

## CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

Studio n. 5729/C

### **L'immobile "da costruire" nella bozza di decreto legislativo di attuazione della legge delega 210/2004**

*La Commissione Studi Civilistici il 4 aprile 2005 delibera di destinarlo alla pubblicazione nella Sezione "Materiali" della Rivista Studi e Materiali – Quaderni semestrali.*

E' stato approvato dal Governo lo schema di decreto legislativo (di seguito indicato per brevità "Dec. L.vo") di attuazione alla legge 2 agosto 2004 n. 210 recante delega al governo per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire.

L'art. 1 del "Dec. L.vo" così dispone

*"1. 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 e a consegnare all'acquirente una fideiussione di importo pari 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 escluse le somme per le quali è pattuito che debbano essere erogate da un eventuale soggetto mutuante.*

*2. Per le società cooperative, l'atto equipollente a quello indicato al comma 1 consiste in quello con il quale siano state versate somme o assunte 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."*

La nuova disciplina di tutela consiste, pertanto, nell'obbligo per il costruttore di prestare all'acquirente una garanzia fideiussoria, ed è prevista nel caso di trasferimento di *immobili da costruire*.

Tra i molteplici interrogativi e dubbi interpretativi che la nuova normativa sta suscitando, assume particolare rilevanza quello che concerne la definizione stessa di *"immobile da costruire"*. La questione assume particolare rilevanza se si tiene conto che la violazione dell'obbligo di rilascio e consegna della fideiussione è sanzionata con la nullità dell'atto (seppure "relativa" in quanto può essere fatta valere solo dall'acquirente).

Da segnalare che nel "*Dec. L.vo*", per individuare l'oggetto dell'acquisto da tutelare, non viene utilizzata la stessa espressione utilizzata invece nella legge delega: infatti se nella legge delega si parla di immobili *"che siano ancora da costruire o la cui costruzione non risulti essere ultimata versando in stadio tale da non consentire ancora il rilascio del certificato di agibilità"* (art. 1 comma primo legge 210/2004) nel decreto delegato, invece, si parla *sic et simpliciter* di immobili *"che siano ancora da costruire"*.

Quando, pertanto, si è in presenza di un *"immobile da costruire"* ai fini dell'applicazione della nuova normativa di tutela?

Nella pratica, in relazione allo stato del procedimento ed all'avanzamento dei lavori, si possono ipotizzare le seguenti fattispecie:

- A)** *fabbricato con progetto solo predisposto, ma non ancora presentato ai competenti uffici Comunali;*
- B)** *fabbricato per il quale sia stato richiesto il permesso di costruire ma lo stesso non sia ancora stato formalmente rilasciato o per il quale sia stata presentata la denuncia di inizio attività (ricorrendo le condizioni di cui all'art. 22 terzo comma D.P.R. 380/2001 Testo Unico in materia edilizia) senza che sia ancora trascorso il termine di trenta giorni per poter dare inizio ai lavori;*
- C)** *fabbricato riguardo al quale non sono iniziati i lavori di costruzione benché sia già stato rilasciato il permesso di costruire o siano già trascorsi i trenta giorni dalla data di presentazione della denuncia di inizio attività (ricorrendo le condizioni di cui all'art. 22 terzo comma D.P.R. 380/2001 Testo Unico in materia edilizia) <sup>(1)</sup>;*
- D)** *fabbricato riguardo al quale sono già iniziati i lavori di costruzione in forza di regolare permesso di costruire o in quanto siano già trascorsi i trenta giorni dalla data di presentazione della denuncia di inizio attività*

*(ricorrendo le condizioni di cui all'art. 22 terzo comma D.P.R. 380/2001 Testo Unico in materia edilizia) <sup>(2)</sup>, ma gli stessi non siano ancora giunti al rustico, comprensivo delle mura perimetrali ed alla copertura;*

- E)** *fabbricato riguardo al quale sia già stato eseguito il rustico, comprensivo delle mure perimetrali delle singole unità, e sia stata completata la copertura, il tutto in forza di regolare permesso di costruire o di denuncia di inizio attività (ricorrendo le condizioni di cui all'art. 22 terzo comma D.P.R. 380/2001 Testo Unico in materia edilizia), senza peraltro che siano state eseguite tutte le opere di completamento (impianti, finiture ecc.) necessarie al fine del rilascio dell' agibilità;*
- F)** *fabbricato per il quale sia già stato richiesto il rilascio dell'agibilità (o addirittura già dichiarato agibile anche per silenzio-assenso) in quanto già completato anche con riguardo alle finiture.*

Innanzitutto dall'ambito di applicazione della nuova normativa di tutela va esclusa la fattispecie di cui sub A).

*Infatti l'art. 4 del "Dec. L.vo" stabilisce che la nuova normativa di tutela si applica agli edifici per i quali successivamente alla data di entrata in vigore del decreto medesimo sia stato richiesto il permesso di costruire o altra denuncia o provvedimento abilitativo.*

Sono pertanto esclusi dalla disciplina di tutela:

- a) *l'acquirente di edifici per i quali il permesso di costruire o altra denuncia o il provvedimento abilitativo siano stati richiesti prima dell'entrata in vigore del "Dec. L.vo";*
- b) *l'acquirente di edifici per i quali non sia stato ancora richiesto il permesso di costruire o altra denuncia o il provvedimento abilitativo e per i quali, pertanto, il progetto edificatorio sia stato solo predisposto dal venditore, ma non ancora presentato ai competenti Uffici Comunali.*

Ed a maggior ragione deve ritenersi esclusa la tutela per l'acquirente nel caso di costruzione abusiva, realizzata in assenza del permesso di costruire o di altro titolo abilitativo <sup>(3)</sup>. Perché si possa applicare la nuova disciplina di tutela si dovrà dunque fare riferimento ad un progetto per il quale sia stata fatta regolare richiesta di rilascio di titolo abilitativo <sup>(4)</sup>.

Per quanto riguarda invece le altre fattispecie sopra considerate (*quelle sub da B a F*) si tratta di verificare quando si sia in presenza di un "fabbricato da costruire" ovvero di un fabbricato da considerarsi "ultimato" e quindi estraneo alla nuova normativa di tutela.

Nel nostro ordinamento esistono delle disposizioni che definiscono quando un fabbricato può considerarsi ultimato (e quindi non più "da costruire"); ricordiamo in proposito:

- *l'art. 31 secondo comma legge 47/1985* che, in tema di condono edilizio, ai fini dell'individuazione delle opere condonabili in relazione all'epoca di realizzazione, così dispone: *"si intendono ultimati gli edifici nei quali sia stato eseguito il rustico e completata la copertura ovvero, quanto alle opere interne agli edifici già esistenti e a quelle non destinate alla residenza, quando siano state completate funzionalmente"*
- *l'art. 2645 bis ultimo comma cod. civ.*, in tema di trascrizione del preliminare, a sua volta così dispone: *"si intende esistente l'edificio nel quale sia stato eseguito il rustico, comprensivo delle mura perimetrali delle singole unità e sia stata completata la copertura"*.

Per entrambe le suddette disposizioni il fabbricato si intende ultimato e quindi esistente ogniqualvolta sia stato realizzato il rustico e completata la copertura.

Ma tali definizioni, a nostro parere, appaiono applicabili solo quando il legislatore ricollegli determinati effetti alla venuta ad esistenza del fabbricato <sup>(5)</sup>, ritenendo sufficiente, a tal fine, un fabbricato individuabile come tale, e quindi realizzato nella sua struttura "essenziale", senza che assumano rilievo impianti, finiture ed accessori.

Ma nel caso di specie le finalità perseguite dal decreto in commento sono ben altre: si tratta infatti di tutelare l'acquirente, riconoscendogli la possibilità di recuperare tutto quanto dallo stesso già sborsato prima della acquisizione definitiva della proprietà di un edificio da costruire.

Stante le diverse finalità, sembra, pertanto, più coerente, fare riferimento, nel caso di specie, alla disciplina della legge delega, anche se non richiamata espressamente ed integralmente nel "*Dec. L.vo*", piuttosto che a quella dettata dall'art. 31 legge 47/1985 o dall'art. 2645 *bis* c.c.

Riteniamo, pertanto, che la nuova normativa di tutela riguardi acquirenti di immobili *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*. Conseguentemente va esclusa dall'ambito di applicazione della nuova normativa anche la fattispecie di cui *sub F)*, posto che la stessa riguarda fabbricati già pervenuti ad uno stadio che consente il rilascio del certificato di agibilità o addirittura per i quali l'agibilità si è già formata.

Rimangono ancora da esaminare le fattispecie di cui *sub B-C-D- ed E*, per le quali peraltro le conclusioni differiscono in relazione al tipo di contratto che di fatto viene stipulato tra le parti.

Così mentre per le fattispecie di cui *sub B, C, e D* riteniamo che la nuova disciplina di tutela si applichi in ogni caso, a prescindere dal tipo di contratto stipulato, per la fattispecie di cui *sub E* l'applicabilità o meno della nuova disciplina di tutela dipende invece dal tipo di contratto stipulato. La nuova disciplina, infatti, si applica sia ad immobili da costruire ma a condizione che gli stessi costituiscano oggetto di contratti privi di effetti traslativi immediati.

Così dispone l'art. 1 del "Dec. L.vo" che sul punto ribadisce quanto già previsto nell'art. 2 della legge delega ove si fa riferimento ad ogni tipo di contratto, compreso il leasing, che comporti l'acquisto o comunque il trasferimento non immediato, della proprietà o di diritti reali limitati su edifici da costruire.

In pratica sembra che il legislatore abbia subordinato l'applicazione della nuova normativa di tutela al fatto che il soggetto acquirente, a fronte del pagamento di un prezzo o comunque della prestazione di un corrispettivo (che può essere, a sua volta, costituito dal trasferimento immediato della proprietà o altro diritto reale di un bene) non abbia ancora acquisito la proprietà (o altro diritto reale) del fabbricato da costruire o in quanto non sia stato ancora stipulato il negozio traslativo (come nel caso del preliminare) od in quanto pur essendovi il titolo, in realtà manchi ancora l'oggetto della proprietà (o di altro diritto reale) non essendo il fabbricato ancora venuto ad esistenza. (come nel caso di vendita *ex art. 1472 c.c.*).

Ed il legislatore delegato infatti oltre che parlare espressamente di contratto avente come finalità il trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale, fa continui riferimenti, nello stabilire contenuto ed effetti della garanzia fideiussoria, proprio al momento del trasferimento della proprietà del fabbricato: così la *fideiussione deve essere di importo pari alle somme e al valore di ogni altro eventuale corrispettivo che il costruttore ha riscosso e deve ancora riscuotere dall'acquirente stesso prima del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento (art. 1)*; ed ancora *l'efficacia della fideiussione cessa al momento del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale o dell'atto definitivo di assegnazione (art. 2 comma settimo)*.

Da tali considerazioni discende che la nuova disciplina troverà applicazione:

- per i fabbricati di cui *sub "B"*, *sub "C"* e *sub "D"* sempre ed in ogni caso: infatti i contratti aventi per oggetto tali fabbricati non potranno che avere

effetti obbligatori, anche quanto trattasi di atto di compravendita, avendo per oggetto beni non ancora venuti ad esistenza, e ciò giusta quanto disposto dall'art. 1472 c.c.

- per i fabbricati di cui sub "E" solo nel caso in cui costituiscano oggetto di contratti ad effetti obbligatori (ad esempio il preliminare) o che comunque non comportino il trasferimento "immediato" della proprietà (ad esempio vendita con riserva della proprietà)

Ne discende, pertanto, che l'applicabilità della nuova disciplina di tutela dipende oltre che dalle caratteristiche del fabbricato da trasferire anche dal tipo di contratto che si va a stipulare.

Così, ad esempio, nel caso venga stipulato un *contratto preliminare* la garanzia fideiussoria sarà dovuta sia per i fabbricati di cui sub B), C) e D) che per i fabbricati di cui sub E), in quest'ultimo caso, peraltro, solo qualora il venditore assuma a proprio carico le opere di completamento sino alla richiesta o addirittura al rilascio dell'agibilità.

Se invece viene stipulato un *atto di compravendita* la garanzia fideiussoria sarà dovuta solo nel caso di fabbricati di cui sub B), C) e D) ma non anche nel caso di fabbricati di cui sub E), in quanto in quest'ultimo caso si esula dall'ambito di applicazione dell'art. 1472 c.c.: avendo il contratto per oggetto un edificio già "venuto ad esistenza" si ha l'immediato trasferimento della proprietà

La disciplina in oggetto, pertanto, non si applicherà nel caso (assai diffuso, peraltro nella pratica) di cessione di fabbricato in corso di costruzione (comunque rientrante nella fattispecie di cui sub E), rispetto al quale peraltro il venditore non si assuma alcun obbligo di completamento delle opere, completamento che viene invece assunto a proprio carico dalla parte acquirente. (cd. "*cessione al grezzo*"). E ciò sia che si tratti di contratto ad effetti obbligatori (ad es. preliminare) che di contratto ad effetti reali (ad es. vendita). In questo caso infatti la prestazione del venditore deve intendersi esaurita al momento della stipula del contratto, per quanto concerne la "costruzione del fabbricato" ed il prezzo convenuto riguarda il fabbricato nello stato in cui si trova al momento della stipula del contratto.

Da tutto quanto sopra esposto risulta con evidenza come ai fini dell'applicazione della disciplina in commento assuma particolare rilevanza *il momento in cui il "fabbricato viene ad esistenza"*. Se si tratta poi di un contratto di compravendita tale circostanza assume particolare rilevanza, in relazione agli effetti da riconoscere al contratto (reali immediati o semplicemente obbligatori).

Non si può nascondere come nella pratica tale circostanza non sia facilmente accertabile, in quanto circostanza che non risulta da alcun documento ufficiale (non è prevista alcuna comunicazione di tale circostanza agli Uffici Comunali).

Al riguardo si possono ipotizzare due possibili soluzioni, posto che non spetta di certo al Notaio, privo fra l'altro delle necessarie competenze tecniche, fare simili accertamenti:

- *o si ricorre ad una perizia asseverata o ad una relazione tecnica da parte di tecnico abilitato (da allegare, possibilmente, all'atto)*
- *o si ricorre ad una dichiarazione di parte (in questo caso il costruttore), possibilmente nella forma della dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà.*

E' preferibile, ovviamente, la prima soluzione.

Peraltro nel caso in cui oggetto del contratto, per volontà delle parti, sia un edificio completato in ogni sua parte, e quindi idoneo ad essere agibile, l'accertamento, al fine di stabilire se sia applicabile la nuova disciplina di tutela si dovrà attenere ai "documenti ufficiali" in questo caso, invece, disponibili.; infatti al fine di evitare incertezze legate alla verifica di situazioni di fatto non sempre facilmente rilevabili, riteniamo che, in questo caso, si debba fare riferimento alla documentazione urbanistica in essere presso gli uffici Comunali; così ad esempio se, al momento della stipula di un contratto preliminare, è stata presentata la domanda di rilascio del certificato di agibilità (che presuppone ex art. 25 T.U. il completamento delle opere di finitura) la disciplina sulla nuova tutela non sarà più applicabile (*versando il fabbricato in stadio tale da consentire il rilascio del certificato di agibilità*); in caso contrario sarà invece applicabile a prescindere da quella che era la situazione di fatto all'epoca della sottoscrizione dell'atto.

L'accertamento attraverso la perizia, la relazione tecnica o la dichiarazione di parte sarà invece necessario nel caso della cd. *"cessione al grezzo"* con assunzione delle opere di completamento a carico dell'acquirente. In questo caso, come sopra già ricordato, diventa essenziale stabilire, ai fini della non applicabilità della disciplina in commento, se il fabbricato al momento del contratto sia o meno "venuto ad esistenza".

Una particolare considerazione merita inoltre la fattispecie della vendita di fabbricato da costruire per quanto riguarda i rapporti tra la disciplina codicistica dell'art. 1472 c.c. e la nuova disciplina introdotta dal *"Dec. L.vo"*.

L'art. 1472 c.c. stabilisce che *"nella vendita che ha per oggetto una cosa futura l'acquisto della proprietà si verifica non appena la cosa viene ad esistenza"*.

Qualora le parti non abbiano previsto espressamente nel contratto quando il fabbricato dovrà considerarsi "venuto ad esistenza" (con conseguente prodursi dell'effetto traslativo), la norma cui può farsi riferimento, al fine di stabilire tutto ciò, per analogia di situazione, può, fondatamente, ritenersi quella dell'art. 2645 bis c.c. a sensi della quale *"si intende esistente l'edificio nel quale sia stato eseguito il rustico, comprensivo delle mura perimetrali delle singole unità e sia stata completata la copertura"*.

Ma se ciò è vero, alla luce della nuova disciplina di tutela introdotta dal "*Dec. L.vo*", potrebbero prodursi degli effetti "indesiderati" per l'acquirente (e forse non voluti dal legislatore), in quanto la garanzia fideiussoria verrebbe a cessare prima del completamento dell'edificio, lasciando in tal modo "scoperto" l'acquirente della necessaria tutela, nel caso in cui lo stesso avesse già corrisposto l'intero prezzo o comunque un prezzo superiore al valore del "rustico".

Facciamo un esempio per meglio illustrare la situazione: Tizio vende a Caio un fabbricato con le caratteristiche sopra illustrate sub *B*), *C*) o *D*). Caio paga l'intero prezzo di €. 250.000,00 al rogito. Tizio in adempimento degli obblighi posti dal "*Dec. L.vo*" consegna a Caio una polizza fideiussoria a garanzia dell'intero importo corrisposto di €. 250.000,00 (si tratta infatti di contratto che non comporta il trasferimento immediato della proprietà rientrando nella fattispecie di cui all'art. 1472 c.c.). Una volta realizzato il rustico, comprensivo delle mura perimetrali delle singole unità e completata la copertura (per un valore di €. 130.000,00, riferendosi i restanti €. 120.000,00 agli impianti ed alle finiture), il fabbricato in questione deve considerarsi "venuto ad esistenza" con conseguente verificarsi dell'effetto traslativo della proprietà ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1472 c.c. Ma l'art. 2 comma 7 del "*Dec. L.vo*" stabilisce che *"l'efficacia della fideiussione cessa al momento del trasferimento della proprietà ..."*. Pertanto la fideiussione prestata di €. 250.000,00 viene a cessare in questa fase del rapporto con la conseguenza che l'acquirente rimane privo di qualsiasi garanzia per le somme già versate in sede di rogito e riferibili alle opere di completamento (che abbiamo quantificato in €. 120.000,00).

Si pone ovviamente l'esigenza di ovviare a questa situazione per una più completa tutela dell'acquirente.

In questo senso si possono ipotizzare due distinte soluzioni:

- 1) o prevedere espressamente in contratto che, secondo la volontà delle parti, il fabbricato da costruire dovrà intendersi "venuto ad esistenza" ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1472 c.c., con conseguente prodursi dell'effetto traslativo, solo al completamento delle opere di finitura ed alla

richiesta del certificato di agibilità (cosicché anche la polizza fideiussoria prestata cesserà nel momento in cui sono state completate le opere finitura e viene richiesto il rilascio dell'agibilità)

- 2)** ovvero prevedere due distinte polizze fideiussorie:
- una per l'intero importo corrisposto (nell'esempio sopra fatto €. 250.000,00) in esecuzione degli obblighi discendenti dal "Dec. L.vo", polizza peraltro destinata a cessare nel momento in cui viene realizzato il rustico, comprensivo delle mure perimetrali delle singole unità e completata la copertura;
  - una seconda polizza (su base volontaria) dell'importo riferibile alle opere di completamento (nell'esempio sopra fatto €. 120.000,00) con effetto a decorrere dal momento in cui cessa di efficacia la prima polizza e sino al momento in cui viene richiesto il rilascio dell'agibilità (o addirittura sino al momento in cui si forma, anche per silenzio assenso, l'agibilità).

Per l'accertamento del momento in cui è venuto ad esistenza l'edificio e si è prodotto l'effetto traslativo, con conseguente cessazione della prima polizza e "attivazione" invece della seconda polizza, le parti potranno rimettersi ad apposita relazione di tecnico di comune fiducia (ad esempio lo stesso direttore lavori).

*Giovanni Rizzi*

- 
- (1)** Semprechè il dirigente o responsabile dell'ufficio Comunale non abbia notificato l'ordine motivato di non eseguire l'intervento a sensi dell'art. 23 sesto comma D.P.R. 380/2001 (Testo Unico in materia edilizia)
- (2)** vedi nota 1
- (3)** Riteniamo invece applicabile la tutela nel caso di costruzione in "totale difformità" dal titolo edilizio, che, se da un lato impedisce la commerciabilità del bene dall'altro non deve privare l'acquirente della tutela, quanto mai opportuna in questo caso, proprio per il fatto che non potrà essere perfezionato l'atto di trasferimento della proprietà dell'edificio; il "Dec. L.vo", infatti, subordina la applicabilità della tutela al fatto che sia stato richiesto il rilascio del titolo abilitativo edilizio e non al fatto che l'edificio venga successivamente costruito in conformità allo stesso.
- (4)** Ovvero sia stata presentata una D.I.A. nei casi in cui la nuova costruzione possa essere eseguita in forza di D.I.A. (art. 22 terzo comma T.U.)
- (5)** Simile definizione oltre che ai casi specifici della sanatoria edilizia e della trascrizione del preliminare, potrebbe, ad esempio trovare applicazione, in mancanza di espressa previsione delle parti contenuta nel contratto, con riguardo alla fattispecie della vendita di bene futuro in relazione a quanto disposto dall'art. 1472 c.c.

*(Riproduzione riservata)*