

Come intendere la nullità urbanistica nelle compravendite immobiliari bilanciando il contrasto all'abusivismo con la tutela dell'acquirente

Avv. Antonio Chierichetti

*Avvocato amministrativista
Docente al Politecnico di Milano*



Come spesso accade di fronte ad un'inerzia dei legislatori tocca ai magistrati risolvere questioni giuridiche che la stessa legislazione ha creato senza poi provvedere alla loro soluzione. Si tratta, ad esempio, in questi nota, della questione di diritto che nasce dalla difformità tra una costruzione compravenduta ed il progetto a suo tempo assentito dal Comune, origine di contenziosi e connesse responsabilità professionali di notai, agenti immobiliari e consulenti. A questo proposito mette conto riportare l'ordinanza n.20061/2018 con la quale la Seconda Sezione della Corte di Cassazione ha recentemente rimesso la questione alla decisione delle Sezioni Unite della Cassazione.

Nullità relativa per proteggere l'acquirente - Come è noto, la previsione della nullità degli atti relativi a costruzioni abusive venne introdotta dalla legge n. 10/1977 (c.d. legge Bucalossi); già precedentemente, peraltro, la sanzione della nullità era stata prevista la legge n. 765/ 1967 (c.d. "legge ponte"), all'articolo 10, per gli atti di compravendita di terreni abusivamente lottizzati. L'art.15, comma 7, della legge 10/1977 (poi abrogato dall'art.2 della legge n.47/1985) 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).

Nullità assoluta per contrastare l'abusivismo - Con la successiva legge 47/1985 (articoli 17, primo comma, e 40, secondo comma) 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 legge 47/1985 (oggi riprodotta nella disposizione del primo comma dell'articolo 46 del d.p.r. 380/2001) 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; da qui 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 legge n. 10/1977. Infatti, sotto un primo profilo, il regime di inalienabilità 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 dedotta in contratto non incidere né sugli atti concernenti diritti reali di garanzia e di servitù (per effetto di previsione normativa espressa), né 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 al terzo comma dell'art.40 della legge 47/1985 (e al quarto comma dell'art.46 del d.p.r. 380/2001).

I contrasti giurisprudenziali sul modo di intendere la nullità urbanistica - All'evidenziata ambiguità della disciplina introdotta dalla legge 47/1985 e ripresa dal d.p.r. 380/2001 - 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 sviluppata nella giurisprudenza della Cassazione sul modo di intendere la nullità urbanistica.

Il tradizionale orientamento formalistico - Secondo un più risalente orientamento, che privilegia un'interpretazione letterale della norma, gli artt. 17 e 40 della legge 47/1985 cominano 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 della 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, giacché impedisce il suddetto controllo all'acquirente (cfr. sentenze nn.14025/ 1999, 814 7/2000, 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).

Il più recente orientamento sostanzialistico - Il suddetto orientamento formalistico ha formato oggetto di un radicale riesame critico nelle sentenze

della seconda sezione della Cassazione nn. 23591/13 e 28194/13, le quali hanno ritenuto di trarre dal testo del secondo comma dell'art.40 della legge 47/1985 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 dall'art.40, terzo comma, l. 47/1985 (nonché, può aggiungersi, dall'art.17, quarto comma, l. 47/1985 e, ora, dall' art.46, quarto comma, d.p.r. 380/2001) 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 sostanzialistico

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 dell'art. 40, comma 2, l. 47/1985 sarebbe possibile

desumere 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" (Cass. 23591/13).



In merito al contratto preliminare -

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 nella sentenza n. 18261/2015, anch'essa della seconda sezione, la quale ha affermato la nullità ex art. 40 l. 47/1985 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 dello specifico giudizio oggetto dell'ordinanza Cass. n.20061/18, 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 agli articoli 17 e 40 della legge 47/85 (ora articolo 46, d.p.r. 380/2001); affermazione successivamente ribadita nelle sentenze 25811/14 e 18261/15. Tale orientamento, in sostanza, riconduce la nullità urbanistica al disposto del primo comma dell'articolo 1418 c.c., ossia nell'ambito delle nullità c.d. "virtuali", laddove l'orientamento precedente considerava tale nullità come una nullità "testuale" ai sensi dell'ultimo comma del medesimo articolo 1418 c.c..

Ad avviso della Seconda Sezione della Cassazione, di cui all'ordinanza n. 20061/2018, 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 la 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 la Seconda Sezione nell'ordinanza n.20061/18 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 della Cassazione ha espresso un orientamento "alquanto prudente" (così viene definito in Cass. 11659/18) 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"; nonché, 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 dell'art. 40 della legge 47/85, 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.

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'ultimo comma dell'articolo 1418 c.c. ("la legge eleva a requisito formale del contratto la presenza in esso di alcune dichiarazioni ed 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") 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" 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 (artt. 7 e 8 della legge n. 47/1985) e l'ipotesi di variazione parziale e non essenziale (art. 12 della legge n. 47/1985). 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, primo comma, quale effetto di qualsivoglia irregolarità urbanistica.

Tornando allo specifico tema della invalidità del contratto ad effetti reali, la Cass. nell'ordinanza n.20061/18 in primo luogo evidenzia che né nelle sentenze nn. 23591/13 e 28194/13 né 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, giacché 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 Cass. n. 23591/13, Cass. n. 28194/13 e Cass. n. 25811/14; di immobili che "non siano in regola con la normativa urbanistica" si parla, infine, nella sentenza n. 18261/15).

Secondo la Seconda sezione della Cassazione, nell'ord. 20061/18, sotto un primo profilo sarebbe quindi auspicabile un chiarimento, da parte delle Sezioni Unite della Cassazione, 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, si 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 della Seconda Sezione della Cassazione nell'ordinanza 20061/18, 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. Ora, mentre da un lato è certo opportuno assegnare alle Sezioni Unite la composizione del rilevato contrasto esistente in giurisprudenza sulla natura della nullità urbanistica dall'altro lato sarebbe doveroso prevenire e risolvere siffatti contrasti con un intervento risolutivo del legislatore, ad esempio prevedendo, in un settore edilizio in cui con le S.C.I.A. si autocertifica di tutto e di più, l'obbligo di allegare ai contratti di compravendita una certificazione di attuale e sostanziale conformità urbanistica dell'immobile oggetto di cessione.

