



SALVATORE MONTICELLI

Professore ordinario di Diritto privato – Università di Foggia

SULLA NATURA “EQUIVOCA” DELLA NULLITÀ DEGLI ATTI TRASLATIVI DI IMMOBILI ABUSIVI *

SOMMARIO: 1. I termini della quaestio nullitatis rimessi alla interpretazione nomofilattica delle Sezioni Unite. – 2. Le tesi della natura solo “formale/documentale”, e testuale, o anche “sostanziale”, ma virtuale, delle nullità espresse dagli art. 17 e 40 l. 47/85 nonché dall’art. 46 t.u. in materia edilizia. – 3. Verifica e confutazione degli argomenti a sostegno della natura anche “sostanziale” delle nullità in questione. – 4. Segue: la quaestio dell’incidenza delle carenze sostanziali della conformità edilizia sulla validità dell’atto conforme alle prescrizioni formali: analisi e confutazione. – 5. La ulteriore tesi della sussistenza di una nullità formale che presuppone la necessaria corrispondenza del requisito sostanziale al dato dichiarato; analisi e confutazione. – 6. La rilevanza, sotto il profilo interpretativo, di un equo bilanciamento degli interessi coinvolti nella esclusione della ricorrenza di una nullità “sostanziale”. – 7. Nullità “sostanziale” e conseguente incertezza operativa: rilievi conclusivi.

1. – L’ordinanza interlocutoria n. 20061/18, del 9 gennaio 2018, della Seconda Sezione Civile della Corte di Cassazione, di remessione degli atti alle Sezioni Unite, affronta la tematica della nullità del contratto traslativo di diritti reali immobiliari per violazione delle norme in materia urbanistica ed edilizia con riferimento a quanto disposto dall’art. 46 T.U. in materia edilizia di cui al DPR. 6 giugno 2001 n. 380 e dagli artt. 17, e 40, comma 2, della Legge 28 febbraio 1985, n. 47.

Segnatamente il Collegio remittente sottopone al vaglio delle SS.UU., in via prioritaria, la controversa questione della natura “formale” o “sostanziale” della nullità contemplata nelle predette disposizioni, questione che, come si riferisce, ve-

* Lo scritto riproduce, con talune aggiunte e le note, il testo della relazione svolta al Convegno di Studi presso la Corte Suprema di Cassazione, in data 22 gennaio 2019, sul tema “*Questioni di Diritto Civile all’esame delle Sezioni Unite. La disciplina urbanistica e le declinazioni delle nullità: nullità formali, sostanziali e testuali*”.

JUS CIVILE



de la giurisprudenza tanto di merito quanto di legittimità non univocamente orientata.

Nel riportare i termini del contrasto giurisprudenziale, il Collegio remittente premette che la previsione della nullità degli atti relativi a costruzioni abusive venne introdotta nell'ordinamento dalla legge n. 10/1977 (c.d. legge Bucalossi). La norma, all'art. 15, comma 7, (poi abrogato dall'art. 2 della l. 47/85) così recitava: “gli atti giuridici aventi per oggetto unità edilizie costruite in assenza di concessione sono nulli ove da essi non risulti che l'acquirente era a conoscenza della mancanza della concessione”; già precedentemente, peraltro, la sanzione della nullità era stata prevista dalla legge n.

765/1967 (cd. “legge ponte”), all'articolo 10, per gli atti di compravendita di terreni abusivamente lottizzati”.

Con la successiva legge n. 47 del 1985 (c.d. legge sul condono edilizio) il legislatore ha previsto, all'art. 17, che “Gli atti tra vivi, sia in forma pubblica, sia in forma privata, aventi per oggetto trasferimento o costituzione o scioglimento della comunione di diritti reali, relativi ad edifici, o loro parti, la cui costruzione è iniziata dopo l'entrata in vigore della presente legge, sono nulli e non possono essere stipulati ove da essi non risultino, per dichiarazione dell'alienante, gli estremi della concessione ad edificare o della concessione in sanatoria rilasciata ai sensi dell'articolo 13. Tali disposizioni non si applicano agli atti costitutivi, modificativi o estintivi di diritti reali di garanzia o di servitù.” e, successivamente, ha altresì disposto che “Se la mancata indicazione in atto degli estremi non sia dipesa dalla insussistenza della concessione al tempo in cui gli atti medesimi sono stati stipulati, essi possono essere confermati anche da una sola delle parti mediante atto successivo, redatto nella stessa forma del precedente, che contenga la menzione omessa”.

All'art. 40 della legge in questione, ulteriormente si specifica che: “Gli atti tra vivi aventi per oggetto diritti reali, esclusi quelli di costituzione, modificazione ed estinzione di diritti di garanzia o di servitù, relativi ad edifici o loro parti, sono nulli e non possono essere rogati se da essi non risultano, per dichiarazione dell'alienante, gli estremi della licenza o della concessione ad edificare o della concessione rilasciata in sanatoria ai sensi dell'articolo 31 ovvero se agli atti stessi non viene allegata la copia per il richiedente della relativa domanda, munita degli estremi dell'avvenuta presentazione, ovvero copia autentica di uno degli esemplari della domanda medesima, munita degli estremi dell'avvenuta presentazione e non siano indicati gli estremi dell'avvenuto versamento delle prime due rate dell'obla-

JUS CIVILE



zione di cui al sesto comma dell'articolo 35. Per le opere iniziate anteriormente al 1° settembre 1967, in luogo degli estremi della licenza edilizia può essere prodotta una dichiarazione sostitutiva di atto notorio, rilasciata dal proprietario o altro avente titolo, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 4 della legge 4 gennaio 1968, n. 15, attestante che l'opera risulti iniziata in data anteriore al 1° settembre 1967".

Si intende fin d'ora sottolineare che il tenore di tutte le disposizioni di cui innanzi consegna all'interprete un **quadro equivoco**, ove le finalità di contrasto all'abusivismo edilizio, pur dichiarate nei lavori preparatori delle varie norme richiamate, appaiono non adeguatamente sorrette dalla lettera dell'impianto normativo che, nelle prescrizioni adottate, sembra anzi privilegiare profili diversi da quelli della tutela dell'interesse pubblico ad impedire, sempre e comunque, la circolazione giuridica di cespiti immobiliari abusivi.

Quanto innanzi, come si cercherà di dimostrare, comporta la conseguenza di sminuire la funzione, riservata al diritto civile, d'incidenza in via diretta sul risultato, sul momento terminale, della condotta antigiuridica dell'autore dell'opera abusiva.

Come si è efficacemente sottolineato¹, infatti, "il soggetto dedito all'abusivismo per fini speculatori – ... – mira a lottizzare o a costruire *contra legem* nell'intento d'immettere successivamente nel commercio giuridico i singoli lotti di terreno o gli edifici, posto che proprio nella previsione delle successive alienazioni di tali beni egli trae lo stimolo economico, rispettivamente, a lottizzare o a costruire".

Al diritto civile, segnatamente, ove fosse stata prevista, attraverso la comminatoria *secca* della nullità degli atti traslativi di cespiti abusivi, o se si vuole attraverso la dichiarata incommerciabilità di essi, sarebbe stata demandata, dunque, la soluzione idonea a far venir meno l'interesse economico che funge da motore al fenomeno dell'abusivismo.

L'impianto normativo apprestato dal legislatore non sembra, però, rispondente alla declinata finalità, ed infatti la pur prevista sanzione civilistica della nullità è sempre accompagnata da condizionamenti all'operatività che ne fanno dipendere, se non annichiliscono, l'effettività, alimentando, di conseguenza, l'incertezza degli interpreti dibattuti, fin dai primi commenti alla disciplina in oggetto, tra una lettura in chiave strettamente rispettosa della lettera delle disposizioni e, all'opposto, una lettura che consenta di piegare le stesse, al di là dell'enunciato testuale, alla finalità di efficace contrasto all'abusivismo edilizio.

¹ C. Donisi, *Abusivismo edilizio e invalidità negoziale*, Napoli, 1986, 11.



In questa dicotomia interpretativa si incentra il contrasto giurisprudenziale cui le Sezioni unite sono chiamate a dare risoluzione e risposte.

E così, riassumendo i termini del dibattito, si fronteggiano due diverse chiavi di lettura delle disposizioni di cui agli artt. 17 e 40, comma 2, della l. n. 47/85: precisamente una teoria c.d. della nullità formale e/o documentale, seguita dalla giurisprudenza più risalente della Cassazione² e da parte della dottrina³, secondo la quale dato euristico preminente, nell'interpretazione della norma, va attribuito al dato letterale e, quindi, al requisito formale che, se rispettato, esclude l'operatività della nullità del contratto. E pertanto, è ritenuta sufficiente ad escludere l'effetto dirimente la menzione in atto della avvenuta costruzione in data anteriore al 1 settembre 1967 o degli estremi del provvedimento autorizzativo e ciò indipendentemente dalla circostanza che la costruzione sia avvenuta effettivamente in data anteriore al 1 settembre 1967 o in base a regolare provvedimento autorizzativo. In altri termini, secondo questa impostazione, si è ritenuto che la presenza in atto di detta menzione **sia di per sé sufficiente** ad assicurarne la validità, anche se, per avventura, tale menzione non fosse veritiera, non corrispondendo ad essa una conforme realtà fattuale o giuridica.

In sostanza l'atto è e rimane valido per il solo fatto che sia osservato il requisito formale, ossia vi siano menzionati un provvedimento autorizzativo o la avvenuta costruzione anteriormente al 1 settembre 1967 anche se si tratta di dichiarazione falsa ed anche se il provvedimento citato non esiste o l'edificio è stato costruito dopo il 1967 in assenza di provvedimento autorizzativo o in difformità di esso⁴.

²La giurisprudenza precedente all'ottobre 2013 era pressoché unanime nel ritenere «che, pur ritenendo interessante la tesi della c.d. nullità sostanziale, i canoni normativi dell'interpretazione della legge non consentono di attribuire al testo normativo un significato che prescinda o superi le espressioni formali in cui si articola (...) e non può non essere considerato il fatto che i casi di nullità previsti dalla norma indicata sono tassativi e non estensibili per analogia e la nullità prevista dall'art. 40 cit. è costituita unicamente dalla mancata indicazione degli estremi della licenza edilizia, ovvero dell'inizio della costruzione prima del 1967»: cfr. Cass., 5/7/2013, n. 16876, in *Mass. Giust. civ.*, 2013. Analogamente, si sono espresse altresì: Cass., 5/4/2001, n. 5068, in *Mass. Giust. civ.*, 2001; Cass., 7/12/2005, n. 26970, *ivi*, 2006; Cass., 18/9/2009, n. 20258, in *Giust. civ.*, 2010, I, 335, *Vita not.*, 2010, 265, *Riv. giur. edil.*, 2010, 128; Cass., 2/9/2011, n. 18039, in *Giur. civ.*, 2012, I, 1537.

³Malagutti, *La validità degli atti di disposizione di fabbricati alla luce della L. 28 febbraio 1985, n. 47*, in *Riv. notar.*, 1986, 431 ss.; Baralis-Ferrero-Podetti, *Prime considerazioni sulla commerciabilità degli immobili dopo la l. 28 febbraio 1985, n. 47*, *ivi*, 1985, 538; A. Morello, *La circolazione dei beni immobili e l'attività del notaio*, in *Corr. giur.*, 1985, 1159; P. Putti, *Contrattazione preliminare e sistema di invalidità negoziale*, in *I contratti*, 2002, 229; G. Santarcangelo, *Condominio edilizio. Formalità e nullità degli atti tra vivi*, Giuffrè, 1991, 131 ss.; P. Zanelli, *Il condono edilizio: vecchie e nuove nullità*, in *Contr. e impr.*, 1995, 1236 ss., *Id.*, *Commento all'art. 40 della legge n. 47/1985*, in *NLCC*, 1985, 1238;

⁴Sul punto, sia pure con considerazioni critiche, G. Rizzi, *La nullità degli atti negoziali per violazione del-*



A tale impostazione ha fatto seguito un diverso orientamento, che diremo sostanzialista, maturato nella giurisprudenza della Cassazione nel 2013, con le sentenze gemelle della II sezione, nn. 23591 e 28194, decise nella medesima udienza del 18.6.2013.

Secondo la Corte l'articolo 40 della l. 47/85 esprimerebbe, nel suo dettato certamente non limpido, il «principio generale della nullità (di carattere sostanziale) degli atti di trasferimento di immobili non in regola con la normativa urbanistica, cui si aggiunge una nullità (di carattere formale) per gli atti di trasferimento di immobili in regola con la normativa urbanistica o per i quali è in corso la regolarizzazione, ove tali circostanze non risultino dagli atti stessi». Tale prospettiva interpretativa trarrebbe fondamento nella clausola di salvaguardia o, se si preferisce, di “sanatoria” della nullità, contenuta nello stesso articolo 40, comma 3, l. 47/85. La norma, infatti, prevede la possibilità che l'atto nullo venga confermato mediante un atto successivo contenente le menzioni omesse, ma solo nell'ipotesi in cui la mancanza delle dichiarazioni non sia dipesa dall'insussistenza della licenza o della concessione o dell'inesistenza della domanda di concessione in sanatoria al tempo dello stipula del contratto.

All'attenzione delle Sezioni unite l'ordinanza interlocutoria, in ragione del caso oggetto di controversia, devolve preliminarmente la questione circa il fondamento o meno dell'affermata natura “sostanziale” della nullità in questione con la precisazione che “tale orientamento, in sostanza, riconduce la nullità urbanistica al disposto del primo comma dell'art. 1418 c.c., ossia nell'ambito delle nullità c.d. “virtuali”, laddove l'orientamento precedente considerava tale nullità come una nullità “testuale” ai sensi dell'ultimo comma del medesimo articolo 1418 c.c.”.

Così delineati i confini del quesito, si può svolgere qualche considerazione in proposito.

2. – La tesi c.d. sostanzialista, direi prevalente in dottrina⁵ e seguita, come si è

le norme in materia urbanistica ed edilizia, in *Federnotizie* del 2 agosto 2018 <https://www.federnotizie.it/la-nullita-degli-atti-negoziali-per-violazione-delle-norme-in-materia-urbanistica-ed-edilizia>

⁵ Cfr., sia pure con argomentazioni non univoche, G. Alpa, *Commento all'art. 17 della legge n.47/1985*, cit., 1086; S. Cardarelli, *La legge 28 febbraio 1985, n. 47, nei suoi riflessi sull'attività notarile*, in *Riv. notar.*, 1986, 287 ss.; A. Cataudella, *Nullità formali e nullità sostanziali nella normativa sul condono edilizio*, in *Quadrimestre*, 1986, 497 ss.; L. Giacobbe, *Per una verifica teorico applicativa della legge 47/1985 sulla sanatoria edilizia: alla ricerca di un'identità*, in *Riv. notar.*, 1985, 285 ss.; A. Luminoso, *I nuovi regimi di circolazione giuridica degli edifici, dei terreni e degli spazi a parcheggio (prime impressioni sulla l. 28 feb-*

JUS CIVILE



detto, solo dalla più recente giurisprudenza, trae, per lo più, sostegno essenzialmente da una argomentazione “a contrario”: ed infatti, desume che la norma esprima un principio generale della nullità (di carattere sostanziale) degli atti di trasferimento di immobili *non* in regola con la normativa urbanistica, non già da una enunciazione espressa in tal senso, bensì argomentando *a contrario* dalla constatazione che essa consente il recupero dell’atto nullo, attraverso una successiva dichiarazione di conferma, solo nel caso in cui l’immobile sia sostanzialmente in regola con la normativa urbanistica, seppur carente sotto il profilo della rappresentazione nel documento negoziale di tale sostanziale regolarità. Come a dire: poiché solo il trasferimento dell’immobile che è in regola con le norme urbanistiche è confermabile, laddove, invece, esso non sia in regola l’atto traslativo non è confermabile e, quindi, è vietato.

Di qui l’enunciato della coesistenza nell’art. 40, cit., di una nullità non espressa ma desumibile in via interpretativa e, perciò virtuale e non sanabile nonché di una nullità espressa, dunque testuale, ma eccezionalmente sanabile, sussistendo una previsione in tal senso. La *ratio* della norma, dunque, sarebbe ad un tempo quella, prioritaria, di sancire una sostanziale incommerciabilità degli immobili realmente abusivi e, nel contempo, ma sotto il profilo degli interessi in gioco, con valenza ridotta, di sancire l’obbligatorietà anche di un peculiare formalismo dell’atto, la cui mancanza è, però, *ex post* rimediabile.

3. – Il primo problema che si pone, dunque, è quello relativo alla verifica della sussistenza o meno, nel caso *de quo*, di una nullità virtuale, il che presume che sia acclarato sia che la negoziazione che abbia ad oggetto un immobile abusivo contrasti con una norma proibitivo/imperativa, sia, successivamente da punto di vista logico/interpretativo, che la legge non disponga altrimenti dalla nullità.

Ebbene, più argomenti, fanno dubitare che la norma in questione contenga la previsione di un divieto, di natura imperativa, concernente la circolazione e, dunque, la commerciabilità, sempre e comunque, degli immobili abusivi.

Anzitutto al riguardo una prima considerazione si impone: come è noto il disposto del comma 1, dell’art. 1418 c.c. enuncia un principio generale rivolto a disciplinare

braio 1985, n. 47), in *Quadrimestre*, 1985, 326 ss.; V. Mariconda, *I controlli del notaio in materia urbanistica*, in *Corr. Giur.*, 1985, 647, Id. *Nullità urbanistiche e disciplina generale del contratto nullo: le nullità relative ai terreni*, in *Corr. giur.*, 1987, 751 ss.; U. Salvestrone, *Incommerciabilità dei beni e autonomia negoziale*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, 493 ss.

JUS CIVILE



quei casi in cui alla violazione di precetti imperativi, contenuti in una norma proibitiva⁶ o forse precettiva⁷, specie nella misura in cui questa sia convertibile in un divieto, non si accompagna la previsione espressa della nullità. Ma nel caso di specie l'ipotizzata nullità virtuale dovrebbe trarre fondamento in una disposizione proibitiva, di natura imperativa, **non esplicita**, giacché, come opportunamente rileva il Collegio remittente, si registra l'assenza di “*un solido riscontro nella lettera della legge*”; manca cioè qualsivoglia appiglio testuale da cui poter desumere la sussistenza non solo della nullità in questione ma anche di un divieto della stipulazione di atti traslativi di beni immobili abusivi.

In altri termini ci si troverebbe di fronte ad una nullità virtuale, desumibile da una norma proibitiva-imperativa **anch'essa virtuale**.

Si è sottolineato in dottrina⁸, proprio con riferimento alla disciplina che ci occupa, che “In materia di nullità l'art. 1418 comma 1° non ammette altro che previsioni testuali”.

Affermazione che va meglio specificata nel senso che non è ammissibile far discendere una nullità virtuale da un divieto **non esplicito o meglio criptico** quale sarebbe quello asseritamente desumibile dagli artt. 17 e 40, l. 47/85.

Nel contempo estendere la nullità al di là della previsione letterale di essa in mancanza del requisito formale della dichiarazione di cui ai citati articoli 17 e 40, l. 47/85, significa accedere «ad una interpretazione superletterale del disposto normativo – che richiede la menzione “per dichiarazione dell'alienante” della concessione, senza richiedere verifica, – per creare ex nihilo un nuovo disposto normativo che aggiunga una frase di questo tipo “nel presupposto della veridicità della dichiarazione stessa e della sua attinenza e rispondenza allo stato di fatto dei beni oggetto del contratto”»⁹.

Spostando poi il *focus* sull'interesse che tale supposta norma proibitivo-im-

⁶ G.B. Ferri, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, 160, evidenza: “Essendo principio fondamentale dell'ordinamento quello della libera autonomia contrattuale, e ponendosi le norme imperative ... come un limite funzionale, risulta evidente che esse non possono che consistere se non in un divieto: sono, cioè, necessariamente proibitive, non già precettive od ordinarie.”

⁷ Sottolinea G. Mastropasqua, *Art. 1418, co.1. c.c.: La norma imperativa come norma inderogabile*, in *Jus Civile*, 2013, 12, 881, sulla scia di G. Villa, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, 85, che è possibile convertire una norma precettiva (un comando di fare) in un divieto (inteso genericamente quale obbligo di non fare).

⁸ P. Zanelli, *Il condono edilizio: vecchie e nuove nullità*, cit.

⁹ P. Zanelli, *op. ult. cit.*

JUS CIVILE



perativa dovrebbe tutelare, va rilevato che, come evidenziato tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, in generale, la nullità virtuale non consegue dalla violazione di qualsiasi norma imperativa ma solo dalla violazione di quelle norme imperative che riguardano l'aspetto funzionale del negozio: ossia da quelle norme imperative che, nell'esprimere un divieto alla conclusione di un determinato contratto, qualificano come non meritevole di tutela l'interesse concretamente perseguito dalle parti con una determinata negoziazione. Ebbene, a tal fine va considerato l'*incipit* tanto dell'art. 17 quanto dell'art. 40, della l. 47/85. Esso espressamente circoscrive l'operatività delle norme agli "atti tra vivi"; come si ebbe immediatamente ad osservare da tutti i commentatori della disciplina in questione, l'inequivoco dettato della legge esprime una chiara scelta del legislatore volta ad escludere l'operatività della norma, e, dunque, la nullità, successivamente prevista, a prescindere se sostanziale o formale, rispetto alle disposizioni testamentarie aventi ad oggetto edifici abusivi. Si che, come efficacemente si è osservato¹⁰, "il costruttore abusivo ben può disporre validamente per testamento del prodotto del reato da lui commesso a favore dei suoi eredi o legatari". Aggiungasi che il dato testuale delle norme in questione ne circoscrive ulteriormente l'operatività agli atti "aventi per oggetto trasferimento o costituzione o scioglimento della comunione di diritti reali", risultando, perciò, esclusi e, dunque, pienamente validi, non potendo rientrare nella previsione proibitiva, tutti gli atti aventi per oggetto edifici abusivi produttivi di effetti solo obbligatori: si pensi, per tutti, ai contratti di locazione o di affitto concernenti edifici abusivi ed anche al contratto preliminare, comunque valido anche se carente delle menzioni in questione, fatta salva l'impossibilità della esecuzione in forma specifica¹¹ ove non sia prodotta,

¹⁰ C. Donisi, *op. cit.*, p. 40.

¹¹ Cfr., condivisibilmente, Cass. civ., Sez. VI – 2 Ord., 22/01/2018, n. 1505, in *CED Cassazione*, 2018, secondo cui: "In assenza della dichiarazione, nel contratto preliminare o in un atto successivamente prodotto in giudizio, degli estremi della concessione edilizia, ed in mancanza di allegazione della domanda di concessione in sanatoria, con gli estremi del versamento delle prime due rate della relativa oblazione, il giudice non può pronunciare la sentenza di trasferimento coattivo di diritti reali su edifici o loro parti, prevista dall'art. 2932 c.c., perché l'art. 40, comma 2, della legge n. 47 del 1985, che richiede le predette dichiarazioni o allegazioni, a pena di nullità, per la stipulazione degli atti tra vivi aventi per oggetto diritti reali (che non siano di servitù o di garanzia) relativi ad edifici o loro parti, indirettamente influisce anche sui presupposti necessari per la pronuncia della sentenza di cui all'art. 2932 c.c., che, avendo funzione sostitutiva di un atto negoziale dovuto, non può realizzare un effetto maggiore e diverso da quello che sarebbe stato possibile alle parti o un effetto che, comunque, eluda le norme di legge che governano, nella forma e nel contenuto, l'autonomia negoziale delle parti; il limite predetto non può essere superato dalla astratta possibilità della successiva sanatoria della nullità, prevista, per i contratti, dall'art. 40, comma 4, della legge n. 47 del 1985 (che espressamente consente la successiva "conferma", con effetto sanante, del negozio viziato)

JUS CIVILE



nel corso del giudizio, la dichiarazione contenente gli estremi del titolo edificatorio, ed in mancanza di allegazione della domanda di concessione in sanatoria, con gli estremi del versamento delle prime due rate della relativa oblazione¹².

Aggiungasi, ulteriormente, che perfino nell'ambito degli atti traslativi, costitutivi o estintivi di diritti reali, il legislatore ha operato una ulteriore limitazione; infatti, ha escluso espressamente dall'ambito di operatività delle norme citate, gli atti con cui si costituiscono, modificano o estinguono diritti reali di garanzia o di servitù.

Il quadro d'insieme tracciato, dunque, basato sulla considerazione della lettera del testo normativo, solleva più di un dubbio in ordine sia ad un supposto obiettivo primario della normativa in questione di rendere giuridicamente impraticabile ogni forma di utilizzazione degli immobili abusivi, sia, di conseguenza, della sussistenza di un interesse pubblico, sotteso ad una implicita norma proibitiva-imperativa, a reprimere l'immissione sul mercato di edifici irregolari, vietando, con ciò, non solo il comportamento (edificazione abusiva) di una delle parti, oggetto della legge penale, ma anche l'assetto contrattuale cui le parti sono pervenute in relazione all'opera abusivamente edificata. In altri termini nella fattispecie che ci occupa anche la legge penale che punisce il costruttore abusivo non contribuisce a fornire argomenti a favore della tesi sostanzialistica in quanto essa sanziona il comportamento del costruttore ma non il regolamento contrattuale con il quale si dispone dell'opera costruita: dunque non configura un c.d. reato-contratto.

La tesi sostanzialistica, d'altra parte non può trovare consistenti appigli neppure riconducendo il fondamento della nullità, non all'impervio percorso della nullità virtuale di cui al comma 1 dell'art. 1418 c.c., bensì al comma 2 della stessa norma, in ragione, secondo taluni, di una illiceità dell'oggetto¹³ in quanto prodotto di un reato,

attesa l'evidente incompatibilità tra l'istituto della conferma dell'atto nullo, previsto dalla predetta disposizione, e le peculiari caratteristiche della sentenza e l'autorità del giudicato che questa è destinata ad acquistare". Cfr., anche, Cass. civ., Sez. II, 26/04/2017, n. 10297, in *Quotidiano Giuridico*, 2017, ove si legge: "La sanzione della nullità prevista dall'art. 40, L. 28 febbraio 1985, n. 47, con riferimento a vicende negoziali relative ad immobili privi della necessaria concessione edificatoria, trova applicazione nei soli contratti con effetti traslativi e non anche con riguardo ai contratti con efficacia obbligatoria, quale il preliminare di vendita, come si desume dal tenore letterale della norma, nonché dalla circostanza che, successivamente al contratto preliminare, può intervenire la concessione in sanatoria degli abusi edilizi commessi o essere prodotta la dichiarazione prevista dalla stessa norma, ove si tratti di immobili costruiti anteriormente al 1° settembre 1967. Ne consegue che, anche nel caso in cui il preliminare abbia ad oggetto un immobile privo della concessione edificatoria, si ritiene costituito tra le parti un valido vincolo giuridico. Analogamente, anche, Cass. civ., Sez. VI – 2, 29/04/2016, n. 8489, in *CED Cassazione*, 2016.

¹² Cass. civ., Sez. VI – 2, 29/04/2016, n. 8489, cit.

¹³ Per la giurisprudenza, in tal senso, Trib. Venezia, 9/2/1978, in *Riv. Giur. Edil.*, 1978, I, 531 e ss.



secondo altri di una impossibilità giuridica relativa dell'oggetto¹⁴ del contratto per assenza nel bene oggetto del medesimo del provvedimento concessorio.

Ed infatti, con riferimento ad entrambe le riferite prospettazioni è agevole rilevare che se così fosse va da sé che tale nullità, per la supposta illiceità e impossibilità dell'oggetto, dovrebbe sussistere in relazione a tutti gli atti aventi ad oggetto beni di quel tipo, e non soltanto agli atti fra vivi, per di più solo traslativi, ed inoltre con le limitazioni innanzi evidenziate quanto ai diritti reali di garanzia o di servitù.

La palese artificiosità di siffatte prospettazioni, considerato il testo normativo e le limitazioni in esso contenute in ordine all'operatività a tutto campo della nullità, rende poco convincente, sotto il profilo sistematico, anche la tesi¹⁵ che reputa che, nel caso più grave, di assenza della concessione ad edificare, si determinerebbe una inidoneità relativa del bene realizzato, posto che essa sussisterebbe o meno a seconda del tipo contrattuale prescelto dalle parti¹⁶; inidoneità che si risolverebbe, quindi, in una impossibilità (giuridica) relativa dell'oggetto da cui conseguirebbe la nullità dell'atto che troverebbe la sua giustificazione nella correlazione dell'art. 17, comma 1, l. 47/85 con gli artt. 1346 e 1418, comma 2, c.c.¹⁷.

¹⁴ C. Donisi, *Abusivismo edilizio e invalidità negoziale*, cit., più di recente, *La Marca, Nullità urbanistiche e preliminare di vendita di immobili abusivi: inammissibile l'esecuzione ex art. 2932, cod. civ.*, in *NGCC*, 2008, I, 703; A. Marrese, *Qualità del bene immobile e validità del contratto*, in *Persona e Mercato*, 2014, 169-170, secondo il quale "La nullità del contratto avente ad oggetto un immobile abusivo non discenderebbe ...dalla violazione degli artt. 17 e 40 della legge 47/85 ma dal sistema codicistico e dagli effetti che lo stesso ricollega alla illiceità o alla impossibilità dell'oggetto".

¹⁵ C. Donisi, *Abusivismo edilizio e invalidità negoziale*, cit., 92 e ss.

¹⁶ Peraltro argomentando dall'art. 46, comma 5, t.u. edilizia, le nullità di cui all'art. 17, cit., non si applicano neppure agli atti derivanti da procedure esecutive immobiliari, individuali o concorsuali.

¹⁷ In senso critico cfr. Cass. 6/12/1984, n. 6399, in *Giur. It.*, 1984, I, 1, 1512, che evidenzia: "Allorquando la compravendita abbia per oggetto un immobile costruito in difformità del progetto edilizio approvato, non si ha nullità del contratto per illiceità o impossibilità dell'oggetto né vizio della cosa venduta, secondo la previsione dell'art. 1490 c. c., non vertendosi in tema di anomalia strutturale della cosa stessa, bensì si verifica una fattispecie riconducibile al paradigma dell'art. 1489 c. c. per il quale il compratore può chiedere la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo, quando la cosa risulti gravata da oneri o diritti reali o personali non apparenti che ne diminuiscano il libero godimento; pertanto, quando, in conseguenza della accertata difformità della costruzione rispetto al progetto edilizio sopraggiunga l'ordine amministrativo di demolizione dell'opera illegittima, si producono gli effetti sostanziali dell'evizione totale o parziale (art. 1483, 1484 c. c.), a seconda che sia disposta la eliminazione integrale o soltanto per una parte della costruzione, e, quindi, il venditore, anche se non tenuto alla garanzia per essere l'acquirente a conoscenza della difformità dell'immobile rispetto al progetto approvato, dovrà pur sempre restituire a quest'ultimo il prezzo e rimborsargli le spese, salvo il caso in cui la compravendita sia stata conclusa a rischio e pericolo del compratore".

JUS CIVILE



4. – Un’ultima considerazione va fatta: come detto, si sostiene che la possibilità della conferma consegue solo **se ne sussistono i presupposti**, ossia la concessione edilizia, e, pertanto, ciò porterebbe a dedurre che presupposto per la validità dell’atto sia, *a contrario*, la regolarità sostanziale, non solo dichiarata, del cespite trasferito. Senonché tale argomento è chiaramente smentito dal tenore letterale della norma stessa che sancisce **solo** che è la “*manca di dichiarazione*” che può essere corretta, in via suppletiva o rimediale, dalla successiva conferma, anche unilaterale. Della inesistenza della concessione, a fronte di una dichiarazione falsa, invece nulla è detto, se non implicitamente che l’atto non è suscettibile di conferma ed è, perciò, insanabile.

In sostanza l’esistenza della concessione è presupposto esplicitamente elevato dalla norma a condizione necessaria solo per poter confermare l’atto, ossia perché l’atto sia recuperato al sistema, **nel limitato caso** in cui la dichiarazione **non sia stata resa**, ma non condiziona la validità del negozio qualora gli estremi della concessione, sia pur falsamente, siano stati dichiarati, rispettando, così, la prescrizione formale.

Come opportunamente evidenziato in una risalente sentenza della Cassazione, dalla lettera della legge emerge un quadro ove “l’irregolarità del bene non rileva di per sé, ma solo in quanto preclude la conferma dell’atto. Simmetricamente, la regolarità del bene sotto il profilo urbanistico non rileva in sé, ma solo in quanto consente la conferma dell’atto”¹⁸.

Sono fatte salve, ovviamente, le conseguenze penali che da tale falsa dichiarazione conseguono nonché, sotto il profilo civilistico, il diritto per l’acquirente di tutelare variamente la propria posizione. Egli, infatti, potrà scegliere di invocare ed ottenere la risoluzione del vincolo contrattuale ai sensi dell’art. 1489 c.c., oltre al risarcimento del danno.

Alle predette considerazioni si è autorevolmente opposto¹⁹ che le disposizioni in questione fanno riferimento alle “dichiarazioni ed allegazioni dell’alienante non in sé e per sé ma come veicolo per la comunicazione di notizie e la conoscenza di documenti” e che sarebbe arduo ritenere che il legislatore abbia considerato “valido un negozio giuridico contenente dichiarazioni ed allegazioni false, in assenza di licenza o concessione edilizia o di domanda di concessione in sanatoria, ed invalido un ne-

¹⁸ Cass. 15/6/2000, n. 8147, in *Contratti*, 2001, 13, con nota di ANGIULI; in *Riv. Notar.*, 2001, 142, con nota di CASU.

¹⁹ A. Cataudella, *Nullità «formali» e nullità «sostanziali» nella normativa sul condono edilizio*, cit., 495 e ss.



gozio giuridico che non contenga – pur in presenza della licenza o della concessione in sanatoria (...) – le relative dichiarazioni ed allegazioni”. Di qui la conclusione che l’esistenza di una sostanziale regolarità edilizia assuma rilevanza immediata ai fini della conferma del negozio nullo, e mediata ai fini della qualificazione del negozio come nullo o valido.

L’obiezione non è di poco conto, ma ad essa possono opporsi varie e, a parere di chi scrive, rilevanti considerazioni: anzitutto, si ribadisce, il chiaro dettato normativo fa conseguire la nullità alla sola mancanza della dichiarazione, mentre nulla dice circa una supposta invalidità del negozio qualora gli estremi della concessione, sia pur falsamente, siano stati dichiarati e/o allegati, rispettando, così, la prescrizione formale. Ipotizzare una nullità c.d. sostanziale comporta, dunque, una lettura del disposto normativo che, nel negare il chiaro distinguo operato dal legislatore tra atto munito della dichiarazione e/o dell’allegazione e, perciò, valido ed atto carente del predetto requisito formale e, perciò, nullo, elevi comunque, ed al di là della lettera della legge, ad indispensabile requisito di validità la veridicità della dichiarazione stessa e la sua attinenza e rispondenza allo stato di fatto dei beni oggetto del contratto²⁰.

In secondo luogo se è pur vero che la lettera della legge attribuisce alle dichiarazioni ed allegazioni dell’alienante valenza essenzialmente informativa ciò non esclude che tale previsione, la cui mancanza determina la nullità del contratto, svolga anche una funzione deterrente rispetto alla circolazione di immobili abusivi; infatti, obbligare il venditore alle comunicazioni e/o allegazioni di cui innanzi, onde evitare la nullità, significa esporlo alle conseguenze penali derivanti dalla falsità delle comunicazioni e delle allegazioni stesse.

In terzo luogo, va considerato che proprio la previsione legislativa, ai fini della validità dell’atto traslativo, della necessità di una dichiarazione o allegazione circa la regolarità edilizia del bene enfatizza l’esigenza di tutela della buona fede dell’acquirente che, proprio in ragione della esistenza della suddetta dichiarazione o allegazione, è portato a confidare, in assoluta buona fede, sulla regolarità edilizia del cespite acquistato. Considerazione questa che non può non pesare sul piatto della bilancia

²⁰ Sul punto, con molta chiarezza, Cass., 5/7/2013, n. 16876, in *Mass. Giust. civ.*, 2013, ove si legge: “pur ritenendo interessante la tesi della c.d. nullità sostanziale, i canoni normativi dell’interpretazione della legge non consentono di attribuire al testo normativo un significato che prescindano o superino le espressioni formali in cui si articola (...) e non può non essere considerato il fatto che i casi di nullità previsti dalla norma indicata sono tassativi e non estensibili per analogia e la nullità prevista dall’art. 40 cit. è costituita unicamente dalla mancata indicazione degli estremi della licenza edilizia, ovvero dell’inizio della costruzione prima del 1967”.

JUS CIVILE



della più opportuna valutazione degli interessi in gioco, poiché, come si dirà più innanzi, la declaratoria di nullità del contratto, nonostante sia stata resa la dichiarazione prescritta dagli artt. 17 e 40, cit., può portare conseguenze particolarmente gravi ed aberranti per l'acquirente in buona fede, e, nel contempo, paradossalmente, perfino avvantaggiare il venditore, colpevole dell'abuso e della mendacia.

Infine, se può sembrare a prima vista incongruo ritenere nullo il contratto, carente di dichiarazione e/o allegazioni attestanti la conformità edilizia, benché detta conformità sussista, ciò si spiega da un lato per l'evidente finalità della prescrizione formale a tutelare l'interesse dell'acquirente a conoscere dati fondamentali per valutare la situazione urbanistico-edilizia del cespite, dall'altro considerando che trattasi di nullità formale sanabile, mediante la conferma, ove ne sussistano i presupposti.

5. – Secondo una ulteriore e più recente tesi, di matrice prevalentemente notariale, si afferma²¹ che più che distinguere tra nullità formale e nullità sostanziale, potrebbe concludersi per l'unicità della figura della nullità urbanistica, quale (semplicemente) nullità 'testuale', riferendosi, dunque, '*...alla nullità causata dalla mancanza delle menzioni urbanistiche, ossia del requisito formale, che è l'unica prevista dalle norme in commento*' con la precisazione, però, che detta "nullità (...) rimane esclusa solo se le suddette menzioni **corrispondono al vero**", con la conseguenza che "risulterà incommerciabile il fabbricato costruito in assenza di titolo edilizio ovvero in totale difformità dal titolo rilasciato, non potendo l'atto traslativo o divisionale avente per oggetto un simile fabbricato essere corredato dalle prescritte menzioni urbanistiche (in sostanza, per la validità di un simile atto, requisito formale e requisito sostanziale debbono coesistere)"²². Il che equivale a dire che la dichiarazione prescritta non ha valenza di per sé al fine di fondare la validità dell'atto e, pertanto, laddove essa non attesti un dato corrispondente al vero, il contratto sarà nullo.

Va da sé che, secondo tale prospettazione, il dato formale, rappresentato dalla di-

²¹ Da ultimo C. Natoli, *Sulla natura giuridica della cd. nullità urbanistica*, in corso di pubblicazione in *NGCC*, in adesione alla posizione già espressa da G. Rizzi, *La nullità degli atti negoziali per violazione delle norme in materia urbanistica ed edilizia*, in *Federnotizie* del 2 agosto 2018, cit.; Id., *Circolazione degli immobili e normativa edilizia*, in *NOTARIATO*, fasc. 5, 2015, 483.

²² G. Rizzi, *La nullità degli atti negoziali per violazione delle norme in materia urbanistica ed edilizia*, cit.

JUS CIVILE



chiarazione, è logicamente e giuridicamente subordinato/consequenziale all'esistenza di un corrispondente fatto sostanziale²³.

Di qui la conclusione²⁴ che «il legislatore avrebbe espressamente disciplinato 'il più', ricomprendendo, inevitabilmente, 'il meno'», e che, pertanto, la nullità prescritta dalle norme in questione, per la carente menzione in atto, sarebbe finalizzata «non solo alla tutela dell'acquirente, impossibilitato, altrimenti, a conoscere la condizione dell'immobile, ma anche al contrasto all'abusivismo edilizio». Giacché «Impensabile sarebbe, infatti, ritenere che il legislatore con la propria formulazione normativa abbia, indirettamente, 'protetto' ipotesi di false dichiarazioni urbanistiche, cui non corrispondesse una sostanziale regolarità del manufatto».

Come rilevante argomento a sostegno di tale tesi interpretativa si sostiene che «quando il legislatore ha inteso dare rilievo, sia in via formale che sostanziale, solo ed esclusivamente ad una dichiarazione 'formale', lo ha fatto in modo esplicito. È il caso dei fabbricati la cui costruzione sia iniziata prima del 1.9.1967. In tale circostanza, in entrambi i testi di legge, ai fini della validità dell'atto, è imposta una dichiarazione sostitutiva di atto notorio, resa ai sensi del d.p.r. n. 445/2000, in cui l'alienante si limiti ad attestare il dato fattuale della data dell'inizio lavori. Solo in quest'ultima ipotesi, il bene sarà sempre commerciabile (a prescindere dalla conformità o meno della costruzione all'eventuale progetto presentato), in quanto per la validità degli atti è sufficiente la dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà attestante tale circostanza. E ciò per una sorta di riconoscimento di regolarità urbanistica *ex lege* di dette costruzioni ai fini della loro commerciabilità. Ed è, altresì, solo in tale fattispecie, pertanto, che può porsi il problema dell'accertamento di un mendacio ad opera di parte alienante, ove si accerti che la costruzione del fabbricato sia iniziata dopo la data sopra indicata».

Ebbene la tesi non convince ed invero non sembra aggiunga notazioni decisive alla già ricordata opinione sostanzialistica innanzi riportata, della quale finisce per

²³ Cfr. G. Rizzi, *op. ult. cit.*, che evidenzia: «il requisito sostanziale è il presupposto stesso per l'esistenza del requisito formale. Se non sussiste il requisito sostanziale non può neppure essere rispettato il requisito formale» e poi ulteriormente specifica: «la coesistenza tra i due requisiti non va considerata su un piano "orizzontale", come se si trattasse di due requisiti autonomi e distinti tra di loro, il cui concorso sia necessario per evitare la nullità dell'atto, ma vanno considerati piuttosto, sotto un profilo "verticale": a monte sta il requisito sostanziale, a valle si pone invece il requisito formale; in pratica il "requisito formale", l'unico richiesto dalla normativa vigente per la validità dell'atto, non può neppure considerarsi esistente se a monte non sussiste il requisito sostanziale, che né pertanto il presupposto essenziale di sussistenza».

²⁴ Cfr., C. Natoli, *Sulla natura giuridica della cd. nullità urbanistica*, cit.

JUS CIVILE



riproporre, se si è ben compreso, le medesime argomentazioni, sia pure sotto una diversa angolazione; merita considerare, prioritariamente, proprio l'ultimo argomento posto a sostegno: ebbene, la norma (art. 40), nella prima parte del II comma, come nella II parte del medesimo comma prescinde da qualsiasi riferimento alla corrispondenza del dichiarato al dato reale sancendo solo, ai fini della validità dell'atto, per gli immobili edificati dopo il 1967, che sia rispettato il dato formale della dichiarazione o dell'allegazione dei documenti ivi indicati, per gli immobili edificati prima del 1967 che sia rispettato il dato, parimenti formale, prescritto in alternativa, di una dichiarazione resa nella forma dell'atto notorio o degli estremi della licenza edilizia.

Non vi è, dunque, alcuna differenza di trattamento normativo per le due ipotesi disciplinate: entrambe, infatti, fanno dipendere la validità dell'atto da quanto dichiarato, non da altro.

Quanto poi all'assunto secondo cui sarebbe impensabile “*che il legislatore con la propria formulazione normativa abbia, indirettamente, ‘protetto’ ipotesi di false dichiarazioni urbanistiche*” esso è agevolmente smentito dal dato inoppugnabile che alcuna protezione è data dal legislatore all'eventuale mendacio giacché esso sarebbe, comunque, punito dalla legge penale²⁵.

In sostanza la tesi in questione, nel prospettare che le norme citate, pur esprimendo una nullità formale e, dunque testuale, presuppongono la sussistenza di una necessaria corrispondenza del requisito sostanziale al dato dichiarato, sembra dia per dimostrato proprio ciò che si deve dimostrare, ossia che l'esclusione dell'operatività della nullità in questione sia subordinata non solo al rispetto del mero requisito formale ma anche alla sussistenza della corrispondenza del dato fattuale a quanto dichiarato, che ne diventerebbe la necessaria premessa.

Quanto innanzi, poiché non è affatto enunciato nelle disposizioni in questione, dovrebbe ritenersi che emerga implicitamente dalla lettera della legge, il che, invero, non è per nulla ovvio e scontato, specie in materia di nullità e di interpretazione di norme imperative, ed è comunque proprio ciò che si deve dimostrare, in quanto equivarrebbe ad effettuare, come si è condivisibilmente detto, e malgrado le diverse in-

²⁵ Sul punto, condivisibilmente, P. Zanelli, *Il condono edilizio: vecchie e nuove nullità*, in *Contratto e impresa*, 1995, n. 3, evidenzia che nella ricorrenza del “caso della falsa dichiarazione per l'assenza di concessione” la fattispecie “prenderà la strada ben più rigida della repressione penale, sia per l'assenza di concessione (art. 20 l. 47/85), sia per la falsa dichiarazione in atto; repressione alla quale la nullità dell'atto nulla aggiunge in termini sanzionatori”.



tenzioni dichiarate dai sostenitori della tesi che qui si confuta²⁶, una interpretazione sovra letterale del dettato normativo²⁷, dando per scontato che ad esso vada aggiunta una frase del tipo: “nel presupposto della veridicità della dichiarazione stessa e della sua attinenza e rispondenza allo stato di fatto dei beni oggetto del contratto”.

6. – L’insieme delle considerazioni fin qui svolte consente, a questo punto, di poter delineare talune conclusioni: in primo luogo che la disciplina in oggetto non contiene una norma proibitiva che vieti gli atti, tra vivi, di trasferimento di “immobili non in regola con la normativa urbanistica”.

Una norma proibitiva di tal genere, dalla cui esistenza sarebbe possibile desumere una nullità virtuale degli atti traslativi di immobili abusivi, e, dunque, l’incommerciabilità degli stessi, **non può essere implicita** rappresentando essa un eccezionale limite all’autonomia privata.

Comunque, la sussistenza di una siffatta norma proibitiva, sia pure implicita, è smentita anche dalla constatazione che gli artt. 17 e 40 citati, per il tenore della rispettiva formulazione, per le rilevanti eccezioni in essi contenute e, quindi, per il ristretto ambito di applicazione che li connota, non esprimono un generale giudizio di disvalore degli atti di autonomia privata concernenti immobili abusivi, né appalesano un interesse pubblico a reprimere l’immissione sul mercato, sempre e comunque, degli edifici difformi e, pertanto, non si può sostenere che essi fondino una supposta incommerciabilità di detti beni.

In ragione di quanto innanzi, pertanto, si ritiene di dover concordare con il rilievo espresso dal Collegio remittente sia sotto il profilo interpretativo che sotto il profilo dell’incidenza di esso nell’equo bilanciamento degli interessi in gioco. Quanto al primo aspetto focalizzato nel rilievo secondo cui “la tesi della nullità virtuale” non

²⁶ Nel contributo citato della dott.ssa Natoli si evidenzia che l’interpretazione che implica una necessaria coesistenza del requisito formale e di quello sostanziale “avrebbe il pregio di rispettare il dato letterale delle disposizioni in commento, consentendo un’interpretazione tassativa delle stesse, come correttamente suol farsi in ipotesi di comminate nullità speciali”.

²⁷ P. Zanelli, *Il condono edilizio: vecchie e nuove nullità*, cit., che evidenzia: “Mi sembra che nel tentativo di metter ordine nella confusa materia ci si sia arrogati un compito che non ci compete, che non è solo quello di tecnico dell’edilizia ma anche quello di supplente del legislatore, col creare precetti anche laddove il legislatore invece non li ha posti, e, per di più non sempre con un corretto uso dei principi generali e delle regole relative alle fonti del diritto. Insomma una tendenza, che a volte si riscontra negli interpreti, un poco autolesionistica”.

JUS CIVILE



trova “un solido riscontro nella lettera della legge (nella quale si sanziona con la nullità l’assenza di una dichiarazione negoziale dell’alienante avente ad oggetto gli estremi dei provvedimenti concessori relativi all’immobile dedotto in contratto, senza alcun riferimento alla necessità che la consistenza reale di tale immobile sia conforme a quella risultante dai progetti approvati con detti provvedimenti concessori)”, quanto al secondo aspetto nel rilievo, altrettanto decisivo, secondo cui ritenere diversamente può risultare foriero “di notevoli complicazioni nella prassi applicativa e, conseguentemente, rischia di pregiudicare in maniera significativa gli interessi della parte acquirente; quest’ultima, infatti, si vede esposta, con la dichiarazione di nullità dell’atto di trasferimento, alla perdita dell’immobile (con la conseguente necessità di procedere al recupero del prezzo versato) pure in situazioni nelle quali aveva fatto incolpevole affidamento sulla validità dell’atto”, proprio in ragione della prescritta dichiarazione di conformità resa dall’alienante al momento della stipula.

Riguardo a tale ultimo profilo, come si è innanzi accennato, l’accedere alla tesi essenzialmente sostanzialista, anche nella declinazione più recente della cd. “nullità testuale”, apre a prospettive non poco inquietanti per l’acquirente del cespite abusivo, specie se in buona fede, e, nel contempo, è fonte di incertezza per gli operatori del diritto tra i quali, in particolare, il giudice ed il notaio rogante.

L’acquirente, infatti, una volta che sia stata dichiarata la nullità del contratto, in base ad esempio all’azione esercitata da un terzo che vi abbia interesse o conseguente ad un rilievo officioso, non solo resta esposto, come evidenzia la Corte remittente, alla perdita dell’immobile ma rischia, altresì, di vedersi eccepire la prescrizione del diritto ad ottenere la ripetizione dell’importo versato per l’acquisto, qualora la nullità sia dichiarata trascorsi dieci anni dalla stipulazione e, quindi, detta azione di ripetizione si sia oramai prescritta. Né può fondatamente sostenersi che il decorso della prescrizione incomincerebbe dalla declaratoria di nullità per la ovvia considerazione che la sentenza di nullità ha efficacia dichiarativa di un vizio dell’atto sussistente fin dalla sua stipulazione, quindi è da tale data, e non da quella successiva in cui venga accertata la nullità, che inesorabilmente incomincia a decorrere la prescrizione.

Non va trascurata, peraltro, la non banale circostanza della incertezza, fattuale se non giuridica, in cui si verrebbe a trovare l’acquirente in ordine al materiale recupero dal venditore delle somme a questi versate, in assoluta buona fede, per l’acquisto del cespite, anche nell’ipotesi in cui non sia ancora maturata la prescrizione del diritto alla ripetizione. Con l’aggravante, ai fini della dovuta considerazione dell’equo contemperamento degli interessi in gioco, che il venditore, per di più, all’esito della de-

JUS CIVILE



claratoria di nullità avrebbe anche diritto a riottenere l'immobile, senza nessun aggravio economico, almeno laddove sia maturata la prescrizione del diritto di ripetizione del prezzo.

Né vale obiettare a quanto innanzi prospettato che le incerte dinamiche restitutorie possono conseguire anche dall'azione di risoluzione del contratto relativo all'immobile abusivo invocata dall'acquirente ai sensi dell'art. 1489 c.c.: infatti, in tale ipotesi poiché l'esercizio dell'azione dipende da una scelta di cui solo l'acquirente è titolare ed arbitro va da sé che egli stesso potrà valutare i rischi ad essa sottesi e, dunque, decidere liberamente se valga la pena correrli.

D'altra parte non vale neppure obiettare che la buona fede "potrebbe essere assente ben potendo profilarsi un'intesa tra alienante ed acquirente"²⁸.

Al riguardo merita anzitutto considerare che l'acquirente difficilmente si presterà scientemente ad un'intesa di tal genere assumendosi il rischio, specie nella ricorrenza di rilevanti abusi, di perdere il bene all'esito di una successiva ordinanza di demolizione.

A tale preliminare considerazione va poi aggiunto che contemplando le norme in questione la comminatoria di una nullità assoluta e non di una nullità a legittimazione circoscritta al solo acquirente, è piuttosto improbabile che l'acquirente addivenga con consapevolezza alla stipulazione di un contratto, rispetto al quale si assumerà anche il rischio di una successiva declaratoria di nullità che, ove prevalga la tesi cd. sostanzialista, potrà essere fatta valere per sempre (fatti salvi gli effetti dell'usucapione) dallo stesso venditore nonché da chiunque vi abbia interesse.

Un contratto da cui consegua, in definitiva, un acquisto del tutto precario del bene esponendo, così, l'acquirente ai rischi di perderlo unitamente agli esborsi effettuati.

Neppure vale obiettare che, in ogni caso, si tratterebbe di un affidamento non incolpevole dell'acquirente in quanto questi, proprio in conseguenza della dichiarazione o allegazione effettuata dal venditore, ben dovrebbe diligentemente effettuare gli opportuni riscontri del caso in ordine alla corrispondenza della situazione di fatto a quanto dichiarato e/o allegato. Tale considerazione, infatti, non apporta alcun argomento decisivo al fine di fondare la rilevanza di per sé del difetto di regolarità sostanziale del bene sotto il profilo urbanistico, giocando un ruolo solo sotto il profilo risarcitorio invocabile dall'acquirente che – accortosi successivamente all'acquisto della difformità urbanistica del cespite – agisca per la risoluzione del contratto per inadempimento del venditore.

²⁸ A. Cataudella, *op. cit.*, 498.

JUS CIVILE



In definitiva, in uno scenario emergente da casi come quelli qui delineati, l'accedere all'ipotesi di una nullità sostanziale dell'atto di trasferimento dell'immobile che, sebbene rispetti l'onere formale della menzione nell'atto dei titoli abilitativi al trasferimento, non sia sostanzialmente in regola con il titolo concessorio, comporta sacrificare integralmente ad una supposta esigenza prioritaria del contrasto all'abusivismo, peraltro, si ribadisce, non chiaramente ricavabile dalla lettera della legge, le esigenze di tutela dell'acquirente, specie se in buona fede, che peraltro non ha commesso l'abuso edilizio, rischiando, il che è paradossale, perfino di avvantaggiare il venditore dell'immobile che, probabilmente, è l'autore dell'abuso edilizio nonché, senz'altro, è autore della mendace dichiarazione circa l'esistenza dello strumento concessorio.

7. – Dalla adesione alla tesi sostanzialista, inoltre, come si è anticipato, consegue un quadro di rilevante incertezza operativa anche per il giudice e per il notaio rogante: infatti, come è noto, e come riferisce anche il Collegio remittente, fin dai primi arresti della Cassazione²⁹ in cui si è incominciato a dubitare della natura solo formale della nullità in questione, si è nel contempo puntualizzato che perché sia prospettabile la nullità dell'atto di trasferimento non è rilevante la mera difformità parziale dell'immobile rispetto titolo edilizio, valorizzando, così, la distinzione tra l'ipotesi di difformità totale o variazione essenziale (artt. 7 e 8 della l. 47/85), rispetto alle quali conseguirebbe la nullità del contratto, dall'ipotesi di variazione solo parziale e non essenziale (art. 12, l. 47/85), non idonee a fondare la nullità³⁰.

²⁹ Cass. civ., Sez. II, 18/09/2009, n. 20258, in *Foro It.*, 2010, 7-8, 1, 2148, che sancisce: “Nel caso in cui l'immobile, munito di regolare concessione e di permesso di abitabilità, non annullati né revocati, abbia un vizio di regolarità urbanistica non oltrepassante la soglia della parziale difformità rispetto alla concessione (nella specie, per la presenza di un aumento, non consistente, della volumetria fuori terra realizzata, non risolventesi in un organismo integralmente diverso o autonomamente utilizzabile), non sussiste alcuna preclusione all'emanazione della sentenza costitutiva, perché il corrispondente negozio di trasferimento non sarebbe nullo ed è, pertanto, illegittimo il rifiuto del promittente acquirente –nella specie, a sua volta acquirente dello stesso immobile in base a precedente rogito notarile – di dare corso alla stipulazione del definitivo, sollecitata dal promittente acquirente”.

³⁰ Vedi, però, Cass., Sez. II, 17/10/2013, n. 23591, in *Contratti*, 2014, 7, 660, che si sofferma solo sulla natura sostanziale della sanzione senza però approfondire la ulteriore questione della tipologia e, conseguente, rilevanza discriminante dell'abuso.



Su questa falsariga, di recente³¹, si è distinto tra abuso primario (relativo a beni immobili edificati o resi abitabili in assenza di concessione e alienati in modo autonomo rispetto all'immobile principale di cui in ipotesi facevano parte) e abuso secondario (ricorrente nell'ipotesi in cui solo una parte di unità immobiliare già esistente abbia subito modifica o mutamento di destinazione d'uso), escludendo nella ricorrenza della sola prima ipotesi la possibilità di una sentenza di trasferimento coattivo ex art. 2932 c.c. relativa ad un contratto preliminare avente ad oggetto un immobile difforme³².

Differenze, dunque, tra difformità essenziali o non essenziali – ritenute di imminente rilievo ai fini di accedere od escludere la nullità anche da parte della dottrina fautrice della tesi cd. sostanzialista³³ – che, come giustamente sottolinea il Collegio remittente, “se sul piano teorico possono considerarsi sufficientemente nitide, nella loro applicazione in una fattispecie concreta possono implicare non pochi margini di opinabilità” non solo per il Giudice investito della controversia relativa alla validità del titolo con il quale si è trasferito o promesso in vendita l'immobile asseritamente abusivo, ma, anche, per il notaio rogante.

Va considerato, infatti, che, come si è opportunamente evidenziato³⁴, “un confine normativo all'area della incommerciabilità deve essere certo, se non si vuole

³¹ Cass. civ., Sez. II, 14/05/2018, n. 11659, in *Quotidiano Giuridico*, 2018.

³² In tal senso Cass. civ., Sez. II, 09/12/2015, n. 24852, in *Imm. e propr.*, 2016, 2, 123, ove si legge: “In controversie radicate ex art. 2932 c.c., non può essere pronunciata sentenza di trasferimento coattivo – in applicazione del regime delle nullità di cui agli artt. 17 e 40 della L. n. 47/1985 – non solo se l'immobile sia stato costruito senza licenza o concessione edilizia (e difetti altresì la concessione in sanatoria o la domanda di condono perfezionatosi) ma anche quando esso presenti totale difformità della concessione e ne manchi la sanatoria. Al contrario, qualora un immobile munito di concessione e abitabilità presenti vizi di regolarità urbanistica non oltrepassanti la soglia della parziale difformità non v'è preclusione all'emanazione della sentenza costitutiva ex art. 2932 c.c. per nullità del negozio di trasferimento”.

³³ Sul punto gli interessanti rilievi di A. Cataudella, *op. cit.*, 504 e ss., che sottolinea “Una scelta legislativa che avesse ricompreso tutte le opere non conformi avrebbe dato luogo, peraltro, ad inconvenienti gravissimi, sanzionando in maniera sproporzionatamente grave anche infrazioni lievi e rendendo assai difficile l'acquisizione della certezza piena sulla validità dei negozi giuridici stipulati”.

³⁴ A. Marrese, *Qualità del bene immobile e validità del contratto*, cit., 172. Sul punto, cfr., anche E. Bancheri, *Trasferimenti immobiliari, irregolarità urbanistica, rimedi civilistici: il dibattito dottrinale e l'evoluzione della giurisprudenza*, in *NGCC*, 2015, II, 213, che evidenzia che il distinguo tra abusi primari e secondari è rilevante giacché “Si vuole evitare che il rimedio della nullità venga applicato *sic et simpliciter* in presenza di qualunque irregolarità o abuso urbanistico. Un'interpretazione troppo rigorosa, senza correttivi dell'impostazione sostanzialistica, infatti, comporterebbe il blocco dell'attività del commercio immobiliare e dell'edilizia” (*op. ult. cit.*, nota 14).

JUS CIVILE



rischiare di ledere irragionevolmente l'interesse (anche questo di carattere generale) alla certa e sicura circolazione dei diritti reali immobiliari”.

L'accogliere la tesi della natura sostanziale della nullità in questione impone, dunque, il compito, non certo agevole per l'interprete, che tale confine sia tracciato con estrema sicurezza onde evitare che si pregiudichino interessi che vanno ben oltre quello della lotta all'abusivismo edilizio per il tramite di una supposta “nullità sostanziale” rinvenibile nelle norme citate.