

Consiglio Nazionale del Notariato

Studio n. 245-2018/P

L'ACQUISTO DI IMMOBILE DA COSTRUIRE TUTELE VIGENTI E NUOVE TUTELE (dopo l'entrata in vigore del D. Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14)

a cura di Giovanni Rizzi

(Approvato dalla Commissione Studi Pubblicistici il 16/01/2019)

ABSTRACT

Il Decreto Legislativo 12 gennaio 2019 n. 14 ("Codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017 n. 155") pubblicato in G.U. n. 38 del 14 febbraio 2019, è intervenuto sulla disciplina dettata dal Decreto legislativo 20 giugno 2005, n. 122 in tema di tutela di acquirenti di immobili da costruire.

Innanzitutto, il D.lgs 14/2019 (art. 388) prescrive l'obbligo dell'atto pubblico e/o della scrittura privata autenticata per i preliminari e per tutti i contratti comunque diretti al successivo acquisto della proprietà o di altro diritto reale su immobili da costruire e prevede, inoltre, l'obbligo di indicare in detti contratti gli estremi della fideiussione e l'attestazione della sua conformità al modello standard da approvarsi con decreto ministeriale.

Sono inoltre previste le seguenti modifiche alla disciplina dettata con riguardo alla fideiussione (art. 385):

- la fideiussione potrà essere rilasciata solo da banche ed assicurazioni;
- la fideiussione tutela l'acquirente non solo per il caso di situazione di crisi del venditore/costruttore ma anche nel caso di mancata consegna della polizza assicurativa decennale (a condizione che vi sia apposita attestazione del Notaio di non aver ricevuto per la data dell'atto di trasferimento della proprietà la polizza assicurativa suddetta e che l'acquirente abbia comunicato al venditore la propria volontà di recedere dal contratto);
- l'efficacia della fideiussione è fissata sino al momento in cui il fideiussore riceve dal costruttore o da altro contraente copia dell'atto di trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento o dell'atto definitivo di assegnazione, contenenti gli estremi della polizza assicurativa decennale e della sua conformità al decreto ministeriale;
- la fideiussione dovrà essere predisposta in conformità ad apposito modello standard da determinarsi con decreto del Ministro della Giustizia (entro novanta giorni dall'entrata in vigore del D.lgs 14/2019).

Sono pure previste modifiche alla disciplina dettata con riguardo alla polizza assicurativa decennale (art. 386):

- la consegna della polizza, al momento del trasferimento della proprietà, è prevista a pena di nullità (nullità relativa in quanto potrà essere fatta valere solo dall'acquirente);
- il contenuto, le caratteristiche e il modello standard della polizza assicurativa sono determinati con Decreto del Ministro dello Sviluppo Economico (entro novanta giorni dall'entrata in vigore del D.lgs 14/2019).
- vi è l'obbligo di menzionare nell'atto traslativo gli estremi identificativi della polizza assicurativa con attestazione della sua conformità al decreto ministeriale;
- conferma della possibilità di escutere la fideiussione nel caso di mancata consegna della polizza assicurativa, alle condizioni sopra citate.

Il decreto legislativo 14/2019 entra in vigore il trentesimo giorno successivo alla sua pubblicazione in G.U., ossia il 16 marzo 2019 (art. 389); tuttavia da detta data le modifiche dallo stesso introdotte non si applicheranno a tutti i rapporti aventi per oggetto immobili da costruire, trovando invece applicazione per i soli contratti aventi per oggetto immobili il cui titolo edilizio abilitativo sia stato richiesto o presentato dal 16 marzo 2019 in poi (art. 387).

Dal 16 marzo 2019 si avrà, pertanto, la coesistenza di due distinti regimi normativi:

- la disciplina del D.lgs 122/2005 ante riforma (senza le modifiche apportate dal D.lgs. 14/2019) che continuerà ad applicarsi ai preliminari e a tutti i contratti comunque diretti al successivo acquisto della proprietà o di altro diritto reale su immobili da costruire il cui titolo edilizio abilitativo sia stato richiesto o presentato sino al 15 marzo 2019 (per questi negozi, pertanto, non vi sarà l'obbligo di ricorrere all'atto pubblico o alla scrittura priva-

ta autenticata, non vi sarà l'obbligo di consegna della polizza assicurativa decennale a pena di nullità, la fideiussione non tutelerà l'acquirente nel caso di mancata consegna della polizza assicurativa, ecc.)

- la disciplina del D.lgs 122/2005 post riforma (con le modifiche apportate dal D.lgs. 14/2019) che si applicherà ai preliminari e a tutti i contratti comunque diretti al successivo acquisto della proprietà o di altro diritto reale su immobili da costruire il cui titolo edilizio abilitativo sia stato richiesto o presentato a partire dal 16 marzo 2019.

Lo studio si propone, pertanto, di approfondire le problematiche della disciplina in tema di tutela dell'acquirente di immobile da costruire, nel doppio regime applicabile in relazione alla diversa data di richiesta e/o presentazione del titolo edilizio abilitativo, tenendo anche conto degli orientamenti giurisprudenziali formati in materia.

1. LE TUTELE PREVISTE DAL D.LGS 122/2005 - LA LEGGE DELEGA 155/2017

Il Decreto legislativo 20 giugno 2005, n. 122, di attuazione della legge 2 agosto 2004 n. 210 recante delega al governo per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire, ha introdotto nel nostro ordinamento un "pacchetto" articolato di tutele a favore dell'acquirente di immobile da costruire. Tale pacchetto comprende:

i) l'obbligo posto a carico del costruttore di consegnare all'acquirente una fideiussione a garanzia di tutte le somme o comunque dei corrispettivi incassati dal costruttore stesso sino al trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento (artt. 2 e 3);

ii) l'obbligo posto a carico del costruttore di consegnare all'acquirente una polizza assicurativa indennitaria di durata decennale a garanzia dell'obbligo posto a carico dello stesso di risarcire gli eventuali danni materiali e diretti dell'immobile derivanti da rovina totale o parziale o da gravi difetti costruttivi (art. 4)

iii) l'obbligo di conformare il contratto preliminare, nonché qualsiasi altro contratto comunque diretto al successivo trasferimento della proprietà o di diverso diritto reale di godimento, ad un contenuto "minimo" fissato dal legislatore (con previsione di specifiche allegazioni) (art. 6)

iv) l'ampliamento dei soggetti legittimati a richiedere la suddivisione del mutuo fondiario in quote ed il corrispondente frazionamento della garanzia ipotecaria e la previsione, nel caso di inerzia della Banca, di un procedimento sostitutivo con l'intervento del Notaio (art. 7)

v) l'impedimento posto a carico del Notaio di procedere alla stipula di atti di compravendita, se prima 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 o del pignoramento (art. 8)

vi) il diritto di prelazione a favore dell'acquirente, privato dell'immobile dallo stesso già adibito ad abitazione principale per sé o per parente di primo grado, nel caso di vendita all'incanto dell'immobile stesso nell'ambito di procedura esecutiva (art. 9)

vii) l'esclusione dalla revocatoria fallimentare per immobili che l'acquirente (per sé ovvero per suoi parenti ed affini entro il terzo grado) si sia impegnato ad abitare, se trasferiti a "giusto prezzo" (art. 10)

viii) la possibilità per l'acquirente di escutere la garanzia fideiussoria prima che il curatore comunichi la scelta tra l'esecuzione o lo scioglimento del contratto (art. 11).

Scopo della normativa, è quello di tutelare il "contraente debole", rimediando alle inevitabili "asimmetrie contrattuali" che si registrano quando diversi sono i "rapporti di forza" tra le parti contrattuali, asimmetrie per compensare le quali, pertanto, il legislatore è intervenuto imponendo l'osservanza di determinate regole di comportamento che possano garantire un "riequilibrio" tra le contrapposte posizioni e quindi rapporti più equi tra le parti.

Peraltro, l'applicazione delle più importanti forme di tutela previste dal Decreto legislativo 20 giugno 2005, n. 122 (fideiussione – polizza decennale) è stata, di fatto, rimessa all'iniziativa delle parti e, come anche rilevato in

dottrina, non sempre le sanzioni previste sono apparse efficaci al fine di garantire la sistematica applicazione delle varie misure di tutela.

Tant'è vero che il legislatore, al fine di rendere più efficaci le varie misure di tutela previste dal D.lgs 122/2005, con la legge delega 19 ottobre 2017 n. 155, ha delegato il Governo ad adottare disposizioni che garantiscano il controllo di legalità da parte del Notaio sull'adempimento dell'obbligo di stipulazione della fideiussione di cui agli articoli 2 e 3 del Decreto legislativo 20 giugno 2005, n. 122 nonché dell'obbligo di rilascio della polizza assicurativa indennitaria di cui all'articolo 4 del medesimo decreto legislativo, stabilendo che l'atto o il contratto avente come finalità il trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale di godimento su un immobile da costruire, nonché qualunque atto avente le medesime finalità, debba essere stipulato per atto pubblico o per scrittura privata autenticata; con la medesima legge il Governo è stato pure delegato ad adottare disposizioni che prevedano che dall'inadempimento dell'obbligo di consegna della polizza assicurativa decennale consegua la nullità relativa del contratto, nei termini già previsti per la mancata consegna della fideiussione.

2. LE NOVITÀ IN MATERIA DI IMMOBILE DA COSTRUIRE CONTENUTE NEL CODICE DELLA CRISI DI IMPRESA E DELL'INSOLVENZA

In attuazione della legge delega 19 ottobre 2017 n. 155 è stato emanato il Decreto Legislativo 12 gennaio 2019 n. 14 ("Codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017 n. 155") pubblicato in G.U. n. 38 del 14 febbraio 2019 – Supplemento Ordinario n. 6) (di seguito il "decreto delegato").

Alla fattispecie in commento (tutela dell'acquirente di immobile da costruire) sono dedicati 5 dei 391 articoli contenuti nel decreto delegato e più precisamente gli articoli 385, 386, 387, 388 e 389.

Di seguito una rassegna delle novità previste nel decreto delegato:

Art. 385 (Fideiussione)

Vengono apportate le seguenti modifiche all'art. 3 del D.lgs 20 giugno 2005, n. 122:

(1) La fideiussione dovrà essere rilasciata da una banca o da un'impresa di assicurazione (modifica apportata al comma 1 dell'art. 3). Viene invece soppressa la disposizione originaria che legittimava al rilascio della fideiussione anche gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco art. 107 del T.U.B. (D.lgs 1° settembre 1993 n. 385). Pertanto, per i rapporti cui sarà applicabile la disciplina dettata dal decreto delegato, unici soggetti legittimati al rilascio della fideiussione di cui agli artt. 2 e 3 D.lgs 122/2005 saranno solo le banche e le imprese esercenti le assicurazioni.

(2) È previsto un modello standard di fideiussione (che dovrà essere determinato con decreto del Ministro della Giustizia da adottarsi, di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze, entro 90 giorni dalla data di entrata in vigore del decreto delegato (disposizione contenuta nel nuovo comma 7-bis dell'art. 3, aggiunto dall'art. 385, comma 1, lettera d). Pertanto per i rapporti cui sarà applicabile la disciplina dettata dal decreto delegato, i soggetti legittimati dovranno rilasciare la fideiussione in conformità al modello ministeriale, con la conseguenza che dovrà ritenersi inidonea allo scopo una fideiussione non conforme a detto modello standard (tant'è che il successivo art. 388 prevede che nei contratti di cui all'art. 6 del D.lgs 122/2005, quali ad esempio i preliminari, dovranno essere riportati non solo gli estremi della fideiussione ma anche l'attestazione della sua conformità al modello standard approvato dal Ministero). Peraltro, nelle more dell'adozione di detto decreto ministeriale, il contenuto della fideiussione è determinato dalle parti nel rispetto di quanto previsto dall'art. 3 del D.lgs 122/2005 (così dispone l'art. 389, c. 3, del decreto delegato).

(3) La fideiussione garantirà il promissario acquirente non solo dalla situazione di crisi del venditore, come previsto nella disciplina originaria, ma anche nel caso di inadempimento da parte del venditore/costruttore dell'obbligo di prestare la polizza assicurativa decennale di cui all'art. 4 del D.lgs 122/2005. Se la polizza decennale non verrà consegnata, l'acquirente potrà comunicare al venditore/costruttore la propria volontà di recedere dal contratto di cui all'art. 6 già stipulato (ad esempio da un contratto preliminare) e chiedere il rimborso

delle somme versate escutendo, se le somme non gli verranno restituite dal venditore (e quindi a prescindere da una sua situazione di crisi) la fideiussione; a tal fine per l'escussione della fideiussione, in questa particolare situazione di inadempimento del venditore, sarà necessaria una apposita attestazione da parte del Notaio incaricato della stipula dell'atto traslativo della proprietà, con la quale lo stesso dovrà dichiarare di non aver ricevuto per la data dell'atto la polizza assicurativa conforme alle prescrizioni ministeriali (modifica del comma 3 dell'art. 3). Il successivo art. 386 prevede, infatti, che contenuto e caratteristiche della polizza di assicurazione e il relativo modello standard sono determinati con decreto del Ministro dello Sviluppo Economico, di concerto con il Ministro della Giustizia e con il Ministro dell'Economia e delle Finanze.

(4) L'efficacia della fideiussione non cesserà più al momento del trasferimento della proprietà, come previsto dalla normativa originaria, bensì nel momento in cui il fideiussore riceverà dal venditore/costruttore ovvero da un altro dei contraenti copia dell'atto di trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento sull'immobile o dell'atto definito di assegnazione il quale contenga la menzione degli estremi identificativi della polizza assicurativa decennale e della sua conformità al decreto ministeriale (in questo caso spetta al Ministro dello Sviluppo Economico, di concerto con il Ministro della Giustizia e con il Ministro dell'Economia e delle Finanze determinare con apposito decreto il contenuto e le caratteristiche della polizza decennale nonché il relativo modello standard). Pertanto, per i rapporti cui sarà applicabile la disciplina dettata dal decreto delegato, diventerà essenziale nell'atto traslativo indicare gli estremi della polizza assicurativa decennale e la sua conformità alle prescrizioni ministeriali, altrimenti non potrà essere "sbloccata" la fideiussione.

Art 386 (Polizza indennitaria decennale)

Vengono apportate le seguenti modifiche all'art. 4 del D.lgs 20 giugno 2005, n. 122:

(1) il costruttore è obbligato a contrarre ed a consegnare all'acquirente all'atto del trasferimento della proprietà, a pena di nullità di tale atto, che può essere fatta valere solo dall'acquirente, una polizza assicurativa decennale a beneficio dell'acquirente e con effetto dalla data di ultimazione dei lavori a copertura dei danni materiali e diretti all'immobile, compresi i danni a terzi, cui sia tenuto ai sensi dell'art. 1669 c.c., derivanti da rovina totale o parziale, gravi difetti costruttivi delle opere, per vizio del suolo o per difetto di costruzione, e comunque manifestatisi successivamente alla stipula del contratto definitivo di compravendita e di assegnazione. Pertanto, per i rapporti cui sarà applicabile la disciplina dettata dal decreto delegato, la consegna della polizza indennitaria decennale diverrà condizione di validità dell'atto traslativo della proprietà. La consegna di detta polizza, all'atto del trasferimento della proprietà, è, infatti, prevista dal decreto delegato a pena di nullità.

(2) Il contenuto e le caratteristiche della polizza decennale ed il relativo modello standard sono determinati con decreto del Ministro dello Sviluppo Economico da adottarsi di concerto con il Ministro della Giustizia e con il Ministro dell'Economia e delle Finanze entro 90 giorni dalla data di entrata in vigore del decreto delegato. Pertanto, per i rapporti cui sarà applicabile la disciplina dettata dal decreto delegato, le imprese di assicurazione dovranno rilasciare la polizza decennale in conformità alle prescrizioni ministeriali ed in particolare in conformità al modello standard, con la conseguenza che dovrà ritenersi inidonea allo scopo una polizza non conforme a dette prescrizioni ed a detto modello. Ne consegue che per i rapporti cui sarà applicabile la disciplina dettata dal decreto delegato, per garantire la validità dell'atto traslativo della proprietà, non sarà sufficiente accertarsi che la polizza sia stata rilasciata ma sarà anche necessario accertarsi che la polizza rilasciata sia conforme alle prescrizioni ministeriali ed in particolare al modello standard. Peraltro, nelle more dell'adozione di detto decreto ministeriale, il contenuto della fideiussione è determinato dalle parti nel rispetto di quanto previsto dall'art. 4 del D.lgs 122/2005 (così dispone l'art. 389, c. 3, del decreto delegato).

(3) In caso di inadempimento all'obbligo di consegna della polizza decennale, l'acquirente che abbia comunicato al costruttore la propria volontà di recedere dal contratto di cui all'art. 6 (quale ad esempio un preliminare) ha diritto di escutere la fideiussione di cui all'art. 3. È stato pertanto ribadita anche nel corpo dell'art. 4 (relativo alla polizza decennale) la nuova funzione attribuita dal precedente art. 3 alla fideiussione, ossia la funzione di garantire il promissario acquirente anche nel caso di inadempimento dell'obbligo di consegna della polizza decennale, a prescindere da una situazione di crisi del venditore/costruttore.

La possibilità di escutere la fideiussione, nel caso di mancata consegna della polizza assicurativa decennale, è peraltro subordinata ad una duplice condizione, così come prescritto dal succitato art. 3 del D.lgs 122/2005, nel testo modificato dal D.lgs 14/2019 (al comma 3, lett b):

- che vi sia l'attestazione del Notaio di non aver ricevuto per la data dell'atto di trasferimento della proprietà la polizza assicurativa conforme al decreto ministeriale

- che il promissario acquirente abbia comunicato al venditore la propria volontà di recedere dal contratto, condizione quest'ultima del tutto analoga a quella già prevista dall'art. 3, c. 3, lett a) del D.lgs 122/2005 per il caso di trascrizione del pignoramento sull'immobile da trasferire¹.

Il diritto di recesso si pone in stretta correlazione con la nullità prevista dal D.lgs 14/2009 per il caso di mancata consegna della polizza assicurativa decennale. In caso di sequenza preliminare-definitivo le due misure (recesso e nullità) peraltro non si sovrappongono ma sono alternative l'una rispetto all'altra, in quanto il recesso riguarda il preliminare mentre la nullità riguarda l'eventuale definitivo che dovesse essere comunque stipulato. Ed il recesso costituisce lo strumento che il legislatore ha messo a disposizione del promissario acquirente proprio per evitare di stipulare un atto (il definitivo), del quale dover poi far dichiarare la nullità.

(4) L'atto di trasferimento deve contenere la menzione degli estremi identificativi della polizza assicurativa e della sua conformità al decreto ministeriale (ossia al decreto del Ministro dello Sviluppo Economico che ne deve determinare contenuto e caratteristiche nonché il modello standard). Questa disposizione, inserita nel corpo dell'art. 4 del D.lgs 122/2005 dal decreto delegato, si "incrocia" con quella che il medesimo decreto inserisce nel corpo del precedente art. 3, in base alla quale l'efficacia della fideiussione cessa nel momento in cui il fideiussore riceverà dal venditore/costruttore o da un altro dei contraenti copia dell'atto di trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento sull'immobile o dell'atto definito di assegnazione il quale contenga la menzione degli estremi identificativi della polizza assicurativa e della sua conformità al decreto ministeriale.

Artt. 387 e 389 (applicazione ed entrata in vigore)

Le modifiche apportate dal decreto delegato (di attuazione della legge delega 155/2017) si applicheranno ai contratti aventi per oggetto immobili da costruire per i quali il titolo abilitativo edilizio sia stato richiesto o presentato successivamente alla sua entrata in vigore. Così dispone l'art. 387 del decreto delegato (che ha modificato l'art. 5 del D.lgs 122/2005, introducendovi un nuovo comma 1-ter).

Ai sensi del successivo art. 389, c. 2, il decreto delegato, per quanto riguarda le disposizioni concernenti le garanzie in favore degli acquirenti di immobili da costruire, entrerà in vigore il trentesimo giorno successivo alla sua pubblicazione in Gazzetta Ufficiale.

Pertanto:

- per tutti gli immobili da costruire il cui titolo abilitativo è stato richiesto (permesso di costruire) o presentato (DIA e/o SCIA) a decorrere dal 21 luglio 2005 e prima del trentesimo giorno dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del decreto delegato (ossia dal 21 luglio 2015 e sino a tutto il 15 marzo 2019), continuerà a trovare applicazione la disciplina del D.lgs 122/2005 *ante* riforma (con esclusione, pertanto, dell'obbligo di menzionare in atto la polizza indennitaria decennale, con esclusione della nullità dell'atto se la polizza indennitaria decennale non viene consegnata, con esclusione della possibilità di escutere la fideiussione in caso di mancata consegna della polizza decennale, ecc.)

- per tutti gli immobili da costruire il cui titolo abilitativo è stato richiesto (permesso di costruire) o presentato (SCIA) a partire dal trentesimo giorno dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del decreto delegato (ossia dal 16 marzo 2019), si applicherà la disciplina del D.lgs 122/2005 *post* riforma (obbligo di menzionare in atto la polizza indennitaria decennale, nullità dell'atto se la polizza indennitaria decennale non viene consegnata, possibilità di escutere fideiussione in caso di mancata consegna della polizza indennitaria decennale, ecc.).

Da segnalare che l'operatività della disciplina del D.lgs 122/2005 *post* riforma non è subordinata all'emanazione da parte dei competenti Ministeri dei decreti volti a determinare il modello standard della fideiussione nonché il contenuto, le caratteristiche ed il modello standard della polizza indennitaria decennale (a tal fine è stato concesso un termine di 90 giorni dall'entrata in vigore del decreto delegato). Infatti, l'art. 389, c. 3, del decreto

¹ L'art. 3, c. 3, del D.lgs 122/2005, stabilisce infatti che la fideiussione può essere escussa a decorrere dalla data in cui si è verificata la situazione di crisi, a condizione che, per l'ipotesi della trascrizione del pignoramento, l'acquirente abbia comunicato al costruttore la propria volontà di recedere dal contratto; tale disposizione, contenuta sin dall'origine nell'art. 3, è stata confermata anche nel testo del suddetto articolo, quale riscritto dall'art. 386 del D.lgs 14/2019.

delegato detta apposita norma transitoria, che prevede che, nelle more dell'adozione di detti decreti ministeriali, il contenuto della fideiussione e della polizza assicurativa è comunque determinato dalle parti, nel rispetto di quanto previsto dagli artt. 3 e 4 del D.lgs 122/2005. Tutto ciò richiederà attenzione da parte del Notaio, chiamato a controllare la conformità della fideiussione e della polizza assicurativa decennale, mancando un modello standard a cui conformarsi (si rammenta che il contratto è nullo non solo se mancano la fideiussione o la polizza ma anche se le stesse non sono conformi a legge).

Art. 388 (Il preliminare ed i contratti comportanti il trasferimento non immediato di immobili da costruire)

Vengono apportate le seguenti modifiche all'art. 6 del D.lgs 20 giugno 2005, n. 122:

(1) Viene previsto che sia i contratti preliminari che i contratti che siano comunque diretti al successivo acquisto in capo ad una persona fisica della proprietà o altro diritto reale su un immobile da costruire **devono essere stipulati per atto pubblico o per scrittura privata autentica.**

(2) Viene previsto che i contratti preliminari ed i contratti che siano comunque diretti al successivo acquisto in capo ad una persona fisica della proprietà o altro diritto reale su un immobile da costruire debbono contenere, fra l'altro, gli estremi della fideiussione di cui all'art. 2 del D.lgs 122/2005 e l'attestazione della sua conformità al modello standard approvato con decreto del Ministro della Giustizia.

Si ritiene che la forma dell'atto pubblico e/o della scrittura privata autenticata, prescritta per i negozi soggetti alla disciplina del D.lgs 14/2019, stante le finalità della disposizione dell'art. 388 di detto decreto, in relazione a quanto disposto nell'art. 12 della legge 19 ottobre 2017 n. 155 (garantire il controllo di legalità da parte del Notaio sull'adempimento dell'obbligo di stipulazione della fideiussione nonché dell'obbligo di rilascio della polizza assicurativa indennitaria), sia richiesta *ad substantiam*; pertanto il negozio posto in essere in violazione del suddetto requisito di forma sarà affetto da nullità e si tratterà di nullità assoluta, non sanabile (e non di nullità relativa come quella prevista dagli articoli 2 e 4 del D.lgs 122/2005 per il caso di mancata consegna della fideiussione o della polizza assicurativa indennitaria).

La previsione del ricorso obbligatorio all'atto notarile per tutti i contratti (preliminare *in primis*) comportanti il trasferimento non immediato di immobile da costruire costituisce un indubbio riconoscimento, a livello normativo, della funzione del Notaio quale "controllore" e tutore della legalità: il Notaio che, nell'esplicazione della sua attività, deve sempre assicurare il rispetto delle norme in vigore, potrà garantire quella sistematica e corretta applicazione della disciplina di tutela dettata dal D.lgs 122/2005.

In sostanza la previsione della necessità dell'atto pubblico e/o della scrittura privata autenticata, da un lato e la previsione dell'obbligo di menzionare in atto gli estremi della fideiussione e della sua conformità al modello standard, dall'altro, mirano ad assicurare, per il tramite dell'intervento del Notaio, il rispetto dell'obbligo di consegna della fideiussione, impedendo la conclusione di contratti preliminari o comunque non comportanti in trasferimento immediato della proprietà, che non siano accompagnati dalla contestuale consegna della fideiussione.

Ma non solo: se per il preliminare di immobile da costruire si dovrà necessariamente ricorrere all'atto notarile, il promissario acquirente potrà avvalersi, non solo delle tutele previste dal D.lgs 122/2005, ma anche delle tutele connesse alla sua trascrizione (infatti il Notaio è obbligato a trascrivere il preliminare che riceve o autentica ai sensi degli artt. 2645bis e 2671 c.c.); in particolare il promissario acquirente:

- potrà avvalersi dell'effetto "prenotativo" della trascrizione che lo porrà al riparo da trascrizioni e/o iscrizioni pregiudizievoli intercorse tra la trascrizione del preliminare e quella del definitivo o della domanda giudiziale ex 2932 cc. (purché la trascrizione del definitivo o della domanda giudiziale ex 2932 cc. intervenga entro un anno dalla data di stipula fissata nel preliminare o comunque entro 3 anni dalla sua trascrizione)
- potrà avvalersi del privilegio speciale (sull'immobile oggetto di preliminare) ex art. 2775bis c.c. per i crediti che sorgono per effetto dell'inadempimento del preliminare (e non coperti dalla fideiussione) e ciò a condizione che gli effetti della trascrizione non siano cessati al momento: (i) della risoluzione del contratto risultante da

atto avente data certa; (ii) della domanda giudiziale di risoluzione del contratto o di condanna al pagamento; (iii) della trascrizione del pignoramento; (iv) dell'intervento nell'esecuzione promossa da terzi.

Nessun ostacolo, alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali, dovrebbe, invece, frapporsi alla concessione di finanziamenti garantiti da ipoteca pur nella previsione della successiva stipula di preliminari trascritti, apparendo oramai superata la tesi della prevalenza del privilegio ex art. 2775bis c.c. (che sorge in caso di mancata esecuzione del contratto preliminare trascritto) sulle iscrizioni e trascrizioni precedenti, tesi che nel passato aveva ostacolato la concessione di finanziamenti ipotecari senza l'assunzione da parte del finanziato del contestuale impegno a non stipulare, successivamente, preliminari trascritti. Si rammenta, al riguardo, come in passato si fosse sostenuto, anche in giurisprudenza², che il privilegio ex art. 2775-bis c.c. prevalesse sulle ipoteche iscritte tanto posteriormente che anteriormente alla trascrizione del contratto preliminare e ciò in forza della regola generale in tema di priorità dei privilegi di cui all'art. 2748, c. 2, c.c., stante la mancanza di alcuna diversa disposizione in deroga alla disposizione di cui all'art. 2775-bis c.c. e salve le due specifiche limitazioni previste dall'art. 2775-bis, c. 2, c.c.³

La dottrina prevalente, peraltro, si era schierata a favore della tesi della non opponibilità del privilegio ex art. 2775 bis c.c. alle ipoteche iscritte anteriormente alla trascrizione del preliminare, stante la natura iscrizionale del privilegio in questione. Si era osservato, al riguardo, che se la legge subordinava il sorgere del privilegio, alla trascrizione del preliminare, ciò significava che alla formalità pubblicitaria era stata attribuita anche la funzione di criterio di risoluzione dei conflitti tra creditore privilegiato e terzi titolari di diritti incompatibili. La trascrizione del preliminare, rispetto al privilegio, andrà, pertanto, considerata alla stregua di una comune iscrizione ipotecaria. Come tale sarà soggetta, sul piano delle regole di conflitto, ai principi che informano gli artt. 2644 e 2852 cod. civ., cioè alla regola che prevale chi ha iscritto o trascritto in data anteriore. Quest'ultima tesi è stata fatta propria da Cass. Sez. Unite 1° ottobre 2009 n. 21045, che pertanto ha posto un punto fermo sul contrastato dibattito dottrinale e giurisprudenziale sviluppatori in materia.⁴

3. AMBITO DI APPLICAZIONE DELLA DISCIPLINA DETTATA DAL DECRETO LEGISLATIVO 20 GIUGNO 2005 N. 122.

I presupposti di applicabilità della disciplina di tutela già contenuta nel D. Lgs. n. 122/2005, così come definiti dall'art. 1 del decreto stesso sono i seguenti:

a) Presupposto soggettivo: riguarda le parti del contratto; è richiesto che a vendere o a promettere di vendere sia un costruttore che agisce nell'esercizio di impresa e che ad acquistare o a promettere di acquistare sia una persona fisica⁵.

b) Presupposto oggettivo: deve trattarsi di "immobili da costruire" ossia di immobili per i quali, da un lato, "sia già stato richiesto il permesso di costruire" ma che dall'altro "siano ancora da edificare o per i quali la costruzione non risulti essere stata ultimata versando in stadio tale da non consentire ancora il rilascio del certificato di agibilità (ovvero la presentazione della segnalazione certificata di agibilità)"⁶

² Trib. Genova, 18 gennaio 2001; Cass. 14 novembre 2003 n. 17197.

³ Così dispone l'art. 2775bis c.c.:

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

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

⁴ Conforme anche Cass. 17 agosto 2016 n. 17141.

⁵ Per un approfondimento delle tematiche relative al presupposto soggettivo si rinvia a G. Rizzi, "Il Dlgs. 122 del 2005: la garanzia fideiussoria ed i presupposti di applicazione della nuova normativa" Studio 5813/C approvato dalla Commissione Studi Civili del C.N.N. il 23 luglio 2005, in Studi e Materiali, Milano 2005, 1037.

⁶ si fa presente che dall'11 dicembre 2016, a seguito delle modifiche apportate al D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 (testo Unico in materia edilizia) dal Decreto legislativo 25 novembre 2016 n. 222, non è più previsto il rilascio da parte del Comune del certifi-

Per quanto riguarda la tipologia di fabbricato la disposizione di cui all'art. 1 non fa distinzioni di sorta: la disciplina di tutela si applica, pertanto, a prescindere dalla destinazione d'uso del fabbricato da costruire che potrà indifferentemente essere residenziale, commerciale, produttiva, direzionale, ecc., con la eccezione delle fattispecie contemplate dall'art. 9 (relativa al diritto di prelazione) e dall'art. 10 (relativa alla esenzione della revocatoria fallimentare) che fanno espresso riferimento ad immobili che l'acquirente si impegni (art. 10) o abbia già adibito (art. 9) ad abitazione propria (o di parenti in primo grado, per l'art. 9, di parenti ed affini fino al terzo grado per l'art. 10), limitando pertanto il proprio ambito di applicazione ad immobili a destinazione residenziale⁷.

Esiste poi un terzo presupposto per l'applicazione della normativa in commento che potremmo definire **“presupposto contrattuale”**. Tale presupposto, peraltro, non è unico per tutte le fattispecie disciplinate dal decreto legislativo 122/2005 e non è “ricavabile” in via generale dall'art. 1 del decreto: l'art. 1 alla lettera a) parla infatti, con riguardo all'acquirente, di “persona fisica che sia promissario 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 della proprietà o della titolarità di un diritto reale di godimento su di un immobile da costruire” (la definizione di cui alla lettera b) dell' art. 1 relativa al costruttore venditore è del tutto speculare). Il presupposto contrattuale va quindi verificato ed individuato con riguardo alla disciplina specifica dettata per ciascuna singola fattispecie. Ad esempio, con riguardo specifico alla garanzia fideiussoria, la normativa in commento si applica solo in caso di stipula di contratti che abbiano come finalità il trasferimento non immediato della proprietà o di un altro diritto di godimento su un immobile da costruire o di un atto avente le medesime finalità. Così dispone l'art. 2, del decreto⁸.

In passato ci si era chiesti se le tutele discendenti dal Decreto legislativo 20 giugno 2005, n. 122 rientrassero nella disponibilità delle parti e quindi se la parte acquirente (ossia la parte nel cui interesse erano previste dette tutele) potesse rinunciare alle stesse.

In dottrina, già all'indomani dell'entrata in vigore del Decreto legislativo 20 giugno 2005, n. 122, si era ritenuto di escludere la possibilità per l'acquirente di rinunciare alle tutele discendenti da detto decreto⁹.

Tale posizione di “chiusura” a qualsiasi possibile forma di rinuncia alle tutele dal Decreto legislativo 20 giugno 2005, n. 122 è stata, poi, espressamente sancita anche dal legislatore. L'art. 10quater, co. 1, D.L. 28 marzo 2014, n. 47, convertito con legge 23 maggio 2014, n. 80, infatti, introduce all'art. 5 del Decreto legislativo 20 giugno 2005 n. 122, dopo il comma 1, un nuovo comma 1bis che così dispone: *“L'acquirente non può rinunciare alle tutele previste dal presente decreto; ogni clausola contraria è nulla e deve intendersi come non apposta”*.

Detta norma riguarda, peraltro, le sole clausole di rinuncia alla tutela, sancendone la nullità. Non incide, invece, sulla disciplina sostanziale delle tutele medesime, che rimane invariata. Quindi se una tutela non viene di fatto applicata, senza che vi sia stata una preventiva rinuncia dell'acquirente, formalizzata con apposita clausola contrattuale, il contratto sarà valido, nullo, o risolubile a seconda della disciplina dettata per la specifica tutela non applicata.

In caso, invece, di clausola di rinuncia alla tutela, inserita nel corpo dell'atto, detta clausola sarà senz'altro nulla. Tuttavia, la nullità della stessa non si estenderà all'intero contratto, dovendosi intendere come “non apposta” (si ha, nel caso di specie, un'applicazione del principio sancito dall'art. 1419 c.c.).

cato di agibilità, sostituito dalla presentazione a cura dell'interessato della segnalazione certificata di agibilità (art. 24, D.P.R. 380/2001)

⁷ Per un approfondimento delle tematiche relative al presupposto oggettivo si rinvia a G. Rizzi, *“Il Dlgs. 122 del 2005: la garanzia fideiussoria ed i presupposti di applicazione della nuova normativa”* Studio 5813/C approvato dalla Commissione Studi Civilistici del C.N.N. il 23 luglio 2005, in Studi e Materiali, Milano 2005, 1043

⁸ Per un approfondimento delle tematiche relative al presupposto contrattuale relativamente alla garanzia fideiussoria si rinvia a G. Rizzi, *“Il Dlgs. 122 del 2005: la garanzia fideiussoria ed i presupposti di applicazione della nuova normativa”* Studio 5813/C approvato dalla Commissione Studi Civilistici del C.N.N. il 23 luglio 2005, in Studi e Materiali, Milano 2005, 1053

⁹ vedasi, con riguardo specifico, all'obbligo di consegna della fideiussione, G. Rizzi, *“Il Dlgs. 122 del 2005: la garanzia fideiussoria ed i presupposti di applicazione della nuova normativa”* Studio 5813/C approvato dalla Commissione Studi Civilistici del C.N.N. il 23 luglio 2005, in Studi e Materiali, Milano 2005, 1059

4. LA FIDEIUSSIONE

4.1 Contenuto della garanzia

Verificandosi i presupposti di applicabilità della disciplina in commento, il “costruttore” prima o al più tardi all’atto della stipula del 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”, come previsto dall’art. 2 del D. Lgs. n. 122/2005), dovrà consegnare all’acquirente una **fideiussione**, a garanzia di un importo pari alle somme e/o al valore di ogni altro eventuale corrispettivo che il costruttore abbia già riscosso o, secondo i termini e le modalità stabilite in detto contratto, debba ancora riscuotere dall’acquirente prima del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento. La garanzia pertanto dovrà “coprire”:

- le somme che il costruttore abbia già riscosso o i valori¹⁰ che il costruttore abbia già acquisito al momento della stipula del contratto
- le somme che, in base al contratto, il costruttore debba riscuotere o i valori che il costruttore debba acquisire dopo la stipula del contratto ma prima che si verifichi il trasferimento della proprietà o del diverso diritto reale di godimento.

La garanzia non riguarderà invece somme e valori che il costruttore è destinato a riscuotere e/o acquisire solo nel momento in cui si verifichi il trasferimento della proprietà dell’edificio o di altro diritto reale sullo stesso.

Sono inoltre escluse:

- le somme per le quali è pattuito che debbano essere erogate da un soggetto mutuante¹¹
- i contributi pubblici già assistiti da autonoma garanzia¹²

Se è previsto l’accollo del mutuo (o di quota frazionata del mutuo) stipulato dal costruttore:

- la garanzia non riguarderà quelle somme che l’acquirente si è impegnato a pagare mediante accollo del mutuo stipulato dal costruttore, accollo da perfezionare nel momento in cui si verifichi il trasferimento a favore dell’acquirente della proprietà dell’edificio o di altro diritto reale sullo stesso;
- la garanzia invece dovrà “coprire” anche quelle somme che l’acquirente abbia pagato mediante accollo del mutuo stipulato dal costruttore, qualora detto accollo venga perfezionato in momento precedente a quello in cui è previsto il trasferimento a favore dell’acquirente della proprietà dell’edificio o di altro diritto reale sullo stesso (con assunzione da parte del “costruttore” della veste di “terzo datore di ipoteca”).

La fideiussione deve prevedere la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale (art. 3, c. 4, D.lgs 122/2005).

Riguardo al contenuto della fideiussione, a seguito dell’entrata in vigore del D. Lgs n. 14/2019, e per le ipotesi soggette alla relativa disciplina, occorre tenere presente che ai sensi dell’art. 385, comma 1 lettera d) e dell’art. 389, comma 3:

- la fideiussione dovrà essere conforme al modello standard determinato dal Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell’economia e delle finanze, da adottarsi entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della nuova disciplina (così l’art. 385, comma 1 lettera d) che ha aggiunto all’art. 3 del D. Lgs. n. 122/2005 il nuovo comma 7-bis il quale così dispone: «*Con decreto del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell’economia e delle finanze, da adottarsi entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, è determinato il modello standard della fideiussione.*».);

¹⁰ ad esempio il valore dell’area edificabile nel caso di permuta di area edificabile con unità da costruire.

¹¹ in tale fattispecie si è, ad esempio, fatta rientrare l’ipotesi del mutuo erogato all’acquirente-mutuatario garantito da ipoteca iscritta dal venditore, terzo datore di ipoteca: avendo su tali somme il venditore già prestato garanzia ipotecaria dovrebbe, essere esentato dall’obbligo di prestare ulteriori garanzie. Tale ipotesi, peraltro, non trova il conforto della dottrina.

¹² tale previsione è stata introdotta nel testo definitivo del decreto delegato in accoglimento di un’osservazione della Commissione del Senato come riconosciuto nella Relazione illustrativa al decreto; nella stessa relazione si precisa che si è ritenuto di esonerare dall’obbligo di garanzia “le fattispecie per le quali già vi sia un’autonoma garanzia, giacché in tal caso non vi sarebbe ragione per imporre al costruttore un onere ulteriore rispetto a quello già posto in essere, come accade ad esempio per le garanzie fideiussorie dei contributi pubblici”

- nelle more dell'adozione di detto decreto Ministeriale il contenuto della fideiussione dovrà essere determinato dalle parti nel rispetto di quanto previsto dall'art. 3 del D. Lgs n. 122/2005 (così l'art. 389, comma 3 del D. Lgs. n. 14/2019 secondo cui *"Le disposizioni di cui agli articoli 3 e 4 del decreto legislativo 20 giugno 2005, n. 122, come modificati dagli articoli 385 e 386 del presente codice, si applicano anche nelle more dell'adozione dei decreti di cui agli articoli 3, comma 7-bis, e 4, comma 1-bis, del predetto decreto legislativo e il contenuto della fideiussione e della polizza assicurativa è determinato dalle parti nel rispetto di quanto previsto dalle richiamate disposizioni."*).

4.2 I soggetti che possono rilasciare la fideiussione

Per quanto riguarda l'individuazione dei soggetti legittimati a rilasciare una fideiussione idonea ai fini di cui all'art. 2 del Dlgs 122/2005 bisogna distinguere a seconda che si tratti di fabbricati costruiti in base a titolo edilizio richiesto o presentato sino o successivamente all'entrata in vigore del decreto legislativo 12 gennaio 2019 n. 14 di attuazione della legge delega 19 ottobre 2017 n. 155 (il decreto delegato):

(a) per i fabbricati costruiti in base a titolo edilizio richiesto o presentato sino all'entrata in vigore del decreto delegato (ossia sino a tutto il 15 marzo 2019), il D.lgs 122/2005 prevede che la fideiussione debba essere rilasciata: (i) da una banca; (ii) da un'impresa di assicurazione; (iii) da un intermediario finanziario iscritto nell'elenco speciale di cui all'articolo 107 del T.U.B. (D.Lgs 1 settembre 1993 n. 385); con riguardo a quest'ultima previsione si segnalano le non poche difficoltà pratiche che si sono incontrate nella sua applicazione a seguito delle modifiche apportate al T.U.B. dal D.lgs 13 agosto 2010 n. 141. Con quest'ultimo decreto (art. 7) è stata soppressa la distinzione tra l'elenco generale e quello speciale che discendeva dalle disposizioni degli articoli 106 (dedicato all'elenco generale) e 107 (dedicato all'elenco speciale) del T.U.B., con conseguente istituzione di un unico albo degli intermediari finanziari tenuto dalla Banca d'Italia (albo disciplinato dal solo art. 106 del T.U.B.). Tuttavia la soppressione dell'elenco speciale ex art. 107 (l'unico richiamato nell'art. 3 del D.lgs 122/2005) non ha avuto efficacia immediata, in quanto l'art. 10 del medesimo D.lgs 141/2010 ha dettato una disciplina transitoria che ha consentito agli enti iscritti nel soppresso elenco di cui all'art. 107 di continuare ad operare sino alla emanazione delle disposizioni attuative finalizzate a rendere operativo l'elenco unico del nuovo art. 106 T.U.B.; l'elenco unico ex art. 106 è divenuto operativo (con conseguente soppressione definitiva dell'elenco speciale ex art. 107) a partire dal 24 dicembre 2015 (come si evince dal sito di Banca d'Italia). La modifica apportata agli articoli 106 e 107 del T.U.B. non è stata accompagnata da apposita modifica per coordinamento anche dell'art. 3 del D.lgs 122/2007, per cui non era chiaro se, con l'avvento dell'Albo Unico ex art. 106 T.U.B., si dovevano, comunque, ritenere idonee allo scopo fideiussioni rilasciate da intermediari finanziari iscritti nell'albo di cui all'art. 106 (nel quale erano confluiti gli intermediari già iscritti nel soppresso elenco speciale ex art. 107) o se doveva ritenersi implicitamente abrogata la disposizione dell'art. 3 D.lgs 122/2005 nella parte in cui consentiva il rilascio della fideiussione da parte degli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107 T.U.B. e ciò a seguito della soppressione di tale elenco. Il decreto delegato sembra proprio accogliere questa seconda soluzione, come si può anche desumere dalla relazione illustrativa al decreto delegato ove a commento dell'art. 385 si afferma che *"viene eliminato il riferimento all'art. 107 del TUB (ormai superato)"*.

(b) per i fabbricati costruiti in base a titolo edilizio richiesto o presentato successivamente all'entrata in vigore del decreto delegato (ossia a partire dal 16 marzo 2019), l'art. 3 comma 1 del D.lgs 122/2005 (come modificato dall'art. 385, comma 1 lettera a) del D. Lgs. n. 14/2019) prevede che la fideiussione debba essere rilasciata: (i) da una banca; (ii) da un'impresa di assicurazione; viene invece soppressa la previsione che legittimava al rilascio della fideiussione anche gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco art. 107 del T.U.B. (D.lgs 1 settembre 1993 n. 385). Evidentemente il legislatore non ritiene più tutti i soggetti iscritti nell'elenco di cui all'art. 106 del T.U.B. (nel quale sono confluiti gli intermediari già iscritti nel soppresso elenco speciale ex art. 107) idonei al rilascio della fideiussione di cui trattasi. Pertanto per i rapporti cui sarà applicabile la disciplina dettata dal decreto delegato, unici soggetti legittimati al rilascio della fideiussione di cui all'art. 2 D.lgs 122/2005 saranno sicuramente solo le banche e le imprese esercenti le assicurazioni.

4.3 La fideiussione a contenuto "progressivo"

L'art. 2, Decreto Legislativo 20 giugno 2005, n. 122, prevede espressamente che la fideiussione possa essere rilasciata "anche secondo quanto previsto dall'art. 1938 c.c." a norma del quale la "fideiussione può essere prestata anche per un'obbligazione condizionale o futura con la previsione in quest'ultimo caso dell'importo massimo". Il testo dell'art. 1938 c.c. è stato modificato con la legge 17 febbraio 1992, n. 154, che ha imposto l'obbligo, in caso di fideiussione per obbligazioni future, di indicare l'importo massimo. Prima di tale riforma, molto si era infatti discusso in dottrina ed in giurisprudenza circa la validità delle cd. "fideiussioni omnibus" prestate a garanzia di tutte le obbligazioni presenti e future. Con la riforma del 1992 venne sancita la validità delle fideiussioni a garanzia di obbligazioni future ma alla condizione che nel contratto venisse precisato l'importo massimo. Scopo del richiamo operato dal decreto in commento è quello di consentire il rilascio di polizze fideiussorie a contenuto "progressivo", volte cioè a garantire gli importi via via effettivamente riscossi dal costruttore entro il limite massimo costituito dall'intero importo che il costruttore dovrà incassare prima del trasferimento della proprietà o del diritto reale (la garanzia, infatti, in caso di escussione riguarda il rimborso solo di quanto effettivamente versato dall'acquirente); il tutto, ovviamente, per contenere i costi della polizza medesima. Infatti, appare inutile garantire, da subito, somme non ancora incassate materialmente dal costruttore, e che pertanto, in caso di "situazione di crisi" comunque non vanno rimborsate all'acquirente¹³. In questo senso si è espressa anche la Relazione illustrativa al decreto ove si è chiarito che "in accoglimento di un'osservazione formulata da entrambe le Commissioni parlamentari si è precisato che le parti possano convenire di utilizzare anche lo schema tipico della fideiussione per obbligazione futura previsto dall'art. 1938 c.c. con ciò consentendo che il valore della fideiussione possa essere rapportato ai versamenti effettivamente avvenuti e non stimato sull'intero valore del bene promesso in vendita, così da inserire quel concetto di progressività che è oggetto dei suggerimenti provenienti dalle citate commissioni parlamentari".

4.4 La durata di efficacia della fideiussione

Per quanto riguarda la durata di efficacia della fideiussione bisogna distinguere a seconda che si tratti di fabbricati costruiti in base a titolo edilizio richiesto o presentato sino o successivamente all'entrata in vigore del decreto legislativo 12 gennaio 2019 n. 14 di attuazione della legge delega 19 ottobre 2017 n. 155 (il decreto delegato):

(a) per i fabbricati costruiti in base a titolo edilizio richiesto o presentato sino all'entrata in vigore del decreto delegato (ossia sino a tutto il 15 marzo 2019) l'art. 3, c. 7, del D.lgs 122/2005, prevede che l'efficacia della fideiussione cessa al momento del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento sull'immobile o dell'atto definitivo di assegnazione; in relazione a quest'ultima disposizione si è ritenuto¹⁴ che:

(i) la fideiussione debba essere rilasciata con durata fissata sino al momento del trasferimento della proprietà o del diverso diritto reale di godimento, in quanto questo è il momento sino al quale, in base alla disposizione sopra citata, l'acquirente deve essere tutelato e garantito;

(ii) che nel caso venga, invece, rilasciata una fideiussione con scadenza a termine "fisso":

- tale termine non deve in alcun modo precedere quello indicato in contratto come momento del verificarsi dell'effetto traslativo; ad esempio in un contratto preliminare, il termine di durata della fideiussione non potrà precedere il termine fissato per la stipula del contratto definitivo;

- che qualora sia prevista la facoltà per le parti di prorogare il termine contrattualmente previsto per il prodursi dell'effetto traslativo, dovrà anche essere previsto che, l'esercizio di tale facoltà sia subordinato alla preventiva proroga del termine di scadenza della fideiussione, affinché tale ultimo termine vada a scadere sempre in un momento successivo o quantomeno coincidente con quello del trasferimento della proprietà.

¹³ Per App. Palermo, 11 marzo 2016, n. 453, l'art. 1938 richiede che la polizza stipulata, pur non coprendo immediatamente l'intero prezzo, indichi l'importo massimo garantito, ovvero la somma idonea a coprire ogni corrispettivo che il costruttore deve riscuotere dall'acquirente; per cui un contratto di fideiussione che indichi quale capitale assicurato un massimale corrispondente solo alla prima rata non è conforme alla legge.

¹⁴ G. Rizzi, "Il D.lgs. 122 del 2005: la garanzia fideiussoria ed i presupposti di applicazione della nuova normativa" Studio 5813/C approvato dalla Commissione Studi Civilistici del C.N.N. il 23 luglio 2005, in Studi e Materiali, Milano 2005, 1057.

Sul punto in giurisprudenza si sono registrate due diverse opinioni:

- da una parte l'opinione che ritiene non conforme a legge la fideiussione con scadenza prefissata (anche se questa corrisponde alla data presunta del rogito) a meno che la possibilità di proroga o di rinnovo automatico, in caso di ritardo nel trasferimento della proprietà dell'immobile, venga rimessa in via esclusiva dalla volontà del promissario acquirente¹⁵.

- dall'altra l'opinione di chi, invece, ritiene valida la fideiussione a "scadenza fissa" coincidente con la data programmata per la stipula del contratto definitivo; la stessa non potrebbe, infatti, ritenersi inidonea sin dall'inizio; solo in un momento successivo alla stipula del contratto da garantire si potrà accertare se vi è stato o meno il rispetto del termine di scadenza (ossia se la data di scadenza della fideiussione coinciderà o meno con quella di effettivo trasferimento). Il trasferimento potrebbe essere anticipato rispetto al termine programmato, per cui non vi sarebbe alcun problema in ordine all'operatività della fideiussione; se invece la data del definitivo venisse posticipata rispetto alla data inizialmente fissata e coincidente col termine di efficacia della fideiussione, e quest'ultima non venisse prorogata, verrebbe meno un elemento costitutivo della fattispecie, determinandosi, in tal modo, un'ipotesi di nullità sopravvenuta (il contratto nascerebbe valido, per poi perdere tale qualità per il sopravvenire di vicende esterne, quale la scadenza della fideiussione)¹⁶

(b) per i fabbricati costruiti in base a titolo edilizio richiesto o presentato successivamente all'entrata in vigore del decreto delegato (ossia a partire dal 16 marzo 2019), l'art. 3 del D.lgs 122/2005 (come modificato dall'art. 385 del D. Lgs. n. 14/2019), prevede che l'efficacia della fideiussione cessa al momento in cui il fideiussore riceve dal venditore/costruttore o da un altro dei contraenti copia dell'atto di trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento sull'immobile o dell'atto definito di assegnazione il quale contenga la menzione degli estremi identificativi della polizza assicurativa decennale e della sua conformità alle prescrizioni dettate con l'apposito decreto del Ministro dello Sviluppo Economico. Pertanto, per i rapporti cui sarà applicabile la disciplina dettata dal decreto delegato, diventerà essenziale nell'atto traslativo indicare gli estremi della polizza assicurativa decennale e la sua conformità al decreto ministeriale (ossia al decreto del Ministro dello Sviluppo Economico che di detta polizza deve determinare contenuto e caratteristiche nonché il modello standard), altrimenti non potrà essere "sbloccata" la fideiussione.

Anche dopo l'entrata in vigore del decreto delegato, e fino all'adozione del Decreto Ministeriale che determina il modello standard della fideiussione, potranno riproporsi gli stessi dubbi interpretativi sopra illustrati in ordine alla durata da indicare nella fideiussione.

Gli elementi normativi da tenere in considerazione al riguardo sono:

- a) il già menzionato art. 389, comma 3 il quale dispone che nelle more dell'adozione del decreto Ministeriale il contenuto della fideiussione è determinato dalle parti nel rispetto di quanto previsto dall'art. 3 (novellato) del D. Lgs. n. 122/2005;
- b) il contenuto dello stesso art. 3, in particolare comma 4 (rimasto letteralmente invariato ma modificato nel suo contenuto sostanziale dalla modifica del precedente comma 3) il quale testualmente dispone: *"La fideiussione deve prevedere la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale di cui all'articolo 1944, secondo comma, del codice civile e deve essere escutibile, verificandosi le condizioni di cui al comma 3, a richiesta scritta dell'acquirente, corredata da idonea documentazione comprovante l'ammontare delle somme e il valore di ogni altro eventuale corrispettivo che complessivamente il costruttore ha riscosso, da inviarsi al domicilio indicato dal fideiussore a mezzo di lettera raccomandata con avviso di ricevimento."*

Le "condizioni" di legge cui fa riferimento il riportato comma 4 sono contenute nel precedente comma 3, come modificato dal D.Lgs. n. 14/2019, il quale prevede:

- che la fideiussione deve poter essere escussa a decorrere dalla data in cui si è verificata la situazione di crisi (alle condizioni di legge);

¹⁵ In questo senso Trib. Firenze, 25 novembre 2014, n. 11284.

¹⁶ In questo senso Trib. Milano, 25 novembre 2015, n. 13278; Trib. Ferrara 14 giugno 2018.

- che la fideiussione deve poter essere escussa a decorrere dalla data dell'attestazione del notaio di non aver ricevuto per la data dell'atto di trasferimento della proprietà la polizza assicurativa conforme al decreto ministeriale quando l'acquirente ha comunicato al costruttore la propria volontà di recedere dal contratto di cui all'articolo 6;

- che l'efficacia della fideiussione cessa nel momento in cui il fideiussore riceve dal costruttore o da un altro dei contraenti copia dell'atto di trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento sull'immobile o dell'atto definitivo di assegnazione il quale contenga la menzione degli estremi identificativi della polizza assicurativa e della sua conformità al modello standard.

Tale contesto normativo pare richiedere, quanto alla durata, che il contenuto della fideiussione garantisca comunque la sua efficacia fino a quando non si verifichi il presupposto legale per la sua "cessazione".

4.5 La nullità relativa

Qual è la sanzione prevista dal legislatore per il caso in cui il costruttore ometta di rilasciare la polizza fideiussoria? L'art. 2, Decreto Legislativo 20 giugno 2005, n. 122, prevede espressamente la nullità del contratto. La nullità, peraltro, può essere fatta valere solo dall'acquirente "tutelato" (cd. "nullità relativa").

Deve ritenersi applicabile la sanzione della nullità anche nel caso in cui la garanzia fideiussoria prestata non presenti tutte le caratteristiche prescritte dalla legge; ad esempio:

- nel caso di garanzia prestata solo per parte delle somme da garantire¹⁷ (in questa fattispecie può pertanto ricondursi anche quella del "prezzo simulato");
- nel caso di garanzia prestata da soggetto diverso da quelli indicati dalla legge¹⁸;
- nel caso di polizza rilasciata senza la previsione della rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale;
- per i rapporti aventi per oggetto edifici soggetti alla disciplina del decreto delegato, anche in caso di polizza non conforme al modello standard approvato con decreto del Ministro della Giustizia.

Il mancato pagamento del premio o della commissione della fideiussione non può essere opposto all'acquirente, che il legislatore ha pertanto inteso tutelare da possibili inadempimenti del costruttore.

Non è previsto negli artt. 2 e 3, Decreto Legislativo 20 giugno 2005, n. 122, alcun adempimento di carattere formale in relazione alla garanzia fideiussoria ed in particolare non è previsto alcun obbligo di menzionare gli estremi della fideiussione nel contratto¹⁹. Tale obbligo è invece previsto nel successivo art. 6 che nella rubrica reca il titolo "contenuto del contratto preliminare" ma che nel dispositivo poi estende il proprio ambito di applicazione ad *"ogni altro contratto che ai sensi dell'art. 2 sia comunque diretto al successivo acquisto in capo a persona fisica della proprietà o di altro diritto reale su immobile da costruire"*, e quindi in pratica a tutti quei contratti ad effetti traslativi non immediati cui fanno riferimento le disposizioni degli artt. 1 e 2 ed ai quali si applica la disciplina di tutela in commento. In particolare, l'art. 6, c. 1, lett. g), stabilisce che il contratto preliminare ed ogni altro contratto che sia comunque diretto al successivo acquisto in capo a persona fisica della proprietà o di altro diritto reale su immobile da costruire, devono contenere gli estremi della fideiussione di cui all'articolo 2. Da segnalare che per i fabbricati costruiti in base a titolo edilizio richiesto o presentato successivamente all'entrata in vigore del decreto delegato (ossia a partire dal 16 marzo 2019), è previsto che il contratto preliminare ed ogni altro contratto che sia comunque diretto al successivo acquisto in capo a persona fisica

¹⁷ In questo senso si è pronunciato Trib. Parma, 18 luglio 2017, n. 1116; il Tribunale ha ritenuto nullo il preliminare per non essere stata concessa una fideiussione dell'importo pagato e che avrebbe dovuto essere pagato prima del rogito (si trattava inoltre di fideiussioni, non solo inadeguate, ma anche presentate dopo la stipula del preliminare)

¹⁸ In questo senso si è pronunciato Trib. La Spezia, 9 giugno 2016. Si trattava nel caso di specie di fideiussione, fra l'altro rilasciata in ritardo, dopo la stipula del preliminare, da società in liquidazione e cancellata dall'albo degli intermediari.

¹⁹ In questo senso G. Rizzi, *"Il Dlgs. 122 del 2005: la garanzia fideiussoria ed i presupposti di applicazione della nuova normativa"* Studio 5813/C approvato dalla Commissione Studi Civilistici del C.N.N. il 23 luglio 2005, in *Studi e Materiali*, Milano 2005, 1059

della proprietà o di altro diritto reale su immobile da costruire, devono contenere non solo gli estremi della fideiussione di cui all'articolo 2 ma anche l'attestazione della sua conformità al modello standard approvato con decreto del Ministro della Giustizia.

La disposizione dell'art. 6 del D.lgs 122/2005 non prevede la sanzione della nullità per il caso di omissione di taluna delle menzioni nella stessa previste. Va evidenziato, peraltro, che l'art. 6, come novellato dal decreto delegato, prevede che il contratto preliminare ed ogni altro contratto diretto al successivo acquisto *“in capo ad una persona fisica della proprietà o di altro diritto reale su un immobile oggetto del presente decreto... devono contenere: ... g) gli estremi della fideiussione di cui all'articolo 2 e l'attestazione della sua conformità al modello contenuto nel decreto di cui all'articolo 3, comma 7-bis”*. Conseguentemente appare doveroso per il Notaio, chiamato a ricevere o autenticare un atto avente per oggetto un immobile da costruire, menzionare in atto gli estremi della fideiussione, anche tenuto conto di quanto sancito nell'art. 388 del D.lgs 12 gennaio 2019 n. 14 (il “decreto delegato”) (di attuazione della legge 19 ottobre 2017 n. 155 con la quale il Governo è stato delegato ad adottare apposite disposizioni volte a garantire il controllo di legalità da parte del Notaio dell'obbligo di consegna della fideiussione stabilendo che il contratto avente per oggetto il trasferimento non immediato di immobile da costruire debba essere stipulato per atto pubblico o per scrittura privata autenticata). Si tratta, infatti, di documentare in atto, in maniera espressa, quell'attività di controllo di legalità sull'adempimento dell'obbligo di rilascio della fideiussione che il Notaio è tenuto a svolgere in questi casi.

Per i soli fabbricati costruiti in base a titolo edilizio richiesto o presentato successivamente all'entrata in vigore del decreto delegato (ossia a partire dal 16 marzo 2019), è previsto un modello standard di fideiussione²⁰. Pertanto per i rapporti cui sarà applicabile la disciplina dettata dal decreto delegato, i soggetti legittimati dovranno rilasciare la fideiussione in conformità al modello ministeriale, con la conseguenza che dovrà ritenersi inidonea allo scopo una fideiussione non conforme a detto modello standard (tant'è che, per i fabbricati suddetti, nei contratti di cui all'art. 6 del D.lgs 122/2005, quali ad esempio i preliminari, dovranno essere riportati non solo gli estremi della fideiussione ma anche l'attestazione della sua conformità al modello standard approvato dal Ministero, come sopra ricordato), con conseguente nullità (relativa) del contratto comunque stipulato.

L'acquirente, come già ricordato, stante la disposizione dell'art. 5, co. 1bis, Decreto Legislativo 20 giugno 2005, n. 122, introdotta dall'art. 10quater, co. 1, D.L. 28 marzo 2014, n. 47, non può rinunciare preventivamente alla garanzia fideiussoria. Un'eventuale clausola di rinuncia inserita in contratto è nulla e deve intendersi come non apposta, con la conseguenza che:

- la rinuncia dell'acquirente alla polizza fideiussoria non avrà alcun effetto, e della stessa non potrà avvalersi la parte venditrice
- il contratto stipulato è nullo, ma non tanto per la presenza della clausola nulla di rinuncia (come già detto la nullità della clausola non si estende all'intero contratto, ex art. 1419 c.c.) ma per la mancata consegna della fideiussione; si tratterà di “nullità relativa” in quanto potrà essere fatta valere solo dall'acquirente “tutelato”.

4.6 Operatività della garanzia

Per quanto riguarda l'operatività della fideiussione bisogna distinguere a seconda che si tratti di fabbricati costruiti in base a titolo edilizio richiesto o presentato sino o successivamente all'entrata in vigore del decreto legislativo 12 gennaio 2019 n. 14 di attuazione della legge delega 19 ottobre 2017 n. 155 (il decreto delegato):

(a) per i fabbricati costruiti in base a titolo edilizio richiesto o presentato sino all'entrata in vigore del decreto delegato (ossia sino a tutto il 15 marzo 2019) l'art. 3 del D.lgs 122/2005, prevede l'operatività della garanzia fideiussoria per il solo caso in cui il “costruttore” incorra in una “situazione di crisi”.

(b) per i fabbricati costruiti in base a titolo edilizio richiesto o presentato successivamente all'entrata in vigore del decreto delegato (ossia a partire dal 16 marzo 2019), l'art. 3 del D.lgs 122/2005, prevede l'operatività della garanzia fideiussoria non solo nel caso in cui il “costruttore” incorra in una “situazione di crisi” ma anche nel

²⁰ Modello che dovrà essere determinato con decreto del Ministro della Giustizia da adottarsi, di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze, entro 90 giorni dalla data di entrata in vigore del decreto delegato.

caso di inadempimento da parte del venditore/costruttore dell'obbligo di prestare la polizza assicurativa decennale di cui all'art. 4 del D.lgs 122/2005. Se la polizza decennale non verrà consegnata l'acquirente potrà comunicare al venditore/costruttore la propria volontà di recedere dal contratto di cui all'art. 6 già stipulato (ad esempio da un contratto preliminare) e chiedere il rimborso delle somme versate escutendo, se le somme non gli verranno restituite dal venditore (e quindi a prescindere da una sua situazione di crisi) la fideiussione; a tal fine per l'escussione della fideiussione, verificandosi questa particolare situazione di inadempimento del venditore, sarà necessaria una apposita attestazione da parte del Notaio incaricato della stipula dell'atto traslativo della proprietà, con la quale lo stesso dovrà dichiarare di non aver ricevuto per la data dell'atto la polizza assicurativa conforme al decreto ministeriale²¹

La "situazione di crisi", ricorrente in entrambe le ipotesi di cui sub (a) e sub (b) è definita nell'art. 1, lett. c), Decreto Legislativo 20 giugno 2005, n. 122: per "situazione di crisi" si intende *"la situazione che ricorre nei casi in cui il costruttore sia sottoposto o sia stato sottoposto ad esecuzione immobiliare, in relazione all'immobile oggetto del contratto, ovvero a fallimento, amministrazione straordinaria, concordato preventivo, liquidazione coatta amministrativa."*

Il D.lgs 122/2005, inoltre, all'art. 3, comma secondo, stabilisce quando la "situazione di crisi" deve intendersi verificata, con conseguente "operatività" della garanzia fideiussoria. In base a tale disposizione la situazione di crisi si intende verificata alla data: (i) di trascrizione del pignoramento relativo all'immobile oggetto del contratto, ovvero; (ii) di pubblicazione della sentenza dichiarativa del fallimento o del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa, ovvero; (iii) di presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo, ovvero; (iv) di pubblicazione della sentenza che dichiara lo stato di insolvenza o, se anteriore, del decreto che dispone la liquidazione coatta amministrativa o l'amministrazione straordinaria.²²

La fideiussione potrà essere escussa a decorrere dalla data in cui risulta verificata una delle "situazione di crisi" a condizione: (i) che l'acquirente abbia comunicato al costruttore la propria volontà di recedere dal contratto nel caso di trascrizione del pignoramento relativo all'immobile oggetto del contratto; (ii) che il competente organo della procedura concorsuale non abbia comunicato la volontà di subentrare nel contratto preliminare nei casi di pubblicazione della sentenza dichiarativa del fallimento o del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa, di presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo, ovvero di pubblicazione della sentenza che dichiara lo stato di insolvenza o, se anteriore, del decreto che dispone la liquidazione coatta amministrativa o l'amministrazione straordinaria.

Il fideiussore dovrà procedere al rimborso dovuto entro il termine di trenta giorni dalla data di ricevimento della richiesta.

5. L'OBLIGO DI GARANZIA FIDEIUSSORIA: LE CARATTERISTICHE DELL'IMMOBILE ED IL TIPO DI CONTRATTO

L'obbligo di consegna della garanzia fideiussoria non si applica per il sol fatto che si sia in presenza di immobili definibili come "immobili da costruire", ma è necessario, a tal fine, che gli stessi costituiscano oggetto di contratti privi di effetti traslativi immediati. Così dispongono gli artt. 1 e 2 del Decreto in commento; ne consegue pertanto che l'applicabilità o meno di detta disciplina di tutela dipende oltre che dalle caratteristiche dell'immobile negoziato anche dal tipo di contratto stipulato.

Emblematico, a tal riguardo, è il caso del fabbricato riguardo al quale sia già stato eseguito il "rustico", comprensivo delle mura perimetrali delle singole unità, e sia stata completata la copertura, il tutto in forza di rego-

²¹ È previsto che contenuto e caratteristiche della polizza assicurativa decennale ed il relativo modello standard siano approvati dal Ministro dello Sviluppo Economico, di concerto con il Ministro della Giustizia e con il Ministro dell'Economia e delle Finanze.

²² La disciplina dettata dal D.lgs 122/2018 per l'individuazione delle "situazioni di crisi" dovrà essere necessariamente aggiornata alla luce della nuova disciplina in tema di crisi di impresa ed insolvenza prevista dal decreto delegato 12 gennaio 2019 n. 14 e destinata ad entrare in vigore a decorrere dal 15 agosto 2020 (ossia decorsi diciotto mesi dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del decreto medesimo).

lare titolo abilitativo, senza peraltro che siano state eseguite tutte le opere di completamento (impianti, finiture ecc.) necessarie al fine del rilascio dell'agibilità; tale fabbricato:

- da un lato deve qualificarsi come "immobile da costruire" secondo la definizione fornita dall'art. 1, lett. d), Decreto Legislativo 20 giugno 2005, n. 122

- dall'altro, deve, peraltro, considerarsi già "venuto ad esistenza", ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1472 c.c.; si ritiene, infatti, che agli effetti dell'art. 1472 (vendita di bene futuro), il momento della "venuta ad esistenza", in mancanza di qualsiasi diversa volontà delle parti, sia, per analogia di situazione, quello indicato dall'art 2645 bis c.c. (realizzazione del rustico, comprensivo delle mura perimetrali delle singole unità, e della copertura).²³

Tuttavia, la disciplina in commento trova applicazione solo nel caso in cui il fabbricato qualificabile come "immobile da costruire" costituisca, al contempo, oggetto di contratti ad effetti obbligatori (ad esempio il preliminare) o che comunque non comportino il trasferimento "immediato" della proprietà (ad esempio vendita con riserva della proprietà).

Pertanto, con riguardo al suddetto fabbricato:

- nel caso venga stipulato un contratto preliminare ovvero altro contratto ad effetti reali differiti dovrà essere prestata la garanzia fideiussoria (sempreché, ovviamente, sia prevista un'ulteriore attività edificatoria a carico del promittente venditore, secondo quella che è stata definita la "dimensione dinamica" del fabbricato da costruire²⁴)

- nel caso invece venga stipulato un atto di compravendita (che non sia sottoposto a termini o condizioni) la garanzia fideiussoria non dovrà, invece, essere prestata, in quanto, in questo caso, si esula dall'ambito di applicazione dell'art. 1472 c.c.: avendo il contratto per oggetto un edificio già "venuto ad esistenza" si ha l'immediato trasferimento della proprietà (e viene meno, in tal modo, uno dei presupposti cui la legge ha subordinato l'applicazione della disciplina in commento).

La disciplina di tutela, inoltre, non si applica nel caso (assai diffuso, peraltro nella pratica) di cessione di fabbricato in corso di costruzione rispetto al quale il venditore non si assuma alcun obbligo di completamento delle opere, completamento che viene invece assunto a proprio carico dalla parte acquirente, e cioè ogni qualvolta non sia convenuta tra le parti, quale oggetto stesso del contratto, alcuna ulteriore attività "edificatoria" successiva alla conclusione del contratto (cd. "cessione al grezzo"), secondo quella che è stata definita la "dimensione statica" del fabbricato da costruire²⁵. E ciò sia che si tratti di contratto ad effetti obbligatori (ad es. preliminare) che di contratto ad effetti reali (ad es. vendita). In questo caso, infatti, la prestazione del venditore deve intendersi esaurita al momento della stipula del contratto, per quanto concerne la "costruzione del fabbricato", non venendo posta a suo carico nessuna altra attività edificatoria, ed il prezzo, conseguentemente, è convenuto per il fabbricato nello stato in cui si trova al momento della stipula del contratto.

L'art. 2, Decreto Legislativo 20 giugno 2005, n. 122, prescrive che il costruttore debba consegnare la fideiussione "all'atto della stipula del contratto ovvero in un momento precedente".

La mancata consegna della fideiussione quantomeno al momento di stipula del preliminare ne determina la nullità (relativa). Né sarebbe possibile sanare detta nullità ad esempio con una consegna differita della fideiussione, ossia dopo la stipula del preliminare. In questo senso si è pronunciata anche la giurisprudenza (App. Lecce, 14 maggio 2015 n. 222; Trib. La Spezia, 9 giugno 2016; Trib. Parma, 18 luglio 2017 n. 1116).

²³ Già prima dell'entrata in vigore dell'art. 2645 bis c.c., (introdotta con decreto-legge 31 dicembre 1996 n. 669 convertito con legge 28 febbraio 1997 n. 30) la giurisprudenza prevalente individuava il momento della venuta ad esistenza del fabbricato con quello di perfezionamento del processo produttivo nelle sue componenti essenziali ossia quando fossero state eseguite le opere murarie non necessitando a tal fine anche il completamento delle finiture (Cass. 20 luglio 1991 n. 8118; Cass. 5 settembre 1989 n. 3854; Cass. 17 aprile 1978 n. 1795)

²⁴ G. Rizzi, *"Il Dlgs. 122 del 2005: la garanzia fideiussoria ed i presupposti di applicazione della nuova normativa"* Studio 5813/C approvato dalla Commissione Studi Civilistici del C.N.N. il 23 luglio 2005, in *Studi e Materiali*, Milano 2005, 1044.

²⁵ G. Rizzi, *"Il Dlgs. 122 del 2005: la garanzia fideiussoria ed i presupposti di applicazione della nuova normativa"* Studio 5813/C approvato dalla Commissione Studi Civilistici del C.N.N. il 23 luglio 2005, in *Studi e Materiali*, Milano 2005, 1044.

La circostanza che l'obbligo di prestare la garanzia fideiussoria non trovi applicazione per tutte quelle situazioni che si pongono al di fuori del perimetro di applicazione del Decreto Legislativo 20 giugno 2005, n. 122, ossia quando non ricorrano i presupposti soggettivi ed oggettivi previsti da detto decreto, rende, peraltro, possibili forme di elusione della normativa in commento. Al riguardo pare opportuno accennare all'ipotesi della cd. "vendita sulla carta".

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

- dopo l'avvenuta richiesta del permesso di costruire ovvero dopo l'avvenuta presentazione della cd. super-D.I.A. o della super-S.C.I.A. (e purchè tale richiesta o tale presentazione siano successive alla data del 21 luglio 2005);
- prima del completamento delle finiture e quindi sino a che non sia possibile presentare la segnalazione certificata di agibilità²⁶.

Sono conseguentemente esclusi dalla disciplina di tutela (secondo il tenore letterale dell'art. 1, lettera d) del D. Lgs. n. 122/2005) i preliminari aventi per oggetto edifici per i quali il progetto edificatorio sia stato solo predisposto dal costruttore/promittente venditore ma non ancora presentato ai competenti Uffici (le cd. "vendite sulla carta")

Per quanto riguarda dette cessioni ci si era già chiesti se, alla luce della disciplina di tutela contenuta nel D. Lgs. n. 122/2005, fosse ancora possibile la commerciabilità di fabbricati ancora da edificare e per i quali non sia stato neppure richiesto il titolo edilizio.

Al quesito in oggetto si è già avuto modo di dare risposta in senso positivo²⁷, osservando, fra l'altro, che non sembra che dalla normativa in oggetto possano trarsi divieti specifici all'esplicazione dell'attività contrattuale (preliminare) avente per oggetto fabbricati per i quali non sia ancora stato richiesto il titolo edilizio e che possibili intenti elusivi non possono giustificare interpretazioni che attribuiscono ad una legge effetti ulteriori rispetto a quelli testualmente previsti²⁸.

Tale risposta in senso positivo è stata fatta propria anche:

(i) dalla Corte di Cassazione (sentenza n. 5749 del 10 marzo 2011) che ha avuto modo di osservare come l'ambito applicativo del Dlgs. 20 giugno 2005 n. 122 non si estenda ai contratti preliminari aventi a oggetto edifici esistenti soltanto sulla carta, ossia già allo stato di progetto ma per i quali non sia stato ancora richiesto il permesso di costruire o un titolo equipollente, con la conseguenza che i preliminari sopra indicati sono da rite-

²⁶ Si fa presente che dall'11 dicembre 2016, a seguito delle modifiche apportate al D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 (testo Unico in materia edilizia) dal Decreto legislativo 25 novembre 2016 n. 222, non è più previsto il rilascio da parte del Comune del certificato di agibilità, sostituito dalla presentazione a cura dell'interessato della segnalazione certificata di agibilità (art. 24, D.P.R. 380/2001)

²⁷ in questo senso vedasi al riguardo G. Rizzi, *"Il Dlgs. 122 del 2005: la garanzia fideiussoria ed i presupposti di applicazione della nuova normativa"* Studio 5813/C approvato dalla Commissione Studi Civilistici del C.N.N. il 23 luglio 2005, in Studi e Materiali, Milano 2005, 1033.

²⁸ La tesi opposta (G. Petrelli, *Gli acquisti di immobili da costruire*, Milano, 2005), che sostiene invece la incommerciabilità di fabbricati ancora da edificare e per i quali non sia stato neppure richiesto il titolo edilizio, si fonda sul presupposto che la disciplina del Decreto Legislativo 20 giugno 2005, n. 122 sarebbe finalizzata a contrastare l'abusivismo edilizio. Al contrario è stato sostenuto che il legislatore nel dettare la disciplina di cui al Decreto Legislativo 20 giugno 2005, n. 122 ha voluto operare solo sul piano "privatistico" e non è ravvisabile nella relativa disciplina alcun intento del legislatore di contrastare l'abusivismo edilizio. Al riguardo si è avuto modo di osservare che se l'intento "primario" del legislatore fosse stato quello di repressione dell'abusivismo edilizio, allora, per coerenza, lo stesso avrebbe dovuto richiedere il rilascio del titolo edilizio abilitativo e non accontentarsi della sola richiesta (che, per avventura, potrebbe anche non avere alcuna possibilità di accoglimento in quanto relativa, ad esempio, ad area priva di qualsiasi capacità edificatoria in base alle previsioni di piano o per effetto di precedenti atti di "cessione di cubatura"). E che l'intento primario perseguito dal legislatore non sia il perseguimento di interessi pubblici (ossia la repressione abusivismo edilizio) è, inoltre, confermato anche dall'ambito di applicazione limitato e non generalizzato delle disposizioni di cui al D.lgs 122/2005. La tutela di interessi pubblici, infatti, deve prescindere dalla qualità dell'acquirente: se scopo di una norma è quello, ad esempio di reprimere l'abusivismo edilizio, i vincoli ed i divieti legali, finalizzati al perseguimento di detto scopo, debbono applicarsi sia all'acquirente persona fisica che all'acquirente ente collettivo, e quindi a qualsiasi acquisto. In questo senso G. Rizzi, *"Il Dlgs. 122 del 2005: la garanzia fideiussoria ed i presupposti di applicazione della nuova normativa"* Studio 5813/C approvato dalla Commissione Studi Civilistici del C.N.N. il 23 luglio 2005, in Studi e Materiali, Milano 2005, 1033.

nersi validi. La Cassazione pur riconoscendo che "l'esclusione del promissario acquirente di immobili "sulla carta" dal raggio di applicazione del decreto delegato per un verso comporta che le misure di protezione da esso previste sono destinate a non operare proprio là dove il rischio per l'acquirente è ancora più accentuato, potendo l'immobile da costruire essere destinato a rimanere tale solo nelle intenzioni del costruttore, e dall'altro può costituire per quest'ultimo un facile strumento di elusione per sottrarsi agli oneri, anche economici, che vengono posti a suo carico dal decreto delegato, potendo questi essere indotto a preferire la stipulazione del preliminare prima di richiedere il provvedimento abilitativo, così evitando di dover offrire la fideiussione" tuttavia ritiene che "la chiara lettera della norma non consente di fornire interpretazioni adeguatrici" delle norme a tutela degli acquirenti di immobili da costruire, seppure costituzionalmente orientate.

In particolare la Corte "non conviene con la tesi, prospettata da parte della dottrina secondo cui dalla regola che limita l'applicazione della nuova normativa di tutela ai soli immobili per i quali sia già stato richiesto il permesso di costruire, si dovrebbe desumere, a contrario, l'illiceità del contratto preliminare che programmi il trasferimento di un immobile esistente soltanto sulla carta" e che quindi possa sostenersi che non sia consentito stipulare contratti aventi ad oggetto immobili "sulla carta". La Corte esclude espressamente, infatti, che la *ratio* della normativa di tutela sia quella di contrasto all'abusivismo edilizio, in quanto, se così fosse, il legislatore avrebbe dovuto, per coerenza sistematica, esigere, come presupposto di applicabilità della disciplina, non già la presentazione della richiesta del permesso di costruire, ma l'ottenimento del titolo edilizio, ed, inoltre, in quanto, la circostanza che il titolo abilitativo non sia stato richiesto non significa, di per sé, che le parti abbiano intenzione di trasferire un bene abusivo, in quanto, fintantoché la costruzione del fabbricato non sia iniziata, non è possibile commettere alcun abuso.

(ii) dalla Corte Costituzionale (sentenza 24 gennaio 2018 n. 32) che ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 5, comma 1, e 6, comma 1, lettere d) ed i), del D.lgs. 20 giugno 2005 n. 122, sollevate, in riferimento all'art. 3, primo comma, della Costituzione; la Corte, in particolare, ha avuto modo di osservare che il d.lgs. 122/2005, nel definire "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, esclude dall'ambito applicativo della normativa di protezione, introdotta dal citato decreto legislativo, i contratti di acquisto di immobili per i quali non sia stata ancora depositata domanda di permesso di costruire, anche nelle ipotesi in cui il mancato ottenimento di tale permesso sia previsto quale condizione risolutiva della stessa pattuizione. L'acquisto di immobili da costruire cosiddetto "sulla carta" si connota come operazione economica maggiormente rischiosa – ma non perciò illecita, né meramente aleatoria – per il promittente acquirente. La tutela in quest'ultimo caso è quella codicistica ossia quella ordinaria dell'art. 1472, secondo comma, cod. civ. per il caso in cui il bene non venga ad esistenza (nullità del contratto) e non già quella speciale di protezione ai sensi del d.lgs. 122/2005. Quando, invece, è stato presentato il progetto e richiesto il rilascio del titolo edilizio sorge una più concreta aspettativa dell'acquirente all'ultimazione della costruzione in conformità alla vigente disciplina urbanistica. E sono questi gli aspetti che differenziano le fattispecie di fabbricato "sulla carta" e di fabbricato da costruire per il quale sia già stato presentato il progetto, sì da poterle conclusivamente valutare come non omogenee rispetto al principio di eguaglianza ex art. 3 della Costituzione.

Da segnalare anche la posizione della giurisprudenza²⁹, che ha escluso che la disciplina del D.lgs 122/2005 possa trovare applicazione per il solo fatto che sia stato approvato un Piano Urbanistico Attuativo (piano di lottizzazione ovvero piano di recupero) e che sia stata sottoscritta la relativa convenzione dalla quale discenda l'obbli-

²⁹ Sull'argomento si segnalano:

- Trib. Vicenza, 7 ottobre 2014, per il quale non è applicabile la disciplina prevista dal D. Lgs. 122/2005 se, al momento della stipulazione, nessuna richiesta di permesso a costruire è stata presentata ma sussistendo solo l'obbligo dedotto in una convenzione di lottizzazione, di richiedere il permesso a costruire

- Trib. di Rimini, 24 novembre 2014, n. 1369, del per il quale non è sottoposta alla disciplina del D. Lgs. 122/2005 la vendita di un fabbricato da demolire e ricostruire, in esecuzione del progetto di un piano particolareggiato, per il quale, al momento del preliminare, non sia stato ancora richiesto il permesso di costruire, non essendo possibile sostenere che il piano particolareggiato possa essere considerato un titolo abilitativo.

go di richiedere il rilascio del permesso di costruire, non potendo il piano urbanistico essere considerato un titolo edilizio. Pertanto, anche nel caso di vendita "sulla carta" di fabbricato da costruire ricompreso nell'ambito di un Piano urbanistico attuativo, l'applicazione della normativa di tutela del D.lgs 122/2005 è, comunque, subordinata alla previa presentazione della richiesta di rilascio del titolo edilizio abilitativo.

6. L'ASSICURAZIONE INDENNITARIA DECENNALE

6.1 - La polizza assicurativa ed i presupposti di applicazione della garanzia

L'art. 4, Decreto legislativo 20 giugno 2005, n. 122, impone l'obbligo al costruttore di fornire garanzia per il risarcimento al quale fosse tenuto a seguito di danni materiali e diretti all'immobile, compresi i danni a terzi, a sensi dell'art. 1669 c.c., derivanti da rovina totale o parziale oppure da gravi difetti costruttivi delle opere, per vizio del suolo o per difetto della costruzione, che si siano manifestati successivamente alla stipula del contratto definitivo di compravendita o dell'atto definitivo di assegnazione.

Si è osservato al riguardo che la garanzia dovrà coprire anche quei danni connessi ad alterazioni tali da incidere sulla "funzionalità" globale dell'edificio, rendendolo inidoneo all'uso cui è destinato.

La garanzia prescritta, consiste, in particolare, in una polizza assicurativa indennitaria a beneficio dell'acquirente con durata decennale e con effetto dalla data di ultimazione dei lavori. La polizza dovrà invece essere consegnata dal costruttore all'atto del trasferimento della proprietà, anche se destinata ad operare a partire dalla data di ultimazione dei lavori.

La garanzia, inoltre, è dovuta a prescindere da una "situazione di crisi" in cui incorra il costruttore, essendo destinata ad operare all'emergere di vizi e difformità dell'edificio realizzato.

I presupposti ("soggettivo" ed "oggettivo") per l'applicazione della disposizione di cui all'art. 4 in commento, sono quelli di cui all'art. 1, Decreto legislativo 20 giugno 2005, n. 122, in quanto "norma di carattere generale"; pertanto:

- con riguardo ai soggetti: è necessario che a vendere sia un costruttore che agisca nell'esercizio di impresa e che ad acquistare sia una persona fisica;
- con riguardo all'oggetto: è necessario che si tratti di "immobile da costruire" ossia di immobili per i quali "sia stato richiesto il permesso di costruire e che siano ancora da edificare o la costruzione non risulti essere stata ultimata versando in stadio tale da non consentire ancora il rilascio del certificato di agibilità (ovvero la presentazione della segnalazione certificata di agibilità³⁰)".

Per quanto riguarda il "presupposto contrattuale" la disciplina legislativa lascia spazio a dubbi circa i presupposti di applicabilità della disposizione in commento, in ordine alla fattispecie contrattuale.

La norma, infatti, esordisce disponendo che la consegna della polizza debba essere effettuata "*all'atto del trasferimento della proprietà*": ciò potrebbe far ritenere che tale specifica tutela si applichi a qualsiasi contratto che abbia come effetto il trasferimento della proprietà di immobili da costruire.

Successivamente la norma letteralmente fa riferimento ai danni manifestatisi "*successivamente alla stipula del contratto definitivo di compravendita o di assegnazione*": ciò potrebbe far ritenere che tale specifica tutela si applichi solo in presenza della "sequenza preliminare/definitivo".

Ma ancora l'art. 5, che richiama espressamente l'art. 4 in commento, parla di "*contratti aventi per oggetto il trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale di godimento*": ciò potrebbe far ritenere che tale specifica disciplina si applichi ai contratti ad effetti traslativi non immediati in genere e non solo in presenza della "sequenza preliminare/definitivo".

³⁰ si fa presente che dall'11 dicembre 2016, a seguito delle modifiche apportate al D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 (testo Unico in materia edilizia) dal Decreto legislativo 25 novembre 2016 n. 222, non è più previsto il rilascio da parte del Comune del certificato di agibilità, sostituito dalla presentazione a cura dell'interessato della segnalazione certificata di agibilità (art. 24, D.P.R. 380/2001)

Pur tra i molteplici dubbi testé evidenziati, si è ritenuto³¹ di dover dare “prevalenza” al disposto dell’art. 5 e limitare comunque l’ambito di applicazione della norma in commento ai contratti ad effetti traslativi non immediati. In caso contrario si verificherebbe una disparità di trattamento tra chi stipula simili contratti e chi stipula, invece, un contratto ad effetti traslativi immediati, difficilmente giustificabile: infatti in caso di immobile da costruire per il quale la richiesta di titolo edilizio sia stata fatta prima del 21 luglio 2005 la polizza dovrebbe essere consegnata solo in caso di stipula, dopo il 21 luglio, di contratto ad effetti traslativi immediati ma non anche nel caso di stipula di contratto ad effetti reali non immediati. Probabilmente il legislatore ha voluto subordinare (senza peraltro ben esplicitarlo nella norma) la consegna di questa polizza agli stessi presupposti previsti per la fideiussione di cui all’art. 2 (ove si dice espressamente che “la fideiussione deve essere consegnata in caso di contratti che abbiano come finalità il trasferimento non immediato della proprietà”). Si vogliono così tutelare coloro che acquistano un bene quando il bene ancora non esiste e che devono quindi “confidare” sulla correttezza e professionalità del venditore nell’esplicazione dell’attività edificatoria³².

Da quanto detto in ordine al presupposto contrattuale, discende, peraltro, un legittimo quesito: come si può conciliare il fatto che tra i presupposti vi sia la stipula di un contratto ad effetti traslativi non immediati avente per oggetto beni immobili da costruire con la circostanza che nell’art. 4 in commento la consegna della polizza assicurativa dal costruttore all’acquirente è prevista “all’atto del trasferimento della proprietà”?

In realtà l’art. 4 contempla una fattispecie “a formazione progressiva” così congegnata³³:

- 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.

6.2 - Le sanzioni

Per quanto riguarda le sanzioni applicabili per il caso di inadempimento dell’obbligo di consegnare idonea polizza assicurativa indennitaria decennale, bisogna distinguere a seconda che si tratti di fabbricati costruiti in base a titolo edilizio richiesto o presentato sino o successivamente all’entrata in vigore del decreto legislativo 12 gennaio 2019 n. 14 di attuazione della legge delega 19 ottobre 2017 n. 155 (il decreto delegato):

(a) per i fabbricati costruiti in base a titolo edilizio richiesto o presentato sino all’entrata in vigore del decreto delegato (ossia sino a tutto il 15 marzo 2019), l’art. 4 del D.lgs 122/2005, non prevede alcuna sanzione per cui bisogna escludere che la mancata consegna della polizza indennitaria decennale possa, in qualsiasi modo, incidere sulla validità di un contratto avente per oggetto tali fabbricati. Resta, ovviamente, fermo, per l’acquirente il rimedio della risoluzione per inadempimento ex artt. 1453 e segg. c.c.; in caso di violazione dell’obbligo di consegna della polizza indennitaria decennale, l’acquirente potrà diffidare il venditore ad adempiere entro un congruo termine ex art. 1454 c.c., con dichiarazione che decorso, inutilmente detto termine, senza che sia stata consegnata detta polizza, il contratto s’intenderà senz’altro risolto³⁴.

³¹ 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, 1013

³² Nello studio citato (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, 1013) si è, peraltro, sottolineato come la soluzione proposta debba essere accolta col “beneficio di inventario” data la non felice formulazione normativa.

³³ Vedasi al riguardo 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, 1013

³⁴ Nel caso di specie, deve ritenersi sempre verificata la condizione di cui all’art. 1455 c.c., stante la grande rilevanza, per una adeguata tutela dell’acquirente, che il D.lgs 122/2005 ha riconosciuto alla consegna di detta polizza, per cui l’inadempimento dell’obbligo della sua consegna non può in alcun modo considerarsi di “scarsa importanza” avuto riguardo all’interesse dell’acquirente. L’importanza di questo adempimento è stata ulteriormente confermata anche dalla disposizione dell’art. 5, co. 1bis, Decreto Legislativo 20 giugno 2005, n. 122, introdotta dall’art. 10quater, co. 1, D.L. 28 marzo 2014, n. 47, in base alla quale l’acquirente non può rinunciare preventivamente alla polizza indennitaria.

Un'eventuale clausola di rinuncia inserita in contratto è nulla e deve intendersi come non apposta (art. 5, c. 1bis, D.lgs 122/2005), con la conseguenza che: (i) la rinuncia dell'acquirente alla polizza indennitaria decennale non avrà alcun effetto, e della stessa non potrà avvalersi la parte venditrice; (II) il contratto stipulato rimane peraltro valido, in quanto, da un lato, la nullità della clausola non si estende all'intero contratto, ex art. 1419 c.c., e, dall'altro, l'art. 4 del decreto non prevede alcuna sanzione per il caso di mancata prestazione della polizza indennitaria decennale; (iii) resta, comunque, ferma la possibilità per l'acquirente di chiedere la risoluzione del contratto stipulato per inadempimento di "non scarsa importanza" ai sensi dell'art. 1453 c.c. (il venditore non potrà opporsi alla richiesta di risoluzione richiamandosi alla clausola di rinuncia inserita nel contratto che, come detto, deve ritenersi come non apposta).

(b) per i fabbricati costruiti in base a titolo edilizio richiesto o presentato successivamente all'entrata in vigore del decreto delegato (ossia a partire dal 16 marzo 2019), l'art. 4, comma 1, del D.lgs 122/2005, prevede, invece, per il caso di inadempimento dell'obbligo di consegna della polizza indennitaria decennale la sanzione della nullità, nullità che può essere fatta valere solo dall'acquirente (trattasi, quindi, anche in questo caso di nullità "relativa"). Pertanto, per i rapporti cui sarà applicabile la disciplina dettata dal decreto delegato, la consegna della polizza indennitaria decennale diviene condizione di validità dell'atto traslativo della proprietà.

Ma non solo: gli articoli 3, comma 3 e 4, comma 1-ter, D.lgs 122/2005, prevedono che nel caso di inadempimento all'obbligo assicurativo di cui all'art. 4, comma 1, l'acquirente può recedere dal contratto ed escutere la fideiussione di cui all'art. 2 ottenendo, in tal modo, la restituzione delle somme e del valore di ogni altro corrispettivo effettivamente riscossi e dei relativi interessi legali, il tutto a decorrere dalla data dell'attestazione del Notaio di non aver ricevuto per la data dell'atto di trasferimento della proprietà la polizza indennitaria decennale conforme al decreto ministeriale (ossia al decreto del Ministro dello Sviluppo Economico che di detta polizza deve determinare contenuto e caratteristiche nonché il modello standard).

Ne deriva che l'acquirente, in caso di mancata consegna della polizza indennitaria decennale, ha a propria disposizione due diversi rimedi:

- o esercita il recesso dal preliminare, escutendo, se necessario, la fideiussione di cui all'art. 2 D.lgs 122/2005, senza, pertanto dover stipulare l'atto definitivo che sarebbe, in forza delle disposizioni citate, affetto da nullità relativa;
- ovvero, qualora stipulasse, comunque, il contratto definitivo, pur in mancanza della consegna della polizza indennitaria decennale, ne potrebbe chiedere la nullità.

In sostanza il diritto di recesso viene riconosciuto all'acquirente al fine di sottrarsi all'obbligo della conclusione di un contratto del quale, dopo la stipula, dovrebbe far valere la nullità (come anche precisato dalla relazione illustrativa al decreto delegato³⁵)

Ci si chiede se anche nel caso in cui venga fatta valere la nullità del contratto definitivo l'acquirente possa escutere la fideiussione per recuperare le somme già versate (si rammenta che anche dopo la stipula del definitivo e dopo il trasferimento della proprietà o di altro diritto reale la fideiussione mantiene la sua piena operatività, posto che la sua efficacia cessa solo dopo che il fideiussore riceve copia dell'atto definitivo contenente la menzione degli estremi della polizza indennitaria decennale e della sua conformità al decreto ministeriale). La norma nulla precisa al riguardo, prevedendo la possibilità dell'escussione solo per il caso del recesso; né argomenti per l'una o l'altra soluzione sembra possano ricavarsi dalla relazione illustrativa al decreto delegato sopra citata.

Il contenuto e le caratteristiche della polizza decennale ed il relativo modello standard sono determinati con decreto del Ministro dello Sviluppo Economico da adottarsi di concerto con il Ministro della Giustizia e con il

³⁵ Nella relazione illustrativa al decreto delegato così viene giustificata la previsione del recesso con facoltà di escussione della fideiussione in caso di mancata consegna della polizza assicurativa indennitaria : *"poiché la legge delega prevede che la mancanza di assicurazione determini la nullità del contratto, qualora il mancato rilascio della polizza sia accertato dal notaio deve essere consentito all'acquirente di recedere dal contratto ricevendo tutela delle proprie ragioni restitutorie relative ai corrispettivi versati; conseguentemente il comma 7 prevede che la fideiussione perda efficacia solo al momento in cui il fideiussore riceva dal costruttore o comunque da uno dei contraenti copia dell'atto di trasferimento che contenga menzione degli estremi della polizza decennale e della sua conformità".*

Ministro dell'Economia e della Finanza entro 90 giorni dalla data di entrata in vigore del decreto delegato: pertanto per i rapporti cui sarà applicabile la disciplina dettata dal decreto delegato, le imprese di assicurazione dovranno rilasciare la polizza decennale in conformità alle prescrizioni ministeriali ed al modello standard, con la conseguenza che dovrà ritenersi inidonea allo scopo una polizza non conforme a dette prescrizioni ed a detto modello standard. Ne consegue che in questi casi per garantire la validità dell'atto traslativo della proprietà, non sarà sufficiente accertarsi che la polizza sia stata rilasciata ma sarà anche necessario accertarsi che la polizza rilasciata sia conforme alle prescrizioni ministeriali ed in particolare al modello standard.

Si rammenta che nelle more dell'adozione di detto decreto Ministeriale il contenuto della polizza assicurativa indennitaria decennale dovrà essere determinato dalle parti nel rispetto di quanto previsto dall'art. 4 del D. Lgs n. 122/2005 (così l'art. 389, comma 3 del D. Lgs. n. 14/2019 secondo cui " *Le disposizioni di cui agli articoli 3 e 4 del decreto legislativo 20 giugno 2005, n. 122, come modificati dagli articoli 385 e 386 del presente codice, si applicano anche nelle more dell'adozione dei decreti di cui agli articoli 3, comma 7-bis, e 4, comma 1-bis, del predetto decreto legislativo e il contenuto della fideiussione e della polizza assicurativa è determinato dalle parti nel rispetto di quanto previsto dalle richiamate disposizioni.*").

Un'eventuale clausola di rinuncia inserita in contratto è nulla e deve intendersi come non apposta (art. 5, c. 1bis, D.lgs 122/2005), con la conseguenza che: (i) la rinuncia dell'acquirente alla polizza indennitaria decennale non avrà alcun effetto, e della stessa non potrà avvalersi la parte venditrice; (II) il contratto stipulato, qualora la polizza indennitaria decennale sia stata comunque consegnata, rimane valido, in quanto, la nullità della clausola non si estende all'intero contratto, ex art. 1419 c.c.; (iii) nel caso in cui la polizza indennitaria decennale non sia stata, invece, consegnata, resta ferma la possibilità per l'acquirente o di richiedere la nullità del contratto ovvero di recedere dal contratto escutendo la polizza fideiussoria (il venditore non potrà opporsi a tali rimedi richiamandosi alla clausola di rinuncia inserita nel contratto che, come detto, deve ritenersi come non apposta).

6.3 - La menzione in atto degli estremi della polizza indennitaria decennale

Per quanto riguarda l'obbligo di menzione in atto degli estremi della polizza assicurativa indennitaria decennale, bisogna distinguere a seconda che si tratti di fabbricati costruiti in base a titolo edilizio richiesto o presentato sino o successivamente all'entrata in vigore del decreto legislativo 12 gennaio 2019 n. 14 di attuazione della legge delega 19 ottobre 2017 n. 155 (il decreto delegato):

(a) per i fabbricati costruiti in base a titolo edilizio richiesto o presentato sino all'entrata in vigore del decreto delegato (ossia sino a tutto il 15 marzo 2019 l'art. 4 del D.lgs 122/2005, non prevede alcun obbligo di menzione in atto degli estremi di tale polizza indennitaria decennale, neppure nell'art. 6 del medesimo decreto, che invece prescrive che il contratto preliminare ed ogni altro contratto che sia comunque diretto al successivo acquisto in capo a persona fisica della proprietà o di altro diritto reale su immobile da costruire, devono contenere gli estremi della fideiussione di cui all'articolo 2. Sul punto ci si era già chiesti in passato³⁶ se il Notaio, che sia chiamato a ricevere un atto di compravendita (avente per oggetto anche un immobile già ultimato o già agibile) debba accertarsi se sussista o meno l'obbligo a carico del venditore di consegnare all'acquirente la polizza assicurativa in questione. Si era al riguardo già ritenuto opportuno³⁷ per il Notaio far risultare dall'atto: (i) o gli estremi della polizza assicurativa indennitaria che il costruttore abbia consegnato all'acquirente in ossequio all'obbligo discendente dall'art. 4 in commento; (ii) ovvero apposita dichiarazione delle parti dalla quale risulti che tra di loro non è intervenuto alcun precedente rapporto contrattuale in ordine all'immobile da trasferire, con conseguente inapplicabilità al caso di specie della disciplina di cui all'art. 4; (iii) ovvero, nel caso in cui il No-

³⁶ 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, 1014.

³⁷ 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, 1014.

taio sia chiamato a stipulare un contratto ad effetti reali differiti (vendita di cosa futura, vendita con riserva di proprietà) far risultare dall'atto (come una sorta di "pro-memoria" per il venditore) l'obbligo per il costruttore di consegnare all'acquirente, la polizza assicurativa indennitaria nel momento in cui si verificherà l'evento traslativo.

(b) per i fabbricati costruiti in base a titolo edilizio richiesto o presentato successivamente all'entrata in vigore del decreto delegato (ossia a partire dal 16 marzo 2019), l'art. 4 (nel nuovo comma 1-quater) del D.lgs 122/2005, prevede, invece, che l'atto di trasferimento debba contenere la menzione degli estremi identificativi della polizza assicurativa e della sua conformità al decreto ministeriale (ossia al decreto del Ministro dello Sviluppo Economico che di detta polizza deve determinare contenuto e caratteristiche nonché il modello standard).

La disposizione dell'art. 4, comma 1-quater del D.lgs 122/2005 non prevede la sanzione della nullità per il caso di omissione della menzione ivi prevista. Va evidenziato, peraltro, che detto comma 1-quater, introdotto dal decreto delegato, prevede che *"l'atto di trasferimento deve contenere la menzione degli estremi identificativi della polizza assicurativa e della sua conformità al decreto previsto dal comma 1-bis"*. Conseguentemente è doveroso per il Notaio, chiamato a ricevere o autenticare un atto avente per oggetto il trasferimento di un immobile da costruire, menzionare in atto gli estremi della polizza indennitaria decennale con l'attestazione della sua conformità al decreto ministeriale; si tratta, infatti, di adempiere ad un obbligo previsto dalla legge, documentando in atto, in maniera espressa, quell'attività di controllo di legalità sull'adempimento dell'obbligo di rilascio della polizza indennitaria decennale che il Notaio è chiamato a svolgere in questi casi, come espressamente sancito nell'art. 388 del D.lgs 12 gennaio 2019 n. 14 (il "decreto delegato") (di attuazione della legge 19 ottobre 2017 n. 155 con la quale il Governo è stato delegato ad adottare apposite disposizioni volte a garantire il controllo di legalità da parte del Notaio dell'obbligo di consegna della polizza indennitaria decennale stabilendo che il contratto avente per oggetto il trasferimento non immediato di immobile da costruire debba essere stipulato per atto pubblico o per scrittura privata autenticata).

La necessità della menzione in atto della polizza indennitaria decennale discende anche da esigenze di carattere pratico, in relazione a quanto disposto dal precedente art. 3, c. 7, del medesimo D.lgs 122/2005 laddove si prevede che l'efficacia della fideiussione verrà a cessare nel momento in cui il fideiussore riceverà dal venditore/costruttore o da un altro dei contraenti copia dell'atto di trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento sull'immobile o dell'atto definito di assegnazione il quale contenga la menzione degli estremi identificativi della polizza assicurativa decennale e della sua conformità al decreto ministeriale. Pertanto per i rapporti cui sarà applicabile la disciplina dettata dal decreto delegato, diventerà essenziale nell'atto traslativo indicare gli estremi della polizza assicurativa decennale e la sua conformità al decreto ministeriale, altrimenti non potrà essere "sbloccata" la fideiussione.

Tutto ciò vale per i soli fabbricati costruiti in base a titolo edilizio richiesto o presentato successivamente all'entrata in vigore del decreto legislativo 12 gennaio 2019 n. 14 di attuazione della legge delega 19 ottobre 2017 n. 155 (ossia a partire dal 16 marzo 2019), per i quali soltanto la consegna della polizza di cui trattasi è prescritta a pena di nullità ed è prescritto l'obbligo di menzionare in atto gli estremi della polizza e la sua conformità al decreto ministeriale. Non vale, invece, per i fabbricati costruiti in base a titolo edilizio richiesto o presentato sino all'entrata in vigore del decreto delegato (ossia sino a tutto il 15 marzo 2019), per i quali la consegna della polizza di cui trattasi non è prescritta a pena di nullità e non è prescritto l'obbligo di menzione. Per questi ultimi fabbricati valgono le considerazioni circa la opportunità delle menzioni già maturate in passato e sopra ricordate.

7. IL DIVIETO DI STIPULA AI SENSI DELL'ART. 8

7.1 Le diverse letture dell'art. 8 dlgs 20 giugno 2005, n. 122.

A sensi dell'art. 8, dlgs. 20 giugno 2005, n. 122, "il notaio non può procedere alla stipula dell'atto di compravendita se anteriormente o contestualmente alla stipula, non si sia proceduto alla suddivisione del finanzia-

mento in quote o al perfezionamento di un titolo per la cancellazione o frazionamento dell'ipoteca a garanzia o del pignoramento gravante sull'immobile"

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) purchè 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 dlgs. 122/2005)

iii) la **tesi dell'applicazione nei limiti di cui all'art. 1, dlgs 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 dlgs. 122/2005³⁸. È questa la ricostruzione sostenuta anche dalla Corte di Cassazione (sentenza n. 24535 del 1 dicembre 2016). Per la suprema Corte "letto nel contesto del dlgs. 122/2005, ed in particolare alla luce dell'epigrafe del decreto delegato, delle definizioni contenute nell'art. 1, della correlazione con l'art. 7, del chiaro riferimento all'immobile da costruire fatto nell'art. 3, punto n), della legge di delega n. 210/2004, il divieto di stipula di cui all'art. 8 non può che ritenersi operante per gli atti di compravendita che vedano come acquirente (o promissaria acquirente) una "persona fisica", come venditore (o promittente alienante) un "costruttore", ovvero un imprenditore o una cooperativa edilizia, e che abbiano ad oggetto un "immobile da costruire", ovvero un immobile per il quale sia stato richiesto il permesso di costruire e che sia 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. Il divieto di stipula contenuto nell'art. 8 si inserisce, invero, tra le disposizioni volte alla tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire, le quali presuppongono una condizione particolare di asimmetria giuridica od economica tra il venditore e l'acquirente e perciò giustificano la specialità del trattamento legislativo. Al di fuori dei requisiti oggettivi e soggettivi di operatività del dlgs. 122/2005, continua, pertanto, ad operare il generale principio della libera circolazione dei beni immobili gravati da ipoteca o da pignoramento, pur permanendo i vincoli pregiudizievoli sul bene".

7.2 I presupposti di applicazione dell'art. 8 Dlgs. 122/2005

Va ribadita, alla luce anche della posizione assunta dalla Corte di Cassazione, la tesi dell'applicazione nei limiti di cui all'art. 1, dlgs 122/2005, sopra riportata sub (iii)³⁹

Presupposti (soggettivo ed oggettivo) per l'applicazione della disposizione di cui all'art. 8 in commento sono, conseguentemente, quelli di cui all'art. 1, Dlgs. 122/2005, in quanto "norma di carattere generale"; pertanto:

- con riguardo ai soggetti: è necessario che a vendere sia un costruttore che agisce nell'esercizio di impresa e che ad acquistare sia una persona fisica;

³⁸ G. Rizzi, *"Il Dlgs. 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, 1009

³⁹ Per maggiori approfondimenti sul tema dei presupposti di applicabilità dell'art. 8 D.lgs 122/2005 si rinvia a G. Rizzi, *"Il Dlgs. 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, 1017;

- con riguardo all'oggetto: è necessario che si tratti di "immobile da costruire" ossia di immobili per i quali "sia stato richiesto il permesso di costruire e che siano ancora da edificare o la costruzione non risulti essere stata ultimata versando in stadio tale da non consentire ancora la presentazione della segnalazione certificata di agibilità"⁴⁰;

- con riguardo al cd. "presupposto contrattuale" la norma parla espressamente di stipula di un atto di compravendita.

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 medesimo Dlgs. 122/2005 (in tale norma presupposto per la consegna della polizza assicurativa indennitaria è la stipula di un contratto ad effetti traslativi non immediati, mentre il momento in cui tale polizza deve essere materialmente consegnata dal costruttore all'acquirente è quello in cui avviene il trasferimento della proprietà). Dovendosi ritenere operante il medesimo "meccanismo" anche nell'art. 8, si avrà, di conseguenza, 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;

- 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, anzi avrà nella maggior parte dei casi, per oggetto beni già ultimati e/o addirittura già agibili).

Non va, peraltro, confuso, in questo specifico caso relativo alla "sequenza preliminare-contratto definitivo", il "presupposto" dell'impedimento (preliminare di immobile da costruire) con l'atto che è oggetto dell'impedimento (compravendita di immobile anche finito); il presupposto dell'impedimento coincide, invece, con l'atto oggetto dell'impedimento stesso nel caso in cui il Notaio sia chiamato a stipulare una compravendita ad effetti traslativi immediati ovvero una compravendita ad effetti reali differiti avente per oggetto un immobile da costruire.

Ci si era già chiesti⁴¹, ritenendo che tra i presupposti per l'applicazione dell'art. 8 in commento vi sia anche l'avvenuta sottoscrizione di un preliminare avente per oggetto un immobile da costruire, come può il Notaio, al fine di potersi conformare alla prescrizione di detta norma, verificare se l'atto di compravendita che è chiamato a ricevere viene stipulato tra le parti in esecuzione di un precedente contratto preliminare.

Al riguardo la nuova disciplina dettata dal decreto legislativo 12 gennaio 2019 n. 14 introduce un elemento di novità che dovrebbe agevolare la verifica di tale "sequenza contrattuale", infatti :

(a) per i fabbricati costruiti in base a titolo edilizio richiesto o presentato sino all'entrata in vigore del decreto delegato (ossia sino a tutto il 15 marzo 2019), non è previsto alcun obbligo di pubblicità. L'unico requisito prescritto dalla legge è la forma scritta (art. 1351 c.c. in relazione a quanto disposto dal precedente art. 1350 c.c.). La trascrizione è del tutto eventuale: solo se le parti si rivolgono ad un Notaio per stipulare il preliminare mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata, scatta l'obbligo della trascrizione (artt. 2645-bis e 2671 c.c.). Il Notaio non potrà mai verificare con certezza se un preliminare è stato stipulato tra le parti.

A fronte di tale ultima considerazione in passato si è affermato⁴²:

- che il Notaio debba "fare affidamento sulle dichiarazioni delle parti";

- che se le parti "dichiarano al Notaio che tra di loro non è intervenuto alcun precedente rapporto contrattuale in ordine all'immobile da trasferire, al fine di evitare poi le responsabilità sia di carattere disciplinare che di ca-

⁴⁰ si fa presente che dall'11 dicembre 2016, a seguito delle modifiche apportate al D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 (testo Unico in materia edilizia) dal Decreto legislativo 25 novembre 2016 n. 222, non è più previsto il rilascio da parte del Comune del certificato di agibilità, sostituito dalla presentazione a cura dell'interessato della segnalazione certificata di agibilità (art. 24, D.P.R. 380/2001)

⁴¹ G. Rizzi, "Il Dlgs. 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, 1024.

⁴² G. Rizzi, "Il Dlgs. 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, 1024.

rattere civile che derivano dalla violazione dell'art. 8 sia "quanto mai opportuno far risultare questa circostanza dall'atto stesso, riproducendo la dichiarazione negativa resa delle parti";

- che "di più il Notaio, obiettivamente, non può fare, e che quindi in presenza di una dichiarazione negativa delle parti, potrà procedere alla stipula dell'atto di compravendita ad effetti traslativi immediati senza che gli si possano imputare responsabilità di sorta".

(b) per i fabbricati costruiti in base a titolo edilizio richiesto o presentato successivamente all'entrata in vigore del decreto delegato (ossia a partire dal 16 marzo 2019) l'avvenuta sottoscrizione di un preliminare avente per oggetto un immobile da costruire dovrebbe essere facilmente riscontrabile dal Notaio chiamato a ricevere l'atto definitivo: infatti per tali preliminari il decreto delegato prescrive l'obbligo dell'atto pubblico e/o della scrittura privata autenticata, atto pertanto soggetto al regime di pubblicità della trascrizione (artt. 2645bis e 2671 c.c.).

Verificandosi i presupposti di applicazione della disposizione dell'art. 8, Dlgs. 122/2005, il Notaio può procedere alla stipula dell'atto di compravendita, qualora accerti che si sia verificata, anteriormente o quanto meno al momento della stipula, una delle seguenti condizioni:

- a) o la suddivisione del finanziamento;
- b) o il perfezionamento di un titolo per la cancellazione o frazionamento dell'ipoteca a garanzia;
- c) o il perfezionamento del titolo per la cancellazione del pignoramento gravante sull'immobile.

Così dispone espressamente il suddetto art. 8, Dlgs. 122/2005.

Tuttavia, per quanto riguarda la fattispecie di cui sub (a) (la suddivisione del finanziamento) vanno confermate, anche in questa sede, le conclusioni maturate in passato⁴³; pertanto:

i) in primo luogo deve ritenersi non sufficiente, per poter procedere alla stipula, la sola suddivisione del finanziamento, essendo anche necessario il correlativo frazionamento della ipoteca a garanzia; tale conclusione è imposta da una lettura sistematica della disposizione in commento, in relazione sia a quanto previsto dall'art. 7 del medesimo decreto legislativo, che nel modificare l'art. 39 comma 6 del T.U.B., riconosce al promissario acquirente il diritto alla "suddivisione del finanziamento in quote e, correlativamente, al frazionamento dell'ipoteca a garanzia", che a quanto previsto dall'art. 3, lett. n), della legge delega (legge 2 agosto 2004, n. 210) ove invece si fa riferimento agli "atti che permettono l'esecuzione delle formalità nei registri immobiliari", disposizioni, entrambe, che lasciano chiaramente intendere come la vera tutela per l'acquirente consista proprio nel diritto al frazionamento dell'ipoteca, senza il quale l'acquirente rimarrebbe esposto ad un rischio eccessivo, mentre la suddivisione del finanziamento costituisca il presupposto necessario per ottenere proprio il frazionamento dell'ipoteca. D'altra parte, nella prassi, quando si procede alla suddivisione in quote del finanziamento, si procede, di norma, anche al frazionamento della relativa garanzia ipotecaria;

ii) in secondo luogo, una lettura sistematica della norma, porta a ritenere sussistente la non applicabilità dell'impedimento alla stipula solo se vi sia contestuale accollo da parte dell'acquirente della quota del mutuo frazionato. In caso contrario si ricadrebbe nella fattispecie di cui sub b), necessitando, comunque, il titolo per la cancellazione dell'ipoteca così frazionata.

Pertanto, le condizioni per la stipula, pur in presenza di una formalità pregiudizievole, alla luce delle considerazioni testé svolte, vanno così riformulate (per una miglior comprensione)⁴⁴: "il Notaio può, comunque, procedere alla stipula dell'atto di compravendita, qualora accerti che si sia verificata, anteriormente o quanto meno al momento della stipula, una delle seguenti condizioni:

- o il perfezionamento di un titolo per la cancellazione dell'ipoteca (cancellazione totale o restrizione di ipoteca)

⁴³ G. Rizzi, "Il Dlgs. 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.

⁴⁴ G. Rizzi, "Il Dlgs. 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, 1009.

- o la suddivisione del finanziamento con frazionamento dell'ipoteca a garanzia con accollo da parte dell'acquirente della quota del mutuo così frazionato ovvero, in alternativa, con il perfezionamento del titolo per la cancellazione dell'ipoteca così frazionata;
- o il perfezionamento del titolo per la cancellazione del pignoramento gravante sull'immobile."

Va segnalata, al riguardo, anche la tesi di chi, recentemente, ha sostenuto che la disciplina di cui all'art. 8 del D.lgs 20 giugno 2005 n. 122 possa interagire con la disciplina in tema di deposito del prezzo presso il Notaio dettata dalla legge 27 dicembre 2013 n. 147, in quanto le disposizioni sul deposito prezzo appaiono funzionali alla realizzazione degli interessi sottesi dall'art. 8 del d.lgs 122/2005⁴⁵.

⁴⁵ D. Muritano "Compravendita immobiliare e deposito del prezzo", Studio 418-2017/C approvato dalla Commissione studi civili del C.N.N. il 19 aprile 2018, in CNN Notizie n. 87 del 15 maggio 2018. In detto studio si afferma che: "la disposizione dell'art. 8, a nostro avviso, va interpretata avendo presente il *rationale* che ne sta alla base. Essa presuppone, come confermato dalla giurisprudenza, l'asimmetria giuridica ed economica tra il venditore/costruttore e l'acquirente. Le sue previsioni mirano a evitare che il costruttore riceva il prezzo della vendita senza che sia prima o contestualmente formato il titolo per la cancellazione dell'ipoteca gravante sull'immobile acquistato. Perciò, se il costruttore ricevesse la somma solo dopo la formazione del titolo per la cancellazione, la *ratio* della norma sarebbe rispettata e l'acquirente pienamente tutelato". Si fa, inoltre, notare che "l'interpretazione proposta appare persino più garantista rispetto all'attuale procedimento di vendita dal costruttore, in cui, fatti tutti i pagamenti nelle mani del costruttore medesimo e impiegata la somma, in tutto in parte, per la contestuale cancellazione dell'ipoteca (operazione pienamente rispettosa del disposto dell'art. 8), è ben possibile che nelle more della trascrizione dell'atto venga iscritta o trascritta un'ulteriore formalità pregiudizievole, frustrando così l'intento dell'acquirente di procedere a un acquisto "sicuro". Ritenere invece che, per non violare l'art. 8 l'acquirente debba, assumendosene il rischio, effettuare il pagamento in un momento anteriore alla stipula dell'atto, corrispondendo la somma necessaria all'estinzione del debito ipotecario direttamente alla banca creditrice, significherebbe frustrare l'intento del legislatore di realizzare la sicurezza dell'acquisto in capo all'acquirente. Né pare immaginabile che il problema possa essere risolto prevedendo che la banca presti il consenso alla cancellazione ipotecaria prima di ricevere il pagamento."