

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

GENNAIO/MARZO

2023

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,
FRANCESCO TESAURO+

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, ALESSANDRA
CAMEDDA, GABRIELLA CAZZETTA, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO
GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SECRETARIO DI REDAZIONE),
PAOLA LUCANTONI, EUGENIA MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA,
ALBERTO MACER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO,
FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, CHIARA PRESCIANI,
FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA, GIULIA TERRANOVA

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI.

LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

Rivista | dottrina
di Diritto Bancario | e giurisprudenza
commentata

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

Il modello standard di fideiussione del costruttore (d.m. 125/2022)

SOMMARIO: 1. In generale sulla fideiussione fornita dal costruttore. – 2. Rapporto tra fideiussione e privilegio speciale ex art. 2775 bis c.c.– 3. La natura giuridica della garanzia. – 4. Il contenuto della fideiussione. – 5. Difformità della fideiussione dal Modello standard. – 6. Regime transitorio.

1. In generale sulla fideiussione fornita dal costruttore.

L'art. 2 del d. lgs. 122/2005, relativo al contratto che abbia come finalità il trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale di godimento su di un immobile da costruire, stipulato tra un costruttore nell'esercizio d'impresa e una persona fisica, prevede il rilascio di una fideiussione a favore dell'acquirente¹. Il contenuto della

¹ Cfr. in generale A. LUMINOSO, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire* (D. Lgs. 20 giugno 2005, n. 122). Appendice *La compravendita*, IV ed., Torino, 2005; G. PETRELLI, *Gli acquisti degli immobili da costruire*, Milano, 2005; G. PETRELLI, *Tutela di acquirente di immobile da costruire: le novità del D. Lgs. n. 14/2019*, in *Notariato*, 2019, III, 355 ss.; G. PETRELLI, *Il contenuto minimo dei contratti aventi ad oggetto immobili da costruire*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, 287 ss.; L. LUPI, *La garanzia fideiussoria alla luce del decreto legislativo 20 giugno 2005 n. 122*, in *Vita notar.*, 2006, III, 1619 ss.; F. D'AMBROSIO, *Fideiussione e vincoli di contenuto negli immobili da costruire*, in *Contratti*, 2006, VI, 605 ss.; ID., *Tutela degli acquirenti di immobili da costruire e fallimento*, in *Nuova giur. comm.*, 2006, II, 171 ss.; G. VETTORI, *La tutela dell'acquirente di immobili da costruire: soggetti, oggetto, atti*, in *Obbligazioni e contratti*, 2006, 105 ss.; F. ALCARO, *Il sistema delle garanzie nella nuova disciplina a tutela degli acquirenti di immobili da costruire (d.lgs. n. 122/2005)*, *ivi*, 487 ss.; A. LUMINOSO, *L'acquisto di immobili da costruire e i presupposti delle nuove tutele legali*, in *Rivista Giuridica Sarda*, 2006, 191 ss.; G. FINOCCHIARO, *Le forme di tutela degli acquirenti degli immobili da costruire nelle esecuzioni individuale e concorsuale*, in *Rassegna delle locazioni e del condominio*, 2006, 123 ss.; C. CARUSO, *La fideiussione a garanzia del pagamento del prezzo di acquisto dell'immobile*, *in ivi*, 135 ss.; A. PAOLINI e A. RUOTOLO, *Prime considerazioni sulla bozza di decreto legislativo in tema di tutela degli acquirenti di immobili da costruire o in corso di costruzione*, *Studio del CNN n. 5691/C*; G. RIZZI, *La nuova disciplina di tutela dell'acquirente di immobile da costruire*, in *Notariato*, 2005, 433 ss.; S. TONDO, *Tutela per gli acquirenti di immobili da costruire*, in *Riv. not.*, 2006, 1249 ss.; G. PALERMO, *La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire*, in *Giust. civ.*, 2008, 319 ss.; R.

fideiussione è in parte previsto dall'art. 3 del d.lgs. 122/2005² e in parte dal decreto Min. Giustizia del 6 giugno 2022, n. 125 (pubblicato nella G.U. del 24 agosto 2022).

Merita ricordare che quel contratto deve essere stipulato in forma autentica a pena di nullità, come dispone l'art. 6 del medesimo decreto, nel testo modificato dal d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (c.c.i.i.). Inoltre l'ambito oggettivo della normativa riguarda gli immobili per i quali sia stato richiesto il permesso di costruire, o sia stata presentata una pratica in sostituzione del permesso, e la cui costruzione non risulti essere stata ultimata versando in stadio tale da non consentire ancora il rilascio del

TRIOLA, *Vendita di immobili da costruire e tutela dell'acquirente, dopo il d. leg. 20 giugno 2005 n. 122*, Milano, 2005; P. MAZZAMUTO, *L'acquisto di immobili da costruire*, Padova, 2007; S. CARDARELLI, *L'acquisto di immobili da costruire o in corso di costruzione*, Milano, 2009; E. M. SIRONI, *Immobili da costruire: le nuove tutele degli acquirenti dopo il D.Lgs. n. 14/2019*, in *Notariato*, 2019, 630 ss.

² Il citato art. 3 contiene le seguenti disposizioni:

La fideiussione è rilasciata da una banca o da un'impresa esercente le assicurazioni; essa deve garantire, nel caso in cui il costruttore incorra in una situazione di crisi di cui al comma 2 o, nel caso di inadempimento all'obbligo assicurativo di cui all'articolo 4, la restituzione delle somme e del valore di ogni altro eventuale corrispettivo effettivamente riscossi e dei relativi interessi legali maturati fino al momento in cui la predetta situazione si è verificata.

La fideiussione deve prevedere la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale di cui all'articolo 1944, secondo comma, del codice civile e deve essere escutibile, verificatesi le condizioni di cui al comma 3, a richiesta scritta dell'acquirente, corredata da idonea documentazione comprovante l'ammontare delle somme e il valore di ogni altro eventuale corrispettivo che complessivamente il costruttore ha riscosso, da inviarsi al domicilio indicato dal fideiussore a mezzo di lettera raccomandata con avviso di ricevimento.

Il mancato pagamento del premio o della commissione non è opponibile all'acquirente.

Il fideiussore è tenuto a pagare l'importo dovuto entro il termine di trenta giorni dalla data di ricevimento della richiesta di cui al comma 1. Qualora la restituzione degli importi oggetto di fideiussione non sia eseguita entro il suddetto termine, il fideiussore è tenuto a rimborsare all'acquirente le spese da quest'ultimo effettivamente sostenute e strettamente necessarie per conseguire la detta restituzione, oltre i relativi interessi.

*L'efficacia della fideiussione cessa nel momento in cui il fideiussore riceve dal costruttore o da un altro dei contraenti copia dell'atto di trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento sull'immobile o dell'atto definitivo di assegnazione il quale contenga la menzione di cui all'articolo 4, comma 1-*quater*.*

certificato di agibilità. Non vi rientrano quindi le unità immobiliari contrattate “sulla carta”³.

La legge aggiunge che la garanzia deve essere rilasciata da un’impresa autorizzata all’esercizio dell’attività bancaria o da un’impresa di assicurazioni autorizzata all’esercizio del ramo cauzioni.

Sempre l’art. 3 impone che la fideiussione sia “di importo corrispondente alle somme e al valore di ogni altro eventuale corrispettivo che il costruttore ha riscosso e, secondo i termini e le modalità stabilite nel contratto, deve ancora riscuotere dall’acquirente prima del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento”⁴. L’indicazione di ogni altro corrispettivo ricevuto dal costruttore consente di garantire con la fideiussione anche il valore del terreno edificabile trasferito dal privato al costruttore in una permuta tra la proprietà dell’area edificabile e l’assunzione dell’obbligazione di alienare un alloggio compreso nell’edificio da costruire sul terreno stesso⁵.

³ La limitazione di tutela, esclusa per un compratore “sulla carta” prima della richiesta del titolo edilizio, non è irragionevole: C. cost. 19 febbraio 2018, n. 32, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2018, 1435 ss.; v. pure Cass. 10 marzo 2011, n. 5749, in *Nuova giur. comm.*, 2011, I, 952 ss., con nota di U. STEFINI, *L’applicazione della normativa di tutela degli acquirenti di immobili da costruire, e il problema degli immobili per i quali non sia stato ancora richiesto il permesso di costruire*, in *Nuova giur. comm.*, 2011, 955 ss.; con nota di G. CARADONNA, *Validi i preliminari di immobili “sulla carta” ma senza le tutele del D.Lgs. n. 122/2005*, in *Giur. it.*, 2011, 2277 ss., e con nota di G. LIOTTI, *La Suprema Corte si pronuncia sui requisiti di validità del preliminare di vendita “sulla carta”*, in *Notariato*, 2011, 383 ss.; Trib. Monza 10 maggio 2014, in *Contratti*, 2014, 696 s.

⁴ L’art. 3 aggiunge che sono escluse dalla copertura della fideiussione “le somme per le quali è pattuito che debbano essere erogate da un soggetto mutuante, nonché i contributi pubblici già assistiti da autonoma garanzia”: la regola non interessa l’erogazione all’acquirente di un mutuo al momento del trasferimento della proprietà, con il quale pagare una frazione del prezzo pattuito, perché in tale caso la fideiussione si estingue, ma interessa le somme erogate e versate al costruttore dal mutuante prima dell’atto di trasferimento, in genere garantite dall’iscrizione di ipoteca sull’edificio in costruzione nell’eccezionale ipotesi disciplinata dall’art. 2825 *bis* c.c.

⁵ Cfr. G. BARALIS, *Considerazioni sparse sul decreto delegato conseguente alla l. n. 210 del 2004; spunti in tema di: varietà di contratti “garantiti”, prestazione di fideiussione “impropria”, riflessi sulla trascrizione, contenuto “necessario” del contratto, invalidità speciale e sue conseguenze*, in *Riv. not.*, 2005, 723 ss.; C. M. D’ARRIGO, *La tutela contrattuale degli acquirenti di immobili da costruire*, in *Riv. not.*, 2006, I, 933, e da ultimo M. CISTARO, *Permuta tra terreno edificabile ed*

In caso di modifiche al contratto, sempre assoggettate al requisito formale dell'atto autentico a pena di nullità, che comportino variazioni degli elementi della garanzia, il costruttore deve consegnare una nuova fideiussione. In particolare l'aggiunta del versamento di un acconto non previsto in origine dal contratto obbliga il costruttore a fornire una nuova fideiussione, che assorbe e supera la precedente, oppure a fornire un'integrazione della garanzia già consegnata⁶. L'inadempimento provoca la nullità (relativa) della modifica contrattuale, cosicché l'acquirente può attenersi all'iniziale regolamento pattizio, ma non comporta la nullità (relativa) del contratto originario.

Ancora l'art. 3 chiarisce che la fideiussione può essere consegnata all'acquirente all'atto della stipula del contratto obbligatorio ovvero in un momento precedente (il che pare difficilmente armonizzabile con la prassi delle compagnie di assicurazione, perché la garanzia andrebbe emessa a favore di un determinato beneficiario, il c.d. acquirente, prima della formazione di un qualunque vincolo contrattuale con il costruttore). Peraltro la consegna successiva alla stipulazione del contratto esplica, per così dire, efficacia sanante. Infatti la giurisprudenza di legittimità ha deciso che in questo caso la proposizione della domanda di nullità di un contratto preliminare per mancata consegna della fideiussione, senza che nelle more si sia manifestata l'insolvenza del promittente venditore ovvero che risulti altrimenti pregiudicato l'interesse del promissario acquirente alla cui tutela è preposta la nullità relativa, costituisce abuso del diritto e non può essere accolta⁷.

immobile da costruire: operano le garanzie ex D.Lgs. n. 122/2005?, in *Immobili e proprietà*, 2021, 557 ss.

⁶ Cfr. G. BARALIS, *op. cit.*, 741.

⁷ Il principio di diritto è fissato da Cass., 22 novembre 2019, n. 30555; esso è approvata da Cass., 18 settembre 2020, n. 19510, in *Corr. Giur.*, 2021, 786 ss., con nota di L. MEZZASOMA, *La nullità di protezione tra violazione di obblighi di legge e abuso del diritto*, che osserva non trattarsi di convalida del contratto nullo, mancando una specifica norma di legge, come richiesto dall'art. 1423 c.c., ma di applicazione dei "principi di buona fede nell'esecuzione del contratto, al fine di evitare che lo strumento si presti a forme di abuso, che consentano al promittente acquirente di sciogliersi dal vincolo contrattuale con il pretesto del mancato rilascio della fideiussione" (nel caso viene accolta la domanda perché la fideiussione, consegnata dopo la stipula del contratto, era comunque di ammontare insufficiente); per converso Cass., 12 luglio 2022, n. 21966, in *Contratti*, 2022, 629 ss., con nota di D. BALBINO,

L'art. 6, co. 1, lett g, d.lgs. 122/2005 richiede l'indicazione nel preliminare degli estremi della fideiussione e l'attestazione della sua conformità al Modello approvato con d.m. 125/2022⁸. In caso di mancata consegna della fideiussione, oppure di non conformità della fideiussione al modello standard, l'art. 3 commina la nullità del contratto, che può essere fatta valere unicamente dall'acquirente. La scelta della nullità relativa, che colpisce l'intero contratto, peraltro viene criticata perché non rappresenta un'effettiva protezione dell'acquirente, ma anzi potrebbe avvantaggiare il costruttore, che si trova libero dal vincolo e obbligato a restituire gli acconti già incassati senza alcuna garanzia per la controparte⁹.

Ancora in termini generali va osservato che la disciplina posta dal d.lgs. 122/2005 è specificamente rivolta alla tutela dell'acquirente dell'immobile da costruire, come risulta dalla sanzione apprestata dalla legge, consistente nella nullità relativa del contratto. Questo profilo consente di riconoscere alla fideiussione in esame un carattere di specialità rispetto alla figura generale della fideiussione disciplinata dal codice civile, che invece persegue l'obiettivo di tutelare la posizione del garante¹⁰. Infatti il d.m. 125/2022 contiene una Sezione I del Modello

*L'abuso del diritto nella disciplina a tutela degli acquirenti di immobili da costruire, giudica che è proponibile l'azione di nullità se prima della consegna tardiva della fideiussione si è verificata una situazione di crisi prevista dalla legge (nel caso concreto, dove l'immobile non era stato ultimato, la concessione da parte del costruttore di ipoteca volontaria sull'immobile promesso e il pignoramento subito su altri immobili non rientrano tra le situazioni di crisi e sul punto dovrà giudicare la corte di rinvio). Entrambe le regole sono proposte da S. PAGLIANTINI, *I tratti diafani della nullità contrattuale in Cassazione: a proposito della rinuncia preventiva al gravame e di nullità parziale ope iudicis*, in *Contratti*, 2012, 848 s.*

⁸ La norma non specifica che l'attestazione di conformità deve provenire dal notaio che riceve l'atto pubblico o autentica le sottoscrizioni della scrittura privata autenticata: poiché l'attività e le competenze notarili sono tassative e previste dalla legge, ne deriva che l'attestazione è riferibile soltanto alle parti. In caso di difformità il notaio è responsabile verso l'acquirente per gli eventuali danni da lui subiti per inadempimento agli obblighi di informazione gravanti sul professionista.

⁹ Cfr. G. D'AMICO, *La vendita immobiliare (un ventennio di interventi normativi)*, in *Contratti*, 2017, 87 ss.; in tema v. anche M.C. PAGLIETTI, *La nullità della vendita di immobili da costruire per mancata prestazione della garanzia fideiussoria*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 101 ss.

¹⁰ Osservazione di F. MACARIO, *Il contenuto della garanzia fideiussoria ex D.lgs. 122/2005 e le conseguenze della sua incompletezza ed erroneità*, in *AA.VV.*, *Tutela*

con regole derogabili solo in senso più favorevole all'acquirente. Pertanto l'applicazione delle norme del codice civile richiede di accertare la compatibilità con questa *ratio* sottostante: ad esempio è sicuramente inapplicabile l'art. 1941, comma 2, c.c. che consente la fideiussione per una parte soltanto del debito.

I presupposti di escussione della garanzia sono due, tra loro alternativi:

- i) il caso in cui il costruttore incorra in una situazione di crisi, che si verifica, secondo la legge, in una delle seguenti ipotesi: trascrizione di un pignoramento relativo all'immobile oggetto del contratto; pubblicazione della sentenza dichiarativa del fallimento o del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa relativi al costruttore; presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo del costruttore; pubblicazione della sentenza che dichiara lo stato di insolvenza o, se anteriore, del decreto che dispone la liquidazione coatta amministrativa o l'amministrazione straordinaria del costruttore;

- ii) il caso di inadempimento da parte del costruttore all'obbligo assicurativo previsto dall'art. 4 d. lgs. 122/2005, cioè di fornire all'acquirente in sede di atto definitivo l'assicurazione decennale postuma, conforme al modello standard (approvato con d.m. 20 luglio 2022, n. 154, in G.U. del 21 ottobre 2022, n. 247): peraltro l'escussione qui presuppone l'esercizio del recesso da parte dell'acquirente, in quanto la consapevole stipulazione dell'atto traslativo da parte sua in assenza di consegna dell'assicurazione decennale costituisce rinuncia ad avvalersi della fideiussione¹¹.

Quindi la fideiussione non copre altri inadempimenti contrattuali del costruttore, quali il ritardo nell'adempimento oppure la consegna di un fabbricato diverso da quanto promesso oppure addirittura la responsabilità derivante dalla vendita a un terzo che trascriva il proprio

dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazione del D.Lgs. 122/2005 e prospettive, in *I quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, 2006, 109 ss.

¹¹ Il che non equivale alla rinuncia a ricevere la fideiussione, posto che i diritti attribuiti dal d.lgs. 122/2005 all'acquirente non possono essere oggetto di rinuncia e che ogni clausola contraria è nulla e deve intendersi come non apposta (art. 5, comma 1 bis): v. R. CALANDRINO, *L'irrinunciabilità delle tutele dell'acquirente di immobili da costruire, la garanzia fideiussoria e la polizza assicurativa*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, 66 ss.

acquisto prima della trascrizione del contratto obbligatorio a favore dell'acquirente. Il che lascia alquanto perplessi sull'efficacia di questa garanzia¹².

Inoltre appare incoerente includere tra le situazioni di crisi la trascrizione di un pignoramento dell'immobile oggetto di contratto da parte di un creditore del costruttore¹³: poiché il contratto, stipulato in forma autentica, viene sempre trascritto *ex art. 2645 bis c.c.* con effetto di prenotazione, il pignoramento è inopponibile all'acquirente che perfezioni e trasciva il proprio atto di acquisto definitivo¹⁴. Invece anche in questo caso la legge concede all'acquirente il diritto di recedere dal contratto ed escutere la fideiussione, con il possibile esito di un pignoramento pretestuoso fatto da un terzo allo scopo di permettere all'acquirente il recesso, assicurandogli in tal maniera una sorta di facoltà di ripensamento.

2. Rapporto tra fideiussione e privilegio speciale ex art. 2775 bis c.c.

L'acquirente dell'immobile in costruzione, quando sia applicabile il d. lgs. 122/2005, si trova garantito in duplice modo: dalla fideiussione imposta dalla normativa in esame e dal privilegio speciale disposto dall'art. 2775 *bis c.c.* È opportuno rilevare che vi sono due differenze tra i crediti garantiti dalla fideiussione e quelli garantiti dal privilegio speciale sull'immobile (che ha natura giuridica di privilegio iscrizionale in quanto condizionato alla trascrizione del contratto obbligatorio¹⁵) a

¹² Cfr. G.A. CHIESI, *Immobili da costruire: acquirenti tutelati ... ma non troppo?*, in *Immobili e proprietà*, 2018, 421 ss., anche con riferimento al promissario acquirente di immobile per il quale non sia ancora stato richiesto il titolo abilitativo.

¹³ Parimenti incoerente è la mancata previsione, quale situazione di crisi, dell'iscrizione da parte di un terzo di un'ipoteca giudiziale sull'immobile, che comunque sarebbe inopponibile all'acquirente.

¹⁴ La ragione di tale incoerenza deriva dall'evoluzione storica: sino al 2019 il d.lgs. si applicava anche ai contratti stipulati mediante scrittura privata non autenticata; con la modifica dell'art. 6 ad opera del c.c.i.i., come sopra indicato nel testo, ormai il contratto riveste la forma autentica a pena di nullità e deve essere trascritto ai fini previsti dall'art. 2645 *bis c.c.*

¹⁵ Favorevoli all'idea del privilegio iscrizionale v. per tutti G. TUCCI, *Trascrizione del contratto preliminare e privilegio a tutela dei crediti del promissario acquirente*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1997, 179 ss.; A. CHIANALE, *Trascrizione del contratto preliminare e trasferimento della proprietà*, Torino, 1998, 49 ss.; G. TUCCI, *Conflitto tra privilegio del credito del promissario acquirente per mancata esecuzione del*

favore del creditore dell'obbligazione traslativa. Infatti il privilegio non copre soltanto le somme già versate, ma anche crediti ulteriori: si menzionano in particolare il pagamento del doppio della caparra dovuto dal costruttore, il pagamento di eventuali penali poste a suo carico, il rimborso di spese anche giudiziali¹⁶. D'altra parte il privilegio speciale consegue necessariamente all'inadempimento del costruttore (indicato nell'art. 2775 *bis* c.c. come "mancata esecuzione") con risoluzione del contratto. Diversamente la fideiussione in esame può essere escussa anche in talune ipotesi di recesso dell'acquirente previste dalla legge, che non mettono in gioco le regole sull'inadempimento: il recesso in caso di mancata consegna all'atto traslativo della polizza decennale (all'art. 4, comma 1 *ter*, d. lgs. 122/2005 e art. 5, comma 3, Modello), provato dalla relativa attestazione notarile, senza che l'atto sia comunque stipulato, e il recesso in caso di trascrizione di un pignoramento sull'immobile (art. 5, comma 1, Modello)¹⁷.

contratto preliminare e ipoteche iscritte prima della trascrizione del preliminare medesimo, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, II, 476 ss.; G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, 552 ss.; F. GAZZONI, *Trascrizione del preliminare di vendita immobiliare e obbligo di dare*, in *Riv. not.*, 1997, 30 ss.; da ultimo A. PATTI, *I privilegi*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2003, 102 ss.; la soluzione è accolta da Cass., Sez. un., 1° ottobre 2009, n. 21045, tra l'altro in *Rass. dir. civ.*, 2010, 21045, con nota di D. DI SABATO, *Il privilegio del promissario acquirente versus le ipoteche iscritte prima della trascrizione del preliminare*, e in *Giur. it.*, 2010, 797 ss., con nota di G. SICCHIERO, *L'ipoteca anteriore prevale sul privilegio ex art. 2725 bis c.c.: quando la giurisprudenza ha i piedi per terra*, che plaude alla capacità della Corte di ponderare le conseguenze delle possibili interpretazioni e di scegliere quella ottimale in termini di costi e benefici; essa è poi seguita da Cass., 16 marzo 2012, n. 4195, Cass., 9 gennaio 2013, n. 341, Cass., 30 luglio 2014, n. 17270, Cass., 17 agosto 2016, n. 17141, Cass., 19 dicembre 2016, n. 26102.

¹⁶ In generale v. G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2012, 165; ancora in senso contrario, ma isolati, R. CALVO, *Contratto preliminare*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2016, 35; P. VIRGADAMO, *Dei privilegi sopra gli immobili*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2016, 173 ss., ripreso in ID., *Privilegi immobiliari, ipoteca e ordine delle garanzie*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, II, 485 ss.; il privilegio non dovrebbe invece garantire l'acquirente per il risarcimento del danno: v. in tal senso F. GAZZONI, *Il contratto preliminare*, Torino, 3° ed., 2010, 182, per il quale il privilegio assiste soltanto i crediti correlati a clausole contrattuali rese pubbliche mediante la trascrizione; contrario G. SICCHIERO, *op. cit.*, 556 s.

¹⁷ Non risulta quindi condivisibile l'opinione per la quale la fideiussione può essere escussa soltanto se il preliminare è ancora in vigore tra le parti, espressa da

Il differente raggio operativo di queste due garanzie, appena delineato, si riflette sulla surrogazione spettante al fideiussore che paga, prevista sia dagli artt. 1203 e 1949 c.c. come regola generale sia dall'art. 16 del modello standard di fideiussione approvato con il d.m. 125/2022. Infatti il fideiussore è surrogato di diritto soltanto nel credito restitutorio dell'acquirente, che egli ha effettivamente pagato, ma non anche negli altri crediti dell'acquirente che il fideiussore non garantisce. Pertanto il fideiussore può avvalersi del privilegio speciale soltanto nei limiti della surrogazione. Il che comporta un subingresso soltanto parziale nel privilegio speciale, che da un lato continua a garantire anche l'acquirente per i rimanenti crediti a lui spettanti in caso di inadempimento del costruttore, e d'altro lato si estingue se il fideiussore ha pagato a seguito del recesso contrattuale esercitato dall'acquirente come sopra ricordato. Nella prima ipotesi il fideiussore e l'acquirente concorrono sul ricavato dall'escussione del privilegio speciale in proporzione ai rispettivi crediti (arg. ex art. 2854 c.c.); nel secondo caso, in forza del principio di indivisibilità delle garanzie reali, che colpiscono il bene per intero anche per frazioni del credito inizialmente garantito, il fideiussore escute il privilegio sino alla completa soddisfazione per quanto pagato.

La natura iscrizionale del privilegio speciale, parallela all'efficacia costitutiva dell'iscrizione ipotecaria, consente l'applicazione estensiva dell'art. 2843 c.c. che prevede l'annotazione marginale delle vicende del credito. Se il pagamento con surrogazione viene documentato mediante un atto autentico il fideiussore è in grado di ottenere l'annotazione a proprio favore a margine della trascrizione del contratto produttivo dell'obbligazione traslativa in capo al costruttore. L'annotazione rileva in particolare per l'esecuzione della cancellazione della trascrizione del preliminare, contemplata dall'art. 2668 c.c.¹⁸: una volta eseguita l'annotazione l'acquirente non è più il soggetto (o l'unico

Cass., 29 agosto 2019, n. 21792, in *Notar.*, 2019, 648 s., per la quale l'art. 3, comma 3, d. lgs. 122/2005 cioè "la norma che determina quando e sulla base di quali presupposti è possibile escutere, fornisce, invero, un dettato incompatibile con la contraria soluzione che consente la escutibilità della garanzia a contratto già sciolto".

¹⁸ Per l'effetto dell'annotazione, che non fornisce un criterio di opponibilità delle vicende sostanziale che essa documenta, v. A. CHIANALE, *L'ipoteca*, 4° ed., Assago, 2021, 123 ss.

soggetto, in caso di subingresso parziale del fideiussore) legittimato a prestare l'assenso alla cancellazione.

3. *La natura giuridica della garanzia*

Un problema di non agevole soluzione consiste nell'individuare la natura giuridica della garanzia consegnata dal costruttore all'acquirente.

Pare sicuro che non si tratta di una garanzia autonoma, nel senso fatto proprio dagli interpreti in relazione al contratto autonomo di garanzia¹⁹. Infatti manca il riferimento a una garanzia “a prima richiesta e senza eccezioni”, che costituisce indice tipico della presenza del contratto autonomo di garanzia²⁰. Il richiamo dei principi stabiliti dalla legislazione vigente in materia di fideiussione, contenuto nell'art. 1 del d.m. 125/2022, conferma questa prima opzione interpretativa.

La garanzia rientra invece nel paradigma della fideiussione. Resta però da verificare se si tratti di ordinaria fideiussione oppure del sottotipo di fideiussione a prima richiesta, accomunate dall'accessorietà rispetto all'obbligazione garantita, pur con la verifica di compatibilità delle disposizioni del codice civile.

A sostegno della natura di fideiussione a prima richiesta potrebbero deporre la specialità sopra ricordata della disciplina di legge, che tutela il beneficiario anziché il garante, il divieto di prevedere il beneficio di escussione e lo stretto termine di pagamento imposto dalla legge al garante, pari a massimo trenta giorni dal ricevimento della richiesta²¹.

¹⁹ Così già F. MACARIO, *op. cit.*

²⁰ Cfr. per l'orientamento più recente Cass., 3 novembre 2021, n. 31313: la S.C. ricorda che la fideiussione è volta a tutelare l'esatto adempimento della medesima obbligazione principale altrui, mentre il contratto autonomo di garanzia pone a carico del garante un'obbligazione autonoma e diversa, proprio perché non rivolta al pagamento del debito principale, quanto a indennizzare il creditore insoddisfatto mediante il tempestivo versamento di una somma di denaro predeterminata. La fideiussione del d.lgs. 122/2005 non impone al garante una prestazione diversa da quella cui è tenuto il costruttore, bensì impone il pagamento delle somme già riscosse o del valore del differente corrispettivo. Anzi, per Cass., 21 agosto 2020, n. 17553, nell'ambito delle garanzie personali costituisce elemento centrale nella qualificazione del contratto come garanzia autonoma non la clausola «a prima richiesta» ma l'inopponibilità da parte del garante delle eccezioni relative al rapporto principale.

²¹ Per le fideiussioni a prima richiesta v. Cass., 9 agosto 2016, n. 16825.

In base al modello del *solve et repete* il garante sarebbe quindi tenuto a pagare quanto richiesto, salvo poi agire per la ripetizione dell'indebitato qualora si sia già verificata una causa di estinzione della fideiussione.

Sembra invece più persuasivo considerare la garanzia in esame quale ordinaria fideiussione, con contenuto in parte predeterminato dalla legge e suscettibile ovviamente di modifiche *in melius* a favore dell'acquirente²². Depongono in tal senso: il tenore letterale della normativa, che adopera soltanto il termine fideiussione e mai la coppia fideiussione o polizza fideiussoria; il richiamo all'art. 1938 c.c., per quanto di dubbia pertinenza; l'art. 1 d.m. 125/2022 che consente la deroga alle clausole ripetute nella Sezione II del Modello standard "fermi restando i principi stabiliti dalla legislazione vigente in materia di fideiussione".

La differenza di opzione interpretativa peraltro non incide sul profilo delle eccezioni opponibili dal fideiussore e attinenti al rapporto di garanzia. Su questo piano il fideiussore può in particolare sollevare l'eccezione di nullità della fideiussione, inclusa l'ipotesi di invalidità derivante dalla nullità (assoluta) del contratto che obbliga al trasferimento per assenza del requisito della forma autentica. Questa nullità infatti si riverbera sulla fideiussione provocandone parimenti la nullità a sensi dell'art. 1939 c.c. Coerentemente il Modello standard, nelle *Definizioni* considera che il rapporto garantito scaturisce dal contratto obbligatorio stipulato in forma autentica, così escludendo che la garanzia possa assistere un contratto nullo per difetto di tale requisito formale.

Inoltre il fideiussore sempre può sollevare le eccezioni relative alla documentazione presentata dall'acquirente per ottenere il pagamento. L'art. 6 Modello rende più specifica la disposizione dell'art. 3 d.lgs. 122/2005 (che si limita a prevedere la "*richiesta scritta dell'acquirente, corredata da idonea documentazione comprovante l'ammontare delle somme e il valore di ogni altro eventuale corrispettivo che complessivamente il costruttore ha riscosso, da inviarsi al domicilio*

²² In tal senso v. F. ALCARO, *op. cit.*, 488 nt. 6; A. ZOPPINI, *La garanzia fideiussoria vista dall'angolo visuale del costruttore: costi, rischi e problemi*, in AA.VV., *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, Padova, 2005, 119; F. GALLUZZO, *Tutela dell'acquirente di immobile da costruire: escutibilità della fideiussione bancaria rilasciata in assenza di recesso*, in *Giur. Comm.*, 2016, I, 365 ss.

indicato dal fideiussore a mezzo di lettera raccomandata con avviso di ricevimento”) e impone la richiesta scritta con raccomandata A.R. o posta elettronica certificata e l'allegazione alla richiesta della documentazione attestante i pagamenti fatti al costruttore e dell'ulteriore documentazione richiesta dallo stesso art. 6²³. Poiché si tratta di oneri attinenti al rapporto di garanzia, il fideiussore può sempre farne eccezione: la regola, tra l'altro, opera anche in presenza di garanzie autonome, nelle quali non si applica l'accessorietà, come dimostra la disposizione dell'art. 1530, comma 2, c.c.

Invece la qualificazione della garanzia in esame come ordinaria fideiussione comporta che il garante può opporre all'acquirente le eccezioni che spettano al debitore principale in base al rapporto garantito (art. 1945 c.c.). Tra queste eccezioni spiccano l'avvenuta estinzione del debito restitutorio per avvenuto pagamento oppure per compensazione e l'avvenuta risoluzione – ad esempio per decorso del termine essenziale, per diffida ad adempiere o per attivazione della clausola risolutiva espressa – del contratto per inadempimento dell'acquirente (ad esempio mancato rispetto di pagamenti intermedi) con diritto del costruttore all'incameramento della caparra.

Inoltre il garante può eccepire la nullità del contratto obbligatorio, alla quale per regola generale consegue la nullità della fideiussione (art. 1939 c.c.). Qui il discorso diviene scivoloso, perché l'invalidità della fideiussione per nullità del contratto priva l'acquirente di una fondamentale tutela nella dinamica contrattuale. Se il contratto obbligatorio è radicalmente nullo per assenza della forma autentica, come già anticipato, la fideiussione eventualmente consegnata all'acquirente è anch'essa affetta da nullità e priva di efficacia. Se l'acquirente fa valere una causa di nullità relativa del contratto obbligatorio e poi si verifica un presupposto per l'escussione della garanzia, parimenti la fideiussione è inefficace. In particolare anche la nullità relativa del contratto chiesta dall'acquirente a causa di una

²³ In particolare viene richiesto di produrre al fideiussore la visura del Registro delle Imprese comprovante l'apertura della procedura concorsuale con attestazione del beneficiario, in forma di dichiarazione sostitutiva di atto notorio, di non aver ricevuto dalla procedura la comunicazione di subentro nel contratto; oppure l'attestazione del notaio di non aver ricevuto la polizza decennale postuma, insieme alla dichiarazione del beneficiario di recedere dal contratto.

fideiussione non conforme al Modello provoca il risultato – senz'altro paradossale – della perdita della garanzia.

Qualora si aderisse alla qualificazione della garanzia come fideiussione a prima richiesta la tutela dell'acquirente, in apparenza, sarebbe assicurata anche in caso di invalidità del contratto obbligatorio al quale essa accede. Però il meccanismo del *solve et repete* porrebbe comunque a carico dell'acquirente l'onere di attivare il proprio credito per la ripetizione dell'indebitato verso il costruttore, privo del privilegio speciale sull'immobile disposto dall'art. 2775 *bis* c.c. La nullità del contratto impedirebbe al garante di surrogarsi all'acquirente verso il costruttore.

Infine il fideiussore è liberato a sensi dell'art. 1955 c.c. se per fatto dell'acquirente, beneficiario della garanzia, non è più possibile la surrogazione nel credito e nelle sue garanzie. Ad esempio se la trascrizione del contratto obbligatorio è stata cancellata a seguito di assenso rilasciato dall'acquirente viene meno la formalità che condiziona la nascita e la permanenza del privilegio speciale *ex* art. 2775 *bis* c.c.²⁴. In tale caso il fideiussore che paga all'acquirente si potrebbe surrogare nel credito di quest'ultimo senza la garanzia inizialmente rappresentata dal privilegio speciale.

4. *Il contenuto della fideiussione*

Le disposizioni dell'art. 3 del d. lgs. 122/2005 sono ora integrate da quelle contenute nel d.m. 125/2022, che contiene la disciplina specifica del Modello standard di fideiussione. Secondo il d.m. essa si compone di due parti, il *testo standard* (Allegato A al d.m.) e la *scheda tecnica* (Allegato B) che riporta i dati di garante, contraente (il costruttore) e beneficiario (l'acquirente), la descrizione dell'immobile e del titolo edilizio, il prezzo totale pattuito, la data prevista del trasferimento della proprietà e l'importo complessivo garantito. Il testo del Modello prevede la sottoscrizione di garante, contraente e beneficiario; il testo della scheda tecnica menziona l'emissione in tre originali.

L'art. 6, co. 1, lett g, d.lgs. 122/2005 richiede che la fideiussione fornita dal costruttore sia “stipulata secondo il modello standard”: la norma va interpretata nel senso che viene richiesta la conformità

²⁴ Così G. BARALIS, *op. cit.*, 742.

sostanziale, non la pedissequa identità con il Modello. Cioè è necessario che il contenuto della fideiussione corrisponda alle clausole del Modello.

Ad esempio, la circostanza che il Modello standard accolga un testo trilaterale non significa che la fideiussione fornita dal costruttore sia un contratto plurilaterale, discostandosi dall'usuale struttura unilaterale della fideiussione codicistica. Il rilascio di garanzia mediante atto unilaterale è comunque legittimo, purché appunto le clausole del Modello siano rispettate. La firma del costruttore-contraente assume rilievo soltanto nell'ipotesi di deroghe al Modello peggiorative della sua posizione giuridica, in assenza di un contratto quadro che regolamenti il rilascio delle garanzie agli acquirenti.

Così anche l'indicazione del triplo originale appare davvero inutile: è necessario soltanto che il beneficiario riceva un originale della garanzia firmato dal fideiussore.

È ammessa la concessione di fideiussione da parte di più garanti anche con atti separati per quote distinte, ma le quote rilevano soltanto nei rapporti interni e i cofideiussori sono obbligati in solido (d.m. 125/2022). Pertanto non può essere previsto il beneficio della divisione di cui all'art. 1947 c.c. e la presenza di tale clausola rende non conforme la fideiussione al modello standard.

La fideiussione deve essere rilasciata senza franchigie a carico dell'acquirente-beneficiario (art. 1, comma 3, d.m. 125/2022).

Essa deve riportare "l'importo massimo complessivo garantito" (art. 2 d.lgs. 122/2005): la norma richiama l'art. 1938 c.c. sulla *fideiussione omnibus*. Ma va fatta una distinzione: la fideiussione consegnata *alla stipula* del contratto garantisce un credito eventuale ma certo nella sua quantificazione; la fideiussione consegnata *in un momento precedente* garantisce un credito futuro che ben potrebbe essere ancora incerto (se le parti non hanno ancora deciso i versamenti) e allora occorre far risultare il limite massimo ex art. 1938 c.c.

Gli "interessi legali" sono coperti dalla fideiussione, limitatamente a quelli che corrono dall'incasso del costruttore sino alla situazione di crisi o all'inadempimento dell'obbligo di consegnare la polizza decennale postuma (art. 3, comma 1, d.lgs. 122/2005 e d.m. 124/2022). In effetti la *ratio* della regola non è chiara: se si tratta della restituzione di caparre e acconti incassati dal costruttore, gli interessi legali dovrebbero decorrere dalla domanda dopo l'evento che fa sorgere

l'obbligazione restitutoria (artt. 1224 e 1284 c.c.). Comunque è precisato che gli "interessi legali" non vanno inclusi nell'importo massimo garantito (Modello, art. 3, co. 4).

Una regola di decisiva importanza riguarda la durata della fideiussione.

La garanzia, com'è logico, decorre dalla data di stipula del contratto obbligatorio: peraltro la decorrenza dalla data della sua emissione, se anteriore al contatto, rimane del tutto ininfluenza.

Merita attenzione invece la data di cessazione degli effetti della garanzia: essa opera sino a quando il fideiussore riceve copia dell'atto definitivo di trasferimento della proprietà dell'immobile (art. 3 comma 7, d. lgs. 122/2005, e art. 2, comma 2, del Modello). Il che appare incoerente con la natura accessoria della garanzia, che si estingue sempre al momento dell'estinzione dell'obbligazione garantita: con la stipula del contratto traslativo non può più sorgere un'obbligazione restitutoria del costruttore, né garantita dal privilegio speciale dell'art. 2775 *bis* c.c. né dalla fideiussione, e l'eventuale successiva risoluzione del contratto traslativo, ovvero la sua dichiarazione di nullità²⁵, non attiva più questi meccanismi di garanzia delineati e predisposti dal legislatore soltanto per il creditore della prestazione traslativa. Infatti il Modello standard prevede che la fideiussione si estingue anche se l'acquirente accetta di stipulare l'atto di trasferimento della proprietà senza ricevere la polizza decennale postuma (Modello, art. 2, comma 3: atto stipulato "nonostante l'inadempimento all'obbligo assicurativo di cui all'articolo 4" del d. lgs. 122/2005).

In proposito la normativa indica anche il soggetto dal quale il garante riceve la copia dell'atto di trasferimento dell'immobile: il costruttore-contraente o l'acquirente-beneficiario, che sono tenuti a farne tempestiva trasmissione (art. 7, comma 2, Modello), oppure ogni altra parte del contratto (art. 3, d.lgs. 122 del 2005). L'interprete deve considerare queste menzioni del tutto prive di un vincolante contenuto precettivo: la copia può essere inviata al garante dal notaio che stipula l'atto traslativo, ovvero può essere ottenuta autonomamente dallo stesso

²⁵ Tenendo conto che la stipula del negozio traslativo priva l'acquirente dell'interesse ad agire per la nullità del contratto obbligatorio, salvo dimostrare in giudizio che la ragione unica o principale che ha indotto l'acquirente a stipulare il negozio traslativo è stata la convinzione della cogenza del contratto obbligatorio, con conseguente annullabilità di diritto di quello.

garante (es. mediante le visure presso la conservatoria dei registri immobiliari).

Ancora più incoerente con l'accessorietà della garanzia appare il tenore letterale sempre dell'art. 3 del d. lgs. 122/2005, laddove stabilisce che l'efficacia della fideiussione cessa quanto il garante riceve "copia dell'atto di trasferimento il quale contenga la *menzione* di cui all'articolo 4, comma 1-*quater*", cioè "la menzione degli estremi identificativi della polizza assicurativa e della sua conformità al decreto previsto dal comma 1-*bis*". Si tratta di una norma veramente barocca, che fa assurgere una menzione del contratto a presupposto di estinzione dell'efficacia della fideiussione. Come appena detto la stipulazione dell'atto traslativo è comunque causa di estinzione dell'obbligazione di garanzia: certamente la fideiussione perde efficacia anche se è stata consegnata all'acquirente una polizza decennale postuma conforme al relativo decreto, pur in assenza di tale menzione nell'atto.

In ogni caso da questa disciplina deriva che non è conforme al Modello una fideiussione con data di scadenza fissa, come appare anche dall'indicazione prevista per la Scheda tecnica del termine previsto per la stipulazione dell'atto traslativo²⁶.

Le clausole della Sezione I del Modello non sono derogabili se non in favore dell'acquirente. Ne segue che non è ammesso il recesso del garante (così il Modello, art. 2 comma 4), che non è ammesso pattuire il beneficio della preventiva escussione del debitore principale (art. 3 d.lgs. 122/2005), che non sono ammesse clausole che prorogano il termine di 30 giorni dalla richiesta per il pagamento da parte del fideiussore previsto dall'art. 3, comma 6, d. lgs. 122/2005, che non sono ammesse clausole sull'opponibilità all'acquirente garantito del mancato pagamento del premio da parte del costruttore-contraente (art. 3, comma 5, d. lgs. 122/2005, e art. 9 Modello), che non è ammesso il beneficio della divisione in caso di cofideiussione. Per la verità il citato art. 3 d.lgs. 122/2005 richiede la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del costruttore: ma si tratta di clausola inutile, in quanto l'art.

²⁶ Prima dell'emanazione del d.m. 125/2022 la fideiussione con scadenza a data fissa era considerata ammissibile. In caso di proroga della data di stipulazione dell'atto traslativo, non accompagnata da una parallela proroga della durata della fideiussione, Trib. Milano, 25 novembre 2015, in *Contratti*, 2017, 325 ss., con nota di I. MASPES, *Nullità sopravvenuta del preliminare di compravendita di un immobile da costruire*, ha dichiarato la nullità (relativa) sopravvenuta del contratto.

1944 c.c. subordina tale beneficio a un'espressa pattuizione. Ne segue che la mancata inclusione di tale rinuncia nella fideiussione è ininfluenza e si applica comunque la disciplina codicistica in base alla quale non opera il beneficio della preventiva escussione del debitore principale²⁷.

Allo stesso modo sono inammissibili le clausole che rendono più gravosa per l'acquirente dell'immobile in costruzione la richiesta di pagamento, ad esempio richiedendo la produzione di maggiore documentazione rispetto a quella considerata nel Modello. Parimenti non è ammesso che l'obbligazione fideiussoria sia limitata soltanto ai pagamenti fatti dall'acquirente al costruttore, per i quali l'acquirente abbia adempiuto all'obbligo di comunicazione al garante previsto dall'art. 7, comma 1, Modello.

In particolare merita osservare che l'art. 16, comma 2, del Modello standard dispone: "Il Beneficiario fornirà al Garante tutti i documenti eventualmente necessari per il proficuo esperimento dell'azione verso il Contraente". La norma allude a documenti diversi da quelli che l'acquirente è tenuto a unire alla richiesta di pagamento inviata al fideiussore: ad esempio la copia conforme della nota di trascrizione del contratto obbligatorio, dalla quale dipende la nascita del privilegio speciale *ex art. 2775 bis c.c.* che può assistere il credito soddisfatto dal garante, e l'atto in forma autentica che attesta il pagamento con surrogazione, necessario per curare l'annotazione marginale di cui all'art. 2843 c.c. (v. *supra*). La produzione di questa ulteriore documentazione non può essere considerata dal garante quale condizione per il pagamento, una volta che la richiesta avanzata dall'acquirente-beneficiario accluda i documenti – e soltanto quelli – previsti dall'art. 6 del Modello standard.

Però il contratto obbligatorio ben potrebbe determinare modalità specifiche di pagamento degli acconti da versare prima dell'atto traslativo (ad es. soltanto bonifici bancari, con esclusione quindi del rilascio di assegni bancari o postali e di ogni altra modalità di pagamento tracciabile). Il costruttore potrebbe essere tenuto, in base ai propri rapporti contrattuali con una banca finanziatrice, alla c.d. canalizzazione dei pagamenti mediante bonifici eseguiti a favore di un determinato conto corrente; l'acquirente potrebbe allora accettare tale

²⁷ Cfr. R. CALANDRINO, *op. cit.*, 87.

limitazione in sede di contratto obbligatorio. La fideiussione ben può riportare la medesima limitazione, quale condizione per il pagamento, perché in tal caso essa segue il contenuto del contratto tra costruttore e acquirente.

La Sezione II del Modello standard contiene poche regole derogabili, fermi i principi di legge in materia di fideiussione. Considerando che l'unica regola di tale Sezione attinente alla garanzia è contenuta nell'art. 16, che prevede la surrogazione e la rivalsa del garante²⁸, si può dedurre che il testo della garanzia non può escludere i rimedi tipici della surrogazione e del regresso, perché altrimenti non vengono rispettati i principi stabiliti dalla legislazione vigente in materia di fideiussione. Il testo della garanzia può invece disciplinare le modalità con le quali il fideiussore che paga esercita la surrogazione nei diritti dell'acquirente e la rivalsa verso il costruttore-contraente. Qualora sia prevista una disciplina meno favorevole per quest'ultimo occorre il suo consenso, prestato mediante sottoscrizione della fideiussione stessa, come previsto dal Modello standard, oppure nell'accordo quadro che normalmente regola il rilascio delle fideiussioni agli acquirenti.

5. Difformità della fideiussione dal Modello standard

La mancata consegna della fideiussione oppure il suo rilascio da un soggetto non autorizzato, oppure ancora la sua non conformità al modello provoca la nullità relativa del contratto obbligatorio. Si tratta di un vizio che non impedisce al notaio di ricevere il relativo atto pubblico o di autenticare le sottoscrizioni apposte alla scrittura privata, non ricorrendo il divieto assoluto previsto dall'art. 28 legge notarile²⁹.

Peraltro in punto di difformità sembra possibile evitare la sanzione demolitoria della nullità, sia pure fatta valere dal solo acquirente. Se la fideiussione fornita dal costruttore ha un contenuto prefissato dalla

²⁸ Infatti l'art. 15 concerne la cessione del beneficio della garanzia e l'art. 17 le sanzioni internazionali.

²⁹ Sul rapporto tra il divieto di ricevere atti nulli e le varie nullità relative v. G. PASSAGNOLI, *Responsabilità notarile, nullità relativa e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 463 ss.; G. CELESTE, *La responsabilità civile del notaio*, Napoli, 2007, 139 ss.; S. PAGLIANTINI, *La responsabilità disciplinare del notaio tra nullità parziale, relatività della legittimazione e nullità inequivoca*, in *Contratti*, 2011, 923 ss.

legge, si può invocare la sostituzione automatica delle clausole contrarie al contenuto inderogabile del Modello standard (salvo in favore dell'acquirente-beneficiario) a sensi dell'art. 1419, comma 2, c.c.³⁰.

Ad esempio, ben si può sostenere che un'eventuale clausola portante il beneficio di escussione nella fideiussione venga sostituita di diritto dalla regola posta dagli artt. 4, comma 1, e 8 del Modello standard, per i quali il garante provvede a pagare al beneficiario la somma garantita senza la preventiva escussione del debitore principale³¹.

Le clausole che richiedono particolari modalità di escussione della garanzia, più gravose per l'acquirente-beneficiario, vengono sostituite di diritto dalle dettagliate disposizioni dell'art. 6 del Modello. Parimenti la fissazione di un termine superiore ai trenta giorni viene sostituita dalla disposizione, inderogabile *in peius* per l'acquirente, contenuta nell'art. 3 d.lgs. 122 del 2005.

L'applicazione del meccanismo della sostituzione delle clausole invalide comporta l'evidente vantaggio di conservare gli effetti della garanzia, depurandola del contenuto vietato. Viene così rinforzata la tutela dell'acquirente, che diversamente subirebbe la cessazione degli effetti della fideiussione qualora intendesse agire per far dichiarare la nullità relativa del contratto obbligatorio derivante dalla non conformità della garanzia al Modello standard.

6. *Regime transitorio*

L'art. 2 del d.r. 125/2022 stabilisce la sua applicazione dal trentesimo giorno successivo alla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale, quindi dal 24 ottobre 2022.

L'articolo citato però considera applicabile la nuova disciplina *alle fideiussioni* stipulate dalla data indicata. La lettera del regolamento

³⁰ Così F. MACARIO, *op. cit.*

³¹ In tal senso R. CALANDRINO, *op. cit.*, 87; invece per la nullità del contratto v. G. PETRELLI, *Gli acquisti*, cit., 122, e S. DELLE MONACHE, *La garanzia fideiussoria negli acquisti di immobili da costruire (fra obbligo e onere)*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 623: questa soluzione appare poco meditata e pregiudizievole per l'acquirente, che perde ogni garanzia per i propri crediti restitutori e che peraltro ben potrebbe avere interesse al perfezionamento dell'acquisto.

dunque pare consentire la stipula di contratti per l'alienazione di immobili da costruire dopo tale data con consegna all'acquirente di fideiussioni non conformi al Modello standard se rilasciate prima di essa. Questa soluzione in definitiva agevola il costruttore che abbia già concluso accordi quadro con un garante e abbia già ottenuto, prima della data indicata dal d.m. 125/2022, l'emissione delle garanzie a favore degli acquirenti.

Questa interpretazione letterale però contrasta in pieno con la *ratio* della disciplina di tutela dell'acquirente posta dal d.lgs. 122 del 2005, perché consente la conclusione di nuovi contratti assistiti da vecchie fideiussioni. Sembra più opportuno allora riferire la data di entrata in vigore del Modello standard ai contratti obbligatori stipulati a partire dall'indicata data: i trenta giorni dalla pubblicazione del regolamento nella Gazzetta Ufficiale hanno permesso a costruttori e garanti di organizzarsi in base alle nuove regole; dal trentesimo giorno i nuovi contratti devono menzionare una fideiussione conforme al Modello standard.

L'art. 2 aggiunge inoltre che le garanzie rilasciate in data anteriore "conservano la loro efficacia sino alla scadenza", ma in caso di rinnovo "esse sono rese conformi al modello *standard*". La disposizione prende atto della prassi anteriore di emissione di fideiussioni con scadenza fissa. Queste garanzie, qualora non sia stipulato il trasferimento di proprietà dell'immobile in costruzione, vanno rinnovate in conformità a modello approvato. Ne segue che l'acquirente, in assenza del rinnovo della garanzia conforme al Modello, può invocare la nullità relativa del contratto obbligatorio. Costituisce rinnovo non conforme al Modello una semplice proroga della durata della garanzia, per una fideiussione sin dall'origine non conforme al Modello stesso.