

Corte di Cassazione, sez. II Civile, sentenza 24 febbraio – 10 marzo 2011, n. 5749

Ritenuto in fatto

1. - Nel giudizio per l'esecuzione in forma specifica, ai sensi dell'art. 2932 cod. civ., del preliminare, sottoscritto in data 11 agosto 2006, di vendita di un terreno edificabile con sovrastante corpo accessorio sito in Roncello e di parziale permuta, per tale immobile promesso in vendita, di porzioni immobiliari da costruire sullo stesso terreno, promosso dalla impresa edile C. s.r.l., promissaria acquirente del terreno edificabile, nei confronti dei promittenti venditori A. M., C. R. e S. R. A. M., il Tribunale di Monza, con sentenza in data 19 marzo 2008, ha rigettato la domanda di pronuncia costitutiva e dichiarato la nullità del contratto, per violazione del D.Lgs. 20 giugno 2005, n. 122, art. 2 (Disposizioni per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire, a norma della L. 2 agosto 2004, n. 210), a causa del mancato rilascio della fideiussione da parte della società costruttrice.

2. - La Corte d'appello di Milano, con sentenza resa pubblica mediante deposito in cancelleria il 17 dicembre 2009, ha rigettato il gravame esperito dalla s.r.l. C., dichiarando la nullità del contratto preliminare per una ragione diversa da quella ravvisata dal primo giudice.

La Corte territoriale ha ritenuto sussistente la violazione, non del D.Lgs. n. 122 del 2005, art. 2 bensì dello stesso decreto, art. 6, comma 1, lett. i), (disposizione anch'essa invocata, sia in primo grado che in appello, dalla difesa dei promittenti venditori), a causa della mancata indicazione, nel contratto preliminare, degli estremi del titolo che abilitava a costruire o della sua richiesta, ed ha ritenuto quest'ultima disposizione applicabile anche al contratto preliminare «avente ad oggetto un immobile sulla carta».

Dalla lettura del contratto preliminare dell'11 agosto 2006 - afferma la sentenza della Corte di Milano - è dato evincere ... che a tale data sicuramente il permesso di costruire non era stato richiesto e, dunque, ha errato il primo giudice quando ha accolto la prima eccezione di nullità del contratto preliminare sollevata dai convenuti tempestivamente in sede di comparsa di risposta. Avrebbe dovuto, invece, accogliere la seconda eccezione, pregiudiziale al merito, quella di nullità del contratto preliminare per violazione del D.Lgs. n. 122 del 2005, art. 6 la quale, riproposta tale e quale nel presente giudizio dalla difesa degli appellati, deve ora essere accolta.

3. - Per la cassazione della sentenza della Corte d'appello la s.r.l. C. ha proposto ricorso, con atto notificato il 23 marzo 2010, sulla base di un motivo.

Gli intimati hanno resistito con controricorso.

Considerato in diritto

1. - Nel denunciare violazione e falsa applicazione di norme di diritto in relazione al D.Lgs. n. 122 del 2005, artt. 1, 2 e 6 (Disposizioni per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire, a norma della L. 2 agosto 2004, n. 210), nonché

motivazione insufficiente su un punto decisivo, in relazione all'art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5, la società ricorrente, con l'unico mezzo, si duole che l'art. 6 del citato D.Lgs. sia stato applicato oltre il suo ambito di operatività. Si sostiene che, diversamente da quanto ritenuto dalla Corte d'appello, la speciale normativa di tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire in tanto opera, in quanto sia stato almeno richiesto il permesso di costruire. La Corte territoriale avrebbe trascurato di considerare la peculiarità della fattispecie in esame, caratterizzata dal fatto che la società costruttrice, promittente la cessione dei due appartamenti, non era proprietaria dell'area edificabile, essendo questa, a sua volta, oggetto della promessa di cessione sancita dal preliminare. Ad avviso della ricorrente, la speciale previsione normativa sarebbe applicabile solo al costruttore che, proprietario dell'area da edificare, abbia già progettato la costruzione e, essendovi legittimato, abbia chiesto il permesso di costruire, sostenendo i relativi oneri e ricercando gli eventuali acquirenti. Non sarebbe, invece, applicabile al futuro acquirente dell'area da edificare che debba ancora acquisirla e raggiungere l'accordo con i cedenti sulle condizioni di contratto, in vista della quale non sarebbe ipotizzabile che egli possa o debba attivarsi chiedendo il permesso di costruire.

2. – Il motivo è fondato.

2.1. – Il D.Lgs. n. 122 del 2005 si propone di assicurare protezione alla persona fisica che, in qualità di acquirente o promissaria acquirente, stipula contratti aventi ad oggetto immobili da costruire o in costruzione, e introduce nuovi strumenti di tutela in un settore ove è statisticamente elevato sia il rischio di abusi o di gravi inadempienze da parte di chi aliena, sia il pericolo che per il costruttore sopravvenga una situazione di crisi, che comporti la sua sottoposizione ad esecuzione immobiliare o ad una procedura concorsuale.

A tal fine, il legislatore delegato, tra l'altro:

- (a) mette a disposizione (artt. 2, 3 e 4) gli strumenti negoziali accessori della garanzia fideiussoria e dell'assicurazione, resi obbligatori per preservare le ragioni dell'acquirente nei casi, rispettivamente, di crisi dell'imprenditore e di danni derivanti da rovina o da gravi difetti costruttivi dell'immobile;
- (b) prescrive (art. 6) una serie di contenuti necessari del contratto;
- (c) riconosce (art. 9), a favore dell'acquirente che sia già entrato nel possesso dell'immobile e lo abbia destinato ad abitazione principale propria o di un parente di primo grado, anche nel caso in cui abbia escusso la fideiussione, un diritto di prelazione nell'acquisto dell'immobile, in precedenza negoziato, che venga fatto oggetto di vendita forzata;
- (d) limita (art. 10) l'ambito di esperibilità dell'azione revocatoria fallimentare in relazione agli atti di alienazione di immobili da costruire nei quali l'acquirente si impegni a stabilire, entro dodici mesi dall'acquisto o dall'ultimazione degli stessi, la residenza propria o di suoi parenti o affini entro il terzo grado.

2.2. – Il perimetro di applicazione della nuova disciplina di tutela introdotta dal D.Lgs. n. 122 del 2005 si trova delineato nell'art. 1.

Per quello che qui rileva, gli acquisti protetti - ai quali si applicano le regole sopra indicate - sono quelli aventi ad oggetto immobili da costruire, per tali intendendosi (art. 1, comma 1,

lett. d) gli immobili per i quali sia stato richiesto il permesso di costruire e che siano ancora da edificare o la cui costruzione non risulti essere stata ultimata versando in stadio tale da non consentire ancora il rilascio del certificato di agibilità.

In base alla definizione fornita dal decreto legislativo, possono ritenersi immobili da costruire tutti quegli immobili che si trovano in uno stadio di costruzione che si colloca tra i seguenti due momenti temporali della fase progettuale - edificatoria: dal lato iniziale, dopo l'avvenuta richiesta del permesso di costruire o (ricorrendo le condizioni di cui al D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, art. 22, comma 3, recante il testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia) l'avvenuta presentazione della denuncia di inizio attività; dal lato finale, prima del completamento delle finiture e della conseguente richiesta del certificato di agibilità (il cui rilascio, ai sensi dell'art. 25 del citato testo unico, va domandato entro quindici giorni dall'ultimazione, appunto, dei lavori di finitura dell'intervento). Il riferimento alla presentazione del permesso di costruire come elemento iniziale del predetto arco temporale esclude dall'ambito di applicazione della disciplina di tutela il contratto preliminare avente ad oggetto edifici esistenti soltanto "sulla carta", ossia già allo stato di progetto ma per i quali non sia stato ancora richiesto il permesso di costruire o un titolo equipollente.

2.3. - Tale è, appunto, la situazione verificatasi nel caso di specie.

Come risulta dagli atti di causa, A. M., C. R. e R. A. M. S. hanno "promesso di vendere" all'impresa edile s.r.l. R. un terreno edificabile, con soprastante corpo accessorio, e la parte promissaria acquirente si è impegnata a realizzare e a cedere ai promittenti venditori, in permuta parziale, due appartamenti del progettato edificio da costruire (un bilocale composto da soggiorno - cottura, camera da letto, disimpegno e bagno posto a piano terra, con portici e giardino privato con accesso indipendente; altro bilocale composto da soggiorno - cottura, camera da letto, disimpegno e bagno posto a piano terra, con relativo sottotetto, cantina e box singolo di pertinenza posti a piano interrato, portici e giardino privato, ingresso indipendente tramite ampio portico privato).

È altresì pacifico che, al momento della stipulazione, nessuna richiesta di titolo abilitativo per la progettata attività costruttiva era già stata avanzata, essendo soltanto previsti l'obbligo della società promissaria acquirente di "presentare, a propria cura e spese, al Comune di Roncello i progetti edilizi per l'ottenimento dei necessari permessi relativi a tutti gli immobili realizzabili sul terreno oggetto di compravendita, il tutto nel rispetto delle normative urbanistiche vigenti", nonché l'impegno di entrambe le parti di procedere alla stipulazione dell'atto pubblico definitivo "entro e non oltre quindici giorni dal rilascio del primo permesso di costruire o denuncia di inizio attività relativi al progetto, in modo che alla parte promissaria acquirente sia consentito subentrare alla parte promittente venditrice negli obblighi nei confronti del Comune prima del rilascio del permesso di costruire medesimo, o dell'efficacia della denuncia di inizio attività".

2.4. - La sentenza impugnata, nel giungere alla censurata soluzione, sottolinea l'esigenza di pervenire ad una "tutela forte e completa", che ponga il promissario, destinatario della

vicenda traslativa non immediata di un diritto reale su un immobile da costruire, "al riparo da ogni sorpresa".

La sentenza impugnata evidenzia, in effetti, un profilo di criticità del decreto delegato.

L'edificio esistente soltanto "sulla carta", ossia già allo stato di progetto ma per il quale non sia stato ancora richiesto il titolo abilitativo, è anch'esso un immobile da considerare in una prospettiva dinamica, ossia rispetto al quale è prevista una successiva attività edificatoria ad opera del venditore.

Ed anche in una contrattazione "sulla carta" di un immobile da costruire per il quale non sia stato neppure richiesto il permesso di costruire o presentata la denuncia di inizio di attività, si pongono esigenze di tutela dell'acquirente, del tutto analoghe a quelle che, a salvaguardia della sicurezza dell'acquisto dell'immobile in costruzione, ricorrono allorché la negoziazione si sviluppi in una vicenda nella quale l'iter urbanistico è già iniziato.

L'esclusione del promissario acquirente di immobili "sulla carta" dal raggio di applicazione del decreto delegato per un verso comporta che le misure di protezione da esso previste sono destinate a non operare proprio là dove il rischio per l'acquirente è ancora più accentuato, potendo l'immobile da costruire essere destinato a rimanere tale solo nelle intenzioni del costruttore; per l'altro, offre a quest'ultimo un facile strumento di elusione per sottrarsi agli oneri, anche economici, che vengono posti a suo carico dal decreto delegato, potendo questi essere indotto a preferire la stipulazione del preliminare prima di richiedere il provvedimento abilitativo, così evitando di dover offrire la fideiussione e l'assicurazione fideiussoria.

2.5. - A tale riguardo, il Collegio non conviene con la tesi, prospettata da una parte della dottrina, secondo cui dalla regola che limita l'applicazione della nuova normativa di tutela ai soli immobili per i quali sia già stato richiesto il permesso di costruire, si dovrebbe desumere, a contrario, l'illiceità del contratto preliminare che programmi il trasferimento di un immobile esistente soltanto "sulla carta".

Questa soluzione è stata avanzata sul rilievo che la delimitazione dell'ambito di applicazione della nuova normativa ai soli casi in cui è stato richiesto il provvedimento abilitativo troverebbe giustificazione nell'intento legislativo di contrastare l'abusivismo edilizio: ratio pubblicistica, quest'ultima, dalla quale dovrebbe desumersi, per ragioni attinenti al regolare funzionamento del mercato immobiliare, la nullità - non già relativa, ma assoluta per illiceità dell'oggetto - del contratto preliminare riguardante un'immobile da costruire, nel caso in cui il relativo permesso non sia stato ancora domandato. Questa Corte osserva, in senso contrario, come il D.Lgs. n. 122 del 2005 non giustifica affatto l'interpretazione secondo cui una norma, qual è l'art. 1, comma 1, lett. d), dettata con valenza puramente definitoria al fine di delimitare l'ambito di applicazione delle nuove misure, possa costituire un limite di siffatta portata all'autonomia contrattuale nei rapporti tra costruttore e promissario acquirente.

È poi da escludere - come la dottrina più avvertita non ha mancato di sottolineare - che la ratio della nuova normativa protettiva dell'acquirente sia quella di contrastare l'abusivismo edilizio. Se l'intento primario del decreto delegato fosse stato quello di predisporre un ulteriore strumento civilistico per la repressione dell'abusivismo edilizio, da affiancare a quello discendente dal D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46 (che sanziona con la previsione della nullità gli atti tra vivi aventi per oggetto il trasferimento o la costituzione di diritti reali su edifici la cui costruzione sia iniziata dopo il 17 marzo 1985, ove da essi non risultino, per dichiarazione dell'alienante, gli estremi del permesso di costruire o del permesso in sanatoria), allora il legislatore avrebbe dovuto, per coerenza sistematica, esigere, come presupposto dell'applicabilità della disciplina, non già la presentazione della richiesta del permesso di costruire, ma l'ottenimento del titolo edilizio.

D'altra parte, la circostanza che il titolo abilitativo non sia stato ancora protocollato agli atti del Comune al momento della stipula del preliminare avente ad oggetto un edificio progettato "sulla carta", ma la cui costruzione non sia ancora iniziata, non significa che le parti vogliano poi trasferire un bene abusivo: in quel momento, se la costruzione del fabbricato non è stata ancora iniziata, non è stato commesso alcun abuso e non è stata violata alcuna disposizione urbanistico - edilizia.

La tesi della incommerciabilità degli edifici da costruire prima della richiesta del permesso non è priva, infine, di inconvenienti.

Essa, infatti, comporterebbe la nullità di un contratto preliminare di permuta del suolo in cambio di un edificio che il costruttore si obbliga a costruire sul terreno che lo vede destinatario della promessa di acquisto (costruttore al quale, tra l'altro, prima della stipulazione, non potrebbe essere rilasciato il permesso di costruire, giacché questo, ai sensi del D.P.R. n. 380 del 2001, art. 11 può essere dato esclusivamente al proprietario del suolo o a chi abbia titolo per richiederlo: cfr. Cons. Stato, Sez. 4^a, 18 gennaio 2010, n. 144); e la comporterebbe anche in caso, come quello di specie, nel quale le parti non hanno inteso programmare la costruzione e l'acquisto di un immobile abusivo, ma hanno soltanto inteso differire ad un momento successivo l'attivazione delle pratiche per l'ottenimento del titolo edilizio e per la realizzazione di un edificio "nel rispetto delle normative urbanistiche vigenti".

2.6. - Escluso, dunque, che dal D.Lgs. n. 122 del 2005 discenda, in mancanza di una previsione espressa di divieto, l'impossibilità di stipulare contratti - con effetti meramente obbligatori - aventi ad oggetto edifici "sulla carta", per i quali non sia stato ancora richiesto il permesso di costruire, il Collegio ritiene, peraltro, che non vi siano spazi per un'interpretazione estensiva che, in nome dei principi costituzionali, ricomprenda nell'ambito definitorio, e quindi applicativo, del citato decreto legislativo il preliminare di vendita di edifici soltanto progettati.

La chiarezza testuale della formula adoperata del D.Lgs. n. 122 del 2005, dall'art. 1, comma 1, lett. d), tra l'altro corrispondente alle indicazioni contenute nella L. 2 agosto 2004, n. 210, il cui art. 1, comma 1, delegava il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi recanti norme per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili per i

quali sia stato richiesto il permesso di costruire e che siano ancora da edificare o la cui costruzione non risulti essere ultimata versando in stadio tale da non consentire ancora il rilascio del certificato di agibilità - preclude la possibilità di un'interpretazione adeguatrice. L'univoco tenore letterale di una norma segna, infatti, il confine in presenza del quale il tentativo di ermeneusi costituzionalmente orientata deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale (cfr. Corte cost., sentenze n. 219 del 2008 e n. 26 del 2010).

2.7. - Sennonché, un dubbio di legittimità costituzionale che - in relazione alla omogeneità delle fattispecie poste a raffronto e alla ratio complessiva dell'intervento legislativo - mirasse a denunciare, sotto il profilo del principio di ragionevolezza (art. 3 Cost.), l'ingiustificato riferimento limitante alla richiesta del permesso di costruire come presupposto per l'attivazione della tutela, non sarebbe nella specie rilevante. Invero, ciò di cui si controverte è quali siano le conseguenze derivanti dall'inosservanza della prescrizione (di cui al cit. D.Lgs., art. 6, comma 1, lett. i) che impone - a fini di chiarezza, completezza e precisione del contenuto contrattuale - l'indicazione degli estremi del permesso di costruire o della sua richiesta o di ogni altro titolo abilitativo. È evidente che una tale prescrizione ha un senso in quanto il preliminare abbia ad oggetto un edificio per il quale, nel momento in cui viene stipulato il contratto, sia già stato richiesto il permesso di costruire, mentre sarebbe priva di ratio là dove, appunto, l'edificio oggetto della contrattazione sia soltanto progettato "sulla carta", prima della richiesta del permesso.

2.8. - Sussiste, in conclusione, l'error in iudicando denunciato dalla ricorrente.

Poiché, infatti, al momento della stipulazione del preliminare l'immobile da costruire era esistente soltanto "sulla carta", ma non era ancora stato neppure richiesto il permesso di costruire o presentata la denuncia di inizio di attività, l'immobile negoziato non rientra tra quelli oggetto del presente decreto (per usare l'espressione contenuta nell'incipit dell'art. 6, comma 1), perché non ricade nell'intervallo temporale che consente di intenderlo "da costruire" ai fini dell'applicazione della normativa introdotta dal D.Lgs. n. 122 del 2005.

Alla Corte d'appello era pertanto precluso, versandosi al di fuori dell'ambito oggettivo di operatività del decreto legislativo, interrogarsi sulle conseguenze derivanti dall'inosservanza della norma (art. 6, comma 1, lett. i) che, con riguardo al contenuto minimo del contratto avente ad oggetto un immobile da costruire, prescrive che esso "deve contenere ...gli estremi del permesso di costruire o della sua richiesta se non ancora rilasciato, nonché di ogni altro titolo, denuncia o provvedimento abilitativo alla costruzione".

3. - La sentenza impugnata è cassata.

La causa deve essere rinviata ad altra sezione della Corte d'appello di Milano. Il giudice del rinvio provvederà anche sulle spese del giudizio di cassazione.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso, cassa, la sentenza impugnata e rinvia la causa, anche per le spese del giudizio di cassazione, ad altra sezione della Corte d'appello di Milano.