

Consiglio Nazionale del Notariato

Studio n. 31-2026/P

IL DIVIETO DI STIPULA DELL'ART. 8 D.LGS. 122/2005 IN PRESENZA DI FORMALITÀ PREGIUDIZIEVOLI

di Camilla Pelizzatti

(Approvato dalla Commissione Studi Pubblicistici il 02.07.2026)

Abstract

Il divieto di stipula imposto al notaio dall'art. 8 del d.lgs. 122/2005 in presenza di ipoteche non frazionate ovvero di iscrizioni ipotecarie o pignoramenti non cancellati costituisce lo strumento attraverso il quale il legislatore ha inteso garantire l'effettività dell'impianto normativo di protezione dell'acquirente di immobile da costruire, evitando che le tutele da esso previste possano essere vanificate al momento della compravendita.

Muovendo dalla ratio della norma, lo studio ne esamina l'ambito di applicazione, il funzionamento, le conseguenze della sua violazione e le fattispecie negoziali interessate dal divieto di stipula, proponendo una soluzione interpretativa per superare le criticità poste dalla norma nella contrattazione con effetti reali differiti.

Da ultimo, lo studio sottopone ad esame le tecniche negoziali proposte da una parte della dottrina per superare il divieto di stipula prima del perfezionamento del titolo per la cancellazione o il frazionamento, nei casi in cui il suo rispetto potrebbe porsi in contrasto con un interesse concreto e meritevole di tutela del contraente debole.

Sommario: 1. Inquadramento generale; 2. Il divieto di stipula previsto dall'art. 8 d.lgs. n. 122/2005: contenuto della disposizione, violazione del divieto, conseguenze; 3. Condizioni per la stipula dell'atto; 4. Le formalità pregiudizievoli rilevanti ai fini dell'art. 8; 5. L'ambito applicativo dell'art. 8; 6. Le fattispecie negoziali di applicazione del divieto; 7. Divieto di stipula e strumenti negoziali alternativi

1. Inquadramento generale

1.1 Il rischio economico nell'acquisto di immobili da costruire

La contrattazione avente ad oggetto immobili da costruire presenta, sul piano economico e giuridico, peculiari profili di rischio che la distinguono sensibilmente dalle ordinarie operazioni di trasferimento immobiliare.

L'acquirente assume obbligazioni patrimoniali rilevanti, investendo i propri risparmi nell'acquisto di un immobile ancora da edificare o la cui costruzione non risulta essere stata ultimata e che, spesso, è destinato ad essere realizzato nell'ambito di complesse operazioni di finanziamento dell'attività edificatoria.

Non di rado, infatti, l'iniziativa edilizia è finanziata mediante mutui assistiti da ipoteca iscritta sull'area o sul fabbricato in corso di costruzione, con la conseguenza che, in assenza di adeguate

cautele, l'acquirente potrebbe trovarsi esposto al rischio di subire l'espropriazione del bene acquistato per debiti contratti dal costruttore.

In questo contesto emerge con particolare evidenza una situazione di asimmetria economica ed informativa tra le parti del rapporto, nella quale l'acquirente persona fisica si trova esposto al rischio derivante dall'eventuale insolvenza del costruttore o dall'esistenza di formalità pregiudizievoli gravanti sull'immobile destinato ad essere edificato.

Il legislatore, consapevole della inadeguatezza degli ordinari strumenti offerti dal codice civile rispetto alla particolare rischiosità economica delle operazioni relative agli immobili da costruire, ha quindi introdotto uno speciale sistema di protezione volto alla tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di tali beni mediante il d.lgs. 20 giugno 2005 n. 122, emanato in attuazione della legge delega 2 agosto 2004 n. 210 ed entrato in vigore il 21 luglio 2005. Il decreto appresta uno specifico apparato di tutele per le persone fisiche che investono i propri risparmi assumendo rischi particolarmente elevati, connessi a operazioni economiche aventi ad oggetto immobili ancora da edificare o la cui costruzione non risulti essere stata ultimata versando in uno stadio tale da non consentire il rilascio del certificato di agibilità¹.

In tale prospettiva si colloca l'articolo 8 del decreto legislativo che - in attuazione dei principi contenuti nell'articolo 3 lettera n) della legge delega 210/2004² - introduce una norma che vieta al notaio di 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"*.

1.2 Le criticità della disciplina del diritto comune e la specialità dell'articolo 8

Ai fini di un corretto inquadramento della fattispecie di cui all'art. 8 del d.lgs. n. 122/2005, occorre muovere dalle disposizioni contenute nel codice civile che disciplinano i rimedi e le tutele riconosciute all'acquirente in caso di inadempimento del venditore, con particolare riferimento all'ipotesi in cui il bene sia gravato da garanzie reali o da altre formalità pregiudizievoli³.

¹ Il Decreto legislativo 20 giugno 2005 n. 122 (di attuazione alla legge 2 agosto 2004 n. 210 entrato in vigore il 21 luglio 2005) ha inteso potenziare, rispetto al normale apparato dei rimedi civilistici basato sulla presunzione di una sostanziale posizione di parità dei contraenti, la tutela di persone fisiche che investono i propri risparmi assumendo rischi particolarmente elevati, connessi a operazioni economiche aventi a oggetto immobili ancora da edificare o la cui costruzione non risulti essere stata ultimata versando in stadio tale da non consentire il rilascio del certificato di agibilità.

Tale apparato di tutele, nel suo complesso, è rivolto all'obiettivo di proteggere il risparmio, in attuazione dell'art. 47 Cost. Alcune norme, tuttavia, quali gli artt. 9 e 10 del d.lgs. n. 122 del 2005, perseguono anche la primaria esigenza di difendere il diritto inviolabile all'abitazione (art. 2 Cost.). Così Corte Costituzionale, sentenza 12 gennaio - 24 febbraio 2022, n. 43 (in G.U. 1a s.s. 02/03/2022, n. 9). Il quadro dei rimedi offerti scandisce differenti momenti dell'articolata vicenda.

Alcune tutele sono correlate alla stipula del contratto a effetti obbligatori o reali differiti (artt. 2, 3 e 6 del decreto); altre operano all'atto del trasferimento della proprietà (art. 4) o in vista del contratto a effetti traslativi (artt. 7 e 8), altre ancora scaturiscono ex lege al verificarsi di particolari circostanze successive all'originario atto di acquisto (art. 9 prelazione, art. 10 esonerazione revocatoria fallimentare).

Il pacchetto di tutele introdotto dal d.lgs. 122/2005 è stato ulteriormente potenziato con le novità introdotte dal d.lgs. 12 gennaio 2019 N. 14 (cd. Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, artt. 385, 386, 387, 388 e 389) (che, come noto, si applicano ai contratti aventi ad oggetto immobili da costruire per i quali il titolo abilitativo edilizio sia stato richiesto o presentato successivamente alla data di entrata in vigore del decreto stesso (16 marzo 2019)).

² Art. 3 (Principi e criteri direttivi della delega legislativa) 1. I decreti legislativi di cui all'articolo 1 sono informati ai seguenti principi e criteri direttivi: n) prevedere norme dirette a rendere effettivo il diritto dell'acquirente al perfezionamento degli atti indicati all'articolo 39, comma 6, del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e all'eventuale cancellazione dell'ipoteca o del pignoramento gravante sull'immobile da costruire, assicurando che gli atti che permettono l'esecuzione delle formalità nei registri immobiliari siano posti in essere prima della stipula dell'atto definitivo di compravendita, o contestualmente alla stessa.

³ G. PETRELLI, Gli acquisti di immobili da costruire, Milano 2005 p. 307 e ss. "La disposizione è stata introdotta per risolvere un problema spesso manifestatosi nel passato: quello della tutela dell'acquirente a fronte di iscrizioni ipotecarie, o trascrizioni di

Secondo la disciplina ordinaria, qualora il bene acquistato risulti gravato da ipoteche o da vincoli derivanti da pignoramento o sequestro, non dichiarati dal venditore e ignorati dal compratore, quest'ultimo può avvalersi dei rimedi previsti dall'art. 1482 c.c., sospendendo il pagamento del prezzo⁴ e facendo inoltre richiesta al giudice di fissare un termine alla scadenza del quale, se la cosa non è liberata, il contratto è risolto con obbligo per il venditore di risarcire il danno.

Come ha chiarito la giurisprudenza di legittimità (Cass., sez. II, 30 luglio 2004, n. 14583⁵), la disciplina di cui all'art. 1482 c.c. non esaurisce il novero dei rimedi esperibili, ma si configura quale strumento di rafforzamento della posizione dell'acquirente, restando ferma la possibilità di agire con l'azione di risoluzione ove ne ricorrano i presupposti. Tuttavia, l'operatività di tali strumenti è strettamente connessa allo stato soggettivo dell'acquirente⁶: la conoscenza, o conoscibilità, del vincolo comporta una sostanziale accettazione del peso gravante sul bene e preclude il ricorso ai rimedi previsti dall'art. 1482 c.c.

Ne consegue che, nell'ambito della disciplina codicistica, la tutela dell'acquirente risulta in larga parte affidata a rimedi eventuali e successivi, sino a ridursi, in alcune ipotesi, alla sola garanzia per evizione.

Tale apparato rimediale, oltre ad operare su un piano essenzialmente successivo, risulta inoltre nella disponibilità delle parti, poiché l'acquirente può rinunciare alle relative tutele e concludere comunque il contratto definitivo nonostante la presenza di gravami. Ciò ne evidenzia l'inadeguatezza nel contesto della disciplina degli immobili da costruire, in cui l'esigenza di tutela si colloca già nella fase genetica del contratto, caratterizzata da una marcata asimmetria tra le parti.

I limiti delle tutele offerte all'acquirente dal codice civile, rispetto agli interessi protetti dal legislatore con la speciale disciplina in materia di immobili da costruire non si esauriscono, tuttavia, in una mera inadeguatezza, ma si atteggiavano in termini di vera e propria incompatibilità strutturale. L'art. 6 d.lgs. n. 122/2005, nel disciplinare il contenuto del contratto preliminare (e quello di 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), impone che esso debba indicare *“h) l'eventuale esistenza di ipoteche o trascrizioni pregiudizievoli di qualsiasi tipo sull'immobile con l'indicazione 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”*.⁷

pignoramenti, di cui magari veniva promesso il frazionamento, o la cancellazione, all'atto della stipula del contratto di compravendita, ma che in realtà non venivano poi frazionate o cancellate, con conseguente grave pregiudizio dell'acquirente, e possibile assoggettamento dell'immobile dallo stesso acquistato ad espropriazione forzata per il soddisfacimento di un debito altrui; in un contesto in cui la giurisprudenza escludeva che il frazionamento del mutuo e dell'ipoteca, se non espressamente promesso, rientrasse tra le obbligazioni principali del venditore.”.

⁴ La facoltà del compratore di sospendere il pagamento del prezzo, a norma dell'art. 1482 c.c., rappresenta una applicazione alla compravendita del principio generale *“inadimplenti non est adimplendum”* di cui all'art. 1460 c.c.. La ratio di questa previsione è stata rinvenuta dalla dottrina nell'effetto del trasferimento del diritto e nella relativa esigenza di trasferirlo all'acquirente privo di vincoli, che possano successivamente comportarne la perdita, cfr LUMINOSO, *La vendita*, in *Trattato di dir. civ. e comm.* diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 2014, p. 236

⁵ in *Mass. Giur. Cass.*, 2004, 4.

⁶ “La tutela concessa dall'art. 1482 c.c., per l'ipotesi in cui la cosa venduta sia gravata da vincoli o garanzie reali, presuppone l'ignoranza degli stessi da parte del compratore e non opera nel caso in cui questi sia conscio dell'esistenza dei vincoli: in quest'ultimo caso il compratore, nonostante l'inesatto adempimento del venditore, dovrà attendere gli sviluppi della situazione con la conseguenza che, se il vincolo si estingue, il rapporto sarà regolarizzato, se invece sopravviene l'evizione, il compratore potrà avvalersi della relativa garanzia” Trib. Messina 24 maggio 2006, n. 2345, *Juris Data - Giurisprudenza locale*, Messina 2006.

⁷ Come precisa G. RIZZI, in *Studio n. 5814/C - Il decreto legislativo 122/2005: il contenuto del contratto preliminare*, www.notariato.it, “nel caso l'immobile da trasferire sia gravato da ipoteche o trascrizioni pregiudizievoli di qualsiasi tipo vanno indicati

Tale previsione, che impone la piena conoscibilità, sin dalla fase preliminare, della situazione giuridica dell'immobile, mediante la analitica elencazione delle formalità pregiudizievoli che su di esso insistono, incide in modo diretto sull'operatività dei rimedi di cui all'art. 1482 c.c., i quali presuppongono l'ignoranza da parte dell'acquirente in ordine all'esistenza del gravame sul bene⁸. In altre parole, se il sistema a protezione degli acquisti di immobile da costruire si arrestasse a tale previsione, la regola di trasparenza introdotta dall'art. 6 finirebbe, paradossalmente, per tradursi in un indebolimento della tutela dell'acquirente: proprio perché pienamente informato, egli verrebbe privato dei rimedi preventivi approntati dall'articolo 1482 del codice civile.

Alla luce delle considerazioni che precedono, si può meglio apprezzare la portata dell'art. 8 d.lgs. n. 122/2005 che – in attuazione dei principi contenuti nella legge 210/2004 – introduce un divieto di stipula, diretto al notaio, volto ad impedire la conclusione di atti traslativi suscettibili di esporre l'acquirente al rischio di perdere il bene acquistato a causa di debiti del costruttore. La norma dell'articolo 8 segna quindi un mutamento di paradigma rispetto al modello tradizionale del diritto delle obbligazioni: alla logica rimediale e dispositiva del codice civile si sostituisce, nelle operazioni immobiliari aventi ad oggetto un immobile da costruire, una logica preventiva e imperativa⁹, che sottrae alle parti la gestione del rischio contrattuale e affida all'ordinamento – attraverso il controllo notarile – la tutela anticipata dell'acquirente.

La disposizione sottrae alle parti la possibilità di disporre liberamente delle tutele predisposte dall'ordinamento, attribuendo al notaio, che funge da sommo garante a protezione di interessi ritenuti meritevoli di tutela rafforzata dall'ordinamento, un ruolo centrale nel sistema di protezione dell'acquirente.

2. Il divieto di stipula previsto dall'art. 8 d.lgs. n. 122/2005: contenuto della disposizione, violazione del divieto, conseguenze

Alla luce dell'analisi sin qui svolta, l'art. 8 del d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122 si configura come disposizione cardine del sistema di tutela dell'acquirente di immobile da costruire, destinata a

– 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 obblighi che col medesimo contratto preliminare il promittente venditore assuma 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”.

⁸ Tali considerazioni sono quanto mai attuali a fronte della previsione che il contratto preliminare (ed ogni altro contratto che sia comunque diretto al successivo acquisto in capo ad una persona fisica della proprietà o di altro diritto reale su un immobile "da costruire" debbano essere stipulati per atto pubblico o per scrittura privata autenticata (art. 6 d.lgs. 122/2005), introdotta dal Codice della Crisi di Impresa.

Oltre all'obbligo di trascrizione del preliminare (articolo 2645-bis C.C.), che determina l'ampliamento delle tutele in capo al promissario acquirente con il beneficio dell'effetto "prenotativo" della trascrizione oltre che del privilegio speciale di cui all'articolo 2775-bis CC, l'uso della forma pubblica o autentica implica che il notaio esegua il c.d. "controllo di legalità" sull'intera fase della contrattazione.

Dalle norme degli articoli 6 e 8 del d.lgs. 122/2005, letti in combinato disposto con la norma dell'art. 5 comma 1-bis del d.lgs. 122/2005 (che vieta la rinuncia alle tutele del TAIC da parte del contraente debole), dovrebbe discendere l'obbligo in capo al notaio, non dispensabile in quanto funzionale alla tutela di superiori interessi pubblicistici e non disponibili dalle parti, di eseguire le visure ipotecarie sin dal preliminare.

⁹ G. PETRELLI, op. cit., p.308 "Il legislatore ha voluto ora risolvere - nell'ambito della contrattazione avente ad oggetto immobili da costruire a favore di persone fisiche - il problema in modo imperativo, vietando in radice la stipula del contratto definitivo in presenza di ipoteche non frazionate, o di ipoteche o pignoramenti non cancellati."

colmare le lacune strutturali della disciplina codicistica ed a prevenire i rischi connessi alla presenza di ipoteche non frazionate, o di iscrizioni ipotecarie o pignoramenti non cancellati.

Alle lodevoli intenzioni del legislatore si contrappone, tuttavia, la formulazione della disposizione, che ha dato luogo a numerose incertezze interpretative¹⁰.

Il primo profilo problematico deriva dal fatto che la norma¹¹ non prevede un divieto generale ed assoluto di concludere il contratto, e nemmeno individua una specifica sanzione per il caso in cui il notaio proceda alla stipula in violazione del divieto a lui imposto.

Parte della dottrina, facendo leva sulla natura imperativa della norma, ha dedotto che dalla sua violazione debba derivare la nullità del contratto stipulato in contrasto con il divieto¹².

L'orientamento prevalente invece, esclude che la norma in esame abbia carattere imperativo, atteso che essa protegge l'interesse soltanto di una delle parti della contrattazione, cioè quello dell'acquirente parte debole del rapporto¹³ che, attraverso il divieto posto a carico del notaio, ottiene il frazionamento del finanziamento e della relativa garanzia ipotecaria e la cancellazione delle formalità pregiudizievoli prima dell'acquisto.

In questa prospettiva si è rilevato che *“se il legislatore avesse voluto tutelare un interesse pubblico generale avrebbe dovuto porre un divieto assoluto, rivolto a tutti, ed in primis alle parti, e non rivolto ai soli Notai”*¹⁴. La scelta normativa evidenzia invece la volontà di coinvolgere il notaio – quale soggetto attraverso il cui ministero si realizza la generalità delle operazioni di trasferimento immobiliare – in una funzione di controllo e di protezione dell'acquirente, *“fissando quella che potremo definire una regola di comportamento per i Notai e non certo una norma imperativa, volta a perseguire un interesse pubblico e generale.”*¹⁵.

Aderendo a tale posizione, fatta propria anche dagli studi del notariato¹⁶, la violazione del divieto non determina l'invalidità dell'atto stipulato, ma comporta piuttosto conseguenze sul piano della

¹⁰ Nonostante ciò, il legislatore non ha ritenuto di apportare alla norma alcuna modifica, correzione o precisazione; il dato normativo è infatti rimasto inalterato sin dall'entrata in vigore delle disposizioni di cui al d.lgs. 122/2005.

¹¹ Come chiarisce A. SEMPRINI, *Il perimetro applicativo dell'art. 8 d.lgs. n. 122/2005 (a proposito di immobili in costruzione)*, Contratto e impresa 3/2020, p. 1228 e ss. “è stato proprio il disposto normativo introdotto a far sorgere alcune incertezze, lasciando «formalmente» scoperti quei casi in cui tale operazione non sia posta in essere con un atto notarile ma mediante scrittura privata, oppure facendo sorgere alcuni dubbi in relazione alle fattispecie contrattuali diverse dalla compravendita.”

¹² I tal senso, DOLMETTA, *Le modifiche alla disciplina del frazionamento di ipoteca nello schema del decreto legislativo 18 febbraio 2005*, in Atti del Convegno Paradigma, Milano, 14 aprile 2005, p. 16. La posizione è condivisa anche da G. Petrelli, op. cit., p. 328, che ritiene che la sanzione della nullità del contratto sia quella “maggiormente aderente al dato positivo, in considerazione dell'obiettivo del legislatore, desumibile dal complesso delle disposizioni del decreto in commento, che è quello di tutelare l'acquirente a prescindere dalle tipologie negoziali utilizzate e dalle strutture formali impiegate. D'altra parte, la norma che vieta la stipulazione dei contratti in presenza di determinate formalità pregiudizievoli, ed in assenza di frazionamento e cancellazione, non può che qualificarsi come norma imperativa (genere, quest'ultimo, nel quale rientra anche la species delle norme proibitive), con la conseguenza che la relativa violazione comporta la nullità del contratto, a norma dell'art. 1418, comma 1, c.c.”. Secondo l'autore, si dovrebbe trattare di “nullità virtuale, che si atteggia nel caso di specie come nullità relativa, in quanto posta a tutela di una soltanto delle parti del contratto: sarebbe, infatti, assurdo consentire al venditore di far valere l'invalidità del contratto, pregiudicando ulteriormente l'interesse dell'acquirente nel caso in quest'ultimo avesse, viceversa, interesse a mantenere il contratto in vita.”. In quanto nullità di protezione, sempre secondo Petrelli, sarebbe possibile una sua convalida a seguito della successiva stipula degli atti che consentono la cancellazione o il frazionamento, previsti all'art. 8.

¹³ I tal senso G. RIZZI, *Il divieto di stipula relativo a immobili da costruire: disciplina vigente e nuove prospettive*, Notariato 4/2019, p. 391 e ss., che richiama la sua posizione già sostenuta nel precedente Studio 5812/C, Decreto legislativo 122/2005: assicurazione indennitaria, frazionamento del mutuo, revocatoria fallimentare e le altre novità legislative, est. G. RIZZI, approvato dalla Commissione Studi Civilistici del Consiglio Nazionale del Notariato il 20 luglio 2005, p. 18-19. Del medesimo avviso, anche A. SEMPRINI, op. cit., p. 1229; Comitato interregionale dei consigli notarili delle Tre Venezie – Orientamenti civilistici, L'ambito di applicazione dell'art. 8 d.lgs. 20 giugno 2005 n. 122, elaborato dalla Commissione Civile 1 coordinata dai notai Rizzi e Bullo, p. 10-11.

¹⁴ Così G. RIZZI, *Il divieto di stipula relativo a immobili da costruire: disciplina vigente e nuove prospettive*, Notariato 4/2019, p. 396

¹⁵ Così sempre G. RIZZI, *Il divieto di stipula relativo a immobili da costruire: disciplina vigente e nuove prospettive*, Notariato 4/2019, p. 396

¹⁶ Vedi nota 12

responsabilità del notaio, sia sotto il profilo risarcitorio che sotto quello disciplinare¹⁷, dovendosi comunque escludere l'applicazione dell'articolo 28 L.N..

3. Condizioni per la stipula dell'atto

Il secondo profilo problematico, anch'esso riconducibile alla imprecisa formulazione della norma, concerne la individuazione delle condizioni che devono essere soddisfatte perché l'atto possa essere legittimamente stipulato.

L'art. 8 dispone infatti che il notaio non possa procedere alla stipula dell'atto di compravendita se non si sia proceduto, anteriormente o contestualmente, *“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”*. Tuttavia, non specifica in quali casi debba farsi luogo alla formalità del frazionamento piuttosto che della cancellazione del gravame. Non solo. La norma pare prevedere, come alternative, la suddivisione del finanziamento in quote e il frazionamento dell'ipoteca, laddove si tratta, in realtà, di adempimenti distinti ma tra loro strettamente connessi, attinenti ai diversi elementi della medesima operazione.

Le incertezze interpretative sopra evidenziate non hanno un rilievo meramente teorico, ma si riflettono sulla individuazione del perimetro della operatività del divieto di stipula e, conseguentemente, sull'ambito della responsabilità del notaio. In tale contesto, appare condivisibile la lettura sistematica proposta dal notariato all'indomani dell'entrata in vigore del decreto legislativo n. 122/2005 e fatta propria dalla migliore dottrina¹⁸, che ha delineato le seguenti conclusioni operative:

- i) ai fini della stipula non è sufficiente la sola suddivisione del finanziamento in quote, ma è altresì necessario il correlativo frazionamento della relativa ipoteca iscritta a garanzia;
- ii) la suddivisione del finanziamento in quote ed il correlativo frazionamento dell'ipoteca legittimano la stipula esclusivamente nell'ipotesi in cui l'acquirente si accoli una quota del mutuo¹⁹;
- iii) la cancellazione dell'iscrizione ipotecaria è invece necessaria in tutte le ipotesi in cui il debito garantito non venga accollato dall'acquirente. Si tratterà di cancellazione totale nel caso in cui l'ipoteca sia iscritta esclusivamente sull'immobile oggetto di compravendita; nel caso di ipoteca iscritta su una pluralità di beni, sarà invece necessario e sufficiente che essa venga cancellata dai

¹⁷ Così A. SEMPRINI, op. cit., p. 1229, che alla nota 10) precisa che, “esclusa la nullità, dovrebbe parimenti escludersi l'applicazione dell'art. 28, l. 16 febbraio 1913 (legge notarile), n. 89, a carico del notaio.”

¹⁸ G. RIZZI, Il d.lgs. 122 del 2005: assicurazione indennitaria, frazionamento del mutuo, revocatoria fallimentare e le altre novità legislative, Studio 5812/C approvato dalla Commissione Studi Civilistici del C.N.N. il 20 luglio 2005, in Studi e Materiali, Milano, 2005, 1022; cfr. sempre G. RIZZI, Il divieto di stipula relativo a immobili da costruire: disciplina vigente e nuove prospettive, Notariato 4/2019; G. PETRELLI, op. cit., p. 310 e ss.. Come osserva Semprini, op. cit., p. 1229-1230, “La norma parla di «suddivisione del finanziamento in quote» oppure di «perfezionamento di un titolo per la cancellazione o frazionamento dell'ipoteca a garanzia». Prima facie, quindi, la congiunzione disgiuntiva che separa le due opzioni (“o”), dovrebbe interpretarsi letteralmente nel senso che, per disinnescare siffatto divieto, sia sufficiente porre in essere la prima o la seconda attività. In realtà, però, come messo in luce anche dalla maggioranza degli interpreti, non sempre potrà operare tale scelta alternativa. Al riguardo, infatti, deve sottolinearsi che, nell'ottica della tutela di un acquirente di immobile da costruire, la sola suddivisione del finanziamento in quote non può considerarsi sufficiente laddove non venga anche frazionata la correlata ipoteca, poiché il diritto reale a garanzia del creditore continuerebbe a permanere sull'intero immobile trasferito. Giocoforza, in questo specifico caso, a prescindere dall'esistenza di un accollo del compratore, dovrà ritenersi necessaria sia la suddivisione del mutuo sia un titolo per il frazionamento della ipoteca iscritta: la congiunzione disgiuntiva (“o”) di cui all'art. 8, laddove necessario, dovrà quindi interpretarsi come congiunzione copulativa (“e”).”

¹⁹ In difetto di frazionamento del finanziamento, l'acquirente verrebbe a rispondere solidalmente per l'intero debito contratto dal costruttore medesimo. La suddivisione del mutuo di cui all'art. 39 TUB e il correlato frazionamento dell'ipoteca non si risolvono in una mera rinuncia del creditore all'indivisibilità della garanzia, prevista dall'articolo 2809 c.c., ma comportano la trasformazione del rapporto originario in una pluralità di rapporti distinti. Ciascuna quota di finanziamento, infatti, viene correlata ad una specifica porzione immobiliare ed assume una propria autonoma configurazione, cui corrisponde una distinta frazione di garanzia ipotecaria, il cui grado ipotecario coincide con quello dell'ipoteca originaria. Così Risoluzione Agenzia Entrate n. 23/E del 19 giugno 2026.

cespiti oggetto di trasferimento.

Un ulteriore aspetto rilevante per l'attività notarile riguarda l'individuazione del momento in cui devono ritenersi soddisfatte le condizioni richieste dall'art. 8 d.lgs. n. 122/2005 ai fini della legittima stipulazione dell'atto di compravendita.

L'interpretazione unanimemente condivisa è che, ai fini della stipula, sia sufficiente la formazione del titolo idoneo a produrre tali effetti, senza che sia anche necessario il previo suo annotamento presso i registri immobiliari²⁰.

In tal senso depone il dato letterale della norma, che fa riferimento al "perfezionamento del titolo" per la cancellazione o il frazionamento, senza richiedere espressamente anche l'avvenuta esecuzione delle formalità pubblicitarie conseguenti, e che ammette che tali adempimenti possano essere posti in essere anche "contestualmente" alla stipula dell'atto di compravendita. Al momento della stipula è quindi sufficiente che siano stati formati il titolo necessario al frazionamento del mutuo e dell'ipoteca, o l'atto di assenso alla cancellazione (totale o parziale) dell'iscrizione ipotecaria, ovvero il provvedimento giudiziale di cancellazione dell'ipoteca o del pignoramento, mentre è irrilevante che si sia provveduto al relativo annotamento nei registri immobiliari.

A diverse conclusioni deve invece giungersi con riferimento al procedimento di cancellazione automatica e semplificata regolato dall'art. 40 bis del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (Testo Unico bancario), che riguarda le ipoteche iscritte a garanzia di mutui o finanziamenti bancari una volta che il debito è stato estinto. Il procedimento ivi previsto, infatti, non consente di ottenere, contestualmente alla estinzione del debito, un titolo immediatamente idoneo alla cancellazione dell'ipoteca²¹. Solo una volta decorso il termine dei trenta giorni concesso al creditore per inoltrare la comunicazione di "permanenza dell'ipoteca", il conservatore può procedere d'ufficio alla cancellazione del gravame.

Ne consegue che, ogniqualvolta si renda necessario disporre, al momento della stipula, di un titolo idoneo alla cancellazione dell'iscrizione ipotecaria – come richiesto dall'art. 8 d.lgs. n. 122/2005 – occorrerà necessariamente ricorrere all'atto notarile di assenso alla cancellazione ai sensi dell'art. 2882 codice civile, nell'ipotesi in cui l'estinzione del mutuo avvenga contestualmente alla stipula del contratto definitivo: in tali casi, la disciplina di cui all'art. 40-bis T.U.B. non è idonea a soddisfare il requisito del "perfezionamento del titolo" richiesto dalla normativa speciale, con la conseguenza che essa non può trovare applicazione nell'ambito delle operazioni soggette alla disciplina del decreto legislativo 20 giugno 2005, n. 122.

Di contro, non sussistono impedimenti alla stipula nell'ipotesi in cui, a seguito dell'invio della comunicazione relativa alla quietanza attestante la data di estinzione dell'obbligazione da parte della banca con la procedura di cui all'art. 40-bis T.U.B. e dell'avvenuto decorso del termine di trenta giorni dall'estinzione dell'obbligazione, il Conservatore dei registri immobiliari abbia già provveduto alla cancellazione d'ufficio dell'ipoteca. Anche in tal caso, infatti, l'ipoteca deve ritenersi ormai definitivamente estinta sotto il profilo pubblicitario e l'atto può essere legittimamente stipulato, non sussistendo più alcun vincolo idoneo a giustificare l'operatività del divieto²².

²⁰ Secondo l'insegnamento della Suprema Corte (Cassazione civile sez. II, 24/06/2022, n. 20434, che richiama Cass. n. 4478/2014 (entrambe reperibili in DeJure), la clausola contrattuale, con la quale il promittente venditore assuma l'impegno di curare, a proprie spese, l'estinzione dell'ipoteca prima del rogito notarile, deve essere interpretata nel senso che l'obbligo va considerato assolto con l'estinzione per pagamento dell'obbligazione garantita, corredata del consenso del creditore ipotecario alla cancellazione, rilasciato con scrittura autenticata dal notaio che abbia presentato al conservatore l'atto fondante la richiesta, essendo contrario a buona fede ritenere, viceversa, necessario anche il completamento della formalità della cancellazione entro il termine pattuito.

²¹ Fra i primi commentatori della norma, C. CALDERONI, «Il procedimento di "cancellazione" delle ipoteche estinte a seguito di regolare adempimento del mutuo nella L. n. 40 del 2007», in *Notariato*, 2008, p. 104 e ss.;

²² Su questo punto, vedi amplius G. RIZZI, *Il divieto di stipula relativo a immobili da costruire: disciplina vigente e nuove prospettive*, *Notariato* 4/2019, p. 395. La posizione è ripresa anche in Comitato interregionale dei consigli notarili delle Tre Venezie – Orientamenti civilistici, *L'ambito di applicazione dell'art. 8 Dlgs 20 giugno 2005 n. 122*, elaborato dalla Commissione Civile 1 coordinata dai notai

4. Le formalità pregiudizievoli rilevanti ai fini dell'art. 8

Quanto alla individuazione dei gravami e delle formalità pregiudizievoli rilevanti ai fini della operatività del divieto di stipula, l'art. 8 d.lgs. n. 122/2005 prende in considerazione esclusivamente le ipoteche e i pignoramenti.

Con riferimento alle prime, benché la norma faccia espresso riferimento alle sole ipoteche derivanti da finanziamenti, appare preferibile ritenere che debbano intendersi ricomprese anche le ipoteche volontarie iscritte per debiti non discendenti da finanziamento, oltre che quelle legali e quelle giudiziali. Detta interpretazione è in linea con la ratio della norma, volta a tutelare l'acquirente dal rischio di acquistare un bene gravato da quelle formalità pregiudizievoli²³ che, per loro intrinseca natura, incidono direttamente sulla stabilità dell'acquisto, esponendo il bene all'azione esecutiva dei creditori e, quindi, al concreto rischio di espropriazione e definitiva perdita da parte dell'acquirente²⁴.

A fronte della natura della disposizione, che introduce un divieto e, come tale, va interpretata restrittivamente, appare preferibile ritenere che il divieto di stipula di cui all'art. 8 non trovi invece applicazione in presenza di formalità pregiudizievoli diverse da quelle espressamente ivi indicate²⁵.

La norma non contempla infatti le ulteriori eventuali formalità pregiudizievoli di diversa natura, quali ad esempio domande giudiziali, sequestri, servitù, obbligazioni propter rem²⁶, né fa alcun riferimento alle trascrizioni di precedenti contratti preliminari prese entro i termini decadenziali previsti dalla legge.

In presenza di un bene gravato da formalità pregiudizievoli e gravami di altra natura, troverà applicazione quanto disposto dall'art. 6, comma 1, lett. h), del decreto legislativo: il contratto dovrà precisare gli obblighi del costruttore connessi a tali formalità pregiudizievoli, precisando se tali obblighi debbano essere adempiuti prima o dopo la stipula del contratto definitivo di vendita.

Rizzi e Bullo, nel sito web del Comitato (www.notaitriveneto.it).

²³ In questo senso, Comitato interregionale dei consigli notarili delle Tre Venezie – Orientamenti civilistici, L'ambito di applicazione dell'art. 8 d.lgs. 20 giugno 2005 n. 122, elaborato dalla Commissione Civile 1 coordinata dai notai Rizzi e Bullo, nel sito web del Comitato (www.notaitriveneto.it).

²⁴ Argomentando secondo questo percorso logico, dovrebbe ritenersi irrilevante ai fini della applicazione del divieto di cui all'art. 8, l'ipoteca solo formalmente iscritta, ma estintasi per decorso del ventennio e non rinnovata. Parrebbe aderire a una interpretazione differente PETRELLI, op. cit., p. 311, che quale corollario dell'assunto per cui "anche l'ipoteca solo formalmente iscritta può rappresentare un pregiudizio per la circolazione dell'immobile, e quindi per l'interesse dell'acquirente", pare ravvisare la sussistenza del divieto di stipula per il notaio in presenza di un'ipoteca che si sia già estinta per prescrizione e comunque di ogni ipoteca, indipendentemente dalla validità dell'iscrizione e della sua opponibilità all'acquirente (quale sarebbe il caso di ipoteca iscritta dopo la trascrizione del contratto preliminare di compravendita).

²⁵ Sebbene non espressamente richiamato fra le formalità rilevanti dall'art. 8, particolare cautela si impone in presenza di un sequestro conservativo sull'immobile. Esso può essere infatti considerato un "pignoramento in fieri": ai sensi dell'art. 686 c.p.c., si converte automaticamente in pignoramento nel momento in cui il creditore ottiene sentenza di condanna esecutiva e, sul piano pubblicitario, la trascrizione del sequestro si trasforma in trascrizione di pignoramento mediante annotazione del provvedimento di condanna ai sensi dell'art. 156 disp. att. c.p.c.. Una lettura sistematica della normativa di protezione dovrebbe quindi portare ad estendere anche al sequestro il divieto di cui all'articolo 8 d.lgs 122/2005, tenuto anche conto che il sequestro è espressamente contemplato, accanto al pignoramento, dall'articolo 1482 cc, di cui si è trattato al paragrafo 1.2.

²⁶ Secondo PETRELLI, op. cit., p. 318, la scelta del legislatore si deve ad una "valutazione legale tipica, peraltro discutibile", che ha ritenuto tali tipologie di formalità pregiudizievoli "statisticamente meno pericolose - in quanto meno ricorrenti, o comunque, se si ha riguardo ad esempio alle servitù, oggettivamente meno pregiudizievoli - di quanto lo siano pignoramenti ed ipoteche.". Ne consegue che, "rispetto alle formalità diverse da pignoramenti ed ipoteche - definitivo o preliminare che sia il contratto - trova applicazione, in ogni caso, solo la previsione dell'art. 6, comma 1, lett. h), del decreto legislativo: il contratto dovrà precisare gli obblighi del costruttore connessi a tali formalità pregiudizievoli, precisando se tali obblighi "debbono essere adempiuti prima o dopo la stipula del contratto definitivo di vendita"".

Per tali ulteriori formalità quindi, la tutela dell'acquirente non è affidata a un divieto legale di stipula, ma resta affidata agli obblighi informativi e di regolamentazione contrattuale di cui all'art. 6 del decreto.

5. L'ambito applicativo dell'art. 8 d.lgs. n. 122/2005

La natura speciale e sistematica della disposizione impone di precisarne l'effettivo ambito applicativo. A fronte della formulazione dell'art. 8 del d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122 – che, sul piano letterale, non reca espresse delimitazioni né quanto all'oggetto né quanto ai soggetti della contrattazione – la dottrina, sin dall'entrata in vigore della norma, ha elaborato ricostruzioni divergenti circa l'ambito applicativo del divieto ivi previsto²⁷.

Ad una prima tesi, fondata sul tenore letterale della norma, favorevole ad una applicazione generalizzata della disposizione a tutte le vicende circolatorie aventi ad oggetto immobili gravati da ipoteca o da pignoramento, indipendentemente dalla qualità delle parti e dalla tipologia negoziale, sono state opposte la tesi, ancorata ai soli presupposti soggettivi della contrattazione, della applicazione della norma in ogni caso di contrattazione immobiliare fra "costruttore" e "persona fisica"²⁸ e l'orientamento – fatto proprio dal notariato sin dai primi interventi sul tema²⁹ e consolidatosi anche nella giurisprudenza di legittimità³⁰, che valorizza una lettura coordinata, logica e sistematica della disposizione, in coerenza con l'intero impianto della disciplina di protezione.

Il divieto di stipula di cui all'art. 8 non può essere isolatamente considerato, ma deve essere ricondotto allo **speciale sistema di tutela** approntato dal legislatore a favore degli acquirenti di immobili da costruire, caratterizzato da una tipica situazione di asimmetria giuridica ed economica tra le parti. La specialità del regime si giustifica, infatti, in ragione dell'esigenza di proteggere il contraente debole nell'ambito di operazioni nelle quali il bene oggetto del trasferimento non è

²⁷ Per una rassegna delle diverse posizioni sul tema, si rinvia a cfr. G. RIZZI, *Il divieto di stipula relativo a immobili da costruire: disciplina vigente e nuove prospettive* Notariato 4/2019 p. 391 e ss.: "La non chiara formulazione dell'art. 8 suddetto, già all'indomani della sua entrata in vigore, aveva alimentato contrastanti interpretazioni in ordine al suo ambito di applicazione:

i) la tesi dell'applicazione generalizzata: per taluni la norma in questione pone un impedimento "generalizzato" applicabile in ogni caso in cui venga trasferito un immobile gravato da ipoteca o pignoramento (fabbricato o terreno e per quanto riguarda i fabbricati sia da costruire che già esistenti) ed a prescindere dai requisiti soggettivi di venditore e acquirente;

ii) la tesi dell'applicazione ad ogni tipo di cessione da costruttore/impresa a persona fisica : per altri commentatori la norma in questione pone un impedimento applicabile in ogni caso in cui venga trasferito un immobile gravato da ipoteca o pignoramento (fabbricato o terreno e per quanto riguarda i fabbricati sia da costruire che già esistenti) purché a vendere sia un costruttore/impresa ed a acquistare sia una persona fisica (si applicherebbero solo i requisiti soggettivi ma non quelli oggettivi previsti dall'art. 1 del d.lgs. 122/2005)

iii) la tesi dell'applicazione nei limiti di cui all'art. 1, d.lgs. 122/2005: per altri commentatori la norma in questione deve essere letta nel contesto dell'intero provvedimento normativo che la contiene, per cui l'applicazione dell'impedimento dalla stessa disposto deve essere limitata ai soli casi di cessione di un fabbricato da costruire (esclusi pertanto i fabbricati già finiti e i terreni) e sempreché a vendere sia un costruttore ed a acquistare sia una persona fisica. In sostanza anche questa norma deve essere ricondotta nell'ambito di applicazione delineato dall'art. 1 del d.lgs. 122/2005."

Cfr. anche Massime della Commissione Civile 1 coordinata dai notai Rizzi e Bullo - L'ambito di applicazione dell'art.8 d.lgs. 20 giugno 2005 n.122 Comitato Interregionale Dei Consigli Notarili Delle Tre Venezie, 2016, nel sito web del Comitato (www.notaitriveneto.it).

²⁸ La tesi è sostenuta da BARALIS, *L'art. 8 del d.lgs. 20.6.2005 n. 122: obblighi e responsabilità notarili*, in *Tutela degli acquirenti degli immobili da costruire: applicazioni del d.lgs. n. 122/2005 e prospettive*, in *Quaderni della Fondazione italiana per il Notariato*, Atti del Convegno di Roma 20-21 gennaio 2006, e ripresa da A. SEMPRINI, *Il perimetro applicativo dell'art. 8 d.lgs. n. 122/2005 (a proposito di immobili in costruzione)*, in *Contratto e impresa* 3/2020, p. 1246 e ss.

²⁹ La tesi venne sostenuta sin dal primo studio del Consiglio Nazionale del Notariato, a firma di G. RIZZI, studio Commissione studi civilistici del Consiglio nazionale del Notariato n. 5812/C del 20 luglio 2005. Sul tema, v. Ferrucci, Ferrentino, Amoresano, *La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire ed istituti collegati*, Milano, 2008, 214 ss.; A. TORRONI, *Il d.lgs. n. 122 del 2005 letto con la lente del costruttore*, in *Rivista del Notariato*, 2007, 879.

³⁰ Cassazione civile sez. II, 01/12/2016, n.24535, *con nota a commento in Rivista del Notariato* 2017, 1, II, 141; *vedi anche Corte D'Appello di Roma Sent. 2046/2022 depositata il 23/03/2022*

ancora venuto ad esistenza ovvero non è ultimato, con conseguente accentuazione del rischio contrattuale.

Ne consegue che l'articolato sistema di tutele predisposto dal decreto – che si dispiega lungo l'intera vicenda negoziale³¹, dalla fase obbligatoria sino agli effetti successivi al trasferimento – risulta strutturalmente ancorato al ricorrere dei presupposti **soggettivi, oggettivi e negoziali** delineati dall'art. 1 del decreto, che ne definisce il perimetro applicativo e che sono rimasti invariati anche a seguito delle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 14/2019.

Una siffatta impostazione ha trovato un decisivo avallo nell'interpretazione costituzionalmente orientata della disciplina offerta dalla sentenza n. 43 del 24 febbraio 2022 della Corte costituzionale³², la quale ha qualificato il sistema delineato dal d.lgs. n. 122/2005 come **“chiuso”**, in quanto rigorosamente delimitato dai presupposti fissati dalla legge delega e recepiti nella disposizione definitoria di cui all'art. 1. La Consulta ha infatti affermato che la normativa in esame delimita «l'intero raggio della tutela [...] escludendo la possibilità di interpretare le norme del decreto legislativo al di fuori dei presupposti indicati nella delega», precludendo così ogni opzione ermeneutica di carattere estensivo³³ sganciata dal perimetro normativamente tracciato.

In linea con tale ricostruzione, anche la giurisprudenza di legittimità³⁴ ha ribadito la natura speciale e tipizzata della disciplina in materia di immobili da costruire, evidenziando come l'operatività delle relative tutele – e, dunque, anche del divieto di cui all'art. 8 – presupponga il necessario concorso di tutti i requisiti individuati dall'art. 1 del decreto. Ne consegue che il divieto di stipula previsto dall'art. 8 non può essere esteso indiscriminatamente a qualsiasi atto avente ad oggetto immobili

³¹ In queste operazioni economiche infatti, il rischio di squilibrio e di asimmetria tra le parti del contratto quando l'immobile oggetto di contrattazione ancora “non esiste”, è la ragione che rende legittima (anche nel rispetto dei principi della Costituzione) la scelta del legislatore di offrire all'acquirente, contraente debole, uno speciale apparato di tutele, a protezione dell'intera vicenda contrattuale procedimentalizzata: alcune di dette tutele sono correlate alla stipula del contratto a effetti obbligatori o reali differiti (artt. 2, 3 e 6 del decreto), altre scattano all'atto del trasferimento della proprietà (art. 4) o in vista del contratto a effetti traslativi (artt. 7 e 8), ed altre ancora si azionano al verificarsi di particolari circostanze successive all'originario atto di acquisto (art. 10 esonerò revocatoria fallimentare).

³² Corte Cost., 24 febbraio 2022, n. 43, in *Riv. giur. ed.*, 2022, 2, I, p. 355; in *Diritto & Giustizia*, 2022, 25 febbraio, con nota di G. Marino, *Immobili da costruire: la prelazione spetta anche se non è stato richiesto il permesso di edificare*

³³ È proprio argomentando dalla illegittimità di una interpretazione estensiva delle tutele offerte dalla normativa di protezione, che la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 43 del 24 febbraio 2022, ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 1, comma 1, della legge 2 agosto 2004, n. 210 (Delega al Governo per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire); 1, comma 1, lettera d) e 9, comma 1, del decreto legislativo 20 giugno 2005, n. 122 (Disposizioni per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire, a norma della legge 2 agosto 2004, n. 210), nella parte in cui non riconoscono il diritto di prelazione anche alle persone fisiche che abbiano acquistato prima che sia stato richiesto il permesso di costruire».

La decisione della Corte Costituzionale si è basata sul differente assetto di interessi sotteso all'art. 9, comma 1, del d.lgs. n. 122 del 2005 (ed all'articolo 10 della medesima normativa, non oggetto di sindacato), rispetto a quello implicato nella disciplina dell'art. 2 del medesimo decreto legislativo.

Le tutele “tipiche” della disciplina degli immobili da costruire (tra cui la fideiussione e la postuma decennale), trovano infatti la loro giustificazione in un interesse, costituzionalmente garantito, che è quello della protezione del risparmio, in attuazione dell'art. 47 della Costituzione. Il legislatore ha scelto di riservarne l'applicazione al promissario acquirente che contragga con chi abbia almeno presentato richiesta di permesso di costruire, a fronte del maggiore e specifico grado di meritevolezza del suo affidamento, ritenuto «degno di maggior tutela, poiché al momento dell'acquisto c'era una maggiore possibilità di soddisfacimento degli interessi dell'acquirente a conseguire una determinata abitazione».

Di contro, altre norme, quali quelle contenute negli artt. 9 e 10 del d.lgs. n. 122 del 2005, perseguono anche l'ulteriore, primaria esigenza, di difendere il diritto inviolabile all'abitazione (art. 2 Cost.) che, in base al principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 della Costituzione, deve essere tutelato anche in capo all'acquirente che acquisti un immobile non ancora esistente, anche al di fuori di un iter amministrativo già avviato (la cd. vendita “sulla carta”).

³⁴ Cass., 8 febbraio 2023 n. 3817, reperibile in *DeJure*, con commento di C. Pelizzatti, Il perimetro oggettivo della normativa di tutela degli acquisti d'immobili da costruire: i confini applicativi dell'ordinanza della suprema corte di cassazione, 8 febbraio 2023, n. 3817, in *Immobili da costruire e attività notarile Collana: Studi e Materiali*, 1, Quaderni della rivista semestrale del Consiglio Nazionale del Notariato, Napoli, 2023, p. 171 e ss.

gravati da formalità pregiudizievoli, ma opera esclusivamente all'interno di tutti i presupposti che perimetrano l'ambito applicativo della speciale normativa di protezione. Al di fuori di tali presupposti, continua invece a trovare applicazione il principio generale della libera circolazione dei beni immobili, pur in presenza di ipoteche o pignoramenti, restando tali vincoli opponibili secondo le regole ordinarie³⁵.

5.1. Il perimetro applicativo della normativa di protezione

Come affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza 24 febbraio 2022, n. 43, la normativa di protezione opera esclusivamente al ricorrere dei presupposti applicativi delineati dall'art. 1 del d.lgs. n. 122/2005, disposizione che delimita in via esaustiva l'ambito della tutela. Anche a seguito delle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 14/2019 (codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza), non risultano incisi i presupposti applicativi, né sotto il profilo soggettivo né sotto quello oggettivo, della disciplina in materia di tutela degli acquirenti di immobili da costruire. Quest'ultima si conferma, pertanto, quale disciplina speciale di settore, il cui perimetro applicativo resta integralmente definito dall'art. 1 del decreto.

I presupposti soggettivi

* Il contraente debole, che l'articolo 1, comma 1, lettera a) identifica nello **"acquirente"**, è la persona fisica che sia promissaria acquirente o che acquisti un immobile da costruire, ovvero che abbia stipulato ogni altro contratto, compreso quello di leasing, che abbia o possa avere per effetto l'acquisto o comunque il trasferimento non immediato, a sé o ad un proprio parente in primo grado, della proprietà o della titolarità di un diritto reale di godimento su di un immobile da costruire, ovvero colui il quale, ancorché non socio di una cooperativa edilizia, abbia assunto obbligazioni con la cooperativa medesima per ottenere l'assegnazione in proprietà o l'acquisto della titolarità di un diritto reale di godimento su di un immobile da costruire per iniziativa della stessa.³⁶

Al requisito che si tratti di una persona fisica, la norma non aggiunge che debba trattarsi di consumatore³⁷. La norma quindi si applica ogniqualevolta l'acquirente o il promissario acquirente sia

³⁵ In questo senso, Corte D'Appello di Roma Sent. 2046/2022 depositata il 23/03/2022, reperibile su www.ilmerito.it

³⁶ Deve ritenersi escluso dal perimetro applicativo della normativa di protezione, per difetto del presupposto soggettivo, il contratto preliminare stipulato tra due società, seguito dalla nomina da parte del promissario acquirente di un terzo persona fisica. Il contratto per persona da nominare si perfeziona in tutti i suoi elementi prima della dichiarazione di nomina dell'eliegendo, la quale ha solo l'effetto di far acquistare ex tunc all'eletto la qualifica di soggetto negoziale, nonché tutti i relativi diritti ed obbligazioni.

Non può tuttavia non segnalarsi che in concreto l'operazione così come prospettata possa prestarsi ad eludere la disciplina sulla tutela degli immobili da costruire. Pertanto, anche per scongiurare il rischio che in concreto il contratto possa essere riqualeficato in sede giudiziaria, si lascia alla sensibilità del notaio stipulante di suggerire alle parti una applicazione volontaria della disciplina sugli immobili da costruire (e quindi con consegna della fideiussione e della polizza decennale postuma), così come previsto dalla giurisprudenza di merito Cfr. Trib. Potenza, 23 novembre 2022, inedita. V. anche Trib. Vicenza, 23 agosto 2022, inedita. Così M. Leo, *Dichiarazione di nomina di persona fisica da parte di società promissaria acquirente di immobile da costruire da altra società costruttrice*, in *Immobili da costruire e attività notarile - Collana: Studi e Materiali*, 1, *Quaderni della rivista semestrale del Consiglio Nazionale del Notariato*, Napoli, 2023, p. 151 e ss.

³⁷ Trib. Padova, 12 febbraio 2014, in Leggiditalia.it, che condivide «l'interpretazione secondo la quale la disciplina di tutela si applica ogniqualevolta l'acquirente o il promissario acquirente sia una persona fisica, a prescindere dall'attività nell'esercizio della quale effettui l'acquisto, in quanto la definizione contenuta nell'art. 1 lett. a) non lascia spazio a limitazioni e/esclusioni di sorta. È vero che vi sono nel d. lgs. disposizioni, che sembrano deporre a favore della tesi di chi vorrebbe limitare la tutela a chi acquista un immobile a soli fini abitativi: art. 9, comma 1: "Qualora l'immobile sia stato consegnato all'acquirente e da questi adibito ad abitazione principale per sé o per un proprio parente in primo grado, all'acquirente medesimo (...) è riconosciuto il diritto di prelazione (...)" e in tema di limiti alla revocatoria fallimentare art. 10, comma 1: "Gli atti a titolo oneroso che hanno come effetto il trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento di immobili da costruire, nei quali l'acquirente si impegni a stabilire, entro 12 mesi dalla data di acquisto o di ultimazione degli stessi, la residenza propria o di suoi parenti o affini entro il terzo grado (...)". Tali disposizioni

una persona fisica, a prescindere dall'attività nell'esercizio della quale effettua l'acquisto.

* Il contraente forte è identificato dall'articolo 1, comma 1, lettera b) come «**costruttore**», che nel sistema di tutela degli acquisti d'immobili da costruire non è qualsiasi venditore-operatore economico in edilizia, ma esclusivamente *l'imprenditore o la cooperativa edilizia che promettano in vendita o che vendano un immobile da costruire, sia nel caso in cui lo stesso venga edificato direttamente dai medesimi, sia nel caso in cui la realizzazione della costruzione sia data in appalto o comunque eseguita da terzi*.

In altri termini, ai fini dell'applicazione della disciplina di protezione, non è sufficiente che il venditore rivesta la qualifica di imprenditore³⁸, essendo invece necessario che tale qualifica si accompagni ad una relazione funzionale e dinamica con il bene immobile. La figura del "costruttore", rilevante ai fini della normativa in esame, si caratterizza infatti non già in ragione del mero status soggettivo, ma in relazione all'esercizio di un'attività di edificazione – svolta direttamente ovvero mediante appalto – avente ad oggetto un immobile in corso di costruzione.

Il presupposto oggettivo

L'ambito oggettivo della normativa è individuato dall'art. 1 lett. d) del d.lgs. n. 122/2005, che qualifica come «immobili da costruire» gli immobili per i quali sia stato richiesto il permesso di costruire e che siano ancora da edificare o la cui costruzione non risulti essere stata ultimata versando in stadio tale da non consentire ancora il rilascio del certificato di agibilità (ora Segnalazione Certificata di Agibilità ex art. 24 TUE).

La normativa di protezione trova quindi applicazione alla sola contrattazione che abbia ad oggetto immobili ricompresi all'interno di questo arco temporale. Solo in presenza di tali presupposti, infatti, si giustifica l'operatività del sistema speciale di tutele, in ragione della peculiare situazione di rischio cui è esposto l'acquirente, persona fisica, che impiega i propri risparmi per l'acquisto di un bene non ancora venuto ad esistenza o non ancora completato, con conseguente esposizione sia all'inadempimento del costruttore, sia al rischio di sua sottoposizione a procedure esecutive o concorsuali³⁹.

riguardano, però, solamente alcune delle tutele apprestate dalla disciplina in esame e si deve ritenere che il legislatore con quelle disposizioni abbia inteso prevedere delle specifiche tutele limitate a coloro che si trovano in quelle determinate situazioni».

³⁸ A differenza di quanto accade nel Codice del Consumo, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, che identifica il contraente forte, il «**Professionista**», come tanto la persona fisica, quanto quella giuridica che utilizza il contratto nel quadro della sua attività imprenditoriale o professionale, anche per uno scopo a questa connesso (Cass. 14.7.2011, n. 15531, in DeJure). Ne consegue che vi è una corrispondenza non biunivoca fra TAIC e codice del consumo: il costruttore del TAIC è sempre un "professionista", non il contrario. La Corte di Cassazione, VI Sez. Civ., Ordinanza 2021 n. 497 (reperibile in One LEGALE – Wolters Kluwer), ha espressamente riconosciuto l'applicazione complementare anche alle fattispecie di contrattazione immobiliare rientranti nella disciplina del TAIC: «Neppure è decisivo che le parti avessero espressamente richiamato in contratto la disciplina del d.lgs. 122/2005 in tema di tutela degli acquirenti di immobili da costruire: l'art. 1 di detto decreto, nel definire i requisiti soggettivi di applicazione della normativa, prescinde dalle finalità di consumo perseguite dal contratto, sicché il d.lgs. 122/2005 concorre, in presenza dei relativi presupposti applicativi, con le disposizioni a tutela del consumatore, in assenza di un rapporto di reciproca incompatibilità o esclusione». In senso conforme, vedasi Tribunale di Perugia, 26/02/2021, n. 343, in Arbitrato in Italia, <https://www.arbitratoitalia.it/decisione/tribunale-di-perugia-26-febbraio-2021-n-343-1752148092/>.

³⁹ Come evidenzia il Supremo Collegio nell'ordinanza 3817 del 2023, sopra richiamata, nell'ambito di tale contrattazione, il promissario acquirente si trova a pagare una parte del corrispettivo, senza ottenere l'immediato acquisto della proprietà del bene, il quale è ancora in fase di costruzione, sul quale il promissario acquirente non può rivendicare l'esecuzione in forma specifica nell'ipotesi in cui, a causa della sopravvenuta crisi del promittente alienante, l'opera di costruzione si areni e l'impegno assunto non possa evolversi nel passaggio di proprietà. Pertanto, le specifiche ragioni di protezione che giustificano la previsione normativa sono collegate al particolare stato in cui versa il promissario acquirente che, avendo anticipato delle somme al promittente alienante per l'assunto impegno ad acquistare un immobile in costruzione, si trovi, dinanzi a una sopravvenuta situazione di crisi del costruttore, per un verso, in grave difficoltà nel far valere le azioni esecutive e concorsuali sull'immobile (aggredito dai creditori alla stregua di detto stato di crisi), la cui realizzazione si sia interrotta in ragione di tale insolvenza certificata, al fine di recuperare le somme a tale

Diversamente, ove oggetto della contrattazione sia un fabbricato già ultimato, viene meno la situazione di asimmetria che giustifica la specialità dell'intervento legislativo, ponendosi le parti su un piano di sostanziale equilibrio. In tali ipotesi, la tutela dell'acquirente è adeguatamente assicurata dagli strumenti ordinari predisposti dall'ordinamento, e segnatamente dalle garanzie previste dal codice civile in materia di circolazione dei beni immobili⁴⁰.

Non assume, invece, rilievo la destinazione d'uso dell'immobile, atteso che l'art. 1 del d.lgs. n. 122/2005 non introduce alcuna distinzione in tal senso, limitandosi a delineare l'ambito applicativo della disciplina sulla base dei presupposti soggettivi e oggettivi ivi previsti.

Sotto il profilo temporale, il legislatore individua il **dies a quo** di operatività dell'apparato di garanzie nella presentazione della richiesta del permesso di costruire, circoscrivendo la disciplina alle contrattazioni aventi ad oggetto immobili per i quali il relativo procedimento amministrativo risulti almeno avviato. La predisposizione delle tutele trova infatti fondamento nel particolare affidamento dell'acquirente, indotto dall'inserimento dell'iniziativa edificatoria in un contesto di legalità urbanistica⁴¹, che si manifesta attraverso il rilascio del titolo abilitativo ovvero la presentazione della relativa istanza.

Per converso, la disciplina non trova applicazione nelle ipotesi di contrattazione avente ad oggetto immobili c.d. "sulla carta", fattispecie che ricorre quando la contrattazione abbia ad oggetto un immobile da costruire per il quale non sia stata ancora inoltrata alcuna richiesta di titolo abilitativo⁴².

titolo anticipate, e si veda, per altro verso, compromessa, o quantomeno aggravata, la possibilità che l'effetto traslativo si perfezioni.

⁴⁰ Così Cass. civ. Sez. I, Ord., (ud. 10/10/2023) 20-03-2024, n. 7411 in DeJure; Tribunale CATANZARO Sent. 696/2024: "Una volta che l'immobile è edificato, infatti, il rischio che la norma di protezione tende a neutralizzare non sussiste più, potendo l'acquirente ovviare ad eventuali vizi di edificazione non conforme al progetto o al mancato rilascio del certificato di agibilità con l'ordinario rimedio della risoluzione per inadempimento e del risarcimento del danno."

⁴¹ Corte Cost., 19 febbraio 2018, n. 32, in *Foro it.*, 2018, c. 1493.

⁴² La giurisprudenza di legittimità [Cass., 10 marzo 2011, n. 5749, in *Guida al diritto*, 2011, 16, p. 42, con nota di M. LEO; nonché in *CNN Notizie*, con nota di A. RUOTOLO e A. PAOLINI, *Il preliminare di vendita "sulla carta" è fuori dall'ambito applicativo del d.lgs. 122/2005 ma non è illecito*. Degli stessi Autori, *Alcuni aspetti problematici del decreto legislativo in tema di tutela degli acquirenti di immobili da costruire (sintesi da degnazione novità per CNN)*, in *Riv. not.*, 2005, p. 889 s. Per ulteriori commenti alla predetta sentenza, in *Notariato*, 2011, p. 383, con nota di G. LIOTTI, *La Suprema Corte si pronuncia sui requisiti di validità del preliminare di vendita "sulla carta"*; in *Contratti*, 2011, p. 657, con nota di G. ORLANDO, *La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, p. 952, con nota di U. STEPINI, *L'applicazione della normativa di tutela degli acquirenti di immobili da costruire e il problema degli immobili per i quali non sia stato ancora richiesto il permesso di costruire*; in *Giur. it.*, 2011, c. 2010; e ivi, G. CARADONNA, *Validi i preliminari di immobili "sulla carta" ma senza le tutele del d.lgs. n. 122/2005*; nonché ivi 2012, p. 564 ss., con nota di A. ARCHINÀ, *La Corte di cassazione si pronuncia sul contratto preliminare di vendita di immobile sulla "carta": è valido ma non rientra nell'ambito di applicazione del d.lgs. 122/2005*. Cfr., pure, M. ROSSI, *La vendita degli immobili tra privati. Insidie della prassi quotidiana*, Milano, 2012, p. 50 s. Adesivamente, da ultimo, App. Palermo, 24 giugno 2021; Trib. Salerno, 8 gennaio 2020, n. 65, tutte in *leggiditalia*] ha escluso che dalla previsione della normativa di protezione d.lgs. n. 122/2005 possa desumersi, per induzione, un divieto di porre come oggetto del contratto un immobile per il quale non sia stato ancora richiesto il titolo abilitativo. Più di recente, Trib. Catanzaro, 10 febbraio 2023: «l'invocato d.lgs. n. 122 del 20 giugno 2005, recante "Disposizioni per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire, a norma della L. 2 agosto 2004, n. 210", in relazione ai contratti che abbiano come finalità il trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale di godimento di un immobile da costruire, prevede: a) all'art. 2, che, all'atto di stipula di detto contratto, il costruttore è obbligato, a pena di nullità del contratto medesimo, a procurarsi il rilascio – e a consegnare, poi, all'acquirente – una fideiussione di importo corrispondente alle somme e al valore di ogni altro eventuale corrispettivo che il costruttore ha riscosso e deve ancora riscuotere dall'acquirente prima del trasferimento della proprietà o del diverso diritto reale di godimento; b) all'art. 6, che tale contratto deve riportare gli estremi della fideiussione, nonché l'attestazione della sua conformità al modello *standard* ministeriale. Vera la disciplina, tuttavia è opportuno rilevare che la normativa in parola – la quale detta, in effetti, una disciplina di tutela dell'acquirente o del promissario acquirente di immobili da costruire, in ragione dell'elevato rischio di inadempienze della parte alienante ovvero del pericolo di sottoposizione del costruttore ad esecuzione immobiliare o a procedura concorsuale – non può trovare applicazione nel caso di specie, posto che il contratto dedotto in giudizio è, invero, estraneo al suo ambito di applicazione. Infatti, l'art. 1, comma 1, lettera d), circoscrivendo l'ambito applicativo delle successive disposizioni, definisce "immobili da costruire" quegli immobili per i quali è stato richiesto il permesso di costruire, che sono ancora da edificare o la cui costruzione non è stata, comunque, ultimata, versando, cioè, in stadio tale da non consentire ancora il rilascio del certificato di agibilità. Ne deriva che i contratti in relazione ai quali, al contrario, sussiste soltanto un progetto e per i quali non è stato ancora richiesto il permesso di costruire o un titolo equipollente – ovverosia, tutti i contratti preliminari traslativi di

In tali casi, pur in presenza di un'operazione economicamente lecita, il rischio assunto dall'acquirente non è assistito dalle garanzie speciali previste dal d.lgs. n. 122/2005, ma resta regolato dagli strumenti generali dell'ordinamento, ed in particolare dalla disciplina della vendita di cosa futura di cui agli articoli 1472 e seguenti del Codice civile.

La norma individua il **dies ad quem**, a decorrere dal quale la contrattazione immobiliare esula dal perimetro applicativo della disciplina in materia di immobili da costruire, nel momento in cui l'immobile si può considerare ultimato, che il legislatore del Taic identifica nel momento in cui risultino integrati i presupposti di legge che ne consentono la qualificazione in termini di agibilità⁴³. Secondo l'orientamento della giurisprudenza⁴⁴, tale condizione può ritenersi integrata anche in assenza del certificato di agibilità (oggi segnalazione certificata di agibilità ai sensi dell'art. 24 T.U.E.), dovendosi avere riguardo non al dato formale, bensì allo stato di fatto del bene e, in particolare, al grado di completamento dell'opera edilizia. Ne consegue che la mera mancanza del certificato di agibilità non assume rilievo decisivo ai fini della qualificazione dell'immobile come ultimato, non costituendo essa un elemento autonomamente qualificante, ma piuttosto un indice sintomatico – in negativo – della eventuale incompletezza del manufatto, ove essa sia espressione della necessità di ulteriori interventi edilizi non ancora eseguiti⁴⁵.

Interessante è anche soffermarsi sulla applicazione della normativa di protezione agli interventi sul patrimonio edilizio preesistente⁴⁶. Nonostante la mancanza di una espressa previsione normativa, la tesi prevalente, alla quale ha aderito la giurisprudenza anche nei più recenti suoi interventi⁴⁷,

immobili esistenti soltanto "sulla carta" – si collocano necessariamente fuori dell'ambito applicativo della speciale disciplina sopraindicata. Ciò posto, la scrittura privata di A.N. e M.S. va ricondotta in tale alveo, giacché, tra le contestazioni mosse dall'attore all'odierno convenuto, vi è proprio l'inadempimento dell'obbligo contrattuale di ottenere, previo pagamento degli oneri urbanistici, il permesso di costruire l'immobile. Versando il rapporto, quindi, in uno stadio precedente all'avvio della costruzione, esso non risponde della violazione della normativa in parola e la preliminare eccezione di nullità sollevata da M.S. trova necessariamente il rigetto».

⁴³ Nella disciplina del TAIC, la nozione di fabbricato ultimato è differente da quella contenuta nell'art. 31, comma 2, L. 28 febbraio 1985 n. 47, e nell'art. 2645-bis ultimo comma C.C., per i quali «il fabbricato si intende ultimato e quindi esistente ogniqualvolta sia stato realizzato il rustico e completata la copertura: in questi casi il legislatore ha "anticipato" il momento della venuta ad esistenza del fabbricato facendolo coincidere con quello della realizzazione del cd. "rustico", senza che assumano rilievo impianti, finiture ed accessori. (Come osserva G. RIZZI, *La nuova disciplina di tutela dell'acquirente di immobile da costruire*, in *Notariato*, 2005). Il legislatore del TAIC, considerando "in costruzione" il fabbricato fino al momento in cui esso sia in condizioni tali da essere "agibile", dà rilievo ad ogni opera che si colloca dopo l'avvenuta richiesta del permesso di costruire e prima del completamento di opere, impianti e finiture necessarie al rilascio del certificato di agibilità. Lo scopo della normativa è quello di proteggere l'acquirente fino a che l'immobile non sia pienamente funzionale a realizzare le finalità per le quali è stato fatto oggetto di attività negoziale.

⁴⁴ Cass., ord., 10 agosto 2021, n. 22603, in *Fallimento*, 2022, p. 527, con nota di G.P. MACAGNO, *Azione revocatoria fallimentare, effetti sui rapporti negoziali ed esenzione per gli immobili "da costruire"*; aderisce a questa ricostruzione anche Cass. ord. 3817/2023 più volte richiamata.

⁴⁵ In tale prospettiva, il discrimine tra immobile "da costruire" e immobile ultimato deve essere individuato nella effettiva compiutezza del bene sotto il profilo strutturale e funzionale, e non nella mera esistenza o meno del titolo amministrativo attestante l'agibilità.

⁴⁶ Per approfondimenti, M. LEO, A. MUSTO e C. PELIZZATTI, *La disciplina degli immobili da costruire e gli interventi edilizi su immobili esistenti*, in *Gli immobili da costruire. Contributo di studio sugli itinerari dell'attività negoziale notarile*, Napoli, 2022, p. 22, al quale si rinvia anche per riferimenti a dottrina e giurisprudenza richiamati in argomento. Sul tema si rinvia anche a C. PELIZZATTI, *Ristrutturazione edilizia di fabbricato preesistente, adibito ad albergo in zona omogenea "B" e sua riconversione in fabbricato residenziale*, in *Immobili da costruire e attività notarile Collana: Studi e Materiali, 1, Quaderni della rivista semestrale del Consiglio Nazionale del Notariato*, Napoli, 2023, p. 133 e ss.

⁴⁷ Cassazione civile sez. II, 17/12/2025, n. 32964, in banca dati DeJure, ha formulato il seguente principio di diritto: "la disciplina del D.Lgs. n. 122 del 2005 è dettata per gli immobili "da costruire" (per tali dovendo intendersi, ex art. 1, lett. d), del D.Lgs. cit., gli "immobili per i quali sia stato richiesto il permesso di costruire e che siano ancora da edificare o la cui costruzione non risulti essere stata ultimata versando in stadio tale da non consentire ancora il rilascio del certificato di agibilità") e potrebbe estendersi solo agli immobili sottoposti a ristrutturazione cd maggiore ma, in ogni caso, è possibile il ricorso alle disposizioni del D.Lgs. n.122/2011 -in particolare, per quanto qui interessa, all'art. 2 D.Lgs.cit- solo se l'immobile non sia stato oggetto di completamento e sia quindi ancora da ultimare nei suoi aspetti strutturali e identificativi; non si applica la normativa richiamata non solo per gli immobili completati ma

ritiene applicabile la normativa di protezione anche agli interventi edilizi riconducibili alla ristrutturazione, purché ne derivi la realizzazione di un immobile “nuovo e diverso” dal preesistente. Come nella edificazione ex novo, così anche nella ristrutturazione edilizia, l’immobile dedotto in contratto non esiste ancora nella consistenza voluta dalle parti⁴⁸.

Nel vigente assetto normativo, il tradizionale criterio⁴⁹ fondato sulla distinzione edilizio/urbanistica fra ristrutturazione “pesante”⁵⁰ - assoggettata alla disciplina sugli immobili da costruire - e “ristrutturazione leggera”, esclusa da tale ambito, non appare più decisivo. Le recenti modifiche al

anche per gli immobili sui quali siano ancora da eseguire opere secondarie e/o di rifinitura, comunque non incidenti sulle loro caratteristiche strutturali; la mancanza del certificato di agibilità non è di per sé dimostrativa dell'impossibilità che il bene si possa considerare completato nei suoi aspetti identificativi ma può valere solo come sintomo del mancato completamento superabile attraverso la verifica in concreto dello stato del bene”.

In senso conforme alla applicazione della normativa di protezione anche agli interventi edilizi su immobili preesistenti, si richiamano: App. Milano, 31 marzo 2021 n. 1025, in *leggiditalia*; Trib. Bergamo, 14 marzo 2022, in *CNN Notizie*, 11 marzo 2022, con nota di C. PELIZZATTI, *Sulla applicazione della normativa di tutela degli immobili da costruire anche agli interventi edilizi di ristrutturazione di immobili preesistenti: la recente decisione del Tribunale di Bergamo, 14 gennaio 2022*; Trib. Firenze, 30 marzo 2022, in *CNN Notizie*, 5 agosto 2022, con nota di M. LEO, A. MUSTO e C. PELIZZATTI, *La disciplina della tutela degli acquirenti di immobili da ‘costruire’ e da ‘ristrutturare’: la decisione del Tribunale di Firenze, 30 marzo 2022*. Trib. Firenze, 30 marzo 2022, in *CNN Notizie*, 5 agosto 2022, con nota di M. LEO, A. MUSTO e C. PELIZZATTI, *La disciplina della tutela degli acquirenti di immobili da ‘costruire’ e da ‘ristrutturare’: la decisione del Tribunale di Firenze, 30 marzo 2022*. In linea con la precedente ordinanza agosto 2020, n. 17812, la Suprema Corte di Cassazione, ordinanza 8 febbraio 2023, n. 3817, in *CNN Notizie*, 1 marzo 2023, con nota di C. PELIZZATTI, *Il perimetro ‘oggettivo’ della normativa di tutela degli acquisti d’immobili da costruire: i confini applicativi dell’ordinanza della Suprema Corte di Cassazione, 8 febbraio 2023, n. 3817*, precisa che «è comunque senz’altro da escludere l’applicabilità del d.lgs. n. 122 del 2005, art. 2, con riguardo alla ristrutturazione cd. minore, cioè senza demolizioni, ricostruzioni o sostituzioni di elementi dell’edificio e senza alterazione di volumetria e superficie, non potendosi in tali ipotesi ritenere che venga realizzato un immobile nuovo e diverso rispetto a quello preesistente».

⁴⁸ Detta linea interpretativa ha trovato un conforto normativo nel d.m. 20 luglio 2022, n. 154 (G.U. 21 ottobre 22, n. 247), contenente il Regolamento che stabilisce contenuto e caratteristiche della polizza di assicurazione decennale postuma e il relativo modello *standard*. Il Decreto, che definisce l’immobile in termini di edificio da cielo a terra, isolato da muri o spazi aperti, con accesso alla via pubblica, “comprensivo del preesistente”, avvalorà l’indirizzo che estende la normativa di protezione agli interventi edilizi su immobili preesistenti e, in linea con la posizione della giurisprudenza, esclude la rilevanza della “ristrutturazione leggera”, dando invece rilievo alle attività edilizie riconducibili ad una “ristrutturazione integrale” (art. 3, comma 1, lett. d), del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380). La “ristrutturazione leggera” cui si riferisce il Decreto Ministeriale non va intesa nella sua attuale accezione urbanistico-edilizia, ma va piuttosto riferita agli interventi edilizi di “minore” portata, cioè agli “interventi di ripristino o sostituzione di alcuni elementi costitutivi dell’edificio, di eliminazione, modifica e inserimento di nuovi elementi ed impianti”. La definizione è tratta dalla Tabella A allegata al d.lg. 25 novembre 2016, n. 222 (Sezione II-Edilizia), già richiamata. L’inserimento della esclusione delle ipotesi di “ristrutturazione leggera” nel testo normativo si deve al Consiglio di Stato. Nel parere sullo *Schema di decreto del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro della giustizia e con il Ministro dell’economia e delle finanze recante il contenuto e le caratteristiche della polizza di assicurazione e il relativo modello standard ai sensi dell’articolo 4 del decreto legislativo 20 giugno 2005, n. 122*, reso nella Adunanza di Sezione, 8 febbraio 2022 (n. 00118/2022), viene segnalata l’eccessiva ampiezza del solo riferimento alla lettera d) dell’art. 3 del citato d.P.R. n. 380/2001 contenuto nello Schema di decreto, di cui si suggerisce di precisare la portata. Secondo i giudici di Palazzo Spada, «La definizione di “ristrutturazione”, ivi contenuta, comprende, come è noto, anche fattispecie di così detta “ristrutturazione leggera” (interventi di ripristino o sostituzione di alcuni elementi costitutivi dell’edificio, di eliminazione, modifica e inserimento di nuovi elementi ed impianti), oltre agli “interventi di demolizione e ricostruzione di edifici esistenti con diversa sagoma, prospetti, sedime e caratteristiche planivolumetriche e tipologiche, con le innovazioni necessarie per l’adeguamento alla normativa antisismica, per l’applicazione della normativa sull’accessibilità, per l’installazione di impianti tecnologici e per l’efficientamento energetico”».

⁴⁹ Per discernere, fra le varie tipologie di interventi edilizi sull’esistente, quelle rilevanti ai fini della normativa di protezione e quelle invece ricadenti fuori dal suo perimetro oggettivo, il notariato, all’indomani della entrata in vigore del d.lgs. n. 122/2005, aveva proposto un criterio basato sul titolo abilitativo necessario, e quindi sulla distinzione edilizio/urbanistica fra ristrutturazione “pesante”, sottoposta a permesso di costruire o a “super scia” (in base agli articoli 10 lettera c) e 23 del Testo Unico in materia di edilizia), assoggettata alla disciplina sugli immobili da costruire, e “ristrutturazione leggera”, esclusa da tale ambito. L’originario impianto del Testo Unico dell’edilizia sottoponeva infatti al titolo abilitativo “leggero” i soli interventi di ristrutturazione cd. minore, senza demolizioni, ricostruzioni o sostituzioni di elementi dell’edificio e senza alterazione di volumetria e superficie, irrilevanti ai fini della disciplina sugli immobili da costruire, in quanto non portano alla realizzazione di un immobile nuovo e diverso rispetto a quello preesistente.

⁵⁰ sottoposta a permesso di costruire o a “super scia” in base agli articoli 10 lettera c) e 23 del Testo Unico in materia di edilizia

Testo Unico dell'edilizia hanno infatti attenuato il collegamento tra tipologia dell'intervento e titolo abilitativo richiesto, poiché il solo titolo edilizio ha ormai assunto significanza "neutra" rispetto alla portata innovativa o meramente conservativa dell'intervento edilizio⁵¹.

Un elemento distintivo idoneo a discriminare gli interventi edilizi assoggettati alle tutele di cui al più volte richiamato d.lgs. n. 122/2005 e quelli invece esclusi da tale ambito, può rinvenirsi nel d.m. 20 luglio 2022, n. 154 (G.U. 21 ottobre 2022, n. 247), recante il regolamento in materia di polizza assicurativa decennale postuma⁵². Il decreto, che non contiene alcun riferimento al "titolo abilitativo", valorizza il **collaudo statico** quale elemento oggettivo idoneo a esprimere il grado di incidenza dell'intervento sull'organismo edilizio e, conseguentemente, la sua rilevanza nel sistema delle tutele. Conseguentemente, possono ritenersi assoggettati alla normativa di protezione gli interventi edilizi di ristrutturazione per i quali si renda necessario procedere con un "nuovo collaudo statico" o con un "ricollaudo statico"⁵³, quali demolizioni e ricostruzioni, ripristino di edifici o parti di essi, interventi di sopraelevazione e ampliamento (anche all'interno della sagoma), interventi di "ristrutturazione conservativa" che conducano a un organismo "in tutto o in parte diverso" dal precedente, con aumento di volumetria.

Per contro, non ricadono nell'ambito della normativa di protezione, gli interventi qualificabili come ristrutturazione "conservativa" minore, cioè senza demolizioni, ricostruzioni o sostituzioni di elementi dell'edificio e senza alterazione di volumetria e superficie, a fronte dei quali non viene realizzato un immobile nuovo e diverso rispetto a quello preesistente⁵⁴ e non si rende necessario procedere ad un nuovo collaudo statico.

Alla luce della ricostruzione operata, deve dunque ritenersi che il divieto di stipula previsto dall'art. 8 operi esclusivamente all'interno del perimetro applicativo delineato dall'art. 1 del decreto, in presenza cioè dei presupposti soggettivi, oggettivi e negoziali che caratterizzano la speciale disciplina di protezione degli acquirenti di immobili da costruire. Al di fuori di tale ambito, continua a trovare applicazione il principio generale della libera circolazione dei beni immobili pur in presenza di formalità pregiudizievoli, secondo le ordinarie regole codicistiche.

6. Le fattispecie negoziali di applicazione del divieto

Una volta definito il perimetro applicativo della disciplina, occorre individuare quali siano le fattispecie negoziali concretamente soggette al divieto di stipula di cui all'articolo 8 del d.lgs. 122/2005.

Sebbene la disposizione faccia espresso riferimento alla "compravendita", deve ritenersi che il suo ambito applicativo si estenda a tutte le fattispecie negoziali a titolo oneroso produttive di effetti

⁵¹ I recenti interventi del legislatore sul Testo Unico dell'edilizia (d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380) hanno rimodulato la fattispecie della ristrutturazione. In base all'attuale quadro normativo, vi sono degli interventi che, pur determinando la trasformazione dell'edificio preesistente con un insieme sistematico di opere che portano ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso, con aumento di unità, modifiche della sagoma, dei prospetti, del sedime, delle caratteristiche planivolumetriche e tipologiche dell'edificio, ovvero (a meno che non siano in zona A) mutamento della destinazione d'uso, non sono più qualificabili urbanisticamente come "ristrutturazione maggiore" (perché, ex art 10 lettera c) non richiedono necessariamente il permesso di costruire o la "super scia"). Parimenti, vi sono interventi che sono qualificati "Pesanti" o "Leggeri" a seconda della localizzazione dell'intervento (zona A) e, nell'ambito dei beni soggetti a vincolo ex d.lgs. n. 42/2004, addirittura a seconda del tipo di vincolo.

⁵² M. LEO, A. MUSTO, C. PELIZZATTI e V. TERRACINA, *Il modello standard di decennale postuma-Primo commento al decreto 20 luglio 2022, n. 154*, in *CNN Notizie*, 10 novembre 2022.

⁵³ Con l'ausilio di detto nuovo criterio, che riconduce all'ambito applicativo della normativa di protezione i soli interventi per i quali si renda necessario un nuovo di "collaudo statico", si possono quindi confermare le soluzioni proposte nel precedente lavoro di approfondimento: M. LEO, A. MUSTO e C. PELIZZATTI, *La disciplina degli immobili da costruire e gli interventi edilizi su immobili esistenti*, in AA. VV., *Gli immobili da costruire. Contributo di studio sugli itinerari dell'attività negoziale notarile*, Napoli, 2022, p. 22.

⁵⁴ Così Cass., 26 agosto 2020, n. 17812, in *DeJure*

traslativi⁵⁵. In tal senso depone innanzitutto il carattere, unanimemente condiviso, della vendita quale “prototipo dei contratti traslativi”⁵⁶. In secondo luogo, il decreto legislativo in commento utilizza il riferimento alla sola compravendita anche in ulteriori disposizioni, quali ad esempio l’art. 4 in tema di assicurazione, “*ed anche in questi casi non sembra dubbio che la ratio delle disposizioni debba estendersi a tutte le altre tipologie negoziali che abbiano come effetto il trasferimento di immobili da costruire*”⁵⁷.

La ratio della norma è quella di intervenire a tutela dell’acquirente contraente debole allorché il contratto stipulato rappresenti l’ultima occasione per subordinare il proprio consenso alla preventiva eliminazione delle formalità pregiudizievoli⁵⁸.

Ne consegue che il divieto di stipula, in difetto di cancellazione o frazionamento, deve ritenersi operante ogniquale volta il contratto produca direttamente effetti reali, ancorché differiti. Di contro, esso non si estende ai contratti preliminari e comunque a tutte quelle fattispecie negoziali⁵⁹ in cui è richiesta una nuova e ulteriore manifestazione di consenso perché si produca l’effetto traslativo⁶⁰.

6.1. Contratto preliminare

Va quindi senza dubbio escluso dall’ambito di applicazione del divieto il contratto preliminare: la titolarità del bene permane in capo al promittente venditore sino alla stipula del contratto definitivo e il trasferimento della proprietà del bene presuppone, comunque, un nuovo consenso da parte

⁵⁵ A. SEMPRINI, Il perimetro applicativo dell’art. 8 d.lgs. n. 122/2005 (a proposito di immobili in costruzione), *Contratto e impresa* 3/2020, p. 1224 e ss. non sembra dunque in dubbio l’accoglimento di una lettura estensiva della norma, idonea a ricomprendere anche tutti gli altri schemi dotati di effetti traslativi.

Con sentenza 8 gennaio 2025, n. 157, il Tribunale Milano ha statuito che il divieto di cui all’art. 8 del d. lgs. 122/2005 impedisce anche la pronuncia della sentenza ex art. 2932 c.c., considerato che non è possibile ottenere in via giudiziale un effetto maggiore o diverso da quello che si può ottenere in via negoziale, come costantemente affermato alla giurisprudenza. “... *la sentenza prevista dall’art. 2932 c.c., attesa la sua peculiare funzione sostitutiva di un atto negoziale dovuto dalle parti, non può certo realizzare un effetto maggiore o diverso da quello che, in materia immobiliare, sarebbe stato possibile alle parti, o che, comunque, eluda le norme di legge che governano, nella forma o nel contenuto, l’esercizio dell’autonomia negoziale delle predette parti...* (Cass. 4 gennaio 2002, n. 59). Non è infatti applicabile al caso in esame l’orientamento espresso dalla Suprema Corte (Cass. 19135/2004) che consente di subordinare il trasferimento dell’immobile con sentenza ex art. 2932 c.c. all’estinzione dell’ipoteca in quanto ciò riguarda l’ipoteca iscritta unicamente sul bene oggetto del trasferimento. Nel caso invece di una ipoteca non frazionata gravante sull’intero immobile il trasferimento dell’immobile non è possibile perché impedito dalla legge (art. 8 del d. lgs. citato).”. In senso analogo, Trib. Benevento, sez. II, Sent. 17/01/2019 n. 89 (reperibile in banca dati On LEGALE Wolters Kluwer), Trib. Roma Sent. n. 1000/2024 in data 11 giugno 2024 (reperibile in DeJure).

⁵⁶ così V. Verdicchio, La permuta Artt. 1552-1555, in *Commentario del codice civile fondato da Piero Schlesinger diretto da Francesco D. Busnelli*, Giuffrè p. 26. La vendita è definita “paradigma normale di contratto traslativo” in GRECO e COTTINO, *Della vendita. Art. 1470-1472*, in *Commentario del cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1981, p. 5;

⁵⁷ G. PETRELLI, Gli acquisti di immobili da costruire, Milano 2005 p. 315 e ss. Sempre G. PETRELLI, op. cit., sottolinea il “criterio di tipo funzionale o effettuale” della normativa di protezione, che trova applicazione in tutti i casi in cui – indipendentemente dal tipo contrattuale - il soggetto acquirente, a fronte del pagamento di un prezzo o comunque della prestazione di un corrispettivo non abbia ancora acquisito la proprietà (o altro diritto reale) del fabbricato da costruire o in quanto non sia stato ancora stipulato il negozio traslativo (come nel caso del preliminare) od in quanto pur essendovi il titolo, in realtà manchi ancora l’oggetto della proprietà (o di altro diritto reale) non essendo il fabbricato ancora venuto ad esistenza nella consistenza voluta dalle parti (come nel caso di vendita ex art. 1472 c.c.).”

⁵⁸ In tal senso, sempre G. PETRELLI, op. cit. p. 315

⁵⁹ In tal senso, P. FAUSTI, La modifica dell’art. 39 T.U.B. introdotta dal disegno di legge in attuazione della legge 2 agosto 2004, n. 210. gli articoli 6 e 7 dello schema di decreto legislativo, in *Atti del convegno Paradigma*, Milano 15 aprile 2005, p. 10.

⁶⁰ Può essere interpretata come eccezione a questo principio generale, la normativa dettata per il **contratto di “rent to buy”** (fattispecie introdotta dall’art. 23, D.L. 12 settembre 2014, n. 133, convertito con L. 11 novembre 2014, n. 164). Nonostante il contratto “di godimento in funzione di futura alienazione” non produca effetti traslativi, nemmeno differiti, in quanto il trasferimento non è già programmato come effetto del primo contratto, ma rimane subordinato a una scelta discrezionale del conduttore, l’art. 23, comma 4, D.L. n. 133/2014, dispone che se uno dei suddetti contratti ha per oggetto un’abitazione, il divieto di cui all’art. 8 del d. lgs. 20 giugno 2005, n. 122, opera fin dalla concessione del godimento.

dell'acquirente. Il preliminare comporta infatti esclusivamente l'assunzione di un obbligo di fare, consistente nell'impegno delle parti a prestare il proprio consenso alla conclusione di un successivo contratto definitivo (art. 1351 codice civile), mediante il quale soltanto — in forza di una nuova e autonoma manifestazione di volontà — si realizza l'effetto traslativo della proprietà⁶¹. Anche la costante giurisprudenza afferma che il contratto preliminare produce esclusivamente effetti obbligatori e non è idoneo a produrre effetti traslativi⁶², e ciò sia nel contratto preliminare cd. "puro", sia anche quando esso si configuri come preliminare "ad effetti anticipati"⁶³.

Il contratto preliminare di immobile da costruire dovrà indicare, stante quanto previsto dall'art. 6, comma 1, lett. h), del Decreto Legislativo 122/2005, l'eventuale esistenza di ipoteche o trascrizioni pregiudizievoli gravanti sull'immobile, con specificazione del relativo ammontare, del soggetto a favore del quale risultano e del titolo dal quale derivano ed in tale sede il notaio avrà cura di precisare gli obblighi del costruttore in ordine alla cancellazione o al frazionamento dell'ipoteca.

Sarà invece al momento della stipula del contratto definitivo, sede del cosiddetto "controllo delle sopravvenienze"⁶⁴, che il notaio dovrà verificare l'avvenuto compimento degli atti necessari alla cancellazione delle formalità pregiudizievoli eventualmente indicate nel preliminare, in coerenza con l'orientamento della giurisprudenza che individua nel definitivo il momento in cui deve essere verificata la piena possibilità giuridica del trasferimento⁶⁵.

⁶¹ V. VERDICCHIO, La permuta Artt. 1552-1555, in Commentario del codice civile fondato da Piero Schlesinger diretto da Francesco D. Busnelli, Giuffrè p. 45, nel contratto preliminare "gli effetti propri del tipo contrattuale "definitivo" discendono unicamente da quest'ultimo: così, tanto per esemplificare, il contratto preliminare di vendita produce l'effetto di obbligare i paciscenti a concludere la vendita definitiva, la quale soltanto genererà l'effetto traslativo e gli ulteriori effetti obbligatori di cui all'art. 1476 cod. civ. (in capo al venditore), nonché l'obbligazione di pagamento del prezzo in capo al compratore."

⁶² In tal senso, Cass., sez. un., 27 marzo 2008, n. 7930 (in Giur. it., 2009, p. 1160 ss., con nota di SCAGLIONE, Contratto preliminare e comodato strumentale); Cass. 1° marzo 2010, n. 4863 (in Giur. it., 2011, p. 552 ss., con commento di LONGOBUCCO, Contratto preliminare "ad effetti anticipati" e accordo atipico di cessione del possesso: una questione di interpretazione); Cass. 15 maggio 2015, n. 10009 (in Notariato, 2015, p. 525 ss., con nota di BRIGANTI, Preliminare: consegna del bene prima del definitivo); Cass. 16 marzo 2016, n. 5211, in DeJure. L'effetto traslativo sorge solo con la stipulazione del contratto definitivo o con la sentenza ex articolo 2932 codice civile che tiene luogo del contratto non concluso.

⁶³ Secondo l'orientamento giurisprudenziale pacifico, anche nel preliminare "a effetti anticipati" o "a consegna anticipata", la consegna del bene (nella specie, immobile) e l'anticipato pagamento del prezzo prima del perfezionamento del contratto definitivo, non sono indice della natura definitiva della compravendita, atteso che — quale che ne sia la giustificazione causale (clausola atipica introduttiva di un'obbligazione aggiuntiva o collegamento negoziale) — è sempre il contratto definitivo a produrre l'effetto traslativo reale. Il promissario compratore acquista la disponibilità della *res* in base ad un contratto di comodato collegato al preliminare, in forza del quale al comodatario è attribuita la detenzione e non il possesso (Cass. Sez. Unite, 27/03/2008, n. 7930, sopra citata). Così anche Cass. Civile Ord. 31369 anno 2022, in DeJure: Nel contratto preliminare di vendita d'immobile, ancorché siano previsti la consegna del bene e il pagamento del prezzo prima della stipula del contratto definitivo, non si verifica di per sé l'anticipazione di tutti gli effetti traslativi del contratto definitivo. Il preliminare è, perciò, contratto immediatamente produttivo dell'effetto suo proprio di obbligare i contraenti (o uno solo, in caso di preliminare unilaterale) alla stipula del successivo contratto (definitivo). Conforme anche Cass. Civile Ord. 32821 Anno 2023, in DeJure.

⁶⁴ Il "controllo delle sopravvenienze" è lo strumento che consente alle parti, pur vincolate alla realizzazione dell'assetto programmato, di valutare l'eventuale incidenza di fatti nuovi prima di determinare la definitiva realizzazione delle prestazioni finali. Incisive sono, sul punto, le considerazioni di A. TORRONI, Autonomia contrattuale e finanziamento privato. preliminare trascritto, vendita con riserva della proprietà, vendita con patto di riscatto, prestito vitalizio ipotecario, Relazione svolta al Convegno "Le vicende del patrimonio immobiliare in tempo di crisi" organizzato dalla Scuola di Notariato di Bologna "Rolandino Passaggeri" il 18 giugno 2015 a Bologna, Convento di San Domenico, che esamina la funzione di "controllo delle sopravvenienze" nel definitivo, sottolineando che chi stipula il definitivo non riproduce la stessa volontà del preliminare ma una nuova volontà basata sul controllo dei fatti sopravvenuti, vale a dire di quei fatti che avrebbero inciso sul regolamento negoziale qualora questo fosse stato introdotto in via definitiva. Secondo l'Autore, una riprova testuale della funzione del consenso definitivo quale controllo delle sopravvenienze si ritrova nell'art. 1822 c.c. in base al quale «Chi ha promesso di dare a mutuo può rifiutare l'adempimento della sua obbligazione, se le condizioni patrimoniali dell'altro contraente sono divenute tali da rendere notevolmente difficile la restituzione, e non gli sono offerte idonee garanzie».

⁶⁵ FOCUS PUBBLICISTICO n. 212-2021/P, Il rapporto tra contratto preliminare nullo e contratto definitivo di compravendita d'immobili da costruire, a cura di A. Belisario, A. Musto, A. Torroni: "Costituisce di certo un dato pressoché acquisito che la stipula del contratto definitivo di compravendita, pur essendo oggetto di un'obbligazione delle parti, non è un mero atto di adempimento, ma comporta

In sintesi, il contratto preliminare assume rilievo quale momento di emersione delle formalità pregiudizievoli eventualmente gravanti sull'immobile, mentre la verifica della loro effettiva eliminazione è destinata a svolgersi in sede di stipula del contratto definitivo⁶⁶.

6.2. La compravendita di immobile da costruire e gli altri contratti con effetti reali differiti aventi ad oggetto "immobili da costruire"

Ricadono invece senza dubbio nell'ambito di applicazione del divieto di cui all'articolo 8 tanto la compravendita che, più in generale⁶⁷, tutti i contratti traslativi a titolo oneroso⁶⁸ che abbiano ad oggetto un immobile "da costruire"⁶⁹.

Secondo l'orientamento prevalente⁷⁰, tali fattispecie vanno ricondotte al modello normativo della "vendita di cosa futura", disciplinata dall'art. 1472 del codice civile: con la conclusione del contratto, sorge in capo al costruttore-alienante l'obbligazione di far acquistare all'altra parte l'edificio o la porzione di edificio da realizzare (provvedendo a tutto quanto necessario affinché il bene venga ad esistenza ivi compresa la realizzazione dell'opera).

L'effetto traslativo a favore dell'acquirente si produce automaticamente, seppure in un momento successivo, cioè nel momento in cui il bene viene ad esistenza che, nella prassi della contrattazione avente ad oggetto immobili da costruire, viene pattiziamente fatto coincidere con il momento in cui le opere sono state completate e sussistono le condizioni di legge per la presentazione della segnalazione certificata di agibilità⁷¹.

una nuova valutazione dell'interesse e dell'affare al fine di effettuare il c.d. «controllo delle sopravvenienze». Prima di esprimere il consenso alla stipula del contratto definitivo, la parte acquirente effettua alcune valutazioni tanto su aspetti materiali (la completa realizzazione dell'immobile, la conformità delle opere al capitolato, l'inesistenza di vizi apparenti, ecc.) tanto su aspetti giuridici."

⁶⁶ Così G. PETRELLI, pag. 317, che aggiunge una considerazione di natura operativa "Del resto, sarebbe inimmaginabile la sottoposizione del contratto preliminare ai medesimi divieti previsti per il contratto definitivo: sia perché in tal caso si finirebbe praticamente con il bloccare la contrattazione immobiliare".

⁶⁷ Come sopra ricordato, la compravendita costituisce il paradigma normativo dei contratti traslativi a titolo oneroso. Secondo Cass. civ., Sez. II, Sent., (data ud. 08/05/2025) 11/07/2025, n. 19109 (reperibile in One LEGALE – Wolters Kluwer), la disposizione trova applicazione a tutti gli atti traslativi della proprietà immobiliare sia con effetti immediati che differiti, posti in essere dal costruttore a favore di una persona fisica, aventi ad oggetto un immobile da costruire che sia gravato da ipoteca o pignoramento. Vi rientrano, pertanto, a pieno titolo anche i contratti di permuta che abbiano ad oggetto un bene da costruire, in cui l'acquisto si produce al momento in cui il bene viene ad esistenza (artt. 1472 e 1555 c.c.).

⁶⁸ Beninteso purché ricorrano tutti i presupposti soggettivi ed oggettivi di cui all'articolo 1 comma 1 del d.lgs. n. 122/2005, già illustrati nel paragrafo 5 del presente lavoro.

⁶⁹ Il divieto di cui all'art. 8 non trova invece applicazione alla 'negoiazione statica' di un bene immobile "al rustico", già esistente. Tale fattispecie deve escludersi dal perimetro di applicazione della disciplina a tutela dell'acquirente d'immobili da costruire, non trattandosi di un "immobile da costruire" nell'accezione datane dall'art. 1, lett. d), d.lg. 20 giugno 2005, n. 122. L'acquirente acquista immediatamente la piena proprietà dell'immobile esistente e già edificato, sebbene a uno stadio rustico per l'appunto. Così, G. RIZZI, *L'acquisto di immobile da costruire. Tutele vigenti e nuove tutele (dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14)*, Studio n. 245-2018/P, approvato dalla Commissione studi pubblicistici del Consiglio nazionale del notariato, 16 gennaio 2019, in *CNN Notizie*, 11 marzo 2019.

⁷⁰ Come sottolinea V. VERDICCHIO, La permuta Artt. 1552-1555, in Commentario del codice civile fondato da Piero Schlesinger diretto da Francesco D. Busnelli, Giuffrè p.83, la giurisprudenza e la dottrina dominante "pure nell'ipotesi di (futuro) trasferimento di unità immobiliari da costruire (o di altri beni d'opera) ritengono di dover comunque qualificare l'operazione come (a seconda dei casi, vendita di cosa futura o) permuta di cosa presente con cosa futura, tenuto conto che l'interesse delle parti in realtà sembra polarizzarsi più sull'effetto reale del conseguimento della proprietà della porzione di fabbricato che non sulla prestazione di *facere* dell'imprenditore, che appare meramente strumentale a quella del trasferimento della proprietà, e considerato anche che l'accordo di scambio intervenuto tra i contraenti opera fra prestazioni di dare, e non sembra coinvolgere anche la prestazione di fare." L'autore richiama in nota numerosi arresti giurisprudenziali, fra cui Cass. 5 giugno 2018, n. 14371, in *Imm. e propr.*, 2018, p. 532, Cass. 14 luglio 1972, n. 2425; Cass. 10 gennaio 1990, n. 13; Cass. 24 gennaio 1992, n. 811, cit.; Trib. Cagliari 27 febbraio 2001, in *Riv. giur. sarda*, 2002, p. 379 ss., con nota di DI FORTUNATO, *Brevi considerazioni in tema di permuta di cosa presente con cosa futura e di determinabilità dell'oggetto*

⁷¹ La giurisprudenza individua il momento in cui può dirsi venuto ad esistenza l'edificio da costruire, con la produzione dell'effetto traslativo, con il *completamento del fabbricato nelle sue componenti essenziali*, restando irrilevante solo la mancanza delle rifiniture

Nella permuta “di cosa presente con cosa futura”, in cui lo scambio ha ad oggetto la proprietà di un suolo edificabile (cosa presente) con unità immobiliari da costruire sul medesimo suolo (cosa futura), la proprietà del suolo si trasferisce immediatamente, mentre il trasferimento della proprietà delle costruende unità immobiliari avverrà, in base al combinato disposto degli articoli 1472 e 1555 cod. civ., solo al momento della loro venuta a esistenza.

Le fattispecie appena descritte si configurano⁷², al pari delle altre “vendite obbligatorie”⁷³, quali contratti con effetti reali differiti⁷⁴, retti dal principio consensualistico espresso dall’art. 1376 del codice civile: l’effetto reale del trasferimento della proprietà, sebbene cronologicamente successivo alla conclusione del contratto, trova comunque la propria fonte diretta nel contratto stesso, senza necessità di ulteriori atti dispositivi.

Il successivo atto di identificazione catastale — ben noto alla prassi notarile — nel quale vengono riportati i dati catastali delle porzioni di fabbricato una volta ultimate, ai fini della voltura catastale e della pubblicità nei registri immobiliari, non ha natura traslativa. Esso viene pubblicizzato mediante apposita annotazione⁷⁵ a integrazione della trascrizione del precedente atto di alienazione di cosa futura e svolge esclusivamente una funzione ricognitiva e integrativa della pubblicità immobiliare.

In altre parole, tanto nella vendita di immobile da costruire, che nella permuta di bene presente con bene futuro, il trasferimento della proprietà dell’immobile da costruire trova la propria fonte nel contratto di alienazione, mentre gli atti successivi eventualmente posti in essere nella prassi negoziale restano confinati a una funzione meramente ricognitiva, senza incidere sulla produzione dell’effetto traslativo.

Le conclusioni appena tratte non mutano qualora, nell’esercizio della propria autonomia negoziale, le parti convengano di differire la produzione dell’effetto reale a un momento successivo rispetto

o degli accessori non indispensabili per la sua utilizzazione (Cass. 18 maggio 2001, n. 6851, in *Vita not.*, 2001, p. 829; Cass. 10 marzo 1997, n. 2126, in *Riv. not.*, 1997, II, p. 941). In dottrina si ritiene che i contraenti possano diversamente declinare, con apposito accordo, il momento della ultimazione dell’immobile e, conseguentemente, dell’acquisto della proprietà, anticipandolo o differendolo e, più in generale, «stabilire negozialmente quali siano i requisiti del fabbricato da riscontrare per considerare lo stesso fabbricato esistente» (cfr LUMINOSO, *La vendita*, in *Trattato di dir. civ. e comm.* diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 2014, p. 209).

Nella contrattazione che ricade nel perimetro della normativa di protezione di cui al d.lgs. n. 122/2005, il momento di “ultimazione” dell’immobile viene di norma fatto convenzionalmente coincidere tenendo conto di quanto disposto dall’articolo 1 comma 1 lettera d) del medesimo d.lgs..

⁷² Come sottolinea V. VERDICCHIO, *La permuta Artt. 1552-1555*, in Commentario del codice civile fondato da Piero Schlesinger diretto da Francesco D. Busnelli, Giuffrè p.81, “La dottrina oggi nettamente prevalente e la giurisprudenza ormai consolidata, confutate le altre teorie formulate per spiegarne la natura, configurano la vendita di cosa futura (anche detta *emptio rei speratae*) — e, di conseguenza, l’omologa ipotesi di permuta — nei termini di una fattispecie contrattuale ormai già definitivamente perfezionata e strutturalmente completa di tutti gli elementi essenziali, riconducibile alla categoria delle vendite obbligatorie. ...Secondo quanto editualmente previsto dall’art. 1472, comma 1° (1a parte), cod. civ., nella vendita — e, per quel che qui interessa, nella permuta — di cosa futura, il trasferimento si verifica *automaticamente*, non appena il bene o il diritto viene a esistenza, senza necessità di ulteriori atti traslativi e senza bisogno che l’acquirente consegua la materiale disponibilità della cosa.”.

⁷³ LUMINOSO, *La vendita*, cit., p. 59, parla, al riguardo, di “*contratti ad efficacia traslativa (cronologicamente) mediata*”. In tali ipotesi non vi è deroga al principio del “consenso traslativo” di cui all’articolo 1376 CC: l’effetto reale trova il suo fondamento causale nel contratto, mentre i suoi effetti sono differiti al verificarsi di ulteriori eventi (l’atto di individuazione nella vendita di cose generiche; l’acquisto del diritto nella vendita di cosa altrui; la venuta a esistenza della cosa nella vendita di cosa futura), che tuttavia costituiscono “meri atti o fatti di integrazione dell’efficacia”, LUMINOSO, *op. ult. cit.*, p. 60.

⁷⁴ La permuta “di cosa presente con cosa futura” presenta al contempo i tratti sia di un contratto a effetti reali immediati che con effetti differiti, Cass. civ., Sez. II, Sent., (data ud. 08/05/2025) 11/07/2025, n. 19109 (reperibile in One LEGALE – WOLTERS KLUWER).

⁷⁵ L’atto di identificazione catastale deve essere assoggettato ad annotazione, formalità idonea a rendere legalmente conoscibile ai terzi la mera precisazione o rettifica dei dati catastali, con funzione di pubblicità-notizia. Secondo un altro orientamento, l’atto di identificazione catastale dovrebbe essere trascritto, quanto meno ogniqualvolta esso abbia ad incidere su elementi rilevanti ai fini della individuazione del bene o sulla titolarità del diritto.

alla “venuta ad esistenza del bene” (art. 1465, comma 2, cod. civ.), ovvero decidano di apporre al contratto una condizione sospensiva.

La prima ipotesi ricorre, ad esempio, quando le parti stabiliscono che il trasferimento della proprietà si produca al momento della consegna del bene, quale risultante da apposito verbale, ovvero lo differiscano alla sottoscrizione di un successivo atto ricognitivo, attestante l’avvenuto completamento dei lavori, l’accatastamento delle unità immobiliari o la avvenuta presentazione della segnalazione certificata di agibilità.

La seconda ipotesi ricorre invece, ad esempio, quando le parti convengano di subordinare l’efficacia del trasferimento all’avvenuto integrale pagamento del prezzo⁷⁶ da parte dell’acquirente, impegnandosi al contempo reciprocamente a sottoscrivere un successivo atto di accertamento, funzionale all’annotamento in margine alla trascrizione dell’atto ai sensi dell’articolo 2668 comma 3 del codice civile.

In entrambe le fattispecie sopra delineate, l’effetto traslativo resta integralmente e soltanto riconducibile alla originaria manifestazione di volontà contenuta nel contratto, che costituisce l’unica fonte e la causa del trasferimento della proprietà, ancorché differito⁷⁷. Ne discende che anche tali fattispecie, in quanto idonee a produrre effetti reali – seppur differiti – rientrano nell’ambito di applicazione del divieto di stipula in difetto di cancellazione o frazionamento delle formalità pregiudizievoli di cui all’articolo 8⁷⁸.

⁷⁶ In dottrina e giurisprudenza è ammessa la deducibilità in condizione dell’inadempimento. Si tratta di una clausola nata nella prassi, costruita in termini teorici dalla dottrina e ormai definitivamente accolta dalla giurisprudenza. Per la confutazione delle argomentazioni contrarie alla sua ammissibilità, cfr. G. PETRELLI, *La condizione “elemento essenziale” del “negozio giuridico”*, Milano, 2000, p. 442 ss. e con indicazioni di tecnica redazionale G. PETRELLI e G.C. PLATANIA, *Formulario notarile commentato, Contratti in generale*, II ed., Milano, 2018, p. 647; G. AMADIO, *La condizione di inadempimento – Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova, 1996; *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela. L’adempimento dedotto in condizione*, Milano, 1996, p. 95; Id., *In tema di adempimento come condizione*, in *Riv. not.*, 1986, p. 87. In giurisprudenza, a favore, Cass., 30 aprile 2012, n. 6634, in *Guida al diritto*, 2012, 27; Cass., 21 aprile 2010, n. 9504, in *DeJure*; Cass., 15 novembre 2007, n. 24299, in *Riv. not.*, 2007, p. 1206; Cass., 15 novembre 2006, n. 24299, in *Giur. it.*, 2007, c. 2183; Cass., 24 novembre 2003, n. 17859, in *Giust. civ.*, 2004, I, c. 935, con nota E. GIACOBBE, *La deducibilità in condizione dell’adempimento della prestazione, tra libertà contrattuale e mera potestatività*; in *I Contratti*, 2004, p. 667, con nota F. BESOZZI, *La condizione di inadempimento*; in *Riv. not.*, 2004, p. 528, con nota di C. UNGARI TRASATTI, *L’avveramento della condizione risolutiva di inadempimento e la questione sulla responsabilità della parte inadempiente*; Cass., 3 marzo 1997, n. 1842, in *Corr. giur.*, 1997, p. 1102, con nota di F. DE CRISTOFARO, *Sulla c.d. condizione di adempimento*; Cass., 12 ottobre 1993, n. 10074; Cass., 8 agosto 1990, n. 8051, in *Mass. giust. civ.*, 1990, 8; Cass., 24 febbraio 1983 n. 1432. *Contra*, Cass., 2 ottobre 2014, n. 20854, in *I Contratti*, 2015, p. 465, con nota E. BUDA, *Condizione di inadempimento e interpretazione del contratto*; Cass., 24 giugno 1993, n. 7007, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 902, con nota critica R. CALVO, *Deducibilità dell’adempimento in condizione e autonomia negoziale*. Mentre in dottrina, per la negativa, tra i più, cfr. M. COSTANZA, *Della condizione nel contratto*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1997, p. 53 s. Per una esaustiva rassegna, L. MARTONE, *La condizione risolutiva d’inadempimento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 71.

Le parti possono quindi, in virtù del principio generale di autonomia contrattuale di cui all’art. 1322 c.c., «prevedere l’adempimento o l’inadempimento di una di esse quale evento condizionante l’efficacia del contratto in senso sospensivo o risolutivo, sicché non configura una illegittima condizione meramente potestativa la pattuizione che fa dipendere dal comportamento – adempiente o meno – della parte l’effetto risolutivo del negozio», così Cass., 15 novembre 2006, n. 24299, in *Obbl. e contr.*, 2007, 2, p. 102 nota RUBINO; in *Riv. not.*, 2007, p. 1208, con nota F. ROMOLI, *Sul rapporto tra clausola risolutiva espressa e condizione risolutiva di adempimento*; Cass., 15 novembre 2007, n. 24299, in *Riv. not.*, 2007, p. 1206. Per la giurisprudenza di merito, Trib. Monza, 10 novembre 2020, in www.ilmerito.it.

⁷⁷ V. VERDICCHIO, *La permuta Artt. 1552-1555*, cit. p.36-37, secondo il quale, in tali casi “non v’è, propriamente, deroga al principio consensualistico, giacché — una volta verificatosi l’evento preso in considerazione come condizione di efficacia del negozio — l’effetto reale discende pur sempre dal contratto traslativo già concluso, senza che vi sia spazio per la nascita di una intermedia obbligazione di dare (trasferire), da soddisfare con un distinto atto traslativo solvendi causa”.

⁷⁸ Come evidenzia G. Petrelli, op. cit., p. 320 e ss., se l’ipoteca iscritta è a garanzia di finanziamento fondiario, trova applicazione l’articolo 39 VI comma del d.lgs. n. 385/1993 (cd. Testo Unico Bancario) che, per procedere alla suddivisione del finanziamento in quote e, correlativamente, al frazionamento dell’ipoteca a garanzia, richiede necessariamente che l’unità immobiliare sia in condizioni tali da poter essere accatastata, ancorché in corso di costruzione. Ne consegue che, “se la porzione di fabbricato è ancora

Ad analoghe conclusioni deve giungersi anche quando al negozio traslativo di immobile da costruire venga apposto il **patto di riservato dominio**⁷⁹. Il patto di riservato dominio consente al venditore di conservare la titolarità del bene fino all'integrale pagamento del prezzo; l'atto di quietanza, con cui il venditore attesta l'avvenuto pagamento del prezzo e il conseguente acquisto della proprietà da parte dell'acquirente, assume natura meramente ricognitiva, configurandosi quale negozio di accertamento di un effetto traslativo già verificatosi in forza del contratto originario e dell'avveramento della condizione sospensiva rappresentata dal saldo del prezzo⁸⁰.

In altre parole, anche in questo caso, il contratto è autosufficiente rispetto al trasferimento dell'immobile, non richiedendo alcuna ulteriore manifestazione di volontà negoziale successiva rispetto al consenso originariamente prestato.

=====

Esclusa quindi l'idoneità di meccanismi negoziali che si limitino a differire o condizionare l'effetto traslativo a sottrarre la fattispecie al divieto di cui all'articolo 8, si pone l'esigenza di individuare una diversa architettura negoziale che, senza risolversi in un mero artificio elusivo, consenta – in termini di piena legittimità e nel rispetto degli interessi delle parti – di evitare l'applicazione del divieto in esame.

In tale prospettiva, appare necessario fare ricorso a soluzioni negoziali idonee a scomporre la vicenda traslativa in due distinte fasi, nelle quali il negozio stipulato quando l'immobile è ancora in costruzione non sia, di per sé, idoneo a produrre l'effetto traslativo, che risulta invece rimesso a un successivo e autonomo atto negoziale.

Ciò può avvenire innanzitutto utilizzando la classica sequenza procedimentale "preliminare-definitivo", con la stipula quindi di un contratto preliminare di vendita (o di permuta) di immobile da costruire, seguito dal relativo contratto definitivo una volta che l'immobile sarà venuto ad esistenza.

Se si condivide la natura derogabile della regola consensualistica⁸¹ del consenso traslativo,

al rustico, e in conseguenza dello stadio non avanzato della costruzione non può essere ancora accatastata, la vendita risulta oggi preclusa dal disposto dell'art. 8 in commento. Si tratta, quindi, di una consistente limitazione all'autonomia privata, che di fatto impedisce al costruttore di un complesso immobiliare – il quale abbia finanziato la costruzione con un mutuo fondiario – la vendita al rustico degli appartamenti in esso compresi, prima del relativo accatastamento.". Di contro, sottolinea l'Autore, se l'ipoteca non è fondiaria, sarà possibile procedere alla vendita dell'immobile in costruzione, purché previo frazionamento dell'ipoteca con accollo della quota di mutuo da parte dell'acquirente, ovvero previa cancellazione dalle unità immobiliari in costruzione in ottemperanza alla prescrizione dell'art. 8 del decreto. In questo senso, cfr. anche Paolini-Ruotolo, Prime considerazioni sulla bozza di decreto legislativo in tema di tutela degli acquirenti di immobili da costruire o in corso di costruzione, in CNN Notizie, 3 maggio 2005.

⁷⁹ Anche la vendita con patto di riservato dominio viene dai più inquadrata nella più ampia categoria della vendita ad effetti reali differiti (o mediati). Per una rassegna sulle diverse ricostruzioni della fattispecie si rinvia agli studi del Consiglio Nazionale del Notariato Leo – Ruotolo, Vendita con riserva di proprietà e comunione legale dei beni, in Studi e Materiali, 6.1 (1998-2000), Milano, 2001, 189 e M. Labriola, Vendita di immobili con riserva di proprietà e loro successiva circolazione, in Studi e materiali, 2005, 122 ss. Oltre che alla vendita, il patto di riservato dominio può essere apposto anche alla permuta, qualora, come nel caso della permuta di bene presente con bene futuro, si venga a determinare uno sfasamento cronologico tra le attribuzioni corrispettive. Così V. VERDICCHIO, La permuta Artt. 1552-1555, cit. p. 222 e ss., che aggiunge che "Con riferimento all'art. 1525 cod. civ. — che disciplina l'inadempimento del compratore, statuendo che il mancato pagamento di una sola rata non determina *ex se* la risoluzione del contratto, se non supera l'ottava parte del prezzo dovuto —, va chiarito che, nella permuta, l'ottavo va valutato *con riguardo al valore globale* della prestazione dovuta dal contraente cui è concessa la rateazione."

⁸⁰ Cfr. A. Torroni, *Autonomia contrattuale e finanziamento privato. preliminare trascritto, vendita con riserva della proprietà, vendita con patto di riscatto, prestito vitalizio ipotecario*, Relazione svolta al Convegno "Le vicende del patrimonio immobiliare in tempo di crisi" organizzato dalla Scuola di Notariato di Bologna "Rolandino Passaggeri" il 18 giugno 2015 a Bologna, Convento di San Domenico. Di opposto avviso S. Uttieri, Il divieto di stipula di cui all'art. 8 del d.lgs. n. 122/2005: attuale stato dell'interpretazione e nuove prospettive, Notariato 6/2022, p. 580 e ss., che reputa sufficiente per superare il divieto di cui all'art. 8 del d.lgs. n. 122/2005, "la previsione nell'atto di disposizione del bene futuro, che la proprietà del bene da costruire si trasferisca non al momento della sua venuta ad esistenza, ma successivamente, con la stipulazione di un verbale di accertamento della venuta ad esistenza del bene medesimo e della sua identificazione catastale."

⁸¹ La dottrina più recente (per tutti, LUMINOSO, *La vendita*, cit., p. 51) afferma la natura non imperativa della norma consacrata

sostenuta dalla dottrina più recente, diviene possibile configurare anche delle altre sequenze negoziali idonee a scomporre la vicenda traslativa in due fasi: in una prima fase, a carattere obbligatorio, si colloca un contratto causale produttivo di un'obbligazione di dare in senso tecnico, consistente nell'obbligo di trasferire il bene; segue una seconda fase, a carattere dispositivo, rappresentata da un successivo negozio solutorio (c.d. pagamento traslativo), che trova il proprio presupposto causale esterno nel contratto originario e nell'obbligazione di trasferire da esso derivante.

Una costruzione negoziale così strutturata può rivelarsi di particolare interesse nella fattispecie della permuta di "bene presente con bene futuro", che si configura ogniqualvolta il sinallagma abbia ad oggetto il trasferimento di un terreno a fronte dell'attribuzione di unità immobiliari da edificare sul medesimo. L'interesse del costruttore, che vuole procedere da subito a realizzare l'intervento edilizio sul terreno, è incompatibile con la conclusione di un negozio ad effetti meramente obbligatori (quale è il preliminare) avente ad oggetto l'area. D'altro canto, la "classica" permuta di bene presente con bene futuro gli preclude il ricorso al finanziamento bancario, tenuto conto che la presenza di una ipoteca a garanzia di finanziamento iscritta sull'immobile (anche in virtù di un consenso prestato, quale terzo datore di ipoteca, dal proprietario del terreno prima della stipula della permuta), contrasta con il divieto dell'art. 8⁸².

Una possibile soluzione, idonea a soddisfare l'interesse delle parti⁸³, senza impingere nel divieto dell'articolo 8, è quella di strutturare il contratto di permuta come immediatamente produttivo di effetti reali per il terreno, che viene trasferito immediatamente al costruttore, mentre l'attribuzione delle unità immobiliari da costruire viene fatta dipendere non già dalla loro mera venuta a esistenza, bensì alla stipula di un successivo negozio dispositivo, autonomo e causalmente fondato nel

nell'art. 1376 CC e, così, la derogabilità in via convenzionale del principio del consenso traslativo. V. VERDICCHIO, La permuta Artt. 1552-1555, cit. p.41, con ampi richiami, sostiene che "l'art. 1376, lungi dall'esprimere una regola inderogabile, contiene, al più, una norma di *natura interpretativa*, volta a far ritenere — nel dubbio circa la loro effettiva volontà — che le parti abbiano, nel caso concreto, voluto programmare la vicenda dispositiva secondo il modello del consenso traslativo (ferma restando, però, la possibilità che esse manifestino una diversa volontà, diretta a dissociare *titulus e modus acquirendi*"). E ancora: "l'ormai diffusa convinzione che il principio del consenso traslativo non sia espressivo né di una pretesa necessità logica né di valori collegati a superiori esigenze di ordine pubblico muovono la dottrina ormai ampiamente dominante ad affermare la *derogabilità convenzionale* del modello circolatorio consensualistico, di cui l'art. 1376 cod. civ. rappresenta il precipitato normativo. Di conseguenza, è offerta all'autonomia delle parti la possibilità di ricorrere a un modello circolatorio alternativo — ravvisabile pure, come precedentemente rilevato, in diverse ipotesi legalmente previste — rispetto a quello disegnato da tale disposizione, e fondato sulla dissociazione tra *titulus e modus acquirendi*: qualora ciò fosse necessario per soddisfare i loro interessi concreti, i contraenti potrebbero quindi dare vita a un contratto causale che, senza direttamente trasferire esso stesso il diritto, obblighi la parte alienante a farlo con un successivo negozio di "pura" attribuzione patrimoniale (il c.d. pagamento traslativo). In tale ipotesi il presupposto causale, lungi dall'essere assente, «risiede in un rapporto precedente al quale la prestazione traslativa è collegata da una funzione esecutiva».

In tali casi, cioè, la giustificazione causale dell'atto dispositivo si rinviene fuori da quest'ultimo, e precisamente nel rapporto obbligatorio (consistente in una obbligazione di dare in senso tecnico, ossia di trasferire), che ne costituisce il *fondamento causale oggettivo*, il quale deve peraltro essere necessariamente espresso dall'atto di disposizione (c.d. *expressio causae*). Il negozio di puro trasferimento poggia, dunque, su una "*causa esterna*"; esso, pertanto, non è un negozio astratto, perché ha pur sempre un fondamento causale, sebbene estrinseco alla sua struttura (a differenza dei normali contratti traslativi — vendita, permuta, donazione, ecc. — che incorporano in sé la causa che li sorregge).

⁸² Come ha statuito la Cassazione nella recentissima sentenza Cass. civ., Sez. II, Sent., (data ud. 08/05/2025) 11/07/2025, n. 19109 (sopra citata) "Il contratto di permuta stipulato a cura del notaio richiedeva pertanto, ai sensi dell'art. 8 citato, la suddivisione del finanziamento in quote a fini del frazionamento dell' ipoteca posta a garanzia dell'immobile, proprio al fine di scongiurare l'effetto pregiudizievole, che la norma in questione ha inteso evitare e che si è in concreto verificato, che l'acquirente delle due unità immobiliari oggetto di permuta si trovasse esposto alla garanzia reale per l' intero debito contratto dal costruttore."

⁸³ Tenuto conto che l'interesse dell'acquirente, contraente debole, è comunque protetto dall'obbligo di rilascio della fideiussione posto in capo al costruttore in base all'art. 2 del d.lgs. n. 122 del 2005 che, da un lato fa riferimento alla stipula di un contratto che abbia come finalità il trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale di godimento su un immobile da costruire o di un atto avente le medesime finalità, e dall'altro obbliga il costruttore al rilascio di una fideiussione per un importo equivalente non solo alle somme ma anche al valore di ogni altro eventuale corrispettivo che il costruttore ha riscosso e, secondo i termini e le modalità stabilite nel contratto, deve ancora riscuotere. Cass. civ., Sez. II, Ord., 26/01/2024, n. 2480, in DeJure.

rapporto originario. Con riferimento alla seconda prestazione, in deroga al principio consensualistico, la permuta deve essere strutturata come negozio privo di efficacia reale, dal quale sorge in capo al costruttore – divenuto proprietario del suolo – un’obbligazione di dare in senso tecnico⁸⁴, consistente nell’obbligo di trasferire l’immobile previa realizzazione della costruzione, da adempiere con un successivo “pagamento traslativo”.

Così strutturando il negozio, il notaio potrà procedere alla stipula del contratto anche in presenza di formalità pregiudizievoli, analogamente a quanto avviene in sede di contratto preliminare. Sarà al momento della stipula del negozio di trasferimento costituente “pagamento traslativo” – quale sede del c.d. “controllo delle sopravvenienze” – che il notaio dovrà verificare l’avvenuto compimento degli atti necessari alla eliminazione delle formalità pregiudizievoli eventualmente indicate nella permuta, in coerenza con l’orientamento giurisprudenziale che individua nel definitivo il momento in cui deve essere accertata la piena possibilità giuridica del trasferimento.

Impostato così il contratto, la trascrizione del segmento “obbligatorio” della permuta avente ad oggetto il bene futuro produce gli effetti tipici della trascrizione del contratto preliminare di compravendita ai sensi dell’art. 2645-bis c.c.. A differenza quindi di quello che accade nella permuta “classica” di cosa presente con cosa futura, nella quale – secondo l’orientamento prevalente della dottrina e della giurisprudenza più recente⁸⁵ – gli effetti della trascrizione, con riferimento al bene futuro, non retroagiscono al momento della formalità, ma si producono solo al momento della venuta ad esistenza del bene, nel caso in esame la trascrizione, che produce gli effetti prenotativi di cui all’art. 2645-bis c.c., prevale sull’ipoteca che venisse successivamente iscritta sull’area a garanzia del finanziamento del costruttore.

Sul piano operativo ne discende che il costruttore che volesse ricorrere ad un finanziamento ipotecario, dovrà necessariamente stipularlo prima dell’acquisto, facendo intervenire il proprietario del suolo quale terzo datore di ipoteca. In caso contrario, le ragioni della banca sono destinate a recedere a fronte degli effetti prenotativi derivanti dalla trascrizione del contratto di permuta (ai sensi dell’art. 2645-bis c.c.).

6.3. La vendita (o, più in generale, il contratto di trasferimento a titolo oneroso) di immobile ultimato ed agibile

La contrattazione che ha per oggetto il trasferimento di un immobile ultimato ed agibile, ancorché di nuova costruzione, deve ritenersi in linea generale esclusa dall’ambito del divieto di cui all’articolo 8⁸⁶.

La costante giurisprudenza, anche di legittimità⁸⁷, focalizza l’attenzione sull’ambito oggettivo della normativa, che trova applicazione unicamente quando la contrattazione abbia ad oggetto “immobili da costruire” nella definizione contenuta nell’art. 1, comma 1, lett. d) del decreto, immobili cioè per i quali, da un lato sia stato già richiesto il permesso di costruire e che, dall’altro lato, “siano ancora da edificare o la cui costruzione non risulti essere stata ultimata versando in stadio tale da non consentire ancora il rilascio del certificato di agibilità”.

Soltanto in presenza di una contrattazione che abbia a oggetto immobili ancora da edificare o la cui costruzione non risulti essere stata ultimata si giustifica l’applicazione della speciale normativa di protezione: l’acquirente, persona fisica, che utilizza i propri risparmi per l’acquisto di un immobile

⁸⁴ La soluzione è tratta da V. VERDICCHIO, *La permuta* Artt. 1552-1555, cit. p. 57 ed anche p. 90 e ss.

⁸⁵ per tutti LUMINOSO, *La vendita*, cit., p. 203 ss.; in giurisprudenza Cass. 21 luglio 2009, n. 16921 in DeJure; Cass. 10 marzo 1997, n. 2126, in DeJure.

⁸⁶ In tal senso, Cass. 1 dicembre 2016, n. 24535, con nota a commento in *Rivista del Notariato* 2017, 1, II, 141

⁸⁷ Cfr. Cass. 3817/2023, con nota a commento C. PELIZZATTI, Il perimetro ‘oggettivo’ della normativa di tutela degli acquisti d’immobili da costruire: i confini applicativi dell’ordinanza della Suprema Corte di Cassazione, 8 febbraio 2023, n. 3817, in *Studi e materiali* 1 - QUADERNI DELLA RIVISTA SEMESTRALE DEL CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, 2023; Cass. 7411/2024 in DeJure.

non ancora venuto ad esistenza, è esposto al rischio elevato di inadempienze della parte alienante nonché al rischio di sottoposizione del costruttore a esecuzione immobiliare o a procedura concorsuale.

Di contro, quando oggetto della contrattazione è un fabbricato ultimato, le parti si trovano su un piano di sostanziale parità. Non si giustifica quindi l'applicazione dello speciale sistema di protezione, poiché il sacrificio dell'interesse del costruttore è ritenuto legittimo solo quale correttivo di una disparità di posizioni di forza che non ricorre, né nella promessa di vendita di immobili quando abbia avuto ad oggetto sin dall'origine beni già realizzati, né al contratto definitivo di trasferimento di bene ultimato.

Quando la contrattazione ha per oggetto un immobile finito, le parti troveranno sufficiente ed idonea protezione dalle garanzie "comuni" predisposte dal codice civile: concluderanno quindi un "comune" contratto di compravendita, dove non potranno trovare spazio le speciali tutele e gli speciali rimedi previsti dalla normativa di protezione (fra cui il divieto di cui all'articolo 8); la tutela della parte acquirente a fronte della presenza di trascrizioni ed iscrizioni pregiudizievoli sarà quindi affidata all'ordinario rimedio codicistico dell'articolo 1482 C.C..

6.4. La sequenza preliminare definitivo

Il divieto di stipula di cui all'art. 8 del d.lgs. n. 122/2005 torna però operante qualora la compravendita (rectius, il trasferimento a titolo oneroso) di un immobile ultimato ed agibile costituisca l'esecuzione di un contratto preliminare di immobile "da costruire", si innesti cioè in una sequenza procedimentale "preliminare – definitivo"⁸⁸.

Anche con riferimento all'art. 8 del Decreto Legislativo 122/2005, deve ritenersi operante il medesimo meccanismo a formazione progressiva già riscontrabile nell'art. 4 del decreto. In tale disposizione, infatti, il presupposto dell'obbligo di consegna della polizza assicurativa indennitaria è rappresentato dalla stipula di un contratto ad effetti traslativi non immediati, mentre la consegna della polizza deve intervenire nel momento in cui si realizza il trasferimento della proprietà⁸⁹.

Così come per l'obbligo di consegna della postuma decennale, anche in questo caso la sequenza "preliminare-definitivo" costituisce quindi elemento dirimente per l'attivazione del divieto di cui all'art. 8.

Il presupposto dell'impedimento posto a carico del notaio è costituito dalla stipula di un contratto preliminare avente ad oggetto un immobile da costruire; l'impedimento viene tuttavia in rilievo al momento della stipula del contratto definitivo di compravendita concluso in esecuzione del preliminare, ancorché avente ad oggetto un immobile ormai ultimato o anche già dotato di agibilità.

⁸⁸ La tesi è stata sostenuta per primo da G. RIZZI, Studio 5812/C, Decreto legislativo 122/2005: assicurazione indennitaria, frazionamento del mutuo, revocatoria fallimentare e le altre novità legislative, e ripresa dallo stesso Autore in *Il divieto di stipula relativo a immobili da costruire: disciplina vigente e nuove prospettive*, in *Notariato*, 2019, p. 392. "La chiave di lettura della norma sta nel ritenere operante anche con riguardo all'art. 8 in commento il "meccanismo a formazione progressiva" sopra delineato con riguardo all'art. 4 del decreto delegato in commento: se presupposto per la consegna della polizza assicurativa indennitaria è la stipula di un contratto ad effetti traslativi non immediati, il momento in cui tale polizza deve essere materialmente consegnata dal costruttore all'acquirente è quello in cui avviene il trasferimento della proprietà. Se si ritiene operante il medesimo "meccanismo" anche nell'art. 8 avremo la seguente situazione: – presupposto di applicazione dell'operare dell'impedimento posto a carico del Notaio è la stipula di un contratto preliminare avente per oggetto un bene immobile da costruire, così come anche prescritto dall'art. 1 del "Dec. L.vo"; – il momento in cui opera l'impedimento posto a carico del Notaio è quello della stipula del contratto definitivo di compravendita in esecuzione del precedente preliminare (compravendita che potrà avere per oggetto anche beni già ultimati e/o addirittura già agibili).".

La posizione è condivisa anche da S. UTTIERI, *Il divieto di stipula di cui all'art. 8 del d.lgs. n. 122/2005: attuale stato dell'interpretazione e nuove prospettive*, *Notariato* 6/2022, p. 580 e ss. e ripresa nelle Massime della Commissione Civile 1 coordinata dai notai Rizzi e Bullo - L'ambito di applicazione dell'art.8 d.lgs. 20 giugno 2005 n.122 Comitato Interregionale Dei Consigli Notarili Delle Tre Venezie, 2016, nel sito web del Comitato (www.notaitriveneto.it).

⁸⁹ M. LEO, A. MUSTO E C. PELIZZATTI, *Polizza postuma decennale e acconti versati in mancanza di contratto preliminare*

Nella sequenza preliminare–contratto definitivo occorre, pertanto, distinguere tra presupposto dell’impedimento e atto cui l’impedimento si riferisce: il primo coincide con il preliminare relativo a immobile da costruire, mentre l’atto colpito dall’impedimento è il successivo contratto definitivo.

Il notaio chiamato a ricevere un contratto definitivo di compravendita di immobile finito ed agibile dovrà quindi applicare la normativa di protezione, e quindi conformarsi al rispetto del divieto di cui all’articolo 8, ogniqualvolta il bene sia stato oggetto, in “costruzione”, di un contratto preliminare. Occorre a questo proposito domandarsi come il notaio possa verificare, ai fini dell’osservanza della prescrizione normativa, se l’atto di compravendita che è chiamato a ricevere sia stipulato tra le parti in esecuzione di un precedente contratto preliminare.

Qualora la contrattazione abbia ad oggetto un immobile realizzato sulla base di titolo abilitativo richiesto o presentato successivamente al 16 marzo 2019⁹⁰, l’obbligo di ricorrere all’intervento notarile già in sede di stipula del contratto preliminare, con la conseguente trascrizione dello stesso ai sensi dell’art. 2645-bis del codice civile, rende agevolmente verificabile l’eventuale avvenuta stipulazione del preliminare attraverso l’esame dei registri immobiliari⁹¹.

Diversamente, quando la contrattazione ha ad oggetto un immobile realizzato in base a titolo abilitativo richiesto o depositato in data anteriore alla entrata in vigore del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (cd. codice della crisi di impresa e dell’insolvenza), l’esistenza di pagamenti effettuati dalla parte acquirente prima del rogito⁹², in un momento nel quale l’immobile non era ancora dotato dei requisiti per essere dichiarato agibile, può costituire un indice circa l’esistenza di pregressi accordi tra le parti.

In tali casi competerà al prudente apprezzamento del notaio di valutare la ricorrenza dei presupposti per l’applicazione alla fattispecie della normativa di protezione⁹³.

Resta in ogni caso ferma, nel rispetto delle finalità di tutela delle parti perseguite dalla disciplina, la funzione del notaio di informazione e consulenza, volta a porre il contraente più debole nella effettiva condizione di esercitare i diritti e le tutele riconosciuti dall’ordinamento.

7. Divieto di stipula e strumenti negoziali alternativi

⁹⁰ data di entrata in vigore del d.lgs. 12 gennaio 2019 N. 14 (cd. Codice della crisi di impresa e dell’insolvenza, artt. 385, 386, 387, 388 e 389) che, come noto, ha potenziato le tutele a protezione dell’acquirente contraente debole, con la previsione, fra l’altro, che il contratto preliminare (ed ogni altro contratto che sia comunque diretto al successivo acquisto in capo ad una persona fisica della proprietà o di altro diritto reale su un immobile "da costruire") debbano essere stipulati per atto pubblico o per scrittura privata autenticata (art. 6 d.lgs. 122/2005). La novellata disciplina sulla tutela degli acquirenti degli immobili da costruire, tra i più significativi innesti, ha infatti previsto l’arretramento dell’intervento notarile fin dalla fase della stipulazione del contratto preliminare, con il connesso obbligo di trascrizione del preliminare (articolo 2645-bis C.C.).

⁹¹ Secondo anche la giurisprudenza di merito, che ravvisa nella forma prescritta dall’art. 6 del d.lgs. n. 122/2005 un requisito ad substantiam dell’atto, il contratto preliminare concluso per semplice scrittura privata è viziato da nullità per difetto di forma. Così: Tribunale Bari, 29/01/2026, n. 644, in banca dati DeJure: “Benché la norma non preveda alcuna espressa sanzione per la mancata osservanza delle forme prescritte, deve ritenersi che essa abbia carattere imperativo in ragione di plurimi fattori e dia luogo a nullità cd. virtuale ex art. 1418, primo comma, c.c.”; Tribunale Treviso, 30/01/2026, n. 124 in banca dati DeJure: “La norma che prescrive la forma pubblica o autentica per la sottoscrizione del contratto preliminare assume infatti matrice pubblicistica, essendo finalizzata ad anticipare la protezione del consumatore già alla fase della contrattazione preliminare degli immobili da costruire”; Tribunale Milano, 10/07/2025, n. 5733 in banca dati DeJure: “il contratto è nullo per lo meno per vizio della forma solenne imposta dalla legge, non derogabile dalle parti, vuoi perché espressamente sancito dall’art. 5 co. 1bis del citato d. lgs, vuoi perché si tratta di corollario direttamente discendente dalla ratio di tutela del contraente debole sottesa a tali norme.

⁹² Tenuto conto che il disposto dell’art. 35, comma 22, D.L. 4 luglio 2006, n. 223, convertito con L. 4 agosto 2006, n. 248, impone l’obbligo delle parti, all’atto di cessione di un immobile, di rendere apposita dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà recante l’indicazione analitica delle modalità di pagamento del corrispettivo.

⁹³ In tal senso, G. RIZZI, in *Il divieto di stipula relativo a immobili da costruire: disciplina vigente e nuove prospettive*, cit; così anche L’ambito di applicazione dell’art. 8 d.lgs. 20 giugno 2005 n. 122, orientamento della Commissione Orientamenti Civilistici del Comitato Notarile Triveneto, 2016, nel sito web del Comitato (www.notaitriveneto.it).

A differenza di quanto accade nella ordinaria contrattazione immobiliare, nella negoziazione che ricade all'interno del perimetro della normativa di protezione le parti subiscono una significativa limitazione della loro autonomia negoziale poiché non sono libere di scegliere di concludere il contratto in presenza di formalità pregiudizievoli non assentite di cancellazione (o di frazionamento, qualora ne ricorrano i presupposti).

A ciò deve aggiungersi che la norma dell'articolo 5 comma 1-bis del d.lgs. n. 122/2005 non consente all'acquirente di rinunciare alle tutele previste dal decreto⁹⁴.

Nella prassi possono però emergere situazioni in cui il divieto di stipula previsto dall'articolo 8 si pone in contrasto con un interesse concreto e meritevole di tutela in capo all'acquirente, contraente debole. Questi potrebbe avere interesse a differire il frazionamento dell'ipoteca ad un momento successivo alla stipula, al fine di accelerare il perfezionamento dell'acquisto⁹⁵ senza dover attendere i tempi dell'istituto mutuante.

Le parti potrebbero anche avere interesse a stipulare l'atto prima che il creditore ipotecario abbia prestato il proprio assenso alla cancellazione dell'ipoteca. Una tale situazione può verificarsi, ad esempio, quando l'acquirente ricorra ad un mutuo e la banca mutuante disponga l'erogazione della somma soltanto ad avvenuta iscrizione dell'ipoteca, oppure ancora nella vendita di bene soggetto a vincolo ai sensi del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, ove è interesse dell'acquirente di procedere al pagamento del prezzo solo una volta che siano decorsi i termini di legge e quindi al mancato esercizio della prelazione di cui all'articolo 60 del decreto. A sua volta il venditore, se deve reperire dal pagamento del prezzo la provvista necessaria per estinguere il debito ipotecariamente garantito, non riesce ad ottenere il consenso alla cancellazione del gravame da parte del creditore ipotecario, prima che questi abbia incassato.

In questi casi, il notaio deve opporre sempre e comunque il proprio rifiuto alla stipula? In altre parole, il divieto di stipula portato dalla norma in esame si configura come ostacolo insuperabile, ovvero è possibile sciogliere il nodo gordiano ed individuare soluzioni negoziali che consentano all'acquirente di conseguire, anche in questi casi, il "bene della vita", conciliando il disposto dell'art. 8 del d.lgs. n. 122/2005 con l'assetto di interessi alla cui protezione è preordinato l'intero impianto normativo del decreto?

Una prima soluzione teoricamente prospettabile è rappresentata dalla sottoposizione dell'intero contratto alla condizione sospensiva della successiva cancellazione o del successivo frazionamento delle formalità pregiudizievoli. Secondo una attenta dottrina⁹⁶ però, tale meccanismo sarebbe difficilmente compatibile con il disposto dell'art. 8, tenuto conto che il divieto imposto al notaio è formulato in termini assoluti e non potrebbe essere superato mediante il semplice condizionamento degli effetti del contratto.

In tale contesto si inserisce il possibile ricorso al deposito delle somme sul conto dedicato del notaio⁹⁷, quando la provvista derivante dal pagamento del prezzo deve essere utilizzata per ottenere la cancellazione delle formalità pregiudizievoli⁹⁸. Lo strumento può assumere una funzione

⁹⁴ norma che, come noto, prevede la irrinunciabilità delle tutele previste dal d.lgs. 122/2005 da parte dell'acquirente e che dispone altresì che ogni clausola contraria è viziata da nullità e deve intendersi come non apposta.

⁹⁵ In presenza di mutuo fondiario, in caso di inerzia della banca, l'acquirente può attivare i rimedi di cui all'art. 7 del decreto. La situazione risulta più complessa nelle ipotesi di mutui ipotecari non fondiari o di altre iscrizioni ipotecarie, nelle quali il creditore non è tenuto al frazionamento, con la conseguenza di poter di fatto impedire la stipula degli atti di trasferimento. Analoghe criticità si riscontrano in tema di cancellazione delle ipoteche, ove il debito non sia accollabile all'acquirente — per divieti contenuti nel contratto di finanziamento o per la struttura stessa del rapporto obbligatorio — nonché nelle ipotesi di cancellazione del pignoramento.

⁹⁶ Cfr. PETRELLI, Gli acquisti di immobili da costruire, op.cit., p. 323

⁹⁷ Si tratterà di deposito ex articolo 1 comma 63 lettera C) L. 147/2013.

⁹⁸ E' opportuno ricordare che, per effetto dell'intervento notarile nel preliminare, l'individuazione delle formalità pregiudizievoli a fronte di una sequenza preliminare/definitivo entro i termini (decadenziali) previsti dalla legge non può non tenere conto dell'effetto

di riequilibrio degli interessi in gioco, purché coordinato con il rispetto delle norme inderogabili della disciplina speciale⁹⁹.

A tal proposito, si confrontano due diversi orientamenti.

Secondo una tesi più rigorosa¹⁰⁰, in presenza di immobile gravato da formalità pregiudizievoli, il ricorso al deposito prezzo sarebbe legittimo soltanto allorché, anteriormente o contestualmente alla vendita, il creditore ipotecario presti il proprio “*consenso condizionato alla cancellazione dell’ipoteca ex art. 2885 CC*”.

Secondo un diverso orientamento, il deposito prezzo può essere liberamente utilizzato anche nell’ambito delle operazioni soggette al d.lgs. 122/2005, purché strutturato in modo coerente con la ratio del divieto posto dall’art. 8 in commento¹⁰¹. Poiché l’interesse protetto dalla norma è quello di impedire che l’acquirente di immobile da costruire acquisti un immobile gravato da ipoteca o pignoramento, si ritiene che tale finalità possa essere adeguatamente soddisfatta anche depositando la somma presso il notaio, con l’incarico di procedere alla cancellazione delle formalità pregiudizievoli¹⁰². Lo schema operativo che è stato suggerito¹⁰³ è il seguente:

“i) l’acquirente consegna al Notaio rogante quanto dovuto a saldo del prezzo, affinché lo stesso lo versi nel conto corrente dedicato istituito a norma dell’art. 1, comma 63, L. 27 dicembre 2013, n. 147;

(ii) al Notaio depositario viene conferito dalle parti (con specifica pattuizione contenuta nell’atto di compravendita) espresso incarico di utilizzare le somme depositate per procedere alla cancellazione dell’ipoteca o del pignoramento esistenti, previa estinzione del debito garantito o eseguito;

(iii) il Notaio, una volta eseguita la registrazione e la pubblicità dell’atto di compravendita, ai sensi della vigente normativa e verificata l’assenza di gravami e formalità ulteriori rispetto a quelle esistenti alla data dell’atto ed alle quali si riferisce l’incarico di cui sub (ii), provvederà ad utilizzare le somme depositate per procedere alla cancellazione dell’ipoteca o del pignoramento esistenti, previa estinzione del debito garantito o eseguito. L’eventuale somma che residuerà, dopo aver adempiuto all’incarico, verrà consegnata dal Notaio depositario alla parte venditrice.”.

Ad avviso degli autori che la hanno proposta¹⁰⁴, tale soluzione consentirebbe un sostanziale rispetto degli interessi protetti dalla norma dell’art. 8: attraverso il deposito del prezzo con l’incarico al

prenotativo della trascrizione di cui all’articolo 2645-bis c.c..

⁹⁹ Le norme inderogabili sono, nella fase preliminare della contrattazione gli artt. 2, 3 e 6 del decreto e l’art. 8 nella fase del trasferimento.

¹⁰⁰ G. PETRELLI, Destinazioni patrimoniali e trust, Milano, 2020, p. 632 e ss.

¹⁰¹ Vedasi sul punto D. MURITANO, Compravendita immobiliare e deposito prezzo - Studio 418-2017/C approvato dalla commissione studi civilistici CNN 19 aprile 2018

¹⁰² G. RIZZI, “Il divieto di stipula relativo a immobili da costruire: disciplina vigente e nuove prospettive”, in Notariato 4/2019, p. 391 e ss.

¹⁰³ La soluzione è di G. RIZZI, Il divieto di stipula relativo a immobili da costruire: disciplina vigente e nuove prospettive, in Notariato 4/2019, p. 391 e ss., che suggerisce di apporre alla compravendita una condizione risolutiva, consistente nella mancata cancellazione, per qualsiasi motivo, dell’ipoteca o del pignoramento esistenti, nonché delle altre formalità pregiudizievoli che fossero emerse dopo la stipulazione dell’atto. Verificandosi invece la condizione risolutiva suddetta, il notaio depositario provvederà alla restituzione delle somme all’acquirente, assicurando così la piena tutela della sua posizione patrimoniale.

¹⁰⁴ La soluzione è stata ripresa e sviluppata da R. ISRAEL, Ipotesi applicative di utilizzo del conto dedicato in funzione di deposito (escrow), Approfondimento giuridico, Federnotizie 17 novembre 2023. “In particolare, ci si è chiesti se il “deposito del prezzo” sul Conto, possa costituire alternativa legittima all’applicazione della disciplina di tutela che vieta la stipula se non previa “liberazione” dell’immobile. Quale sia la procedura da seguire in concreto, risulta tratteggiata chiaramente nel citato “Studio CNN” che, pur non contenendo, evidentemente, previsioni cogenti, indica, in linea di massima, quale sia la best practice al proposito. Il notaio, quale strumento alternativo alla cancellazione, in sede di definitivo dal costruttore, che non fosse preceduto dalla formalizzazione di un titolo – direttamente idoneo – per la cancellazione del gravame afferente l’immobile, dovrebbe prevedere espressamente (nell’atto) che:

notaio di destinare le somme alla estinzione del debito garantito o esecutato, verrebbe neutralizzato il rischio che l'acquirente consegua un immobile gravato da formalità pregiudizievoli; il costruttore, dal canto suo, incasserà le eventuali residue somme soltanto dopo la formazione del titolo idoneo alla cancellazione dell'ipoteca o del pignoramento, in coerenza con la finalità perseguita dal legislatore.

Nella valutazione della compatibilità con il sistema della normativa di protezione delle diverse soluzioni proposte dalla dottrina, non si può però prescindere dalla considerazione di un ulteriore e decisivo profilo sistematico. All'atto della stipula del contratto definitivo, il costruttore è tenuto a consegnare all'acquirente la polizza assicurativa decennale postuma (conforme al modello standard ministeriale), determinandosi con ciò la cessazione degli effetti della fideiussione (art. 3, comma 7, d.lgs. n. 122/2005). Ne consegue che, anche apponendo al definitivo una condizione risolutiva¹⁰⁵, qualora le formalità pregiudizievoli non venissero eliminate e il contratto perdesse efficacia, l'acquirente recupererebbe sì le somme versate a titolo di "saldo prezzo" depositate presso il notaio, ma perderebbe la garanzia fideiussoria prevista dalla disciplina speciale, restando quindi privo di adeguata tutela in ordine alle somme già versate al costruttore a titolo di caparra e/o di acconti¹⁰⁶. In altri termini, il solo utilizzo del deposito prezzo sul conto dedicato del notaio con vincolo di destinazione delle somme alla cancellazione delle formalità pregiudizievoli, potrebbe lasciare l'acquirente esposto al rischio di perdere la garanzia fideiussoria prevista dalla disciplina speciale, pur non avendo ancora stabilmente conseguito l'acquisto di un bene libero da formalità pregiudizievoli.

Per essere davvero coerente con la ratio dell'articolo 8, il negozio dovrebbe invece essere strutturato in modo tale da tutelare l'intero investimento dell'acquirente, e quindi non solo il saldo prezzo, ma anche tutte le somme versate in precedenza al costruttore (a titolo di caparra e/o acconto), e sino a quel momento garantite dalla fideiussione, la cui efficacia, come si è detto, viene a cessare a seguito della stipula del contratto di vendita.

a) la somma depositata a titolo di prezzo, non inferiore ai debiti da estinguere, sia impiegata e destinata esclusivamente a cancellare l'ipoteca gravante sull'immobile venduto;

b) tale impiego sia subordinato alla verifica dell'inesistenza di formalità pregiudizievoli ulteriori rispetto a quelle risultanti dall'atto. Sarà altamente raccomandabile, vertendo, qui, in un campo sottratto alla disponibilità delle parti prevedere in atto;

c) nel caso in cui non fosse possibile procedere alla estinzione del debito garantito (o esecutato) ed alla conseguente cancellazione delle formalità pregiudizievoli, il contratto di compravendita si risolverà (attraverso una clausola risolutiva espressa o, ancora meglio, in forza di una condizione risolutiva) e cesserà di produrre qualsiasi effetto (con retrocessione della proprietà del bene in capo al venditore) e l'acquirente ritornerà in possesso delle somme depositate sul Conto.

Stipulata la vendita e ricevute, contestualmente, le somme destinate all'estinzione dei gravami, il notaio procederà alla trascrizione. Verificata l'inesistenza di formalità pregiudizievoli, ulteriori rispetto a quelle risultanti dall'atto, il notaio verserà le somme depositate, necessarie a estinguere i debiti causati dalla formalità, al creditore del costruttore e riceverà il consenso alla liberazione dell'immobile oppure acquisirà dalla banca la quietanza dell'avvenuta estinzione dell'obbligazione garantita. Se non si formalizzerà la cancellazione con atto notarile, la quietanza dovrà necessariamente contenere l'impegno della banca a comunicare la richiesta di cancellazione dell'ipoteca con rinuncia ad avvalersi della permanenza della medesima. L'eventuale residuo verrà svincolato in favore del costruttore/venditore.

Così operando, l'art. 8 TAIC e la sua ratio saranno pienamente rispettati. Il costruttore riceverà il prezzo della vendita solo dopo la formazione del titolo per la cancellazione dell'ipoteca."

¹⁰⁵ Come indicato da G. RIZZI, op. ult. cit.; R. ISRAEL, nel contributo indicato nella nota che precede, suggerisce invece la apposizione di una clausola risolutiva espressa.

¹⁰⁶ La fideiussione, disciplinata dagli articoli 2 e 3 del d.lgs. 122/2005, è la forma di garanzia che il legislatore ha previsto nella "prima fase" della contrattazione (preliminare /contratto con effetti reali differiti), e quindi nel momento di maggior asimmetria contrattuale fra costruttore e acquirente.

Scopo della fideiussione è quello di preservare l'interesse dell'acquirente al recupero delle eventuali somme versate in favore del venditore, in vista del pericolo di insolvenza o in relazione al mancato adempimento dell'obbligo assicurativo.

La garanzia deve essere di importo corrispondente alle somme e al valore di ogni altro eventuale corrispettivo riscosso dal costruttore e deve ancora riscuotere prima del trasferimento della proprietà.

Nessuna ragione ostativa dovrebbe sorgere quando sul conto dedicato venisse depositato l'intero prezzo, circostanza che può ricorrere sia nell'ipotesi in cui non siano stati pagati al costruttore acconti o caparre, sia qualora le eventuali somme già versate a titolo di caparra/acconti vengano versate sul conto del notaio dal costruttore, unitamente al versamento del saldo prezzo da parte dell'acquirente. Laddove invece il costruttore non fosse in grado di versare le somme già incassate sul conto dedicato, la tutela dell'interesse protetto dall'art. 8 dovrebbe necessariamente essere affidata a strumenti alternativi, quali ad esempio la consegna dal costruttore all'acquirente di una fideiussione (bancaria o assicurativa) a garanzia delle somme versate a titolo di caparra e/o acconto¹⁰⁷. Detta soluzione, così articolata, non comporta alcun rischio di riqualificazione in termini elusivi del divieto, ma si configura piuttosto come strumento per una piena attuazione della ratio della norma, poiché consente di neutralizzare totalmente proprio quel rischio che il legislatore, con il divieto dell'art. 8, ha inteso prevenire.

Alla luce delle considerazioni che precedono, e tenuto conto che le soluzioni prospettate dalla dottrina non hanno ancora trovato un avallo nella giurisprudenza, appare opportuno che, pur nel meritevole intento di evitare esiti pregiudizievoli per l'acquirente derivanti dalla rigidità del dato normativo, il notaio debba esercitare particolare prudenza nell'utilizzo di tecniche negoziali che prevedono la stipula del contratto definitivo in presenza di ipoteche non frazionate ovvero di ipoteche o pignoramenti non cancellati.

¹⁰⁷ Si rinvia a V. TERRACINA, *Modello standard di fideiussione: il controllo del notaio ai fini dell'attestazione di conformità*, in *Immobili da costruire e attività notarile Collana: Studi e Materiali*, 1, *Quaderni della rivista semestrale del Consiglio Nazionale del Notariato*, Napoli, 2023, p. 27 e ss. per una attenta e completa disamina sul ruolo del notaio nella sua funzione di tutela delle parti, e del possibile ricorso a forme di applicazione su base pattizia delle tutele previste dal d.lgs. n. 122/2005 anche in ipotesi in cui non ricorrano i presupposti di applicazione della suddetta normativa. L'Autore richiama a tal proposito la sentenza del Tribunale di Vicenza in data 23 agosto 2022, che pronunciandosi riguardo ad un preliminare di vendita di immobile da costruire concluso tra due società, ove era stata richiamata l'applicazione del d.lg. n. 122/2005 e, successivamente alla conclusione del preliminare stesso, era stata consegnata alla società promissaria acquirente una fideiussione a garanzia della restituzione di quanto da essa versato prima del rogito, ha correttamente ritenuto escutibile la fideiussione, argomentando che «è ben possibile che l'accordo fideiussorio possa trovare concreta applicazione per volontà delle parti contraenti anche a prescindere dall'effettiva esistenza dei requisiti soggettivi previsti dalla citata normativa». «Nulla vieta, infatti, che le parti interessate, nell'esplicazione della libera autonomia negoziale di cui all'art. 1322 c.c., possano determinarsi alla conclusione di un contratto ed a richiamare una normativa che sia applicabile ad un soggetto debole quale persona fisica così come indicato dall'art. 1 del d.lg. 20 giugno 2005, n. 122, alla lettera a) per dare regolamentazione ad un rapporto fideiussorio in cui la beneficiaria non abbia quella qualità, ma sia una persona giuridica».

Naturalmente, chiarisce V. TERRACINA, op. cit., "ove le parti si siano accordate circa l'applicazione delle tutele previste dal d.lgs. n. 122/2005 ad ipotesi che ne sarebbero naturalmente escluse: – non potranno essere applicabili, se non espressamente e puntualmente richiamate, le disposizioni sul contenuto della fideiussione e della postuma come stabiliti nella legge e nei modelli standard; – in caso di violazione delle regole pattizamente stabilite circa la consegna di una fideiussione (o di una polizza postuma decennale) non ricorrerà ovviamente alcuna nullità, neppure relativa, del contratto, posto che la sanzione di nullità può discendere solo dalla legge per i casi in essa previsti, ma si realizzerà solo un'ipotesi di inadempimento contrattuale."