LA DISCIPLINA URBANISTICA E LE DECLINAZIONI DELLE NULLITA':
nullità formali, sostanziali e testuali

Roma, martedì 22 gennaio 2019, Aula Giallombardo della Corte di cassazione

REPORT

a cura del dott. Fulvio Filocamo

(Magistrato addetto all'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di cassazione)

PREMESSA

Il 22 gennaio del 2019, presso l'Aula Giallombardo della Corte Suprema di Cassazione, si è tenuto un incontro di studio, organizzato dalla Struttura di formazione decentrata della Corte Suprema di Cassazione, dal titolo "La disciplina urbanistica e le declinazioni delle nullità: nullità formali, sostanziali e testuali".
L'incontro ha inteso soddisfare l'esigenza di sviluppare una riflessione sull'ordinanza di rimessione della Seconda Sezione civile, n. 2061 del 2018, relativa alla qualificazione della nullità degli atti tra vivi aventi ad oggetto diritti reali che non siano di servitù o di garanzia su beni immobili per i quali non risultino, per dichiarazione dell'alienante, gli estremi del titolo abilitativo all'edificazione o della concessione in sanatoria ovvero la copia conforme della relativa domanda corredata da prova dell'avvenuto versamento delle rate dell'oblazione.

****

L'incontro è stato introdotto dal suo organizzatore, il Sostituto Procuratore Generale della Corte di Cassazione, Consigliere **Giovanni Giacalone**, il quale ha preliminarmente ricordato come sulla nullità in esame, dovuta alla mancata od inesatta indicazione del titolo urbanistico nell'atto di trasferimento, si fronteggino una configurazione formalistica ed una sostanzialistica. Ha ricordato, in breve, che, anche nella dottrina notarile, si prospetta una terza via, quella della così detta "nullità testuale". Cede quindi la parola all'Avvocato Generale Marcello Matera, il quale preliminarmente ha avvisato che il Procuratore Generale si è scusato di non poter intervenire, essendo contestualmente impegnato in un'audizione alla Camera dei deputati, Commissione Giustizia. Allo stesso modo è impedito anche il Primo Presidente E' seguito, sempre nell'ambito degli interventi introduttivi, il saluto del Notaio Massimo Palazzo, Presidente della Fondazione Italiana del Notariato, poiché il confronto non riguarda solamente magistrati e avvocati, quali addetti ai lavori, ma coinvolge direttamente anche i notai, trattandosi di una questione che viene di fatto amministrata da loro. Perciò è stata coinvolta anche la Fondazione Italiana del Notariato, organo che cura la formazione dei professionisti.

L'Avvocato Generale **Marcello Matera**, ha ringraziato e ricordato come il Procuratore Generale sia contestualmente impegnato in un'audizione alla Camera dei deputati, Commissione Giustizia, come anche il Primo Presidente della Corte di cassazione. Ha portato il saluto personale del Procuratore Generale e dell'intero ufficio, nel quale è il responsabile del settore civile, plaudendo all'iniziativa perché, come ricordato, la questione approderà alle Sezioni Unite il 29 febbraio, essendo stata opportunamente rimessa alle stesse, in quanto comporta una serie di ricadute concrete nella redazione degli atti. ed è quindi necessario che sia stabilito il giusto bilanciamento degli interessi in gioco. Nel merito non ha voluto anticipare nulla, in attesa della seduta delle Sezioni Unite a cui parteciperà il suo ufficio.

Il Notaio **Massimo Palazzo**, Presidente Fondazione Italiana del Notariato ha portato i saluti suoi personali, della Fondazione e del Consiglio Nazionale del Notariato; ha quindi ringraziato dell'invito e si è compiaciuto dell'iniziativa e dell'autorevolezza dei partecipanti per una ragione di carattere culturale che lo coinvolge personalmente quale Presidente dell'Istituzione che si occupa della dimensione culturale del notariato. Ha quindi spiegato come un dibattito, che coinvolga i soggetti delle conseguenze delle opzioni ermeneutiche della giurisprudenza, faccia emergere il cambiamento del diritto negli ultimi decenni. Il prodotto giurisprudenziale, che necessita di una riflessione maggiormente strutturata che non sia solo quella della camera di consiglio, dimostra come il diritto non sia più un oggetto contemplativo per i giuristi che, di fronte a regole già preconfezionate, devono poi tradurle in conseguenze applicative attraverso il meccanismo del sillogismo aristotelico: la premessa maggiore è il denunciato normativo, la premessa minore è il fatto, quindi si giunge alla relativa conclusione. Diversamente, oggi il diritto è costruito anche attraverso la partecipazione attiva degli interpreti in generale e della magistratura con le sue decisioni in particolare. Si è passati da un monismo legislativo ad un policentrismo normativo – basti pensare al diritto europeo - ma soprattutto si assiste al passaggio dal primato della legge al primato della prassi giurisprudenziale ed amministrativa. Si pensi, nel settore tributario, all'importanza delle circolari e delle risoluzioni dell'Agenzia delle entrate, nonché all'apporto che la prassi negoziale in genere e la prassi notarile in particolare hanno dato all'evoluzione dell'ordinamento. Ciò ha portato anche ad un sostanziale ripensamento del ruolo dell'interprete. Il punto archimedeo si può porre alla metà degli anni '60 del secolo scorso, con la riflessione di Gadamer, il quale ha evidenziato che il momento della promulgazione della legge non esaurisce la dimensione normativa, ma la regola si costruisce anche nell'interpretazione e nell'applicazione. Ciò comporta la rivalutazione del ruolo dell'interprete e dell'interpretazione quale momento integrativo della formazione della regola con la centralità dell'argomentazione. Consegue quindi che la dimensione potestativa del diritto ha concluso la sua corsa storica ed oggi una sentenza che non sia sufficientemente argomentata sarebbe priva di effettività. Quanto accaduto porta a ritenere che un testo, venerato e venerabile, come "Il diritto civile" di Santoro Passarelli oggi sarebbe scarsamente utilizzabile, essendo privo delle sentenze della Corte di cassazione e della Corte costituzionale.Ha ricordato quindi l'oggetto dell'incontro "Nullità, testuale, formale o virtuale" evidenziando come sia oggi necessario ripensare le categorie e sottolineando l'importanza delle ricadute pratiche delle decisioni che, in questo caso particolare, potrebbe portare ad una paralisi del mercato immobiliare a seguito di un'interpretazione eccessivamente sostanzialistica. La proposta del Notariato è di circoscrivere l'ipotesi di nullità all'abuso primario o alla totale difformità, diversamente le conseguenze sarebbero difficilmente governabili, non solo dal Notariato, ma dall'intera società civile. Ha ribadito, inoltre, l'importanza di ripensare le categorie come sollecita da tempo il Prof. Nicola Lipari, poiché in assenza di strumenti nuovi, si rischia di fare come Don Ferrante dei Promessi Sposi che, negando l'esistenza della peste sulla base di un sillogismo aristotelico, si ammala e muore prendendosela con le stelle come un eroe del Metastasio. Ha auspicato, infine, che le SS.UU., tenendo in debito conto detti mutamenti, forniscano una sentenza ben argomentata come lo è stata l'ordinanza di rimessione del Consigliere Cosentino. Auspica ulteriori incontri tra la Corte di cassazione con la Procura Generale e che si voglia dare un taglio strutturale a questi incontri con il Notariato, formando un tavolo permanente ove discutere le questioni interpretative controverse;

ciò potrebbe aiutare a maturare degli orientamenti condivisi anche al fine, con l'applicazione della *soft law* da parte dei notai, di poter ridurre il contenzioso e, conseguentemente, il lavoro dei magistrati, come avvenuto nel campo del diritto societario presso alcuni Tribunali.

Interviene quindi il Presidente titolare della Seconda Sezione Civile della Corte di Cassazione, **Stefano Petitti**, il quale ha esordito ringraziando la Formazione che ha organizzato l'incontro sulla questione sollevata con l'ordinanza di rimessione n. 2061 del 2018 e relativo alla qualificazione della nullità degli atti tra vivi aventi ad oggetto diritti reali che non siano di servitù o di garanzia su beni immobili per i quali non risultino, per dichiarazione dell'alienante, gli estremi del titolo abilitativo all'edificazione o della concessione in sanatoria ovvero la copia conforme della relativa domanda corredata da prova dell'avvenuto versamento delle rate dell'oblazione. La giurisprudenza ha inizialmente qualificato tale nullità come formale, prevista dalla legge e rilevante ai sensi dell'art. 1418, comma 3, del cod. civ., salvo poi rivalutarla in senso sostanziale. Esemplificativa una sentenza del 2009, in tema di esecuzione di un contratto preliminare ex art. 2932 cod. civ., nella quale si è deciso che non può essere pronunciata sentenza di trasferimento coattivo, non solo qualora l'immobile sia stato costruito senza licenza o concessione edilizia ed in mancanza della prescritta documentazione alternativa, ma anche quando l'immobile sia caratterizzato da totale difformità della concessione e manchi la sanatoria; qualora, invece, 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, non sussisterebbe invece alcuna preclusione all'emanazione della sentenza costitutiva perché il corrispondente negozio di trasferimento non sarebbe nullo. A questa sentenza hanno fatto, invece, seguito due decisioni del 2013, che hanno affermato in modo esplicito la natura sostanziale della nullità. In tal modo, si è prevista la necessità che il giudice, chiamato a pronunciarsi su domanda ex art. 2932 cod. civ., proceda a verificare non solo l'esistenza della dichiarazione da parte dell'alienante ma anche la conformità dell'immobile oggetto di contratto al titolo che ne ha consentito la realizzazione. Il giudice, in questa prospettiva, è dunque tenuto ad effettuare una valutazione: a verificare se il bene oggetto di alienazione sia conforme al titolo amministrativo e, nel caso in cui la difformità dovesse essere riscontrata, a verificare se questa sia totale, con equiparazione in tal caso, all'edificazione in assenza di titolo ovvero solo parziale e, in questo ultimo caso, in quali limiti. Appare evidente la diversità tra questa impostazione e quella per la quale la nullità venga qualificata in termini meramente formali. In questo ultimo caso, infatti, è sufficiente che il giudice accerti se nell'atto del quale venga chiesta l'esecuzione ovvero dichiarata la nullità vi siano o no le dichiarazioni richieste dalla legge. L'ordinanza di rimessione sollecita, in primo luogo, una risposta sulla natura formale o sostanziale della nullità prevista per gli atti di trasferimento tra vivi di immobili abusivi attraverso una riconsiderazione dell'orientamento che predica la natura sostanziale delle nullità in esame e che, allo stato, è quello che appare maggioritario nella giurisprudenza più recente. A questo proposito deve evidenziarsi come l'attività edilizia sia assoggettata a regolamentazioni che hanno subito significative variazioni nel corso degli anni, soprattutto la prospettiva introdotta con le leggi del 1985, 1994 e del 2003. Normative queste tornate di recente di attualità per la possibile sanatoria, se non di tutti gli abusi, di una gran parte degli stessi. Il che rende particolarmente problematica la valutazione di conformità o no del bene al titolo ed in particolare dell'entità dello scostamento nella realizzazione delle opere. Occorre, quindi, tornare a considerare la finalità perseguita dal legislatore con le norme del 1985. La *ratio* della sanzione civilistica della nullità deve essere individuata nelle esigenze di tutelare, per un verso, l'interesse privato dell'acquirente garantendo l'affidamento attraverso la conoscenza della regolarità urbanistica dell'oggetto della compravendita e, per altro verso, l'interesse pubblico a disincentivare l'abusivismo edilizio, impedendo a chi abbia voluto la norma urbanistica di trarre vantaggio dalla condotta antigiuridica posta in essere.

Dall'opzione della natura formale o sostanziale della nullità in esame deriva l'attribuzione di una maggiore tutela dell'una o dell'altra finalità. Opportunamente dunque l'ordinanza di rimessione ha

posto in evidenza come la questione implichi un tipico problema di bilanciamento di tutela dell'interesse dell'acquirente e l'interesse pubblico di contrastare il fenomeno dell'abusivismo. Il tutto in un contesto in cui le amministrazioni competenti non sembra siano state in grado di esercitare un controllo effettivo e tempestivo dei titoli che consentono gli interventi edilizi e molto è, invece, affidato alla autodichiarazioni delle parti. Come risulta chiaro dalla fattispecie rimessa all'esame delle SS.UU., la qualificazione della nullità in termini sostanziali potrebbe paradossalmente finire con il favorire proprio colui che ha posto in essere l'abuso a scapito dell'acquirente il quale potrebbe vedere soddisfatte le proprie ragioni solo con percorsi giurisdizionali complessi e, forse, anche di difficile realizzazione. Giova peraltro ricordare il dato - che potrebbe avere qualche rilievo al fine di individuare il punto d'equilibrio nel bilanciamento tra le diverse funzioni della nullità in esame - che la finalità pubblicistica è assistita anche da sanzioni penali ed amministrative, segnatamente alla previsione che l'immobile abusivo, realizzato senza titolo abilitativo o in totale difformità, per questo sia suscettibile di un'ordinanza di demolizione. In proposito, nella giurisprudenza amministrativa si è ormai definitamente chiarito che il provvedimento con cui viene ingiunta, sia pure tardivamente, la demolizione di un immobile abusivo e non assistito da alcun titolo, per la sua natura vincolata e rigidamente ancorata al ricorrere dei presupposti di fatto e di diritto, non richiede motivazione sulle ragioni di pubblico interesse che impongono la rimozione dell'abuso. Il principio in questione non ammette deroghe, neanche nelle ipotesi in cui l'ingiunzione di demolizione intervenga a distanza di tempo dalla realizzazione dell'abuso, il titolare che non sia responsabile dell'abuso e il trasferimento non denoti intenti elusivi dell'onere di ripristino. Agli strumenti di tutela dell'interesse pubblico di controllo dell'attività edilizia in via preventiva attraverso l'adozione dei vari titoli che consentono interventi edilizi e, in via successiva, l'intervento attraverso la verifica della conformità delle opere edilizie ai titoli abilitativi si aggiunge quindi l'ordine di demolizione per i casi di assenza del titolo abilitativo o di totale difformità dallo stesso. Ordine che, come detto, deve essere attuato anche nei confronti del titolare non responsabile dell'abuso, non essendo configurabile in tali situazioni di illiceità, alcuna situazione di affidamento.

Un'ulteriore prospettiva in base alla quale può essere esaminata la questione è quella relativa alla funzione dei poteri dei notai nell'ambito dei trasferimenti immobiliari. La qualificazione in termini sostanziali della nullità degli atti di trasferimento tra vivi di diritti reali su immobili e, quindi, la possibilità di stipula dell'atto, necessiterebbe che vengano accertate le eventuali difformità dell'immobile oggetto di trasferimento dal titolo abilitativo. Ciò potrebbe comportare la configurazione di un obbligo specifico in capo al notaio di procedere ad un'effettiva verifica dei dati dichiarati dalle parti nel contratto. Obbligo la cui violazione potrebbe anche essere sanzionata in via disciplinare. Ove una simile conseguenza non la si voglia neanche ipotizzare, bisognerebbe sicuramente concludere per la natura meramente formale della nullità di cui si discute. Questi sono alcuni degli spunti che si desumono dall'ordinanza di rimessione e dalle questioni in essa coinvolte.

Il dibattito – moderato dal Prof. Emerito di Diritto Civile dell'Università degli Studi La Sapienza di Roma, **Antonino Cataudella -** è iniziato con l'intervento del Cons. **Antonello Cosentino** della Seconda sezione civile della Corte di cassazione, il quale ha ringraziato la Fondazione del Notariato e la Formazione decentrata di poter intervenire sull'oggetto dell'incontro, sul quale ha avuto modo di riflettere sia come giudice di merito che di legittimità. Ha evidenziato l'esistenza di profili teorici e ricadute pratiche rispetto alle soluzioni che si vogliano adottare rispetto alla diversa qualificazione della nullità. Sottolinea la complessità e la natura vagamente proteiforme della questione che cambia profilo a seconda del punto di vista e sembra mutare nel tempo, secondo la diversa sensibilità culturale o dell'approccio alla visione generale del diritto o al ruolo della legge. E' paradigmatico come sia l'osservatore che determina l'osservato.

Ha definito "la terza via" tra nullità formale e sostanziale come una "complanare" di una delle due.

L'intervento nella regolazione di rapporti tra privati in funzione di esigenze pubblicistiche si rinviene in tempi relativamente recenti con la legge Beccalossi nel 1977, specificatamente sulle costruzioni. Prima ancora si è avuto l'art. 10 della legge Ponte degli anni '60 che si occupava di commercio di terreni abusivamente lottizzati. Si trattava di casi molto diversi poiché si richiedeva che l'acquirente non fosse a conoscenza della mancanza della concessione. La *ratio* era di tutela dell'acquirente e si è avuto modo di notare da parte dei commentatori che era invalso l'uso di clausole "di stile" negli atti di trasferimento che, in qualche modo, neutralizzavano gli effetti della legge. Successivamente con la legge n. 47 del 1985 sono considerati nulli gli atti stipulati che non contengano la dichiarazione dell'alienante rispetto agli estremi del titolo abilitativo della costruzione. Questa nullità, come un Giano bifronte, è posta a tutela dell'interesse pubblico per disincentivare l'abuso edilizio e, contemporaneamente, c'è attenzione a non paralizzare il commercio giuridico degli immobili in queste condizioni poiché si escludono gli atti *inter vivos* costitutivi di garanzia e di servitù, nonché gli atti *mortis causa*. È una previsione che associa una funzione informativa dell'acquirente ed una deterrente diretta a disincentivare l'abuso edilizio con la minaccia dell'inutilità dell'abuso che poi non sarà giuridicamente commerciabile. A questa oggettiva diversità di *ratio* si deve ricondurre la varietà di opinioni nella dottrina civilistica italiana e la marcata dicotomia nella giurisprudenza di legittimità. Ha definito tale dicotomia come diacronica: per un periodo si è avuto un approccio solido e fermo sulla natura formale della nullità poi, nel 2013, ma ancor prima alcune differenze nella sentenza del 2009, ricordata dal Pres. Petitti, la Cassazione cambia l'impostazione. Sui contratti di trasferimento per 7/8 anni non si sono registrati dissensi, mentre i giudici di merito cercavano di confutare l'approccio di legittimità che oggi riemerge con il caso rimesso alle SS.UU.. Ha evidenziato come, in alcuni casi, la forza del fatto consenta di "illuminare" aspetti della questione che, in altri, sono apparsi meno evidenti. In questo specifico caso un terzo contesta un contratto *inter alios* in cui il venditore è un soggetto legato al terzo da un contenzioso, quindi, l'interesse dell'attore è di riflesso, poiché diretto alla preservazione del patrimonio del ritenuto debitore. Ciò rende la potenzialità distruttiva della nullità ritenuta sostanziale rispetto a rapporti già cristallizzati con l'affidamento. Emergono esigenze di bilanciamento da parte del diritto rispetto alla realtà dei fatti. L'esigenza di un'interpretazione più rigorosa deriva dalla difficoltà della "mano pubblica" di realizzare la tutela del territorio che non è governata da un rapido accertamento da parte di una Polizia edilizia, con conseguenti provvedimenti demolitori impugnabili di fronte alla Giustizia amministrativa che, tempestivamente, accerti la legittimità o meno di quanto realizzato, provvedendo eventualmente anche all'esecuzione. Si contrappongono quindi esigenze di tutela del territorio, da un lato, e dell'acquirente, dall'altro. Questo ultimo esposto alla perdita del titolo di acquisto dell'immobile che, intanto ha in ipotesi pagato, può essere costretto ad onerose azioni restitutorie. Ciò dimostra come il tema sia piuttosto sensibile. Se la dichiarazione sull'esistenza della concessione risulti mendace, non vi sarà problema alcuno a rilevare la nullità formale dell'atto. Se, invece, si indica una concessione, questa deve esserci ed essere riferibile a quell'immobile, altrimenti è ugualmente mendace. Quando, invece, l'immobile è diverso per numero di piani o volumetria, si ritorna alla nullità sostanziale.

Rilevata la complessità della normativa italiana sull'edilizia, appare difficile individuare quale sia la diversità sostanziale dell'immobile sulla base del quale far discendere la relativa nullità dell'atto. Analogamente altrettanto problematico appare anche individuare quali siano i titoli autorizzativi che si assumono mancare. Ciò rende il panorama interpretativo ulteriormente incerto. Bisognerebbe rifarsi alle valutazioni dei tecnici degli enti locali che hanno il controllo del territorio, ma anche queste sono variabili rispetto ai luoghi ed al tempo, se non addirittura all'interno del medesimo ufficio. In ultima analisi si dovrebbe far riferimento al Giudice amministrativo con un ulteriore contenzioso. A questo punto si può chiedere ragionevolmente al notaio di assumere l'onere di verificare la validità del contratto in relazione alla natura oggettiva dell'abuso? Una possibile risposta affermativa, considerando che sia un rischio professionale del notaio, appare opinabile e problematica. In conclusione, si può lasciare il giudizio sulla validità del trasferimento immobiliare ad un giudice che si affiderà ad un consulente tecnico, magari dopo 10 anni, il quale farà le sue

valutazioni in maniera diversa dal tecnico dell'alienante che, nel presentarla al notaio, si è basato sull'indirizzo valido in quel comune in quel dato momento storico? Ciò consente di rimeditare la giurisprudenza del 2013 e degli anni successivi. Ha quindi suggerito cautela nell'utilizzo di strumenti del diritto civile per fini pubblicistici, portando come esempio quanto accaduto in campo tributario nella nullità del contratto per assenza di registrazione che ha dato luogo ad un contenzioso molto complicato, oggi composto da una decisione delle SS.UU. del 2017. Ha quindi concluso affermando come non sia facile calcolare la potenza distorsiva di un'operazione del genere.

Il Prof. Cataudella ha chiosato rilevando l'intenzione del relatore di voler individuare una soluzione di contemperamento tra le rilevate contrapposte esigenze. Ha condiviso la valutazione di evitare di condizionare dall'interno l'autonomia privata, da parte dell'interesse pubblico che può, invece, "muoversi dall'esterno".

E' intervenuto, quindi il Prof. ord. di Diritto Civile presso l'Università di Foggia, Avvocato **Salvatore Monticelli,** che ha ringraziato per l'invito e definito equivoca la nullità individuata dall'ordinanza di rimessione alle SS.UU.. Ha inteso evidenziare i connotati della tesi sostanzialistica che, a partire dal 2013, si è consolidata sino ai nostri giorni. Questa tesi deriva sostanzialmente da un ragionamento a contrario: si desume che la norma, con gli artt. 17 e 40 della legge n. 47 del 1985 esprima un principio generale della nullità di carattere sostanziale degli atti di trasferimento di immobili non in regola con la disciplina urbanistica. Questa espressione non viene da un'enunciazione espressa, bensì argomentando *a contrario*, cioè dalla constatazione che la norma stessa consenta il recupero del contratto nullo, attraverso una successiva dichiarazione di conferma, solamente se l'immobile sia in regola con la normativa urbanistica. Così, se l'immobile può essere considerato regolare, il contratto è valido, altrimenti è nullo. Sulla base di questo ragionamento, queste norme esprimerebbero due tipi di nullità, come già evidenziato nell'ordinanza di rimessione: una così detta non espressa, ma desumibile solamente in via interpretativa e perciò virtuale e non sanabile, riconducibile nell'alveo dell'art. 1418, comma 1, cod. civ. e, di contro, una nullità espressa, ma testuale, connessa alla mancanza della dichiarazione, la quale, però, è eccezionalmente sanabile, laddove il titolo edilizio esista e sia stato solamente omesso dalle parti innanzi al notaio. Questa ultima sarebbe riconducibile all'alveo dell'art. 1418, comma 3, cod. civ. ovvero delle nullità così dette espresse. La norma avrebbe una duplice *ratio*: una prioritaria di stabilire una sostanziale non commerciabilità dell'immobile abusivo ed una secondaria di sancire un peculiare formalismo dell'atto la cui mancanza è *ex post* rimediabile, per tutelare l'acquirente.

Ha quindi rilevato che, per ipotizzare una nullità virtuale, vi sia la necessità che si possa individuare con certezza una norma proibitiva imperativa violata, salvo che la legge disponga altrimenti. In assenza di questa assunta violazione, mancherebbe il presupposto del I comma dell'art. 1418 cod. civ.. Come sottolineato anche dall'ordinanza di rimessione, nella lettera della legge non si troverebbe tale norma, né tantomeno una norma precettiva che possa convertirsi in un divieto. Per poter dar credito alla tesi della nullità virtuale, bisognerebbe dar credito all'esistenza di una norma proibitiva, anche essa virtuale, sicché tale ricostruzione mancherebbe di un solido fondamento giuridico. Ha riferito, inoltre, di un passaggio di uno scritto del prof. Alpa, ove si afferma che non possa esistere nel nostro ordinamento una nullità criptica. Diversamente, il relatore ha ritenuto di poterla individuare nella nullità virtuale ed ha sostenuto come non possa esistere una norma imperativa criptica. Ritenere diversamente, potrebbe significare voler introdurre un'interpretazione definita "superletterale" del disposto normativo. La norma prevede solamente l'indicazione del titolo abilitativo da parte dell'alienante, senza richiederne la verifica. A voler accedere a tale interpretazione di tipo "superletterale", si finirebbe per creare dal nulla 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". Ciò, ha sostenuto, non è possibile rilevarlo in alcun modo.

Non ogni violazione della norma imperativa determina la nullità del contratto, ma solamente quelle che riguardano l'aspetto funzionale del contratto, ovvero quelle che qualificano come meritevole di tutela l'interesse perseguito con quel contratto. L'assetto di interessi disciplinato dagli artt. 17 e 40, l. 47 del 1985, non impedisce la commerciabilità degli immobili abusivi, essendo possibile trasmetterli *mortis causa*, ovvero con atti ad effetti obbligatori, come nelle locazioni o negli affitti. Da ultimo, anche la Cassazione ha escluso il contratto preliminare, avendo questo solo effetti obbligatori e non reali. In realtà, anche il Legislatore ha effettuato un'ulteriore limitazione, escludendo espressamente dall'ambito di operatività delle norme citate, gli atti con cui si costituiscono, modificano o estinguono diritti reali di garanzia e di servitù. Ciò lo porta a ritenere che possa essere messa in dubbio la tesi che l'interesse pubblico sotteso alle norme in esame sia riferibile all'incommerciabilità degli immobili abusivi.

Il relatore ha affermato, quindi, che l'argomentazione *a contrario* - sopra citata a sostegno della tesi sostanzialistica - è smentita dal dettato letterale della norma la quale sancisce che solo la mancanza di dichiarazione può dar luogo alla nullità dell'atto, salvo essere corretta in via suppletiva o rimediale dalla successiva conferma. Diversamente nulla è detto, se non implicitamente, sull'inesistenza della dichiarazione ed a fronte di una dichiarazione falsa. L'inesistenza della concessione è elevata a condizione necessaria dalla norma solo per poter confermare l'atto, ma non condiziona il negozio quando gli estremi della concessione, sia pure mendacemente, siano stati inseriti nel contratto, rispettando così la prescrizione formale. A questo proposito ha ricordato la sentenza della Cassazione n. 8147 del 2000, laddove afferma "Dalla lettera della legge emerge un quadro ove l'irregolarità del bene non rileva per sé, ma solo in quanto preclude la conferma dell'atto. Simmetricamente la regolarità del bene sotto il profilo urbanistico non rileva di per sé, ma solo in quanto consente la conferma dell'atto". Questo rapporto conferma-dichiarazione appare così riscontrato da questa decisione. Ha voluto anche ricordare che la tesi sostanzialistica non si è basata solo sul ricorso alla nullità virtuale di cui all'art. 1418, comma 1, cod. civ., ma alcuni autori hanno utilizzato il secondo comma per giustificarla. Questa impostazione, seguita da parte della giurisprudenza di merito, assume che in realtà ci si troverebbe di fronte ad un contratto di trasferimento di immobile abusivo nullo, perché ne sarebbe illecito l'oggetto, in quanto prodotto di un reato, ovvero l'edificazione abusiva. Secondo un'ulteriore opinione, ci si troverebbe di fronte ad un'impossibilità giuridica relativa all'oggetto del contratto per assenza del provvedimento concessorio. Ha espresso le sue perplessità in merito, poiché una nullità per una supposta illiceità o per impossibilità dell'oggetto dovrebbe sussistere in relazione a tutti gli atti di trasferimento di quel bene e non solo per alcuni. Ha riferito anche come sarebbe arduo ritenere che il Legislatore abbia considerato valido un negozio giuridico contenente dichiarazioni e allegazioni false e non valido un negozio giuridico che non contenga, pur in presenza del titolo edilizio, le relative dichiarazioni o allegazioni. Questa obiezione ritenuta fondata non supera la lettera della legge che riconnette la nullità alla sola mancanza della dichiarazione e determina una lettura "superletterale" del disposto normativo richiamata anche dalla sentenza della Cassazione n. 16876 del 2013. Questa, infatti, riporta che "I canoni normativi dell'interpretazione della legge non consentono di attribuire al testo normativo che prescinda o superi le espressioni formali in cui si articola". La normativa, quindi, non contrasta l'abusivismo? In realtà si prevede l'esistenza di una dichiarazione che espone il dichiarante a responsabilità di tipo civilistico ed anche penali. Essa, quindi, contrasta l'abusivismo, sia pure indirettamente, essendo il mendacio punito dal diritto penale.

Ha, quindi, richiamato l'ordinanza di rimessione nel punto in cui sostiene che la nullità virtuale non trova riscontro nel dettato normativo ed espone l'acquirente in buona fede al pregiudizio della perdita dell'immobile e lo può costringere al recupero del prezzo versato. Ha evidenziato che se la stipula del contratto risale a più di 10 anni prima della sentenza dichiarativa della nullità, si sarà

maturata anche la prescrizione delle azioni di restituzione e ciò comporta la perdita dell'immobile e del denaro versato per l'acquisto; infatti, non può dirsi che la decorrenza della prescrizione possa decorrere solo dalla sentenza, poiché questa è di natura dichiarativa, quindi, è dalla data dell'atto che decorre la prescrizione. Ciò rappresenta un argomento da tenere ben presente nel bilanciamento degli interessi, poiché sussiste un problema di incertezza fattuale per il recupero somme, anche prima della prescrizione. A questo grave pregiudizio per l'acquirente corrisponde un vantaggio enorme da parte del venditore che, a seguito della declaratoria della nullità, avrà il diritto di ricevere indietro il bene, ma anche di poterne disporre per testamento o legato. Paradossalmente così viene "premiato" chi ha posto in essere l'abuso edilizio e che ha reso anche la dichiarazione mendace.

Ha posto anche l'eventualità che si possa considerare l'acquirente non incolpevole, poiché egli poteva controllare se la dichiarazione resa fosse in realtà falsa; ciò non supporta la tesi della nullità sostanziale ma solo quella che circoscrive il risarcimento del danno da parte dell'acquirente nei confronti del venditore. In definitiva, l'accedere all'ipotesi di una nullità sostanziale dell'atto di trasferimento dell'immobile abusivamente realizzato - con menzione formale dei titoli abilitativi, ma sostanzialmente non in regola con il titolo concessorio - comporta il sacrificio integrale delle esigenze di tutela dell'acquirente, specie in buona fede, ad una supposta esigenza prioritaria di contrasto all'abusivismo, peraltro non chiaramente ricavabile dalla lettera della legge. Così facendo si favorisce evidentemente il venditore "colpevole" dell'abuso edilizio e del mendacio. La tesi sostanzialistica determina un'enorme incertezza operativa sia al giudice che al notaio, poiché obbliga necessariamente a distinguere gli abusi primari e quelli secondari. I primi forieri di nullità mentre gli altri la potrebbero escludere. Richiamando ancora l'ordinanza di rimessione, ha evidenziato come sul piano teorico queste differenze appaiano nitide, mentre sul piano applicativo in una fattispecie concreta, possono implicare non pochi margini di opinabilità. Ha aggiunto, infine che il confine normativo stabilito per l'incommerciabilità degli immobili abusivi deve essere certo se non si vuole rischiare di ledere irragionevolmente l'interesse, anch'esso di carattere generale alla certa e sicura circolazione dei diritti reali immobiliari. Così accogliere la tesi sostanzialistica della nullità, impone 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 la lotta all'abusivismo edilizio per il tramite di una supposta nullità sostanziale rinvenibile nelle norme citate.

Il Prof. Cataudella, nella sua veste di moderatore del dibattito, ha rilevato l'analiticità delle ragioni a favore della tesi formale rispetto a quella sostanziale, ponendo l'accento su tutti i dati che potrebbero contrastare la soluzione sostanzialistica, tenendo conto delle conseguenze ad essa correlate.

E' intervenuto, quindi, il Notaio in Zagarolo (Roma) **Giuseppe Trapani**, che ha ringraziato la Formazione e la Fondazione del notariato per il gradito invito. Ha affermato di trattare da molti anni la questione in argomento, ritenuta frutto di una superfetazione normativa per il sovrapporsi di dati normativi penalistici, civilistici ed amministrativi non coerenti, neanche al loro interno, che generano confusione agli interpreti di ciascuna materia. Ha ribadito, richiamando l'intervento del Prof. Monticelli, che i confini dell'incommerciabilità degli immobili abusivi devono essere certi, trattandosi di una materia molto delicata per il nostro Paese. Il mercato immobiliare è importante anche a fini del PIL e dell'accesso al credito. Ha ricordato l'art. 15 della legge "Bucalossi" che teneva in considerazione un atteggiamento soggettivo dell'acquirente insieme ad altre due norme cardine (art. 40, l. n. 47 del 1985, vigente nel comma 2 e l'art. 17, medesima legge, poi confluito nell'art. 46 del Testo Unico dell'Edilizia) che si sono succedute e danno il segno del mutamento di visione nel tempo. Analoga disposizione, per i terreni, si può rinvenire nell'art. 30. Secondo le

norme in esame sono nulli e non possono essere stipulati gli atti tra vivi di trasferimento, di costituzione o scioglimento della comunione di diritti reali. Tale nullità, depauperata da quel profilo soggettivistico presente nella legge "Bucalossi", è legata oggi alla mancanza o al difetto della dichiarazione dell'alienante sugli estremi della concessione ad edificare o del condono edilizio o della domanda di detto condono.

Ha ricordato, ancora, come la nullità sia legata ad una dichiarazione e riguardi sia l'interesse pubblico di contrasto all'abusivismo che l'interesse dell'acquirente alla sicurezza dell'acquisto. L'ordinanza di rimessione ha una vicenda alla base che è paradigmatica della conflittualità delle due diverse tutele. Ha riferito, quindi, che la questione ha ad oggetto un titolo edilizio di tipo concessorio che non viene analizzato dal relatore dell'ordinanza e l'esecuzione di lavori di ristrutturazione successivi al titolo sui quali, allo stesso modo, non ci si è soffermati nel rimettere la questione, mentre ha sottolineato l'esistenza dell'interesse di un terzo a far dichiarare la nullità dell'atto. Ha proseguito citando, inoltre, i vizi dell'atto amministrativo ai sensi della l. n. 241 del 1990 (nullità ed annullabilità) il cui accertamento è riservato all'Autorità giurisdizionale amministrativa; ha evocato la vigenza degli artt. 4 e 5 della l. n. 2248, All. E, del 1865 che dispongono la disapplicazione degli atti amministrativi assunti in violazione di legge, potere di cui il notaio non può certamente disporre; quindi ha citato, in materia penale, la sentenza a Sezioni Unite "Garufi" del 2002 nella quale si è dato un concetto diverso della disapplicazione, non possibile *in peius*, ma relativa alla possibilità da parte del giudice penale di conformare astrattamente la fattispecie al dato normativo previsto e la relativa possibilità di disapplicazione da parte del giudice civile. Dato il quadro normativo di riferimento, ha proseguito con l'indicazione dell'art. 40 della l. n. 47 del 1985 sulle dichiarazioni rese prima del 1967, poiché, all'indomani della legge Ponte, si era verificato l'estensione dell'edificazione dai centri urbani alle campagne e il Legislatore si era preoccupato di prevedere anche i casi in cui non fosse possibile rinvenire i titoli edificatori, non più rintracciabili negli uffici pubblici, attraverso il principio costituzionale di collaborazione dei privati con la P.A., attraverso uno strumento che, prima, fosse assistito dalla legge n. 15 del 1968 e, oggi, dalla l. n. 445 del 2000 e che consentisse di coniugare le esigenze della circolazione con quelle del controllo del territorio. Il cedente o il condividente potrà, nel caso di edificio la cui costruzione è iniziata anteriormente al I settembre 1967, in virtù di regolare licenza edilizia alternativamente – senza alcuna conseguenza in ordine alla legittimità dell'atto dispositivo - limitarsi a formulare la dichiarazione di anteriorità prevista dalla legge, senza alcuna menzione della licenza o piuttosto menzionarla esattamente con l'indicazione della data e del protocollo. Su questo punto ha citato la recente sentenza del Consiglio di Stato n. 5988 del 19.10.2018, che détta esattamente le regole di condotta che il notaio deve seguire nel controllare e suggerire la suddetta dichiarazione. Questa ultima può prescindere dalla conformità del fabbricato dallo strumento edilizio.

Ha evidenziato anche come le riforme intervenute rispetto alle leggi sull'edilizia e la tipologia degli interventi urbanistici, sino al d.lgs. n. 222 del 2016, siano state ben 133 (di cui 77 sono state quelle relative alla parte di interesse per i notai): praticamente una modifica ogni 23 giorni, seconda solamente alla disciplina dell'IRPEF che consente di contarne una ogni 13 giorni. Tale situazione di grande incertezza ha stimolato il Legislatore a riordinare la materia e, per esempio, nell'allegato A del d.lgs. n. 222 del 2016 si ha un'esatta definizione degli interventi edilizi ovvero nella G.U. del 7.4.2018, parte I, n. 81, si può rinvenire la definizione delle parole che rappresentano solo l'inizio, trattandosi dell'edilizia libera che non contempla gli abusi di cui si tratta. Nel 2016 si è voluto creare un regolamento edilizio comune, rilevata la diversità linguistica utilizzata nei Comuni, e quindi, nella conferenza unificata delle Regioni si è formato un glossario urbanistico molto complesso, adottato sinora da pochi Comuni. A complicare ulteriormente il panorama è intervenuta la legislazione regionale, *ex* art. 117 Cost., con concetti giuridici diversi a cui gli strumenti urbanistici attribuiscono valenza, non interpretativa, ma normativa e che, conseguentemente, differiscono a seconda della località. Nell'art. 46, l. n. 47 del 1985, è stata inserita una norma al

comma 5-*bis* dell'art. 56 che fa riferimento all'estensione delle menzioni a pena di nullità dell'atto anche relativamente agli interventi edilizi precisati all'art. 23, comma 1, poi modificato all'art. 22, comma 3, T.U.E. a cui è poi seguita una numerazione "01" che non coincide con il numero dei commi; analogamente tra il 2014 e 2016, si è verificata la sostituzione dell'acronimo D.I.A. con la S.C.I.A., dimenticando l'esistenza di ulteriori ipotesi di D.I.A., creando così ulteriore confusione sul dato normativo rilevato come errato anche sul sito "Normattiva". Lo stesso problema lo ha rilevato nell'art. 44, l. n. 47 del 1985, in materia penale, con una possibile abrogazione del reato che nessuno sembra aver rilevato. Il problema relativo alla circolazione degli immobili ha avuto una ricaduta anche nelle altre tre norme speculari come l'art. 48 (allaccio ai pubblici servizi), l'art. 44 (norma penalistica) e il vecchio art. 21 (norma disciplinare per i notai). Questo è il quadro della complessità della materia, non solo definitoria ma anche di tipo sostanziale perché, dal dato testuale, oggi è molto difficile rilevare nel tempo quali norme fossero applicabili. Si può dire, quindi, che esistano tre macro-aree rispetto al titolo edificatorio primario: la prima relativa alle dichiarazioni *ante* 1967, la seconda *post* 1967 con i provvedimenti concessori espressi quali la licenza o concessione edilizia e il permesso di costruire anche con il silenzio assenso unitamente ad una serie di particolarità estremamente sofisticate, infine, la terza relativa alla super-D.I.A. in relazione ad opere realizzate ai sensi dell'art. 22, comma 3, del T.U.E., secondo il dato normativo vigente sino al 10 dicembre 2016. Dal 11 dicembre 2016 cambia ancora il dato normativo, poiché il dato di riferimento è rappresentato non più dalla super-D.I.A ma dalla super-S.C.I.A.. Sul provvedimento abilitativo in sanatoria, invece, bisogna far riferimento agli estremi della domanda di condono. Ha voluto ricordare anche come, oltre al titolo primario possano intervenire delle modifiche quali le varianti essenziali che incidono sul titolo primario o un rinnovo del permesso di costruire ovvero ancora l'esistenza di una norma che dimostri come il dato della conformità sostanziale non sia stato richiesto dal legislatore: l'art. 46, comma 2, l. n. 47 del 1985. Essa fa riferimento all'art. 38 del T.U.E., rispetto alla commercializzazione di un immobile il cui titolo sia stato annullato con l'irrogazione di una sanzione pecuniaria, in questo caso bisognerà indicare, a pena di nullità nell'atto, che sia stata pagata, quindi, non è richiesta espressamente alcuna regolarità urbanistica. La nostra legislazione si è impostata su un dato oggettivo che è la dichiarazione che consente la circolazione dell'immobile.

Il vero problema è però rappresentato dal concetto di ristrutturazione cd. "pesante", la cui menzione è obbligatoria, al pari degli interventi previsti all'art. 23, comma 1, lett. b) e c), T.U.E.. Questo concetto è molto criticato dagli urbanisti, come il prof. Urbani, il quale ritiene che esso stesso andrebbe "ristrutturato". La realtà è molto variegata, tanto che anche il Consiglio di Stato non ha ancora trovato una linea comune tra le diverse sezioni sulla ristrutturazione pesante: ci si divide tra conservativa o ricostruttiva. Ha rilevato come il comma 1 dell'art. 23 comporta difficoltà interpretative per "l'assommarsi" di e ed o, rendendone così particolarmente difficoltosa l'applicazione in concreto. Ha concluso infine, rilevando come il dato normativo sia molto articolato e spesso non coerente. Il meccanismo della struttura "dichiarazione-conferma", invece, è un meccanismo perfetto perché fondato sulla dichiarazione e sulla presenza del titolo: l'assenza della dichiarazione è confermabile nella misura in cui sia presente il titolo. Il sistema appare così avere gli strumenti per la tutela dell'acquirente. A questo proposito, ha ricordato la norma, poco utilizzata, dell'art. 134, comma 2, T.U.E. che pone un limite decadenziale all'azione di risarcimento in materia urbanistica. Le soluzioni sono diverse con le relative azioni eventualmente esperibili e la mano pubblica, da parte sua, potrà tutelarsi con interventi amministrativi o penali, giungendo sino alla confisca dell'immobile. La l. n. 222 ha inserito per la prima volta il requisito della conformità sostanziale in materia di agibilità. L'art. 24 T.U.E. è stato completamente riscritto e ciò conferma che tale requisito non è richiesto per la circolazione commerciale degli immobili: la legge, infatti, impone solo la presenza della dichiarazione in atti.

Il Prof. Cataudella ha ringraziato rilevando la ricchezza della relazione, che dimostra quanto sia complesso il materiale da esaminare, tanto da rendere difficile l'individuazione di una conclusione.

E’ intervenuta, quindi, la dott.ssa **Celeste Natoli**, dichiarata idonea alle funzioni notarili, che ha preliminarmente ringraziato il Cons. Giacalone dell’invito ed il Prof. Scognamiglio dell’Università di Tor Vergata, ove svolge il proprio dottorato di ricerca per l’opportunità offertale con la partecipazione a questo incontro. Il dibattito ha ad oggetto questioni affrontate in una sua nota di commento all’ordinanza di rimessione oggi in discussione, in corso do pubblicazione sulla rivista *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata.* Lo scopo del suo intervento è stato quello di fare un po’ il punto della situazione sulle ragioni giuridiche sottese alla diverse prospettazioni della nullità quale solo formale o anche sostanziale, ovvero, citando il Cons. Cosentino sulla “sostanziazione” della tesi formalistica, come una sorta di nullità testuale. Ciò non è un caso, come detto dal notaio Rizzi su Federnotizie dell’agosto 2018. Si è voluto dar dignità ai rilievi critici sollevati dai sostenitori della tesi sostanzialistica della nullità urbanistica e riaffermare l’importanza di ancorare l’interpretazione al quadro normativo di riferimento. Gli artt. 40 della l. n. 47 del 1985 e 46 del d.P.R. n. 380 del 2001 sono relativi ad atti che siano *hic et nunc* traslativi, costitutivi e di scioglimento di comunioni su diritti reali, non essendovi spazi testuali per altre interpretazioni.

I sostenitori della tesi sostanzialistica, facendo riferimento alle sentenze della cassazione n. 23591 del 17.10.2013 e n. 25811 del 05.12.2014, hanno affermato la necessità di guardare al dato testuale. Essi hanno anche dato uno spunto critico, valutando il fatto che, se può dirsi - come osservato dal Prof. Monticelli - che non esista una norma imperativa di legge che pone un divieto in ordine ad abusi dal punto di vista prettamente sostanziale, pur essendoci una validità formale dell’atto, sussiste un principio generale che osterebbe alla commercializzazione “libera” degli immobili abusivi. La *ratio* sottesa alla disciplina in materia urbanistica è quella di mettere l’acquirente nelle condizioni, con il ministero del notaio che garantisce che l’atto abbia pubblica fede, di sapere quale sia la condizione edilizia dell’immobile oggetto di compravendita, anche nei rapporti futuri con la P.A. per eventuali interventi che volesse effettuare. Il fatto che venga colpita la mera carenza documentale è affermazione del fatto che il Legislatore si sia voluto occupare del più, inevitabilmente ricomprendendo il meno, perché nel momento in cui si va a effettuare una dichiarazione dinanzi ad un pubblico ufficiale, indicando gli estremi di un titolo edilizio, necessariamente le norme penali ed amministrative preservano le assunzioni di responsabilità in tal senso da parte del dichiarante, ma non si può arrivare ad utilizzare lo strumento della nullità per arrivare a rendere incerto il sistema giuridico dei traffici commerciali degli immobili in genere. Ciò assume una particolare importanza poiché, anche nella recente sentenza n. 10297 del 26 aprile 2017, affermare l’esistenza di una nullità virtuale implica necessariamente bloccare sin dal principio anche la fattispecie delle trattative qualificate che possono essere precedute dalla contrattazione preliminare e, in particolar modo, impedisce alle parti - intenzionate ad assumere un impegno giuridico alla stipula di un contratto definitivo - di poter anche sanare *ex post* un abuso, ricorrendo allo strumento della sanatoria a regime di cui all’art. 36 del d.P.R. n. 380 del 2001. Dando una lettura restrittiva della nullità urbanistica, invece, sarebbe possibile farlo durante la fase che va dalla stipula del contratto preliminare a quella del definitivo. Ove non si riuscisse a sanare l’abuso, si verserebbe in un’ipotesi di impedimento giuridico con tutte le tutele del caso, finanche ad ottenere una sentenza costitutiva degli effetti del definitivo, eventualmente non concluso ai sensi dell’art. 2932 cod. civ.. Un’altra osservazione che era stata posta dai sostenitori della tesi sostanzialistica era proprio il “cambio di rotta” rispetto alla legge “Bucalossi” effettuato, come detto dal notaio Trapani, prima con la legge del 1985 e successivamente con il d.P.R. del 2001. L’art. 15 della l. n. 15 del 1967 lasciava totalmente alla scelta discrezionale, in buona o mala fede, dello stesso acquirente l’affermazione di una validità del contratto sul presupposto che dichiarasse di essere consapevole di uno stato di abuso edilizio. Essa ha rappresentato una scelta di campo che voleva necessariamente distaccare l’ambito sostanzialistico da quello formalistico, al contrario, il Legislatore, nel 1985 prima e poi nel 2001, ha affermato la necessità di menzionare il titolo edilizio abilitativo. Questa è una scelta che non vuole necessariamente portare a contrasto la tesi formale con quella sostanziale, ma affermare necessariamente che la validità formale è l’espressione “specchio” di quella sostanziale o almeno questo è quello che viene dichiarato di fronte al notaio e bisogna attenercisi

nella circolazione commerciale degli immobili. Un ulteriore argomento è quello relativo alla conferma dell'atto nullo, poiché affermare che ci sia una nullità sostanziale implica inevitabilmente, come le stesse decisioni della Corte di cassazione del 2013 e 2014, che sia da escludere che l'atto possa essere confermabile. Ciò perché ovviamente in quel caso, oltre ad andare contro il testo di legge, ci sarebbe una situazione di sostanziale abuso che non può essere certamente sanata con una conferma ed è anche l'affermazione del fatto della non necessità di duplicare le sanzioni. La sanzione è unica e colpisce la carenza documentale. Il Legislatore coerentemente, non contraddicendo mai sé stesso, garantisce la possibilità di una conferma *ex post* anche perché si tiene in conto il fatto che, se si affermasse la tesi della nullità sostanziale, si dovrebbe arrivare non soltanto ad estendere - cosa assolutamente non detta - l'applicazione della sanzione, non soltanto agli atti *mortis causa* ed alla contrattazione preliminare. Così facendo, si darebbe un'interpretazione *contra legem* rispetto ai commi 5 e 6 dell'art. 46 del d.P.R. n. 380 del 2001 che fanno riferimento alle cessioni coattive in sede di procedure esecutive concorsuali individuali. In questi ultimi casi è espressamente detto che la nullità urbanistica non trova ospitalità ed anzi viene data la possibilità all'acquirente, proprio perché non ci sono ragioni di volerlo tutelare oltremodo da abusi da parte dell'alienante nel corso di una procedura che è sottoposta alla direzione dell'Autorità giudiziaria, garantendogli sempre la possibilità, ove sussista la conformità anche sostanziale dell'immobile, di poter sanare l'abuso con la richiesta di un permesso in sanatoria nei 120 giorni successivi alla notifica del decreto emesso da parte dell'A.G.. In ultimo, ha ricordato la scelta fuori sistema effettuata dal Legislatore per gli immobili costruiti prima del primo settembre 1967. In questo caso il Legislatore si "accontenta" - per ragioni di esigenze di scelte politiche effettuate a monte - della dichiarazione sostitutiva di atto notorio, con responsabilità penali ed amministrative del dichiarante, che non faccia alcun riferimento agli estremi di titolo edilizio abilitativo, ma più semplicemente alla data di inizio lavori. Ciò è fondamentale per comprendere che quando il Legislatore ha voluto prescindere dall'aspetto sostanzialistico lo ha fatto. Ha concluso, infine, ricordando come l'ordinanza di rimessione ha affermato che la tesi sulla natura sostanziale della nullità rischierebbe di demandare il sindacato di validità dell'atto a valutazioni quali quelle legate alla diversa portata delle irregolarità edilizie che, sul piano operativo, potrebbero risultare quantomeno opinabile. Gli accertamenti in punto di gravità degli abusi edilizi sono infatti per legge di competenza delle amministrazioni locali, spesso legate a parametri non sempre univoci ed idonei ad orientare con chiarezza e certezza le valutazioni dei tecnici delle parti contraenti e dello stesso notaio rogante, oltre che, in definitiva, del giudice amministrativo.

Il Prof. Cataudella ha ringraziato per l'esposizione della tematica e della prospettazione delle sue considerazioni. Ha sottolineato l'esistenza di un problema di terminologia sulla nullità sostanziale, formale e testuale. Questa ultima, come è stata introdotta, è una novità. Normalmente è stata contrapposta alla virtuale, quindi, sarebbe corrispondente a quella formale, se considerata solo in sé e per sé come dichiarazione, a meno che non si voglia introdurre un nuovo concetto di "testuale", come ciò che è stato detto o scritto, mentre è "formale" ciò che risulta dall'atto. Non è formale, ma virtuale, ciò che non risulta nell'immediato e che si può evincere successivamente. Ci sono state anche altre scelte terminologiche in dottrina: all'inizio si parlava di nullità documentale o documentaria.

Una prima considerazione, ha sostenuto, può farsi sui limiti interpretativi nell'individuazione dei casi di nullità. Essa è una sanzione importante e non si può estendere analogicamente la nullità. Si potrebbe pensare, invece, ad una interpretazione estensiva nel senso che, se si trovano casi identificabili, si può estendere la nullità a questi. Per quanto riguarda nello specifico le nullità edilizie, la norma cita la mancanza di concessione quindi si potrebbe essere tentati di dire che non sia possibile andare oltre la mancanza di detto atto. Se accanto a tale assenza si aggiungesse una serie ulteriore di ipotesi si rileverebbe la nullità anche laddove, invece, non è prevista. Ciò non

sembra ammissibile in astratto. Si potrebbe tentare un'interpretazione estensiva, ritenendo sostanzialmente parificabile il fatto che manchi la concessione a che una concessione ci sia, ma così difforme rispetto a quanto costruito, che non sia possibile ricollegarla all'edificio. Bisogna, inoltre, evitare la tentazione di utilizzare l'ipotesi di inammissibilità di sanatoria per farne una catalogazione delle ipotesi di nullità. Non si dovrebbe andare oltre all'ammissione di una nullità per mancanza assoluta di concessione o per l'impossibilità di ricollegare l'edificio alla concessione. Seguita questa linea, alcuni problemi possono dirsi risolti, perché non si dovrebbe avere a che fare con la necessità di un controllo puntuale della conformità dell'edificio alla concessione che, come si è qui detto, può risultare difficilissimo. A questo punto, l'esigenza dell'acquirente di evitare la nullità del contratto concluso può essere soddisfatta evitando che la difformità, anche grave rispetto alla concessione, non può dar luogo a detta nullità. Rimarrebbe così solo il problema della mancanza di concessione. Si potrebbe anche dire che esistano due tipi di nullità: una sostanziale e una formale. Non una nullità sostanziale che poi si manifesta diversamente, quanto una nullità formale per la quale sono dettate regole ben precise a cui il notaio si deve attenere. Se le dichiarazioni mancano allora il contratto è nullo. Accanto a ciò si può ancora tentare di individuare le nullità sostanziali, come ben detto dal Prof. Monticelli.

Il discorso notarile della nullità testuale serve a sostenere un diverso tipo di nullità, cioè una nullità che richiede la veridicità della dichiarazione ed appare una questione terminologica. Un argomento a favore della tesi sostanzialistica, comunque non decisivo, è quello della sanatoria, che però può essere comunque sostenibile. Se si vuole ammettere la sanatoria della nullità formale quando c'è corrispondenza con la concessione edilizia, sempre nel senso di esistenza della stessa, si contribuisce ad ammettere l'esistenza di una nullità sostanziale. Si potrebbe anche dire che la trascrizione degli atti comporti che l'atto nullo dopo 5 anni si possa consolidare se non ci sono domande dirette a dichiararne la nullità e che c'è la garanzia dei terzi acquirenti in buona fede. Un ulteriore problema si potrebbe porre nel caso di rifiuto della sanatoria del condono edilizio laddove si possa configurare o meno un'ipotesi di nullità sopravvenuta. Un richiamo alla *ratio* della legge del 1985 rispetto a quella antecedente è ulteriormente utile per poter discutere dell'affermazione che la *ratio* principale sarebbe stata radicalmente modificata. Si è detto sulla normativa che prevede la nullità, con riferimento alla legge n. 10 del 1967, che questa fa leva sulla conoscenza o meno dell'acquirente della mancanza della concessione. Ad essere puntigliosi, il discrimine non si pone sul fatto della conoscenza o meno, ma ciò che si dice nella legge è che non risulti dagli atti che non sussistesse la concessione. Non è detto, però, che non risultando dagli atti, l'acquirente non fosse a conoscenza della non sussistenza della concessione. Il problema, quindi, è della conoscenza come emergente dall'atto. Raffrontando questa normativa con la successiva, si giunge alla conclusione che questa ultima ha posto prioritariamente la lotta all'abusivismo, come principio generale di carattere pubblico, mentre la precedente teneva conto dell'interesse dell'acquirente. Dalla natura della *ratio* della normativa precedente, si trae la conclusione che si trattasse di una nullità relativa, mentre non è detto che con la nuova si tratti necessariamente di nullità assoluta. Rispetto alla legge del passato che ha usato una formulazione molto più ampia, oggi invece se ne rileva una molto più precisa, con una serie fondamentale di esclusioni. Oggi, nel disporre l'obbligatorietà delle dichiarazioni o allegazioni in capo all'alienante, si è voluto tutelare l'acquirente consentendogli di conoscere così la situazione giuridica dell'immobile. D'altro canto, quando si è citata la legge del 1985, l'atto non solo è stato considerato nullo, ma non poteva neanche essere ricevuto dal notaio, quindi, si sarebbe forse potuto chiedere anche che si accertasse l'effettiva esistenza della concessione. Così oggi non è possibile affermare che sia preminente il contrasto all'abusivismo che certamente c'è, ma unitamente a quella dell'acquirente. La giurisprudenza, considerando la nullità in questione come relativa, ha segnalato il mutamento di *ratio* tra la vecchia e la nuova normativa, affermando anche che la tutela primaria è del soggetto acquirente. Ciò consentirebbe all'acquirente di avere uno strumento per scegliere se farlo o non farlo, non favorendo così l'alienante che, anche in buona fede, rende una dichiarazione che può avere, come ben detto, conseguenze molto gravi. Ha concluso, quindi, affermando che una soluzione di questo tipo potrebbe avere quegli effetti

mediali che si cerca di raggiungere, tutelando l’acquirente ed evitando l’assurdo che, con una dichiarazione falsa, si finisca con il determinare la nullità dell’atto con conseguenze certamente meno gravi ed onerose.