

QUALITÀ DEL BENE IMMOBILE E VALIDITÀ DEL CONTRATTO

Di Antonio Marrese

| 165

L'intervento che sono stato incaricato di svolgere è l'occasione per interrogarci ancora su un tema classico della attività notarile: la delimitazione del confine fra incommerciabilità del bene immobile e irregolarità non comportante esclusione dal commercio giuridico, ovvero del confine fra le categorie dell'invalidità e dell'inadempimento.

Ogni notaio, chiamato a negoziare un fabbricato che ha subito interventi edilizi non conformi al titolo abilitativo, la prima domanda che si pone è se quel fabbricato possa essere validamente dedotto come oggetto del contratto e, ove la risposta sia affermativa, quali effetti produca la presenza di tali difformità.

In questo ambito gli argomenti che possono essere evocati sono molti, ma io in questa sede li vorrei sintetizzare in alcuni interrogativi che ritengo fondamentali.

Innanzitutto, un sintetico riepilogo delle questioni che si agitano intorno alla natura della nullità prevista prima dalla legge 47/85 e ora dal TU in conseguenza della mancanza o della totale difformità dal titolo abilitativo, anche alla luce di recenti importanti interventi giurisprudenziali.

Il combinato disposto degli artt. 17 e 40 l. n. 47/1985 (c.d. "legge sul condono edilizio"), ha sancito, come è noto a tutti, la nullità degli atti tra vivi, pubblici o privati, aventi ad oggetto il trasferimento o la costituzione o lo scioglimento della comunione di diritti reali (escluse le servitù e i diritti reali di garanzia) su edifici o loro parti (cioè singole unità

edilizie) se da essi non risultano le cc.dd. *dichiarazioni (o menzioni) urbanistiche*, consistenti nella indicazione degli estremi del permesso di costruire o del permesso in sanatoria (v. art. 46, comma 1°, t.u., che ha così sostituito, rispettivamente, la concessione ad edificare e la concessione in sanatoria).

La prescrizione normativa ha suscitato ampio dibattito sin dalla promulgazione della legge 47 del 1985 e i campi della "nullità documentale", della "nullità sostanziale" e della irregolarità edilizia, tuttora inducono negli interpreti molta incertezza.

L'intervento del legislatore del 1985 ha in effetti generato un regime sanzionatorio davvero singolare che, da un lato, sembra introdurre nell'ordinamento una ipotesi di nullità di carattere assoluto ispirata apparentemente dalla esigenza di sottrarre al commercio giuridico manufatti abusivi, ma contemporaneamente esclude dalla sanzione della nullità gli atti di trasferimento di edifici il cui originario carattere abusivo sia stato successivamente oggetto di sanatoria, ovvero ancora, non sottopone alla sanzione atti in cui il carattere abusivo dell'immobile non sia ancora sanato al momento della stipula del negozio, ma possa venire meno dopo l'atto per effetto del rilascio della concessione in sanatoria in virtù di un provvedimento della Pubblica Amministrazione o addirittura in conseguenza del silenzio della stessa. La norma sembra allora lasciare intendere che causa di quella nullità è solo una carenza documentale; ma nello stesso tempo e in modo apparentemente incoerente, ammette la confermabilità degli atti in cui le menzioni previste siano omesse



nell'atto, qualora, nella sostanza, al tempo dell'atto, i titoli abilitativi richiesti per la circolazione giuridica dell'immobile.

Le incertezze che il sistema ha indotto sono ben rilevabili nelle pronunce della giurisprudenza sull'argomento.

166 Ricordo al riguardo le conclusioni raggiunte da Cass. civ. Sez. II Sent., 30 novembre 2007, n. 25050¹, il cui caso era costituito dalla stipula di tre contratti preliminari, con i quali una società di costruzioni aveva promesso in vendita la proprietà di porzioni di fabbricato in corso di realizzazione e sulle quali, durante i lavori di completamento, la stessa aveva eseguito delle variazioni rispetto al progetto originario in mancanza di titolo abilitativo. La Cassazione conferma la sentenza del giudice di merito che aveva dichiarato la non esperibilità dell'azione ex art. 2932, argomentando dalla natura abusiva che doveva riconoscersi agli immobili, in quanto realizzati con difformità rispetto al progetto assentito dal titolo edilizio abilitativo.

Così Suprema Corte, pronunciandosi in maniera specifica in ordine al rapporto tra contratto preliminare e sistema normativo di cui agli artt. 17 e 40 l. 28.2.1985, n. 47 ribadisce che la incommerciabilità di un immobile causata dall'assenza o dalla difformità degli stessi dai titoli edilizi abilitativi rende impossibile anche la pronuncia della sentenza costitutiva che tenda luogo del contratto definitivo non concluso, in quanto, precisa la Corte, "ne deriverebbe altrimenti l'aggiramento della disciplina urbanistica che sanziona con la nullità gli atti traslativi di diritti reali su edifici da cui non risultano gli estremi del titolo abilitativo delle opere".

Dunque, la conclusione della pronuncia citata sembra allora essere la seguente: dalla prescrizione degli artt. 17 e 40 della legge 47/85 (oggi art. 46 del DPR 380 del 2001) - che introduce solo la nullità documentale - si deduce che la vendita di un immobile con difformità dal titolo abilitativo sia nulla; dunque la tutela del 2932 non è parimenti azionabile.

Conclusione questa che, a mio parere, mostra in tutta la sua evidenza che le incertezze sui temi sopra evocati non sono affatto risolte e che il rapporto fra l'invalidità del contratto dipendente dalla mancanza delle menzioni previste e quella derivante dalla natura abusiva dell'immobile negoziato, dopo tanti anni, non sembra affatto chiarito.

E' allora utile riassumere rapidamente i termini della discussione sull'argomento.

¹ Cass. civ., Sez. II, 30 novembre 2007, n. 25050, in *Nuova Giur. Civ.*, 2008, 6, 701.

Ricordo che fin dall'entrata in vigore della legge sul condono edilizio, vi è stata sostanziale unanimità intorno alla *ratio legis* su cui la prescritta sanzione civilistica della nullità si fonderebbe²:

- Secondo una prima prospettiva, sarebbe tenuta presente dalla legge la necessità di garantire l'interesse privato della parte acquirente affinché questa venga resa edotta sulla regolarità urbanistica o meno dell'immobile che la stessa intende acquistare, tutelandone, dunque, l'affidamento (*funzione informativa*);
- In una seconda prospettiva, si sarebbe inteso tutelare l'interesse pubblico a colpire il fenomeno dell'abusivismo edilizio: non essendo possibile indicare in atto gli estremi di un titolo abilitativo in realtà mancante, l'irregolarità dell'immobile finirebbe, di fatto, per determinare la nullità del negozio dispositivo impedendo così a chi realizza l'intervento abusivo di trarre vantaggio dalla propria condotta illecita (*funzione preventiva*).

Sulla base di questo doppio fondamento si delineano sin dall'inizio due diverse teorie in ordine alla natura giuridica della c.d. *nullità urbanistica*, a seconda di quale delle due funzioni sopra descritte si intendesse maggiormente privilegiare³.

1. Secondo la *ricostruzione della natura "sostanziale"*, prevalente in dottrina⁴, occorre attribuire fun-

² LA MARCA, *Nullità urbanistiche e preliminare di vendita di immobili abusivi: inammissibile l'esecuzione ex art. 2932 cod. civ.*, nota a Cass. Civ., II sez., 30.11.2007, n. 25050, in *NGCC*, 2008, I, 699

³ Per una disamina degli orientamenti sulla materia cfr. La Marca, *Nullità urbanistiche e preliminare di vendita di immobili abusivi: inammissibile l'esecuzione ex art. 2932 cod. civ.*, cit., 701

⁴ Cfr. ALPA, *Questioni relative alla nozione di nullità nella legge sul condono edilizio*, in *Riv. giur. edil.*, 1986, II, 89 ss.; CATAUDELLA, *Nullità «formali» e nullità «sostanziali» nella normativa sul condono edilizio*, in *Quadrimestre*, 1986, 487 ss.; BOTTARO, *Legge di sanatoria dell'abusivismo. Ruolo del notaio*, in *Riv. notar.*, 1985, 840; CASU, *Brevi questioni sulla nullità ex artt. 17 e 40 l. n. 47/1985*, ivi, 2001, 146; CASU, *La commercializzazione dei fabbricati tra testo unico sull'edilizia e legge n. 47 del 1985 sul condono edilizio*, approvato dalla Commissione Studi Civilistici del Consiglio Nazionale del Notariato il 17 giugno 2003, n. 4509. Sostengono la natura formale della nullità fra gli altri FICI, *Abusivismo edilizio, invalidità negoziale e contratto preliminare*, in *NGCC*, 1998, I, 10 e SAPORITO, *Sanzioni civili in materia urbanistica e responsabilità del notaio*, in *Riv. giur. urb.*, 1986, 493. L'impostazione "sostanzialistica" è stata condivisa anche dal Consiglio Nazionale del Notariato nella circolare esplicativa formulata all'entrata in vigore della legge n. 47 del 28 febbraio 1985. In essa fu rilevato come gli estremi della concessione ad edificare o della concessione in sanatoria sono forniti dall'alienante senza alcun obbligo di controllo né da parte dell'acquirente né da parte del notaio, essendo sufficiente per la validità dell'atto la dichiarazione dell'alienante, ma fu anche sottolineato come non possa ritenersi



zione preminente alla funzione preventiva della sanzione civilistica della nullità; la legge disporrebbe infatti, a pena di nullità, non semplicemente l'inserimento in atto della "menzione" in ordine legittimità urbanistica dell'edificio in oggetto, ma presupporrebbe anche la sostanziale conformità alla disciplina urbanistica dell'immobile negoziato, e che quindi, in altre parole, la dichiarazione di parte sia in questo senso corrispondente alla verità. La "documentazione" sarebbe perciò solo il mezzo per formalizzare in atto la sussistenza del titolo abilitativo, ma la stessa documentazione intanto sarebbe idonea a consentire la circolazione del bene in quanto rispecchi la sostanziale ammissibilità del bene alla circolazione giuridica.

2. Diversamente, secondo la *teoria della natura "formale"* (fatta propria da molta giurisprudenza anche di legittimità⁵), ciò che sarebbe indispensabile ai fini della validità della negoziazione è solo che le cc.dd. "menzioni" siano contenute nel documento negoziale, senza che la loro eventuale mendacità possa in qualche modo pregiudicare la validità dell'atto medesimo. Le prescrizioni degli artt. 17 e 40 l. n. 47/1985, infatti, avrebbero solo funzione informativa e sarebbe preordinate alla tutela dell'affidamento della parte acquirente. In questa prospettiva l'approccio del legislatore alla materia non sarebbe diverso da quello assunto in ordine alla nullità introdotta a suo tempo dall'art. 15, comma 7°, della legge Bucalossi (l. 28.1.1977, n. 10 - Norme per la edificabilità dei suoli), secondo il quale "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".

Quest'ultimo orientamento è stato affermato anche di recente dalla giurisprudenza di legittimità⁶ la

si che tale dichiarazione sia di per sé sufficiente a reggere la validità dell'atto pure in presenza di falsa od erronea enunciazione degli estremi di concessione, potendo l'atto essere ugualmente nullo una volta accertata la falsità dell'enunciazione. La tesi è stata poi ripresa e sviluppata dallo stesso Consiglio Nazionale del Notariato in un ulteriore intervento sul punto (CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *La legge 28 febbraio 1985, n. 47. Criteri applicativi*, in Consiglio Nazionale del Notariato, *Condomo edilizio Circolari, studi e riflessioni del notariato*, Milano, 1999, 3 ss.

⁵ cfr. per tutte Cass., 8 febbraio 1997, n. 1199; Cass., 15 giugno 2000, n. 8147

⁶ Cfr. Cass. civ., Sez. II, 22 maggio 2008, n. 13225, in *Imm. e propr.*, 2012, 12, 734.

La tesi della rilevanza solo formale delle c.d. *menzioni urbanistiche* è anche confermata da una recentissima pronuncia della Suprema Corte avente ad oggetto la veridicità della dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà circa l'antiorità al 1° settembre 1967 dell'inizio della costruzione dell'immobile dedotto in contratto (Cass., 5 luglio 2013, n. 16876). In tale sede la Corte di Cassazione ha sostenuto che l'art. 40, 2° comma, della legge n. 47 del 28 febbraio 1985, preveda un'ipotesi di nullità

quale ha sostenuto che "La nullità prevista dalla legge 28 febbraio 1985, n. 47, di cui all'art. 40, comma 2, per omessa dichiarazione degli estremi della concessione edilizia dell'immobile oggetto della compravendita, ovvero degli estremi della domanda di concessione in sanatoria, assolve la sua funzione di tutela dell'affidamento sanzionando specificamente la sola violazione di un obbligo formale, imposto al venditore al fine di porre l'acquirente di un immobile in condizione di conoscere lo stato del bene acquistato e di effettuare gli accertamenti sulla regolarità del bene attraverso il confronto tra la sua consistenza reale e quella risultante dalla concessione edilizia ovvero dalla domanda di concessione in sanatoria". Da tale presupposto i giudici di legittimità traggono la conseguenza che "in presenza della dichiarazione, nessuna invalidità deriva al contratto dalla concreta difformità della realizzazione edilizia dalla concessione o dalla sanatoria e, in generale, dal difetto di regolarità sostanziale del bene sotto il profilo del rispetto delle norme urbanistiche".

Nello stessa direzione sembra muoversi anche la giurisprudenza amministrativa⁷ che anch'essa ritiene che "La nullità prevista per omessa dichiarazione degli estremi della concessione edilizia dell'immobile oggetto della compravendita, ovvero degli estremi della domanda di concessione in sanatoria, assolve la sua funzione di tutela dell'affidamento sanzionando specificamente la sola violazione di un obbligo formale, imposto al venditore al fine di porre l'acquirente di un immobile in condizione di conoscere lo stato del bene acquistato e di effettuare gli accertamenti sulla regolarità del bene attraverso il confronto tra la sua consistenza reale e quella risultante dalla concessione edilizia ovvero dalla domanda di concessione in sanatoria".

Da ciò consegue –secondo i giudici amministrativi – che, "in presenza della dichiarazione richiesta dalla legge, nessuna invalidità deriva al contratto dalla concreta difformità dell'edificio realizzato dalla concessione o dalla sanatoria e, in generale, dal difetto di regolarità sostanziale del bene sotto il profilo del rispetto delle norme urbanistiche, concludendosi che la eventuale alienazione a terzi di esso non incide sulla oggettiva abusività del bene medesimo e sulla necessità che sia demolito".

Occorre peraltro segnalare che, pur aderendo all'idea di una nullità solo documentale, la Cassa-

formale e non sostanziale, in quanto per la validità del contratto è necessaria unicamente l'esistenza dell'autodichiarazione urbanistica dell'alienante e non la veridicità della stessa, né possono estendersi per analogia i tassativi casi di nullità previsti dalla citata norma.

⁷ Cons. Stato, Sez. IV, 10/01/2014, n. 46



zione⁸ aveva già in passato avuto l'accortezza di precisare che la legge sul condono edilizio, pur avendo previsto certamente una nullità di tipo documentale in caso di omissione delle menzioni urbanistiche, "ha previsto implicitamente anche una nullità di tipo sostanziale" legata alla carenza tout court dei titoli abilitativi edilizi prescritti, "come è dimostrato dalla norma di cui al comma 4° dell'art. 46 t.u. (già comma 4° dell'art. 17 l. n. 47/1985)": in deroga a quanto sancito dall'art. 1423 cod. civ., infatti, essa prevede la possibilità di sanare la nullità degli atti privi degli estremi urbanistici solo nei casi in cui tale omissione "non sia dipesa dall'insussistenza del permesso di costruire al tempo in cui gli atti medesimi sono stati stipulati".

Questo orientamento "sostanzialistico" che già si era affacciato timidamente in alcune passate pronunce ha di recente trovato un notevole sviluppo⁹.

Emblematico in tal senso è il caso che dà origine alla Sentenza n. 23.591 del 2013.

Il Tribunale di Benevento, con sentenza del 1° marzo 2003, respinge la domanda di nullità fondata sul carattere abusivo dell'immobile oggetto di vendita, osservando come nell'atto di compravendita fossero stati ritualmente indicati gli estremi dei titoli abilitativi edilizi in forza dei quali era stato edificato il fabbricato, mostrando con ciò di aderire evidentemente alla teoria del carattere c.d. formale della nullità portata dalla disciplina urbanistica conformemente all'orientamento costante della Cassazione, per cui non assume rilevanza ai fini della validità dell'atto la difformità del bene rispetto al titolo abilitativo edilizio.

La Corte d'Appello di Napoli, investita del gravame, con Sentenza del 29 giugno 2006 rigetta l'appello incidentale e ritiene "insussistente la nullità per illiceità della causa" (compravendita di im-

mobile abusivo), osservando al riguardo che "a essere illecita è l'attività di costruzione in assenza di licenza, e non, invece, quella di vendita di un manufatto realizzato in violazione di tali norme".

All'esito della vicenda, investita la Cassazione, questa, completamente sconfessando il precedente orientamento, circa la validità del contratto di compravendita sulla base della richiamata normativa urbanistica, evidenzia il carattere sostanziale della nullità derivante dalla violazione della normativa urbanistica, tale cioè da comportare l'invalidità del contratto avente ad oggetto immobili non in regola con le disposizioni urbanistiche, e ciò anche se in atto siano indicati gli estremi dei relativi titoli abilitativi edilizi.

La rinnovata impostazione viene sostenuta da un lato dalla considerazione che "se lo scopo del legislatore è quello di rendere incommerciabili gli immobili urbanisticamente irregolari", esso risulterebbe "frustrato dalla rilevanza meramente formale della nullità". Infatti "limitando a quest'ultimo ambito la sanzione della nullità, si rimetterebbe alla disponibilità dei privati la scelta degli strumenti di reazione che non potrebbero che essere rintracciati nella disciplina dell'inadempimento", con il risultato di vanificare lo scopo del legislatore che con la disciplina del 1985 avrebbe inteso inasprire il previgente regime la cui disciplina era contenuta nell'art. 15 legge 10 gennaio 1977.

Se l'orientamento giurisprudenziale legato ad una qualificazione solo formale della nullità appariva, a mio parere, non condivisibile, criticabile appare pure il ragionamento su cui si basa il nuovo orientamento dei giudici di legittimità, che muovono dal presupposto che tutta la disciplina della nullità degli atti negoziali abbia la propria sede negli artt. 17 e 40 della legge 47 prima e nell'art. 46 del T.U. ora, dalla considerazione cioè che in quelle disposizioni sarebbe dunque sanzionata sia la negoziazione di un bene in mancanza della cd "menzione" dei titoli edilizi abilitativi, sia dell'immobile sostanzialmente privo del titolo abilitativo richiesto.

Così invece a mio parere non è, poiché il fondamento della nullità cd "sostanziale" deve essere ricercata necessariamente altrove, stante il chiarissimo tenore letterale delle disposizioni ricordate nelle quali non si può riconoscere come evocata una nullità solo documentale.

Le conclusioni del ragionamento a cui dunque sembra allora doversi pervenire¹⁰ e da cui, per prosegui-

⁸ Ciò anche in Cass., 8 febbraio 1997, n. 1199.

⁹ Cass., sez. II, 17 ottobre 2013, n. 23591 (Cassa Appello Napoli, 29 giugno 2006) "Il contratto preliminare di vendita di un immobile irregolare dal punto di vista urbanistico è nullo per la comminatoria di cui all'art. 40, secondo comma, della legge 28 febbraio 1985, n. 47, che, sebbene riferita agli atti di trasferimento con immediata efficacia reale, si estende al preliminare, con efficacia meramente obbligatoria, in quanto avente ad oggetto la stipulazione di un contratto definitivo nullo per contrarietà a norma imperativa". Cass., Sez. II, 17 dicembre 2013, n. 28194 (Cassa Appello Firenze, 23 novembre 2006) - Il contratto preliminare di vendita di un immobile irregolare dal punto di vista urbanistico è nullo per la comminatoria di cui all'art. 40, secondo comma, della legge 28 febbraio 1985, n. 47, che, sebbene riferita agli atti di trasferimento con immediata efficacia reale, si estende al preliminare, con efficacia meramente obbligatoria, in quanto avente ad oggetto la stipulazione di un contratto definitivo nullo per contrarietà a norma imperativa.

Le due pronunce sono puntualmente esaminate dall'Ufficio Studi del Consiglio Nazionale del Notariato, (Andrea Todeschini Premuda) *Contratto preliminare e normativa urbanistica. Gli ultimi orientamenti della Cassazione*, 2014.

¹⁰ LA MARCA, loc. op. cit.



re il discorso che qui stiamo svolgendo, possiamo muovere sono allora le seguenti:

1. nel caso in cui *nell'atto di alienazione non siano riportate le menzioni urbanistiche ma il titolo abilitativo edilizio sussista*, opera senza dubbio la nullità soltanto formale di cui al comma 1° dell'art. 46 t.u., a tutela del diritto dell'acquirente di ricevere una adeguata informazione sulla situazione urbanistica dell'edificio acquistato: tale nullità sarà quindi suscettibile di sanatoria, successivamente all'atto, mediante un atto separato contenente le menzioni omesse;

2. *nel caso di effettiva mancanza del titolo edilizio abilitativo*, invece, l'atto non sarebbe affetto dalla mera nullità documentale del comma 1°, ancorché da esso non risultino gli estremi del titolo abilitativo: nessuna menzione, infatti, potrebbe essere ragionevolmente imposta in mancanza del suddetto titolo.

Ma in questo caso la non ammissibilità della conferma che, a contrario, si evince dal comma 4°, non discende da una presunta natura (anche) sostanziale della nullità in parola, ma piuttosto costituisce applicazione della naturale insanabilità di una nullità autonoma e concettualmente precedente, che ha il fondamento nella disciplina degli artt. 1418, comma 2° e 1346 cod. civ. L'atto, infatti, conterrebbe un oggetto illecito (cioè un trasferimento illecito) per contrarietà alle norme imperative che impongono come condizione di negoziabilità dell'opera la sussistenza del titolo abilitativo richiesto¹¹, ovvero un oggetto giuridicamente impossibile¹², in quanto relativo ad una cosa incommerciabile perché urbanisticamente irregolare;

3. Infine, *nel caso in cui, nonostante il carattere abusivo dell'immobile, il dante causa abbia dichiarato l'esistenza del titolo abilitativo*, la disciplina applicabile non sarebbe, anche qui, quella urbanistica - posta la conseguente incongruenza di dover ritenere valido il relativo atto di disposizione -, bensì quella generale contenuta nel codice civile: l'atto dunque sarebbe affetto da nullità sostanziale, che trae il suo fondamento dalla tutela dell'interesse generale a disincentivare l'abusivismo edilizio ed è perciò insuscettibile di sanatoria ai sensi dell'art. 1423 cod. civ.; mentre il sistema normativo urbanistico-edilizio (e cioè la disciplina contenuta nella legge 47 prima e nel Testo Unico poi) rilevarebbe unicamente come termine esterno di riferimento per l'individuazione normativa della fattispecie a cui

l'ordinamento connette l'esclusione dalla circolazione giuridica.

Perfettamente condivisibile appare allora la conclusione¹³, in ordine al rapporto fra nullità formale e nullità sostanziale, nel senso che il legislatore del 1985 abbia finito "solo" per rafforzare, con la previsione della nullità di cui agli artt. 17 e 40 l. n. 47/1985, la funzione deterrente di pratiche abusivistiche-speculative, invero già assolta dall'operatività dei principi generali che informano la sanzione della nullità di diritto comune: in questo senso, allora, la funzione caratterizzante ed assorbente della nullità urbanistica è la tutela dell'ulteriore interesse dell'acquirente a conoscere direttamente in atto la condizione urbanistica del bene acquistato; interesse, però, che verrebbe meno - e con esso la giustificazione stessa della nullità formale - se l'oggetto di tale conoscenza non esistesse.

In altri termini, la nullità urbanistica non svolge propriamente quella funzione preventiva che si è ricordata, ma, imponendo al dante causa anche l'obbligo di menzionare gli estremi del titolo abilitativo edilizio, "*contribuisce ad aumentare (e non a fondare!) il grado di tutela dell'interesse generale contro l'abusivismo edilizio, a cui è già preordinata la nullità di fonte codicistica*".

La nullità del contratto avente ad oggetto un immobile abusivo non discenderebbe allora 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.

Resta da intendersi anche sulle categorie appena richiamate della illiceità e dell'impossibilità che vengono sovente richiamate anche dalla giurisprudenza richiamate insieme, quasi nella consapevolezza che sia arduo delimitare il confine fra "illiceità" e "impossibilità giuridica" dell'oggetto del contratto.

Certo non è possibile addentrarsi in un tema che da solo meriterebbe molto più tempo e soprattutto ben altri relatori. In questa sede basti ricordare che la dottrina pare costantemente orientata nel senso che il bene in sé e per sé considerato non può essere mai considerato illecito, perché ciò che la legge vieta non è il bene ma l'agire negoziale che vede coinvolto quel bene. Ed anche la giurisprudenza ha mostrato di condividere tale impostazione, proprio in ordine alla compravendita di fabbricati abusivi.

La dottrina¹⁴ ha proprio messo in evidenza come l'ipotesi delle cd. "nullità sostanziali" della legge 47/85 siano riportabili sia alla categoria dell'illiceità quanto a quella della impossibilità giuridica.

¹¹ Secondo l'interpretazione da ultimo espressa in Cass., 25.1.2007, n. 1626, su www.newslex.it

¹² Secondo la tesi di DONISI, *Sulla circolazione giuridica dei fabbricati abusivi*, in *Ricerche di diritto civile*, Napoli, 1979, 98.

¹³ LA MARCA, op. cit., 703

¹⁴ LUMINOSO, *La Compravendita*, Torino, 2011, 78.



E la dottrina prevalente e la giurisprudenza mostrano però di prediligere quest'ultima raffigurazione, della impossibilità giuridica, connotata dalla inidoneità del bene ad essere dedotto come oggetto del contratto, impossibilità peraltro opportunamente qualificata in dottrina come "relativa", atteso che l'impossibilità dipende anche dal tipo negoziale, in quanto il medesimo bene potrebbe essere o no dedotto quale oggetto dell'operazione economica a seconda del tipo contrattuale che la governa¹⁵. Si pensi a tal riguardo alla eccezione contenuta nell'art. 46, V comma secondo cui "*le nullità di cui al presente articolo non si applicano agli atti derivanti da procedure esecutive immobiliari, individuali o concorsuali*". E non si tratta solo della nullità documentale perché "*l'aggiudicatario, qualora l'immobile si trovi nelle condizioni previste per il rilascio del permesso di costruire, dovrà presentare domanda di permesso in sanatoria entro centoventi giorni dalla notifica del decreto emesso dalla Autorità Giudiziaria*"¹⁶.

Per completezza, occorre però qui ricordare che vi è anche incertezza in ordine alla individuazione di una nozione univoca dell'oggetto del contratto: se si intende per tale la cosa che forma oggetto della prestazione traslativa è giusto escludere una valutazione di essa in termini di liceità; ma se si ritiene¹⁷ che oggetto della vendita siano "*i risultati programmati, ossia l'attribuzione traslativa prevista*"¹⁸, si può certo ammettere una valutazione di tale risultato, oltre che in termini di possibilità (sia materiale che giuridica) anche in termini di liceità.

Concludendo, la "nullità sostanziale" in materia edilizia, sarebbe configurabile come una nullità per impossibilità giuridica relativa dell'oggetto ex artt. 1346 e 1418, 2° comma C.C. L'art. 46 integra quella disciplina non solo prevedendo la cd "nullità documentale" ma individuando le caratteristiche dell'immobile abusivo, cioè quello realizzato in assenza di permesso di costruire (o in totale difformità) e per il quale non sia stato rilasciato o richiesto il permesso in sanatoria. E ciò costituisce riferimento normativo per l'individuazione delle fattispecie in cui trova applicazione la cd. "nullità sostanziale".

¹⁵ Sull'argomento GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. Dir. Civ. e Comm.*, a cura di Cicu – Messineo – Mengoni, Milano, 1995, 375 ss.

¹⁶ A tale nozione si riferisce spesso la giurisprudenza, la quale ad esempio ha ritenuto nullo per impossibilità giuridica il contratto di locazione relativo a beni che per essere situati in una particolare zona possono avere solo una certa destinazione e non un'altra (Cass. 24313 del 2008) oppure la locazione ad uso commerciale di un immobile dichiarato agibile dalla pubblica amministrazione (Cass. 2886/2007).

¹⁷ LUMINOSO, *op. cit.*, 79

¹⁸ LUMINOSO, *op. loc. cit.*

Da notare che, come esattamente rileva Luminoso, il ricorso alla categoria dell'impossibilità giuridica non è senza rilievo. Basti, a tal fine, pensare agli effetti dell'applicazione della regola (art. 1347 c.c) secondo la quale l'impossibilità dell'oggetto non nuoce alla validità del contratto sottoposto a termine o condizione ove l'impossibilità venga meno prima della scadenza del termine o dell'avveramento della condizione.

Riportare nel giusto ambito la categoria della "nullità sostanziale" che per la giurisprudenza appare implicitamente evocata dalle disposizioni del TU e della legge 47, consente di affrontare altri temi di enorme importanza e sui quali anche il nuovo orientamento giurisprudenziale perviene o sembra pervenire a conclusioni affatto appaganti.

Mi riferisco in particolare alla apparente confusione che traspare in alcune pronunce fra abuso edilizio e irregolarità edilizia; al rapporto fra l'area dell'invalidità e quella dell'inadempimento contrattuale, alla applicabilità dell'art. 46 T.U. ai contratti preliminari. E mi riferisco anche alla applicazione dell'art. 47 del T.U. secondo il quale "*il ricevimento e l'autenticazione da parte dei notai di atti nulli previsti dagli articoli 46 e 30 e non convalidabili costituisce violazione dell'art. 28 della legge 16 febbraio 1913, n. 89 e successive modificazioni e comporta l'applicazione delle sanzioni previste dalla legge medesima*". Ritenerne che la ricordata "nullità sostanziale" trovi il proprio fondamento nella disciplina generale della nullità, conferma il principio che la responsabilità del notaio può sussistere solo in presenza di una nullità documentale, che è l'unica che trova il suo fondamento nell'art. 46 del T.U., responsabilità fra l'altro esclusa quando, nonostante la mancanza delle menzioni, l'atto sarebbe comunque convalidabile. Ove si concepisse la disciplina del T.U. come fonte non solo della mera nullità documentale, ma anche di quella cd. sostanziale, si dovrebbe coerentemente ritenere sussistente la violazione dell'art. 28 ove formi oggetto dell'atto un immobile sostanzialmente abusivo. Soluzione questa evidentemente paradossale, atteso che "*dal notaio non sono esigibili altro che controlli estrinseci circa l'esistenza di dichiarazioni*"¹⁹.

Fatta questa distinzione fra la nullità attinente agli aspetti formali dell'atto e quelli sostanziali attinenti alla commerciabilità o meno del bene, resta da chiedersi quale sia l'ambito della cd "nullità sostanziale".

Il grado di difformità fra il titolo abilitativo e l'opera realizzata può avere diverse intensità, che,

¹⁹ GAMBARO, *op. cit.*, p. 386



se rimaniamo nell'ambito delle irregolarità di maggiore gravità, si esprimono nel linguaggio del legislatore nella totale assenza del titolo, della totale o parziale difformità ed infine nella variazione essenziale; differenziazione a cui la legge connette sanzioni differenti, di natura amministrativa, nonché, nei casi più gravi, di natura penale ed anche sotto il profilo civilistico.

Da quest'ultimo punto di vista, la dottrina (soprattutto di estrazione notarile) è pervenuta alla conclusione che l'incommerciabilità del bene non derivi dalla variazione essenziale o dalla parziale difformità rispetto al progetto, ma sia limitata ai casi in cui si riscontri l'assenza di titolo abilitativo o la totale difformità da esso.

Innanzitutto c'è da chiedersi se sia legittimo estendere la sanzione della incommerciabilità anche alla fattispecie della totale difformità.

Ricordiamo al riguardo che per l'art. 31, comma primo del testo unico sull'edilizia (D.P.R. n. 380 del 2001) *“sono interventi eseguiti in totale difformità dal permesso di costruire quelli che comportano la realizzazione di un organismo edilizio integralmente diverso per caratteristiche tipologiche, planovolumetriche o di utilizzazione da quello oggetto del permesso stesso, ovvero l'esecuzione di volumi edilizi oltre i limiti indicati nel progetto e tali da costituire un organismo edilizio o parte di esso con specifica rilevanza ed autonomamente utilizzabile”*.

Nell'interpretare questa norma la Cassazione penale ha sempre parlato di *“organismo con specifica rilevanza ed autonomamente utilizzabile”*²⁰; oppure di *“corpo autonomamente utilizzabile caratterizzato dal requisito della specifica rilevanza”*²¹

Anche se vi sono opinioni in senso contrario, crediamo che una sostanziale equiparazione fra mancanza e totale difformità dal titolo si imponga.

Ciò sia da un punto di vista strutturale, atteso che l'opera prevista dal 31 1° comma è totalmente diversa da quella assentita e quindi il permesso rilasciato ha previsto la realizzazione di un'opera del tutto diversa da quella venuta ad esistenza; sia sotto il profilo delle delle sanzioni amministrative, considerato che in entrambi i casi opera l'ordine di demolizione e, in caso d'inottemperanza, l'acquisizione gratuita al patrimonio del Comune.

Si comprende perciò come per la maggior parte degli interpreti, la totale difformità –che, lo si ricorda, presuppone l'esistenza di un permesso di costruire da cui l'opera realizzata però si differenzi in modo radicale - costituisca un abuso da tenere in considerazione e da valutare alla stessa stregua di un abuso

derivante dalla mancanza assoluta di permesso di costruire²².

Questa conclusione che la sanzione civilistica si applichi solo alla assenza di titolo abilitativo o alla totale difformità da esso, con conseguente esclusione delle altre tipologie di abuso, merita essere certamente condivisa. E ciò per molteplici considerazioni.

- innanzi tutto, per il tenore letterale dell'art. 46 del TU (e precedentemente degli artt. 17 e 40 della legge 47/85. E' vero che abbiamo sostenuto fin qui che la nullità sostanziale non è disciplinata dalla norma sopra ricordata, perché essa discende dalla illiceità o dalla impossibilità giuridica dell'oggetto della negoziazione. Ciò però non toglie che quella norma costituisca comunque un sicuro indice normativo anche per

²² Sulle varie tipologie di abuso edilizio e sulle relative sanzioni cfr. RIZZI, *Testo unico, nuovo condono edilizio e attività negoziale*, Milano, 2004. Vedi anche RIZZI, *Terzo condono edilizio: formalità redazionali con istanza di sanatoria in itinere*, in *Banca Dati del Notariato*; ID. *Menzioni urbanistiche e validità degli atti notarili*, in *Banca Dati del Notariato*; CASU – RAITI, *Condono edilizio e attività negoziale*, Milano, 1999, 40 ss.; CASU, *In tema di modifica di destinazione d'uso funzionale*, in *Consiglio Nazionale del Notariato, Studi e Materiali*, VI, Milano, 2001, 977. Sulla configurazione della categoria della “difformità totale” cfr. Cass. pen., 5 giugno 1986 n. 4918, in *Riv. giur. edilizia*, 1988, 206, per la quale è configurabile la contravvenzione di costruzione in totale difformità dalla concessione, soltanto quando venga realizzato un organismo edilizio integralmente diverso da quello previsto, per caratteristiche tipologiche, planivolumetriche o di utilizzazione. Cass. pen., 23 aprile 1990, n. 5891, in *Riv. giur. edilizia*, 1991, 1185 che riconduce la totale difformità dalla concessione edilizia al caso in cui vi sia eccedenza volumetrica, creazione di un organismo edilizio o di parte di esso, quando ricorra una rilevanza specifica dell'opera e una sua autonoma utilizzabilità; per Cass. pen., 2 dicembre 1997, n. 11044, il mutamento abusivo di destinazione di uso di un immobile preesistente, va equiparato al fatto della realizzazione di una costruzione edilizia in assenza della richiesta concessione allorché esso non sia puramente funzionale, ma si verifichi attraverso opere strutturali che comportino una totale modificazione del realizzato rispetto al previsto che sia urbanisticamente rilevante; v. anche Cass. 31 gennaio 2011, n. 2187, in *Riv. giur. edilizia*, 2011, 457, con nota di DE TILLA, *Nullità dell'appalto per l'esecuzione di opere in difformità rispetto alla concessione edilizia*. Per CASU - LOMONACO, *Risposta a Quesito n. 553-2008/C*, cit., come solo in presenza di un abuso maggiore, che consiste o nella costruzione dal nulla di un intero edificio, oppure, nel caso di edificio già esistente, nella creazione di una parte del tutto autonoma di esso, tale cioè da poter essere commercializzata autonomamente dalla restante parte e non come porzione inscindibile o perché fisicamente aggregata al resto si avrebbe l'incommerciabilità del bene. Sarebbe, invece, commerciabile (ma con i dovuti chiarimenti che fanno carico al notaio diligente, nell'interesse di una chiara e trasparente informazione delle parti) un immobile interessato da un abuso non primario, sul presupposto che in tal caso l'atto sarebbe valido e sarebbe a rischio soltanto il bene, che manterrebbe in tal caso la sua irregolarità urbanistica.

²⁰ Cass. pen., 23 maggio 1997, n. 6875

²¹ Cass. pen., 19 maggio 1986, n. 4918.



- l'individuazione dell'ambito della nullità sostanziale.
- In secondo luogo, perché un confine normativo all'area della incommerciabilità deve essere certo, se non si vuole rischiare di ledere irragionevolmente l'interesse (anche questo di carattere generale) alla certa e sicura circolazione dei diritti reali immobiliari;
 - Perché infine, allargando l'ambito della cd. "nullità sostanziale" rischierebbe di crearsi una asimmetria fra sanzione civilistica della nullità e sanzioni amministrative: beni che in quanto oggetto di abusi non primari non sarebbero suscettibili di demolizione, ma nello stesso tempo non potrebbero essere negoziati; beni cioè che sarebbero suscettibili di godimento ma insuscettibili di negoziazione.

Ecco quindi che non sarà ogni, anche minima, irregolarità del bene a determinare l'invalidità del negozio giuridico dispositivo, ma solo quella che si traduca in una non riferibilità del provvedimento al bene negoziato. E' non è dubbio che l'affermazione di un limite certo alla categoria della incommerciabilità debba avvenire con forza, soprattutto considerando le conclusioni cui sono pervenute alcune sentenze recenti dei giudici di legittimità che lasciano il dubbio all'interprete che ogni irregolarità urbanistica e, quindi, ogni scostamento rilevante tra quanto autorizzato e quanto realizzato determini, nei fatti, l'incommerciabilità del bene.

E' ovvio peraltro che la circostanza che l'atto non sia affetto da nullità non esclude la rilevanza della difformità dell'immobile oggetto di negoziazione rispetto al titolo abilitativo, poiché è evidente che la funzione che deve essere fornita al cittadino consiste nell'acquisto di un immobile che sia idoneo all'uso a cui deve essere destinato e che non sia affetto da vizi che possano pregiudicarne il valore. Vero è però che dobbiamo abbandonare il campo dell'invalidità negoziale per spostarci in quello dell'inadempimento della obbligazione.

Si tratta a questo punto di capire qual è la reazione che l'ordinamento offre al privato che abbia acquistato un immobile che presenti delle difformità edilizie ascrivibili appunto all'area dell'inadempimento contrattuale.

Non si possono al riguardo che evocare l'istituto della garanzia per vizi ex art. 1490 c.c., l'ipotesi della cosa gravata da oneri cui fa cenno l'art. 1489 e la fattispecie dell'evizione parziale ex art. 1489 c.c..

In proposito la Suprema Corte ha da tempo adottato una posizione precisa²³, ritenendo che «*in ipotesi di compravendita di costruzione realizzata in difformità della licenza edilizia non è ravvisabile un vizio della cosa, non vertendosi in tema di anomalie strutturali del bene, ma trova applicazione l'art. 1489 cod. civ., in materia di oneri e diritti altrui gravanti sulla cosa medesima, sempre che detta difformità non sia stata dichiarata nel contratto o, comunque, non sia conosciuta dal compratore al tempo dell'acquisto, ed altresì persista il potere repressivo della P.A. [...]*».

In altre parole, mentre il vizio di cui all'art. 1490 c.c. costituisce «*un'imperfezione materiale della cosa che incide sulla sua utilizzabilità o sul suo valore*»²⁴ l'"onere" cui fa cenno l'art. 1489 c.c. corrisponde invece ad un concetto molto più ampio e generico tale da poter ricomprendere al suo interno «*tutti quei vincoli che derivano o possono derivare da limitazioni di natura privatistica o pubblicistica al godimento del bene*»²⁵.

Tale interpretazione dell'onere risponde pienamente alla finalità dell'art. 1489 c.c., consistente nella tutela del compratore a fronte di qualsivoglia peso - non apparente, né tantomeno dichiarato dal venditore al momento della stipula del contratto (pur gravando sul bene già da epoca antecedente alla vendita) - che comporti «*inesattezza giuridica dell'attribuzione traslativa*»²⁶.

Ciò porta a ritenere che, qualora a seguito del contratto, l'irregolarità del bene comporti l'applicazione di una sanzione pecuniaria o impedisca ad esempio la facoltà di intervenire sul bene con un nuovo intervento edilizio, ricorrerà la fattispecie dell'art. 1489, primo comma, che prevede che «*se la cosa venduta è gravata da oneri o da diritti reali o personali non apparenti che ne diminuiscono il libero godimento e non sono stati dichiarati nel contratto, il compratore che non ne abbia avuto conoscenza può domandare la risoluzione del contratto oppure una riduzione del prezzo secondo la disposizione dell'articolo 1480*».

Anzi, in una recente pronuncia, il Tribunale di Trieste²⁷, con allontanandosi dall'orientamento espresso anche di recente dalla Cassazione²⁸ - che

²³ Cass., 28 febbraio 2007, n. 4786, in *I Contratti*, 2007, 674 ss.

²⁴ BIANCA, *La vendita e la permuta*, 2a ed., Torino, 1993, 885;

²⁵ GABRIELLI, *Evizione, garanzia e la teoria dei vizi del diritto*, in *Giur. it.*, 1985, I, 1513; RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, Milano, 1971, 697 s..

Sull'argomento vedi anche FRENDA, *Commento a Trib. Trieste*, 10 aprile 2013, in *I Contratti*, 2013, 659

²⁶ BIANCA, op. cit. 775

²⁷ Trib. Trieste, 10 aprile 2013, in *I Contratti*, 2013, 659, con nota di FRENDA.

²⁸ Cass., 6 marzo 2012, n. 3464, in *Nuova Giur. civ. comm.*,



aveva negato che gli oneri derivanti da procedimenti di condono edilizio determinassero una limitazione del godimento del bene - ammette il principio secondo cui anche la sola esistenza del potere repressivo della pubblica amministrazione è di per sé idonea ad integrare la fattispecie ex art. 1489 c.c., sempre che della presenza degli abusi edilizi il venditore non abbia messo al corrente il compratore all'atto della vendita, né che essi risultassero conoscibili a quest'ultimo senza necessità di indagini in tale direzione.

Occorre però anche precisare che l'irregolarità edilizia appare in grado anche di evocare la fattispecie prevista dal combinato degli artt. 1480 e 1484, quella cioè della "evizione parziale", che ricorre laddove la limitazione preesistente alla vendita del bene porti l'acquirente alla successiva perdita della proprietà di una parte di esso. Può infatti succedere che, stipulato il contratto di vendita, la sanzione si concretizzi in un provvedimento amministrativo o giudiziale che ordini la parziale demolizione del bene.

Chiare in questo senso le parole di Rubino secondo cui ciò che consente di distinguere tra evizione parziale e garanzia per l'esistenza di oneri sul bene, è l'effettiva perdita parziale della proprietà della cosa compravenduta: «a considerarla evizione è decisivo e sufficiente il fatto che ora al compratore non rimane semplicemente diminuito il contenuto del diritto, cioè preclusa una delle facoltà normalmente comprese nella proprietà, come invece accade nell'ipotesi dell'art. 1489, ma viene radicalmente tolta la stessa proprietà (di tutto l'immobile o di una parte di questo), e di fronte a ciò non ha importanza quale sia stata la causa della perdita, purché anteriore alla vendita»²⁹.

Anche in giurisprudenza si è tenuta presente la differenza delle fattispecie.

Così la Cassazione³⁰ ha ritenuto che in ipotesi di costruzione realizzata in difformità dalla licenza edilizia (nella specie trasformazione di una soffitta in locali abitabili) «non è ravvisabile un vizio della cosa, non vertendosi in tema di anomalie strutturali del bene, ma trova applicazione l'art. 1489 c.c., in materia di oneri e diritti altrui gravanti sulla cosa

medesima, sempre che detta difformità non sia stata dichiarata nel contratto o comunque non sia conosciuta dal compratore al tempo dell'acquisto ed altresì persista il potere repressivo della p.a. (adozione di sanzione pecuniaria o ordine di demolizione), tanto da determinare deprezzamento o minore commerciabilità dell'immobile; nel concorso di tali condizioni, pertanto, deve riconoscersi all'acquirente la facoltà di chiedere la riduzione del prezzo, ancorché l'amministrazione non abbia ancora esercitato detto potere repressivo (salva restando, per il caso in cui venga impartito ed eseguito l'ordine di demolizione, l'operatività della disposizione degli artt. 1483 e 1484 c.c. circa l'evizione totale o parziale).

Ma quale disciplina applicare allora al caso, non infrequente, in cui il compratore, per evitare la demolizione parziale, corrisponda una sanzione pecuniaria o, se ne ricorrono i presupposti, corrisponda una oblazione per ottenere un titolo abilitativo in sanatoria?

Convieni forse seguire l'insegnamento tradizionale della giurisprudenza della Cassazione e di Rubino: se non si realizza la demolizione del bene (e dunque la perdita parziale del diritto) siamo fuori della fattispecie dell'evizione e risulta comunque applicabile l'art. 1489 c.c., in materia di oneri e diritti altrui gravanti sulla cosa medesima, sempre che detta difformità non sia stata dichiarata nel contratto o comunque non sia conosciuta dal compratore al tempo dell'acquisto.

A ben vedere poi il risultato pratico non è molto diverso, perché sia nella fattispecie dell'art. 1489 che della cd "evizione parziale" la tutela della parte acquirente si concretizza sia la riduzione del prezzo di acquisto sia il risarcimento del danno sofferto.

È pur vero, che l'art. 1489 c.c. fa riferimento solo alla «riduzione del prezzo» e non anche di «risarcimento del danno»; ma è anche vero che l'art. 1489 si richiama espressamente, sul punto, «alla disposizione di cui all'art. 1480 c.c.». Da ciò si trae la conclusione che la norma di cui all'art. 1489 c.c. non intendesse privare il compratore dalla tutela risarcitoria. Conclusione quest'ultima verso cui peraltro propende la giurisprudenza dominante³¹.

A questo punto del ragionamento occorre chiedersi quando un immobile possa effettivamente definirsi irregolare: quando esso non è la fedele esecuzione delle tavole di progetto? E quando dunque la non conformità rispetto al titolo abilitativo diviene effettivamente un vizio, tale da legittimare il ricorso alla

2012, 891 ss., in cui la fattispecie era costituita da una compravendita di un immobile costruito in assenza di permesso di costruire ma per il quale era già in corso, al momento del trasferimento di proprietà, un procedimento di sanatoria per condono, di cui soltanto alcuni degli oneri di urbanizzazione erano stati già pagati dal venditore, senza che però quest'ultimo desse avviso al compratore che la procedura di sanatoria non era giunta a conclusione.

²⁹ RUBINO, op. cit.

³⁰ Cass., Sez. II, 23 ottobre 1991, n. 11218

³¹ Cfr. per tutte Cass., 20 febbraio 1982, n. 1068



tutela risarcitoria o risolutoria per la parte acquirente?

Esclusa la possibilità di configurare la sanzione della nullità (quella sostanziale) al di fuori dei casi di assenza del titolo abilitativo o di realizzazione di un'opera totalmente difforme dal titolo abilitativo, occorre verificare quando la difformità dell'opera dal titolo determini l'applicazione della disciplina in materia di vizi della cosa o della cosa gravata da oneri o della evizione parziale.

E' evidente infatti che da un lato è necessario che, anche al di fuori dell'ambito della invalidità, l'acquirente non possa rimanere privo di tutela, ma dall'altro occorre che tale difformità abbia una qualche rilevanza tale da poter incidere sulla situazione soggettiva della parte acquirente che si vede limitato (per effetto della difformità del bene) il proprio diritto di godere del bene o la propria facoltà di disporre di esso.

Sul punto non si possono che richiamare ancora i principi dell'ordinamento in ordine alla disciplina dei vizi della cosa (che sono rilevanti quando rendono la cosa inidonea all'uso a cui è destinata o ne diminuiscono in modo apprezzabile il valore. Cfr. 1490), alla cosa gravata da oneri (che ne diminuiscono il libero godimento e non sono stati dichiarati nel contratto - 1489), alla rilevanza dell'inadempimento, che, a norma dell'art. 1455 non deve essere di scarsa importanza.

In breve l'inadempimento per essere tale deve essere "rilevante" e nelle fattispecie di cui stiamo parlando, non scaturisce quindi dalla difformità in sé della realtà esecutiva rispetto al titolo abilitativo, ma dagli effetti di tale difformità, i quali per essere rilevanti o sono tali da determinare l'applicazioni di sanzioni da parte della p.a. oppure devono limitarne l'uso o il valore dell'immobile.

Per l'applicabilità di sanzioni già si è detto e si è ricordato come la giurisprudenza ha ricondotto tale fattispecie a quella disciplinata dall'art. 1489.

Ma quando la non conformità incide sul valore e sull'uso dell'immobile?

Certamente nel caso in cui l'intervento irregolare pregiudichi l'abitabilità dell'immobile, perché ad esempio non sussiste più il cd "rapporto aereo-illuminante" previsto dagli strumenti urbanistici.

Ma, sempre per rimanere sul pratico, sembra dover si ascrivere all'area dell'inadempimento rilevante anche quella difformità che impedisce di fatto un successivo intervento edilizio a causa dell'impossibilità di attestazione della conformità stessa dell'edificio.

Qui ci si rende davvero conto dell'importanza di interventi anche regolamentari in materia³² che, definendo le fattispecie di interventi "che non necessitano di alcun atto di sanatoria", hanno il grande merito di tentare di individuare un confine, all'interno delle ipotesi di cd "non conformità", fra ciò che è effettivamente rilevante ai fini della futura piena godibilità dell'immobile e ciò che non lo è.

Un ultimo quesito: per quali categorie di negozi giuridici si pone il problema dell'eventuale nullità formale o sostanziale? In particolare la disciplina in questione trova applicazione anche al contratto preliminare di atto ad effetti reali?

Il tema dell'applicabilità della disciplina degli artt. 17 e 40 della legge 47 prima e dell'art. 46 del T.U. al contratto preliminare, risolto in maniera tranquillizzante in senso negativo sia dalla giurisprudenza che dalla maggioranza della dottrina, è divenuto oggetto di rinnovato interesse a seguito di alcune pronunce della giurisprudenza di legittimità.

In particolare Cass., sez. II, 17 ottobre 2013, n. 23591 afferma che « il contratto preliminare di vendita di un immobile irregolare dal punto di vista urbanistico è nullo per la comminatoria di cui all'art. 40, secondo comma, della legge 28 febbraio 1985, n. 47, che, sebbene riferita agli atti di trasferimento con immediata efficacia reale, si estende al preliminare, con efficacia meramente obbligatoria, in quanto avente ad oggetto la stipulazione di un contratto definitivo nullo per contrarietà a norma imperativa ».³³

³² Come quello che il Consiglio Comunale di Firenze ha adottato con la delibera n. 40 del 2012, con la quale è stato modificato l'art. 9/bis del Regolamento Edilizio comunale, con l'inserimento di un secondo comma per esplicitare le fattispecie di interventi che non necessitano di alcun atto a sanatoria, che consistono nelle opere realizzate in corso di edificazione, in variante al titolo abilitativo, nei casi i cui si verificano una serie di requisiti (edificio realizzato in forza di Licenza edilizia e provvisto di Certificato di abitabilità/agibilità ed uso ai sensi del R.D. 27 Luglio 1934 nr. 1265; opere realizzate in corso di edificazione in variante alla Licenza ultimata prima dell'entrata in vigore della L. 10/77 e diverse da quelle classificabili come in totale difformità ai sensi dell'art. 7 della L. 47/85; opere interne riconducibili a quelle definite all'art. 26 L.R. 47/85 eseguite prima della sua entrata in vigore (rif. art. 48 della L. 47/85, e circolare del Min. LL.PP. 18/07/1986, nr. 3466/25); opere interne ex art. 26 L.R. 47/85 per le quali sia mancato il deposito della dovuta relazione, eseguite successivamente alla sua entrata in vigore e fino al termine della sua vigenza, che si assume alla data del 10 gennaio 1997 (corrispondente a quella dell'ordinanza comunale 122/1997, con la quale è stato sancito il superamento del particolare regime ex art. 26 della L. 47/85, per effetto della L. 662/96); lievi difformità dal titolo abilitativo, nei limiti di cui all'art. 139, comma 4, L.R. 1/2005; opere riconducibili a quelle escluse da sanzionamento ex art. 142 comma 1 della L.R. 1/05)

³³ Ancora, in tal senso, Cass. Sez. II, 17 dicembre 2013, n. 28194 che cassa App. Firenze 23 novembre 2006. In senso del



Viene fatto allora di domandarsi: come mai la Cassazione, di fronte al tenore letterale dell'art. 46 T.U. "gli atti fra vivi (...) aventi per oggetto trasferimento o costituzione o scioglimento della comunione di diritti reali (...)", ad una dottrina sostanzialmente orientata in modo unitario in una direzione opposta e ad una giurisprudenza anche di legittimità che ha sempre limitato l'applicazione di quella norma ai contratti a effetti reali, la seconda sezione della Cassazione si incammina nella direzione dell'invalidità del contratto preliminare per violazione della predetta norma?

Un recente studio del Consiglio Nazionale del Notariato³⁴, nel tentativo di trovare una risposta a questi interrogativi, si domanda se vi siano altre disposizioni nell'ordinamento giuridico che potrebbero incidere la validità del contratto preliminare avente a oggetto un immobile abusivo e, al riguardo, evoca la disposizione dell'art. 15 della legge n. 10 del 28 gennaio 1977 che, nel prevedere la nullità degli atti ove da essi non risulti che l'acquirente era a conoscenza della mancanza della concessione, si riferisce genericamente agli "atti giuridici". Termine questo che la giurisprudenza aveva sempre interpretato come riferibile anche al contratto preliminare³⁵. Ma lo stesso studio offre alla domanda che lo stesso si è posto una risposta negativa rilevando che -anche a prescindere dalla considerazione che l'applicazione di questa disciplina, peraltro, non impedirebbe la stipulazione di un contratto (preliminare) avente a oggetto un immobile abusivo, ma

tutto diverso invece altra sentenza, ma della sezione III, Cass. Sez. III, 19 dicembre 2013, n. 28456 (Conferma Trib. Catania, 5 aprile 2006) che invece afferma che "La sanzione della nullità prevista dall'art. 40 della legge 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 primo settembre 1967, con la conseguenza che in queste ipotesi rimane esclusa la sanzione di nullità per il successivo contratto definitivo di vendita, ovvero si può far luogo alla pronuncia di sentenza ex articolo 2932 c.c."

³⁴ UFFICIO STUDI, *Segnalazioni novità giurisprudenziali. Contratto preliminare e normativa urbanistica. Gli ultimi orientamenti della cassazione*, 2014.

³⁵ Per l'applicabilità dell'art. 15 della legge n. 10 del 28 febbraio 1977 cfr. Cass. 6 ottobre 2005, n. 19467 che si riferisce ad un preliminare di vendita era stato stipulato nel 1980, in piena vigenza, quindi, della L. n. 10 del 28 gennaio 1977; Cass. 1 settembre 1997, n. 8335; Cass. 6 agosto 2001, n. 10831; Cass. 24 maggio 2011, n. 11391, da ultimo Cass., 30 gennaio 2013, n. 2204.

imporrebbe semplicemente, ai fini della validità dell'atto che il (promittente) acquirente fosse a conoscenza dell'abuso e ciò risultasse dall'atto, in questo dimostrando di voler proteggere essenzialmente l'interesse della parte (promittente) acquirente a un consapevole acquisto - è assorbente la considerazione che una specie di ultrattività della detta norma (ritenuta unanimemente abrogata dalla legge 47) a favore della quale certa giurisprudenza sembrava aver limitato è stata superata da mutamento di prospettiva della Suprema Corte che ha correttamente rilevato l'inapplicabilità dell'art. 15 della legge n. 10 del 28 gennaio 1977 a un contratto successivo alla legge n. 47 del 28 febbraio 1985, trattandosi di disciplina ormai abrogata.

Anche l'art. 6 del d.lgs. n. 122 del 20 giugno 2005, che impone che i contratti a esso soggetti, tra cui spesso vi potranno essere dei preliminari, contengano 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, non sembra offrire una risposta utile trattandosi di una disposizione che risponde a finalità del tutto diverse rispetto a quelle della disciplina urbanistica.

Il discorso della Cassazione forse merita di essere approfondito e in questo non può prescindere dal collegamento con l'altro mutamento di indirizzo della giurisprudenza: quello nella direzione della configurabilità di una nullità oltre che formale anche sostanziale, su cui ci siamo sopra soffermati.

Cosa afferma dunque la terza sezione della Cassazione?

- a) innanzitutto formula un principio di diritto affermando che « la legge 47 del 1985, per contrastare il fenomeno dell'abusivismo edilizio, ha sancito la nullità della compravendita di immobili abusivi, tanto da prevedere la nullità anche solo per la mancata indicazione degli estremi della concessione, ove in fatto esistente. A maggior ragione quindi l'atto è nullo se l'immobile è abusivo e se gli estremi della concessione sono fittizi ». Dunque, secondo la Cassazione, gli artt. 17 e 40 della legge 47/85 non prevedono una nullità solo formale ma anche sostanziale, con la conseguenza che la vendita di un immobile privo di permesso di costruire è nulla.



- b) Prende atto che la questione delle conseguenze dell'alienazione di immobili affetti da irregolarità urbanistiche, non sanate e non sanabili, è stata finora risolta dalla Corte sul piano dell'inadempimento ed esamina molti precedenti della stessa Corte in senso contrario.
- c) Afferma che dalla "non perfetta formulazione" dell'art. 17 si può trarre la conclusione che nella legge 47 si afferma il principio generale della nullità (di carattere sostanziale) degli atti di trasferimento non in regola con la disciplina urbanistica, cui si aggiunge la nullità (di carattere formale) per gli atti di trasferimento di immobili in regola con la disciplina urbanistica o di cui è in corso la regolarizzazione, ove tali circostanze non risultino dall'atto stesso.
- d) Statuisce che "il fatto che l'art. 40, comma 2, cit., faccia riferimento agli atti di trasferimento, cioè agli atti che hanno una efficacia reale immediata, mentre il contratto preliminare di cui si discute abbia efficacia meramente obbligatoria non elimina dal punto di vista logico che non può essere valido il contratto preliminare il quale abbia ad oggetto la stipulazione di un contratto nullo per contrarietà alla legge".
- e) Del resto, sostiene la Corte, verrebbe frustrata la *ratio* della legge e l'intento del legislatore ove, assunta la validità del contratto in quanto presenti le menzioni formali, si consentisse alla parti, in presenza di difformità urbanistiche, di assumere l'iniziativa sul piano dell'inadempimento, che, come tale, è nella disponibilità delle parti e potrebbe essere quindi anche fatto oggetto di transazione.

Il commento del Notariato è nel senso che non sembra in realtà che alcuna delle motivazioni e dei ragionamenti effettuati dalla Suprema Corte sia di per sé idonea e determinante al fine di giustificare l'estensione ai contratti a efficacia obbligatoria delle prescrizioni dettate dal legislatore per gli atti comportanti vicende di carattere reale, concludendo che "può quindi confermarsi l'assunto iniziale, proprio della dottrina dominante e della progressa giuri-

sprudenza per cui, stante la lettera delle disposizioni in esame, le menzioni urbanistiche e la conseguente sanzione di nullità sono riferibili e riferiti esclusivamente ai contratti a effetti reali".

Ciò argomentando dalla lettera della legge, da una lettura sistematica delle norme dettate in materia e dall'adeguata considerazione della *ratio* che ha spinto il legislatore a intervenire sul punto. Se, difatti - si sostiene - "la disciplina in parola appare diretta a contrastare l'abusivismo edilizio e a limitare la circolazione di diritti reali immobiliare riferiti a immobili abusivi, la *ratio* è rispettata anche ove le limitazioni vengano circoscritte ai soli contratti a effetti reali. Diversamente si finirebbe per comprimere irragionevolmente l'autonomia privata delle parti che, ad esempio, legittimamente si potrebbero impegnare a compravendere un immobile sì abusivo al momento del perfezionamento del contratto preliminare, ma da regolarizzarsi, in vista del definitivo".

Dunque, da un lato, autorevole dottrina notarile mostra di condividere che la nullità connessa alla circolazione degli immobili abusivi possa avere una connotazione non soltanto "formale", dall'altro lato, però si rileva che la disciplina dell'art. 46 T.U. non troverebbe applicazione che agli atti improduttivi di effetti reali e dunque con esclusione del preliminare i cui effetti sono solo obbligatori. Ciò perché nelle more delle conclusioni del contratto definitivo, ben potrebbe intervenire una sanatoria che renda commerciabile il bene e anche laddove ciò non sia possibile l'ambito non sarebbe quello della invalidità contrattuale ma dell'inadempimento per impossibilità della prestazione.

Sulla esattezza di tali conclusioni e sulla totale criticabilità della citata sentenza mi sia consentito di esprimere qualche perplessità.

1. Innanzitutto la sentenza non dice che al preliminare si applichino le nullità formali dipendenti dalla mancanza delle menzioni, ma che non può formare oggetto di un contratto preliminare un immobile abusivo. Ora le conclusioni che abbiamo raggiunto nel nostro discorso a proposito della nullità cd "sostanziale" è che essa non si fonda sulla prescrizione dell'art. 46 (che serve solo quale riferimento normativo di identificazione della fattispecie), ma sul generale divieto di dedurre in contratto un oggetto illecito o una prestazione giuridicamente impossibile, proprio a causa della sua incompatibilità con la disciplina normativa in materia edilizia. E allora, tornando sull'argomento a cui si era accennato, basta intendersi sull'oggetto del contratto per ricordare che non è la cosa immobile nella



sua consistenza attuale e con le eventuali difformità che la caratterizzano, ma il bene così come dedotto quale oggetto della prestazione traslativa e dunque il bene come individuato anche a seguito degli eventuali interventi o attività poste a carico del promittente alienante. Insomma una cosa è promettere in vendita un bene che non può essere in alcun modo venduto perché in-commerciabile, altra cosa è promettere in vendita un immobile in ordine al quale il promittente venditore si assuma un obbligo di adeguamento mediante demolizioni, ripristino di destinazione, eliminazione di opere abusive ecc.. In quest'ultimo caso non è dubbio che il contratto preliminare possa essere stipulato, perché oggetto di esso è un immobile regolare nella rappresentazione delle parti. Nel primo caso invece è dubbio che il bene possa essere validamente dedotto in un contratto seppur preliminare, poiché è un bene che se dedotto in contratto come oggetto di esso così com'è è sottratto al commercio giuridico. Del resto, quali sarebbero gli effetti di quel contratto: l'obbligazione di concludere un contratto vietato dalla legge? Come è pensabile che sia valido un contratto preliminare finalizzato alla conclusione di un contratto definitivo nullo per illiceità dell'oggetto o per impossibilità giuridica?

2. Del resto, dobbiamo anche richiamare anche le conclusioni della dottrina a proposito della natura giuridica e degli effetti del contratto preliminare e in ordine ai rapporti col contratto definitivo e con il rimedio della esecuzione in forma specifica. Non è certo questa la sede per ripercorrere tutta l'evoluzione degli studi in tema di contratto preliminare. Basti dire che discussione ancora ferve fra chi attribuisce al contratto definitivo una causa solutoria della obbligazione assunta col preliminare e chi inquadra il contratto definitivo come negozio autonomo (con una propria causa interna) seppur collegato al precedente contratto preliminare. Certo è che, col preliminare le parti non si obbligano alla prestazione di un "nudo consenso" ma ad una successione di prestazioni e si impegnano al compimento di una serie di attività preparatorie³⁶. E così

³⁶ Cass., Sez. Un., 18 maggio 2006, "il contratto preliminare non è più visto come un semplice pactum de contrahendo, ma come un negozio destinato già a realizzare un assetto di interessi prodromico a quello che sarà compiutamente attuato con il definitivo, sicché il suo oggetto è non solo e non tanto un fa-

si spiega anche l'orientamento giurisprudenziale proprio in materia di costruzioni irregolari, per il quale "in una ipotesi di contratto preliminare avente ad oggetto una costruzione risultata difforme dalla licenza edilizia è applicabile l'art. 1489 che prevede la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo quando la cosa sia gravata da oneri o diritti reali o personali non apparenti"³⁷. Se, infatti, si ritenesse che oggetto del preliminare è solo la prestazione di un consenso, certo non si spiegherebbe il ricorso in un caso come questo alla risoluzione per inadempimento. Ma così argomentando si perviene coerentemente a dover sostenere che la causa del preliminare di vendita è quella dell'impegno all'effetto traslativo contro l'impegno al pagamento del corrispettivo, tanto che secondo certa dottrina esso si atteggia come vendita obbligatoria i cui effetti non sono subordinati tanto semplicemente ad una nuova mera documentazione dell'accordo ma ad un accertamento della persistenza (o della venuta ad esistenza) di quelle circostanze di fatto e di diritto avute presenti dalle parti alla stipula del preliminare medesimo. Se questo accertamento avviene di norma alla stipula del definitivo nulla esclude che possa avvenire anche in occasione del giudizio instaurato con la domanda di esecuzione in forma specifica.

3. Anche per il contratto preliminare poi, evidentemente, i requisiti sono quelli previsti dall'art. 1325: l'accordo delle parti, la causa, l'oggetto e la forma. L'oggetto del contratto preliminare, seppur nei termini che si sono appena accennati, è un facere, precisamente, come si è visto, l'obbligo di concludere uno specifico contratto definitivo. I requisiti dell'oggetto sono quelli di ogni altro contratto (art. 1345): possibilità, liceità, determinatezza o determinabilità. La possibilità - ed in particolare la possibilità giuridica - è

cere, consistente nel manifestare successivamente una volontà rigidamente predeterminata quanto alle parti e al contenuto, ma anche e soprattutto un sia pure futuro dare: la trasmissione della proprietà, che costituisce il risultato pratico avuto di mira dai contraenti. Se il bene già appartiene al promittente, i due aspetti coincidono, pur senza confondersi, ma nel caso dell'altruità rimangono distinti, appunto perchè lo scopo può essere raggiunto anche mediante il trasferimento diretto della cosa dal terzo al promissario, il quale ottiene comunque ciò che gli era dovuto, indipendentemente dall'essere stato - o non - a conoscenza della non appartenenza della cosa a chi si era obbligato ad alienargliela".

³⁷ Cass., 6 dicembre 1984, n. 6399, in *Foro it.*, 1985, I



un requisito dunque certamente proprio anche del contratto definitivo.

E' possibile, a questo punto, elaborare alcune conclusioni.

| 178

- A mio parere, l'abbandono da parte della giurisprudenza della nullità solo formale (sempre auspicato dalla dottrina, anche notarile) impone la necessità di cogliere la "fonte" di quella nullità, che non può non rintracciarsi proprio nella incommerciabilità del bene, cioè nella impossibilità giuridica dell'oggetto disposta implicitamente dalla disciplina vincolistica contenuta nell'art. 46 del TU, ma che ha origine nella generale disciplina della nullità negoziale per impossibilità giuridica (o forse per illiceità) dell'oggetto.
- Se così è come non può formare oggetto del contratto di vendita un immobile abusivo, così deve ritenersi nullo un contratto preliminare con cui le parti si vincolino alla stipula di un contratto definitivo nullo. Questo non vuol certo dire che al preliminare si applichino le "menzioni", perché quelle attingono alla nullità formale, né occorre alcuna particolare indicazione formale in ordine ai titoli edilizi abilitativi; ma vuol dire solo che non può essere validamente dedotto come oggetto del contratto preliminare un immobile totalmente abusivo.
- Diversamente nel caso in cui il bene sia dedotto nella sua prospettiva di regolarizzazione, prevedendo nelle more o una pratica di sanatoria o l'esecuzione di opere di adeguamento necessarie a rendere l'immobile regolare. Ciò semplicemente per il fatto che l'oggetto del contratto è un bene dedotto appunto nella sua regolarità dal punto di vista edilizio. Il che è fra l'altro perfettamente coerente con ciò che si è detto in ordine alla applicabilità della regola del 1347 (possibilità sopravvenuta dell'oggetto).

Quello che invece occorre con forza affermare è che la nullità sostanziale riguarda esclusivamente le aree dell'assenza di titolo abilitativo o di totale difformità da esso. Tutte le altre irregolarità devono essere necessariamente collocate nell'ambito dell'inadempimento dell'obbligazione e ricevere adeguata regolamentazione contrattuale.

