

Immobile da costruire

Il divieto di stipula di cui all'art. 8 del D.Lgs. n. 122/2005: attuale stato dell'interpretazione e nuove prospettive

di Salvatore Uttieri (*)

L'art. 8, D.Lgs. 20 giugno 2005, n. 122 è una delle poche norme del decreto contenente una serie di tutele per gli acquirenti di immobili da costruire a non essere stata modificata dai due interventi realizzati con il D.L. 28 marzo 2014, n. 47 convertito con modifiche dalla L. 23 maggio 2014, n. 80 e con il D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (c.d. Codice della crisi di impresa). Nonostante ciò, a quasi vent'anni dalla sua entrata in vigore, si pone l'esigenza di provare a dipanare i numerosi dubbi interpretativi che ancora riguardano i presupposti e l'ambito di applicazione della norma, le modalità di applicazione del divieto in essa contenuto e la sanzione applicabile in caso di sua violazione; provando, altresì, a verificare l'esistenza di tutele "alternative" a quella che la norma intende perseguire.

Il prisma che si è scelto di utilizzare al fine di provare a chiarire tali dubbi interpretativi è rappresentato dalla *ratio* della norma che va individuata nell'esigenza di assicurare all'acquirente di un "immobile da costruire" un acquisto stabile e sicuro, tale da non potere essere posto in pericolo a causa di inadempienze realizzate da terzi. Ciò nella consapevolezza che solo un'interpretazione rigorosa e coerente con il contesto normativo in cui la norma è inserita può assicurare alla persona fisica che acquista da "costruttore" un "immobile da costruire", in quanto "contraente debole", quell'effettività della tutela che si intende realizzare.

La *ratio* della norma

L'art. 8, D.Lgs. n. 122/2005 (1) non ha subito alcuna modifica a seguito dei due interventi legislativi (2) che hanno riguardato gran parte del corpo del decreto e le principali tutele in esso contenute, ma nonostante ciò, a quasi vent'anni dall'entrata in vigore della norma, si pone la necessità di ricostruire lo stato dell'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale circa il suo ambito di applicazione, le modalità di applicazione del divieto in esso contenuto, le sanzioni

in caso di sua violazione, verificando, infine, la possibilità di utilizzare strumenti "alternativi" alla tutela che la norma intende assicurare.

Il prisma da utilizzare al fine di provare a chiarire i dubbi interpretativi posti dalla norma è rappresentato dalla sua *ratio* che va individuata nell'esigenza di assicurare all'acquirente di un "immobile da costruire" un acquisto stabile e sicuro, tale da non potere essere posto in pericolo a causa di inadempienze realizzate da terzi. Essa mira ad evitare, quindi, che l'acquirente di una porzione immobiliare, il quale

(*) Il presente contributo riproduce sostanzialmente l'intervento tenuto a Fiuggi, il 14 ottobre 2022, nell'occasione della Settima Giornata di Studio organizzata dall'Associazione "Le Giornate di Arce", dal titolo "Attuali criticità in tema di circolazione immobiliare e connessi profili di rischio e responsabilità".

(1) La norma prevede che "il notaio non può procedere alla stipula dell'atto di compravendita, se anteriormente o contestualmente alla stipula, non si sia proceduto alla suddivisione del finanziamento in quote o al perfezionamento di un titolo per la

cancellazione o frazionamento dell'ipoteca a garanzia o del pignoramento gravante sull'immobile."

Per una disamina completa delle questioni relative alla norma in esame si veda Ferrucci - Ferrentino - Uttieri, *La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire ed istituti collegati*, Milano, 2020, II ed., 205-248.

(2) Il riferimento è all'art. 10-*quater*, lett. a), D.L. 28 marzo 2014, n. 47, convertito con modifiche dalla L. 23 maggio 2014, n. 80 e al D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (c.d. Codice della crisi di impresa).

si sia accollato una frazione del mutuo posto originariamente per intero a carico del venditore, possa rispondere dell'insolvenza di altri (ossia dello stesso venditore, per le frazioni di mutuo che restano a suo carico, o di altri eventuali acquirenti accollanti); ovvero, accollante oppure no, possa essere comunque coinvolto, sempre per fatto di altri, nell'esecuzione giudiziale avente ad oggetto l'intero complesso immobiliare.

Al fine di realizzare ciò il legislatore è intervenuto da un lato (3) sancendo il diritto del *promissario acquirente* e dell'*assegnatario, anche di un immobile in corso di costruzione*, ad ottenere la suddivisione del finanziamento in quote e, correlativamente il frazionamento dell'ipoteca a garanzia; dall'altro, al fine di rendere effettivo tale diritto, ponendo con la norma in esame il divieto al notaio di ricevere atti di vendita se non abbia previamente verificato l'esistenza degli atti di frazionamento del finanziamento e di consenso al frazionamento o alla cancellazione della correlativa ipoteca (4).

I dubbi interpretativi del testo della norma

L'art. 8, D.Lgs. n. 122/2005, come chiarito, vieta al notaio di stipulare l'atto di compravendita se, *anzitempo o contestualmente* alla stipula, non si sia proceduto alla suddivisione del finanziamento in quote o - dispone la norma - al perfezionamento di un titolo per la cancellazione o per il frazionamento

dell'ipoteca a garanzia ovvero del pignoramento gravante sull'immobile.

In fase di prima applicazione della nuova disciplina è sorta questione, in dottrina, anzitutto con riguardo al significato e all'esatta portata da attribuire alla parola "o", che separa le espressioni "suddivisione del finanziamento in quote" e "perfezionamento di un titolo per la cancellazione o per il frazionamento dell'ipoteca a garanzia o del pignoramento gravante sull'immobile". In particolare, si è posto il dubbio sul se le condizioni da rispettare perché si possa procedere alla stipula dell'atto debbano sussistere in via cumulativa o siano, invece, alternative l'una all'altra (5).

Parte della dottrina, infatti, ha interpretato la parola "o" in senso letterale, attribuendole valore disgiuntivo e giungendo per conseguenza alla conclusione che, affinché il notaio possa stipulare l'atto di compravendita, è sufficiente la sussistenza anche solo dell'una o dell'altra delle due condizioni indicate dalla norma. Il notaio, in altri termini, potrebbe stipulare la vendita, senza incorrere nella violazione dell'art. 8, anche in presenza del solo atto di frazionamento del mutuo, pur in assenza del correlativo titolo necessario per il frazionamento o la cancellazione dell'ipoteca.

Pare decisamente prevalere, tuttavia, sia in dottrina sia nella prassi applicativa, la tesi che spinge ad andare oltre il dato letterale della disposizione e ad interpretarla tenendo conto piuttosto della sua *ratio* (6). È di tutta evidenza, infatti, che la sola

(3) L'art. 7, D.Lgs. n. 122/2005 prevede la modifica dell'art. 39, comma 6, D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (T.U.B.) e l'introduzione dei nuovi commi 6-bis, 6-ter e 6-quater.

(4) Prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. 20 giugno 2005, n. 122, il privato, intenzionato ad acquistare un appartamento facente parte di un edificio oggetto di iscrizioni ipotecarie (effettuate normalmente a garanzia di finanziamenti chiesti ed ottenuti per disporre delle risorse necessarie alla sua costruzione) o di trascrizioni di pignoramenti, aveva una duplice possibilità: a) rifiutare di stipulare il contratto definitivo (nonostante avesse già stipulato il contratto preliminare) prima della cancellazione delle ipoteche e dei pignoramenti e, quindi, attendere che la situazione del complesso immobiliare si regolarizzasse; b) stipulare l'atto notarile di trasferimento della proprietà (o di altro diritto reale di godimento) dell'immobile, pur in presenza delle dette formalità pregiudizievoli, a fronte della contestuale assunzione in atto da parte del costruttore-venditore dell'obbligo di procedere al successivo frazionamento o alla successiva cancellazione dell'ipoteca (o di altre iscrizioni o trascrizioni pregiudizievoli). Nel primo caso, il promissario acquirente rischiava di perdere il bene promesso in vendita, qualora, nelle more della cancellazione delle formalità pregiudizievoli, il costruttore-venditore fosse stato travolto dalla propria situazione debitoria. Nel secondo caso, l'acquirente, stipulato il contratto definitivo, poteva comunque vedere pregiudicata la sua posizione giuridica, perché il creditore garantito, al fine di soddisfare il proprio credito, aveva la facoltà di avvalersi, in ogni caso, anche della garanzia offerta dalle ipoteche o dai pignoramenti gravanti sul bene immobile e, quindi, di procedere in ultima istanza alla espropriazione forzata del bene stesso.

D'altro canto, spesso alla promessa di frazionamento ovvero di cancellazione delle iscrizioni ipotecarie non seguiva l'effettivo frazionamento ovvero l'effettiva cancellazione, con conseguente aumento del rischio che l'acquirente potesse subire un grave pregiudizio dalla situazione esistente, fino a giungere - come detto - al possibile assoggettamento dell'immobile ad espropriazione forzata per il soddisfacimento di un debito altrui.

(5) Va al riguardo subito precisato come la norma non imponga la cancellazione o il frazionamento dell'ipoteca, ma il perfezionamento di un titolo per la cancellazione o il frazionamento, anteriore o coevo, all'atto di trasferimento. In altri termini, è sufficiente, al fine di stipulare validamente il negozio traslativo, l'avvenuta sottoscrizione dell'atto di frazionamento del mutuo e della relativa ipoteca ovvero dell'atto di assenso alla cancellazione dell'ipoteca stessa, ovvero ancora l'emissione del provvedimento del giudice di cancellazione del pignoramento, mentre non occorre l'avvenuto ed effettivo annotamento di questi atti presso i Registri Immobiliari, che, pertanto, può ben seguire la stipulazione del negozio traslativo; di qui l'opportunità (ma non l'obbligatorietà) che gli estremi di tale titolo siano menzionati in atto.

(6) Tale tesi, peraltro, trova riscontro anche in una lettura sistematica della disposizione in esame, in relazione sia a quanto previsto dall'art. 7, D.Lgs. n. 122/2005, che nel modificare l'art. 39, comma 6, T.U.B., riconosce al promissario acquirente il diritto alla "suddivisione del finanziamento in quote e, correlativamente, al frazionamento dell'ipoteca a garanzia", sia a quanto previsto dall'art. 3, lett. n), L. 2 agosto 2004, n. 210 ove invece si fa riferimento agli "atti che permettono l'esecuzione delle formalità nei registri immobiliari". Entrambe le disposizioni citate, infatti,

Argomenti Compravendita

suddivisione del finanziamento in quote (7) non accompagnata anche dal frazionamento dell'ipoteca a garanzia lascerebbe l'acquirente esposto al rischio di subire un'esecuzione forzata dell'immobile acquistato a causa di un inadempimento altrui, ciò in applicazione del principio dell'indivisibilità dell'ipoteca di cui all'art. 2809, comma 2, c.c. (8). È solo con il perfezionarsi del titolo per il frazionamento dell'ipoteca che il creditore rinuncia al carattere dell'indivisibilità dell'ipoteca con l'effetto di liberare il bene, o una sua quota, dalla destinazione al soddisfacimento di tutta l'obbligazione originaria e di limitare il relativo vincolo alla parte di debito corrispondente all'interesse di colui al quale appartiene il bene stesso. In secondo luogo, una lettura sistematica della norma porta a ritenere non applicabile il divieto di stipula solo se vi sia contestuale accollo da parte dell'acquirente della quota del mutuo frazionato. In caso contrario si ricadrebbe nella fattispecie diversa in cui è necessario il titolo per la cancellazione dell'ipoteca così frazionata.

Non sembra accoglibile, invece, l'opposta tesi secondo cui sarebbe sufficiente il solo frazionamento del finanziamento e della relativa ipoteca. È stato affermato, infatti, che sostenere ciò significherebbe creare un'ingiustificata disparità di trattamento tra:

- i) unità immobiliari facenti parte di edifici o complessi condominiali gravati da ipoteca a garanzia di un unico finanziamento concesso per la costruzione dell'intero edificio o complesso condominiale;
- ii) ed immobili invece non frazionabili gravati da ipoteca (ad esempio la villetta unifamiliare).

Per gli immobili *sub i*) la norma si limiterebbe, solamente, ad impedire che l'acquirente acquisti un'unità gravata da ipoteca o da pignoramento relativi ad un debito concernente l'intero complesso immobiliare del quale l'unità stessa fa parte; ma una volta ottenuto

il frazionamento del debito e della relativa garanzia ipotecaria ben potrebbe il notaio stipulare l'atto di compravendita anche se l'immobile risultasse ancora gravato da ipoteca o pignoramento (ma con garanzia "limitata" alla quota del debito riferibile all'unità compravenduta e non all'intero complesso condominiale).

Per gli immobili *sub ii*), invece, non vi sarebbe alcuna possibilità di stipula se non venisse perfezionato un titolo per la cancellazione dell'ipoteca a garanzia ovvero per la cancellazione del pignoramento gravante sull'immobile.

Tale diversità di trattamento appare difficilmente giustificabile, non si capisce, infatti, perché in un caso (*sub i*) si possono alienare beni gravati da ipoteca o pignoramento, mentre nell'altro caso (*sub ii*) ciò non sia possibile (9).

Si ritiene, pertanto, che al termine "o" utilizzato dal legislatore non possa attribuirsi valore disgiuntivo e che ad esso debba piuttosto essere dato il significato di "e", a seguito di una sorta di interpretazione correttiva della disposizione.

In buona sostanza, quindi, secondo la lettura prevalente dell'art. 8, D.Lgs. n. 122/2005, in caso di mutuo acceso per procurarsi le risorse necessarie a realizzare l'edificio, garantito da iscrizione ipotecaria sull'edificio stesso, affinché il notaio possa procedere alla stipulazione degli atti di vendita relativi alle singole porzioni immobiliari in cui poi l'edificio è suddiviso, debbono ricorrere cumulativamente determinate condizioni, diverse a seconda che l'acquirente dell'immobile da costruire si accoli oppure no il mutuo o una quota del mutuo già stipulato dal costruttore.

In caso di accollo, il notaio non può stipulare l'atto in assenza del preventivo atto di frazionamento del mutuo e della correlativa ipoteca (10). In assenza di accollo (il che accade tipicamente quando

lasciano intendere come l'effettiva 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 rappresenta unicamente il presupposto necessario per ottenere proprio il frazionamento dell'ipoteca.

(7) Il c.d. atto di frazionamento del mutuo è un atto unilaterale del mutuante-creditore che assume la configurazione giuridica di *pactum de non petendo*. Con tale atto, in altri termini, il creditore non rinuncia al diritto di credito ma all'azione correlata, assumendo l'obbligo di astenersi dal richiedere il pagamento a ciascun mutuatario oltre la quota di debito al medesimo attribuita e risultante dal frazionamento dello stesso mutuo.

(8) Si pensi al caso in cui l'acquirente che si è accollato la quota del finanziamento relativa all'immobile acquistato adempia regolarmente l'obbligazione assunta mentre le altre quote del finanziamento, a carico del costruttore o degli altri accollatori, restino inadempite.

(9) In tal senso 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 e *Il divieto di stipula relativo a immobili da costruire: disciplina vigente e nuove prospettive*, in questa *Rivista*, 2019, 4, 394.

(10) Si veda Trib. Benevento 17 gennaio 2019, il quale, chiamato a pronunciarsi su una domanda giudiziale di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c. di contratto preliminare avente ad oggetto un immobile in corso di costruzione su cui gravava ipoteca a garanzia di mutuo edilizio non frazionata e per il quale i promissari acquirenti intendevano accollarsi la relativa quota di mutuo, ha rigettato l'istanza, affermando che la sentenza costitutiva non poteva essere pronunciata alla luce del disposto dell'art. 8, D.Lgs. n. 122/2005: l'art. 2932 c.c. prevede, infatti, che la relativa sentenza può essere emessa "qualora sia possibile", sia in fatto che in diritto, non essendo possibile ottenere attraverso la stessa un effetto maggiore di quello che le parti potrebbero raggiungere nell'esercizio della loro autonomia negoziale.

l'acquirente paga per intero al costruttore il prezzo concordato per l'immobile acquistato), il notaio non può ricevere l'atto di trasferimento della proprietà in assenza delle formalità necessarie per la cancellazione dell'ipoteca gravante sull'immobile da costruire (cancellazione totale o restrizione di ipoteca).

Qualora, dunque, l'acquirente decida di non accollarsi la quota del mutuo ma di utilizzare in tutto o in parte il prezzo della vendita per estinguere la stessa, il problema diventa se possa essere considerato titolo idoneo a rispettare il disposto dell'art. 8 l'estinzione dell'obbligazione seguita, dopo la stipula dell'atto, dalla modalità di cancellazione "semplificata" delle ipoteche oggi disciplinata dall'art. 40-bis, D.Lgs. n. 385/1993 (T.U.B.).

La cancellazione delle quote di ipoteca derivanti dal frazionamento ai sensi dell'art. 8, D.Lgs. n. 122/2005 e l'applicabilità del procedimento semplificato di cancellazione previsto dall'art. 40-bis, D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (Testo Unico Bancario)

Al momento dell'entrata in vigore dell'art. 8, D.Lgs. 20 giugno 2005, n. 122, il procedimento da seguire per la cancellazione dell'ipoteca era esclusivamente quello disciplinato nel codice civile, dagli artt. 2882-2888 c.c., in base al quale essa va eseguita dal conservatore in seguito a presentazione dell'atto contenente il consenso del creditore, rivestito della forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata.

Tuttavia, l'art. 13, commi 8-*sexies*-8-*quaterdecies*, D.L. 31 gennaio 2007, n. 7 (c.d. Decreto Bersanibis), convertito in L. 2 aprile 2007, n. 40, ha nel frattempo introdotto una disciplina semplificata della procedura di cancellazione di ipoteche a garanzia di mutui, alternativa rispetto a quella prevista dal codice civile e destinata ad operare nell'ipotesi specifica di mutui concessi da istituti di credito a favore

di privati; disciplina oggi contenuta nell'art. 40-bis, D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385.

Per tali ipotesi il legislatore ha in pratica delineato un sistema per la cancellazione dell'ipoteca che non richiede più la precostituzione di un titolo rivestito di particolari forme. In estrema sintesi, l'ipoteca iscritta a garanzia di obbligazioni derivanti da contratto di mutuo concesso da una banca o da una società finanziaria ovvero da un ente di previdenza obbligatoria ad un proprio iscritto si estingue automaticamente per effetto dell'estinzione del debito garantito (art. 40-bis, comma 1), con l'obbligo per il creditore (soggetto mutuante) di rilasciare quietanza attestante la data di estinzione dell'obbligazione e di trasmettere al competente conservatore la relativa comunicazione, entro trenta giorni dall'estinzione del mutuo, senza alcun onere per il debitore (art. 40-bis, comma 2) (11).

Tuttavia, al creditore mutuante è riconosciuta la possibilità, in presenza di un giustificato motivo, di comunicare al conservatore ed allo stesso mutuatario, entro trenta giorni dall'estinzione del mutuo e con le modalità previste dal codice civile per la rinnovazione dell'ipoteca, che l'ipoteca permane (art. 40-bis, comma 3) (12). Solo qualora il soggetto mutuante non si avvalga di tale facoltà, il conservatore, decorso il termine di trenta giorni dalla estinzione dell'obbligazione ed in presenza della comunicazione relativa alla quietanza rilasciata dal creditore, ha l'obbligo di cancellare d'ufficio l'ipoteca (art. 40-bis, comma 4).

In fase di prima applicazione di tale disciplina si era posto il problema del se essa fosse applicabile anche alle c.d. ipoteche frazionate, tra le quali particolare rilievo aveva proprio l'ipotesi di cui all'art. 8, D.Lgs. n. 122/2005. Era sorta questione, in altri termini, sul se potesse seguirsi la procedura semplificata per compiere le formalità necessarie a fare risultare la cancellazione della quota ipotecaria corrispondente alla frazione di mutuo regolarmente estinta dal debitore,

(11) Il decreto direttoriale del 23 maggio 2007 ha istituito il registro delle comunicazioni (da tenersi transitoriamente, ex art. 1, comma 5, in forma cartacea, quale semplice raccolta delle comunicazioni pervenute al conservatore, e successivamente con modalità informatiche). Il registro contiene per ciascuna comunicazione il numero di protocollo, il numero progressivo annuale attribuito in base all'ordine di ricezione, la data di ricezione, i numeri di registro generale e particolare, nonché l'anno di iscrizione dell'ipoteca cui la comunicazione è riferita, la denominazione ed il codice fiscale della società o ente nel cui nome è stata trasmessa, la data di estinzione dell'obbligazione, nonché le annotazioni previste dal successivo art. 3 del decreto (art. 1, comma 3). Con provvedimento del Direttore dell'Agenzia del Territorio del 29 gennaio 2008 si è estesa la modalità di cancellazione "semplificata" di cui alle normative in esame anche alle ipotesi di estinzione

delle obbligazioni derivanti da contratto di mutuo accollato a seguito di frazionamento e all'estinzione delle obbligazioni derivanti da contratto di mutuo garantito da ipoteca annotate su titoli cambiari.

(12) In tale senso, la norma costituisce eccezione e deroga al disposto dell'art. 2878, n. 3, c.c. che invece fa conseguire l'estinzione di ipoteca direttamente dall'estinzione dell'obbligazione garantita, senza che il creditore possa opporsi a tale effetto. Dal punto di vista attuativo, va ricordato che il decreto direttoriale del 23 maggio 2007 stabilisce che il responsabile del servizio di pubblicità immobiliare dà menzione nel registro delle comunicazioni, istituito dallo stesso decreto, anche delle comunicazioni di permanenza dell'ipoteca, di cui all'art. 13, comma 8-*novies*, D.L. n. 7/2007 (art. 3, comma 2).

Argomenti

Compravendita

entrambi risultanti dal frazionamento di un originario, unico finanziamento realizzato in occasione dell'acquisto della porzione di un unico complesso immobiliare.

Ebbene, al problema si era dato risposta negativa: nell'individuare l'ambito oggettivo di applicabilità della nuova disciplina, infatti, si era sostenuto che il procedimento di cancellazione semplificata fosse applicabile unicamente alle cancellazioni totali e non anche alle restrizioni di ipoteca, pure se conseguenti all'avvenuto adempimento da parte di soggetti obbligati per quote del mutuo originario.

Tuttavia, l'orientamento interpretativo volto a negare l'applicabilità del procedimento di cancellazione semplificata alle ipoteche c.d. frazionate, risulta superato dal successivo intervento del legislatore, realizzato con l'art. 2, comma 450, L. 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria per il 2008), il quale ha modificato l'art. 13, comma 8-*sexies*, D.L. 31 gennaio 2007, n. 7, convertito in L. 2 aprile 2007, n. 40, e oggi recepito nell'art. 40-*bis* T.U.B., estendendo espressamente l'ambito oggettivo di applicabilità di tale articolo, con la previsione che "l'ipoteca iscritta a garanzia di obbligazioni derivanti da contratto di mutuo *stipulato o accollato a seguito di frazionamento, anche ai sensi del decreto legislativo 20 giugno 2005, n. 122, anche se annotata su titoli cambiari*, si estingue automaticamente alla data di avvenuta estinzione dell'obbligazione garantita".

In buona sostanza, il legislatore ha inteso chiarire espressamente che il procedimento di cancellazione semplificata è applicabile anche alle c.d. ipoteche frazionate e, segnatamente, a quelle derivanti dall'applicazione dell'art. 8, D.Lgs. n. 122/2005.

Su tale novità normativa, tuttavia, e sui riflessi pratici derivanti dalla sua concreta applicazione, in particolare in relazione con la disciplina dettata dall'art. 8, D.Lgs. n. 122/2005, è opportuno soffermarsi.

Infatti, nell'ipotesi in cui l'acquirente di un immobile da costruire *si accolli* la porzione di mutuo relativa al bene acquistato, il problema dell'individuazione delle modalità da seguire per la cancellazione dell'ipoteca si pone solo quando il mutuo sia successivamente estinto, potendo in quel momento l'acquirente decidere se ricorrere alla procedura ordinaria prevista dal codice civile ovvero alla procedura semplificata di cui all'art. 13, comma 8-*sexies*, D.L. n. 7/2007. In altri termini, in questo caso la nuova disciplina non incide in alcun modo sull'attività che il notaio, chiamato a stipulare l'atto di vendita, deve compiere ai sensi dell'art. 8, D.Lgs. n. 122/2005. Egli, infatti, deve semplicemente verificare che vi

siano l'atto di frazionamento del mutuo e il titolo per il frazionamento dell'ipoteca. Quando poi l'acquirente-accollante avrà estinto la quota di mutuo accollatasi, potrà ricorrere alla procedura "semplificata" per la cancellazione della relativa quota di ipoteca.

Viceversa, nell'ipotesi in cui l'acquirente della porzione di immobile da costruire *non si accolli* la quota di mutuo relativa al bene acquistato (preferendo pagare il prezzo con altre modalità), è necessario, frazionato il mutuo e la relativa ipoteca, procedere alla cancellazione immediata della quota di ipoteca relativa all'immobile stesso. È in tale ipotesi che occorre verificare se ed in che misura il ricorso alla procedura semplificata di cancellazione dell'ipoteca, astrattamente possibile in considerazione della modifica sopra indicata e oggi recepita nell'art. 40-*bis*, comma 1, D.Lgs. n. 385/1993, sia praticamente conciliabile con il rispetto dell'art. 8, D.Lgs. n. 122/2005 da parte del notaio.

Ebbene, come si è avuto modo di osservare, ai sensi dell'art. 40-*bis* T.U.B. l'estinzione "automatica" dell'ipoteca in realtà non avviene immediatamente per effetto del solo pagamento: il creditore, infatti, ha la possibilità, in presenza di un "giustificato motivo ostativo" di comunicare al conservatore dei registri immobiliari ed allo stesso mutuatario, entro trenta giorni dall'estinzione del mutuo, che l'ipoteca "permane", ossia che la stessa non si estingue, e quindi conserva i propri effetti fino al compimento del ventennio dalla data di iscrizione.

La conseguenza è che la procedura semplificata non dà garanzie dell'effettiva estinzione dell'ipoteca per tutto il periodo che va dall'estinzione del mutuo alla cancellazione dell'ipoteca. In questo lasso di tempo, infatti, può accadere che il creditore-mutuante si avvalga della facoltà di far "permanere" l'ipoteca nonostante l'estinzione del debito oppure che egli revochi la comunicazione fatta al conservatore relativa alla quietanza di pagamento del mutuo, qualora si accorgesse di un errore di calcolo o vi fosse un altro inconveniente o, più, in generale il debito non risultasse effettivamente estinto. In altri termini, nel caso di ricorso alla procedura semplificata il titolo per la cancellazione si forma solo dopo il decorso del c.d. "periodo di ripensamento" di 30 giorni a disposizione del creditore, e dunque in un momento necessariamente *successivo* alla stipula dell'atto, in palese violazione del disposto dell'art. 8.

Nessun impedimento alla stipula vi sarebbe, evidentemente, nel caso in cui l'intera procedura semplificata di cancellazione si perfezioni prima della stipula

dell'atto, essendo, in tal caso, venuti meno, a seguito dell'estinzione e della cancellazione dell'ipoteca, i presupposti stessi di applicazione dell'art. 8.

L'ambito di applicazione

Ulteriore questione che si è posta riguarda l'ambito di applicazione della norma in esame e in particolare quali siano i presupposti soggettivi, oggettivi e negoziali della stessa.

In altri termini, è dubbio se la norma ponga un impedimento generalizzato, applicabile, cioè, a tutti gli atti di compravendita con i quali si trasferisca un bene immobile gravato da ipoteca o pignoramento (fabbricati, da costruire o già esistenti, e terreni) ovvero si riferisca solo agli atti di compravendita per i quali sussistano i requisiti soggettivi ed oggettivi previsti dal D.Lgs. 20 giugno 2005, n. 122.

La non chiara formulazione dell'art. 8, D.Lgs. n. 122/2005 suddetto ha alimentato pertanto contrastanti interpretazioni che possono schematicamente sintetizzarsi nelle seguenti tre posizioni:

a) *la tesi dell'applicazione generalizzata*: la norma in questione pone un impedimento "generalizzato" applicabile in ogni caso in cui venga trasferito un immobile di qualunque natura gravato da ipoteca o pignoramento, fabbricato o terreno, e per quanto riguarda i fabbricati sia da costruire che già esistenti, prescindendo dunque dai requisiti sia soggettivi che oggettivi delineati dall'art. 1, D.Lgs. n. 122/2005;

b) *la tesi dell'applicazione ad ogni tipo di cessione in cui le parti abbiano i requisiti soggettivi dell'art. 1 del D.Lgs. n. 122/2005 (da costruttore/impresa a persona fisica)*: la norma in questione pone un impedimento applicabile in ogni caso in cui venga trasferito un immobile gravato da ipoteca o pignoramento, fabbricato o terreno e per quanto riguarda i fabbricati sia da costruire che già esistenti, purché a vendere sia un costruttore/impresa ed a acquistare sia una persona fisica dotata dei requisiti indicati dall'art. 1, D.Lgs. n. 122/2005;

c) *la tesi dell'applicazione nei limiti, sia soggettivi che oggettivi, di cui all'art. 1, D.Lgs. n. 122/2005*: l'art. 8 in esame deve essere letto nel contesto dell'intero provvedimento normativo che lo contiene, per cui l'applicazione dell'impedimento dallo stesso disposto deve essere limitata ai soli casi di cessione di un fabbricato da costruire (esclusi pertanto i fabbricati

già finiti e i terreni) rientrante nella nozione di "immobile da costruire" di cui alla lett. d) dell'art. 1, negoziato cioè tra la richiesta del permesso di costruire e il rilascio dell'agibilità o la presentazione della Segnalazione Certificata di Agibilità, e sempreché a vendere sia un imprenditore rientrante nella nozione di "costruttore" di cui alla lett. b) ed a acquistare sia una persona fisica rientrante nella nozione di "acquirente" di cui alla lett. a) dell'art. 1. In altri termini, anche questa norma deve essere ricondotta nell'ambito di applicazione delineato dall'art. 1, D.Lgs. n. 122/2005 e non può essere applicate fuori dall'ambito di applicazione dello stesso.

Quest'ultima tesi è la ricostruzione che pare decisamente prevalere in dottrina e che è stata da ultimo condivisa anche dalla Corte di cassazione (13).

Un'interpretazione puramente letterale della norma, intesa a comprendere nel suo ambito applicativo ogni fattispecie traslativa di bene immobile, sarebbe infatti censurabile per eccesso di delega, dal momento che si è in presenza, pur sempre, di una norma emanata in esecuzione di una legge delega, il cui scopo è esclusivamente la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire.

Si osserva, quindi, come il divieto in esame rappresenti il momento finale di tutela proprio ed esclusivo dell'*iter* negoziale volto all'acquisto di un immobile da costruire, che in ogni sua fase risulta salvaguardato a vantaggio del contraente debole, da parte del legislatore, proprio a mezzo del D.Lgs. n. 122/2005, dalla fase delle trattative a quella finale della stipulazione del negozio traslativo della proprietà del bene, ormai venuto ad esistenza.

La stessa Corte di cassazione sottolinea come 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 D.Lgs. n. 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 (14).

(13) Così Cass. Civ. 1° dicembre 2016, n. 24535; in tal senso anche Trib. Livorno 30 gennaio 2017, n. 117 e Musto, *Divieto di cui all'art. 8 del d.lgs 122/2005 e ricevibilità di contratti definitivi di compravendita aventi ad oggetto immobili gravati da ipoteca non frazionata*, Quesito C.N.N. n. 173-2018/C.

(14) La sentenza della Corte di cassazione in esame appare, inoltre, perfettamente coerente con l'orientamento che la medesima Corte ha fatto proprio in ordine alla non applicabilità della disciplina contenuta nel D.Lgs. n. 122/2005 al c.d. "preliminare di immobile da costruire sulla carta" (Cass. Civ. 10 marzo 2011, n.

Argomenti

Compravendita

Altra questione sorta in dottrina, con riguardo all'ambito applicativo dell'art. 8, D.Lgs. n. 122/2005, concerne l'individuazione dei tipi negoziali che possono essere interessati dal divieto contenuto nella disposizione.

In particolare, l'utilizzo da parte del legislatore nell'art. 8 del termine "compravendita" ha indotto a chiedersi se il divieto sia stato dettato solo per gli atti di compravendita *tout court* oppure possa operare anche per atti diversi, quali, ad esempio, contratti ad effetti reali differiti, ed ancora se il divieto si applichi alla sequenza preliminare avente ad oggetto un "immobile da costruire" - contratto definitivo di immobile ultimato e perfino munito del requisito dell'agibilità.

Secondo una parte della dottrina, il legislatore, nel dettare la disciplina contenuta nell'art. 8, avrebbe preso in considerazione la sola ipotesi in cui le parti abbiano fatto ricorso alla sequela contratto preliminare di compravendita - contratto definitivo di compravendita.

In particolare, il "presupposto di applicazione" dell'impedimento posto a carico del notaio sarebbe rappresentato dalla stipula di un contratto preliminare di vendita avente ad oggetto un immobile da costruire; invece, "il momento" in cui effettivamente opera l'impedimento sarebbe rappresentato dalla stipula del contratto definitivo di compravendita (in esecuzione del precedente contratto preliminare), che può avere e di solito ha ad oggetto beni già ultimati e già agibili.

Tale ricostruzione sarebbe perfettamente in linea con lo scopo della normativa. L'atto di compravendita a cui si riferisce l'art. 8 non sarebbe, pertanto, un qualunque contratto di compravendita avente ad oggetto un immobile ipotecato, il quale, in linea di principio, può essere ricevuto liberamente dal notaio. Secondo questa tesi, pertanto, dall'applicabilità dell'art. 8 viene escluso innanzitutto il contratto preliminare, che non produce effetto traslativo. Infatti, il divieto di stipulazione riguarderebbe solo i contratti ad efficacia traslativa immediata, in cui il trasferimento della proprietà si realizza in forza del consenso delle parti legittimamente manifestato, non occorrendo ulteriori adempimenti.

L'art. 8, poi, non si applicherebbe alla vendita di cosa futura ovvero alla permuta di un terreno con appartamenti da edificare, ovviamente quando l'ipoteca sia stata iscritta sul terreno a garanzia di un mutuo concesso direttamente al costruttore ovvero dallo stesso accollato, prima della trascrizione della vendita di cosa futura ovvero della permuta del terreno edificatorio con l'appartamento futuro. Il notaio, allora, potrebbe ricevere l'atto di vendita di cosa futura o di permuta senza preoccuparsi di verificare la sussistenza delle condizioni previste dall'art. 8 (15). La conferma di tale esclusione starebbe appunto sia nel dato letterale di legge, che si riferisce esclusivamente al negozio di "compravendita", intendendosi per tale, senza ulteriori specificazioni al riguardo, proprio la fattispecie di cui all'art. 1470 c.c., quindi la vendita ad effetti reali immediati; sia nella stessa *ratio* della norma, che vuole tutelare l'acquirente nel momento in cui, nella prassi, maggiormente si configura il pericolo di acquisto di un bene gravato da ipoteca per debito altrui, rappresentato, appunto, dall'acquisto definitivo della proprietà del bene.

Secondo un'opposta ricostruzione (16), invece, l'art. 8 potrebbe ragionevolmente riguardare solo i contratti con effetti reali differiti, aventi ad oggetto immobili da costruire, stipulati tra costruttore ed acquirente, come definiti dalla L. delega 2 agosto 2004, n. 210. Questa, infatti, sarebbe l'unica interpretazione da un lato idonea ad evitare la censura di illegittimità costituzionale per eccesso di delega, che avrebbe luogo qualora si estendesse l'ambito applicativo della norma anche a fattispecie prive dei requisiti di cui al D.Lgs. n. 122/2005 e, dall'altro lato, pienamente coerente con le altre disposizioni del decreto legislativo. Si nega, allora, l'applicabilità del divieto ai contratti definitivi relativi ad immobili già ultimati, che rappresentino l'ultima fase di un procedimento iniziato con la conclusione di un contratto preliminare su immobili da costruire, osservandosi come, una volta che l'immobile sia stato ultimato e si addivenga alla conclusione del contratto definitivo, perdano ogni rilevanza sia la precedente contrattazione preliminare, sia la preesistente e non più attuale posizione di debolezza contrattuale dell'acquirente. In altri termini, vi sarebbe un'identità di posizione giuridica tra l'acquirente di un

5749) e condiviso anche dalla sentenza della Corte Cost. 24 gennaio 2018, n. 32.

(15) Appare evidente, tuttavia, come, seguendo tale orientamento dottrinale, si corra il rischio di rendere facilmente eludibili le tutele e le garanzie previste dal D.Lgs. n. 122/2005, vanificando, pertanto, l'intento del legislatore di salvaguardare il contraente debole, ossia l'acquirente - persona fisica - di un immobile da costruire trasferito da un imprenditore.

(16) In tal senso Petrelli, *Gli acquisti di immobili da costruire*, Milano, 2005, 313-314; Fausti, *La modifica dell'art. 39 t.u.b. introdotta dal disegno di legge in attuazione della L. 2 agosto 2004, n. 210. Gli artt. 7 e 8 del decreto delegato*, relazione tenuta al Convegno di Studio organizzato da Paradigma, in tema di *Immobili da costruire e tutela degli acquirenti*, svoltosi a Milano il 14 aprile 2005, pubblicata nei relativi *Atti*.

immobile già edificato, e gravato da ipoteca, e l'acquirente di un immobile allo stato esistente, gravato da ipoteca e precedentemente oggetto di un preliminare stipulato ai sensi del D.Lgs. n. 122/2005: entrambi, allo stato, acquistano con un contratto ad effetti reali un bene esistente e gravato da formalità pregiudizievole. Pertanto, se veramente la norma dell'art. 8 dovesse essere letta come riferita soltanto al contratto di compravendita definitivo, stipulato in conseguenza di un contratto preliminare avente ad oggetto un immobile da costruire, si configurerebbe una probabile violazione dell'art. 3 Cost., non garantendosi la medesima tutela all'acquirente di immobile esistente e non oggetto di precedente preliminare che, di fatto, si trova nella medesima situazione giuridica.

L'unico ambito di operatività dell'art. 8, D.Lgs. n. 122/2005, idoneo a sfuggire sia alla predetta censura di eccesso di delega, sia a quella di violazione del principio di uguaglianza, riguarderebbe, allora, i contratti ad effetti reali differiti, per la conclusione dei quali ricorrano tutti i presupposti del citato decreto, sia soggettivi sia oggettivi.

Viceversa, nel caso di fabbricati ultimati ed agibili, anche in presenza di contratti preliminari aventi in precedenza ad oggetto i medesimi quali immobili da costruire, come nel caso di fabbricati venduti da soggetti privati ovvero a soggetti diversi dalle persone fisiche, o di atti con effetti traslativi immediati, sarebbe possibile stipulare il contratto definitivo anche in assenza di frazionamento o cancellazione dell'ipoteca o del pignoramento.

Infine, secondo una ricostruzione che pare possibile definire come intermedia (17), e che sembra maggiormente rispettosa di quella *ratio legis* individuata come prisma di lettura della norma, il divieto contenuto nell'art. 8, D.Lgs. n. 122/2005 avrebbe una portata generale, applicandosi, fermo restando i presupposti soggettivi ed oggettivi:

- al contratto di vendita avente ad oggetto un immobile già costruito ma non ancora dichiarato agibile, preceduto o meno da un preliminare;
- a tutti i contratti che comportano il trasferimento non immediato della proprietà, ed in cui vengano in rilievo, o possano venire in rilievo contratti di mutuo garantiti da ipoteca per la realizzazione dell'edificio; ad un contratto definitivo di vendita di immobile già dichiarato agibile stipulato in esecuzione di un contratto preliminare di "immobile da costruire".

Con riferimento a tale ultima ipotesi, deve, infatti, ritenersi operante, anche con riferimento all'art. 8, il meccanismo di "formazione progressiva" della fattispecie già previsto dal legislatore del D.Lgs. n. 122/2005 ad esempio all'art. 4 in tema di polizza assicurativa decennale. In questo specifico caso di sequenza "preliminare - definitivo", peraltro, non va confuso il presupposto dell'impedimento (preliminare di immobile da costruire), chiaramente escluso dal divieto, con l'atto che è oggetto dell'impedimento (compravendita di immobile anche finito e dichiarato agibile).

Aderendo a questa ricostruzione secondo cui il divieto in questione si applicherebbe anche al contratto definitivo preceduto da un contratto preliminare avente per oggetto un immobile da costruire, si pone il problema di 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 in esecuzione di un contratto preliminare.

Dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 che ha previsto, tra l'altro, l'obbligo di stipula del contratto preliminare avente ad oggetto immobile da costruire per atto pubblico o scrittura privata autenticata diventa necessario distinguere:

- 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, la trascrizione del preliminare di immobile da costruire è del tutto eventuale, essendo obbligatoria solo qualora le parti si rivolgano al notaio per stipularlo per atto pubblico o per scrittura privata autenticata. In caso contrario il preliminare ben può essere concluso per scrittura privata in conformità al disposto dell'art. 1351 c.c. È di tutta evidenza che in tale ipotesi il notaio non potrà mai verificare con certezza se le parti abbiano o meno stipulato un contratto preliminare. La dottrina che si è occupata di tale questione ha sostenuto che il notaio in tali casi non può che basarsi sulle dichiarazioni delle parti e che in presenza di una dichiarazione di carattere negativo sarebbe opportuno far risultare questa circostanza dall'atto stesso, riproducendo la dichiarazione negativa resa delle parti. Si fa presente, tuttavia, che tale conclusione deve essere rivista alla luce dell'entrata in vigore dell'art. 35, comma 22, D.L. 4 luglio 2006, n. 223, convertito con L. 4 agosto

(17) In tal senso Rizzi, *Il D.lgs. 122 del 2005: assicurazione indennitaria, frazionamento del mutuo, revocatoria fallimentare e le altre novità legislative*, Studio 5812/C, cit. e *Il divieto di stipula relativo a immobili da costruire: disciplina vigente e nuove*

prospettive, 392, cit.; Orientamento della Commissione orientamenti civilistici del Comitato Notarile Triveneto, *L'ambito di applicazione dell'art. 8 d.lgs. 20 giugno 2005 n. 122*.

2006, n. 248, che impone l'obbligo delle parti, all'atto di cessione di un immobile, di rendere apposita dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà recante l'indicazione analitica delle modalità di pagamento del corrispettivo. L'esistenza di pagamenti eseguiti dall'acquirente quando ancora l'immobile si trovava in fase di costruzione (pagamenti che ora debbono risultare, per dichiarazione espressa delle parti, dall'atto di compravendita) costituisce, secondo tale dottrina (18), un indizio circa l'esistenza di un accordo preliminare intervenuto tra le parti quando l'immobile era ancora in corso di realizzazione. In questo caso, pertanto, il notaio non potrà non tenere conto di tale circostanza e dovrà prudentemente valutare la reale natura del pagamento a suo tempo effettuato (19).

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, la circostanza che sia stato stipulato un contratto preliminare avente ad oggetto un immobile da costruire è certamente riscontrabile dal notaio avendo in tal caso il preliminare la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata e pertanto necessariamente soggetto a trascrizione.

Segue. Le modalità pratiche applicative del divieto ai negozi ad efficacia reale differita

In relazione ai contratti ad effetti reali differiti sorge il problema, di non agevole soluzione, relativo al come, in concreto, l'art. 8 debba essere applicato.

Infatti, nell'ipotesi paradigmaticamente prevista dalla legge, ossia di contratto di vendita posto in essere in esecuzione di un contratto preliminare avente ad oggetto immobile da costruire, sussistono per il notaio tutte le condizioni pratiche per potere pienamente e correttamente applicare la disposizione, perché egli può verificare l'esistenza di mutui e relative iscrizioni ipotecarie e altresì, a seconda dei casi, il perfezionarsi del titolo idoneo al rispetto dell'art. 8.

Invece, nel caso in cui venga stipulato un contratto ad effetti reali differiti relativo ad immobili da costruire, quando viene stipulato l'atto, e quindi quando il notaio è chiamato a prestare la sua attività,

l'immobile, per definizione, non è stato ancora realizzato e, per conseguenza, non vi sono per il notaio né le condizioni per verificare se sussistano finanziamenti e ipoteche (perché esse potrebbero essere iscritte successivamente all'atto), né comunque le condizioni sostanziali e giuridiche per potere frazionare o ridurre mutui e iscrizioni ipotecarie. Ciò vale, in particolare, nell'ipotesi di gran lunga più frequente nella pratica, di mutuo edilizio o fondiario, che è possibile frazionare, ai sensi dell'art. 39, commi 6 e 6-bis, D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385, solo quando gli immobili, per l'edificazione dei quali sia stato chiesto il finanziamento, siano stati non soltanto realizzati, ma, anche, già regolarmente accatastati.

In altri termini, nell'ipotesi di una compravendita ad effetti reali differiti, l'effetto traslativo non presuppone un ulteriore e successivo intervento notarile, un nuovo atto che debba essere stipulato dal notaio, per il quale possa operare l'impedimento. L'intervento del notaio, infatti, si esaurisce con la stipula del contratto, mentre l'effetto traslativo è collegato ad eventi non dipendenti dalla stipula di altri atti notarili. Pertanto, occorre individuare il momento in cui il notaio possa effettuare il controllo prescritto dalla legge, ciò al fine di rendere effettivo il diritto dell'acquirente ad ottenere il frazionamento del mutuo e della relativa garanzia ipotecaria, o la cancellazione delle formalità pregiudizievoli.

Al riguardo è necessario distinguere l'ipotesi in cui il mutuo già stipulato al momento del contratto ad effetti reali differiti, e pur sempre garantito da ipoteca, abbia o meno carattere fondiario.

Nel caso in cui il mutuo stipulato non ha carattere fondiario, il notaio chiamato a ricevere l'atto di trasferimento del bene futuro, per rispettare il disposto dell'art. 8, D.Lgs. n. 122/2005, può consigliare alle parti di inserire in atto una clausola recante il consenso anticipato ed unilaterale dell'istituto mutuante alla cancellazione parziale dell'ipoteca, per il caso di mancato accollo del mutuo da parte dell'acquirente, ovvero al frazionamento del mutuo e della relativa ipoteca, per il caso di accollo di quota del mutuo da parte dell'acquirente (20).

Nel caso in cui il mutuo già stipulato abbia invece carattere fondiario, ossia abbia tutti i requisiti previsti

(18) In tal senso Rizzi, *op. cit.*

(19) Resta inteso che anche se si ricostruissero tali pagamenti anticipati come idonei ad integrare l'esistenza di un contratto preliminare, quest'ultimo, per essere valido dovrà essere rispettoso delle disposizioni previste, a pena di nullità, dal D.Lgs. n. 122/2005 (si pensi in particolare alla consegna della fideiussione di cui all'art. 2 e 3, D.Lgs. n. 122/2005). Il mancato rispetto di tali disposizioni determinerebbe in ogni caso la nullità del contratto

preliminare e l'impossibilità di considerare il conseguente contratto di compravendita come stipulato in esecuzione del contratto preliminare "nullo".

(20) Nel caso in cui il contratto ad effetti reali differiti venga stipulato dopo la richiesta del permesso di costruire ma prima che sia iniziata la costruzione del fabbricato, sarebbe altresì possibile, al fine di consentire il rispetto dell'art. 8, D.Lgs. n. 122/2005, la stipula di un patto, accettato dal creditore, con il quale si escluda

dall'art. 39, D.Lgs. n. 385/1993, non è possibile la soluzione testé prospettata dal momento che, per espressa previsione di legge, in caso di mutuo fondiario il frazionamento del mutuo e dell'ipoteca richiedono il preventivo accatastamento delle unità immobiliari e, quindi, la loro avvenuta realizzazione. In questo caso, allora, al fine di consentire la stipulazione dell'atto di trasferimento della proprietà sull'edificio da costruire con effetti differiti, al contempo consentendo il rispetto dell'art. 8, D.Lgs. n. 122/2005, si potrebbe convenzionalmente derogare (21) alla regola posta dall'art. 1472 c.c., prevedendo, nell'atto di disposizione del bene futuro, che la proprietà del bene da costruire si trasferisca non al momento della sua venuta ad esistenza, ma successivamente, con la stipulazione di un verbale di accertamento della venuta ad esistenza del bene medesimo e della sua identificazione catastale. In occasione del ricevimento di tale atto, non sussistendo più l'ostacolo del mancato accatastamento del bene, è possibile per il notaio, nel rispetto dell'art. 8, verificare anche l'avvenuto frazionamento del mutuo e della relativa ipoteca, nel caso di accollo di parte del mutuo in capo all'acquirente, ovvero il perfezionamento di un titolo per la cancellazione di ipoteca sulla porzione immobiliare venduta, in caso di mancato accollo. Qualora si ritenesse di non potere adottare la soluzione giuridica testé prospettata occorrerebbe giungere alla conclusione di considerare non possibili, a causa del divieto posto dall'art. 8, gli atti ad effetti reali differiti aventi ad oggetto immobili ancora da edificare, ovvero in stadio di edificazione tale da non consentirne l'accatastamento, da realizzare su di un terreno gravato da ipoteca a garanzia di mutuo fondiario, ex art. 39, D.Lgs. n. 385/1993. Si tratterebbe, quindi, di una consistente limitazione dell'autonomia privata, che di fatto impedirebbe al costruttore di un complesso immobiliare, che abbia finanziato la costruzione con un mutuo fondiario, la vendita al rustico degli appartamenti in esso compresi, prima del relativo accatastamento. In pratica, si finirebbe con il dovere ricorrere sempre,

per disporre di tali beni, non a contratti ad effetti reali differiti, ma allo strumento del contratto preliminare avente ad oggetto un bene da costruire, seguito poi dalla stipulazione del contratto definitivo quando l'immobile sia stato realizzato e il notaio possa verificare la sussistenza di tutte le condizioni previste dall'art. 8.

Le formalità pregiudizievoli

In considerazione del riferimento testuale della norma alle sole formalità dell'ipoteca e del pignoramento, si è posta la questione se il divieto di cui all'art. 8, D.Lgs. n. 122/2005 sia limitato solo ai casi in cui sussistano tali vincoli ovvero se debba estendersi anche ad altri vincoli.

Secondo una prima tesi va esclusa un'interpretazione estensiva ed analogica della norma, tale da comprendervi vincoli e formalità non espressamente indicate, anche se astrattamente sembrerebbe possibile ravvisare l'*eadem ratio* in caso di fattispecie traslative di immobili gravati da formalità diverse, quali ad esempio alcuni privilegi ovvero il sequestro giudiziario (22).

Secondo altra tesi, la disposizione in esame sarebbe applicabile in via estensiva anche alle ipoteche giudiziali o alle ipoteche "tributarie" (23), dunque per debiti non discendenti da finanziamenti, proprio sulla base della sua *ratio*, che è quella di tutelare l'acquirente contro il rischio di acquistare beni gravati da formalità pregiudizievoli che il venditore non intenda o non possa cancellare.

Non si applicherebbe, invece, il divieto in esame in caso di immobile gravato da altre formalità "astrattamente" pregiudizievoli, quali ad esempio la trascrizione di una domanda giudiziale o di un sequestro conservativo. Ciò in quanto, nel primo caso il giudizio pendente, originato dalla domanda giudiziale trascritta, potrebbe avere anche esiti per nulla dannosi per l'acquirente del bene; parimenti dicasi per il sequestro conservativo, la cui natura cautelare lascia pacificamente intendere la provvisorietà del provvedimento stesso.

l'estensione del vincolo ipotecario alle accessioni che presentino il carattere dell'autonoma individuabilità (si pensi alla possibilità di escludere dall'ipoteca uno o più degli appartamenti che costituiranno porzione del fabbricato da costruire). Questa soluzione trova fondamento nell'autonomia contrattuale e nel disposto dell'art. 934 c.c., laddove si permette ai contraenti di derogare al principio dell'accessione mediante apposita pattuizione. Come è, pertanto, consentito alle parti modellare gli effetti acquisitivi dell'accessione per l'acquisto della proprietà, così deve ritenersi consentito loro, con il patto in esame, di delimitare l'estensione del vincolo ipotecario, in deroga al disposto dell'art. 2811 c.c.

(21) Sulla possibilità di deroga convenzionale all'art. 1472 v., da ultimo, anche Cass. Civ. 1° marzo 2007, n. 4888.

(22) In tal senso v. Avagliano, *Il divieto di vendita di immobile nell'art. 8 del d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122*, in *Riv. not.*, 2005, 1226 e Petrelli, *Gli acquisti di immobili da costruire*, cit., 318, secondo il quale il riferimento del legislatore alle sole formalità dell'ipoteca e del pignoramento sarebbe il frutto di una valutazione di minore pericolosità delle altre possibili tipologie di formalità pregiudizievoli, in quanto meno statisticamente ricorrenti ovvero oggettivamente meno pregiudizievoli di quelle indicate.

(23) Il riferimento è ad esempio all'ipoteca iscritta ai sensi dell'art. 77, d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602.

Effetti della violazione della norma

L'art. 8, D.Lgs. n. 122/2005 non prevede alcun tipo di sanzione per il caso in cui il notaio proceda, comunque, alla stipula di un atto di compravendita in assenza di frazionamento del mutuo e dell'ipoteca ovvero in assenza di consenso alla cancellazione della medesima ipoteca o del pignoramento.

Parte della dottrina (24) riconosce al disposto dell'art. 8, D.Lgs. n. 122/2005 natura di norma imperativa, con la conseguenza che una sua violazione configurerebbe un'ipotesi di nullità c.d. virtuale e più precisamente di nullità relativa, in quanto posta a tutela di una soltanto delle parti del contratto, vale a dire il soggetto acquirente.

A sostegno di tale tesi si argomenta essenzialmente dal tenore letterale della norma che, nel prevedere che il notaio non può procedere alla stipula dell'atto, individuerebbe chiaramente nella vendita di immobile gravato da formalità pregiudizievoli una fattispecie espressamente proibita dalla legge.

Altra parte della dottrina, da ritenersi prevalente, ritiene che la sanzione in caso di violazione della norma non potrebbe essere quella della nullità dell'atto, perché l'art. 8 non costituirebbe una norma imperativa posta a tutela di un interesse pubblico e generale (25). Essa mirerebbe a salvaguardare, infatti, un interesse privatistico, quale è quello della parte acquirente ad ottenere, prima dell'acquisto, il frazionamento del finanziamento e della relativa garanzia ipotecaria o la cancellazione delle formalità pregiudizievoli.

La disposizione fissa, in tal modo, quella che si può definire una regola di comportamento per il notaio che sarebbe comunque esposto, in caso di mancato rispetto, alla responsabilità disciplinare di cui all'art. 135, L. n. 89/1913, oltre che alla responsabilità professionale, sul piano civile, per eventuali danni subiti dall'acquirente.

Il "deposito prezzo" come alternativa alla tutela offerta dall'art. 8, D.Lgs. n. 122/2005

È legittimo domandarsi se alla tutela assicurata dall'art. 8, D.Lgs. n. 122/2005 possa costituire una valida

alternativa l'istituto del deposito prezzo presso il notaio disciplinato dalla L. 27 dicembre 2013, n. 147, come modificata dalla L. 4 agosto 2017, n. 124 (26).

Una parte della dottrina propende per la soluzione positiva sulla base della *ratio* del divieto dell'art. 8, che, come sopra ampiamente illustrato, è quella di evitare che l'acquirente di immobile da costruire acquisti un immobile gravato da ipoteca o pignoramento restando esposto ad un inadempimento altrui. Detta finalità potrebbe essere raggiunta mediante il ricorso alla procedura del deposito del prezzo presso il notaio con incarico allo stesso di procedere alla cancellazione dell'ipoteca e/o del pignoramento esistenti previa estinzione del debito garantito, sottoponendo, al tempo stesso, l'atto di compravendita alla condizione risolutiva della mancata cancellazione di tali formalità nonché delle altre formalità pregiudizievoli che dovessero emergere dopo la stipulazione dell'atto.

Pertanto, il notaio, una volta eseguita la registrazione e la pubblicità dell'atto di compravendita, qualora verificasse l'assenza di gravami e formalità ulteriori rispetto a quelle esistenti alla data dell'atto ed alle quali si riferisce l'incarico, provvederà ad utilizzare le somme depositate per procedere alla cancellazione dell'ipoteca o del pignoramento esistenti, previa estinzione del debito garantito o eseguito, mentre l'eventuale somma che residuerà verrà consegnata alla parte venditrice.

Qualora, invece, non dovesse riuscire ad eseguire l'incarico e cancellare le formalità pregiudizievoli, si verificherà la condizione risolutiva e il notaio riconsegnerà le somme depositate all'acquirente.

Così impostata la procedura, l'acquirente non correrà alcun rischio nello stipulare l'atto di compravendita di immobile da costruire pur in mancanza di un titolo idoneo alla cancellazione dell'ipoteca o del pignoramento, rilasciato prima o contestualmente alla stipula dell'atto stesso: le somme che l'acquirente deve pagare a titolo di saldo prezzo, con il deposito nel conto dedicato del notaio rogante, non entreranno mai nella disponibilità dell'impresa venditrice, ma rimarranno "vincolate" alla estinzione del debito

(24) Petrelli, *Gli acquisti di immobili da costruire*, cit., 328.

(25) Si osserva che, se il legislatore avesse voluto tutelare un interesse pubblico generale, avrebbe dovuto porre un divieto assoluto, rivolto a tutti, ed *in primis* alle parti; invece, si limita ad impedire solo al notaio di procedere alla stipula, con ciò lasciando intatta la possibilità per le parti di stipulare un contratto di compravendita per scrittura privata, farsi accertare giudizialmente l'autenticità della sottoscrizione ed ottenere comunque la trascrizione del trasferimento. In tale senso 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.

(26) Si veda su tale questione Rizzi, *Il divieto di stipula relativo a immobili da costruire: disciplina vigente e nuove prospettive*, in questa *Rivista*, 2019, 4, 391; D. Muritano, *Compravendita immobiliare e deposito del prezzo*, Studio n. 418-2017/C, approvato in via definitiva dalla Commissione Studi Civilistici del C.N.N. il 19 aprile 2018.

garantito o eseguito ed alla conseguente cancellazione della formalità pregiudizievoli; con tutte le garanzie in ordine alla loro destinazione ed impignorabilità di cui ai commi 65 e 66 dell'art. 1, L. 27 dicembre 2013, n. 147.

Nel caso in cui, per qualsiasi motivo, non fosse possibile procedere alla estinzione del debito garantito o eseguito ed alla conseguente cancellazione delle formalità pregiudizievoli (per il sopraggiungere ad esempio di ulteriori nuove formalità pregiudizievoli relative a debiti di importo che sommato a quello dei debiti già esistenti eccede quello delle somme depositate), il contratto di compravendita si risolverà e cesserà di produrre qualsiasi effetto, con retrocessione della proprietà del bene in capo al venditore, mentre l'acquirente ritornerà in possesso delle somme depositate. Verrà, pertanto, ripristinata la situazione antecedente alla stipula dell'atto di compravendita e tornerebbe, in tal caso, applicabile la disciplina dettata dall'art. 8 (27).

L'istituto del deposito-prezzo viene in tal modo a costituire una forma di tutela "alternativa", in quanto, se si concludesse con esito positivo, farebbe venire meno i presupposti stessi di applicazione dell'art. 8, D.Lgs. n. 122/2005.

Affinché il "deposito prezzo" possa trovare applicazione è necessario che le somme dovute a saldo del prezzo e da depositare presso il notaio rogante siano di importo superiore a quello dei debiti da estinguere al fine di ottenere la cancellazione delle formalità pregiudizievoli, fatta salva, comunque, la possibilità per il venditore di integrare il deposito presso il notaio con un importo pari alla differenza tra il saldo prezzo e la somma necessaria per procedere alla cancellazione delle formalità pregiudizievoli.

A tale ricostruzione potrebbe opporsi la lettera dell'art. 8, D.Lgs. n. 122/2005, che prevede che il titolo per la cancellazione dell'ipoteca o del pignoramento si formi anteriormente o contestualmente alla stipula e non successivamente come avverrebbe nella soluzione proposta. Tuttavia, può osservarsi che è fin troppo evidente che il "deposito prezzo" presso il notaio non poteva essere previsto nel D.Lgs. n. 122/2005, in quanto fattispecie disciplinata da una legge entrata in vigore in data successiva e pertanto sarebbe auspicabile e possibile un'interpretazione evolutiva della normativa che tenga conto anche dei diversi sopravvenuti strumenti che possono perseguire i medesimi obiettivi di quelli pervisti dall'art. 8.

Vi è un argomento di carattere logico che sembra possa confermare la possibilità di ricorrere al deposito prezzo come strumento alternativo alla tutela che l'art. 8, D.Lgs. n. 122/2005 intende assicurare.

L'acquirente potrebbe trovarsi, infatti, nell'impossibilità di avvalersi, il più delle volte, della più pregnante tutela costituita dal deposito prezzo presso il notaio: infatti, di norma, il venditore costruttore per poter ottenere, contestualmente alla stipula dell'atto definitivo, il titolo per la cancellazione della formalità pregiudizievole, utilizza le somme che incassa a saldo proprio dall'acquirente. In mancanza di tale disponibilità, a seguito della richiesta dell'acquirente di avvalersi del deposito-prezzo, non sarebbe possibile estinguere il debito ed ottenere il titolo prescritto dall'art. 8, con impossibilità per il notaio di procedere alla stipula del definitivo. Si verrebbe a creare una sorta di corto-circuito, senza vie di uscita, a meno di escludere la possibilità stessa per l'acquirente di avvalersi in questi casi del deposito prezzo, con un'evidente e non giustificata limitazione dell'autonomia privata.

(27) Si tratta, peraltro di fattispecie diversa da quella che prevede il ricorso al procedimento di cui all'art. 40-bis, D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (c.d. cancellazione semplificata). In quel caso, si osserva, si opera all'interno del "meccanismo" configurato dall'art. 8 e si è concluso nel senso di escludere che la mera estinzione del debito con avvio del procedimento di cancellazione dell'ipoteca possa costituire "titolo" idoneo alla cancellazione dell'ipoteca ai sensi dell'art. 8, D.Lgs. n. 122/2005. Nel caso del

deposito-prezzo, invece, come riportato nel testo, si opera in "alternativa" al meccanismo dell'art. 8 e proprio per evitare la sua applicazione ma non per escluderla, in quanto l'art. 8 tornerà applicabile qualora la procedura del deposito prezzo non si concludesse positivamente con conseguente risoluzione del contratto, restituzione della somma all'acquirente e ripristino della situazione originaria.