



COMITATO REGIONALE NOTARILE LOMBARDO

CONTENUTO MINIMO DELLA FIDEIUSSIONE – VERIFICHE DEL NOTAIO Orientamento del 20 luglio 2021

A norma dell'art. 389, comma 3, del decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, *“Le disposizioni di cui agli articoli 3 e 4 del decreto legislativo 20 giugno 2005, n. 122, come modificati dagli articoli 385 e 386 del presente codice, si applicano anche nelle more dell'adozione dei decreti di cui agli articoli 3, comma 7-bis, e 4, comma 1-bis, del predetto decreto legislativo e il contenuto della fideiussione e della polizza assicurativa è determinato dalle parti nel rispetto di quanto previsto dalle richiamate disposizioni”*.

Ne consegue che, anche prima dell'adozione del decreto ministeriale previsto dall'art. 3, al notaio compete eseguire la verifica del contenuto della fidejussione in relazione alla sua conformità alla legge (e non al modello ministeriale, ancora non esistente)¹.

Al fine di agevolare l'adempimento dei doveri del notaio in relazione alla contrattazione degli immobili da costruire, si ritiene potersi far riferimento alla lettera della norma e all'esame della giurisprudenza anteriore alla novella, al fine di identificare i requisiti minimi di conformità della fidejussione al contenuto della legge.

Si ritiene, pertanto, che detti requisiti minimi riguardino:

I) i requisiti soggettivi del soggetto emittente, che deve essere una **banca** o un'**impresa esercente le assicurazioni** (art. 3, comma 1);

II) l'unicità della fideiussione (l'art. 2, comma 1, parla espressamente dell'obbligo di procurare il rilascio e di consegnare all'acquirente *“una”* fideiussione, che deve garantire la restituzione di tutte le somme indicate nel contratto preliminare, come da art. 2, comma 1);

III) l'oggetto della garanzia, essendo previsto (art. 2, comma 1) che la fidejussione debba essere *“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”*, escluse *“le somme per le quali è pattuito che debbano essere erogate da un soggetto mutuante, nonché i contributi pubblici già assistiti da autonoma garanzia”*.

Va segnalato che appare conforme a legge la previsione dell'onere a carico dell'acquirente, al fine dell'escussione della fidejussione, di documentare l'intervenuto pagamento al costruttore delle somme previste dal contratto preliminare (si veda, in proposito, l'art. 3, comma 4 del decreto n. 122/2005).

¹ In tal senso anche la risposta a quesito n. 77/2021-P dell'Ufficio Studi del CNN, in CNNnotizie del 29 maggio 2021, secondo la quale *“in attesa dei modelli ministeriali, non potrà che spettare al notaio la verifica della conformità della polizza fideiussoria al contenuto della fideiussione testualmente delineato dalla Decreto legislativo n. 122/2005, per evitare che siano di fatto disattese le tutele ivi prescritte a protezione dell'acquirente e alle quali non si potrebbe rinunciare in base alla norma di chiusura del sistema alla disponibilità privatistica delle parti (art. 5, comma 1-bis del decreto, come modificato dal Decreto legge, 28 marzo 2014, n. 47 convertito con modificazioni, con la Legge, 23 maggio 2014, n. 80)”*.

IV) la durata della garanzia e la sua efficacia:

-la decorrenza della garanzia non può essere successiva alla data di stipula del contratto preliminare (l'art. 2, comma 1, prevede la consegna della polizza "*all'atto della stipula*", il che ne presuppone l'efficacia);

-la cessazione dell'efficacia della garanzia viene espressamente ricollegata dall'art. 3, comma 7, al "*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*" (cioè la menzione della consegna della polizza indennitaria postuma decennale).

Di conseguenza si ritiene contraria alla normativa ogni eventuale clausola pattizia che deroghi al termine legale di efficacia della fidejussione, stante anche l'espresso divieto contenuto nell'art. 5, comma 1-bis, del decreto n. 122/2005 (in tal senso anche la risposta a quesito n. 77/2021-P dell'Ufficio Studi del CNN); in particolare, la giurisprudenza ha ritenuto contraria a legge una fideiussione "a scadenza fissa"² (ad esempio coincidente con il termine per la stipula del contratto definitivo).

Attenta riflessione meritano le clausole che prevedano l'opponibilità all'acquirente dell'eventuale recesso del fideiussore (specie se senza condizioni o in caso di inadempimento del costruttore nel pagamento del premio, dichiarato non opponibile all'acquirente dall'art. 3, comma 5);

V) i presupposti per l'escussione della garanzia, come definiti dall'art. 3, comma 1:

-l'incorrere del costruttore in una "situazione di crisi", evento il cui verificarsi è dettagliatamente descritto dal comma 2 del medesimo articolo, secondo il quale "*La situazione di crisi si intende verificata in una delle seguenti date:*

a) di trascrizione del pignoramento relativo all'immobile oggetto del contratto;

b) di pubblicazione della sentenza dichiarativa del fallimento o del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa;

c) di presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo;

d) di pubblicazione della sentenza che dichiara lo stato di insolvenza o, se anteriore, del decreto che dispone la liquidazione coatta amministrativa o l'amministrazione straordinaria";

-il caso dell'inadempimento all'obbligo assicurativo di cui all'art. 4, situazione che si intende verificata quando il notaio incaricato della vendita abbia rilasciato l'attestazione "*di non aver ricevuto per la data dell'atto di trasferimento della proprietà la polizza assicurativa conforme al decreto ministeriale di cui all'art. 4*" e l'acquirente abbia conseguentemente "*comunicato al costruttore la propria volontà di recedere dal contratto*" preliminare.

Appaiono, pertanto, in contrasto con il dato normativo le clausole che impongono all'acquirente comportamenti, adempimenti e richieste di documentazioni ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge per poter escutere la fideiussione;

VI) il termine per il pagamento da parte del fideiussore: alla luce della chiara previsione dell'art. 4, comma 6, deve ritenersi non conforme a legge e, pertanto, inammissibile, la clausola che deroghi a danno dell'acquirente al termine per il pagamento, fissato in 30 giorni dalla data del ricevimento della richiesta di escussione;

VII) la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale: a norma dell'art. 3, comma 4, "*La fideiussione deve prevedere la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale di cui all'articolo 1944, secondo comma, del codice civile*".

Detti requisiti minimi potranno eventualmente risultare anche dall'integrazione della polizza con un'appendice che recepisca le novità della modifica normativa, idonea a soddisfare i requisiti sopra evidenziati.

Luglio 2021

² Trib. Firenze, 25 novembre 2014; Trib. Ferrara, 14 giugno 2018.