

**Istituti giuridici coinvolti:** preliminare di compravendita trascritto, conflitto tra diritti incompatibili; ambito di applicazione del d.lgs. n. 122/2005, obbligo di preventiva cancellazione dell'ipoteca e divieto di alienazione; poteri dell'imprenditore in concordato preventivo; novazione; cessione di diritti edificatori; costituzione di comunione o permuta; condominio preconstituito o divisione di cosa futura; regolamento di condominio contrattuale e sua trascrivibilità.

### Soluzione

La situazione di partenza prevede un contratto preliminare di compravendita avente ad oggetto un immobile da costruire, e precisamente due villette abbinata, contratto che non può essere adempiuto dalla società promittente venditrice poiché la stessa, per difficoltà economiche, non è in grado di ottenere il consenso alla cancellazione di due ipoteche volontarie da cui sono gravati gli immobili promessi in vendita. Com'è noto, l'art. 8 del d.lgs. n. 122/2005 vieta al notaio di procedere alla stipula dell'atto di compravendita se, anteriormente o contestualmente alla stipula, non si sia proceduto al perfezionamento di un titolo per la cancellazione dell'ipoteca gravante sull'immobile.

Ciò considerato, le parti hanno raggiunto un accordo transattivo che prevede una novazione, cioè la sostituzione dell'obbligazione in capo alla parte promittente venditrice di prestare il consenso alla stipula del contratto definitivo di compravendita con l'obbligazione di costruire le villette su un'area di terreno di proprietà dei signori Marco e Massimo, già promissari acquirenti, con la trasformazione dell'acconto prezzo, già pagato, in corrispettivo del contratto di appalto. Per effetto della novazione l'obbligazione originaria si estingue poiché le parti sostituiscono la stessa con una nuova obbligazione avente un titolo diverso: l'obbligazione della società Immobiliare 2000 S.r.l. non ha più la sua causa in un contratto preliminare di compravendita di bene futuro ma in un contratto d'appalto (cfr. art. 1230 c.c.).

La società Immobiliare 2000 S.r.l. pone quale condizione per accettare la transazione di poter realizzare sullo stesso lotto, attualmente di comproprietà dei signori Marco e Massimo, anche una terza villetta, uguale alle altre due villette, che sarà di proprietà della stessa società e si impegna a conferire nel lotto, senza alcuna spesa per i signori Marco e Massimo, la volumetria edificatoria di 150 mq. di superficie complessiva di cui è titolare la stessa società Immobiliare 2000 S.r.l. all'interno di un piano urbanistico attuativo, approvato dal Comune di Forlì, per il quale è stata stipulata la convenzione edilizia con il Comune, ubicato in Forlì, località Branzolino. Il lotto di terreno ha attualmente una potenzialità edificatoria 300 mq. di superficie complessiva, sufficiente per realizzare le due villette di Marco e Massimo.

Per poter realizzare la volontà delle parti è necessario che il lotto di terreno edificabile, di comproprietà dei signori Marco e Massimo, diventi di comproprietà, per la quota indivisa in ragione di un terzo, anche della società Immobiliare 2000 S.r.l.; inoltre è necessario che la stessa società trasferisca la volumetria edificatoria di 150 mq. di superficie complessiva di cui è titolare sul lotto di terreno.

Il contratto idoneo per realizzare la volontà delle parti è il contratto di messa in comunione con cui i signori Marco e Massimo mettono in comunione con la società Immobiliare 2000 S.r.l. il lotto di terreno edificabile e la stessa società mette in comunione con i signori Marco e Massimo la volumetria edificatoria di 150 mq. di superficie complessiva di cui è titolare. Il contratto di messa in comunione è espressamente previsto dall'art. 1350, n. 3, c.c., in tema di forma del contratto, e dall'art. 2643, n. 3, c.c., in tema di trascrizione. Secondo una tesi non sarebbe un contratto autonomo diverso dall'acquisto di un bene in comune da parte di più persone e la sua trascrizione sarebbe una normale trascrizione, ai sensi dell'art. 2643, n. 1, c.c. di un contratto traslativo di un bene immobile; sembra preferibile la tesi che attribuisce al contratto di messa in comunione una sua autonomia poiché può realizzare un assetto di interessi diverso dall'acquisto in comune di un immobile da parte di due soggetti, come nel caso in cui, ad esempio, tre soggetti proprietari esclusivi ciascuno di un immobile intendano creare una comunione dei tre immobili. Elementi essenziali e peculiari della messa in comunione sono, da una parte, la volontà dei soggetti di trasferire il diritto pur restandone

comproprietari e, dall'altra, il collegamento sinallagmatico tra i reciproci trasferimenti che si giustificano reciprocamente. Il contratto presenta qualche affinità con la comunione convenzionale di cui all'art. 210 c.c. con cui due coniugi ampliano la comunione legale introducendovi uno o più immobili di cui erano titolare esclusivi, ad esempio perché acquistati prima del matrimonio oppure per successione o per donazione. Quando i soggetti coinvolti sono due, il contratto di messa in comunione presenta una certa affinità con la permuta.

La cessione di diritti edificatori è ora prevista espressamente dall'art. 2643, n. 2-bis), c.c. che consente il trasferimento di diritti edificatori, comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale e prevede la trascrizione dei contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano diritti edificatori. Pur non essendo stata chiarita la natura dei diritti edificatori, se cioè si tratti di diritti reali oppure di diritti di natura obbligatoria oppure di beni immateriali, è certo che la norma ammette espressamente il loro trasferimento e la pubblicità dello stesso attraverso lo strumento della trascrizione. Nel caso in esame si tratta di un diritto edificatorio previsto da uno strumento di pianificazione territoriale e precisamente un piano urbanistico attuativo, approvato dal Comune di Forlì, per il quale è stata stipulata la convenzione edilizia con il Comune.

La società immobiliare 2000 S.r.l. si trova in una situazione di difficoltà economica che ha portato alla omologazione di un concordato preventivo, con continuità aziendale. Si tratta di una procedura concorsuale alternativa rispetto al fallimento. La recente riforma delle procedure concorsuali ha relegato il fallimento ad *extrema ratio* ed ha valorizzato l'autonomia privata consentendo al debitore di individuare il contenuto e la struttura della proposta da effettuare ai creditori, attribuendo al giudice un ruolo di mero controllore del rispetto delle procedure di legge, con il limite dell'evidente non fattibilità del piano proposto ai creditori. Un aspetto rilevante del concordato preventivo è la possibilità per il debitore di continuare l'attività d'impresa al fine della conservazione del valore dell'azienda e di realizzare la soddisfazione parziale dei creditori. Ai sensi dell'art. 167 l. fall., durante la procedura di concordato preventivo il debitore conserva l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa, sotto la vigilanza del commissario giudiziale. Per il compimento di operazioni di gestione straordinaria è richiesta la preventiva autorizzazione del giudice delegato alla procedura di concordato preventivo che nel caso in esame si dà per acquisita prima della stipula dell'atto (cfr. art. 167, comma 2, l. fall.).

I signori Marco e Massimo chiedono quale condizione per l'accettazione della transazione che le tre villette con i tre garages pertinenziali interrati siano, fin dalla loro edificazione, di proprietà esclusiva degli stessi Marco, Massimo e società Immobiliare 2000 S.r.l., in deroga al principio dell'accessione, e si crei una situazione di comproprietà esclusivamente per il vialetto pedonale di accesso alle villette, l'impianto di illuminazione esterna, l'area contatori e la rampa di accesso ai garages interrati, senza la necessità di dover stipulare successivamente altri atti immobiliari traslativi o divisorii. La volontà delle parti può essere realizzata con un contratto di precostituzione di condominio, cioè quel contratto con cui i comproprietari di un'area identificano fin dall'inizio le proprietà esclusive di ciascuno e le proprietà comuni, in maniera che il fabbricato che verrà edificato sul suolo non nasca comune ma risulti già diviso in singole porzioni immobiliari di proprietà esclusiva. Si tratta di un contratto che ha come finalità la espressa deroga al principio dell'accessione in forza del quale "qualunque piantagione, costruzione od opera esistente sopra o sotto il suolo appartiene al proprietario di questo... salvo che risulti diversamente dal titolo o dalla legge" (art. 934 c.c.). Il contratto di condominio precostituito è previsto in maniera embrionale dalla norma citata che ammette la deroga al principio dell'accessione derivante dal titolo di acquisto. Il condominio precostituito si differenzia dalla divisione di cosa futura che presuppone una situazione di comunione destinata ad essere sciolta con il contratto di divisione. Questo contratto ha una funzione divisoria di scioglimento di una comunione mediante assegnazione di beni di valore corrispondente alle quote ideali di comproprietà sulla massa comune mentre il condominio precostituito evita il sorgere di una comunione mediante la deroga al principio dell'accessione.

Va verificata l'applicabilità al caso in esame della disciplina della vendita degli immobili sulla carta di cui al d.lgs. n. 122/2005 che prescrive una serie di tutele a favore degli acquirenti di immobili da costruire, quali la consegna da parte dell'impresa di una fideiussione bancaria o assicurativa a garanzia delle somme che il costruttore ha riscosso prima del trasferimento dell'immobile e di un'assicurazione postuma decennale a garanzia della responsabilità del costruttore di cui all'art. 1669 c.c. I signori Marco e Massimo trasferiscono una quota di comproprietà del lotto edificabile a fronte dell'obbligo della società acquirente di realizzare la costruzione delle villette, per cui sembra integrato il presupposto contrattuale del d.lgs. n. 122/2005. L'applicazione della normativa di cui al d.lgs. n. 122/2005 è, di contro, esclusa dall'art. 1, lettera d) del citato decreto in base al quale il presupposto oggettivo per l'applicazione dell'intera normativa consiste nell'avvenuta richiesta al comune del permesso di costruire. Nel caso in esame non risulta ancora richiesto al comune il permesso di costruire.

I signori Marco e Massimo desiderano, inoltre, che sia previsto fin dalla edificazione, e sia opponibile agli aventi causa dei proprietari delle villette, il divieto di destinare le villette ad ufficio, il divieto di depositare oggetti, cicli e motocicli nelle aree comuni ed il divieto di svolgere attività rumorose nell'orario dalle 22.00 alle 7.00. Il regolamento di condominio ha la funzione di disciplinare il godimento delle parti comuni condominiali, il funzionamento degli organi del condominio e la contribuzione dei condomini alle spese necessarie al godimento ed alla manutenzione delle parti comuni condominiali. Eventuali limitazioni ai diritti di singoli condomini sulle parti comuni dell'edificio oppure sulle proprietà esclusive esulano dalla nozione di regolamento di condominio ed hanno natura di vere e proprie servitù reciproche costituite a favore e contro le singole unità immobiliari. Poiché hanno natura contrattuale, tali limitazioni non possono essere approvate a maggioranza dall'assemblea dei condomini ma debbono essere approvate dai condomini *uti singuli* affinché siano ad essi opponibili. Spesso tali limitazioni sono contenute nei regolamenti di condominio c.d. contrattuali, predisposti dal costruttore ed approvati dai singoli condomini contestualmente all'acquisto della propria unità immobiliare. Trattandosi di vere e proprie servitù, cioè di limitazioni della singola proprietà immobiliare a favore delle restanti unità immobiliari dell'edificio, per essere opponibili ai successivi acquirenti delle unità immobiliari debbono essere trascritte nei registri immobiliari, ai sensi dell'art. 2643, n. 4), c.c., salvo che non siano state richiamate nell'atto di acquisto dell'unità immobiliare ed accettate espressamente dall'acquirente. Trattasi, più precisamente, di servitù a favore e contro un edificio da costruire per cui la servitù sarà costituita dal giorno in cui l'edificio si intenderà realizzato, con la dichiarazione di fine lavori presentata in comune (cfr. art. 1029, comma 2, c.c.). Secondo la tesi preferibile, coerentemente con il principio in base al quale la costituzione della servitù è rinviata alla realizzazione del fabbricato, la trascrizione dovrà essere effettuata quando l'edificio sarà stato ultimato, indicando nella nota di trascrizione i dati di identificazione catastale del fabbricato.