



Diritto Civile

Il tardivo rilascio della fideiussione nella vendita di immobili da costruire

di [Emanuela Morotti](#)

12 gennaio 2022

Sommario:

Il tardivo rilascio della fideiussione nella vendita di immobili da costruire

di Emanuela Morotti

La disciplina della vendita di immobili da costruire prevede l'obbligo del venditore-costruttore di rilasciare una fideiussione bancaria o assicurativa al promissario acquirente, che potrà così recuperare agilmente le somme anticipatamente versate a titolo di caparra in caso di crisi o insolvenza dell'impresa costruttrice. La normativa indica che tale garanzia sia consegnata al momento della stipula del contratto preliminare di vendita, mentre non menziona il caso di suo tardivo rilascio, ragion per cui sono nate sul punto due diverse interpretazioni, una favorevole alla nullità, l'altra invece contraria, considerando abusiva la sua domanda in giudizio. L'obiettivo di questo contributo è quello di proporre una terza via, mostrando che la chiave di volta per interpretare correttamente la vicenda in esame risiede nell'assumere una visione complessiva del comportamento concretamente tenuto dalle parti nello svolgimento del rapporto.

Sommario: 1. La fideiussione introdotta dal d. lgs. 20 giugno 2005, n. 222 e il problema del suo tardivo rilascio - 2. Argomenti a sostegno dell'ipotesi della nullità del preliminare di vendita - 3. L'opposta tesi giurisprudenziale che configura l'abuso del prossimario acquirente - 4. Ragionevolezza di una terza via ricostruttiva.

1. La fideiussione introdotta dal d. lgs. 20 giugno 2005, n. 222 e il problema del suo tardivo rilascio

La particolare posizione di rischio e di incertezza in cui versa il compratore di immobili in costruzione[1], ossia non ultimati oppure ancora “sulla carta”[2], ha portato il nostro Legislatore a introdurne un'apposita disciplina con il d.lgs. 122/2005[3]. Nello specifico, esso prevede che la tutela del compratore sia affidata al rispetto di due diversi obblighi a carico del venditore-costruttore[4]: il primo riguarda il rilascio di una fideiussione che garantisca al compratore la restituzione delle somme versate a titolo di caparra prima della consegna dell'immobile, qualora il costruttore dovesse nel frattempo incorrere in uno stato di crisi[5]; il secondo obbligo riguarda invece il rilascio di una polizza assicurativa a copertura dei danni derivanti da rovina totale o parziale oppure da gravi difetti costruttivi delle opere[6]. Considerato che in questa seconda ipotesi la posizione del compratore è meno esposta, visto che non solo l'immobile è stato ultimato, ma il promissario acquirente ne è anche divenuto proprietario[7], la nostra attenzione si concentrerà principalmente sulla prima forma di tutela, che presenta maggiori profili di problematicità.

Innanzitutto si può osservare che la garanzia fideiussoria riguarda tutto l'arco di tempo intercorrente tra il preliminare di vendita e l'eventuale crisi dell'imprenditore[8], periodo nel quale la posizione del promissario acquirente si rivela particolarmente precaria. Infatti, non essendo ancora stato sottoscritto il contratto definitivo, l'effetto traslativo non si è ancora prodotto[9] e ciò significa che, se si aprisse un'eventuale procedura concorsuale, l'organo che ne è competente potrebbe decidere di sciogliersi dall'obbligo di concludere il contratto definitivo. In una simile circostanza, le conseguenze per il promissario acquirente sono di tutta evidenza, perché non solo vedrebbe per sempre sfumare ogni possibilità di diventare proprietario dell'immobile[10], ma soprattutto non gli resterebbe altra strada che presentare domanda di ammissione al passivo fallimentare, trovandosi di fatto a concorrere alla ripartizione dell'attivo quale semplice creditore chirografario[11] e a sperare di recuperare “in moneta fallimentare” le somme anticipatamente versate a titolo di caparra.

Per porre rimedio ad un simile scenario[12], il Legislatore ha previsto che all'atto della stipula del preliminare sia consegnata al promissario acquirente una fideiussione “di importo

corrispondente alle somme e al valore di ogni altro eventuale corrispettivo che il costruttore ha riscosso”, in modo tale che, se all’apertura del fallimento non abbia ancora conseguito la proprietà dell’immobile, egli possa almeno recuperare interamente quanto già versato al costruttore[\[13\]](#).

La disciplina fin qui descritta è stata ripresa dal d. lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, meglio noto come Codice della crisi di impresa e dell’insolvenza, che con gli artt. 385, 386, 387 e 388 ha introdotto maggiori tutele per il promissario acquirente. In particolare, in base alla nuova impostazione, la garanzia fideiussoria può essere rilasciata solo da “una banca o da un’impresa esercente le assicurazioni”[\[14\]](#), escludendo quindi dal novero dei soggetti abilitati a rilasciarla “gli intermediari finanziari iscritti nell’elenco speciale di cui all’articolo 107 del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385”[\[15\]](#), evidentemente ritenuti dal Legislatore soggetti meno affidabili rispetto alle banche e alle assicurazioni.

Nonostante le modifiche apportate abbiano meglio precisato alcuni aspetti della precedente disciplina, come ad esempio la descrizione delle ipotesi che consentono l’escussione della fideiussione[\[16\]](#), tuttavia è rimasto in ombra un particolare profilo che non è mai stato espressamente affrontato dalla normativa, riguardante il caso in cui la fideiussione venga rilasciata al promissario acquirente in un momento successivo a quello della stipula dell’atto preliminare.

2. Argomenti a sostegno dell’ipotesi della nullità del preliminare di vendita

A fronte di questa lacuna di disciplina, si possono prospettare due opposte soluzioni. La prima adotta un’interpretazione letterale della normativa in esame, che fissa il momento della consegna della fideiussione “all’atto della stipula [...] ovvero in un momento precedente”[\[17\]](#), da cui si è dedotto che anche il caso del suo rilascio tardivo[\[18\]](#), pur non essendo esplicitamente menzionato, ricadesse nella sanzione di nullità[\[19\]](#). Questa impostazione è stata appoggiata anche da un filone giurisprudenziale secondo il quale la norma in questione sia da interpretare nel senso che la consegna della fideiussione debba avvenire, al più tardi, all’atto della stipula del contratto preliminare e che la mancata consegna non sia “sanabile” da un successivo contegno di alcuna delle parti[\[20\]](#). Ciò significa che né la consegna tardiva della fideiussione da parte del venditore-costruttore, né la sua accettazione da parte del promissario acquirente possano sanare il vizio di nullità che si sia irrimediabilmente già prodotto.

A ben guardare, questa interpretazione si allinea perfettamente con la *ratio* che ha spinto il Legislatore ad intervenire nel settore in esame, dove si è predisposto un quadro normativo che fornisce la più ampia tutela possibile al promissario-acquirente, considerato a priori come un soggetto meritevole di protezione fin dall'inizio dell'instaurazione del rapporto.

Prova ne è la scelta – del tutto singolare – di prevedere la più grave sanzione della nullità per quello che, a tutti gli effetti, costituisce in realtà un inadempimento del venditore: analizzando con più attenzione la norma, si può infatti osservare che l'inosservanza dell'obbligo di consegnare la fideiussione all'atto della stipula o in un momento precedente non produce – così come ci aspetteremmo in base alla disciplina generale del contratto – l'inadempimento, bensì la nullità dell'atto preliminare[21]. Una simile impostazione si rivela funzionale ad avvantaggiare il promissario acquirente, consentendogli di ottenere la restituzione di quanto precedentemente corrisposto al venditore senza dover sottostare ai più gravosi oneri probatori richiesti per domandare la risoluzione per inadempimento.

A ciò si aggiunge un'ulteriore considerazione, dato che la nullità di cui si discute configura un regime speciale detto nullità di protezione[22], che fornisce una più intensa salvaguardia degli interessi del contraente debole[23], dal momento che si caratterizza per la legittimazione relativa e la mancata parziarietà necessaria. La prima consistente nella possibilità per il solo promissario acquirente di sollevare la nullità, proprio per permettere unicamente al contraente debole di valutare l'opportunità dell'affare, consentendogli di scegliere se proseguire nel rapporto anche in mancanza della fideiussione, oppure se caducare il negozio[24]. La seconda, invece, riguarda il fatto che la nullità che consegue al mancato rilascio della fideiussione non colpisce soltanto la singola clausola nulla, ma invalida l'intero negozio, caducandolo nella sua totalità: si tratta quindi di un segnale molto chiaro dell'intenzione del Legislatore, che ha voluto salvaguardare con la maggiore tutela possibile la posizione del promissario acquirente[25].

3. L'opposta tesi giurisprudenziale che configura l'abuso del prossimario acquirente

In opposizione alla tesi appena considerata si colloca una recente sentenza della Cassazione[26], in base alla quale la proposizione della domanda di nullità del contratto preliminare per mancanza della fideiussione configura un abuso del diritto e non può quindi essere accolta al ricorrere cumulativo di due condizioni: (1) se tale garanzia sia stata comunque rilasciata, seppur in data successiva alla stipula del preliminare e (2) nelle more della consegna non si sia manifestata l'insolvenza del promittente venditore ovvero non risulti altrimenti pregiudicato l'interesse del promissario acquirente.

Tale pronuncia, a ben guardare, non nega la perdurante nullità del contratto preliminare, dato che riconosce espressamente che il diritto del promissario acquirente di proporre tale domanda in giudizio non possa trovare un ostacolo nella condotta del venditore – per di più – successiva al verificarsi della causa di nullità. A fronte quindi dell'impossibilità di configurare una sanatoria del negozio nullo a seguito del successivo rilascio della fideiussione, la questione viene spostata su un altro piano, riguardante non più quello della nullità e della sua legittima sollevazione in giudizio, ma quello della meritevolezza dell'interesse ad agire in tal senso.

Secondo questa impostazione, il rilascio della fideiussione, ancorché tardivo, riuscirebbe comunque a soddisfare l'interesse avuto di mira dalla norma, che è volta a proteggere il promissario-acquirente attraverso la predisposizione di una garanzia a suo favore che lo sollevi dal rischio di perdere definitivamente le somme anticipate al venditore-costruttore, nel caso in cui quest'ultimo successivamente fallisca^[27]. Per questa ragione, una volta ottenuta la fideiussione, non sarebbe più meritevole di protezione l'interesse del promissario acquirente a chiedere la declaratoria di nullità, la cui domanda in giudizio configurerebbe appunto un'ipotesi di abuso del diritto.

Come noto, quest'ultima fattispecie è stata ricavata dai principi di buona fede oggettiva e di correttezza e dal più generale principio di solidarietà sociale che trova conferma anche a livello costituzionale^[28]. In particolare, la clausola generale di buona fede svolge un ruolo integrativo del rapporto^[29], ampliandone la portata attraverso una serie di doveri comportamentali di contenuto positivo e negativo^[30]. La sua estensione riguarda sia l'ambito dell'obbligazione (art. 1175 c.c.), sia la disciplina del contratto, andando a coprire la fase delle trattative precontrattuali (art. 1337 c.c.), della pendenza della condizione (art. 1358 c.c.) e dell'esecuzione (art. 1375 c.c.), e fungendo altresì da criterio interpretativo del contratto (art. 1366 c.c.). La buona fede, inoltre, si impone come regola di condotta valida per entrambe le parti, e si specifica in particolari doveri di comportamento, riconducibili a obblighi di lealtà^[31] e di salvaguardia, diretti a preservare l'utilità della controparte nei limiti in cui ciò non importi un apprezzabile sacrificio^[32]. Alla luce di queste considerazioni, si può individuare un comportamento abusivo ogni qual volta il titolare di un diritto, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale per conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà furono attribuiti^[33], trattandosi ora di indagare se tali caratteristiche ricorrono anche nel caso in esame.

4. Ragionevolezza di una terza via ricostruttiva

A ben guardare, non convince pienamente l'ipotesi di qualificare come abusivo il comportamento del promissario acquirente che domandi la dichiarazione di nullità del preliminare in conseguenza del tardivo rilascio della fideiussione, dato che tale circostanza si presta a delle riflessioni di segno opposto.

Non si dubita che in molti casi debba prevalere l'interesse del venditore-costruttore[34] al mantenimento in vita del rapporto, risultando di fatto eccessiva, in considerazione delle concrete circostanze, la nullità del preliminare dopo che sia stato adempiuto, seppur in maniera tardiva, l'obbligo di rilasciare la fideiussione. Tuttavia, è bene osservare che persistono situazioni nelle quali riemerge l'interesse del promissario acquirente ad essere tutelato e, conseguentemente, non si possa definire abusivo l'esercizio del suo diritto di chiedere la declaratoria di nullità.

Dovrebbe infatti considerarsi legittima la proposizione di tale domanda qualora il costruttore-venditore abbia colpevolmente ritardato la consegna della fideiussione, magari sperando nella dimenticanza o, addirittura, nell'ignoranza[35] del compratore in merito al suo diritto di ottenere la garanzia. Similmente non merita di essere protetto l'interesse del costruttore ogni qual volta gli sia stata espressamente domandata la fideiussione, ma ne abbia appositamente ritardato la consegna[36].

In questi casi il costruttore potrebbe chiaramente avvantaggiarsi di tutti i mesi, e forse anche degli anni, che intercorrono prima dell'effettivo rilascio della garanzia: non bisogna dimenticare, infatti, che il rilascio di una fideiussione bancaria o assicurativa ha un costo non indifferente per il costruttore,[37] che potrebbe quindi aver interesse a ritardarne la consegna, ad esempio per ridurre il tempo di copertura della fideiussione e i relativi costi verso l'istituto che la rilascia, oppure semplicemente perché considera la fideiussione come un inutile esborso e spera di ultimare la costruzione dell'immobile in tempi brevi.

Nelle ipotesi sopra viste il comportamento del venditore-costruttore non solo viola l'obbligo di consegnare la fideiussione al momento della stipula del preliminare, ma soprattutto si pone in contrasto con il dovere di buona fede e di correttezza che dovrebbe informare la propria condotta. La teoria dell'abuso del diritto serve infatti a tutelare il contraente fedele da possibili comportamenti elusivi della controparte, al fine di riequilibrare le loro reciproche posizioni: ne deriva quindi che chi per primo abusa dell'altrui buona fede, non può poi invocare tale principio solo quando si rivolge a proprio vantaggio. Di conseguenza, il venditore-costruttore che abbia colposamente o dolosamente ritardato la consegna della fideiussione non merita di essere tutelato, ma dovrà accettare le conseguenze di una situazione che, con il proprio comportamento, ha contribuito a creare.

D'altra parte, come abbiamo già visto, la richiesta del promissario acquirente di dichiarare nullo il contratto non può essere considerata diretta a “agirare surrettiziamente gli strumenti di reazione che l'ordinamento specificamente appronta avverso le condotte di inadempimento della controparte”[\[38\]](#), dato che è proprio la disciplina della vendita di immobili da costruire a consentire di invocare la più forte sanzione della nullità a fronte dell'inadempimento della controparte[\[39\]](#).

Su questa linea, non sembra coerente nemmeno argomentare che la consegna tardiva della fideiussione valga comunque ad assicurare l'interesse che la legge voleva proteggere. Si rifletta a tal proposito sul fatto che il promissario acquirente che riceve tardivamente la fideiussione non consegue lo stesso risultato che avrebbe ottenuto se questa gli fosse stata consegnata al momento della stipulazione del preliminare: egli è infatti rimasto privo di tutela per tutto il periodo di tempo intercorrente tra la stipula del preliminare e la consegna tardiva, a rigore dovendosi attribuire ad una circostanza meramente fortunata quella di non aver subìto le conseguenze – per lui unicamente pregiudizievoli – di un'eventuale insolvenza e crisi del costruttore *medio tempore* [\[40\]](#).

Da ultimo, si ponga mente al fatto che il d.lgs. 14/2019 ha introdotto all'art. 388 una modifica all'art. 6 del precedente decreto d. lgs. 122/2005[\[41\]](#), disponendo che il preliminare avente ad oggetto immobili da costruire sia redatto per atto pubblico o per scrittura privata autenticata[\[42\]](#). Ciò comporta, secondo le indicazioni del Consiglio Nazionale del Notariato, che l'atto preliminare debba essere stipulato con l'intervento del notaio[\[43\]](#), al quale è altresì imposto di verificare ed attestare la correttezza della fideiussione, ribadendo inoltre che “il notaio non stipulerà l'atto in assenza di fidejussione”[\[44\]](#). Tale innovazione è da salutare con favore, dato che l'intervento necessario del notaio avrà anche la funzione di vigilare sul corretto adempimento dell'obbligo di prestare la garanzia da parte del venditore-costruttore, impedendo di procedere alla stipula del preliminare senza di essa. Se quindi, con l'entrata in vigore della nuova disciplina, saranno sempre meno i casi di rilascio tardivo della fideiussione, questi, però, saranno ancora più gravi, perché presupporranno – oltre alla colpa o malafede del venditore-costruttore – anche la violazione da parte del notaio del divieto di ricevere l'atto[\[45\]](#).

Alla luce di queste considerazioni, si può quindi ritenere corretto adottare una via intermedia tra le due soluzioni sopra descritte, dal momento che non è possibile individuare un principio valido in tutti i casi, che impedisca *tout court* al promissario acquirente di domandare la nullità, una volta che gli sia stata consegnata la fideiussione. Come abbiamo visto, il suo tardivo rilascio non basta da solo a qualificare come abusiva la domanda di nullità, ma è da interpretare in base ad

una visione più complessiva del rapporto, in cui assume rilievo il comportamento precedentemente tenuto dal venditore-costruttore. In quest'ottica, qualora emergano forti indici atti ad incrinare irrimediabilmente la fiducia tra le parti, dovrà senza dubbio considerarsi legittimo l'interesse del promissario compratore ad esercitare, in base alla legge, il suo diritto di chiedere la declaratoria di nullità.

[1] In realtà la norma prevede un'accezione molto ampia di acquirente di immobile da costruire, comprendendovi anche, all'art. 1, lett. a), d.lgs. 122/2005: “la persona fisica che sia promissaria acquirente o che acquisti un immobile da costruire, ovvero che abbia stipulato ogni altro contratto, compreso quello di leasing, che abbia o possa avere per effetto l'acquisto o comunque il trasferimento non immediato, a sé o ad un proprio parente in primo grado, della proprietà o della titolarità di un diritto reale di godimento su di un immobile da costruire, ovvero colui il quale, ancorché non socio di una cooperativa edilizia, abbia assunto obbligazioni con la cooperativa medesima per ottenere l'assegnazione in proprietà o l'acquisto della titolarità di un diritto reale di godimento su di un immobile da costruire per iniziativa della stessa”.

[2] L'espressione è di E. Sacchettini, *Una disciplina a prova di sorprese per garantire le vendite su carta*, in *Guida al dir. Sole 24 ore*, 2005, XXX, 31.

[3] Il decreto in esame è stato ampiamente trattato dalla dottrina nel periodo immediatamente successivo alla sua entrata in vigore. *Ex multis*, si vedano i contributi di F. Alcaro, *Il sistema delle garanzie nella nuova disciplina a tutela degli acquirenti di immobili da costruire* (d.leg. n. 122/2005), in *Obbligazioni e contratti*, 2006, 487; R. Corona, *La tutela dei diritti patrimoniali dell'acquirente di immobili da costruire: prime osservazioni (commento a d.leg. 20 giugno 2005 n. 122)*, in *Corriere giur.*, 2005, 1643; G. De Nova, C. Leo, M. Locati, A. Roda, *L'acquisto di immobili da costruire (Decreto Legislativo 20 giugno 2005, n. 122)*, Giuffrè, Milano, 2005, 260; C. Leo, *Le nuove norme a tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, in *Contratti*, 2005, 745.

[4] I profili di tutela del compratore - promissario acquirente sono stati approfonditi da A. Luminoso, *L'acquisto di immobili da costruire e i presupposti delle nuove tutele legali*, in *Riv. giur. sarda*, 2006, 191; D. Manente, *La legge delega sulla tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire (l. 2 agosto 2004 n. 210)*, in *Studium iuris*, 2004, 1466; F. Silla, *Delega al governo per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire (commento alla l. 2 agosto 2004 n. 210)*, in *Guida al dir. Sole 24 ore*, 2004, XXXV, 14; E. Sollini, *Tutelate le persone fisiche che comprano gli immobili in costruzione*, in *Impresa*, 2005, 1789.

[5] L'art. 2, comma 1, del decreto in esame recita "All'atto della stipula di un contratto che abbia come finalità il trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale di godimento su un immobile da costruire o di un atto avente le medesime finalità, ovvero in un momento precedente, il costruttore è obbligato, a pena di nullità del contratto che può essere fatta valere unicamente dall'acquirente, a procurare il rilascio ed a consegnare all'acquirente una fideiussione, anche secondo quanto previsto dall'articolo 1938 del codice civile, 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. Restano comunque esclusi le somme per le quali è pattuito che debbano essere erogate da un soggetto mutuante, nonché i contributi pubblici già assistiti da autonoma garanzia".

[6] Precisamente, l'art. 4 del d.lgs. 122/2005 si riferisce a "una polizza assicurativa indennitaria decennale a copertura dei danni derivanti da rovina totale o parziale oppure da gravi difetti costruttivi delle opere 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, cui sia tenuto ai sensi dell'articolo 1669 del codice civile, 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". Per un approfondimento riguardo a questo secondo tipo di tutela si fa rinvio agli studi di B. Sieff, *Tutela degli acquirenti di immobili da realizzare*, in *Diritto e formazione*, 2004, 1463; G. Vettori, *La tutela dell'acquirente di immobili da costruire: soggetti, oggetto, atti*, in *Obbligazioni e contratti*, 2006, 105; I. Ambrosi, F. Basile, *Tutela degli acquirenti di immobili da costruire a norma del d. leg. 20 giugno 2005 n. 122*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2006, 88; R. Triola, *Vendita di immobili da costruire e tutela dell'acquirente, dopo il d. leg. 20 giugno 2005 n. 122*, Giuffrè, Milano, 2005, 11 ss.

[7] Precisa infatti F. Casarano, *La tutela degli acquirenti di immobili in costruzione*, in *Immobili e proprietà*, 2005, VII, p. 1 ss. Che "La polizza dovrà pertanto essere consegnata dal costruttore all'atto del trasferimento della proprietà, anche se destinata ad operare a partire dalla data di ultimazione dei lavori. La garanzia inoltre è dovuta a prescindere da una situazione di crisi in cui incorra il costruttore, essendo destinata ad operare all'emergere di vizi e difformità dell'edificio realizzato ed il momento in cui tale polizza deve essere materialmente consegnata dal costruttore all'acquirente è quello in cui avviene il trasferimento della proprietà. Gli effetti della polizza decorreranno invece dal momento dell'ultimazione dei lavori, momento che può essere anche successivo a quello del trasferimento della proprietà e quindi

della consegna della polizza”.

[8] Sui rapporti tra compratore e imprenditore fallito si vedano i saggi di D. Cerini, *La protezione degli acquirenti di beni immobili da costruire nel decreto legislativo n. 122/2005: prime riflessioni su finalità e strategie*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2005, 1247 ss.; G. De Marzo, *La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti degli immobili da costruire*, in *Urbanistica e appalti*, 2005, 1127 ss.; A. De Renzis, G. Scaliti., *La nuova disciplina degli acquisti di immobili da costruire (D.Lg. 20 giugno 2005, n. 122)*, Giappichelli, Torino, 2006, 255; G. Rizzi, *La nuova disciplina di tutela dell'acquirente di immobile da costruire*, in *Notariato*, 2005, 433.

[9] Come spiega bene F. Toschi Vespasiani, *Il trasferimento non immediato di immobili da costruire ex art. 6 d. leg. 20 giugno 2005 n. 122*, in *Contratti*, 2006, 808.

[10] Si veda quanto sintetizzato da N. Nisivoccia, *L'acquirente dell'immobile ad uso abitativo di fronte al fallimento del venditore*, in *Giur. Comm.*, 2008, IV, 826 ss.: “Ne risultava che la sorte di chi aveva acquistato beni immobili ad uso abitativo dal fallito (o meglio, da colui il quale era poi fallito) era segnata dalle norme generali, in virtù delle quali dunque il contratto: a) poteva essere revocato come atto a prestazioni sproporzionate o come atto normale (ai sensi dell'art. 67, primo comma, n. 1 e secondo comma), secondo i casi e ricorrendone i presupposti; b) se non ancora compiutamente eseguito, proseguiva o non proseguiva, secondo la scelta del curatore. Tutto qui; e le medesime norme generali erano applicate anche ai contratti preliminari”. Sulle dinamiche relative all'apertura di una procedura concorsuale si rinvia ai contributi di F. D'Ambrosio, *Tutela degli acquirenti di immobili da costruire e fallimento*, in *Nuova giur. civ.*, 2006, II, 171; G. D'Amico, *Vendita dell'immobile da costruire e fallimento*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2007, 213; F. Di Marzio, *Crisi d'impresa e contratto. Note sulla tutela dell'acquirente dell'immobile da costruire*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2006, 31; C. Fiengo, *Sulla tutela degli acquirenti d'immobili da costruire in caso di insolvenza del costruttore*, in *Riv. Dir. impresa*, 2005, 263; G. Finocchiaro, *Le forme di tutela degli acquirenti degli immobili da costruire nelle esecuzioni individuale e concorsuale*, in *Rass. locazione e condominio*, 2006, 123; G. Guzzardi, *Fallimento del venditore e acquisto di immobile da costruire*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2019, VI, 1204; G. Visconti, *La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire*, in *Immobili e proprietà*, 2019, VI, 362.

[11] Si veda sul punto F. Aprile, *Acquisti di immobili da costruire: nuova tutela*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2005, 1123; F. Pascucci, *La delega al Governo per la tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, in *Riv. Dir. Impresa*, 2004, 613; A. Zaccaria, *La nuova disciplina sulla tutela degli acquirenti d'immobili da costruire: lineamenti e principali problematiche*, in

Studium iuris, 2006, VII-VIII, 935.

[12] Si tratta, a ben guardare, di un problema di collocazione del rischio di insolvenza, come sottolinea anche M. Imbrenda, *Individuazione dell'acquirente e distribuzione del rischio nel decreto legislativo n. 122 del 2005*, in *Rass. dir. civ.*, 2006, 690.

[13] Vedi C. Caruso, *La fideiussione a garanzia del pagamento del prezzo di acquisto dell'immobile*, in *Rass. locazione e condominio*, 2006, 135.

[14] Art. 385, comma 1, lett. a), d. lgs. 14/2019.

[15] Art. 3, comma 1, d. lgs. 122/2005.

[16] A riguardo, si riprendono le parole di A. Semprini, *Il deposito prezzo nell'acquisto di immobili da costruire*, in *Contratto e Impr.*, 2019, II, 680: “si richiede che tali fideiussioni presentino alcune caratteristiche «fisse», tra le quali la copertura di tutte le somme corrisposte dal compratore al venditore fino al trasferimento della proprietà, la previsione di un importo massimo fissato dai contraenti (ove redatte ai sensi **dell'art. 1938 c.c.**) e l'espressa rinuncia al beneficio della preventiva escusione del debitore principale, di cui **all'art. 1944, secondo comma, c.c.**.. Tale configurazione, dettata in via inderogabile dal legislatore, pone invero qualche dubbio sulla natura giuridica della fideiussione, potendo la stessa situarsi in un'area parzialmente differente da quelle occupate dalla “fideiussione a prima richiesta” e dal “contratto autonomo di garanzia”.

[17] Così letteralmente art. 2, comma 1, d.lgs. 122/2005.

[18] Vd. A. Luminoso, *Sulla predeterminazione legale del contenuto dei contratti di acquisto di immobili da costruire*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, II, 713; M.C. Paglietti, *La nullità della vendita di immobili da costruire per mancata prestazione della garanzia fideiussoria*, in *Riv. dir. privato*, 2007, 101; G. Palermo, *Lo schema legale dei contratti relativi ad immobili da costruire*, in *Riv. not.*, 2006, 965; R. Triola, *I requisiti del contratto di acquisto degli immobili da costruire*, in *Rass. locaz. e cond.*, 2006, 219.

[19] Come si legge all'art. 2, comma 1, d. lgs 122/2015, in base al quale “il costruttore è obbligato, a pena di nullità del contratto che può essere fatta valere unicamente dall'acquirente, a procurare il rilascio ed a consegnare all'acquirente una fideiussione”.

[20] Soluzione confermata anche dalla recente Cassazione civile sez. II, 18.09.2020, n. 19510, disponibile su *il caso.it*. Si veda, inoltre, la sentenza della Corte d'appello di Lecce, sez. civ. II, n. 222 del 14.5.2015, con nota di A. Busani, *La fideiussione dopo il preliminare non evita la nullità*, in *Quotidiano del diritto, Guida al dir. Sole 24 ore*, 26.01.2016.

[21] Il Legislatore ha così introdotto un caso di “nullità da inadempimento”, come osserva G. Sicchiero, *Nullità per inadempimento?*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 368 ss.; si veda anche C.M. D’Arrigo, *La tutela contrattuale degli acquirenti di immobili da costruire*, in *Riv. not.*, 2006, 911.

[22] Per il tema delle nullità di protezione si rinvia per un maggior approfondimento a M. Girolami, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Cedam, Padova, 2008, 19 ss.; M. Mantovani, *Le nullità e il contratto nullo*, in *I rimedi*, a cura di Gentili, vol. IV, *Trattato del contratto*, Giuffrè, Milano, 2006, 11 ss.; G. Perlingieri, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, ESI, Napoli, 2010, 95 ss.

[23] La cui tutela è funzionale a proteggere anche interessi di carattere super individuale, come, nel caso in esame, quello alla corretta circolazione del bene immobile: sul punto vd. F. 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*, *I quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, 2006, 109 ss.

[24] Così 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 speciali*, in *Riv. not.*, 2005, 723.

[25] Nello stesso senso P. Tommasino, *La nullità del preliminare per l’acquisto di immobili da costruire*, in *Rass. locaz. e cond.*, 2006, 222.

[26] Ci si riferisce a Cassazione Civile, Sez. II, 22 novembre 2019, n. 30555, Pres. Cosentino, Rel. Criscuolo. Per un commento della pronuncia si rinvia a F. Toschi Vespasiani, *Compravendita: quando si può far valere la nullità di protezione senza incorrere in un abuso di diritto?*, in *Il quotidiano giuridico online*, 2020, I, p. 1 ss.

[27] Si esprime in questi termini la sentenza da ultimo esaminata: “Parte della dottrina che ha avuto modo di occuparsi della disciplina di cui al D. Lgs. n. 122/2005, ha condivisibilmente rilevato che, ferma restando anche l’imprescrittibilità dell’azione volta a far valere la nullità di protezione in esame, e non essendo contemplata in maniera espressa alcuna preclusione all’esperimento dell’azione di nullità, ad opera dell’acquirente, successivamente al momento in cui sia stata da lui conseguita la proprietà del fabbricato, ultimato ed agibile, osta all’ammissibilità di siffatta azione la stessa finalità della nullità “di protezione”, in quanto non si vede alcuna ragione per sacrificare l’interesse del costruttore e, soprattutto, quello della successiva circolazione immobiliare, pur in assenza della fideiussione, o della conformazione del

contenuto contrattuale ai sensi di legge, quando l'interesse fondamentale dell'acquirente è stato ormai soddisfatto”.

[28] Si rimanda più nel dettaglio a P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 205 ss.; U. Natoli, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 18 ss.; U. Breccia, *L'abuso del diritto*, in *Dir. priv.*, 1997, III, Cedam, Padova, 15 ss.; D. Messinetti, voce *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1998, aggiornamento II, 1, 13; G. Levi, *L'abuso del diritto*, Giuffrè, Milano, 1993, 55 ss.; F.D. Busnelli, E. Navarretta, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *L'abuso del diritto*, a cura di G. Furgiuele, Cedam, Padova, 1997; M. Messina, *L'abuso del diritto*, Esi, Napoli, 2003, 11 ss.; F. Astone, *L'abuso del diritto in materia contrattuale. Limiti e controlli all'esercizio dell'attività contrattuale*, in *Giur. Mer.*, 2007, II, 8 ss.; G. Marongiu, *Abuso del diritto o abuso del potere?*, in *Corr. Trib.*, 2009, XIII, 1076 ss.; M. Orlandi, *Contro l'abuso del diritto*, in *Obbligazioni e contratti*, 2010, III, 54 ss.; L. Balestra, *Rilevanza, Utilità (e abuso) dell'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, III, 541 ss.

[29] Sulla clausola generale di buona fede si rinvia a A. Di Majo, *La buona fede correttiva di regole contrattuali* in *Corr. giur.*, 2000, XI, 1111 ss.; M. Barcellona, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, 2006, 32 ss.; e F. Piraino, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, 15 ss.; F. Benatti, *La clausola generale di buona fede*, in *Banca, Borsa e titoli di credito*, 2009, I, 241 ss.

[30] Così, letteralmente, G. Finazzi, voce *Diligenza*, in *Dig. disc. Priv.*, 2019, 9.

[31] Si veda, a tal proposito, E. Battelli, *Diritto dei contratti e questioni di razionalità economica*, in *Contratto e impr.*, 2019, 106 ss., secondo il quale “Tutta la normativa codicistica è del resto permeata della preoccupazione del legislatore di prevenire e sanzionare ogni uso improprio dello strumento contrattuale che si traduca nel comportamento di una delle parti in danno dell'altra”.

[32] L'espressione è di C. M. Bianca, *Diritto Civile, L'obbligazione*, 2006, 88, cui si rinvia per un maggior approfondimento. In particolare, si veda p. 93, dove parla di dovere di “salvaguardare quegli interessi socialmente rilevanti del creditore che l'adempimento dell'obbligazione espone a uno specifico rischio di danno”.

[33] Questa definizione riecheggia quella contenuta nella sentenza della Cassazione Civile, Sez. II, 22 novembre 2019, n. 30555.

[34] Per un punto di vista diverso da quello della mera tutela del compratore si veda A. Torroni, *Il d.lgs. n. 122 del 2005 letto con la lente del costruttore*, in *Riv. Not.*, 2007, 879.

[35] Non è ipotesi rara nella previgente disciplina del d. lgs. 122/2005, nella quale, come vedremo, non c'era l'obbligo dell'intervento del notaio per la stipula del preliminare. Era quindi ben possibile che il compratore venisse a conoscenza dell'obbligo di rilascio della fideiussione solo nel momento in cui questa gli fosse stata effettivamente consegnata,

[36] In linea generale, non si può non riflettere sul fatto che il costruttore- promittente venditore si trova in una posizione di vantaggio rispetto al promissario acquirente fin dall'inizio del sorgere del rapporto, dal momento che la stessa disciplina di protezione dell'acquirente prevista dal d.lgs. 122/2005 si applicherà solo nei casi in cui il costruttore abbia chiesto e ottenuto il titolo abitativo. Sul punto si vedano le parole di F. Astone, *Vendita di immobili da costruire: la difficile distinzione tra acquirenti da tutelare e non*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2018, III, 1435 ss.: "si è scelto di intervenire in favore degli acquirenti di immobili da costruire, ma l'operatività della tutela è stata subordinata al ricorrere di presupposti (la richiesta o il rilascio del permesso di costruire) che rientrano nella sfera di controllo del costruttore, sicché è rimesso alla sua discrezionalità decidere se e quando farli scattare".

[37] Così A. Zoppini, *La garanzia fideiussoria vista dall'angolo visuale del costruttore: costi, rischi e problemi*, in *I quaderni della fondazione italiana del notariato*, 2006, I, 1 ss., dove afferma che "In ogni caso, pur non rientrando nella definizione di contratto atipico di garanzia "a prima richiesta", la fideiussione in esame amplifica il rischio d'impresa, sia accentuando le difficoltà per il suo rilascio (posto che il fideiussore valuterà con estrema attenzione la posizione finanziaria del debitore-costruttore), sia innalzando, inevitabilmente, i costi della polizza e, quindi, incidendo sulla strutturazione delle scelte economico-gestionali della società costruttrice. [...] Quindi, può ritenersi fondato il timore che in entrambi i casi l'applicazione delle nuove norme possa tradursi in minor credito alle imprese più rischiose e a tassi più elevati".

[38] Così si legge in Cassazione Civile, Sez. II, 22 novembre 2019, n. 30555.

[39] Si veda R. Lenzi, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, in *Il diritto vivente nell'età dell'incertezza. Saggi sull'art. 28 ed il procedimento disciplinare riformato*, a cura di S. Pagliantini, Giappichelli, Torino, 2012, 30, dove afferma proprio con riguardo all'ipotesi in esame che "L'art. 2 costituisce almeno apparentemente un manifesto caso di nullità da inadempimento e quindi di contaminazione tra regole di comportamento e regole di validità".

[40] In una simile situazione, se si concorda con la tesi che impedisce al compratore di chiedere la nullità a causa del rilascio successivo della fideiussione, si dovrebbe altresì, per coerenza, indennizzare il compratore stesso per il periodo precedente in cui non ha goduto della

protezione della garanzia fideiussoria, evitando che l'illegittimità della richiesta di nullità si traduca, a sua volta, in un indebito vantaggio del costruttore.

[41] In particolare, G. A. M. Trimarchi, *Codice della crisi: riflessione sulle prime norme*, in *Notariato*, 2019, II, 115 sostiene che “Sotto il primo aspetto merita evidenza che il rafforzamento della tutela dell'avente causa degli immobili da costruire passa attraverso il rafforzamento del controllo di legalità notarile che si esprime sia attraverso la previsione di una forma speciale (già) del contratto preliminare e più in generale di tutti quegli atti aventi analoga funzione d'ora in avanti, a pena di nullità, da redigersi per atto pubblico o scrittura privata autenticata (cfr. la nuova formulazione del comma 1 dell'art. 6 del D.Lgs. n. 122/2005) con esclusione, dunque, di ogni altra forma, e con l'obbligo conseguente di assoggettare al medesimo rigore formale anche le procure necessarie a tali atti”.

[42] Il Legislatore ha così seguito la via francese, come auspicato da anni anche dalla dottrina: si veda quanto affermava G. Petrelli, *Gli acquisti di immobili da costruire. Le garanzie, il preliminare e gli altri contratti, le tutele per l'acquirente* (D.Lgs. 20 giugno 2005, n. 122), Ipsoa, Milano, 2005, 158 “Non è, invece, richiesta obbligatoriamente la forma dell'atto pubblico, come avviene invece in diritto francese, il quale assicura così una tutela ben più effettiva all'acquirente, a mezzo del controllo di legalità che il notaio è tenuto ad effettuare sul contenuto del contratto e sui presupposti della sua conclusione. Questo controllo di legalità si esplica, in particolare, nella verifica del previo o contestuale rilascio della garanzia, e nell'assicurare che siano rispettate le norme sul contenuto del contratto”. Si rinvia sul tema anche a A. Barale, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire: dall'esperienza francese alla nuova normativa italiana*, in *Contratto e impresa Europa*, 2005, 810.

[43] Sul punto si rinvia a M. Capecchi, *La protezione del promissario acquirente nel codice della crisi*, in *Contratto e Impr.*, 2020, 1, 92, dove specifica che “Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza ha tentato di intervenire sul problema novellando l'art. 6 del d.lgs. n. 122 del 2005 imponendo la stipulazione del preliminare di immobile in costruzione nella forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata, allo scopo di garantire il controllo di legalità da parte del notaio sull'adempimento dell'obbligo di stipulazione della fideiussione di cui agli artt. 2 e 3 del decreto legislativo citato, nonché dell'obbligo di rilascio della polizza assicurativa indennitaria di cui all'art. 4 del medesimo decreto legislativo”.

[44] Così letteralmente si legge ne *Il decalogo del Notariato sulle nuove tutele per gli acquirenti di immobili in costruzione*, pubblicato in data 14/03/2019 sul sito del Consiglio nazionale del notariato, al link <https://www.notariato.it/it/news/il-decalogo-del-notariato-sulle-nuove-tutele-per-gli-acquirenti-di-immobili-in-costruzione>

tutele-gli-acquirenti-di-immobili-costruzione.

[45] In tale contesto sembra corretto qualificare la stipula dell'atto in mancanza della fideiussione come una violazione da parte del notaio dell'art. 28 della Legge sull'ordinamento del notariato, che proibisce al notaio di "ricevere o autenticare atti: 1. se essi sono espressamente proibiti dalla legge [...]" . Questa stessa argomentazione è stata proposta anche con riferimento alla rinuncia alla consegna della fideiussione da E. M. Sironi, *Immobili da costruire: le nuove tutele degli acquirenti dopo il D. lgs. n. 14/2019*, in *Notariato*, 2019, VI, 625, in cui osserva che "Non può, tra l'altro, trascurarsi la previsione dell'irrinunciabilità alle tutele prescritte dal decreto n. 122/2005, la quale, sebbene fin qui giudicata insufficiente, si colora di un diverso e più pregnante significato alla luce della prescrizione formale ora introdotta dall'art. 388 del decreto n. 14/2019 (e dell'interesse pubblicistico sotteso a tale intervento): mi riferisco alla possibile qualificazione della mancata menzione della fideiussione quale rinuncia tacita alla consegna della fideiussione. In tale prospettiva, la previsione di nullità assoluta (ancorché parziale) di detta rinuncia potrebbe porre il notaio di fronte allo spettro della violazione dell'art. 28, n. 1, L. n. 89/1913". Sulla responsabilità del notaio si rimanda anche a G. Rizzi, *Il divieto di stipula relativo a immobili da costruire: disciplina vigente e nuove prospettive*, in *Notariato*, 2019, IV, 391.