

[Home](#) [Settore Studi](#) [Giurisprudenza](#) [Sentenze annotate](#)

DIFFORMITÀ TRA TITOLO ABILITATIVO E COSTRUZIONE REALIZZATA: LE SEZIONI UNITE PONGONO FINE AL CONTRASTO GIURISPRUDENZIALE TRA NULLITÀ FORMALE E SOSTANZIALE (CASS. SS. UU. 22 MARZO 2019 N. 8230)

[SENTENZE ANNOTATE](#)

[MAURO LEO](#)

Importante sentenza della Cassazione a Sezioni Unite per l'attività notarile.

Ponendo fine ad un contrasto interpretativo sorto all'interno delle sezioni seconda e terza della Corte, i giudici di Piazza Cavour, con la sentenza 22 marzo 2019 n. 8230, hanno sancito che la nullità comminata dall'art. 46 del T.U. edilizia (D.P.R. n. 380 del 2001) e dagli articoli 17 (abrogato, ma trasfuso nell'art. 46) e 40 della L. n. 47 del 1985, *"va ricondotta nell'ambito del comma 3 dell'art. 1418 c.c., di cui costituisce una specifica declinazione, e deve qualificarsi come nullità <<testuale>>, con tale espressione dovendo intendersi, in stretta adesione al dato normativo, un'unica fattispecie di nullità che colpisce gli atti tra vivi ad effetti reali elencati nelle norme che la prevedono, volta a sanzionare la mancata inclusione in detti atti degli estremi del titolo abilitativo dell'immobile, titolo che, tuttavia, deve esistere realmente e deve essere riferibile, proprio, a quell'immobile"*. A corollario di tale principio di diritto i giudici hanno affermato che *"in presenza nell'atto della dichiarazione dell'alienante degli estremi del titolo urbanistico, reale e riferibile all'immobile, il contratto è valido a prescindere dal profilo della conformità o della difformità della costruzione realizzata al titolo menzionato"*.

La Cassazione chiarisce definitivamente, quindi, che la nullità prevista dalle norme in esame ha natura formale e comporta che tale sanzione derivi unicamente dall'assenza, negli atti traslativi - (*"ove da essi non risultino"*) - della dichiarazione dell'alienante (o dalla mancata allegazione, per le ipotesi di cui all'art. 40) contenente gli estremi identificativi dei titoli abilitativi degli immobili negoziati.

La S.C. ricordato il quadro normativo che nel corso degli anni ha delineato la disciplina urbanistica (L. n. 2359 del 1865; L. 17 agosto 1942 n. 1150; L. 6 agosto 1967 n. 765; L. 28 gennaio 1977 n. 10; D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380), fino alle leggi sul condono edilizio (L. 28 febbraio 1985 n. 47; L. n. 724/1994; D.L. n. 269/2003, conv. in L. n. 326/2003), caratterizzate dalla duplice finalità di reprimere il fenomeno dell'abusivismo e di sanare il progresso, ha così articolato il proprio *iter* argomentativo.

a) Si sono illustrate i due orientamenti giurisprudenziali (punto 5), l'uno facente capo alla teoria c.d. formale e l'altro alla teoria c.d. sostanziale.

Secondo il primo orientamento (Cass. n. 8147/2000; n. 5068/2001; n. 5898/2004; n. 7534 del 2004; n. 26970 del 2005; n. 9647 del 2006; n. 20714 del 2011; n. 16876 del 2013; n. 28456 del 2013), variamente declinato, la nullità contemplata dalle norme richiamate ha natura formale, sicché solo l'assenza nell'atto delle prescritte dichiarazioni e indicazioni dei titoli abilitativi determina l'invalidità del negozio, e non invece la difformità della costruzione realizzata rispetto al titolo indicato. Secondo questa impostazione la soluzione formale si impone

dal momento che le norme considerate, ponendo limiti all'autonomia privata e divieti alla libera circolazione dei beni, devono ritenersi di stretta interpretazione, in quanto tassative e non estensibili per analogia. Conseguentemente non è possibile discorrere di "nullità virtuale" per le violazioni delle stesse disposizioni.

Secondo la teoria sostanziale (essenzialmente riconducibile a Cass. n. 23591 del 2013; n. 25811 del 2014; n. 18261 del 2015), invece, il contratto avente ad oggetto un bene irregolare dal punto di vista edilizio è affetto da nullità sostanziale. Le norme urbanistiche richiamate, in pratica, conterrebbero due precetti: uno volto a sanzionare la mancata indicazione in atto degli estremi dei titoli abilitativi, l'altro finalizzato a reprimere la circolazione degli immobili urbanisticamente irregolari (e proprio quest'ultimo, secondo tale teoria, sarebbe lo scopo perseguito dalla norma). Inoltre, tale orientamento, mette in guardia dall'incongruità dell'opposta soluzione che sanziona con la nullità per motivi meramente formali atti di trasferimento di immobili regolari dal punto di vista urbanistico, o in corso di regolarizzazione, e consenta, invece, il valido trasferimento di immobili non regolari, lasciando alle parti interessate la possibilità di assumere l'iniziativa di risolverli sul piano dell'inadempimento contrattuale.

b) Si è accolta la tesi della nullità formale (punti 6.2 e seguenti) osservandosi che:

- pur essendo ispirata da finalità commendevoli, nessun'altra ipotesi di nullità è contemplata dalle norme esaminate oltre quella "testuale", derivante appunto dalla mancanza nell'atto traslativo dell'indicazione dei titoli abilitativi. Non quella, in particolare, che l'orientamento giurisprudenziale cd. sostanzialista ricollega alla circostanza che gli stessi immobili risultassero in concreto difformi dal titolo abilitativo (nel presupposto – ritenuto erroneo dalle SS UU – che dagli articoli 40 L. n. 47/1985 e 46 D.P.R. n. 380/2001, fosse possibile ricavare un "principio generale di nullità" che consentisse di ritenere incommerciabili *tout court* gli immobili urbanisticamente irregolari);

- quella propugnata dalla dottrina sostanzialista è una chiave interpretativa che non è possibile ricavare da quelle norme, stante la chiarezza del dato letterale che costituisce pur sempre un limite invalicabile dell'interpretazione delle norme. La tesi della "nullità generalizzata", si precisa, non appare neppure conforme sul piano dell'interpretazione teleologica al dettato dell'art. 12 preleggi, che non autorizza l'interprete a modificare il significato tecnico giuridico proprio delle espressioni che la compongono; tale interpretazione deve individuare la finalità di una norma in esito all'esegesi del testo oggetto di esame, e non già in funzione delle finalità ispiratrici del più ampio complesso normativo in cui quel testo è inserito;

- a sostegno della tesi sostanzialista non può invocarsi la norma sulla conferma degli atti nulli che, secondo quella tesi, avrebbe senso solo se tali atti fossero *ab origine* validi. Al contrario, proprio la conferma e l'atto aggiuntivo che la compongono presuppongono che il titolo e la documentazione sussistano, ma non implicano, tuttavia, che l'edificio oggetto del negozio ne rispecchi fedelmente il contenuto;

- se scopo del legislatore fosse stato quello di impedire *tout court* la circolazione degli immobili abusivi, tale finalità avrebbe potuto essere agevolmente perseguita mediante "una semplice previsione di nullità degli atti aventi ad oggetto siffatti immobili o di incommerciabilità degli stessi".

Tale scelta, invece, non è stata compiuta dal legislatore che è partito dalla considerazione che l'oggetto della compravendita è il trasferimento di una res che, in sé, non è suscettibile di valutazione in termini di liceità o illecità, attenendo l'illecito alla sua produzione e che la regolarità urbanistica del bene è estranea alla causa della compravendita.

Ciò d'altra parte è confermato dal fatto che la nullità viene comminata solo per specifici atti ad effetti reali *inter vivos*, e non invece per gli atti *mortis causa*, gli atti ad effetti obbligatori (come ad es. il contratto preliminare), i diritti reali di garanzia e di servitù, gli atti derivanti da procedure esecutive immobiliari, individuali o concorsuali ai quali le nullità non si applicano.

c) Si è preso posizione sulla natura della nullità, qualificandola come nullità testuale (punto 7 e seguenti), osservandosi in conformità a quanto evidenziato nell'Ordinanza di rimessione, che la tesi della nullità virtuale

(art. 1418 comma 1 c.c.) non trova riscontro nella lettera delle norme in esame, può creare notevoli inconvenienti alla parte acquirente, esposta al rischio della nullità in situazioni in cui aveva confidato (incolpevolmente) sulla validità dell'atto, impone di precisare la nozione di irregolarità urbanistica, come pure di variazione essenziale e non essenziale.

Tutto ciò porta le Sezioni Unite ad affermare che si è in presenza di una specifica declinazione della nullità formale definibile quale nullità "testuale, da ricondurre nell'ambito del comma 3 dell'art. 1418 c.c., che va a colpire in modo specifico le specifiche violazioni prescritte dalla legge.

d) Le Sezioni Unite ritengono quindi, anche alla luce della disciplina sulla conferma, che il titolo abilitativo da menzionare in atto deve essere realmente esistente e quindi che la dichiarazione di parte deve essere veritiera e riferita specificamente all'immobile negoziato, venendo assimilata la mendace dichiarazione della parte alla mancanza di dichiarazione.

Su questo specifico punto le Sezioni Unite ritengono di dover superare quella parte della giurisprudenza che ritiene un requisito "meramente formale" l'indicazione in atto degli estremi dei titoli abilitativi, stante la loro natura di veicolo per la comunicazione di notizie e per la conoscenza di documenti.

e) Le SS UU escludono che la distinzione tra "variazioni essenziali" e "variazioni non essenziali", sulle quali pure l'Ordinanza di rimessione aveva richiesto uno specifico pronunciamento, sia utile per definire l'ambito della nullità del contratto, stante la moltiplicazione dei titoli abilitativi.

In quest'ottica i giudici osservano che il sistema giuridico dei titoli abilitativi nell'edilizia è *"sostanzialmente indeterminato, affidato a graduazioni di irregolarità urbanistica di concreta e difficile identificazione e, in definitiva, inammissibilmente affidato all'arbitrio dell'interprete"*. Tale aspetto - viene evidenziato - sarebbe inconciliabile con le esigenze di salvaguardi della sicurezza e del traffico giuridico, dal momento che sarebbe non conforme al sistema l'uso dello strumento civilistico della nullità quale indiretta forma di controllo amministrativo sulla regolarità urbanistica degli immobili.

f) L'impostazione teorica abbracciata - rilevano le SS UU - ha il pregio di contemperare l'esigenza di delimitare l'area della non negoziabilità degli immobili, a tutela dell'interesse della certezza ed alla sicurezza della loro circolazione, con quella di contrasto all'abusivismo che è finalità che resta inalterata.

Proprio l'evidenziato dovere di informazione a carico del venditore ed a favore dell'acquirente, porta a ritenere che quest'ultimo sia in grado di conoscere, utilizzando la prescritta diligenza, la bontà dell'acquisto in ordine alla regolarità urbanistica dell'immobile e saggiare la convenienza dell'affare sulle possibili conseguenze sanzionatorie di carattere amministrativo (es. demolizione) e penali (contravvenzioni) a suo carico.

Pertanto mentre la nullità del contratto è comminata per il solo caso della mancata inclusione degli estremi del titolo abilitativo, l'interesse superindividuale ad un ordinato assetto del territorio è presidiato dalle sanzioni amministrative e penali richiamate.

Mauro Leo

Cassazione civile, sez. unite, sentenza 22 marzo 2019, n. 8230

Pres. Mammone, Rel. Sambito

FATTI DI CAUSA

Con atto di citazione notificato nelle date 27.7.2005 e 9.9.2005, A.S., premettendo che:

-con atto in Notar S. del 23.10.2001, aveva acquistato due distinti appezzamenti di terreno, intestandone fittiziamente la nuda proprietà alla moglie M.A.D. e l'usufrutto alla suocera Ar.Ro., ed aveva, poi, curato la ristrutturazione totale del fatiscente fabbricato rurale insistente su uno di detti fondi, sostenendo, da solo, l'intera spesa;

-andato in crisi il matrimonio ed in pendenza di giudizio di separazione personale, aveva agito nei confronti della M. e della Ar. per ottenere, tra l'altro, la declaratoria della simulazione dei suddetti acquisti, ed aveva appreso, in sede di trascrizione di tale domanda, che le convenute avevano venduto i predetti immobili a C.D. e Se.Gi., per atto in notar S. dell'1.6.2005;

conveniva in giudizio innanzi davanti al Tribunale di Nola venditrici, compratori e notaio rogante per sentir dichiarare che l'atto di compravendita dell'1.6.2005 era nullo, perché il fabbricato ceduto era stato interessato da vari e consistenti lavori, non regolarmente assentiti, ovvero inefficace nei suoi confronti, ai sensi dell'art. 2901 ce, in quanto compiuto in pregiudizio delle sue ragioni creditorie.

Il Tribunale adito rigettava ogni domanda e la decisione veniva integralmente confermata, con sentenza n. 3253 del 2013, dalla Corte di appello di Napoli, che, ribadita l'infondatezza dell'azione revocatoria, escludeva, per quanto ancora interessa, la dedotta nullità del contratto impugnato, nonostante la difformità del fabbricato rispetto al progetto assentito, e ciò in quanto gli estremi della concessione edilizia risultavano menzionati nel contratto stesso, avendo ivi le venditrici reso le dichiarazioni previste dalla L. n. 47 del 1985, artt. 17 e 40. Tali articoli, rilevava la Corte distrettuale, non riguardavano, infatti, la regolarità urbanistica sostanziale dell'immobile dedotto in contratto (ossia l'effettiva conformità dell'opera edilizia allo strumento concessorio menzionato nell'atto di trasferimento), ma sanzionavano la sola violazione dell'obbligo, di natura meramente formale, di indicare nel contratto gli estremi della concessione o della domanda di sanatoria, al fine di disincentivare l'abusivismo e di tutelare l'affidamento della parte acquirente.

Per la cassazione di tale sentenza, A.S. ha proposto ricorso sulla base di due motivi, con cui ha dedotto la violazione di legge (artt. 17 e 40 della L. n. 47 del 1985) ed il vizio di omesso esame del fatto decisivo per il giudizio, relativo all'abusività degli immobili oggetto del contratto di compravendita.

Il notaio S. ed coniugi C. – S. hanno resistito con controricorso, gli ultimi due proponendo, a loro volta, ricorso incidentale con tre motivi concernenti, rispettivamente, l'omessa pronuncia sul motivo dell'appello incidentale con cui avevano dedotto la carenza di interesse ad agire dell'A., che non aveva dimostrato la pendenza o l'esito della lite relativa alla domanda di simulazione dell'atto di acquisto delle loro danti causa, o, nel caso in cui si fosse ritenuta implicita una statuizione di rigetto di tale motivo, la violazione di legge (artt. 81 e 100 c.p.c. e art. 1421 ce.) e l'omesso esame di un fatto decisivo.

M.A.D. e Ar.Ro. non hanno spiegato attività difensiva in questa sede. All'esito della discussione avvenuta alla pubblica udienza del 9.1.18, in vista della quale il ricorrente ha depositato una memoria illustrativa, la Seconda Sezione di questa Corte ha emesso un'ordinanza interlocutoria, con la quale, dopo aver rilevato che il ricorso incidentale era stato espressamente qualificato condizionato, sicché i relativi motivi, pur attenendo a questione preliminare di rito dovevano essere esaminati all'esito dell'accoglimento del ricorso principale, anche perché riguardavano una questione implicitamente decisa col rigetto nel merito, ha ravvisato un contrasto nella giurisprudenza della Sezione in relazione alla natura formale (in quanto derivante dalla mera assenza nel contratto delle dichiarazioni del venditore) o sostanziale (in quanto riferita alla difformità tra bene venduto e progetto assentito) della comminata nullità, ed ha disposto trasmettersi gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni unite civili, auspicando, anche, un chiarimento sulla portata della nozione di irregolarità urbanistica, e sulla possibilità di applicare, in tema di validità degli atti traslativi, la distinzione - elaborata in tema di esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre- tra variazione essenziale e variazione non essenziale dell'immobile dedotto in contratto rispetto al progetto approvato dall'autorità amministrativa.

Il PG ha depositato requisitoria scritta. Il ricorrente ed il Notaio S. hanno depositato memorie.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Il contrasto nella giurisprudenza della seconda Sezione di questa Corte, che queste Sezioni Unite sono chiamate a dirimere, riguarda l'interpretazione della sanzione di nullità prevista dagli artt. 17 e 40 della L. n. 47 del 1985 e 46 del TU n. 380 del 2001 entrato in vigore il 30.6.2003 (l'originaria data del 30.6.2001, disposta dall'art. 138 del TU, è stata prorogata di un anno dall'art. 5-bis, co 1, del D.L. 411 del 2001, convertito con modificazioni dalla L. n. 463 del 2001, e di un ulteriore anno dall'art. 2, co 1, del D.L. n. 122 del 2002, convertito con modificazioni dalla L. n. 185 del 2002). Va precisato che il caso in esame è disciplinato dall'art. 46 del TU del 2001, dato che la nullità riguarda, in tesi, la vendita immobiliare in data 1.6.2005, ai rogiti S., da potere di M.A.D. e di Ar.Ro., per i rispettivi diritti, in favore di C.D. e Se.Gi.; mentre l'abuso edilizio, che il ricorrente afferma aver compiuto nei beni oggetto di tale negozio, ricade nella disciplina della L. n. 47 del 1985 essendo intervenuto dopo l'acquisto, asseritamente simulato, delle venditrici avvenuto il 23.10.2001 ed a seguito della concessione edilizia n. 98 del 17.12.2001, titolo che, com'è incontrovertito, è stato menzionato nell'atto impugnato. Per il resto, la precisazione è priva di rilevanza, come pure sottolinea il PG, trattandosi di disposizioni sostanzialmente analoghe.

2. La disciplina urbanistica.

2.1. La questione sottoposta impone, per le sue sfaccettature, di premettere sinteticamente quanto segue. L'esercizio dello jus aedificandi, pur atteggiandosi come una concreta e peculiare manifestazione del diritto di proprietà fondiaria, soggiace all'osservanza di molteplici limitazioni e prescrizioni connesse a determinazioni della pubblica autorità, previste già in nuce negli artt. 86-92 della L. n. 2359 del 1865, e poi codificate, in via generale, dalla legge 17 agosto 1942, n. 1150 – legge urbanistica- che, all'art. 31, ha, appunto, imposto di richiedere apposita licenza per l'esecuzione di nuove costruzioni, l'ampliamento di quelle esistenti, la modifica di struttura o dell'aspetto dei centri abitati ed in presenza di piano regolatore comunale, anche nelle zone di espansione.

2.2. La legge 6 agosto 1967, n. 765 (c.d. legge Ponte) art. 10, nel sostituire il menzionato art. 31 della Legge Urbanistica, ha esteso l'obbligo della licenza edilizia a tutto il territorio comunale (nel centro abitato e fuori).

2.3. La successiva legge 28 gennaio 1977, n. 10 (c.d. legge Bucalossi) ha posto il principio secondo cui ogni attività comportante trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio comunale partecipa agli oneri ad essa relativi e la relativa esecuzione è subordinata a concessione da parte del sindaco (art. 1). La sostituzione della licenza con la concessione edilizia (cfr. art. 21) non ha, peraltro, comportato modifiche sostanziali dal punto di vista giuridico, in quanto la nuova concessione a edificare non ha attribuito nuovi diritti, ma ha svolto una funzione sostanzialmente analoga all'antica licenza: accertare la ricorrenza delle condizioni previste dall'ordinamento per l'esercizio dello jus aedificandi (cfr. Corte Cost. n. 5 del 1980).

2.4. Col testo unico dell'edilizia di cui al D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, sono stati definiti i tipi d'intervento edilizio (art. 3), è stato previsto uno specifico titolo abilitativo per ciascuna tipologia di intervento, ed individuati casi di attività completamente libere. In particolare, la concessione è stata sostituita dal permesso di costruire (art. 10), sono stati indicati gli interventi realizzabili mediante la segnalazione certificata di inizio di attività (già denuncia di inizio attività) (art. 22) anche in sostituzione del permesso (art. 23, quale modificato dall'art. 3, co 1 lett. g), del D.lgs. n. 222 del 2016), sono stati codificati i lavori che si reputano eseguiti in assenza di permesso di costruire, in totale difformità o con variazioni essenziali (art. 31), enunciate le condizioni in presenza delle quali ricorre "l'essenzialità" della variazione al progetto approvato, che deve essere stabilita dalle Regioni (art. 32).

3. La comminatoria della nullità.

3.1. L'inosservanza dei precetti posti dalla normativa urbanistica, da sempre variamente sanzionata sotto un profilo amministrativo, con la distruzione, o la sospensione dei lavori, o la demolizione del manufatto contrario al PRG o al titolo abilitativo o con l'acquisizione gratuita al patrimonio comunale (artt. 90 L. n. 2359 del 1865; 26 Legge Urbanistica; 6 L. n. 765 del 1967; 15 L. n. 10 del 1977; 7 L. n. 47 del 1985 e 40 d.P.R. n. 380 del 2001) e penale, con fattispecie contravvenzionali (artt. 41 Legge Urbanistica; 13 L. n. 765 del 1967; 17 L. n. 10 del 1977; 20 L. n. 47 del 1985; 44 d.P.R. n. 380 del 2001), ha avuto la sua prima disciplina in riferimento alla sorte degli atti tra privati aventi ad oggetto diritti reali su fabbricati irregolari sotto il profilo urbanistico con la L. n. 10 del 1977, il cui art. 15, co 7, ha previsto, per quanto interessa in questa sede, che: "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", disposizione che era stata preceduta dalla L. n. 765 del 1967, art. 10, che, nel modificare l'art. 31 della Legge Urbanistica, aveva disposto la nullità delle compravendite di terreni abusivamente lottizzati a scopo residenziale nel medesimo caso in cui "da essi non risulti che l'acquirente era a conoscenza della mancanza" di una lottizzazione autorizzata.

3.2. La legge 28 febbraio 1985 n. 47, denominata "Norme in materia di controllo dell'attività urbanistico-edilizia, sanzioni, recupero e sanatoria delle opere edilizie" ed emanata appunto al duplice scopo di reprimere il fenomeno dell'abusivismo e di sanare il pregresso, ha rimodulato la sanzione di nullità, disponendo all'art. 17, co 1, che: "gli atti tra vivi, sia in forma pubblica, sia in forma privata, aventi per oggetto trasferimento o costituzione o scioglimento della comunione di diritti reali, relativi ad edifici, o loro parti, la cui costruzione è iniziata dopo l'entrata in vigore della presente legge, sono nulli e non possono essere stipulati ove da essi non risultino, per dichiarazione dell'alienante, gli estremi della concessione ad edificare o della concessione in sanatoria rilasciata ai sensi dell'articolo 13. Tali disposizioni non si applicano agli atti costitutivi, modificativi o estintivi di diritti reali di garanzia o di servitù". Analogamente ha disposto il successivo art. 40, co 2, che, in relazione agli atti aventi per oggetto diritti reali (esclusi diritti di garanzia e servitù) riferiti a costruzioni realizzate prima dell'entrata in vigore della legge stessa, ha previsto quali titoli abilitativi oggetto di dichiarazione dell'alienante la licenza e la concessione in sanatoria (che la legge introduceva), la domanda di concessione corredata dalla prova del versamento delle prime due rate dell'oblazione o la dichiarazione sostitutiva di atto notorio attestante che l'opera era stata iniziata prima del 2 settembre 1967.

Entrambe tali disposizioni hanno previsto (artt. 17, co 4, e 40, co 3) la possibilità della "conferma" delle comminate nullità, nel caso in cui la mancata indicazione della concessione edilizia, ovvero la mancanza di dichiarazione o il mancato deposito di documenti, non fossero dipesi dall'inesistenza, al tempo della stipula, della concessione, o della domanda di concessione in sanatoria, o, ancora dal fatto che la costruzione sia stata iniziata dopo il 2 settembre 1967: in tal caso, è stata prevista la possibilità della conferma degli atti, anche da una sola delle parti, mediante atto successivo, redatto nella stessa forma del precedente, contenente la menzione omessa o al quale siano allegate la dichiarazione sostitutiva di atto notorio o la copia della domanda di concessione in sanatoria.

3.3. Il menzionato art. 17 della L. n. 47 del 1985 è stato abrogato (l'art. 40 è invece rimasto in vigore) dall'art. 136 del d.P.R. n. 380 del 2001 a far data dalla sua entrata in vigore, ma è stato sostanzialmente riprodotto dall'art. 46 del medesimo d.P.R. n. 380, intitolato "Nullità degli atti giuridici relativi ad edifici la cui costruzione abusiva sia iniziata dopo il 17 marzo 1985 (legge 28 febbraio 1985, n. 47, art. 17; decreto-legge 23 aprile 1985, n. 146, art. 8)" secondo cui: "Gli atti tra vivi, sia in forma pubblica, sia in forma privata, aventi per oggetto trasferimento o costituzione o scioglimento della comunione di diritti reali, relativi ad edifici, o loro parti, la cui costruzione è iniziata dopo il 17 marzo 1985, sono nulli e non possono essere stipulati ove da essi non risultino, per dichiarazione dell'alienante, gli estremi del permesso di costruire o del permesso in sanatoria. Tali disposizioni non si applicano agli atti costitutivi, modificativi o estintivi di diritti reali di garanzia o di servitù". Il comma 4 della norma in esame prevede, anch'esso, la possibilità di conferma nell'ipotesi in cui la mancata indicazione nell'atto degli estremi del titolo non sia dipesa dall'inesistenza del titolo stesso.

3.4. Va aggiunto che il discrimen temporale tra la legge n. 47 del 1985 ed il TU sull'edilizia (costruzioni realizzate prima e dopo il 17.3.1985) è stato superato per effetto di due successivi condoni, introdotti con L. n.

724 del 1994 (art. 39) e col DL n. 269 del 2003, convertito dalla L. n. 326 del 2003 (art. 32, co 25) per alcune tipologie di fabbricati ed irregolarità edilizie in riferimento ad abusi, rispettivamente, commessi fino al 31 dicembre 1993 e fino al 31 marzo 2003.

4. La giurisprudenza sulla legge Bucalossi.

4.1. Val bene rilevare che, nonostante la realizzazione di lavori senza licenza costituisse, come si è visto, un illecito sanzionato penalmente dall'art. 41 della L. 17 agosto del 1942, n. 1150 (anche prima delle sue modifiche da parte della L. n. 765 del 1967 art. 13), la giurisprudenza di questa Corte ha escluso l'invalidità dei rapporti che avevano ad oggetto edifici realizzati in assenza di licenza, o la relativa incommerciabilità, reputando che, in assenza di espressa comminatoria, la nullità della compravendita non poteva ritenersi integrata sotto il profilo della illiceità dell'oggetto del contratto, per essere oggetto di tale negozio il trasferimento della proprietà della cosa, insuscettibile, nella sua essenza, in termini di valutazione di illiceità, attenendo tale qualificazione all'attività della sua produzione, in sé estranea al contenuto tipico delle prestazioni oggetto della compravendita (cfr. Cass. n. 2631 del 1984; n. 6466 del 1990), sicché la costruzione di un immobile senza licenza edilizia comportava unicamente l'illiceità dell'attività del costruttore, e poteva dar luogo ai rimedi civilisti della risoluzione per inadempimento, deW'actio quanti minoris o della garanzia per evizione, (in ipotesi di sanzione pecuniaria o di demolizione del bene, Cass. n. 6399 del 1984; n. 11218 del 1991; n. 4786 del 2007), ma non impediva che il proprietario del suolo acquistasse il diritto dominicale dell'edificio costruito e ne potesse liberamente disporre nei confronti dei terzi (Cass. n. 4096 del 1980; n. 6063 del 1995).

4.2. In tale contesto, la disposizione di cui all'art. 15 della L. n. 10 del 1977, che, come si è sopra esposto, ha introdotto la comminatoria di nullità degli atti aventi ad oggetto unità edilizie costruite in assenza di concessione, semprechè dagli stessi non risultasse che l'acquirente era a conoscenza della mancanza della concessione, è stata valutata, come pure rammenta l'ordinanza di rimessione, in termini di invalidità relativa, deducibile solo dal contraente in buona fede ignaro dell'abuso edilizio, e volto a tutelarne, ulteriormente, le ragioni e così consentirgli di ripetere il corrispettivo pagato, o di evitarne, comunque, il pagamento qualora non fosse stato ancora versato (cfr. Cass. n. 3350 del 1992; n. 4926 del 1993; n. 8685 del 1999).

5. La giurisprudenza sulla L. n. 47 del 1985 e sul TU n. 380 del 2001.

Teoria c.d. formale.

5.1. In riferimento alle disposizioni degli artt. 17 e 40 della L.n. 47 del 1985, la giurisprudenza di questa Corte (Cass. n. 8685 del 1999) nel rimarcare la differenza col pregresso regime, ha sottolineato che dette norme mirano a reprimere e a scoraggiare gli abusi edilizi e, derivando dalla mancata indicazione nell'atto, da parte dell'alienante, degli estremi della concessione (ad edificare o in sanatoria), non hanno alcun riguardo allo stato di buona o mala fede dell'acquirente. La nuova sanzione, da esse prevista, costituisce un'ipotesi di nullità assoluta, come tale suscettibile di esser fatta valere da chiunque vi abbia interesse, rilevabile d'ufficio dal giudice ex art. 1421 ce, e riconducibile all'ultimo comma dell'art. 1418 ce, quale ipotesi di nullità formale e non virtuale, conclusione che non è smentita dalla possibilità di successiva conferma degli atti viziati mediante la redazione di altro atto, reputato un semplice rimedio convalidante, "consentito soltanto nel caso che le carenze della precedente stipulazione siano meramente formali e non siano dipese, quindi, dall'insussistenza, all'epoca di essa, dei requisiti sostanziali per la commerciabilità del bene".

La natura formale della nullità è stata confermata da Cass. n. 8147 del 2000, che, dopo averne posto in evidenza il duplice obiettivo di soddisfare l'esigenza di tutela dell'affidamento dell'acquirente e l'esigenza di prevenzione degli abusi, ha osservato che le prescritte dichiarazioni costituiscono requisito formale del contratto, sicché è la loro assenza "che di per sé comporta la nullità dell'atto, a prescindere cioè dalla regolarità dell'immobile che ne costituisce l'oggetto", in altri termini: "l'irregolarità del bene non rileva di per sé, ma solo in quanto preclude la conferma dell'atto. Simmetricamente, la regolarità del bene sotto il profilo

urbanistico non rileva in sé, ma solo in quanto consente la conferma dell'atto". In tale arresto, è stata, in particolare, esclusa la fondatezza della tesi, secondo cui accanto a tale nullità avrebbe dovuto ravvisarsi una nullità sostanziale (per la difformità della costruzione rispetto al titolo abilitativo), sul rilievo che ove "il legislatore avesse voluto attribuire diretta rilevanza alla non conformità dei beni alla normativa urbanistica, con o senza il "filtro" della prescrizione di forma, si dovrebbe finire per considerare valido, al di là delle indicazioni, l'atto che riguardi beni comunque in regola con le norme urbanistiche", evidenziando che, in tal modo, si sarebbe svuotata la portata precettiva della previsione della conferma degli atti e così vanificato "l'apprezzabile tentativo operato dal legislatore di trovare una soluzione che non solo costituisca uno strumento di lotta contro l'abusivismo, ma che soddisfi anche l'interesse dell'acquirente alla (esatta) conoscenza delle condizioni del bene oggetto del contratto".

5.2. Tale ricostruzione sistematica è stata poi seguita dalla giurisprudenza successiva, tra le altre: la sentenza n. 5068 del 2001 (rigettando il motivo di ricorso avverso una sentenza emessa ex art. 2932 ce.) ha riaffermato il principio della natura formale delle nullità in esame; la sentenza n. 5898 del 2004, ne ha ribadito la riconducibilità all'art. 1418, ult. co, ce. e la sua configurabilità nella mancata indicazione nell'atto degli estremi della concessione, confermando che la sanzione non prende in considerazione l'ipotesi della conformità o meno dell'edificio rispetto al titolo urbanistico, e che la nullità del contratto di compravendita è prevista a prescindere dalla regolarità dell'immobile che ne costituisce l'oggetto; la sentenza n. 26970 del 2005 ha aggiunto che tale conclusione consegue alla rigidità della previsione normativa; la sentenza n. 7534 del 2004 ha sottolineato il principio secondo cui le norme che sanciscono la nullità degli atti sia in base all'art. 15 della L. n. 10 del 1977 che in base all'art. 40 della L. n. 47 del 85, ponendo limiti all'autonomia privata e divieti alla libera circolazione dei beni, debbono ritenersi di stretta interpretazione, sicché esse non possono applicate ad ipotesi diverse da quelle espressamente previste; la sentenza n. 16876 del 2013, pur ritenendo interessante la tesi della c.d. nullità sostanziale, ha confermato che i canoni normativi dell'interpretazione della legge non consentono di attribuire al testo normativo un significato che prescinda o superi le espressioni formali in cui si articola, e che i casi di nullità previsti dalla norma di cui all'art. 40 -mancata indicazione degli estremi della licenza edilizia, ovvero dell'inizio della costruzione prima del 1967- sono tassativi e non estensibili per analogia.

5.3. In base a tale impostazione, la questione della negoziabilità di immobili affetti da irregolarità urbanistiche, non sanate o non sanabili, è stata risolta nella giurisprudenza di questa Corte sul piano dell'inadempimento, in modo in sostanza non difforme da quanto si era ritenuto in riferimento alle disposizioni della legge Bucalossi. In particolare, in tema di preliminare, la sentenza n. 27129 del 2006 ha ritenuto inadempimento di non scarsa importanza -tale da giustificare il recesso dal contratto del promittente acquirente e la restituzione del doppio della caparra versata- il comportamento del promittente alienante che prometta in vendita un immobile costruito in violazione di un vincolo di inedificabilità assoluta e al di fuori di ogni possibilità di regolarizzazione; e la sentenza n. 20714 del 2012 ha affermato che la presentazione dell'istanza di condono edilizio e del pagamento delle prime due rate dell'oblazione presuppone che la domanda in questione sia connotata dai requisiti minimi perché possa essere presa in esame, con probabilità di accoglimento, dalla P.A., in difetto delle quali il preliminare di vendita può essere risolto per colpa del promittente venditore. In tema di vendita, poi, la sentenza n. 25357 del 2014 (in fattispecie in cui il convenuto con azione di evizione aveva chiamato in manleva i propri venditori) ha affermato che la responsabilità dell'alienante di un immobile affetto da irregolarità edilizie si applica, indipendentemente dalla prestazione di una garanzia in tal senso, salva l'ipotesi della conoscenza della medesima irregolarità. Teoria cd. sostanziale

5.4. Il primo segnale del diverso orientamento, richiamato nell'ordinanza di rimessione, va individuato nella sentenza n. 20258 del 2009, che, nel valutare la fondatezza di una domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto, pur richiamando il precedente consolidato indirizzo, non ha mancato di precisare che la strumentazione prevista dalla L. n. 47 del 1985 ha lo scopo di garantire che il "bene nasca e si trasmetta nella contrattazione soltanto se privo di determinati caratteri di abusivismo", aggiungendo che il prescritto obbligo di dichiarazione in seno all'atto degli estremi della licenza o della concessione edilizia (ovvero della concessione in sanatoria) presuppone che detta documentazione vi sia effettivamente e riguardi la costruzione in concreto realizzata.

5.5. Il diverso indirizzo si è, però, concretizzato con la sentenza n. 23591 del 2013. Con tale decisione, si è, appunto, affermato che il contratto avente ad oggetto un bene irregolare dal punto di vista edilizio è affetto da nullità sostanziale. Ciò è stato ritenuto, anzitutto, sulla base dello scopo perseguito dalla norma, che è stato individuato in quello di rendere incommerciabili gli immobili non in regola dal punto di vista urbanistico; inoltre, è stata posta in evidenza l'incongruità di un sistema che sanziona con la nullità per motivi meramente formali atti di trasferimento di immobili regolari dal punto di vista urbanistico, o in corso di regolarizzazione, e consenta, invece, il valido trasferimento di immobili non regolari, lasciando alle parti interessate la possibilità di assumere l'iniziativa di risolverli sul piano dell'inadempimento contrattuale, o, addirittura, di eludere consensualmente lo scopo perseguito dal legislatore, stipulando il contratto ed immediatamente dopo concludendo una transazione con la quale il compratore rinunziasse al diritto a far valere l'inadempimento della controparte. Si è sottolineato, ancora, che il maggior rigore voluto dal legislatore, con L. 47 del 1985 rispetto a quello previsto dalla legge Ponte -che prevedeva la nullità degli atti giuridici aventi per oggetto unità edilizie costruite in assenza di concessione, ove da essi non risultasse che l'acquirente era a conoscenza della mancata concessione- resterebbe vanificato se, per gli atti in questione, si riconoscesse all'acquirente la sola tutela prevista per l'inadempimento. La sentenza in esame ha poi evidenziato che, nonostante la sua "non perfetta formulazione", la lettera dell'art. 40 della L n. 47 del 1985 consente di desumere "l'affermazione del principio generale della nullità (di carattere sostanziale) degli atti di trasferimento di immobili non in regola con la normativa urbanistica, cui si aggiunge una nullità (di carattere formale) per gli atti di trasferimento di immobili in regola con la normativa urbanistica o per i quali è in corso la regolarizzazione, ove tali circostanze non risultino dagli atti stessi". Conclusione avvalorata dal comma 3 del medesimo articolo, che consente la conferma dell'atto, con conseguente salvezza dalla nullità, solo, nel caso in cui la mancanza delle dichiarazioni o il deposito dei documenti non siano dipesi dall'insussistenza della licenza o della concessione o dall'inesistenza della domanda di concessione in sanatoria al tempo in cui gli atti medesimi sono stati stipulati; conferma che non avrebbe senso se tali atti fossero ab origine validi, e ferma restando la responsabilità per inadempimento del venditore.

5.6. Tale decisione è stata recepita nella sentenza n. 28194 del 2013, adottata in pari data, di analogo tenore, ed è stata seguita dalle sentenze n. 25811 del 2014 e n. 18261 del 2015, prive in parte qua di specifiche argomentazioni.

6. La natura della nullità.

6.1. Come si è detto in narrativa, l'ordinanza di rimessione invita queste Sezioni Unite a riconsiderare l'indirizzo più recente, non mancando di sottolineare come la tesi della nullità virtuale da esso propugnato: a) non trova un solido riscontro nella lettera della legge; b) può risultare foriera di notevoli complicazioni nella prassi applicativa, con conseguente rischio per la parte acquirente, esposta alla declaratoria di nullità pur in situazioni in cui aveva fatto incolpevole affidamento sulla validità dell'atto; e) impone, in tal caso, di precisare la nozione di irregolarità urbanistica che dà luogo alla nullità, ed eventualmente di chiarire se sia applicabile alla materia degli atti ad effetti reali, la nozione tra variazione essenziale e non essenziale elaborata in tema di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto.

6.2. Il contrasto, che non è solo diacronico, constando esser stata di recente ribadita la tesi della nullità formale (sentenza n. 14804 del 2017, che richiama la n. 8147 del 2000, sopra citata al § 5.1.), attiene invero alla possibilità di ravvisare accanto alla nullità formale dovuta alla mancata inclusione nell'atto della dichiarazione dell'alienante, che è unanimemente riconosciuta, anche, l'esistenza di una nullità sostanziale dell'atto ad effetti reali per l'irregolarità urbanistica della costruzione, affermata dalla giurisprudenza più recente ed in precedenza negata.

6.3. A fronte del sostanziale distacco mostrato in passato

rispetto al tema della rispondenza del bene al titolo abilitativo, la cui nunciazione in seno all'atto è stata nei fatti considerata un mero requisito formale e l'esigenza di prevenzione degli abusi concorrente, se non

secondaria, rispetto alla tutela dell'affidamento dell'acquirente, gli argomenti a sostegno dell'interpretazione c.d. rigorista sopra riassunti, sono, per contro, mossi dal chiaro intento di supportare, anche da un punto di vista schiettamente civilistico, il disvalore espresso dall'ordinamento rispetto al diffuso fenomeno dell'abusivismo edilizio.

Tale disvalore, in effetti, si coglie non solo in riferimento alle sanzioni penali ed amministrative variamente graduate che reprimono direttamente la commissione di abusi edilizi (di cui si è già detto e su cui infra), ma, in generale, in relazione alla percezione negativa di ciò che circonda il bene abusivo. Tanto si desume dalla giurisprudenza che ritiene nulli per illiceità dell'oggetto i contratti d'appalto aventi ad oggetto la costruzione di un immobile senza titolo abilitativo (Cass. n. 7961 del 2016; n. 13969 del 2011 e cfr., pure, n. 3913 del 2009; n. 2187 del 2011; n. 30703 del 2018), o non suscettibili di indennizzo espropriativo gli edifici costruiti abusivamente (a meno che, alla data dell'esproprio, sia stata avanzata domanda di sanatoria, pur non ancora scrutinata dalla P.A., ma con favorevole valutazione prognostica, art. 38, co 2 bis, del d.P.R. n. 327 del 2001, Cass. n. 18694 del 2016; n. 10458 del 2017; n. 645 del 2018), ed, in assoluto, in relazione al valore conformativo della proprietà riconosciuto alla disciplina urbanistica (Cass. SU n. 183 del 2001 e successive conformi). Inoltre, l'importanza della veridicità delle dichiarazioni dell'alienante, affermata dalla menzionata sentenza n. 20258 del 2009, ha trovato seguito nella successiva giurisprudenza in tema di contratto preliminare (Cass. n. 52 del 2010; n. 8081 del 2014).

L'esegesi propugnata dalla teoria c.d. sostanziale, pur mossa da un intento commendevole, non può tuttavia prescindere dagli specifici dati normativi di riferimento, ed al cui esame non può essere qui avallata.

6.4. L'art. 46 del d.P.R. n. 380 del 2001 dichiara, infatti, invalidi quegli atti da cui non constino (ove da essi non risultino) gli estremi del permesso di costruire o del permesso in sanatoria, ovvero gli estremi della segnalazione certificata di inizio attività, con la precisazione che tali elementi devono risultare per dichiarazione dell'alienante. Nella disposizione di cui all'art. 17 della L. n. 47 del 1985, la dichiarazione deve avere ad oggetto, coerentemente alla disciplina abilitativa allora vigente, gli estremi della concessione ad edificare o della concessione in sanatoria, laddove l'art. 40 della menzionata L. n. 47, consente di stipulare validamente, oltre che con l'indicazione degli estremi della licenza o della concessione in sanatoria, anche con l'allegazione della relativa domanda e versamento delle prime rate di oblazione, o con la dichiarazione sostitutiva di atto notorio attestante l'inizio della costruzione in epoca anteriore al 2 settembre 1967.

Nell'ipotesi qui in rilievo di compravendita di edifici o parte di essi (ed a parte le allegazioni di cui all'art. 40), le norme pongono, dunque, un medesimo, specifico, precetto: che nell'atto si dia conto della dichiarazione dell'alienante contenente gli elementi identificativi dei menzionati titoli, mentre la sanzione di nullità e l'impossibilità della stipula sono direttamente connesse all'assenza di siffatta dichiarazione (o allegazione, per le ipotesi di cui all'art. 40). Null'altro.

6.5. Pare, dunque, che il principio generale di nullità riferita agli immobili non in regola urbanisticamente che la giurisprudenza c.d. sostanzialista ritiene di poter desumere da tale contesto normativo, sottolineando l'intenzione del legislatore di renderli tout court incommerciabili, costituisca un'opzione esegetica che ne trascende il significato letterale e che non è, dunque, ossequiosa del fondamentale canone di cui all'art. 12, co 1, delle Preleggi, che impone all'interprete di attribuire alla legge il senso fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la loro connessione. La lettera della norma costituisce, infatti, un limite invalicabile dell'interpretazione, che è uno strumento percettivo e recettivo e non anche correttivo o sostitutivo della voluntas legis (cfr. Cass. n. 12144 del 2016), tanto che, in tema di eccesso di potere giurisdizionale riferito all'attività legislativa, queste Sezioni Unite hanno affermato che l'attività interpretativa è, appunto, segnata dal limite di tolleranza ed elasticità del significante testuale (cfr. Cass. S.U. n. 15144 del 2011; n. 27341 del 2014).

La tesi della nullità generalizzata non è neppure in linea col criterio di interpretazione teleologica, di cui all'ultima parte del primo comma dell'art. 12 citato, che non consente all'interprete di modificare il significato tecnico giuridico proprio delle espressioni che la compongono, ove ritenga che l'effetto che ne deriva sia inadatto rispetto alla finalità pratica cui la norma è intesa (cfr. Cass. n. 3495 del 1996; n. 9700 del 2004 e

giurisprudenza ivi citata) e ciò in quanto la finalità di una norma va, proprio al contrario, individuata in esito all'esegesi del testo oggetto di esame e non già, o al più in via complementare, in funzione dalle finalità ispiratrici del più ampio complesso normativo in cui quel testo è inserito (cfr. Cass. n. 24165 del 2018).

Inoltre, come ricordato dal PG nella sua requisitoria, la lettera della norma costituisce il limite cui deve arrestarsi, anche, l'interpretazione costituzionalmente orientata dovendo, infatti, esser sollevato l'incidente di costituzionalità ogni qual volta l'opzione ermeneutica supposta conforme a costituzione sia incongrua rispetto al tenore letterale della norma stessa (Corte Cost. sentenze n. 78 del 2012; n. 49 del 2015; n. 36 del 2016 e n. 82 del 2017).

Del resto, lo scarto dialettico della tesi si coglie, anche, dalla prospettiva delle decisioni che la hanno sostenuta, laddove hanno ritenuto "imperfetta" la formulazione della norma.

6.6. In base a tali principi, e specie al lume della consolidata ed univoca interpretazione giurisprudenziale delle disposizioni in tema di ricadute civilistiche relative ad atti aventi ad oggetto immobili abusivi e nonostante la relativa edificazione, come si è ricordato, fosse sanzionata penalmente, l'ipotizzato scopo avrebbe potuto esser agevolmente perseguito mediante una semplice previsione di nullità degli atti aventi ad oggetto siffatti immobili o d'incommerciabilità degli stessi.

Il che non è stato fatto. Al contrario, la nullità risulta comminata per specifici atti ad effetti reali *Inter vivos*, sicché ne restano fuori non solo quelli *mortis causa*, e gli atti ad effetti obbligatori, ma ne sono espressamente esclusi i diritti reali di garanzia e le servitù, ed inoltre, gli atti derivanti da procedure esecutive immobiliari, individuali o concorsuali, ai quali le nullità, appunto, non si applicano (artt. 46, co 5, TU n. 380 del 2001; 17, co 5 e 40, co 5, della L n. 47 del 1985).

6.7. Da tanto, consegue che la nullità comminata dalle disposizioni in esame non può esser sussunta nell'orbita della nullità c.d. virtuale di cui al comma 1 dell'art. 1418 ce, che presupporrebbe l'esistenza di una norma imperativa ed il generale divieto di stipulazione di atti aventi ad oggetto immobili abusivi al fine di renderli giuridicamente non utilizzabili, e tale divieto, proprio come registra l'ordinanza di remissione, non trova riscontro in seno atto *jus positum*, che, piuttosto, enuncia specifiche ipotesi di nullità. Né la conclusione può fondarsi nella previsione della conferma degli atti nulli, mediante la redazione di un atto aggiuntivo, contemplata per l'ipotesi in cui la mancata indicazione dei prescritti elementi non sia dipesa dalla insussistenza del permesso di costruire al tempo in cui gli atti medesimi sono stati stipulati (di cui si è detto ai §§ 3.2. e 3.3.), in quanto tale conferma e l'atto aggiuntivo che la contiene presuppongono, bensì, che il titolo e la documentazione sussistano (cfr. *infra*), ma, di per sé, non implicano che l'edificio oggetto del negozio ne rispecchi fedelmente il contenuto.

6.8. Per completezza d'indagine, ancorché la giurisprudenza qui esaminata non ne tratti, va aggiunto che la tesi sostanzialista non può fondarsi sul disposto di cui al comma secondo dell'art. 1418 ce. La consentita disposizione testamentaria in ordine ad immobili non regolari urbanisticamente, e comunque la possibilità del loro trasferimento per successione *mortis causa*, la loro attitudine a costituire garanzie reali, la loro idoneità, inoltre, ad esser contemplati in seno agli atti *inter vivos* (valga per tutti la locazione) ed in seno ad atti costituenti diritti reali di servitù escludono che il loro modo di atteggiarsi possa di per sé solo valere ad integrare le vietate ipotesi d'illiceità o d'impossibilità dell'oggetto, o, ancora d'illiceità della prestazione (che, in tesi, dovrebbero colpire tutti gli atti e, dunque, anche quelli esentati) o della causa per contrarietà a norme imperative o al buon costume, dovendo, peraltro, confermarsi l'esattezza della giurisprudenza richiamata al § 4.1. (Cass. n. 6466 del 1990; n. 2631 del 1984) che per l'ipotesi qui in esame (e che peraltro è quella più rilevante nella pratica) evidenzia che l'oggetto della compravendita, secondo la definizione data dall'art. 1470 ce, è il trasferimento della proprietà della res, che, in sé, non è suscettibile di valutazione in termini di liceità o illiceità, attenendo l'illecito all'attività della sua produzione, e, considerato che la regolarità urbanistica del bene è estranea alla causa della compravendita, tradizionalmente definita nello scambio -cosa contro prezzo- che ne costituisce la sua funzione economica e sociale, ed altresì il suo effetto essenziale.

7. La composizione del contrasto. La nullità testuale.

7.1. Muovendo doverosamente dal dato normativo, secondo quanto si è sopra esposto, ritiene il Collegio di dover, anzitutto, affermare al lume delle considerazioni sopra svolte ai §§ 6.7. e 6.8., che si è in presenza di una nullità che va ricondotta nell'ambito del comma 3 dell'art. 1418 ce, secondo quanto ritenuto dalla teoria c.d. formale, con la precisazione essa ne costituisce una specifica declinazione, e va definita <> (secondo una qualificazione pure datane in qualche decisione), essendo volta a colpire gli atti in essa menzionati.

Procedendo, poi, all'analisi congiunta dei commi primo e quarto dell'art. 46 del d.P.R. n. 380 del 2001 (ma il discorso vale in riferimento alle analoghe disposizioni dell'art. 17, co 1 e 4, della L.n. 47 del 1985 nonché mutatis mutandis dei commi 2, e 3 dell'art. 40 della medesima L. n. 47 del 1985), emerge che, a fronte del primo comma che sanziona con la nullità specifici atti carenti della dovuta dichiarazione, il quarto comma ne prevede, come si è detto, la possibilità di "conferma", id est di convalida, nella sola ipotesi in cui la mancata indicazione dei prescritti elementi non sia dipesa dalla insussistenza del titolo abilitativo.

Il dettato normativo indica, quindi, che il titolo deve realmente esistere e, quale corollario a valle, che l'informazione che lo riguarda, oggetto della dichiarazione, deve esser veritiera: ipotizzare, infatti, la validità del contratto in presenza di una dichiarazione dell'alienante che fosse mendace, e cioè attestasse la presenza di un titolo abilitativo invece inesistente, svuoterebbe di significato i termini in cui è ammessa la previsione di conferma e finirebbe col tenere in non cale la finalità di limite delle transazioni aventi ad oggetto gli immobili abusivi che la norma, pur senza ritenerli tout court incommerciabili, senz'altro persegue, mediante la comminatoria di nullità di alcuni atti che li riguardano.

Se ciò è vero, ne consegue che la dichiarazione mendace va assimilata alla mancanza di dichiarazione, e che l'indicazione degli estremi dei titoli abilitativi in seno agli atti dispositivi previsti dalla norma non ne costituisce un requisito meramente formale, secondo quanto ritenuto da parte della giurisprudenza sopra richiamata ai §§ 5.1 e 5.2. che va in parte qua superata, essa rileva piuttosto, come pure affermato in altre decisioni adesive alla teoria formale e sottolineato da un'accorta dottrina, quale veicolo per la comunicazione di notizie e per la conoscenza di documenti, o in altri termini, essa ha valenza essenzialmente informativa nei confronti della parte acquirente, e, poiché la presenza o la mancanza del titolo abilitativo non possono essere affermate in astratto, ma devono esserlo in relazione al bene che costituisce l'immobile contemplato nell'atto (cfr. Cass. 20258 del 2009 cit.), la dichiarazione oltre che vera, deve esser riferibile, proprio, a detto immobile.

In costanza di una dichiarazione reale e riferibile all'immobile, il contratto sarà in conclusione valido, e tanto a prescindere dal profilo della conformità o della difformità della costruzione realizzata al titolo in esso menzionato, e ciò per la decisiva ragione che tale profilo esula dal perimetro della nullità, in quanto, come si è esposto al § 6.5., non è previsto dalle disposizioni che la comminano, e tenuto conto del condivisibile principio generale, affermato nei richiamati, precedenti arresti della Corte, secondo cui le norme che, ponendo limiti all'autonomia privata e divieti alla libera circolazione dei beni, sanciscono la nullità degli atti debbono ritenersi di stretta interpretazione, sicché esse non possono essere applicate, estensivamente o per analogia, ad ipotesi diverse da quelle espressamente previste.

7.2. La distinzione in termini di variazioni essenziali e non essenziali, elaborata dalla giurisprudenza di questa Corte in tema di contratto preliminare ed alla quale si riferisce l'ordinanza di rimessione, non è pertanto utile al fine di definire l'ambito della nullità del contratto, tenuto conto, peraltro, che la moltiplicazione dei titoli abilitativi, cui si è sopra accennato al § 2.4., previsti in riferimento all'attività edilizia da eseguire (minuziosamente indicata), comporterebbe, come correttamente rilevato dal PG nelle sue conclusioni, un sistema sostanzialmente indeterminato, affidato a graduazioni di irregolarità urbanistica di concreta difficile identificazione ed, in definitiva, inammissibilmente affidato all'arbitrio dell'interprete. Il che mal si concilia con le esigenze di salvaguardia della sicurezza e della certezza del traffico giuridico e spiega la cautela dalla prevalente giurisprudenza di questa Corte, da ultimo ricordata da Cass. n. 111659 del 2018, all'uso dello strumento civilistico della nullità quale indiretta forma di controllo amministrativo sulla regolarità urbanistica degli immobili.

7.3. La tesi qui adottata non è, peraltro, dissonante rispetto alla finalità di contrasto al fenomeno dell'abusivismo edilizio, cui pure tende la disposizione in esame, e che è meritevole di massima considerazione. Pare infatti che la ricostruzione nei termini di cui si è detto della nullità concorra a perseguirlo, costituendo uno dei mezzi predisposti dal legislatore per osteggiare il traffico degli immobili abusivi: per effetto della prescritta informazione, l'acquirente, utilizzando la diligenza dovuta in rebus suis, è, infatti, posto in grado di svolgere le indagini ritenute più opportune per appurare la regolarità urbanistica del bene, e così valutare la convenienza dell'affare, anche, in riferimento ad eventuale mancata rispondenza della costruzione al titolo dichiarato.

In tale valutazione, potrà, ben a ragione, incidere la sanzione della demolizione che l'art. 31, co 2 e 3, del d.P.R. n. 380 del 2001 prevede nei confronti sia del costruttore che del proprietario in caso d'interventi edilizi eseguiti non solo in assenza di permesso, ma anche in totale difformità dal medesimo, ovvero con variazioni essenziali, determinate ai sensi dell'articolo 32. Tale sanzione, come chiarito dalla giurisprudenza amministrativa (Ad Plenaria Cons. Stato n. 9 del 2017), ha, infatti, carattere reale e non incontra limiti per il decorso del tempo e ciò in quanto l'abuso costituisce un illecito permanente, e l'eventuale inerzia dell'Amministrazione non è idonea né a sanarlo o ad ingenerare aspettative giuridicamente qualificate, né a privarla del potere di adottare l'ordine di demolizione, configurandosi, anzi, la responsabilità (art. 31 cit., co 4 bis) in capo al dirigente o al funzionario responsabili dell'omissione o del ritardo nell'adozione di siffatto atto, che resta, appunto, doveroso, nonostante il decorso del tempo.

7.4. In conclusione, mentre la nullità del contratto è comminata per il solo caso della mancata inclusione degli estremi del titolo abilitativo, che abbia le connotazioni di cui si è detto, l'interesse superindividuale ad un ordinato assetto di territorio resta salvaguardato dalle sanzioni di cui si è dato conto al § 3.1. e, nel caso degli abusi più gravi, dal provvedimento ripristinatorio della demolizione.

Tale approdo ermeneutico, che ha il pregio di render chiaro il confine normativo dell'area della non negoziabilità degli immobili, a tutela dell'interesse alla certezza ed alla sicurezza della loro circolazione, appare, quindi, al Collegio quello che meglio rappresenta la sintesi tra le esigenze di tutela dell'acquirente e quelle di contrasto all'abusivismo: in ipotesi di difformità sostanziale tra titolo abilitativo enunciato nell'atto e costruzione, l'acquirente non sarà esposto all'azione di nullità, con conseguente perdita di proprietà dell'immobile ed onere di provvedere al recupero di quanto pagato, ma, ricorrendone i presupposti, potrà soggiacere alle sanzioni previste a tutela dell'interesse generale connesso alle prescrizioni della disciplina urbanistica.

7.5. A soluzione del contrasto, vanno, pertanto, affermati i seguenti principi di diritto:

“La nullità comminata dall'art. 46 del d.P.R. n. 380 del 2001 e dagli artt. 17 e 40 della L. n. 47 del 1985 va ricondotta nell'ambito del comma 3 dell'art. 1418 cc, di cui costituisce una specifica declinazione, e deve qualificarsi come nullità <>, con tale espressione dovendo intendersi, in stretta adesione al dato normativo, un'unica fattispecie di nullità che colpisce gli atti tra vivi ad effetti reali elencati nelle norme che la prevedono, volta a sanzionare la mancata inclusione in detti atti degli estremi del titolo abilitativo dell'immobile, titolo che, tuttavia, deve esistere realmente e deve esser riferibile, proprio, a quell'immobile.”

“In presenza nell'atto della dichiarazione dell'alienante degli estremi del titolo urbanistico, reale e riferibile all'immobile, il contratto è valido a prescindere dal profilo della conformità o della difformità della costruzione realizzata al titolo menzionato”.

8. Lo scrutinio dei motivi.

8.1. Valutato al lume dei principi appena esposti, il primo motivo, con cui si denuncia la violazione degli artt. 17 e 40 della L. n. 47 del 1985, è dunque insussistente. Premesso che nella specie è applicabile, come si è esposto al § 1.1., la disposizione di cui all'art. 46 del d.P.R. n. 380 del 2001, avente analogo contenuto, e rilevato che l'esatta indicazione della norma violata non costituisce un requisito autonomo del ricorso, il motivo richiama,

infatti, apertamente la tesi che ricollega l'invalidità del contratto al profilo sostanziale della conformità del bene allo strumento concessorio menzionato nell'atto di trasferimento, ossia si fonda sulla giurisprudenza c.d. sostanzialista, propugnata dalle sentenze Cass. n. 2359 del 2013; n. 25811 del 2014 e n. 18261 del 2015, che è stata qui sconfessata.

8.2. La Corte territoriale ha, per converso, errato nel ritenere, in adesione alla teoria c.d. formale, che ai fini della validità del contratto fosse sufficiente la menzione della dichiarazione dell'alienante degli estremi del titolo abilitativo, e che fosse invece irrilevante l'indagine circa la sua "reale esistenza", che invece deve essere compiuta, nei sensi di cui si è detto.

Tale errore non ha, tuttavia, inciso sull'esito della decisione, avendo i giudici del merito accertato che l'atto in Notar S. dell'1.6.2005, impugnato dall'odierno ricorrente, conteneva le prescritte dichiarazioni delle venditrici, e concluso per la validità dell'atto, a prescindere dalla conformità delle opere realizzate rispetto a quelle assentite. L'esistenza del titolo abilitativo riferibile all'immobile -che è appunto, ciò che rileva- è rimasta, in tal modo, accertata.

8.3. Il secondo motivo, con cui si lamenta l'omesso esame del fatto decisivo relativo alla difformità dei lavori rispetto a quelli contemplati in seno alla concessione edilizia in data 12.9.2001 n. 98, rilasciata dal Comune di P. è infondato, in quanto l'apprezzamento del dato fattuale della dedotta difformità non è stato omesso, ma, piuttosto, è stato, correttamente, ritenuto irrilevante.

8.4. Il ricorso dell'A., va, in conclusione, rigettato, previa correzione ed integrazione della motivazione della sentenza, nei sensi esposti, ex art. 384, ult. co, c.p.c.

9. Il rigetto del ricorso principale comporta l'assorbimento di quello incidentale proposto dai compratori. Esso, infatti, pur se involgente profili attinenti all'interesse ad agire, è stato espressamente qualificato condizionato.

10. La complessità delle questioni e le alterne soluzioni datane dalla giurisprudenza, che hanno reso necessaria la presente pronuncia, giustificano l'integrale compensazione delle spese di lite.

Rigetta il ricorso principale, assorbito l'incidentale. Spese compensate. Ai sensi dell'art. 13, co 1 quater del d.P.R. n. 115 del 2002, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento da parte del ricorrente principale dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale a norma del comma 1 bis dello stesso articolo 13.

Così deciso in Roma il 29 gennaio 2019

Cassazione, ordinanza interlocutoria 30 luglio 2018, n. 20061, sez. II civile

Pres. Petitti, Rel. Cosentino

ORDINANZA INTERLOCUTORIA

Svolgimento del processo

Con atto di citazione notificato nelle date 27.7.2005 e 9.9.2005, il sig. A.S. esponeva che:

- in costanza di matrimonio con la sig.ra M.A.D., egli aveva acquistato due appezzamenti di terreno, in uno dei quali insisteva un fatiscante fabbricato rurale, intestandone fittiziamente, per ragioni fiscali, la nuda proprietà alla moglie e l'usufrutto alla di lei madre Ar.Ro.; dopo l'acquisto, egli aveva curato la ristrutturazione totale del fabbricato, sostenendo a proprio esclusivo carico la spesa di Euro 90.000,00 per l'esecuzione di opere edili;
- successivamente, andato in crisi il matrimonio ed instauratosi un procedimento di separazione coniugale giudiziale, egli aveva proposto contro le sig.re M. ed Ar. una domanda giudiziale di simulazione dell'intestazione dei suddetti cespiti e di condanna delle convenute alla refusione in suo favore della somma di Euro 90,000,00, da lui spesa per la ristrutturazione del fabbricato;
- nella pendenza del giudizio di simulazione egli aveva appreso che le sig.re M. ed Ar. avevano venduto i suddetti immobili ai sig.ri C.D. e Se.Gi. con contratto notar S. dell'1.6.2005.

Tanto premesso, l'A. conveniva davanti al tribunale di Nola le sigg.re M.A.D. e Ar.Ro., i sigg.ri C.D. e Se.Gi., nonchè il notaio S.A., per sentir dichiarare che l'atto di compravendita dell'1.6.2005 intervenuto tra detti convenuti a ministero del notar S. era, in tesi, nullo - perchè l'immobile compravenduto era stata interessato da vari lavori di natura abusiva, non regolarmente assentiti - e, in ipotesi, inefficace nei suoi confronti, ai sensi dell'art. 2901 c.c., in quanto compiuto in pregiudizio delle sue ragioni creditorie.

Il Tribunale di Nola rigettava la domanda dell'A. e la corte di appello di Napoli, da costui adita, confermava la pronuncia di primo grado e in particolare, per quanto qui ancora interessa, confermava il rigetto della domanda di declaratoria di nullità del contratto di trasferimento immobiliare a rogito S. dell'1.6.2005, argomentando che la dedotta nullità non sussisteva, nonostante la difformità del fabbricato dal progetto oggetto di concessione edilizia, perchè gli estremi di tale concessione risultavano menzionati nel contratto stesso, avendo ivi le venditrici reso le dichiarazioni previste dalla L. n. 47 del 1985, artt. 17 e 40. Tali articoli infatti, secondo la corte distrettuale, non riguarderebbero la regolarità urbanistica sostanziale dell'immobile dedotto in contratto (ossia la conformità o meno dell'opera edilizia allo strumento concessorio menzionato nel contratto di trasferimento) ma sanzionerebbero la sola violazione dell'obbligo, di natura formale, di indicare nel contratto gli estremi della concessione o della domanda di sanatoria.

Per la cassazione della sentenza d'appello A.S. ha proposto ricorso sulla base di due motivi, entrambi concernenti la suddetta statuizione di rigetto della domanda di nullità del contratto dedotto in giudizio ai sensi della L. n. 47 del 1985, artt. 17 e 40, e riferiti, il primo, al vizio di violazione di legge (con riguardo, appunto, alla L. n. 47 del 1985, suddetti artt. 17 e 40) ed il secondo al vizio di omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio.

Il notaio S. e i sigg. C. e Se. hanno resistito con controricorso, gli ultimi due proponendo, a loro volta, ricorso incidentale condizionato su tre motivi, concernenti, il primo, l'omessa pronuncia sul loro motivo di appello incidentale relativo alla carenza di interesse ad agire dell'A. e, il secondo ed il terzo, l'erroneità rispettivamente sotto il profilo della violazione di legge (artt. 81 e 100 c.p.c., e art. 1421 c.c.) e dell'omesso esame di un fatto decisivo - della, statuizione, eventualmente ritenuta implicita, di rigetto del suddetto motivo di appello.

Le signore M. ed Ar. non hanno spiegato attività difensiva in questa sede.

Chiamata una prima volta all'udienza del 14.3.2017, la causa è stata rinviata a nuovo ruolo per la verifica dell'integrità del contraddittorio nei confronti della sig.ra M. e quindi discussa alla pubblica udienza del 9.1.18, per la quale soltanto i ricorrenti hanno depositato una memoria illustrativa e nella quale il Procuratore Generale ha concluso come in epigrafe.

Motivi della decisione

In via preliminare il Collegio rileva che il ricorso incidentale condizionato dei sigg. C. e Se., ancorchè relativo ad una questione preliminare di rito (l'eccezione di carenza di interesse dell'A. ad agire per la declaratoria di

nullità del contratto de quo, in considerazione della mancata dimostrazione in giudizio della pendenza o dell'esito della causa avente ad oggetto la sua domanda di simulazione dell'atto di acquisto delle sig.re M. ed Ar.), non va esaminata con priorità, ma solo all'esito di un eventuale giudizio di fondatezza del ricorso principale; tale ricorso incidentale è stato infatti qualificato espressamente come condizionato all'accoglimento del principale (pag. 14, primo rigo, del controricorso) e, d'altra parte, nella specie trova applicazione il principio che il ricorso incidentale proposto dalla parte totalmente vittoriosa, relativo a questioni pregiudiziali di rito che abbiano formato oggetto di decisione esplicita o implicita da parte del giudice di merito, deve essere esaminato solo in presenza dell'attualità dell'interesse, sussistente unicamente nell'ipotesi della fondatezza del ricorso principale (Cass. SSUU 5456/2009, Cass. 4619/2015); l'eccezione di carenza di interesse ad agire dell'A. - veicolata in secondo grado con l'appello incidentale dei sigg. C. e Se., vittoriosi in primo grado - ha infatti formato oggetto di una pronuncia di rigetto implicita, avendo la corte territoriale conosciuto nel merito della domanda di nullità contrattuale proposta dell'A. (rigettandola) e, per contro, limitato la declaratoria di assorbimento dell'appello incidentale dei sigg. C. e Se. (pag. 10, in fine, della sentenza gravata) al motivo di appello con il quale costoro avevano riproposto in secondo grado la domanda di garanzia nei confronti delle venditrici, per il caso di accoglimento dell'appello principale.

Passando all'esame dei mezzi di gravame, si osserva quanto segue.

Con il primo motivo, rubricato con riferimento all'art. 360 c.p.c., n. 3, il ricorrente denuncia la violazione e falsa applicazione della L. n. 47 del 1985, artt. 17 e 40, (ora D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46) in cui la corte d'appello sarebbe incorsa escludendo la nullità dell'impugnato contratto di compravendita sulla base del solo rilievo che "l'atto per notar S. dell'1.6.2005, impugnato da A.S., contiene, all'art. 6, le dichiarazioni rese dalle venditrici, Ar.Ro. ed A. M., in conformità alla L. n. 47 del 1985, (art. 40) ed al D.P.R. n. 380 del 2001, ormai più volte citati, e ciò esclude la sanzione di nullità formale del testo negoziale, mentre, sotto il profilo sostanziale, resta valido il trasferimento dei beni, nonostante la difformità tra quanto autorizzato e quanto edificato". Nel mezzo di gravame si sostiene che, contrariamente a quanto affermato dalla corte partenopea, la nullità di cui alla L. n. 47 del 1985, artt. 17 e 40, avrebbe natura sostanziale e non meramente formale e, pertanto, deriverebbe non soltanto dall'assenza, nel contratto, delle dichiarazioni del venditore previste da tali disposizioni, ma anche dalla difformità tra il bene venduto ed il progetto assentito.

Con il secondo motivo, rubricato con riferimento all'art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5, il ricorrente deduce l'omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti, lamentando che la corte territoriale non avrebbe valutato le risultanze documentali da cui emergerebbe l'esistenza di importati difformità del manufatto rispetto al progetto assentito con la concessione edilizia del Comune di (OMISSIS) e la falsità della dichiarazione, resa nell'impugnato contratto dalle sig.re M. e Ar., attestante l'assenza di "modificazioni amministrative rilevanti e non autorizzate" effettuate successivamente ai lavori di miglioramento igienico-funzionale e di ampliamento realizzati sulla base di detta concessione.

Il primo motivo di ricorso pone una questione di diritto su cui il Collegio ritiene di dover svolgere le seguenti considerazioni.

La previsione della nullità degli atti relativi a costruzioni abusive venne introdotta nell'ordinamento dalla L. n. 10 del 1977 (c.d. legge Bucalossi); già precedentemente, peraltro, la sanzione della nullità era stata prevista la L. n. 765 del 1967 (c.d. "legge ponte"), all'art. 10, per gli atti di compravendita di terreni abusivamente lottizzati.

La L. n. 10 del 1977, art. 15, comma 7, (poi abrogato dalla L. n. 47 del 1985, art. 2) recitava: "gli atti giuridici aventi per oggetto unità edilizie costruite in assenza di concessione sono nulli ove da essi non risulti che l'acquirente era a conoscenza della mancanza della concessione". La ratio di tale disposizione era la protezione dell'acquirente più che il contrasto all'abusivismo e, coerentemente con tale ratio, la nullità negoziale ivi comminata venne qualificata dalla giurisprudenza come relativa (Cass. n. 8685/1999 e altre).

Con la successiva L. n. 47 del 1985 (art. 17, comma 1, e art. 40, comma 2) il legislatore introdusse la sanzione della nullità ("sono nulli e non possono essere stipulati") degli atti tra vivi di trasferimento o costituzione o

scioglimento della comunione di diritti reali - relativi ad edifici, o loro parti, la cui costruzione fosse iniziata dopo l'entrata in vigore della legge - che non contenessero, per dichiarazione dell'alienante, gli estremi della concessione ad edificare (art. 17) o del condono edilizio o della domanda di condono edilizio con gli estremi dei prescritti versamenti (art. 40).

La nullità di cui alla L. n. 47 del 1985, (oggi riprodotta nella disposizione del D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46, comma 1) si collocava, come è stato osservato in dottrina, a cavallo di prospettive eterogenee.

Per un verso il legislatore, rimuovendo qualunque riferimento alla mancata conoscenza della concessione da parte dell'acquirente dell'immobile, potenziava il profilo della tutela dell'interesse pubblico al contrasto all'abusivismo; donde la riconosciuta natura assoluta, e non relativa, di tale nullità (Cass. 8685/1999, Cass. 630/2003, Cass. 23541/2017).

Per altro verso, tuttavia, il medesimo legislatore mostrava un'attenzione all'esigenza di non paralizzare il commercio giuridico degli immobili maggiore di quella mostrata con la L. n. 10 del 1977. Infatti, sotto un primo profilo, il regime di incommerciabilità assoluta degli immobili abusivi previsto da quest'ultima legge (che attingeva qualunque atto "atto giuridico" avente ad oggetto immobili costruiti in assenza di concessione) veniva sostituito da un regime in cui la nullità derivante dalla natura abusiva dell'immobile dedotto in contratto non incideva nè sugli atti concernenti diritti reali di garanzia e di servitù (per effetto di previsione normativa espressa), nè sugli atti mortis causa (per effetto della limitazione della previsione della nullità agli atti tra vivi). Sotto un secondo profilo, il rigore della sanzione della nullità risulta attenuato dal rimedio della conferma dell'atto nullo di cui al quarto comma dell'art. 17, e alla L. n. 47 del 1985, art. 40, comma 3, (e al D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46, comma 4).

All'evidenziata ambiguità della disciplina introdotta dalla L. n. 47 del 1985, e ripresa dal D.P.R. n. 380 del 2001 - la quale, se da un lato mira a sanzionare l'abusivismo edilizio precludendo la possibilità che immobili abusivi possano essere venduti in forza di accordi fra le parti, dall'altro appare non insensibile all'esigenza di garantire una qualche forma di tutela del traffico giuridico e dell'interesse dell'acquirente di evitare la nullità dell'atto di trasferimento - sembra potersi ricondurre la dicotomia diacronicamente sviluppatasi nella giurisprudenza di questa Corte sul modo di intendere la nullità urbanistica.

Secondo un più risalente orientamento, che privilegia un'interpretazione letterale della norma, alla L. 28 febbraio 1985, n. 47, artt. 17 e 40, comminano la nullità degli atti tra vivi con i quali vengano trasferiti diritti reali su immobili nel caso in cui tali atti non contengano la dichiarazione degli estremi della concessione edilizia dell'immobile oggetto di compravendita, ovvero degli estremi della domanda di concessione in sanatoria, mentre non prendono in considerazione l'ipotesi della irregolarità sostanziale del bene sotto il profilo urbanistico, ossia della conformità o meno della realizzazione edilizia rispetto alla licenza o alla concessione; tale conformità, pertanto, rileva sul piano dell'adempimento del venditore ma non su quello della validità dell'atto di trasferimento. L'indicazione nell'atto degli estremi dello strumento concessorio costituisce quindi, secondo questo orientamento, una tutela per l'acquirente, il quale tramite tale indicazione viene messo in condizione di controllare la conformità dell'immobile alle risultanze dalla concessione edilizia o della concessione in sanatoria; solo la mancanza di tale indicazione (e non anche la difformità dell'immobile) comporta, quindi, la nullità del negozio, giacchè impedisce il suddetto controllo all'acquirente (cfr. sentt. nn. 14025/1999, 8147/2000, 5068/01, 5898/2004, 26970/05; si veda anche, per l'affermazione dell'irrelevanza della non veridicità della dichiarazione sostitutiva di atto notorio attestante l'inizio dell'opera in data anteriore al 2 settembre 1967, sent. n. 16876/13).

Tale orientamento ha formato oggetto di un radicale riesame critico nelle sentenze della seconda sezione di questa Corte nn. 23591/13 e 28194/13 (decise nella medesima udienza del 18.6.13), le quali hanno ritenuto di trarre dal testo della L. n. 47 del 1985, art. 40, comma 2, (e ad onta della "non perfetta formulazione della disposizione") il "principio generale della nullità (di carattere sostanziale) degli atti di trasferimento di immobili non in regola con la normativa urbanistica, cui si aggiunge una nullità (di carattere formale) per gli atti di trasferimento di immobili in regola con la normativa urbanistica o per i quali è in corso la regolarizzazione, ove

tali circostanze non risultino dagli atti stessi". Conferma di tale principio viene tratta, nelle citate sentenze, dal rilievo che la possibilità che l'atto nullo venga confermato mediante un atto successivo contenente le menzioni omesse risulta prevista dalla L. n. 47 del 1985, art. 40, comma 3, (nonchè, può aggiungersi, dalla L. n. 47 del 1985, art. 17, comma 4, e, ora, dal D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46, comma 4) solo nella ipotesi in cui la mancanza delle dichiarazioni non sia dipesa dall'insussistenza della licenza o della concessione o dall'inesistenza della domanda di concessione in sanatoria al tempo della stipula dell'atto stesso.

Alla base di questo più recente orientamento vi è:

- in primo luogo, il rilievo che la tesi della nullità formale produrrebbe il risultato - contrastante con la ratio di impedire il trasferimento degli immobili abusivi - di far giudicare nullo un contratto avente ad oggetto un immobile urbanisticamente regolare (per il vizio formale della mancata menzione nell'atto del titolo concessorio) e valido un contratto avente ad oggetto un immobile anche totalmente difforme dallo strumento concessorio menzionato nel contratto;

- in secondo luogo, il rilievo che dal tenore letterale della L. n. 47 del 1985, art. 40, comma 2, sarebbe possibile desumere (nonostante la "non perfetta formulazione della disposizione in questione") la previsione di due differenti ipotesi di nullità: una, di carattere sostanziale, che colpisce "gli atti di trasferimento di immobili non in regola con la normativa urbanistica" e una, di carattere formale, che colpisce "gli atti di trasferimento di immobili in regola con la normativa urbanistica o per i quali è in corso la regolarizzazione, ove tali circostanze non risultino dagli atti stessi" (i virgolettati sono tratti da Cass. 23591/13, pagina 14, primo capoverso).

Nelle citate sentenze nn. 23591/13 e 28194/13 si è altresì affermato il principio che la summenzionata nullità "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". Questa seconda affermazione non ha trovato seguito nella successiva giurisprudenza di legittimità (salvo che, tra le pronunce massimate, nella sentenza n. 18261/2015, anch'essa della seconda sezione, la quale ha affermato la nullità L. n. 47 del 1985, ex art. 40, di un contratto qualificato dalla corte di merito come preliminare, senza, tuttavia, soffermarsi espressamente sulla questione della applicabilità di tale disposizione ai contratti con effetti obbligatori); l'esclusione dei contratti obbligatori dall'ambito di operatività della nullità ex art. 40 L. 47/1985 - costantemente affermata nella giurisprudenza anteriore alle citate sentenze nn. 23591/13 e 28194/13 (cfr., tra le tante, le sentenze nn. 6018/99, 14489/05, 9849/07, 15734/11) - è stata infatti ribadita, pur dopo le sentenze nn. 23591/13 e 28194/13, nelle sentenze della terza sezione nn. 28456/2013 e 21942/2017 e nelle sentenze della seconda sezione nn. 9318/16 e 11659/18.

Ai fini del presente giudizio, in cui si discute della nullità di un contratto di compravendita, rileva tuttavia soltanto la prima delle suddette affermazioni, ossia quella relativa alla natura "sostanziale" della nullità di cui alla L. n. 47 del 1985, artt. 17 e 40, (ora D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46); affermazione successivamente ribadita nelle sentenze 25811/14 e 18261/15. Tale orientamento, in sostanza, riconduce la nullità urbanistica al disposto dell'art. 1418 c.c., comma 1, ossia nell'ambito delle nullità c.d. "virtuali", laddove l'orientamento precedente considerava tale nullità come una nullità "testuale" ai sensi del medesimo art. 1418 c.c., u.c..

Ad avviso del Collegio, l'orientamento inaugurato dalle sentenze nn. 23591/13 e 28194/13 merita una riconsiderazione da parte delle Sezioni Unite.

La tesi della nullità virtuale, oltre a non trovare un solido riscontro nella lettera della legge (nella quale si sanziona con la nullità l'assenza di una dichiarazione negoziale dell'alienante avente ad oggetto gli estremi dei provvedimenti concessori relativi all'immobile dedotto in contratto, senza alcun riferimento alla necessità che a consistenza reale di tale immobile sia conforme a quella risultante dai progetti approvati con detti provvedimenti concessori) può risultare foriera di notevoli complicazioni nella prassi applicativa e, conseguentemente, rischia di pregiudicare in maniera significativa gli interessi della parte acquirente; quest'ultima, infatti, si vede esposta, con la dichiarazione di nullità dell'atto di trasferimento, alla perdita dell'immobile (con la conseguente necessità di procedere al recupero del prezzo versato) pure in situazioni

nelle quali aveva fatto incolpevole affidamento sulla validità dell'atto.

Al riguardo il collegio rileva che la nozione di irregolarità urbanistica è nozione assai ampia, che presenta un esteso ventaglio di articolazioni, dall'immobile edificato in assenza di concessione all'immobile edificato in totale difformità dalla concessione all'immobile che presenta una variazione essenziale rispetto alla concessione o, ancora, a quello che presenta una parziale difformità dalla concessione.

La giurisprudenza di questa Corte ha espresso un orientamento "alquanto prudente" (così viene definito in Cass. 11659/18, pag. 5) nell'uso dello strumento della incommerciabilità del bene quale riflesso della nullità negoziale dipendente dalla irregolarità urbanistica dell'immobile; si considerino al riguardo, con riferimento ai contratti a effetti reali, Cass. 52/10, che giudica irregolari e, come tali, non commerciabili quei fabbricati che abbiano subito "modifiche nella sagoma o nel volume rispetto a quello preesistente"; nonchè, con riferimento all'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto ex art. 2392 c.c., la stessa sentenza n. 11659/18 e le sentenze nn. 20258/09 e 8081/14, secondo le quali, ai sensi della L. n. 47 del 1985, art. 40, può essere pronunciata sentenza di trasferimento coattivo ex art. 2932 c.c., nel caso in cui l'immobile abbia un vizio di regolarità urbanistica non oltrepassante la soglia della parziale difformità rispetto alla concessione.

Tali ultime tre sentenze enunciano principi di particolare interesse ai fini che ci occupano.

In Cass. n. 20258/09, pur richiamandosi l'indirizzo, all'epoca dominante, della natura formale della nullità urbanistica e della relativa riconduzione alla categoria delle nullità testuali di cui all'art. 1418 c.c., u.c., ("la legge eleva a requisito formale del contratto la presenza in esso di alcune dichiarazioni ed è la loro assenza che di per sè comporta la nullità dell'atto, a prescindere cioè dalla regolarità dell'immobile che ne costituisce l'oggetto", pag. 16) si afferma che la ratio legis è quella di "garantire che il bene nasca e si trasmetta nella contrattazione soltanto se privo di determinati caratteri di abusivismo" (pag. 18) e, richiamando Cass. 9647/06, si stabilisce che il presupposto dell'obbligo di dichiarare in contratto gli estremi della concessione edilizia (o della documentazione alternativa, rappresentata dalla concessione in sanatoria) è che tali documenti effettivamente esistano, concludendo quindi (sul rilievo che la presenza o la mancanza dello strumento concessorio non possono essere affermate in astratto, ma devono essere affermate in relazione all'immobile concretamente dedotto in contratto) nel senso della nullità di un atto di trasferimento (o della non eseguibilità in forma specifica di un obbligo di trasferire) avente ad oggetto immobili costruiti in maniera così diversa dalla previsione contenuta nella licenza o nella concessione da non potere essere ricondotti alla stessa.

Con la sentenza n. 20258/09 si è quindi, in sostanza, aperto un primo varco nella concezione della natura formale della nullità urbanistica, affermandosi che, ai fini della validità dell'atto di trasferimento (e della suscettibilità di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre) non è sufficiente che nell'atto sia menzionato (o nel giudizio di esecuzione in forma specifica venga prodotto) lo strumento concessorio, ma è altresì necessario che tale strumento sia effettivamente riferibile alla concreta consistenza dell'immobile dedotto in contratto, fermo restando che a tali fini non è rilevante la mera difformità parziale dell'immobile rispetto al progetto approvato con lo strumento concessorio.

I principi espressi nella sentenza n. 20258/09 sono stati poi ripresi e specificati, in materia di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre, nelle sentenze (successive al revirement di cui alle sentenze nn. 23591/13 e 28194/13) n. 8081/14 e 11659/18.

Nella sentenza n. 8081/14 - con riguardo alla possibilità di eseguire in forma specifica un contratto preliminare relativo ad un immobile difforme dal progetto approvato con la concessione o il condono - si è valorizzata la distinzione tra l'ipotesi di difformità totale o variazione essenziale (L. n. 47 del 1985, artt. 7 e 8) e l'ipotesi di variazione parziale e non essenziale (art. 12 della L. n. 47 del 1985).

Nella sentenza n. 11659/18 - sempre con riguardo alla possibilità di eseguire in forma specifica un contratto preliminare relativo ad un immobile difforme dal progetto approvato con la concessione o il condono - si è poi affermato che l'applicazione della regola della nullità come sanzione va preceduta dalla verifica della esistenza di norme che consentono alla fattispecie di sfuggire alla norma imperativa apparentemente applicabile e si è

evidenziato come, in tema di vendita di immobili, il sovrapporsi della legislazione speciale introdotta a partire dal 1985 imponga di tener conto della distinzione tra ipotesi di abuso primario (relativo a beni immobili edificati o resi abitabili in assenza di concessione e alienati in modo autonomo rispetto all'immobile principale di cui in ipotesi facevano parte) e abuso secondario (caratterizzato dalla circostanza che solo una parte di unità immobiliare già esistente abbia subito modifica o mutamento di destinazione d'uso) e si è sottolineato come proprio la normativa in materia di condoni edilizi costituisca una delle ipotesi di "disposizioni di legge" che limitano la nullità ex art. 1418, comma 1, quale effetto di qualsivoglia irregolarità urbanistica.

Tornando allo specifico tema del presente giudizio, vale a dire quello della invalidità del contratto ad effetti reali, il Collegio in primo luogo evidenzia che nè nelle sentenze nn. 23591/13 e 28194/13 nè nelle sentenze nn. 25811/14 e 18261/15 (che a quelle hanno dato seguito), si distingue tra le ipotesi di difformità totale o variazione essenziale e l'ipotesi di variazione parziale non essenziale, giacchè in tali pronunce si enuncia il principio generale della nullità (di carattere sostanziale) degli atti di trasferimento di "immobili non in regola con la normativa urbanistica" (così a pag. 14 di Cass. n. 23591/13, a pag. 12 di Cass. n. 28194/13 e a pag. 4 di Cass. n. 25811/14; di immobili che "non siano in regola con la normativa urbanistica" si parla, infine, nella sentenza n. 18261/15 a pag. 8).

Sotto un primo profilo sarebbe quindi auspicabile un chiarimento, da parte delle Sezioni Unite, sulla portata della nozione di irregolarità urbanistica, ai fini che ci occupano, e sulla possibilità di applicare, in tema di validità degli atti traslativi, la distinzione - elaborata in tema di esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre - tra variazione essenziale e variazione non essenziale dell'immobile dedotto in contratto rispetto al progetto approvato dall'amministrazione comunale.

Sotto un secondo profilo, il Collegio evidenzia come la tesi della natura sostanziale della nullità urbanistica finisca con il far dipendere la validità del contratto di trasferimento da valutazioni - quali quelle legate alla differenza tra variazione essenziale e variazione non essenziale, natura primaria o secondaria dell'abuso, condonabilità o meno dell'abuso stesso - che, se sul piano teorico possono considerarsi sufficientemente nitide, nella loro applicazione in una fattispecie concreta possono implicare non pochi margini di opinabilità. Tanto più che la questione della verifica in concreto della gravità dell'irregolarità urbanistica di uno specifico fabbricato, ai fini della loro sanatoria e dell'applicazione delle sanzioni di carattere pubblicistico previste dalla legge per contrastare il fenomeno dell'abusivismo, è demandata dalla legge alle amministrazioni municipali (le cui normative ed i cui orientamenti interpretativi non sempre forniscono criteri di valutazione idonei ad orientare con chiarezza e certezza le valutazioni dei tecnici delle parti contraenti e dello stesso notaio rogante), oltre che, in seconda battuta, al giudice amministrativo.

La ragione che, ad avviso del Collegio, rende opportuna la rivalutazione, da parte delle Sezioni Unite, della natura formale o sostanziale della nullità urbanistica è, in ultima analisi, una ragione di bilanciamento tra le esigenze del contrasto all'abusivismo (che potrebbero ritenersi sufficientemente tutelate dalla nullità formale derivante dalla mancata menzione nell'atto di trasferimento degli strumenti concessori dell'immobile ivi dedotto) e le esigenze di tutela dell'acquirente nel caso di una difformità dell'immobile dal titolo concessorio menzionato nell'atto che, al momento dell'acquisto, egli (o i suoi tecnici o il notaio rogante) non abbiano rilevato o, pur rilevandola, abbiano qualificato come difformità parziale e non essenziale. In questo caso - ferma restando la possibilità dell'acquirente di chiedere, se ne ricorrano i presupposti, la risoluzione del contratto o la tutela redibitoria o quella risarcitoria potrebbe ritenersi, e si rimette la relativa valutazione alle Sezioni Unite, che la sanzione della nullità, con la conseguente perdita della proprietà dell'immobile da parte dell'acquirente che lo abbia pagato, risulti sproporzionata rispetto al fine pubblicistico che la legge intende tutelare.

il Collegio ritiene quindi di rimettere gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, ai fini della composizione del rilevato contrasto diacronico sulla natura della nullità urbanistica.

P.Q.M.

La Corte dispone la trasmissione degli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della Sezione Seconda Civile, il 9 gennaio 2018.

Depositato in Cancelleria il 30 luglio 2018.