

Consiglio Nazionale del Notariato

Studio n. 134-2023/P

IMMOBILI DA COSTRUIRE DI CUI AL D.LGS. 122/2005, BUONA FEDE E SICUREZZA DELLA CIRCOLAZIONE IMMOBILIARE

di Alessandro Torroni

(Approvato dalla Commissione Studi Pubblicistici il 19 luglio 2023)

Abstract

Lo studio tratta delle nullità introdotte dal d.lgs. n. 122/2005, modificato dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza; si tratta di nullità che possono essere fatte valere solamente dall'acquirente ed hanno la funzione di attribuire alla parte debole del rapporto un maggior potere contrattuale nei confronti del costruttore. Il d.lgs. 122/2005 prevede la nullità del contratto preliminare di compravendita per la mancata consegna al promissario acquirente della fideiussione bancaria o assicurativa a garanzia delle somme riscosse dal costruttore prima del trasferimento della proprietà all'acquirente, qualora di verificarsi una situazione di crisi dell'impresa oppure non venga consegnata dall'impresa, contestualmente all'atto che trasferisce la proprietà, l'assicurazione postuma decennale, a garanzia dei danni di cui deve rispondere il costruttore ai sensi dell'art. 1669 c.c. Il d.lgs. 122/2005 prevede, inoltre, la nullità del contratto definitivo, che trasferisce la proprietà dell'immobile, per la mancata consegna, contestualmente all'atto di trasferimento dell'immobile, dell'assicurazione postuma decennale, a garanzia dei danni di cui deve rispondere il costruttore ai sensi dell'art. 1669 c.c. Si ritiene che il contratto affetto da nullità di protezione sia efficace finché non viene dichiarata la nullità con sentenza costitutiva. Lo studio si occupa dei limiti entro i quali il soggetto tutelato può far valere la nullità di protezione, facendo applicazione del canone generale della buona fede contrattuale e dando rilievo ai principi del legittimo affidamento dei terzi sulla base della condotta del soggetto tutelato e della sicurezza della circolazione immobiliare.

Sommario: 1. Premessa. – 2. La nullità disciplinata nel codice civile. – 3. Le nullità speciali a partire dal Codice del consumo. – 4. Le nullità speciali introdotte del decreto legislativo n. 122/2005. – 5. Canone della buona fede contrattuale quale limite della nullità di protezione. – 6. La convalida del contratto nullo da parte del soggetto tutelato. – 7. La nullità di protezione, l'affidamento dei terzi e la sicurezza della circolazione immobiliare.

1. Premessa.

Il d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122 (Disposizioni per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire), emesso in attuazione della delega contenuta nella legge 2

agosto 2004, n. 210¹, ha dettato una disciplina di tutela per gli acquirenti di immobili da costruire di cui si sentiva da tempo l'esigenza per proteggere coloro che contrattavano con le imprese di costruzione "sulla carta" e finanziavano con denaro proprio la costruzione dell'immobile, assumendosi il rischio di *default* dell'impresa, con la seria possibilità di perdere i risparmi anticipati all'impresa in occasione della sottoscrizione della proposta d'acquisto o del contratto preliminare di compravendita².

La disciplina del d.lgs. n. 122/2005 è stata fortemente modificata dal d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza) per rendere più efficaci le tutele del promissario acquirente con la previsione, tra l'altro, dell'intervento obbligatorio del notaio fin dalla sottoscrizione del contratto preliminare di compravendita³.

La disciplina di tutela contiene due ipotesi di **nullità relativa, che può essere fatta valere unicamente dall'acquirente**: l'art. 2 prevede la nullità relativa del contratto preliminare di compravendita (o di altro contratto che abbia come finalità il trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale di godimento) avente ad oggetto un immobile da costruire per il caso di **mancata consegna al promissario acquirente della fideiussione** bancaria o assicurativa, a garanzia delle restituzioni delle somme riscosse dal costruttore prima del trasferimento della proprietà all'acquirente, ove il promissario acquirente receda dal contratto (o il competente organo della procedura non abbia manifestato la volontà di subentrare nel contratto) a causa del verificarsi della situazione di crisi dell'impresa⁴ o della mancata consegna, contestualmente

¹ Nel corso dei lavori preparatori della legge n. 210/2004 è stato evidenziato che, sulla base delle statistiche elaborate dall'Istat, circa 200.000 famiglie erano rimaste vittime di fallimenti immobiliari nei dieci anni precedenti.

² Sulla disciplina del d.lgs. n. 122/2005 cfr. Aa.Vv., *Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazione del d.lgs. 122/2005 e prospettive*, Atti del Convegno, i quaderni della Fondazione italiana per il notariato; Cardarelli, *L'acquisto di immobili da costruire in corso di costruzione*, Milano, 2009; Ferrucci - Ferrentino - Amoresano, *La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire ed istituti collegati*, Milano, 2008; Luminoso, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire (D. Lgs. 20 giugno 2005, n. 122). Appendice La compravendita*, IV ed., Torino, 2005; Petrelli, *Gli acquisti degli immobili da costruire*, Milano, 2005; Petrelli, *Il contenuto minimo dei contratti aventi ad oggetto immobili da costruire*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, 287 ss.; Paolini - Ruotolo, Studio n. 5691/C dell'Ufficio Studi del Consiglio Nazionale del Notariato, *Prime considerazioni sulla bozza di decreto legislativo in tema di tutela degli acquirenti di immobili da costruire o in corso di costruzione*, in *CNN Notizie* del 13 giugno 2005.

³ Sulla disciplina del d.lgs. n. 122/2005, modificata dal d.lgs. n. 14/2019, cfr. Belisario - Cannizzaro - Lomonaco - Leo - Musto - Pelizzatti - Terracina - Torroni, *Gli immobili da costruire, Contributo di studio sugli itinerari dell'attività notarile*, Napoli, 2022; Rizzi, *Tutela di acquirente di immobile da costruire: le novità del D. Lgs. n. 14/2019. Riflessi sulle modalità redazionali*, in *Notariato*, 2019, 355 ss.; Id., *Il divieto di stipula relativo a immobili da costruire: disciplina vigente e nuove prospettive*, in *Notariato*, *ivi*, 391 ss.; Sironi, *Immobili da costruire: le nuove tutele degli acquirenti dopo il D.Lgs. n. 14/2019*, *ivi*, 625 ss.; G.A.M. Trimarchi, *Codice della crisi: riflessioni sulle prime norme*, in *Notariato*, *ivi*, 127 ss.

⁴ La situazione di crisi si intende verificata in una delle seguenti date:

- a) di trascrizione del pignoramento relativo all'immobile oggetto del contratto;
- b) di pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento o del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa;
- c) di presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo;
- d) 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 (art. 3, comma 2, d.lgs. n. 122/2005).

all'atto che trasferisce la proprietà, dell'assicurazione postuma decennale⁵; l'art. 4 prevede la nullità relativa del contratto che trasferisce la proprietà dell'immobile ultimato per il caso di **mancata consegna della polizza assicurativa indennitaria decennale** a beneficio dell'acquirente a copertura dei danni materiali e diretti all'immobile, compresi i danni ai terzi di cui deve rispondere il costruttore dell'immobile ai sensi dell'art. 1669 c.c.⁶, derivanti da rovina totale o parziale oppure da gravi difetti costruttivi delle opere, per vizio del suolo o per difetto della costruzione, e comunque manifestatisi successivamente alla stipula del contratto definitivo di compravendita o di assegnazione.

Si tratta di **una fattispecie di nullità nuova nel panorama giuridico italiano** che si discosta sia dalla disciplina tradizionale della nullità del contratto sia dalla disciplina della nullità di protezione prevista dal Codice del consumo.

2. La nullità disciplinata nel codice civile.

La nullità tradizionale disciplinata dagli articoli 1418 e seguenti del codice civile è posta a tutela dell'interesse generale per fattispecie contrattuali patologiche: difetto di uno dei requisiti necessari del contratto di cui all'art. 1325 c.c.; causa illecita; motivo illecito comune alle parti; oggetto del contratto impossibile, illecito, indeterminabile; contrarietà del contratto rispetto ad una norma imperativa. Il contratto presenta **difetti strutturali o funzionali** per cui l'ordinamento non accorda allo stesso la produzione di effetti.

In dottrina⁷ si distingue il negozio "illecito", il quale è nullo per vizio strutturale; è un negozio manchevole di un requisito o di un elemento essenziale (c.d. *valutazione limitativa di non conformità al modello*); è contrario ad una norma imperativa di tipo configurativo-ordinativo rispetto al negozio "illecito" che è contrario ad una norma imperativa di tipo proibitivo, all'ordine pubblico (anche economico) o al buon costume.

La tutela di interessi generali si riflette sulla disciplina della nullità che **può essere fatta valere da chiunque vi ha interesse e può essere rilevata d'ufficio dal giudice** (art. 1421); l'azione per farla valere è **imprescrittibile** (art. 1422); **il contratto nullo non può essere convalidato**, se la legge non dispone diversamente (art. 1423). Quello accennato è il c.d. "statuto generale" della nullità del codice civile che disegna la nullità come rimedio posto a tutela di interessi generali, a legittimazione assoluta, rilevabile d'ufficio e insanabile salvo diversa disposizione di legge⁸.

La rigidità della disciplina è giustificata dalla tutela di interessi generali: non può produrre alcun effetto né ricevere tutela dall'ordinamento giuridico un contratto nato con un vizio talmente grave che l'ordinamento non può riconoscere come valido.

⁵ La fideiussione può 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 di cui all'art. 4, quando l'acquirente ha comunicato al costruttore la propria volontà di recedere dal contratto di cui all'art. 6 (art. 3, comma 3, lett. b), d.lgs. n. 122/2005).

⁶ Stabilisce l'art. 1669 c.c. che «Quando si tratta di edifici o di altre cose immobili destinate per loro natura a lunga durata, se, nel corso di dieci anni dal compimento, l'opera, per vizio del suolo o per difetto della costruzione, rovina in tutto o in parte, ovvero presenta evidente pericolo di rovina o gravi difetti, l'appaltatore è responsabile nei confronti del committente e dei suoi aventi causa, purché sia fatta la denuncia entro un anno dalla scoperta.

Il diritto del committente si prescrive in un anno dalla denuncia».

⁷ Perlingieri, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2011, 78.

⁸ Vulpiani, *La nullità del contratto nel diritto civile italiano tra frammentazione, recupero e nuove tecnologie*, in *Actualidad jurídica Iberoamericana* n° 16, febbraio 2022, 414.

Diversamente, le patologie del contratto che attengono alla condizione del soggetto e incidono sulla piena consapevolezza e libertà del volere comportano l'annullabilità del negozio⁹.

3. Le nullità speciali a partire dal Codice del consumo.

La disciplina del Codice del consumo, approvato con d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, ha introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento il concetto di nullità di protezione, volta a tutela il consumatore rispetto ad abusi del produttore o del professionista che traggono un indebito vantaggio dalla posizione di partenza caratterizzata da una maggiore forza contrattuale e da asimmetrie informative particolarmente accentuate.

Stabilisce l'art. 36, comma 1, d.lgs. n. 206/2005: «*Le clausole considerate vessatorie ai sensi degli articoli 33 e 34 sono nulle mentre il contratto rimane valido per il resto*». Nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto (art. 33).

Secondo una regola fondamentale in materia di protezione del consumatore, **la nullità è necessariamente parziale**: il contratto rimane valido nonostante la nullità della clausola vessatoria; la vessatorietà delle clausole non impedisce la sopravvivenza del contratto del consumatore. Questa regola è contraria rispetto al principio generale in materia di nullità parziale del contratto stabilita dall'art. 1419 c.c., secondo la quale la nullità di una singola clausola può comportare la nullità dell'intero contratto se risulta, sulla base di un giudizio ipotetico *ex post* di valutazione, in chiave oggettiva, che le parti non avrebbero voluto mantenere il contratto senza la parte colpita da nullità¹⁰.

Il meccanismo della nullità di protezione necessariamente parziale «è chiaramente diretto a favorire la parte che sarebbe stata svantaggiata dalla clausola dichiarata nulla: essa, infatti, potrà ugualmente ottenere i beni o servizi oggetto del contratto ai quali aspirava, ma sulla base di un assetto regolamentare più conveniente perché ormai privo della clausola vessatoria»¹¹.

Il professionista avrebbe interesse alla totale inefficacia del contratto ma la stessa gli è preclusa in forza della regola legale nella necessaria parzialità della nullità a protezione del consumatore *ex art. 36, comma 1, d.lgs. 206/2005*¹². Questo aspetto evidenzia la componente sanzionatoria per il professionista del carattere necessariamente parziale della nullità che ha uno

⁹ Per il legislatore tedesco l'assenza di capacità implica assenza di volontà e determina la nullità del contratto (Ferri, *Introduzione al sistema dell'invalidità del contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Bessone, Torino, 2002, 6 ss.). Nel nostro ordinamento l'incapacità dà luogo ad annullabilità del contratto (artt. 1425 ss. c.c.), con la particolarità che l'annullabilità per incapacità legale è accomunata alla nullità del contratto quanto alla possibilità di opporre l'annullamento del contratto ai terzi aventi causa a titolo oneroso e in buona fede, a condizione che la domanda giudiziale diretta a far pronunciare l'annullamento del contratto sia trascritta entro cinque anni dalla trascrizione dell'atto impugnato (art. 2652, n. 6, c.c.).

¹⁰ Sul punto cfr. D'Amico, *Nullità virtuale - nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *Contratti*, 2009, 732.

¹¹ Fici, in *Comm. cod. civ. diretto da Gabrielli, Dei contratti in generale *****, sub. art. 36, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, Utet, 2011, 864; Di Marzio, *Codice del consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 844 s.; Mazzamuto, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, 47.

¹² Roppo, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2001, 918.

scopo correttivo del contratto, essendo finalizzata non alla sua eliminazione bensì alla ridefinizione del suo contenuto¹³.

Nelle nullità di protezione, più in generale, rientrano tutte quelle ipotesi di invalidità poste a presidio di interessi riferibili a determinate categorie di soggetti come, ad esempio, i consumatori, gli utilizzatori di servizi bancari¹⁴, l'impresa in posizione di dipendenza economica¹⁵. La nullità di protezione si presta ad essere **uno strumento per esercitare sul comportamento di soggetti operanti nel mercato un controllo funzionale alla realizzazione di un mercato concorrenziale comune ispirato al principio di correttezza**¹⁶.

Occorre, però, precisare che **le nullità di protezione non configurano una vera e propria categoria unitaria**, in quanto non presentano uno "statuto uniforme" ma la loro disciplina è determinata dalla singola norma che prevede la nullità, la quale regola l'esercizio dell'autonomia privata con la finalità di garantire che la programmazione contrattuale sia equilibrata nella sua genesi e nei suoi contenuti¹⁷. **Carattere comune alle nullità di protezione è la legittimazione relativa** in quanto la nullità può essere fatta valere solamente da coloro a cui tutela la nullità è stabilita. Altro carattere comune delle nullità relative è **la rilevabilità d'ufficio da parte del giudice** che costituisce irrinunciabile garanzia della tutela effettiva dei valori fondamentali dell'organizzazione sociale.

Secondo la ricostruzione operata dalla Cassazione a sezioni unite, la rilevazione d'ufficio da parte del giudice delle nullità negoziali, anche per le ipotesi di nullità speciali o di protezione, è sempre obbligatoria, purché la pretesa azionata non venga rigettata in base ad una "ragione più liquida", e va intesa come indicazione alle parti di tale vizio; la sua "dichiarazione", invece, ove sia mancata un'espressa domanda della parte pure all'esito della suddetta indicazione officiosa, costituisce statuizione facoltativa, salvo che per le nullità speciali che presuppongono una manifestazione di interesse della parte¹⁸. Da questa impostazione deriva che il giudice deve rilevare la nullità del contratto, anche speciale o di protezione, ogni qualvolta una parte pretenda di far valere in giudizio il contratto nullo come se fosse valido; spetta alla parte tutelata la

¹³ Fici, in *Comm. cod. civ.*, cit., 864 s.

¹⁴ Si vedano il d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia) e il d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria).

¹⁵ Art. 9, legge 18 giugno 1998, n. 192 (Disciplina della subfornitura nelle attività produttive).

¹⁶ Putti, *Le nullità contrattuali*, in *Aa.Vv., il contratto in generale*, diretto da Lipari e Rescigno, in *Diritto civile*, coordinato da Zoppini, Milano, 2009, 950.

¹⁷ È stato affermato che sarebbe fallace l'operazione argomentativa che tende ad estrarre il *genus* della nullità protettiva da quella un tempo apprestata per le clausole vessatorie e poi, più di recente, trasmigrata in sede di contratti bancari. È sintomatica la parabola di una dichiarabilità della nullità rimessa ad una manifestazione di interesse della parte protetta, con un regime di asimmetria processuale che si vuole propria di *ogni* nullità protettiva (Pagliantini, *La nullità di protezione come una categoria giurisdizionalizzata?*, in *Persona e mercato*, 2020, 35).

¹⁸ Cass., sezioni unite, 12 dicembre 2014, n. 26242 e n. 26243; in dottrina, G. Perlingieri, *Rilevabilità d'ufficio e sanabilità dell'atto nullo, dieci anni dopo*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, 1106 ha rilevato che le sezioni unite hanno finalmente accolto l'idea secondo la quale occorre distinguere tra rilevazione della nullità (che è un "obbligo" del giudice, di là dalla domanda in concreto proposta e dal tipo di nullità, in quanto, tra l'altro, il mancato rilievo di ufficio di una nullità condurrebbe a conseguenze irragionevoli, come il rischio di stabilizzare un contratto totalmente o parzialmente nullo e di riconoscere ad esso, senza l'intervento di una sanatoria, effetti equivalenti a un contratto valido) e dichiarazione di nullità (che, invece, non è necessariamente dovuta, essendo rimessa a una valutazione secondo ragionevolezza); cfr. anche Di Ciommo, *La rilevabilità d'ufficio ex art. 1421 c.c. secondo le Sezioni Unite: la nullità presa (quasi) sul serio*, in *Foro it.*, 2015, 922 ss.

decisione se far valere la nullità del contratto o di una singola clausola oppure chiedere che la causa sia decisa nel merito; se opta per questa seconda ipotesi, il giudice non potrà dichiarare la nullità, nemmeno in via incidentale¹⁹. La ricostruzione operata dalla giurisprudenza della cassazione apre una breccia a favore della possibile convalida della nullità relativa ad opera della parte legittimata a farla valere: se la parte può escludere la dichiarazione di nullità, anche se è stata rilevata dal giudice, e può chiedere che la causa sia decisa nel merito, come se non vi fosse una causa di nullità, diventa molto sfumata la differenza tra rinuncia all'azione di nullità e convalida del contratto nullo²⁰.

4. Le nullità speciali introdotte del decreto legislativo n. 122/2005.

L'art. 2 prevede la nullità relativa del contratto preliminare di compravendita (o di altro contratto che abbia come finalità il trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale di godimento) avente ad oggetto un immobile da costruire per il caso di mancata consegna al promissario acquirente della fideiussione bancaria o assicurativa, a garanzia delle restituzioni delle somme riscosse dal costruttore prima del trasferimento della proprietà all'acquirente, ove il promissario acquirente receda dal contratto (o il competente organo della procedura non abbia manifestato la volontà di subentrare nel contratto) a causa del verificarsi della situazione di crisi dell'impresa o della mancata consegna, contestualmente all'atto che trasferisce la proprietà, dell'assicurazione postuma decennale.

L'art. 4, d.lgs. n. 122/2005 prevede la nullità del contratto, che può essere fatta valere unicamente dall'acquirente, per il caso di mancata consegna della polizza assicurativa indennitaria 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 ai terzi di cui deve rispondere il costruttore dell'immobile ai 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, e comunque manifestatisi successivamente alla stipula del contratto definitivo di compravendita o di assegnazione.

Si noti che, pur trattandosi di una nullità di protezione, che può essere fatta valere solo dall'acquirente, a differenza della nullità prevista dal Codice del consumo, **la nullità investe l'intero contratto e non una singola clausola vessatoria dichiarata nulla. Inoltre, la nullità non deriva da un vizio originario del contratto ma da un inadempimento del promittente venditore che non ottempera ad una regola di comportamento stabilita dalla legge**: la consegna della fideiussione conforme al modello standard stabilito con decreto ministeriale e la consegna della polizza assicurativa indennitaria decennale conforme al modello standard ministeriale. Sul punto, la Corte di cassazione²¹ ha inquadrato la nullità relativa di protezione come nullità strutturale, in quanto implicante un vizio genetico del preliminare, sebbene abbia ad oggetto la mancata prestazione di una garanzia funzionale ad assicurare l'adempimento, pur precisando che si determina un singolare caso di interferenze tra regole di comportamento e regole di validità (c.d.

¹⁹ In senso conforme, Vulpiani, *La nullità del contratto nel diritto civile italiano*, cit., 422.

²⁰ In questo senso, Vulpiani, *La nullità del contratto nel diritto civile italiano*, cit., 423; sul punto si tornerà più avanti.

²¹ Cass. 8 febbraio 2023, n. 3817, in *CNN Notizie* del 1° marzo 2023, con nota di Pelizzatti, *Il perimetro 'oggettivo' della normativa di tutela degli acquirenti d'immobili da costruire: i confini applicativi dell'ordinanza della Suprema Corte di Cassazione, 8 febbraio 2023, n. 3817.*

nullità per inadempimento) e richiamando le categorie dottrinali della nullità pendente o della nullità sospesa da inadempimento.

Tra l'altro, è stata configurata in giurisprudenza (prima della riforma attuata dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza) anche una nullità non originaria ma sopravvenuta, nel caso di fideiussione rilasciata a termine fisso e non rinnovata alla scadenza del termine, quando la costruzione non fosse stata ultimata e l'immobile non fosse stato ancora trasferito all'acquirente, lasciandolo, quindi, privo della tutela rappresentata dalla fideiussione bancaria o assicurativa²².

La nullità è, quindi, posta a presidio principalmente di un interesse particolare dell'acquirente, e solo indirettamente a presidio di principi superiori²³. Nel caso dell'art. 2, d.lgs. n. 122/2005, l'interesse tutelato è il rischio per l'acquirente di perdere tutte le somme anticipate prima del termine dei lavori, qualora si verifichi una situazione di crisi dell'impresa prima del trasferimento della proprietà dell'immobile ultimato oppure in caso di recesso del promissario acquirente per mancata consegna della polizza assicurativa decennale²⁴. Nel caso dell'art. 4, d.lgs. n. 122/2005, l'interesse tutelato è la copertura, tramite la polizza assicurativa indennitaria decennale, dei danni materiali e diretti all'immobile, compresi i danni ai terzi di cui deve rispondere il costruttore dell'immobile per dieci anni dal termine dei lavori ai sensi dell'art. 1669 c.c. (Rovina e difetti di cose immobili).

La sanzione della nullità dovrebbe attribuire al promissario acquirente una sorta di **nuova forza contrattuale²⁵**, in quanto gli consente di trattare nuovamente con il costruttore il quale - a fronte del rischio di subire il recesso del promissario acquirente e l'escussione della fideiussione bancaria o assicurativa consegnata al promissario acquirente - potrebbe **proporre di ristabilire l'equilibrio contrattuale**, ad esempio consegnando in ritardo una fideiussione conforme a legge.

Nel caso in cui, contestualmente all'atto che trasferisce la proprietà dell'immobile ultimato, il costruttore sia inadempiente all'obbligo di consegnare la polizza assicurativa postuma decennale, il promissario acquirente può liberarsi dal contratto preliminare di compravendita ed escutere la fideiussione, recuperando tutte le somme anticipate al costruttore che non ha ottemperato agli obblighi di legge. Per potere escutere la fideiussione il promissario acquirente

²² Trib. Ferrara, 14 giugno 2018; Trib. Milano, 8 settembre 2015 e 25 novembre 2015.

²³ La nullità di protezione è posta direttamente a tutela di un interesse particolare e indirettamente a tutela di principi superiori e costituzionalmente garantiti quali: il principio di solidarietà sociale, di uguaglianza, di libertà di iniziativa economica e di tutela del risparmio (C.M. Bianca, *Diritto civile. 3, Il contratto*, Milano, 2019, 579).

²⁴ Cass. 8 febbraio 2023, n. 3817, cit. precisa che la normativa protegge il promissario acquirente – in considerazione delle difficoltà che si riscontrano nel reperire informazioni in ordine all'affidabilità della controparte, nonché ai possibili rischi e alle spese dell'affare – dall'insorgere dell'eventuale stato di crisi dell'imprenditore nei casi in cui questi, come frequentemente accade, nella prassi finanzia la costruzione dell'immobile con gli acconti anticipati dal primo. Nell'ambito di tale contrattazione, il promissario acquirente si trova a pagare una parte del corrispettivo, senza ottenere l'immediato acquisto della proprietà del bene, il quale è ancora in fase di costruzione. La soluzione legislativa è orientata a predisporre una forma "forte" di controllo sulla regolarità dell'operazione nel suo complesso, con lo scopo di apportare un correttivo, nell'ambito dell'esercizio dell'autonomia privata, allo squilibrio di potere contrattuale.

²⁵ Si è affermato che l'azione di adempimento, anche in termini di obbligo (del costruttore-venditore) di rinegoziare il contratto lacunoso per adeguarlo alle prescrizioni normative, potrebbe rivelarsi strumento di pressione nei confronti del contraente 'forte' più efficace della minaccia di ottenere la declaratoria di nullità dell'atto di acquisto (Macario, *Il contenuto della garanzia fideiussoria ex d.lgs. 122/2005 e le conseguenze della sua incompletezza ed erroneità*, in *Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazione del d.lgs. 122/2005 e prospettive*, cit., 126).

deve previamente recedere dal contratto preliminare di compravendita, come espressamente disposto dall'art. 3, comma 3, lett. b) e dall'art. 4, comma 1-ter del d.lgs. n. 122/2005, nel testo risultante dalle modifiche apportate dal d.lgs. n. 14/2019.

La sanzione della nullità di protezione, che può essere fatta valere dal soggetto tutelato, deve essere utilizzata in maniera da rispettare il canone della buona fede contrattuale: la nullità non può essere utilizzata dal promissario acquirente come una facoltà di recesso dal contratto, senza limiti temporali, per essersi pentito dell'affare, qualora l'interesse tutelato dalla norma sia stato soddisfatto o non sia comunque in pericolo. Sul punto, le sezioni unite della cassazione hanno avuto modo di affermare che, ove venga istituita dal legislatore una nullità relativa, come tale intesa a proteggere in via diretta e immediata non un interesse generale, ma anzitutto l'interesse particolare, l'interprete deve essere attento a circoscrivere l'ambito della tutela privilegiata nei limiti in cui viene davvero coinvolto l'interesse protetto dalla nullità, determinandosi altrimenti conseguenze distorte o anche opportunistiche²⁶.

5. Canone della buona fede contrattuale quale limite della nullità di protezione.

La nullità di protezione, come detto, è una nullità strutturale ma si distingue nettamente dalla nullità codicistica perché ha la funzione di sanzionare un inadempimento del costruttore, per cui risente anche dello svolgimento del rapporto e di eventi che si possono verificare nel corso del rapporto stesso.

È questo un principio molto importante approvato dalla giurisprudenza della cassazione per l'ipotesi in cui una fideiussione conforme a legge sia stata consegnata in ritardo rispetto alla sottoscrizione del contratto preliminare di compravendita oppure per l'ipotesi in cui, nonostante la mancata consegna della fideiussione, l'immobile sia stato terminato, l'impresa sia solvibile e sia nelle condizioni di trasferire l'immobile ultimato al promissario acquirente²⁷.

Per spiegare i limiti della nullità di protezione nella fattispecie al vaglio, la giurisprudenza segue un percorso argomentativo articolato che parte dalle caratteristiche peculiari della contrattazione di un immobile in corso di costruzione. Secondo l'impostazione della giurisprudenza, quando il preliminare ha avuto ad oggetto un immobile da costruire l'acquirente non può rivendicare l'esecuzione in forma specifica nell'ipotesi in cui, a causa della sopravvenuta crisi del promittente alienante, l'opera di costruzione si areni e l'impegno assunto non possa evolversi nel passaggio di proprietà. Le specifiche ragioni di protezione sono collegate al particolare stato in cui versa il promissario acquirente che, avendo anticipato delle somme al promittente alienante per l'impegno assunto di acquistare l'immobile in costruzione, si trovi dinanzi ad una sopravvenuta situazione di crisi del costruttore che comporta, da un lato, la difficoltà nel far valere le azioni esecutive o concorsuali sull'immobile, aggredito dai creditori, e, dall'altro, la quasi certa compromissione della possibilità di ottenere il trasferimento dell'immobile terminato. La garanzia del trasferimento dell'immobile è, invece, affidata, per la generalità dei contraenti, alla trascrizione del contratto preliminare di compravendita ex art. 2645-bis c.c.

²⁶ Cass., sezioni unite, 16 gennaio 2018, n. 898, in *Giur. it.*, 2018, 568; in *Contratti*, 2018, 133; in *Contr. impr.*, 2019, 1; in *Società*, 2018, 481; in *Corriere giur.*, 2018, 929; in *Notariato*, 2018, 191.

²⁷ Cass. 8 febbraio 2023, n. 3817, cit.; in senso conforme Cass., Ordinanza 18 settembre 2020, n. 19510, in *Corriere giur.*, 2021, 786, con nota di Mezzasoma.

Nel caso sopraggiunga uno stato di crisi del costruttore prima dell'ultimazione dell'opera, la legge consente al promissario acquirente di avvalersi del diritto potestativo di recesso dal preliminare, escutendo la fideiussione. Quando il cespite da costruire sia stato ultimato, secondo la cassazione, il promissario acquirente si viene a trovare in una situazione assimilabile, sebbene *ex post*, a quella del promissario acquirente che abbia stipulato, sin dall'inizio (*ex ante*), una promessa di vendita di un immobile già realizzato e corre gli analoghi rischi che affronta quest'ultimo, nel caso di sopravvenuto stato di crisi del promittente alienante sino al momento della stipulazione del contratto definitivo. Da tale impostazione consegue che non sussistono più le ragioni che hanno giustificato la tutela, e l'eventuale esercizio in concreto dell'azione di nullità di protezione non è funzionale al raggiungimento del fine per il quale l'invalidità di protezione è stata riconosciuta ma è indirizzato al raggiungimento di uno scopo ultroneo: quello di sciogliersi dal vincolo contrattuale per sopravvenuto mutamento dei propositi della parte promissaria acquirente. In questa situazione, non essendo stato leso l'interesse per il quale la nullità era stata prevista, non c'è ragione per sacrificare l'interesse del costruttore e, soprattutto, quello della successiva circolazione immobiliare.

La nullità di protezione, costruita quale fattispecie di nullità per inadempimento, si discosta nettamente dalla nullità disciplinata dal codice civile poiché **la sua integrazione è condizionata al perdurare del pregiudizio fino al momento cui la domanda sia formulata**; essa risente del contesto storico-fattuale (eventualmente mutato rispetto a quello esistente all'atto della stipula) relativo al tempo in cui la domanda è spiegata; essendo funzionale ad assicurare un determinato adempimento, costituisce un rimedio che evolve in chiave sincronica.

La salvaguardia riconosciuta dalla legge con la nullità relativa al contraente svantaggiato non si deve trasformare in una sostanziale iper-protezione, in totale spregio degli interessi più generali relativi al mercato di riferimento: **la nullità deve sì operare "a vantaggio" del contraente protetto, ma nei limiti in cui essa sia in linea con l'esigenza di effettività della tutela**, nonché con il fondamento più generale del rimedio. È stato lucidamente affermato che «la nullità di protezione *sostiene* la libertà del contraente più debole ma non può trasmodare. Ogni finalità speculativa la corrompe. Ridotta all'essenziale una notazione del genere prelude al dire che, mentre il recesso di pentimento è rimedio *ad nutum* (art. 52, comma 1, c. cons.), nella nullità di protezione l'interesse presidiato, quantunque benefici di un'azione imprescrittibile, funge invece da *limite* all'agire arbitrario del soggetto legittimato»²⁸.

6. La convalida del contratto nullo da parte del soggetto tutelato.

Un aspetto particolarmente complesso della disciplina al vaglio riguarda la possibile convalida, espressa o tacita, della nullità relativa o di protezione da parte del soggetto che sarebbe legittimato a farla valere.

La questione si colloca nel più ampio tema della convalida del contratto affetto da nullità di protezione, strettamente connessa alla legittimazione relativa a far valere la nullità, che costituisce, come più volte ribadito, il carattere essenziale di siffatta nullità. Com'è noto, l'art. 1423 c.c. stabilisce che "il contratto nullo non può essere convalidato, se la legge non dispone diversamente". Va precisato che il disposto dell'art. 1423 c.c. va "contestualizzato" essendo riferito al sistema codicistico delle nullità assolute insanabili per la loro attinenza al profilo

²⁸ Pagliantini, *La nullità di protezione*, cit., 33.

strutturale della fattispecie (difetto di uno dei requisiti necessari del contratto di cui all'art. 1325 c.c., oggetto del contratto impossibile, illecito, indeterminabile, contrarietà del contratto rispetto ad una norma imperativa) oppure all'illiceità del regolamento negoziale (che, come tale, esclude qualunque possibilità di recupero del programma negoziale, contrario ai valori dell'ordinamento giuridico)²⁹. È stato correttamente affermato in dottrina che nella nullità speciale o di protezione, soggetta a legittimazione relativa da parte del soggetto tutelato, la possibilità di convalida sarebbe rinvenibile nel sistema. Il rinvio contenuto nell'art. 1423 c.c. ai casi previsti dalla legge, quale eccezione al principio generale per cui il contratto nullo non è convalidabile, può essere inteso sia come riferimento ad espresse disposizioni di legge, sia come richiamo ai casi in cui la convalida si presenti come "conseguenza dell'ordinamento", dato che il diritto e il sistema non coincidono con la legge³⁰. La convalida può configurarsi non solo per espressa previsione normativa ma anche come «conseguenza del bilanciamento dei principi e valori normativi vigenti, nonché della valutazione comparativa degli interessi coinvolti»³¹.

Sul punto occorre sottolineare la differenza sostanziale della nullità di protezione rispetto alla nullità assoluta che si traduce nella necessità, ai fini della pronuncia giudiziale della nullità della clausola o del contratto, che **la declaratoria di nullità sia richiesta dalla parte tutelata**, pur essendo rilevabile d'ufficio dal giudice. «Affermare che una sola delle parti può far valere la nullità equivale a dire che il negozio relativamente nullo produce, o è potenzialmente idoneo a produrre, effetti traslativi, e che questi effetti possono essere posti nel nulla – sia pure con efficacia retroattiva – ad opera della parte tutelata. Non avrebbe, infatti, senso logico ritenere che un contratto possa produrre effetti reali rispetto ad una parte, e non produrli rispetto all'altra. Quindi, la legittimazione relativa all'azione di nullità postula l'originaria efficacia del contratto nullo. Con l'ulteriore conseguenza che la sentenza con la quale il giudice, accogliendo la domanda del contraente debole, "dichiara" nullo il contratto è, in realtà, una sentenza costitutiva»³².

Una ricostruzione teorica autorevolmente sostenuta ravvisa nel contratto soggetto a nullità di protezione una c.d. "nullità indecisa" o "nullità sospesa"³³, in quanto rispetto ad essa «il diritto lascia in sospeso se il negozio giuridico meriti o non di venire da esso riconosciuto, e fa dipendere la sua decisione dal verificarsi o non verificarsi di una circostanza futura ed incerta. Questa circostanza può in particolare essere anche la dichiarazione di volontà di una delle persone che hanno preso parte al negozio giuridico; secondo che questa persona vuole, il negozio è, ed appunto fin dal principio, valido o invalido. In quanto in esso la nullità dipende dalla volontà di una determinata persona, si può anche chiamarla una nullità relativa»³⁴. Seguendo questa

²⁹ Petrelli, *Gli acquisti di immobili da costruire*, cit., 251.

³⁰ Perlingieri, *La convalida delle nullità di protezione*, cit., 90; Pagliantini, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007, 127 ss. e 195 ss.

³¹ Perlingieri, *La convalida delle nullità di protezione*, cit., 106.

³² Petrelli, *Gli acquisti di immobili da costruire*, cit., 245 s.; in senso conforme, Scalisi, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negoziabilità*, in *Riv. dir., civ.*, 2003, 213; Gioia, *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, in *Contr. impr.*, 1999, 1332; Valentino, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999, 265.

³³ Il concetto di "nullità sospesa" è stato richiamato da Cass. 8 febbraio 2023, n. 3817, cit.

³⁴ Windscheid, *Diritto delle Pandette*, I, trad. it., Torino, 1930, 268; sul tema cfr. Girolami, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008, 441 ss.; Scalisi, voce *Inefficacia* (dir. priv.), in *Enc. dir.*, XXI, 1971, 339; Tommasini, voce *Nullità* (dir. priv.), *ivi*, XXVIII, 1978, 898.

impostazione, è stato affermato che «la configurazione della nullità di protezione come ipotesi di inefficacia originaria (*ipso iure*), consente ... di dare ragione della rilevabilità d'ufficio. Al contempo, la sanabilità di tale nullità, permette di spiegare come la rilevabilità d'ufficio possa conciliarsi con la legittimazione relativa»³⁵.

Si deve rilevare, quindi, una sostanziale differenza tra la convalida del contratto affetto da nullità relativa (ricavabile solo in via interpretativa non essendo disciplinata dalla legge) e la convalida del contratto nullo affetto da nullità assoluta. Differenza che deriva dalla completa inefficacia del contratto affetto da nullità assoluta e dalla legittimazione generale a far valere la nullità, rispetto alla efficacia precaria o sospesa del contratto affetto da nullità di protezione e dalla legittimazione relativa a far valere la nullità. Carattere particolare riveste la conferma delle disposizioni testamentarie o delle donazioni nulle, disciplinata dagli articoli 590 e 799 c.c.³⁶: in quel caso l'efficacia dell'atto dipende da una dichiarazione o da una volontaria esecuzione data dagli eredi o aventi causa del testatore o del donante ed ha lo scopo di conservare nella realtà giuridica la volontà del donante o del testatore e nell'onorare la memoria del defunto, dando esecuzione ai suoi atti di ultima volontà, ancorché espressi in modo formalmente o sostanzialmente difforme dalla fattispecie normativa³⁷.

Restringendo la visuale sulla nullità di protezione di cui al d.lgs. n. 122/2005, si deve rilevare che l'art. 5, comma 1-*bis*, aggiunto dall'art. 10-*quater*, comma 1, d.l. n. 47/2014 convertito, con modificazioni, dalla legge n. 80/2014, stabilisce: «*L'acquirente non può rinunciare alle tutele previste dal presente decreto; ogni clausola contraria è nulla e deve intendersi come non apposta*». A fronte del chiaro precetto normativo, che costituisce una ulteriore forma di tutela del promissario acquirente, si pone l'altrettanto chiara affermazione della cassazione, a sezioni unite³⁸, secondo la quale il giudice deve obbligatoriamente rilevare la nullità, se viene fatto valere in giudizio il contratto nullo come se fosse valido, ma non può dichiarare la nullità se la parte tutelata non intende avvalersene! Tra questi due principi si può affermare che esiste uno spazio per ammettere la convalida del contratto affetto da nullità relativa da parte del soggetto tutelato; la convalida non sarebbe di certo ammissibile *ex ante*, prima che il soggetto tutelato abbia maturato l'interesse a far valere la nullità, mentre dovrebbe potersi ammettere *ex post*³⁹.

Per la mancata consegna di una fideiussione idonea, è oramai *jus receptum* il principio che la nullità del contratto non può essere dichiarata in tutte quelle ipotesi in cui, nonostante la mancata consegna della fideiussione, risulti altrimenti soddisfatto l'interesse del promissario acquirente al trasferimento dell'immobile, così in caso di successiva consegna da parte del costruttore di una fideiussione idonea oppure nel caso di avvenuta ultimazione dell'immobile senza che si sia manifestata una situazione di insolvenza da parte del costruttore-venditore⁴⁰. Sul

³⁵ D'Amico, *Nullità virtuale*, cit.

³⁶ Sulla differenza tra la convalida del contratto annullabile e la conferma del contratto soggetto a nullità relativa D'Amico, *Nullità virtuale*, cit.

³⁷ Capozzi, *Successioni e donazioni*, tomo primo, Milano, 2002, 506.

³⁸ Cass., sezioni unite, 12 dicembre 2014, n. 26242 e n. 26243, cit.

³⁹ Cfr. Pilia, *Circolazione giuridica e nullità*, Milano, 2002, 242, Pagliantini, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, cit., 153; Polidori, *Nullità relativa e potere di convalida*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, 931 ss.; Girolami, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, cit., 454.

⁴⁰ Cass. 8 febbraio 2023, n. 3817, cit.; Cass., Ordinanza 18 settembre 2020, n. 19510, cit.; Cass. 22 novembre 2019, n. 30555, in *Giur. it.*, 2020, 273, con nota di Iuliani; in *Vita not.*, 2020, 233.

punto, la giurisprudenza ha escluso la possibilità di configurare una sanatoria del contratto nullo a seguito del mero fatto del completamento dell'immobile da parte del promittente venditore, per la decisiva ragione che manca una manifestazione di volontà dell'acquirente, essendo ascrivibile ad un altro soggetto (il costruttore) la condotta che ha portato a soddisfare l'interesse dell'acquirente. È stato affermato in giurisprudenza che «anche a voler ammettere che il contratto preliminare nullo... possa essere convalidato, la relativa convalida... sia nella sua forma negoziale espressa che in quella scaturente dall'esecuzione del contratto, deve provenire dal soggetto a favore del quale è concessa l'azione di nullità, e cioè dal promissario acquirente»⁴¹. Non si può negare che la giurisprudenza ha lasciato intendere che esiste un margine di operatività alla convalida del contratto da parte del soggetto tutelato che non intenda far valere la nullità!

Nel caso diverso di mancata consegna della polizza assicurativa, l'acquirente ha possibilità di recedere dal contratto preliminare ed escutere la fideiussione mentre perde il diritto di escutere la fideiussione se decide di stipulare il contratto definitivo di compravendita nonostante l'inadempimento dell'obbligo assicurativo. Il soggetto tutelato che non intende avvalersi della nullità può convalidare il contratto nullo? È sufficiente la volontà del soggetto tutelato a convalidare il contratto nullo oppure occorre che sia anche soddisfatto l'interesse che sta alla base della disposizione violata? La questione è di non facile soluzione perché la legittimazione relativa a far valere la nullità di protezione e l'efficacia precaria del contratto affetto da nullità relativa farebbero propendere per l'autosufficienza della manifestazione di volontà del soggetto tutelato per la convalida del contratto⁴² mentre la tutela "indiretta" di interessi più generali potrebbe comportare la necessità che per la convalida non sia sufficiente la volontà del soggetto tutelato ma sia necessaria anche la soddisfazione dell'interesse che sta alla base della disposizione violata⁴³.

A prescindere dalla complessa questione, più teorica che pratica⁴⁴, della configurabilità di una sanatoria espressa del contratto nullo per volontà del soggetto tutelato, ai fini della sicurezza della circolazione immobiliare⁴⁵, bisogna considerare che il termine ultimo per il soggetto tutelato per far valere la nullità di protezione è rappresentato dal compimento, da parte dello stesso, di atti di disposizione del suo diritto a favore di terzi, come, ad esempio, la vendita dell'immobile oppure con la costituzione di una ipoteca volontaria sull'immobile oppure con la

⁴¹ Cass. 12 luglio 2022, n. 21966, in *Contratti*, 2022, con nota di Balbino.

⁴² È oramai acclarato che il giudice debba rilevare d'ufficio la nullità di protezione ma non possa dichiarare la nullità relativa contro la volontà del soggetto tutelato (Cass., sezioni unite, 12 dicembre 2014, n. 26242 e n. 26243). È stato affermato in dottrina che la manifestazione, in forma espressa o tacita, da parte del soggetto tutelato, contraria a far valere la nullità, coincide con la volontà di convalidare il contratto o la clausola nulli (D'Amico, *Nullità virtuale - nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, cit.).

⁴³ Secondo Petrelli, *Gli acquisti di immobili da costruire*, cit., 254 s. la dichiarazione di convalida può essere resa solamente in presenza dei presupposti che renderebbero valido il contratto; Perlingieri, *La convalida delle nullità di protezione*, cit., 80 ss. suggerisce di valutare se in concreto l'interesse protetto sia stato in qualche modo soddisfatto, anche mediante una tecnica o una procedura diversa.

⁴⁴ Sembra davvero poco plausibile nella pratica il caso di un promissario acquirente o di un acquirente di immobile da costruire, non interessato a far valere la nullità relativa, che chieda al notaio un atto di convalida del contratto nullo.

⁴⁵ È stato rilevato giustamente in dottrina che, diversamente dalle nullità consumieristiche, nelle nullità stabilite dal d.lgs. n. 122/2005 si materializza un problema di opponibilità ai terzi subacquirenti di una nullità riconnessa alla sola volizione del contraente protetto (Pagliantini, *La nullità di protezione*, cit., 39).

costituzione di un diritto reale di godimento sull'immobile⁴⁶. Sarebbe di certo contraria al canone della buona fede contrattuale la condotta dell'acquirente dell'immobile che pretenda di far valere la nullità in danno di un terzo suo avente causa che ha fatto pieno affidamento sulla validità del titolo di provenienza, anche in considerazione della condotta tenuta dal suo dante causa⁴⁷. Si consideri che il terzo, dalla consultazione dei registri immobiliari, non ha alcuna possibilità di verificare la nullità relativa da cui è affetto il titolo di provenienza, con la conseguenza che, nel bilanciamento degli interessi coinvolti, devono ritenersi preminenti la tutela dei terzi aventi causa e il principio generale della sicurezza della circolazione immobiliare.

7. La nullità di protezione, l'affidamento dei terzi e la sicurezza della circolazione immobiliare.

Può accadere che il costruttore non si sia procurato la polizza postuma decennale, che deve consegnare all'acquirente alla stipula del contratto definitivo di compravendita. Può darsi che la palazzina sia stata costruita per soddisfare le esigenze familiari del costruttore il quale, in seguito, per un cambiamento della sua situazione familiare, si è visto costretto ad alienarla senza riuscire più ad ottenere la polizza postuma decennale. Si tratterebbe di una situazione anomala, se si considera che, con le modifiche apportate dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, la tutela del promissario acquirente è garantita dal controllo notarile fin dalla sottoscrizione del contratto preliminare di compravendita il cui contenuto è disciplinato in maniera puntuale dall'art. 6 del d.lgs. n. 122/2005 e che il costruttore sottoscrive, di regola, una polizza CAR «Contractor's All Risks» fin dall'apertura del cantiere che consente il rilascio della polizza assicurativa postuma decennale al termine dei lavori⁴⁸.

La mancata consegna dell'assicurazione è sanzionata dalla legge con la nullità del contratto definitivo di compravendita che può essere fatta valere unicamente dall'acquirente (art. 4, comma 1, d.lgs. n. 122/2005). Inoltre, la mancata consegna dell'assicurazione, alla data fissata per il trasferimento della proprietà, attestata dal notaio incaricato della stipula, consentirebbe l'escussione della fideiussione consegnata dal costruttore a garanzia della

⁴⁶ Secondo Petrelli, *Gli acquisti di immobili da costruire*, cit., 256 s. «la successiva alienazione, da parte dell'acquirente, del fabbricato acquistato con contratto relativamente nullo, presupponendo la proprietà di ciò che si rivende, deve essere qualificata come comportamento negoziale implicante convalida tacita del precedente contratto. Analogamente, l'accettazione in consegna del fabbricato, una volta che lo stesso sia ultimato, produce l'effetto sanante sopra descritto». Secondo Macario, *Il contenuto della garanzia fideiussoria ex d.lgs. 122/2005* cit., 126 deve ritenersi inammissibile la proposizione dell'azione di nullità dopo l'avvenuto acquisto della proprietà (o del diritto reale oggetto del contratto), anche in assenza di apposita rinuncia in tal senso da parte dell'acquirente; Pagliantini, *La nullità di protezione*, cit., 40 s. discorre di volontà sanate nell'ipotesi in cui il promissario acquirente, edotto della nullità del preliminare, si risolva consapevolmente a stipulare il contratto definitivo.

⁴⁷ La Cassazione, a sezioni unite, con la sentenza 16 gennaio 2018, n. 898, cit. ha dato particolare rilevanza al comportamento concludente della banca nel dare esecuzione ad un contratto-quadro di investimento sottoscritto dal cliente ma non dal funzionario della banca e consegnato in un esemplare al cliente. Sul punto la sentenza ha rilevato che «il requisito della forma scritta del contratto-quadro relativo ai servizi di investimento, disposto dal D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 23, è rispettato ove sia redatto il contratto per iscritto e ne venga consegnata una copia al cliente, ed è sufficiente la sola sottoscrizione dell'investitore, non necessitando la sottoscrizione anche dell'intermediario, il cui consenso ben si può desumere alla stregua di comportamenti concludenti dallo stesso tenuti».

⁴⁸ Sulle tutele del promissario acquirente disposte dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza cfr. Belisario - Cannizzaro - Lomonaco - Leo - Musto - Pelizzatti - Terracina - Torroni, *Gli immobili da costruire*, cit.

restituzione delle somme versate dal promissario acquirente prima del trasferimento della proprietà. Per avvalersi della facoltà di escussione della fideiussione il promissario acquirente dovrebbe recedere dal contratto preliminare di compravendita (art. 3, comma 3, lettera b), d.lgs. n. 122/2005, modificato dal d.lgs. n. 14/2019). Se il promissario acquirente, nonostante la mancata consegna dell'assicurazione, decidesse di acquistare l'immobile terminato, perderebbe la possibilità di far valere la garanzia fideiussoria per ottenere la restituzione delle somme anticipate al costruttore. Stabilisce l'art. 2, comma 3 delle Condizioni generali di garanzia - contenute nel decreto del Ministro della giustizia, emesso di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, n. 125 del 6 giugno 2022, pubblicato nella Gazzetta ufficiale n. 197 del 24 agosto 2022, che ha approvato il modello standard di garanzia fideiussoria, ai sensi dell'art. 3, comma 7-bis del d.lgs. n. 122/2005 - che «*La garanzia cessa altresì di produrre effetti qualora l'atto di cui al paragrafo precedente sia stipulato nonostante l'inadempimento all'obbligo assicurativo di cui all'art. 4, comma 1-quater, del Decreto legislativo*»⁴⁹.

Questo dovrebbe rappresentare il meccanismo principale che ispira la tutela del promissario acquirente per la mancata consegna della polizza indennitaria decennale: attribuire al promissario acquirente la facoltà di recedere dal preliminare e recuperare, tramite l'escussione della fideiussione bancaria o assicurativa, tutte le somme pagate in anticipo al costruttore. Naturalmente riveste un ruolo fondamentale la completa e chiara informazione che il notaio rogante deve fornire al promissario acquirente circa la mancata consegna dell'assicurazione e la facoltà di recesso dal preliminare e di escussione della fideiussione riconosciuta al promissario acquirente dall'art. 3, comma 3, lett. b), d.lgs. n. 122/2005.

Viceversa, se l'acquirente, informato dal notaio dell'inadempimento del costruttore all'obbligo di consegna dell'assicurazione e della facoltà di recedere dal contratto preliminare e di escutere la fideiussione, ritenesse maggiormente confacente ai suoi interessi la stipula del contratto definitivo di compravendita, come si atteggierebbe la nullità di protezione del contratto definitivo stabilita dalla legge? La nullità di protezione potrebbe essere pronunciata senza limiti di tempo? E potrebbe incidere su diritti di terzi o sulla successiva circolazione immobiliare?

⁴⁹ Riterrei che la regola inserita nel decreto ministeriale, anche se di non facile coordinamento con la normativa primaria, non sia in contrasto con il decreto legislativo n. 122/2005, ed in particolare con l'estensione della garanzia fideiussoria alla consegna della polizza assicurativa decennale (art. 3, comma 3, lett. b), d.lgs. n. 122/2005), poiché il diritto di escutere la fideiussione consegue unicamente alla manifestazione della volontà di recedere dal contratto preliminare comunicata dal promissario acquirente all'assicuratore; in altri termini, il promissario acquirente che abbia stipulato il contratto definitivo di compravendita non ha più titolo per escutere la fideiussione. La questione è svolta nel parere del Consiglio di Stato n. 359/2022 del 15 febbraio 2022, relativo al decreto ministeriale n. 125 del 6 giugno 2022 come segue: «*Nella relazione illustrativa viene riferito che il comma 3 è stato inserito nello schema di decreto nonostante la previsione del suddetto articolo 3 comma 7, tenendo conto di quanto dispone l'art. 4, comma 1-ter, che condiziona la escussione della fideiussione, in caso di inadempimento dell'obbligo assicurativo, alla comunicazione da parte dell'acquirente al costruttore della propria volontà di recedere dal contratto. La tesi dell'amministrazione è convincente. La garanzia fideiussoria e quella assicurativa svolgono funzioni diverse: la prima, quella di permettere all'acquirente di recuperare le somme versate in caso di crisi del costruttore che impedisca il trasferimento della proprietà, la seconda, di coprire per dieci anni gli eventuali danni all'immobile derivanti da una delle cause previste dall'art. 4, comma 1. Dato che la nullità del contratto può essere fatta valere solo dall'acquirente sarebbe illogico prevedere, nel caso lo stesso decida di non recedere, la prosecuzione della garanzia fideiussoria anche dopo il trasferimento della proprietà o del diritto reale di godimento*».

Sarebbe poco comprensibile il comportamento del promissario acquirente che, debitamente informato della possibilità di recedere dal contratto preliminare ed escutere la fideiussione, dapprima rinunci a far valere l'inadempimento del costruttore e stipuli il contratto definitivo di compravendita e, in seguito, decida di esercitare l'azione di nullità del contratto definitivo di compravendita senza avere alcuna garanzia di recuperare il prezzo pagato al venditore. Sarebbe, invece, contraria ai canoni di correttezza e buona fede la condotta dell'acquirente il quale, **avendo tenuto un comportamento concludente da cui è risultata la volontà inequivoca di acquistare l'immobile e di rinunciare a far valere la nullità relativa di protezione**, tentasse di far valere la nullità relativa dopo avere disposto del diritto a favore di terzi (creditore ipotecario, acquirente dell'immobile, acquirente di un diritto reale limitato o di un diritto personale di godimento).

Sulla base di un corretto bilanciamento degli interessi in gioco, si dovrebbe affermare che la pronuncia di nullità – che si ritiene abbia effetto costitutivo *ex tunc* e non dichiarativo stante l'efficacia precaria e risolubile del contratto affetto da nullità relativa – non può travolgere diritti acquisiti da terzi facendo affidamento sul comportamento concludente dell'acquirente e soprattutto sulle risultanze dei registri immobiliari dai quali non risulta alcuna causa di possibile inefficacia dell'acquisto del loro dante causa. Si consideri che **la nullità relativa non colpisce una mancanza strutturale originaria del contratto, come la nullità codicistica, ma un inadempimento del promittente venditore.**

È stato affermato in dottrina che, per tutelare adeguatamente gli acquirenti a fronte di reiterate e dolorose esperienze non di rado di carattere fraudolento, il legislatore s'è trovato nella necessità di incidere sulla disciplina dell'atto optando per la sanzione di invalidità più invasiva che il sistema conosca, al fine di rimediare tuttavia agli effetti di una patologia che, pur essendo molto grave (trattandosi di inadempimento che può comportare la definitiva perdita della facoltà di acquistare la proprietà), spiega i suoi effetti soltanto sul piano del rapporto, rimanendo irrilevante per i terzi⁵⁰. Si è evidenziata l'incongruenza della disciplina, consistente nel trasfondere nell'atto, con il riflesso della sanzione civilistica, tipicamente riferibile ai vizi strutturali del negozio, una vicenda che si rivela difettosa (soltanto) nel rapporto fra i contraenti e la necessità di intendere la nullità in termini il meno possibile invasivi⁵¹.

Spetta, quindi, all'interprete mitigare gli effetti di una sanzione particolarmente grave, quale la nullità, per evitare che vada a minare la sicurezza della circolazione immobiliare, in un corretto bilanciamento di interessi giuridicamente rilevanti.

In dottrina sono stati evidenziati due aspetti importanti ai fini della sicurezza della circolazione immobiliare e dell'affidamenti dei terzi: i) la legittimazione esclusiva del contraente debole a far valere la nullità relativa, comporterebbe che, da questo profilo, la nullità del contratto non è affatto rimedio diverso dalla risolubilità⁵²; ii) l'attitudine del contratto nullo a creare situazioni di apparente titolarità e, quindi, ad essere fonte di affidamento precario delle parti in buona fede e dei terzi⁵³.

⁵⁰ Macario, *Il contenuto della garanzia fideiussoria ex d.lgs. 122/2005* cit., 125.

⁵¹ Macario, *op e loc. cit.*; cfr. anche Sicchiero, *Nullità per inadempimento*, in *Contr. impr.*, 2006, 368 ss.

⁵² Sicchiero, *Nullità per inadempimento*, cit.

⁵³ Monticelli, *Autonomia privata e limiti alla disponibilità della nullità contrattuale*, in *Contr. impr.*, 2018

Si aggiunga che la domanda diretta far pronunciare la nullità proposta dall'acquirente nei confronti del venditore, cioè dal soggetto che perderebbe l'effetto acquisitivo dell'immobile, costituisce una domanda giudiziale "anomala"⁵⁴ poiché, di regola, la domanda giudiziale è proposta dal soggetto a favore del quale si verifica l'effetto traslativo o costitutivo di un diritto reale e la relativa trascrizione ha la funzione principale di tutelare l'attore (a cui favore si produrrebbe l'effetto reale in forza della sentenza) contro possibili atti di disposizione del convenuto in pendenza di giudizio. Nel caso della domanda di nullità proposta dal compratore non ci sarebbe alcuna ragione di tutelare gli aventi causa dello stesso, poiché «non è concepibile che l'acquirente, trascrivendo la domanda di risoluzione contro l'alienante, possa paralizzare gli effetti degli atti di disposizione da lui stesso compiuti e pregiudicare così i suoi aventi causa, di fronte ai quali fra l'altro dovrebbe rispondere per l'evizione»⁵⁵. La stessa conclusione deve valere anche per la domanda dell'acquirente di far valere la nullità relativa che può essere proposta solamente dall'acquirente e non può essere pronunciata d'ufficio dal giudice. Si ritiene in dottrina che la trascrizione delle domande giudiziali nelle ipotesi "anomale", come quella sopra descritta, abbia la funzione di «dirimere il conflitto fra convenuto "in senso formale" e creditori che abbiano pignorato, sequestrato o ipotecato il bene oggetto del giudizio di risoluzione, rescissione, simulazione, nullità o annullamento del contratto»⁵⁶. Nella fattispecie in esame, il vero attore "in senso sostanziale" è considerato non il soggetto che propone la domanda (attore "in senso formale") ma quello nei cui confronti la domanda è promossa (convenuto "in senso formale"), in quanto è in capo a questo soggetto che, in caso di accoglimento della domanda, si produrrà quell'effetto acquisitivo che, in forza della trascrizione della stessa, retroagirà al momento della trascrizione. In altri termini, non si dubita che al compratore che faccia valere in giudizio la nullità del contratto, con l'effetto di perdere la titolarità del bene acquistato, sia preclusa la facoltà di opporre la nullità nei confronti dei soggetti che abbiano in precedenza acquistato dallo stesso diritti su quel bene. La conclusione vale *a fortiori* per le fattispecie di nullità sospesa o pendente.

L'acquirente di un immobile da costruire che - unico legittimato a proporre la domanda - rinuncia far valere la nullità del contratto, crea un legittimo affidamento nei terzi sulla validità del suo titolo di acquisto e, una volta che ha disposto validamente del suo diritto a favore di terzi, non deve avere la possibilità di travolgere, con la domanda di nullità, i diritti di terzi. In altri termini, nella fattispecie al vaglio, devono prevalere la tutela dell'affidamento e delle legittime aspettative dei terzi.

È stato autorevolmente affermato che il principio generale della tutela della buona fede e delle legittime aspettative dei terzi ed il principio tradizionale *resoluto iure dantis resolvitur et jus accipientis* sono punti di vista pratici, *rationes legis* o, se si preferisce, *topoi* legislativi che volta a volta si confrontano per decidere il conflitto di interessi fra il terzo acquirente e il titolare del diritto, nonché in relazione agli effetti della trascrizione delle domande di impugnativa negoziale⁵⁷, o ancora che il diritto «non è aritmetica, né logica formale, né, tanto meno, causalità

⁵⁴ Fabiani - Proto Pisani, Studio n. 4325 Commissione studi civilistici del Consiglio Nazionale del Notariato, *Note su talune ipotesi "anomale" di trascrizione delle domande giudiziali e sulla invalidità della trascrizione*, in *CNN Notizie* del 16 settembre 2003.

⁵⁵ Nicolò, *La trascrizione. La trascrizione delle domande giudiziali*, Milano, 1973, 78 ss.

⁵⁶ Fabiani - Proto Pisani, *Note su talune ipotesi "anomale" di trascrizione*, cit.

⁵⁷ Mengoni, *L'acquisto a non domino*, Milano, 1975, 255 ss.

di leggi fisiche: è tutela di interessi», non c'è niente che possa precludere una sanabilità del contratto, «in confronto di terzi, di persone, cioè, diverse da quei determinati soggetti»⁵⁸.

⁵⁸ Betti, *Teoria generale del negozio giuridico* (1955), rist., Napoli, 1994, 470 s, nota 20, cit. in Perlingieri, *La convalida delle nullità di protezione*, cit., 83.