo è il rischio assunto dal *promissario acquirente*; un esempio per tutti: Tizio stipula con Caio, imprenditore e quindi soggetto fallibile, un preliminare avente per oggetto un terreno o un fabbricato già ultimato per il quale non entrano in gioco le garanzie del *dlgs 122/2005*. E' previsto il pagamento dell'80% del prezzo in più *tranches* prima del rogito definitivo.

Se il preliminare non viene trascritto e Caio fallisce prima del definitivo ma dopo aver incassato l'80% del prezzo, Tizio si trova sostanzialmente privo di tutele: difficilmente il curatore fallimentare stipulerà il contratto definitivo (avvalendosi della facoltà di chiedere lo scioglimento del preliminare ex art. 72 legge fallimentare) e Tizio vedrà le somme anticipate trasformarsi in un credito chirografario da insinuare nel fallimento con scarsissime probabilità di recupero.

Se invece il preliminare è stato trascritto, se il curatore opta per lo scioglimento del contratto, Tizio sarà comunque garantito nel recupero dei suoi crediti dal privilegio di cui all'art. 2775 bis c.c. (sempreché ricorrano le condizioni "temporali" previste in detta norma ossia che alla data di dichiarazione del fallimento non sia trascorso più di un anno dalla data convenuta per la stipula del definitivo e più di tre anni dalla trascrizione del preliminare). Se il curatore invece opterà per l'esecuzione del contratto tutte le trascrizioni (pignoramenti, sequestri ecc) o iscrizioni (ipoteche volontarie, giudiziali, legali) di data successiva alla trascrizione del preliminare non saranno opponibili al promissario acquirente (sempreché si addi venga alla stipula del contratto definitivo o si proceda alla trascrizione della domanda giudiziale ex art. 2932 c.c. entro un anno dalla data convenuta per la stipula del definitivo ed entro tre anni dalla trascrizione del preliminare).

CAPITOLO II

LA REDAZIONE DEL PRELIMINARE

Dopo aver illustrato le ragioni che possono portare alla stipula di un preliminare e che ne consigliano la trascrizione, passiamo ad illustrare alcune delle "regole" da osservare per una redazione accurata di un preliminare in campo immobiliare.

La forma

Il contratto preliminare deve rivestire la stessa forma prescritta dalla legge per il contratto definitivo, pena la sua nullità. Così stabilisce l'art. 1351 c.c. **(16)**.

Pertanto il preliminare per la compravendita di immobili deve rivestire la forma scritta: atto pubblico o scrittura privata (art. 1350 c.c. **(17)**).

Ovviamente al fine di poter procedere *alla trascrizione del preliminare*, il contratto dovrà risultare necessariamente da atto pubblico o scrittura privata autenticata ovvero da scrittura privata con sottoscrizione autenticata giudizialmente (art. 2657 c.c.).

Il contenuto

Quella dell'art. 1351 c.c. è l'unica norma che il legislatore, nel titolo II del libro IV del codice civile (relativo ai "*Contratti in generale*") dedica al preliminare. Nulla dice invece in ordine al "contenuto" del preliminare.

Tuttavia una norma, di recente emanazione, che possa fare da guida, nel tracciare quello che dovrebbe essere il *contenuto "minimo"* di un contratto, c'è ed è la norma dell'art. 6 dlgs. 20 giugno 2005 n. 122 **(18)**. La norma riguarda specificamente i contratti preliminari aventi per oggetto immobili da costruire, posti in essere tra un imprenditore/costruttore (*promittente venditore*) ed una persona fisica (*promissario acquirente*). Tuttavia da detta norma si possono ricavare delle indicazioni utili ai fini della determinazione del contenuto del preliminare, utilizzabili anche per contratti diversi da quelli cui specificatamente si riferisce l'art. 6 del dlgs 122/2005.

Faremo così riferimento all'art. 6 suddetto per fissare "*il tracciato*" del contenuto del preliminare, integrando poi le previsioni della norma suddetta con quelle altre menzioni o indicazioni o pattuizioni che appaiono necessarie ai fini di una completa ed esauriente disciplina dei rapporti tra le parti oppure anche soltanto opportune al fine di garantire il massimo grado di informazione alle parti del contratto

ed in specie alla *parte promissaria acquirente*. Nel prosieguo, il suddetto art. 6 dlgs 122/2005, verrà indicato come la "*norma di riferimento*".

Le parti del contratto

Innanzitutto vanno correttamente identificate le parti del contratto. La "*norma di riferimento*", a tal riguardo, richiama le norme dettate in tema di trascrizione (art. 2659 primo comma n. 1 c.c.) **(19)** Più precisamente:

- *se si tratta di persone fisiche* dovranno essere indicate le generalità ed il codice fiscale; se coniugate, dovrà essere indicato anche il regime patrimoniale, secondo quanto risulta da loro dichiarazione resa nell'atto o da certificato dell'Ufficiale di Stato civile (ossia dall'estratto per sunto atto di matrimonio); con riguardo al *regime patrimoniale*, benché la norma in materia di trascrizione ritenga sufficiente la "*dichiarazione di parte*", è preferibile, comunque, richiedere in ogni caso l'estratto per sunto dell'atto di matrimonio ovvero, se stipulata, copia della convenzione matrimoniale; l'accertamento del regime patrimoniale, sin dal momento della stipula del contratto preliminare, è fondamentale per la corretta impostazione del contratto e per la valida assunzione delle reciproche obbligazione, specie per quanto riguarda la posizione del *promittente venditore*. Infatti in giurisprudenza **(20)**, si è ritenuto invalido il preliminare avente per oggetto un immobile di proprietà di due coniugi in regime di comunione legale dei beni, ma sottoscritto da un solo coniuge, in quanto nella volontà delle parti oggetto del contratto è l'intero bene, considerato come un unicum inscindibile, e non una somma delle quote spettanti ai singoli proprietari e conseguentemente si è esclusa la possibilità di agire con l'azione ex art. 2932 c.c., neppure con riguardo alla quota del coniuge che ha sottoscritto il preliminare. Per quanto riguarda invece la posizione del *promissario acquirente*, la giurisprudenza **(21)** ha escluso che, nel caso di preliminare sottoscritto da un solo coniuge in regime di comunione legale dei beni, l'altro coniuge possa agire per l'esecuzione in forma specifica al fine di acquisire la quota di propria spettanza, discendendo dal preliminare effetti puramente obbligatori e quindi "personali", come tali limitati alla sfera giuridica del contraente (escluso quindi un coinvolgimento della comunione legale).

Particolare attenzione deve essere prestata nel caso in cui una della parti sia uno *straniero*.

Se lo *straniero* è cittadino di paese appartenente alla Comunità Europea, non vi sarà alcun ostacolo alla sua partecipazione al contratto, posto che tutti i cittadini comunitari godono degli stessi diritti, senza preclusione di sorta.

Se lo *straniero* invece è cittadino di paese non appartenente alla Comunità Europea allora bisognerà verificare la capacità giuridica dello stesso. Pertanto:

- se lo straniero extra comunitario è *regolarmente soggiornante* in Italia, in forza di valido permesso di soggiorno o di valida carta di soggiorno, lo stesso potrà addivenire alla stipula del contratto preliminare, posto che a norma *del'art. 2 - secondo comma - del Dlgs. 25 luglio 1998 n. 286*, lo "*straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato gode dei diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano ...*"; in questo caso sarà quanto mai opportuno dare atto in contratto dell'avvenuto rilascio del permesso di soggiorno o della carta di soggiorno.
- se lo straniero, invece, non è dotato di permesso di soggiorno o di carta di soggiorno, affinché lo stesso possa addivenire alla stipula del contratto preliminare, dovrà essere accertata la sussistenza della *condizione di reciprocità* di cui all'art. 16 disposizioni preliminari al codice civile.

La presenza di uno straniero coniugato, inoltre, può creare non poche difficoltà in ordine alla esatta individuazione del *regime patrimoniale*; al riguardo, e giusta il combinato disposto degli *artt. 29 e 30 legge 31 maggio 1995 n. 218*, bisogna distinguere a seconda che:

- lo straniero ed il rispettivo coniuge abbiano la stessa cittadinanza: in questo caso infatti si applica *la legge nazionale comune*, con tutte le difficoltà, ovviamente, di reperimento e di interpretazione delle disposizioni di ordinamenti stranieri;
- lo straniero ed il rispettivo coniuge non abbiano la stessa cittadinanza, ovvero abbiano più cittadinanze comuni: in questo caso si applica *la legge dello Stato nel quale la vita matrimoniale è prevalentemente localizzata* (pertanto se i coniugi vivono e risiedono in Italia tornerà applicabile la legge italiana);

Si rammenta che i coniugi soggetti a legge straniera, possono tuttavia convenire per iscritto che i loro rapporti patrimoniale siano regolati dalla legge dello Stato in cui almeno uno di essi è cittadino o nel quale almeno uno di essi risiede (pertanto, sempre nel caso di coniugi che vivono e risiedono in Italia, gli stessi potranno, con apposita convenzione, assoggettarsi alla legge italiana).

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

per il compimento della specifica operazione immobiliare.

II preliminare per persona da nominare

E' assai diffusa nella pratica la clausola con la quale il "*promissario acquirente*" si riserva di nominare la persona, la società o l'ente che stipulerà il contratto definitivo, secondo lo schema del contratto per persona da nominare ex art. 1401 c.c.

In dottrina si distingue l'ipotesi in cui la riserva di nomina riguardi esclusivamente il contratto preliminare, da quella in cui essa venga prevista quale clausola del contratto definitivo: nel primo caso si tratterebbe di *contratto preliminare per persona da nominare*, mentre nel secondo caso si configurerebbe *un contratto preliminare di definitivo per persona da nominare*.

Non deve ritenersi, peraltro, esclusa la possibilità di prevedere entrambe le fattispecie: sia la possibilità per il *promissario acquirente* di designare il soggetto che stipulerà il contratto definitivo, che la possibilità di riservarsi la facoltà di nomina nel contratto definitivo (e procedere quindi alla nomina *dopo la stipula del definitivo* entro il termine di tre giorni ovvero entro il maggior termine eventualmente convenuto tra le parti, ai sensi dell'art. 1402 c.c.) .

Qualche problema la riserva di nomina può creare nel caso *di trascrizione* del preliminare: *l'effetto "prenotativo"* assicurato dalla trascrizione esige infatti una coincidenza di intestazione: il soggetto a cui favore risulta trascritto il preliminare deve corrispondere al soggetto a cui favore viene trascritto il definitivo. Quindi, in presenza di un preliminare trascritto con previsione della facoltà di nomina da parte del promissario acquirente:

- *qualora venga designato il terzo* che stipulerà il contratto definitivo, la dichiarazione di nomina dovrà risultare da atto pubblico o scrittura privata autenticata (anche contestuale all'atto definitivo) da trascrivere a carico dell'originario promissario acquirente (a cui favore è trascritto il preliminare) ed a favore del terzo nominato
- *qualora invece l'originario promissario acquirente* si sia riservato di eseguire la nomina dopo la stipula del definitivo, si procederà alla trascrizione del definitivo a favore dell'originario promissario acquirente (a cui favore è trascritto il preliminare) e si procederà successivamente alla trascrizione *della dichiarazione di nomina* (che dovrà risultare da atto pubblico o scrittura privata autenticata) a carico dell'originario promissario acquirente ed a favore del terzo nominato.

In entrambi i casi viene assicurato quell'*"anello di collegamento"* tra preliminare e definitivo che fa salvo *l'effetto prenotativo* connesso alla trascrizione del preliminare. Autorevole dottrina **(22)** ritiene, peraltro, tale collegamento prelimina-

re/definitivo possibile, in presenza di una nomina di altro acquirente (sia prima della stipula del definitivo che dopo la stipula dello stesso), solo a condizione che la *"riserva di nomina"* venga adeguatamente pubblicizzata in occasione della trascrizione del preliminare. Pertanto nel quadro "D" della nota di trascrizione del preliminare dovrà essere inserita anche la *"riserva di nomina"*(sia che si tratti della riserva relativa allo stesso preliminare che della riserva relativa al definitivo), altrimenti il nominato potrebbe non beneficiare della *"prenotazione"*.

Altro problema riguarda, invece, l'eventuale stipula del contratto definitivo da parte di soggetto diverso da colui che ha sottoscritto, nella qualità di promissario acquirente, il contratto preliminare, e ciò *in assenza di qualsiasi dichiarazione di nomina*. Spesso, nella pratica, succede che a stipulare il contratto preliminare sia un soggetto, ma che a stipulare il contratto definitivo sia, invece, un soggetto diverso, legato da vincoli di parentela (*il coniuge o un figlio*) o di collaborazione (*un socio in affari*) con chi ha sottoscritto il preliminare, senza, peraltro, che vi sia stata *"formale"* dichiarazione di nomina. Ovviamente ci si riferisce al caso del preliminare redatto per scrittura privata non autenticata (in caso di preliminare per atto pubblico o per scrittura privata autenticata e, quindi, trascritto si pone sempre l'esigenza di formalizzare la dichiarazione di nomina e di procedere inoltre alla sua trascrizione per far salvo l'effetto prenotativo, come sopra già ricordato). Questa prassi, potrebbe rivelarsi assai pericolosa per il *promittente venditore*, che in mancanza di una dichiarazione di nomina scritta, potrebbe trovarsi esposto ad un'azione di risarcimento del danno per inadempimento contrattuale.

Da tutto ciò discende la necessità di ben disciplinare nel preliminare *le modalità, le forme ed i termini da osservare nell'esercizio della riserva di nomina* (non dovrebbero esserci ostacoli, peraltro, ad ammettere la legittimità di clausole in forza delle quali il *promissario acquirente* già individui i soggetti che lo possono sostituire nella sottoscrizione del rogito definitivo, anche in mancanza di una formale dichiarazione di nomina, e con le quali escludere, per il caso in cui il contratto venga poi effettivamente sottoscritto da uno dei soggetti designati, ogni e qualsiasi responsabilità del promittente venditore per inadempimento contrattuale).

L'immobile oggetto del contratto

Essenziale è anche la precisa e completa identificazione ed individuazione dell'immobile oggetto del contratto; a tal fine la *"norma di riferimento"* richiama le norme dettate in tema di *iscrizione ipotecaria (art. 2826 primo comma c.c.)*. A tal fine devono essere indicati:

- la natura dell'immobile;
- il Comune in cui si trova;

- i dati di identificazione catastale.

Al fine di garantire l'esatta identificazione dei beni in vendita, si dovrà procedere, prima della redazione del preliminare, alle *visure catastali* presso i competenti Uffici del Catasto, al fine di poter descrivere i beni in atto con i più recenti e corretti estremi di identificazione catastale (dando atto anche delle variazioni nei dati catastali che si sono verificate nel tempo, per effetto di successivi frazionamenti, accorpamenti, denunce di accatastamento e variazione, il tutto per evidenziare il collegamento tra le particelle indicate nel titolo di provenienza e quelle invece, modificate, da citare nel preliminare).

I fabbricati

Se oggetto del preliminare sono dei fabbricati, sarà opportuno procedere anche all'allegazione al contratto di planimetrie catastali o elaborati planimetrici, al fine di una più precisa e completa individuazione degli immobili da trasferire.

Le menzioni urbanistiche

Si rammenta che *si è sempre esclusa la necessità*, ai fini della validità del contratto preliminare, *di menzionare gli estremi dei titoli edilizi abilitativi* non ritenendosi applicabili al preliminare, in quanto contratto ad effetti obbligatori, le disposizioni degli artt. 46 D.P.R. 380/2001 (*Testo Unico in materia edilizia*) e 40 legge 47/1985.

Tuttavia, una corretta tecnica redazionale di un contratto preliminare, volta ad assicurare alle parti le tutele previste dall'ordinamento, esige che anche nel preliminare vengano menzionati gli estremi dei titoli edilizi: si rammenta al riguardo che la *Suprema Corte di Cassazione* ha ritenuto che in assenza di tali menzioni il giudice *non possa pronunciare la sentenza di trasferimento prevista dall'art. 2932 c.c.* in quanto *l'art. 40 legge 47/1985 ed ora anche l'art. 46 del T.U.*, che richiedono dette menzioni a pena di nullità per la stipulazione di atti aventi per oggetto diritti reali, indirettamente influiscono anche sui presupposti per la pronuncia della sentenza di cui all'art. 2932 c.c. che ha funzione sostitutiva di un atto negoziale **(23)**. Sotto questo profilo, pertanto, l'indicazione, degli estremi del titolo edilizio, è presupposto necessario per ottenere *l'esecuzione in forma specifica* del contratto a sensi dell'art. 2932 c.c..

Per le finalità testé illustrate nel preliminare debbono, pertanto, essere menzionati, a seconda dell'epoca di costruzione, gli estremi:

- *della licenza edilizia* per costruzioni eseguite prima del 30 gennaio 1977 **(24)**.
- *della concessione edilizia* per costruzioni eseguite dopo il 30 gennaio 1977 e

prima del 30 giugno 2003 **(25)**.

- *del permesso di costruire* per costruzioni eseguite dal 30 giugno 2003 in poi
- *della denuncia di inizio attività (26)* per interventi ex art. 22 terzo comma D.P.R. 380/2001 (Testo Unico in materia edilizia) eseguiti dal 30 giugno 2003 e per i quali in alternativa al permesso di costruire si sia per l'appunto fatto ricorso alla D.I.A. nonché per interventi di cui all'art. 1 comma 6 legge 443/2001, già soggetti in base alla precedente normativa a concessione edilizia e per i quali tale disposizione consentiva, a scelta dell'interessato, di fare ricorso alla D.I.A. **(27)**.
- *del titolo abilitativo in sanatoria* in caso di costruzione realizzata in assenza di provvedimento autorizzativo, ovvero in totale difformità dallo stesso e per la quale sia stata richiesta la sanatoria "straordinaria" (a sensi della legge 47/1985, della legge 724/1994 o del D.L. 269/2003 e relative leggi regionali di attuazione **(28)**), ovvero la sanatoria "a regime" (a sensi dell'art. 13 legge 47/1985 in vigore sino al 29 giugno 2003 ovvero dell'art. 36 D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 Testo Unico in materia edilizia in vigore dal 30 giugno 2003).

Per gli interventi anteriori al 1 settembre 1967 deve essere riportata o allegata apposita DICHIARAZIONE SOSTITUTIVA DI ATTO DI NOTORIETÀ (a sensi degli artt. 46 e segg. T.U. in materia di documentazione amministrativa di cui al D.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445) nella quale venga attestato per l'appunto l'avvenuto inizio dei lavori di costruzione sin da data anteriore al 1 settembre 1967.

Le menzioni di cui sopra riguardano i titoli edilizi che hanno autorizzato oltre che la costruzione del fabbricato anche la sua eventuale ristrutturazione (maggiore) **(29)**.

E' inoltre opportuno citare, in preliminare, anche *gli estremi di tutti gli altri provvedimenti edilizi* rilasciati con riguardo all'immobile oggetto di vendita, per interventi successivi alla costruzione o a seguito di istanza di sanatoria edilizia, e ciò al fine di ricostruire tutta la "*storia urbanistico-edilizia*" del fabbricato, da riprodurre poi nel rogito definitivo.

Dette menzioni, inoltre, si impongono anche tenendo conto del principio ricavabile dalla "*norma di riferimento*".

Infatti, in caso di preliminare avente per oggetto "*immobili da costruire soggetti alla disciplina del dlgs 122/2005*", in base a quanto prescritto dalla "*norma di riferimento*", vi è l'obbligo di citare gli estremi *del permesso di costruire se rilasciato* (o della denuncia di inizio attività nel caso di cui dell'art. 22 terzo comma D.P.R. 380/2001 (Testo Unico in materia edilizia). Se si tratta invece di fabbricato ancora da iniziare, per il quale non sia stato neppure rilasciato il permesso di costruire, *vanno citati gli estremi della richiesta di rilascio del permesso stesso*. Da notare che la "*norma di riferimento*" non si limita a richiedere i soli estremi del primo titolo

(quello che ha autorizzato la costruzione) ma anche di *qualsiasi altro titolo*, denuncia o provvedimento abilitativo alla costruzione, che sia stato richiesto successivamente al primo titolo. Lo scopo della disposizione in commento, infatti, è diverso da quello perseguito dalle disposizioni di cui all'art. 46 T.U. o di cui all'art. 40 legge 47/1985 sopra citati, in quanto *finalizzata a far conoscere al promissario acquirente la storia urbanistica* completa del fabbricato da trasferire. Non si tratta pertanto di menzioni, quelle previste dalla "*norma di riferimento*", richieste ai fini della validità del preliminare, ma di menzioni poste nell'interesse di una delle parti del contratto, ossia della *parte promissaria acquirente*, a poter disporre di tutti gli elementi necessari per formarsi un'idea esatta del contratto da stipulare.

Dalla "*norma di riferimento*" può pertanto ricavarsi *un principio di carattere generale* applicabile anche a tutti gli altri preliminari, benchè non soggetti alla disciplina del *dlgs 122/2005*, ed aventi per oggetto dei fabbricati. Anche il riferimento ai titoli edilizi costituirebbe, in base a tale principio di carattere generale ricavabile dalla "*norma di riferimento*", elemento indispensabile per la corretta individuazione e la completa conoscenza dell'immobile da trasferire.

L'agibilità

Non è richiesta invece, ai fini dell'esecuzione in forma specifica del preliminare (in quanto non è neppure richiesta ai fini della valida conclusione del rogito definitivo) la menzione dell'agibilità (ovviamente se ed in quanto già rilasciata o se ed in quanto già formatasi per silenzio-assenso) ; a tal riguardo si rammenta:

- che il *certificato di agibilità* attesta *la sussistenza delle condizioni di sicurezza, igiene, salubrità, risparmio energetico degli edifici e degli impianti negli stessi installati, valutate secondo quanto dispone la normativa vigente.*(art. 24 D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 *Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia*);
- che il certificato di agibilità viene rilasciato con riferimento ai seguenti interventi (*indipendentemente dal fatto che per gli stessi sia richiesto il permesso di costruire o la D.I.A*):
 - a) *nuove costruzioni*;
 - b) *ricostruzioni o sopraelevazioni, totali o parziali*;
 - c) *interventi sugli edifici esistenti che possano influire sulle condizioni di sicurezza, igiene, salubrità, risparmio energetico degli edifici e degli impianti negli stessi installati*,
- che l'agibilità può formarsi anche per silenzio-assenso; infatti, una volta presentata l'istanza, in mancanza di un provvedimento formale l'agibilità si intende comunque attestata:

- *decorsi 30 giorni* (dall'istanza) nel caso sia stato rilasciato ed acquisito alla pratica edilizia il *parere dell'AS.L.* (circa la conformità del progetto alle norme igienico-sanitarie)
 - *ovvero decorsi 60 giorni* (dall'istanza) nel caso NON sia stato rilasciato il parere dell'A.S.L. e lo stesso sia stato sostituito dalla *auto-certificazione* di cui all'art. 20 primo comma T.U. (solo per interventi di edilizia residenziale)
- che il rilascio del certificato di agibilità non impedisce l'esercizio del potere di dichiarazione di inagibilità di un edificio o di parte di esso ai sensi dell'articolo 222 del regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265.
- che *bisogna escludere* che funzione del certificato di agibilità sia quella di attestare la conformità dell'edificio al progetto approvato; al certificato di agibilità doveva già prima del D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 (T.U. in materia edilizia) e deve tuttora riconoscersi *la natura di attestazione dell'idoneità dell'edificio, sotto il profilo igienico sanitario* (ed ora col T.U. anche sotto il profilo *della sicurezza e del risparmio energetico*) *ad essere utilizzato* ai fini abitativi, commerciali, industriali, direzionali ecc. ecc.

Se da un lato si deve ribadire che *per la commerciabilità degli edifici e per la validità degli atti comportanti il trasferimento degli stessi NON E' NECESSARIA la menzione dell'agibilità*, e ciò indipendentemente dal fatto che il certificato sia stato o meno già rilasciato, dall'altro non si può non sottolineare come, qualora ad essere venduto sia un edificio privo del certificato di agibilità, si ponga *l'esigenza di regolamentare i rapporti tra le parti* al fine anche di *evitare l'insorgere di future contestazioni*; infatti, per opinione ormai consolidata in giurisprudenza, se la vendita di un immobile abitativo privo dell'agibilità *non è nulla per illiceità dell'oggetto*, tuttavia della stessa può essere richiesta la *risoluzione* se il venditore abbia assunto anche *implicitamente* l'obbligo di curare il rilascio dell'agibilità, a meno che, essendo dimostrato che l'immobile presenta tutte le caratteristiche necessarie per l'uso che gli è proprio e che l'agibilità possa essere agevolmente ottenuta, il giudice ritenga di scarsa importanza l'inadempimento (vedasi ad esempio *Cass. 29/3/1995 n. 3687*).

La necessaria regolamentazione dei rapporti, in relazione alla mancanza dell'agibilità, dovrà, ovviamente, essere convenuta e dettata già in occasione della *stipula del preliminare*. Ad esempio sarà quanto mai opportuno stabilire:

- se la stipula del rogito definitivo è *subordinata al rilascio (o al formarsi per silenzio assenso) dell'agibilità*, per cui volontà delle parti è trasferire un fabbricato dichiarato agibile o se il fabbricato debba, al contrario essere ceduto al *grezzo* o comunque privo delle opere di finitura senza le quali non sarebbe comunque possibile ottenere l'agibilità;
- in quest'ultimo caso a chi *farà carico l'onere* di realizzare le opere di comple-

- tamento e di finitura e di chiedere il rilascio dell'agibilità;
- quali saranno *le conseguenze* tra le parti nel caso in cui il Comune dovesse negare il rilascio dell'agibilità, ed a chi farà carico l'onere degli eventuali interventi richiesti per il rilascio dell'agibilità stessa.

Sicurezza impianti

Un discorso analogo a quello atto per l'agibilità può essere fatto anche per quanto riguarda la certificazione di conformità degli impianti alle norme di sicurezza. La legge 5 marzo 1990 n. 46 ha disposto che determinati impianti esistenti negli edifici (tra gli altri gli impianti *radiotelevisivi, gli impianti elettrici, gli impianti idrosanitari e termici, gli impianti per l'utilizzazione del gas*) debbono essere sottoposti ad idonee procedure intese a garantire la costruzione e l'installazione degli stessi a regola d'arte nonché l'utilizzazione di materiali dotati di meccanismi di sicurezza. La legge peraltro non si limita a disciplinare solo gli impianti realizzati dopo la sua entrata in vigore ma prevede che anche tutti gli impianti realizzati prima della sua entrata in vigore (*13 marzo 1990*) debbano essere adeguati alle nuove procedure (il termine fissato dalla legge era di tre anni dalla sua entrata in vigore poi più volte prorogato ed ora definitivamente scaduto). La legge stabilisce inoltre che all'installazione o all'adeguamento degli impianti possano procedere solo le ditte in possesso dei requisiti tecnico professionali previsti dalla legge medesima (a tal fine a tali ditte viene rilasciato apposito certificato di riconoscimento dei requisiti); le ditte, al termine dei lavori, debbono rilasciare al committente apposita *dichiarazione di conformità* degli impianti realizzati ossia dichiarazione che gli stessi sono stati realizzati nel rispetto delle norme di sicurezza dell'Ente Italiano di unificazione (UNI) e del Comitato elettrotecnico Italiano (CEI) nonché della legislazione tecnica vigente. Tali certificati di conformità sono per i fabbricati di nuova costruzione, *condizione indispensabile per il rilascio dell'agibilità*. A sensi dell'art. 9 del regolamento di attuazione della legge 46/1990 (DPR 447/1991) detti certificati di conformità debbono essere conservati dai proprietari e consegnati ai propri aventi causa in caso di trasferimento dell'immobile a qualsiasi titolo nonché devono essere consegnati in copia a chi utilizza i locali (*ad esempio il locatario*). Non ne è invece chiesta l'allegazione agli atti di trasferimento (al contrario invece di quanto previsto dall'art. 6 dlgs 192/2005 per l'*attestato di certificazione energetica*). Per la violazione degli obblighi previsti dalla legge 46/1990 sono previste solo sanzioni di tipo amministrativo (si fa presente che l'entrata in vigore della nuova disciplina in materia di sicurezza degli impianti recata dal capo V parte II del T.U. in materia edilizia di cui al DPR 380/2001, è stata oggetto di varie proroghe, l'ultima delle quali al 31 maggio 2007 ex art. 3 D.L. 300/2006)

Anche in questo caso, pertanto se da un lato si deve ribadire che *per la com-*

merciabilità degli edifici e per la validità degli atti comportanti il trasferimento degli stessi NON E' NECESSARIA la menzione della certificazione sulla sicurezza degli impianti, e ciò indipendentemente dal fatto che tale certificazione sia stata o meno già rilasciata, dall'altro non si può non sottolineare come, qualora ad essere venduto sia un edificio privo di tale certificazione o sul quale non siano mai stati eseguiti gli interventi di adeguamento, si ponga l'esigenza di regolamentare i rapporti tra le parti al fine anche di evitare l'insorgere di future contestazioni; ad esempio sarà quanto mai opportuno precisare:

- se gli interventi di adeguamento degli impianti sono già stati realizzati e se sono state rilasciate le relative certificazioni (con conseguente obbligo del *promittente venditore* di consegna al momento della stipula del rogito);
- se al contrario tali interventi di adeguamento non sono ancora stati realizzati, con la conseguenza, che in questo caso dovrà ulteriormente precisarsi a chi tali interventi faranno carico (se al *promittente venditore* prima della stipula del rogito definitivo o se al *promissario acquirente* dopo la stipula del rogito definitivo avendo di ciò tenuto conto nella determinazione del prezzo di vendita)

La certificazione energetica degli edifici

L'art. 6 comma terzo *dlgs 192/2005* così come modificato dal *dlgs 311/2006* così dispone: *"Nel caso di trasferimento a titolo oneroso di interi immobili o di singole unità immobiliari già dotati di attestato di certificazione energetica in base ai commi 1, 1-bis, 1-ter e 1-quater, detto attestato è allegato all'atto di trasferimento a titolo oneroso, in originale o copia autenticata"*.

A sua volta l'art. 15 ottavo comma del *dlgs 192/2005* stabilisce che: *"In caso di violazione dell'obbligo previsto dall'articolo 6, comma 3, il contratto è nullo. La nullità può essere fatta valere solo dall'acquirente"*.

Inoltre l'art. 11 comma 1-bis del *dlgs 192/2005*, introdotto, con effetto dal 2 febbraio 2007, dal *dlgs 311/2006*, stabilisce che, fintantoché non siano emanate le norme regolamentari che consentano l'emanazione dell'*attestato di certificazione energetica degli edifici*, lo stesso è sostituito a tutti gli effetti (e quindi anche agli effetti dell'allegazione agli atti traslativi) dall'*attestato di qualificazione energetica (predisposta e asseverata dal direttore lavori al termine dei lavori di costruzione) o da una equivalente procedura di certificazione energetica stabilita dal comune con proprio regolamento antecedente alla data dell'8 ottobre 2005* (nel prosieguo, per comodità di trattazione, con l'espressione *"attestato di qualificazione energetica"* si intenderà sia l'*attestato* ora disciplinato dal *Dlgs 311/2006, allegato A*, che la eventuale diversa *procedura di certificazione energetica* eventualmente prevista dal Comune con proprio regolamento).

L'obbligo di allegazione, sancito *dall'art. 6 comma terzo dlgs 192/2005*, peraltro non riguarda, sin dal 2 febbraio 2007 (*data di entrata in vigore del dlgs 311/2006*), tutte le fattispecie costruttive e traslative, dovendosi pur sempre tener conto della "*gradualità temporale*" prevista *dall'art. 6 commi 1, 1bis, 1ter e 1quater*; in particolare:

Dal 2 febbraio 2007 l'OBBLIGO DI ALLEGAZIONE (prima fase mediante *l'attestato di qualificazione energetica* seconda fase mediante *l'attestato di certificazione energetica* come sopra precisato) riguarderà le seguenti tipologie:

- *tutti gli edifici costruiti in forza di permesso di costruire o di denuncia di inizio attività rispettivamente richiesto o presentata DOPO l'8 ottobre 2005* (in caso di permesso di costruire è alla data della richiesta e non alla data del rilascio che bisogna fare riferimento: per cui se la richiesta è stata effettuato PRIMA dell'8 ottobre ma il permesso di costruire è stato rilasciato dopo tale data l'allegazione non è obbligatoria)
- *tutti gli edifici che siano stati oggetto di intervento di ristrutturazione radicale (ristrutturazione integrale degli elementi edilizi costituenti l'involucro di edifici esistenti di superficie utile superiore a 1000 metri quadrati e demolizione e ricostruzione di edifici esistenti di superficie utile superiore a 1000 metri quadrati), in forza di permesso di costruire o di denuncia di inizio attività rispettivamente richiesto o presentata DOPO l'8 ottobre 2005*

Deve, inoltre, trattarsi di edifici per i quali i lavori di costruzione, al momento dell'atto traslativo, siano stati *ultimati* con possibilità pertanto di ottenere *l'attestato di certificazione energetica o, in via transitoria l'attestato di qualificazione energetica*.

L'obbligo di allegazione riguarderà anche quegli edifici e quelle unità immobiliari sui quali siano stati eseguiti *interventi* finalizzati al miglioramento delle prestazioni energetiche *per i quali si intenda accedere agli incentivi ed alle agevolazioni di qualsiasi natura*, sia come sgravi fiscali o contributi a carico di fondi pubblici o della generalità degli utenti, in relazione ai quali sia già stato rilasciato *l'attestato di certificazione energetica o, in via transitoria l'attestato di qualificazione energetica*. Bisognerà verificare caso per caso se il cedente abbia eseguito simili interventi e se sia già fatto rilasciare l'attestato necessario per accedere agli incentivi ed agevolazioni fiscali.

Dal 1 luglio 2007 l'OBBLIGO DI ALLEGAZIONE (mediante *l'attestato di certificazione energetica o, in via transitoria l'attestato di qualificazione energetica*) riguarderà anche gli edifici di superficie utile superiore a 1000 mq, *sempreché l'atto traslativo abbia per oggetto l'intero immobile*. In questo caso si dovrà avere riguardo a tutti gli edifici, a prescindere dall'epoca di costruzione e dalla data in cui è stata fatta la richiesta del titolo edilizio, purché di tratti pur sempre di edifici per i quali i la-

vori di costruzione siano stati ultimati con possibilità pertanto di ottenere *l'attestato di certificazione energetica o, in via transitoria l'attestato di qualificazione energetica*.

L'obbligo di allegazione riguarderà anche *gli edifici pubblici* in relazione a quanto disposto dall'art. 6 comma 1quater.

Dal 1 luglio 2008 l'OBBLIGO DI ALLEGAZIONE (mediante l'attestato di certificazione energetica o, in via transitoria l'attestato di qualificazione energetica) riguarderà anche gli edifici di superficie utile sino a 1000 mq, *sempreché l'atto traslativo abbia per oggetto l'intero immobile e non singole unità immobiliari*. In questo caso si dovrà avere riguardo a tutti gli edifici, a prescindere dall'epoca di costruzione e dalla data in cui è stata fatta la richiesta del titolo edilizio, purché di tratti pur sempre di edifici per i quali i lavori di costruzione siano stati ultimati con possibilità pertanto di ottenere *l'attestato di certificazione energetica o, in via transitoria l'attestato di qualificazione energetica*.

Dal 1 luglio 2009 l'OBBLIGO DI ALLEGAZIONE (mediante l'attestato di certificazione energetica o, in via transitoria l'attestato di qualificazione energetica) riguarderà anche le *singole unità immobiliari*. Praticamente da tale data *l'obbligo di allegazione riguarderà TUTTI GLI EDIFICI* (interi edifici o singole unità immobiliari), a prescindere dall'epoca di costruzione e dalla data in cui è stata fatta la richiesta del titolo edilizio, purché di tratti pur sempre di edifici per i quali i lavori di costruzione siano stati ultimati con possibilità pertanto di ottenere *l'attestato di certificazione energetica o, in via transitoria l'attestato di qualificazione energetica*.

Potranno, invece, riceversi atti traslativi a titolo oneroso aventi per oggetto edifici, *senza che agli stessi venga allegato l'attestato di certificazione energetica o, in via transitoria l'attestato di qualificazione energetica*, se la cessione viene eseguita *"al grezzo"* e cioè in corso di costruzione *sempreché al momento della cessione, gli stessi non risultino già ultimati* in tutte quelle che sono le parti edilizie essenziali, compresi gli impianti e tutte quelle finiture che in qualsiasi modo possano incidere sul consumo e sulle prestazioni energetiche, cosicché non sarebbe neppure possibile ottenere i suddetti attestati.

Ovviamente la disciplina testé illustrata, relativa all'obbligo di allegazione *dell'attestato di certificazione energetica o, in via transitoria, dell'attestato di qualificazione energetica*, riguarda i soli atti di trasferimento a titolo oneroso di edifici, ma *non anche i preliminari*, che non hanno invece effetti traslativi. Peraltro, di tale disciplina non si può non tenere conto ogniqualvolta si rediga un preliminare avente per oggetto, un fabbricato, per il quale *in relazione alle caratteristiche tipologiche ed all'epoca prevista per il contratto definitivo*, sia obbligatoria la allegazione suddetta. Risponderà a buona tecnica redazionale, pertanto, far risultare dal preliminare:

- se *l'attestato di certificazione energetica o, in via transitoria, l'attestato di qualificazione energetica* sia già stato rilasciato; in questo caso ne è opportuna anche l'allegazione, e ciò non tanto ai fini della validità del preliminare, quanto in relazione alla eventuale posizione che potrà assumere la giurisprudenza in ordine alla possibilità di agire ex art. 2932 c.c., conformemente all'indirizzo dalla stessa assunto in ordine alle menzioni urbanistiche;
- ovvero se, al contrario, *l'attestato di certificazione energetica o, in via transitoria, l'attestato di qualificazione energetica* NON sia ancora stato rilasciato; in questo caso dovrà prevedersi l'espresso obbligo del *promittente venditore* di dotare l'edificio o la singola unità promessi in vendita dell'attestato in oggetto, *prima del termine fissato per la stipula del rogito definitivo*, essendo tale stipula subordinata alla possibilità di allegare al contratto l'attestato in questione;
- ovvero se in relazione al tipo di edificio in vendita (ad esempio se la vendita è prevista al grezzo) o se in relazione al termine previsto per la stipula del definitivo (tenuto conto della "*gradualità temporale*" fissata dal dlgs 192/2005 per la piena operatività della disciplina sull'allegazione dell'attestato energetico) non sia necessaria l'allegazione al rogito definitivo *dell'attestato di certificazione energetica o, in via transitoria, dell'attestato di qualificazione energetica* (fermo restando l'obbligo a carico del promissario acquirente, qualora intendesse ritrasferire l'immobile, di procurarsi tale attestato, qualora non ricorressero più le cause di esclusione); al riguardo si rammenta che la disciplina sull'allegazione dell'attestato energetico *troverà piena applicazione per TUTTI GLI EDIFICI ULTIMATI* (interi fabbricati o singole unità immobiliari), a prescindere dall'epoca di costruzione, a partire dal 1 LUGLIO 2009.

Unità in fabbricati condominiali

Nel caso di trasferimento di unità facenti parte di edifici condominiali, di ciò se ne dovrà dare atto nel contratto preliminare, evidenziandone tutti gli aspetti che abbiano rilevanza per la posizione del promissario acquirente. Così ad esempio:

- se il condominio è disciplinato da apposito regolamento, nel preliminare se ne farà menzione (ed eventualmente, se richiesto, dalle parti ne potrà essere disposta l'allegazione);
- nel preliminare dovranno essere evidenziate eventuali servitù attive e passive costituite a favore o a carico della parti condominiali con riguardo a beni di terzi o ad unità di proprietà esclusiva di uno o più condomini;
- nel preliminare dovranno essere, altresì, evidenziati quei patti particolari, riportati nei titoli di provenienza o nello stesso regolamento, che attribuiscono diritti particolari (ad esempio un *diritto di uso esclusivo*) su parti condominiali

a uno o più condomini;

- nel preliminare dovranno essere evidenziate eventuali vincoli di uso pubblico costituiti a carico della parti condominiali e discendenti da convenzioni urbanistiche, atti d'obbligo o similari;
- se il condominio è dotato di apposite Tabelle millesimali per la ripartizione delle spese nel preliminare se ne farà menzione (ed eventualmente, se richiesto, dalle parti ne potrà essere disposta l'allegazione).

Nel preliminare si dovrà, inoltre, disciplinare il subentro nelle *spese condominiali*. Si rammenta, al riguardo:

- che l'acquirente di unità in condominio è *responsabile in via solidale* col venditore per il pagamento delle spese condominiali deliberate ed approvate a sensi dell'art. 1123 c.c. relative all'anno in corso ed a quello precedente. Infatti l'art. 63 secondo comma delle disposizioni di attuazione al codice civile stabilisce che: "*chi subentra nei diritti di un condomino è obbligato solidalmente con questo al pagamento dei contributi relativi all'anno in corso e a quello precedente*".
- per prassi sono a carico del venditore *le spese condominiali ordinarie* relative al periodo sino alla data di trasferimento (o se diversa sino alla data di effettiva consegna dell'immobile), mentre per le *spese condominiali straordinarie* si ha riguardo alla data in cui è stata assunta la delibera condominiale che le ha autorizzate, con la conseguenza che, le spese deliberate sino alla data del preliminare rimangono a carico del *promittente venditore*, mentre le spese che verranno deliberate dopo questa data dovranno fare carico alla *parte promissaria acquirente*. Sul punto, in giurisprudenza, non vi è un orientamento unanime: secondo parte della giurisprudenza, infatti, in mancanza di espressa pattuizione tra le parti, le spese straordinarie (per lavori ad esempio di manutenzione straordinaria o ristrutturazione) devono essere sostenute da chi era proprietario, al momento in cui le stesse vennero deliberate (*vedi Cass. 2.2.1998 n. 981, Cass. 18.4.2003 n. 6323*); secondo altra parte della giurisprudenza, invece, l'obbligo di partecipare alle spese grava sull'acquirente, in quanto obbligo strettamente connesso alla concreta attuazione dei lavori (*vedi Cass 7.7.1988 n. 467*).

Tuttavia risponde a criteri di "*equità*" prevedere che mentre le *spese ordinarie*, che attengono all'uso normale e quotidiano delle parti comuni, "*seguono*" la *disponibilità dei beni*, e faranno carico al *promissario acquirente* dal momento della consegna del bene (che normalmente coincide con la data di stipula del rogito definitivo, ma che potrebbe anche essere precedente o successivo a tale data), le spese straordinarie, comportando un investimento destinato ad aumentare il valore o l'efficienza degli immobili, e quindi destinato a beneficiare il nuovo proprietario ossia

il *promissario acquirente*, vengono regolate con riferimento alla data del preliminare: le spese deliberate prima di tale data saranno a carico del *promittente venditore* (che ne terrà conto nella determinazione del prezzo) mentre le spese deliberate dopo tale data (delle quali il *promittente venditore* non può ovviamente tener conto nella determinazione del prezzo) saranno a carico del *promissario acquirente*, il quale, peraltro, ne beneficerà vedendo aumentare il valore e l'efficienza degli immobili acquistati.

In relazione a tutto ciò appare necessario nel contratto preliminare:

- richiamare espressamente la disciplina dell'art. 63 secondo comma disp. att. cod. civ. affinché il *promissario acquirente* possa essere messo a conoscenza della propria responsabilità solidale per le spese condominiali;
- prevedere l'impegno per il *promittente venditore* di saldare le spese condominiali ordinarie per la quota di propria competenza prima della stipula del rogito definitivo, al fine di "neutralizzare" la responsabilità solidale del *promissario acquirente* o, in alternativa, prevedere delle forme di garanzia di detto pagamento qualora non fosse disponibile al momento del rogito il conteggio del saldo definitivo;
- precisare se prima della stipula del preliminare sono state deliberate dall'assemblea dei condomini spese straordinarie relative ad interventi non ancora eseguiti e pagati, le cui spese debbono essere sostenute dal *promittente venditore* (prevedendo le eventuali forme di garanzia per il pagamento)
- precisare se prima della stipula del preliminare sono state deliberate dall'assemblea dei condomini spese straordinarie relative ad interventi non ancora eseguiti e pagati, le cui spese vengono, invece, poste a carico del *promissario acquirente*, avendo di ciò le parti tenuto conto nella determinazione del prezzo;
- prevedere l'impegno del *promittente venditore* di rilasciare delega al *promissario acquirente* per partecipare alle assemblee condominiali da tenersi dopo la stipula del preliminare ed aventi all'ordine del giorno interventi comportanti spese straordinarie (in tal modo all'assemblea parteciperà chi diverrà poi proprietario del bene e che dovrà, pertanto, sostenere le spese così deliberate).

I terreni

Se oggetto del contratto sono dei terreni, particolare importanza assume l'indicazione della loro *destinazione urbanistica*, di modo che siano chiariti, già in sede di stipula del preliminare, quelli che sono gli scopi che il *promissario acquirente* intende perseguire con l'immobile da trasferire, evitando, quindi, future contestazioni per la mancanza delle "qualità promesse". A tal fine è consigliabile procedere a tale

indicazione "*per relationem*" mediante l'allegazione al contratto del *certificato di destinazione urbanistica* di cui all'art. 30 del DPR 380/2001: le qualità urbanistiche del terreno risulteranno in tal modo accertate attraverso un documento ufficiale proveniente dal Comune, senza il rischio, insito invece in eventuali dichiarazioni di parte, di fraintendimenti o di dati parziali o inesatti.

Nel caso di *terreni edificabili* appare particolarmente opportuno precisare se in base agli strumenti urbanistici è ammessa la utilizzazione diretta dei terreni o se tale utilizzazione edificatoria è subordinata alla preventiva approvazione di un *Piano Urbanistico Attuativo (PUA)*. In quest'ultimo caso si dovrà pure precisare:

- *se la convenzione urbanistica di attuazione del Piano (ad esempio la convenzione di attuazione di un Piano di lottizzazione di iniziativa privata ovvero la convenzione di attuazione di un Piano di recupero) è già stata stipulata. In caso affermativo dovranno essere elencati tutti i vincoli discendenti da dette convenzioni: obbligo di cessione di aree destinate a standards, vincoli o servitù di uso pubblico, divieti di destinazione d'uso per i costruendi fabbricati, ecc.* Si rammenta, al riguardo, come l'assunzione da parte del proprietario di bene interessato da *Piano Urbanistico Attuativo*, dell'obbligazione di realizzare le opere destinate a standards, è qualificata dalla dottrina come una *obligatio propter rem* con la conseguenza che in detta obbligazione subentreranno coloro che saranno proprietari delle aree al momento del rilascio del permesso a realizzare le opere di urbanizzazione, anche se diversi da coloro che avevano a suo tempo sottoscritto la convenzione urbanistica di attuazione del piano **(30)**.

Per tali motivi, la menzione nel preliminare di tutti i vincoli, gli obblighi e le altre limitazioni che possano discendere dalle convenzioni urbanistiche risponde all'interesse sia del *promittente venditore* a non vedersi sollevate in futuro contestazioni circa i vincoli gravanti sull'immobile da trasferire e non comunicati al momento del preliminare, che all'interesse del *promissario acquirente*, affinché quest'ultimo sia messo a conoscenza degli eventuali obblighi in cui potrebbe subentrare per effetto della disciplina urbanistica.

E', pertanto, opportuno inserire nel preliminare che abbia per oggetto un immobile ricompreso in un *Piano Urbanistico Attuativo ancora in fase di attuazione*, apposite clausole con le quali precisare:

- *se il promissario acquirente debba subentrare solo negli obblighi e nei vincoli di carattere "urbanistico", fermo restando che costi ed oneri di carattere economico per la realizzazione delle opere di urbanizzazione restano a carico del promittente venditore (a tal fine sarà opportuno prevedere garanzie a carico del promittente venditore per il caso in cui il promissario acquirente fosse chiamato dal Comune a rispondere anche degli oneri economici rimasti a cari-*

- co del *promittente venditore* stesso)
- ovvero se *tale subentro* debba essere “*totale*”, dovendo il *promissario acquirente subentrare* al *promittente venditore* non solo negli obblighi e nei vincoli di carattere “urbanistico”, ma anche nei costi e negli oneri di carattere economico per la realizzazione delle opere di urbanizzazione, avendo di ciò le parti tenuto conto nella determinazione del prezzo;
 - se la *convenzione urbanistica* di attuazione del Piano invece *non è ancora stata stipulata* occorrerà precisare:
 - se la stessa dovrà essere sottoscritta dalla *parte promittente venditrice* PRIMA della stipula del rogito definitivo;
 - se la stessa dovrà, invece, essere sottoscritta dalla *parte promissaria acquirente* DOPO la stipula del rogito definitivo;
 - in ogni caso se il *promissario acquirente debba o meno subentrare* nei costi e negli oneri di carattere economico per la realizzazione delle opere di urbanizzazione discendenti dalle convenzioni urbanistiche da stipulare, fermo restando il suo subentro negli obblighi e nei vincoli di carattere “urbanistico”.

Gli immobili da costruire e le specifiche modalità redazionali

Particolari modalità redazionali sono richieste, nel caso in cui oggetto del contratto sia un *fabbricato da costruire ovvero in corso di costruzione*.

Innanzitutto, con riguardo all’ultima delle indicazioni richieste in via generale per l’individuazione dell’immobile da trasferire e di cui sopra (*i dati di identificazione catastale*) è ovvio che dovranno essere indicati i dati catastali identificativi del terreno su cui il fabbricato verrà costruito ovvero, se già in fase di costruzione, i dati catastali identificativi del terreno sul quale insiste.

Per la individuazione dell’immobile da costruire, inoltre, proprio perché non ancora determinato nella consistenza voluta dalle parti, richiedendo ancora una successiva attività edificatoria a carico della *parte promittente venditrice*, non ci si può limitare alla sola indicazione della natura e dei dati identificativi del terreno su cui lo stesso insiste; come anche si ricava dal disposto della “*norma di riferimento*”, *necessita quindi una descrizione più completa e precisa* dell’immobile da trasferire e delle relative pertinenze, che dia conto di quello che è il bene effettivamente voluto dalle parti, in quella che dovrà essere, pertanto, la consistenza finale dell’immobile al momento del trasferimento definitivo della proprietà o di altro diritto reale.

Non è escluso (anzi sarà il più delle volte indispensabile) che per la descrizione esatta dell’immobile, proprio perché trattasi di edifici da costruire, ci si possa avvalere degli *elaborati grafici di progetto e del capitolato delle caratteristiche dei ma-*

teriali da utilizzare (la cui allegazione al contratto, fra l'altro, è prescritta dalla "*norma di riferimento*")

Pertanto nel caso di redazione di un preliminare avente per oggetto un fabbricato ancora da costruire, sarà indispensabile, così come si può ricavare anche dalla "*norma di riferimento*", prevedere l'allegazione allo stesso:

- *del capitolato contenente le caratteristiche dei materiali da utilizzarsi, individuati anche solo per tipologie, caratteristiche e valori omogenei, nonché l'elenco di tutte le rifiniture e degli accessori convenuti fra le parti;*
- *degli elaborati del progetto in base al quale è stato richiesto o rilasciato il permesso di costruire o l'ultima variazione al progetto originario, limitatamente alla rappresentazione grafica degli immobili oggetto del contratto, delle relative pertinenze esclusive e delle parti condominiali.*

Si tratta, pertanto, di allegazioni richieste al fine di evitare incertezze e quindi successive contestazioni in ordine a due aspetti molto "delicati" quando si debbono trasferire edifici da costruire, ed attinenti *alla individuazione dell'oggetto stesso della prestazione cui è tenuto il promittente venditore:*

- *l'esatta individuazione dell'immobile da trasferire e del contesto generale nel quale lo stesso è collocato in caso ad esempio di unità in edificio condominiale, alla quale è funzionale l'allegazione degli elaborati di progetto, con particolare riguardo alla rappresentazione grafica dell'immobile da trasferire, delle relative pertinenze e anche delle parti condominiali*
- *la specificazione delle caratteristiche tipologiche e strutturali dell'edificio da trasferire, con particolare riguardo alle caratteristiche tecniche, costruttive ed ai materiali da utilizzare per la costruzione, per gli impianti e per le finiture, alla quale è funzionale l'allegazione del capitolato tecnico.*

Al riguardo, in sede di commento della "*norma di riferimento*" **(31)** si è avuto modo di osservare come l'indicazione *delle parti condominiali* negli elaborati grafici da allegare al contratto preliminare, abbia un valore puramente indicativo, e non vincolante per la *parte promittente venditrice*. Infatti ritenere questa rappresentazione "vincolante" potrebbe essere fin troppo penalizzante per il *promittente venditore*, posto che proprio nella fase iniziale della costruzione tali parti possono non essere ancora compiutamente individuate, e posto che durante la costruzione potrebbe emergere l'opportunità se non addirittura la necessità di apportare degli aggiustamenti alla configurazione delle parti condominiali. In detto commento si è avuto, inoltre, modo di ritenere legittima una clausola contrattuale ("*clausola di riserva*") con la quale *il promittente venditore si riserva la facoltà* di procedere, prima del contratto definitivo, ad eventuali variazioni delle parti comuni.

Ovviamente il *promittente venditore*, in relazione anche al disposto dell'art. 1375 c.c., *sarà tenuto a comunicare al promissario acquirente* le eventuali variazio-

ni apportate alle parti comuni.

Resta ferma la possibilità per il *promissario acquirente*, di tutelarsi *con i rimedi offerti dall'ordinamento (in primis l'art. 1497 c.c.)* qualora l'immobile da trasferire, per effetto delle variazioni apportate alle parti condominiali, non abbia più tutte le qualità promesse con il contratto originario .

In ogni caso, ricorrendo i presupposti di applicazione delle disposizioni di cui agli artt. 33 e segg. del *decreto legislativo 6 settembre 2005 n. 206 (cd. "Codice del Consumo") (32)*, "*le clausole di riserva*" a favore del *promittente venditore/costruttore* sopra ricordate (per la variazione delle parti comuni) debbono fondare la facoltà del costruttore stesso di *modificare unilateralmente le clausole del contratto ovvero le caratteristiche del bene da trasferire* su un "*giustificato motivo*" da indicarsi nel contratto stesso e debbono inoltre essere oggetto di "*trattativa individuale*" (art. 34 dlgs 206/2005) pena la loro nullità relativa (ovvero come testualmente definita dal "*Codice di Consumo*" "*nullità di protezione*" in quanto azionabile solo dal "consumatore")

E' ricorrente, inoltre, anche il caso in cui il *promittente venditore* si riservi nel preliminare *la facoltà di redigere il regolamento condominiale (e relative tabelle millesimali)*, da depositare in occasione della stipula del primo atto di compravendita relativo al complesso condominiale di cui si tratta ovvero anche successivamente, purchè entro una determinata data. Il *promissario acquirente*, a sua volta, nell'accettare tale riserva, conferisce apposito *mandato o incarico* al *promittente venditore* per la redazione del regolamento suddetto (con annesse Tabelle). Normalmente questo mandato o incarico è integrato anche da specifica clausola che prevede l'impegno del *promissario acquirente* ad osservare il regolamento che sarà così redatto. Con riguardo a quest'ultima clausola, peraltro, sono stati sollevati non pochi dubbi di legittimità: a fronte di un mandato "in bianco", senza limiti di sorta, la giurisprudenza ha, infatti, ritenuto che, una volta redatto, il regolamento deve essere *comunque approvato* dai singoli condomini, in quanto l'eventuale accettazione preventiva non può sostituire l'approvazione, stante l'indeterminatezza e l'indeterminabilità dell'oggetto.

Potrebbe, peraltro, sostenersi la legittimità anche di simile clausole di "*accettazione preventiva*" qualora il mandato, che viene conferito dal *promissario acquirente* al *promittente venditore*, venga circoscritto entro confini ben precisi, tali da garantire le reciproche posizioni ed evitare che la facoltà attribuita ad una parte e l'impegno assunto dall'altra siano troppo generici.

E' da notare, anche, che il più delle volte, l'incarico di redigere il regolamento di condominio, risponde più ad un interesse del *promissario acquirente*, che non ad un interesse del *promittente venditore* (specie se obiettivo di quest'ultimo è di vendere tutte le unità ed uscire dal condominio); si tenga anche conto che se il condo-

minio ha un numero di condomini superiore a dieci *vi è l'obbligo per gli stessi di formare il regolamento di condominio*, così come prescritto dall'art. 1138 c.c., per cui, in questo caso, potrebbe essere un "*vantaggio*" (e non una "*vessazione*"), per i condomini "*promissari acquirenti*", che a tale incombenza provveda il costruttore loro dante causa; in relazione a quelli che sono i contrapposti interessi, pertanto, si potrebbe fondatamente sostenere, la legittimità di un mandato, che preveda anche l'approvazione preventiva da parte del *promissario acquirente*, qualora l'incarico del *promittente venditore* si risolva nella redazione di un regolamento di condominio secondo il "*modello legale*" di cui all'art. 1138 primo comma c.c., ossia di un regolamento che contenga esclusivamente:

- *le norme per l'uso delle parti comuni;*
- *le norme per la ripartizione delle spese secondo i diritti e gli obblighi spettanti a ciascun condomino;*
- *le norme per la tutela del decoro dell'edificio;*
- *le norme quelle relative all'amministrazione;*

secondo quello che dovrebbe essere il "*contenuto tipico*" del regolamento così come configurato dall'art. 1138 primo comma c.c.

Ovviamente il *promittente venditore* non potrà (*ai fini dell'operatività della clausola di preventiva accettazione*) inserire nel regolamento di condominio dei "*patti particolari*" (*diritti di uso esclusivo a favore di uno o più condomini, servitù a favore di terzi o di uno o più condomini, servitù reciproche, ecc.*) che siano estranei al "*contenuto tipico*" del regolamento così come configurato dall'art. 1138 primo comma c.c. o che possano, in qualsiasi modo, *menomare i diritti del promissario acquirente*, quali risultano dal preliminare (così come disposto *dall'art. 1138 ultimo comma cod. civ.*); in caso contrario detti patti non saranno opponibili *al promissario acquirente*, non potendo operare nei suoi confronti l'eventuale accettazione preventiva; affinché gli stessi siano opponibili *al promissario acquirente* sarà necessario:

- che lo stesso li approvi specificatamente, dopo la redazione del preliminare;
- ovvero che nel mandato conferito in sede di stipula del preliminare sia prevista espressamente la facoltà per il *promittente venditore* di inserire nel regolamento quegli specifici "*patti particolari*".

Fatte queste premesse, sul piano operativo, in occasione della stipula del preliminare, sarà quanto mai opportuno, qualora il *promittente venditore* si riservi *la facoltà di redigere il regolamento di condominio*:

- far risultare che tale riserva è posta anche nell'interesse del *promissario acquirente* a poter disporre di un regolamento redatto nei limiti e per le finalità di cui all'art. 1138 c.c. (e ciò anche ai fini di *cui all'art. 34 dlgs 206/2005* se ed in quanto applicabile)

- escludere possibili "abus" da parte del promittente venditore, impegnando lo stesso a non inserire nel regolamento norme che possano in qualche modo menomare i diritti di ciascun condomino, quali risultano dalla promessa di vendita, in relazione al disposto dell'art. 1138 ultimo comma c.c.
- prevedere, in maniera precisa e puntuale, tutte quelle eventuali ulteriori pat- tuizioni da inserire nel regolamento, non riconducibili al "*contenuto tipico*" fis- sato dall'art. 1138 primo comma c.c.

Ovviamente il *promittente venditore*, in relazione anche al disposto dell'art. 1375 c.c., *sarà tenuto a comunicare* al *promissario acquirente* il testo del regola- mento di condominio (con annesse le relative tabelle millesimali) prima del suo "*de- posito*" o della sua *allegazione* al primo degli atti di vendita.

Anche in presenza delle clausole di riserva relative alla redazione del regola- mento di condominio, dovrebbero trovare applicazione, ricorrendone i presupposti soggettivi, le disposizioni di cui agli artt. 33 e segg. del *decreto legislativo 6 set- tembre 2005 n. 206 (cd. "Codice del Consumo") (33)*; *dette clausole, pertanto, debbono fondare la facoltà del costruttore stesso di modificare unilateralmente le clausole del contratto ovvero le caratteristiche del bene da trasferire* (mediante la disciplina dei rapporti condominiali fissata nel regolamento) su un "*giustificato mo- tivo*" da indicarsi nel contratto stesso (che potrebbe ravvisarsi nell'interesse di tutte le parti, ed, in primis, proprio del *promissario acquirente* a che il condominio abbia una disciplina conforme al disposto dell'art. 1138 c.c., specie se trattasi do condo- minio con oltre dieci condomini) e debbono inoltre essere oggetto di "*trattativa in- dividuale*" (*art. 34 dlgs 206/2005*) pena la loro nullità relativa (ovvero come te- stualmente definita dal "*Codice di Consumo*" "*nullità di protezione*" in quanto azio- nabile solo dal "consumatore").

Non dovrebbe invece tornare applicabile, al caso di specie, la disposizione *del- l'art. 36 secondo comma lett. c) del citato dlgs 206/2005 (34)*, in relazione alle considerazioni sopra svolte con riguardo ai limiti entro i quali sono ammesse, in ma- teria, le clausole di approvazione preventiva delle norme regolamentari.

Quando il preliminare ha per oggetto un "*fabbricato da costruire*", che pre- suppose una ulteriore e successiva attività edificatoria, risulta essenziale, ai fini di una completa informazione della parte promissaria acquirente, che deve poter di- sporre di tutti gli elementi necessari per formarsi un'idea esatta dell'oggetto del contratto che dovrà andare a stipulare, indicare e menzionare quelle che sono an- che le *caratteristiche tecniche* della nuova costruzione, come d'altra parte si ricava dalla "*norma di riferimento*", che prescrive, espressamente, l'obbligo di indicare in contratto:

- *la struttura portante,*
- *le fondazioni,*

- *le tamponature,*
- *i solai,*
- *la copertura,*
- *gli infissi,*
- *gli impianti.*

Trattandosi di "*caratteristiche tecniche*" si ritiene che le stesse debbano risultare da apposita relazione redatta da tecnico abilitato, in possesso pertanto delle necessarie competenze professionali per descriverle con precisione ed esattezza.

In caso di preliminare di *immobile da costruire*, sempre sulla base di quanto si può ricavare dalla "*norma di riferimento*", necessitano anche:

- l'indicazione del *termine massimo di esecuzione* della costruzione (e quindi del termine di completamento dei lavori di costruzione): è di tutta evidenza, al riguardo, l'interesse dell'acquirente di conoscere la data prevista per il completamento dei lavori e quindi per la consegna dell'immobile. Tale indicazione infatti è espressamente prescritta dalla "*norma di riferimento*" la quale, invece, prevede come del tutto eventuale l'indicazione dei termini relativi ai cd. "*stati di avanzamento lavori*" ai quali, spesso, nella prassi, è collegato l'obbligo da parte del *promissario acquirente* di versare acconti di prezzo.
- l'indicazione degli *atti d'obbligo e delle convenzioni di carattere urbanistico* la cui stipula si sia resa necessaria ai fini del rilascio del titolo abilitativo alla costruzione (ad esempio *la convenzione di attuazione di un Piano di lottizzazione di iniziativa privata, ovvero la convenzione di attuazione di un Piano di recupero*); debbono pure essere elencati tutti i vincoli discendenti da dette convenzioni.

Resta fermo che ai fini della *trascrizione del preliminare*, quando lo stesso abbia per oggetto un fabbricato da costruire che si trovi ad uso stadio tale di costruzione *da non consentire ancora l'accatastamento* (possibile anche per i fabbricati in corso di costruzione mediante redazione di elaborato planimetrico), nello stesso, a sensi dell'*art. 2645 bis c.c.*, dovranno essere pure indicati:

- *la superficie utile* della porzione di edificio,
- *la quota di diritto* spettante al promissario acquirente relativa all'intero costruendo edificio espressa in millesimi.

Gli immobili da costruire: le varianti e le cd. clausole di riserva

Ci si è chiesti, sempre con riguardo *all'immobile da costruire*, se, dopo la stipulazione del preliminare che contenga la sua descrizione, con la puntuale indicazione delle sue caratteristiche tecniche e costruttive, *sia consentito alle parti appor-*

tare delle varianti, e qualora a tale quesito si debba dare risposta affermativa, se sia necessario stipulare un atto integrativo che recepisca tali variazioni.

Al quesito, proprio in sede di commento della "*norma di riferimento*" **(35)** si è risposto in senso affermativo, considerato che scopo di detta norma non è certo quello di "vincolare" le parti in maniera definitiva a quelle che sono le descrizioni contenute nel contratto, ma essenzialmente quello di assicurare al *promissario acquirente* una rappresentazione la più completa possibile di quello che è l'oggetto del contratto che è chiamato a sottoscrivere, nel momento in cui il contratto stesso viene sottoscritto. Pertanto le parti sono assolutamente libere di concordare, successivamente, ogni tipo di variante, arrivando sino allo "scambio" dell'immobile da trasferire (ad esempio nel caso in cui si convenga che, anziché l'appartamento al secondo piano, oggetto di vendita debba essere il corrispondente appartamento al terzo piano, identico al primo per consistenza e finiture). Ovviamente nel caso di "varianti" di così vasta portata, come quella dell'esempio sopra riportato, tali cioè da incidere sulla individuazione e determinazione stessa dell'oggetto, sarà necessario stipulare *un atto integrativo* ovvero un *nuovo contratto preliminare* in sostituzione di quello precedentemente stipulato, affinché non vengano vanificate le finalità che intende perseguire la norma in commento (*in questo caso, qualora di tratti di preliminare soggetto alla disciplina del dlgs 122/2005, bisognerà avere l'accortezza di integrare ovvero sostituire corrispondentemente anche la fideiussione rilasciata a sensi dell'art. 2 di detto decreto, affinché non possa essere successivamente eccepita l'eventuale "novazione" del rapporto e conseguentemente l'estinzione della relativa garanzia*).

Se si tratta invece di varianti tali da incidere solo su talune "*qualità*" del bene, ma non sulla sua individuazione, si è ritenuto, invece, non sia necessario un atto integrativo o addirittura un nuovo contratto (ai fini puramente probatori, per evitare possibili azioni ex art. 1497 c.c., potrà essere sufficiente uno scambio di corrispondenza tra le parti ovvero un'autorizzazione scritta rilasciata dal *promissario acquirente* a favore del *promittente venditore*).

Sempre in sede di commento della "*norma di riferimento*" **(36)** si è avuto modo di precisare che debbono considerarsi legittime (anche dopo l'entrata in vigore di detta norma), alle condizioni in appresso specificate, le clausole contrattuali (*cd. "clausole di riserva"*), già molto diffuse nella pratica, con le quale *il promittente venditore si riserva* talune facoltà inerenti le modalità di costruzione, quali ad esempio:

a) *la facoltà di apportare* al progetto generale dell'edificio tutte *le varianti architettoniche o tecniche o di destinazione d'uso* che si rendessero necessarie o utili o che fossero imposte dalle Autorità competenti in relazione a sopravvenute prescrizioni di carattere urbanistico o a sopravvenute esigenze di interesse pubblico;

b) *la facoltà*, per l'ipotesi in cui esigenze tecniche e/o di distribuzione e/o architettoniche e/o comunque imposte lo richiedano, di variare il *tipo di materiali e finiture*, rispetto al Capitolato concordato, nonché di variare i materiali anche nell'ipotesi di necessità imposta da mancate forniture o cessazione dell'attività di ditte produttrici e nell'ipotesi di diversa scelta offerta dal mercato,

Si tratta, comunque, di facoltà che normalmente si fondano su ragioni (*nuove prescrizioni urbanistiche, maggiore funzionalità del progetto, cessazione della produzione di determinati prodotti ecc.ecc.*) che vengono esplicitate in contratto (e ciò anche ai fini di cui all'art. 34 dlgs 206/2005 se ed in quanto applicabile).

Inoltre dovranno essere precisati in contratto anche i limiti e le condizioni che legittimano il ricorso a tali facoltà da parte del *promittente venditore*.

Così sono state ritenute legittime *le clausole relative alle facoltà di cui sub a)* a condizione peraltro che vengano anche sanciti:

- l'obbligo per il *promittente venditore* di apportare varianti che comunque non comportino diminuzione nella funzionalità dell'intero edificio e nella fruibilità degli spazi e dei servizi comuni
- l'obbligo per il *promittente venditore* di comunicare per iscritto al *promissario acquirente* le eventuali varianti, entro un termine prefissato

Sono state, invece, ritenute legittime *le clausole relative alle facoltà di cui sub b)* a condizione peraltro che vengano anche sanciti:

- l'obbligo per il *promittente venditore*, a procedere all'eventuale sostituzione dei materiali e delle finiture previste, con materiali e finiture di pregio pari o superiori a quelli descritti nel Capitolato
- l'obbligo per il *promittente venditore* di comunicare per iscritto al *promissario acquirente* le eventuali varianti, entro un termine prefissato

Il tutto al fine di *circoscrivere l'esercizio di dette facoltà* ed evitare un'eccessiva discrezionalità in capo al *promittente venditore* e quindi un utilizzo "arbitrario" delle facoltà medesime.

Resta comunque ferma la possibilità per il promissario acquirente, di tutelarsi con i rimedi offerti dall'ordinamento (*in primis l'art. 1497 c.c.*) qualora l'immobile da trasferire non abbia più tutte le qualità promesse con il contratto originario, per effetto di varianti non concordate, ma apportate su iniziativa del solo promittente venditore, anche eventualmente nell'esercizio delle facoltà oggetto delle "*clausole di riserva*" sopra ricordate.

In ogni caso, ricorrendo i presupposti di applicazione delle disposizioni di cui agli artt. 33 e segg. del *decreto legislativo 6 settembre 2005 n. 206* (cd. "*Codice del Consumo*") **(37)**, "*le clausole di riserva*" a favore del *promittente venditore/costruttore* sopra ricordate, debbono fondare la facoltà del *costruttore* stesso di

modificare unilateralmente le clausole del contratto ovvero le caratteristiche del bene da trasferire su un "giustificato motivo" da indicarsi nel contratto stesso (e che normalmente, come sopra già ricordato, viene esplicito in contratto) e debbono inoltre essere oggetto di "trattativa individuale" (art. 34 dlgs 206/2005) pena la loro nullità relativa (ovvero come testualmente definita dal "Codice di Consumo" "nullità di protezione" in quanto azionabile solo dal "consumatore")

Il termine per la stipula dell'atto definitivo

Si segnala come in dottrina ed in giurisprudenza la fissazione del termine per la stipula del contratto definitivo *non sia considerato un requisito essenziale* del preliminare, potendo ricorrere alla disposizione dell'art. 1183 primo comma c.c. **(38)** o comunque potendone essere richiesta la fissazione al giudice.

La mancanza del termine non determina invalidità del contratto del preliminare.

Peraltro risponde a canoni di buona tecnica redazionale indicare in contratto *il termine per la stipula del contratto definitivo*, nell'interesse di entrambe le parti.

All'indicazione di un termine per la esecuzione del contratto sono inoltre collegate alcune rilevanti conseguenze per le parti:

- in caso di trascrizione del preliminare, come abbiamo già ricordato, gli effetti della trascrizione (*in ordine al cd. effetto prenotativo ed al privilegio ex art. 2775 bis c.c.*) sono destinati a venir meno in caso di mancata stipula del contratto definitivo o mancata trascrizione della domanda giudiziale ex art. 2932 c.c. entro un anno dal termine convenuto per la stipula del definitivo;
- in caso di *immobili da costruire, soggetti alla disciplina del dlgs 122/2005*, il termine per la conclusione del definitivo deve essere messo in stretta correlazione con il termine di durata eventualmente posto nella *fideiussione* di cui all'art. 2 del decreto suddetto, posto che tale fideiussione deve tutelare il *promissario acquirente* sino al momento del trasferimento della proprietà (per tanto se fosse stata rilasciata un fideiussione con scadenza a termine "fisso", non sembra sia possibile prevedere nel contratto preliminare un termine ultimo per la stipula del definitivo successivo al termine di scadenza della fideiussione, la cui durata deve essere successiva o al massimo contestuale al momento del trasferimento della proprietà).

L'indicazione del prezzo

Il prezzo costituisce uno degli elementi essenziali dello stipulando contratto di

compravendita. Nel preliminare, pertanto, vanno indicati (come anche prescritto dalla "norma di riferimento") :

L'importo del prezzo.

Nel preliminare, pertanto, deve essere indicato il prezzo convenuto tra le parti per il trasferimento dell'immobile.

Al riguardo non si possono, qui, non sottolineare le gravi e pericolose conseguenze che possono derivare dalla *eventuale simulazione del prezzo (ossia dalla dichiarazione di un prezzo inferiore a quello effettivamente pattuito)* e che qui di seguito si vanno ad elencare:

- *Accertamento di maggior valore:* in caso di "simulazione" del prezzo si corre il rischio di incorrere, dopo la stipula del definitivo, in un accertamento di maggior valore e conseguente rettifica da parte dell'Agenzia delle Entrate, con conseguente applicazione delle relative sanzioni (*per l'insufficiente dichiarazione di valore l'art. 71 T.U. sull'imposta di registro prevede una sanzione dal 100% al 200% della maggior imposta dovuta*). A garanzia del credito d'imposta di cui sopra, lo Stato *ha privilegio sugli immobili* oggetto di compravendita (*art. 2772 del codice civile*), con la conseguenza che gli immobili stessi possono essere espropriati, a soddisfacimento del menzionato credito d'imposta, anche nei confronti del terzo acquirente.

Si rammenta, poi, che a seguito dell'entrata in vigore della *legge 4 agosto 2006 n. 248 di conversione del D.L. 4 luglio 2006 n. 223* le disposizioni sull'accertamento di valore degli immobili, in base alle quali tale accertamento veniva escluso ogni qualvolta il prezzo e o il valore dichiarato non erano inferiori *al cd. "valore catastale*, non trovano più applicazione con riguardo alle cessioni di immobili e relative pertinenze diverse da quelle per le quali ci si avvale del meccanismo del prezzo/valore (*art. 35 comma 23 ter*)

- *Prezzo/valore:* nel caso in cui ci si intenda avvalere nel rogito definitivo del meccanismo del *prezzo/valore (facoltà ammessa peraltro limitatamente alle compravendite a favore di persone fisiche che non agiscono nell'esercizio di impresa, arte o professione aventi per oggetto abitazioni e relative pertinenze e che comporta la tassazione sul cd. valore catastale anziché sul prezzo dichiarato)* le parti hanno COMUNQUE L'OBBLIGO di indicare nell'atto il corrispettivo pattuito. Se viene occultato, anche in parte il corrispettivo pattuito le imposte sono dovute sull'intero importo, oltre alla *sanzione amministrativa dal 50% al 100%* della differenza tra l'imposta dovuta e quella già applicata in base al corrispettivo dichiarato, detratto l'importo della sanzione irrogata a sensi dell'art. 71 D.P.R. 131/1986 (*art. 35 comma 21 legge 248/2006 di conversione del D.L. 4 luglio 2006 n. 223*);

- *Controlli fiscali straordinari:* la *legge 266/2005* prevede l'attivazione di controlli straordinari sulle compravendite immobiliari da parte dell'Agenzia delle Entrate

e della Guardia di Finanza; prevede però, espressamente, che questi controlli straordinari, come pure gli accertamenti induttivi ai fini delle imposte sui redditi, non possono essere effettuati se i contribuenti si avvalgono, nel rogito definitivo, del meccanismo del *cd. "prezzo-valore"* (vedi sopra). Ai fini dell'esclusione dei controlli non è sufficiente dichiarare un qualsiasi corrispettivo, ma è necessario che il corrispettivo dichiarato sia quello reale "pattuito" dalle parti, anche in relazione a quanto ora disposto dall' art. 35 comma 21 *legge 4 agosto 2006 n. 248 di conversione del D.L. 4 luglio 2006 n. 223* come precisato nel paragrafo che precede.

- *Sanzione fiscale per l'occultazione di corrispettivo e privilegio dello Stato*: se viene occultato anche in parte il corrispettivo convenuto, oltre al pagamento della maggiore imposta dovuta sulla differenza di prezzo, è applicabile una sanzione dal 200% al 400% della differenza suddetta (art. 72 D.P.R. 131/1986). A garanzia del credito d'imposta di cui sopra, lo Stato ha privilegio sugli immobili oggetto di compravendita (art. 2772 del codice civile), con la conseguenza che gli immobili stessi possono essere espropriati, a soddisfacimento del menzionato credito d'imposta, anche nei confronti del terzo acquirente.

- *Sanzioni previste dalla normativa antiriciclaggio*: se il prezzo (o la parte di esso non dichiarata in atto) viene pagato, in parte, *in contanti* e tale importo eccede la somma di €. 12.500,00 sono applicabili le sanzioni previste dalla normativa antiriciclaggio (art. 1 del D.L. 3 maggio 1991 n. 143, convertito in legge 5 luglio 1991 n. 197; gli importi sono stati adeguati con D.M. 17 ottobre 2002). Ciò comporta, in concreto, la possibile applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino al 40% dell'importo trasferito. Ovviamente, il pagamento di una parte di corrispettivo, non dichiarata in atto, con assegni, comporta il rischio, in sede di eventuali accertamenti bancari da parte del fisco, dell'applicazione della sanzione per l'occultazione di corrispettivo (vedi sopra).

Si rammenta che a norma dell'art. 35 comma 22 *legge 4 agosto 2006 n. 248 di conversione del D.L. 4 luglio 2006 n. 223* nel rogito definitivo, le parti hanno l'obbligo di rendere apposita dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà recante l'indicazione analitica delle modalità di pagamento. In caso di omessa, incompleta o mendace indicazione dei predetti dati (*come si verificherebbe nel caso di simulazione del prezzo*) si applica la sanzione amministrativa da €. 500,00 ad €. 10.000,00 ed ai fini dell'imposta del registro, i beni trasferiti sono assoggettati ad accertamento di valore.

- *Sanzioni per l'eventuale mancata rilevazione della plusvalenza immobiliare e per le violazioni in tema di I.V.A.*: in determinati casi (ad esempio, vendita di terreno edificabile, o di terreno lottizzato; vendita di altri immobili nei cinque anni dal loro acquisto), la plusvalenza (cioè la differenza tra il prezzo di acquisto ed il prezzo di rivendita) costituisce reddito imponibile, e quindi deve essere denunciata nella

dichiarazione dei redditi (art. 67 D.P.R. 917/1986), ovvero, in alternativa, qualora ricorrano le condizioni di cui *all'art. 1 comma 496 legge 266/2005*, deve essere assoggetta all'imposta sostitutiva del 20%. Ai suddetti fini, rileva ovviamente il prezzo effettivamente pattuito, e non quello – eventualmente inferiore – dichiarato nel rogito definitivo. L'eventuale simulazione del prezzo, se accertata dal fisco, comporta quindi, nei suddetti casi, anche l'applicazione delle sanzioni previste per omessa o insufficiente dichiarazione dei redditi delle persone fisiche. La predisposizione di un contratto simulato nell'indicazione del prezzo di vendita, laddove quest'ultimo abbia rilevanza ai fini delle imposte sui redditi, e sia quindi denunciato un minor reddito imponibile, comporta l'applicazione di *una sanzione amministrativa dal 100% al 200%* della maggiore imposta dovuta (art. 1, comma 2, del D. Lgs. 18 dicembre 1997 n. 471). Trattandosi di atto soggetto ad IVA, la simulazione del prezzo, e quindi la fatturazione di un minor importo, comporta l'applicazione di una *sanzione amministrativa dal 100 % al 200 % della differenza di imposta* (art. 5, comma 4, del D. Lgs. 471/1997). Si rammenta, inoltre, che l'art. 35 comma quarto *legge 248/2006* *suddetta* HA ABROGATO l'art. 15 del decreto legge 23 febbraio 1995 n. 41, che escludeva la rettifica, ai fini I.V.A., del corrispettivo delle cessioni di fabbricati classificati o classificabili nelle categorie catastali A, B e C, qualora lo stesso fosse stato indicato nell'atto in misura non inferiore al cd. "*valore catastale*".

- *Detrazione degli interessi passivi dei mutui ipotecari per l'acquisto dell'abitazione principale*: l'art. 15 comma 1, lettera b), del D.P.R. 22 dicembre 1986 n. 917 prevede la detrazione dal reddito delle persone fisiche degli interessi passivi, e relativi oneri accessori, nonché delle quote di rivalutazione dipendenti da clausole di indicizzazione, dipendenti da mutui ipotecari contratti per l'acquisto dell'unità immobiliare da adibire ad abitazione principale entro un anno dall'acquisto stesso, per un importo non superiore ad €. 3.615,20 (già lire 7.000.000). L'acquisto della unità immobiliare deve essere effettuato nell'anno precedente o successivo alla data della stipulazione del contratto di mutuo. La detrazione spetta esclusivamente fino a concorrenza della parte di mutuo corrispondente al prezzo dichiarato nella compravendita (in tal senso, cfr. di recente la *Circ. Agenzia Entrate 20 aprile 2005, n. 15/E*, e la *Circ. Agenzia Entrate 31 maggio 2005, n. 26/E*). L'indicazione in atto di un prezzo simulato inferiore anche all'importo del mutuo, determina, pertanto, una *perdita economica* a carico del mutuatario-compratore, che non potrà detrarre dal proprio reddito l'intera quota di interessi di competenza.

- *Maggiore plusvalenza in caso di successiva rivendita*: se a seguito di rivendita di un immobile acquistato dichiarando un prezzo simulato, debba essere tassata la plusvalenza così realizzata ricorrendone i presupposti di legge, detta plusvalenza e la relativa imposta saranno tanto maggiori, quanto minore è stato il prezzo dichiarato all'atto dell'acquisto.

- *Contratti tra costruttori e persone fisiche relativi ad immobili da costruire:*

In caso di contratti relativi ad immobile da costruire, laddove il prezzo di compravendita effettivo sia superiore a quello simulatamente dichiarato, e parte del prezzo "non dichiarato" venga pagata prima del trasferimento della proprietà all'acquirente, tale prezzo dissimulato non sarà assistito dalla *garanzia fideiussoria prevista dagli artt. 2 e 3 del d. lgs. 20 giugno 2005 n. 122*, e ciò darà luogo alla nullità relativa del contratto, ai sensi del suddetto art. 2.

- *Azione revocatoria, in caso di fallimento o insolvenza del venditore:* se, successivamente all'atto di compravendita, *il venditore fallisce*, o emerge comunque una situazione di insolvenza del medesimo, il curatore fallimentare o i creditori possono ottenere, a determinate condizioni, *la revoca degli atti compiuti dal venditore in frode alle loro ragioni* (art. 2901 del codice civile; art. 67 R.D. 267/1942). In caso di fallimento, la conoscenza da parte del compratore dell'insolvenza del venditore si presume se il valore di quanto venduto *sorpassa di oltre un quarto* quello del corrispettivo ricevuto (ed in tal caso il termine per l'azione revocatoria è di *un anno* dal compimento dell'atto, mentre in caso di corrispettivo adeguato non vi è la suddetta presunzione di frode, ed il termine è di *sei mesi*). Ovviamente, in tali casi, al compratore non rimane che insinuarsi nel fallimento, e far valere il proprio credito (*pari all'importo dichiarato nel rogito definitivo*, e non all'importo effettivo che non può essere provato in base alla semplice produzione di assegni dell'importo corrispondente: in tal senso, tra le altre, *Cassazione 15 settembre 2000 n. 12172*). Ove l'acquirente sia consapevole del pregiudizio arrecato al creditore, l'azione revocatoria prevista dall'art. 2901 del codice civile si prescrive in cinque anni dalla data dell'atto (art. 2903 del codice civile). A norma dell'art. 67 del R.D. 267/1942, come modificato dall'art. 2 del D.L. 14 marzo 2005, n. 35, *non sono soggette a revocatoria* fallimentare le vendite a *giusto prezzo* di immobili ad uso abitativo, destinati a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti e affini entro il terzo grado. *Altra esenzione dalla revocatoria fallimentare*, sempreché la vendita avvenga a *giusto prezzo*, è prevista dall'art. 10 Dlgs 122/2005.

- *Rescissione del contratto di compravendita per lesione:* se vi è *sproporzione tra il valore dell'immobile compravenduto ed il prezzo pattuito*, ed il venditore prova che la sproporzione è dipesa dal suo stato di bisogno, di cui il compratore ha approfittato, il primo può chiedere, *entro un anno* dalla conclusione del contratto, *la rescissione* del medesimo per lesione (art. 1448 del codice civile).

- *Restituzione del prezzo in caso di risoluzione, rescissione, annullamento, ecc. del contratto di compravendita:* in tutti i casi in cui il contratto venga ad essere risolto, rescisso, annullato, ecc. (*ad esempio, in caso di inadempimento del venditore*), il compratore potrà ottenere la restituzione del solo prezzo dichiarato in contratto, a meno che non provi (*e ciò può risultare in concreto impossibile*) di aver

pattuito e pagato una somma superiore.

- *Prelazioni legali*: in tutti i casi di compravendita di beni soggetti a prelazione legale (*prelazione agraria ex art. 8 legge 26 maggio 1965 n. 590 ed ex art. 7 legge 14 agosto 1971 n. 817, prelazione urbana ex artt. 38-39-41-35 legge 27 febbraio 1978 n. 392 - prelazione ereditaria ex art. 732 c.c.*) i titolari del diritto di prelazione (affittuario coltivatore diretto, confinante coltivatore diretto, conduttore di unità commerciale, conduttore di unità abitativa in caso di disdetta alla prima scadenza, ricorrendo le condizioni di legge, coeredi) che non siano stati messi in grado, nelle forme di legge, di esercitare il loro diritto, possono acquistare il bene compravenduto riscattandolo dall'acquirente e corrispondendo *il corrispettivo dichiarato in atto* (l'acquirente si vedrà pertanto privato del bene senza ottenere il prezzo effettivamente sborsato ma il minor prezzo dichiarato in atto) (vedasi, tra le altre, *Cassazione 5 marzo 2002 n. 3175 e Cassazione 6 maggio 2003 n. 6882*)

- *Beni soggetti al vincolo ex Dlgs 42/2004*: in tutti i casi di compravendita di beni soggetti al vincolo culturale a sensi del decreto legislativo 42/2004, *allo Stato, alle Regioni, alle Provincie ed ai Comuni* spetta il diritto di prelazione da esercitarsi nel termine di sessanta giorni dalla notifica dell'atto di compravendita medesimo, e ciò corrispondendo *il corrispettivo dichiarato in atto* (non essendo il alcun modo opponibile allo Stato ed agli altri Enti Pubblici l'eventuale diverso maggior prezzo convenuto ma non dichiarato).

Le modalità di pagamento del prezzo

Cioè se il prezzo debba essere corrisposto in denaro ovvero con altre e diverse modalità (ad esempio mediante *compensazione* con un debito che il *promittente venditore* ha contratto nei confronti del *promissario acquirente*: si pensi al caso, abbastanza ricorrente nella pratica, di Tizio che ha acquistato da Caio un'area edificabile, senza pagare il prezzo e contraendo pertanto un debito nei suoi confronti e che stipula un preliminare con il quale si obbliga a vendere a Caio stesso una porzione del fabbricato da realizzare sull'area venduta, il cui prezzo dovrà essere pagato da Caio mediante compensazione con il debito che Tizio ha nei suoi confronti per il pagamento dell'area).

I termini per il pagamento del prezzo

Ad esempio dovranno essere previsti i termini per il pagamento dei vari *acconti di prezzo*, se previsti, sino al pagamento previsto a saldo; il termine per il pagamento a saldo normalmente coincide col termine previsto per la stipula del definitivo; ma nulla esclude che:

- sia previsto per il pagamento a saldo *un termine anteriore* a quello del contratto definitivo (in questo caso particolarmente rilevante sarà il "*rischio*" cui

si esporrà il *promissario acquirente* per cui sarà necessario adottare le massime cautele al fine di garantirne le ragioni; in questo caso il ricorso alla trascrizione del preliminare appare più che opportuno)

- sia previsto per il pagamento a saldo *un termine posteriore* a quello del contratto definitivo, con obbligo per il promittente venditore di concedere, in sede di stipula del definitivo, al promissario acquirente la corrispondente dilazione di pagamento; in questo caso dovranno essere specificati i termini della dilazione post rogito definitivo (*in quante rate dovrà essere pagato il saldo e a quali scadenze, se debbono essere corrisposti interessi ed eventualmente in che misura*) e soprattutto dovranno essere indicate le garanzie che dovranno assistere tale dilazione di pagamento (*ipoteca legale, polizza fideiussoria, depositi cauzionali, ecc.*) salvo che il promittente venditore rinunci a qualsiasi garanzia.

L'indicazione delle somme eventualmente versate a titolo di caparra (39)

Si dovrà, in tale caso, precisare:

- se si tratta della *caparra confirmatoria* a sensi dell'art. 1385 c.c., *caparra da versarsi, per l'appunto al momento della stipula del contratto preliminare, e da valere come anticipo da imputare al prezzo, nel caso in cui venga stipulato il contratto definitivo, o da valere come "liquidazione" preventiva del risarcimento del danno nel caso di inadempimento con recesso dal contratto ad opera della parte non inadempiente,*
- ovvero se si tratta di *caparra penitenziale*, a sensi dell'art. 1386 c.c., *da versarsi sempre al momento della stipula del contratto preliminare qualora a favore di una o di entrambe le parti sia riconosciuto il diritto di recesso, e da valere come corrispettivo per il caso in cui tale diritto di recesso venga esercitato.*

Le modalità di esecuzione dei pagamenti

(A titolo di acconto, di caparra, di cauzione, o nel caso dei cd. preliminari ad effetti anticipati, dell'intero prezzo) di cui si è dato atto nel contratto preliminare.

Si rammenta che ai sensi dell'art. 35 comma 22 *legge 4 agosto 2006 n. 248 di conversione del D.L. 4 luglio 2006 n. 223* negli atti di cessione di immobili (*con esclusione, pertanto, dei preliminari, che hanno effetti obbligatori e non comportano "la cessione di immobili"*), anche se assoggettati ad I.V.A., le parti hanno l'obbligo, di rendere apposita DICHIARAZIONE SOSTITUTIVA di ATTO DI NOTORIETA' recante l'indicazione analitica delle modalità di pagamento del prezzo (*estremi degli assegni, dei bonifici bancari, dei versamenti in c/c bancario, ecc.*).

Benché la disposizione in commento non sia applicabile ai preliminari, tuttavia appare consigliabile, indicare anche in detti contratti le modalità di esecuzione dei pagamenti di cui viene dato atto (specie se di importo superiore ad €. 12.500,00), e ciò al fine:

- di "documentare" già nel preliminare le modalità di pagamento semplificando, in tal modo, l'attività di ricostruzione degli estremi di pagamento che dovrà essere fatta in occasione del rogito definitivo, in osservanza all'obbligo posto dall'art. 35 comma 22 legge 248/2006.
- di dare atto che i pagamenti (se superiori ad €. 12.500,00) sono avvenuti nel pieno rispetto della normativa vigente.

Si rammenta al riguardo:

- che a norma dell'art. 1 legge 197/1991 (cd. legge anticiclaggio) non sono consentiti pagamenti in contanti, mediante libretti di deposito bancari o postali al portatore o di titoli al portatore per importi superiori ad €. 12.500,00, mentre i vaglia postali e cambiari e gli assegni postali, bancari e circolari di importo superiore ad €. 12.500,00 devono recare la clausola di "non trasferibilità"; in caso di violazione di tali disposizioni, ferma restando l'efficacia degli atti compiuti, si applica una sanzione amministrativa pecuniaria dall'1 per cento al 40 per cento dell'importo trasferito;
- che il pagamento "con una somma notevole di denaro in contante" costituisce indicatore di anomalia che obbliga il Notaio a segnalare all'Ufficio Italiano Cambi l'operazione compiuta da considerarsi "sospetta" ai fini della vigente normativa "anticiclaggio".

Il pagamento del prezzo nel caso di "immobili da costruire" ex dlgs 122/2005

Se il preliminare ha per oggetto "immobili da costruire soggetti alla disciplina del dlgs 122/2005" il prezzo, se corrisposto in denaro, deve essere versato, secondo quanto prescritto dalla "norma di riferimento"(art. 6 succitato dlgs 122/2005), mediante *bonifici bancari o versamenti diretti su conti correnti bancari o postali indicati dalla parte promittente venditrice ed alla stessa intestati o con altre forme che siano comunque in grado di assicurare la prova certa dell'avvenuto pagamento*. Scopo di questa prescrizione è di "consentirne la successiva documentazione in caso di escussione della garanzia fideiussoria"; la "norma di riferimento" dispone, innanzitutto, che il prezzo debba essere versato mediante *bonifici bancari o versamenti diretti su conti correnti bancari o postali indicati dalla parte promittente venditrice ed alla stessa intestati*; non parla di pagamenti mediante *assegni bancari o circolari*, che costituiscono, in definitiva, le modalità di pagamento più diffuse e uti-

lizzate nella pratica. Ci si è chiesti pertanto se la norma in commento abbia voluto escludere i pagamenti mediante assegni o se un pagamento mediante assegno possa comunque rientrare nella previsione residuale della norma in commento, la dove ammette anche qualsiasi altra *forma che sia comunque in grado di assicurare la prova certa dell'avvenuto pagamento*. In sede di commento della "*norma di riferimento*" (40) si è avuto modo di precisare che gli assegni, lasciando una "*traccia bancaria*", possono comunque assicurare la prova dell'avvenuto pagamento. Certo, rispetto ad un bonifico o ad un versamento diretto su c/c intestato al venditore, la "ricostruzione" dei vari passaggi dell'assegno può risultare alquanto difficoltosa, dovendo essere coinvolto nell'attività di "recupero" dell'assegno a suo tempo emesso l'Istituto bancario interessato. Ma la complessità del procedimento non esclude la idoneità degli assegni a poter essere ancora utilizzati come mezzi di pagamento, anche in relazione alla fattispecie disciplinata dalla "*norma di riferimento*". Per evitare complicanze e difficoltà al promissario acquirente nel dimostrare l'avvenuto pagamento con assegno, potrebbe essere opportuno e consigliabile prevedere in contratto l'impegno del *promittente venditore* di consegnare al *promissario acquirente*, non appena incassato l'assegno, apposita ricevuta bancaria attestante l'avvenuto versamento dell'assegno stesso (da emettere a tal fine con la clausola "*non trasferibile*") nel c/c intestato al *promittente venditore*. E che gli assegni non siano mezzi "anonimi" di pagamento, ma bensì mezzi che consentono in ogni caso di risalire alle parti del rapporto, è confermato anche dalla normativa in tema di "*antiriciclaggio*", sopra ricordata, ai sensi della quale i pagamenti di somme superiori a €. 12.500,00 non possono essere effettuati se non tramite bonifico bancario o, per l'appunto, tramite *assegni circolari e/o bancari con la clausola non trasferibile*.

Lo "stato di diritto" dell'immobile

Nel preliminare, come anche espressamente prescritto nella "*norma di riferimento*", si deve dare atto dello "*stato di diritto*" in cui si trova l'immobile ossia se l'immobile da trasferire risulta gravato da iscrizioni ipotecarie o da trascrizioni pregiudizievoli in genere (*pignoramenti, sequestri, domande giudiziali, servitù passive, oneri o vincoli urbanistici, ecc.*)

E' interesse di entrambe le parti che tutto ciò risulti dal contratto preliminare; infatti:

- da un lato è *interesse del promittente venditore* dichiarare già nel preliminare tutte le formalità pregiudizievoli che gravano sull'immobile da trasferire e soprattutto specificare quali obblighi esso *promittente venditore* si assume in ordine alle formalità medesime, e ciò al fine di evitare contestazioni al riguardo ed azioni di tutela da parte del *promissario acquirente*, che di tali formalità

pregiudizievoli venga poi a conoscenza fuori dal preliminare;

- dall'altro è *interesse del promissario acquirente* conoscere, sin dalla data di stipula del contratto preliminare, quale sia la situazione dell'immobile, in ordine alle eventuali formalità pregiudizievoli, in quanto ciò può incidere sul proprio consenso alla stipula del preliminare o sulle condizioni pattuite per il trasferimento ed in relazione anche ai nuovi diritti riconosciuti al promissario acquirente, in tema di frazionamento del mutuo fondiario, *dall'art. 7 primo comma del dlgs 122/2005 (41)*.

Pertanto, tenuto anche conto di quanto prescritto al riguardo nella "*norma di riferimento*", nel caso l'immobile da trasferire sia gravato da ipoteche o trascrizioni pregiudizievoli, nel contratto vanno indicati:

- *gli estremi delle ipoteche iscritte (dati di iscrizione presso i RR.II., creditore a cui favore risulta iscritta l'ipoteca, titolo sulla cui base si è proceduto all'iscrizione, l'importo del credito garantito e dell'ipoteca iscritta)*
- *gli estremi delle trascrizioni pregiudizievoli di qualsiasi tipo (dati di trascrizione presso i RR.II., soggetto a cui favore risulta effettuata la trascrizione, titolo sulla cui base si è proceduto alla trascrizione, l'importo del credito per cui si procede, come ad esempio nel caso di pignoramento, contenuto della trascrizione e vincoli che ne derivano, come ad esempio nel caso di una servitù);*
- *gli estremi di eventuali atti d'obbligo e convenzioni urbanistiche e l'elencazione dei vincoli previsti (dati di trascrizione presso i RR.II., soggetto a cui favore risulta effettuata la trascrizione, titolo sulla cui base si è proceduto alla trascrizione, contenuto della trascrizione e vincoli che ne derivano, come ad esempio: l'obbligo di cessione di aree destinate a standards, i vincoli o le servitù di uso pubblico, i divieti di destinazione d'uso)*

Per avere l'esatta "fotografia" dello "*stato di diritto*" dei beni in vendita, si dovrà, pertanto, procedere, prima della redazione del preliminare, alle *visure presso i RR.II.*, al fine di poter rilevare oltre al titolo di provenienza che legittima il promittente venditore alla cessione dell'immobile anche le eventuali trascrizioni a favore e/o contro e le eventuali iscrizioni pregiudizievoli.

Nel preliminare debbono essere anche specificati gli obblighi che il promittente venditore assume a proprio carico in relazione alle iscrizioni ed alle trascrizioni pregiudizievoli *con la precisazione se tali obblighi debbano essere adempiuti prima o dopo la stipula del contratto definitivo di vendita: tipico è il caso degli impegni assunti dal promittente venditore di procedere al frazionamento del mutuo e della relativa garanzia ipotecaria, ovvero all'estinzione del mutuo in essere ed all'ottenimento dell'assenso alla cancellazione della relativa iscrizione ipotecaria prima o quanto meno contestualmente alla stipula del rogito definitivo; nel preliminare si dovrà; pertanto, indicare anche se tali impegni debbano essere adempiuti prima o*

dopo il contratto definitivo; *spesso la soluzione adottata nella pratica prevede parte di tali impegni da adempiere prima o contestualmente al rogito definitivo e parte invece da adempiere dopo il definitivo, come nel caso in cui venga previsto l'obbligo di estinguere il mutuo e di ottenere l'atto di assenso alla cancellazione dell'ipoteca contestualmente alla stipula del rogito definitivo e di procedere invece alla cancellazione formale dell'ipoteca subito dopo la stipula del rogito definitivo.*

Tale ultima prescrizione, qualora il preliminare abbia per oggetto *"immobili da costruire soggetti alla disciplina del dlgs 122/2005"*, va messa in stretta correlazione con quella di cui *all'art. 8 del decreto 122/2005 (42)*, con la conseguenza che, ricorrendo i presupposti di applicazione di tale ultima disposizione, al frazionamento del mutuo e della relativa garanzia ipotecaria o al perfezionamento dell'atto di assenso alla cancellazione *dell'ipoteca o di un eventuale pignoramento il promittente venditore dovrà necessariamente procedere prima o quanto meno contestualmente alla stipula dell'atto definitivo di compravendita.*

Si rammenta, al riguardo, che dal 2 febbraio 2007, in relazione alle modalità di estinzione e/o cancellazione di ipoteca, bisogna fare i conti anche con la norma *dell'art. 6 D.. 321 gennaio 2007 n. 7 che, come recita la rubrica, detta disposizioni per la "semplificazione nel procedimento di cancellazione dell'ipoteca nei mutui immobiliari"*. La norma, peraltro, non è chiara nella sua formulazione, tant'è che ne sono state proposte diverse letture; l'unica cosa certa è che detta disposizione si riferisce alle sole ipoteche iscritte a garanzia di mutui concessi da soggetti esercenti attività bancaria. Non trova applicazione per forme di finanziamento diverse dal mutuo (ad esempio aperture di credito in conto corrente) né per finanziamenti di ogni tipo (mutui compresi) concessi da soggetti diversi dalle banche (ad esempio una finanziaria o un istituto previdenziale concedente mutuo a favore di propri dipendenti).

Peraltro, anche se la norma in questione prevedesse un meccanismo *di cessazione "automatica" degli effetti dell'ipoteca* per il decorso del termine di trenta giorni dall'avvenuta estinzione del mutuo (lettura, peraltro, tutt'altro che scontata e condivisa solo da parte dei commentatori) , non sarebbe comunque invocabile:

- nel caso in cui fosse prevista l'estinzione del mutuo in essere contestualmente al rogito definitivo ed il *promissario acquirente* pretendesse (al fine, ad esempio, di poter accedere a sua volta ad un nuovo mutuo) quanto meno l'assenso alla cancellazione dell'ipoteca contestuale all'estinzione medesima (infatti per il prodursi dell'effetto automatico dovrebbero comunque trascorrere trenta giorni dall'estinzione, e salva la possibilità per la banca di chiedere, entro tale termine, ricorrendo giustificato motivo, la permanenza dell'ipoteca)
- nel caso in cui fosse prevista l'estinzione del mutuo in essere contestualmente al rogito definitivo ed il preliminare abbia per oggetto *"immobili da costruire*

soggetti alla disciplina del dlgs 122/2005", e ciò stante il disposto dell'art. 8 del decreto 122/2005, sopra ricordato, con la conseguenza che, ricorrendo i presupposti di applicazione di tale ultima disposizione, al perfezionamento dell'atto di assenso alla cancellazione dell'ipoteca il promittente venditore dovrà necessariamente procedere prima o quanto meno contestualmente alla stipula dell'atto definitivo di compravendita (anche in questo caso per il prodursi dell'effetto automatico dovrebbero comunque trascorrere trenta giorni dall'estinzione, contravvenendo al disposto dell'art. 8 dlgs 122/2005 succitato che richiede che il "titolo per la cancellazione" sia quanto meno contestuale all'atto di compravendita).

Ci si è chiesti al riguardo se, dopo la stipulazione del preliminare che contenga la descrizione puntuale delle iscrizioni e delle trascrizioni pregiudizievoli a quel momento in essere, *sia consentito alla parte promittente venditrice modificare la situazione "fotografata" nel contratto sottoscritto*. Potrebbe cioè il promittente venditore, dopo la stipula del preliminare, iscrivere ipoteche a carico dell'immobile promesso in vendita? o, ad esempio, costituire servitù passive? (ovviamente il problema si pone *per i preliminari non trascritti*, altrimenti, come sopra già ricordato eventuali iscrizioni e/o trascrizioni pregiudizievoli successivi alla trascrizione del preliminare non sarebbero comunque opponibili al *promissario acquirente* che trascriva il contratto definitivo entro un anno dalla data convenuta per detta stipula e comunque entro tre anni dalla trascrizione del preliminare)

Al quesito, proprio in sede di commento della "*norma di riferimento*" **(43)** si è risposto in senso affermativo, considerato che scopo di detta norma non è certo quello di "vincola re" le parti in maniera definitiva a quelle che sono le descrizioni contenute nel contratto, ma essenzialmente quello di assicurare al *promissario acquirente* una rappresentazione la più completa possibile di quello che è l'oggetto del contratto che è chiamato a sottoscrivere, nel momento in cui il contratto stesso viene sottoscritto, anche nell'interesse dello stesso *promittente venditore* a non vedersi sollevate contestazioni in futuro.

Ovviamente il *promittente venditore*, in relazione anche al disposto dell'art. 1375 c.c., *sarà tenuto a comunicare al promissario acquirente* queste variazioni, specificando anche in questo caso *gli obblighi* che lo stesso intende assumere in relazione alle iscrizioni ed alle trascrizioni pregiudizievoli "*postume*", con la precisazione se tali obblighi debbano essere *adempiti prima o dopo la stipula del contratto definitivo di vendita*.

Ovviamente, resta comunque ferma la possibilità per il promissario acquirente, di tutelarsi *con i rimedi offerti dall'ordinamento (in primis gli artt. 1482 e 1489 c.c.)* qualora l'immobile da trasferire risulti gravato da iscrizioni o trascrizioni pregiudizievoli di qualsiasi genere, non risultanti dal contratto preliminare stipulato.

La consegna del bene

Il preliminare sancisce l'obbligo di trasferire la proprietà dell'immobile che ne è oggetto; normalmente le parti, in sede di stipula di un preliminare, non prevedono, ma anzi escludono espressamente, la consegna del bene dal *promittente venditore* al *promissario acquirente*, stabilendo che tale consegna e l'immissione del promissario acquirente nel possesso del bene, avvenga solo al momento del rogito definitivo.

Ciò non toglie che sia possibile, *pur con le dovute cautele*, prevedere in un preliminare la contestuale consegna dell'immobile al *promissario acquirente*, con conseguente *anticipata immissione* del *promissario acquirente* nel possesso del bene stesso (non è mancato chi, in dottrina ed in giurisprudenza, ha preferito qualificare il rapporto tra bene e *promissario acquirente*, nascente dalla consegna anticipata, in termini di "detenzione" anziché di possesso, in quanto "l'esistenza di un titolo, ossia il preliminare, implica il riconoscimento dell'altruità della cosa").

La *consegna anticipata* del bene può essere motivata dalle ragioni più disparate: ricorrente, ad esempio, è il caso del promissario acquirente che intende eseguire prima del rogito definitivo lavori di straordinaria manutenzione o comunque di adeguamento in relazione alle proprie esigenze abitative o lavorative, nel qual caso la clausola di consegna immediata viene, di norma, accompagnata, anche dalla previsione dell'impegno del *promittente venditore* di sottoscrivere le necessarie istanze per la presentazione di progetti edilizi anche in relazione alla disciplina dettata in tema di denuncia inizio attività)

In dottrina e giurisprudenza ci si è chiesti se la *consegna anticipata* sia peraltro compatibile con la struttura del preliminare o se invece sia sintomo della volontà delle parti di porre in essere un contratto definitivo di compravendita (del quale, l'atto notarile che le parti si sono impegnate a stipulare in un secondo momento, avrebbe una funzione meramente *riproduttiva e/o ricognitiva* ai fini della trascrizione). Sul punto non sono emersi criteri oggettivi di giudizio: per la giurisprudenza, ad esempio, né la consegna anticipata del bene né il pagamento anticipato del prezzo sono di per sé elementi *univocamente significativi dell'intento di trasferimento immediato del bene* e come tali incompatibili con la funzione e la causa del contratto preliminare (Cass. 19.4.2000 n. 5132); tutto si fonda sulla ricostruzione della comune intenzione delle parti, ed in questa attività interpretativa ogni elemento di giudizio può essere utile al fine di stabilire, al di là delle reciproche obbligazioni assunte o del "*nomen iuris*" utilizzato per qualificare il contratto, se il consenso espresso dalle parti "*rileva come mero impegno a trasferire il bene*", qualificando il contratto stipulato come *preliminare*, ovvero se al contrario è invece "*rivolto al tra-*

sferimento immediato del bene", qualificando il contratto stipulato come *compravendita* (Cass. 18.4.2002 n. 5635). Pertanto tutto è rimesso all'attività dell'interprete.

Ovviamente nel redigere simili preliminari "*ad effetti anticipati*" bisogna prestare particolari attenzioni (specie se il preliminare viene utilizzato proprio in quelle situazioni nelle quali sarebbe vietato un atto di vendita ad effetti immediati). E' sconsigliabile, ad esempio, prevedere contestualmente ed in via anticipata *tutti gli effetti tipici* del definitivo (per cui se può prevedersi, con tutte le cautele del caso, la *consegna anticipata* del bene, magari evidenziandone le ragioni specifiche, è sconsigliabile prevedere anche, nello stesso contratto, *l'integrale pagamento del prezzo*: i due effetti previsti, contestualmente, nello stesso contratto, potrebbero condurre l'interprete a ritenere il *consenso delle parti* volto a perseguire il trasferimento immediato del bene e non a sancire un reciproco impegno al trasferimento)

Nessun problema, invece, nell'ammettere la possibilità di una previsione di "*consegna posticipata*" del bene rispetto alla data di stipula del rogito definitivo. Si pensi al caso, ad esempio, del *promissario acquirente* che deve intestarsi formalmente l'immobile entro una determinata data per non incappare nella decadenza da agevolazioni fiscali o per non perdere un credito d'imposta ed il *promittente venditore* che non è peraltro in grado di consegnare materialmente i beni al rogito avendo la necessità di occuparli per il tempo necessario ad ottenere a sua volta la disponibilità di altro immobile. In questo caso sarà necessario prevedere, già in occasione della stipula del preliminare, la facoltà del promittente venditore di riservarsi, al momento del rogito, la detenzione del bene, stabilendo:

- il termine di durata di tale detenzione *post rogito*
- eventuali sanzioni per il caso di consegna in ritardo rispetto al termine convenuto
- gli obblighi, a carico del *promittente venditore*, di mantenere in buono stato di manutenzione l'immobile durante la fase di detenzione *post rogito*
- se per tale *detenzione post rogito* il *promittente venditore* debba corrispondere o meno un compenso al *promissario acquirente*
- l'eventuale riserva del pagamento di parte del prezzo da parte del *promissario acquirente* alla avvenuta consegna materiale del bene e le eventuali garanzie a favore del *promittente venditore* per tale pagamento
- clausole tutte che dovranno, poi, essere riprodotte nel rogito definitivo

Le garanzie

Il venditore deve garantire l'acquirente:

dall'evizione della cosa con la conseguenza che:

- se l'acquirente subisce *l'evizione totale* (venendo così privato) dell'immobile per effetto dei diritti fatti valere da un terzo ha diritto al risarcimento del danno;
- se l'acquirente subisce *l'evizione parziale* (venendo così privato solo di parte) dell'immobile oppure se l'immobile venduto è gravato da oneri o da diritti reali o personali non apparenti che ne diminuiscano il libero godimento e non siano stati dichiarati in atto, lo stesso può chiedere la risoluzione del contratto ed il risarcimento del danno quando deve ritenersi che non avrebbe acquistato l'immobile senza la parte di cui è stato privato o se avesse conosciuto la presenza degli oneri e diritti di terzi, altrimenti può solo ottenere una riduzione del prezzo oltre al risarcimento del danno;

dai vizi della cosa che la rendano inidonea all'uso a cui è destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore con la conseguenza che, in presenza di vizi, l'acquirente potrà chiedere a sua scelta o la risoluzione del contratto ovvero la riduzione del prezzo, salvo sempre il diritto al risarcimento dei danni derivanti dai vizi della cosa. I vizi debbono essere denunciati entro 8 giorni dalla scoperta; la denuncia non è necessaria qualora il venditore ne abbia riconosciuto l'esistenza o li abbia occultati; l'azione si prescrive in un anno dalla consegna; la garanzia è *esclusa* se l'acquirente al momento del contratto conosceva i vizi o se i vizi erano facilmente riconoscibili (salvo che il venditore abbia dichiarato che la cosa era esente da vizi)

Le garanzie debbono essere prestate *in occasione del contratto traslativo* (art. 1476 primo comma n. 3 c.c.).

Tuttavia *già in sede di stipula del preliminare* è indispensabile far risultare l'esistenza di eventuali diritti di terzi sui beni da trasferire e/o l'esistenza di eventuali vizi e al riguardo prevedere:

- se il *promittente venditore* deve, prima della stipula del rogito, provvedere alla tacitazione e conseguente estinzione dei diritti dei terzi ed all'eliminazione dei vizi
- quali sono le conseguenze nel caso in cui il promittente venditore non provveda a tali incombenze prima del rogito (*risoluzione del preliminare, riduzione del prezzo, applicazione di una penale, ecc. ecc.*)
- le necessarie garanzie per il caso in cui si sia convenuto che il *promittente venditore* possa provvedere alla tacitazione e conseguente estinzione dei diritti dei terzi ed all'eliminazione dei vizi anche dopo la stipula del rogito;
- se invece il *promissario acquirente* è intenzionato a procedere comunque

all'acquisto del bene, pur in presenza dei diritti dei terzi o dei vizi dichiarati, della cui esistenza si è tenuto conto nella determinazione del prezzo e per i quali, pertanto, non verrà prestata garanzia dal *promittente venditore* in occasione del rogito definitivo.

Problematiche particolari: i beni di provenienza donativa

Particolare attenzione deve essere posta in occasione della redazione di un preliminare qualora il bene da trasferire sia pervenuto al *promittente venditore* in forza di un atto di donazione. Innanzitutto si fa presente che:

- il nostro ordinamento riserva a determinati soggetti (coniuge, figli ed ascendenti del defunto) cd. "*legittimari*" una quota di eredità cd. "*legittima*" della quale pertanto non possono essere privati per volontà del defunto (sia stata questa espressa in un testamento o "eseguita" in vita mediante donazioni);
- se un legittimario viene privato, in tutto od in parte, della sua quota di legittima, per effetto di una disposizione testamentaria o di donazione e/o donazioni poste in essere in vita dal defunto, lo stesso può far valere il proprio diritto all'ottenimento dell'intera quota di legittima mediante l'esperimento di un'apposita azione giudiziaria (la cd. "*azione di riduzione*"); tale azione peraltro è soggetta al *termine di prescrizione* di 10 anni; sulla decorrenza del termine decennale di prescrizione, peraltro, non vi sono identità di vedute: mentre per *l'orientamento prevalente in dottrina e giurisprudenza* detto termine decorrerebbe dalla data della morte e quindi dalla data di apertura della successione, non è mancato chi, sempre in dottrina e giurisprudenza, ha ritenuto che, ove debbano ridursi disposizioni testamentarie, detto termine decorrerebbe dalla pubblicazione del testamento olografo o segreto o dal momento della comunicazione dell'esistenza del testamento pubblico agli eredi o ai legatari. Da segnalare, peraltro, una recente sentenza della *Cassazione in Sezioni Unite* (sentenza 25 ottobre 2004 n. 20644) con la quale è stato sostanzialmente confermato l'orientamento prevalente per il caso di lesione della legittima determinato da donazione. Con tale sentenza infatti la Suprema Corte per il caso di azione di riduzione per "*lesione della legittima*" determinato da disposizioni testamentarie, ha ritenuto, da un lato, che il termine decennale di prescrizione decorre dalla data di accettazione dell'eredità da parte del chiamato in base a disposizioni testamentarie, dall'altro, peraltro, ha limitato tale principio al solo caso di lesione della legittima derivante da disposizioni testamentarie, in quanto il "*legittimario, fino a quando il chiamato in base al testamento non accetta l'eredità, rendendo attuale quella lesione di legittima che per effetto della disposizione testamentaria era solo potenziale, non sa-*

rebbe legittimato (per difetto di interesse) ad esperire l'azione di riduzione". Per il caso di lesione causata da donazioni la Suprema Corte, nella motivazione di detta sentenza, ha invece espressamente confermato l'orientamento tradizionale affermando che *"nel caso in cui la lesione derivi da donazioni è indubbio che tale termine decorre dalla data di apertura della successione, non essendo sufficiente il relictum a garantire al legittimario il soddisfacimento della quota di riserva";*

- alla azione di riduzione i legittimari possono peraltro rinunciare ma solo DOPO la morte del soggetto della cui eredità di tratta, e mai durante la sua vita; pertanto se un soggetto dispone di tutto il suo patrimonio in vita con più donazioni a favore solo di alcuni dei "legittimari", i legittimari che nulla hanno ricevuto, cd. *"legittimari pretermessi"*, o i legittimari che comunque hanno ricevuto beni di valore inferiore a quello della quota di legittima, cd. *"legittimari lesi"*, NON possono rinunciare all'azione di riduzione vivente il donante *né con dichiarazione espressa, né prestando il loro assenso alla donazione"* (così infatti dispone l'art. 557 secondo comma c.c.);
- *l'azione di riduzione* (in caso di lesione susseguente a donazione) va proposta nei confronti del donatario; la riduzione si fa separando dall'immobile donato la parte occorrente per integrare la quota riservata (o qualora tale separazione non sia possibile negli altri modi previsti dall'art. 560 c.c.); tuttavia se il donatario *ha alienato a terzi gli immobili donati*, il legittimario, *premessa l'escussione dei beni del donatario*, può chiedere ai successivi acquirenti la restituzione del bene; (la cd. *"azione di restituzione"*); l'azione di restituzione deve *"proporsi secondo l'ordine di data delle alienazioni cominciando dall'ultima"*. Tuttavia *"il terzo acquirente può liberarsi dall'obbligo di restituire in natura le cose donate pagando l'equivalente in denaro"* Tutto ciò è previsto espressamente dall'art. 563 c.c.

Sul punto è intervenuta la legge 14 maggio 2005 n. 80 di conversione del D.L. 14 marzo 2005 n. 35 (*in vigore dal 15 maggio 2005*), che ha innovato la disciplina dettata dal codice civile. La prima novità introdotta con la L. 80/2005 è quella secondo cui *l'azione di restituzione* può essere esperita dal legittimario leso o pretermesso solo se non sono *decorsi 20 anni dalla trascrizione della donazione*: quindi, qualora i 20 anni siano trascorsi, non vi è alcun rimedio per il legittimario, se il patrimonio del donatario è incapiente per soddisfare i crediti del legittimario stesso, vittorioso nell'azione di riduzione.

Lo stesso principio vale, in seguito alle innovazioni introdotte con la L. 80/2005, anche per *le ipoteche* e per ogni *altro peso* (si pensi ad esempio a un diritto di usufrutto) che il *donatario abbia iscritto o trascritto* sull'immobile donatogli: se l'azione di riduzione è domandata dopo 20 anni dalla trascrizione della donazio-

ne, le ipoteche e i pesi restano dunque efficaci, fermo però restando, *l'obbligo del donatario di compensare in denaro i legittimari in ragione del conseguente minor valore dei beni*, e sempre che la *domanda di riduzione* sia stata proposta entro il termine di 10 anni decorrente dalla data di apertura della successione (*secondo l'orientamento prevalente in tema di decorrenza del termine prescrizione*).

Altra novità introdotta dalla *legge 80/2005*, strettamente connessa a quelle sopra illustrate, concerne la possibilità *del coniuge e dei parenti in linea retta* del donante di opporsi alla donazione: i sopra citati termini di 20 anni sono sospesi (e quindi non decorrono) nei confronti del coniuge e dei parenti in linea retta del donante, qualora essi abbiano *notificato e trascritto, nei confronti del donatario e dei suoi aventi causa, un atto stragiudiziale di opposizione alla donazione*. La nuova norma precisa che questo diritto di opposizione non solo è personale, ma anche che detta opposizione *perde effetto* (quindi la sospensione cessa) *se non è rinnovata prima che siano trascorsi venti anni dalla sua trascrizione*. Al diritto di opposizione il *coniuge e i parenti in linea retta* del donante possono anche "*rinunciare*". Va sottolineato, peraltro, che questa *rinuncia al diritto di opposizione* (che serve a permettere il decorso del termine di 20 anni) *non comporta*:

- né *la rinuncia alla azione di riduzione*; resta infatti fermo il divieto di cui all'art. 557, co. 2 c.c., secondo cui i legittimari *non possono rinunciare all'azione di riduzione finché vive il donante, né con dichiarazione espressa, né prestando il loro assenso alla donazione*.
- né il venir meno della necessità di attendere, comunque, *20 anni* per essere sicuri che *l'azione di restituzione* non verrà esperita (cioè, la *rinuncia all'opposizione*, se non sospende il termine, *nemmeno tuttavia lo abolisce* facendo venir meno la possibilità di esercitare l'azione di restituzione);

In altri termini, anche dopo la riforma potrà ancora verificarsi la classica ipotesi del *legittimario non donatario* che intenderebbe consentire alla donazione, assicurando che non la impugnerà (ad esempio, mentre il padre dona al figlio A il figlio B vorrebbe – nel medesimo atto o in un atto separato – esplicitare il proprio consenso alla donazione): nell'atto di donazione il *legittimario non donatario* potrà *rinunciare al diritto di opporsi alla sospensione* del termine di 20 anni (il cui decorso, come detto, provoca una paralisi dell'azione di restituzione), ma non potrà certo formulare *rinuncia al futuro esperimento dell'azione di riduzione* (che resta sempre vietata) e nemmeno al futuro esperimento *dell'azione di restituzione* prima del decorso dei 20 anni (se prima di tale termine si verificano i presupposti per l'esperimento di tale azione).

Ci si è chiesti in dottrina se la nuova disciplina introdotta dalla *legge 80/2005* ed in particolare *il nuovo limite ventennale* per l'esperimento dell'azione di restituzione sia applicabile anche *alle donazioni poste in essere prima dell'entrata in vigo-*

re della legge (ossia prima del 15 maggio 2005). Al riguardo sono state proposte diverse opinioni:

- c'è chi ritiene la nuova disciplina applicabile solo ed esclusivamente alle donazioni stipulate dopo il 15 maggio 2005, ferma restando la disciplina precedente in tema di azione di restituzione per le donazioni anteriori;
- c'è chi, invece, ritiene applicabile la nuova disciplina anche alle donazioni stipulate prima del 15 maggio 2005, ma ritiene, anche, che il termine ventennale decorra non dalla data di stipula della donazione, bensì dalla data di entrata in vigore della nuova legge, dovendosi pur sempre riconoscere a coniuge e parenti in linea retta del donante la facoltà di fare opposizione, cosicché dette donazioni rimarrebbero al riparo da eventuali azioni di restituzione solo *dopo il 15 maggio 2025*;
- c'è chi, invece, ritiene applicabile la nuova disciplina, senza eccezioni e limitazioni, anche alle donazioni stipulate prima del 15 maggio 2005, con decorrenza del termine ventennale dalla data di trascrizione della donazione; in questo senso si sono espressi anche due studi approvati dalla Commissione studi Civilistici del C.N.N.: lo studio n. 5809/C del 21 luglio 2005 ("*L'atto di opposizione alla donazione (art. 563 comma 4 c.c.)*" estensore A. Busani) e lo studio n. 5859/C del 9 settembre 2005 ("*La provenienza donativa tra ragioni dei legittimari e ragioni della sicurezza degli acquisti*" estensore F. Tassinari); in quest'ultimo studio, in particolare si conclude affermando che "*per tutte le donazioni, sia anteriori sia successive all'entrata in vigore della legge n. 80 del 2005, la stabilità dei diritti dei terzi è pienamente tutelata una volta decorsi i venti anni dalla (trascrizione della) donazione stessa ..*"

Fatte queste premesse ne deriva che in occasione dell'acquisto di un immobile, e quindi sin dalla stipula del preliminare, in relazione a quanto anche ritenuto dalla *Cassazione*, come in appresso riportato, il *promissario acquirente* deve verificare se il proprio dante causa abbia acquisito il bene mediante donazione o se comunque nella "catena" dei trasferimenti che precedono l'acquisto del proprio dante causa vi sia comunque una donazione.

Se vi è una donazione bisogna distinguere a seconda:

A) *che il donante sia ancora vivente:*

in questo caso *l'azione di restituzione* potrà essere esercitata SOLO dopo la morte del donante medesimo, ed entro i successivi 10 anni da tale evento (*secondo l'orientamento prevalente in tema di decorrenza del termine prescrizione*), al verificarsi peraltro di tutte le seguenti condizioni:

A1) che il donante alla sua morte non abbia lasciato beni sufficienti a "coprire" la quota di legittima spettante a tutti i legittimari o non abbia comunque dispo-

sto con altre donazioni a favore degli altri legittimari, sicché *vi siano dei legittimari pretermessi o lesi nella quota di legittima*

A2) che verificandosi il caso di cui sub A1) i legittimari pretermessi o lesi intendano far valere le proprie ragioni mediante l'esperimento dell'azione di riduzione (l'azione non è "automatica" ma *richiede l'iniziativa di parte* e non è escluso che il soggetto interessato possa comunque rinunciare all'esperimento dell'azione, per i più disparati motivi, compreso ad esempio il raggiungimento di un accordo transattivo con gli altri eredi)

A3) il donatario, proprio dante causa, nel momento in cui verrà esercitata la azione di riduzione, non abbia nel proprio patrimonio beni sufficienti a soddisfare le ragioni dei legittimari pretermessi o lesi (infatti l'azione di restituzione verso terzi è *subordinata alla previa "escussione dei beni del donatario"* art. 563 primo comma)

A4) non siano già decorsi *20 anni* dalla data della trascrizione della donazione, salvo che sia intervenuta opposizione al decorso dei 20 anni da parte del coniuge o di parenti in linea retta (legge 80/2005) (con tutte le problematiche sopra evidenziate in ordine alla applicabilità o meno di detta disciplina anche alle donazioni stipulate anteriormente alla data del 15 maggio 2005)

E' evidente la difficoltà di gestire questa situazione in quanto al momento della stipula del preliminare (così come al momento del rogito definitivo) non è possibile valutare e verificare la sussistenza di circostanze, quali quelle cui è subordinata *l'azione di restituzione*, che si riferiscono ad *eventi futuri ed incerti* (il donante potrebbe vivere più o meno a lungo e comunque oltre o non più dei 20 vent'anni successivi alla trascrizione della donazione, il suo patrimonio come quello del donatario potrebbero in tale lasso di tempo subire anche rilevanti modificazioni, l'opposizione al decorso del ventennio potrebbe intervenire al diciannovesimo anno ecc. ecc.). Non esiste quindi una regola valida per tutte le situazioni, ma ogni caso dovrà essere oggetto di specifica valutazione.

Si pensi, ad esempio, ai seguenti casi:

- se il donatario è *egli stesso un legittimario*, e se lo stesso non abbia ricevuto altri beni con altra donazione, la restituzione riguarderà solo PARTE dell'immobile (e quindi del suo valore) (ossia quella parte necessaria per "reintegrare" la quota di legittima degli altri eredi che hanno agito in riduzione).
- nel caso di acquisto *dal costruttore di alloggio* costruito su area acquistata da soggetto che a sua volta l'aveva ricevuta per donazione (ipotesi tutt'altro che rara e che da luogo a non pochi problemi ogni qualvolta l'acquirente dell'alloggio richieda un mutuo bancario), l'eventuale azione di restituzione non riguarderà l'intero "valore" dell'abitazione ma bensì il solo valore del terreno, per la quota millesimale proporzionale riferibile all'abitazione, a sua volta, eventualmente, decurtato del valore riferibile alla quota di legittima del donata-

rio, se legittimario.

RIMEDI: non esistono rimedi giuridicamente convincenti per ovviare alla situazione sopra descritta; infatti con riguardo ai vari "rimedi" escogitati nella prassi (*risoluzione della donazione per mutuo dissenso, fideiussione a carico del donante e/o dei legittimari a favore dell'acquirente a garanzia dei danni derivanti dall'azione di restituzione, rinuncia, da parte dei legittimari all'azione stessa di restituzione, diversa dall'azione di riduzione irrinunciabile*) sono stati sollevati da più parti fondati dubbi di legittimità e pertanto la loro validità allo stato attuale appare quanto mai incerta. Solo nel caso di *mutuo*, è stato trovato come rimedio (indubbiamente valido) la garanzia fideiussoria assicurativa o bancaria (possibile in questo caso solo perchè la garanzia riguarda un periodo di tempo ben preciso ossia la durata del mutuo); a seguito dell'entrata in vigore della *legge 80/2005* potrebbe ora pensarsi, come possibile rimedio, ad una fideiussione bancaria e/o assicurativa sino allo scadere del ventennio dalla data dell'atto di donazione (*con tutte le problematiche sopra evidenziate in ordine alla applicabilità o meno di detta disciplina anche alle donazioni stipulate anteriormente alla data del 15 maggio 2005*) accompagnata dalla rinuncia all'opposizione del coniuge e dei parenti in linea retta del donante (*anche se non si potranno mai avere certezze che tali soggetti non eserciteranno ugualmente, entro il ventennio, l'azione di restituzione, verificandosene i presupposti, ovvero che tali soggetti non mutino nel corso del ventennio*); oltre alle criticità già evidenziate, tale rimedio, peraltro, presenta un altro punto debole di ordine pratico/economico, che lo renderà difficilmente proponibile sul piano operativo: l'elevato costo della polizza fideiussoria.

B) che il donante sia deceduto da meno di 10 anni:

in questo caso l'azione di restituzione potrà essere esercitata entro i 10 anni dalla morte del donante (*secondo l'orientamento prevalente in tema di decorrenza del termine prescrizione*) al verificarsi peraltro di tutte le condizioni sopra riportate sub A1), A2) e A3), A4).

Ovviamente a differenza che nel caso di cui sub A) in questo caso dovrebbe risultare più agevole verificare la ricorrenza o meno delle circostanze cui è subordinata l'azione di restituzione e di cui sub A1), A2) e A3) , che vanno riferite non più ad un evento futuro bensì ad una data certa (*la morte del donante*).

RIMEDI: in questo caso il rimedio giuridico esiste e consiste nella *rinuncia espressa* da parte di tutti i legittimari (a condizione di conoscere tutti i legittimari esistenti) alla azione di riduzione o quanto meno alla azione di restituzione verso terzi ex art. 563 c.c., rinuncia valida e possibile dopo la morte del donante.

C) che il donante sia deceduto da più di 10 anni:

in questo caso il diritto ad agire in riduzione deve ritenersi prescritto, *secondo l'orientamento prevalente in tema di decorrenza del termine prescrizione, confermato anche dalle Sezioni Unite della Cassazione, come sopra ricordato*, per cui non vi dovrebbe essere più alcun rischio, neppure minimo, per l'acquirente, in quanto l'azione di riduzione e quindi anche l'azione di restituzione *non potranno più essere esercitate*. Pertanto se entro i dieci anni dalla morte del donante *non è stata trascritta la domanda di riduzione (art. 2652 n. 8) c.c.)* l'acquirente potrà acquistare l'immobile senza alcun timore sempre *secondo l'orientamento prevalente in tema di decorrenza del termine prescrizione*.

D) che siano decorsi più di 20 anni dalla data della donazione:

a prescindere dalla circostanza che il donante sia ancora vivente o sia già deceduto, se non vi è stata entro i 20 anni dalla data di trascrizione della donazione opposizione da parte del coniuge o di parenti in linea retta, *l'azione di restituzione NON POTRÀ più essere esercitata* e pertanto in questo caso non vi è più alcun rischio, neppure minimo, per l'acquirente, in quanto benché l'azione di riduzione possa ancora essere esercitata nei confronti del donatario, l'azione di restituzione nei confronti dei terzi acquirenti, invece, non potrà più essere fatta valere. Tutto ciò vale senza alcuna ombra di dubbio *per le donazioni poste in essere dopo il 15 maggio 2005*. Per le donazioni poste in essere *prima di tale data*, in vece, non è scontato che valgano le medesime conclusioni, ed al riguardo certezze non se ne possono dare, stante la mancanza di una disciplina transitoria contenuta nella legge 80/2005 che chiarisca in maniera inequivocabile il regime applicabile alle donazioni anteriori, la mancanza ancora di un orientamento giurisprudenziale in materia e la presenza di opinioni contrastanti circa l'applicabilità della nuova disciplina anche alle donazioni anteriori (come sopra ricordato)

In conclusione si può affermare che un rischio per l'acquirente, nei casi sub A) e sub B) esiste, ma che è anche un *rischio "potenziale"* in quanto non è detto che la presenza di una donazione determini di per sé una rivendica del bene da parte di terzi. Tant'è vero la Cassazione (*sent. 17.3.1994 n. 2541*) ha ritenuto inapplicabile nel caso di specie l'art. 1481 c.c. in quanto tale norma presuppone che *"il pericolo di evizione sia effettivo e cioè non meramente presuntivo o putativo, ove esso non può risolversi in un mero timore soggettivo che l'evizione possa verificarsi"* con la conseguenza che *"il semplice fatto che un bene immobile provenga da donazione e possa essere teoricamente oggetto di una futura azione di riduzione per lesione di legittima, esclude di per sé che esista un pericolo effettivo di rivendica e che il compratore possa sospendere il pagamento o pretendere la prestazione di una garanzia"* Per lo stesso motivo in giurisprudenza si è ritenuto ingiustificato anche *"il rifiuto del promissario acquirente a stipulare il contratto definitivo di compravendi-*

ta, qualora a suo fondamento venga posta la provenienza a titolo di donazione dell'immobile oggetto del preliminare..... Rifiuto che a detta della giurisprudenza è ingiustificato anche perché "nel caso in esame non si è neppure verificato il presupposto per l'azione restitutoria ex art. 563 c.c., in quanto non vi è un erede, il quale, ritenendo lesa la legittima in conseguenza della donazione, abbia esercitato l'azione di riduzione e manifestato l'intenzione di proporre, per la probabilità della vana escussione dei beni del donatario, anche l'azione di restituzione nei confronti degli aventi causa del donatario. Questa giurisprudenza ha pertanto concluso nel senso che il rifiuto di addivenire alla stipula del contratto definitivo di compravendita concretizza un inadempimento che presenta i requisiti di importanza tali da giustificare la risoluzione del contratto preliminare e la ritenzione della caparra da parte del promittente venditore.

Proprio alla luce di questa sentenza della *Cassazione*, riferita al rifiuto alla stipula del definitivo opposto dal promissario acquirente venuto a conoscenza della provenienza donativa dopo la sottoscrizione del preliminare, appare evidente l'importanza di far sempre ed in ogni risultare il titolo di provenienza dal contratto preliminare, e nel caso in cui tale titolo consista in una donazione, anche di far assumere al promittente venditore l'impegno a prestare, nel rogito definitivo, specifica garanzia per evizione in relazione alla suddetta provenienza donativa.

Problematiche particolari: le prelazioni

Particolare attenzione deve essere posta quando oggetto di un contratto preliminare sia un immobile soggetto a prelazione.

La *prelazione* consiste in un rapporto di fonte contrattuale (nel caso di *prelazione convenzionale*) o di fonte normativa (nel caso di *prelazione legale*) tra due soggetti: un soggetto che definiremo "*obbligato*" ed un altro soggetto che definiremo "*beneficiario*", in forza del quale l'*obbligato*, qualora intenda procedere alla conclusione di un negozio giuridico, deve darne preventiva comunicazione al *beneficiario*, che ha diritto di essere preferito nella conclusione del negozio

Nel caso di *vendita di immobili*, la prelazione consiste nell'*obbligo di preferire a parità di condizioni il beneficiario* nella conclusione del contratto di alienazione della proprietà dell'immobile cui la prelazione si riferisce.

Con riguardo ai vincoli che possono discendere da una prelazione si osserva:

- che dalla prelazione nascono a carico dell'*obbligato* due obbligazioni in relazione al comportamento da tenere:
 - una *positiva*: l'*obbligato* è tenuto a comunicare al beneficiario la propria intenzione ad alienare il bene (cd. "*denuntiatio*")

– una *negativa* (l'obbligato non può alienare il bene a terzi sino a che il beneficiario non abbia dichiarato di voler esercitare il proprio diritto di prelazione e quindi concludere lui il contratto con l'obbligato a parità di condizioni)

- che la prelazione *limita solo le modalità* di esercizio del potere di alienazione del soggetto obbligato

- che *la prelazione, pertanto, non pregiudica la libertà* dell'obbligato di decidere se alienare o meno il bene

- che *la prelazione non pregiudica, inoltre, le facoltà dell'obbligato di godimento del bene*

Bisogna distinguere tra "*prelazioni convenzionali*" e "*prelazioni legali*" diverse essendone l'efficacia e le forme di tutela.

La prelazione convenzionale

E' rimessa alla libera scelta delle parti, trattandosi di vero e proprio patto contrattuale rientrante nella libera autonomia delle parti; non esiste nell'ordinamento alcuna norma specifica che disciplini la prelazione convenzionale, tuttavia la stessa è generalmente ammessa in quanto diretta a realizzare interessi meritevoli di tutela (art. 1332 c.c.)

Il patto di prelazione può consistere:

– in un *patto accessorio* inserito nell'ambito di un contratto (ad esempio in una compravendita Tizio vende a Caio un immobile col diritto ad essere preferito nell'acquisto a parità di condizioni quando Caio intenda rivenderlo)

– in un *contratto autonomo* (sia a titolo oneroso che a titolo gratuito).

Si ritiene che la prelazione convenzionale debba essere contenuta entro precisi *limiti di tempo* (alcuni ritengono che il termine applicabile sia in applicazione analogica dell'art. 1566 c.c. dettato in tema di somministrazione quello di 5 anni); non manca chi *esclude la necessità di un termine* massimo di durata trattandosi di un patto che non "*ostacola*" né "*impedisce*" la alienazione del bene andando ad incidere solo sulle modalità di alienazione (contrariamente a quanto avviene invece per il *divieto di alienazione* che limita la libertà contrattuale dell'obbligato con la conseguenza che deve essere mantenuto entro convenienti limiti di tempo così come previsto *dall'art. 1379 c.c.*). Né può trovare applicazione l'art. 1566 c.c. perché questa disposizione (relativa al contratto di somministrazione) si basa sul limite temporale al divieto di concorrenza valido per la somministrazione ma non per la prelazione in generale (in questo senso *Cass. 28 luglio 1983 n. 55213 e Cass. 13 maggio 1982 n. 3009*)

Il patto di *prelazione convenzionale* ha *efficacia puramente obbligatoria* limitata tra le parti e non produce effetto rispetto ai terzi, secondo la disposizione gene-

rale in tema di efficacia dei contratti *di cui all'art. 1372 c.c.*

L'eventuale contratto stipulato tra *obbligato* e terzo in dispregio del diritto di *prelazione convenzionale* del *beneficiario* è pertanto *valido ed efficace*, ed il *beneficiario* potrà agire solo per il *risarcimento dei danni* subiti; non trovano pertanto applicazione né l'istituto del *riscatto* (che può discendere solo dalla legge) né l'istituto dell'*esecuzione in forma specifica* di cui all'art. 2932 c.c. (in quanto il bene non può essere trasferito dall'obbligato che lo ha ormai alienato né dal terzo acquirente che come detto non è soggetto a riscatto; in questo senso vedasi *Cass. 20 giugno 1986 n. 4116 e Cass. 12 aprile 1999 n. 3571*).

Nella *redazione di un preliminare* la *prelazione convenzionale* può venire in considerazione sotto un duplice profilo:

- quale *patto già sottoscritto* dal "*promittente venditore*" nei confronti di un terzo, con la conseguenza che benché la violazione del patto stesso non determini la invalidità dell'atto di vendita, né tanto meno la invalidità del preliminare, tuttavia potrebbe esporre il *promittente venditore* stesso all'azione di risarcimento da parte del *beneficiario* (a volte, per meglio garantire il rispetto dei patti di prelazione si convengono *penali* molto elevate a carico dell'inadempiente). Da segnalare che anche il *promissario acquirente* potrebbe essere coinvolto nell'azione di risarcimento: infatti non sono mancate pronunce giurisprudenziali (*vedi ad esempio Cass. Sez. Unite 12 novembre 1988 n. 6132*) che hanno accordato tutela aquiliana al titolare di un diritto di credito non solo verso il debitore ma anche verso il terzo che con quest'ultimo abbia concorso nell'inadempimento, sia pure nei soli casi in cui questi abbia agito con dolo o colpa;
- quale *patto, invece, da inserire nello stipulando contratto definitivo* (nel caso, ad esempio, in cui il venditore, nell'alienare un immobile, intenda comunque riservarsi il diritto ad essere preferito nell'acquisto a parità di condizioni qualora l'acquirente intendesse rivenderlo o intenda prevedere tale diritto a favore di terzi). In questo caso si dovrà già prevedere, *nel contratto preliminare*, l'obbligo per il *promissario acquirente* di riconoscere, in occasione della stipula del rogito definitivo, tale diritto di prelazione a favore del promittente venditore o dei terzi dallo stesso indicati (che pertanto beneficerebbero del diritto che verrà loro riconosciuto nei termini di cui all'art. 1411 c.c.)

Le prelezioni legali

Manca nel nostro ordinamento una disciplina generale ed organica della *prelazione legale* tale di regolamentare in maniera uniforme tutte le diverse fattispecie; esistono infatti *ipotesi tipizzate* dal Codice Civile e dalla legislazione speciale in un panorama generale che appare assai complesso

Le prelazioni legali, al contrario delle prelazioni convenzionali, hanno *efficacia "reale"* e pertanto sono opponibili ai terzi; conseguentemente il *beneficiario*, nel caso in cui venga alienato un bene in dispregio della prelazione legale, ha il diritto di ottenere il *riscatto del bene alienato* e quindi di acquisire il bene stesso ai danni del terzo acquirente. Normalmente è fissato *un termine perentorio* entro il quale deve essere esercitata la prelazione, e ciò a pena di decadenza. Il termine (che varia a seconda delle diverse tipologie di prelazione legale) decorre dalla avvenuta comunicazione al *beneficiario* della volontà dell'*obbligato* di alienare il bene cui la prelazione inserisce (la cd. "*denuntiatio*"): la *denuntatio*, pertanto, è l'atto con il quale l'*obbligato* concretizza il suo obbligo di *preferire* il *beneficiario* portando a conoscenza di questi la sua volontà di concludere il contratto e le condizioni del medesimo. La comunicazione che l'*obbligato* deve fare deve riguardare la *proposta nella sua completezza* contenendo gli elementi essenziali del contratto da concludere. Sulla *natura giuridica* della *denuntiatio* vi sono tre teorie:

1. *Proposta contrattuale*: per alcuni trattasi di una vera e propria proposta contrattuale irrevocabile con conseguente automatica conclusione del contratto se segue l'accettazione da parte del beneficiario

2. *Atto di interpellanza*: per altri ancora si tratta di un semplice atto di interpellanza in esecuzione dell'obbligo di comunicazione che grava sull'obbligato, ma che non vincolerebbe l'obbligato alla conclusione del contratto, rimanendo questo libero di decidere se concludere o meno il contratto o addirittura di formulare una nuova interpellanza variando alcune condizioni del contratto.

3. *Comunicazione vincolante*: per altri (ed è questa la ricostruzione che appare preferibile) trattasi di atto non formale di adempimento di un obbligo di comunicazione, contenente tutte le condizioni del contratto da stipulare, peraltro vincolante per l'obbligato con la conseguenza che nel caso di accettazione da parte del beneficiario, pur non avendosi la conclusione automatica del contratto, tuttavia sorge un vincolo legale per entrambe le parti (e quindi anche per l'obbligato) di addivenire entro un preciso termine alla stipulazione del previsto contratto. In questo senso si è pure espressa (con riguardo specifico alla prelazione urbana) *la Cassazione Sezione Unite con sentenza 4 dicembre 1989 n. 5359*).

Forma e modalità della *denuntiatio* sono diverse per la prelazione agraria e la prelazione urbana (nulla dice la normativa invece per la prelazione ereditaria ex art. 732 c.c.).

Nella *prelazione agraria* la *denuntiatio* coincide con lo stesso *preliminare*, che a tale fine deve contenere "*la clausola per l'eventualità della prelazione*" e deve essere trasmesso mediante lettera raccomandata al beneficiario e/o ai beneficiari.

Nella *prelazione urbana* la *denuntiatio* va effettuata con atto (*non necessariamente il preliminare*) contenente il prezzo e le altre condizioni, da notificare al

beneficiario a mezzo ufficiale Giudiziario.

Da segnalare che la *giurisprudenza* ammette anche forme equipollenti rispetto a quelle previste dalle disposizioni normative per la *denuntiatio*. Adirittura in tema di prelazione agraria è stata ritenuta valida anche la comunicazione orale (Cass. 27 gennaio 1999 n. 723 e Cass. 17 gennaio 2001 n. 577)

Qualora l'*obbligato* proceda alla alienazione del bene in violazione del diritto di prelazione spettante al *beneficiario* ossia:

- per aver totalmente omesso la *denuntiatio*,
- per non aver rispettato il *termine* assegnato al beneficiario per l'esercizio della prelazione,
- per aver concluso il contratto di cessione a condizioni diverse da quelle indicate nella *denuntiatio*,

il beneficiario può reagire, agendo contro il terzo acquirente al fine di ottenere il "riscatto" del bene venduto. Anche per l'esercizio del riscatto è previsto, *normalmente*, un termine perentorio, che viene fatto decorrere dalla trascrizione dell'atto di cessione (ossia dal momento in cui il contratto è posto nelle condizioni di essere conosciuto dai terzi).

Nel *caso di preliminare* avente per oggetto un immobile soggetto a *prelazione legale*, sarà, pertanto, necessario :

- far risultare dall'atto stesso l'esistenza della *prelazione*
- fissare termini e modalità per l'adempimento da parte del *promittente venditore* dell'obbligo di comunicare al beneficiario "*la denuntiatio*"
- assoggettare il preliminare alla *condizione sospensiva* del mancato esercizio nel termine di legge del diritto di prelazione da parte del "*beneficiario*"
- prevedere la *stipula del definitivo* dopo il verificarsi della condizione sospensiva cui è subordinato il preliminare

Le parti, infatti, debbono essere ben consapevoli della circostanza che il trasferimento immobiliare tra gli stessi concordato potrebbe non perfezionarsi, causa l'esercizio del diritto di prelazione da parte del *beneficiario*.

Si è molto discusso in dottrina ed in giurisprudenza sulla validità della *rinuncia preventiva alla prelazione* da parte del *beneficiario*; al riguardo vi sono due tesi contrapposte:

- *c'è chi esclude tale possibilità* in quanto non sarebbe possibile rinunciare ad un diritto (quale la prelazione), che in mancanza della *denuntiatio*, non è ancora sorto (in questo senso in tema di prelazione agraria Cass. 29 settembre 1995 n. 10272);
- *c'è chi invece ammette (e questa sembra la soluzione preferibile) tale possibilità*, in quanto il diritto di prelazione necessariamente preesiste alla *denuntia-*

tio e può, pertanto, aversi rinuncia alla prelazione solo prima della *denuntiatio*, in quanto la rinuncia successiva in realtà meglio si configura come rifiuto della proposta ricevuta (in questo senso in tema di prelazione agraria *Cass. 26 gennaio 1995 n. 936*).

Chi ammette la rinuncia preventiva, ne subordina, peraltro, la validità, alla circostanza che la stessa risulti da *dichiarazione sottoscritta dal beneficiario* nella quale siano indicati tutti gli elementi essenziali del contratto (*l'esatta identificazione del bene, l'indicazione del prezzo e delle modalità di pagamento, l'indicazione degli acquirenti, quest'ultima, peraltro, ritenuta necessaria per la prelazione agraria ma non per la prelazione urbana, ecc.*).

La rinuncia preventiva potrà pertanto risultare:

- *da documento scritto*, recante tutti gli elementi dello stipulando contratto di compravendita, debitamente sottoscritto dal beneficiario (della cui esistenza sarà necessario dar conto nel contratto preliminare)
- ovvero da *dichiarazione resa dal beneficiario* e contenuta nello stesso contratto preliminare, che dovrà, pertanto a tal fine essere sottoscritto anche dal beneficiario (si rammenta, al riguardo, che la giurisprudenza ha escluso *che l'art. 23 legge 11/1971*, che nega validità a rinunce che hanno per oggetto diritti dell'affittuario ove non concluse avanti al giudice o con l'assistenza delle associazioni sindacali, trovi applicazione alle rinunce del diritto di prelazione in quanto trattasi di diritto che non nasce dal contratto di affitto ma che viene invece attribuito da una norma di legge; vedi *Cass. 14 febbraio 1986 n. 896*).

La prelazione agraria

La prelazione agraria riguarda le alienazioni di fondi rustici o comunque di terreni agricoli. Per consentire l'esercizio della prelazione da parte dei *beneficiari*, la legge (*art.8 legge 26.5.1965 n. 590*) impone al venditore di procedere alla "*denuntiatio*" mediante trasmissione, con lettera raccomandata, del *preliminare di compravendita*, nel quale debbono essere indicati il nome dell'acquirente, il prezzo, le altre clausole pattuite e la clausola per l'eventualità della prelazione. La prelazione deve essere esercitata nei successivi trenta giorni. In caso di violazione il riscatto può essere richiesto entro un anno dalla trascrizione presso l'acquirente o altro successivo avente causa (in caso di esercizio della prelazione il *beneficiario* deve pagare il prezzo entro 3 mesi decorrenti dal 30mo giorno successivo alla notifica *dell'obbligato*. E' consentita la sospensione del termine in caso di richiesta di mutuo agrario).

Pertanto nella redazione di *un contratto preliminare* avente per oggetto fondi rustici o comunque terreni agricoli dovrà essere attentamente verificata la sussistenza o meno della prelazione agraria.

Innanzitutto deve essere verificata la sussistenza della prelazione agraria *sotto il profilo soggettivo*, ossia deve essere accertata la sussistenza di soggetti cui possa eventualmente spettare il diritto di prelazione: al riguardo si rammenta che la prelazione agraria spetta:

- ai *conduttori coltivatori diretti*, che conducono il fondo in vendita in forza di contratti di affitto, mezzadria, colonia parziaria, compartecipazione) (*art.8 legge 26.5.1965 n. 590 (44)*) (*ad essi sono preferiti, se coltivatori diretti, i coeredi del venditore*)
- ai *coltivatori diretti proprietari di terreno confinante* con quello offerto in vendita purché sullo stesso non siano insediati mezzadri, coloni, affittuari, compartecipanti o enfiteuti coltivatori diretti (*art. 7 legge 14.8.1971 n. 817 (45)*).

Deve pertanto trattarsi, in entrambi i casi, di *coltivatori diretti*, ossia di soggetti *che direttamente ed abitualmente si dedicano alla coltivazione dei fondi ed all'allevamento del bestiame* (secondo la definizione di cui all'art. 31 succitata legge 590/1965). Si fa presente, al riguardo, che la giurisprudenza ha molto dilatato l'ambito dei soggetti qualificabili come "*coltivatori diretti*" ai fini dell'esercizio del diritto di prelazione, comprendendovi non solo i soggetti che traggono dall'attività di coltivazione e di allevamento la totalità o la parte preponderante del proprio reddito ma anche coloro che pur traendo la maggior parte del loro reddito da altre attività, comunque svolgano un'attività di coltivazione dei fondi o di allevamento del bestiame in forma diretta e con carattere di abitualità (intesa in senso di non occasionalità), di stabilità e continuità, anche destinando i prodotti di tale loro attività "secondaria" all'autoconsumo (in questo senso *Cass. 18.1.1983 n. 475 e Cass. 4.9.1985 n. 4605*). Si pensi al caso dell'operaio che terminati i turni di lavoro di dedica all'attività di coltivazione ed allevamento. E' evidente come, alla luce di questa interpretazione, appaia particolarmente "*insidiosa*", ogni qualvolta si debba trasferire un terreno agricolo, la posizione dei *confinanti "coltivatori diretti"*.

- La presenza di conduttori *o confinanti coltivatori diretti* non è di per sé sufficiente per la sussistenza della prelazione; è necessario, inoltre, che questi soggetti:
 - *coltivino* il fondo in vendita (nel caso dei conduttori) ovvero il fondo posto a confine con quello in vendita (nel caso dei confinanti) *da almeno 2 anni*;
 - *non abbiano venduto* altri fondi rustici nel biennio precedente;
 - dispongano, *unitamente alla propria famiglia*, di una *capacità lavorativa* non inferiore ad un terzo di quella occorrente per la normale necessità della coltivazione del fondo e per l'allevamento ed il governo del bestiame, tenendo conto oltre che del fondo in vendita anche dei fondi già posseduti.

Anche in questo caso non si può non osservare come, mentre le prime due condizioni siano oggettivamente accertabili, la terza, invece, consista in una circo-

stanza di ardua accertabilità per chi sia chiamato a redigere un preliminare, dipendendo da un giudizio di merito difficilmente esperibile al di fuori di un giudizio.

Sempre per quanto concerne il "*profilo soggettivo*" si rammenta, inoltre, che l'art. 2, terzo comma, del dlgs 29 marzo 2004 n. 99 modificato dal dlgs 27 maggio 2005 n. 101, stabilisce che la prelazione agraria sia del soggetto insediato sul fondo sia del confinante "spetta anche alla *società agricola di persone* qualora almeno la metà dei soci sia in possesso della qualifica di coltivatore diretto, come risultante dall'iscrizione nella sezione speciale del registro delle imprese di cui all'articolo 2188 e seguenti del codice civile".

In secondo luogo deve essere verificata la sussistenza della prelazione agraria *sotto il profilo oggettivo*, ossia deve essere verificato se l'immobile da trasferire possa essere qualificato come "*fondo rustico*" ai fini dell'esercizio della prelazione

Al riguardo si rammenta che la prelazione è esclusa (*per espressa previsione dell'art. 8 legge 590/1965*) per terreni che in base a PRG, anche se solo adottati con delibera del Consiglio Comunale e quindi non ancora approvati, siano destinati ad utilizzazione edilizia, industriale o turistica. In giurisprudenza si è ritenuto di escludere la prelazione anche nel caso di vendita di fondo solo in parte a destinazione edilizia, industriale o turistica, anche se in questo caso l'esclusione deve essere limitata alla sola porzione a destinazione non agricola (*Cass. 12.4.2000 n. 4569*). Nel caso di terreni "a confine" particolare importanza assume il giudizio sull'effettiva sussistenza di quella "*contiguità tra i fondi*" che determina l'insorgenza del diritto di prelazione.

- Sul punto si sono opposte due tesi contrapposte:
- la tesi della *cd. contiguità materiale* per la quale necessita l'effettiva vicinanza fisica dei fondi, che sarebbe pregiudicata dall'esistenza di ostacoli e "fratture" naturali (*una strada comunale, una strada vicinale, un canale demaniale, ecc.*)
- la tesi della *cd. contiguità funzionale* per la quale ciò che conta è l'idoneità dei fondi a costituire un'unica entità produttiva a prescindere da un'effettiva unione fisica dei fondi
- Sulla questione si è dovuta pronunciare la Cassazione in Sezioni Unite (sentenza 25.3.1988 n. 2582) che ha risolto il conflitto *sposando* la tesi della *contiguità materiale* **(46)**.

Particolare attenzione deve essere posta nella redazione di un preliminare avente per oggetto un terreno o fondo agricolo, soggetto a prelazione agraria, in relazione alla possibilità di inserire o meno la *clausola per persona da nominare*. Infatti giurisprudenza costante, nel caso di *prelazione spettante al conduttore coltivatore diretto*, ritiene che il *contratto preliminare stipulato nella forma di contratto per persona da nominare*, per l'incertezza che comporta in ordine al soggetto acquiren-

te e per il disorientamento che provoca nel coltivatore, al quale non vengano prospettati elementi sicuri ed immutabili, *non può essere utilmente adottato per espletare l'obbligo di comunicazione di cui all'art. 8 legge 590/1965*, e che pertanto per la validità della *denuntiatio* è in questo caso necessaria l'indicazione del nome dell'acquirente (*vedi ad esempio Cass. 6 agosto 1984 n. 4630, Cass. 25 gennaio 1991 n. 751*). Diverso è invece l'orientamento assunto dalla giurisprudenza per il caso di *prelazione spettante al confinante coltivatore diretto*: in questo caso essendo irrilevante per il confinante che ad acquistare il terreno o fondo in vendita sia un soggetto diverso da quello indicato nel preliminare, *il contratto preliminare stipulato nella forma di contratto per persona da nominare, può essere utilmente adottato per espletare l'obbligo di comunicazione di cui all'art. 8 legge 590/1965*; si è infatti avuto modo di osservare che mentre il conduttore coltivatore diretto del fondo ha interesse a conoscere sin dal momento della *denuntiatio* il nome dell'acquirente onde poter valutare l'opportunità di esercitare il diritto di prelazione con riferimento alle qualità dello stesso, identico interesse non ha invece il proprietario coltivatore diretto del fondo confinante, in quanto per effetto del mancato esercizio della prelazione egli non subentra in alcun rapporto giuridico con il nuovo proprietario (*vedi Cass. 14 febbraio 1987 n. 1651; Cass. 19 maggio 2003 n. 7768*).

La prelazione urbana

La prelazione urbana riguarda le alienazioni di unità commerciali o abitative (ricorrendo le condizioni di cui in appresso) oggetto di un contratto di locazione. Per consentire l'esercizio della prelazione da parte dei *beneficiari*, la legge (*art. 38 legge 27 luglio 1978 n. 392*) **(47)** impone al venditore di procedere alla "*denuntiatio*" mediante atto (non necessariamente l'eventuale *preliminare* che fosse stato stipulato), nel quale debbono essere indicati il corrispettivo, da quantificare in ogni caso in denaro, le altre condizioni alle quali la compravendita dovrebbe essere conclusa, e l'invito ad esercitare o meno la prelazione, atto da *notificare* al beneficiario a mezzo Ufficiale Giudiziario. La prelazione deve essere esercitata nei successivi sessanta giorni (in caso di esercizio della prelazione il *beneficiario* deve pagare il prezzo entro *trenta giorni* decorrenti dal 60mo giorno successivo alla notifica *dell'obbligato*, contestualmente alla stipulazione del contratto di compravendita o del contratto preliminare). In caso di violazione il riscatto può essere richiesto entro sei mesi dalla trascrizione presso l'acquirente o altro successivo avente causa (*art. 39 citata legge 392/1978*) **(48)**

Pertanto nella redazione di *un contratto preliminare* avente per oggetto unità commerciali o abitative locate a terzi dovrà essere attentamente verificata la sussistenza o meno della prelazione urbana.

Innanzitutto deve essere verificata la sussistenza della prelazione *sotto il pro-*

filo soggettivo, ossia deve essere accertata la sussistenza di soggetti cui possa eventualmente spettare il diritto di prelazione: al riguardo si rammenta che la prelazione urbana spetta al *conduttore* che detenga l'immobile in forza di valido contratto in corso al momento in cui l'immobile viene alienato; al riguardo si fa presente che la giurisprudenza ha escluso che il diritto di prelazione possa competere al soggetto che permanga, una volta cessato il rapporto di locazione, nella detenzione non qualificata dell'immobile (*Cass. 17.10.1997 n. 10174*); per la giurisprudenza in caso di sublocazione il diritto di prelazione spetta al subconduttore e non all'originario conduttore (*in questo senso Cass. 18.3.2003 n. 3996*);

In secondo luogo deve essere verificata la sussistenza della prelazione *sotto il profilo oggettivo*, ossia deve essere verificato se l'immobile da trasferire possa dar luogo all'esercizio della prelazione. Al riguardo si rammenta che la *prelazione urbana* riguarda esclusivamente i seguenti immobili:

- gli immobili *ad uso non abitativo utilizzati per lo svolgimento di attività che comportino contatti diretti con il pubblico degli utenti e dei consumatori*, con esclusione peraltro:

- di quelli destinati all'esercizio di attività professionali,
- di quelli destinati all'esercizio di attività di carattere transitorio,
- degli immobili complementari o interni a stazioni ferroviarie, porti, aeroporti, aree di servizio stradali o autostradali, alberghi e villaggi turistici

(si tratta della cd. "*prelazione urbana commerciale*")

- gli immobili *ad uso abitativo* a condizione che:

- siano stati locati con contratto di locazione stipulato ai sensi della legge 9 dicembre 1998 n. 431 (i cd. *contratti di locazione con "patti in deroga"*) ;
- che il contratto di locazione sia giunto alla sua *prima scadenza*
- che il conduttore si sia avvalso *della facoltà*, riconosciutagli *dall'art. 3 suddetta legge 431/1998 (49), primo comma lett. g)*, di *diniego del rinnovo del contratto*, dandone comunicazione al conduttore con preavviso di almeno sei mesi; - che il mancato rinnovo sia motivato dall'intenzione del locatore di *vendere l'immobile a terzi* e lo stesso non abbia la proprietà di altri immobili ad uso abitativo oltre a quello eventualmente adibito a propria abitazione.

Solo ricorrendo tutte queste condizioni al conduttore spetterà il diritto di prelazione (si tratta della cd. "*prelazione urbana abitativa*")

Si rammenta che non possono essere oggetto di contratti stipulati ai sensi

della *legge 431/1998* i seguenti immobili, per i quali non si porrà neppure un problema di possibile eventuale sussistenza del diritto di prelazione a favore del conduttore:

- gli *immobili vincolati* ai sensi del dlgs 42/2004;
- gli immobili inclusi nelle categorie catastali A/1 (abitazioni di tipo signorile), A/8 (ville) e A/9 (castelli e palazzi di preminenti pregi artistici e storici)
- gli alloggi di *edilizia residenziale pubblica*, ai quali si applica la relativa normativa vigente, statale e regionale;
- gli alloggi locati esclusivamente per *finalità turistiche*.

Sia alla "*prelazione urbana commerciale*" che alla "*prelazione urbana abitativa*" si applica la disciplina relativa alle modalità di effettuazione della *denuntiatio*, di esercizio della prelazione e di esercizio del riscatto dettata dagli artt. 38 e 39 *legge 392/1978* sopra illustrata.

L'art. 38 *legge 392/1978* esclude espressamente la prelazione:

- *nel caso di cessioni a favore di coerede a sensi dell'art. 732 c.c.*
- *nel caso di cessione a favore del coniuge o di altri parenti entro il secondo grado.*

Si fa inoltre presente che la giurisprudenza ha escluso la sussistenza della prelazione urbana commerciale nel caso della *cd. "vendita in blocco"* quando cioè l'unità commerciale oggetto del rapporto di locazione costituisca una porzione dell'intero edificio che viene venduto; mancherebbe in questo caso l'assoluta coincidenza oggettiva tra immobile locato e immobile venduto e quindi mancherebbe il presupposto indefettibile per il riconoscimento del diritto di prelazione **(50)**. Al fine, peraltro, di evitare facili elusioni della normativa in termini di prelazione commerciale, la giurisprudenza è giunta a distinguere la *cd. "vendita cumulativa"*, che non esclude la prelazione dalla *cd. "vendita in blocco"* che invece fa venir meno il diritto di prelazione.

Si è in presenza di una "*vendita cumulativa*" quando il complesso immobiliare venduto risulti costituito da *una pluralità di unità immobiliari che conservino peraltro la loro autonomia giuridica e strutturale* (si pensi al caso della vendita di un negozio al piano terra unitamente ad un appartamento al secondo piano dello stesso edificio); in questo caso non si è in presenza di un contratto avente per oggetto un unico oggetto (l'intero complesso immobiliare considerato unitariamente) bensì *di un contratto ad "oggetto plurimo"* e, pertanto, troverà applicazione, con riguardo all'unità commerciale locata, il diritto di prelazione.

Si è invece in presenza di una "*vendita in blocco*" quando il complesso immobiliare venduto risulti costituito da *una pluralità di unità immobiliari* in rapporto di stretto *coordinamento strutturale e funzionale*, si da perdere, ciascuna, la propria

autonomia giuridica e strutturale, riducendosi a meri fattori o elementi immobiliari di un'entità più ampia, diversa, sotto il profilo economico, dalla "sommatoria" dei singoli elementi che la compongono. In questo caso mancando la corrispondenza tra bene venduto e bene locato viene meno anche la *prelazione* **(51)**.

In occasione della redazione di un preliminare per la vendita di un compendio immobiliare, ricomprensivo anche un'unità commerciale oggetto di locazione, dovrà essere, pertanto, accertata l'esatta qualificazione dell'operazione proposta se in termini di *vendita in blocco* ovvero in termini di *vendita cumulativa*, stante le differenti conseguenze in ordine alla sussistenza della prelazione. Non si nasconde come il più delle volte tale accertamento sia tutt'altro che risolutivo, potendo sussistere obiettive incertezze circa la sussistenza o meno della prelazione commerciale.

La prelazione ereditaria

La prelazione ereditaria riguarda le alienazioni di *quote indivise di immobili di provenienza ereditaria* sempreché:

- detti immobili costituiscano *gli unici beni* dell'asse ereditario
- il *promittente venditore* non sia l'unico erede
- il *promissario acquirente* non sia uno dei coeredi

Per consentire l'esercizio della prelazione da parte dei *coeredi beneficiari*, la legge (*art. 732 c.c. (52)*) impone al venditore di procedere alla "*notifica della proposta di alienazione*". La norma, peraltro, non prescrive particolari forme e modalità per la "*denuntiatio*"; si ritiene che la *denuntiatio* debba avere comunque forma scritta e detta contenere tutti gli elementi essenziali del contratto (in primis l'indicazione del corrispettivo e delle modalità di pagamento). La norma, inoltre, parla solo di "*notificazione*" ma non precisa le modalità con cui va fatta la comunicazione e non precisa nemmeno se la notificazione vada fatta con semplice lettera raccomandata come, ad esempio, per la "*prelazione agraria*" o mediante Ufficiale Giudiziario come, invece, per la "*prelazione urbana*"; deve ritenersi ammissibile, pertanto, qualsiasi modalità di trasmissione che consenta di fornire la prova dell'avvenuta comunicazione all'avente diritto. La prelazione deve essere esercitata nei successivi due mesi. In caso di violazione il *riscatto* può essere richiesto *finché dura lo stato di comunione ereditaria*. Si ritiene che l'esercizio di tale diritto di riscatto sia comunque soggetto *al termine ordinario di prescrizione* decennale (in questo senso *Cass. 23.1.1988 n. 519*)

Pertanto nella redazione di *un contratto preliminare* avente per oggetto quote indivise di beni di provenienza ereditaria dovrà essere attentamente verificata la sussistenza o meno della prelazione ereditaria.

Innanzitutto deve essere verificata la sussistenza della prelazione *sotto il profilo soggettivo*, ossia deve essere accertata la sussistenza di soggetti cui possa e-

ventualmente spettare il diritto di prelazione: al riguardo si rammenta che la prelazione ereditaria spetta esclusivamente *ai coeredi*; in giurisprudenza si è ritenuto tale diritto *intransmissibile* ai successori del coerede: il diritto di prelazione ex art. 732 c.c. pertanto *non compete agli eredi dei coeredi* (Cass. 13.7.1983 n. 4777)

In secondo luogo deve essere verificata la sussistenza della prelazione *sotto il profilo oggettivo*, ossia deve essere verificato se il diritto da trasferire possa dar luogo all'esercizio della prelazione. Al riguardo si rammenta che si ha *prelazione* solo quando un coerede *trasferisca la propria quota o frazione di essa* e non quando trasferisca singoli beni. Non da luogo, pertanto, alla prelazione la alienazione di una quota relativa ad uno dei vari beni che compongono l'asse ereditario. A dire la verità si discute se addirittura sia possibile una simile alienazione. Al riguardo sono state avanzate varie tesi:

- secondo un orientamento il singolo coerede non può considerarsi titolare di una quota di comproprietà su ciascun cespite ereditario, ma soltanto di una quota riferita all'intera massa ereditaria, con la conseguenza che deve essere negata la possibilità stessa di compiere atti di disposizione della quota su singolo bene ereditario;

- secondo un altro orientamento invece il singolo coerede va considerato titolare di una quota di comproprietà su ciascun cespite ereditario, con la conseguenza che lo stesso potrà liberamente compiere atti di disposizione della quota su singolo bene ereditario;

- in giurisprudenza, pur seguendo quest'ultimo orientamento, si è ritenuto che la vendita di un bene, facente parte di una comunione ereditaria, da parte di uno solo dei coeredi, produce sempre e solamente effetti obbligatori, in quanto la sua efficacia rimane subordinata all'assegnazione, in sede di divisione, di quel bene al coerede alienante; pertanto fino a tale assegnazione il bene continua a fare parte della comunione ereditaria, non potendo l'acquirente acquistare la proprietà esclusiva dello stesso (vedi Cass. 1 luglio 2002 n. 9543); in dottrina peraltro non è mancato chi invece ha riconosciuto a detta vendita immediato effetto traslativo **(53)**.

Alla luce delle considerazioni che precedono, *di diritto di prelazione ereditaria*, si potrà parlare solo quando l'immobile, la cui quota venga alienata, *costituisca l'unico bene dell'asse ereditario*; sorge, in questo caso, una presunzione circa l'intervenuta cessione della *quota ereditaria*. Non manca peraltro chi esclude che anche in questo caso si possa ancora parlare di cessione di quota ereditaria, in quanto, nel momento in cui il cespite, la cui quota ideale viene alienata, si riduce ad essere *l'unico bene rimasto in comune* tra i coeredi (a seguito di divisione parziale o di alienazione degli altri beni) *la comunione ereditaria* si trasformerebbe *in comunione ordinaria*.

Problematiche particolari: i beni culturali

Particolare attenzione deve essere posta anche quando oggetto di un preliminare di compravendita sia un immobile soggetto a *vincolo culturale* di cui al *decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 (cd. "Codice dei beni culturali e del paesaggio")*.

La circolazione di tali beni, infatti, non è libera. Al riguardo oltre all'esistenza del vincolo ha rilevanza anche la qualifica del soggetto che ne è proprietario.

Infatti bisogna distinguere tra:

a) beni culturali appartenenti *a soggetto di diritto pubblico o a persona giuridica priva di scopo di lucro*;

b) beni culturali appartenenti a soggetto *persona fisica oppure a società*.

Nel primo caso (*ipotesi sub a*) la vendita del bene culturale richiede il doppio momento della *preventiva autorizzazione* alla cessione e del procedimento di *prelazione*;

Nel secondo caso (*ipotesi sub b*) non si richiede la preventiva autorizzazione, ma occorre osservare *esclusivamente le norme sulla prelazione*.

In pratica, nel caso di alienazione di un bene soggetto a vincolo culturale, bisogna tenere conto:

- della necessità della *preventiva autorizzazione* alla vendita (*nella sola ipotesi sub a*)

- dell'obbligo della *denuncia* dell'avvenuta alienazione (*nelle ipotesi sub a*) e *sub b*)

- del diritto di *prelazione* spettante allo Stato, alla Regione, alla provincia ed al Comune (*nelle ipotesi sub a*) e *sub b*)

L'Autorizzazione

Come sopra già ricordato, l'autorizzazione è *prevista per l'alienazione di un bene culturale qualora* titolare del bene sia un ente pubblico o una persona giuridica senza scopo di lucro. *Pertanto non sono soggetti ad autorizzazione i beni culturali appartenenti a persona fisica oppure a società o altro ente diverso dalle persone giuridiche senza scopo di lucro*.

L'autorizzazione deve precedere la stipula dell'atto di compravendita. Pertanto non necessita la preventiva *autorizzazione* per il perfezionamento del preliminare di vendita **(54)**. *Nel preliminare*, ovviamente si dovrà dare atto che *la stipula del rogito definitivo è subordinata* al preventivo rilascio *dell'autorizzazione*. Competente a concedere *l'autorizzazione* è il Ministero per i beni culturali ed ambientali.

La Denuncia

La denuncia è prevista *in ogni caso di vendita di bene culturale, a chiunque detto bene appartenga, ed ha lo scopo da un lato di informare l'autorità sulle vicende circolatorie del bene e dall'altro di instaurare il procedimento di prelazione. Nella sostanza la denuncia assolve la stessa funzione che la denuntiatio assolve in tutte le fattispecie di prelazione legale, fermo restando, peraltro, che nel caso dei beni culturali la denuncia deve essere effettuata dopo la stipula del contratto traslativo (nelle altre fattispecie di prelazioni legali la denuntiatio deve precedere il compimento dell'atto traslativo) . Nessun obbligo di denuncia invece è previsto per il preliminare, non comportando lo stesso alcun trasferimento di beni o diritti. Nel preliminare, invece, si dovrà dare atto che il bene oggetto di trasferimento è soggetto a vincolo culturale e che, pertanto, il "promittente venditore" è tenuto entro i trenta giorni successivi alla stipula del rogito definitivo a presentare la prescritta denuncia al soprintendente del luogo ove si trovano i beni culturali. La denuncia dovrà contenere:*

- i dati identificativi delle parti e la sottoscrizione delle medesime o dei loro rappresentanti legali;
- i dati identificativi del bene;
- l'indicazione del luogo ove si trovano i beni;
- l'indicazione della natura e delle condizioni dell'atto di trasferimento;
- l'indicazione del domicilio in Italia delle parti ai fini delle eventuali comunicazioni prescritte.

Il Diritto di prelazione

L'esercizio della prelazione presuppone il perfezionamento dell'atto traslativo e quindi può intervenire *solo dopo la stipula dell'atto di compravendita* (nelle altre prelazioni legali, invece, l'esercizio della prelazione precede il compimento dell'atto traslativo; dopo il trasferimento al beneficiario spetta il diritto di riscatto) . La prelazione oltre che allo Stato spetta anche alla Regione, alla Provincia ed al Comune nei cui rispettivi ambiti si trova l'immobile venduto.

Nessun diritto di prelazione, pertanto sorge per effetto della stipula del contratto *preliminare* per la vendita di un *bene culturale*. *Nel preliminare*, peraltro, si dovrà dare atto (oltre che della circostanza che il bene oggetto di trasferimento è soggetto a vincolo culturale e che, pertanto, il "*promittente venditore*" è tenuto entro i trenta giorni successivi alla stipula del rogito definitivo a presentare la prescritta denuncia, come sopra già ricordato) anche che:

- allo Stato ed agli enti territoriali spetta *il diritto di prelazione* da esercitarsi entro i sessanta giorni successivi alla ricezione della *denuncia*
- che nel caso in cui la *denuncia venisse omessa o presentata tardivamente* op-

pure risultasse incompleta, *la prelazione* potrà essere esercitata nel termine di *centottanta giorni* dal momento in cui il Ministero ha ricevuto la denuncia tardiva o ha comunque acquisito tutti gli elementi costitutivi della stessa.

- che *in pendenza del termine* concesso allo Stato, alla regione ed agli altri enti territoriali per l'esercizio del *diritto di prelazione*, l'atto di compravendita stipulato tra le parti in esecuzione del preliminare stesso, *rimarrà condizionato sospensivamente all'esercizio della prelazione* e *al promittente venditore* sarà vietato di effettuare la consegna dell'immobile.

Le parti, infatti, debbono essere ben conscie della circostanza che il trasferimento immobiliare tra gli stessi perfezionato potrebbe essere "*neutralizzato*" ed essere messo nel nulla, causa l'esercizio *del diritto di prelazione* da parte dello Stato o degli altri Enti territoriali, e che, comunque il *promissario acquirente* non potrà essere immesso nel possesso del bene dal momento della stipula del rogito definitivo dovendo necessariamente attendere lo spirare del termine concesso per l'esercizio della prelazione.

Si rammenta, inoltre, che tutto quanto sopra riportato non vale per i beni assoggettati al *c.d. vincolo indiretto*, ora previsto *dall'art. 45 del dlgs 42/2004 (già art. 21 legge 1089/1939)*. Tale articolo dispone che "*il Ministero ha facoltà di prescrivere le distanze, le misure e le altre norme dirette ad evitare che sia messa in pericolo l'integrità dei beni culturali immobili, ne sia danneggiata la prospettiva o la luce o ne siano alterate le condizioni di ambiente e di decoro*".

Il bene assoggettato a vincolo indiretto per avvantaggiare un *bene culturale* che sta nelle vicinanze *non è mai per se stesso bene culturale* e pertanto esso non è assoggettato, ove venduto a terzi, né ad autorizzazione preventiva, né a denuncia, né ovviamente a prelazione. Il vincolo, pertanto, non riguarda mai aspetti negoziali sul bene, ma soltanto aspetti di ordine edilizio che siano suscettibili di danneggiare il bene culturale ubicato nelle vicinanze.

Problematiche particolari: i beni di E.R.P.

In relazione ai ritrasferimenti di alloggi di Edilizia residenziale pubblica (ovvero delle vendite di alloggi a suo tempo assegnati da Enti pubblici nell'ambito dei programmi di dismissione del patrimonio di Edilizia sovvenzionata ovvero assegnati o ceduti da soggetti attuatori di programmi di edilizia convenzionata e agevolata) un ruolo particolarmente rilevante assume proprio il *contratto preliminare*.

Assai frequentemente, in tale settore, ci si imbatte in molteplici *divieti di alienazione* o comunque in *limiti alla commerciabilità* degli alloggi a suo tempo assegnati o ceduti.

In giurisprudenza, infatti, si è consolidata l'opinione (specie con riguardo agli

alloggi di edilizia sovvenzionata) secondo la quale sarebbero comunque esclusi dagli eventuali divieti di alienazione i contratti preliminari nei quali sia prevista la stipula del rogito definitivo dopo la scadenza del divieto, in quanto contratti aventi esclusivamente effetti obbligatori e non reali (in questo senso in giurisprudenza Cass. 17 febbraio 1986 n. 940 - Cass. 30 novembre 1988 n. 6506 - Cass. 21 marzo 1989 n. 1408) e ciò anche se il preliminare preveda l'anticipata attribuzione del possesso dell'immobile (Cass. 7 luglio 2000 n. 9106)

E' stato invece ritenuto nullo il contratto di vendita nel quale sia previsto il differimento degli effetti al momento in cui scade il divieto (in questo senso Cass. 3 novembre 1978 n. 4998 che distingue tra preliminare, consentito e vendita a termine, vietata; conforme anche Cass. 28.11.1998 n. 12113)

Da segnalare, ancora, che si è ritenuto nullo un preliminare "ad effetti anticipati" nel quale pur prevedendo la stipula dell'atto di compravendita dopo la scadenza di un determinato termine era stata data immediata esecuzione a tutte le prestazioni tipiche del contratto definitivo (immissione dell'acquirente nel possesso, pagamento integrale del prezzo, ecc.) così da far qualificare il contratto stipulato come un contratto di compravendita ad effetti immediati (in questo senso Cass. 3 febbraio 1998 n. 1043 e Cass. 5 settembre 2003 n. 12941)

Pertanto se il proprietario di un alloggio di edilizia residenziale pubblica (per il quale sussistano divieti di alienazione o altri limiti alla commerciabilità variamente sanzionati) si è accordato con una terza persona per la cessione a suo favore di detto alloggio, l'unico strumento a disposizione delle parti per fissare i termini del loro accordo, senza incorrere nelle sanzioni (nullità, risoluzione, decadenza o altre previste dalla legge o dalla convenzione) è costituito dal preliminare di compravendita nel quale sia prevista la stipula del rogito definitivo dopo la scadenza del divieto (e maggiore, in questo caso, sarà la tutela della parti, se si tratterà di un preliminare trascritto).

Ma quando un alloggio di edilizia residenziale pubblica è soggetto a divieto di alienazione o a limiti alla circolazione, rendendo così indispensabile il ricorso al preliminare?

Passiamo in rassegna le varie fattispecie, distinguendo tra alloggi di edilizia sovvenzionata, alloggi di edilizia convenzionata e alloggi di edilizia agevolata.

Edilizia sovvenzionata

Si tratta degli alloggi acquisiti, costruiti o recuperati direttamente dallo Stato o da Enti Pubblici per soddisfare i bisogni soprattutto dei ceti meno abbienti. Bisogna distinguere a seconda che si tratti:

- di alloggi trasferiti a seguito di locazione con patto di futura vendita: in questo caso l'assegnatario, una volta acquisita la proprietà per effetto del riscatto, può

trasferire l'alloggio senza alcun limite temporale o vincolo di sorta in quanto l'acquisto della proprietà (presupposto per il ritrasferimento a terzi) non può avvenire se non dopo la conclusione del rapporto di locazione (per il quale è prevista una durata minima, per l'ipotesi di riscatto anticipato, di dieci anni); da segnalare che in giurisprudenza si è ritenuto valido anche il *preliminare* stipulato con effetto dal momento in cui l'assegnatario con patto di riscatto divenga proprietario (*Cassazione 13 marzo 1982 n. 1654*).

- di *alloggi trasferiti ai sensi del D.P.R. 17 gennaio 1959 n. 2, della legge 14 febbraio 1963 n. 60, del D.P.R. 30 dicembre 1972 n. 1035*: per tali alloggi è previsto un *divieto di alienazione* a carico dell'assegnatario *per la durata di anni 10* per le cessioni disciplinate dal *D.P.R. 2/59 e dalla Legge 60/63* e per la *durata di anni 15* per le cessioni disciplinate dal *D.P.R. 1035/72* (il *D.P.R. 2/59* prevede il divieto solo nel caso di pagamento in unica soluzione e non anche nel caso di *pagamento rateale* in quanto, in quest'ultimo caso, stante la riserva di proprietà per l'Ente cedente, non vi è alcuna possibilità di alienazione per l'assegnatario); la violazione del *divieto di alienazione* è sanzionata con la nullità del contratto (in forma espressa dal *D.P.R. 2/59 e dalla Legge 60/63*; si è ritenuto comunque nullo l'atto di cessione anche nel caso degli alloggi di cui al *D.P.R. 2/59* e ciò in applicazione dell'art. 1418 c.c.; in questo senso vedi *Cass. 5.5.1989 n. 2129*).

- di *alloggi trasferiti ai sensi della legge 8 agosto 1977 n. 513*: per tali alloggi è previsto a carico dell'assegnatario, un *divieto di alienazione* per i 10 anni successivi alla stipulazione del contratto (o in caso di pagamento rateale fino all'integrale pagamento del prezzo); la violazione del *divieto di alienazione* è espressamente sanzionata con la nullità del contratto. Una volta scaduto tale divieto è previsto per il caso di alienazione il *diritto di prelazione* per l'*I.A.C.P. (ora A.T.E.R.)* competente per territorio, che può acquistare l'alloggio ad un prezzo pari a quello di cessione rivalutato in base all'indice ISTAT. La norma in tema di prelazione prevede inoltre:

- l'obbligo della comunicazione *all'I.A.C.P. (ora A.T.E.R.)* dell'intenzione di alienare (senza specificare la forma e le modalità di detta comunicazione)
- l'obbligo dell'Istituto di esercitare la prelazione entro 60 giorni dal ricevimento della comunicazione
- la *nullità* delle pattuizioni stipulate in violazione della norma (quindi non è previsto il riscatto, come nelle altre prelazioni legali, ma bensì la nullità del contratto)

- di *alloggi trasferiti ai sensi della legge 24 dicembre 1993 n. 560*: per tali alloggi è previsto a carico dell'assegnatario, un *divieto di alienazione* per i 10 anni successivi alla registrazione del contratto (o in caso di pagamento rateale fino all'integrale pagamento del prezzo); per la violazione del *divieto di alienazione* non è

prevista alcuna specifica sanzione: tuttavia si è ritenuto *nullo* l'atto di cessione posto in essere in violazione di detto divieto e ciò in applicazione dell'art. 1418 c.c.

Una volta scaduto tale divieto è previsto per il caso di vendita il *diritto di prelazione* per l'*I.A.C.P. (ora A.T.E.R.)* competente per territorio.

Le dismissioni del patrimonio immobiliare degli enti previdenziali

Nell'ambito dei programmi di dismissione del patrimonio immobiliare degli enti previdenziali, bisogna distinguere a seconda che si tratti:

- *di alloggi trasferiti ai sensi del Decreto legislativo 16 febbraio 1996, n. 104*: per questi alloggi è previsto un *divieto di alienazione dell'alloggio* per dieci anni a partire dalla data della stipula del contratto, *salvo che si verificano incrementi del nucleo familiare di almeno due unità ovvero si verifichi il trasferimento dello stesso in comune distante più di 50 chilometri da quello di ubicazione dell'immobile*; la disposizione in commento non prevede espressamente la nullità nell'ipotesi di rivendita infradecennale del bene, al di fuori dei casi in cui tale vendita è consentita, ma evidentemente, trattandosi di norma imperativa, si deve ritenere che *la sua violazione comporti inevitabilmente la nullità* dell'atto posto in essere.

- *di alloggi trasferiti ai sensi del D.L. 25 settembre 2001, n. 351, convertito con legge 23 novembre 2001, n. 410*: per questi alloggi è previsto un *divieto di alienazione dell'alloggio* per cinque anni a partire dalla data della stipula del contratto, *senza eccezioni di sorta*;

La violazione del *divieto di alienazione* è espressamente sanzionata con la nullità del contratto.

Edilizia convenzionata

Si tratta degli alloggi realizzati in aree ricomprese nell'ambito dei *Piani di Edilizia Economica Popolare (P.E.E.P.)* in forza di una collaborazione tra Amministrazione Pubblica e privati, sancita in una convenzione (disciplinata dall'art. 35 *legge 22 ottobre 1971 n. 865*) dalla quale deriva una serie reciproca di diritti e doveri. Al riguardo bisogna distinguere a seconda che si tratti:

- *di alloggi realizzati su area P.E.E.P. acquisita in piena proprietà*: per questi alloggi l'*art. 35 della legge 865/1971*, nel suo testo originario, *in vigore sino al 15 marzo 1992* (data di entrata in vigore della *legge 17 febbraio 1992 n. 179*) prevedeva una serie di divieti di alienazione, la cui inosservanza era sancita con la *NULLITA'* degli atti di alienazione:

- entro i *10 anni dal rilascio del certificato di abitabilità*: divieto di alienazione assoluto, a qualunque titolo
- tra i *10 anni e i 20 anni dal rilascio del certificato di abitabilità*:

divieto di alienazione relativo (era cioè possibile solo l'alienazione a favore di soggetti aventi determinati requisiti soggettivi a prezzo fissato dall'Ufficio Tecnico Erariale).

- trascorsi *20 anni dal rilascio del certificato di abitabilità*: cedibilità a chiunque con obbligo peraltro di corrispondere al Comune il maggior valore dell'area rispetto alla data di acquisto, secondo valutazione da parte dell'ufficio Tecnico Erariale.

Tutti i suddetti divieti di alienazione *sono stati abrogati* con effetto dal *15 marzo 1992* dall'art. 23 comma 2 della Legge 17 febbraio 1992 n. 179; peraltro operando la disposizione abrogativa a far data dal 15 marzo 1992, sull'efficacia e la portata dell'abrogazione dei divieti di alienazione con riguardo specifico agli atti aventi per oggetto alloggi costruiti su aree assegnate con convenzione stipulata *prima del 15 marzo 1992* (e quindi nel vigore dei divieti di alienazione) si sono formate due opinioni divergenti:

a) c'è chi ritiene che gli atti aventi per oggetto tali alloggi continuino ad essere disciplinati da tutta la disciplina in vigore prima del 15 marzo 1992, in quanto per individuare la disciplina applicabile bisogna fare riferimento non tanto alla data in cui interviene la alienazione *bensì alla data in cui è stata stipulata la convenzione*, fonte della disciplina di tutti i rapporti che direttamente o indirettamente ne discendono, con la conseguenza che anche ad atti di alienazione di alloggi realizzati su aree PEEP *stipulati dopo il 15 marzo 1992*, se realizzati su aree acquisite con convenzione stipulata prima di tale data, *continuano ad applicarsi i divieti di alienazione sanzionati da NULLITA'*.

*b) l'opinione prevalente e preferibile, peraltro, è nel senso che anche gli atti aventi per oggetto alloggi costruiti su aree assegnate con convenzione stipulata prima del 15 marzo 1992 si applica la nuova disciplina introdotta dalla legge 179/1992 con la conseguenza che ad essi non si applicano più i divieti di alienazione sanzionati con la nullità. Si osserva infatti che i divieti di alienazione in questione non sono generati dalla convenzione ma la loro fonte risiede esclusivamente nella legge (come confermato dal fatto che erano presidiati dalla sanzione della nullità la quale non può avere fonte convenzionale ma solo legale). In altre parole ciò che impediva al proprietario di alloggio realizzato su area PEEP di alienarlo non era la disciplina contenuta nella convenzione bensì quella contenuta nella legge, con la conseguenza che *venuta meno la legge, fonte del divieto, è venuta meno anche il divieto (con decorrenza 15 marzo 1992)*; sostenere il contrario, infatti, significherebbe affermare che la nullità prevista da una norma abrogata *possa sopravvivere* (non solo per il passato, si badi, ma anche per il futuro) *sulla base di un richiamo pattizio*. In questo senso si è pronunciato anche il *Ministero Lavori Pubblici* con comunicazione n.2166 di prot. del 7.6.1996.*

La disciplina vigente, sulla base delle interpretazioni e delle leggi succedutesi nel tempo, può pertanto così ricostruirsi:

- l'abrogazione delle richiamate norme *dell'art. 35 della legge 865/71* opera far data dall'entrata in vigore *della legge 179/92 (15 marzo 1992)*;
- pertanto i divieti e la nullità valevano per gli atti di alienazione dell'alloggio *posti in essere prima del 15 marzo 1992 da considerarsi irrimediabilmente nulli*;
- *dal 15 marzo 1992 non esiste più alcun divieto sanzionato con la nullità*, neppure per le convenzioni con il Comune sorte in precedenza, potendosi, al più, riconoscere, ai divieti enunciati in dette convenzioni, valore di divieti pattizi rientranti nell'art. 1379 c.c., se non addirittura *valore di clausole riproduttive dei diritti abrogati*, ormai del tutto prive di effetti.
- anche nelle convenzioni *ex art. 35 legge 865/1971* stipulate dopo il 15 marzo 1992 potranno comunque essere inserite *clausole comportanti il divieto di alienazione temporanea* degli alloggi: si tratterà ovviamente di *clausole di natura puramente pattizia*, riconducibili al disposto dell'art. 1379 c.c., e quindi con effetto limitato solo tra le parti. Stante la natura puramente pattizia di detto divieto la rivendita avvenuta *in sua violazione* non determina l'invalidità del contratto stesso, ma solo diritto del Comune al risarcimento dei danni (a meno che la violazione del divieto di alienazione *sia stata sanzionata nella convenzione con la risoluzione*); pertanto, in assenza di alcuna clausola convenzionale, *l'alienabilità* degli alloggi in oggetto è *libera* salvo osservare le clausole relative al prezzo massimo di cessione imposto dalla convenzione (se stipulata dopo il 1 gennaio 1997: infatti dopo tale data la convenzione, ai sensi della legge 662/1996, deve contenere, oltre alle prescrizioni stabilite dall'art. 35 *tredicesimo comma legge 865/1971*, anche le prescrizioni stabilite dall'art. 18 *D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380*, (norma che ha sostituito *l'art. 8 legge 10/1977*, che prevedono la limitazione del prezzo di rivendita degli alloggi e dei canoni di locazione, pena la nullità dei patti che stabiliscono un prezzo o un canone maggiori)

- di *alloggi realizzati su area P.E.E.P. acquisita in diritto di superficie*: per questi alloggi *l'art. 35 della legge 865/1971 non prevede (né ha mai previsto) divieti di alienazione*; tuttavia non è escluso che in alcune convenzioni vengano inserite clausole volte *a limitare la facoltà di alienazione* con la previsione di divieti temporanei di alienazione *con efficacia ex art. 1379 c.c.* ovvero in cui l'alienazione sia altrimenti sanzionata (ad es. *con la decadenza*).

In assenza di alcuna clausola convenzionale, per legge *l'alienabilità* degli alloggi in oggetto è *libera* salvo osservare le clausole relative al prezzo massimo di

cessione imposto dalla legge e recepito nella convenzione.

Edilizia agevolata

Si tratta degli alloggi realizzati da privati usufruendo di interventi creditizi di particolare favore e di contributi dell'Amministrazione Pubblica. *L'art. 20 della legge 179/1992* per tali alloggi detta le seguenti prescrizioni:

- nei *primi 5 anni* dalla assegnazione o dall'acquisto dell'alloggio di edilizia agevolata è possibile la alienazione solo *previa autorizzazione della Regione*
- la Regione rilascia la autorizzazione solo *per gravi, sopravvenuti e documentati motivi;*
- *dopo i primi cinque anni* gli alloggi possono essere alienati e locati *liberamente*

Si ritiene che il termine quinquennale la dove si parla di *assegnazione* decorra non tanto dalla data del contratto formale tra cooperativa e socio, bensì dal *momento dell'assegnazione di fatto*, ossia dal momento in cui il socio sia stato immesso concretamente nel possesso dell'alloggio (tale momento verrà documentato mediante *il verbale di consegna* dell'alloggio)

L'art. 20 legge 179/1992 non prevede espressamente nessun tipo di sanzione per il caso di violazione dei divieti di alienazione dallo stesso stabiliti. Posto che una sanzione alla violazione dei divieti ci deve pur essere, in quanto la norma non sarebbe completa se al divieto non si accompagnasse una sanzione, la tesi più attendibile appare quella che individua detta sanzione nella *decadenza dalle agevolazioni e dai contributi concessi*.

In questo caso il *ricorso al preliminare* prima del decorso del termine o del rilascio dell'autorizzazione da parte della Regione, è funzionale al mantenimento in capo al *promittente venditore* delle agevolazioni e dei benefici goduti.

Problematiche particolari: gli immobili da costruire soggetti alla disciplina del dlgs. 122/2005

Il decreto legislativo 20 giugno 2005 n. 122 prevede, nel caso di stipula di un preliminare avente per oggetto un *immobile da costruire*, ricorrendo le condizioni di cui in appresso:

- *l'obbligo* posto a carico del *costruttore/promittente venditore* di consegnare al *promissario acquirente una fideiussione a garanzia* di tutte le somme o comunque dei corrispettivi incassati dal *costruttore* stesso sino al trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento (*artt. 2 e 3*)
- *l'obbligo* posto a carico del *costruttore/promittente venditore* di consegnare al *promissario acquirente una polizza assicurativa indennitaria di durata decen-*

nale a garanzia dell'obbligo posto a carico dello stesso di risarcire gli eventuali danni materiali e diretti dell'immobile derivanti da rovina totale o parziale o da gravi difetti costruttivi (*art. 4*)

- *l'obbligo di conformare il contratto preliminare, nonché qualsiasi altro contratto comunque diretto al successivo trasferimento della proprietà o di diverso diritto reale di godimento, ad un contenuto "minimo" fissato dal legislatore (con previsione di specifiche allegazioni) (art. 6) (trattasi della disposizione che sopra abbiamo definito come "norma di riferimento" e sul tracciato della quale abbiamo sviluppato la struttura del preliminare-tipo)*

Detti obblighi trovano applicazione solo se ricorrono i seguenti presupposti:

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

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

La garanzia fideiussoria

Verificandosi i presupposti di applicabilità della nuova disciplina quali sopra illustrati, il costruttore/promittente venditore *prima o al più tardi all'atto della stipula del contratto preliminare, dovrà consegnare al promissario acquirente una fideiussione, rilasciata da una banca o da un'impresa di assicurazione o da intermediario finanziario a ciò abilitato, a garanzia di un importo pari alle somme e/o al valore di ogni altro eventuale corrispettivo che il costruttore/promittente venditore abbia già riscosso o, secondo i termini e le modalità stabilite in detto preliminare, debba ancora riscuotere dal promissario acquirente prima del rogito definitivo.*

Per il caso in cui il costruttore ometta di rilasciare la *polizza fideiussoria*, la legge prevede espressamente la *nullità* del contratto preliminare. La nullità, peraltro, può essere fatta valere solo dal *promissario acquirente "tutelato"*; si tratta di un'ipotesi di *"nullità relativa"*.

La garanzia fideiussoria opera nel caso in cui il *costruttore/promittente venditore* incorra in una *"situazione di crisi"* (debbono essere restituite le somme ed il valore di ogni altro eventuale corrispettivo effettivamente riscossi il tutto maggiorato dagli interessi legali maturati sino al momento in cui si è verificata tale situazione); il *decreto legislativo 122/2005* precisa che per *"situazione di crisi"* si intende *"la situazione che ricorre nei casi in cui il costruttore sia sottoposto o sia stato sottoposto ad esecuzione immobiliare, in relazione all'immobile oggetto del contratto,*

ovvero a fallimento, amministrazione straordinaria, concordato preventivo, liquidazione coatta amministrativa."

L'art. 3 comma settimo del "dlgs 122/2005" stabilisce che *"l'efficacia della fideiussione cessa al momento del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento sull'immobile o dell'atto definitivo di assegnazione"*.

Come sopra già ricordato la consegna *garanzia fideiussoria* è obbligatoria solo se oggetto del preliminare sia un *"immobile da costruire"* ossia un immobile che si trovi in uno stadio di "costruzione" che si colloca tra i seguenti due momenti:

- *dopo l'avvenuta richiesta del permesso di costruire ovvero dopo l'avvenuta presentazione della denuncia di inizio attività (ricorrendo le condizioni di cui all'art. 22 terzo comma D.P.R. 380/2001 Testo Unico in materia edilizia) e purché tale richiesta o tale presentazione siano successive alla data del 21 luglio 2005;*
- *prima del completamento delle finiture e quindi sino a che non sia possibile richiedere il rilascio del certificato di agibilità*

Sono conseguentemente esclusi dalla disciplina di tutela:

- i preliminari aventi per oggetto edifici per i quali non sia stato ancora richiesto il permesso di costruire o altra denuncia o il provvedimento abilitativo e per i quali, pertanto, il progetto edificatorio sia stato solo predisposto dal *costruttore/promittente venditore* ma non ancora presentato ai competenti Uffici
- i preliminari aventi per oggetto edifici per i quali sia già stato richiesto il rilascio dell'agibilità (o addirittura già dichiarati agibili anche per silenzio-assenso) in quanto già completati anche con riguardo alle finiture

La circostanza che l'obbligo di garanzia fideiussoria non trovi applicazione per tutte quelle situazione *che si pongono al di fuori del perimetro* di applicazione del *Dlgs 122/2005* (se non su scelta volontaria delle parti), rende, peraltro, possibile *forme di elusione* della nuova normativa, che una buona e corretta tecnica di redazione nel predisporre il preliminare deve, invece, cercare di neutralizzare.

Innanzitutto, per quanto riguarda, specificatamente, le cd. *"vendite sulla carta"* ci si è chiesti, *se alla luce della nuova disciplina di tutela sia ancora possibile la commerciabilità di fabbricati ancora da edificare e per i quali non sia stato neppure richiesto il titolo edilizio.*

Nello studio *n. 5813/C approvato dalla Commissione studi del C.N.N. (55)* al quesito in oggetto si è data *risposta in senso positivo*, osservando, fra l'altro, che non sembra che dalla normativa in oggetto possano trarsi divieti specifici all'esplorazione dell'attività contrattuale (preliminare) avente per oggetto fabbricati per i quali non sia ancora stato richiesto il titolo edilizio e che possibili intenti elusivi non possono giustificare interpretazioni che attribuiscono ad una legge effetti ulteriori rispetto a quelli testualmente previsti (per cui se intenti elusivi ci saranno effetti-

vamente, spetterà ai giudici porvi rimedio, ricorrendo agli strumenti messi a disposizione dall'ordinamento).

Peraltro, nel caso di preliminare per l'acquisto di fabbricati ancora da edificare e per i quali non sia stato neppure richiesto il titolo edilizio, per evitare conseguenze "indesiderate", il *promissario acquirente* dovrà essere prestare *particolare attenzione*: o dovrà pretendere di stipulare l'eventuale preliminare e versare la caparra ed i primi acconti solo DOPO l'avvenuta richiesta del titolo edilizio così da poter godere della disciplina di tutela prevista dal *dlgs. 122/2005*, ovvero dovrà richiedere che gli venga comunque rilasciata, su base volontaria, una fideiussione avente le caratteristiche di quella prevista dal nuovo decreto, altrimenti rimarrebbe privo di qualsiasi tutela. Ovviamente nel redigere il preliminare, il *promissario acquirente* dovrà essere messo a conoscenza di tale opzione e dei rischi che altrimenti è destinato a "*correre*" qualora intenda comunque stipulare il preliminare, senza ottenere alcuna garanzia dal *costruttore/promittente venditore*.

Per quanto, invece, concerne la disposizione *dell'art. 3 ultimo comma dlgs. 122/2005*, questa norma appare particolarmente "*penalizzante*" per il *promissario acquirente*: infatti col *far cessare l'efficacia della fideiussione* ogni qualvolta avvenga il trasferimento della proprietà dell'immobile, a prescindere dall'ultimazione dei lavori, si finisce, inevitabilmente, con il lasciare il *promissario acquirente* stesso privo di tutela se ed in quanto le somme versate sino al momento in cui viene stipulato il definitivo ed avviene il trasferimento della proprietà eccedano il valore di quanto viene in quel momento trasferito: si pensi ad esempio all'accordo (consacrato in un contratto preliminare) che preveda il trasferimento della proprietà, con il venir meno della garanzia fideiussoria, *alla realizzazione del rustico* e la contestuale stipula di un appalto per la ultimazione dei lavori. Anche in questo caso il *promissario acquirente* deve prestare *particolare attenzione*: infatti nel caso in cui sia previsto il pagamento al *costruttore/promittente venditore e successivo appaltatore* dell'intero corrispettivo (riferito sia al rustico che all'appalto) prima del trasferimento della proprietà, il *promissario acquirente* rimarrà privo di qualsiasi tutela per le somme anticipate e relative alle opere di ultimazione dei lavori. Anche in questo caso se non vuole correre rischi, il *promissario acquirente*, al momento della stipula del preliminare, dovrà aver cura di farsi rilasciare apposita fideiussione, su base volontaria, *a garanzia anche delle somme anticipate per le opere di completamento* ovvero pretendere di pagare il *corrispettivo dell'appalto DOPO il trasferimento del rustico* e dopo l'esecuzione delle opere, eventualmente a stati avanzamento lavori, e ciò in conformità a quanto prescritto dall'*art. 1665 ultimo comma c.c.* Anche in questo caso, nel redigere il preliminare, il *promissario acquirente* dovrà essere messo a conoscenza di tale opzione e dei rischi che altrimenti è destinato a "*correre*" qualora intenda comunque stipulare il preliminare, senza ottenere alcuna garanzia dal *co-*

struttore/promittente venditore/appaltatore.

Se il *promissario acquirente* non vorrà correre rischi ma se anche il *costruttore/promittente venditore*, non vuole correre il rischio di incappare in lunghi e dispendiosi contenziosi, volti a far valere la sostanziale elusione della normativa prescritta dal *dlgs 122/2005*, sarà necessario *prevedere* in sede di stipula del preliminare:

- nel caso di immobile da costruire per il quale non sia ancora stato richiesto il rilascio del titolo edilizio: la consegna, su base volontaria, di una fideiussione avente le caratteristiche prescritte dagli artt. 2 e 3 del *dlgs 122/2005*),

- nel caso sia prevista la vendita (con stipula del definitivo) al rustico con contestuale stipula di appalto per il completamento delle opere: il pagamento del corrispettivo dell'appalto DOPO il trasferimento del rustico e DOPO l'esecuzione delle opere, eventualmente anche a stati avanzamento lavori, ovvero nel caso di pagamento del corrispettivo dell'appalto "ex ante", in deroga al disposto dell'art. 1665 ultimo comma c.c., il rilascio a favore del promissario acquirente/committente di apposita fideiussione, su base volontaria, con le caratteristiche "minime" previste dagli artt. 2 e 3 *dlgs 122/2005*, a garanzia delle somme così anticipate per le opere di completamento da eseguirsi dal costruttore/promittente venditore/appaltatore dopo il trasferimento della proprietà.

Le specifiche menzioni prescritte per i preliminari di immobili da costruire ex dlgs 122/2005

Il contenuto del preliminare così come tratteggiato nei paragrafi che precedono già tiene conto di gran parte delle prescrizioni di cui all'art. 6 *dlgs 122/2005* (che abbiamo utilizzato come "criterio guida" definendola "norma di riferimento")

Tuttavia detta disposizione prevede altre due prescrizioni applicabili, peraltro, solo a questa specifica tipologia di preliminare:

- la menzione degli estremi della fideiussione di cui all'articolo 2 del *dlgs 122/2005*. Si tratta di menzione che assume particolare rilievo alla luce della nuova disciplina introdotta dal *dlgs. 122/2005*, e quale sopra ricordata, posto che la mancata prestazione della garanzia fideiussoria comporta la nullità relativa del contratto (la nullità discende dalla mancata consegna della fideiussione, mai dalla mancata menzione dei suoi estremi: pertanto la mancanza di detta menzione non determina la nullità relativa del preliminare qualora la fideiussione sia stata effettivamente consegnata al promissario acquirente).

Un problema al riguardo potrebbe sorgere nel caso di varianti al progetto richieste, dopo la stipula del preliminare **(56)**, dal promissario acquirente (anche limitatamente ad un diverso tipo di materiale, di accessorio o di finitura) che comportino peraltro un costo aggiuntivo rispetto al prezzo concordato. In questo caso è

necessaria un'integrazione della fideiussione?

Al riguardo bisogna distinguere:

- se il pagamento del maggior costo è previsto *all'atto definitivo di compravendita* non sarà dovuta alcuna integrazione della fideiussione (*la quale deve "coprire" solo le somme riscosse dal costruttore sino al trasferimento della proprietà*)

- se il pagamento del maggior costo è invece previsto, in tutto o in parte, *prima all'atto definitivo di compravendita*, si è ritenuto **(57)** sia invece necessaria un'integrazione della fideiussione, per l'importo da pagare prima del trasferimento della proprietà; non sarà invece necessario stipulare un atto integrativo dal quale far risultare gli estremi di tale integrazione di fideiussione: infatti si è ritenuto che la menzione prescritta dalla lettera g) dell'art. 6 in commento non sia finalizzata alla "determinazione dell'oggetto" del contratto, ma abbia più semplicemente la funzione *di richiamare l'attenzione della parti* sull'obbligo di rilascio della fideiussione prima o contestualmente alla stipula del contratto.

- l'eventuale indicazione dell'esistenza di imprese appaltatrici con la specificazione dei relativi dati identificativi

Ci si è chiesti al riguardo se, dopo la stipulazione del preliminare *sia consentita alla parte promittente venditrice variare la/e impresa/e appaltatrice/i*.

Al quesito sé data una *risposta in senso affermativo (58)*, stante il reale scopo della norma in commento (mettere il *promissario acquirente* a conoscenza di quale sia l'impresa o di quali siano le imprese incaricata/e di costruire materialmente il fabbricato ovvero di realizzare gli impianti o le opere di finitura) e tenuto conto che la sostituzione della/e impresa/e appaltatrice/i potrebbe essere una decisione "obbligata" (come nel caso di fallimento di detta/e impresa/e). Inoltre, al momento della conclusione del preliminare, specie se interviene nella prima fase della costruzione, potrebbero non essere ancora state individuate tutte le imprese appaltatrici (ad esempio per quanto riguarda le opere di finitura). Nel variare ovvero nell'individuare le nuove imprese appaltatrici, il *promittente venditore* dovrà comunque agire "*secondo buona fede*" ai sensi dell'art. 1375 c.c., e quindi scegliere imprese che abbiano caratteristiche e possiedano professionalità simili a quelle delle imprese originariamente indicate, e dovrà, inoltre, comunicare al promissario acquirente le decisioni e variazioni sul punto. Resta, comunque ferma la possibilità per il *promissario acquirente*, di tutelarsi *con i rimedi offerti dall'ordinamento (in primis art. 1453 c.c.)* qualora la scelta dell'impresa appaltatrice sia stata determinante per il suo consenso. In questo senso il promissario acquirente, al fine di rendere più agevole l'attivazione di tali rimedi, potrà avere tutto l'interesse a far risultare, *con apposita clausola inserita nel contratto preliminare*, la rilevanza che presenta la scelta della/e impresa/e appaltatrice/i, impegnando, qualora lo ritenga opportuno, il promittente venditore a concordare con esso promissario acquirente la eventuale

sostituzione di una o più imprese appaltatrici.

Problematiche particolari: la mediazione

Ai sensi dell'art. 35 comma 22 *legge 4 agosto 2006 n. 248 di conversione del D.L. 4 luglio 2006 n. 223* negli atti di *cessione di immobili (con esclusione, pertanto, dei preliminari, che hanno effetti obbligatori e non comportano "la cessione di immobili")*, anche se assoggettati ad I.V.A., le parti hanno l'obbligo, di rendere apposita DICHIARAZIONE SOSTITUTIVA di ATTO DI NOTORIETA' recante la dichiarazione se le parti stesse si sono avvalse o meno di un mediatore; in caso affermativo le parti dovranno inoltre dichiarare:

- l'ammontare della spesa sostenuta per la mediazione
- le analitiche modalità di pagamento della stessa
- l'indicazione dei dati identificativi, del numero di partita I.V.A. o del codice fiscale dell'agente immobiliare, del suo numero di iscrizione al Ruolo degli Agenti in mediazione e (benché la disposizione sul punto non sia molto chiara) del suo numero di iscrizione al REA presso la C.C.I.A.A. (se si tratta di società debbono essere anche indicati i dati relativi al legale rappresentante o al mediatore che ha agito per conto della società, ed il suo numero di iscrizione al Ruolo degli Agenti in mediazione).

In caso di omessa, incompleta o mendace indicazione dei predetti dati si applica la sanzione amministrativa da €. 500,00 ad €. 10.000,00 ed ai fini dell'imposta di registro, i beni sono soggetti ad accertamento di valore ai sensi dell'art. 52 DPR 131/1986 (e quindi scatta l'accertamento anche nel caso ci si sia avvalsi della regola del prezzo/valore).

Benché la disposizione in commento *non sia applicabile ai preliminari*, tuttavia appare consigliabile, indicare anche in detti contratti se le parti si sono avvalse di un mediatore e le modalità di pagamento dei compensi e ciò al fine di "*documentare*" già nel preliminare la sussistenza di un'attività di mediazione e le modalità di pagamento dei compensi semplificando, in tal modo, la successiva attività di accertamento di tali circostanze che dovrà essere fatta in occasione del rogito definitivo, in osservanza all'obbligo posto dall'art. 35 comma 22 *legge 248/2006*.

L'indicazione dell'attività di mediazione già nel contratto preliminare ha un riscontro anche di carattere fiscale per il *promissario acquirente*: infatti sempre l'art. 35 citata *legge 248/2006 di conversione del D.L. 223/2006, al comma 22 bis*, stabilisce che, a partire dal 1° gennaio 2007, è possibile *destrarre dall'IRPEF* dovuta, il 19% degli oneri sostenuti per i compensi corrisposti ai soggetti di intermediazione immobiliare per l'acquisto dell'unità immobiliare da adibire ad abitazione principale, per un importo, comunque, non superiore a €. 1.000,00 per ciascuna annualità.

(1) Art. 2932 c.c. (Esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto):

Se colui che è obbligato a concludere un contratto non adempie l'obbligazione, l'altra parte, qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo, può ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso

Se si tratta di contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata o la costituzione o il trasferimento di un altro diritto, la domanda non può essere accolta, se la parte che l'ha proposta non esegue la sua prestazione o non ne fa offerta nei modi di legge, a meno che la prestazione non sia ancora esigibile.

(2) Art. 1453 c.c. (Risolubilità del contratto per inadempimento)

[1] Nei contratti con prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro può a sua scelta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto, salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno.

[2] La risoluzione può esser domandata anche quando il giudizio è stato promosso per ottenere l'adempimento; ma non può più chiedersi l'adempimento quando è stata domandata la risoluzione.

[3] Dalla data della domanda di risoluzione l'inadempiente non può più adempiere la propria obbligazione

(3) Art. 1382 c.c. (Effetti della clausola penale)

[1] La clausola, con cui si conviene che, in caso d'inadempimento o di ritardo nell'adempimento, uno dei contraenti è tenuto a una determinata prestazione, ha l'effetto di limitare il risarcimento alla prestazione promessa, se non è stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore.

[2] La penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno.

(4) Art. 1454 c.c. (Diffida ad adempiere)

[1] Alla parte inadempiente l'altra può intimare per iscritto di adempiere in un congruo termine, con dichiarazione che, decorso inutilmente detto termine, il contratto s'intenderà senz'altro risolto

[2] Il termine non può essere inferiore a quindici giorni, salvo diversa pattuizione delle parti o salvo che, per la natura del contratto o secondo gli usi, risulti congruo un termine minore.

[3] Decorso il termine senza che il contratto sia stato adempiuto, questo è risolto di diritto.

(5) Art. 1456 c.c. (Clausola risolutiva espressa)

[1] I contraenti possono convenire espressamente che il contratto si risolva nel caso che una determinata obbligazione non sia adempiuta secondo le modalità stabilite.

[2] In questo caso, la risoluzione si verifica di diritto quando la parte interessata dichiara all'altra che intende valersi della clausola risolutiva.

(6) Art. 1457 c.c. (Termine essenziale per una delle parti)

[1] Se il termine fissato per la prestazione di una delle parti deve considerarsi essenziale nell'interesse dell'altra, questa, salvo patto o uso contrario, se vuole esigerne l'esecuzione nonostante la scadenza del termine, deve darne notizia all'altra parte entro tre giorni.

[2] In mancanza, il contratto s'intende risolto di diritto anche se non è stata espressamente pattuita la risoluzione.

(7) Art. 1458 c.c. (Effetti della risoluzione)

[1] La risoluzione del contratto per inadempimento ha effetto retroattivo tra le parti, salvo il caso di contratti ad esecuzione continuata o periodica, riguardo ai quali l'effetto della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite

[2] La risoluzione, anche se è stata espressamente pattuita, non pregiudica i diritti acquistati dai terzi, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di risoluzione.

(8) Art. 1385 c.c. (Caparra confirmatoria)

[1] Se al momento della conclusione del contratto una parte dà all'altra, a titolo di caparra, una somma di danaro o una quantità di altre cose fungibili, la caparra, in caso di adempimento, deve essere restituita o imputata alla prestazione dovuta.

[2] Se la parte che ha dato la caparra è inadempiente, l'altra può recedere dal contratto, ritenendo la caparra; se inadempiente è invece la parte che l'ha ricevuta, l'altra può recedere dal contratto ed esigere il doppio della caparra.

[3] Se però la parte che non è inadempiente preferisce domandare l'esecuzione o la risoluzione del contratto, il risarcimento del danno è regolato dalle norme generali.

(9) Art. 1386 c.c. (Caparra penitenziale)

[1] Se nel contratto è stipulato il diritto di recesso per una o per entrambe le parti, la caparra ha la sola funzione di corrispettivo del recesso

[2] In questo caso, il recedente perde la caparra data o deve restituire il doppio di quella che ha ricevuta.

(10) Art. 2645 bis c.c. (Trascrizione di contratti preliminari)

[1] I contratti preliminari aventi ad oggetto la conclusione di taluno dei contratti di cui ai numeri 1), 2), 3) e 4) dell'articolo 2643, anche se sottoposti a condizione o relativi a edifici da costruire o in corso di costruzione, devono essere trascritti se risultano da atto pubblico o da scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente.

[2] La trascrizione del contratto definitivo o di altro atto che costituisca comunque esecuzione dei contratti preliminari di cui al comma 1, ovvero della sentenza che accoglie la domanda diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dei contratti preliminari predetti, prevale sulle trascrizioni ed iscrizioni eseguite contro il promittente alienante dopo la trascrizione del contratto preliminare.

[3] Gli effetti della trascrizione del contratto preliminare cessano e si considerano come mai prodotti se entro un anno dalla data convenuta tra le parti per la conclusione del contratto definitivo, e in ogni caso entro tre anni dalla trascrizione predetta, non sia eseguita la trascrizione del contratto definitivo o di altro atto che costituisca comunque esecuzione del contratto preliminare o della domanda giudiziale di cui all'articolo 2652, primo comma, numero 2.

[4] 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 del diritto spettante al promissario acquirente relativa all'intero costruendo edificio espressa in millesimi.

[5] Nel caso previsto nel comma 4 la trascrizione è eseguita con riferimento al bene immobile per la quota determinata secondo le modalità di cui al comma stesso. 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'eventuale differenza di superficie o di quota contenuta nei limiti di un ventesimo rispetto a quelle indicate nel contratto preliminare non produce effetti.

[6] Ai fini delle disposizioni di cui al comma 5, 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.

(11) Art. 2775 bis c.c. (Credito per mancata esecuzione di contratti preliminari)

[1] *Nel caso di mancata esecuzione del contratto preliminare trascritto ai sensi dell' articolo 2645-bis, i crediti del promissario acquirente che ne conseguono hanno privilegio speciale sul bene immobile oggetto del contratto preliminare, sempre che gli effetti della trascrizione non siano cessati al momento della risoluzione del contratto risultante da atto avente data certa, ovvero al momento della domanda giudiziale di risoluzione del contratto o di condanna al pagamento, ovvero al momento della trascrizione del pignoramento o al momento dell'intervento nell'esecuzione promossa da terzi.*

[2] *Il privilegio non è opponibile ai creditori garantiti da ipoteca relativa a mutui erogati al promissario acquirente per l'acquisto del bene immobile nonché ai creditori garantiti da ipoteca ai sensi dell' art. 2825-bis.*

(12) Art. 2825 bis c.c. (Ipoteca sul bene oggetto di contratto preliminare)

[1] *L'ipoteca iscritta su edificio o complesso condominiale, anche da costruire o in corso di costruzione, a garanzia di finanziamento dell'intervento edilizio ai sensi degli articoli 38 e seguenti del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, prevale sulla trascrizione anteriore dei contratti preliminari di cui all' articolo 2645-bis, limitatamente alla quota di debito derivante dal suddetto finanziamento che il promissario acquirente si sia accollata con il contratto preliminare o con altro atto successivo eventualmente adeguata ai sensi dell'articolo 39, comma 3, del citato decreto legislativo n. 385 del 1993. Se l'accollo risulta da atto successivo, questo è annotato in margine alla trascrizione del contratto preliminare*

(13) In questo senso Tribunale di Genova Sezione fallimentare 18 gennaio 2001 (ordinanza) in *Notariato IPSOA 2001 pag. 583 e segg.*; Ministero di Grazia e Giustizia – Ufficio legislativo – nota 15 aprile 1997 prot. 291421/35-2 in *Guida Normativa Edizioni Sole 24 Ore – 1997 n 89 pag. 24*

(14) Per una disamina della questione vedasi *F. Magliulo, " Privilegio del promissario acquirente e ipoteche iscritte prima della trascrizione del preliminare", in Notariato IPSOA 2001 pag. 585 e segg.*

(15) Articolo 72-bis R.D. 16.3.1942 n. 267 (Fallimento del venditore e contratti relativi ad immobili da costruire).

In caso di fallimento del venditore, se la cosa venduta è già passata in proprietà del compratore, il contratto non si scioglie.

Qualora l'immobile sia stato oggetto di preliminare di vendita trascritto ai sensi dell'articolo 2645-bis del codice civile e il curatore, a norma dell'articolo 72, 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. All'acquirente spetta il privilegio di cui all'articolo 2775-bis del codice civile, a condizione che gli effetti della trascrizione del contratto preliminare non siano cessati anteriormente alla data della dichiarazione di fallimento.

In caso di situazione di crisi del costruttore ai sensi dell'articolo 2, comma 1, lettera c), della legge 2 agosto 2004, n. 210, il contratto si intende sciolto se, prima che il curatore comunichi la scelta tra esecuzione o scioglimento, l'acquirente abbia escusso la fideiussione a garanzia della restituzione di quanto versato al costruttore, dandone altresì comunicazione al curatore. In ogni caso, la fideiussione non può essere escussa dopo che il curatore ha comunicato di voler dare esecuzione al contratto

(16) Art. 1351 c.c. (Contratto preliminare)

Il contratto preliminare è nullo se non è fatto nella stessa forma che la legge prescrive per il contratto definitivo

(17) Art. 1350 c.c. (Atti che devono farsi per iscritto)

Devono farsi per atto pubblico o per scrittura privata, sotto pena di nullità:

1. *i contratti che trasferiscono la proprietà di beni immobili [812];*
2. *i contratti che costituiscono, modificano o trasferiscono il diritto di usufrutto su beni immobili, il diritto di superficie, il diritto del concedente e dell'enfiteuta;*

3. *i contratti che costituiscono la comunione di diritti indicati dai numeri precedenti;*
4. *i contratti che costituiscono o modificano le servitù prediali, il diritto di uso su beni immobili e il diritto di abitazione;*
5. *gli atti di rinuncia ai diritti indicati dai numeri precedenti;*
6. *i contratti di affrancazione del fondo enfiteutico;*
7. *i contratti di anticresi;*
8. *i contratti di locazione di beni immobili per una durata superiore a nove anni;*
9. *i contratti di società o di associazione con i quali si conferisce il godimento di beni immobili o di altri diritti reali immobiliari per un tempo eccedente i nove anni o per un tempo indeterminato;*
10. *gli atti che costituiscono rendite perpetue o vitalizie, salve le disposizioni relative alle rendite dello Stato;*
11. *gli atti di divisione di beni immobili e di altri diritti reali immobiliari;*
12. *le transazioni che hanno per oggetto controversie relative ai rapporti giuridici menzionati nei numeri precedenti;*
13. *gli altri atti specialmente indicati dalla legge*

(18) Art. 6 - Decreto legislativo 20 giugno 2005 n. 122 - (Contenuto del contratto preliminare).

1 .Il contratto preliminare ed ogni altro contratto che ai sensi dell'articolo 2 sia comunque diretto al successivo acquisto in capo ad una persona fisica della proprietà o di altro diritto reale su un immobile oggetto del presente decreto devono contenere:

- a) le indicazioni previste agli articoli 2659, primo comma, n. 1), e 2826 del codice civile;
- b) la descrizione dell'immobile e di tutte le sue pertinenze di uso esclusivo oggetto del contratto;
- c) gli estremi di eventuali atti d'obbligo e convenzioni urbanistiche stipulati per l'ottenimento dei titoli abilitativi alla costruzione e l'elencazione dei vincoli previsti;
- d) le caratteristiche tecniche della costruzione, con particolare riferimento alla struttura portante, alle fondazioni, alle tamponature, ai solai, alla copertura, agli infissi ed agli impianti;
- e) i termini massimi di esecuzione della costruzione, anche eventualmente correlati alle varie fasi di lavorazione;
- f) l'indicazione del prezzo complessivo da corrispondersi in danaro o il valore di ogni altro eventuale corrispettivo, i termini e le modalità per il suo pagamento, la specificazione dell'importo di eventuali somme a titolo di caparra; le modalità di corresponsione del prezzo devono essere rappresentate da bonifici bancari o versamenti diretti su conti correnti bancari o postali indicati dalla parte venditrice ed alla stessa intestati o da altre forme che siano comunque in grado di assicurare la prova certa dell'avvenuto pagamento;
- g) gli estremi della fideiussione di cui all'articolo 2;
- h) l'eventuale esistenza di ipoteche o trascrizioni pregiudizievoli di qualsiasi tipo sull'immobile con la specificazione del relativo ammontare, del soggetto a cui favore risultano e del titolo dal quale derivano, nonché la pattuizione espressa degli obblighi del costruttore ad esse connessi e, in particolare, se tali obblighi debbano essere adempiuti prima o dopo la stipula del contratto definitivo di vendita;
- i) gli estremi del permesso di costruire o della sua richiesta se non ancora rilasciato, nonché di ogni altro titolo, denuncia o provvedimento abilitativo alla costruzione;
- l) l'eventuale indicazione dell'esistenza di imprese appaltatrici, con la specificazione dei relativi dati identificativi.

2. Agli stessi contratti devono essere allegati:

- a) il capitolato contenente le caratteristiche dei materiali da utilizzarsi, individuati anche solo per

tipologie, caratteristiche e valori omogenei, nonché l'elenco delle rifiniture e degli accessori convenuti fra le parti;

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

3. Sono fatte salve le disposizioni di cui al regio decreto 28 marzo 1929, n. 499.

- (19) Con riguardo a queste prescrizioni, contenute nella *"norma di riferimento"*, si è avuto modo di osservare in dottrina che le stesse *"sono dirette ad agevolare e rendere più sicura la trascrizione del contratto, che è strumento di protezione dell'acquirente nei confronti dei terzi, come è fatto palese dal rinvio a disposizioni codicistiche concernenti il contenuto della nota di trascrizione"*; A. Luminoso - *I contenuti necessari del contratto preliminare e degli altri contratti diretti al successivo trasferimento della proprietà di un immobile da costruire e dei relativi allegati* - Atti del Convegno Paradigma - Milano 29 giugno 2005.
- (20) Vedasi al riguardo Cass. Sez. Unite 2 luglio 1994 n. 7481 in *Foro Italiano*, I, 2456; Cass. 7 aprile 1995 n. 4063 in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* 1996, I, 27.
- (21) Cass. 23 luglio 1987 n. 6424 in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* 1988, I, 456.
- (22) A. Mascheroni – *"L'effetto di prenotazione della trascrizione del contratto preliminare"* atti del convegno a cura del Comitato Regionale Notarile Lombardo sul tema *"La tutela dei contraenti nella nuova disciplina del contratto preliminare"* – Mantova 14 giugno 1997; Gabrielli – *L'efficaci prenotativi della trascrizione del preliminare* – in *Studium Juris* 1997 pag. 462
- (23) In questo senso vedasi Cass. 8 febbraio 1997 n. 1199 in *Rivista del Notariato* 1998 pag. 267 con nota di commento di D. MIGLIORI.
- (24) Data di entrata in vigore della legge 10/1977 cd. "Legge Bucalossi" che ha introdotto la concessione edilizia in sostituzione della licenza edilizia.
- (25) Data di entrata in vigore del T.U. in materia edilizia di cui al D.P.R. 380/2001 che introduce il permesso di costruire in sostituzione della concessione edilizia.
- (26) Circa gli estremi della D.I.A. da dichiarare in atto vi sono posizioni contrastanti in dottrina; si va da chi ritiene necessaria l'indicazione di tutti gli elementi del procedimento: a) estremi della denuncia b) estremi della dichiarazione asseverata dell'esperto sulla conformità dell'opera agli strumenti urbanistici; c) dichiarazione di parte che il Comune non ha dato risposta nei tempi previsti (in questo senso lo Studio dell'Ufficio Studi del Consiglio Nazionale del Notariato n. 4510 *"La denuncia di inizio attività nella commercializzazione dei fabbricati"* a cura di G. Casu) a chi ritiene, invece, sufficiente la semplice menzione degli estremi (data e numero protocollo se attribuito) della denuncia (teoria, quest'ultima, che riteniamo preferibile); è peraltro consigliabile e quanto mai opportuno indicare, nel caso di nuova costruzione ex art. 22 terzo comma T.U., gli estremi del Piano attuativo che consente l'intervento. Nel caso sia già stato presentato anche il certificato di collaudo sarà opportuno citarne gli estremi.
- (27) La stessa disciplina prevista per gli interventi di cui all'art. 22 terzo comma T.U. in materia edilizia deve infatti ritenersi applicabile anche a quegli interventi, di norma sottoposti a concessione edilizia, ma che in base all'art. 1 comma 6 legge 443/2001 (cd. *"legge Lunardi"*) in vigore dall'11 aprile 2002 (nelle Regioni a statuto ordinario) sino al 29 giugno 2003, potevano essere eseguiti, a scelta dell'interessato, anche mediante il ricorso alla D.I.A.; detta norma ha costituito una sorta di "anticipazione" della disposizione dell'art. 22 terzo comma del T.U.
- (28) Come prescritto dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 196/2004 e dal successivo art. 5 decreto legge 168/2004 convertito con legge 191/2004.
- (29) Sul punto si rinvia allo studio n. 5389/C *"Menzioni urbanistiche e validità degli atti notarili"* (estensore G. Rizzi) approvato dalla Commissione studi civilistici del C.N.N. in data 30 ottobre 2004.
- (30) In questo senso anche Cass. 26 novembre 1988 n. 6382; da segnalare anche Cassazione n.

12571 del 27 agosto 2002: "L'assunzione, a carico del proprietario del terreno, degli oneri relativi alle opere di urbanizzazione costituisce un'obbligazione propter rem. Ciò comporta che essa va adempiuta non solo da colui che ha stipulato la convenzione con il Comune, ma anche da colui (se soggetto diverso) il quale richiede la concessione edilizia, e - inoltre - che colui che realizza opere di trasformazione edilizia, valendosi della concessione rilasciata al suo "dante causa", è solidalmente obbligato con quest'ultimo per il pagamento degli oneri anzidetti. La natura reale dell'obbligazione non riguarda, invece, i soggetti che utilizzano le opere di urbanizzazione da altri realizzate per una loro diversa edificazione, senza avere con i primi alcun rapporto, e che, per ottenere la loro diversa concessione edilizia, devono pagare al Comune concedente, per loro conto, i relativi oneri di urbanizzazione."

(31) Vedasi lo Studio n. 5814/C - "Il contenuto del contratto preliminare" – (estensore G. Rizzi) approvato dalla Commissione Studi Civilistici del C.N.N. in data 20 luglio 2005; detto studio é reperibile sul sito del Consiglio Nazionale del Notariato: www.notariato.it.

(32) In vigore dal 23 ottobre 2005; il Codice del Consumo ha abrogato le disposizioni di cui agli artt. 1469 bis e segg. c.c. che ha in sostanza riprodotto sostanzialmente negli artt. 33 e seguenti.

(33) In vigore dal 23 ottobre 2005; il Codice del Consumo ha abrogato le disposizioni di cui agli artt. 1469 bis e segg. c.c. che ha in sostanza riprodotto sostanzialmente negli artt. 33 e seguenti.

(34) **Art. 36 dlgs 6 settembre 2005 n. 206**

.....

2. Sono nulle le clausole che, quantunque oggetto di trattativa, abbiano per oggetto o per effetto di:

.....

c) prevedere l'adesione del consumatore come estesa a clausole che non ha avuto, di fatto, la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto."

(35) Vedasi lo studio n. 5814/C, *op. cit.*

(36) Vedasi lo studio n. 5814/C, *op. cit.*

(37) In vigore dal 23 ottobre 2005; il Codice del Consumo ha abrogato le disposizioni di cui agli artt. 1469 bis e segg. c.c. che ha in sostanza riprodotto sostanzialmente negli artt. 33 e seguenti.

(38) **Art. 1183 c.c. (Tempo dell'adempimento)**

[1] Se non è determinato il tempo in cui la prestazione deve essere eseguita, il creditore può esigerla immediatamente. Qualora tuttavia, in virtù degli usi o per la natura della prestazione ovvero per il modo o il luogo dell'esecuzione, sia necessario un termine, questo, in mancanza di accordo delle parti, è stabilito dal giudice.

[2] Se il termine per l'adempimento è rimesso alla volontà del debitore, spetta ugualmente al giudice di stabilirlo secondo le circostanze; se è rimesso alla volontà del creditore, il termine può essere fissato su istanza del debitore che intende liberarsi.

(39) Sulla funzione di tutela svolta dalla caparra confirmatoria vedasi il paragrafo che precede

(40) Vedasi lo studio n. 5814/C, *op. cit.*

(41) **Art. 7. Dlgs 20 giugno 2005 n. 122 (Modificazioni all'articolo 39 del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385)**

1. All'articolo 39 del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) Il comma 6 è sostituito dal seguente: «6. In caso di edificio o complesso condominiale per il quale può ottenersi l'accatastamento delle singole porzioni che lo costituiscono, ancorché in corso di costruzione, il debitore, il terzo acquirente, il promissario acquirente o l'assegnatario del bene ipotecato o di parte dello stesso, questi ultimi limitatamente alla porzione immobiliare da es-

si acquistata o promessa in acquisto o in assegnazione, hanno diritto alla suddivisione del finanziamento in quote e, correlativamente, al frazionamento dell'ipoteca a garanzia.»

.....

(42) Art. 8. Dlgs 20 giugno 2005 n. 122 (Obbligo di cancellazione o frazionamento dell'ipoteca antecedente alla compravendita).

Il notaio non può procedere alla stipula dell'atto di compravendita se, anteriormente o contestualmente alla stipula, non si sia proceduto alla suddivisione del finanziamento in quote o al perfezionamento di un titolo per la cancellazione o frazionamento dell'ipoteca a garanzia o del pignoramento gravante sull'immobile.

(43) Vedasi lo studio n. 5814/C, op. cit.

(44) Art. 8 legge 26 maggio 1965 n. 590

In caso di trasferimento a titolo oneroso o di concessione in enfiteusi di fondi concessi in affitto a coltivatori diretti, a mezzadria, a colonia parziaria, o a compartecipazione, esclusa quella stagionale, l'affittuario, il mezzadro, il colono o il compartecipante, a parità di condizioni, ha diritto di prelazione purché coltivi il fondo stesso da almeno due anni, non abbia venduto, nel biennio precedente, altri fondi rustici di imponibile fondiario superiore ad euro 0,52, salvo il caso di cessione a scopo di ricomposizione fondiaria, ed il fondo per il quale intende esercitare la prelazione in aggiunta ad altri eventualmente posseduti in proprietà od enfiteusi non superi il triplo della superficie corrispondente alla capacità lavorativa della sua famiglia.

La prelazione non è consentita nei casi di permuta, vendita forzata, liquidazione coatta, fallimento, espropriazione per pubblica utilità e quando i terreni in base a piani regolatori, anche se non ancora approvati, siano destinati ad utilizzazione edilizia, industriale o turistica.

Qualora il trasferimento a titolo oneroso sia proposto, per quota di fondo, da un componente la famiglia coltivatrice, sia in costanza di comunione ereditaria che in ogni altro caso di comunione familiare, gli altri componenti hanno diritto alla prelazione sempreché siano coltivatori manuali o continuino l'esercizio dell'impresa familiare in comune.

Il proprietario deve notificare con lettera raccomandata al coltivatore la proposta di alienazione trasmettendo il preliminare di compravendita in cui devono essere indicati il nome dell'acquirente, il prezzo di vendita e le altre norme pattuite compresa la clausola per l'eventualità della prelazione. Il coltivatore deve esercitare il suo diritto entro il termine di 30 giorni.

Qualora il proprietario non provveda a tale notificazione o il prezzo indicato sia superiore a quello risultante dal contratto di compravendita, l'avente titolo al diritto di prelazione può, entro un anno dalla trascrizione del contratto di compravendita, riscattare il fondo dall'acquirente e da ogni altro successivo avente causa.

Ove il diritto di prelazione sia stato esercitato, il versamento del prezzo di acquisto deve essere effettuato entro il termine di tre mesi, decorrenti dal trentesimo giorno dall'avvenuta notifica da parte del proprietario, salvo che non sia diversamente pattuito tra le parti.

Se il coltivatore che esercita il diritto di prelazione dimostra, con certificato dell'Ispettorato provinciale dell'agricoltura competente, di aver presentato domanda ammessa all'istruttoria per la concessione del mutuo ai sensi dell'art. 1, il termine di cui al precedente comma è sospeso fino a che non sia stata disposta la concessione del mutuo ovvero fino a che l'Ispettorato non abbia espresso diniego a conclusione della istruttoria compiuta e, comunque, per non più di un anno. In tal caso l'Ispettorato provinciale dell'agricoltura deve provvedere entro quattro mesi dalla domanda agli adempimenti di cui all'art. 3, secondo le norme che saranno stabilite dal regolamento di esecuzione della presente legge.

In tutti i casi nei quali il pagamento del prezzo è differito il trasferimento della proprietà è sottoposto alla condizione sospensiva del pagamento stesso entro il termine stabilito.

Nel caso di vendita di un fondo coltivato da una pluralità di affittuari, mezzadri o coloni, la prela-

zione non può essere esercitata che da tutti congiuntamente. Qualora qualcuno abbia rinunciato, la prelazione può essere esercitata congiuntamente dagli altri affittuari, mezzadri o coloni purché la superficie del fondo non ecceda il triplo della complessiva capacità lavorativa delle loro famiglie. Si considera rinunciatario l'avente titolo che entro quindici giorni dalla notificazione di cui al quarto comma non abbia comunicato agli altri aventi diritto la sua intenzione di avvalersi della prelazione. Se il componente di famiglia coltivatrice, il quale abbia cessato di far parte della conduzione colonica in comune, non vende la quota del fondo di sua spettanza entro cinque anni dal giorno in cui ha lasciato l'azienda, gli altri componenti hanno diritto a riscattare la predetta quota al prezzo ritenuto congruo dall'Ispettorato provinciale dell'agricoltura, con le agevolazioni previste dalla presente legge, sempreché l'acquisto sia fatto allo scopo di assicurare il consolidamento di impresa coltivatrice familiare di dimensioni economicamente efficienti. Il diritto di riscatto viene esercitato, se il proprietario della quota non consente alla vendita, mediante la procedura giudiziaria prevista dalle vigenti leggi per l'affrancazione dei canoni enfiteutici.

L'accertamento delle condizioni o requisiti indicati dal precedente comma è demandato all'Ispettorato agrario provinciale competente per territorio.

Ai soggetti di cui al primo comma sono preferiti, se coltivatori diretti, i coeredi del venditore.

(45) Art. 7 legge 14 agosto 1971 n. 817

Il termine di quattro anni previsto dal primo comma dell'articolo 8 della legge 26 maggio 1965, n. 590, per l'esercizio del diritto di prelazione è ridotto a due anni.

Detto diritto di prelazione, con le modifiche previste nella presente legge, spetta anche:

1. al mezzadro o al colono il cui contratto sia stato stipulato dopo l'entrata in vigore della legge 15 settembre 1964, n. 756;
2. al coltivatore diretto proprietario di terreni confinanti con fondi offerti in vendita, purché sugli stessi non siano insediati mezzadri, coloni, affittuari, compartecipanti od enfiteuti coltivatori diretti.

Nel caso di vendita di più fondi ogni affittuario, mezzadro o colono può esercitare singolarmente o congiuntamente il diritto di prelazione rispettivamente del fondo coltivato o dell'intero complesso di fondi.

- (46)** Per una disamina delle varie ipotesi che escludono la contiguità materiale, ed in genere per una disamina generale delle condizioni per la sussistenza della prelazione agraria, si rinvia allo studio 66/2006/C, "La prelazione agraria" approvato dalla Commissione studi civilistici CNN (estensore Giovanni Casù)

(47) Art. 38 Legge 27 luglio 1978 n. 392

Nel caso in cui il locatore intenda trasferire a titolo oneroso l'immobile locato, deve darne comunicazione al conduttore con atto notificato a mezzo di ufficiale giudiziario.

Nella comunicazione devono essere indicati il corrispettivo, da quantificare in ogni caso in denaro, le altre condizioni alle quali la compravendita dovrebbe essere conclusa e l'invito ad esercitare o meno il diritto di prelazione.

Il conduttore deve esercitare il diritto di prelazione entro il termine di sessanta giorni dalla ricezione della comunicazione, con atto notificato al proprietario a mezzo di ufficiale giudiziario, offrendo condizioni uguali a quelle comunicategli.

Ove il diritto di prelazione sia esercitato, il versamento del prezzo di acquisto, salvo diversa condizione indicata nella comunicazione del locatore, deve essere effettuato entro il termine di trenta giorni decorrenti dal sessantesimo giorno successivo a quello dell'avvenuta notificazione della comunicazione da parte del proprietario, contestualmente alla stipulazione del contratto di compravendita o del contratto preliminare.

Nel caso in cui l'immobile risulti locato a più persone, la comunicazione di cui al primo comma deve essere effettuata a ciascuna di esse.

Il diritto di prelazione può essere esercitato congiuntamente da tutti i conduttori, ovvero, qualora taluno vi rinunci, dai rimanenti o dal rimanente conduttore.

L'avente diritto che, entro trenta giorni dalla notificazione di cui al primo comma, non abbia comunicato agli altri aventi diritto la sua intenzione di avvalersi della prelazione, si considera avere rinunciato alla prelazione medesima.

Le norme del presente articolo non si applicano nelle ipotesi previste dall'art. 732 del codice civile, per le quali la prelazione opera a favore dei coeredi, e nell'ipotesi di trasferimento effettuato a favore del coniuge o dei parenti entro il secondo grado.

(48) Art. 39 Legge 27 luglio 1978 n. 392

Qualora il proprietario non provveda alla notificazione di cui all'articolo precedente, o il corrispettivo indicato sia superiore a quello risultante dall'atto di trasferimento a titolo oneroso dell'immobile, l'avente diritto alla prelazione può, entro sei mesi dalla trascrizione del contratto, riscattare l'immobile dall'acquirente e da ogni altro successivo avente causa.

Ove sia stato esercitato il diritto di riscatto, il versamento del prezzo deve essere effettuato entro il termine di tre mesi che decorrono, quando non vi sia opposizione al riscatto, dalla prima udienza del relativo giudizio, o dalla ricezione dell'atto notificato con cui l'acquirente o successivo avente causa comunicò prima di tale udienza di non opporsi al riscatto.

Se per qualsiasi motivo, l'acquirente o successivo avente causa faccia opposizione al riscatto, il termine di tre mesi decorre dal giorno del passaggio in giudicato della sentenza che definisce il giudizio.

(49) Art. 3 legge 9 dicembre 1998 n. 431

1 .Alla prima scadenza dei contratti stipulati ai sensi del comma 1 dell'articolo 2 e alla prima scadenza dei contratti stipulati ai sensi del comma 3 del medesimo articolo, il locatore può avvalersi della facoltà di diniego del rinnovo del contratto, dandone comunicazione al conduttore con preavviso di almeno sei mesi, per i seguenti motivi:

.....

g) quando il locatore intenda vendere l'immobile a terzi e non abbia la proprietà di altri immobili ad uso abitativo oltre a quello eventualmente adibito a propria abitazione. In tal caso al conduttore è riconosciuto il diritto di prelazione, da esercitare con le modalità di cui agli articoli 38 e 39 della legge 27 luglio 1978, n. 392.

.....

(50) La prima pronuncia della Cassazione, nel senso della esclusione della prelazione per il caso della vendita in blocco, è la sentenza 23 ottobre 1983 n. 6256.

(51) Per una disamina completa di tutta la problematica della vendita in blocco, completa dei riferimenti giurisprudenziali, ed in genere per una disamina generale delle condizioni per la sussistenza della prelazione urbana, si rinvia allo studio 226/2006/C, "La prelazione urbana" approvato dalla Commissione studi civilistici CNN (estensore Giovanni Casu).

(52) Art. 732 c.c. (Diritto di prelazione).

(1) Il coerede, che vuole alienare a un estraneo la sua quota o parte di essa, deve notificare la proposta di alienazione, indicandone il prezzo, agli altri coeredi, i quali hanno diritto di prelazione. Questo diritto deve essere esercitato nel termine di due mesi dall'ultima delle notificazioni. In mancanza della notificazione, i coeredi hanno diritto di riscattare la quota dall'acquirente e da ogni successivo avente causa, finché dura lo stato di comunione ereditaria.

Se i coeredi che intendono esercitare il diritto di riscatto sono più, la quota è assegnata a tutti in parti uguali.

(53) Per una disamina completa di tutte le problematiche connesse agli atti di disposizione di beni comuni ereditari vedasi F. MAGLIULO - "Gli atti di disposizione sui beni indivisi" - in Riv. Not. 1995 pagg. 105 e segg.

- (54) Esclude la necessità dell'autorizzazione nel caso di stipula di un preliminare anche A. Pischetola, *Circolazione dei beni culturali e attività notarile - I Quaderni di Notariato - IPSOA 2006 - pagg. 57 e 58*, il quale esclude che nell'espressione utilizzata dal legislatore nel richiedere l'autorizzazione ("*negozi giuridici che possano comportare l'alienazione dei beni culturali*") possano rientrare anche contratti ad efficacia meramente obbligatoria come per l'appunto il preliminare.
- (55) Trattasi dello studio n. 5813/C "*La garanzia fideiussoria ed i presupposti di applicazione della nuova normativa*" (estensore G. Rizzi) approvato dalla Commissione Studi Civilistici del C.N.N. in data 23 luglio 2005; detto studio é reperibile sul sito del Consiglio Nazionale del Notariato www.notariato.it.
- (56) Spesso nei preliminari vengono inserite clausole aventi il seguente tenore letterale: "*la parte Promissaria acquirente ha facoltà di chiedere per iscritto, entro giorni dalla sottoscrizione del presente contratto, materiali e finiture diversi per qualità e tipo da quelli previsti nel Capitolato allegato, nonché di apportare varianti al progetto (che dovranno peraltro essere approvate in base alle vigenti disposizioni di legge e di regolamento)*". Anche dopo l'entrata in vigore del dlgs 122/2005 tali clausole possono ritenersi legittime.
- (57) Vedasi lo studio n. 5814/C, *op. cit.*
- (58) Vedasi lo studio n. 5814/C, *op. cit.*

(Riproduzione riservata)