



CONSIGLIO NOTARILE  
DI BERGAMO



# Dalla proprietà al Terzo Settore attraverso le nuove frontiere digitali

Venerdì 17 novembre 2017 | Bergamo  
Centro Congressi Giovanni XXIII

ATTI DEL CONVEGNO

## INTRODUZIONE AI LAVORI

Cari Colleghi, e cari amici,

il Consiglio Notarile di Bergamo ha organizzato questa giornata di studio e di approfondimento su temi di interesse ed attualità per le funzioni notarili e per le attività delle categorie professionali vicine al notariato.

Il tema che abbiamo dato a questa giornata di studio è:

### **“Dalla proprietà al terzo settore attraverso le frontiere digitali”**

Nella mattinata si affronteranno argomenti relativi alla **proprietà** (che per i notai è per lo più la proprietà immobiliare) ed al trasferimento dei diritti reali. I quesiti, che verranno posti all’attenzione dei relatori riguardano:

- La comproprietà e la circolazione delle quote ereditarie (relazione affidata al prof. **Giuseppe Amadio, Ordinario di Diritto Civile all’Università di Padova**): a lui verrà chiesta una valutazione sulla recente sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 5068/2016. Il principio di diritto enunciato dalla sentenza in esame riguarda non già la validità delle donazione di quota di comproprietà, bensì la validità della donazione di bene altrui. Le Sezioni Unite Civili, inserendosi nel solco dell’ormai consolidato filone giurisprudenziale (fatta eccezione per un’isolata pronuncia che parlava di inefficacia), enunciano **la nullità della donazione di bene altrui**, ma correggendo la motivazione. **Non più, infatti, la nullità per violazione dell’art. 771 cc.**, che statuisce la nullità della donazione di bene futuro, **bensì per mancanza di causa**, per violazione del combinato disposto degli articoli 769 c.c. e 1418 c.c.

Gli ermellini abbandonano l’invero tenue riferimento all’art. 771 c.c., che si fondava sull’arzigogolo della equiparazione tra altruità e “futurità soggettiva, cioè relativa al patrimonio del donante per **ancorarsi al ben più forte dato testuale dell’art. 769 c.c. che definisce la donazione come il contratto con cui il donante dispone di un “suo” diritto**. La titolarità del diritto donato in capo al donante viene eretto a “causa” della donazione, la cui mancanza, ai sensi dell’art. 1418, comma 2, c.c., determina la nullità della donazione. In maniera ancora più chiara il coerede che dona uno dei beni compresi nella



CONSIGLIO NOTARILE  
DI BERGAMO

comunione (ovviamente nel caso in cui la comunione abbia ad oggetto una pluralità di beni) viene definito un “donante che disponga di un diritto che non può ritenersi incluso nel suo patrimonio”. Le sezioni unite pertanto, introducono nel nostro ordinamento una sorta di bipartizione nell’ambito della comunione ereditaria: asse ereditario formato da unico bene; asse ereditario che comprenda più beni (le considerazioni che precedono sono di Fabio Tierno, in *Federnotizie*, *Donazione di quota indivisa cd. quotina*, pubblicate il 14 settembre 2016).

Altro tema che verrà trattato dal prof. Amadio è **la rinuncia alla comproprietà**: può accadere che un soggetto riceva (per eredità) una quota (magari infinitesimale) di un bene di scarsissimo interesse economico (un bosco in montagna, un rudere in campagna, ecc.). Costui può validamente rinunciare a questo diritto? Può dimetterlo? Quali effetti produce la sua rinuncia? Si ha accrescimento della quota degli altri comproprietari in assenza di una loro manifestazione di volontà in tal senso?

Nella seconda relazione il prof. **Alessandro Ciatti (Ordinario di Diritto Civile all’Università di Torino)** tratterà delle novità introdotte dal cd. DDL Concorrenza, entrato in vigore il 29 agosto 2017 (Legge 4 agosto 2017 n. 124) Per la cronaca (ma non ne parleremo), in questa legge:

- è stato previsto l’esercizio della professione forense in forma societaria (articolo unico comma 141),
- si impone ai professionisti (notai, avvocati), nel comma 150, l’obbligo di comunicare ai clienti in forma scritta (o digitale), la complessità dell’incarico conferito, gli oneri ipotizzabili dal momento del conferimento dell’incarico fino alla sua conclusione:

*“Il professionista deve rendere noto obbligatoriamente, in forma scritta o digitale, al cliente il grado di complessità dell’incarico, fornendo tutte le informazioni utili circa gli oneri ipotizzabili dal momento del conferimento fino alla conclusione dell’incarico”...“In ogni caso la misura del compenso è previamente resa nota al cliente obbligatoriamente, in forma scritta o digitale, con un preventivo di massima, deve essere adeguata all’importanza dell’opera e va pattuita indicando per le singole prestazioni tutte le voci di costo, comprensive di spese, oneri e contributi”.*

Ma, per i notai, la novità più significativa è l’introduzione di un “conto dedicato”, al comma 142, che ha introdotto modifiche alla legge 147/2013, novellandone il comma 63.

*«Il notaio o altro pubblico ufficiale è tenuto a versare su apposito conto corrente dedicato:*

*a) tutte le somme dovute a titolo di tributi per i quali il medesimo sia sostituto o responsabile d’imposta, e comunque le spese anticipate di cui all’articolo 15, primo comma, numero 3), del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633, e successive modificazioni, in relazione agli atti a repertorio dallo stesso ricevuti o autenticati e soggetti a pubblicità immobiliare o commerciale;*

*b) ogni altra somma affidatagli e soggetta ad obbligo di annotazione nel registro delle somme e dei valori di cui alla legge 22 gennaio 1934, n. 64;*

*c) l’intero prezzo o corrispettivo, ovvero il saldo degli stessi, se determinato in denaro, oltre alle somme destinate ad estinzione di gravami o spese non pagate o di altri oneri dovuti in occasione del ricevimento o dell’autenticazione di atti di trasferimento della proprietà o di trasferimento, costituzione o estinzione di altro diritto reale su immobili o aziende, se in tal senso richiesto da almeno una delle parti e conformemente all’incarico espressamente conferito; nei casi previsti dalla presente lettera, il notaio deve ricusare il suo ministero se le parti non depositano, antecedentemente o contestualmente alla sottoscrizione dell’atto, l’importo dei tributi, degli onorari e delle altre spese dell’atto, salvo che si tratti di persone ammesse al beneficio del gratuito patrocinio»*

Si evidenzia un interesse pubblico (erariale) alla corretta riscossione delle imposte, o meglio la creazione di un sistema che dovrebbe consentire una migliore verificabilità della gestione di somme affidate al notaio.

Il tema è delicato e fortemente discusso nella categoria notarile.

C’è chi ritiene che tutto questo non serva (e vive questa novità come una inutile vessazione); c’è chi osserva che questo conto dedicato (che dovrebbe essere impignorabile, sottratto alla successione del notaio, e insensibile al suo regime patrimoniale, come prevede il novellato comma 65) richiedeva una adeguata e tempestiva preparazione nel sistema bancario (essendo un conto corrente caratterizzato normativamente e diverso rispetto a tutti gli altri conti correnti bancari): in sede di primissima attuazione ci sono state, effettivamente, non poche difficoltà, nei rapporti banche-notai.

In estrema sintesi, si sottolinea ancora una volta l'affidamento al notaio di un ruolo di interesse pubblico, non meramente privatistico, che concerne la corretta riscossione dei tributi. In questo senso, esiste un collegamento con norme precedenti, relative alla cosiddetta "conformità catastale". In base all'art. 19 comma 14 del D.L. 31 maggio 2010 n. 78, convertito in legge con legge 30 luglio 2010 n. 122 si dispone:

All'articolo 29 della legge 27 febbraio 1985, n. 52, è aggiunto il seguente comma: *"1-bis. Gli atti pubblici e le scritture private autenticate tra vivi aventi ad oggetto il trasferimento, la costituzione o lo scioglimento di comunione di diritti reali su fabbricati già esistenti, ad esclusione dei diritti reali di garanzia, devono contenere, per le unità immobiliari urbane, a pena di nullità, oltre all'identificazione catastale, il riferimento alle planimetrie depositate in catasto e la dichiarazione, resa in atti dagli intestatari, della conformità allo stato di fatto dei dati catastali e delle planimetrie, sulla base delle disposizioni vigenti in materia catastale.*

In sostanza, a pena di nullità, deve essere assicurata la conformità tra dati e planimetrie catastali e lo stato di fatto: e la sanzione della nullità è molto pesante, sia per le parti che per il notaio (in termini di responsabilità professionale e disciplinare).

La professione notarile è esercizio di funzioni delegate dallo stato, svolte in forma libero professionale. Queste "funzioni pubbliche" caratterizzano la professione notarile rispetto alle altre professioni, anche per i controlli ai quali i notai sono sottoposti periodicamente, e per gli obblighi di conservazione degli atti, di identificazione e verifica della legittimazione a disporre, di controllo nella materia dell'antiriciclaggio, che altri professionisti non hanno o hanno in forme diverse.

I lavori della mattina proseguiranno a cura dei notai **Giuseppe Trapani** e **Giovanni Rizzi**.

Si tratteranno argomenti relativi alla regolarità urbanistica e catastale dei beni immobili, ed anche delle responsabilità notarili in questa prospettiva.

Nel pomeriggio – con il coordinamento del Presidente Maurizio Luraghi - sarà posto all'attenzione dei congressisti il tema del "terzo settore", che sempre più si rivela

decisivo nella soluzione di problemi relativi ai soggetti più deboli e nella tutela di interessi socialmente rilevanti. Il varo del "Codice del terzo settore, a norma dell'art. 1 comma 2 lett. b) della legge 6 giugno 2016 n. 106" porterà con sé novità significative nelle attività professionali dei notai e non solo.

Ce ne parleranno due consiglieri nazionali, **Enrico Sironi** e **Gianluca Abbate**, il notaio **Monica De Paoli**, insieme al dott. **Lauro Montanelli** (Commercialista).

Un argomento ulteriore che formerà oggetto di una relazione, a cura della professoressa **Giusella Finocchiaro** (Ordinario di Diritto Privato all'Università di Bologna) volge lo sguardo alla proprietà del "dato digitale" ed alla sua circolazione.

Insieme a Maurizio Luraghi, nostro Presidente, ed ai consiglieri Marco Ruggeri e Sara Carioni, che hanno contribuito all'organizzazione, auguro a tutti voi buon lavoro, nella speranza di contribuire alla vostra formazione.

Responsabile Scientifico  
Guido De Rosa

<b>La comproprietà e la circolazione delle quote indivise: una valutazione sulle recenti decisioni della Corte di Cassazione e sulla validità ed efficacia dei relativi atti notarili; la rinuncia alla comproprietà</b>	11
--	----

Giuseppe Amadio  
— *Professore ordinario di Diritto Civile nell'Università di Padova*

<b>Il trasferimento della proprietà immobiliare: l'interesse generale alla corretta riscossione delle imposte e l'interesse privato dei contraenti, anche alla luce del "DdL Concorrenza"</b>	39
---	----

Alessandro Ciatti  
— *Professore ordinario di Diritto Civile nell'Università di Torino*

<b>Le recenti novità normative in materia urbanistica, relative ai trasferimenti immobiliari</b>	54
--	----

Giovanni Rizzi  
— *Notaio in Venezia*

<b>La regolarità urbanistica e la responsabilità del notaio</b>	70
---	----

Giuseppe Trapani  
— *Notaio in Zagarolo*

<b>La Riforma del Terzo Settore: aspetti civilistici</b>	136
--	-----

Monica De Paoli  
— *Notaio in Milano, Componente della "Commissione Terzo Settore" del Consiglio Nazionale del Notariato*

<b>La Riforma del Terzo Settore: aspetti tributari</b>	148
--	-----

Lauro Montanelli  
— *Dottore Commercialista e Revisore legale in Bergamo*

<b>Il ruolo del Notariato nella genesi e nell'applicazione del Codice del Terzo Settore</b>	162
---	-----

Enrico Sironi  
— *Notaio in Gallarate, Consigliere Nazionale del Notariato*

*Saggio in corso di pubblicazione sulla Rivista di Diritto Civile  
n. 3/2017*

Coeredità e atti di disposizione della quota  
(in margine a Cass., Sez. un., 15 marzo 2016, n. 5068)

SOMMARIO: 1. La disposizione della quota del singolo bene facente parte della comunione ereditaria: premessa. – 2. Comunione ereditaria e coeredità. – 3. I poteri dispositivi del coerede: i termini del problema e una tesi recente. – 4. La critica sul piano logico. – 5. La critica sul piano positivo. – 6. Una prima conclusione. La decisione delle Sezioni unite. – 7. L'argomentazione di Cass., Sez. un., 15 marzo 2016, n. 5068. – 8. La critica. – 9. Epilogo.

1. Da qualche tempo, e attraverso vari percorsi, è venuto riproponendosi all'attenzione della dottrina e al vaglio dei giudici il problema relativo al potere di disposizione spettante al coerede sul bene comune. L'espressione è volutamente generica: essa ricomprende tutta una serie di fattispecie, talora esplicitamente disciplinate dal legislatore, altre volte ricostruite dalla dottrina. Oggetto di analisi, in questa sede, sarà soltanto una di tali fattispecie: quella dell'atto dispositivo della quota indivisa del *singolo bene*, facente parte del compendio ereditario in comunione tra i coeredi<sup>1</sup>. La scelta del tema non è casuale: essa è ispirata da un recente intervento delle Sezioni unite della Cassazione, nel quale la donazione della quota di comproprietà del bene facente parte dell'asse, compiuta dal coerede prima della divisione, è giudicata nulla per mancanza di causa<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Quella che nel linguaggio improprio, ma efficace, adottato dalla prassi, si suole definire la «quotina».

<sup>2</sup> Cass., Sez. un., 15 marzo 2016, n. 5068. La decisione è stata pubblicata in molti luoghi, e ha ricevuto numerosi commenti: tra questi, ricordiamo solo U. CARNEVALI, *La donazione di beni altrui nella sentenza delle Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2016, 5, 610

Si tratta di una decisione erronea e grave.

Erronea sotto più di un profilo: innanzi tutto, per l'utilizzo improprio delle categorie ordinanti, prima tra tutte quella di "causa", e di causa della donazione in particolare; in secondo luogo, come si vedrà, per il palese travisamento della stessa fattispecie oggetto di giudizio.

Grave in quanto, nel tentativo di ridefinire la questione sul piano teorico-dogmatico, provoca un impatto a dir poco devastante sulla circolazione giuridica: non si avvede, in altri termini, delle conseguenze che la valutazione di nullità rischia di produrre su una massa enorme di atti dispositivi già compiuti, e del resto frequentissimi nell'esperienza delle vicende successorie, specie in ambito familiare<sup>3</sup>.

A una lettura critica della sentenza sarà dedicata la seconda parte dell'analisi. Per giungervi, è tuttavia indispensabile individuare l'ambito concettuale e normativo in cui il problema si iscrive (quello attinente i poteri dispositivi del coerede) e ridefinirne i termini.

A tali premesse sarà dedicata la prima parte, volta a ricostruire, nei suoi termini e nelle soluzioni sinora proposte in dottrina e giurisprudenza, il problema dell'atto dispositivo della quota del singolo bene ricompreso nell'asse, e la ricostruzione dei suoi effetti. Come si vedrà, le conclusioni raggiunte non si fondano su una diversità di natura della *comunione* ereditaria, rispetto alla contitolarità ordinaria (diversità che, viceversa, sembra presupposta dalla decisione della Corte), quanto

s.; U. LA PORTA, *Sulla donazione di «quota» su bene facente parte di più ampio compendio comune e la donazione di «cosa» altrui*, in questa Rivista, 2017, I, p. 97 ss.; G. W. ROMAGNO, *La legittimazione del coerede a disporre di singoli beni ereditari. Brevi riflessioni a margine della recente decisione della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 5068 del 2016*, ivi, I, p. 187 ss.; C. DE LORENZO, *Le sezioni unite e la donazione di beni altrui: quando Davide ci riprova con Golia*, in *Foro it.*, 2016, 2087; E. DEPETRIS, *Le sezioni unite sull'invalidità della donazione di bene altrui - il commento*, in *Contratti*, 2016, 10, 877 s.

<sup>3</sup> L'allarme, inevitabilmente suscitato nel ceto notarile dalla decisione, è documentato dal primo intervento del Consiglio Nazionale del Notariato (M. BELLINIA-F. MAGLIULO-A. MUSTO, *Donazione di cosa altrui e di quota indivisa: prime riflessioni a margine della sentenza della Corte di Cassazione a sezioni unite, 15 marzo 2016, n. 5068*, Studio civilistico n. 200-2016/C, in CNN Notizie, 26.4.2016); sul tema, già prima, F. MAGLIULO, *La donazione di quota indivisa su un bene facente parte di una più ampia massa comune*, Studio n. 380-2009/C, in *Studi mat.*, 2010, p. 378; ID., *Il problema della validità della donazione di bene altrui*, in *Notariato*, 2009, p. 495.

sulla peculiare disciplina della *divisione* del patrimonio ereditario: che, a sua volta, riflette la rilevanza del titolo su cui la comunione si fonda, e dunque sulla *coeredità*, intesa come concetto distinto dalla comunione che a essa di norma, ma non sempre, consegue.

All'analisi differenziale tra *coeredità* e *comunione* ereditaria, si è dedicato in passato più di un intervento<sup>4</sup>: per questa ragione, in questa sede se ne darà conto in estrema sintesi, per quanto necessario a introdurre il tema dei poteri dispositivi del coerede.

2. A tener fede alle categorie ricevute<sup>5</sup>, la *divisione* ereditaria (come, del resto, la *divisione* in generale) si costruisce come concetto derivato, o di secondo livello: il cui nucleo viene individuato nello scioglimento della comunione, e il cui *mezzo tecnico* è rappresentato dagli apporzionamenti proporzionali alle quote. *Divisione* significa, in questa prospettiva, scioglimento della comunione «attraverso» l'apporzionamento<sup>6</sup>; e il venir meno della contitolarità appare come

<sup>4</sup> La distinzione tra *comunione* ereditaria e *coeredità* costituisce la premessa concettuale di una più ampia proposta ricostruttiva della *divisione* ereditaria: che muovendo dall'idea (di matrice economico-fattuale) di *distribuzione*, tenti di costruire la (corrispondente) categoria giuridica della «funzione distributiva», pensata come indice minimo di riconoscimento dei fenomeni divisionali; per poi ridefinire il rapporto tra questa funzione unitari a costante e le molteplici (e variabili) modalità tecniche della sua realizzazione. La proposta si può leggere, in versione sintetica, nel saggio pubblicato sotto il titolo *Comunione e apporzionamento nella divisione ereditaria (per una revisione critica della teoria della divisione)*, nel volume dello stesso autore G. AMADIO, *Tradizione e modernità nel diritto successorio: dagli istituti classici al patto di famiglia*, Padova, 2007. La si ritrova compiutamente dimostrata nella monografia (edita, per altro, in versione ancora provvisoria) *Divisione ereditaria e collazione*, Padova, 2000, p. 93 ss.

<sup>5</sup> Va denunciata la sostanziale immobilità che da quasi un quarantennio affligge l'elaborazione teorica in tema di *divisione* ereditaria: tanto più grave, se si considera la vischiosità dell'apparato concettuale di riferimento, ricevuto dalla tradizione, e dominato dal peso di dogmi, via via trasformati in vere e proprie «formule magiche»: basti per tutte l'immagine – quasi uno spettro – della «dichiaratività» della *divisione*, su cui tomeremo.

<sup>6</sup> Così, con mere varianti lessicali, G. MIRABELLI, *Divisione (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, p. 34 s.; ID., *Intorno al negozio divisorio*, in *Arch. giur.*, 1949, p. 44; G. GAZZARA, *Divisione ereditaria (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 422; L.V. MOSCARINI, *Gli atti equiparati alla divisione*, in *Riv. trim.*, 1963, p. 538; FORCHIELLI, *Della divisione*, in *Commentario del cod. civ.*, a cura di



risultato, e dunque come effetto finale tipico della divisione, pensata, già in tempi risalenti, come «fattispecie dello scioglimento»<sup>7</sup>.

Nello specifico ambito che ci occupa, quello della divisione ereditaria, il riferimento alla *comunione*, come situazione necessariamente presupposta è di frequente sostituito da quello alla *coeredità*, tanto da suggerirne il valore sinonimo.

Per cogliere, viceversa, la differenza tra le due nozioni, si potrà muovere dall'esito, cui giunge già la dottrina classica in tema di divisione del testatore: fattispecie universalmente nota, alla quale l'insegnamento comune ricollega<sup>8</sup> l'effetto di prevenire il sorgere della comunione<sup>9</sup>, ma di cui, nel contempo, è indiscussa la qualificazione

---

Scialoja e Branca, *Libro secondo. Delle successioni* (artt. 713-768), Bologna Roma, 1970, p. 12, ed ora nella seconda edizione, a cura di FORCHIELLI e ANGELONI, *ivi*, Bologna Roma, 2000, p. 21 s., (a tale edizione si riferiranno, d'ora in avanti, le citazioni); A. BURDESE, *Comunione e divisione ereditaria*, in *Enc. giur.* Treccani, VII, Roma, 1988, p. 6; A. MORA, *Il contratto di divisione*, Milano, 1995, p. 87; G. BONILINI, *Divisione*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, VI, Torino, 1990, p. 484; E. MOSCATI, *Divisione* I) *Profili generali*, in *Enc. giur.* Treccani, XI, Roma, 1989, p. 5.

<sup>7</sup> L'insegnamento di A. FEDELE, *La comunione*, in *Tratt. dir. civ.* Grosso e Santoro-Passarelli, III, 5, Milano, 1967, p. 345 s., recepito dalla dottrina prevalente (si cfr. BURDESE, *La divisione ereditaria*, in *Tratt. dir. civ. it.* Vassalli, XII, 5, Torino, 1980, p. 87) viene, ovviamente, criticato da C. MIRAGLIA, *Divisione contrattuale e garanzia per evizione*, s.i., ma Ercolano, 1981, p. 108 s., nota 207.

<sup>8</sup> Il rilievo attribuito all'efficacia immediatamente preventiva della comunione, come criterio di riconoscibilità della fattispecie di cui all'art. 734, e.e., si ritrova "teorizzato", in termini emblematici, in Cass., 10 novembre 1981, n. 5955, in *Mass. Giust. civ.*, 1981, p. 2118, che a tale stregua esclude il riconoscere della figura in ogni caso in cui l'operare della divisione predisposta dal testatore sia differito, rispetto al momento dell'acquisto dell'eredità. Che l'affermazione risulti eccessiva è stato dimostrato in altra sede (si consenta il rinvio al nostro *La divisione del testatore*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, II, Padova, 1994, p. 78 ss.), dovendosi considerare essenziale alla fattispecie non tanto l'"immediatezza" quanto l'"automaticità" dell'effetto divisorio, e dunque la non necessità di ulteriori procedimenti, negoziali o giudiziali, di scioglimento della comunione. Ma, proprio per questo, non mutano i termini del problema appena prospettato.

<sup>9</sup> Si tratta di opinione ormai entrata nel novero delle nozioni istituzionali, e pressoché unanime; a titolo indicativo, si vedano L. MENGONI, *La divisione testamentaria*, Milano, 1950, p. 78; P. FORCHIELLI e F. ANGELONI, *Divisione*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 2000, p. 310; G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2006, p. 325; A. MORA, *Lo scioglimento della comunione ereditaria. La divisione*, in *Tratt. dir. succ. don.* Bonilini, IV, *Comunione e*

come fenomeno *sostanzialmente divisorio*<sup>10</sup>. Essa dimostra come lo scioglimento di una preesistente contitolarità sia indice *non essenziale* a individuare, nello specifico ambito della successione ereditaria, il fenomeno divisionale<sup>11</sup>.

---

*divisione ereditaria*, Milano, 2009, p. 300; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II.2, *Le successioni*, Milano, 2015, p. 416; A. CIATTI, *La comunione ereditaria e la divisione*, in R. CALVO e G. PERLINGIERI (a cura di), *Diritto delle successioni e delle donazioni*, II, Napoli, 2014, pp. 1366 s. e 1368; G. GAZZARA, *Divisione ereditaria (dir. priv.)*, cit., p. 435 s.; V.R. CASULLI, *Divisione ereditaria (dir. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, p. 57, nonché in *Noviss. dig. it.*, App., III, Torino, 1982, p. 61; P. CARUSI, *Le divisioni*, Torino, 1978, p. 243; F.D. BUSNELLI, *Comunione ereditaria*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 277; A. FEDELE, *La comunione*, cit., p. 366; M. FRAGALI, *La comunione*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, XIII, 3, Milano, 1973, p. 71, nota I; A. BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., p. 255; ID., *Comunione e divisione ereditaria*, cit., p. I s. Essa segna il superamento dell'idea, ricorrente in dottrina sotto il vigore del codice abrogato (si veda, per tutti, N. COVIELLO, *Delle successioni*, Napoli, 1935, p. 588, nota 3) di un istante "ideale" o "di ragione", in cui la massa dei beni divisi dall'ascendente si sarebbe necessariamente venuta a trovare in comunione tra gli assegnatari (per la critica coeva, volta a denunciare la finzione insita in tale rilievo, si veda G. TEDESCHI, *La divisione d'ascendente*, Padova, 1936, p. 9).

In giurisprudenza, cfr.: Cass., 11 maggio 2009, n. 10797; Cass., 22 novembre 1996, n. 10306; Cass., 8 agosto 1990, n. 8049; Cass., 15 ottobre 1992, n. 11290; Cass., 5 dicembre 1988, n. 6595; Cass., 15 novembre 1986, n. 6745; Cass., 14 luglio 1983, n. 4826; Cass., 18 novembre 1981, n. 6110; Cass., 7 novembre 1978, n. 5075.

<sup>10</sup> Possono confrontarsi, in tal senso, tutti gli autori citt. alla nota precedente (spec. A. BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., p. 251; P. FORCHIELLI e F. ANGELONI, *o.c.*, p. 311; A. CIATTI, *o.c.*, p. 1368; C.M. BIANCA, *o.l.u.c.*; A. MORA, *o.lu.c.*). Nega, sorprendentemente, tale qualificazione F. VENOSTA, *La divisione*, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, 2, Torino, 2014, p. 10, esprimendo di conseguenza una critica alla tesi qui esposta. Alla replica a tale critica, sarà dedicato un contributo di prossima pubblicazione: in questa sede, oltre a quanto esposto nell'immediato prosieguo nel testo, basta rilevare che essa si basa su un assunto (la natura non divisionale dell'istituto disciplinato all'art. 734 ss., c.c.), del tutto isolato in dottrina (valga in tal senso il rinvio con cui la presente nota si apre).

<sup>11</sup> Ma, come in altra sede abbiamo dimostrato (si vedano i riferimenti contenuti alla precedente nota 4), lo scioglimento di una preesistente situazione di contitolarità deve considerarsi, altresì, *non essenziale*, a caratterizzare il fenomeno divisionale. Ciò in quanto, in tutta una serie di ipotesi, lo scioglimento della comunione non dà luogo a divisione in senso tecnico: dall'usucapione della cosa comune (ad opera del contitolare, ex art. 714, c.c. (A. BURDESE, *o.u.c.*, p. 84) o di un terzo), all'acquisto dell'intero per effetto di donazione o successione *mortis causa* tra contitolari (A. CICU, *Divisione ereditaria*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1961, p. 468; F.D. BUSNELLI, *Comunione ereditaria*, cit., p. 282); dall'accrescimento (Ancora A. CICU,



L'attenzione si sposta dal dato strutturale a quello teleologico, e il risultato perseguito dal disponente, (mediante le assegnazioni) vale a determinare tra esse un «nesso di reciproca subordinazione funzionale, in vista di una causa unica: la distribuzione (per quote) di un complesso patrimoniale»<sup>12</sup>.

È proprio la dottrina classica in tema di divisione testamentaria, a individuare, come indice di riconoscimento della funzione distributiva (in luogo dello scioglimento della comunione, che, s'è visto, viene a mancare), l'esistenza di un diverso "rapporto" fra gli assegnatari: rapporto «dato dall'idea di *quota* che presuppone l'idea del tutto, l'una e l'altra caratteristiche del *titolo di erede*»<sup>13</sup>. Spunto prezioso, quest'ultimo, in quanto consente di riguadagnare il senso della distinzione ricordata (quella tra «comunione ereditaria» e «coeredità») che, sia nel linguaggio normativo<sup>14</sup>, sia in quello dottrinale e giurisprudenziale<sup>15</sup>, appare singolarmente perduta. E che si recupera, a patto di assumere la coeredità, non come nozione afferente al piano

della successione, e cioè *dell'effetto*, ma come modalità della vocazione, ovvero dell'attribuzione *del titolo* a succedere<sup>16</sup>.

Su questo dato, è possibile costruire un concetto di *coeredità* del tutto indipendente dall'idea di comunione ereditaria: esso individua la *coesistenza di più delazioni universali*, accettate dai destinatari<sup>17</sup>. E se è vero che l'instaurarsi della comunione ereditaria presuppone sempre e necessariamente la coeredità (della quale rappresenta effetto), non è vero il contrario: ben potendo esistere una coeredità, intesa come insieme di più delazioni universali accettate, senza che ciò dia luogo al

<sup>16</sup> Ciò è del tutto ovvio nelle costruzioni che, accentuando il rilievo del profilo soggettivo del fenomeno ereditario,

finiscono in varia misura per aderire all'impostazione di R. NICOLÒ, *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, in *Ann. Messina*, VIII, 1933-34, spec. p. 131 ss. e ID., *Erede (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 196 s., accogliendo, pertanto, la nozione di «qualità di erede» intesa come posizione originaria, *prius* logico e presupposto causale della successione nei rapporti (così, in tempi successivi, U. NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari*, II, Milano, 1949, p. 91; G. STOLFI, *Concetto dell'erede*, in *Giur. it.*, 1949, IV, 166 s. e, in seguito, *Successione ereditaria (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 1259 ss.; V. CUFFARO, *Erede e eredità*, I) *Diritto civile*, in *Enc. giur.* Treccani, XII, Roma, 1989, p. 3; U. CARNEVALI, *"Successione, I) Profili generali*, ivi, XXX, 1993, p. 1 s.). Ma il riferimento alla vocazione appare tanto più significativo in quanto, a una analisi attenta, risulta che esso assume decisiva importanza anche per le teorie che più radicalmente respingono l'idea della "qualità di erede": così è per L. MENGONI, *La divisione testamentaria*, cit., p. 753 (in cui si legge che è «la *vocazione* ereditaria che unifica, sotto il profilo del *titolo* [...] la molteplicità delle v icende successorie, all'interno di ciascun rapporto giuridico del *de cuius*»; per P. SCHLESINGER, *Successioni (Diritto civile): Parte generale*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 751 (che, nel definire il carattere «universale» della successione, lo fonda sul «*titolo* con cui opera la 'vocazione', o 'chiamata'»); e addirittura per P. BONFANTE, *Il concetto dommatico dell'eredità nel diritto romano e nel diritto moderno*, in *Scritti giuridici vari*, I, *Famiglia e successione*, Torino, 1926, p. 181 (che, pur affermando che «essere erede [...] non significa se non *acquistare* il patrimonio del defunto nella universalità o in un a quota», immediatamente aggiunge che ciò è possibile «dal momento che il patrimonio *in quella forma* [...] gli è stato *assegnato*»).

<sup>17</sup> Coerede è colui che, in concorso con altri, *ha titolo* a raccogliere l'*universum ius*, indipendentemente dalle modalità che ne caratterizzeranno l'acquisto: esse consisteranno, di regola, nell'instaurarsi di una contitolarità su tutte (e ciascuna del) le situazioni giuridiche soggettive che lo compongono; ma tale evenienza, non è implicazione necessaria del fenomeno (co)ereditario, e si colloca comunque su di un piano concettualmente distinto da esso.

o.u.c., p. 363), alla rinunzia abdicativa (A. LENER, *La comunione*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, VIII, *Proprietà*, 2, Torino, 2002, p. 328), la dottrina redige un catalogo di fattispecie, cui fa difetto una finalità divisionale, in quanto nessuna di esse è in grado di realizzare un *apportionamento* proporzionale alla quota. Il che conferma, sul piano della funzione perseguita, che l'ipotesi «interesse allo scioglimento», non è che un mero riflesso del ben più pregnante e decisivo «interesse all'acquisto della porzione».

<sup>12</sup> Sono parole di L. MENGONI, *La divisione testamentaria*, cit., p. 81 (corsivo dell'autore).

<sup>13</sup> A. CICU, *Divisione ereditaria*, cit., p. 433 s. (corsivo aggiunto).

<sup>14</sup> Se ne veda la denuncia in A. BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., p. 1 s. e, sia pure ad altri fini, in G. IUDICA, *Diritto dell'erede del coerede alla prelazione ereditaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, II, p. 472.

<sup>15</sup> Può aversene una singolare controprova, consultando gli indici analitici di monografie anche assai note, in tema di comunione in generale, alla voce «coeredità»: può accadere, allora, di trovarvi un rinvio *tout court* alla voce «comunione ereditaria» (in questo senso, ad es., M. FRAGALI, *La comunione*, cit., p. 638), il che lascia supporre la (ritenuta) sinonimia o, quanto meno, fungibilità delle espressioni; ma anche ove ciò non accade, si potrà constatare che nei luoghi cui si fa rinvio, la trattazione riguarda, in realtà, la comunione ereditaria (così accade in G. BRANCA, *Comunione - Condominio negli edifici*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, *Della proprietà (artt. 1100-1139)*, Bologna-Roma, 1982, p. 697; e che si tratti di una sorta di vischiosità delle formule è confermato dalla circostanza che, dallo stesso autore, la distinzione tra i due concetti è suggerita, in altro luogo dell'esposizione – cfr. *op. ult. cit.* p. 294 s. – in modo evidente).

sorgere di una contitolarità sui beni dell'asse.

Se si condivide tale impostazione, ne esce ridefinito il contenuto logico della nozione di «quota». Essa torna sia nella comunione di diritti, che nella coeredità, in quanto in entrambe l'antinomia tra *pluralità* (di soggetti) e *universalità* (dell'attribuzione) si risolve, sul piano logico e su quello positivo, con l'idea di *quota*.

Ma mentre nel suo primo significato (quello dell'art. 1101, c.c.) essa indica la *misura della (con)titolarità* da riconoscersi al partecipe alla comunione; nella seconda accezione (enunciata dall'art. 588, c.c.) «quota» è *l'oggetto della vocazione* ereditaria: criterio che qualifica il lascito come disposizione a titolo universale, e attribuisce la qualità di (co)erede.

Attorno a questa rinnovata idea di quota diventa possibile (anche se non è questo il rilievo che essa assume nel discorso odierno) accreditare la figura di una «divisione senza comunione»: riferita a quei meccanismi di ripartizione patrimoniale operanti in favore di una pluralità di soggetti, non in quanto contitolari *pro quota* dei beni distribuiti, ma in quanto destinatari di una delazione universale (coeredi). Riuscendo così a giustificare razionalmente l'appartenenza al *genus* divisione di figure strutturalmente anomale, sia molto antiche (come la collazione), sia del tutto nuove (come il patto di famiglia)<sup>18</sup>.

Ai nostri fini, ciò che conta è che solo alla coeredità può riconnettersi la nota dell'universalità. Essa connota *il titolo* a succedere, e dunque la *delazione*; ma la *successione*, cioè *l'acquisto* che su quel titolo (una volta accettato) si fonda, avrà a oggetto non un patrimonio in quanto tale, ma tutte (e ciascuna del)le singole situazioni giuridiche soggettive, attive e passive, che quel patrimonio (secondo la sua indiscussa accezione tecnico-giuridica) compongono.

Non aver distinto i due piani, come vedremo, è l'equivoco su cui si fonda il ragionamento svolto dalle Sezioni unite: il cui incedere è reso fatale dalla suggestione esercitata da un concetto, quello di *universitas*,

<sup>18</sup> Si vedano, volendo, oltre alle premesse generali poste in *Comunione e apporcionamiento nella divisione ereditaria*, cit. *supra*, in nota 4, gli specifici rilievi svolti, in tema di collazione, nel saggio *Comunione e coeredità (sul presupposto della collazione)*, in *Diritto Privato*, 1998, *Del rapporto successorio: aspetti*, Padova, 1999, p. 279 ss., e sul patto di famiglia in *Patto di famiglia e funzione divisionale*, in *Riv. not.*, 2006, p. 270.

che erroneamente viene riferito all'*oggetto* dei diritti, anziché al *titolo* ereditario, che ne ha procurato l'acquisto.

3. Chiusa così la premessa, è possibile passare alla prima parte dell'analisi: quella dedicata ai poteri dispositivi del coerede, e in particolare all'atto con cui il partecipe a una comunione più ampia disponga della quota di comproprietà sul singolo bene in quella ricompreso.

Come annunciato in apertura, il discorso (e i suoi esiti) hanno riguardo specifico alla disciplina che della divisione *ereditaria* traccia il codice: nella quale, cioè, la divisione, è configurata come divisione *universale*.

Ciò attenua senz'altro l'allarme che le conclusioni cui giungeremo potrebbero suscitare nella prassi (in particolare notarile): divisione «universale» (o divisione di massa, come frequentemente si è soliti denominarla) è quella non solo comprensiva di tutte le situazioni giuridiche attive e passive cadute in successione, ma anche scandita dalla sequenza di operazioni divisionali disegnata dagli artt. 723 ss. c.c. È dunque ragionevole ipotizzare che si tratti di fattispecie sostanzialmente estranea alla prassi normale: in cui, viceversa, il consenso unanime dei condividenti è in grado di risolvere la quasi totalità dei problemi legati agli atti di disposizione della quota.

Ma è altrettanto necessario sottolineare che le cautele in questa sede suggerite, da un lato, conservano pieno valore nella prospettiva del procedimento giudiziale (specie se contenzioso), dall'altro, risultano indispensabili alla luce della presa di posizione delle Sez. un.

I termini del problema sono talmente noti che ci si può limitare ad enunciarli: muovendo dalla norma (l'art. 1103, c.c.) che in tema di comproprietà ordinaria enuncia il principio di libera alienazione della quota, ci si chiede se le caratteristiche della comunione ereditaria, come comunione *di patrimonio*, siano conciliabili con l'immediata efficacia traslativa dell'atto con cui il coerede trasferisca non la quota sul patrimonio stesso, ma quella sul singolo bene che di esso fa parte.

Altrettanto note sono le soluzioni proposte nel corso del tempo:

- da quella, del tutto prevalente, sia in dottrina<sup>19</sup> che in

<sup>19</sup> L. SALIS, *La comunione*, in *Tratt. dir. civ. it.* Vassalli, IV, II, Torino, 1939, p.

giurisprudenza<sup>20</sup>, che nega tale efficacia, ritenendo l'atto dispositivo sempre subordinato all'assegnazione del bene all'alienante in sede di divisione;

- a quella, minoritaria<sup>21</sup>, che ammette viceversa il trasferimento immediato della quota all'acquirente.

In tempi più recenti la dottrina notarile (in uno studio dedicato alla fattispecie della donazione della quota indivisa<sup>22</sup>, ma in cui ovviamente il problema di fondo torna ad essere affrontato) ha riproposto la soluzione più liberale, per altro con accenti che meritano qualche rilievo. Vi si ritrova, in particolare, un passaggio già proposto da dottrina più risalente<sup>23</sup>, che sembra mettere in forse la coerenza della costruzione.

Si legge, in tale passaggio (sia nella sua versione più antica, sia in quella recente) che l'atto di disposizione della quota sul singolo bene dovrebbe avere effetto traslativo immediato, così da rendere l'acquirente «comproprietario» del bene stesso<sup>24</sup>; al tempo stesso però si nega che detto bene diventi oggetto di una nuova e distinta comunione, argomentando dal fatto che la disciplina tipica della

divisione ereditaria impone (salvo il consenso unanime di tutti i coeredi) di procedere a un'unica divisione avente oggetto l'intero asse.

Se ne deduce che l'acquirente *non potrà essere parte* nella divisione (contrattuale o giudiziale), ma solo chiamato a intervenire *ex art. 1113*; e si conclude affermando che, se il bene di cui il coerede aveva disposto *pro quota* gli venga assegnato, la comproprietà dell'acquirente «risulterà definitivamente consolidata»<sup>25</sup>, in caso contrario essa verrà «eliminata».

Salvo, in tale ultimo caso, divergere nella ricostruzione delle ulteriori conseguenze: che nella tesi antica, vengono individuate nell'applicazione analogica del meccanismo di surrogazione reale previsto per il creditore ipotecario dall'art. 2825<sup>26</sup>, mentre, nell'opinione recente, vengono fatte consistere nel diritto dell'acquirente di agire contro l'alienante per ottenere il «controvalore in danaro»<sup>27</sup>.

4. All'iter argomentativo possono muoversi due ordini di rilievi: sia di ordine logico, sia di natura normativa.

Se è vero che l'acquirente della quota diventa (immediatamente) comproprietario del bene, è inevitabile che su tale bene si costituisca una comunione distinta da quella originaria; e altrettanto inevitabile è riconoscere la legittimazione del nuovo contitolare a promuoverne lo scioglimento.

Coerentemente, nel caso in cui il coerede disponesse a favore di altrettanti terzi della quota spettantegli su ciascun bene del compendio ereditario, dovrebbero ritenersi costituite tante nuove comunioni destinate a sciogliersi con altrettante divisioni. Poiché a tanto non si vuole arrivar e, si nega che l'acquirente (che pure si è qualificato «comproprietario») sia parte della divisione: e si trae argomento dall'art. 1113, che parlando degli «aventi causa da un partecipante» ne legittimano solo l'intervento.

Credo non sia difficile scorgere l'inversione logica che vizia il ragionamento.

103; A. CICU, *La natura dichiarativa della divisione nel nuovo codice civile*, in *Riv. trim.* 1947, pp. 2 e 6; F. SATTA, *Alienazione di bene indiviso o di quota di bene indiviso e reintro successorio*, in *Giur. it.*, 1949, I, 1, c. 27 s.; D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, XXIII, Milano, 1971, p. 378; M. FRAGALI, *La comunione*, cit., p. 486; P. FORCHIELLI e F. ANGELONI, *Divisione*, cit., p. 259; M. TAMPONI, *Invalidità e inefficacia della donazione*, in *Tratt. dir. succ. don.* Bonilini, VI, Milano, 2009, ???p. 1059; S. MARTUCCELLI, *Sulla vendita di eredità*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 833; nonché, se si è bene inteso, F. NAPPI, *Donazione di bene (parzialmente) altrui: la teoria delle S.U. è scollegata dalla pratica del giudizio*, in *www.ildirittodegli affari.it*, 1 giugno 2016.

<sup>20</sup> Cfr., tra le più recenti, Cass., 23 aprile 2013, n. 9801, in *Vita not.*, 2013, p. 702; Cass., 15 febbraio 2007, n. 3385, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce *Divisione*, n. 11; nonché le decisioni richiamate infra, in nota 39.

<sup>21</sup> F. MAGLIULO, *Gli atti di disposizione sui beni indivisi*, in *Riv. not.*, 1995, I, p. 122; G. BRANCA, *Comunione*, cit., p. 135; A. FEDELE, *La comunione*, cit., p. 294; G. RECINTO, *Vendita di quota indivisa e di bene comune da parte del coerede*, in *Notariato*, 2010, pp. 431-436; nonché, da ultimo, U. LA PORTA, *o. c.*, p. 114 ss.

<sup>22</sup> F. MAGLIULO, *La donazione di quota indivisa, o. l. u. c.*

<sup>23</sup> A. BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., p. 38 s.

<sup>24</sup> F. MAGLIULO, *La donazione di quota indivisa, o. l. u. c.*; A. BURDESE, *o. u. c.*, p. 42.

<sup>25</sup> Testualmente identici F. MAGLIULO, *o. u. c.*, p. 18, e A. BURDESE, *o. u. c.*, p. 42

<sup>26</sup> A. BURDESE, *o. c.*, p. 44.

<sup>27</sup> F. MAGLIULO, *La donazione di quota indivisa*, cit., p. 21.

Anziché muovere *dalla norma*, la quale nega all'avente causa la qualità di parte nella divisione, per dedurne coerentemente il difetto (in capo allo stesso avente causa) di una contitolarità attuale, si parte *dalla petizione di principio*, secondo cui l'acquirente diviene immediatamente «comproprietario» del bene, ma poi, di fronte alla previsione normativa incompatibile, si costruisce una comproprietà [...] che non dà diritto alla divisione.

Non a caso, nella versione più antica (che pure ammette l'applicabilità dell'art. 1113 c.c. all'acquirente della quota sul bene), la posizione di quest'ultimo viene equiparata a quella del titolare di un diritto reale di godimento (il che la dice lunga sul reale significato dell'affermata comproprietà)<sup>28</sup>

Ma il passaggio in cui il conflitto logico assume evidenza letterale è quello in cui si afferma che solo nel caso in cui il bene venga assegnato al coerede alienante la quota, la (presunta) comproprietà dell'acquirente risulterebbe “definitivamente consolidata”<sup>29</sup>. Ora è difficile intendere a cosa corrisponda una proprietà non definitivamente consolidata: per chi abbia dedicato tempo allo studio della condizione negoziale, essa evoca immediatamente la posizione dell'acquirente *sub condicione* (salvo chiedersi se l'immagine del “consolidamento definitivo” non si adatti maggiormente alla variante risolutiva del congegno).

Ma se è così, si finisce per far rientrare dalla finestra proprio quell'idea di una subordinazione dell'efficacia del trasferimento all'esito divisionale, che si voleva cacciare dalla porta.

5. Anche a trascurare le censure di ordine logico (che per altro appaiono di per sé difficilmente superabili), per trasferire l'analisi a un piano più strettamente giuridico-positivo, alla tesi in esame possono muoversi, quanto meno, un rilievo di metodo e due obiezioni nel merito.

Il difetto di *metodo* (che si ritrova nella quasi totalità degli interventi dedicati al tema) consiste nell'impostare la questione ermeneutica in termini di applicabilità dell'art. 1103 c.c., alla comunione ereditaria.

Ora, è noto che la topografia codicistica in materia di divisione si articola su due complessi di norme: il primo [collocato al titolo IV del Libro secondo e comprendente cinquantasei articoli (713-768)] dedicato alla divisione ereditaria (ma avente la funzione di vera e propria disciplina generale del fenomeno divisorio); il secondo [ristretto a soli cinque articoli del Libro terzo (1111-1115)] in tema di scioglimento della comunione ordinaria.

Esplicita disposizione di raccordo è l'art. 1116, che dichiara applicabili alla divisione delle cose comuni le norme sulla divisione ereditaria, salvo quelle che siano «in contrasto» con il sistema degli artt. 1100 ss.

Vero è che in via interpretativa, si individuano talune disposizioni dettate in tema di *divisione* ordinaria estensibili a quella ereditaria: ma in nessun luogo dell'ordinamento si rinviene un espresso rinvio alla disciplina della *comunione* di diritti di fonte non successoria. Il che è indice ulteriore di quanto già illustrato in parte generale circa il rilievo decisivo (vorrei quasi dire preminente) che, nel rapporto tra successori universali assume la coeredità, rispetto alla contitolarità che normalmente ne consegue.

Un corretto approccio ermeneutico dovrebbe dunque chiedersi, non tanto se l'art. 1103 c.c., confligge con la disciplina della *comunione* tra coeredi (che pure già fornisce chiari indici contrari: basti pensare, per tutti, al meccanismo della prelazione), ma semmai *se* le ricadute che il principio di libera alienabilità avrebbe in sede di riparto, siano compatibili con la disciplina positiva della *divisione* ereditaria.

Proprio su questo piano, come dicevo, si ritrovano due ordini di ragioni che inducono a dubitare *nel merito* della ricostruzione prospettata.

a) La prima critica si fonda su norme specifiche della divisione ereditaria, il cui tenore esclude *a priori* la lettura estensiva dell'art. 1103 c.c.: da tali norme può dedursi il principio (cui già s'è fatto cenno), in forza del quale la divisione ereditaria deve intendersi come *divisione di massa*.

Il dato, assolutamente inequivoco, da cui si deve muovere, è quello fornito dagli artt. 726 e 727, c.c.: il primo, espressivo dell'esigenza che tutte le operazioni divisionali siano effettuate con riguardo all'*intera*

<sup>28</sup> A. BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., p. 39 ss.

<sup>29</sup> V. *supra* la nota 25 (corsivo aggiunto).

massa ereditaria; il secondo, che impone di formare le porzioni con *tutti i beni* che ne fanno parte<sup>30</sup>.

In linguaggio classico: il principio di *universalità oggettiva* della divisione ereditaria, derogabile (per indiscussa opinione di dottrina e giurisprudenza) solo dal consenso unanime dei condividenti<sup>31</sup>.

Si è detto che nella prospettiva (che è poi quella tipicamente notarile) della divisione amichevole, il rapporto tra regola ed eccezione rischia di risultare falsato: *ratio* specifica dell'universalità, sia oggettiva che soggettiva della divisione, è garantire che nel procedimento giudiziale trovi definizione vincolante, nei confronti di tutti i partecipi, ogni rapporto o questione venutasi a creare tra essi. Ma prudenza vuole che l'eventualità dell'esito contenzioso venga tenuta in conto – e/o rappresentata alle parti – dal notaio chiamato a ricevere l'atto dispositivo della quota.

Consentire al coerede di alienare *pro quota* con effetto *immediato* la proprietà del singolo bene ereditario si traduce necessariamente (per conservare un minimo di coerenza alla costruzione) nell'estromissione del bene stesso dalla comunione ereditaria: perché tale non può essere quella tra l'acquirente e gli altri coeredi. Anzi, come esattamente rileva un'ampia indagine recente, per questa via è persino possibile «svuotare il patrimonio ereditario» (si pensi a tanti atti di disposizione compiuti sulle quote di ciascun bene da tutti i coeredi) «a tutto danno e senza garanzia per i creditori del medesimo»<sup>32</sup>.

b) Il secondo ordine di critiche nel merito ha ugualmente base normativa (fondandosi, come il primo, su specifici aspetti della disciplina della divisione ereditaria), ma più che i principi che la ispirano considera le difficoltà applicative, cui tale disciplina andrebbe incontro, accogliendo la tesi criticata.

Vorrei indicarne tre, esprimendoli in forma di altrettanti interrogativi.

*Primo interrogativo.* Se Tizio, coerede (con Caio e Sempronio) dei beni A B e C, che costituiscono l'intero asse ereditario, alieni a terzi

<sup>30</sup> L. BULLO, *Nomina et debita hereditaria ipso iure non dividuntur. Per una teoria della comunione ereditaria come comunione a mani riunite*, Padova, 2005, p. 151; A. BURDESE, *La divisione ereditaria*, cit., p. 40 ss.

<sup>31</sup> L. BULLO, *Nomina et debita hereditaria*, cit., p. 152 e citati *ivi* in nota 77.

<sup>32</sup> L. BULLO, *o.c.*, p. 153.

(con effetto traslativo immediato) non la propria quota ereditaria, ma singolarmente le quote spettantigli sui singoli beni, quale sarà la sorte del diritto di prelazione spettante ai coeredi?

*Secondo interrogativo.* Se il coerede Tizio, debitore del *de cuius* di una somma da imputare alla propria quota (come testualmente previsto dall'art. 724 capoverso c.c.), aliena a terzi (sempre ovviamente con effetto immediato) le singole quote di sua comproprietà, su quale parte dell'asse potranno essere effettuati dai coeredi i prelevamenti di cui all'art. 725 c.c.?

*Terzo interrogativo.* Come si risolve il conflitto tra il trasferimento immediato della comproprietà sul bene, e il diritto spettante ad altro coerede di ottenerne l'assegnazione preferenziale in sede di divisione?

Due casi emblematici:

1. Nel caso di un immobile indivisibile (di cui il coerede Tizio sia contitolare per quattro decimi e i coeredi Caio e Sempronio, ciascuno per tre decimi), l'alienazione a un terzo delle quote di Caio e Sempronio farebbe passare in minoranza Tizio, che (per giurisprudenza costante) avrebbe comunque avuto titolo preferenziale a vedersi assegnato l'intero, con addebito dell'eccedenza (*ex art. 720, c.c.*), anche di fronte alla richiesta di assegnazione congiunta dei due titolari delle quote individualmente inferiori<sup>33</sup> [cito, per tutte, in quanto ultima di una lunga serie, Cass. 8827 del 2008].

2. Si immagini il caso in cui, istituiti eredi Tizio, Caio e Sempronio, ciascuno per un terzo, l'asse sia composto dai beni A, B e C, e il testatore abbia dettato una norma per la divisione (*ex art. 733, c.c.*), attribuendo a Tizio il diritto all'assegnazione di A: qualora Caio e Sempronio cedano le proprie quote sul bene A a Mevio, quale sarà il presumibile esito del giudizio divisorio, nel quale Tizio faccia valere, nei confronti di Mevio, pur contitolare della quota maggiore, la norma dettata dal *de cuius* in suo favore?

Come si vede, anche sul fronte applicativo la disciplina specifica della divisione ereditaria appare, in taluni suoi profili, del tutto incompatibile con la norma enunciata dall'art. 1103, c.c.: ritenerla applicabile conduce, nelle tre serie di casi prospettati, rispettivamente ad eludere la prelazione, a rendere inoperante l'imputazione (per

<sup>33</sup> Si veda, per tutte, Cass. 8827 del 2008.



impossibilità dei relativi prelevamenti) e a creare un conflitto con eventuali diritti ad assegnazioni preferenziali.

Se dunque ci si interroga su quale sia l'ostacolo che impedisce di considerare immediatamente traslativa la cessione della quota sul singolo bene ereditario, esso può individuarsi, non tanto nella struttura della *comunione*<sup>34</sup>, quanto piuttosto nella disciplina della *divisione ereditaria*, come *divisione universale*, e nel corrispondente diritto spettante in tal senso a ciascuno dei coeredi. E questo profilo, della necessaria universalità del *riparto*, altro non è che il riflesso, sul piano attuativo dei diritti dei partecipi, del carattere universale del *titolo* in forza dei quali ciascuno e tutti concorrono alla successione (e alla distribuzione) nel compendio ereditario: in una parola, un riflesso della coeredità<sup>35</sup>.

6. La prima parte dell'analisi ci consegna dunque una conclusione, utile a orientarne il prosieguo.

La difficoltà ad ammettere un potere dispositivo (con effetto) immediato del contitolare discende esclusivamente dalle peculiarità

<sup>34</sup> Come propone L. BULLO, *Nomina et debita hereditaria*, cit., *passim*, secondo la quale la comunione ereditaria si costruisce sul modello della comunione a mani riunite di diritto tedesco. Ha quindi ragione U. LA PORTA, *o. c.*, p. 112 ssi., (come diremo meglio *infra*, al n. 8, *sub b.2*) laddove afferma, riprendendo la lezione di Auricchio, che "al proprietario di una pluralità di beni in forza di un'unico titolo" deve riconoscersi "un numero di situazioni giuridiche soggettive esattamente corrispondente al numero dei beni"; da ciò, egli deduce l'effetto traslativo immediato dell'alienazione avente a oggetto la quota del singolo bene comune, che in questa sede viceversa si è negato, argomentando, tuttavia (come appena sottolineato nel testo), non dalla struttura e/o dall'oggetto del diritto del coerede, ma dalla peculiare disciplina della divisione ereditaria.

<sup>35</sup> Quali sono le opzioni interpretative che consentirebbero di superare l'ostacolo così evidenziato? A ben vedere, esse sono solo due: o si ammette che l'alienazione della quota del singolo bene abbia effetto immediato, ma le si estende l'applicabilità dell'art. 732, c.c. [ed è un sentiero percorso di recente da una dottrina notarile: M. TRIMARCHI, *Prelazione e retratto successorio: profili applicativi*, in *Notariato*, 1998, p. 335; R. TRIOLA, *Alienazione di parte di quota e retratto successorio*, in *Riv. not.*, 1974, p. 695; V. DURANTE, *Prelazione e riscatto. III) Retrato successorio*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1990, p. 5 s.; F. MAGLIULO, *Gli atti di disposizione*, cit., p. 136 s.]; oppure non resta che negare immediata e definitiva efficacia traslativa all'atto dispositivo, coerentemente con l'opinione largamente maggioritaria in dottrina e giurisprudenza (v. *supra*, alle note 19 e 20).

della *divisione ereditaria*: dal suo essere divisione soggettivamente e oggettivamente universale, e dal suo non tollerare che l'atto di disposizione di uno dei coeredi possa mutare la natura ereditaria della divisione stessa. Il che sarebbe inevitabile, ammettendo l'efficacia reale immediata dell'alienazione della c.d. «quotina» e il conseguente ingresso del non coerede acquirente nella comunione sul bene.

Ciò tuttavia, nulla ha a che vedere con la *titolarità attuale* della quota di comproprietà del bene stesso: che è, senza dubbio alcuno (come dimostreremo nella parte conclusiva), diritto *proprio* del coerede.

In altri termini, l'efficacia differita non dipende da un difetto di legittimazione attuale del disponente, ma dalla circostanza che gli effetti dell'atto di disposizione non possono pregiudicare le modalità della futura divisione. Di qui la necessaria sospensione dell'esito attributivo, che cede e resta subordinato alla divisione futura.

Se volessimo sintetizzare, con ciò rendendo palese il percorso critico ancora da compiere, potremmo dire che la c.d. «quotina» *non è mai bene "altrui"*: ma che l'interesse superiore dei coeredi, all'universalità del riparto, e al mantenimento della qualità ereditaria della comunione, come nell'alienazione dell'intera quota di coeredità è presidiato da prelazione e retratto, così nel caso di disposizione della quota sul singolo cespite, è tutelato dalla sospensione dell'efficacia traslativa.

Sospensione (si noti: non inefficacia *tout court*) che non sarebbe, per altro, neppure concepibile, se il diritto alienato non facesse parte del patrimonio del disponente.

7. Muovendo da tali assunti, la critica alla decisione delle Sezioni unite non richiede eccessivo sforzo.

La Corte muove dalla considerazione dell'orientamento preesistente, favorevole alla tesi della nullità della donazione di beni altrui, ma costruito (com'è noto) per estensione della norma *ex art. 771, c.c.*, dettata con riguardo al bene futuro, e tuttavia assunta come espressiva di un principio: la necessaria titolarità del diritto donato al momento dell'atto<sup>36</sup>.

<sup>36</sup> Nella dottrina tradizionale, fanno leva sull'estensione analogica dell'art. 771, L. CARIOTA-FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, Padova, 1936, p. 378 s.; D. RUBINO,



Il precedente, citato dalle Sezioni unite come significativo, è Cass., 5 maggio 2009, n. 10356<sup>37</sup>: la quale, dopo aver enunciato il principio e averne dedotto la nullità della donazione di bene altrui, vanifica la coerenza della costruzione ritenendo l'atto idoneo a fornire titolo all'usucapione abbreviato. Perché tale, afferma la decisione citata, è qualsiasi atto di alienazione che, tenuto conto di sostanza e forma, avrebbe prodotto l'acquisto del diritto «se l'alienante ne fosse stato titolare». Senza avvedersi che, quella così descritta, altro non è che l'ipotesi di difetto di legittimazione: e che a tale circostanza non può, di regola, attribuirsi rilievo di causa di nullità.

Se poi, come rammenta anche un recente intervento, si ritenga di aderire all'indirizzo giurisprudenziale che considera astrattamente idoneo anche il titolo invalido, «quando la ragione dell'invalidità dell'atto sia la mancanza di potere dispositivo da parte dell'alienante», diviene evidente la circolarità del ragionamento: andrebbe prima dimostrato che il difetto di legittimazione è (contrariamente ai principi) causa di invalidità, per poi sostenere l'idoneità di un atto nullo a costituire titolo per l'usucapione abbreviato<sup>38</sup>.

---

*La fattispecie e gli effetti preliminari*, Milano, 1939, p. 436; A. TORRENTE, *La donazione*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1956, pp. 441, 505, 510; V. SCALISI, *Inefficacia*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 358; N. VISALLI, *Sull'asserita inefficacia della donazione di beni altrui, con spunti in tema di "titolo idoneo" ai fini dell'usucapione abbreviato e di donazione obbligatoria*, in *Riv. not.*, 2002, p. 409. Accenti in parte diversi in L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, Milano, 1975, p. 27 s., il quale rinviene una nullità che ha il "medesimo fondamento" di quella di cui all'art. 771 (p. 28). Contrari, viceversa, all'equiparazione dei beni altrui con i beni futuri: P. PERLINGIERI, *I negozi sui beni futuri*, I, *La compravendita di cosa futura*, Napoli, 1962, p. 17; F. CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, XXI, 2, Milano, 1987, p. 238.

<sup>37</sup> La si legge in *Giust. civ.*, 2009, p. 2116; in *Guida dir.*, 2009, 25, p. 49; in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 2162; in *Mass. Giust. civ.*, 2009, 5, p. 723; in *Giust. civ.*, 2010, I, p. 2609 (s.m.), con nota di P. FURGIUELE, *La donazione di cosa altrui. Note in tema di atto dispositivo e titolo astrattamente idoneo*; in *Foro it.*, 2010, I, 1, c. 160 (s.m.), con nota di P. PARDOLESI, *Donazione di cosa altrui come titolo idoneo all'usucapione abbreviato?*; in *Riv. not.*, 2010, p. 124 (s.m.), con nota di M.C. GROSSMANN, *La nullità della donazione dispositiva di cosa altrui*; in *Riv. trim.*, 2010, p. 277 ss., con nota di E. FERRANTE, *La Cassazione sulla donazione di cosa altrui: un revirement atteso*.

<sup>38</sup> Il richiamo è a F. NAPPI, *Donazione di bene (parzialmente) altrui*, cit., p. 6, che cita in proposito Cass. n. 10356/2009, appena ricordata.

Detto ciò, e ricordato il contrario orientamento, che (coerentemente alle categorie ricevute) qualifica invece la donazione di beni altrui come atto non nullo ma inefficace, e in quanto tale idoneo a costituire titolo per l'usucapione abbreviato<sup>39</sup>, la sentenza introduce un ragionamento totalmente nuovo.

Dalla altruità del bene (anche se solo parziale) è fatta discendere la nullità della donazione *per mancanza di causa*. L'appartenenza del bene al donante sarebbe «elemento essenziale del contratto di donazione, in mancanza del quale la causa tipica non può realizzarsi».

Segue poi un'elencazione dei cc.dd. elementi costitutivi della donazione che sarebbero dati da: a) l'arricchimento del terzo con correlativo depauperamento del donante; b) lo spirito di liberalità, ravvisato nella consapevolezza del donante di attribuire al donatario un vantaggio patrimoniale in assenza di qualsivoglia costrizione, giuridica o morale.

Anche qui si registrano aporie e contraddizioni: dello «spirito di liberalità» si fornisce un *concetto puramente negativo*, che lo identifica con la «mancanza di costrizioni»<sup>40</sup>; recuperando così, surrettiziamente, l'estremo della «spontaneità» richiesto dall'art. 1050 del codice civile abrogato, ma scomparso dalla norma attuale, e che, proprio perché con l'essenza stessa dell'autonomia contrattuale (rispetto alla quale il vincolo a disporre non può che costituire eccezione), non può giudicarsi significativo ai fini dell'individuazione di un singolo tipo.

---

<sup>39</sup> Argomentando, quasi costantemente, dal carattere eccezionale dell'art. 771, c.c., in quanto norma che introduce una deroga al principio generale di validità dei contratti con oggetto futuro, di cui all'art. 1348 c.c.: così, *ex multis*, Cass. n. 1596/2001, in *Giur. it.*, 2001, I, 1, p. 1596 ss.; in *Riv. not.*, 2001, p. 862 ss., con nota di F. GAZZONI, *Donazione di cosa altrui e usucapione abbreviato*; in *Corr. giur.*, 2001, p. 756, con nota di G. MARICONDA, *Donazione di cosa altrui ed usucapione abbreviato di immobili*; App. Napoli, 26 giugno 2008. Ancora, M. D'AURIA, *Donazione di beni altrui ed idoneità del titolo (spunti per uno studio sul principio consensualistico)*, in *Contr. impr.*, 2009, p. 1217 s.

<sup>40</sup> Tra i molti si confrontino: A.C. JEMOLO, *Lo "spirito di liberalità" (riflessioni su una nozione istituzionale)*, in *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, Torino, 1960, II, p. 977 ss.; V.R. CASULLI, *Donazione (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 968; L. GARDANI CONTURSI-LISI, *Delle donazioni*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1976, p. 25; A. PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Torino, 2000, p. 120 ss.

Completamente ignorata risulta l'evoluzione dottrinale, decisiva e documentata con continuità e senza esitazioni nell'ultimo quarantennio, che ha condotto a interpretare lo spirito di liberalità (cui, effettivamente, si riconosce virtù individuativa della causa della donazione) come «interesse non patrimoniale» del donante<sup>41</sup>.

Giunti al passo decisivo, quello relativo alla appartenenza del bene al patrimonio del donante, se ne afferma il carattere “consustanziale” al concetto stesso di donazione. E, conclusivamente, si ribadisce che «la altruità del bene incide sulla possibilità stessa di ricondurre il trasferimento di un bene non appartenente al donante nello schema della donazione dispositiva e quindi sulla possibilità di realizzare la causa del contratto (incremento del patrimonio altrui, con depauperamento del proprio)».

Sulla base di queste premesse, si passa all'applicazione al caso concreto: ricordiamolo, si trattava di una donazione effettuata da uno dei coeredi e avente a oggetto la quota di comproprietà, a tale coerede spettante, su uno dei beni compresi nel compendio ereditario (la c.d. «quotina»).

Muovendo dalla (affermata) nullità della donazione di cosa altrui, la Corte specifica che alle «medesime conclusioni deve pervenirsi per il caso in cui, come nella specie, oggetto della donazione sia un bene solo in parte altrui, perché appartenente *pro indiviso* a più comproprietari per quote differenti e donato per la sua quota da uno dei coeredi. Non è, infatti, dato comprendere quale effettiva differenza corra tra i “beni altrui” e quelli “eventualmente altrui”».

8. Va detto, non senza imbarazzo, che a dispetto dello sforzo interpretativo impiegato, risulta estremamente arduo comprendere il

<sup>41</sup> Si tratta della felice intuizione di A. CHECCHINI, *L'interesse a donare*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, p. 262 ss., poi ripresa da C. MANZINI, “*Spirito di liberalità*” e controllo sull'esistenza della “*causa donandi*”, in *Contr. impr.*, 1985, p. 419 ss., e in seguito sviluppata ulteriormente dal suo autore in A. CHECCHINI, *Regolamento contrattuale e interessi delle parti (intorno alla nozione di causa)*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 229 ss.; nello stesso senso, tra i più recenti, A. GIANOLA, *Atto gratuito, atto liberale – ai limiti della donazione*, Milano, 2002, p. 149; L. PELLEGRINI, *La donazione costitutiva di obbligazione*, Milano, 2004; A. CATAUDELLA, *Successioni e donazioni. La donazione*, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, V, Torino 2005, p. 19 s.

ragionamento così costruito.

Si diceva, in esordio che la decisione: *a)* per un verso, impiega in modo del tutto eterodosso le categorie ordinanti; *b)* per altro verso, costruisce in modo erroneo la fattispecie.

*a.* Sul piano delle categorie, la prima difficoltà riguarda, ovviamente, il richiamo al profilo causale, che risulta incomprensibile per almeno due motivi.

*a.1.* In primo luogo, perché non se ne dà una definizione univoca: dapprima la si individua nella «appartenenza del bene al donante», poi la si avvicina allo spirito di liberalità (inteso come spontaneità), infine la si definisce come incremento del patrimonio altrui con depauperamento del proprio (e dunque, come arricchimento).

Si tratta, a ben vedere, di una sorta di antologia, che raccoglie concezioni della causa donativa, pur proposte in dottrina, ma ormai da tempo superate.

Da quella che si richiama alla spontaneità, di cui s'è appena detto, a quella che identifica la *causa donandi* nell’“*intento di arricchire*”, o di «effettuare un'attribuzione senza corrispettivo»<sup>42</sup>, quasi una proiezione soggettiva dell'arricchimento cui si riferisce l'art. 769 c.c.: dato inappagante, quest'ultimo, in quanto, da un lato, inidoneo a distinguere contratti liberali e contratti gratuiti, dall'altro, confliggente con la disciplina della donazione modale, la quale comunica l'irrelevanza dell'arricchimento del donatario come indice distintivo del fenomeno donativo.

Né le cose migliorano, a voler interpretare il riferimento della Corte al «depauperamento-arricchimento», come evocativo dell'altra variante ricostruttiva del concetto di liberalità: quella che concepisce la liberalità come *effetto*, o come risultato gius-economico degli atti a essa riconducibili. In tale prospettiva, la categoria della liberalità, intesa “in senso tecnico”, altro non indicherebbe se non l'effetto finale di una serie di atti che possono ad essa ricondursi, in quanto idonei a realizzare

<sup>42</sup> Si vedano, in epoche diverse, F. MAROI, *Delle donazioni*, in *Comm. c.c.* d'Amelio, Firenze, 1941, p. 719; A. D'ANGELO, *La donazione remuneratoria*, Milano, 1942, p. 16 ss.; G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, p. 76 ss.; F.M. D'ETTORE, *Intento di liberalità e attribuzione patrimoniale*, Padova, 1996, p. 23 ss.; G. VECCHIO, *Le liberalità atipiche*, Torino, 2000, p. 11.

un oggettivo incremento del patrimonio del beneficiario<sup>43</sup>. Prospettiva che, per altro, è stata anch'essa oggetto di revisione critica definitiva: dimostrandosi l'arricchimento, da un lato non essenziale a individuare il fenomeno (come a chiare lettere enuncia il capoverso dell'art. 793 c.c., in cui si prevede che, nella donazione modale, il valore della cosa donata possa essere interamente assorbito dall'adempimento dell'onere), dall'altro insufficiente a connotare la categoria, come dimostrano la stessa norma definitoria (secondo la quale "donazione" non è il contratto che arricchisce *tout court*, ma quello che arricchisce "per spirito di liberalità") e soprattutto il confronto con il sistema, atteso che il profilo dell'arricchimento, in sé considerato, perde qualsiasi capacità distintiva del tipo "liberalità" rispetto alla categoria dell'atto gratuito non liberale<sup>44</sup>.

a.2. In secondo luogo, quale che sia (tra queste) la definizione prescelta, è incomprensibile perché essa venga riferita a un profilo che con la causa negoziale nulla ha a che fare: l'appartenenza del bene (cioè la titolarità del diritto di cui si dispone), che non può incidere su altro che sulla legittimazione. Il cui difetto (si perdonerà questo indugio su nozioni poco più che istituzionali), nessuna incidenza esercita sul profilo della validità dell'atto, ma semmai ed esclusivamente sulla idoneità dello stesso a produrre il trasferimento immediato: e dunque, sulla sua efficacia.

La decisione richiama, è vero, l'autorevolissima presa di posizione in ordine alla nullità della donazione di cosa altrui<sup>45</sup>: ma non si avvede che, per poter fondare su di essa il proprio ragionamento, sarebbe stato necessario accoglierne integralmente l'apparato argomentativo, che risulta fondato sulla specifica previsione dell'art. 771 c.c.

Respinta, come fa la sentenza delle Sezioni unite, l'estensione interpretativa di tale norma, cade l'unico possibile fondamento di una nullità derivante dall'alienità del bene donato: e il riferimento al profilo causale non trova giustificazione alcuna.

Il valore pregnante, attribuito dalla Corte al riferimento testuale, operato dall'art. 769, c.c., alla disposizione, da parte del donante, di un diritto "suo", rivela in realtà ben poco rilievo argomentativo, se appena si pone mente al fatto che anche il testamento è definito dal codice come atto con cui si dispone delle "proprie" sostanze: e, ciò non ostante, tra le disposizioni testamentarie tipizzate dal legislatore rientra il legato di cosa altrui.

L'argomento<sup>46</sup> smentisce l'incompatibilità, sul piano del sistema, tra non appartenenza attuale del diritto e attribuzione liberale dello stesso: con ciò superando, altresì, la possibile obiezione fondata sulla previsione espressa della sola alienazione onerosa della cosa altrui, contenuta nella disciplina della vendita.

A tutto concedere, la *suitas*, costruita dalla decisione come "consustanziale" alla donazione, potrebbe semmai incidere sui requisiti (non della causa, ma) dell'oggetto del contratto<sup>47</sup>; e, infatti, in una delle tante oscillazioni qualificatorie che la motivazione esibisce, si afferma che la «consustanzialità di tale appartenenza alla donazione è delineata in modo chiaro ed efficace dalla citata disposizione attraverso il riferimento all'oggetto della disposizione, individuato in un diritto del donante ("un suo diritto")»<sup>48</sup>.

b. Il passaggio appena richiamato conduce la nostra analisi critica alla sua parte conclusiva e, se vogliamo, decisiva. Perché, anche a trascurare l'improprietà del richiamo alla causa, ciò che la decisione travisa è la stessa ricostruzione della fattispecie, che ne costituisce oggetto: l'idea cioè che la quota del singolo bene ricompreso nel patrimonio ereditario non sia un diritto appartenente al coerede.

Si tratta di un fraintendimento che si consuma su almeno tre diversi piani.

b.1. Il primo di essi attiene al *fatto concreto* (cioè al reale contenuto dell'atto di donazione): nella ricostruzione, che di esso fornisce la Corte, torna costante la sovrapposizione, tra atto dispositivo della (propria) quota di comproprietà e alienazione del(l'intero) bene

<sup>43</sup> Così U. CARNEVALI, *Liberalità (atti di)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, p. 215.

<sup>44</sup> Per lo stesso rilievo, di recente, A. CATAUDELLA, *Successioni*, cit., p. 13.

<sup>45</sup> Il riferimento è a L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, cit., p. 27 ss.

<sup>46</sup> Lucidamente prospettato da A. CARRABBA, *Donazioni*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2009, p. 388 s.

<sup>47</sup> In termini analoghi, C. DE LORENZO, *Le sezioni unite e la donazione di beni altrui: quando Davide ci riprova con Golia*, in *Foro it.*, 2016, c. 2087 s.

<sup>48</sup> Così, Cass., Sez. un., 15 marzo 2016, n. 5068.

comune.

Esemplare il passo in cui si afferma che, nel caso di specie, oggetto della donazione sarebbe «un bene solo in parte altrui, perché appartenente *pro indiviso* a più comproprietari e donato *per la sua quota* da uno dei coeredi»; e che viene sviluppato, di lì a poco, precisando che, nel caso concreto, il coerede disporrebbe «del bene nei limiti della quota». Espressione, quest'ultima, priva di senso, o quanto meno ridondante, in quanto disporre di un bene nei limiti della quota altro non significa che disporre *della quota*; e viziata da un equivoco (terminologico, ma di conseguenza) concettuale diffusissimo, che induce a ritenere che oggetto dell'atto dispositivo sia la cosa, anziché le situazioni giuridiche soggettive di cui essa è oggetto. Laddove, lo stesso insegnamento istituzionale rivela che la circolazione dei beni altro non è che circolazione dei diritti<sup>49</sup>.

Ma anche a tralasciare quelle che potrebbero giudicarsi sottigliezze da teorico, l'incertezza nella ricostruzione del fatto resta tutta. Ciò che viene alienato *non è il bene comune*, ma esclusivamente la *quota di contitolarità* su di esso: e quindi (a dispetto di quanto affermato dalla Corte, e su cui subito torneremo) un diritto la cui appartenenza al patrimonio del coerede può essere negata solo a patto di identificare un diverso soggetto che, prima della divisione, possa dirsene titolare.

La distinzione, che le Sezioni unite ignorano, era stata colta, viceversa, da una decisione di merito ormai risalente, e molto citata dalla letteratura successiva, nella quale si ritrova utilizzato un concetto (che sembra tornare anche nella pronuncia qui in esame): quello di bene «eventualmente altrui»<sup>50</sup>. Concetto su cui si potrebbe indugiare, in termini critici, ma che in quella decisione veniva (correttamente) riferito all'ipotesi del coerede che dispone dell'intero bene indiviso: distinguendo correttamente tale ipotesi, che si ritiene possibile

ricondere alla categoria della alienità dell'oggetto della disposizione, da quella che invece è oggetto della decisione recente.

b.2. Proprio su questo crinale si avvia l'argomentazione della sentenza, consumando così il secondo e decisivo fraintendimento: quello che riguarda la *natura della comunione ereditaria*, e di conseguenza la struttura della situazione giuridica soggettiva riconosciuta al coerede in rapporto al patrimonio ereditario.

La Corte giunge ad affermare che, in costanza dello stato di indivisione, nessuno dei coeredi può vantare (neppure *pro quota*) diritti attuali sui beni caduti in comunione.

Si tratta, anche qui, di un esito mediato da una figura concettuale antica, ma male impiegate. Quella nozione di *universitas iuris*, spesso utilizzata dai giudici per distinguere la struttura della comunione ereditaria (che sarebbe comunione “di patrimonio”), da quella ordinaria (che viceversa avrebbe a oggetto i singoli diritti). L'immagine, perché di altro non si tratta, acquista nella decisione delle Sezioni unite valenza estrema: non limitandosi, come nelle precedenti affermazioni giurisprudenziali, a interporre una sorta di medio logico-giuridico (l'*universitas*), tra titolarità della quota ereditaria e contitolarità dei beni facenti parte dell'asse, ma conducendo a dirittura a estromettere i diritti sui beni ereditari dal patrimonio dei coeredi: «non potendosi, prima della divisione, ritenere che il singolo bene faccia parte del patrimonio del coerede».

Torna anche qui, in primo luogo, l'ambiguità lessicale che porta a sovrapporre l'idea di quota con la titolarità dell'intero: nessuno, infatti potrebbe sostenere, che il “singolo bene” comune (anziché la sola sua quota di comproprietà) faccia parte del patrimonio del (singolo) coerede; ma affermare, come fanno le Sezioni unite, che neppure *pro quota* le situazioni giuridiche soggettive cadute in successione rientrino nei patrimoni di tutti (e ciascuno de)i coeredi, apre un problema insolubile e porta a conseguenze paradossali.

Sul primo fronte, l'affermazione costringe, infatti:

- a ritenere che il diritto dei coeredi, che abbiano accettato la delazione universale in proprio favore, non abbia a oggetto le medesime situazioni giuridiche soggettive già spettanti al *de cuius*, con ciò smentendo il concetto stesso di successione;

<sup>49</sup> Cfr., a mero titolo esemplificativo, S. PUGLIATTI, *Diritto civile. Metodo, Teoria, Pratica*, Milano, 1951, p. 4; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed., Napoli, rist. 2002, p. 55; V. ROPPO, *Diritto privato*, Torino, 2013, p. 90 s.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 17ª ed., Napoli, 2015, p. 197; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2015, p. 612 ss.; A. CHECCHINI e G. AMADIO, *Lezioni di diritto privato*, Padova, 2016, p. 511.

<sup>50</sup> Il riferimento è a Trib. Vallo Lucania, 13 aprile 1992, in *Dir. giur.*, 1992, p. 525, con nota di D. RUGGIERO, *Donazione di cosa altrui e di cosa eventualmente altrui*.

- e a identificare un diverso centro di imputazione di quelle situazioni giuridiche: che altri non potrebbe essere, se non la comunione stessa.

La sensazione è che proprio questo sia l'esito ultimo dell'argomentare della Corte: probabilmente inconsapevole, dato che di soggettivazione del patrimonio comune mai si parla, ma necessariamente mediato, come dicevamo, da una figura dogmatica del tutto recessiva come l'*universitas iuris*. Figura non bene impiegata in quanto, come riteniamo di aver dimostrato nella prima parte dell'indagine, se di carattere universale può parlarsi, nella vicenda ereditaria, esso attiene alla delazione, e dunque al titolo (il cui oggetto viene descritto dalla norma definitoria come «l'universalità o una quota dei beni» del *de cuius*), mai alla successione, cioè al subingresso nelle situazioni giuridiche di cui il medesimo *de cuius* era titolare, non estintesi con la morte<sup>51</sup>.

Gli indici normativi utilizzati, per avvalorare la costruzione, sono da un lato l'art. 757 c.c., che sancisce la retroattività della divisione (attraverso l'artificio di considerare il condividente «come se non avesse mai avuto la proprietà degli altri beni ereditari»), e dall'altro norme quali l'art. 765 e l'art. 1542 c.c. (in tema di rescissione e di vendita di eredità).

Qui non è neppure necessario svolgere analiticamente una replica: che passerebbe attraverso la svalutazione – da più parti acquisita – dell'art. 757, c.c. (volto unicamente a preservare il principio di continuità dei rapporti), la considerazione che l'art. 765 c.c. ovviamente non può che riguardare la vendita dell'intera quota ereditaria, e non quella sul singolo bene, «poiché l'alienazione di cespiti determinati esclude l'alea», e infine il rilievo che l'art. 1542 disciplina una singola modalità di disposizione dei diritti ereditari, che non esclude, ma anzi conferma espressamente e nello stesso contesto, l'eventualità che l'alienante possa «specificarne gli oggetti» (che, fino a prova contraria, altro non sono che i beni che secondo la Cassazione dovrebbero considerarsi estranei al suo patrimonio).

<sup>51</sup> Sull'oggetto del diritto, spettante al coerede sui singoli beni facenti parte della comunione, impostazione identica a quella accolta nel testo si legge in U. LA PORTA, *op. cit.*, specialm al n. 5, p. 111 ss.

A questa replica puntuale è dedicato un contributo di prossima pubblicazione<sup>52</sup>. Merita, piuttosto, segnalare qui la più estrema delle conseguenze paradossali della tesi della Corte: se fosse vero che della proprietà dei singoli beni ereditari nessuno dei coeredi è titolare sino alla divisione, dovrebbe dirsi nulla anche la donazione avente a oggetto uno di tali beni, compiuta congiuntamente da tutti i coeredi.

E torna allora la domanda: a chi appartiene, *manente comunione*, quel bene<sup>53</sup>?

b.3 - Il terzo e ultimo fraintendimento si consuma al momento della *riqualificazione degli effetti della donazione*: che vengono dalla Corte ricostruiti come obbligatori: qui l'equivoco è reso palese da una domanda: quale sarebbe la prestazione assunta dal donante?

La dottrina tradizionale, del tutto indiscussa, ricostruisce l'impegno del donante che disponga, con effetti solo obbligatori (e cioè nelle modalità consentitegli dall'art. 769), di un bene non facente parte del suo patrimonio, come obbligazione «a procurare il bene al medesimo soggetto che ne sarebbe stato destinatario (leggi: acquirente immediato), in caso di donazione “reale”»<sup>54</sup>.

Nel pensiero della Corte, l'obbligo del nostro donante la quotina sarebbe, dunque, quello di procurare l'acquisto del bene al donatario: ma da chi?

Nella vendita di cosa altrui vi è un attuale titolare, dal quale l'alienante si impegna, o ad acquistare il diritto, o a ottenerne il trasferimento all'acquirente. Ma nella comunione ereditaria, chi sarebbe il titolare del diritto oggetto della “promessa d'acquisto”? E come può costituire comportamento dovuto dal donante, quello di diventare titolare a mezzo della divisione, del diritto asseritamente altrui?

Assume qui clamorosa evidenza l'equivoco, legato al concetto di *universitas*: negata la titolarità in capo ai coeredi dei diritti facenti parte dell'asse, in nome di una astratta e irreale titolarità “mediata” dalla

<sup>52</sup> R. Mazzariol *Comunione ereditaria e proprietà dei beni indivisi*, consultato per la cortesia dell'Autore, e al quale si riferiscono le ultime citazioni.

<sup>53</sup> E, di conseguenza, chi ne sopporta il carico fiscale, chi risponde dell'eventuale danno da cose, e via discorrendo?

<sup>54</sup> L. GARDANI CONTURSI-LISI, *Delle donazioni*, cit., p. 112.



quota di *universitas*, un impegno a procurare l'acquisto da altri, ha senso solo a patto di immaginare una duplicità di soggetti: l'uno (il coerede) cui va a scritta esclusivamente la titolarità della quota ereditaria intesa nel suo complesso, l'altro (ma chi?) cui dovrebbe potersi imputare la titolarità di tutte le situazioni giuridiche soggettive singole che del patrimonio ereditario fanno parte.

Giungendo così, appunto, e una volta di più, alla soggettivazione della comunione stessa.

#### 9. Come concludere?

La presa di posizione delle Sezioni unite rappresenta, come si diceva in apertura, un problema grave: non solo e non tanto per il giurista teorico, ma soprattutto per il giurista pratico (e per il notaio in massimo grado): basti pensare alle migliaia di provenienze donative aventi a oggetto quote (spesso microscopiche) che, salvi gli effetti della pubblicità sanante, cadono sotto la falce della nullità.

La sensazione è che di tale devastante impatto sulla realtà pratica la Corte non si sia resa pienamente conto<sup>55</sup>.

Nell'ambito delle Commissioni di studio del Consiglio Nazionale del Notariato, si è giunti a prospettare la necessità di un intervento normativo, volto a sancire la validità degli atti di disposizione del coerede aventi a oggetto la quota sul singolo bene comune. Al civilista, che partecipa a quelle Commissioni, ma che tenta di difendere il proprio ruolo, resta lo sconforto suscitato da quest'ultima, paradossale prospettiva: che cioè, anziché essere la giurisprudenza a proporre interpretazioni evolutive o correttive della lettera della norma, finisca per essere costretto il legislatore a smentire, sul piano positivo, gli assunti del giudice.

GIUSEPPE AMADIO

<sup>55</sup> In senso analogo, da ultimo, F. NAPPI, *Donazione di bene (parzialmente) altrui*, cit.

L'INTERESSE ERARIALE ALLA CORRETTA RISCOSSIONE DELLE IMPOSTE: LA CONFORMITÀ CATASTALE E IL DEPOSITO DELLE IMPOSTE E DEL PREZZO PRESSO IL NOTAIO

di Alessandro Ciatti Càimi

(ordinario di Diritto civile nell'Università di Torino, Dipartimento di giurisprudenza)

LA CONFORMITÀ CATASTALE

*Introduzione.* – Secondo l'art. 29 della l. 27 febbraio 1985, n. 52, come novellato dal d.l. 78 del 2010, 1-bis, gli atti pubblici e le scritture private autenticate tra vivi aventi ad oggetto il trasferimento, la costituzione o lo scioglimento di comunione di diritti reali su fabbricati già esistenti, ad esclusione dei diritti reali di garanzia, devono contenere, per le unità immobiliari urbane, a pena di nullità, oltre all'identificazione catastale, il riferimento alle planimetrie depositate in catasto e la dichiarazione, resa in atti dagli intestatari, della conformità allo stato di fatto dei dati catastali e delle planimetrie, sulla base delle disposizioni vigenti in materia catastale. La predetta dichiarazione può essere sostituita da un'attestazione di conformità rilasciata da un tecnico abilitato alla presentazione degli atti di aggiornamento catastale. Prima della stipula dei predetti atti il notaio individua gli intestatari catastali e verifica la loro conformità con le risultanze dei registri immobiliari.

La previsione venne introdotta nella bufera della crisi economica, dalla quale stiamo uscendo con grande difficoltà, con il fine dichiarato di far emergere al momento della stipula dell'atto da parte del notaio le difformità eventualmente sussistenti tra le planimetrie depositate in catasto e lo stato di fatto del fabbricato, per quanto può incidere sui dati catastali e le planimetrie che lo rappresentano, in guisa da richiedere un aggiornamento (il testo – non chiarissimo – si riferisce alla «conformità allo stato di fatto dei dati catastali e delle planimetrie»). La dichiarazione può tuttavia essere



sostituita da una attestazione di conformità rilasciata da un tecnico abilitato alla presentazione degli atti di aggiornamento catastale.

L'intento alla quale la previsione si dirige è quello di assicurare che le imposte fondiarie sul fabbricato trasferito possano essere determinate correttamente dagli uffici finanziari sulla base della rendita effettiva di questi.

Vi è tuttavia da evidenziare che la previsione può contribuire, sia pure non direttamente, ad avviare la tanto auspicata convergenza dei sistemi pubblicitari, che si trovano a coesistere nella gran parte del nostro territorio (come accade del resto anche in alcune parti della Francia: v. l'Alsazia). Lo prova il fatto che vi si preveda che «prima della stipula dei predetti atti il notaio individua gli intestatari catastali e verifica la loro conformità con le risultanze dei registri immobiliari».

La mancata osservanza della previsione – nella parte in cui impone di inserire la dichiarazione di cui si è detto oppure l'attestazione di conformità – comporta la nullità testuale dell'atto (a quanto pare ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c.).

Va subito segnalata un'anomalia al proposito, giacché l'enunciato non si riferisce solamente ai contratti che recano un determinato contenuto ma pure alla forma che questi assumono – l'atto pubblico o la scrittura privata autenticata – poiché il legislatore deve aver pensato essenzialmente agli atti che costituivano titolo per la trascrizione ai sensi dell'art. 2657 c.c.

Taluno<sup>1</sup> aveva quindi provato a sostenere che l'invalidità potesse ritenersi di natura puramente documentale, così da salvare gli effetti sostanziali dell'atto al quale sarebbe stato impedito appunto solamente di essere pubblicati, ragionando in base all'art. 2701 c.c. che prevede la conversione (appunto formale) dell'atto pubblico in scrittura privata quando esso sia privo, tra l'altro, «delle formalità prescritte». L'impostazione presentava diversi problemi tuttavia. Anzitutto, l'art. 2701, quando non siano osservate le formalità richieste, riconosce non parità di effetti sostanziali tra l'atto pubblico e la scrittura privata quanto piuttosto parità di efficacia probatoria (quindi privandolo della fede privilegiata di cui all'art. 2700). Inoltre, come lo stesso autore correttamente riconosce, permarrebbe il problema per quanto concerne

la scrittura autenticata la quale, almeno testualmente, non si troverebbe convertita, se non a prezzo di uno sforzo ermeneutico dell'interprete.

A ogni buon conto, sembra militare in contrario con l'opinione testé rammentata il testuale riferimento alla nullità che evoca sin dall'intonazione letterale le altre ipotesi d'invalidità introdotte dalla stessa legge 52 del 1985 (ossia gli artt. 30 e 46 del Testo unico in materia edilizia (dpr 380 del 2001).

La giurisprudenza forense si è allora orientata in senso differente e ha quindi ripetutamente confermato le decisioni di condanna del notaio che aveva ricevuto gli atti in violazione del cit. art. 29 l. 52 del 1985, irrogate in base al divieto di ricevere atti espressamente proibiti dell'art. 28 l. 89 del 1913, trattandosi di « nullità inequivoca ed indiscutibile, in quanto testuale»<sup>2</sup>.

In un caso in cui il notaio sosteneva che la dichiarazione si potesse desumere *ab implicito* con interpretazione sistematica degli atti rogati, giacché, una volta identificato l'immobile, i dati censuari che ne derivavano (e che erano dettagliatamente riportati nel corpo degli stessi atti notarili) non si sarebbero potuti non ritenere «anch'essi riconducibili alla approvazione espressa della parte in calce alla planimetria (parte integrante dell'atto), proprio in quanto riferiti al medesimo immobile incontrovertibilmente identificato».

Secondo il giudice di legittimità<sup>3</sup>, si doveva escludere – come del resto aveva già stabilito la corte territoriale – che la dichiarazione di conformità dell'immobile ai dati catastali potesse essere surrogata dalla mera dichiarazione di conformità delle planimetrie corredanti gli atti.

In un'altra ipotesi – con impostazione rigorosa ma sostanzialmente condivisibile alla luce della disposizione e della sua finalità – si era affermato che il notaio dovesse rispondere ex art. 28, comma 1, l. n. 89 del 1913, per aver redatto un atto espressamente proibito dalla legge, in ipotesi di omissione della dichiarazione richiesta dall'art. 29, comma 1 bis, l. n. 52 del 1985 di conformità allo stato di fatto dei dati catastali relativi all'identificazione ed alla capacità reddituale del bene,

<sup>2</sup> Cass., 3 giugno 2016, n. 11507

<sup>3</sup> Cass., 11 ottobre 2016, n. 20465

<sup>1</sup> PETRELLI, *Conformità catastale e pubblicità immobiliare*, Milano, 2010, spec. p. 56 ss.

«senza che potesse rilevare la sola dichiarazione di conformità della planimetria dell'immobile, a sua volta recante i dati catastali identificativi»<sup>4</sup>.

Sin dalla prima decisione nota in materia si era del resto affermato che la dichiarazione riguardante la conformità allo stato di fatto non riguardava soltanto la planimetria dell'immobile, ma anche i dati catastali, che costituiscono gli elementi oggettivi di riscontro delle caratteristiche patrimoniali del bene, rilevanti ai fini fiscali<sup>5</sup>.

Nella specie, il notaio aveva affermato che gli atti non potevano dirsi privi della dichiarazione di conformità, perché contenevano la dichiarazione del venditore di conformità della planimetria allo stato attuale dell'immobile, di guisa che, contenendo la planimetria rilasciata dall'Agenzia del Territorio — da lui allegata agli atti — i dati catastali, la dichiarazione di conformità dei dati catastali doveva dirsi sussistente, almeno *per relationem*.

Simile impostazione sostanzialista era stata del resto caldeggiata dal Consiglio Nazionale del Notariato ha caldeggiato<sup>6</sup> in occasione della risposta dell'Agenzia delle Entrate sulla interpretazione sul contenuto di detta dichiarazione<sup>7</sup>.

La stessa Agenzia si era espressa in termini sostanzialmente analoghi, sostenendo che (gli elementi tali da ritenere rispettata la dichiarazione circa la c.d. “conformità oggettiva” potessero desumersi dalla planimetria catastale e dunque la dichiarazione resa in atto che faccia riferimento alla sola planimetria catastale è sufficiente a non fare ritenere l'atto viziato da nullità), pur auspicando che venisse “*posta la massima attenzione affinché, negli atti, la dichiarazione resa dalle parti riporti testualmente il dettato normativo, anche in considerazione della generica locuzione “dati catastali” che [...] potrebbe ricomprendere anche ulteriori elementi*”.

<sup>4</sup> Cass., 3 giugno 2016, n. 11507, in *Riv. not.*, 2016, II, 701

<sup>5</sup> Cass., 11 aprile 2014, n. 8611, in *Riv. not.*, 2014, 303.

<sup>6</sup> Comunicato del Presidente CNN, parere dell'Agenzia delle Entrate e prime osservazioni, in *CNN Notizie del 12 aprile 2016*

<sup>7</sup> Agenzia delle entrate - Parere prot. n. 2016/50397 del 6 aprile 2016, in *Riv. not.*, 2016, III, p. 12 ss.

Secondo il Consiglio Nazionale del Notariato, quindi il termine di riferimento della conformità allo stato di fatto “dei dati catastali e delle planimetrie” sarebbe un'endiadi nel senso che il legislatore non avrebbe inteso riferirsi a due concetti distinti ma ad un unico concetto espresso con due termini coordinati<sup>8</sup>.

Il giudice di legittimità invece pretendeva:

- che i dati dell'identificazione catastale delle unità immobiliari urbane (sezione, foglio, particella, ed eventuale subalterno) fossero requisiti di validità dell'atto;
- che l'atto contenesse il riferimento (non necessariamente l'allegazione) alle planimetrie depositate in catasto, che pure potevano non esservi allegate;
- che l'atto contenesse la dichiarazione dell'intestatario quanto alla conformità dei dati catastali e delle planimetrie allo stato di fatto, secondo le disposizioni vigenti in materia catastale.

La dichiarazione di conformità dello stato di fatto ai dati catastali non si deve limitare ai dati di identificazione catastale, ma deve piuttosto considerare anche quelli in quanto capaci di determinare una variazione delle relative rendite catastali (piano e numero di vani o di metri quadrati).

A questo proposito, alcuni avevano fatto osservare che non si sarebbe potuto pretendere dalle parti dell'atto una conoscenza tanto approfondita della pratica catastale, al punto da poter indicare elementi tecnici quali la classe, la categoria, la consistenza, la rendita catastale e l'eventuale zona censuaria. Al che è lecito replicare anzitutto che esse possono in ogni caso far riferimento a un tecnico e soprattutto che un conto è pretendere dalle parti dell'atto di aver preso visione delle planimetrie e dell'attuale consistenza fisica del manufatto – un conto è richiedere a queste di inferirne le variazioni sul piano catastale che ne conseguono.

Ciò è dimostrato del resto dal fatto che la presenza di quelle indicazioni esclude la nullità ancorché esse fossero erronee o addirittura mendaci mentre il notaio non potrebbe essere tenuto a verificarne la veridicità.

<sup>8</sup> Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 846-2014/, *Stato dell'arte in tema di coerenza catastale oggettiva*, approvato dall'Area scientifica studi civilistici, 19 febbraio 2015, e dal CNN 1-2 ottobre 2015, est. Coscia, in *Cnn Notizie* del 27.10.2015

*La nullità dell'atto come strumento di tutela fiscale.* – I tentativi compiuti di attenuare il rigore dell'impostazione ermeneutica del giudice di legittimità dipendono dal fatto che la nullità di un atto è sempre conseguenza estremamente pericolosa da scongiurare tutte le volte in cui si riveli possibile

Si comprime sino a negare l'esercizio dell'autonomia contrattuale, si perturba la sicurezza nel traffico giuridico e la stessa accuratezza del sistema pubblicitario.

Sino a poco tempo fa, si tendeva a ritenere che simili valori non potessero essere bilanciati con l'interesse costituzionale al corretto prelievo delle imposte. Come è noto, lo stesso Statuto dei diritti del contribuente (art. 10, comma 3, l. 27 luglio 2000, n. 212) vuole che «le violazioni di disposizioni di rilievo esclusivamente tributario non possono essere causa di nullità del contratto»<sup>9</sup>, anche se non sono mancate impostazioni che vedono nello stesso art. 53 cost. una norma imperativa «che comporta un limite rilevante per la libera esplicazione dell'autonomia privata (in quanto atto di disposizione)»<sup>10</sup>.

La previsione introdotta nel 2010 pare da questo punto di vista costituire un (forse) pericoloso e sicuramente importante precedente (non vi è tempo per occuparsi del problema delle locazioni immobiliari non registrate).

Del resto, non era neppure possibile – se non a prezzo di interpretazioni troppo ardite – immaginare che la nullità prevista dall'art. 29, l. 52 del 1985, potesse ritenersi in qualche misura convalidabile, giacché non si disconosce che la convalida sia perfettamente compatibile con la nullità del contratto (purché questo sia lecito, ben inteso); il problema consiste invece nel fatto che l'art. 1423 pretende tuttavia una precisa disposizione che la preveda.

Ipotizzare l'applicazione analogica delle già citate ipotesi di conferma, previste nel testo unico dell'edilizia era allo stesso modo impossibile, non tanto per un loro preteso carattere eccezionale (che probabilmente deve essere verificato) ma in

<sup>9</sup> V., ad esempio, V. FRANCESCHELLI, *Lo Statuto del contribuente visto da un privatista*, in *Resp. com. impr.* 2001, p. 31, nonché nostro *L'«irrilevanza» tributaria di una fattispecie negoziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 1445 ss.

<sup>10</sup> F. GALLO, *Elusione, risparmio d'imposta e frode alla legge*, in *Giur. comm.*, 1989, I, p. 386 (v. pure in *Brevi spunti in tema di elusione e frode alla legge*, in *Rass. trib.*, 1989, I, p. 11 ss.).

ragione della mancanza di *ratio* identica, visto che i valori colà presidiati (il corretto sviluppo urbanistico ed edilizio del territorio) poco o nulla condividono con quello alla corretta rappresentazione catastale della consistenza effettiva dei fabbricati ai fini della percezione dei tributi fondiari.

*L'atto di conferma.* – Nello scorso estate è allora intervenuto il legislatore, che, con l'art. 8, comma 1 bis, del d.l. 24 aprile 2017, n. 50, conv. dalla l. 24 giugno 2017, n. 96 ha novellato ancora l'art. 29 della cit. l. 52, inserendovi un comma 1 *ter*.

In tal guisa, quando la mancanza del riferimento alle planimetrie depositate in catasto o della dichiarazione, resa dagli intestatari, della conformità allo stato di fatto dei dati catastali e delle planimetrie, ovvero dell'attestazione di conformità rilasciata da un tecnico abilitato non siano dipese dall'inesistenza delle planimetrie o dalla loro difformità dallo stato di fatto, l'atto può essere confermato anche da una sola delle parti mediante atto successivo, redatto nella stessa forma del precedente, che contenga gli elementi omessi. La conferma – in quanto costituisce atto direttamente conseguente a quello cui si riferisce ai sensi dell'art. 10, comma 3, del decreto legislativo 14 marzo 2011, n. 23 – è esente dall'imposta di bollo, dai tributi speciali catastali e dalle tasse ipotecarie e soggetto a ciascuna delle imposte ipotecaria e catastale nella misura fissa di euro cinquanta.

Essa, come era stato detto per gli analoghi istituti previsti nel testo unico dell'edilizia, può essere posto in essere anche da parte dell'acquirente, eliminando l'effetto impeditivo dell'invalidità con effetto retroattivo.

La conferma deve essere annotata in margine alla trascrizione dell'atto rettificato (e la relativa trascrizione dell'atto può essere compiuta come sempre da chiunque, mentre il notaio vi è obbligato dall'art. 2671 c.c.).

Quando sia pendente un giudizio, riguardante l'accertamento della nullità per mancanza di riferimento alle planimetrie depositate o della dichiarazione di conformità (non dipendente dall'inesistenza delle planimetrie o dalla loro difformità allo stato di fatto), la parte può dedurre l'atto di conferma, offrendolo in

comunicazione, in ogni stato e grado del procedimento, nonostante l'avverarsi di qualsiasi preclusione processuale.

*segue. Struttura e funzione dell'atto.* – Trattasi di atto unilaterale tra vivi avente contenuto patrimoniale recettizio a forma vincolata: atto pubblico o scrittura privata autenticata. Non crediamo necessario – nonostante l'indicazione testuale – che debba necessariamente assumere la forma dell'atto da confermare: ossia il contratto stipulato con atto pubblico, ben potrà essere confermato mediante la scrittura autenticata (e viceversa). Il riferimento testuale del comma 1 *ter* «alla stessa forma» vuole far riferimento all'art. 2657, giacché la conferma effettuata mediante scrittura privata non potrebbe essere annotata.

L'atto non è certamente personalissimo e può quindi realizzarsi mediante rappresentanza volontaria o legale. Qualora l'atto fosse stato stipulato dai genitori quali legali rappresentanti del minore, crediamo che la relativa conferma non richieda l'autorizzazione del giudice tutelare, né, quando si tratti di contratto stipulato dal tutore, pare doversi richiedere l'autorizzazione del tribunale. Analogamente deve ritenersi *mutatis mutandis* quando il contratto fosse stato stipulato, previa autorizzazione del giudice tutelare, dall'amministratore di sostegno; quando fosse stato stipulato dal legale rappresentante di un ente pubblico non si dovranno richiedere nuove particolari autorizzazioni.

Si tratta invece di *actus legitimus* che non ammette cioè né l'apposizione di termini né tanto meno di condizioni: esse si avranno quindi per non apposte.

Sono sicuramente confermabili gli atti stipulati prima dell'entrata in vigore del nuovo comma 1 *ter* dell'art. 29, sempre impedendo all'invalidità di produrre i suoi effetti retroattivamente. A parte il fatto che simile affermazioni trovasi condivisa dalla giurisprudenza forense<sup>11</sup>, non si tratta di applicare la disciplina novellatrice retroattivamente (e quindi in violazione dell'art. 11 disp. prel. cod. civ.) quanto di

<sup>11</sup> Cass., 14 febbraio 2008, n. 3526, in *Giust. civ.*, 2009, I, p. 1091 ss.; nella specie trattavasi di procedimento disciplinare a carico di un notaio che aveva allegato all'atto c.d.u. non aggiornato e privo della dichiarazione di attualità del venditore, stipulato prima dell'entrata in vigore dell'art. 12, l. 246 del 2005.

applicare il *tempus regit actum* all'atto di conferma, il quale – quando sia posto in essere dopo l'entrata in vigore della nuova legge – dispiega i suoi effetti di rettifica anche per il passato<sup>12</sup>,

Giacché l'invalidità prevista dall'art. 29, comma 1 *bis*, non ha oggi più carattere assoluto in quanto è superabile dalla conferma, non sussiste responsabilità a carico del notaio ai sensi dell'art. 28 l. 89 del 2013<sup>13</sup>; ove il procedimento disciplinare fosse già stato avviato e sopravvenisse la conferma, secondo una lettura dell'art. 135, comma 2, l. not. le sanzioni potrebbero essere ugualmente irrogate, potendosi in ogni caso configurare una lesione del prestigio della funzione notarile (art. 147), la quale ben inteso dovrà tuttavia costituire oggetto di contestazione all'incolpato, diversamente trovandosi violato il suo diritto di difesa.

#### IL DEPOSITO DEL PREZZO

*Introduzione.* – Sempre con l'intento di munire il notaio di un ruolo esclusivo rispetto alle altre professioni legali, accentuandone la pubblica funzione piuttosto che il ruolo appunto di professionista intellettuale recentemente si è pure assistito alla novellazione della disciplina introdotta all'art. 1, commi da 63 a 67 della l. 27 dicembre 2013, n. 147, del «deposito prezzo»<sup>14</sup> nella compravendita immobiliare sancendone l'obbligatorietà. Ciò nonostante, una serie di questioni qualche volta anche pretestuose di vario genere avevano impedito l'emanazione del regolamento attuativo, così da impedirne l'entrata in vigore.

La recente legge annuale sulla concorrenza (l. 4 agosto 2017, n. 124, entrata in vigore il 29 agosto 2017), dopo aver introdotto alcune modifiche, ha soppresso la necessità

<sup>12</sup> V., ad esempio, nostro, *Retroattività e contratto, Disciplina negoziale e successione di norme nel tempo*, Napoli, 2007, spec. p. 141 ss.

<sup>13</sup> V. Cass., 14 febbraio 2008, n. 3526, in *Riv. not.*, 2008, p. 1414 e in *Vita not.* 2008, p. 349 ss. (altra fattispecie di mancata allegazione all'atto del c.d.u.).

<sup>14</sup> Faremo uso dei caporali nell'evocare l'istituto giacché non si tratta solamente di un deposito in favore del terzo (ossia del venditore) quanto di un tipo contrattuale che si trova arricchito di tratti provenienti da altri contratti come quello d'opera intellettuale e soprattutto quello di mandato.

del regolamento attuativo, contentandosi invece di prevedere che il Consiglio nazionale del notariato emani apposite regole deontologiche (entro il 27 dicembre 2017). In tal guisa, il «deposito prezzo» è già oggi disciplina vigente.

In una compravendita immobiliare le parti possono quindi oggi prevedere che il prezzo dovrà essere pagato dall'acquirente soltanto se, entro una certa data, il venditore gli avrà consegnato il bene libero da trascrizioni o iscrizioni pregiudizievoli ed eventualmente sgombrato da persone e cose; le parti si accordano pertanto nel senso che l'acquirente verserà la somma in questione nelle mani del notaio, il quale, compiute le dovute verifiche, consegnerà la somma al venditore, se nulla risulterà in pregiudizio del compratore, al quale diversamente restituirà il denaro versatogli.

In questo modo, il notaio potrà assicurare le parti (e in specie ovviamente il compratore), quanto al fatto:

- che non sussistano iscrizioni o trascrizioni pregiudizievoli o sussista solamente un'iscrizione ipotecaria di primo grado (quella operata a garanzia del debito restitutorio per il mutuo erogato all'acquirente per acquistare l'immobile);
- che le imposte e tasse dovute siano state correttamente versate, visto che queste potrebbero essere accertate o liquidate a carico del venditore, con privilegio a favore dell'agenzia delle entrate sull'immobile alienato (come accade tipicamente in caso di rivendita infraquinquennale dell'alloggio acquistato con i benefici della prima casa senza riacquisto entro l'anno successivo);
- che sia trascorso il periodo richiesto per l'esercizio della prelazione legale da parte di terzi;
- che un'ipoteca si consolidi o che non vengano esperite azioni revocatorie ordinarie o fallimentari.

Depositando il prezzo presso il notaio, il compratore sostituisce quest'ultimo a sé nell'adempimento della prestazione obbligatoria, mentre al professionista può anche essere domandato di curare, con una parte delle somme ricevute, il pagamento di debiti ancora dovuti a terzi e procedere alla cancellazione delle ipoteche che li garantivano.

*La separazione delle somme versate dal patrimonio del notaio.* – Premesso che il «deposito prezzo» costituisce oggi una scelta di una delle parti (in genere del compratore) – che il notaio è tenuto a soddisfare ma non è più un obbligo per ogni compravendita, come prevedeva la legge del 2013 – si deve considerare come la disposizione evochi la necessità che le somme ricevute vengano versate dal professionista su uno più conti dedicati (come potrebbe accadere se il notaio ne accendesse uno per il pagamento dei tributi e un altro per il deposito del prezzo e di altre somme).

In tal guisa si realizza una separazione patrimoniale tra le somme suddette – il deposito delle quali risulterà da atto notarile, quindi munito di data certa e computabile rispetto ai terzi, ai sensi dell'art. 2704 cod. civ. – secondo quanto prevede il comma 65 dell'art. 1 l. cit.

Le somme depositate nel conto corrente dedicato sono infatti escluse dalla successione del notaio o altro pubblico ufficiale e dal suo regime patrimoniale della famiglia, sono impignorabili a richiesta di chiunque ed impignorabile è altresì il credito al pagamento o alla restituzione delle stesse.

Si superano così i noti problemi che l'uso del deposito fiduciario poneva e, nello stesso tempo, si supera un potenziale contrasto con il divieto (previsto dall'art. 28, comma 1, n. 3, della l. 89 del 1913) per il notaio di ricevere atti contenenti disposizioni che lo interessino.

La previsione ricorda da vicino l'art. 11 della Convenzione dell'Aja sulla legge applicabile ai trust e sul loro riconoscimento (datata 1 luglio 1985, ratificata dall'Italia con l. 16 ottobre 1989 n. 364, entrata in vigore il 1 gennaio 1992), ove si stabilisce che il riconoscimento di un *trust* implica che:

- i creditori personali del *trustee* non possano rivalersi sui beni in *trust*;
  - i beni in *trust* siano segregati rispetto al patrimonio del *trustee* in caso di insolvenza di quest'ultimo o di suo fallimento;
  - i beni in *trust* non rientrano nel regime matrimoniale o nella successione del *trustee*.
- La nuova norma va però oltre, perché prevede non solo l'effetto di separazione patrimoniale, ma persino la impignorabilità delle somme depositate. È invece noto

che, in materia di *trust*, poiché il beneficiario è titolare di una posizione soggettiva creditoria, essa si ritiene aggredibile dai suoi creditori.

I primi commentatori – muovendo dall’idea che le somme depositate possano pure riguardare il pagamento dei compensi e delle spese notarili – si sono domandati se sia ragionevole che queste si trovino escluse dalla successione a causa di morte del professionista, giacché non si trovano destinate a soddisfare un interesse di terzi. È ipotizzabile che, al decesso, occorrerà procedere da parte di un nuovo professionista a rendicontare quanto dovuto e ad attribuire onorari e spese a quanti avessero accettato l’eredità.

*Esiti della verifica compiuta dal notaio.* – *Nulla quaestio* quando l’esito della verifica compiuta dal notaio sia negativo, essendosi accertata l’insussistenza di formalità pregiudizievoli sul diritto alienato o il mancato esercizio di prelezioni, il mancato esperimento di azioni revocatorie etc.

Altrettanto agevole è chiarire che cosa accada quando il notaio non esegua con perizia e diligenza quel controllo: in tale caso, dovrà rispondere verso il compratore per i danni provocati dall’inadempimento, ai sensi dell’art. 1218. Giacché egli assume il ruolo di delegato ad adempiere – cioè a compiere atti giuridici – il rapporto con il compratore è qualificabile quale mandato al quale il mandatario non può rinunciare (art. 1727) e quale mandato oneroso ai fini della valutazione della diligenza, ai sensi dell’art. 1710 c.c.

Ci si è chiesti invece che cosa possa accadere quando il notaio si trovi costretto a restituire la somma depositata al compratore, a causa dell’esistenza di quei vincoli che il venditore dichiarava insussistenti.

Il contratto deve, a nostro avviso, considerarsi a tutti gli effetti valido ed efficace, a meno che non sia stato in sede di stipula opportunamente condizionato. Le parti dovrebbero allora pervenire a una risoluzione convenzionale, tuttavia con pesantissimi costi di ordine fiscale, oppure il contratto dovrebbero restare efficace, salvo l’esperimento di azioni risolutorie, da parte dell’acquirente, per evizione o ai sensi dell’art. 1489 cod. civ.

*Il «deposito prezzo» e la vendita di immobili da costruire.* – Le norme esaminate pongono rilevanti problemi in rapporto all’applicazione dell’art. 8 del d. lgs. 122 del 2005, in tema di vendita di immobili da costruire laddove si prevede che il notaio non possa procedere alla stipula dell’atto di compravendita se, anteriormente o contestualmente alla stipula, non si sia proceduto alla suddivisione del finanziamento in quote o al perfezionamento di un titolo per la cancellazione o frazionamento dell’ipoteca a garanzia o del pignoramento gravante sull’immobile.

Occorre allora immaginare che, in tali casi, l’atto vada sottoposto a due condizioni di efficacia: a) la mancanza di formalità pregiudizievoli ulteriori; b) l’attuale formazione del titolo per la cancellazione dell’ipoteca. Stipulata la vendita e ricevute le somme il notaio potrà allora procedere alla trascrizione dell’atto di compravendita. Eseguita la verifica dell’inesistenza di formalità pregiudizievoli ulteriori rispetto a quelle risultanti dall’atto il notaio verserà (tutte o parte) le somme depositate alla banca creditrice e autenticcherà il consenso alla liberazione dell’immobile ipotecato ovvero acquisirà dalla banca la quietanza attestante l’avvenuta estinzione dell’obbligazione garantita, contenente altresì l’impegno della banca a comunicare alla Conservatoria dei Registri Immobiliari la richiesta di cancellazione dell’ipoteca e la rinuncia ad avvalersi della facoltà di comunicare, nei trenta giorni successivi, che l’ipoteca permane. L’eventuale residuo verrà svincolato in favore del costruttore-venditore.

*I problemi aperti: la rinuncia al “deposito del prezzo” e l’estinzione dell’obbligazione da parte del compratore.* – Auspicato da una parte della classe notarile e dagli operatori del mercato immobiliare, il «deposito prezzo» potrà costituire un potente strumento per limitare il contenzioso che non di rado origina dalle compravendite e, come detto, utile socialmente per accentuare la posizione privilegiata del notaio nell’assicurare la corretta riscossione delle imposte e la sicurezza nel traffico giuridico. La disciplina – nonostante le solite critiche di quanti si allietano nell’impedire che qualsiasi riforma riesca a trovare attuazione pratica, con il pretesto che nessuna di queste sia scritta abbastanza bene per i loro educatissimi



palati – era (ed è ancor più dopo le correzioni operate quest'estate) utile e non difficile da applicare.

Un primo problema riguarda la possibilità di rinunciare al deposito del prezzo da parte di uno dei contraenti (specie nel preliminare o nel preliminare di preliminare).

Poiché non si tratta di disciplina di ordine pubblico, non pare esservi dubbio quanto alla liceità di simile pattuizione, fermo restando che, sul piano deontologico, il notaio deve informare pienamente i contraenti quanto all'utilità del deposito e sconsigliarle dal pattuire simile clausola di rinuncia a meno che non sussistano speciali ragioni (le quali potranno risultare anche dall'atto, ancorché ovviamente ciò non infici la validità della clausola stessa<sup>15</sup>), quale l'assoluta necessità per il venditore di ricevere la somma immediatamente alla stipula per re impiegarla in un altro acquisto.

Se la rinuncia si trovi inoltre predisposta in un contratto bancario che la banca sottopone al cliente–consumatore, la clausola potrebbe poi ritenersi nulla in quanto abusiva.

Altra questione riguarda la determinazione del momento in cui va collocato l'adempimento della prestazione da parte del compratore.

Si può ritenere che con il “deposito prezzo” si realizzi una delegazione passiva di pagamento, in cui il notaio (terzo delegato) è tenuto ad assumere l'incarico, secondo quanto prevede l'art. 1268, comma 2, poiché glielo impone la pubblica funzione che è chiamato a svolgere.

Crediamo – e si tratta di questione sostanzialmente teorica – che il notaio stesso non si possa obbligare ad adempiere, trasformando la *delegatio solvendi* in delegazione passiva di debito: assumendo un'obbligazione nei confronti di una delle parti si smarrirebbe infatti l'imparzialità del suo operato.

Giacché il notaio delegato è ausiliario di cui il debitore/compratore si vale per l'esecuzione della propria prestazione, quest'ultimo risponde del fatto «doloso o colposo» del primo (art. 1228 c.c.) (ferma restando ovviamente la responsabilità disciplinare di questo), nei confronti del venditore.

<sup>15</sup> CACCAVALE, *La clausola di “rinuncia” al “deposito del prezzo” nel contratto preliminare*, in *Notariato*, 2017, p. 607.

La separazione realizzata con il deposito prezzo può riguardare infine gli acconti e le caparre, quando sino versate durante la conclusione di un preliminare ricevuto dal notaio, così da poter essere trascritto. Qualche ragione per invocare l'applicazione dell'istituto anche quando si voglia trascrivere il preliminare a ben vedere c'è (potrebbe esservi un'ipoteca gravante sull'immobile che deve essere estinta prima della stipula del definitivo o il venditore potrebbe essere ancora obbligato a versare somme al condominio).

La separazione patrimoniale realizzata anche quanto alle somme dovute a titolo di imposte o tasse, rende finalmente l'istituto utile ad assicurare il corretto adempimento delle obbligazioni tributarie sia per quanto riguarda le parti sia per quanto concerne lo stesso notaio.

La destinazione delle somme versategli all'adempimento del debito fiscale, vincolandole nella funzione, le rende insensibili alle vicende patrimoniali che potrebbero riguardare il professionista e in questo quadro nuovamente la funzione notarile riceve un'accentuazione del proprio ruolo pubblicistico di garante della legalità e del corretto adempimento delle obbligazioni tributarie nella contrattazione immobiliare.



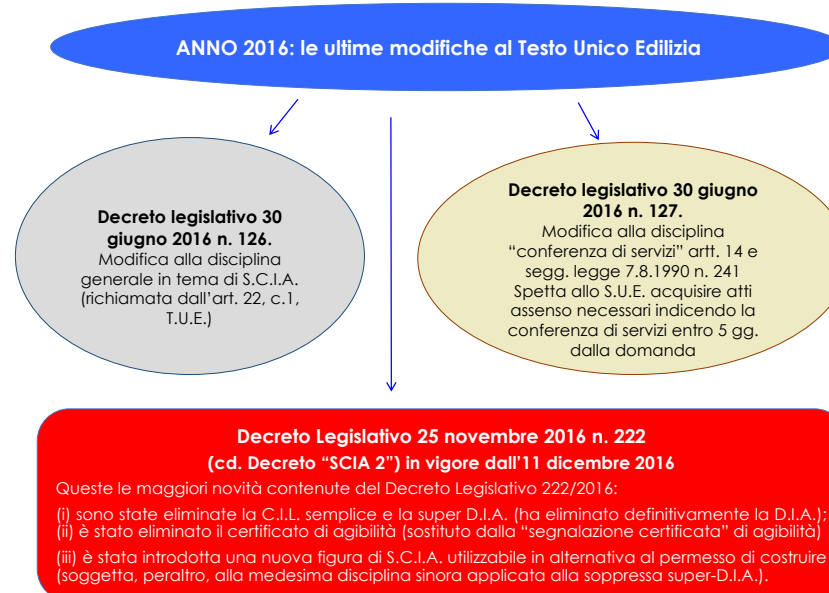
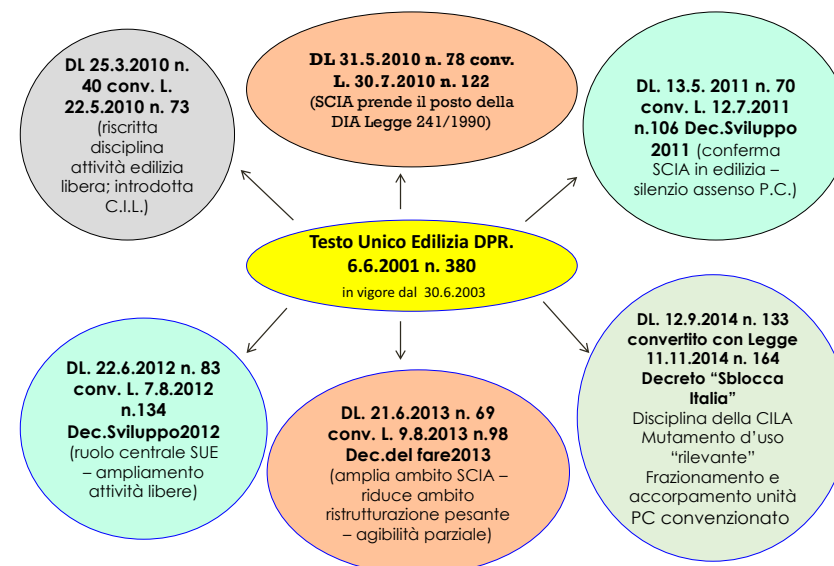
## La disciplina della attività edilizia dopo il D.Lvo 222/2016 e i riflessi sull'attività negoziale

Bergamo 17 novembre 2017

a cura di Giovanni Rizzi



## L'EVOLUZIONE NORMATIVA DAL TESTO UNICO AL D. L.VO 222/2016



## L'ATTIVITA' EDILIZIA E LA COMMERCIALIZZABILITA' DEI FABBRICATI

### LA MANUTENZIONE ORDINARIA

#### DEFINIZIONE (art. 3, c.1, lett.a, T.U.E.):

Si intendono per "interventi di ordinaria manutenzione" quelli riguardanti le opere volte alla **riparazione, rinnovamento e sostituzione delle finiture** degli edifici e quelle necessarie ad integrare o mantenere in efficienza gli impianti tecnologici esistenti

#### DISCIPLINA EDILIZIA:

Trattasi di interventi **assolutamente liberi** per i quali non è richiesto alcun titolo abilitativo (art. 6, c. 1, T.U.)

#### RILEVANZA AI FINI DELLA COMMERCIALIZZABILITA':

Essendo attività libera non è mai messa in discussione la COMMERCIALIZZABILITA' dei beni. Non vi sarebbe neppure la possibilità di menzionare alcunché posto che non è richiesto alcun titolo edilizio (permesso o SCIA)



### LE ALTRE ATTIVITA' DI EDILIZIA LIBERA EX ART. 6 T.U.E.

a-bis) gli interventi di installazione delle **pompe di calore** aria-aria di potenza termica utile nominale inferiore a 12kw  
b) gli interventi volti all'eliminazione di **barriere architettoniche** che non comportino la realizzazione di ascensori esterni, ovvero di manufatti che alterino la sagoma dell'edificio  
c) le opere temporanee per attività di **ricerca nel sottosuolo** che abbiano carattere geognostico, ad esclusione di attività di ricerca di idrocarburi, e che siano eseguite in aree esterne al centro edificato  
d) i **movimenti di terra** strettamente pertinenti all'esercizio dell'attività agricola e le pratiche agro-silvo-pastorali, compresi gli interventi su impianti idraulici agrari  
e) le **serre mobili** stagionali, sprovviste di strutture in muratura, funzionali allo svolgimento dell'attività agricola  
e-bis) le opere dirette a soddisfare obiettive **esigenze contingenti e temporanee** e ad essere immediatamente rimosse al cessare della necessità e, comunque, entro un termine non superiore a novanta giorni (**previa comunicazione di avvio lavori all'amministrazione comunale**);  
e-ter) le **opere di pavimentazione** e di finitura di spazi esterni, anche per aree di sosta, che siano contenute entro l'indice di permeabilità, ove stabilito dallo strumento urbanistico comunale, ivi compresa la realizzazione di intercapedini interamente interrate e non accessibili, vasche di raccolta delle acque, locali tombati;  
e-quater) i **pannelli solari**, fotovoltaici, a servizio degli edifici, da realizzare al di fuori della zona A) di cui al decreto del Ministro per i lavori pubblici 2 aprile 1968, n. 1444;  
e-quinquies) le **aree ludiche** senza fini di lucro e gli elementi di arredo delle aree pertinenziali degli edifici  
N.B.: gli interventi da e-bis) a e-quinquies) sino al 10 dicembre 2016 erano soggetti a C.I.L.; per effetto del D.Lvo 222/2016 diventano totalmente liberi (salva la necessità della previa comunicazione per gli interventi sub e-bis)



### LA MEDESIMA DISCIPLINA APPLICABILE ALLA MANUTENZIONE ORDINARIA

(salvo l'obbligo di previa comunicazione prescritto per le opere dirette a soddisfare obiettive esigenze contingenti e temporanee)

### MANUTENZIONE STRAORDINARIA

#### DEFINIZIONE (art. 3, c.1, lett. b, T.U.E.):

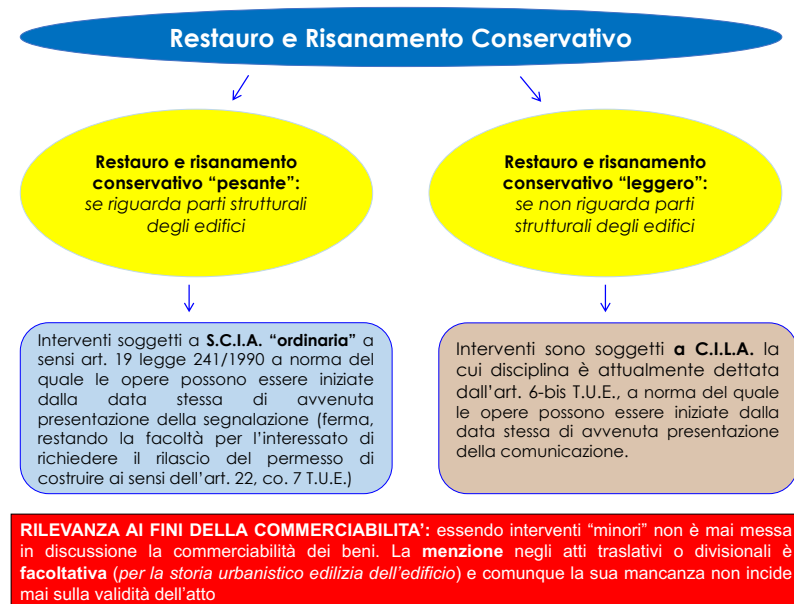
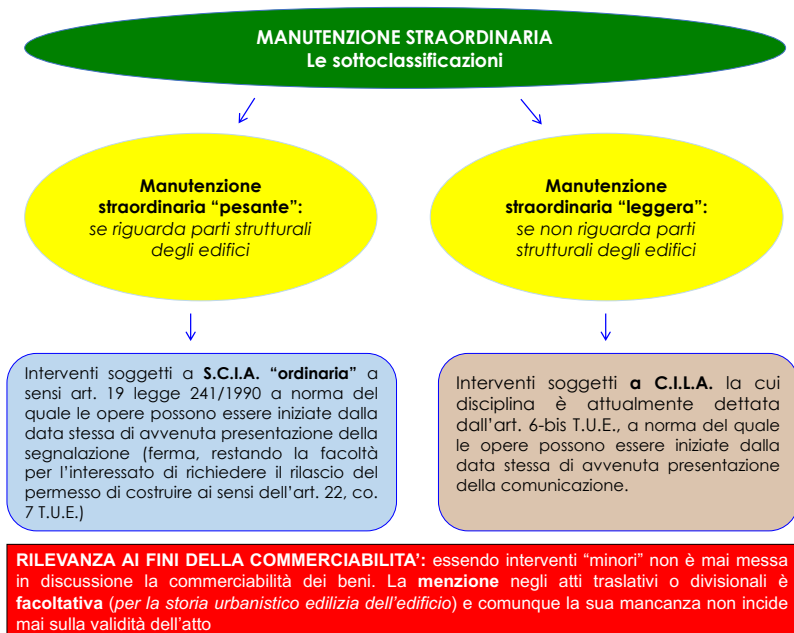
Si intendono per "interventi di straordinaria manutenzione" le opere e le modifiche necessarie per rinnovare e sostituire parti anche strutturali degli edifici, nonché per realizzare ed integrare i servizi igienico-sanitari e tecnologici, sempre che non alterino la volumetria complessiva degli edifici e non comportino modifiche delle destinazioni di uso; nell'ambito degli interventi di manutenzione straordinaria sono ricompresi anche quelli consistenti nel **frazionamento o accorpamento** delle unità immobiliari con esecuzione di opere, anche se comportante la variazione delle superfici delle singole unità immobiliari nonché del carico urbanistico purché non sia modificata la volumetria complessiva degli edifici e si mantenga l'originaria destinazione d'uso.

**NOTA BENE:** solo gli interventi "autonomi" di frazionamento o di accorpamento, ossia i singoli interventi edilizi comportanti l'esecuzione di opere minime per ottenere la fisica separazione o l'accorpamento delle unità immobiliari, possono essere ricondotti alla fattispecie della "manutenzione straordinaria". Se ed in quanto interventi ricompresi in un "insieme sistematico di opere" portante ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente, si sarà in presenza di un intervento qualificabile di "ristrutturazione edilizia"

Ai fini della individuazione della disciplina applicabile bisogna distinguere (Tab. A all. D.lvo 222/2016)

**manutenzione straordinaria "pesante"** (art. 3, c.1, lett. d, T.U.E. + art. 22, c.1, lett. a) T.U.E.)

**manutenzione straordinaria "leggera"** (art. 3, c.1, lett. d, T.U.E. + art. 6-bis T.U.E.)



## Restauro e Risanamento Conservativo

### DEFINIZIONE (art. 3, c.1, lett. c, T.U.E.):

Si intendono per "interventi di restauro e di risanamento conservativo", gli interventi edilizi rivolti a **conservare l'organismo edilizio e ad assicurarne la funzionalità** mediante un **insieme sistematico di opere** che, nel rispetto degli elementi tipologici, formali e strutturali dell'organismo stesso, **ne consentano anche il mutamento delle destinazioni d'uso purché con tali elementi compatibili, nonché conformi a quelle previste dallo strumento urbanistico generale e dei relativi piani attuativi (\*)**. Tali interventi comprendono il consolidamento, il ripristino e il rinnovo degli elementi costitutivi dell'edificio, l'inserimento degli elementi accessori e degli impianti richiesti dalle esigenze dell'uso, l'eliminazione degli elementi estranei all'organismo edilizio.

(\*) modificato dall'art. 65bis D.L. 24.4.2017 n. 50 conv. L. 23.6.2017 n. 144

Ai fini della individuazione della disciplina applicabile bisogna distinguere (Tab. A all. D.Ivo 222/2016)

**Restauro e risanamento conservativo "pesante"** (art. 3, c.1, lett. c, T.U.E. + art. 22, c.1, lett. b) T.U.E.)

**Restauro e risanamento conservativo "leggero"** (art. 3, c.1, lett. c, T.U.E. + art. 6-bis T.U.E.)

## RISTRUTTURAZIONE EDILIZIA

### DEFINIZIONE (art. 3, c.1, lett. d, T.U.E.):

Si intendono per "interventi di ristrutturazione edilizia", gli interventi rivolti a trasformare gli organismi edilizi mediante un insieme sistematico di opere che possono portare ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente. Tali interventi comprendono il ripristino o la sostituzione di alcuni elementi costitutivi dell'edificio, l'eliminazione, la modifica e l'inserimento di nuovi elementi ed impianti.

Nell'ambito degli interventi di ristrutturazione edilizia sono **ricompresi anche quelli consistenti nella demolizione e ricostruzione con la stessa volumetria** di quello preesistente, fatte salve le sole innovazioni necessarie per l'adeguamento alla normativa antisismica, nonché quelli volti al ripristino di edifici, o parti di essi, eventualmente **crollati o demoliti**, attraverso la loro ricostruzione, purché sia possibile accertarne la preesistente consistenza. Rimane fermo che, con riferimento agli immobili sottoposti a vincoli ai sensi del dlgs 42/2004, gli interventi di demolizione e ricostruzione e gli interventi di ripristino di edifici crollati o demoliti costituiscono interventi di ristrutturazione edilizia soltanto ove sia rispettata la **medesima sagoma** dell'edificio preesistente.

Ai fini della individuazione della disciplina applicabile bisogna distinguere (Tab. A all. D.Ivo 222/2016)

**ristrutturazione "pesante"** (art. 3, c.1, lett. d, T.U.E. + art.10, c.1, lett. c) T.U.E.)

**ristrutturazione "leggera" e/o "semplice"** (art. 3, c.1, lett. d, T.U.E. e art. 22, c. 1, lett. c) T.U.E.)

## LA RISTRUTTURAZIONE "PESANTE"

### DEFINIZIONE:

è definita dall'art. 10, c.1, lett. c, T.U.E.: si tratta di quegli interventi "che portano ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso da quello precedente e che comportino modifiche della volumetria complessiva degli edifici o dei prospetti, ovvero, se relativi a beni in zona A, che comportino mutamento della destinazione d'uso nonché degli interventi che comportino modificazioni della sagoma se si tratta di immobili sottoposti a vincoli ai sensi del dlgs.22.1.2004 n. 42 e s.m.i."

### DISCIPLINA EDILIZIA:

Trattasi di interventi soggetti a **PERMESSO DI COSTRUIRE** (Art. 10, c.1, lett. c, T.U.)  
E' prevista in **alternativa** al permesso di costruire la possibilità di avvalersi della **SUPER-S.C.I.A.** (Art. 23, c. 01, lett.a) T.U.E.).

### RILEVANZA AI FINI DELLA COMMERCIALIZZABILITA':

Gli edifici oggetto di ristrutturazione "pesante" eseguita in assenza di titolo abilitativo o in totale difformità dallo stesso sono **INCOMMERCIALIZZABILI**.  
La mancata menzione negli atti traslativi o divisionali del titolo abilitativo (permesso di costruire o super-S.C.I.A.) ne determina la **nullità** (arg. art. 46, c 5bis, T.U.).

## LA RISTRUTTURAZIONE "LEGGERA"

### DEFINIZIONE:

è definita dall'art. 22, c.1, lett. c, T.U.E.: si tratta degli interventi di ristrutturazione edilizia di cui all'art. 3, comma 1, lett. d), diversi da quelli indicati nell'articolo 10, comma 1, lettera c) (ossia diversi dagli interventi definiti di ristrutturazione cd. "pesante").  
Rientrano, **ad esempio**, nella ristrutturazione "leggera" gli interventi di ristrutturazione edilizia che comportino:  
- aumento del numero delle unità  
- modifica del volume e superficie delle singole unità (ma non della volumetria complessiva dell'edificio)  
- modificazioni della sagoma, se hanno per oggetto immobili non sottoposti a vincoli ex dlgs 42/2004  
(interventi che prima delle modifiche del DL. 69/2013 e del DL 133/2014 erano riconducibili alla ristrutturazione cd. "maggiore")

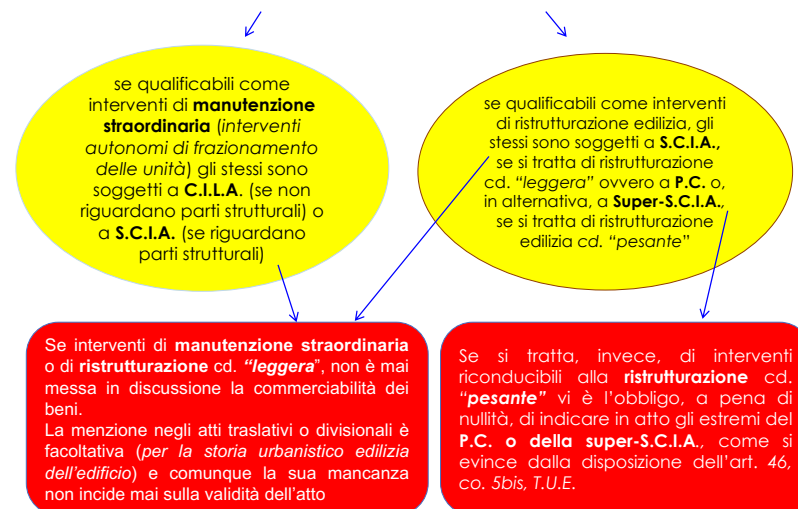
### DISCIPLINA EDILIZIA:

Interventi soggetti a **S.C.I.A.** "ordinaria" a sensi art. 19 legge 241/1990 a norma del quale le opere possono essere iniziate dalla data stessa di avvenuta presentazione della segnalazione (ferma, restando la facoltà per l'interessato di richiedere il rilascio del permesso di costruire ai sensi dell'art. 22, co. 7 T.U.E.).

### RILEVANZA AI FINI DELLA COMMERCIALIZZABILITA':

Essendo interventi "minori" non è mai messa in discussione la **COMMERCIALIZZABILITA'** dei beni.  
La **menzione** negli atti traslativi o divisionali è **facoltativa** (per la storia urbanistico edilizia dell'edificio) e comunque la sua mancanza non incide mai sulla validità dell'atto

## GLI INTERVENTI DI FRAZIONAMENTO O DI ACCORPAMENTO DELLE UNITA' IMMOBILIARI



## LA NUOVA COSTRUZIONE

### DEFINIZIONE (art. 3, c.1, l.e, T.U.E.):

si intendono per "interventi di nuova costruzione", quelli di **trasformazione edilizia e urbanistica del territorio** quali:

- e.1) la costruzione di manufatti edilizi fuori terra o interrati, ovvero l'ampliamento di quelli esistenti all'esterno della sagoma esistente;
- e.2) gli interventi di urbanizzazione primaria e secondaria realizzati da soggetti diversi dal comune;
- e.3) la realizzazione di infrastrutture e di impianti, anche per pubblici servizi, che comporti la trasformazione in via permanente di suolo ineditato;
- e.4) l'installazione di torri e tralicci per impianti radio-ricetrasmittenti e di ripetitori per i servizi di telecomunicazione;
- e.5) l'installazione di manufatti leggeri, anche prefabbricati, e di strutture di qualsiasi genere, quali roulotte, campers, case mobili, imbarcazioni, che siano utilizzati come abitazioni, ambienti di lavoro, oppure come depositi, magazzini e simili, ad eccezione di quelli che siano diretti a soddisfare esigenze meramente temporanee o siano ricompresi in strutture ricettive all'aperto per la sosta ed il soggiorno di turisti, previamente autorizzate sotto il profilo urbanistico, edilizio e, ove previsto, paesaggistico, in conformità alle normative regionali di settore;
- e.6) gli interventi pertinenziali che le norme tecniche degli strumenti urbanistici, in relazione alla zonizzazione e al pregio ambientale e paesaggistico delle aree, qualifichino come interventi di nuova costruzione, ovvero che comportino la realizzazione di un volume superiore al 20% del volume dell'edificio principale;
- e.7) la realizzazione di depositi di merci o di materiali, la realizzazione di impianti per attività produttive all'aperto ove comportino l'esecuzione di lavori cui consegua la trasformazione permanente del suolo ineditato.

## LA NUOVA COSTRUZIONE

### DISCIPLINA EDILIZIA:

Trattasi di interventi soggetti a **PERMESSO DI COSTRUIRE** (Art. 10, c.1, lett. a, T.U.E.).

E' prevista **in alternativa** al permesso di costruire la possibilità di avvalersi della **SUPER-SCIA** per i seguenti interventi (Art 23, c. 01, T.U.E.):

- gli interventi di **nuova costruzione** qualora siano disciplinati da piani attuativi comunque denominati, che contengano precise disposizioni plano-volumetriche, tipologiche, formali e costruttive, ....;
- gli interventi di **nuova costruzione** qualora siano in diretta esecuzione di strumenti urbanistici generali recanti precise disposizioni plano-volumetriche

### RILEVANZA AI FINI DELLA COMMERCIALITÀ:

Le "nuove costruzioni" (autonomamente funzionali) eseguite in assenza di titolo abilitativo o in totale difformità dallo stesso sono **INCOMMERCIALI**. La mancata menzione negli atti traslativi o divisionali del titolo abilitativo (relativo alla **vicenda costruttiva dell'edificio**) ne determina la nullità



## LA RISTRUTTURAZIONE URBANISTICA

### DEFINIZIONE (art. 3, c.1, lett.f, T.U.E):

Si intendono per "interventi di ristrutturazione urbanistica", quelli rivolti a **sostituire l'esistente tessuto urbanistico - edilizio con altro diverso, mediante un insieme sistematico di interventi edilizi**, anche con la modificazione del disegno dei lotti, degli isolati e della rete stradale

### DISCIPLINA EDILIZIA:

Trattasi di interventi soggetti a **PERMESSO DI COSTRUIRE** (Art. 10, c.1, lett. b), T.U.)

E' prevista **in alternativa** al permesso di costruire la possibilità di avvalersi della **SUPER-SCIA** per gli interventi di **....ristrutturazione urbanistica** qualora siano disciplinati da piani attuativi comunque denominati, che contengano precise disposizioni plano-volumetriche, tipologiche, formali e costruttive ....; (art. 23, c. 01, T.U.E.)

### RILEVANZA AI FINI DELLA COMMERCIALITÀ:

Gli immobili oggetto di ristrutturazione urbanistica eseguita in assenza di titolo abilitativo o in totale difformità dallo stesso sono **INCOMMERCIALI**. La mancata menzione negli atti traslativi o divisionali del titolo abilitativo ne determina la nullità



## Il mutamento di destinazione d'uso

### Art. 10, c.2, T.U.E.:

Rimette alle Regioni la disciplina del **titolo edilizio** "Le Regioni stabiliscono con legge quali mutamenti, connessi o non connessi a trasformazioni fisiche, dell'uso di immobili o di loro parti, sono subordinate a permesso di costruire o a S.C.I.A."

### Art. 23ter, T.U.E. introdotto dal DL 133/2014

distingue tra **mutamento rilevante o irrilevante** in relazione a 5 diverse categorie funzionali: **1. Residenziale 2. turistico-ricettiva 3. produttiva e direzionale 4. commerciale 5. rurale**

Salva diversa previsione da parte delle leggi regionali, costituisce **mutamento d'uso RILEVANTE** ogni forma di utilizzo dell'immobile diversa da quella originaria, anche non accompagnata da opere edilizie, tale da determinare il passaggio dall'una all'altra categoria funzionale (art. 23ter, c.1, T.U.E.).

Da segnalare anche, che, al fine di stabilire quale sia la destinazione d'uso di un immobile destinato a funzioni diverse, l'art. 23ter, c.2, T.U.E. stabilisce che "la destinazione d'uso di un fabbricato o di un'unità immobiliare è quella prevalente in termini di superficie utile"

Le Regioni dovevano adeguare la propria legislazione ai principi fissati nel nuovo art. 23-ter, T.U.E., entro 90gg dalla entrata in vigore del DL 133/2014. In mancanza di adeguamento trovano applicazione diretta le disposizioni dell'articolo suddetto.

## Il mutamento di destinazione d'uso Le classificazioni

### MUTAMENTO FUNZIONALE

Mutamento non accompagnato dall'esecuzione di opere edilizie

### MUTAMENTO STRUTTURALE

Mutamento accompagnato dall'esecuzione di opere edilizie

### MUTAMENTO RILEVANTE

Con o senza opere se determina il passaggio a diversa categoria funzionale

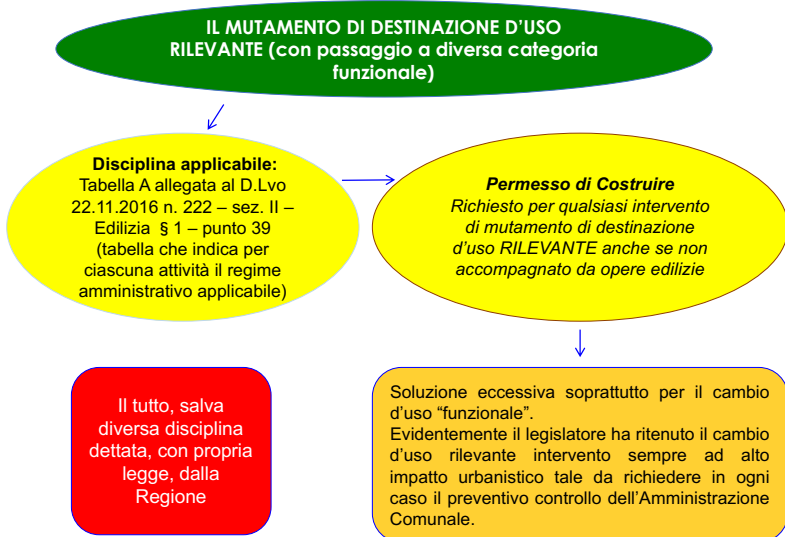
### MUTAMENTO IRRILEVANTE

Con o senza opere se avviene all'interno della medesima categoria funzionale

Al fine di individuare la disciplina applicabile al mutamento di destinazione d'uso, bisogna tener conto oltre che della tradizionale distinzione tra mutamento strutturale e mutamento funzionale anche della nuova distinzione, introdotta dal DL 133/2014, tra mutamento rilevante e mutamento non rilevante.

Salva diversa previsione da parte delle leggi regionali e degli strumenti urbanistici comunali, il mutamento della destinazione d'uso **all'interno della stessa categoria funzionale** è sempre consentito. Così dispone l'art. 23ter, c.3, T.U.E.; non è chiaro, peraltro, cosa si intende, in termini di titolo edilizio abilitativo, con l'espressione "è sempre consentito"



**MUTAMENTO DI DESTINAZIONE D'USO****MUTAMENTO DESTINAZIONE e COMMERCIALIZZABILITA' IMMOBILI**

Menzione titolo edilizio a pena di nullità

Tutti gli interventi comportanti anche il mutamento di destinazione d'uso **strutturale** (rilevante o no) e qualificabili come **ristrutturazione cd. "pesante"** (art. 46 comma 5bis T.U.E.)

Menzione titolo edilizio **FACOLTATIVA** solo per la storia urbanistica edilizia dell'edificio

Gli interventi comportanti il mutamento di destinazione **strutturale** (rilevante o no) non qualificabili come ristrutturazione "pesante", anche se per il mutamento d'uso sia prescritto il ricorso al permesso di costruire (come nel caso di cambio d'uso "rilevante")

I mutamenti di destinazione d'uso **funzionale** (mai qualificabili come ristrutturazione) a prescindere dal titolo abilitativo richiesto dalla normativa vigente e quindi anche nel caso sia prescritto il ricorso al permesso di costruire (come nel caso di cambio d'uso "rilevante")

giovanni rizzi  
trentin diego  
avvocato notarile associato

**IL CERTIFICATO DI AGIBILITA'**

## L'AGIBILITA'

Il Decreto legislativo 25 novembre 2016 n. 222 ha profondamente modificato la disciplina in tema di agibilità

Non è più previsto il rilascio di apposita certificazione (anche mediante silenzio assenso).  
Va invece presentata al SUE una **segnalazione certificata** con la quale debbono essere attestati:  
- la sussistenza delle **condizioni di sicurezza, igiene, salubrità, risparmio energetico** degli edifici e degli impianti negli stessi installati, (e quindi l'agibilità degli stessi)  
- la conformità dell'opera al progetto presentato  
art. 24 T.U.E nel testo riformulato dall'art. 3, c. 1, lett. i), D.Lvo 222/2016

Il Dec. Lvo 222/2016 con l'introduzione della **segnalazione certificata**, quale forma di attestazione dell'agibilità, ha istituzionalizzato quella che in precedenza costituiva una **forma alternativa** al rilascio del certificato di agibilità, quale disciplinata dal comma 5bis dell'art. 25 del T.U.E. introdotto con D.L. 21.6.2103 n. 69 (l'intero art. 25 T.U.E. è stato conseguentemente abrogato dal Dec. Lvo 222/2016)

## EFFETTI

L'utilizzo delle costruzioni può essere iniziato dalla data stessa nella quale viene presentata allo sportello unico per l'edilizia la **segnalazione certificata di agibilità** corredata di tutta la prescritta documentazione

Il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale, in caso di accertata carenza dei requisiti e dei presupposti per la presentazione della S.C.A., nel termine di 30 giorni dal ricevimento della segnalazione, adotta motivati provvedimenti di **divieto di prosecuzione dell'utilizzo** e di rimozione degli eventuali effetti dannosi di esso

La presentazione della S.C.A. non impedisce l'esercizio del potere di **dichiarazione di inagibilità** di un edificio o di parte di esso ai sensi dell'art. 222 del R.D. 27 luglio 1934 n. 1265 (art. 26 T.U.E. nel testo riformulato dall'art. 3, c. 1, lett. k) , Dec. Lvo 25 novembre 2016 n. 222).

## LA PRESENTAZIONE DELLA SEGNALAZIONE CERTIFICATA DI AGIBILITA'

La S.C.A. deve essere presentata al S.U.E. **entro 15 gg** dall'ultimazione dei lavori di finitura ogni qualvolta sia stato posto in essere uno dei seguenti interventi edilizi:

**nuove costruzioni**  
(ad es. costruzione di manufatti edilizi fuori terra o interrati, ovvero l'ampliamento di quelli esistenti all'esterno della sagoma esistente – art. 3 lett. e T.U.)

La S.C.A. va presentata a **prescindere dal provvedimento** rilasciato per autorizzare l'intervento edilizio (permesso di costruire, SCIA, o super S.C.I.A.)

**ricostruzioni** o sopraelevazioni, totali o parziali

La mancata presentazione della S.C.A., comporta l'applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria da € 77 ad € 464.

**Interventi sugli edifici esistenti** che possano influire sulle condizioni di sicurezza, igiene, salubrità, risparmio energetico (ad es. una ristrutturazione edilizia)

## AGIBILITA' e CONFORMITA' DELL'OPERA: la nuova disciplina in tema di segnalazione certificata di agibilità introdotta dal decreto legislativo 222/2016 porta con sé una novità di non poco conto.

Per la "chiusura" della pratica edilizia relativa a fabbricato di nuova costruzione ovvero oggetto di intervento edilizio rilevante, incidente sulle condizioni di sicurezza, igiene, salubrità, risparmio energetico, non è più sufficiente la sola dichiarazione di **agibilità** ma necessita anche l'**attestazione della conformità delle opere eseguite al progetto** a suo tempo presentato; la S.C.A. infatti deve essere corredata dall'attestazione tecnica di conformità dell'opera al progetto presentato.

Dall'11.12.2016 si può disporre anche di un'attestazione tecnica di regolarità edilizia dell'edificio e non solo di un'attestazione di idoneità al suo utilizzo in relazione alla specifica destinazione urbanistica.

La novità legislativa si pone nel solco di un **consolidato indirizzo giurisprudenziale** per il quale la conformità dell'edificio al progetto ed agli strumenti urbanistici, doveva essere considerata condizione per il rilascio del **certificato di agibilità**; sarebbe stato incongruo il rilascio dell'agibilità da parte del Comune a fronte di un manufatto abusivo destinato alla rimessa in pristino ovvero alla demolizione; nel passato, si era, pertanto, ritenuto legittimo il **diniego del rilascio dell'agibilità** non solo in mancanza delle condizioni di sicurezza, igiene, salubrità, risparmio energetico ma anche, qualora, fosse emersa una difformità della costruzione edilizia rispetto al progetto approvato o agli strumenti urbanistici vigenti (Cons. Stato 4.2.2004 n. 365).

## L'AGIBILITÀ NEGLI ATTI TRASLATIVI

Per la commerciabilità degli edifici e per la validità degli atti traslativi **NON E' NECESSARIA** la menzione dell'agibilità

Qualora sia venduto un edificio PRIVO dell'agibilità si pone l'esigenza di **regolamentare i rapporti** tra le parti per evitare future contestazioni. Il Notaio nel redigere l'atto non può non indagare la volontà delle parti e recepire l'eventuale accordo sulla disciplina del rilascio dell'agibilità, per **evitare contenziosi** (in particolare azioni di RISOLUZIONE)

Per la giurisprudenza la vendita di un edificio privo dell'agibilità **non è nulla** per illiceità dell'oggetto; tuttavia può essere richiesta la **risoluzione del contratto** se il venditore ha assunto anche implicitamente l'obbligo di trasferire il bene dotato di agibilità, a meno che l'agibilità possa essere agevolmente ottenuta (ed oggi con la SCA l'agibilità è più agevolmente ottenibile) Cass. 29.3.1995 n. 3687, Cass. 28.3.2008 n. 16216

## Rilevanza dell'agibilità: distinzione tra "commerciabilità giuridica" e commerciabilità economica"

**Cassazione 23.1.2009 n. 1701:**  
Il venditore di immobile abitativo, salvo patti contrari, ha l'obbligo di dotare tale bene dell'agibilità senza il quale lo stesso è "incommerciabile" non sotto il profilo giuridico ma sotto il profilo economico in quanto non acquista l'attitudine a realizzare la sua funzione economico-sociale

La mancanza dell'agibilità, pertanto, implica sempre un **inadempimento**, sebbene non sia tale da dare luogo necessariamente alla risoluzione del contratto.

Il bene presenta problemi di commerciabilità essendo irrilevante la circostanza che l'immobile sia regolare sotto il profilo edilizio

L'acquirente può reagire alla mancanza dell'agibilità chiedendo:  
- risoluzione (se non è di scarsa importanza l'inadempimento)  
- risarcimento danno  
o facendo valere l'eccezione di inadempimento ex art. 1460 cc

Cfr. Cass. 30.1.2017 n. 2294

## Varie sono le tesi sul fondamento normativo dell'azione di risoluzione nel caso di mancanza dell'agibilità:

**ART. 1453 c.c.**  
Azione generale di inadempimento: si tratterebbe di una ipotesi di vendita di "aliud pro alio" tale da giustificare la richiesta di risoluzione del contratto (prescrizione ordinaria)

**ART. 1497 c.c.**  
Risoluzione per mancanza di una qualità promessa ovvero essenziale all'uso cui è destinata la cosa (conseguente rispetto termini e condizioni ex art. 1495 c.c.: prescrizione 1 anno dalla consegna)

**ART. 1477 c.c.**  
Violazione dell'obbligo posto a carico del venditore di consegnare all'acquirente i documenti relativi all'uso della cosa (azione ordinaria di risoluzione per inadempimento e prescrizione ordinaria)

L'agibilità NON incide sulla **commerciabilità giuridica** di un edificio: tuttavia costituendo presupposto per la sua utilizzabilità incide sulla sua **"commerciabilità economica"**

## L'AGIBILITÀ ED IL RUOLO DEL NOTAIO

**IL CASO:** Tizio acquista un immobile risultato, a seguito di successivo accertamento, privo di agibilità. Tizio cita il Notaio rogante per risarcimento danni

**IL CASO:** Tizio acquista un immobile risultato, a seguito di successivo accertamento, parzialmente privo di agibilità. Tizio cita il Notaio rogante per risarcimento danni

**Cass. 10296 del 21.6.2012**  
La Cassazione ha condannato il Notaio a risarcire il danno per non aver informato la parte acquirente dell'inidoneità del bene ad ottenere l'agibilità.  
In questo caso era presente un atto d'obbligo di non mutare la destinazione d'uso del bene (originariamente uno stenditoio successivamente destinato ad abitazione in violazione di detto atto d'obbligo che ne vietava il mutamento di destinazione).  
In questo caso il Notaio non poteva non rilevare la violazione dell'atto d'obbligo e quindi l'inidoneità del bene ad ottenere l'agibilità; a suo carico vi era l'obbligo "di informazione e consiglio relativamente agli elementi che possono incidere sulla commerciabilità del bene perché sia assicurata la serietà e certezza dell'atto giuridico da rogarsi"

**Cass. 14618 del 13.6.2017:**  
La Cassazione in questo caso ha escluso la responsabilità del Notaio.  
Il Notaio ha l'obbligo di verificare la sussistenza dell'agibilità e qualora manchi, nella sua funzione antiprocessualistica, di avvisare le parti dello stato delle cose e delle conseguenze giuridiche derivanti dall'assenza di detto certificato, ma è sottratta alla sua competenza la constatazione tecnica dell'agibilità.  
La diligenza del Notaio deve ritenersi circoscritta all'esame della documentazione dei competenti uffici comunali ed alla ricezione delle dichiarazioni di parte ma non si può "ipotizzare che il Notaio si sostituisca ad un tecnico con competenze ingegneristiche per valutare autonomamente se l'immobile sia o meno abitabile"

**LA REGOLARITA' URBANISTICA E LA RESPONSABILITA' DEL NOTAIO**

**SOMMARIO: PARTE I. 1.1. Introduzione. 1.2. Lineamenti della multiforme responsabilità professionale del notaio in materia urbanistica ed edilizia.**

**PARTE II 2.1. Lineamenti della responsabilità civile del notaio in materia urbanistica ed edilizia. 2.2. La mancanza o la difettosa dichiarazione in ordine all'anteriorità del fabbricato al 1 settembre 1967. 2.3. Contenuto delle menzioni nelle altre ipotesi. Casi A1. Errato contenuto della dichiarazione ante 1 settembre 1967. A2 Risalenza della dichiarazione. 2.4. L'esecuzione di controlli edilizi ed urbanistici sull'immobile in assenza di un espresso incarico. Casi B1 Condonò edilizio. B2 Valutazione della legittimazione edilizia di un fabbricato e della idoneità dei titoli edilizi prodotti. B3 Mancata menzione di una domanda di condono. 2.5. L'agibilità e lo specifico dovere di informazione del notaio.**

**PARTE III 3.1. Lineamenti della responsabilità disciplinare del notaio in materia urbanistica ed edilizia. 3.2. Il ruolo dell'atto di conferma negli atti aventi ad oggetto fabbricati. 3.3. Il ruolo della conferma negli atti aventi ad oggetto terreni.**

**PARTE IV 4.1. Lineamenti della responsabilità penale del notaio in materia urbanistica ed edilizia. 4.2. La lottizzazione abusiva.**

**5.1. Conclusioni.**

**PARTE I.****1.1. Introduzione.**

Per definire la conformazione delle responsabilità del notaio<sup>1</sup>, il punto di partenza è costituito senz'altro dalla legge fondamentale del 16 febbraio 1913 n.89, nonostante si assista all'attribuzione al notaio di sempre nuovi compiti e funzioni, tutti diretti ad enfatizzare il perseguimento di interessi di rango pubblicistico e la collaborazione con le

<sup>1</sup>In ordine alla multiforme responsabilità del notaio si segnala in particolare l'opera recente collettanea di CELESTE, COSIO, MARZOCCHI BURATTI e TENORE *Il notaio e le sue quattro responsabilità* a cura di TENORE, Milano 2016.

Tra i numerosi interventi monografici in ordine alla responsabilità del notaio si segnalano ANGELONI, *La responsabilità civile del notaio*, Padova, 1990; ANGELONI, *Responsabilità del notaio e clausole abusive*, Milano, 1999; CELESTE *La responsabilità civile del notaio* Jovene, 2007; LA PORTA, *La responsabilità professionale del notaio. Profili di responsabilità civile e penale del pubblico ufficiale*, Torino, 2003; PAOLUCCI, *Atti vietati e responsabilità notarile nella giurisprudenza*, Milano, 1990; TRIOLA, *La responsabilità del notaio*, Milano, 1999.

Con riguardo alla responsabilità in relazione alla esecuzione delle visure ipotecarie, con interessanti spunti generali PETRELLI, *Visure ipotecarie. Responsabilità civile del notaio. Limiti del danno risarcibile*, Milano, 1994.

Si segnala altresì l'acuto contributo di studio di FUSARO *Le - tre o troppe? - responsabilità del notaio in Riv. Not.* 2004, 06 p.1313 e ss. .

pubbliche amministrazioni<sup>2</sup>, frutto<sup>3</sup> di una sempre più marcata tendenza alla “costituzionalizzazione” del diritto privato<sup>4</sup>.

In un tale quadro, emerge con chiarezza soprattutto il ruolo di garanzia svolto dal notaio “nel più ampio contesto dello Stato comunità, “nel quale operano uffici che non sono organi dell’apparato amministrativo e si caratterizzano, anzi, per una spiccata indipendenza da quest’ultima, volta ad assicurarne l’imparzialità”<sup>5</sup>; si tratta, in concreto, di una funzione tipizzata di salvaguardia del contraente più debole e dei diritti dei terzi e mediamente dell’interesse della comunità a che alcuno dei suoi appartenenti non subisca nocumento; in tal senso, come le Autorità di garanzia<sup>6</sup> “si muovono nell’area del privato sociale, dei cittadini in quanto utenti, consumatori, risparmiatori ecc., così il ministero notarile non resta estraneo alla ponderazione di interessi sociali dietro quelli delle parti”<sup>7</sup>.

E’ stato attentamente ricordato<sup>8</sup>, segnalando l’evoluzione dei tempi, che l’attività notarile rientra nell’esercizio di pubbliche funzioni, essendo egli un professionista investito di potestà pubblicistiche, i cui profili strutturali sono connotati da indipendenza, imparzialità e terzietà<sup>9</sup>.

<sup>2</sup> Si segnalano in via esemplificativa, la tutela urbanistica ed edilizia, un sempre più ampio ruolo di collaborazione con il giudice nell’ambito del processo civile (in specie in materia di esecuzione e mediazione processuale, sino all’ampliamento del potere di ricevimento di verbali di inventario), l’aggiornamento dei pubblici registri (anche catastali, attraverso la metodica della conformità oggettiva), l’accesso agevolato alla casa di abitazione (mediante la collaborazione svolta in occasione delle dismissioni), il risparmio energetico (con l’esercizio di un ruolo tecnicamente complesso nella valutazione degli obblighi di dotazione dell’attestato di certificazione energetica e di allegazione agli atti), la tutela dei soggetti deboli (con la speciale disciplina dettata dal codice civile in tema di amministrazione di sostegno), la salvaguardia della posizione giuridica dell’acquirente (con la recente disciplina in materia di deposito del prezzo della compravendita), la lotta al riciclaggio.

<sup>3</sup> Sulla questione si rinvia agli atti del XXXVI Congresso nazionale del Notariato tenutosi a Roma il 27-30 novembre 1997 *Il Notaio, istituzione garante dei diritti del cittadino e dell’interesse pubblico*, coordinato dal Pres. F. A. CASAVOLA, al quale si deve la *Prefazione*, Roma De Cristofaro 1997; si rinvia in particolare ai contributi di CELESTE *La funzione notarile* p. 7, e CACCAVALE *Le funzioni notarili nella logica del mercato* p. 155. Sia consentito un rinvio anche al mio contributo *Il notaio, consulente giuridico delle parti interprete e garante di interessi pubblici e privati* p. 73.

<sup>4</sup> Sulla questione CELESTE *La funzione notarile* p.26.

<sup>5</sup> L’espressione è di CELESTE *La funzione notarile* op. cit. p.28. Si rinvia sul punto al contributo di NIGRO *Il Notaio e il diritto pubblico*, in *Riv. Not.* 1979, p.1151 e ss., in particolare p. 1170. I fondamenti giuridici di tale impostazione vengono rinvenuti in tre argomenti: a) imputazione degli atti allo Stato: l’art.51 L.not. statuisce che l’atto deve recare l’“intestazione” “Repubblica Italiana”, significando, in parallelo con le norme processuali in materia di forma della sentenza del giudice, che l’atto è stato rogato proprio “in nome della Repubblica Italiana”; gli atti non appartengono al Notaio che ne è “custode” e può solo entro certi limiti sostanziali e temporali rilasciarne copia; b) configurazione peculiare della responsabilità civile “ritenuta più vicina alla responsabilità extracontrattuale” (p.1164); c) percezione di un onorario a titolo di retribuzione determinato variamente in considerazione del tipo di interesse a garanzia e per la realizzazione del quale è effettuata la prestazione richiesta. Nello stesso senso, distingue il titolare dell’organo (o funzionario) dall’ufficio (ambito di potestà pubblica) pur non facendo alcun riferimento specifico alla figura del Notaio, il Virga in *Diritto amministrativo - I principi*, Milano 1983, I, p.45 e ss..

<sup>6</sup> CELESTE *La funzione notarile* p.65 sottolinea che l’assimilazione del notaio con le autorità statali indipendenti (che sono appunto amministrazioni dello Stato, ma indipendenti) opera sul piano squisitamente funzionale.

<sup>7</sup> In questo senso, CASAVOLA *Prefazione* op. cit. p.5.

<sup>8</sup> CELESTE *La funzione notarile* op. cit. p.20, al quale si rinvia in specie in ordine alla revisione della lettura tradizionale della funzione di adeguamento.

<sup>9</sup> CELESTE *La funzione notarile* op. cit. p.49, afferma che tali sono le prerogative della funzione notarile secondo un’impostazione pressoché unanime.

Le funzioni di certificazione e di adeguamento della volontà appaiono senz’altro espressione essenziale del *munus* notarile pubblico, ma sono entrambe sussunte “in una più ampia funzione di garanzia non solo dell’autonomia privata, ma anche degli interessi collettivi, che lo Stato assume come propri e che con essa possono entrare in conflitto”<sup>10</sup>. Si tratta in particolare di una sempre più accentuata attività di collaborazione con le amministrazioni pubbliche, delineando un sistema organizzativo duttile e suscettibile di ulteriori modulazioni ed ampliamenti funzionali.

Il ruolo del notaio appare, allora, del tutto simile a quello svolto dalle autorità indipendenti, segnalando per altro verso da subito la conformità alla legge di siffatta competenza, ai sensi del combinato disposto dell’art. 2699 c.c. e dell’art. 1 l.n., e delle norme di legge speciale, anche alla luce dell’annosa questione circa la ricevibilità dei verbali di constatazione da parte del notaio<sup>11</sup>.

La ricostruzione che ravvisava l’essenza dell’attività notarile nella sola e mera funzione di certificazione appare, allora, oggi certamente retaggio di tempi ormai lontani<sup>12</sup>. Il notaio coniuga poi siffatta potestà come attribuitagli dalla legge, ma esercitata in nome proprio quale titolare di un ufficio, attuando in modo efficiente “il necessario raccordo tra la sua posizione pubblica e l’esercizio dell’attività libero professionale”<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> CELESTE *La funzione notarile* op. cit. p.29, in questo senso, al quale si rinvia per l’ampia trattazione sulla questione e che intravede nella figura notarile “un ruolo di promozione dei valori costituzionali” (p.33), svolto in termini sovrapponibili alle cd. autorità indipendenti (p.37). In tal modo, è evidenziato anche il fondamento dell’istituzione notarile nella Carta Fondamentale ed in particolare nell’art. 97 Cost. norma immediatamente precettiva che dispone che gli uffici pubblici siano organizzati in modo da assicurarne l’imparzialità ed il buon andamento (p.50).

<sup>11</sup> CASU, *Dismissione del patrimonio pubblico e verbale d’asta*, Studio del CNN, n. 4116/2002.

<sup>12</sup> Sul punto, CELESTE *La funzione notarile* op. cit. p.28.

Perde rilievo poi anche la dicotomia diritto pubblico-diritto privato: “il diritto privato del futuro sarà innanzitutto il diritto dei rapporti civili cioè *ius civile*, non contrapposto al pubblico, quale insieme di rapporti ed istituti che hanno ad un tempo interessi privati e pubblici” (in questo senso, P. PERLINGIERI, *Il futuro ius civile ed il ruolo della dottrina in Scritti in onore di Rodolfo Sacco - La comparazione giuridica alle soglie del 3° millennio*, Milano, 1994, p.863). E’ infatti costante la tendenza del legislatore a non permettere che il diritto dei privati resti indenne dalla necessità di una tutela sempre più pregnante degli interessi pubblici via via emergenti nella società, tanto che neppure la stessa autonomia contrattuale può essere esercitata in modo legittimo senza assicurarne il rispetto. Appare peraltro del tutto vano e non proficuo un tentativo di disaggregazione delle norme di diritto pubblico dalle norme di tipo privatistico disciplinanti i diversi istituti giuridici allo scopo di accertarne la prevalenza dell’uno o dell’altro carattere, essendo ciascun istituto “tipico” proprio in quanto risultante dalla sintesi organica o dalla variegata aggregazione di tali elementi eterogenei. Ne sono espressione le nuove questioni poste dal diritto urbanistico (prima tra tutte la materia dei diritti edificatori) e dal diritto dell’energia (in specie in materia di attestazione di prestazione energetica).

<sup>13</sup> L’espressione è di CELESTE *La funzione notarile* op. cit. p.64. L’Autore sottolinea che la distribuzione territoriale dei notai è evidente espressione di un tale coacervo di interessi pubblici e privati. Scriveva Salvatore Satta (in *Poesia e verità nella vita del Notaio* in *Riv. Not.*, 1955, p. V e ss.) che lo studio del diritto lo ha condotto sempre alla “contemplazione di misteri”: dal “mistero del processo”, al “mistero della norma”, al “mistero del diritto” ed infine allo studio di una figura che racchiude in sé tutti tali misteri: il Notaio. Tale saggio appare ancor oggi di straordinaria attualità ed efficacia, per la passione che traspare da ogni parola e per la vitalità delle considerazioni svolte; il Notaio è infatti, secondo il Satta, “un uomo che parla, un uomo che scrive”, un uomo che esprime un giudizio, trasfuso nell’atto pubblico: anzi, è proprio l’atto pubblico il giudizio in sé. Ed il mistero consiste, allora, nel fatto che l’ordinamento giuridico “ha bisogno dell’uomo che lo affermi e lo dichiari, cioè di un uomo che lo faccia suo attraverso il giudizio; come il soggetto ha bisogno dell’uomo che lo riconosca, e questo bisogno esprime attraverso l’azione, che non è se non esigenza di giudizio; così la volontà per essere tale, cioè, volontà dell’ordinamento ha bisogno dell’uomo che la faccia sua, e compia anch’egli quindi un giudizio. L’atto pubblico è questo giudizio, e il notaio, come gli antichi avevano ben intuito, è un giudice” (p. VIII). Carnelutti in *Diritto o arte notarile* in



L'esercizio della funzione notarile è però essenzialmente unitario ed è intrinsecamente connesso ai valori ed agli interessi a tutela dei quali è unitariamente posto<sup>14</sup>.

La funzione pubblica notarile può svolgersi in modo efficace in un tale ambito proprio perché manifesta, con i tratti caratteristici dell'attività libero-professionale<sup>15</sup>, la pubblica funzione, che, con l'insopprimibile qualità di terzietà del Notaio, affetta indelebilmente anche il rapporto privatistico fra Notaio e cliente<sup>16</sup>.

La pubblica funzione e l'attività libero-professionale non rappresentano, allora, l'espressione di due distinti atteggiamenti della stessa figura, svolgentisi in tempi e modi differenti e paralleli, bensì le qualità fondamentali di un'anima, quella notarile, intimamente ed inscindibilmente unitaria, che proprio nella filiera contrattuale gioca un ruolo fondamentale, comunque essa sia articolata e conformata dall'autonomia delle parti ai sensi dell'art.1322 c.c. .

## 1.2. Lineamenti della multiforme responsabilità professionale del notaio in materia urbanistica ed edilizia.

La peculiarità del ruolo del notaio conduce a ipotizzare una pluralità di responsabilità di cui appare complessa l'identificazione dei contorni.

La conformazione teorico pratica di tali fattispecie assume un grado di ulteriore difficoltà laddove si tenti di individuarla nello specifico ambito dell'edilizia e dell'urbanistica, che ormai da qualche anno sono diventate un elemento essenziale del corpo dell'atto notarile e giocano un ruolo importante nella modulazione degli interessi delle parti, coniugando elementi di tipo privatistico e pubblicistico.

Nello specifico suddetto ambito dell'edilizia e dell'urbanistica, può certamente essere esclusa da subito la possibilità di configurare una responsabilità contabile del notaio, pur sempre astrattamente ammissibile<sup>17</sup>, essendo difficile in concreto ipotizzare un danno causato alla pubblica amministrazione nell'ambito di un rapporto di servizio.

*Vita Notarile* 1954, p.209, il quale rileva che allorquando nella professione notarile si indaga "l'aspetto spirituale, affiora il concetto dell'arte; e i notari, che del loro pregevolissimo compito vogliono essere degni, a questo soprattutto debbono pensare"(p.229). Ed il Notaio, se vuole veramente esercitare a pieno la sua professione, aiutando le parti "a negoziare, che è a sua volta navigare, deve conoscere non solo le vie della terra ma le vie del cielo" (lo stesso Autore nel celeberrimo *La figura giuridica del Notaio* pubblicato in *Riv. Not.* 1951, p.I, nonché in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 195, p.921). Grande passione traluce, poi, un vecchissimo saggio dal titolo *La funzione essenziale del Notaio* del Notaio G.B. Curti-Pasini, risalente al 1932 ripubblicato dalla Rivista del Notariato nel 1951, p.15 e ss. Si può osservare come lo studio delle funzioni notarili abbia impegnato alcuni tra i più illustri studiosi del diritto di tutti i tempi. Per una ricostruzione delle teorie al proposito sia consentito un riferimento al mio contributo *Il notaio, consulente giuridico delle parti interprete e garante di interessi pubblici e privati* op. cit. p.78.

<sup>14</sup> Anzi, proprio dalla tutela attenta e sostanziale di tali valori ed interessi, il Notaio - ed il Notariato - traggono nuova linfa e nutrimento.

<sup>15</sup> A mo' d'esempio si possono richiamare le modalità di remunerazione, l'assenza di una clientela stabile, l'ammissibilità di una concorrenza che sia lecita, l'organizzazione di studio

<sup>16</sup> NIGRO *Il Notaio e il diritto pubblico*, op. cit., p.1172-1173 il quale aggiunge che la professionalità ha "un significato ancora più profondo: essa è il modo mediante il quale il notaio si congiunge alla comunità sociale di cui è membro e partecipa intimamente alla vita di essa".

<sup>17</sup> In relazione alla responsabilità contabile del notaio, il cui accertamento è devoluto alla giurisdizione della Corte dei Conti, si rinvia a TENORE *La responsabilità amministrativo contabile del notaio* in AA. VV. *Il notaio e le sue quattro responsabilità*, op. cit. p.595. Si segnala che appare del tutto poco analizzata un'ipotesi tecnica di tal fatta, che richiede comunque che il danno alla pubblica amministrazione sia stato arrecato "nell'esercizio di compiti istituzionali, da un professionista che sia anche pubblico dipendente e abbia agito, in situazione di occasionalità necessaria, in tale sua veste pubblicistica" (p.597).

Non vi è certamente giurisdizione contabile nel caso in cui un parere di un soggetto esterno alla pubblica amministrazione ed incaricato di una singola operazione, abbia inciso sulla formazione del potere decisionale della stessa, né nel caso in cui il danno sia derivato dalla stipulazione di un qualsivoglia atto pubblico del quale il notaio sia stato incaricato da essa<sup>18</sup>.

Possono, per grandi categorie, in materia urbanistica ed edilizia, ricorrere tre forme di responsabilità, civile, penale e disciplinare, che possono naturalmente anche concorrere tra di loro<sup>19</sup>.

## PARTE II

### 2.1. Lineamenti della responsabilità civile del notaio in materia urbanistica ed edilizia.

Esclusa la possibilità di assimilare la prestazione del notaio a quella di un imprenditore di servizi, nonostante le pulsioni in tal senso<sup>20</sup>, le regole che presiedono la disciplina della responsabilità civile del notaio devono essere individuate nelle norme aventi ad oggetto la prestazione d'opera intellettuale, come conformata per effetto delle speciali disposizioni che connotano siffatta specifica funzione.

Il contratto di prestazione intellettuale fra Notaio e cliente può, allora, essere qualificato come "tipico, consensuale, ad effetto obbligatorio, a contenuto in parte eterodeterminato, a prestazioni corrispettive, di durata, eventualmente plurilaterale, essenzialmente oneroso, *intuitu personae*, a rilevanza generale"<sup>21</sup>.

Detto rapporto contrattuale rientra, infatti, nel tipo disciplinato dal legislatore del 1942 negli artt.2230-2238 c.c., e la presenza di una puntuale e specifica disciplina dell'esercizio del ministero notarile prevista da leggi speciali non confligge con tale assunto. La duttilità e l'elasticità del contratto nominato "de quo" consentono di non abbandonare l'adozione del suddetto tipo legale, obbligando piuttosto ad un esame di compatibilità delle diverse fonti della disciplina contrattuale.

E', d'altro canto, pacifico che il contenuto del contratto è individuato dall'insieme delle disposizioni delle parti, nonché dalle determinazioni legali necessarie sia per supplire l'incompletezza del regolamento pattizio, sia all'occorrenza per rettificarlo.

Il contratto d'opera intellettuale è allora regola all'agire di tutte le parti di esso, Notaio e clienti, obbligandole non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che derivano dalla legge, o, in mancanza da altre fonti esterne al contratto medesimo, come gli usi o l'equità (art.1374 c.c.) o la buona fede (art.1375 c.c.).

<sup>18</sup> TENORE *La responsabilità amministrativo contabile del notaio* in AA. VV. *Il notaio e le sue quattro responsabilità*, op. cit. p.608 segnala che resta fermo l'obbligo di agire in sede civile per il risarcimento del danno secondo le regole ordinarie.

<sup>19</sup> FUSARO *Le - tre o troppe? - responsabilità del notaio* cit. p.1313 rileva che la funzione notarile "non si esaurisce nella certificazione, ma si estende al controllo di legalità (c.d. adeguamento necessario della volontà delle parti alla legge) e poi alla consulenza finalizzata all'atto (c.d. adeguamento facoltativo). La giurisprudenza del resto da tempo prospetta una responsabilità di natura contrattuale del notaio nei confronti delle parti dei suoi atti, senza escludere quella extracontrattuale nei confronti di terzi. Alla responsabilità civile si affiancano la disciplinare e quella penale.". Ed aggiunge in conclusione che "quella notarile è una professione forgiata in tempi — e atmosfere — molto lontani, improntata alla doverosità del suo ministero, alla totale prevenzione di ogni conflitto di interessi e che — specie in questi ultimi decenni — registra una schizofrenica convivenza tra la veste di pubblico ufficiale e quella di professionista.".

<sup>20</sup> Per l'ampio dibattito sul punto si rinvia a CELESTE *La responsabilità civile del notaio* in AAVV *Il notaio e le sue quattro responsabilità* op. cit. p. 287 e ss., in particolare.

<sup>21</sup> Le espressioni sono tratte esattamente dal mio contributo *Il notaio, consulente giuridico delle parti interprete e garante di interessi pubblici e privati* cit. p. 73



Gli effetti estranei alla determinazione pattizia, pur integrando il rapporto contrattuale, non ne alterano l'essenza, restando pertanto assorbiti all'interno del tipo legale e della sua disciplina. La specifica statuizione del 2° comma dell'art.2230 c.c. rafforza tale impostazione: il contratto d'opera intellettuale cd. "notarile" è insomma "nominato" ed al suo interno possono trovare equilibrato sviluppo, nel rispetto della natura del rapporto, interessi di pubblici e privati, ed accanto a loro interessi del gruppo professionale, acquistando esso stesso, proprio per questo rilevanza generale.

Una risalente, ma sempre attuale pronuncia del Consiglio di Stato, nell'affermare che le regole deontologiche, enunciate nella delibera del Consiglio Nazionale del Notariato del 24 febbraio 1994, n.118, espressione del potere attribuito allo stesso Consiglio in forza della Legge 27 giugno 1991, n.220, rappresentano "norme indirette", intende riferirsi semplicemente al procedimento in base al quale atti normativi di un ordinamento particolare acquistano efficacia nell'ordinamento generale, in forza del richiamo effettuato da quest'ultimo<sup>22</sup>. Ciò, tuttavia, non solo non esclude la loro valenza precettiva, ma permette di affermare che tali prescrizioni, al di là dell'indiscusso rilievo disciplinare, intervenendo sul piano del rapporto contrattuale fra Notaio e cliente, ne modulano il contenuto, integrandolo e costituendo al pari della regolamentazione pattizia e delle altre disposizioni eteronome, fonte di obbligazioni ulteriori a carico di ciascuna delle parti.

Non altera il principio consensualistico che informa il tipo legale del contratto d'opera intellettuale, neppure l'obbligo del Notaio di prestare il suo ministero ogni qualvolta ne sia richiesto. Lasciando per il momento da parte il problema dell'ampiezza del contenuto di siffatto obbligo, la libertà di affidamento dell'incarico, attribuita ai clienti secondo regole particolari, non esclude che il Notaio debba valutare la proposta ricevuta e solo successivamente accettarla, potendo essa per avventura in ipotesi peculiari essere rifiutata<sup>23</sup>. L'obbligo legale rappresenta, insomma, una limitazione "ex lege" della libertà contrattuale, non la negazione della natura contrattuale del rapporto<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> Si tratta della pronuncia del Consiglio di Stato del 12 novembre 1996 sez. IV che è commentata su *Corriere Giuridico*, 1997, n.5, p.532. Cfr. sul punto: CELESTE *Il codice deontologico al vaglio della giurisprudenza amministrativa in Notariato*, 1995, 4, 381, con nota a commento della pronuncia del Tar del Lazio, sez.III, 29 marzo 1995, n.637. Si segnalano, inoltre, al riguardo, le seguenti pronunce: Tar Lombardia sez.III, 5 maggio 1995, n.1049, Tar Lazio, sez.III, 3 luglio 1995, n.1147, Tribunale di Verona, sez.IV civile, 31 gennaio 1996 nn.94 e 95.

L'ultrattività delle norme deontologiche, aventi valenza non solo nei confronti del Notaio, ma anche nei confronti delle parti del contratto d'opera intellettuale e dei terzi trova recentissima autorevole conferma nell'art.1 del cd. "codice deontologico forense ove è statuito sotto la rubrica "Ambito di applicazione": "Le norme deontologiche si applicano a tutti gli avvocati e praticanti nella loro attività, nei loro reciproci rapporti e nei confronti dei terzi"; il detto codice, approvato dal Consiglio Nazionale Forense nella seduta del 17 aprile 1997, è stato pubblicato da *Il Corriere Giuridico*, 1997, n.6, p.723. In giurisprudenza, in senso contrario, la pronuncia della Suprema Corte del giorno 11 aprile 1964, n.841, pubblicata su *Vita Not.*, 1964, p.762, ha affermato che "le regole deontologiche, che tutelano il decoro professionale, hanno quali destinatari unicamente i professionisti assoggettati ad una particolare disciplina controllata dalle associazioni professionali, e non riguardano il cliente".

<sup>23</sup> In un ambito sia pure diverso da quello notarile la Suprema Corte ha affermato che la mera comunicazione di disponibilità del professionista ad assumere un incarico professionale, non è proposta contrattuale; infatti la conclusione del relativo contratto d'opera, ed i conseguenti effetti (anche ad esempio in tema di individuazione del giudice competente per territorio), potrà ritenersi avvenuta solo allorché al cliente attribuito l'incarico, perviene la comunicazione dell'accettazione dello stesso da parte del professionista (sentenza del 17 novembre 1978 riportata da "Codice civile" annotato a cura di Pescatore e Ruperto, Milano, 1978, II, p.3155).

<sup>24</sup> Il contratto d'opera intellettuale cd. "notarile" è caratterizzato inoltre, dalla protrazione nel tempo della prestazione professionale che non si esaurisce istantaneamente. Tale carattere permette di affermare che

Il contratto d'opera intellettuale, il cui contenuto è in parte di fonte pattizia ed in parte eterodeterminato, è, insomma, regola all'azione del Notaio e dei clienti-consumatori e strumento efficace di realizzazione e composizione degli interessi alla cura dei quali è preposta la funzione notarile.

"Conoscere il volere che colui che vuole non conosce: ecco il dramma del notaio", scriveva Satta<sup>25</sup>. Spesso il cliente, infatti, non conosce o ha una imperfetta conoscenza dei problemi connessi alla fattispecie giuridica che si propone di realizzare<sup>26</sup>.

Il Notaio, nel ricevimento dell'atto, deve ricercare, infatti, una regolamentazione degli interessi privati, quali traspaiono dall'"intento empirico" delle parti, tale da permetterne lo sviluppo equilibrato nella formazione del documento, in modo idoneo a garantire l'esigenza avvertita dalle parti di comune sicurezza giuridica. "Imparzialità" ed "Indipendenza" nell'esecuzione della prestazione significano, allora, che il Notaio deve evitare soprafazioni di un contraente a danno dell'altro, dando adeguata informazione alla parte interessata su tutti gli aspetti del negozio.

Il mero dovere di avviso, specificazione del generale principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, diviene così vero e proprio obbligo di informazione delle possibili conseguenze della prestazione richiesta, non solo sotto il profilo delle eventuali cause di invalidità o inefficacia dell'atto richiesto, ma anche delle ragioni tecnico-giuridiche che inibiscono la realizzazione del risultato che i contraenti, con quel particolare strumento giuridico, intendono perseguire.

Il compito di informazione, da eseguirsi con chiarezza dopo un'accurata indagine del voluto, espresso o meno, delle parti, non può considerarsi concluso con l'esame del programma negoziale predisposto, ma in modo propositivo deve indirizzarsi verso la prospettazione ed il suggerimento alle stesse di soluzioni pur *ab origine* estranee al loro progetto di regolamentazione, ma conformi alla sostanza delle loro intenzioni.

Ecco, allora, che attività di informazione ed attività di consiglio, entrambe ennesima manifestazione dell'essere armonica sintesi di diversi caratteri del Notaio, si fondono in un *unicum* inscindibile sul freddo tavolo dell'anatomia giuridica, ad

l'assetto degli interessi che emerge durante lo svolgimento del ministero notarile può mutare rispetto al momento del conferimento iniziale, con la conseguente necessità di adeguare alle variate condizioni anche la prestazione professionale, sino all'estremo di ammettere il recesso del Notaio in caso di sopravvenuto contrasto con norme di legge successive all'accettazione dell'incarico professionale o in caso di elementi di fatto insorti "ex post" impeditivi dell'esercizio del ministero notarile. La complessità del rapporto sinallagmatico discende dalla compresenza di un numero variabile di soggetti stipulanti con il Notaio il contratto d'opera intellettuale, i quali, pur tenuti solidalmente tra loro al pagamento di onorari, diritti accessori e rimborso delle spese anticipate ex art.78, 2° comma L. not., sono in diversa misura obbligati al pagamento delle medesime somme dovute a seconda delle diverse fattispecie di atti.

<sup>25</sup> SATTA *Poesia e verità nella vita del Notaio in Riv.Not.* 1955, p.IV e ss..

<sup>26</sup> LEGA *Le libere professioni intellettuali nelle leggi e nella giurisprudenza*, op.cit., p.614; GIACOBBE voce *Professioni intellettuali* in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1987, XXXVI°, p.1076, il quale evidenzia che quasi sempre il cliente manifesta il suo consenso in modo generico. Specificamente sul dovere di informare del Notaio cfr. RUTA *La diligenza del Notaio tra obblighi "antichi" e diritti "moderni"* in *Responsabilità civile e previdenza*, 1994, p.259 e ss.; GIRINO *La figura giuridica del Notaio*, op. cit., p.606. Sull'attività promozionale del Notaio con particolare riguardo alle clausole arbitrali cfr. TATARANO *Il Notaio tra arbitrato e conciliazione in Notariato*, 1996, n.6, p.505 e ss.. In generale, BARILE *Riflessioni di un costituzionalista sulla professione di notaio*, op. cit. p.40; CARUSI *Il negozio giuridico notarile*, Milano, 1978, I, p.22. La giurisprudenza francese si è pronunciata espressamente sulla portata dell'obbligo di informare del Notaio Cour de Cassation 1.er Chambre civile, 27 settembre 1983, in *Vita Notarile*, 1984, p.1671-1672, a proposito dell'obbligo del Notaio di avvertire il venditore della mancanza di disponibilità finanziarie del compratore. Sulla configurazione della responsabilità per informazioni inesatte, BUSNELLI *Itinerari europei nella terra di nessuno tra contratto e fatto illecito: la responsabilità da informazioni inesatte in Contratto e Impresa* 1991, p.539 e ss..

insopprimibile garanzia di corrispondenza fra voluto e formalmente rappresentato nel documento<sup>27</sup>.

Ebbene, sulla base di tali presupposti, l'inadempimento del notaio dovrà essere valutato alla stregua dello speciale dovere di diligenza professionale, commisurato, non solo sui criteri desumibili dall'art. 1176 c.c., ma anche in base alla peculiarità della natura dell'attività esercitata.

Tuttavia, un siffatto obbligo di diligenza non solo non colora l'*opus notarile* in modo tale da assicurare il risultato o la convenienza economica del contratto posto in essere, ma non impone neppure un'indagine "relativa alla veridicità delle affermazioni delle parti, le quali restano sotto la esclusiva responsabilità di chi le rende, in quanto attinenti alla fase negoziale"<sup>28</sup>.

Il notaio, insomma, non è tenuto sulla base della diligenza media, la cui regola è contenuta nell'art. 1176, secondo comma, c.c. a controllare la veridicità delle dichiarazioni formulate nell'atto dalle parti<sup>29</sup>, né *ex ante* né *ex post*<sup>30</sup>, fatto salvo naturalmente uno specifico incarico ricevuto e formulato espressamente in tale senso.

Solo in quest'ultima ipotesi, potrà rispondere di un siffatto errore o omissione, laddove si accerti, sulla base di criteri eziologici riconosciuti, che senza di esso il risultato sarebbe stato conseguito con ragionevole certezza o che se le parti fossero state informate secondo un criterio conforme alla correttezza non avrebbero concluso il loro contratto<sup>31</sup>.

Colui che agisce per l'inadempimento del notaio dovrà, allora, in estrema sintesi, provare l'inesatta o mancata esecuzione dell'incarico per colpa o per la violazione del dovere di diligenza di cui all'art. 1176 comma secondo c.c. e che tale inadempimento sia causalmente connesso al danno risarcibile derivante da tale condotta commissiva od omissiva, che egli ha subito<sup>32</sup>. Non potrà, quindi, limitarsi a provare la mancata realizzazione del risultato voluto, ma "la violazione da parte del professionista di una specifica norma di condotta, che avrebbe dovuto regolare la corretta esecuzione della prestazione". Per converso, il notaio sarà tenuto a provare che la sua condotta è conforme alla diligenza da lui esigibile, in tutte le fasi preparatorie e/o successive al rogito,

<sup>27</sup> Può, al riguardo, ricordarsi l'annosa "quaestio" dell'autore del documento notarile, dall'ardua soluzione. A tale proposito si segnala da ultimo DI SABATO *Il documento notarile*, Milano, 1997, p.109-113. Sul dovere di consiglio del Notaio cfr. BUTTITTA *Il Notaio consigliere delle parti in Vita Notarile*, 1954, p.15; GRASSO *La funzione del Notaio e la tutela stragiudiziale dei diritti in Riv. Not.* 1971, p.17 e ss.; BONASI BENUCCI *Appunti sulla responsabilità civile del Notaio in Vita Notarile*, 1956, p.441 e ss.; ZARAGA *La responsabilità professionale del Notaio in Vita Notarile*, 1957, p.549. Si segnala sull'attività di interpretazione della volontà delle parti da parte del Notaio che in certo senso deve essere attività di previsione PANUCCIO *L'interpretazione giuridica (nella problematica dell'attività notarile)* in *Vita Notarile*, 1994, p.39 e ss., nonché il celebre saggio del BETTI (*Interpretazione dell'atto notarile in Riv. Not.* 1960, p.1). Parla di tutela preventiva da parte del Notaio PERCHINUNNO *Il Notariato nell'economia liberale*, op. cit., p.552.

<sup>28</sup> In questo senso, CELESTE *La responsabilità civile del notaio in AAVV Il notaio e le sue quattro responsabilità* op. cit. p.304.

<sup>29</sup> Cass. 7 luglio -27 luglio 2015 n.21792 in [www.dirittoegiustizia.it](http://www.dirittoegiustizia.it); Cass. 29 marzo 2007 n.7707 in *Guida al diritto* 2007, 25.44 e in *Riv. Not.* 2008, 165 con nota di CASU *Obblighi del notaio in relazione alle dichiarazioni di parte*.

<sup>30</sup> Trib. Roma 7 luglio 2007 in *Redazione Giuffrè* 2009, che qualifica come negligente il notaio che non abbia effettuato un siffatto controllo.

<sup>31</sup> In questo esatto senso, CELESTE *La responsabilità civile del notaio in AAVV Il notaio e le sue quattro responsabilità* op. cit. p.305, il quale tuttavia anche in tale ipotesi non esclude la possibilità di un concorso con il cedente.

<sup>32</sup> CELESTE *La responsabilità civile del notaio in AAVV Il notaio e le sue quattro responsabilità* op. cit. p.311.

assicurandone serietà e certezza, o l'impossibilità della prestazione per causa a lui non imputabile o infine l'inesistenza della violazione della regola di condotta lamentata dall'attore<sup>33</sup>.

E' poi anche possibile configurare la responsabilità extracontrattuale del notaio, anche in siffatta materia<sup>34</sup>. Il riferimento è alla invalidità dell'atto per vizi di natura formale o sostanziale, inerenti le menzioni urbanistiche ed edilizie, imputabili al notaio dal punto di vista del dolo o della colpa professionale ed alla ricaduta di siffatto difetto patologico sull'atto successivo<sup>35</sup>.

Devono essere certamente individuate, innanzi tutto, le disposizioni in gioco.

L'art. 40 comma 2<sup>36</sup> della Legge 28 febbraio 1985 n.47, che pur dettata all'indomani in occasione delle disposizioni in tema di primo condono edilizio, è tuttora vigente e l'art. 46 TUE sono le norme cardine in tema di menzioni in relazione alla circolazione dei fabbricati; l'art. 30 TUE è la norma base per la circolazione dei terreni.

Vanno, poi, distinte le ipotesi in cui la nullità che concernono il difetto di una dichiarazione formale da quelle che derivano proprio dal modo di essere del bene che forma oggetto del contratto in questione. In tale seconda ipotesi, non è ravvisabile alcuna responsabilità del notaio a meno di un improbabile incarico professionale in ordine all'effettuazione di analitici accertamenti di fatto. E' stato osservato che le indagini tecniche fuoriescono dalle competenze professionali del notaio, con la conseguenza che non gli potrà essere imputata alcuna negligenza al proposito<sup>37</sup>.

In ordine al primo caso, la responsabilità del notaio potrà discendere o dal mancato rifiuto del ricevimento dell'atto traslativo o divisionale a causa della difettosità delle dichiarazioni, delle parti, previste a pena di nullità, e della documentazione prodotta dalle

<sup>33</sup> CELESTE *La responsabilità civile del notaio in AAVV Il notaio e le sue quattro responsabilità* op. cit. p.312.

<sup>34</sup> CELESTE *La responsabilità civile del notaio in AAVV Il notaio e le sue quattro responsabilità* op. cit. p. 177 e ss., in particolare p.189 e ss., tesi poi integralmente ripresa dall'Autore in *La responsabilità civile del notaio in AAVV Il notaio e le sue quattro responsabilità* op. cit. p.511; FUSARO *Le - tre o troppe? - responsabilità del notaio* cit. p.1313.

<sup>35</sup> CELESTE *La responsabilità civile del notaio in AAVV Il notaio e le sue quattro responsabilità* op. cit. p.189, richiama l'ipotesi in cui la legittimazione dipenda dalla validità del titolo precedente, precisando il ruolo essenziale che gioca il principio di causalità in tale materia (p.190).

<sup>36</sup> Si riporta per comodità di lettura il testo della disposizione: "2.Gli atti tra vivi aventi per oggetto diritti reali, esclusi quelli di costituzione, modificazione ed estinzione di diritti di garanzia o di servitù, relativi ad edifici o loro parti, sono nulli e non possono essere rogati se da essi non risultano, per dichiarazione dell'alienante, gli estremi della licenza o della concessione ad edificare o della concessione rilasciata in sanatoria ai sensi dell'articolo 31 ovvero se agli stessi non viene allegata la copia per il richiedente della relativa domanda, munita degli estremi dell'avvenuta presentazione, ovvero copia autentica di uno degli esemplari della domanda medesima, munita degli estremi dell'avvenuta presentazione e non siano indicati gli estremi dell'avvenuto versamento delle prime due rate dell'oblazione di cui al sesto comma dell'articolo 35. Per le opere iniziate anteriormente al 1 settembre 1967, in luogo degli estremi della licenza edilizia può essere prodotta una dichiarazione sostitutiva di atto notorio, rilasciata dal proprietario o altro avente titolo, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 4 della legge 4 gennaio 1968, n. 15, attestante che l'opera risulti iniziata in data anteriore al 1 settembre 1967. Tale dichiarazione può essere ricevuta e inserita nello stesso atto, ovvero in documento separato da allegarsi all'atto medesimo. Per gli edifici di proprietà comunale, in luogo degli estremi della licenza edilizia o della concessione di edificare, possono essere prodotti quelli della deliberazione con la quale il progetto è stato approvato o l'opera autorizzata."

<sup>37</sup> CELESTE *La responsabilità civile del notaio in AAVV Il notaio e le sue quattro responsabilità* op. cit. p.472.

stesse ovvero dall'errore o dall'omissione nelle attività prescritte dalla legge e da quest'ultima sanzionate con la nullità dell'atto medesimo<sup>38</sup>.

Il notaio risponde, dunque, esclusivamente delle nullità formali che egli stesso può prevenire in quanto sia in grado di riconoscerle direttamente e non attraverso un accertamento tecnico specifico e concreto.

Deve essere, tuttavia, ricordato il principio di presunzione di legittimità degli atti amministrativi, con la conseguenza che il notaio non può ricusare il proprio ministero anche laddove abbia perplessità in ordine al titolo urbanistico che riguarda l'oggetto immobiliare della convenzione della quale egli sia richiesto<sup>39</sup>.

I vizi dell'atto amministrativo, come disciplinati dalla Legge n.241 del 7 agosto 1990, sono essenzialmente costituiti dalla nullità<sup>40</sup> e dall'annullabilità<sup>41</sup>, il cui accertamento è riservato all'autorità giurisdizionale amministrativa in sede processuale o all'autorità amministrativa quale espressione del più generale potere di revoca e annullamento d'ufficio, in funzione dell'interesse pubblico.

Al giudice ordinario compete poi lo speciale potere di disapplicazione previsto e disciplinato dagli artt. 4 e 5 della Legge 20 marzo 1865 n.2248 all. E, solo allorché l'illegittimità degli atti e dei provvedimenti amministrativi in questione rilevi in relazione alla fattispecie oggetto del giudizio. Si tratta di un potere dovere che solo il giudice ordinario in peculiari ipotesi può esercitare<sup>42</sup>.

Al notaio non compete il potere di dichiarare la nullità o l'annullabilità dell'atto o del provvedimento amministrativo né di disapplicarlo, ma solo di menzionarlo alle particolari condizioni indicate dal legislatore. *Ex adverso*, il notaio non può rifiutare di prestare il proprio ministero allorché ritenga illegittimo il provvedimento o l'atto amministrativo perché affetto da nullità o annullabilità, né disapplicarlo.

Il notaio ha d'altro canto uno specifico obbligo di informazione delle parti, "funzionale all'azione di difesa dell'assetto urbanistico"<sup>43</sup>.

<sup>38</sup> CELESTE *La responsabilità civile del notaio* in AAVV *Il notaio e le sue quattro responsabilità* op. cit. p.470.

<sup>39</sup> In giurisprudenza Cass. Civ. sez. II 27 marzo 2003 n.4358 ed in dottrina *ex multis* CALAMANDREI *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina* in Riv. Dir. Comm. I, 1942 345 e CARNELUTTI *La certezza del diritto* in Riv. Dir. Proc. Civ. I, 1943, 87.

<sup>40</sup> L'art.21 septies della legge n.241 del 7 agosto 1990 con la rubrica *Nullità del provvedimento* recita: "1. E' nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge."

<sup>41</sup> L'art.21 octies della legge n.241 del 7 agosto 1990 con la rubrica *Annullabilità del provvedimento* recita: "1. E' annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza. 2. Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato".

<sup>42</sup> Diverso è il ruolo del giudice penale che, una volta individuata la fattispecie sanzionata non opera alcuna disapplicazione del provvedimento amministrativo autorizzatorio (attività che gli è inibita), bensì si limita a valutare e verificare "direttamente" la conformità del fatto concreto con la fattispecie astratta configurata dalla norma sanzionatoria. Insomma, qualora emerga il conflitto ora descritto il giudice accerta il fatto criminoso prescindendo da qualsiasi controllo e/o giudizio di merito sull'atto autorizzatorio della pubblica Amministrazione, senza così interferire in alcun modo sull'attività di quest'ultima.

<sup>43</sup> NIGRO *Il Notaio nel diritto pubblico* in Riv. Not. 1979 p.1151, il quale segnala che tra sono i punti critici della professione notarile : il settore urbanistico, dell'informazione e tributario. Nel primo secondo l'Autore

Non si tratta, tuttavia, di un potere di tipo sostanziale, come anche è stato sostenuto<sup>44</sup>. Solo laddove sussistano irregolarità formali che non sfociano nel rischio di applicazione della sanzione di nullità dell'atto, ma dalle quali possano discendere pregiudizi per l'acquirente o il cessionario o uno dei condividenti, egli ha senz'altro l'obbligo di informare le parti in ordine al rilievo dei vizi nelle vicende circolatorie dell'immobile e alle ricadute di essi (anche sotto altri profili), invitandole a svolgere tutti i controlli peritali necessari da parte dei professionisti dotati delle specifiche competenze. Solo ove si sia accertato dell'inesistenza di vizi che inficino la validità dell'atto di cui è richiesto, in presenza di specifica richiesta delle parti, il notaio potrà ricevere l'atto, conformando al loro voluto le previsioni contrattuali, mediante l'inserimento di apposite clausole.

La violazione dell'obbligo di informazione ha insomma nel peculiare ambito dell'edilizia e dell'urbanistica un ruolo di primo momento.

La presente indagine è quindi diretta – in modo casistico - a ricostruire da un punto di vista teorico-pratico il contenuto delle dichiarazioni obbligatorie e le ricadute sul piano della responsabilità del notaio incaricato del ricevimento dell'atto traslativo o divisionale, alla luce dello specifico dovere di informazione che permea profondamente la sua prestazione d'opera.

## 2.2. La mancanza o la difettosa dichiarazione in ordine all'antiorità del fabbricato al 1 settembre 1967.

Qualora il fabbricato o la porzione di fabbricato sia anteriore al 1 settembre 1967, esso può circolare senza alcuna menzione formale nell'atto del titolo o dei titoli urbanistici che lo legittimano.

In tali casi, l'immobile è commerciabile, purché in atto l'alienante o il condividente formuli – a pena di nullità - la specifica dichiarazione che la costruzione è iniziata anteriormente al 1° settembre 1967.

Si tratta della data di entrata in vigore della legge ponte (legge 6 agosto 1967, n. 765), che nello spirito normativo doveva segnare un caposaldo nella regolamentazione delle nuove edificazioni, in quanto estende per la prima volta l'obbligo della licenza edilizia all'intero territorio comunale al di fuori per i centri urbani, condizionandola all'esecuzione delle opere di urbanizzazione.

Con l'individuazione della data del 1 settembre 1967, il legislatore ha insomma inteso dare una soluzione che permettesse la circolazione degli immobili non conformi alle nuove regole, sia a causa della difficoltà oggettiva di reperire i titoli di legittimazione, sia per l'assenza dei medesimi titoli in conformità alle regole per tempo vigenti come ad esempio per gli edifici posti al di fuori dei centri urbani o vetusti. Si stabilisce così un principio di equivalenza tra la presenza di un titolo formale, ritualmente menzionato in atto e l'espressione della dichiarazione di anteriorità richiesta dal legislatore, che prescinde dall'assenza o meno del titolo urbanistico di legittimazione del manufatto.

Il cedente o il condividente potrà nel caso di edificio la cui costruzione è iniziata anteriormente al 1° settembre 1967 in virtù di regolare licenza edilizia alternativamente – senza alcuna conseguenza in ordine alla legittimità dell'atto dispositivo - limitarsi a

è devoluto nel sistema post Bucalossi un controllo della legalità del sistema urbanistico e che un tale coinvolgimento è del tutto fisiologico (p.1174).

<sup>44</sup> NIGRO *Il Notaio nel diritto pubblico*, cit. p.1175. L'Autore afferma che la tutela è multiforme (atteso che spazia dal settore privato al settore pubblicistico delle convenzioni), ed è rivolta alla tutela dell'ambiente.

formulare la dichiarazione di anteriorità prevista dalla legge, senza alcuna menzione della licenza o piuttosto menzionarla esattamente con l'indicazione della data e del protocollo<sup>45</sup>.

Non basta, tuttavia, la semplice dichiarazione, dovendo la stessa essere formulata nel rispetto della normativa del testo unico sulla documentazione amministrativa (D. Lgs. n.445 del 28 dicembre 2000), munita della c.d. autocertificazione.

Il legislatore, insomma, agevola da una parte la circolazione degli immobili la cui costruzione sia stata iniziata in data anteriore al 1 settembre 1967, dall'altra pretende un rigore formale al cui rispetto connette la validità dell'atto dispositivo.

Da una parte, quindi, il ricorso alla disciplina della normativa del D.P.R. 2000 n.445 (che succede all'omologa disciplina dettata sul punto dalla più risalente Legge n.15 del 1968) permette da una parte di evitare lungaggini burocratiche fondando sull'autocertificazione del soggetto privato la presenza di un presupposto richiesto dalla legge, in quanto a sua conoscenza e facilmente riscontrabile.

Dall'altra, innalza la responsabilità del dichiarante, che non involve più solo aspetti civilistici, ma acquista rilievo penale ai sensi dell'art. 483 cod. pen. (falsa attestazione di privati in documento pubblico). In altri termini, la dichiarazione resa al pubblico ufficiale nella forma della dichiarazione sostitutiva dell'atto notorio diviene lo strumento scelto dal legislatore per attribuire credibilità alla dichiarazione della parte, al pari di una certificazione della Pubblica Amministrazione.

Deve, però, essere osservato che non tutte le dichiarazioni che un soggetto effettua innanzi al notaio, sono colpite dalla sanzione penale, nell'ipotesi in cui siano false, ma solo qualora siano destinate ad attestare il vero, in luogo della produzione della corrispondente certificazione amministrativa.

In tutte le altre ipotesi, la dichiarazione falsa del privato in atto pubblico non rientra nel perimetro disegnato e sanzionato dal richiamato art.483 c.p..

### 2.3. Contenuto delle menzioni nelle altre ipotesi.

Le riforme che si sono succedute di recente in materia urbanistica sino alla novella del 2016 (di cui al d.P.R. 25 novembre 2016 n.222) sono circa 133 di cui ben 77 che hanno inciso sul TUE<sup>46</sup>.

hanno senz'altro inciso sul contenuto delle menzioni urbanistiche da effettuare negli atti aventi per oggetto il trasferimento o la costituzione o lo scioglimento della comunione di diritti reali relativi ad edifici<sup>47</sup>, pur non immutando le due norme cardine in tema di circolazione immobiliare (art. 40 Legge 28 febbraio 1985 n. 47 e art. 46<sup>48</sup> del

<sup>45</sup> Va ricordato che non costituisce ostacolo per la circolazione che sulla licenza sia assente l'indicazione di un numero di protocollo. Soprattutto nei piccoli centri, infatti, l'esiguo numero di provvedimenti autorizzativi non richiedeva elementi di identificazione ulteriori rispetto alla data di rilascio; talora per maggiore precisione potrà indicarsi il dato del verbale della Commissione edilizia.

<sup>46</sup> Il dato è tratto da Il Sole 24 Ore del 16 ottobre 2017 n.279 p. 5, DELL'OSTE – UVA “Per l'edilizia una novità ogni tre settimane”; nell'articolo si segnala una modifica ogni 23 giorni, rispetto ad una modifica del TUIR pari ad ogni 13 giorni.

<sup>47</sup> MENGOLI *Compravendita immobiliare e normativa urbanistica* Milano, II ed. 2011, p.169 e ss., con peculiare riguardo al contratto preliminare, alla vendita di cosa altrui, all'edificio da costruire ed agli atti espressamente esenti dal rispetto degli obblighi in questione. In ordine alla questione delle menzioni si rinvia a BOTTARO *Il regime di circolazione dei beni immobili abusivi*, Milano 1999; CASU *L'urbanistica nell'attività notarile* Roma 2008.

<sup>48</sup> Si riporta per comodità di lettura il testo attuale a seguito delle ripetute novelle dell'art 46, rubricato “Nullità degli atti giuridici relativi ad edifici la cui costruzione abusiva sia iniziata dopo il 17 marzo 1985” 1. Gli atti tra vivi, sia in forma pubblica, sia in forma privata, aventi per oggetto trasferimento o costituzione

Testo Unico n.380 del 6 giugno 2001), ad eccezione in particolare dell'introduzione del comma 5 bis dell'art.46 TUE<sup>49</sup> di recente modificato a sua volta in minima parte in ordine ad un richiamo relazionale all'art. 23 comma 1 (e non più all'art.22 comma 3) del medesimo Testo Unico dell'Edilizia<sup>50</sup>.

---

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. 2. Nel caso in cui sia prevista, ai sensi dell'articolo 38, l'irrogazione di una sanzione soltanto pecuniaria, ma non il rilascio del permesso in sanatoria, agli atti di cui al comma 1 deve essere allegata la prova dell'integrale pagamento della sanzione medesima. 3. La sentenza che accerta la nullità degli atti di cui al comma 1 non pregiudica i diritti di garanzia o di servitù acquisiti in base ad un atto iscritto o trascritto anteriormente alla trascrizione della domanda diretta a far accertare la nullità degli atti. 4. Se la mancata indicazione in atto degli estremi non sia dipesa dalla insussistenza del permesso di costruire al tempo in cui gli atti medesimi sono stati stipulati, essi possono essere confermati anche da una sola delle parti mediante atto successivo, redatto nella stessa forma del precedente, che contenga la menzione omessa. 5. Le nullità di cui al presente articolo non si applicano agli atti derivanti da procedure esecutive immobiliari, individuali o concorsuali. L'aggiudicatario, qualora l'immobile si trovi nelle condizioni previste per il rilascio del permesso di costruire in sanatoria, dovrà presentare domanda di permesso in sanatoria entro centoventi giorni dalla notifica del decreto emesso dalla autorità giudiziaria. 5-bis. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche agli interventi edilizi realizzati mediante segnalazione certificata di inizio attività ai sensi dell'articolo 22, comma 3, qualora nell'atto non siano indicati gli estremi della stessa.

<sup>49</sup> Il comma 5-bis dell'art. 46 è stato introdotto dall'art.1 comma 7 lettera s del D. Lgs. 27 dicembre 2002, n. 301 “Modifiche ed integrazioni al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, recante testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di edilizia” e recitava all'epoca: “Le disposizioni del presente articolo si applicano anche agli interventi edilizi realizzati mediante denuncia di inizio attività ai sensi dell'articolo 22, comma 3, qualora nell'atto non siano indicati gli estremi della stessa.”. Si segnala che il medesimo decreto aveva introdotto una norma speculare nell'art.44 dopo il comma 2 del Testo Unico dell'Edilizia del seguente tenore “2-bis. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche agli interventi edilizi suscettibili di realizzazione mediante denuncia di inizio attività ai sensi dell'articolo 22, comma 3, eseguiti in assenza o in totale difformità dalla stessa.” e nell'art.48 dopo il comma 3 è aggiunto il seguente: “3-bis. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche agli interventi edilizi suscettibili di realizzazione mediante denuncia di inizio attività ai sensi dell'articolo 22, comma 3, eseguiti in assenza della stessa.”.

Tutte tali disposizioni sono state novellate, nel 2014 e nel 2016 secondo il testo riportato nella nota seguente.

<sup>50</sup> Si riporta per comodità di lettura il testo della disposizione *attualmente* vigente: “5-bis. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche agli interventi edilizi realizzati mediante segnalazione certificata di inizio attività ai sensi dell'articolo 23, comma 1, qualora nell'atto non siano indicati gli estremi della stessa.” Il D. Lgs. 25 novembre 2016, n. 222 ha infatti disposto (con l'art. 3, comma 1, lettera u) che “all'articolo 46, comma 5-bis, le parole «all'articolo 22, comma 3» sono sostituite dalle seguenti: «all'articolo 23, comma 01»”.

In precedenza il D.L. 12 settembre 2014, n. 133 (in G.U. 12/09/2014, n.212), convertito con modificazioni dalla L. 11 novembre 2014, n. 164 (in S.O. n. 85, relativo alla G.U. 11/11/2014, n. 262), aveva disposto (con l'art. 17, comma 2) che “L'espressione «denuncia di inizio attività» ovunque ricorra nel decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, ad eccezione degli articoli 22, 23 e 24, comma 3, è sostituita dalla seguente: «segnalazione certificata di inizio attività».” Con l'effetto di avere inciso sulle menzioni da effettuare. In altre parole, alla sostituzione del termine “denuncia di inizio attività” con “segnalazione certificata di inizio attività” non ha fatto da contrappasso la modifica della norma richiamata (art. 22 comma 3 TUE). E' comunque preferibile affermare che il richiamo sostanziale alla tipologia di interventi effettuati con denuncia di inizio attività nonostante il termine “segnalazione certificata di inizio attività”, permette un'interpretazione coerente e sostanziale.



Sulla base delle norme oggi vigenti è possibile quindi sintetizzare le tipologie di menzioni sulla base dello schema seguente, in base all'ipotesi nella quale si ricade per la prima edificazione<sup>51</sup>:

- 1) dichiarazione (nella forma sostitutiva dell'atto di notorietà) dell'inizio della costruzione anteriormente al 1 settembre 1967;
- 2) estremi o dati essenziali identificativi di licenza edilizia, di concessione edilizia, di permesso di costruire<sup>52</sup> (anche nella speciale configurazione del permesso di costruire con silenzio assenso<sup>53</sup>);

3) estremi o dati essenziali identificativi<sup>54</sup> della super-D.I.A. in relazione ad opere realizzate ai sensi dell'art. 22, c. 3, del Testo Unico dell'Edilizia<sup>55</sup>, secondo il dato normativo vigente sino al 10 dicembre 2016<sup>56</sup>;

4) estremi o dati essenziali identificativi della super-S.C.I.A. in relazione ad opere realizzate a far tempo dal giorno 11 dicembre 2016 ai sensi dell'art. 23, comma primo del Testo Unico dell'Edilizia<sup>57</sup>;

5) estremi o dati essenziali del titolo abilitativo in sanatoria, sia emesso in forma provvedimentale (concessione edilizia o permesso di costruire in sanatoria) o in forma procedimentale (SCIA o DIA in sanatoria) soltanto in caso di costruzione realizzata in assenza di provvedimento autorizzativo ovvero in totale difformità dallo stesso titolo<sup>58</sup>

<sup>54</sup> RIZZI *Menzioni Urbanistiche e validità degli atti notarili* studio del Consiglio Nazionale del Notariato n. 5389/C del 30 ottobre 2004 in *Studi e materiali* 1/2005 Milano p.46 e ss., ripreso in occasione del contributo dello stesso Autore, *La disciplina dell'attività edilizia anno 2017* studio del Consiglio Nazionale del Notariato in [www.notariato.it](http://www.notariato.it). (nota 3) ricorda che in ordine alla definizione degli estremi della D.I.A. da dichiarare in atto non vi è uniformità e afferma che “debbono essere indicati, a pena di nullità dell'atto, gli estremi (data di presentazione e numero di protocollo se attribuito) della denuncia di inizio attività presentata al Comune; è invece consigliabile e quanto mai opportuno indicare, nel caso di nuova costruzione ex art. 22 terzo comma T.U., gli estremi del Piano attuativo che consente l'intervento, nonché integrare tali menzioni con la dichiarazione di parte che nel caso di specie ricorrevano le condizioni di legge per avvalersi della D.I.A. e che sono stati osservati i termini e le altre modalità procedurali previste dalla legge, anche per il caso di vincoli. Nel caso sia già stato presentato anche il certificato di collaudo sarà opportuno citarne gli estremi”. Secondo CASU (in questo senso lo Studio dell'Ufficio Studi del Consiglio Nazionale del Notariato n. 4510 “*La denuncia di inizio attività nella commercializzazione dei fabbricati*” in [www.notariato.it](http://www.notariato.it) è invece ritenuta necessaria l'indicazione di tutti gli elementi del procedimento: a) estremi della denuncia b) estremi della dichiarazione asseverata dell'esperto sulla conformità dell'opera agli strumenti urbanistici; c) dichiarazione di parte che il Comune non ha dato risposta nei tempi previsti.

Osserva CAPUANO in *La regolarità urbanistica e la vendita degli immobili abusivi* cit., p.847, che la logica di consentire la circolazione dei fabbricati in presenza di abusi minori è frutto di una valutazione del legislatore che ha reputato preferibili le esigenze della circolazione. Secondo LIBERATI *Edilizia e urbanistica* Padova 2011, p. 700, la denuncia di inizio attività deve essere menzionata solo ove sostituisca il permesso di costruire.

<sup>55</sup> Si tratta di interventi eseguiti in virtù della super DIA, alternativa al permesso di costruire o alla concessione edilizia. Tali interventi, in astratto rinvenibili sino al 10 dicembre 2016, che è la data di entrata in vigore della ricordata riforma di cui al d. P. R. n.222 del 2016, possono essere in realtà stati eseguiti con siffatte modalità anche successivamente a tale data, sino all'adozione da parte dei Comuni della nuova modulistica, in assenza di una norma regionale sul punto. In particolare, si trattava della denuncia di inizio attività per interventi ex art. 22 terzo comma del D.P.R. 380/2001 (Testo Unico in materia edilizia) eseguiti dal 30 giugno 2003 in alternativa al permesso di costruire nonché per interventi di cui all'art. 1 comma 6 legge 443/2001, già soggetti in base alla precedente normativa a concessione edilizia e per i quali tale disposizione consentiva, a scelta dell'interessato, di fare ricorso appunto alla D.I.A. . L'art. 1 comma 6 legge 443/2001 (cd. “*legge Lunardi*”) in vigore dall'11 aprile 2002 (nelle Regioni a statuto ordinario) sino al 29 giugno 2003 ha rappresentato una sorta di “anticipazione” della disposizione dell'art. 22 terzo comma del T.U. .

<sup>56</sup> E' discusso il rilievo della menzione della segnalazione certificata di inizio attività che ha consentito la realizzazione dei parcheggi di cui alla Legge 24 marzo 1989 n.122, se sia previsto o meno a pena di nullità. Il dato testuale conduce ad escludere una tale evenienza sino al 10 dicembre 2016, atteso il richiamo contenuto nel comma 5 bis dell'art. 46 TUE alla denuncia di inizio attività prima e alle ipotesi di scia di cui all'art.22, c. 3, del Testo Unico dell'Edilizia poi dopo il cd. Decreto Sblocca Italia del 2014. Oggi la questione atteso il richiamo alla Scia appare ancora attuale, pur essendo preferibile la soluzione della non necessità della menzione. Secondo CAPUANO in *La regolarità urbanistica e la vendita degli immobili abusivi* cit., p.860 è molto cresciuto l'alveo delle ipotesi ricondotte alla Scia.

<sup>57</sup> Si tratta di opere in alternativa al permesso di costruire, anche in tale ipotesi avendo la super SCIA normativamente sostituito la super DIA.

<sup>58</sup> Si tratta in particolare del titolo abilitativo in sanatoria in caso di costruzione realizzata in assenza di provvedimento autorizzativo, ovvero in totale difformità dallo stesso e per la quale sia stata richiesta la

<sup>51</sup> MENGOLI *Compravendita immobiliare e normativa urbanistica*, cit. p.176, affronta la questione del titolo primario edilizio.

<sup>52</sup> MENGOLI *Compravendita immobiliare e normativa urbanistica*, cit. p.179 differenzia i regimi succedutisi nel tempo.

<sup>53</sup> CAPUANO in *La regolarità urbanistica e la vendita degli immobili abusivi* in AAVV *Le vendite immobiliari* Tomo II a cura di BOCCHINI, Milano, 2016, p.858. In particolare l'Autore descrive gli elementi che bisognerà far risultare in atto: 1) la data di presentazione della domanda; 2) l'Ufficio comunale di destinazione; 3) il decorso dei termini e la completezza della documentazione prodotta; 4) il pagamento degli oneri concessori dovuti; 5) la mancanza di richieste di integrazione documentale; 6) l'assenza di vincoli ambientali paesaggistici e culturali o l'osservanza dei relativi procedimenti di formazione del relativo parere (p.863).

6) gli estremi della domanda di condono con le ulteriori indicazioni accessorie richieste dalla legge rispettiva tempo per tempo vigente (Legge 28 febbraio 1985 n.47, Legge 23 dicembre 1994 n.724, Legge 23 dicembre 1996 n.724, d.l. n.269 del 2003<sup>59</sup>)<sup>60</sup>.

Deve essere, poi, ricordato che ai sensi dell'art. 46 comma 2 del testo Unico dell'Edilizia nel caso in cui sia prevista, ai sensi dell'articolo 38<sup>61</sup>, rubricato "Interventi eseguiti in base a permesso annullato" l'irrogazione di una sanzione soltanto pecuniaria, ma non il rilascio del permesso in sanatoria, agli atti traslativi o divisionali (esattamente individuati al primo comma del suddetto art.46 TUE) deve essere allegata la prova dell'integrale pagamento della sanzione medesima.

Per specularità, la medesima disposizione si applica anche agli interventi edilizi di cui all'articolo 23, comma 1 TUE, sopra citato, in caso di accertamento dell'inesistenza dei presupposti per la formazione del titolo.

L'uso del verbo "dovere" induce a ritenere la menzione di cui ad una siffatta previsione normativa disposta a pena di nullità.

A questo punto, la disciplina dell'art. 46, comma 5bis TUE, aggiunge alla generale previsione del primo e del secondo comma della stessa disposizione, che sono nulli e non possono essere stipulati gli atti notarili aventi per oggetto il trasferimento o la costituzione o lo scioglimento della comunione di diritti reali relativi ad edifici, sui quali siano stati eseguiti interventi edilizi mediante segnalazione certificata di inizio attività ai sensi dell'art. 23, comma 1, del Testo Unico, qualora negli stessi non siano indicati gli estremi della segnalazione stessa di cui all'art. 10, c. 1, lettera c) del medesimo Testo Unico (cd. ristrutturazione "pesante") ed alle altre ipotesi esattamente indicate dal legislatore della novella del 2016<sup>62</sup>:

sanatoria "straordinaria" (a sensi della legge 47/1985, della legge 724/1994 o del D.L. 269/2003 e relative leggi regionali di attuazione<sup>63</sup>), ovvero la sanatoria "a regime" (a sensi dell'art. 13 legge 47/1985 in vigore sino al 29 giugno 2003 ovvero dell'art. 36 D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 Testo Unico in materia edilizia in vigore dal 30 giugno 2003).

<sup>59</sup> CASU *L'urbanistica nell'attività notarile* cit. p.53 in particolare in ordine alle differenze tra primo, secondo e terzo condono.

<sup>60</sup> BOTTARO *Il regime di circolazione dei beni immobili abusivi*, cit. p.17 e ss.; in particolare le circolari *La legge 28 febbraio 1985 n.47. Criteri applicativi*. (p.3) e *Condono edilizio e commerciabilità dell'edificio abusivo dopo la legge collegata alla Finanziaria 1997* (p.59) in AAVV *Condono edilizio* Milano 1998, alle quali si rinvia in ordine all'analitico rispetto di menzioni ed indicazioni anche con riguardo al succedersi di peculiari norme modificative nel tempo. Il richiamo è in specie alla oblazione, agli oneri concessori ed ai vincoli.

<sup>61</sup> Si riporta per comodità di lettura il testo dell'art.38 TUE: "1. In caso di annullamento del permesso di costruire, qualora non sia possibile, in base a motivata valutazione, la rimozione dei vizi delle procedure amministrative o la restituzione in pristino, il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale applica una sanzione pecuniaria pari al valore venale delle opere o loro parti abusivamente eseguite, valutato dall'agenzia del territorio, anche sulla base di accordi stipulati tra quest'ultima e l'amministrazione comunale. La valutazione dell'agenzia è notificata all'interessato dal dirigente o dal responsabile dell'ufficio e diviene definitiva decorsi i termini di impugnativa. 2. L'integrale corresponsione della sanzione pecuniaria irrogata produce i medesimi effetti del permesso di costruire in sanatoria di cui all'articolo 36. 2-bis. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche agli interventi edilizi di cui (all'articolo 23, comma 01)), in caso di accertamento dell'inesistenza dei presupposti per la formazione del titolo."

<sup>62</sup> Si riporta per comodità di lettura l'intero primo comma dell'art.23 TUE come modificato nel 2016: "01. In alternativa al permesso di costruire, possono essere realizzati mediante segnalazione certificata di inizio di attività: a) gli interventi di ristrutturazione di cui all'articolo 10, comma 1, lettera c); b) gli interventi di nuova costruzione o di ristrutturazione urbanistica qualora siano disciplinati da piani attuativi comunque denominati, ivi compresi gli accordi negoziali aventi valore di piano attuativo, che contengano precise disposizioni plano-volumetriche, tipologiche, formali e costruttive, la cui sussistenza sia stata esplicitamente dichiarata dal competente organo comunale in sede di approvazione degli stessi piani o di

1) gli interventi di nuova costruzione o di ristrutturazione urbanistica qualora siano disciplinati da piani attuativi comunque denominati;

2) gli interventi di nuova costruzione qualora siano in diretta esecuzione di strumenti urbanistici generali recanti precise disposizioni plano-volumetriche.

Si tratta di interventi soggetti al contributo di costruzione ai sensi dell'articolo 16 TUE.

A seguito dell'introduzione, nel 2002, e poi delle modifiche del 2014 e del 2016 dell'art. 46, comma 5bis, del Testo Unico dell'Edilizia, le menzioni non possono più limitarsi all'indicazione del solo primo titolo edilizio che si riferisce appunto al momento iniziale costruttivo o al successivo intervento in ipotesi di difformità totale dal primo<sup>63</sup>; in tal modo, alla modifica delle categorie dei titoli urbanistici e degli interventi che ne formano oggetto, ha fatto da contrappasso nel corso del tempo l'ampliamento dell'obbligo delle ipotesi nelle quali le menzioni sono necessarie ai fini della validità degli atti.

Assume così rilievo, ai fini della commerciabilità degli edifici, anche ogni intervento che rientri nell'alveo della categoria della ristrutturazione cd. "pesante" ai sensi dell'art. 10, comma 1, del Testo Unico stesso<sup>64</sup>, o negli altri peculiari interventi indicati nell'art.23 comma 1 lettere b) e c).

ricognizione di quelli vigenti; qualora i piani attuativi risultino approvati anteriormente all'entrata in vigore della legge 21 dicembre 2001, n. 443, il relativo atto di ricognizione deve avvenire entro trenta giorni dalla richiesta degli interessati; in mancanza si prescinde dall'atto di ricognizione, purché il progetto di costruzione venga accompagnato da apposita relazione tecnica nella quale venga asseverata l'esistenza di piani attuativi con le caratteristiche sopra menzionate; c) gli interventi di nuova costruzione qualora siano in diretta esecuzione di strumenti urbanistici generali recanti precise disposizioni plano-volumetriche. Gli interventi di cui alle lettere precedenti sono soggetti al contributo di costruzione ai sensi dell'articolo 16. Le regioni possono individuare con legge gli altri interventi soggetti a segnalazione certificata di inizio attività, diversi da quelli di cui alle lettere precedenti, assoggettati al contributo di costruzione definendo criteri e parametri per la relativa determinazione."

<sup>63</sup> Si rinvia alla circolare *Condono edilizio e commerciabilità dell'edificio abusivo dopo la legge collegata alla Finanziaria 1997* in AAVV *Condono edilizio* cit. p.67-69.

<sup>64</sup> Possono essere definite interventi di ristrutturazione edilizia cd. pesante, soggetti al permesso di costruire ovvero in alternativa alla S.C.I.A. di cui all'art. 23 del T.U. DPR 380/2001 (a norma del quale le opere non potranno essere iniziate se non dopo il decorso del termine di 30 giorni dalla data di avvenuta presentazione della segnalazione) (cd. super-SCIA) le opere che portino ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente e che comportino 1) *modifiche della volumetria complessiva degli edifici* 2) *o dei prospetti*, 3) *ovvero che, limitatamente agli immobili compresi nelle zone omogenee A, comportino mutamenti della destinazione d'uso*, 4) *nonché gli interventi che comportino modificazioni della sagoma di immobili sottoposti a vincoli ai sensi del dlgs.22.1.2004 n. 42 e s.m.i.*

Secondo RIZZI *Menzioni Urbanistiche e validità degli atti notarili* op. cit., nonostante possa apparire dubbio se gli interventi sopra elencati (che comportino *modifiche della volumetria complessiva degli edifici* 2) *o dei prospetti*,) debbano ricorrere congiuntamente oppure "se possano ricorrere anche alternativamente (nel senso che basta che si verifichi uno qualsiasi di tali effetti)". L'Autore condivide tale seconda ipotesi tecnica, nel senso che si ha "ristrutturazione anche quando si è in presenza di un organismo edilizio solo in "parte" diverso da quello precedente" (nota 13). Si deve comunque trattare di opere portino ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso da quello precedente.

In estrema sintesi, per configurare la cd. ristrutturazione pesante, deve trattarsi di un intervento edilizio avente ad oggetto:

a) opere che portino ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente e che comportino: 1) *modifiche della volumetria complessiva degli edifici* 2) *o dei prospetti*;  
2) opere che limitatamente agli immobili compresi nelle zone omogenee A, comportino mutamenti della destinazione d'uso,  
3) opere che comportino modificazioni della sagoma di immobili sottoposti a vincoli ai sensi del dlgs.22.1.2004 n. 42 e s.m.i.

E' ristrutturazione cd. leggera la realizzazione di opere che portino ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente ma che non comportino: (1) aumento della volumetria complessiva degli



Naturalmente tale menzione è divenuta obbligatoria solo all'indomani dell'entrata in vigore in data 5 febbraio 2003 del D. Lgs. del 27 dicembre 2002, n. 301 (in G.U. 21/01/2003, n.16, art. 1, comma 1 lettera s) che ha introdotto il comma 5-bis all'art. 46 del testo Unico, sopra ricordato.

Qualsiasi intervento seppur astrattamente riconducibile alla cd. ristrutturazione pesante o innovativa o gli altri peculiari interventi indicati nell'art.23 comma 1 lettere b) e c), realizzati anteriormente alla data di entrata in vigore di tale disposizione (5 febbraio 2003), non richiedono la menzione del titolo al fine della validità dell'atto traslativo o divisionale<sup>65</sup>.

Il Testo Unico dell'Edilizia nel suo impianto originario prevedeva una dicotomia tra conservazione e trasformazione, alla quale corrispondeva un coerente impianto sanzionatorio<sup>66</sup> e di menzioni.

La definizione di interventi di ristrutturazione di tipo conservativo e di tipo innovativa nell'alveo della maggiore macro categoria della ristrutturazione seguiva all'origine la medesima logica: nel primo dei due casi era previsto uno strumento sanzionatorio di tipo pecuniario (art. 37 c.1), con riflessi eventuali di tipo penale (art. 44 lett.a)); nel secondo invece era previsto uno strumento ripristinatorio (art. 33 c.1) e la sanzione specifica di cui all'art.44 lett. b TUE.

Per effetto della novella di cui al d. l. n.133 del 2014 (cd. Sblocca Italia) e della novella di cui al d. lgs. 222 del 2016 si incide in modo significativo sugli interventi volti a trasformare l'immobile in un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente in tutte le ipotesi nelle quali vi sia un incremento delle unità immobiliari o un aumento delle superfici, a parità di volumetria e prospetti, che oggi rientrano nelle fattispecie di ristrutturazione minore.

E' in tal modo recisa la filiera d'origine "natura dell'intervento – titolo abilitativo – regime sanzionatorio", che animava il Testo Unico dell'Edilizia all'indomani della sua approvazione, con l'effetto che per taluni peculiari interventi edilizi non potrà valere la regola ripristinatoria della preesistenza. Il richiamo è all'art. 33 TUE ed agli interventi di

edifici; (2) modifiche dei prospetti degli edifici; (3) cambio di destinazione d'uso urbanisticamente rilevante nel centro storico; (4) modifiche della sagoma di edifici vincolati (culturalmente o paesaggisticamente). Va da ultimo ricordato che a norma dell'art. 3 comma primo lett. d) TUE nell'ambito della ristrutturazione "sono ricompresi anche quelli consistenti nella demolizione e ricostruzione con la stessa volumetria di quello preesistente, fatte salve le sole innovazioni necessarie per l'adeguamento alla normativa antisismica, nonché quelli volti al ripristino di edifici, o parti di essi, eventualmente crollati o demoliti, attraverso la loro ricostruzione, purché sia possibile accertarne la preesistente consistenza. Rimane fermo che, con riferimento agli immobili sottoposti a vincoli ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 e successive modificazioni, gli interventi di demolizione e ricostruzione e gli interventi di ripristino di edifici crollati o demoliti costituiscono interventi di ristrutturazione edilizia soltanto ove sia rispettata la medesima sagoma dell'edificio preesistente.

<sup>65</sup> Il Consiglio di Stato (sent. Sez. IV 12 ottobre 2017 n.04728/2017) ricorre ad una diversa terminologia: la ristrutturazione cd conservativa può comportare anche l'inserimento di nuovi volumi o modifica della sagoma; la ristrutturazione cd. ricostruttiva può essere attuata anche mediante demolizione (seppur parziale) nel rispetto della sagoma e del volume dell'edificio preesistente.

<sup>66</sup> SANTACROCE *Gli interventi di ristrutturazione edilizia* in Riv. Giur. Urb. 2014, numero speciale, p.478. Nel medesimo volume sono numerosi i contributi ai quali appare opportuno, in relazione al presente contributo, un richiamo: MARZARO *La semplificazione sproporzionata: procedimenti e interessi alla ricerca di equilibrio e identità. La rottura del sistema del Testo Unico* p.340; FURLAN *Il permesso di costruire in deroga* p.549; SANTINI *La denuncia di inizio attività (artt.22 e 23 TUED)* p. 671; RENNA e GIANNELLI *La segnalazione certificata di inizio attività (art.22 TUED)*, p. 746. Sul tema di ristrutturazione e menzioni si rinvia a CAPUANO in *La regolarità urbanistica e la vendita degli immobili abusivi* cit., p.865-866.

ristrutturazione edilizia innovativa o pesante, che soli legittimano l'intervento ripristinatorio.

L'incertezza ermeneutica sembra confliggere con l'esigenza di chiarezza e di semplificazione che ha animato il legislatore della novella, tanto da far auspicare una sorta di "ristrutturazione normativa" del Testo Unico stesso<sup>67</sup>.

Tale incertezza si riverbera naturalmente dall'aspetto fisiologico del sistema all'aspetto sanzionatorio all'aspetto delle menzioni.

Va certamente esclusa qualsiasi forma di retroattività in materia di menzioni, proprio per la applicazione del principio di naturale irretroattività delle disposizioni sanzionatorie di qualunque genere e sorta.

E' evidente che allora per tali ragioni temporali, non ricadranno nella fattispecie nessuna delle ipotesi pur astrattamente riconducibile ex post alla categoria come oggi delineata della cd. ristrutturazione pesante o innovativa, né le licenze edilizie né le concessioni edilizie, proprio in quanto la novella del 2001 le ha sostituite formalmente con il permesso di costruire<sup>68</sup>.

La menzione degli estremi di uno o più titoli che riguardano la cd. ristrutturazione pesante o gli altri peculiari interventi indicati nell'art.23 comma 1 lettere b) e c) diviene obbligatoria *quoad validitatem* solo dal 5 febbraio 2003<sup>69</sup>, in funzione delle rispettive modifiche *pro tempore* ed in particolare degli estremi:

- del permesso di costruire;
- della super-D.I.A. per interventi eseguiti, sino al 10 dicembre 2016;
- estremi della super-S.C.I.A. per interventi eseguiti, a partire dall'11 dicembre 2016, in forza di super-S.C.I.A. in alternativa al permesso di costruire<sup>70</sup>;

<sup>67</sup> SANTACROCE *Gli interventi di ristrutturazione edilizia* in Riv. Giur. Urb. 2014, numero speciale, p.499.

<sup>68</sup> Restano salve naturalmente le previsioni normative regionali che lasciano impregiudicata la possibilità di rilascio di concessione edilizia (come ad esempio in Sicilia).

<sup>69</sup> In senso parzialmente diverso, RIZZI *Menzioni Urbanistiche e validità degli atti notarili* op. cit. in [www.notariato.it](http://www.notariato.it). In ipotesi di interventi successivi alla prima edificazione, secondo questo Autore, pur essendo pacificamente obbligatoria la menzione degli estremi del titolo abilitativo edilizio solo relativamente ad interventi di ristrutturazione "cd. maggiore" secondo la definizione ricavabile dal combinato disposto dell'art. 3 primo comma lett. d) e dell'art. 10 primo comma lett. c) D.P.R. 380/2001 (Testo Unico in materia edilizia), dovranno tra l'altro "essere citati gli estremi: della licenza edilizia, o della concessione edilizia o del permesso di costruire, a seconda dell'epoca di intervento"; l'Autore in tal modo applica retroattivamente la disposizione in ordine alle menzioni, che invece non può che intervenire per l'avvenire. La licenza edilizia e la concessione edilizia si riferiscono ad un tempo nel quale non solo non esisteva il comma 5 bis dell'art.46 TUE, ma neppure il concetto tecnico di cd. ristrutturazione pesante.

<sup>70</sup> Secondo RIZZI *La disciplina dell'attività edilizia 2017* in [www.notariato.it](http://www.notariato.it) vanno indicati per la nuova SCIA : "(i) estremi della segnalazione (ii) estremi della relazione dettagliata dell'esperto che assevera la conformità dell'opera agli strumenti urbanistici approvati e/o adottati, ai regolamenti edilizi vigenti ed il rispetto delle norme di sicurezza e di quelle igienico-sanitarie; (iii) dichiarazione di parte che il Comune non ha dato risposta nei tempi previsti. Riteniamo, nel caso di specie, sia sufficiente, per la validità dell'atto, indicare i soli estremi (*data di presentazione e numero di protocollo se attribuito*) della S.C.I.A. presentata allo Sportello Unico per l'Edilizia del Comune (se presentata mediante raccomandata A.R. andranno riportati gli estremi della raccomandata ed anche la data di ricezione da parte del S.U.E.; se presentata mediante procedura telematica, dovranno essere riportati gli estremi della ricevuta informatica); sarà, invece, opportuno (ma non necessario, ai fini della validità dell'atto) indicare, nel caso di nuova costruzione ex art. 23, comma 01, lett. b), del T.U. D.P.R. 380/2001, anche gli estremi del Piano attuativo che consente l'intervento, nonché integrare tali menzioni con la dichiarazione di parte che nel caso di specie ricorrevano le condizioni di legge per avvalersi della S.C.I.A. e che sono stati osservati i termini e le altre modalità procedurali previste dalla legge, anche per il caso di vincoli. In particolare nel caso di beni soggetti al

- estremi del titolo abilitativo in sanatoria in caso di costruzione realizzata in assenza di provvedimento autorizzativo ovvero in totale difformità dallo stesso (permesso di costruire in sanatoria).

In estrema sintesi, per la obbligatorietà della menzione del titolo successivo al primo devono essere compresenti le seguenti caratteristiche:

- 1) l'intervento deve poter rientrare nella categoria della cd. ristrutturazione pesante o negli altri peculiari interventi indicati nell'art.23 comma 1 lettere b) e c);
- 2) deve essere un intervento per il quale il permesso rilasciato o la protocollazione della denuncia di inizio attività rechi una data successiva a far tempo dal 5 febbraio 2003<sup>71</sup> o la protocollazione della segnalazione certificata a far data dal giorno 11 dicembre 2016.

Alla luce di tali assunti vanno esaminate le ipotesi di accertamento di conformità e di permesso in sanatoria; in tali casi, deve necessariamente essere ricostruito il quadro in modo speculare alle fattispecie, per così dire, ordinarie<sup>72</sup>.

E' obbligatoria la menzione in ipotesi in cui l'intervento edilizio sia stato oggetto di accertamento di conformità e rientri da un punto di vista oggettivo nella categoria della cd. ristrutturazione pesante o negli altri peculiari interventi indicati nell'art.23 comma 1 lettere b) e c), successivamente al 5 febbraio 2003 e realizzato in assenza di titolo abilitativo edilizio ovvero in totale difformità dallo stesso.

In ipotesi di condono<sup>73</sup>, qualora il permesso di costruire sia stato rilasciato successivamente al 5 febbraio 2003, non è obbligatoria la menzione qualora l'intervento

---

vincolo storico/culturale o ambientale/paesaggistico, sarà opportuno anche dare atto dell'avvenuto rilascio della prescritta autorizzazione ovvero dell'esito favorevole della conferenza di servizi."

<sup>71</sup> Un caso che può porre qualche difficoltà nella pratica è rappresentato dalle menzioni edilizie ed urbanistiche relative ad una nuova costruzione nella quale oltre al primo titolo edilizio (sia o meno un permesso di costruire) siano state effettuate alcune varianti. Applicando l'assunto al quale si accede, per la obbligatorietà della menzione del titolo successivo al primo, devono essere compresenti le seguenti caratteristiche: a) l'intervento deve poter rientrare nella categoria della cd. ristrutturazione pesante o negli altri peculiari interventi indicati nell'art.23 comma 1 lettere b) e c); -b) deve essere un intervento per il quale il permesso rilasciato o la protocollazione della denuncia o della segnalazione certificata rechi una data successiva a far tempo dal 5 febbraio 2003.

<sup>72</sup> Le considerazioni che seguono sono espressione di attribuire logicità ad un sistema complesso alla luce del principio di tipicità di forme e sanzioni.

<sup>73</sup> In tali casi, negli atti notarili traslativi o divisionali in conformità all'art. 2 comma 58 legge 662/1996 dovranno essere citati a pena di nullità solo in caso di assenza del titolo edilizio o di totale difformità da esso: a) gli estremi della domanda di sanatoria (della quale non è invece necessaria l'allegazione); b) gli estremi del versamento dell'intera oblazione e dell'intera anticipazione dei contributi concessori; c) l'attestazione dell'avvenuta richiesta all'Autorità competente dell'espressione del parere in caso di fabbricati assoggettati ai vincoli, purché non preclusivi. E' possibile poi invece di riprodurre tali dati, già stati riportati in un atto negoziale precedente, fare semplicemente riferimento agli estremi dell'atto precedente (purché pubblico). In tal senso, il Ministero dei Lavori Pubblici con propria circolare 17 giugno 1995 n. 2241 (Capitolo 9 - paragrafo 9.1) ha ribadito che "occorre innanzitutto ribadire che l'eventuale nullità degli atti di trasferimento è circoscritta soltanto agli immobili eseguiti in assenza di concessione o in totale difformità di essa ..... mentre non sono oggetto ad alcun limite alla commerciabilità gli abusi di minore gravità che restano assoggettati alle sanzioni di tipo amministrativo o penale".

Si tratta a questo punto di determinare la ricaduta delle considerazioni ora svolte in tema di menzioni obbligatorie e cd. ristrutturazione maggiore nell'ipotesi in cui un siffatto intervento edilizio sia stato oggetto di condono edilizio. Secondo un'autorevole opinione (RIZZI *Menzioni Urbanistiche e validità degli atti notarili* op. cit. in [www.notariato.it](http://www.notariato.it)), "anche un intervento qualificabile come *ristrutturazione maggiore* eseguito in assenza ovvero in totale difformità dal titolo abilitativo determina la incommerciabilità del bene."

Se tale osservazione appare senz'altro condivisibile, nel senso che oggi un intervento di cd ristrutturazione maggiore non legittimato rende l'immobile non commerciabile, ai fini della obbligatorietà delle menzioni,

edilizio eseguito sia suscumbibile astrattamente nella categoria della cd. ristrutturazione pesante, ma solo se il manufatto è stato realizzato in assenza di titolo abilitativo edilizio ovvero in totale difformità dallo stesso. E' evidente che se non era obbligatoria in tal caso la menzione della domanda di condono unitamente ai suoi elementi accessori, a pena di nullità, non lo può essere la menzione del permesso di costruire che da una siffatta domanda discende.

Soluzione diversa concerne le rare ipotesi in cui l'abuso rientrante nella categoria della ristrutturazione pesante sia stato realizzato successivamente al 5 febbraio 2003 sino al 31 marzo 2003. In tali casi, in cui l'intervento edilizio sia definibile quale ristrutturazione pesante, sarà obbligatorio citare sia la domanda di condono sia il permesso di costruire in sanatoria rilasciato.

Non è, invece, mai obbligatoria la menzione degli estremi del titolo abilitativo edilizio per tutti gli altri interventi non riconducibili alla tipologia della cd. ristrutturazione "pesante", o agli altri peculiari interventi indicati nell'art.23 comma 1 lettere b) e c). In particolare, non è, quindi, obbligatoria la menzione dei titoli abilitativi richiesti dalla legge per la manutenzione straordinaria ("leggera" o "pesante"), restauro e risanamento conservativo ("leggero" o "pesante"), ristrutturazione edilizia (cd. leggera) quali la C.I.L.A. e la S.C.I.A. "ordinaria", ovvero quali i titoli già vigenti e successivamente abrogati (ad esempio l'autorizzazione edilizia, la C.I.L. e la D.I.A. "ordinaria").

Il doppio limite in ordine all'applicazione del comma 5 bis dell'art.46 del Testo Unico dell'Edilizia ed al conseguente obbligo di menzione è insomma oggettivo (in ordine alla tipologia tecnica di intervento edilizio) e temporale (dopo il 5 febbraio 2003).

Il difetto delle menzioni *non* obbligatorie, per altro verso, non determinerà, quindi, mai la nullità dell'atto.

*Non obbligatorietà* di menzione non vuol dire tuttavia *non opportunità di indicazione degli estremi*<sup>74</sup> di tutti i titoli edilizi, quanto mai utili in ordine alla esigenza "di ricostruire in atto tutta la *"storia urbanistico-edilizia"* del fabbricato"<sup>75</sup>, che assume peraltro un

---

la scelta della indicazione necessaria in atto dipenderà dal tempo del provvedimento o del procedimento di sanatoria. Per effetto dell'impossibilità di un'applicazione retroattiva del citato comma 5 bis dell'art.46 TUE e di un'interpretazione sistematica che conduca a valutare in modo simile casi simili, fuoriescono da un siffatto obbligo le fattispecie pur astrattamente riconducibili alla cd. ristrutturazione maggiore ma presentate a sensi della legge 47/1985 ovvero della legge 724/1994; vi rientrano invece per le medesime ragioni le domande di sanatoria a regime e quelle proposte ai sensi del d. l. n.269 del 30 settembre 2003(entrato in vigore il 2 ottobre 2003, quindi successivamente alla data di entrata in vigore della modifica del suddetto comma 5 bis, al 5 febbraio 2003). Solo in tale ultima ipotesi la menzione sarà obbligatoria a pena di nullità. Secondo PACIFICO *Le invalidità degli atti notarili* Milano, 1992, p.291 afferma che "sono indifferenti ai fini della validità dell'atto, sol che sia stata resa la dichiarazione relativa agli estremi della concessione, eventuali illeciti compiuti dopo il rilascio di questa".

<sup>74</sup> PACIFICO *Le invalidità degli atti notarili* op. cit. p.303 afferma che gli estremi sono i dati identificativi che non consentono errori nella individuazione del titolo edilizio.

<sup>75</sup> In questo senso, RIZZI *Menzioni Urbanistiche e validità degli atti notarili* op. cit. in [www.notariato.it](http://www.notariato.it), il quale aggiunge che "gli immobili interessati sarebbero comunque commerciabili e validi gli atti di trasferimento: ovviamente in questo caso il Notaio, in ossequio ai propri doveri professionali, dovrà informare le parti (sia il venditore per le responsabilità cui potrebbe andare incontro nel vendere un bene con vizi sia ovviamente l'acquirente che verrebbe ad acquistare, proprio perché l'atto in questo caso è valido, un bene sul quale è stato commesso un abuso edilizio) sulle conseguenze che possono derivare dal fatto che sull'immobile è stato commesso un abuso edilizio per il quale non è stata richiesta la sanatoria (conseguenze che a seconda della gravità dell'abuso possono arrivare sino all'ingiunzione della rimozione o della demolizione dell'opera abusiva ovvero limitarsi nei casi meno gravi ad una sanzione pecuniaria). In un caso simile, i "rischi" che l'attività negoziale necessariamente comporta, dovranno pertanto essere oggetto di un'apposta regolamentazione tra le parti, al fine di prevenire possibili future contestazioni e l'insorgere di contenziosi."

rilevo specifico nei rapporti tra le parti contrattuali in ordine all'obbligo civilisticamente sanzionato di produzione di tutti gli atti e documenti inerenti l'oggetto del contratto e la sua destinazione e all'obbligo di assicurare la corrispondenza della qualità del bene al voluto del cessionario. E' in tali casi fortemente opportuna la predisposizione di apposite clausole che disciplinino tra le parti la fattispecie.

E' stato altresì condivisibilmente affermato<sup>76</sup> che non basta la formale corrispondenza delle menzioni al dato positivo al fine di assicurare la validità dell'atto dispositivo o divisionale; i dati oggetto della menzione devono inoltre effettivamente sussistere.

In particolare, nell'ipotesi di edifici la cui edificazione è iniziata anteriormente al 1 settembre 1967 al fine della commerciabilità è sufficiente che la dichiarazione prestata in atto sia corrispondente al dato reale e quindi che effettivamente l'inizio della costruzione del manufatto sia anteriore a tale data; non ha alcun rilievo – da un punto di vista esclusivamente della commerciabilità - il previo rilascio o l'assenza di licenza edilizia ovvero la totale difformità da essa.

Tali elementi acquistano rilievo invece da un punto di vista amministrativo (in ordine alla valutazione della conformità urbanistica ed edilizia ed alla applicazione di eventuali sanzioni) e civilistico (in ordine alla modulazione convenzionale dei riflessi della conformità urbanistica del manufatto).

Si tratta, insomma, in estrema sintesi, di verificare al fine della commerciabilità del fabbricato solo l'epoca di effettivo inizio della costruzione.

Nel caso di fabbricati la cui costruzione sia iniziata invece dopo la suddetta data del 1 settembre 1967, essi devono essere realizzati sulla base di un progetto debitamente approvato con rilascio dei prescritti provvedimenti autorizzativi (licenza edilizia, concessione edilizia o permesso di costruire a seconda dell'epoca di costruzione) ovvero sulla base di Denuncia di inizio attività (nei casi di cui all'art. 22 terzo comma T.U. in materia edilizia o di cui all'art. 1 comma 6 legge 443/2001, nei casi in cui si sia avvalsi della D.I.A. in alternativa alla prescritta concessione edilizia) o sulla base della segnalazione certificata di inizio attività nelle ipotesi di cui all'art. 23 comma 1 TUE dopo la riforma di cui al citato d. lgs. n.222 del 2016.

Va fatto, poi, specifico riferimento, in ipotesi di opere edilizie incidenti sul classamento del fabbricato, ai sensi dell'art. 19, c.14, D.L. 31 maggio 2010, n. 78, convertito con L. 30 luglio 2010 n. 122, all'obbligo di aggiornamento dei dati catastali<sup>77</sup>.

In considerazione della gravità delle sanzioni (penali, civilistiche e tributarie) applicabili in ipotesi di violazione delle suddette norme, compete al notaio accertare, sia pure attraverso la sola e mera indagine della volontà e della documentazione prodotta o rinvenibile attraverso normali controlli ipocatastali (fatto salvo uno specifico incarico professionale), se a seguito delle modifiche edilizie ed urbanistiche effettuate, di cui si ha

precisa indicazione ed emersione documentale, vi sia corrispondenza con le planimetrie di "riferimento", quali risultano depositate in catasto.

Non compete certo al notaio *mai* un accertamento *diretto* della corrispondenza dello stato di fatto allo stato di diritto, a meno appunto di un espresso incarico in tal senso; gli compete, invece, senz'altro – proprio per l'accuratezza necessaria nella predisposizione dell'atto traslativo o divisionale – valutare se in presenza accertata di un intervento edilizio dal quale possa astrattamente discendere una modifica del classamento, possa derivare l'obbligo (magari inadempito) di adeguamento della planimetria e del classamento dell'immobile stesso.

E' stato esemplificativamente affermato che qualora le planimetrie siano "ancora quelle presentate dopo la costruzione (e quindi prima degli interventi modificativi citati), vi sarebbe una "presunzione" di incoerenza tra rappresentazione planimetrica e situazione di fatto per mancato aggiornamento delle planimetrie, che esige una verifica particolarmente attenta ed accurata."<sup>78</sup>.

## Casi

### A1. Errato contenuto della dichiarazione ante 1 settembre 1967<sup>79</sup>.

E' stata utilizzata in un atto notarile una dichiarazione sostitutiva di atto notorio diversa da quella prevista dalla legge (che richiede l'attestazione che l'opera è stata iniziata in data anteriore al 1° settembre 1967"), ha utilizzato un'espressione diversa in particolare l'attestazione che "le opere relative al fabbricato oggetto del presente atto sono state iniziate anteriormente al 30 gennaio 1977".

La legge non richiede formule sacramentali nel caso di specie, ma l'inequivoca dichiarazione che la costruzione del manufatto è stata effettuata anteriormente al 1 settembre 1967.

Nel caso concreto, non si può affermare che la data del 30 gennaio 1977 comprende la precedente 1 settembre 1967, né che la salvezza degli effetti dell'atto discenda dall'effettiva preesistenza della data dell'edificio.

Né si può affermare l'implicita abrogazione da parte del Testo Unico sull'Edilizia.

Tale corpo normativo ha statuito che la circolazione dei manufatti richiede che la loro costruzione sia conforme ai provvedimenti o ai procedimenti dettati e definiti dalle medesime norme, ferma restando la vigenza degli artt. 31 e segg. della legge n. 47 del 1985 che continuano a disciplinare i procedimenti di sanatoria delle costruzioni abusive e la loro commercializzazione.

Non è senz'altro neppure abrogato l'art. 40 della legge 47 del 1985, con la conseguenza che la formulazione di una dichiarazione non conforme alla legge, vizia l'atto dispositivo di nullità ancorché effettivamente la costruzione sia iniziata anteriormente al 1° settembre 1967<sup>80</sup>.

<sup>76</sup> In questo senso RIZZI *Menzioni Urbanistiche e validità degli atti notarili* op. cit. in [www.notariato.it](http://www.notariato.it).

<sup>77</sup> RIZZI *La disciplina dell'attività edilizia anno 2017* op. cit. segnala che "l'Agenzia del Territorio, nella sua Circolare n. 2/T del 9 luglio 2010, a commento sulla succitata disciplina dettata dall'art. 19, c.14, D.L. 78/2010, ha avuto modo di precisare che: (i) nel caso in cui la planimetria catastale depositata in Catasto non riproduca fedelmente la configurazione reale (attuale) dell'immobile ..., il disponente dovrà presentare una denuncia di variazione, allegando la nuova planimetria aggiornata (con applicazione oltre che dei tributi previsti, anche delle sanzioni di legge); (ii) che le eventuali incoerenze tra planimetria e situazione di fatto potrebbero sussistere fin dall'origine (cioè, sin dalla prima dichiarazione in catasto, in relazione alla data di ultimazione dei lavori) oppure essere riconducibili a vicende avvenute in epoca successiva (ad esempio, a seguito di lavori di ristrutturazione, trasformazione, etc., cui non è seguita la prescritta dichiarazione di variazione in catasto); (iii) che la riproduzione in atto degli estremi di titoli edilizi per interventi successivi alla prima costruzione, può costituire un indizio di possibile difformità e quindi "un primo elemento di riferimento al fine di verificare la sussistenza di possibili incoerenze".".

<sup>78</sup> L'espressione è di RIZZI *La disciplina dell'attività edilizia anno 2017* op. cit. .

<sup>79</sup> Il caso è stato affrontato da CASU nella risposta a *Quesito n. 6046/C*. La questione era stata affrontata anche da PACIFICO *Le invalidità degli atti notarili* op. cit. p.311.

<sup>80</sup> Le conclusioni alle quali era giunto CASU nel *Quesito n. 6046/C* sono le seguenti: "a) l'atto posto in essere riportando in esso la dichiarazione di parte che si tratta di fabbricato la cui costruzione è iniziata anteriormente al 30 gennaio 1977 è inadeguata ad attribuire validità all'atto, che pertanto è provvisoriamente nullo; b) la nullità si protrae per tutto il tempo in cui non si effettua l'atto di conferma previsto dall'art. 40 terzo comma della legge 47 del 1985; c) se non si provvede all'atto di conferma, e pertanto se, con l'atto di conferma non si sana la nullità dell'atto, l'atto resta improduttivo di effetti per le parti (e pertanto l'acquirente deve ritenersi non proprietario del bene e l'eventuale atto successivo andrebbe valutato come acquisto *a non domino*, con tutte le conseguenze di legge); d) ulteriore conseguenza del protrarsi della mancanza dell'atto di conferma è la violazione dell'art. 28 n. 1 legge notarile con tutte le

Non sono invece necessarie tuttavia formule sacramentali, ma che assicurino il riferimento sia pure minimale alla norma della dichiarazione sostitutiva<sup>81</sup>.

## A2 Risalenza della dichiarazione.

La dichiarazione sostitutiva di atto notorio attestante l'antiorità dell'inizio della edificazione al 1 settembre 1968 deve provenire "dal proprietario o altro avente titolo".

La dottrina aveva compiutamente affrontato la questione di chi fosse un tale soggetto obbligato a rendere la dichiarazione richiesta dalla legge<sup>82</sup>.

Oggi la questione assume una diversa colorazione. Talora il dichiarante si trova, infatti, a dover formulare la dichiarazione nonostante non abbia alcuna contezza diretta dell'edificazione anteriore al 1 settembre 1967, non solo per la mancanza di una propria esperienza in tal senso, ma anche banalmente per essere nato successivamente.

In tali ipotesi appare di estrema utilità – soprattutto laddove il cedente o il condividente versi nella suddetta condizione soggettiva – il ricorso ad un accertamento peritale.

## 2.4. L'esecuzione di controlli edilizi ed urbanistici sull'immobile in assenza di un espresso incarico.

Il fondamento della circolazione dei fabbricati è la dichiarazione della parte che la legge individua come obbligata ad effettuarla<sup>83</sup> con le modalità ed il contenuto esattamente individuati nella norma impositiva.

Non è invece in alcun modo richiesto che per la validità del negozio traslativo o divisionale sia inserita un'attestazione da parte del Notaio rogante, che non ha alcun dovere di ricerca o di acquisizione di siffatti elementi. E' quindi conseguente che il notaio non è responsabile nel caso in cui la dichiarazione di parte risulti poi non corrispondente al vero essendo egli responsabile soltanto delle cause di nullità che può prevenire perché è in grado di riconoscerle.

Secondo l'impostazione del Consiglio Nazionale del Notariato<sup>84</sup> "non sono ricevibili quindi gli atti per i quali non siano forniti al notaio, quegli elementi (in forma di dichiarazione e/o di allegati) richiesti dalla legge a pena di nullità."

Il notaio deve esercitare su siffatti elementi indicati dalle parti nella loro dichiarazione o prodotti per l'allegazione semplicemente un controllo formale in ragione della sua funzione ed in particolare accertare che: 1) le dichiarazioni ed i documenti siano astrattamente conformi al dettato normativo, non presentando elementi di

implicazioni disciplinari che ciò comporta; e) pertanto, e per concludere, si ritiene che l'unico modo per impedire la nullità dell'acquisto protratta nel tempo e la responsabilità disciplinare notarile sia quello di provvedere al più presto alla sanatoria in discorso."

<sup>81</sup> In questo senso, MATERIA in AA. VV. *Rassegna ragionata di casi ispettivi notarili* WKi 2017, p. 268 sottolinea che il richiamo deve essere inequivoco o nel senso dell'enunciazione della norma o comunque in modo da renderne inequivoco il riferimento.

<sup>82</sup> PACIFICO *Le invalidità degli atti notarili* op. cit. p.311. In particolare, la questione concerneva l'identificazione di colui che era legittimato a rendere tale dichiarazione, individuando il titolo ed il diritto reale di cui era titolare il dichiarante. L'Autore affrontava poi il problema del ruolo del procuratore e della modulazione della dichiarazione nella scrittura privata.

<sup>83</sup> Sul punto in particolare: RIZZI; *Menzioni urbanistiche e validità degli atti notarili*, op. cit. ; RIZZI *Terzo condono edilizio: formalità redazionali con istanza di sanatoria "in itinere"* Studio n. 5533/C del Consiglio Nazionale del Notariato in [www.notariato.it](http://www.notariato.it).

<sup>84</sup> Si tratta della Circolare del Consiglio Nazionale del Notariato del 3 febbraio 1997 (prot. 228) riguardante "La legge 28 febbraio 1985 n. 47 criteri applicativi e la Nota 9 febbraio 1997 n. 474 in "Condono Edilizio - Circolari, studi e riflessioni del Notariato" Milano.

contraddittorietà con altri elementi desumibili dal medesimo titolo; 2) la loro riferibilità all'immobile che forma oggetto dell'atto.

Non sono ad esempio conformi allo schema legale e pertanto rendono l'atto irricevibile:

- nel caso di vendita di edificio con adiacente fabbricato autonomo, il fatto che l'alienante renda la dichiarazione richiesta soltanto relativamente all'edificio principale;
- nel caso di vendita di intero edificio per il quale l'alienante dichiara che l'ultimo piano, costituente organismo autonomo, è stato realizzato abusivamente e non sanato;
- nell'ipotesi di vendita di fabbricato edificato prima del 1967, nonostante il rispetto della forma della dichiarazione, qualora nel medesimo atto sia indicata quale provenienza l'acquisto dell'area libera in epoca temporalmente successiva.

Naturalmente qualora l'immobile edificato interamente in modo abusivo e non sanato o per il quale difettino le indicazioni urbanistiche costituiscano un autonomo organismo edilizio e vengano espunti dall'atto dispositivo, quest'ultimo resterà ricevibile limitatamente ai beni o loro parti di essi che siano conformi.

Il notaio risponde dunque esclusivamente delle nullità "che egli stesso può prevenire in quanto sia in grado di riconoscerle".

Laddove la dichiarazione resa dall'alienante sia formalmente regolare e non contraddittoria, dall'eventuale accertamento successivo al ricevimento dell'atto o alla sua autenticazione della sua falsità, non discende la sua responsabilità del notaio neppure per violazione dell'art. 28, n. 1 L.N..

## CASI

### B1 Condono edilizio.

E' stato richiesto<sup>85</sup> se, nell'ipotesi in cui la parte alienante abbia reso la dichiarazione prevista dalla legge 47/85, il Notaio rogante possa essere ritenuto responsabile per non aver svolto indagine sulla situazione urbanistica di un appartamento e che quindi sia tenuto al pagamento delle somme richieste dal Comune ad integrazione della domanda di condono edilizio relativa al bene compravenduto.

Qualora la dichiarazione dell'alienante o del condividente formalmente sia conforme allo schema offerto dal legislatore, della quale ne sia poi accertata la falsità o l'incompletezza, il notaio non sarà in alcun modo responsabile, neppure per violazione dell'art. 28, n. 1 della Legge Notarile.

### B2 Valutazione della legittimazione edilizia di un fabbricato e della idoneità dei titoli edilizi prodotti.

E' stato richiesto<sup>86</sup> se in ipotesi in cui si riscontri che l'immobile oggetto del negozio non è assentito da titolo abilitativo non idoneo, vi sia responsabilità del notaio rogante o autenticante.

Nel caso di specie si trattava di "un immobile sito in area a destinazione agricola ed adibito ad albergo ristorante (assentito con concessione edilizia del 1986)" oggetto di ristrutturazione con diversa disposizione interna e mutamento di destinazione d'uso –

<sup>85</sup> Si tratta della risposta a quesito n.5566/C di C. LOMONACO.

<sup>86</sup> Si tratta della risposta a quesito n. 525-2006/C di C. Lomonaco e Ruotolo CNN Notizie del 16 maggio 2007, in [www.notariato.it](http://www.notariato.it), dal cui spunto è stato costruito organicamente il paragrafo che segue.



intervento da cui sono originati 15 appartamenti – per la quale era stata presentata d.i.a. nel 2005. In particolare la questione verteva in ordine alla idoneità della denuncia di inizio attività a legittimare un mutamento della destinazione (ulteriore rispetto alla destinazione agricola dell'area sulla quale il medesimo insiste) accompagnato da frazionamento e da opere.

E' stato affermato, al riguardo, nel suddetto quesito, che anche senza entrare nel merito della legittimità o meno di un siffatto intervento edilizio “il notaio non sia tenuto (né ne ha gli strumenti) a valutare l'idoneità del titolo abilitativo cui si è fatto ricorso per assentire il bene”.

Laddove il notaio sappia che sussistono irregolarità nel procedimento, o che il titolo abilitativo non sia idoneo in quanto astrattamente non conforme al dato normativo o urbanistico, deve informare le parti.

Qualora il notaio sappia che il titolo edilizio non lo è più idoneo (per intervenuta revoca o ritiro da parte del Comune o annullamento in sede giurisdizionale) o se il procedimento non è stato sospeso in via di autotutela o in sede giurisdizionale definitivamente e se naturalmente si tratta di un titolo edilizio la cui menzione è obbligatoria secondo i canoni sopra illustrati, deve rifiutarsi di ricevere l'atto<sup>87</sup>.

Se, invece, nella medesima ipotesi, si tratta di titoli edilizi la cui menzione non è obbligatoria secondo i canoni sopra illustrati, può informarne le parti e se esse lo reputano utile predisporre, con il loro consenso, idonee clausole che le tutelino reciprocamente<sup>88</sup>.

Se, poi, nonostante si tratti di un titolo edilizio la cui menzione è obbligatoria secondo i canoni sopra illustrati ed il notaio sappia che sussistono irregolarità nel procedimento, ma il provvedimento non è formalmente annullato, revocato o in generale ritirato o se il procedimento non è stato sospeso in via di autotutela o in sede giurisdizionale definitivamente, e le parti reputano utile predisporre idonee clausole che le tutelino reciprocamente, egli non può rifiutarsi di ricevere l'atto, atteso un principio di presunta legittimità dell'atto e dell'attività amministrativa sino alla sua finale e formale caducazione.

Va quindi esclusa una responsabilità disciplinare del notaio che riceva un tale atto.

Non può escludersi, viceversa, una responsabilità professionale laddove egli, essendo a conoscenza delle irregolarità, anche meramente formali, non informi adeguatamente le parti, ferma restando la presunzione di legittimità sopra ricordata.

### B3 Mancata menzione di una domanda di condono.

E' stato richiesto<sup>89</sup> se sia valido un atto traslativo di un appartamento nel quale non è stata fatta menzione di una domanda di condono presentata sulla base della legge

<sup>87</sup> Naturalmente non vi è alcuna responsabilità laddove il titolo edilizio non sia idoneo per intervenuta revoca, ritiro o annullamento, ove il notaio non ne sia a conoscenza e non gli sia stato attribuito un siffatto incarico.

<sup>88</sup> CAPUANO in *La regolarità urbanistica e la vendita degli immobili abusivi* cit., p.867 in ordine alle menzioni necessarie. Se si tratta di primo condono (Legge n.47 del 1985) andranno indicati oltre agli estremi della domanda di condono, gli estremi del versamento in una o più rate dell'intera oblazione dovuta. Se si tratta di un secondo o di un terzo condono (legge n.662 del 1996 o del 2004 n.326), oltre a quanto ora indicato anche gli estremi del versamento integrale degli oneri concessori. In tutti i casi, se si tratta di beni sottoposti a vincolo di cui all'art.32 Legge n.47 del 1985 come modificato ed integrato, l'attestazione del parere o della richiesta di data non anteriore a mesi sei. Va fatto salvo il caso in cui sia maturato il silenzio assenso, ipotesi nella quale va descritto analiticamente la fattispecie ed il caso di rilascio del permesso o della concessione in sanatoria. Tali menzioni andranno fatte solo laddove siano necessarie, in funzione del tipo di intervento eseguito.

<sup>89</sup> Si tratta della risposta a quesito n.123/2006 di CASU.

regionale del Lazio 8 novembre 2004, n. 12, ancorché priva di un'integrazione della somma dovuta a titolo di oblazione e se sia possibile pagare tardivamente l'integrazione dei versamenti e stipulare un atto di conferma ai sensi della legge 47/1985.

Secondo l'art. 10 della legge regionale del Lazio 8 novembre 2004, n. 12<sup>90</sup>, le domande di concessione del titolo abilitativo edilizio in sanatoria presentate ai comuni competenti ai sensi della precedente normativa statale antecedentemente alla data di entrata in vigore della predetta legge regionale dovevano ritenersi regolarmente presentate e quindi valide; ma con la precisazione che l'oblazione versata andava integrata nella misura più ampia prevista dalla stessa legge regionale e che tale versamento doveva avvenire “a pena del non accoglimento della domanda, entro il 10 dicembre 2004”.

Nel caso proposto all'attenzione dell'Ufficio Studi del Consiglio Nazionale del Notariato, la predetta integrazione non è stata effettuata, con la conseguenza “del non accoglimento della domanda”, per la intempestività della produzione.

In tale occasione sono state svolte alcune peculiari osservazioni. Va innanzitutto accertato il grado di rilievo dell'abuso posto in essere, se primario o secondario<sup>91</sup>.

Se pertanto l'abuso posto in essere è secondario, esso non incide sulla commercializzazione del bene, con la conseguenza che l'atto posto in essere nonostante l'abuso stesso è pienamente valido, ferme restando le conseguenze evidenti sul piano amministrativo e civilistico prima ricordate<sup>92</sup>.

Laddove si trattasse invece di abuso primario, l'atto sarebbe nullo e non sanabile. Costituisce presupposto per la confermabilità la preesistenza di determinati elementi mancanti al tempo dell'atto e non la loro sussistenza in data successiva ad esso<sup>93</sup>.

<sup>90</sup> Rubricato “Disposizioni in materia di definizione di illeciti edilizi”.

<sup>91</sup> Nel caso affrontato nel quesito, si tratta della realizzazione di una tettoia su un terrazzo. Tale intervento non determina la creazione di un *nuovo* bene immobile, non essendo stato creato un bene separato dal resto dell'appartamento. Ed aggiunge l'Autore “se pertanto l'abuso posto in essere è un abuso secondario, esso non incide sulla commercializzazione del bene, per cui l'atto posto in essere (che si è limitato, pare, a riportare gli estremi del provvedimento abilitativo concernente l'appartamento interessato al trasferimento) è pienamente valido, restando la porzione di bene ricoperta da tettoia un aspetto che incide sulla criticità urbanistica parziale del bene, non sulla validità dell'atto.”.

<sup>92</sup> E' stato già affrontata la questione delle menzioni obbligatorie e della cd. ristrutturazione maggiore nell'ipotesi in cui un siffatto intervento edilizio sia stato oggetto di condono edilizio. Giovanni Casu nel quesito in esame si limita a distinguere l'ipotesi dell'abuso primario dall'abuso secondario, escludendo per il secondo qualsivoglia ricaduta sul piano della commerciabilità dell'immobile. In realtà, l'Autore non affronta per nulla la questione posta dal nuovo (per l'epoca) concetto della cd. ristrutturazione maggiore; è sul punto preferibile ritenere che per effetto dell'impossibilità di un'applicazione retroattiva del citato comma 5 bis dell'art.46 TUE e di un'interpretazione sistematica che conduca a valutare in modo simile casi simili, fuoriescono da un siffatto obbligo di menzione, le fattispecie pur astrattamente riconducibili alla cd. ristrutturazione maggiore ma presentate a sensi della legge 47/1985 ovvero della legge 724/1994; vi rientrano invece per le medesime ragioni le domande di sanatoria a regime e quelle proposte ai sensi del d. l. n.269 del 30 settembre 2003 (entrato in vigore il 2 ottobre 2003, quindi successivamente alla data di entrata in vigore della modifica del suddetto comma 5 bis, al 5 febbraio 2003). Solo in tale ultima ipotesi la menzione sarà obbligatoria a pena di nullità, come già ribadito.

<sup>93</sup> Appaiono di grande interesse le osservazioni in ordine al ritardo nel pagamento dell'integrazione dell'oblazione e abuso primario. Osserva Giovanni Casu che una legge regionale non può prevedere una sanzione di nullità non disciplinata “dalla legge statale (trattandosi di materia giusprivatistica che a rigore non rientra nella competenza legislativa delle Regioni)”; ma aggiunge che ad una siffatta considerazione “si può ribattere che in questo caso la legge regionale si limita a stabilire una circostanza preclusiva della fisiologica conclusione del procedimento di sanatoria, ancorché poi gli effetti di un eventuale ritardo nell'assolvimento di questo compito determinino una violazione della norma contenuta nella legge statale; in tal caso ognuna delle due leggi interessate avrebbe svolto regolarmente il suo ruolo: la legge statale che

Esamina, poi, l'Autore la posizione del Notaio, nelle ipotesi nelle quali la commerciabilità del bene, non coincida con la certezza in ordine all'accoglimento della domanda di sanatoria, in ipotesi di abusi minori<sup>94</sup>. Nel caso in cui la regolarizzazione urbanistica del bene negoziato sia affidata alla discrezionalità del Comune e quindi incerta nelle sue conclusioni, ciò, secondo Giovanni Casu, nel citato quesito impegna "fortemente la diligenza professionale del notaio che deve informare le parti sulle possibili conseguenze di detta circostanza, ma certamente non costringere il notaio a rifiutare l'atto se le parti, pur informate di tutto, abbiano palesato al notaio la ferma intenzione di procedere alla stipula."

Questione diversa riguarda l'ipotesi dell'intervento edilizio che può essere ricondotto alla cd. ristrutturazione pesante eseguito nella fascia temporale tra il 5 febbraio 2003 (data di entrata in vigore del comma 5 bis dell'art. 46 TUE) ed il 31 marzo 2003 (data di scadenza dell'esecuzione dell'intervento che può costituire oggetto di condono edilizio)<sup>95</sup>.

## 2.5. L'agibilità e lo specifico dovere di informazione del notaio.

La disciplina dell'agibilità è stata modificata profondamente dal Decreto legislativo 25 novembre 2016 n. 222, che è intervenuto in modo radicale sul dettato dell'art. 24 TUE che è stato profondamente innovato<sup>96</sup>.

Non è più previsto, a tal fine, né il rilascio di un apposito provvedimento espresso né la formazione di un titolo avente natura provvedimentale mediante silenzio assenso.

La vera novità della nuova disciplina è senz'altro costituita dalla centralità del ruolo della Segnalazione certificata che diviene lo strumento attraverso il quale il tecnico abilitato dichiara ed attesta:

- 1) la sussistenza delle condizioni di sicurezza, igiene, salubrità, risparmio energetico degli edifici e degli impianti negli stessi installati, valutate secondo quanto dispone la normativa vigente unitamente
- 2) la conformità dell'opera al progetto presentato,

con riferimento:

- a) a singoli edifici o singole porzioni della costruzione, purché funzionalmente autonomi, qualora siano state realizzate e collaudate le opere di urbanizzazione primaria relative all'intero intervento edilizio e siano state completate e collaudate le parti strutturali connesse, nonché collaudati e certificati gli impianti relativi alle parti comuni e a
- b) singole unità immobiliari, purché siano completate e collaudate le opere strutturali connesse, siano certificati gli impianti e siano completate le parti comuni e le

prevede la nullità se non si osservano determinate formalità inerenti al procedimento amministrativo attinente alla sanatoria; la legge regionale che si limita a stabilire quali sono i momenti essenziali di questo procedimento."

<sup>94</sup> Giovanni Casu afferma che "un conto è il procedimento amministrativo, altro conto la commerciabilità del bene, sul presupposto che non tutti gli elementi atti a formare il completamento del procedimento amministrativo vengono a coincidere sulla commerciabilità: basti riflettere ai vincoli esistenti sul bene abusivo, che, al di là della validità o meno dell'atto negoziale posto in essere, possono definitivamente impedire la conclusione positiva del procedimento di sanatoria. Eppure nessuno si sogna di affermare che i due momenti (validità dell'atto e conclusione sicura del procedimento) marcino in stretto collegamento."

<sup>95</sup> L'ipotesi è stata esaminata nel paragrafo 2.3.

<sup>96</sup> RIZZI *La disciplina dell'attività edilizia 2017* cit. in [www.notariato.it](http://www.notariato.it), diffusamente in ordine alla novella del 2016. Dopo la novella del 2016 in ordine alla distinzione tra incommerciabilità economica e giuridica, da ultimo, Cass. Sez. II 30 gennaio 2017 n.2294 in *Notariato* 2017, 3, p.275 con nota di ZANELLI e BONORA dal titolo *Agibilità: "incommerciabilità economica" non è incommerciabilità giuridica*, cit..

opere di urbanizzazione primaria dichiarate funzionali rispetto all'edificio oggetto di agibilità parziale.

Al fine della certificazione dell'agibilità di un edificio o di una sua porzione o di una singola unità immobiliare non è più sufficiente il solo rispetto delle condizioni di sicurezza, igiene, salubrità, risparmio energetico, bensì è necessaria altresì l'attestazione della conformità delle opere eseguite al progetto ed alle sue varianti.

Nessun altro requisito è necessario a tal fine, neppure qualora il richiedente o il suo avente causa abbia assunto in tal senso specifici obblighi di natura convenzionale, come ha recentemente affermato la giurisprudenza amministrativa<sup>97</sup>.

In estrema sintesi, l'agibilità come oggi certificata dal tecnico incaricato, non sarà solo un'attestazione dell'idoneità della destinazione dell'immobile all'uso al quale è adibito, ma anche della conformità urbanistica del bene che ne forma oggetto.

Allo scopo di ottenere l'agibilità, entro quindici giorni dall'ultimazione dei lavori, colui che è titolare del permesso di costruire, o che ha presentato la segnalazione certificata di inizio di attività, o i loro successori o aventi causa, deve presentare allo sportello unico per l'edilizia la segnalazione certificata, per i seguenti interventi: (a) nuove costruzioni; (b) ricostruzioni o sopraelevazioni, totali o parziali; (c) interventi sugli edifici esistenti che possano influire sulle condizioni di sicurezza, igiene, salubrità, risparmio energetico degli edifici e degli impianti negli stessi installati, corredata dalla documentazione esattamente prevista dalla norma<sup>98</sup>, con la previsione in ipotesi di inottemperanza di una specifica sanzione amministrativa<sup>99</sup>.

E' dubbio se tale segnalazione possa essere proposta anche al di fuori delle ipotesi sopra elencate.

Nonostante l'autorevolezza di un recente parere<sup>100</sup>, anche alla luce dei primi orientamenti di prassi, è preferibile affermare che la segnalazione di cui all'art.24 TUE possa essere proposta anche in relazione a manufatti privi di agibilità o *ab initio* o per

<sup>97</sup> TAR Umbria Sez. I n. 567 del 4 settembre 2017 in [www.lexambiente.it](http://www.lexambiente.it). Secondo tale pronuncia i "requisiti della certificazione di agibilità di un edificio sono da rinvenire nella verifica sulla salubrità dell'edificio, posto che il rilascio o il diniego devono essere basati su ragioni prevalentemente inerenti al profilo igienico-sanitario ed è altresì previsto che l'agibilità presupponga che si tratti di locali dei quali va dichiarata la conformità rispetto al progetto approvato. A fronte di un'istanza con la quale il titolare di una concessione edilizia, ultimati i lavori, chiede rilasciarsi l'attestazione di abitabilità dei locali, il Comune esercita un potere vincolato ai presupposti di legge, da accertarsi con le dovute cautele tecniche, ma che non può essere ritardato, dilazionato o condizionato a fattori diversi dalla conformità del manufatto realizzato al progetto assentito ed alle regole della tecnica edilizia". Neppure il ritardato o mancato rispetto di obblighi convenzionali assunti mediante atto d'obbligo.

<sup>98</sup> La segnalazione certificata è corredata dalla seguente documentazione: (a) attestazione del direttore dei lavori o, qualora non nominato, di un professionista abilitato che assevera la sussistenza delle condizioni di sicurezza, igiene, salubrità, risparmio energetico degli edifici e degli impianti negli stessi installati e quindi la sua agibilità nonché la conformità dell'opera al progetto presentato; (b) certificato di collaudo statico di cui all'articolo 67 ovvero, per gli interventi di cui al comma 8-bis del medesimo articolo, dichiarazione di regolare esecuzione resa dal direttore dei lavori; (c) dichiarazione di conformità delle opere realizzate alla normativa vigente in materia di accessibilità e superamento delle barriere architettoniche di cui all'articolo 77, nonché all'articolo 82; (d) gli estremi dell'avvenuta dichiarazione di aggiornamento catastale; (e) dichiarazione dell'impresa installatrice, che attesta la conformità degli impianti installati negli edifici alle condizioni di sicurezza, igiene, salubrità, risparmio energetico prescritte dalla disciplina vigente ovvero, ove previsto, certificato di collaudo degli stessi.

<sup>99</sup> La mancata presentazione della segnalazione certificata di agibilità, nei casi e entro i termini previsti dalla norma in commento, comporta l'applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria da €. 77,00 ad €. 464,00.

<sup>100</sup> Risposta a quesito dell'Ufficio Studi Consiglio Nazionale del Notariato del 2017 n.6347, di C. LOMONACO.



effetto di modifiche successive, magari anteriori all'entrata in vigore della riforma del 2016.

Si amplia, per effetto di una siffatta lettura, il novero delle ipotesi nelle quali potrà essere richiesto il procedimento di agibilità; il riferimento è ad esempio ai manufatti realizzati in precedenza ma per i quali, nonostante la mancata esecuzione di nuovi interventi edilizi, l'agibilità non era mai stata richiesta o ancora ai manufatti oggetto di condono edilizio il cui iter di agibilità non era stato ancora ottenuto, indipendentemente dall'inizio o meno del procedimento relativo<sup>101</sup>.

Acquista così un ruolo del tutto particolare, una siffatta SCIA in relazione agli effetti che da essa possono derivare.

L'utilizzo dell'unità immobiliare, funzionale alla sua destinazione, può essere iniziato, infatti, solo dalla data stessa nella quale è presentata allo sportello unico per l'edilizia la segnalazione certificata di agibilità, corredata di tutta la prescritta documentazione.

Va tuttavia segnalato che (proprio in virtù del richiamo espresso dell'art.24 comma 6 TUE all'art. 19, commi 3 e 6-bis, della legge 241/1990) il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale, ove difettino i requisiti normativamente previsti per la condizione di agibilità dell'immobile, entro 30 giorni dal ricevimento della segnalazione, deve adottare un provvedimento concernente il divieto di prosecuzione dell'utilizzo e l'ordine di rimozione degli elementi tecnici che impediscono il perfezionamento dell'iter procedimentale, invitando contestualmente l'interessato ad adottare le misure prescritte, con la fissazione di un termine non inferiore a trenta giorni.

Qualora l'interessato non desse seguito agli adempimenti imposti da un siffatto provvedimento, nel termine da esso prescritto, l'utilizzo dell'immobile deve intendersi vietato.

Con lo stesso atto amministrativo, in presenza di attestazioni non veritiere o di pericolo per la tutela dell'interesse pubblico in materia di ambiente, paesaggio, beni culturali, salute, sicurezza pubblica o difesa nazionale, il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale può disporre anche la sospensione dell'utilizzo che fosse già intrapreso.

Qualora, invece dalla comunicazione da parte dell'interessato dell'adozione delle misure prescritte dagli uffici comunali, in assenza di ulteriori provvedimenti, sia decorso lo stesso termine di ulteriori 30 giorni, cessano gli effetti della sospensione eventualmente adottata<sup>102</sup>.

Resta sempre possibile, comunque, la dichiarazione di inagibilità di un edificio o di parte di esso ai sensi dell'art. 26 TUE.

Possono, quindi, per effetto della presentazione della nuova segnalazione certificata, verificarsi le seguenti ipotesi, descritte in appresso secondo un iter logico e temporale:

- 1) il divieto di utilizzo nei trenta giorni dalla sua presentazione, purché essa sia corredata dalla intera e completa documentazione<sup>103</sup>;

<sup>101</sup> A tale riguardo, va segnalato che il Comune di Roma Capitale rilascia ancor oggi un provvedimento espresso di agibilità in relazione ai condoni per i quali ancora il relativo iter di ottenimento dell'agibilità non si era concluso.

<sup>102</sup> Le Regioni, le Province autonome, i Comuni e le Città metropolitane, nell'ambito delle proprie competenze disciplinano le modalità di effettuazione dei controlli, anche a campione e comprensivi dell'ispezione delle opere realizzate.

<sup>103</sup> Va segnalato che qualora la documentazione non fosse completa non decorre neppure il termine di trenta giorni.

- 2) la possibilità di utilizzo una volta decorsi trenta giorni dalla sua presentazione, purché essa sia corredata dalla intera e completa documentazione;
- 3) l'adozione un provvedimento concernente il divieto di prosecuzione dell'utilizzo e l'ordine di rimozione degli elementi tecnici che impediscono il perfezionamento dell'iter procedimentale, nei 30 giorni dal ricevimento della segnalazione, difetto dei requisiti normativamente previsti per la condizione di agibilità dell'immobile, invitando l'interessato ad adottare le misure prescritte, con la fissazione di un termine non inferiore a trenta giorni;
- 4) l'adozione delle prescrizioni richieste da parte dell'interessato e possibilità di utilizzo dell'immobile;
- 5) in mancanza dell'adozione delle misure prescritte, il divieto di utilizzo dell'immobile;
- 6) l'inagibilità dichiarata con apposito provvedimento.

Nonostante la profonda revisione della disciplina in tema di agibilità, resta comunque evidente, in assenza di specifiche prescrizioni normative in tal senso, che il difetto di agibilità non inibisce la commerciabilità degli edifici, né ha alcuna influenza sulla validità dell'atto e conseguentemente in ordine alla responsabilità disciplinare del notaio<sup>104</sup>.

Nessuna specifica menzione è peraltro necessaria in atto in ordine all'agibilità, pur essendo fortemente opportuna la previsione di apposite clausole sul punto che vadano oltre la mera indicazione degli estremi di essa<sup>105</sup>, sia in ordine alla normativa tempo per tempo vigente ed applicabile<sup>106</sup>.

L'assenza di agibilità non esclude peraltro la preesistente regolarità urbanistica del bene<sup>107</sup>.

<sup>104</sup> E' stato osservato da ZANELLI e BONORA in *Agibilità: "incommerciabilità economica" non è incommerciabilità giuridica*, cit. p.283 che "sotto il profilo del ruolo e delle responsabilità dal notaio, la validità della vendita di un immobile sprovvisto dell'agibilità comporta l'obbligo in capo allo stesso di procedere, se richiesto, alla stipulazione del contratto. Non ricorrendo gli estremi per l'applicabilità dell'art. 28 L.N., il notaio che si rifiuti di ricevere un siffatto negozio violerebbe infatti l'art. 27 L.N., incorrendo nella responsabilità di cui al secondo comma dell'art. 138 L.N."

<sup>105</sup> In ordine alla distinzione tra incommerciabilità economica e giuridica, da ultimo, Cass. Sez. II 30 gennaio 2017 n.2294 cit., p.275 con nota di ZANELLI e BONORA dal titolo *Agibilità: "incommerciabilità economica" non è incommerciabilità giuridica*, cit.. Si rinvia anche a RIZZI *La disciplina dell'attività edilizia 2017* cit. in [www.notariato.it](http://www.notariato.it)

<sup>106</sup> CASU, *Appunti sul certificato di agibilità*, su *Riv. not.*, 2007, 2, 395.

<sup>107</sup> ZANELLI e BONORA *Agibilità: "incommerciabilità economica" non è incommerciabilità giuridica* *Notariato* 2017, 3, p.275 affermano che "l'avvio della procedura volta all'ottenimento dell'agibilità avviene in un momento successivo alla realizzazione dell'immobile, stante la sua esclusiva funzione di accertare la sussistenza delle condizioni igienico-sanitarie dell'immobile. Inoltre, in base alla vigente disciplina, la conformità del bene al progetto approvato deve esclusivamente risultare da una autodichiarazione resa dal richiedente al momento della presentazione della segnalazione di agibilità, potendo dunque al limite far sorgere una presunzione *iuris tantum* di conformità urbanistico-edilizia". Nell'ipotesi in cui sia stato rilasciato un titolo a sanatoria dell'intervento edilizio abusivo, risulta particolarmente evidente un tale iato, non essendo consequenziale l'ottenimento dell'agibilità. Tale assunto è stato ribadito di recente dal Consiglio di Stato (6 marzo 2017, n. 1056, sez. VI in [www.notariato.it](http://www.notariato.it)) il quale in relazione alla condonabilità e l'agibilità di uno stesso immobile ha affermato "che gli stessi istituti operino su piani separati in un rapporto di presupposizione a senso inverso: la conformità edilizia dell'opera è un presupposto per il rilascio del certificato unico di agibilità senza che, viceversa, l'agibilità condizioni il condono".

Il venditore, per costante indirizzo della giurisprudenza<sup>108</sup> ha, quindi, l'obbligo di consegnare all'acquirente la documentazione anche in ordine all'agibilità, senza la quale l'immobile è economicamente incommerciabile, categoria contrapposta dalla giurisprudenza<sup>109</sup> alla codicistica *commerciabilità giudica*. In assenza della richiesta documentazione in ordine alla rilasciata o procedimentalmente<sup>110</sup> ottenuta agibilità, l'acquirente può legittimamente rifiutarsi di adempiere<sup>111</sup>.

Un tale obbligo infine è escluso, salvo espressa previsione contrattuale in tal senso, nell'ipotesi in cui il fabbricato non sia stato ultimato e sia a carico dell'acquirente l'obbligazione del completamento delle opere<sup>112</sup>.

Si può, al riguardo, affermare che se l'agibilità non incide sulla *commerciabilità giuridica* di un edificio, tuttavia, costituendone il presupposto di utilizzabilità, incide, sulla sua *commerciabilità "economica"*, con tutte le conseguenze che ne derivano sul piano della risolubilità del contratto (a meno che si tratti di edificio che non possa, nel momento del suo trasferimento, essere già agibile, come nel caso del fabbricato ceduto al grezzo).

L'eventuale modulazione di un siffatto obbligo, sino a giungere all'estrema Thule della sua esclusione convenzionale, anche con riferimento alla disciplina precedente alla novella introdotta dal d. lgs. n.222 del 2016, va precisata mediante l'introduzione nel contratto di apposite regole convenzionali, che non riguardano solo i contratti traslativi, ma anche in ipotesi di espressa volontà o esigenza in tal senso, anche i contratti obbligatori quali affitto e locazione<sup>113</sup> (ad esempio di locale commerciale).

<sup>108</sup> Cass. Sez. II 30 gennaio 2017 n.2294 in *Notariato* 2017, 3, p.275 cit. con nota di ZANELLI e BONORA dal titolo *Agibilità: "incommerciabilità economica"* non è incommerciabilità giuridica, cit.; Cass., 9 ottobre 2015, n. 20349, sez. II civile in [www.notariato.it](http://www.notariato.it). In ordine al decorso del fattore tempo per l'ottenimento dell'agibilità Cass. 8 aprile 2015 n.7041 sez.II civile in [www.notariato.it](http://www.notariato.it).

<sup>109</sup> Secondo Cass. 23 gennaio 2009, n. 1701 in *Riv. not.*, 2009, 1280, cit. "il venditore di un immobile destinato ad abitazione ha l'obbligo di consegnare all'acquirente il certificato di agibilità, senza il quale l'immobile stesso è incommerciabile. La violazione di tale obbligo può legittimare sia la domanda di risoluzione del contratto, sia quella di risarcimento del danno, sia l'eccezione di inadempimento, e non è sanata dalla mera circostanza che il venditore al momento della stipula, avesse già presentato una domanda di condono per sanare l'irregolarità amministrativa dell'immobile".

<sup>110</sup> In ordine allo sviluppo del procedimento per l'ottenimento dell'agibilità e alla responsabilità del venditore Cass., 14 aprile 2015, n. 7472, sez. II civile, in [www.notariato.it](http://www.notariato.it), secondo la quale "In tema di licenza di abitabilità di immobili la fattispecie di assenso delineata dall'art. 4 del d.P.R. n. 425/1994 presuppone sia che il proprietario, all'atto della presentazione della domanda di rilascio del certificato di abitabilità (ora, agibilità), offra tutta la documentazione richiesta dal primo comma di detta norma, sia il decorso del tempo idoneo ad integrare la fattispecie legale tipica del silenzio-assenso".

<sup>111</sup> Cass. 8 febbraio 2016, n. 2438, sez. II civile, in [www.notariato.it](http://www.notariato.it) per la quale "ai sensi dell'art. 1477, comma 3, c.c., il venditore ha l'onere, ai sensi di legge, di consegnare il certificato di agibilità. Pertanto il rifiuto, opposto dal promissario acquirente, di stipulare la compravendita definitiva dell'immobile, sprovvisto dei certificati di agibilità, abitabilità e conformità alla concessione edilizia, deve ritenersi giustificato."

<sup>112</sup> Cass. 9 aprile 2014, n. 8351, sez. I civile in [www.notariato.it](http://www.notariato.it). Per converso, laddove l'ultimazione competa al venditore permane invece a suo carico l'obbligo di produrre la certificazione di agibilità.

<sup>113</sup> In tal senso, Cass. 16 giugno 2014, n. 13651, sez. III civile, in [www.notariato.it](http://www.notariato.it), per la quale "solo quando l'inagibilità o l'inabitabilità del bene attenga a carenze intrinseche o dipenda da caratteristiche proprie del bene locato, si da impedire il rilascio degli atti amministrativi relativi alle dette abitabilità o agibilità e da non consentire l'esercizio lecito dell'attività del conduttore conformemente all'uso pattuito, può configurarsi l'inadempimento del locatore, fatta salva l'ipotesi in cui quest'ultimo abbia assunto l'obbligo specifico di ottenere tali atti."

Nulla, insomma, muta, in argomento, per effetto delle nuove norme, in relazione alle valutazioni espresse dalla giurisprudenza sul punto, fatta salva la maggiore difficoltà di disciplinare una più articolata congerie di ipotesi<sup>114</sup>.

Valgono pertanto senz'altro le posizioni assunte con riferimento alle normative in materia precedenti, che hanno avuto riguardo essenzialmente all'insoddisfazione del bisogno abitativo o del bisogno funzionale alla destinazione concreta del bene, che il cessionario vuole realizzare con l'acquisto.

Fatte salve alcune isolate posizioni che hanno ricondotto alla categoria della nullità l'assenza di agibilità<sup>115</sup>, in realtà, un immobile sprovvisto dell'agibilità non è incommerciabile in senso tecnico, ma subisce esclusivamente un deprezzamento rispetto al valore che avrebbe in caso contrario, sia in relazione all'impossibilità di pieno godimento dello stesso, che in considerazione delle spese che si renderanno eventualmente necessarie al fine dell'ottenimento dell'agibilità.

L'esame della fattispecie va quindi trasferito dal piano della validità al piano della responsabilità dei contraenti, così come ricostruita secondo l'impostazione alla quale si accede<sup>116</sup>, e conseguentemente del notaio che non abbia sufficientemente informato le parti.

Secondo l'indirizzo ribadito di recente dalla Suprema Corte nella già ricordata pronuncia del 2017<sup>117</sup> l'alienazione di un bene immobile privo di agibilità costituisce vendita di un *aliud pro alio*, qualora il fabbricato in oggetto manchi di uno o più elementi essenziali per la sussunzione di esso all'interno di una certa categoria di immobili,

<sup>114</sup> In questo senso specifico, ZANELLI e BONORA dal titolo *Agibilità: "incommerciabilità economica"* non è incommerciabilità giuridica, p.285. In relazione al ruolo dell'agibilità nel preliminare si rinvia al contributo completo di FUSARO *Contratto preliminare e regolarità urbanistica: un contrasto interno alla giurisprudenza di legittimità* in AAVV. *Le vendite immobiliari* cit., p.871.

<sup>115</sup> Si tratta del rarissimo caso di assoluta impossibilità di godimento del bene, in assenza di agibilità. Sul punto Cass. n. 24957/2007, in *Riv. not.*, 2008, p. 871; CASU, *Appunti sul certificato di agibilità*, su *Riv. not.*, cit., 395. Una pronuncia del Tribunale di Venezia del 9 febbraio 1978 (in *Giur. it.*, 1979, I, 2, 234), afferma addirittura che si tratterebbe di nullità per illiceità dell'oggetto.

<sup>116</sup> Possono individuarsi quattro scelte tecniche in ordine alla ricostruzione della fattispecie formulate dalla giurisprudenza. Secondo una prima impostazione la fattispecie può essere ricondotta all'ipotesi declinata dall'art.1489 c.c. che regola la vendita di beni gravati da oneri, diritti reali o personali non apparenti che ne diminuiscano il godimento, trattandosi di limiti derivanti da provvedimenti amministrativi, purché naturalmente l'acquirente non ne fosse a conoscenza. L'acquirente potrebbe agire per la risoluzione del contratto o per la riduzione del corrispettivo, ai sensi dell'art.1480 c.c.; secondo un diverso indirizzo il venditore ha violato l'obbligo di consegna dei titoli e dei documenti relativi alla proprietà e all'uso della cosa venduta, imposto dall'art.1477 c.c. (per tutte Cass. n. 16216/2008, in *Riv. not.*, 2008, 1428; Cass. n. 1701/2009, in *Riv. not.*, 2009, 1280; Cass. n. 4513/2001, in *Riv. not.*, 2001, 1223; Cass. n. 8880/2000, in *Riv. not.*, 2001, 242; Cass. n. 11521/1995, in *Corr. giur.*, 1996, 168) attribuendo all'acquirente il diritto di agire per l'adempimento del contratto o per la risoluzione per inadempimento, fermo il risarcimento del danno. Per un terzo orientamento a norma dell'art.1490 c.c. il difetto di agibilità costituisce un vizio della cosa venduta qualora il bene consegnato sia inidoneo all'uso al quale è destinato o ne sia diminuito in modo apprezzabile il valore (Cass.n.5202/2007 in *Guida dir.* 2007,17,79), o costituisca, ai sensi dell'art.1497 c.c., una mancanza delle qualità promesse o di quelle essenziali all'uso a cui è destinato, sempre purché il difetto ecceda i limiti di tolleranza stabiliti dagli usi. Il difetto tecnico di una siffatta ricostruzione è costituito dal brevissimo termine decadenziale per la denuncia del vizio di 8 giorni dalla sua scoperta, e prescrizione dell'azione in ogni caso decorso un anno dalla consegna. La quarta ipotesi è poi quella che riconduce all'*aliud pro alio* la ricostruzione della fattispecie. Va segnalato che la differenza essenziale tra le suddette ricostruzioni è costituita dalle ricadute processuali.

<sup>117</sup> Cass. Sez. II 30 gennaio 2017 n.2294 in *Notariato* 2017, 3, p.275 cit.; in questo senso, anche Cass. 14 gennaio 2014 n.629 e 11 ottobre 2013, n. 23157, sez. II civile entrambe in [www.notariato.it](http://www.notariato.it); Cass. n. 25040 del 27 novembre 2009, in *Riv. giur. edilizia*, 2010, 2, I, 430; in questo senso, ex multis Cass. n. 25040/2009, in *Riv. giur. edilizia*, 2010, 2, I, 430; Cass. n. 9253/2006, in *Riv. not.*, 2007, 394.

intendendosi per tale anche la mancanza di elementi necessari per la realizzazione della sua tipica funzione economico-sociale o più semplicemente anche della mera funzione che le parti abbiano ritenuto in tal caso come essenziale. In ipotesi in cui si aderisca ad una siffatta ricostruzione dogmatica il rimedio è costituito dal diritto di agire per l'adempimento o per la risoluzione nonché di eccepire ai sensi dell'art.1460 c.c. l'inadempimento, salvo in ogni caso il risarcimento dei danni subiti<sup>118</sup>.

E' stato osservato<sup>119</sup> che per sollevare l'alienante dall'obbligo di consegnare una siffatta certificazione è necessaria un'apposita dichiarazione dell'acquirente, non essendo sufficiente né la mera conoscenza anche *aliunde* del mancato rilascio<sup>120</sup>, né la presenza in atto della mera dichiarazione della conoscenza dello stato di fatto e di diritto in cui l'immobile si trova<sup>121</sup>, trattandosi di clausola di mero stile dalla quale non può essere desunta un'espressa rinuncia all'agibilità.

Non basta poi il solo difetto di agibilità a far risolvere il contratto a causa dell'*aliud pro alio*, dovendosi "valutare le condizioni economiche della transazione", tenuto conto che un eventuale rilascio successivo "farebbe venir meno anche il diritto dell'acquirente al risarcimento dei danni"<sup>122</sup>.

E' stato poi segnalato<sup>123</sup> che se il difetto dell'agibilità viene reso noto all'acquirente prima della stipulazione del contratto definitivo di vendita, quest'ultimo potrà senz'altro rifiutarsi di concludere l'operazione e che nell'ipotesi in cui le parti si siano vincolate alla stipula del definitivo in forza di un preliminare di vendita potranno comunque agire per l'adempimento o per la risoluzione nonché eccepire ai sensi dell'art.1460 c.c. l'inadempimento<sup>124</sup>.

Il vantaggio processuale di una tale ricostruzione per l'acquirente è costituito dalla possibilità di azione nel termine decennale, mancando qualsivoglia limite decadenza.

E' evidente la delicatezza degli interessi in gioco; il notaio dovrà, quindi, in tali ipotesi, esaminare certamente anche con la nuova disciplina, la regolarità formale della documentazione prodotta, salvo richiedere, come appare fortemente opportuno, un intervento tecnico che permetta di escludere con sicurezza l'esistenza di divieti di utilizzo del bene che forma oggetto dell'atto traslativo.

Il notaio che, da una parte, non potrà legittimamente rifiutare (art.27 L. Not.) di ricevere un atto traslativo avente ad oggetto un fabbricato privo di agibilità, avrà, comunque, dall'altra, un vero e proprio obbligo di informazione delle possibili

conseguenze della presentazione della SCIA, non solo sotto il profilo delle eventuali cause che possono astrattamente o in concreto impedire l'utilizzo del bene oggetto dell'atto richiesto, ma anche delle ragioni tecnico-giuridiche che inibiscono la realizzazione del risultato che i contraenti, con quel particolare strumento giuridico, intendono perseguire<sup>125</sup>.

Una recentissima pronuncia della Suprema Corte<sup>126</sup> puntualizza in modo esatto il ruolo del notaio nella fattispecie; in particolare, l'obbligazione professionale del notaio non può estendersi alla verifica in concreto dell'agibilità, essendo limitato il suo compito al ricevimento della dichiarazione da parte del venditore; né il dovere di consiglio peraltro che comunque spetta notaio "può essere dilatato fino al controllo di circostanze di fatto, il cui accertamento rientra nella normale prudenza e diligenza delle parti".

Deve essere dunque distinto il *dovere di informazione* da parte del notaio che concerne esclusivamente i dati rilevanti per il perfezionamento del contratto, aderenti alla funzione economico sociale che le parti intendono perseguire con l'atto che andranno a stipulare, dal *dovere di consiglio* in ordine alle scelte tecnico-giuridiche proprie della professione intellettuale con l'avvertenza che è evidente l'impossibilità per il notaio di sostituirsi ad un tecnico con competenze ingegneristiche che possa valutare l'idoneità o meno dell'immobile ad essere qualificato come agibile.

L'attività del notaio dovrà, in tali ipotesi, concretarsi, insomma, in una corretta informazione nei confronti della parte acquirente, al fine di garantire che quest'ultima sia consapevole perfettamente delle conseguenze derivanti dall'acquisto di un manufatto privo dell'elemento dell'agibilità, potendo tale qualità risultare determinante nella valutazione del contraente in ordine all'opportunità di procedere o meno alla stipula del contratto di compravendita o – ove decida comunque di acquistare – in ordine alla determinazione del prezzo.

La possibilità per l'acquirente di esprimere un siffatto giudizio è essenziale poi non solo nell'ipotesi di un immobile da adibire ad abitazione, ma quale che sia la destinazione dell'immobile oggetto dell'atto traslativo.

Una volta fornite le relative informazioni, sarà compito del notaio trasferirle in accordi idonei, modulando infine clausole conformate sulla reale volontà delle parti.

### PARTE III

#### 3.1. Lineamenti della responsabilità disciplinare del notaio in materia urbanistica ed edilizia.

La previsione del quarto comma dell'art. 46 TUE per il quale se la mancata indicazione in atto degli estremi non sia dipesa dalla insussistenza del permesso di costruire al tempo in cui gli atti medesimi sono stati stipulati, tali atti possono essere confermati anche da una sola delle parti mediante atto successivo, redatto nella stessa forma del precedente, che contenga la menzione omessa, ha di fatto ridotto di molto le pronunce disciplinari in materia di circolazione di fabbricati.

<sup>118</sup> Secondo Cass. 11 ottobre 2013, n. 23157, sez. II civile cit. in [www.notariato.it](http://www.notariato.it) in ordine alla carenza di agibilità, "l'inadempimento di questa obbligazione è "ex se" foriero di danno emergente, perché costringe l'acquirente a provvedere in proprio, ovvero a ritenere l'immobile tal quale, cioè con un valore di scambio inferiore a quello che esso diversamente avrebbe, a prescindere dalla circostanza che il bene sia alienato o comunque destinato all'alienazione a terzi.". Nello stesso senso le sentenze della Suprema Corte n. 9253 del 2006, n. 16216 del 2008, n. 259 del 2013.

<sup>119</sup> FUSARO *Contratto preliminare e regolarità urbanistica : un contrasto interno alla giurisprudenza di legittimità*, cit. p.893.

<sup>120</sup> Cass. n. 1514/2006, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, 1, secondo la quale è necessaria o un'espressa rinuncia o un espresso esonero da responsabilità.

<sup>121</sup> Cass. n. 25040 del 27 novembre 2009, in *Riv. giur. edilizia*, 2010, 2, I, 430, cit.

<sup>122</sup> In questo senso, FUSARO *Contratto preliminare e regolarità urbanistica : un contrasto interno alla giurisprudenza di legittimità*, cit. p.895.

<sup>123</sup> ZANELLI e BONORA dal titolo *Agibilità: "incommerciabilità economica" non è incommerciabilità giuridica*, p.285, cit.

<sup>124</sup> In questo senso, Cass. n. 21189/2013, in *D&G online*, 2013; Cass. n. 17140/2006, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, 7-8, 43; Cass. n. 1514/2006, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, 1, cit..

<sup>125</sup> FUSARO *Contratto preliminare e regolarità urbanistica : un contrasto interno alla giurisprudenza di legittimità*, cit. p.896 in ordine alla alternativa tra inadempimento del venditore e invalidità del contratto osservata dal punto di vista dei rimedi in relazione al contratto preliminare di compravendita. In particolare, non vi è alcuna obiezione in ordine alla possibilità di ricevere un contratto preliminare di compravendita nel quale l'efficacia sia subordinata alla regolarizzazione di un immobile.

<sup>126</sup> Cass. Sez. III civile del 13 giugno 2017 n.14618 in [www.notariato.it](http://www.notariato.it)

Analogo effetto deflattivo dei procedimenti disciplinari<sup>127</sup> si è verificato in ordine alla circolazione dei terreni all'indomani dell'introduzione nel 2005 del comma 4 bis dell'art.30 TUE per il quale in ipotesi di mancata allegazione del certificato di destinazione urbanistica, o di difetto della dichiarazione di vigenza del medesimo, ritualmente formulata, gli atti traslativi o divisionali possono esser confermati o integrati anche da una sola delle parti o dai suoi aventi causa, mediante atto pubblico o autenticato, al quale sia allegato un certificato contenente le prescrizioni urbanistiche riguardanti le aree interessate al giorno in cui è stato stipulato l'atto da confermare o contenente la dichiarazione omessa.

Le pronunce degli organi disciplinari hanno nella maggior parte dei casi ad oggetto pertanto ipotesi nelle quali il difetto di menzione non è redimibile a causa della mancanza originaria delle condizioni di ricevibilità dell'atto traslativo o divisionale.

E' stato di recente<sup>128</sup> osservato dalla Suprema Corte<sup>129</sup> che la conferma è un atto tipico ed eccezionale e non può in alcun modo essere surrogato da altro atto o comportamento concludente neppure in sede processuale<sup>130</sup>.

La Corte di Cassazione<sup>131</sup> ha affermato che non è confermabile l'atto di compravendita nel quale il titolo di legittimazione del fabbricato è costituito da una domanda di sanatoria presentata al Comune competente ai sensi della Legge n.662 del 1996, ma per la quale non risultava all'epoca dell'atto versata l'intera oblazione e gli oneri concessori. Nulla aggiunge alla soluzione proposta dalla giurisprudenza di legittimità, il fatto che sussistano i presupposti per il ritardato pagamento delle somme dovute, sia pure con l'aggravio degli interessi di legge. L'atto in questione – nonostante l'eventuale intervenuto pagamento – resta, infatti, nullo e andrà ripetuto<sup>132</sup>.

Sul punto, la Corte d'Appello di Catanzaro del 29 giugno 2009<sup>133</sup>, in caso di mancanza della menzione del pagamento degli oneri concessori o della loro non debenza in relazione ad un fabbricato edificato in virtù di domanda di condono ai sensi della Legge 662 del 1996, ha affermato che tra i compiti del notaio vi è quello della valutazione della conformità della dichiarazione resa dal venditore al modello legale e che non si tratta di

<sup>127</sup> COSIO *Rassegna delle decisioni in materia disciplinare notarile* in AAVV *Il notaio e le sue quattro responsabilità*, op. cit. p.203, in questo senso.

<sup>128</sup> PACIFICO *Le invalidità degli atti notarili* op. cit. p.307, in specie sul concetto di copia conforme.

<sup>129</sup> Cass. 14 maggio 2017 n.14804 in [www.notariato.it](http://www.notariato.it) secondo la quale “la nullità prevista dal legislatore in caso di omessa indicazione (o allegazione) nel contratto di compravendita di beni immobili dei titoli edilizi legittimanti il bene compravenduto è una nullità di tipo formale che può essere sanata solo nei modi tipici previsti dal legislatore medesimo, anche perché la sanatoria di un atto nullo è ipotesi del tutto eccezionale nel sistema delle nullità del codice civile e, pertanto, non è possibile alcuna interpretazione analogica o estensiva delle norme che la regolano.”. In tale sede la parte aveva prodotto la domanda di concessione debitamente munita dei pagamenti dovuti.

<sup>130</sup> PACIFICO *Le invalidità degli atti notarili* op. cit. p.323 affronta la questione della forma dell'atto di conferma, rilevando che il legislatore probabilmente non si è certamente posto un tale problema. Certamente, nessun dubbio sorge in ordine alla possibilità reciproca di convalidare una scrittura privata con atto pubblico ed un atto pubblico con la scrittura privata. E' senz'altro ammissibile poi la conferma oggettivamente parziale, in ipotesi in cui oggetto dell'atto traslativo siano più immobili.

<sup>131</sup> Cass. sez. II 8 maggio 2015, n.9427 in *Ced Cassazione*. Tale pronuncia confermava il giudizio espresso da CO.RE.DI. Sicilia in data 16 febbraio 2012.

<sup>132</sup> In questo senso, CO.RE.DI. Sicilia del giorno 8 giugno 2016 n.10911 in Banca Dati Notarile di Deontologia in [www.notariato.it](http://www.notariato.it).

<sup>133</sup> La pronuncia ha riformato su richiesta dell'Archivio Notarile la pronuncia della CO.RE.DI. della Calabria del 27 maggio 2008, per la quale la dichiarazione di non debenza degli oneri concessori non era essenziale in atto.

un'indagine sul fatto, ma di un esame di stretta legalità “onde rendere lecita o non proibita la vendita di un bene non commerciabile”.

Non è naturalmente neppure confermabile l'atto traslativo in ipotesi in cui la domanda di sanatoria non si è neppure stata presentata.

Sarà, invece, confermabile l'atto nell'ipotesi in cui: 1) la domanda è stata presentata, ma all'atto non è allegata la copia conforme; 2) la domanda è stata presentata, ma all'atto è allegata la copia non conforme di siffatta richiesta; 3) la domanda è stata presentata ed all'atto è stata allegata la copia conforme, ma manca l'indicazione del pagamento dell'oblazione o degli oneri da pagare (in base alla legge applicabile alla domanda stessa).

Deve, tuttavia, essere tenuto presente il disposto del primo inciso del comma 57 dell'art.2 della Legge n.662 del 1996 che recita: “A seguito del rilascio della concessione in sanatoria ai sensi dell'articolo 39 della legge 23 dicembre 1994, n. 724, come integrato dai commi da 37 a 59, gli atti tra vivi la cui nullità, ai sensi dell'articolo 17 e del secondo comma dell'articolo 40 della legge 28 febbraio 1985, n. 47, e successive modificazioni, non sia stata ancora dichiarata, acquistano validità di diritto.”.

In tali ipotesi insomma viene meno la necessità della conferma, fatte salve le eventuali formalità risultanti dai registri immobiliari (cd. sanatoria *in itinere*)<sup>134</sup>.

Appare altrettanto nullo ed insanabile l'atto di compravendita di area urbana corredato da idoneo certificato di destinazione urbanistica dal quale si evinca la insistenza su di esso di tre fabbricati urbani, risultanti con evidenza non solo dal titolo precedente, ma anche dalla planimetria allegata al certificato urbanistico, determinando un'irrisolvibile incertezza sull'oggetto del contratto traslativo e la sua conseguente nullità<sup>135</sup>.

In materia di circolazione dei terreni non tutte le ipotesi recanti difformità rispetto al modello legale sono sanabili. Devono essere escluse alcune fattispecie nelle quali gli interessi in gioco (di rango pubblicistico) hanno un rilievo tale da escludere qualsiasi possibilità di sanatoria del negozio viziato.

Ecco le due ipotesi.

#### 1) L'ordinanza di sospensione della lottizzazione abusiva.

Resta certamente fuori dalle ipotesi per le quali può essere stipulato l'atto di conferma, l'ipotesi nella quale l'atto dispositivo avente ad oggetto terreni segua l'emanazione (o la trascrizione) dell'ordinanza di sospensione della lottizzazione abusiva. Siffatto provvedimento amministrativo che deve essere trascritto nei registri immobiliari (ai sensi dell'art. 2645 c.c.), comporta, infatti, oltre all'immediata interruzione delle opere in corso anche il divieto di disporre dei suoli e delle opere stesse con atto tra vivi, a pena di nullità dello stesso<sup>136</sup>.

Non sembra, da ultimo, che la nullità in questione possa mai essere sanata con atto successivo di conferma a meno che il provvedimento di sospensione non venga, in prosieguo di tempo, ritirato o revocato o annullato in sede contenziosa amministrativa.

Non solo, infatti, il dato positivo non offre alcuno spunto in tal senso (concernendo la conferma introdotta dalla novella solo fattispecie di difettosa allegazione o menzione),

<sup>134</sup> CAPUANO in *La regolarità urbanistica e la vendita degli immobili abusivi* cit., p.868; RIZZI *Terzo condono edilizio: formalità redazionali con istanza di sanatoria “in itinere”* Studio n. 5533/C, cit. CASU *L'urbanistica nell'attività notarile* cit. p.88.

<sup>135</sup> CO.RE.DI. Toscana del 7 giugno 2011 n.1365 in Banca Dati Notarile di Deontologia in [www.notariato.it](http://www.notariato.it).

<sup>136</sup> In questo senso, CO.RE.DI. Sicilia 17 dicembre 2009 n.1157 in Banca Dati Notarile di Deontologia in [www.notariato.it](http://www.notariato.it).



ma una tale estensione lederebbe proprio gli interessi pubblici che l'art. 30 del Testo Unico intende tutelare, permettendo in concreto alle parti la circolazione proprio di quelle aree la cui abusiva lottizzazione è *prima facie* accertata.

Analoga soluzione preclusiva dovrà essere adottata, evidentemente, in caso di intervenuta confisca.

## 2] La cosa giudicata nel giudizio di nullità.

Un ultimo limite alla conferma dell'atto invalido è dato, infine, dall'accertamento definitivo della nullità.

La conferma è, infatti, possibile – indipendentemente dalla data della stipulazione dell'atto invalido, anche anteriore alla data di entrata in vigore della approvanda norma (comma 5 della novella)<sup>137</sup> – solo fino a quando la nullità non sia stata dichiarata con sentenza divenuta esecutiva. Si tratta in realtà di un principio ben noto ai processualisti: l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato interrompe il nesso che lega la norma alla fattispecie concreta sostituendosi a quella nella disciplina di essa. A seguito del giudicato insomma la fattispecie trae la fonte della propria rilevanza giuridica proprio nell'accertamento contenuto nella sentenza medesima e non più ormai nella norma avente carattere generale ed astratto.

Saranno confermabili, insomma, non solo i negozi stipulati dopo l'entrata in vigore della novella, ma anche quelli precedentemente stipulati purché naturalmente non coperti dalla cosa giudicata che attesta irrevocabilmente la nullità della fattispecie.

Qualche considerazione è infine necessaria in ordine al meccanismo sanzionatorio previsto per la circolazione degli edifici e per la circolazione dei terreni.

Sulla differenza tra le due fattispecie si era già espressa la ricordata pronuncia della Corte Costituzionale del 26 gennaio 2004 n. 38. Ebbene, l'introduzione normativa di un peculiare sistema di sanatoria degli atti viziati aventi ad oggetto terreni non incide per nulla sulla individuazione e sulla salvaguardia delle esigenze e degli interessi delle parti e dei terzi a conoscere l'effettiva e reale destinazione delle aree, né svaluta il ruolo delle autorità comunali alle quali è devoluta la verifica complessiva degli atti riguardanti un determinato comprensorio ed il controllo del rispetto della destinazione urbanistica delle aree del territorio di loro competenza.

Nel commercio degli edifici, l'accertamento da parte del Notaio che precede la stipula dell'atto di conferma, sarà sempre limitato al mero controllo formale della natura dell'omissione precedente.

Nel commercio dei terreni la violazione della disciplina urbanistica e la lottizzazione non autorizzata del terreno a scopi edificatori, continueranno ad essere evidenti, invece, solo dopo la stipula del singolo atto avente ad oggetto l'area, *a posteriori*, solo quando l'autorità comunale preposta al governo del territorio sarà in grado sulla base dei dati in suo possesso, e tra essi il complesso degli atti di trasferimento, riguardanti una determinata estensione territoriale, trasmessi dai notai roganti i singoli atti (o con il nuovo meccanismo informatico individuato dal legislatore, non appena operativo).

La repressione del fenomeno lottizzatorio non è quindi per nulla ostacolata dalla specifica previsione, con i limiti poc'anzi segnalati di un meccanismo di sanatoria delle fattispecie negoziali coinvolte<sup>138</sup>.

<sup>137</sup> La novella permette infatti di sanare le fattispecie di nullità per le quali è possibile la conferma anche se verificatesi prima della sua entrata in vigore.

<sup>138</sup> PACIFICO *Le invalidità degli atti notarili* op. cit. p.338, afferma che il notaio ha il dovere di provocare la dichiarazione del venditore o dei condividenti; in caso di rifiuto da parte di costoro di volerla rendere, egli dovrà recusare certamente il suo ministero. Nell'ipotesi, infatti, in cui facesse constare il rifiuto a

Va, da ultimo, rilevato che la mancata trascrizione nei registri immobiliari dell'atto di conferma avente oggetto un fabbricato o un terreno costituisce un fatto disciplinarmente rilevante<sup>139</sup>.

## 3.2. Il ruolo dell'atto di conferma negli atti aventi ad oggetto fabbricati.

La nullità prevista dal legislatore in tema di circolazione di fabbricati è suscettibile di poter esser degradata, in ipotesi peculiari, per effetto del ricevimento dell'atto di conferma.

Per completezza deve essere ricordato che, per effetto della previsione del comma 5-bis dell'art.46 del TUE, le disposizioni del presente articolo si applicano anche alle difettose menzioni inerenti gli interventi edilizi realizzati mediante segnalazione certificata di inizio attività ai sensi dell'articolo 23, comma 1 TUE<sup>140</sup>.

Si pone il problema se la sanabilità (astratta o concreta) dell'atto abbia effetti in ordine alla possibilità di ricondurre la fattispecie sanzionatoria nell'alveo disegnato dall'art.28 della Legge Notarile, pur restando impregiudicate le conseguenze penali, civili (anche sul piano risarcitorio) e amministrative derivanti dalla condotta del notaio che abbia ricevuto o autenticato un simile negozio, appare difficile ricondurre ormai la fattispecie all'art. 28 della Legge notarile, norma cardine del sistema disciplinare<sup>141</sup>.

Il primo comma dell'art. 47 del Testo Unico dell'edilizia dispone che “Il ricevimento e l'autenticazione da parte dei notai di atti nulli previsti dagli artt.46 e 30 e non convalidabili costituisce violazione dell'art. 28 della Legge 16 febbraio 1913 n.89 e successive modificazioni e comporta l'applicazione delle sanzioni previste dalla legge medesima”.

Il secondo comma della stessa disposizione recita che “tutti i pubblici ufficiali, ottemperando a quanto disposto dall'articolo 30, sono esonerati da responsabilità inerente al trasferimento o alla divisione dei terreni”<sup>142</sup>.

L'art. 47 del testo unico sull'edilizia che riproduce con qualche leggera modifica, l'art. 21 della legge n. 47 del 1985 nel primo comma individua i confini della responsabilità disciplinare notarile per l'inosservanza delle norme previste dagli artt. 30 e 46 del testo unico, rispettivamente concernenti il trasferimento dei terreni e il trasferimento dei fabbricati; nel secondo comma detta il principio, con precipuo riferimento al trasferimento dei terreni ed alle peculiari regole vigenti al tempo, della mancanza di responsabilità del notaio che osservi esattamente le norme contenute nell'art. 30 del testo unico.

rendere la dichiarazione nell'atto, il notaio si esporrebbe comunque all'esercizio dell'azione disciplinare qualora l'atto non fosse in concreto sanabile.

<sup>139</sup> COSIO *Rassegna delle decisioni in materia disciplinare notarile* in AAVV *Il notaio e le sue quattro responsabilità*, op. cit. p.205 afferma che appare preferibile, pur nella consapevolezza del dibattito aperto Sulla questione della trascrizione o annotazione dell'atto di conferma, l'esecuzione della formalità della prescrizione la cui mancanza comporterebbe l'applicazione della sanzione della censura ai sensi dell'articolo 147 della legge notarile per violazione dell'articolo 42 lettera e) dei principi di deontologia; in tal senso, l'Autore ricorda una pronuncia della CO.RE.DI. Piemonte e Valle d'Aosta del 28 luglio 2010, confermata dalla Corte d'Appello di Torino in data 8 novembre 2011 n.146.

<sup>140</sup> Conferma un tale assunto la CO.RE.DI. della Calabria del 28 giugno 2010 n.1427 in n Banca Dati Notarile di Deontologia in [www.notariato.it](http://www.notariato.it).

<sup>141</sup> Sul punto, BOERO *La legge notarile commentata* Torino 1993, vol. I p.204 e ss.; DI FABIO *Manuale di notariato* Milano, 2008, p.108 e ss.

<sup>142</sup> In virtù del disposto dell'art.1 del d.P.R. 9 novembre 2005 n.304 è stato soppresso il secondo inciso del secondo comma della disposizione che statuiva: “l'osservanza delle formalità prevista dal comma 6 dello stesso articolo 30 tiene anche luogo della denuncia di cui all'articolo 331 del codice di procedura penale”.

Ho or ora ricordato che tale disposizione riproduce in gran parte l'art.21 della Legge n.47 del 1985 che a partire dalla data di entrata in vigore del testo unico sull'edilizia, è stato contemporaneamente abrogato.

Il legislatore ha però dimenticato che l'art. 21 viene ancor oggi richiamato anche dall'art. 40, 4° comma della legge 47 del 1985, norma quest'ultima non soppressa<sup>143</sup>, che dispone: "si applica in ogni caso il disposto del...primo comma dell'art. 21".

Non vi è dubbio che a far tempo dal 30 giugno 2003 (data di entrata in vigore del testo unico sull'edilizia), l'art. 21 non è più in vigore e pertanto il richiamo ad essa norma appare a prima vista privo di contenuto normativo. Ma è evidente che lo stesso parallelismo tra l'art. 17 e l'art. 40 della legge 47 dovrebbe indurre l'interprete a ritenere applicabile quel riferimento non più all'art. 21 della legge 47/1985, ormai abrogato, bensì all'omologo art. 47 del testo unico dell'Edilizia, norma in tutto riproduttiva del tenore della norma ormai abrogata e unica norma ormai applicabile.

Un siffatto rinvio relazionale, ove applicato senza riguardo al sistema sanzionatorio complessivo potrebbe condurre ad affermare che se la violazione della normativa in materia di commerciabilità dei fabbricati dà luogo a nullità e l'atto nullo è un atto espressamente vietato dalla legge, si applicherà esattamente l'art. 28 n. 1 della legge notarile con il suo corredo sanzionatorio.

Con specifico riguardo ai fabbricati, invero, la nullità in questione era di tipo formale, proprio per assicurare un principio di effettività all'originaria Legge n.47 del 28 febbraio 1985, indipendentemente dal ricorso alla scrittura privata autenticata o all'atto pubblico. Si tratta di valutare il ruolo della conferma.

L'esclusione della responsabilità disciplinare nei casi in cui l'atto era assoggettabile a conferma non è collegata solo all'avvenuta stipulazione dell'atto di conferma<sup>144</sup>, ma alla semplice prova da fornirsi a cura del notaio che l'atto era confermabile, indipendentemente dall'intervenuta, effettiva conferma<sup>145</sup>, che è legata alla volontà ed alla disponibilità della parti ad intervenire in un siffatto atto<sup>146</sup>.

D'altro canto, secondo tale impostazione il notaio non è responsabile se le parti pongono in essere dichiarazioni false o reticenti (magari in ordine all'antioriorità al 1° settembre 1967 della edificazione del manufatto) o producono documenti falsi, senza che tale falsità risulti evidente dalla lettura degli atti in suo possesso.

L'accertamento da parte del Notaio che precede la stipula dell'atto di conferma, è allora limitato al mero controllo formale della natura dell'omissione precedente e la

sanzione di nullità del negozio è poi "direttamente connessa all'indisponibilità del bene in conseguenza della sua irregolarità urbanistica immediatamente constatabile"<sup>147</sup>.

Secondo l'art. 40 della legge 47 del 1985, che lo disciplina, se la mancata o difettosa indicazione nell'atto degli elementi necessari ai fini della validità del negozio non dipende dalla loro inesistenza (se, cioè, i documenti esistevano, ma nell'atto non sono stati dichiarati o sono stati erroneamente dichiarati) è possibile la conferma di esso mediante un atto successivo che rivesta la stessa forma del precedente e contenga l'omessa menzione, anche a cura anche di una sola delle parti contraenti.

L'interesse primario tutelato dalla disposizione – privilegiando la realtà rispetto all'apparenza - è la corretta circolazione del bene.

Resta aperta la questione laddove invece l'atto resti invalido se il notaio debba rispondere di sanzione disciplinare per violazione dell'art. 28 della legge notarile.

La giurisprudenza, prima dell'entrata in vigore del Testo Unico dell'Edilizia e della formulazione attuale dell'art.47, era pervenuta alla conclusione che l'atto notarile nullo per violazione delle norme in tema di menzioni formali in ordine alla circolazione di fabbricati dà luogo alla violazione dell'art. 28 n. 1 della Legge Notarile<sup>148</sup>. Ebbene, quest'ultima disposizione è richiamata dal dettato dell'art. 47 del Testo Unico dell'Edilizia, nonostante la medesima avrebbe potuto essere direttamente applicata senza necessità di un apposito richiamo espresso<sup>149</sup>.

Nel primo comma dell'art. 47 del Testo Unico dell'Edilizia è precisato che al fine dell'esonerazione da responsabilità disciplinare l'atto deve essere "convalidabile". Insomma, non basta che l'atto posto in essere sia nullo (per mancata osservanza delle previsioni normative) per applicare la sanzione disciplinare di cui all'art. 28 n. 1 legge notarile, ma è necessario la nullità in questione non sia convalidabile.

Secondo un'ulteriore impostazione<sup>150</sup> ormai risalente anche in ipotesi in cui l'atto non possa essere convalidato – per inesistenza o falsità del dato oggetto della dichiarazione – il notaio sarebbe responsabile solo laddove abbia ommesso la diligenza nell'espletamento della sua funzione; si pensi all'ipotesi di una dichiarazione infedele in modo evidente, non essendo attribuito nella maggior parte dei casi al notaio l'incarico del controllo della veridicità del contenuto della dichiarazione urbanistica.

Se tale risultato discende da una lettura piana della disposizione in questione, va ricordato che la giurisprudenza di merito ha talora assunto decisioni discordanti.

<sup>143</sup> Il testo dei commi 3 e 4 dell'art.40 della Legge n.47 del 1985 è il seguente: "3.Se la mancanza delle dichiarazioni o dei documenti, rispettivamente da indicarsi o da allegarsi, non sia dipesa dall'insussistenza della licenza o della concessione o dalla inesistenza della domanda di concessione in sanatoria al tempo in cui gli atti medesimi sono stati stipulati, ovvero dal fatto che la costruzione sia stata iniziata successivamente al 1 settembre 1967, essi possono essere confermati anche da una sola delle parti mediante atto successivo, redatto nella stessa forma del precedente, che contenga la menzione omessa o al quale siano allegati la dichiarazione sostitutiva di atto notorio o la copia della domanda indicate al comma precedente. 4. Si applica in ogni caso il disposto del terzo comma dell'articolo 17 e del primo comma dell'articolo 21."

<sup>144</sup> Cass. 2 novembre 1992, n.11862 in *Foro It.* 1993, I, 324; Cass. 7 aprile 1998 n.3560 in *Riv. Not.* 1999, p.181 ed in *Guida dir. Il Sole 24 ore settimanale* 1998, p.75 con nota di ANDRINI *Un'interpretazione rigorosa della disciplina che non consente la convalida del contratto.*

<sup>145</sup> Trib. Termini Imerese 20 gennaio 1987, in *Vita Not.* 1987, p.385. Sulla questione diffusamente, BOERO *La legge notarile commentata* cit. vol.I p.204 e ss..

<sup>146</sup> Il notaio dovrà senz'altro fornire la prova che le parti non hanno inteso confermare l'atto, sia pure senza indicarne le ragioni.

<sup>147</sup> L'espressione è tratta dalla sentenza della Corte Costituzionale in esame. Sul punto DIANA *La proprietà immobiliare urbana* Milano, 2005, Tomo I, p. 141. Una tale impostazione è stata di recente ribadita per gli edifici dalla pronuncia della Suprema Corte del 24 marzo 2004 n. 5898 in *Riv. Not.* 2005, p. 301.

<sup>148</sup> La Cassazione, con ripetute decisioni da valutarsi ormai come indirizzo consolidato, afferma che l'art. 28, n. 1 legge notarile concerne soltanto vizi di nullità: Cass. 11 novembre 1997, n. 11128, in *Riv. not.*, 1998, 493; Cass. 19 febbraio 1998, n. 1766, in *Riv. not.*, 1998, 704; Cass. 7 aprile 1998, n. 3560, in *Riv. not.*, 1999, 181; Cass. 4 maggio 1998, n. 4441, in *Riv. not.*, 1998, 717; Cass. 3 agosto 1998, n. 7602, in *Vita not.*, 1998, 1767; Cass. 4 novembre 1998, n. 11071, in *Riv. not.*, 1999, 1015; Cass. 26 febbraio 2000, n. 238, in *Riv. not.*, 2000, 979; Cass. 12 aprile 2000, n. 467, in *Riv. not.*, 2000, 1430; Cass. 1 settembre 2000, n. 11497, la quale, nel confermare detto indirizzo, precisa che può trattarsi anche di nullità di carattere formale, oltre che evidentemente di nullità di carattere sostanziale.

<sup>149</sup> Secondo la circolare del CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO (Est. S. Santangelo), *Prime note sulla legge 28 febbraio 1985, n. 47 (Condono edilizio)*, in *Studi e materiali*, vol. I, Milano, 1986, pag. 468, "la logica della conferma del divieto di ricevimento e dell'applicazione dell'art. 28 legge notarile risiede unicamente nella volontà di dissuadere il notaio dall'avvicinarsi in qualunque modo alla contrattazione avente ad oggetto immobili abusivi".

<sup>150</sup> In questo senso, PACIFICO *Le invalidità degli atti notarili* op. cit. p.306.



La Corte d'appello de L'Aquila con la pronuncia del 30 luglio 1991 aveva condannato il notaio per violazione dell'art. 28 n. 1 legge notarile per violazioni formali in relazione ad un atto di trasferimento di un fabbricato, difettoso nelle menzioni, nonostante il notaio avesse ricevuto l'atto di convalida previsto dalla normativa sul condono edilizio, affermando che in siffatta ipotesi per nulla la successiva condotta interferisse sulla responsabilità notarile.

La Cassazione<sup>151</sup> intervenendo sul punto e modificando la decisione della Corte di merito, ha esaminato l'inciso "non è convalidabile" all'epoca già presente nell'art. 21 della legge 47. La Suprema Corte ha così argomentato: l'espressione "non convalidabile" affermando che esso "opera evidentemente da restrittore dell'ampiezza teorica di previsione degli illeciti disciplinari di cui si occupa e, perciò, la interpretazione della disposizione sanzionatoria combinata che ne dipende non può che essere tendenzialmente favorevole a riconoscergli pregnante portata ermeneutica".

E', tuttavia, dubbio se sia sufficiente, ai fini dell'esonero da responsabilità del notaio, l'astratta possibilità di convalida dell'atto nullo, oppure sia necessario avere di fatto ricevuto un siffatto atto di conferma.

Il dato letterale della disposizione sembrerebbe agevolare la soluzione della sufficienza della astratta possibilità di convalida, a prescindere dalla sua effettiva convalidazione, previa esibizione in sede disciplinare della documentazione per errore non riportata in atto con apposita menzione, ma che al momento dell'atto nullo già esisteva.

E' stato affermato che con il richiamo all'art. 28 n. 1 legge notarile si vuole impedire che il notaio si appresti a ricevere o autenticare atti privi di effetti per l'esistenza della nullità in questione.

Se è vero un tale presupposto, il richiamo alla possibilità di convalida deve essere inteso non come astratta convalidabilità dell'atto, ma come concreto ricevimento dell'atto di conferma.

E' allora necessario per l'esonero dalla relativa responsabilità, che prima della sentenza di condanna disciplinare, sia stato ricevuto in essere un atto di convalida che sanando l'atto nullo, abbia caducato la precedente nullità. In assenza di un siffatto risultato, escludere la responsabilità del notaio, restando nel mercato giuridico ferma l'immissione di un titolo formalmente nullo apparirebbe certamente contraddittorio<sup>152</sup>.

Secondo tale impostazione è dunque necessario che per l'esclusione concreta della responsabilità sia formato l'atto di conferma del negozio difettoso dal punto di vista delle menzioni urbanistiche.

La Suprema Corte<sup>153</sup> in senso diverso sostiene ormai pacificamente che l'art. 28 L.N. concerne piuttosto solo i vizi dai quali discende la nullità assoluta dell'atto in

questione, e non i vizi che importano annullabilità, inefficacia e nullità relativa dell'atto medesimo. Se l'intervenuta conferma, insomma, sembra al contrario poter esimere da qualsiasi responsabilità (anche disciplinare), residua l'ipotesi in cui manchi l'atto di conferma in concreto. L'esclusione dall'alveo sanzionatorio dell'art.28 della Legge notarile, non esclude l'applicazione di una diversa sanzione allorquando venga realizzato il contenuto vietato da altra norma, con conseguente esito punitivo della condotta proibita.

Il richiamo è in particolare alla fattispecie di cui all'art.147 L.N. che punisce con la censura o con la sospensione fino ad un anno o, nei casi più gravi, con la destituzione, il notaio che "viola in modo non occasionale le norme deontologiche elaborate dal Consiglio nazionale del notariato" e tra esse l'art. 14 in ordine alla omissione di comportamenti cui si è tenuti (in forza dell'art. 47 del testo unico dell'edilizia) e in ordine alla rinuncia a chiedere la documentazione urbanistica necessaria. Tale assunto è stato confermato dalla CO.RE.DI. della Lombardia in relazione all'abuso di una clausola di dispensa del notaio dai suoi compiti di esame della documentazione e di conseguente informazione completa alle parti contenuta in modo ricorrente negli atti traslativi ricevuti dal notaio incolpato<sup>154</sup>.

Una tale clausola costituisce una forma illegittima di esonero da responsabilità, indipendentemente dal ricevimento o meno di uno specifico incarico professionale. Da una parte, è vero che il notaio non è tenuto a compiere alcuna verifica di merito in ordine alle condizioni edilizie ed urbanistiche di un manufatto in oggetto, fatta salva l'ipotesi di uno specifico incarico in tale senso, ma d'altra parte egli non può esimersi dall'effettuare un controllo formale sulla documentazione prodotta dalle parti o da lui richiesta, "né dal prestare alle parti adeguata consulenza e informazione sull'iter e le problematiche edilizie, nonché sulle conseguenze correlate, nella prospettiva della sua funzione di adeguamento."<sup>155</sup>

Sarà in tal caso punita non la singola condotta, ma una pluralità di singole ipotesi, non riconducibili però a "motivi indiretti o fortuiti" salva l'applicazione delle circostanze attenuanti di cui all'art.144 L.N.

### 3.3. Il ruolo della conferma negli atti aventi ad oggetto terreni.

<sup>154</sup> La CO.RE.DI. della Lombardia del giorno 3 ottobre 2013 recante il n.10390 (in Banca Dati Notarile di Deontologia in [www.notariato.it](http://www.notariato.it) ) ha ritenuto che viola l'art.147 lett. b) l.not. la clausola con la quale le parti " danno atto che gli estremi relativi alle menzioni previste dalle norme urbanistico - edilizie, in particolare relativi alla data di costruzione dell'immobile e ai titoli abilitativi per l'edificazione, sono stati forniti al notaio direttamente dalla parte venditrice che ne assume, di conseguenza, ogni responsabilità, senza che al notaio sia stato conferito alcun incarico di verifica e di rispondenza alle vigenti normative edilizie". La pronuncia è stata confermata dalla sentenza della Corte d'Appello di Milano 26 novembre 2014 n.4382 in Banca Dati Notarile di Deontologia in [www.notariato.it](http://www.notariato.it). Nella pronuncia giudiziale di appello si rileva, peraltro, che il fatto che il notaio abbia svolto i controlli sulla documentazione prodotta nonostante la clausola di esonero costituisce un'attenuante della condotta illegittima e non un'esimente. Nello stesso senso, Corte d'Appello in data 30 settembre 2014 n.3593 a conferma della pronuncia della CO.RE.DI. Lombardia del 9 maggio 2013 (che non risulta pubblicata) in Banca Dati Notarile di Deontologia in [www.notariato.it](http://www.notariato.it). Sulla questione COSIO *Rassegna delle decisioni in materia disciplinare notarile* in AAVV *Il notaio e le sue quattro responsabilità*, op. cit. p.203; MIANO *Attività notarile, rappresentanza e responsabilità disciplinare del notaio* op. cit. p. 88.

<sup>155</sup> COSIO *Rassegna delle decisioni in materia disciplinare notarile* in AAVV *Il notaio e le sue quattro responsabilità*, op. cit. p.205, il quale ricorda la pronuncia della cassazione 7707 del 2007 in tema di lottizzazione abusiva che attribuisce al notaio un pregnante controllo documentale in considerazione dell'interesse generale da tutelare, non potendo egli attraverso la sua attività rendere circolante un immobile non conforme alle regole normative, "effettuando una sorta di ripulitura giuridica dell'originaria illegalità dell'immobile".

<sup>151</sup> In questo senso, Cass. 2 novembre 1992, n. 11862, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 653, con nota favorevole di TOZZI.

<sup>152</sup> In questo senso, MIANO *Attività notarile, rappresentanza e responsabilità disciplinare del notaio* Roma Stamperia Nazionale, 2009 p. 84, per il quale la tesi che il notaio abbia ricevuto un atto nullo ma sanabile sotto il profilo urbanistico sia esente da responsabilità è contraria anche al principio di gradualità delle sanzioni disciplinari, atteso che sono punite condotte ben più lievi.

<sup>153</sup> Cass. 7 novembre 2005, n.21493, cit., in *Vita Notar.* 2006, p.372 ed in *Giust. Civ.* 2006 p.1494; Cass. 1° febbraio 2001 n.1394 in Ced Cassazione. Diffusamente sul punto, BOERO *La legge notarile commentata* cit. vol. I p.183 e ss., il quale critica la tesi rigorista, lueggiando lucidamente prospettive di contrattualistica di là a venire, al tempo della redazione dell'opera, laddove afferma che l'opinione contrastata produce l'effetto di sottrarre "una parte rilevante della contrattazione privata alla possibilità di un intervento notarile (in contrasto con lo spirito informatore della legge notarile, che è indubbiamente in senso opposto). Nello stesso senso, DI FABIO *Manuale di notariato*, op. cit. p.122.

La possibilità della stipulazione di un atto di conferma dell'atto traslativo avente ad oggetto terreni, anche di provenienza unilaterale, disciplinata dal comma 4 bis dell'art. 30 del Testo Unico dell'edilizia, ha senz'altro inciso sull'approccio disciplinare alla questione; in particolare, è discussa la possibilità di irrogare sanzioni disciplinari a seguito di un siffatto atto viziato in quanto non conforme alle regole di circolazione dei terreni, posto che le nullità disciplinate dal legislatore, indipendentemente dalla situazione urbanistica sostanziale, sono suscettibili di caducazione attraverso il ricorso al meccanismo della conferma stessa.

In tale luce, la nullità prevista dalla legge non solo assume una veste quasi squisitamente teorica, ma addirittura potrebbe esser degradata, nonostante il *nomen iuris* ad una sorta di annullabilità, con gravi conseguenze soprattutto in ordine alla possibile ricevibilità di atti viziati.

Ricordato che il profilo disciplinare lascia, comunque, del tutto impregiudicate le conseguenze penali, civili (anche sul piano risarcitorio) e amministrative derivanti dalla condotta del notaio che abbia ricevuto o autenticato un simile negozio, appare difficile ricondurre ormai la fattispecie all'art. 28 della Legge notarile, norma cardine del sistema disciplinare, nonostante fosse indubbio, prima dell'introduzione del comma 4 bis dell'art. 30 del testo unico dell'edilizia, che l'invalidità in esame fosse pacificamente una nullità insanabile, non confermabile, assoluta e infine rilevabile d'ufficio.

La difficoltà che pone la questione all'interprete discende dalla necessità di valutare in modo autonomo le conseguenze del ricevimento o dell'autenticazione dell'atto viziato in ciascun ambito.

E' stato già ricordato il primo comma dell'art. 47 del Testo Unico dell'edilizia per il quale "Il ricevimento e l'autenticazione da parte dei notai di atti nulli previsti dagli artt. 46 e 30 e non convalidabili costituisce violazione dell'art. 28 della Legge 16 febbraio 1913 n.89 e successive modificazioni e comporta l'applicazione delle sanzioni previste dalla legge medesima".

La questione speculare, più volte affrontata dalla dottrina e dalla giurisprudenza in ordine alla circolazione dei fabbricati, assume autonomo rilievo in materia di atti dispositivi aventi ad oggetto terreni proprio per effetto della recente novella che ha introdotto nel sistema giuridico la previsione di uno specifico atto di conferma degli atti difettosi<sup>156</sup>.

Con specifico riguardo ai fabbricati, infatti, la norma che inibiva l'applicazione dell'art. 28 della Legge Notarile, era pacificamente limitata alle ipotesi di nullità formale e non sostanziale, assicurando un principio di effettività all'originaria Legge n.47 del 28 febbraio 1985, indipendentemente dal ricorso alla scrittura privata autenticata o all'atto pubblico.

L'esclusione della responsabilità disciplinare nei casi in cui l'atto era assoggettabile a conferma, era stata già affrontata con specifico riguardo alla circolazione dei fabbricati, giungendo alla conclusione che l'esclusione di essa non è collegata solo con l'avvenuta stipulazione dell'atto di conferma<sup>157</sup>, ma con la semplice prova da fornirsi a cura del notaio che l'atto era confermabile, indipendentemente dall'intervenuta,

effettiva conferma<sup>158</sup>. D'altro canto, secondo tale impostazione il notaio non è responsabile se le parti pongono in essere dichiarazioni false o reticenti (magari in ordine all'antiorità al 1° settembre 1967 della edificazione del manufatto) o producono documenti falsi, senza che tale falsità risulti evidente dalla lettura degli atti in suo possesso.

Pur concernendo, insomma, l'art.47 del Testo Unico dell'Edilizia entrambe le fattispecie difettose sia in tema di circolazione dei fabbricati, sia in tema di circolazione di terreni, accomunate dal punto di vista peculiare della esenzione dalla responsabilità disciplinare di cui all'art. 28 della Legge Notarile, va sottolineato comunque che le due ipotesi non possono essere trattate allo stesso modo, utilizzando insomma integralmente i ricordati risultati ai quali l'interprete era pervenuto con riguardo alla sanatoria degli atti aventi ad oggetto manufatti.

Nel commercio degli edifici, infatti, le misure civilistiche anti-abusivismo sono ispirate alla logica secondo la quale solo la "mancanza dei presupposti storici" preclude la possibilità di conferma e con essa la sostanziale commerciabilità degli stessi. L'accertamento da parte del Notaio che precede la stipula dell'atto di conferma, è allora limitato al mero controllo formale della natura dell'omissione precedente e la sanzione di nullità del negozio è poi "direttamente connessa all'indisponibilità del bene in conseguenza della sua irregolarità urbanistica immediatamente constatabile"<sup>159</sup>.

Nel commercio dei terreni la violazione della disciplina urbanistica e la lottizzazione non autorizzata del terreno a scopi edificatori, sono evidenti, invece, solo dopo la stipula del singolo atto avente ad oggetto l'area, *a posteriori*, quando l'autorità comunale preposta al governo del territorio è in grado sulla base dei dati in suo possesso, e tra essi il complesso degli atti di trasferimento, riguardanti una determinata estensione territoriale, magari eventualmente trasmessi dai notai roganti i singoli atti.

Proprio l'invio delle copie degli atti stipulati consentiva, all'autorità comunale, mediante il controllo e la lettura *ex post* del flusso circolatorio dei terreni di un particolare comprensorio, di valutare alla luce degli indici esattamente individuati dal legislatore nell'art. 30 del Testo Unico la sussistenza di un intento edificatorio non conforme alle previsioni urbanistiche e conseguentemente la repressione del fenomeno<sup>160</sup>.

L'allegazione del certificato di destinazione urbanistica al momento della stipulazione dell'atto è quindi, passaggio fondamentale, pur di per sé non significativo, della regolarità del singolo atto di trasferimento avente ad oggetto terreni. Il notaio pubblico ufficiale rogante non dispone, infatti, di quel complesso di elementi dai quali è possibile rilevare l'esistenza di un illecito che sono invece in esclusivo possesso delle sole autorità comunali. E', tuttavia, proprio il rispetto da parte del Notaio di siffatto obbligo di allegazione che permette a coloro dai quali dipende il governo del territorio l'accertamento dei comportamenti e delle condotte *contra legem*.

Diverso è, dunque, il sistema di circolazione di edifici e terreni, diverso il sistema di accertamento e sanzionatorio e diversa è la *ratio* che ispira entrambi, con l'effetto che

<sup>158</sup> Trib. Termini Imerese 20 gennaio 1987, in Vita Not. 1987, p.385. Sulla questione diffusamente, BOERO *La legge notarile commentata* cit. vol.I p.204 e ss..

<sup>159</sup> L'espressione è tratta dalla sentenza della Corte Costituzionale in esame. Sul punto DIANA *La proprietà immobiliare urbana* Milano, 2005, Tomo I, p. 141. Una tale impostazione è stata di recente ribadita per gli edifici dalla pronuncia della Suprema Corte del 24 marzo 2004 n. 5898 in *Riv. Not.* 2005, p. 301.

<sup>160</sup> RUOTOLO *Non confermabilità degli atti relativi a terreni privi del certificato di destinazione urbanistica* in *Notariato* 2004, p. 350; DEL VECCHIO *La possibile convalida dell'atto nullo di trasferimento di terreni*, in *Riv. Not.* 2005, p.55.

<sup>156</sup> BOERO *La legge notarile commentata* Torino 1993, vol. I p.204 e ss.; DI FABIO *Manuale di notariato* Milano, 2008, p.108 e ss. .

<sup>157</sup> Cass. 2 novembre 1992, n.11862 in *Foro It.* 1993, I, 324; Cass. 7 aprile 1998 n.3560 in *Riv. Not.* 1999, p.181 ed in *Guida dir. Il Sole 24 ore settimanale* 1998, p.75 con nota di ANDRINI *Un'interpretazione rigorosa della disciplina che non consente la convalida del contratto*.

la diversità della regolamentazione non appare secondo ricordata pronuncia della Corte Costituzionale del 20-26 gennaio 2004, n. 38, né illogica, né irragionevole<sup>161</sup>.

In particolare, anche con riguardo alla circolazione dei terreni, solo il ricevimento o l'autenticazione di atti astrattamente convalidabili precludono, in concreto, l'esercizio dell'azione disciplinare a norma dell'art. 28 stesso della Legge Notarile<sup>162</sup>; il ricevimento o l'autenticazione di atti per i quali la nullità sia stata dichiarata con pronuncia passata in cosa giudicata o successivi alla trascrizione dell'ordinanza comunale di sospensione, al contrario, legittimano senz'altro l'applicazione della sanzione disciplinare di cui sopra, a seguito dell'accertamento della responsabilità del notaio incaricato ed inibiscono, altresì, definitivamente la conferma dell'atto.

E' dubbio, tuttavia, se una tale sorte, preclusiva dell'azione disciplinare, dipenda – in presenza di un atto astrattamente convalidabile – dal concreto ricevimento dell'atto di conferma da parte del notaio incolpato o se ciò non appaia necessario ed ancora se, nonostante la conferma, residui una qualche ulteriore sanzione sul notaio stesso.

Sulla prima questione, va subito rilevato che è fondamentale l'interpretazione del ricordato art. 47 del Testo Unico.

E' ormai pacifico che<sup>163</sup> il divieto di ricevere atti espressamente proibiti dalla legge attiene ai vizi che danno luogo alla nullità assoluta (perché tipica o perché frutto della violazione dell'art. 1418 c.c.) del contratto con esclusione dei vizi dai quali discenda l'inefficacia o l'annullabilità ovvero ancora la nullità relativa<sup>164</sup>.

L'ipotesi di cui al comma 4 bis dell'art. 30 del Testo Unico dell'edilizia, fa degradare, proprio per effetto di una specifica previsione normativa di un'ampia congerie di casi nei quali è possibile appunto la conferma anche ad opera di una sola delle parti o degli aventi causa, l'originaria nullità assoluta ad una invalidità sanabile, con conseguente esclusione della sanzione di cui all'art. 28 della Legge Notarile.

Una recente pronuncia della Suprema Corte<sup>165</sup> ribadisce tali considerazioni nell'ipotesi specifica di ricevimento addirittura prima dell'entrata in vigore della novella

della legge di semplificazione del 2005, da parte del notaio incolpato di un atto dal quale risultava l'allegazione di un certificato di destinazione urbanistica ormai scaduto<sup>166</sup> da oltre un mese, annullando la sentenza di merito del Tribunale di Arezzo del 13-15 luglio 2005 con la quale al notaio stesso, riconosciuto colpevole dell'addebito disciplinare, erano state concesse le attenuanti generiche.

La Corte nulla aggiunge in ordine al concreto mancato ricevimento *medio tempore* dell'atto di conferma da parte del notaio incolpato e che pure costui avrebbe ben potuto ricevere, nonostante l'atto invalido fosse precedente all'entrata in vigore del ricordato comma 4 bis dell'art. 30 del Testo Unico dell'Edilizia. E' infatti del tutto pacifica la possibile applicazione retroattiva dell'art. 30 comma 4 bis del Testo Unico<sup>167</sup>.

La conferma in concreto dell'atto invalido, seppur astrattamente sanabile, non sembra allora incidere sulla reale esperibilità dell'azione disciplinare.

Invero, la posizione della Suprema Corte non sembra tenere in considerazione che l'atto difettoso, sino alla conferma, resta seppur viziato intatto e con esso permangono pregiudicate, proprio in considerazione del suo vizio, anche le ragioni delle parti, che dovranno attivarsi esse stesse per sanare la situazione giuridica in questione.

L'allegazione del certificato di destinazione urbanistica non svolge solo la funzione essenziale di informare la parte acquirente dello statuto peculiare del terreno che egli si accinge a comprare e, in particolare, delle regole e dei limiti alla utilizzabilità edificatoria del medesimo, attuali o futuri, elementi essenziali nella formazione della

<sup>161</sup> Cass. 24 marzo 2004, n. 5898 in *Riv. Not.* 2005, p. 301, con nota di BUCCIARELLI DUCCI *La Cassazione si pronuncia sulla natura della nullità di un atto in materia di urbanistica; osservazioni alla luce del Testo Unico n. 380 del 2001* (p. 304), cit.. Afferma l'esistenza di due diversi microsistemi anche in ordine alla disciplina della conferma PETERUTI *Opere edilizie abusive su aree vincolate e di proprietà pubblica: le nullità negoziali* in *Notariato* 2005, p.563.

<sup>162</sup> DE LISE e GAROFOLI *Codice dell'edilizia* op. cit. p.555; BOERO *La legge notarile commentata* cit. vol. I p.204 e ss.; PAOLUCCI *Atti vietati e responsabilità notarile nella giurisprudenza* Milano, 1990.

<sup>163</sup> Corte Cass. 11 novembre 1997, n.11128 in *Riv. Not.* 1998, p.493; 1° febbraio 2001 n.1394 in *Riv. Not.* 2001, p.892; App.2 marzo 2001 in *Riv. Not.* 2002 p.989; in dottrina TOSCANO *Oggetto sociale e attività di mediazione: la possibilità di una convivenza con altre attività sociali* nota a Trib. Milano 9 gennaio 2003 in *Riv. Not.* 2004, p.181. In dottrina ANGELONI *La responsabilità civile del notaio* cit., p.11 e ss.; BOERO *La legge notarile commentata* cit. vol.I p.204 e ss.; DI FABIO *Manuale di notariato* Milano, 2008, p.108; GERBO *Nullità, articolo 28 della legge notarile e le responsabilità del professionista* in *Riv. Not.* 2003 p.39 e ss.; PAOLUCCI *Atti vietati e responsabilità notarile nella giurisprudenza*, op. cit.; PROTETTI C. DI ZENZO *La legge notarile* Milano, 1987 p. 163.

<sup>164</sup> Cass. 7 novembre 2005, n.21493 in *Vita Notar.* 2006, p.372. DI FABIO *Manuale di notariato*, op. cit. p. 117 afferma che l'affermazione atto nullo= atto proibito non è soddisfacente atteso che il notaio potrebbe ricevere un atto nullo per vizio di forma senza incorrere nel divieto di cui all'art. 28 L.N. perché non espressamente proibito e dall'altra non potrebbe ricevere un atto che ancorché non colpito da nullità è espressamente vietato e genera responsabilità disciplinare (art. 1471 c.c.).

<sup>165</sup> Cass. 14 febbraio 2008 n.3526 in *Ced Cassazione* nonché con nota di CASU *L'art.28 Legge notarile in relazione al cdu privo dell'indicazione storico-urbanistica attuale della particella compravenduta* in *Riv. Not.* 2008 p.1414. A tale pronuncia hanno fatto seguito alcune pronunce delle Commissioni disciplinari, non pubblicate.

<sup>166</sup> La fattispecie all'esame della Corte concerneva invero un'ipotesi del tutto peculiare nella quale il notaio in data 18 dicembre 2003 aveva ricevuto un atto traslativo avente ad oggetto un terreno al quale era allegato un certificato di destinazione urbanistica recante la data di rilascio del 7 novembre 2003 contenente però la destinazione urbanistica dell'area al mese di settembre 2000. Si trattava invero di un certificato del tutto peculiare, perché rispettoso dei termini di legge che devono intercorrere dalla data di rilascio alla data di stipula recava in sé una sorta di vizio di origine quale il riferimento alla situazione urbanistica storica al mese di settembre del 2000, ben oltre l'anno previsto dal legislatore nell'art. 30 del Testo Unico; si trattava in buona sostanza di una sorta di certificato per così dire – in senso non proprio storico, non previsto da alcuna norma all'epoca, atteso che un siffatto istituto sarebbe stato in seguito introdotto nell'ordinamento giuridico italiano per effetto della legge di semplificazione del 2005 (28 novembre 2005 n.246). Un siffatto certificato, in tal senso anomalo, seppur non astrattamente contrario alla legge, avrebbe ben potuto essere inteso quale espressione certativa della pubblica amministrazione che dal settembre 2000 alla data di suo rilascio (7 novembre 2003) non erano intervenute modifiche di sorta degli strumenti urbanistici, con l'effetto evidente di rendere del tutto valido l'atto al quale esso accedeva; un'interpretazione di buon senso, ancor prima che ossequiosa di un principio di conservazione avrebbe ben potuto permettere di non dichiarare sanzionabile l'atto in questione e ritenere non disciplinarmente punibile il notaio; in tal senso espressamente CASU *L'art.28 Legge notarile in relazione al cdu privo dell'indicazione storico-urbanistica attuale della particella compravenduta* op. cit. p.1416. Sulla questione, MIANO *Attività notarile, rappresentanza e responsabilità disciplinare del Notaio – Casistica*, Roma 2009 p. 84, nell'affrontare la questione della sentenza n. 3526 del 2008 rileva che essa sembra sancire “una dissociazione tra l'assenza di responsabilità ex art. 28 e l'effettivo intervento di un atto di conferma o integrazione che provveda a sanare l'atto nullo” proprio perché si tratterebbe di un'invalidità sanabile; l'Autore sostiene di ravvisare, comunque, intervenuto o meno l'atto di conferma “una responsabilità disciplinare sia pure residuale a norma dell'art. 136 L. N.”; si tratta, invero, di un assunto che non trova riscontro nel dettato positivo: l'ipotesi in esame sia in ipotesi di circolazione di fabbricati sia in ipotesi di circolazione di terreni è sornita di sanzione. Né si pone un problema di concorso apparente apparente di norme posto che la condotta di colui che abbia ricevuto simili atti è rilevante ai fini dell'art. 136 L. N. ed ai fini dell'art. 47 del d. P. R. 380 del 2001: la fattispecie è regolata evidentemente solo da quest'ultima disposizione, evidentemente avente carattere speciale rispetto alla prima. Va rilevato infine che il sistema non prevede la punibilità generalizzata, ma solo delle fattispecie per le quali *ex ante* è prevista una sanzione.

<sup>167</sup> CASU *L'art.28 Legge notarile in relazione al cdu privo dell'indicazione storico-urbanistica attuale della particella compravenduta* op. cit. p.1418.

volontà delle parti<sup>168</sup>, assicurando certezza al traffico giuridico ed alla circolazione dei terreni, e dunque di tipo squisitamente privatistico.

In realtà, la gravità e la peculiarità della sanzione della nullità che colpisce l'atto dispositivo di diritti reali, non corredato dalla idonea certificazione urbanistica, pur convalidabile, possono trovare spiegazione, infatti, soltanto ove l'interesse protetto sia effettivamente di rango pubblico e precisamente l'interesse pubblico al rispetto delle prescrizioni urbanistiche vigenti ed a monte, della riserva di programmazione territoriale devoluta all'autorità comunale<sup>169</sup> e secondo una più volte ricordata recente pronuncia delle Sezioni Unite Penali della Suprema Corte<sup>170</sup>, l'interesse alla salvaguardia e alla tutela dell'*habitat* in cui l'uomo vive, lavora e realizza la propria personalità.

L'allegazione non risponde, invece, come è ormai pacifico, alla necessità di informare il Notaio (e non piuttosto le parti) del rischio della consumazione della lottizzazione mediante atti, in modo da consentirgli di non riceverli, costituendo insomma "un limite eccezionale alla facoltà di stipulazione"<sup>171</sup>.

Invero, l'autorità comunale preposta al controllo urbanistico, è in condizione di valutare addirittura già al momento della richiesta del certificato stesso, funzionale alla stipula di un atto dispositivo, il rischio di concreta realizzazione della lottizzazione abusiva<sup>172</sup>.

La condotta omissiva del notaio che riceva o autentichi un atto senza allegazione del relativo corretto certificato di destinazione o privo della corretta dichiarazione sostitutiva della allegazione di esso, e non riceva o autentichi il relativo atto di conferma,

<sup>168</sup> Il rilievo non è solo meramente economico o tributario (essendo diverso il trattamento fiscale in considerazione della destinazione urbanistica), ma anche di prospettiva di interessi personali: basti pensare a colui che pensava di poter edificare una certa cubatura necessaria per le esigenze della propria famiglia e scopre successivamente che può costruire soltanto un edificio di dimensioni di gran lunga inferiori. La Suprema Corte nella sentenza del 14 maggio 2008 n. 36304, depositata il 22 settembre 2008, esclude che in tale materia possa ravvisarsi una negoziazione inconsapevole o un errore incolpevole di fatto ai sensi dell'art. 47 c.p.: tale è anche il ruolo dell'allegazione del certificato di destinazione urbanistica.

<sup>169</sup> VOLPE *Lottizzazione abusiva in zona agricola* in Riv. giur. Edil. 1992, p.199; LUCANTONIO *La lottizzazione abusiva nella abrogata e nella vigente normativa urbanistica, una figura di "reato giurisprudenziale"* in Dir. e Giur. 1985, p.332; NOVARESE *Lottizzazione abusiva: forme e modalità di accertamento* in Riv. Giur. Edil. 1996, p.132; ALBAMONTE *Il reato di lottizzazione abusiva: una riflessione su alcuni aspetti di fondo* in Cass. Pen. 1993, p.2434. In questo senso, Pret. Favara 17 gennaio 1986 in Riv. Giur. Edil. 1986, p.479.

<sup>170</sup> Cass. Ss.uu. 28 novembre 2001 in *Foro it.* 2002, II, p.449, con nota di GARUFI; in *Urbanistica e Appalti* 2002, n.4 p. 428; in *Urbanistica e Appalti* 2002, n.6 p.729 con nota di FIORE; in Cass. Pen.2002, p.2016 con nota di GAMBARDILLA *Lottizzazione abusiva e disapplicazione dell'autorizzazione amministrativa*.

<sup>171</sup> L'espressione è di LUCHESE *Il certificato di destinazione urbanistica e la responsabilità del pubblico ufficiale* in Vita Not. 1986, p. 57, il quale afferma che la funzione del certificato è altresì quella di costituire idonea tutela dell'acquirente. Nello stesso esatto senso ASSINI - LUCHESE *Attività urbanistico edilizia* Padova 1987, p.338-340; CAPRIOLI *La commerciabilità degli immobili abusivi nella legge 47/1985* in Riv. Not. 1994, p.619, segnala che il Notaio deve limitarsi a controllare la regolarità formale del certificato allegato, ma non che la effettiva destinazione dell'area sia ad esso conforme.

<sup>172</sup> CAPRIOLI *La commerciabilità degli immobili abusivi nella legge 47/1985*, op. cit. p.620. Secondo una posizione dottrinale isolata (DI TARANTO *La lottizzazione abusiva in Urbanistica ed Edilizia* Giornata di studio in Bari 30 maggio 2003, Bari, 2004, p.136) l'allegazione del certificato di destinazione urbanistica permette al Notaio di "svolgere le proprie funzioni, senza doversi preoccupare di accertamenti che non gli competono, ma contribuendo con il proprio apporto a creare i presupposti affinché l'autorità demandata alla disciplina del territorio sia messa nelle condizioni di avere tutti gli elementi per adottare le decisioni più idonee". Si tratta di valutazioni psicologico – giuridiche che nulla hanno a che vedere con lo spirito della normativa.

non può essere – proprio in considerazione degli interessi in gioco - del tutto esente dalla valutazione disciplinare.

Semmai, sarà proprio la stipulazione concreta dell'atto di conferma<sup>173</sup> ad escluderla, così come la prova dell'essersi comunque seppur inutilmente adoperato ad ottenere l'intervento delle parti nel relativo atto di conferma.

La richiesta del certificato di destinazione urbanistica storico pone la pubblica Amministrazione in condizione di essere informata in ordine all'attività negoziale che ha ad oggetto una porzione del suo territorio e di valutare non solo la eventuale lesione della riserva di programmazione territoriale, ma anche degli interessi di rango costituzionale che presiedono alla disciplina in questione.

Non si tratta, insomma, di affermare che la condotta *de qua vada* esente sempre da pena disciplinare, ma piuttosto di stabilire quale possa essere la sanzione in concreto applicabile alla fattispecie.

Se, da una parte, l'effettiva stipulazione dell'atto di conferma sembra inibire qualsiasi sanzione disciplinare, d'altro canto, la mancata conferma dell'atto difettoso per il mancato rispetto delle regole di circolazione dei terreni non sembra permettere – secondo la ricordata recente pronuncia della Suprema Corte – l'inizio di un procedimento disciplinare ex art. 28 L.N., non foss'altro per ragioni di specularità con l'interpretazione preferita in tema di circolazione di fabbricati.

Siffatta conclusione è in linea con le più recenti conclusioni alle quali è pervenuta la giurisprudenza e la dottrina in argomento, superando in particolare, l'impostazione secondo la quale l'art. 28 L.N. sanzionava tutti gli atti contrari a disposizioni di legge, fossero essi nulli o annullabili<sup>174</sup>; tale principio discendeva da una enfaticizzazione del ruolo del notaio, garante del rispetto della piena e sostanziale legalità, tenuto al più profondo e completo rispetto della legge, attribuendo definitiva efficacia giuridica al voluto delle parti.

Una tale rigorosa interpretazione troverebbe fondamento nel fatto che il notaio è investito di pubbliche funzioni e deve agire nell'assoluto rispetto del diritto, compromettendo altrimenti la sua dignità e la sua reputazione nonché il decoro ed il prestigio della classe notarile, inficiando la certezza del diritto con il ricevimento di atti caducabili<sup>175</sup>. In tale luce l'art. 54 del regolamento sarebbe semplicemente una specificazione dell'art. 28 L.N..

Ad analoga soluzione si può giungere qualora si affermi che la congerie di interessi pubblici e privati coinvolti di peculiare rilevanza non potrebbe essere in alcun modo salvaguardata se si escludesse la sanzione disciplinare a carico del notaio che abbia ricevuto un atto carente dal punto di vista della documentazione richiesta dall'art. 30 del Testo Unico dell'Edilizia; in tale ipotesi infatti il Comune interessato potrebbe, addirittura, non essere in alcun modo informato della condotta lottizzatoria delle parti atteso che anche l'invio delle lettere alla Questura ed all'Ente territoriale comunale a cura del Notaio non costituiscono più adempimenti dovuti a seguito dell'art.1 comma primo del d.P.R. n.304 del 2005<sup>176</sup>.

<sup>173</sup> Una tale soluzione potrebbe trovare spazio anche nel caso in cui l'atto di conferma fosse ricevuto da altro notaio.

<sup>174</sup> In tal senso Cass. 10 novembre 1992 n.12081, 21 aprile 1983 n.2745 e n.2744 e Cass. 22 ottobre 1990 n.10256, tutte in CED Cassazione. Si rinvia a ANGELONI *La responsabilità civile del notaio* op. cit., p.12 e ss., per l'ampissima serie di riferimenti bibliografici.

<sup>175</sup> In tal senso, ANGELONI *La responsabilità civile del notaio* op. cit., p.12 e ss..

<sup>176</sup> Tale è la posizione inedita del Ministero della Giustizia Ufficio centrale degli archivi notarili servizio I Affari generali e contenzioso del 15 luglio 2008.



Un tale indirizzo ha avuto recente conferma in sede disciplinare, laddove è stato sanzionato il notaio che aveva ricevuto un atto privo del certificato di destinazione urbanistica e delle menzioni obbligatorie, nonostante fosse stato medio tempore confermato, in quanto il ricevimento di un atto nullo lede il decoro ed il prestigio della classe notarile<sup>177</sup>.

La posizione delle Commissioni di disciplina non è tuttavia univoca sul punto<sup>178</sup>, essendo stato affermato ragionevolmente piuttosto che il ricevimento dell'atto di conferma costituisce condizione di non punibilità.

La Suprema Corte<sup>179</sup> in senso diverso sostiene ormai pacificamente che l'art. 28 L.N. concerne piuttosto solo i vizi dai quali discende la nullità assoluta dell'atto in questione, e non i vizi che importano annullabilità, inefficacia e nullità relativa dell'atto medesimo.

E' stato autorevolmente ricordato<sup>180</sup>, ricostruendo la genesi storica della disposizione che son atti espressamente proibiti dalla legge "solo quelli posti in essere in violazione di norme che hanno valore assoluto, tale da non consentire possibilità di esenzione dalla sua osservanza per alcuno dei destinatari della norma". Sarebbero assoggettati alla gravissima sanzione di cui all'art. 28 Legge Notarile solo gli atti nei quali la nullità sia talmente grave da non poter in alcun modo essere sanata<sup>181</sup>.

Ciò non vuol dire evidentemente che le parti non siano prive di tutela (sempre comunque attivabile sui diversi piani civilistico e penale) o che la condotta non sia sanzionabile disciplinarmente in alcun caso.

Il notaio ha un obbligo di rendere edotte in modo ampio e completo le parti delle conseguenze giuridiche dell'atto stipulando, rispondendo anche patrimonialmente per i danni derivanti dalla totale o parziale omissione di esso.

L'intervenuta conferma, insomma, sembra possa in conclusione ragionevolmente esimere da qualsiasi responsabilità (anche) disciplinare.

<sup>177</sup> Si tratta della pronuncia CO.RE.DI. di Marche ed Umbria del giorno 11 marzo 2016 ricordata da COSIO *Rassegna delle decisioni in materia disciplinare notarile* in AAVV *Il notaio e le sue quattro responsabilità*, op. cit. p.205. Sul punto, SICCHIERO – STIVANELLO GUSSONI *Il procedimento disciplinare notarile* Torino 2017 p. 178, che ricordano la pronuncia della CO.RE.DI. di Marche ed Umbria del 16 febbraio 2016 doc. 10659 in Banca dati Notartel, in ordine all'ipotesi di condanna del notaio che avesse ricevuto quattro atti privi delle prescritte menzioni urbanistiche obbligatorie.

<sup>178</sup> In senso contrario la CO.RE.DI. Puglia pronuncia del 12 novembre 2007 n.411; CO.RE.DI. Lombardia 12 giugno 2012 n.1776 entrambe in Banca Dati Notarile di Deontologia in [www.notariato.it](http://www.notariato.it). Si rinviene nello stesso senso anche la pronuncia della Corte di Appello di Venezia del 20 novembre 2008 n.1057, anch'essa tratta da quest'ultima Banca Dati.

<sup>179</sup> Cass. 7 novembre 2005, n.21493, cit., in *Vita Notar.* 2006, p.372 ed in *Giust. Civ.* 2006 p.1494; Cass. 1° febbraio 2001 n.1394 in Ced Cassazione. Diffusamente sul punto, BOERO *La legge notarile commentata* cit. vol.I p.183 e ss., il quale critica la tesi rigorista, lueggiando lucidamente prospettive di contrattualistica di là a venire, al tempo della redazione dell'opera, laddove afferma che l'opinione contrastata produce l'effetto di sottrarre "una parte rilevante della contrattazione privata alla possibilità di un intervento notarile (in contrasto con lo spirito informatore della legge notarile, che è indubbiamente in senso opposto). Nello stesso senso, DI FABIO *Manuale di notariato*, op. cit. p.122.

<sup>180</sup> NUZZO *Nullità speciali e responsabilità del notaio*, studio n.271-2008/C del Consiglio Nazionale del Notariato in corso di pubblicazione che la dizione della disposizione è tale perché si ritenne di non dover punire qualsiasi inosservanza alla legge con pari vigore alla sanzione massima. La posizione trova riscontro con ampia dovizie di argomenti in ANGELONI *La responsabilità civile del notaio* op. cit., p.15 e ss. nonché in DI FABIO *Manuale di notariato*, op. cit. p.122.

<sup>181</sup> Siffatto argomento espresso da PACIFICO *Le invalidità degli atti notarili* op. cit., p.333 in ordine alla circolazione dei fabbricati può agevolmente essere utilizzato anche in tema di circolazione di terreni.

Allo stesso modo non sembra possano sollecitare dubbi di sorta le ipotesi già segnalate nelle quali non è in concreto ricevibile l'atto di conferma, concernenti l'intervenuta trascrizione dell'ordinanza di sospensione della lottizzazione abusiva e il giudicato di nullità della fattispecie carente dal punto di vista documentale che sono certamente sanzionabili dal punto di vista disciplinare, ai sensi dell'art. 28 della Legge Notarile.

Il vero problema concerne le ipotesi viziate per le quali è astrattamente possibile il ricevimento di un atto di conferma, che in concreto manca: si tratta in definitiva di stabilire se la mancanza dell'atto di conferma, insomma, che pur non può essere certo ricondotta nell'alveo dell'art. 28 L.N., possa (o debba) però restare esente da sanzione di tipo disciplinare.

Da tale ultimo punto di vista, il richiamo obbligato, pur nella consapevolezza del dibattito aperto sulla questione della tipicità delle sanzioni<sup>182</sup>, è all'art. 136 L.N., nel quale si rinviene un aspetto morale che permea intimamente le sanzioni della censura e dell'avvertimento.

L'avvertimento consiste in un rimprovero al notaio per l'infrazione commessa con esortazione a non reiterarla e si infligge per le trasgressioni più lievi di quelle sanzionabili con la censura. L'avvertimento diviene, insomma, una sanzione tipica applicabile alle fattispecie di minore rilevanza<sup>183</sup>. La censura è, invece, la dichiarazione formale di biasimo per l'infrazione commessa.

Non si tratta di sanzioni svincolate da una disposizione tipica.

In realtà l'esigenza punitiva anche di condotte che non trovano la loro espressa sanzione, fuoriesce dall'alveo disegnato dal legislatore che ha invece delineato un sistema di tipo per così dire di tipo accusatorio e non inquisitorio, accompagnato da una congerie di garanzie poste a presidio dell'esercizio delle prerogative di difesa e della salvaguardia degli interessi che l'azione amministrativa disciplinare intende proteggere, primo tra tutti il principio di tipicità della sanzioni e delle fattispecie.

Anche riguardo alla pena, un'opinione che permettesse di attribuire all'avvertimento il carattere di sanzione residuale da infliggere in tutte le fattispecie per le quali non è sancita una pena diversa violerebbe senz'altro il principio ricordato: il legislatore ha riservato a sé non solo "il monopolio"<sup>184</sup> della determinazione della pena, ma ha legato inscindibilmente il momento precettivo al momento della sanzione con la conseguenza che l'assenza di un siffatto legame inibisce l'applicazione della sanzione.

<sup>182</sup> Sul punto sia consentito un rinvio al mio contributo *La modulazione della pena disciplinare*, nel volume collettaneo edito dal Consiglio Nazionale del Notariato *Il nuovo procedimento disciplinare notarile. Prime interpretazioni* Edizioni Consiglio Nazionale del Notariato Roma 2009, p. 173-200. ; COSIO *Ispesioni e iniziativa disciplinare nei confronti dei notai (d.lgs. 1° agosto 2006 n. 249)* nel volume collettaneo edito dal Consiglio Nazionale del Notariato *Il nuovo procedimento disciplinare notarile. Prime interpretazioni* Edizioni Consiglio Nazionale del Notariato cit., p. 49; COSIO *La vigilanza nei confronti dei notai e le sanzioni disciplinari* in *Vita Not.* 2008, p. 1107; MIANO *Attività notarile, rappresentanza e responsabilità disciplinare del Notaio – Casistica*, op. cit. p. 84.

<sup>183</sup> DI FABIO *Manuale di notariato* op. cit. 382-383 ricorda che data la portata generale ed indeterminata di tale disposizione "non c'è inadempienza del notaio che possa rimanere senza sanzione" e che la "valutazione della mancanza commessa deve effettuarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata, essendovi una marcata affinità funzionale tra l'art. 136 l. n. e l'art. 1176 c.c."

<sup>184</sup> L'espressione è di FIANDACA MUSCO *Diritto penale Parte generale* Bologna 1999, p.64.

Il notaio è punito disciplinarmente solo nelle ipotesi in cui una norma sanzioni direttamente la sua condotta: non ogni violazione di legge comporta una sanzione, ma solo ed esclusivamente quelle tassativamente previste e regolate<sup>185</sup>.

La condotta omissiva e superficiale del notaio nel caso di specie (consistente nella mancata stipulazione di un atto di conferma o nella non attivazione in tal senso, nonostante ad esempio la richiesta delle parti o anche di una sola di esse) compromette il decoro ed il prestigio della classe notarile, realizzando la fattispecie di cui alla lettera a) dell'art.147 L.N. .

Il mero mancato ricevimento dell'atto di conferma, "non sottoposto a limiti operativi"<sup>186</sup> e ben potendo essere effettuato in qualunque tempo, preclude senz'altro la possibilità di applicare le sanzioni di cui all'art.28 della legge notarile.

Residua per la reiterazione non occasionale della fattispecie in esame l'applicazione delle sanzioni di cui all'art.147 L.N. che punisce con la censura o con la sospensione fino ad un anno o, nei casi più gravi, con la destituzione, il notaio che "viola in modo non occasionale le norme deontologiche elaborate dal Consiglio nazionale del notariato" e tra esse l'art. 14 in ordine alla omissione di comportamenti cui si è tenuti (in forza dell'art. 30 del testo unico dell'edilizia) e in ordine alla rinuncia a chiedere la documentazione urbanistica necessaria (certificato urbanistico o sua dichiarazione sostitutiva in caso di mancato rilascio).

Non basta, inoltre, un singolo, mero atto trasgressivo per integrare la fattispecie da ultimo descritta, ma sono necessari un numero ulteriore di essi, non riconducibili però a "motivi indiretti o fortuiti".

Va fatta sempre in ogni caso salva l'applicazione delle circostanze attenuanti di cui all'art.144 L.N., nell'ipotesi in cui non sia stato possibile al notaio ricevere l'atto di conferma concretamente per il rifiuto delle parti, nonostante egli abbia fornito prova di essersi attivato in tal senso.

La peculiare delicatezza della fattispecie e la sua novità devono indurre l'interprete e il pratico alla prudenza applicativa in considerazione delle sfumature che la realtà può presentare talora di difficile lettura, della serietà e gravità degli interessi in gioco ed infine delle conseguenze alle quali una tale decisione dà inevitabilmente luogo.

## PARTE IV

### 4.1. Lineamenti della responsabilità penale del notaio in materia urbanistica ed edilizia.

La multiforme conformazione della funzione notarile viene ora in considerazione in relazione alla possibile responsabilità penale in cui il notaio possa incorrere in occasione dell'esercizio del suo ministero esclusivamente nella materia edilizia ed urbanistica.

Viene innanzitutto in considerazione la fattispecie dell'abuso d'ufficio prevista dall'art.323 c.p.<sup>187</sup>, che il legislatore ha modellato a seguito dell'approvazione della

<sup>185</sup> Sono dello stesso avviso anche TENORE - CELESTE *La responsabilità del notaio ed il relativo procedimento*, op. cit. p.106.

<sup>186</sup> CASU *L'art.28 Legge notarile in relazione al cdu privo dell'indicazione storico-urbanistica attuale della particella compravenduta* op. cit. p.1418-1419.

<sup>187</sup> Si riporta per comodità di lettura l'art. 323 c.p. : "Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto, è punito con la reclusione da uno

Legge 16 luglio 1997 n.234 con una dettagliata descrizione delle condotte penalmente rilevanti in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, con la presenza di eventi cagionati dalla condotta abusiva (danno a terzi o vantaggio patrimoniale a sé o a terzi), con il collegamento necessario tra fatto e svolgimento di funzioni o servizio ed infine con la presenza del dolo intenzionale<sup>188</sup>.

Il bene protetto dalla norma è senz'altri il rispetto del principio di buon andamento ed imparzialità dell'operato della pubblica amministrazione.

E' stata in tal senso segnalata la responsabilità penale del notaio che abbia consigliato alle parti di adottare una forma giuridica diversa da quella dalle stesse richiesta allo scopo di conseguire un risultato *contra legem*. Il caso riguardava l'ipotesi in cui il notaio per escludere l'operatività della prelazione agraria da parte del proprietario confinante coltivatore diretto in occasione di un richiesto atto di compravendita di terreno agricolo, aveva consigliato e poi fatto stipulare alle parti un atto di permuta. La Suprema Corte ha ritenuto in tale ipotesi conforme al divieto sanzionato dall'art.323 c.p., trattandosi di un atto in frode al diritto del prelazionario<sup>189</sup>.

Va poi segnalato che il concorso del notaio nella falsa dichiarazione in atto della parte in occasione delle menzioni urbanistiche discende dal ruolo essenziale da lui giocato nelle operazioni aventi ad oggetto immobili.

E' stato affermato<sup>190</sup> che "il notaio deve spingersi sino a garantire la certezza dell'atto da rogare ed il perseguimento dello scopo tipico dello schema legale prescelto". In tale luce sarebbe responsabile il notaio che abbia omesso di impedire la falsa dichiarazione della parte venditrice. Invero, in tale materia un ruolo essenziale gioca la conformazione dell'elemento soggettivo, non essendo certo provato il concorso nel reato del notaio per il solo fatto della falsa dichiarazione della parte.

Nella materia edilizia ed urbanistica peraltro un ruolo essenziale gioca la conformazione dell'incarico ricevuto dalle parti, nonché la misura dell'approfondimento richiesto al notaio.

### 4.2. La lottizzazione abusiva.

Viene in considerazione in questa sede non tanto la definizione della condotta oggetto del reato di lottizzazione abusiva, quanto esclusivamente il ruolo del Notaio in tale ambito e segnatamente la sua responsabilità penale, in occasione del ricevimento di un atto di vendita frazionata del terreno<sup>191</sup>, risale alla fase della configurazione dogmatica della lottizzazione cosiddetta giuridica o negoziale<sup>192</sup>.

a quattro anni. La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno carattere di rilevante gravità."

<sup>188</sup> MARZOCCHI BURATTI *La responsabilità penale del notaio* in AA.VV. *Il notaio e le sue quattro responsabilità*, op. cit. p.561.

<sup>189</sup> MARZOCCHI BURATTI *La responsabilità penale del notaio* in AA.VV. *Il notaio e le sue quattro responsabilità*, op. cit. p.570, il quale ricorda la pronuncia della Corte sez. V 6 giugno 2008 n.38338, in Ced Cassazione. In tale caso, era stato peraltro condannato il notaio anche per falso ai sensi dell'art.479 c.p., rilevando la condotta anche in quanto falso in atto pubblico.

<sup>190</sup> MARZOCCHI BURATTI *La responsabilità penale del notaio* in AA.VV. *Il notaio e le sue quattro responsabilità*, op. cit. p.579.

<sup>191</sup> Per tutte Cass. Pen. 15 giugno 1983 in *Cass. Pen.* 1984, 2284. *Contra* Cass. Pen. 6 aprile 1982 in *Giur. It.* 1982, II, p.481. Nessuna differenza vi è in relazione alla forma dell'atto (pubblico o autenticato).

<sup>192</sup> BERTOLAMI *L'evoluzione del reato di lottizzazione abusiva dalla legge urbanistica a quella sul condono edilizio e la responsabilità penale del notaio* in *Temi Rom.* 1985, p.420; BOTTARO *L'ipotesi di*



Secondo un primo indirizzo della giurisprudenza di merito<sup>193</sup>, il notaio era considerato penalmente responsabile sotto il profilo della violazione dell'obbligo di impedire l'evento materiale del reato (art. 40 c.p.).

Un diverso, ma coevo orientamento<sup>194</sup>, invece, rinveniva la responsabilità del Notaio nelle sole ipotesi nelle quali egli non si fosse limitato al compimento del proprio ministero, ma avesse partecipato all'attività delle parti, rafforzandone la volontà criminosa.

La riforma del 1985 ha contribuito, certamente, a definire in termini di maggiore certezza la questione in esame<sup>195</sup>.

Non si pone, innanzitutto, alcun problema in ordine alla ipotizzabilità del concorso del Notaio nel reato di lottizzazione mediante opere, dal momento che l'intervento professionale di quest'ultimo, in tal caso, segue naturalmente la già intervenuta consumazione del reato, senza poterla in alcun modo influenzare<sup>196</sup>.

Rileva, invece, la fattispecie del concorso del notaio nella lottizzazione mediante atti.

La contravvenzione della cosiddetta lottizzazione abusiva mediante atti è un reato di tipo plurisoggettivo<sup>197</sup>, che richiede cioè la partecipazione del venditore, dell'acquirente, del mediatore, del geometra (o dell'ingegnere o architetto che ha redatto

---

concorso del notaio nel reato di lottizzazione abusiva alla luce della legge 28 febbraio 1985, n.47 in *Vita Not.* 1985, p.125 Si rinvia all'originale e condivisibile ricostruzione della fattispecie alla luce del fenomeno della condizionalità parziale in CORIGLIANO *Lottizzazione abusiva e compravendita. Aspetti di rilevanza notarile*, in *Vita Not.* 1980, p.309 e ss., oggi ripresa per alcuni versi da PETRELLI *Regime fiscale degli atti di compravendita di terreni sottoposti alla condizione sospensiva della sopravvenuta edificabilità* in *Riv. Not.* 1995, p.1243. Di recente, MARZOCCHI BURATTI *La responsabilità penale del notaio* in AA.VV. *Il notaio e le sue quattro responsabilità*, op. cit. p.581.

<sup>193</sup> Pret. Roma 27 settembre 1979 in *Temi Rom.* 1979, p.485; Pret. Roma 18 gennaio 1981 in *Temi Rom.* 1981, p.336. Nello stesso senso anche dopo l'entrata in vigore della L. 1985 n.47 Pret. di Favara 17 gennaio 1986 cit. Nella specie in particolare era stata sancita la responsabilità del Notaio per concorso nella lottizzazione abusiva in ipotesi di ricevimento di un atto di donazione da madre a figlio di otto lotti di terreno. A prescindere dal giudizio di merito sul caso in particolare, del tutto destituito di fondamento positivo, una tale configurazione era, invece, stata acutamente messa in dubbio in una sentenza del Tribunale di Orvieto 19 maggio 1978 pubblicata in *Riv. Not.* 1979, p.232, nella quale si sostiene che al Notaio può essere solo fatto carico di aver rogato un atto non di non aver ommesso di rogarlo, così come chi uccide un uomo, pur avendo ommesso di lasciarlo in vita, tiene una condotta omissiva solo in apparenza. Sul punto diffusamente BOTTARO *L'ipotesi di concorso del notaio nel reato di lottizzazione abusiva alla luce della legge 28 febbraio 1985, n.47*, op. cit. p.131.

<sup>194</sup> Pret. Roma 20 dicembre 1978 in *Riv. Not.* 1979, p.239; Pret. Roma 27 settembre 1979 in *Riv. Not.* 1979, p.1194; Pret. Roma 12 dicembre 1979 in *Giur. Merito* 1981, p.203.

<sup>195</sup> BERTOLAMI *L'evoluzione del reato di lottizzazione abusiva dalla legge urbanistica a quella sul condono edilizio e la responsabilità penale del notaio*, op. cit., p.421 esprime dubbi sulla chiarezza delle linee della nuova fattispecie criminosa.

<sup>196</sup> Pacificamente sul punto per tutti BOTTARO *Notariato e lottizzazione di terreni* op. cit., p.454; ASSINI - LUCCHESI *Attività urbanistico edilizia*, Padova 1987, p.345, secondo i quali in ogni caso "pur essendo eventualmente ipotizzabile l'elemento psicologico del concorso, difetta del tutto quello materiale"; nonché in termini meno chiari LUCCHESI *Il certificato di destinazione urbanistica e la responsabilità del pubblico ufficiale*, in *Vita Not.* 1986, p.61.

<sup>197</sup> LUCCHESI *Il certificato di destinazione urbanistica e la responsabilità del pubblico ufficiale*, op. cit. p.61. Le medesime espressioni si rinvencono in ASSINI LUCCHESI *Attività urbanistico edilizia*, op. cit., p.345-346, i quali si limitano a ribadire che nella lottizzazione cosiddetta negoziale la condotta del Notaio coautore è necessaria per integrare la materialità del reato.

il tipo di frazionamento), dell'agronomo, dell'avvocato<sup>198</sup> e del notaio rogante o autenticante.

Secondo un orientamento minoritario, mutuato dalla giurisprudenza formatasi prima della vigenza della legge n.47 del 1985, è sufficiente che quest'ultimo, abbia ricevuto un atto o una pluralità di atti<sup>199</sup> che dia luogo in concreto ad una lottizzazione abusiva, da lui rilevabile con la normale diligenza, per poter in astratto essere sottoposto a sanzione penale<sup>200</sup>. Una tale opinione qualifica il Notaio concorrente necessario in una fattispecie criminosa che, senza il suo apporto decisivo, non si sarebbe mai potuta realizzare in concreto.

Con riferimento ad una simile impostazione vanno svolte, invero, alcune considerazioni di diverso segno.

L'art. 21, 2° comma della Legge n.47 del 1985 che disciplinava la responsabilità penale dei notai e degli altri pubblici ufficiali che ricevono o autenticano atti, dispone, che "ottemperando a quanto previsto nell'art. 18 della medesima legge sono esonerati da "ogni responsabilità". Argomentando sulla base di un tale inciso, parte della dottrina<sup>201</sup> ha non solo escluso la responsabilità disciplinare, ma anche quella penale del Notaio che si sia formalmente attenuto al rispetto delle disposizioni di cui all'art. 18 stesso.

---

<sup>198</sup> Sul punto in generale, CACCIAVILLANI *La posizione del notaio rogante nella contravvenzione della lottizzazione per atti*, op. cit. p.142. CACCIAVILLANI *La definizione di lottizzazione (abusiva) nella legge 28 febbraio 1985, n.47*, op. cit. p.1264; ALBAMONTE *Il reato di lottizzazione abusiva: una riflessione su alcuni aspetti di fondo*, op. cit. p.2437.

<sup>199</sup> Secondo ALBAMONTE *Il reato di lottizzazione abusiva: una riflessione su alcuni aspetti di fondo*, op. cit. p.2438 il concorso nel reato del Notaio non può negarsi allorché egli con la normale diligenza non possa non rendersi conto che gli atti che gli sono richiesti costituiscono un momento di un'operazione lottizzatoria. E continua "sicché in caso di certificato di destinazione urbanistica che conferisca all'attività negoziale un significato lottizzatorio, confortato da quegli elementi indiziari di cui al comma 1 dell'art. 18, il notaio che abbia rogato l'atto difficilmente potrà andare esente da responsabilità". Insomma, per non concorrere nel reato il Notaio dovrà solo astenersi dal rogare l'atto (p.2439). Ebbene, tali osservazioni non sembrano tenere per nulla in conto il ruolo del notaio quale esce disegnato dalla riforma del 1985: egli è tenuto semplicemente ad ottemperare ad alcuni obblighi che permettano alla pubblica Amministrazione di perseguire le fattispecie illecite, senza per questo sostituirsi a coloro che sono preposti a svolgere funzioni di controllo del territorio. Sarà punito con sanzione penale solo ove partecipi, istigando o rafforzando il proposito lottizzatorio altrui. Nello stesso senso, MENDOZA - QUARTO *Il reato di lottizzazione abusiva in Cons. Stato* 1989 II, p.111, op. cit. i quali sostengono che dalla documentazione necessaria al Notaio per poter rogare l'atto è possibile desumere l'eventuale illiceità della fattispecie o meno. Nello stesso senso MENGOLI *Manuale di diritto urbanistico* op. cit. p.1124-1125 (in particolare, nota 49); BRESCIANO *I reati edilizi ed urbanistici* op. cit. p.216.

<sup>200</sup> Cass. 25 gennaio 1989 n.786 in *Cass. Pen.* 1990, p.728. In questo senso MENGOLI *Manuale di diritto urbanistico* op. cit. p.1123; BRESCIANO *I reati edilizi ed urbanistici* op. cit. p.216. Esprime perplessità su una tale impostazione, ma la ritiene tutto sommato conforme allo spirito della legge NOVARESE *Lottizzazione abusiva: forme e modalità di accertamento* op. cit., p.148-150, proprio perché il Notaio non si limita a ricevere le dichiarazioni altrui, ma deve indagare sull'effettiva volontà delle parti: invero, indagine sulla volontà delle parti non significa indagine sui motivi che inducono le parti ad un certo assetto negoziale. Non è applicabile comunque al Notaio l'esimente dell'art. 51 c.p. secondo Pret. Roma 21 giugno 1988 in *Riv. Giur. Edil.* 1989 p.261.

<sup>201</sup> BERTOLAMI *L'evoluzione del reato di lottizzazione abusiva dalla legge urbanistica a quella sul condono edilizio e la responsabilità penale del notaio*, op. cit., p.423; CAMPO *La nullità degli atti giuridici e la responsabilità del notaio come strumenti inibitori della realizzazione dei risultati e dei profitti dell'attività urbanistico edilizia abusiva* op. cit., p.845; CACCIAVILLANI *La posizione del notaio rogante nella contravvenzione della lottizzazione per atti*, op. cit. p.1142-1143. In senso difforme BOTTARO *Notariato e lottizzazione di terreni* op. cit., p.456 rileva che la norma non significa totale irresponsabilità, ma responsabilità in caso di consapevole concorso nell'attività illecita altrui.

Altra opinione<sup>202</sup> ha sostenuto al riguardo, che alla fattispecie non va riconosciuta una generale portata esimente ed alla stessa vanno, comunque, piuttosto applicati necessariamente gli ordinari principi in materia di concorso di persone nel reato: non è, dunque, sufficiente il mero compimento di un atto del proprio ministero per concorrere nel reato, ma è necessaria l'adesione al disegno criminoso altrui, così come per converso il mero formale rispetto agli obblighi formali non basta a costituire idonea esimente della responsabilità penale. La lottizzazione abusiva cosiddetta giuridica è, infatti, un reato contravvenzionale di tipo doloso, come si evince dal fatto che la condotta materiale sanzionata è quella destinata ad uno scopo edificatorio<sup>203</sup>.

Inoltre, in tal senso, dalla lettura dell'art. 18 della Legge n.47 del 1985 (e poi dell'art. 30 del Testo Unico), emerge con chiarezza che la valutazione in fatto della condotta materiale che integra la fattispecie criminosa della lottizzazione abusiva cosiddetta giuridica delle parti (che sottoscrivono l'atto dispositivo), impone un accertamento in concreto che non può certo competere al pubblico ufficiale rogante o autenticante, ma che è devoluto, in via esclusiva, proprio all'ente Comune che dispone dei mezzi e degli strumenti tecnici e di conoscenza necessari per l'espletamento di una funzione così delicata<sup>204</sup>.

Il notaio svolge, insomma, solo un'attività strumentale rispetto all'accertamento della fattispecie vietata<sup>205</sup>.

Il concorso del notaio nella fattispecie criminosa, allora, in astratto può essere configurato solo quale concorso commissivo e non *per omissionem*<sup>206</sup>, dal momento che esso si attua proprio attraverso la stipula dell'atto pubblico o l'autenticazione delle sottoscrizioni delle parti<sup>207</sup>.

<sup>202</sup> CACCIAVILLANI *La posizione del notaio rogante nella contravvenzione della lottizzazione per atti*, op. cit. p.142. CACCIAVILLANI *La definizione di lottizzazione (abusiva) nella legge 28 febbraio 1985, n.47*, op. cit. p.1264; BOTTARO *Notariato e lottizzazione di terreni* op. cit., p.454; BOTTARO - FERRERO - PODETTI *Prime considerazioni sulla commerciabilità degli immobili dopo la l.28 febbraio 1985 n.47* op. cit. , p.569; CARDARELLI *La legge 28 febbraio 1985, n.47 nei suoi riflessi sull'attività notarile*, op. cit. p. 355.

<sup>203</sup> BOTTARO *Notariato e lottizzazione di terreni* op. cit., p.454; PALLOTTINO *Il notaio e la lottizzazione abusiva negoziale* op. cit. p.1014.

<sup>204</sup> BOTTARO *Notariato e lottizzazione di terreni* op. cit., p.447, il quale afferma che "l'irresponsabilità penale del notaio per l'attività istituzionale da lui prestata è la naturale conseguenza della libera commerciabilità dei suoli, ancorché abusivamente lottizzati, voluta dal legislatore".

<sup>205</sup> PALLOTTINO *Il notaio e la lottizzazione abusiva negoziale* op. cit. p.1020. In particolare, secondo una posizione dottrinale isolata (DI TARANTO *La lottizzazione abusiva in Urbanistica ed Edilizia* Giornata di studio in Bari 30 maggio 2003, op. cit., p.136), l'allegazione del certificato di destinazione urbanistica permetterebbe al Notaio di "svolgere le proprie funzioni, senza doversi preoccupare di accertamenti che non gli competono, ma contribuendo con il proprio apporto a creare i presupposti affinché l'autorità demandata alla disciplina del territorio sia messa nelle condizioni di avere tutti gli elementi per adottare le decisioni più idonee". Il ruolo del Notaio appare in una tale ricostruzione solo preoccupato della tranquillità dello svolgimento della propria professione e per nulla delle importanti funzioni a lui devolute dalle disposizioni in esame.

<sup>206</sup> BOTTARO *Notariato e lottizzazione di terreni* op. cit., p.454. Il concorso omissivo appare seppur postulabile in astratto di difficile concreta configurazione.

<sup>207</sup> BOTTARO *Lottizzazione abusiva negoziale e responsabilità notarile dopo la legge 47/1985* op. cit. p.74, per il quale il controllo di liceità va effettuato obbligatoriamente dal Notaio anche in caso di scrittura privata autenticata. BOTTARO *Lottizzazione abusiva negoziale e responsabilità notarile dopo la legge 47/1985* in AAVV. *Condominio edilizio. Circolari, studi e riflessioni del Notariato* op. cit. p.244. Nello stesso senso che l'autenticazione è riconducibile alla stipula ASSINI LUCCHESI *Attività urbanistico edilizia* op. cit. p.315; CASU - RAITI *Condominio edilizio e attività negoziale* Quaderno 1 op. cit., p.112. In

E' vero che la condotta oggettiva del Notaio, che presta il proprio ministero, consente la consumazione del reato alle altre parti, ma nell'ipotesi in cui sia mancata la sua volontaria e consapevole partecipazione alla consumazione della fattispecie, è da escludere la configurazione della sua responsabilità penale<sup>208</sup>.

E', dunque, necessaria, affinché sia dichiarata la responsabilità penale del Notaio rogante o autenticante la prova del dolo e precisamente del dolo specifico (destinazione della condotta a scopo edificatorio)<sup>209</sup>.

E' da escludere da ultimo, sulla base delle considerazioni sin qui svolte, secondo l'impostazione delle Sezioni Unite Penali della Corte di Cassazione, il concorso colposo nella lottizzazione abusiva, dolosamente consumata da terzi, del Notaio che abbia rogato gli atti dispositivi per negligenza o violazione degli obblighi della Legge Notarile<sup>210</sup>.

Un tale indirizzo della giurisprudenza di legittimità è però mutato di recente con l'affermazione che il reato di lottizzazione abusiva può ben essere integrato dalla sola

giurisprudenza, in questo senso, Cass. 24 ottobre 1990 n.14016 (la cui massima è riportata in AAVV. *Condominio edilizio. Circolari, studi e riflessioni del Notariato* op. cit., p.465)

<sup>208</sup> Non si condivide l'opinione di BOTTARO *Notariato e lottizzazione di terreni* op. cit., p.458 il quale afferma che la responsabilità del Notaio è configurabile nelle seguenti fattispecie: 1) Notaio che in presenza di una accertata giudizialmente lottizzazione cosiddetta giuridica abbia stipulato atto traslativo di un terreno senza allegarvi il certificato di destinazione urbanistica, ma invii egualmente copia dell'atto al Comune; 2) ) Notaio che in presenza di una accertata giudizialmente lottizzazione cosiddetta giuridica, abbia stipulato atto traslativo di un terreno allegandovi il certificato di destinazione urbanistica, ma senza inviare copia dell'atto al Comune; 3) ) Notaio che in presenza di una accertata giudizialmente lottizzazione cosiddetta materiale abbia stipulato atto traslativo di un terreno allegandovi il certificato di destinazione urbanistica, ma senza inviare copia dell'atto al Comune; 4) ) Notaio che in presenza di una accertata giudizialmente lottizzazione cosiddetta giuridica abbia stipulato atto traslativo di un terreno senza allegarvi il certificato di destinazione urbanistica, e senza inviare copia dell'atto al Comune. Ebbene, secondo l'Autore, nelle ipotesi 1,2,4 risponde – ove provato il dolo – il Notaio di concorso in lottizzazione abusiva, nell'ipotesi n.3 di omessa denuncia, a prescindere dalle sanzioni disciplinari e dalla responsabilità patrimoniale. Non può infatti postularsi dal mero mancato adempimento delle condizioni di legge il concorso in una fattispecie criminosa, che non discende ad esempio dal mancato invio della copia dell'atto, ma dal fatto che questa omissione è collegata all'aver partecipato al *pactum sceleris* dei correi. A questa omissione seguirà l'applicazione della relativa sanzione non penale ove prevista, ma mai l'automatica attribuzione della partecipazione ad una fattispecie criminosa, proprio in virtù di tutte le considerazioni ottimamente svolte dall'Autore medesimo. Secondo BOTTARO *Lottizzazione abusiva negoziale e responsabilità notarile dopo la legge 47/1985* op. cit. p.75 non basta per applicare al Notaio la sanzione penale la mera conoscenza dei motivi illeciti delle parti, essendo piuttosto necessaria una sua partecipazione in termini di rafforzamento o istigazione alla altrui volontà; tale condotta e l'atteggiamento soggettivo comporteranno piuttosto l'applicazione della sanzione disciplinare. Del resto è opportuno ricordare che qualora si acceda alla impostazione della inapplicabilità della sanzione civile della nullità, sarebbe ben strano se a ciò si accompagnasse la tesi della responsabilità penale del Notaio per effetto della mera attività di ricevimento dell'atto notarile; sul punto CASU - RAITI *Condominio edilizio e attività negoziale* Quaderno 1 op. cit., p.112. Di recente si è occupato della questione CASU voce *Terreni (Trasferimento di)* in FALZONE - ALIBRANDI *Dizionario Enciclopedico del Notariato*, op. cit. p. 656.

<sup>209</sup> LUCANTONIO *La lottizzazione abusiva nella abrogata e nella vigente normativa urbanistica, una figura di "reato giurisprudenziale"*, op. cit. p.338; BOTTARO *Lottizzazione abusiva negoziale e responsabilità notarile dopo la legge 47/1985* in AAVV. *Condominio edilizio. Circolari, studi e riflessioni del Notariato* op. cit. p.250; Sulla questione, diffusamente ANNUNZIATA *La costruzione edilizia nei vari rami dell'ordinamento giuridico*, op. cit. p.116, nonché PATERNELLO *Il reato di lottizzazione abusiva negoziale con particolare riferimento alla figura del notaio rogante in Riv. giur. edil.* 2002 p. 188, il quale pone in dubbio la validità di un siffatto atto. Sul punto diffusamente si rinvia all'importante pronuncia Cass. Sez. Unite Pen. 28 febbraio 1990 in *Foro Amm.* 1990, p.604.

<sup>210</sup> Cass. Sez. Unite Pen. 28 febbraio 1990, cit. ; detta pronuncia esclude la possibilità altresì di un concorso per omissione. La pronuncia è stata di seguito ribadita dalla Cassazione in data 20 marzo 1991 in *Vita Not.* 1992, p.330.

colpa<sup>211</sup>, che non può essere evidentemente esclusa dalla presenza del notaio. Quest'ultimo afferma la Corte di legittimità, può contribuire dolosamente o colposamente alla realizzazione dell'evento illecito, senza far venir meno l'originaria illegalità, nè "consentire all'acquirente, in dolo o in colpa, di godere di un bene di provenienza illecita e al costruttore abusivo di conseguire il proprio illecito fine di lucro"<sup>212</sup>.

Il meccanismo di comunicazioni (del tipo di frazionamento, della richiesta del rilascio del certificato di destinazione urbanistica e della copia autentica dell'atto dispositivo avente ad oggetto terreni come stipulato) al Comune (nella persona del Sindaco o del dirigente o del responsabile del competente ufficio comunale), alle quali il pubblico ufficiale è stato obbligato, sino al 25 marzo 2006 conforta l'adesione ad una tale ultima opinione, che impone, comunque, l'accertamento giudiziale della volontà del Notaio, non essendo per nulla sufficiente ad integrare la sua responsabilità penale il semplice mero espletamento del suo ministero, ove espressamente richiesto<sup>213</sup>.

Il Notaio, ottemperando agli obblighi imposti per legge, permette al Comune di essere in grado di intervenire nella repressione delle condotte illecite di lottizzazione abusiva, adottando i conseguenti atti idonei<sup>214</sup>: solo ove il Comune infatti abbia il maggior

<sup>211</sup> Tra le altre pronunce Sez. 3<sup>a</sup>, n. 7238 del 25/02/2011, Cresta, non massimata; Sez. 3<sup>a</sup>, n. 3886 del 03/02/2011, Lotito, non massimata; Sez. 3<sup>a</sup>, n. 17865 del 29/04/2009, Quarta, Rv. 243750; Sez. 3<sup>a</sup>, n. 36940 dell'11/05/2005, Stiffi ed altri, Rv. 232189. Di recente Cass. Sez. III n. 38799 del 24 settembre 2015 in [www.lexambiente.it](http://www.lexambiente.it) per la quale il reato di lottizzazione abusiva, che è a consumazione alternativa, potendosi realizzare sia per il difetto di autorizzazione sia per il contrasto con le prescrizioni della legge o degli strumenti urbanistici, può essere integrato anche a titolo di sola colpa, proprio in una fattispecie di acquisto, come autonome residenze private, di unità immobiliari facenti parte di complesso turistico - alberghiero. Nel caso di specie dopo avere premesso che il certificato del capo del settore urbanistica del Comune di Sperlonga del 19/06/2012 non aveva affatto attestato la regolarità urbanistica dell'immobile, elencando unicamente gli atti presenti all'ufficio per l'area in questione, il provvedimento impugnato ha infatti evidenziato come dalla concessione edilizia n. 71 del 03/04/2003, specificamente indicata nell'atto, risultasse che la stessa era stata rilasciata con gli obblighi e i vincoli dell'atto di asservimento del 22/01/2003 con cui gli originari concessionari C. si obbligavano a destinare gli immobili da erigere a struttura ricettiva turistico - alberghiera e a vincolare gli stessi all'unitarietà, immodificabilità e destinazione a struttura ricettiva, specificandosi inoltre che qualunque cambiamento della destinazione d'uso dovesse essere subordinato all'approvazione della relativa variante da parte del Comune; e ciò, ha correttamente proseguito il Tribunale, avrebbe dovuto indurre negli acquirenti seri sospetti sulla legittimità del frazionamento, della vendita delle singole unità immobiliari e del cambio di destinazione d'uso, tanto più considerando che la decorrenza dei termini delle S.c.i.a. intervenute era stata sospesa con atti con i quali, tra l'altro, si rilevava la necessità di provvedere alla cancellazione dell'atto di asservimento sopra menzionato.

<sup>212</sup> Cass. Sez. 3, n. 51710 del 3 dicembre 2013, Rv. 257348.

<sup>213</sup> Conferma la correttezza di una siffatta impostazione in cui il Notaio svolge un ruolo attivo a presidio di importanti interessi pubblici il richiamo all'ordinanza della Corte Cost. 29 dicembre 1989 n.595 in *Vita Not.* 1989 p.430 in *Riv. Giur. Edil.* 1990, p.4, in *Giust. Pen.* 1990, I, p.203 e in *Cass. Pen.* 1990 p.585, (con nota di ALBAMONTE *Responsabilità dei notai e lottizzazione abusiva*) che afferma – con riferimento all'eccezione di costituzionalità sollevata dal Pretore di Catania, sez. Paternò, riguardo all'art. 21 della legge n.47 del 1985 - che l'adempimento degli obblighi di comunicazione ai quali il Notaio è tenuto permette al Comune di intervenire in ipotesi di lottizzazione abusiva, ed avendo compiuto il pubblico ufficiale quanto era per legge tenuto a fare per impedire la commissione del reato va esente da sanzione penale, salvo che abbia dolosamente rafforzato o condiviso la condotta dei lottizzatori. Non dunque impunità, ma punibilità a precise condizioni. Di recente siffatta impostazione è stata ribadita da PATERNELLO *Il reato di lottizzazione abusiva negoziale con particolare riferimento alla figura del notaio rogante* in *Riv. giur. edil.* 2002 p. 188; e da DIANA *La proprietà immobiliare urbana op. cit.*, 2005, Tomo I, p. 136-137.

<sup>214</sup> Non basta allora il mero formale rispetto della norma ad escludere il concorso nel reato, così come il difettoso rispetto degli adempimenti formali non è sufficiente a configurarlo. Sulla questione in termini parzialmente diversi si rinvia a CASU voce *Terreni (Trasferimento di)* in FALZONE - ALIBRANDI *Dizionario Enciclopedico del Notariato*, op. cit. p.656.

numero di informazioni, da parte dei soggetti tenuti a fornirglielo e tra loro il Notaio, può raggiungere i migliori risultati nella prevenzione e repressione del fenomeno illecito in esame<sup>215</sup>.

La nuova *lectio* dell'art. 47 del Testo Unico (che sostituisce integralmente l'art. 21 della Legge n.47 del 1985)<sup>216</sup>, ha soppresso la parola "ogni".

E' evidente che la soppressione mirata di una sola parola in un testo rimasto per il resto intatto, deve certamente avere un suo valore ermeneutico. Ed una tale variazione, seppur minima, ha invero il pregio di chiarire quanto sin qui esposto in argomento.

Non è sufficiente, infatti, che il Notaio abbia meramente esercitato il proprio ministero per incorrere nella sanzione penale: è necessario un qualcosa di più che può essere rintracciato solo nella volontà di partecipare o di rafforzare l'altrui attività criminosa; il Notaio che ha semplicemente svolto il suo ministero, senza in alcun modo incidere sulla determinazione ad agire delle altre parti, non può allora concorrere nella contravvenzione in esame.

Il rispetto delle formalità e dei meccanismi di comunicazione, ove attivati perché reputati opportuni o perché necessari<sup>217</sup>, di cui alla norma in esame escludono la responsabilità discendente in modo specifico dal non aver posto in essere quanto imposto precisamente dalla disposizione di legge, ma non inibiscono la responsabilità per il concorso nella fattispecie (penalmente) sanzionata: insomma, limitazione della responsabilità sì, ma non di ogni responsabilità<sup>218</sup>.

<sup>215</sup> BOTTARO *L'ipotesi di concorso del notaio nel reato di lottizzazione abusiva alla luce della legge 28 febbraio 1985, n.47*, op. cit. p.134.

<sup>216</sup> Sul rapporto tra art. 21 della Legge 28 febbraio 1985, n. 47 ed art. 47 del Testo Unico si rinvia a DEL VECCHIO *La possibile convalida dell'atto nullo di trasferimento di terreni*, op. cit. p. 60 e ss..

<sup>217</sup> Prima dell'entrata in vigore del D.P.R. 9 novembre 2005, numero 304.

<sup>218</sup> La sentenza della Corte Costituzionale del 20 – 26 gennaio 2004, n.38 (pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana del 4 febbraio 2004, n.5 1<sup>a</sup> serie speciale, nonché in *Riv. Not.* 2004, n.2, p.486, sopra citata) affronta *incidenter tantum* anche la questione del ruolo del notaio nella circolazione dei terreni. E' di particolare rilievo proporre la lettura di un passo della sentenza della Corte Costituzionale che di seguito si riporta: "Al fine di arginare il fenomeno della lottizzazione abusiva, infatti, la giurisprudenza aveva interpretato in senso estensivo la sfera dei destinatari della norma penale, ricomprendendovi sia i tecnici che i notai. Va tenuto conto che, innovando decisamente rispetto alla prevalente applicazione giurisprudenziale - che dunque individuava i notai tra i partecipi al complesso disegno criminoso della lottizzazione negoziale - la legge n. 47 del 1985, onerando il pubblico ufficiale di adempimenti formali (controllo sull'allegazione di certificato di destinazione urbanistica, trasmissione dell'atto al Sindaco), e così mettendo in condizione l'autorità preposta al governo del territorio di valutare gli elementi dai quali desumere l'attività vietata, ne ha esattamente definiti i compiti e tipizzato le ipotesi di possibile violazione." Ed ancora "Le misure predisposte dalla legge n. 47 del 1985 si estrinsecano, sul piano civilistico, nella sanzione di nullità degli atti: di tipo formale (preventivo), riguardo a qualsiasi trasferimento di terreni, cui deve allegarsi il certificato di destinazione urbanistica (art. 18, primo comma) e di tipo sostanziale (e *a posteriori*), per gli atti nei quali l'autorità preposta al governo del territorio - e dunque in possesso dei mezzi (alcuni dei quali forniti dal notaio rogante: sesto comma), per una verifica degli elementi indiziari posti dal primo comma - ravvisi fattispecie di lottizzazione non autorizzata, avviando di conseguenza la procedura sanzionatoria. Come questa Corte ha già avuto modo di affermare (sentenza n. 595 del 1989), l'adempimento alle prescrizioni previste dall'art. 21, che richiama l'art. 18 quanto al certificato di destinazione urbanistica, copre ogni specie di responsabilità astrattamente configurabile a carico del notaio, sia essa penale, civile o disciplinare, con l'ovvio limite del contributo attivo e consapevole all'attività illecita altrui."

Sia consentito al riguardo il rinvio al mio studio *La circolazione giuridica dei terreni: analisi delle linee direttrici dello statuto di tali beni*, *Riv. Not.* 2003, p.1537-1543, in linea con gli assunti della Corte.



E' del tutto irrilevante, da ultimo, al riguardo, la scelta della forma dell'atto: anche la scrittura privata può rappresentare uno strumento idoneo per l'integrazione della fattispecie criminosa in esame<sup>219</sup>.

Un'ultima considerazione è tuttavia necessaria.

In ipotesi in cui sia accertata giudizialmente la fattispecie criminosa della lottizzazione cosiddetta giuridica ed il Notaio non avesse provveduto ad effettuare la trasmissione della copia conforme dell'atto rogato o autenticato al quale è allegato il certificato di destinazione urbanistica, era ipotizzabile la consumazione del reato di omissione di denuncia di cui all'art. 361 c.p. . L'art. 21 della Legge n.47 del 1985 (al pari dell'art. 47, 2° comma del Testo Unico) statuiva, infatti, che l'osservanza degli obblighi di comunicazione teneva luogo anche della denuncia alla quale il pubblico ufficiale è obbligato ai sensi dell'art. 331 c.p.p. .

Si trattava, insomma, di una norma per così dire di chiusura del sistema: il Notaio, che non era sempre in grado di valutare il verificarsi di una lottizzazione abusiva mediante atti, doveva, tuttavia, fare quanto gli era imposto affinché il sistema giuridico perseguisse siffatto reato: l'interruzione del meccanismo previsto dal legislatore era, dunque, autonomamente sottoposta a sanzione penale<sup>220</sup>.

Il D.P.R. 9 novembre 2005, n. 304<sup>221</sup> sopprime a far tempo dalla sua entrata in vigore l'obbligo di trasmissione<sup>222</sup>.

Tale esclusione consente, comunque, la facoltà della trasmissione dell'atto in tutte le fattispecie nelle quali il pubblico ufficiale nutra perplessità sul reale contenuto dell'operazione immobiliare ed, in particolare, l'invio alla Questura dei dati essenziali del trasferimento immobiliare e del titolo di compera. Solo l'autorità comunale è, infatti, in grado di determinare l'esistenza concreta della fattispecie vietata e l'autorità di polizia è in condizione di valutare la sussistenza del fatto di reato. Ebbene, l'ipotesi alla quale il legislatore ha posto attenzione con l'intervento abrogatore del d.P.R. 9 novembre 2005 n. 304 è del tutto autonoma rispetto alla fattispecie del concorso del notaio nel reato di lottizzazione abusiva.

In specie, trova nuovamente applicazione la norma dell'art. 361 c.p. in tutti i casi nei quali il pubblico ufficiale ometta o ritardi il rapporto di cui all'art. 331 c. p. p., laddove sino appunto al 25 marzo 2006 la mera effettuazione della trasmissione della copia integrale dell'atto al comune competente teneva anche luogo della denuncia stessa<sup>223</sup>.

<sup>219</sup> Sul punto PALLOTTINO *Il notaio e la lottizzazione abusiva negoziale* op. cit. p.1013; PARENTE *Trasformazione del territorio e tipologie lottizzatorie abusive*, op. cit., p.1151; DI TARANTO *La lottizzazione abusiva in Urbanistica ed Edilizia* Giornata di studio in Bari 30 maggio 2003, op. cit., p.137.

<sup>220</sup> Diffusamente sul punto BOTTARO *L'ipotesi di concorso del notaio nel reato di lottizzazione abusiva alla luce della legge 28 febbraio 1985, n.47*, op. cit. p.129. Nello stesso senso PALLOTTINO *Il notaio e la lottizzazione abusiva negoziale* op. cit. p.1016. Non può ritenersi che la mera allegazione del certificato di destinazione urbanistica permettesse l'attivazione dell'esimente dell'art. 21 in caso di mancata trasmissione della copia autentica dell'atto notarile al Comune, poiché la norma imponeva il rispetto di tutte le prescrizioni: così BOTTARO P. FERRERO D. PODETTI *Prime considerazioni sulla commerciabilità degli immobili dopo la l.28 febbraio 1985 n.47* op. cit. , p.570.

<sup>221</sup> Il testo del D.P.R. è riportato alla nota 140.

<sup>222</sup> LEO, *La sanatoria della nullità degli atti traslativi dei terreni*, cit., p. 152.

<sup>223</sup> E' opportuno ricostruire in brevi tratti la fattispecie. Il reato di omissione di rapporto sanzionato dall'art. 361 c.p. consiste nel fatto del pubblico ufficiale che omette o ritarda di fare il rapporto di cui all'art. 331 c. p. p. . Si tratta di un reato contro l'amministrazione della giustizia dal momento che il pubblico ufficiale con la sua omissione o il suo ritardo ostacola siffatta funzione che richiede appunto proprio la cooperazione di coloro i quali nell'esercizio del loro ministero abbiano contezza della *notitia criminis*. Non è, tuttavia, necessario per la configurazione dell'ipotesi delittuosa in esame la realizzazione concreta di un

Nella peculiare ipotesi in esame vanno insomma ricostruiti gli elementi oggettivo e soggettivo della fattispecie.

Va subito segnalata, al riguardo, l'estrema difficoltà per il pubblico ufficiale di accertare la concreta configurazione della fattispecie della lottizzazione abusiva di tipo giuridico mediante l'impiego dei soli strumenti (tecnici e giuridici) dei quali egli è in possesso. Inoltre, proprio a causa di tali difficoltà, la previsione normativa di specifici adempimenti permetteva contemporaneamente l'esonero dalla responsabilità per il pubblico ufficiale e la realizzazione dell'interesse pubblico del perseguimento in concreto delle fattispecie di reato.

L'obbligo di rapporto sorge, insomma, in concreto solo allorquando il notaio abbia il fondato sospetto della configurabilità della condotta altrui *sub specie* della lottizzazione abusiva giuridica sulla base di una ragionevole attendibilità e soprattutto solo allorquando

---

pregiudizio o di un danno all'amministrazione della giustizia (Cass. Sez. VI del 25 giugno 1999 n. 12936 in Ced Corte Suprema di Cassazione.). Presupposto, insomma, del reato in questione è che il pubblico ufficiale abbia avuto notizia di esso nell'esercizio (o a causa) delle sue funzioni. In questa fase è considerato "reato" [presupposto dell'obbligo di denuncia] solo "un fatto che sia tale da giustificare un sospetto di punibilità" che sia però fondato, per l'evidente ragione che il pubblico ufficiale non può essere in grado di valutare – soprattutto in ipotesi di particolare complessità, come quella in esame della lottizzazione abusiva – "se il fatto sia in concreto punibile" (ANTOLISEI *Manuale di diritto penale parte speciale II* Milano 1995, p. 421). Oggetto della valutazione del pubblico ufficiale è, quindi, che la notizia abbia – in considerazione degli elementi in possesso ed a conoscenza del pubblico ufficiale (Cass. Sez. VI del 18 settembre 1997 n. 68 in Ced Corte Suprema di Cassazione) – ragionevoli caratteri di attendibilità, senza tenere in conto alcuno l'esistenza o meno di eventuali cause di estinzione del reato il cui accertamento compete solo al giudice (Cass. 27 settembre 1990 in *Cass. Pen.* 1993, 557). In particolare, il pubblico ufficiale non può dirsi vincolato all'obbligo di rapporto sino a quando non sia in grado di individuare tutti gli elementi del reato e di acquisire ogni altro elemento utile per la formazione del rapporto stesso (Cass. Sez. I del 19 febbraio 1988 n. 5793 in Ced Corte Suprema di Cassazione). Costituisce elemento oggettivo l'omissione (il non fare) o il ritardo (l'indebita protrazione nel tempo) del rapporto in ordine al reato. Non è previsto, inoltre, un termine entro il quale egli deve provvedere ad ottemperare all'obbligo di rapporto. Il ritardo sorge tuttavia allorquando l'inoltro all'autorità competente della notizia di reato sia tale da incidere negativamente sulla pronta persecuzione del reato. Il ritardo è, quindi, interamente parificato all'omissione solo allorquando nuoce in modo non irrilevante alle esigenze della giustizia. Al pubblico ufficiale non compete, allora, alcun potere dispositivo della notizia né altra facoltà di indagare sulla vicenda (Cass. Sez. VI del 25 giugno 1999 n. 12936 in Ced Corte Suprema di Cassazione, cit.). Destinataria di un siffatto rapporto può essere indifferentemente l'autorità giudiziaria o l'autorità di polizia competente. E' evidente che la fattispecie di natura puramente omissiva non consente inoltre la configurazione del tentativo. Si tratta poi di un reato di pericolo e non di danno (Cass. Sez. VI del 25 giugno 1999 n. 12936 in Ced Corte Suprema di Cassazione, cit.; Cass. Sez. VI del 14 gennaio 1998 n. 3447 in Ced Corte Suprema di Cassazione), di tipo istantaneo che si consuma nel tempo e nel luogo nel quale il rapporto doveva essere effettuato ed è stato omesso o ritardato. Il termine di adempimento dell'obbligo è, infatti, unico e finale e non iniziale, decorso il quale l'agente non è più in grado di tenere utilmente la propria condotta (Cass. Sez. VI del 16 giugno 2000 n.8746 in Ced Corte Suprema di Cassazione). Secondo tale pronuncia in tale fattispecie alla desistenza la legge non riconnette alcuna conseguenza giuridica, "essendosi ormai verificati gli effetti (omissione o ritardo) necessari e sufficienti per la consumazione". Nello stesso senso, Cass. Sez. VI del 25 giugno 1999 n. 12936 in Ced Corte Suprema di Cassazione, cit., Cass. Sez. VI del 27 settembre 1990 n. 3866 in Ced Corte Suprema di Cassazione.).

Di particolare rilievo, in ordine alla ricostruzione della fattispecie, è poi l'elemento soggettivo. Si tratta, infatti, di un reato esclusivamente doloso che richiede, quindi, per la sua realizzazione, in modo specifico, la consapevolezza e la volontà di omettere o ritardare la presentazione del rapporto, accompagnata dalla consapevolezza che si tratta di un reato perseguibile senza querela. La consapevolezza e la volontà dell'omissione o del ritardo nella denuncia devono, in altre parole, seguire la conoscenza da parte del pubblico ufficiale del fatto costituente reato a causa o nell'esercizio delle proprie funzioni (al proposito, Cass. Sez. VI del 5 novembre 1998 n. 1407 in Ced Corte Suprema di Cassazione, secondo la quale è estraneo al dolo omissivo il motivo al pari dell'errore nel quale il pubblico ufficiale possa essere per avventura incorso. Nello stesso senso, Cass. Sez. VI del 23 settembre 1996 n. 9701 in Ced Corte Suprema di Cassazione.).

egli si sia effettivamente reso conto di ciò ed abbia volontariamente omesso o ritardato il rapporto.

Non basta, quindi, che il fatto che avrebbe dovuto formare oggetto del rapporto sia stato *ex post* sanzionato come lottizzazione abusiva, ad integrare la fattispecie dell'omissione o del ritardo di rapporto, ma è necessario che il pubblico ufficiale sia stato perfettamente consapevole di una tale configurazione *ex ante* e abbia volontariamente tenuto una tale condotta omissiva o dilatoria.

E' evidente che, in via prudenziale, proprio in considerazione del mutamento di ottica, anche la mera trasmissione della comunicazione dei dati essenziali della transazione (non più all'epoca necessaria) consentirà, comunque, all'autorità di polizia destinataria di avere contezza della condotta posta in essere dalle parti e di valutarne la conformità alle regole o la sua sottoponibilità a sanzione, ponendo a riparo il pubblico ufficiale da rischi in ordine alla configurazione della fattispecie penale in esame.

Si tratta appunto di una mera condotta prudenziale.

Il pubblico ufficiale, che non abbia trasmesso siffatta comunicazione, risponde infatti della fattispecie di cui all'art. 361 c.p., sempre e solo laddove abbia volontariamente e coscientemente omesso o ritardato il rapporto nonostante il fondato sospetto della configurabilità della condotta altrui *sub specie* della lottizzazione abusiva giuridica sulla base di una ragionevole attendibilità e dei dati in suo possesso e nonostante si sia effettivamente reso conto di ciò ed abbia volontariamente omesso o ritardato il rapporto.

La novella del d.P.R. 9 novembre 2005 n. 304 ha conservato l'art. 47 comma 2° 1° inciso, nella parte in cui recita che i notai e gli altri pubblici ufficiali che ricevono o autenticano atti, dispone che "ottemperando a quanto previsto nell'art. 30 della medesima legge sono esonerati da "responsabilità".

E' stato già attribuito risalto alla soppressione della parola "ogni" prima della parola "responsabilità". Una tale impostazione può, invero, essere confermata anche dopo l'abrogazione del secondo inciso del secondo comma dell'art. 47 del Testo Unico, nella parte in cui appunto recita che "l'osservanza della formalità prevista dal comma 6 dello stesso articolo 30 tiene anche luogo della denuncia di cui all'articolo 331 del codice di procedura penale".

Ebbene, se in precedenza la mera osservanza del meccanismo delle comunicazioni all'autorità comunale teneva luogo della denuncia da parte del pubblico ufficiale rogante o autenticante, ferma comunque restando la eventuale responsabilità per concorso nel reato di lottizzazione in ipotesi di dolosa partecipazione alla volontà dei concorrenti, il risultato della riforma è piuttosto l'astratta possibilità di configurazione a carico del Notaio della fattispecie penale dell'omissione o del ritardo della denuncia di cui all'art. 361 c.p., ove appunto ne sussistano i concreti presupposti prima rappresentati.

Da un regime fondato sull'obbligo di trasmissione della copia dell'atto si giunge - con l'introduzione di appositi archivi informatici - alla configurazione di un sistema che permette direttamente all'Autorità di Polizia (e non più comunale) di accettare l'avvenuta violazione ove penalmente rilevante, anche mediante apposita richiesta documentale al pubblico ufficiale che ha formato l'atto. In tal senso, viene meno l'assunto che il rispetto delle formalità di trasmissione e comunicazione tiene luogo dell'obbligo di denuncia. In conclusione, l'obbligo di comunicazione e di denuncia residua in capo al pubblico

ufficiale rogante o autenticante in tutte le fattispecie che integrino ragionevolmente l'ipotesi punita dal legislatore<sup>224</sup>.

L'art. 12, comma 5° della Legge n. 246 del 28 novembre 2005 ed il d.P.R. 9 novembre 2005 n. 304, rivoluzionano, dunque, in gran parte alcuni dei momenti essenziali della tecnica giuridica della circolazione dei terreni da un lato introducendo un ampio meccanismo di sanatoria degli atti difettosi e dall'altro semplificando radicalmente gli obblighi di trasmissione posti a carico del notaio.

Se la vasta ammissibilità di una conferma è diretta essenzialmente a mantenere fermo il negozio viziato conservandone l'efficacia nel tempo, la soppressione degli obblighi di trasmissione e comunicazione solleva solo apparentemente il notaio dagli incombenenti che su di lui gravano, rendendo forse più incerto l'operare dei rischi professionali.

Dalla soppressione dell'inciso dell'art. 47 comma secondo del Testo Unico che recita che "l'osservanza della formalità prevista dal comma 6 dello stesso articolo 30 tiene anche luogo della denuncia di cui all'articolo 331 del codice di procedura penale" discende che competerà al notaio selezionare le ipotesi nelle quali il reato di lottizzazione si è consumato (per le quali avanzare rituale denuncia) da quelle nelle quali non vi è alcuna rilevanza penale.

L'importanza del ruolo svolto dal Notaio nella circolazione dei terreni e delle aree libere, pur nella difficile opera di lettura del dato concreto dal quale ravvisare l'esistenza o meno della fattispecie della lottizzazione abusiva di tipo giuridico, è oggi, enfatizzata a seguito della novella proprio per effetto della nuova specifica responsabilità penale in caso di inosservanza dell'obbligo di denuncia all'autorità di polizia o alla magistratura competente. Il rafforzamento delle responsabilità del Notaio - in ipotesi nelle quali è patente la configurazione della fattispecie vietata dall'art. 30 del Testo Unico - è, dunque, espressione del rafforzamento degli aspetti pubblicistici della funzione e dell'importanza del *munus* notarile nella tutela degli interessi forti che l'ordinamento giuridico vuole salvaguardare.

Un aumento, insomma, della responsabilità (professionale e penale) del notaio al quale fa da contraltare la sola semplificazione degli adempimenti "burocratici", ma non la semplificazione e la delimitazione concreta della fattispecie criminosa della lottizzazione abusiva giuridica che era e permane amplissima nella sua definizione materiale e oggettiva.

## 5.1. Conclusioni.

Nella materia della responsabilità professionale, si assiste ad una significativa dilatazione degli ambiti di risarcibilità, anche dal punto di vista dell'applicazione delle regole in tema di prescrizione.

E' stato infatti osservato<sup>225</sup> che in linea con gli insegnamenti dell'analisi economica del diritto, l'agente professionale "è ritenuto la «tasca più profonda», il

<sup>224</sup> Diffusamente sul punto al mio contributo *Gli obblighi di trasmissione e comunicazione e la circolazione giuridica dei terreni*, cit., approvato dalla Commissione Studi Civiltistici del Consiglio Nazionale del Notariato il 9 giugno 2006 al n. 192-2006/C. in [www.notariato.it](http://www.notariato.it).

<sup>225</sup> FUSARO *Le - tre o troppe? - responsabilità del notaio* cit. p.1313 e ss. svolge considerazioni di estremo interesse che appare opportuno riportare. Osserva che "perché il sistema della responsabilità civile possa funzionare in modo efficiente occorre dunque chiedersi se il notaio presenti le suesposte caratteristiche di «tasca più profonda» — e di soggetto più facilmente assicurabile —, poi se sia conveniente l'inasprimento della sua responsabilità. Sotto il primo profilo la risposta è tendenzialmente affermativa, con l'avvertenza di non dimenticare che l'operare di un tale meccanismo comporta in genere il riversamento dei premi nelle



soggetto che più facilmente può assorbire quelle diseconomie, e cioè, in definitiva, il soggetto che può assicurarsi.”.

Il ruolo che il notaio svolge sempre di più oggi è invero quello di un coordinamento dei dati acquisiti direttamente da altri professionisti e che egli deve in modo completo e corretto – una volta richieste le opportune e necessarie integrazioni professionali – trasmettere alle parti.

L’informazione della esatta conformazione della fattispecie e degli interessi in gioco, appare essere sempre di più il momento centrale dell’esercizio del ministero notarile, partendo proprio dall’indagine della volontà dei soggetti della vicenda contrattuale, come ribadito in una recente pronuncia della Suprema Corte<sup>226</sup>. Una tale ricostruzione può consentire di escludere che il notaio nel contempo divenga, come è stato enfaticamente definito<sup>227</sup>, un assicuratore globale della vicenda.

A fronte di una siffatta ambizione, l’ordinamento giuridico appare purtroppo ancor oggi poco efficiente, in quanto a fronte di un incremento delle ipotesi di responsabilità non assicura gli strumenti per escluderla o limitarla.

L’edilizia e l’urbanistica costituiscono senz’altro la cartina di tornasole di una tale più ampia questione e di un tale conflitto tra ruolo di garanzia e complessità e inefficienza del sistema.

---

parcelle ed il conseguente innalzamento delle stesse, effetto certamente ammissibile purché si abbia l’avvertenza di coordinare l’onorario notarile con quello degli altri professionisti chiamati a prestare la loro opera — ad esempio — nell’acquisto immobiliare (l’agenzia, il consulente urbanistico-edilizio, ecc.). Per allocare il rischio in maniera adeguata, da un lato, occorre verificare e valutare quali costi accessori il mercato può sopportare; dall’altro, è necessario non ritenere assicuratore il soggetto percettore dei minori compensi come risulta essere il notaio rispetto, ad esempio, al mediatore immobiliare: in concreto, infatti, quest’ultimo riscuote una parcella di gran lunga superiore al primo, benché la regola operativa — al di là di ogni logica economica — lo voglia totale assicuratore dell’affare e renda invece l’altro pressoché esente da ogni dovere di garanzia. In altre parole, sarebbe necessario distribuire il rischio in proporzione al margine di profitto e, prima ancora, suddividere i compiti spettanti ai vari professionisti coinvolti nell’affare e le relative responsabilità: il dovere del notaio di garantire la regolarità delle provenienze in capo al venditore e la libertà del bene da vincoli, per un verso, e l’obbligo del mediatore di espletare l’indagine edilizio-urbanistica, per l’altro. Residuano invero zone grigie, quali l’attività di verifica della effettiva regolarità urbanistica, igienica ed edilizia degli immobili, che pretendere dal notaio sarebbe troppo — sempre a fronte del medesimo compenso — nonostante l’ordinamento gli faccia carico di oneri formali che presuppongono almeno il riscontro della plausibilità dei dati dichiarati, oneri il cui assolvimento potrebbe destare l’affidamento circa l’effettuazione di indagini in merito, il più delle volte, ad onor del vero, effettivamente svolte per encomiabile zelo professionale.”.

<sup>226</sup> Cass. Sez. III civile del 13 giugno 2017 n.14618 in [www.notariato.it](http://www.notariato.it)

<sup>227</sup> FUSARO *Le – tre o troppe? – responsabilità del notaio* cit. p.1313 e ss. il quale segnala - con singolare anticipazione rispetto al portato della legge n.124 del 4 agosto 2016 in tema di deposito del prezzo presso il notaio, sia pure facoltativamente - che oggi “in definitiva, risulta velleitaria la tendenza a trasformare il notaio in assicuratore totale del buon fine dell’operazione, perché ad oggi non ne sussistono i presupposti economici. Eppure è questo l’atteggiamento che trapela dalla giurisprudenza la quale, in assenza della soluzione francese che vede il notaio custode del prezzo sino all’accertamento del buon fine della pubblicità immobiliare, trasferisce il rischio conseguente per intero sul notaio. Lo si constata scorrendo le decisioni in cui i giudici considerano legittimo pretendere dal notaio, pena la sua responsabilità civile, l’aggiornamento delle ispezioni ipotecarie al giorno stesso del perfezionamento della compravendita, o l’adempimento delle formalità pubblicitarie all’indomani del rogito, senza curarsi delle disfunzioni degli uffici pubblici, né della normale organizzazione di uno studio notarile, che solo a costi di gran lunga superiori (e quindi con onorari maggiorati) potrebbe essere in grado di assolvere quei compiti con la rapidità richiesta dalle Corti. Non appare legittimo, d’altra parte, domandare al notaio l’espletamento di «ogni» indagine relativa alla effettiva regolarità — per così dire pubblicistica — del bene, in quanto si tratta di attività che esula dalle sue specifiche mansioni istituzionali, né è remunerabile non residuando margini economici, attesa la rilevante incidenza della provvigione d’intermediazione (che pur questi servizi non ha prestato).”. Una siffatta prospettiva appare allora attuabile, accentuando il ruolo del notaio nella contrattazione immobiliare.

Non si tratta, tuttavia, di spostare competenze professionali a carico di altre figure, magari più remunerate, come pure è stato suggerito, ma semplicemente di ribadire il ruolo centrale del notaio nella filiera contrattuale, quale collettore e dispensatore della corretta informazione alle parti, anche e soprattutto nelle materie dell’urbanistica e dell’edilizia, senza nel contempo assumere né ruoli che a lui non competono, né le conseguenti responsabilità.

Giuseppe Trapani

# LA RIFORMA DEL TERZO SETTORE

Monica De Paoli, notaio

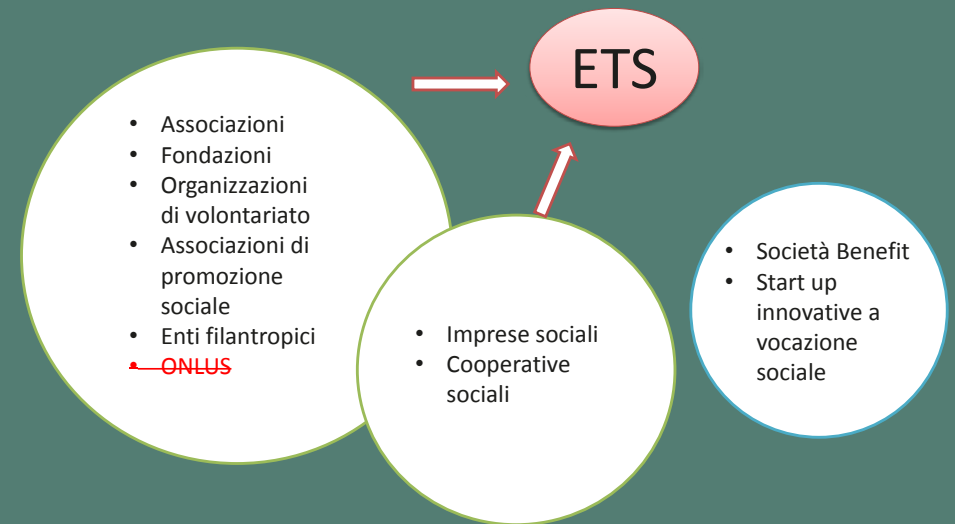
17 novembre 2017

milano notai

profit **non profit** smart profit

verso un sistema a tre categorie

profit, non profit, smart profit



Registro  
unico

**Personalità  
giuridica**

Registro  
Imprese

Innovazioni ma qualche area grigia

## Registro unico e Registro Imprese

Gli ETS non commerciali



## Il riconoscimento della personalità giuridica

### ETS

Codice Terzo settore  
Controllo di legalità  
affidato ai notai  
+  
iscrizione nel Registro  
unico degli ETS  
  
FACOLTATIVO

### NON ETS

Codice Civile  
DPR 361/2001  
controllo di natura  
concessoria e  
discrezionale  
+  
Iscrizione registri  
Prefetture o Regioni

## Patrimoni destinati (art.10)

1. Gli enti del Terzo settore dotati di personalità giuridica ed iscritti nel **registro delle imprese** possono costituire uno o più patrimoni destinati ad uno specifico affare ai sensi e per gli effetti degli articoli 2447-bis e seguenti del codice civile.

sostituzione con Registro unico

## Il riconoscimento della personalità giuridica (art. 22)

- ✓ Patrimonio minimo :  
15.000 euro per le associazioni  
30.000 euro per le fondazioni
- ✓ Possono essere conferiti anche beni in natura
- ✓ Il Codice non indica le modalità di versamento del patrimonio
- ✓ Previsto un meccanismo analogo a quello delle società di capitali per la ricostituzione del patrimonio andato perduto per oltre un terzo (rif. 2447 c.c.)
- ✓ Le modificazioni statutarie devono essere deliberate con atto pubblico e sono soggette a iscrizione nel Registro unico, con efficacia (indistintamente) dichiarativa.

## Il Registro unico (art. 45)

Il Registro unico sostituisce tutti i registri esistenti e viene gestito da un unico soggetto, il Ministero del Lavoro e delle politiche sociali.

Il Registro è diviso in sezioni:

- a) Organizzazioni di volontariato
- b) Associazioni di promozione sociale
- c) Enti filantropici
- d) Imprese sociali, incluse le cooperative sociali
- e) Reti associative
- f) Società di mutuo soccorso
- g) «Altri enti» del Terzo settore



Area di incertezza

## L'iscrizione nel Registro unico (art. 47)

- ✓ Coordinamento con art.22: si applica agli enti non riconosciuti?
- ✓ Nell'ultimo comma rinvio a modelli standard tipizzati di atto costitutivo e statuto di ETS predisposti da reti associative ed approvati con decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali.

## Entrata in vigore del Registro unico (art. 53)

1. entro 180 giorni dall'entrata in vigore del d.lgs. 117/2017 ciascuna Regione e Provincia autonoma, individua la struttura competente per gestire il registro
2. entro un anno dall'entrata in vigore del d.lgs 117/2017 il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, previa intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni, definisce, con proprio decreto:
  - la procedura per l'iscrizione nel RU;
  - Modalità tras migrazione di APS e ODV nel RU
3. Entro i successivi 180 giorni dal decreto ministeriale di cui al precedente punto, le Regioni e le Province autonome disciplinano i procedimenti per l'emanazione dei provvedimenti di iscrizione e di cancellazione degli ETS;
4. Entro sei mesi dalla predisposizione della struttura informatica, le Regioni e le province autonome rendono operativo il Registro.


**Registro unico**

che fare in attesa del nuovo strumento

## Abrogazioni

Sono abrogate le leggi quadro sulle Organizzazioni di volontariato (legge 11 agosto 1991, n. 291) e sulle Associazioni di promozione sociale (legge 7 dicembre 2000, n. 383)

La normativa Onlus ( D. Lgs. 460/1997) è abrogata a decorrere dal periodo di imposta successivo all'autorizzazione della Commissione europea.



La perdita della qualifica di ONLUS, a seguito dell'iscrizione nel Registro unico, anche in qualità di impresa sociale, non integra un'ipotesi di scioglimento dell'ente ai fini devolutivi (art.101, co. 8)

## Regime transitorio (art. 101)

- ✓ Continuano ad applicarsi le norme previgenti ai fini e per gli effetti derivanti dall'iscrizione degli enti nei Registri Onlus, Organizzazioni di Volontariato, Associazioni di promozione sociale e Imprese sociali che si adeguano alle disposizioni del presente decreto entro 18 mesi
- ✓ Il requisito dell'iscrizione al Registro unico, nelle more dell'istituzione del Registro, si intende soddisfatto da parte delle reti associative e degli Enti del Terzo settore attraverso la loro iscrizione ad uno dei registri attualmente previsti dalle normative di settore

## Modifiche statutarie

Entro diciotto mesi, Onlus, Organizzazioni di Volontariato, Associazioni di promozione sociale e Imprese sociali possono modificare i propri statuti con le modalità e le maggioranze previste per le deliberazioni dell'assemblea ordinaria.



- ✓ Si possono già modificare gli statuti?
- ✓ E' possibile costituire un ETS?
- ✓ Chi valuta la sussistenza dei requisiti di iscrizione al Registro unico?

**Operazioni straordinarie**

**Una buona norma con molto da definire**



## Le operazioni straordinarie

Art. 3 Legge delega: Revisione del titolo II del libro primo del codice civile.

1. Il decreto legislativo di cui all'articolo 1, comma 2, lettera a), è adottato nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi:

(...)

e) disciplinare il procedimento per ottenere la trasformazione diretta e la fusione tra associazioni e fondazioni, nel rispetto del principio generale della trasformabilità tra enti collettivi diversi introdotto dalla riforma del diritto societario di cui al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6.

## Trasformazione, fusione e scissione (art. 42-bis c.c.)

Se non è espressamente escluso dall'atto costitutivo o dallo statuto, le associazioni riconosciute e non riconosciute e le fondazioni possono operare reciproche trasformazioni, fusioni o scissioni.

La trasformazione produce gli effetti di cui all'articolo 2498. L'organo di amministrazione deve predisporre una relazione relativa alla situazione patrimoniale dell'ente in via di trasformazione contenente l'elenco dei creditori, aggiornata a non più di centoventi giorni precedenti la delibera di trasformazione, nonché la relazione di cui all'articolo 2500-sexies, secondo comma. Si applicano inoltre gli articoli 2499, 2500, 2500-bis, 2500-ter, secondo comma, 2500-quinquies e 2500-nonies, in quanto compatibili.

Alle fusioni e alle scissioni si applicano, rispettivamente, le disposizioni di cui alle sezioni II e III del capo X, titolo V, libro V, in quanto compatibili.

Gli atti relativi alle trasformazioni, alle fusioni e alle scissioni per i quali il libro V prevede l'iscrizione nel Registro delle imprese sono iscritti nel Registro delle Persone Giuridiche ovvero, nel caso di Enti del Terzo settore, nel Registro unico nazionale del Terzo settore.

## Art. 42-bis c.c. trasformazione, fusione e scissione

- E' una norma derogabile dallo statuto
- In attesa dell'istituzione del R.U. gli obblighi pubblicitari sono assolti tramite il Registro persone giuridiche (non accessibile come il R.I.)
- Per le associazioni non riconosciute che non saranno anche ETS come si assolvono gli obblighi pubblicitari?
- Il rinvio generico alle norme del libro V e i primi dubbi applicativi

## Strumenti finanziari

Titoli di solidarietà e social lending, una buona volta

## Titoli di solidarietà (art. 77)

- ✓ Gli istituti di credito autorizzati ad operare in Italia possono emettere specifici “**titoli di solidarietà**” su cui gli emittenti non applicano le commissioni di collocamento al fine di favorire il finanziamento ed il sostegno delle attività svolte da ETS non commerciali
- ✓ I titoli sono obbligazioni ed altri titoli di debito, non subordinati, non convertibili e non scambiabili, e non conferiscono il diritto di sottoscrivere o acquisire altri tipi di strumenti finanziari e non sono collegati ad uno strumento derivato, nonché certificati di deposito consistenti in titoli individuali non negoziati nel mercato monetario

## Titoli di solidarietà

- ✓ Gli emittenti possono erogare, a titolo di liberalità, una somma non inferiore allo 0,60% commisurata all'ammontare nominale collocato dei titoli, ad uno o più ETS per il sostegno di attività di interesse generale, ritenute meritevoli dagli emittenti sulla base di un progetto predisposto dagli enti richiedenti dagli enti destinatari della liberalità
- ✓ Gli emittenti, tenuto conto delle richieste di finanziamento pervenute dagli ETS e compatibilmente con le esigenze di rispetto delle regole di sana e prudente gestione bancaria, devono destinare una somma pari all'intera raccolta effettuata attraverso l'emissione dei titoli, al netto dell'eventuale erogazione liberale, ad impieghi a favore degli ETS per il finanziamento di iniziative di interesse generale

## Social lending (Art. 78)

- ✓ Il legislatore utilizza l'espressione straniera che descrive il fenomeno di «prestito tra privati» che avviene senza l'intermediazione degli emittenti.
- ✓ I gestori dei portali *on line* che svolgono attività di *social lending*, **finalizzato al finanziamento e al sostegno delle attività di interesse generale** operano, sugli importi percepiti a titolo di remunerazione dai soggetti che prestano fondi attraverso tali portali, una ritenuta alla fonte a titolo di imposta.
- ✓ Le modalità attuative saranno definite con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze

Monica De Paoli

studio@milanonotai.it  
Milano - via Manzoni, 14  
www.milanonotai.it



Consiglio Notarile di Bergamo

## LA RIFORMA DEL TERZO SETTORE: ASPETTI TRIBUTARI

dott. Lauro Montanelli

STUDIO MONTANELLI

Bergamo, lì 17 novembre 2017

2

### L'attuazione della Riforma del Terzo Settore

- Legge delega n. 106/2016;
- Pubblicazione in Gazzetta Ufficiale dei decreti legislativi riguardanti:
  - a) la disciplina dell'istituto del cinque per mille (D.Lgs. 3 luglio 2017, n. 111);
  - b) la revisione in materia di impresa sociale (D.Lgs. 3 luglio 2017, n. 112);
  - c) il Codice del terzo settore (D.Lgs. 3 luglio 2017, n. 117).

I decreti legislativi approvati in attuazione della legge delega rappresentano un rilevante sforzo sistematico operato dal legislatore ed agiscono trasversalmente sia in ambito civilistico sia in quello fiscale.

L'attuazione completa della riforma è però affidata ad altri passaggi di non secondaria importanza: **servono circa 40 atti**, fra provvedimenti ministeriali e autorizzazioni dell'Unione Europea, **per tradurre in pratica le nuove disposizioni**.

STUDIO MONTANELLI

3

Gli ETS

In base all'art. 4 del Codice del Terzo Settore (CTS) sono Enti del Terzo Settore (ETS):

- le organizzazioni di volontariato;
- le associazioni di promozione sociale;
- gli enti filantropici;
- le imprese sociali, incluse le cooperative sociali;
- le reti associative;
- le società di mutuo soccorso;
- le associazioni, riconosciute e non;
- le fondazioni;
- gli altri enti di carattere privato diversi dalle società;

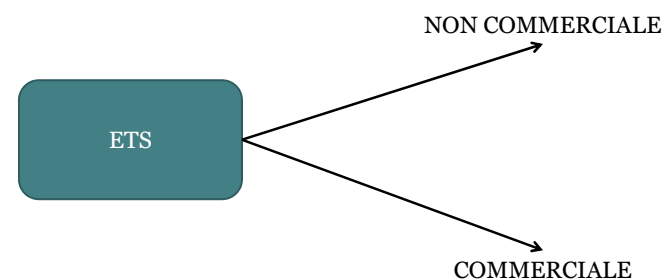
che perseguono, **senza scopo di lucro**, finalità **civiche, solidaristiche e di utilità sociale** mediante lo svolgimento di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed **iscritti nel registro unico nazionale del terzo settore** (Runts).

STUDIO MONTANELLI

4

Commercialità  
o non  
commercialità

Art. 79 CTS (Disposizioni in materia di imposte sui redditi)



COME FACCIAMO A CAPIRE QUESTO???

STUDIO MONTANELLI

Commercialità  
o non  
commercialità

In base all'art. 79 CTS si considerano **non commerciali** gli ETS (escluse le imprese sociali) che svolgono **in via esclusiva o prevalente** le attività di cui all'articolo 5 del CTS in conformità ai criteri indicati ai commi 2 e 3 dell'art. 79.

**Comma 2:**

Le attività di interesse generale di cui all'art. 5 del CTS, tenendo conto anche degli apporti economici delle pubbliche amministrazioni, qualora svolte a titolo gratuito o quando i corrispettivi non superano i **costi effettivi**.

NON SI  
CONSIDERANO  
COMMERCIALI

**Comma 3:**

Le attività di ricerca scientifica di particolare interesse sociale svolte direttamente dagli ETS, purché tutti gli utili siano reinvestiti nella ricerca e nella pubblica diffusione dei loro dati, o affidate ad università e altri organismi di ricerca.

STUDIO MONTANELLI

Commercialità  
o non  
commercialità

In base al comma 4 dell'art. 79 **non concorrono alla formazione del reddito** degli ETS di cui al comma 5:

- I fondi pervenuti a seguito di raccolte pubbliche effettuate occasionalmente anche mediante offerte di beni di modico valore o di servizi ai sovventori, in concomitanza di celebrazioni, ricorrenze o campagne di sensibilizzazione;
- I contributi e gli apporti erogati da parte delle amministrazioni pubbliche, di cui all'art. 1, comma 2, D.Lgs. n. 165/2001, per lo svolgimento di cui ai commi 2 e 3.

STUDIO MONTANELLI

Commercialità  
o non  
commercialità

Il comma 5 afferma che gli ETS assumo fiscalmente la **qualifica di enti commerciali** qualora i **proventi** delle attività di cui all'art. 5 del CTS, svolte in forma d'impresa e non in conformità ai criteri indicati nei commi 2 e 3, e delle attività secondarie come definite dall'art. 6 del CTS (*attività diverse*), **fatta eccezione per le attività di sponsorizzazione svolte nel rispetto dei criteri stabiliti da un futuro decreto ministeriale, superano le entrate delle attività non commerciali.**

**Le entrate delle attività non commerciali sono:**

- I contributi;
- Le sovvenzioni;
- Le liberalità;
- Le quote associative dell'ente;
- Ogni altra attività assimilabile alle precedenti ivi compresi i proventi e le entrate considerate non commerciali ai sensi dei commi 2, 3 e 4, lett. b), tenuto conto altresì del valore normale delle cessioni o prestazioni afferenti le attività **svolte con modalità non commerciali.**

STUDIO MONTANELLI

Commercialità  
o non  
commercialità**Modalità non commerciale?**

Ai fini della determinazione dello svolgimento con modalità commerciali della propria attività bisogna fare riferimento alla normativa Ici e Imu.

**In particolare, è necessario fare riferimento al DM n. 200/2012:**

In particolare l'art. 3 prevede che le attività istituzionali sono svolte con modalità non commerciali quando l'atto costitutivo o lo statuto dell'ente non commerciale prevedono:

- il divieto di distribuire utili o avanzi di gestione a soci, amministratori, ecc.;
- l'obbligo di reinvestire gli eventuali utili o avanzi di gestione per il perseguimento dello scopo istituzionale;
- l'obbligo di devolvere il patrimonio dell'ente, in caso di suo scioglimento, in favore di altro ente che svolga un'analoga attività istituzionale.

L'art. 4 prevede altresì ulteriori requisiti di "settore", "fatti salvi i requisiti enunciati all'articolo 3...", in particolare:

- lo svolgimento di **attività assistenziali e attività sanitarie** si ritiene effettuato con modalità non commerciali quando le stesse:
  - sono accreditate e contrattualizzate o convenzionate con lo Stato, le Regioni e gli enti locali e sono svolte, in ciascun ambito territoriale e secondo la normativa ivi vigente, in maniera complementare o integrativa rispetto al servizio pubblico, e prestano a favore dell'utenza, alle condizioni previste dal diritto dell'Unione europea e nazionale, servizi sanitari e assistenziali gratuiti, salvo eventuali importi di partecipazione alla spesa previsti dall'ordinamento per la copertura del servizio universale;
  - se non accreditate e contrattualizzate o convenzionate con lo Stato, le Regioni e gli enti locali, sono svolte a titolo gratuito ovvero dietro versamento di corrispettivi di importo simbolico e, comunque, non superiore alla metà dei corrispettivi medi previsti per analoghe attività svolte con modalità concorrenziali nello stesso ambito territoriale, tenuto anche conto dell'assenza di relazione con il costo effettivo del servizio.
- lo svolgimento di **attività didattiche** si ritiene effettuato con modalità non commerciali se:
  - l'attività è paritaria rispetto a quella statale e la scuola adotta un regolamento che garantisce la non discriminazione in fase di accettazione degli alunni;
  - sono comunque osservati gli obblighi di accoglienza di alunni portatori di handicap, di applicazione della contrattazione collettiva al personale docente e non docente, di adeguatezza delle strutture agli standard previsti, di pubblicità del bilancio;
  - l'attività è svolta a titolo gratuito, ovvero dietro versamento di corrispettivi di importo simbolico e tali da coprire solamente una frazione del costo effettivo del servizio, tenuto anche conto dell'assenza di relazione con lo stesso.

STUDIO MONTANELLI

Commercialità  
o non  
commercialità

Ai sensi del comma 6 si considera, inoltre, **non commerciale** l'attività svolta dalle associazioni del Terzo settore nei confronti dei propri associati, familiari e conviventi degli stessi in conformità alle finalità istituzionali dell'ente.

Non concorrono alla formazione del reddito delle associazioni del Terzo settore le somme versate dagli associati a titolo di quote o contributi associativi.

STUDIO MONTANELLI

Regimi  
fiscali

Regime forfettario per  
tutti gli ETS (articolo  
80 CTS)

Regime forfettario  
specifico per APS e  
ODV (articolo 86 CTS)

STUDIO MONTANELLI

Regimi  
fiscali

Art. 80: gli ETS non commerciali potranno optare per la determinazione forfettaria del reddito d'impresa applicando all'ammontare dei ricavi conseguiti nell'esercizio delle attività di cui agli artt. 5 e 6, svolte con modalità commerciali, uno specifico coefficiente di reddito all'ammontare dei ricavi conseguiti nell'anno.

#### Coefficienti per prestazioni di servizi

Ricavi fino a €  
130.000,00  
•Coefficiente 7%

Ricavi da € 130.001,00  
a € 300.000,00  
•Coefficiente del 10%

Ricavi da € 300.001,00  
•Coefficiente del 17%

#### Coefficienti altre attività

Ricavi fino a €  
130.000,00  
•Coefficiente 5%

Ricavi da € 130.001,00  
a € 300.000,00  
•Coefficiente 7%

Ricavi da € 300.001,00  
•Coefficiente 14%

STUDIO MONTANELLI

Regimi  
fiscali

- L'opzione per la determinazione forfettaria del reddito è esercitata nella dichiarazione annuale dei redditi (o in caso di inizio attività con la relativa comunicazione) ed ha effetto dall'inizio del periodo d'imposta nel corso del quale è esercitata fino a revoca o, comunque, per un triennio;
- I componenti positivi o negativi di reddito riferiti ad anni precedenti a quello in cui ha effetto il regime forfettario, la cui tassazione o deduzione è stata rinviata in conformità alle disposizioni di legge, partecipano per le quote residue alla formazione del reddito dell'esercizio precedente a quello di efficacia del regime;
- Le perdite fiscali pregresse sono scomputabili dal reddito determinato forfettariamente, secondo le regole del TUIR;
- Viene esclusa l'applicabilità degli studi di settore, dei parametri e degli indici sistematici di affidabilità.

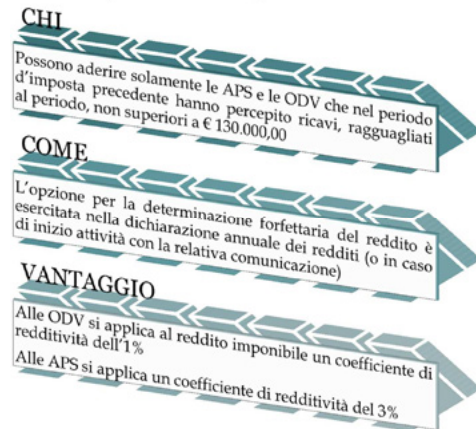
STUDIO MONTANELLI



13

Regimi  
fiscali

L'art. 86 del CTS riguarda il regime forfettario per le attività commerciali di APS e ODV:



STUDIO MONTANELLI

14

Regimi  
fiscali

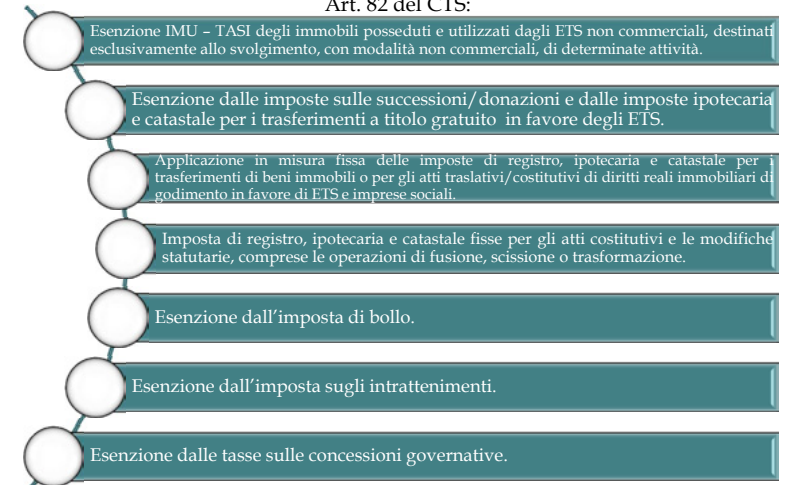
- Valgono le regole previste dai commi 5, 6 e 7 dell'art. 80 riguardanti: - le deducibilità/tassazione dei componenti negativi/positivi riferiti ad anni precedenti l'opzione; la scomputabilità delle perdite fiscali pregresse; - l'esclusione dagli SDS, parametri e ISA.
- L'applicazione del regime forfettario comporta l'**esonero dagli obblighi di registrazione e tenuta delle scritture contabili**;
- Non vi è l'obbligo di operare ritenute alla fonte; salvo dover poi indicare in dichiarazione annuale il percettore;
- **Non si applica la rivalsa IVA e non si detrae l'IVA sugli acquisti**; vi è, inoltre, l'esonero da tutti gli altri obblighi previsti dal Testo unico IVA;
- Possibile optare per l'applicazione ordinaria dell'IVA e per l'applicazione delle imposte sul reddito in maniera ordinaria o sulla base del regime forfettario ex art. 80 CTS.

STUDIO MONTANELLI

15

Imposte  
indirette

Art. 82 del CTS:



STUDIO MONTANELLI

16

Imposte  
indirette

Il comma 1 dell'art. 82 recita: «Le disposizioni del presente articolo si applicano agli **enti del Terzo settore** comprese le cooperative sociali ed escluse le imprese sociali costituite in forma di società, salvo quanto previsto ai commi 4 e 6»

STUDIO MONTANELLI

Imposte  
indirette

Il comma 2 introduce un'esenzione dalle imposte sulle successioni e donazioni e dalle imposte ipotecaria e catastale in favore degli Ets (di cui al comma 1) per i trasferimenti a titolo gratuito, poi, utilizzati dagli stessi enti per il perseguimento delle proprie attività statutarie.

Il comma 4, reintroducendo il beneficio che, per le Onlus, era stato abrogato con il D.Lgs. n. 23/2011, prevede che ai trasferimenti di beni immobili o agli atti traslativi/costitutivi di diritti reali immobiliari di godimento, a titolo oneroso, a favore degli Ets e delle imprese sociali a prescindere dalla loro veste si applicheranno le imposte di registro, ipotecaria e catastale in misura fissa; a condizione che l'ente utilizzi tali beni, entro cinque anni dal trasferimento, a diretta attuazione dei propri scopi istituzionali o dell'oggetto sociale.



L'ente in questo caso dovrà rendere apposita dichiarazione in tal senso.

In caso di dichiarazione mendace o di mancata effettiva utilizzazione dei beni a diretta attuazione degli scopi istituzionali sarà dovuta l'imposta nella misura ordinaria oltre ad una sanzione pari al 30% dell'imposta dovuta.

STUDIO MONTANELLI

Imposte  
indirette

Il comma 3 dell'art. 82 dispone: «Agli atti costitutivi e alle modifiche statutarie, comprese le operazioni di fusione, scissione o trasformazione poste in essere da enti del Terzo settore di cui al comma 1, le imposte di registro, ipotecaria e catastale si applicano in misura fissa. Le modifiche statutarie di cui al periodo precedente sono esenti dall'imposta di registro se hanno lo scopo di adeguare gli atti a modifiche o integrazioni normative».

STUDIO MONTANELLI

Imposte  
indirette

Il comma 5 esenterà dall'imposta di bollo gli atti, i documenti, le istanze, i contratti, nonché le copie anche se dichiarate conformi, gli estratti, le certificazioni, le dichiarazioni, le attestazioni, e ogni altro documento cartaceo o informatico in qualunque modo denominato posti in essere o richiesti dagli Ets come definiti al comma 1 dell'art. 82.

Tra i documenti esentati dall'imposta dovrebbero ricomprendersi anche le fatture, anche se non esplicitamente citate. Risulta quanto mai necessaria su tale tema un'interpretazione da parte dell'Agenzia delle entrate, dato che la stessa, con riferimento all'esenzione dall'imposta di bollo a favore delle Onlus, con la circolare n. 168 del 1998, affermava che l'elencazione degli atti esenti deve ritenersi tassativa e quindi *“gli atti non espressamente elencati, ma ricompresi nella tariffa del bollo approvata dal Dm 20 agosto 1992 e successive modificazioni non possono godere del beneficio in parola”*.

Il comma 10 sancisce, invece, l'esenzione dalle tasse sulle concessioni governative.

STUDIO MONTANELLI

Gli obblighi  
di contabilità

- L'art. 87 prevede che tutti gli ETS non commerciali sono chiamati a redigere scritture contabili cronologiche e sistematiche atte a rappresentare con completezza e analiticità le operazioni poste in essere in ogni periodo di gestione e a rappresentare in apposito documento la situazione patrimoniale, economica e finanziaria, distinguendo le attività istituzionali da quelle secondarie;
- Obbligo generale anche con riferimento all'attività istituzionale:
- Obbligo per le attività commerciali di tenere le scritture contabili previste dall'art. 18 del D.P.R. n. 600/1973;
- Agevolazioni per i soggetti minori (proventi per anno non superiori a € 50.000,00);
- Obbligo contabilità separata per attività commerciali;
- In caso di raccolta pubblica di fondi è necessaria la redazione di uno specifico rendiconto.

STUDIO MONTANELLI

## Art. 83 CTS:

Persone fisiche	• <b>Detrazione</b> dall'Irpef di un importo pari al 30% degli oneri sostenuti dal contribuente per erogazioni liberali in favore di ETS non commerciali, per un importo complessivo, per anno, non superiore a € 30.000,00.
	• L'importo è elevato al 35% qualora l'erogazione sia a favore di ODV.
Persone fisiche, enti e società	• Liberalità in denaro o in natura <b>deducibili</b> dal reddito complessivo netto del soggetto erogatore nel limite del 10% del reddito complessivo dichiarato
Soci di società di mutuo soccorso	• Detrazione dall'imposta lorda di un importo pari al 19% dei contributi associativi per un importo superiore a € 1.300,00, al fine di assicurare ai soci un sussidio nei casi di malattia, di impotenza sul lavoro o di vecchiaia, ovvero in caso di decesso, alle loro famiglie.

STUDIO MONTANELLI

Esempio di detrazione per erogazione liberale, da persona fisica, in favore di ETS non commerciale:

Persona fisica – reddito annuo 15mila € - Erogazione 1.000 €			
	Vecchia normativa		Nuova normativa
Beneficiario	Onlus	Onlus	Ets
Norma	Art. 15 TUIR	Art. 14 D.L. 35/2005 – più dai meno versi	Art. 83 CTS
Vantaggio	Detrazione 26% dall'Irpef risparmia 260 €	Deduzione dall'imponibile risparmia circa 230 €	Detrazione 30% dall'Irpef (35% OdV) risparmia 300 € (350 € per erogazione a OdV)

STUDIO MONTANELLI

Esempio di deduzione per erogazione liberale, da società di capitali, in favore di ETS non commerciale:

Società di capitali – reddito complessivo netto 5 milioni €			
	Vecchia normativa		Nuova normativa
Beneficiario	Onlus	Onlus	Ets
Norma	Art. 100, c. 2, lett. h) TUIR	Art. 14 D.L. 35/2005 – più dai meno versi	Art. 83 CTS
Vantaggio	Deduzioni per erogazioni fino ad € 100.000 risparmia fino a 24.000 €	Deduzione per erogazioni fino ad € 70.000 risparmia fino 16.800 €	Deduzione per erogazioni fino ad € 500.000 risparmia fino a 120.000 €

STUDIO MONTANELLI

L'articolo 81 del CTS istituisce il social bonus:

Scopo	• Per sostenere il recupero degli immobili pubblici inutilizzati e dei beni mobili e immobili confiscati alla criminalità organizzata.
Beneficiari	• In favore degli enti del terzo settore (ETS).
Beneficio	• Credito d'imposta: • del 65% per le erogazioni liberali in denaro effettuate da persone fisiche; • del 50% per le erogazioni liberali in denaro effettuate da enti o società di persone/capitali.

STUDIO MONTANELLI

Il credito d'imposta descritto in precedenza sarà limitato ad una percentuale del reddito imponibile che varierà a seconda del soggetto erogatore:

- Persone fisiche: **15% del reddito imponibile**;
- Soggetti titolari di reddito d'impresa: **5 per mille dei ricavi annui**.

Inoltre, tale credito sarà ripartito in tre quote annuali di pari importo e alle erogazioni che beneficeranno del social bonus non saranno applicabili le detrazioni/deduzioni previste dall'art. 83.

Esempio:

Social Bonus – Art. 81	
Soggetto erogatore	Vantaggio
Persona fisica Reddito 100 mila €	Erogazione fino a 15mila €
	Credito d'imposta fino a 9.750 €
	In tre quote annuali di 3.250 €
Società di capitali Ricavi 5 milioni €	Erogazione fino a 25mila €
	Credito d'imposta fino a 12.500 €
	In tre quote annuali di 4.166,67 €

STUDIO MONTANELLI

Dall'altro punto di vista, gli ETS dovranno presentare al Ministero del lavoro e delle politiche sociali un progetto per sostenere il recupero degli immobili pubblici inutilizzati o dei beni mobili o immobili confiscati alla criminalità organizzata.

Inoltre, gli ETS dovranno comunicare al Ministero del lavoro e delle politiche sociali e tramite il loro sito web istituzionale le erogazioni liberali ricevute e la destinazione delle stesse.

STUDIO MONTANELLI

## ENTRATA IN VIGORE

Norma	Descrizione	Articolo	Entrata in vigore
D.Lgs. n. 117/2017	Codice del Terzo settore	in generale	art. 104 co. 3
	77: titoli di solidarietà		
	78: regime fiscale del Social Lending		
	81: Social bonus		
	82: disposizioni in materia di imposte indirette e tributi locali		
	83: detrazioni e deduzioni per erogazioni liberali		
	84 co. 2: regime fiscale delle ODV: esenzione reddito fondiario	art. 104 co. 1	
	85 co. 7: regime fiscale delle APS: esenzione reddito fondiario		
	102 co. 1 e) ed f): abrogazione regime ex Legge n. 398/1991 per associazioni diverse da quelle sportive dilettantistiche		
	102 co. 1 g): abrogazione regime fiscale specifico per APS		
	Titolo X	art. 104 co. 2	a decorrere dal periodo di imposta successivo all'autorizzazione della Commissione europea e comunque non prima del periodo di imposta successivo di operatività del Registro unico nazionale del terzo settore

## ENTRATA IN VIGORE

Norma	Descrizione	Articolo	Abrogazione
D.Lgs. n. 117/2017	abrogazioni normative <u>immediate</u>	art. 102 co. 1	abrogazione dal 3 agosto 2017 salvo quanto disposto dai commi 2, 3 e 4 dell'art. 102
	art. 102 co. 1 a): abrogazione legge n. 266/1991 - Legge quadro sul volontariato e abrogazione legge n. 383/2000 - Disciplina delle associazioni di promozione sociale		
	art. da 10 a 29 D.Lgs. n. 460/1997 ad eccezione dell'art. 13 co. 2, 3 e 4		
	art. 150 D.P.R. n. 917/1986		
	art. 8 co. 2 legge n. 266/1991		
	art. 102 co. 2 e) ed f): abrogazione regime ex Legge n. 398/1991 per associazioni diverse da quelle sportive dilettantistiche	art. 102 co. 2	a decorrere dal periodo di imposta successivo all'autorizzazione della Commissione europea e comunque non prima del periodo di imposta successivo di operatività del Registro unico nazionale del terzo settore
	art. 102 co. 2 g): abrogazione regime fiscale specifico per APS		
	art. 14 co. 1, 2, 3, 4, 5 e 6 del D.L. n. 35/2005 - più dai meno versi		
	Art. 102 co. 2 d): abrogazione agevolazioni fiscali per ODV		
	art. 102 co. 3: abrogazione fondo per il volontariato (art. 12, co. 2, L. 266/91) e fondo per l'associazionismo (art. 13, L. 383/2000)	art. 102 co. 3	a decorrere dalla data di efficacia del decreto del Ministero dell'economia e delle finanze per destinare specifiche risorse agli ETS (art. 73 CTS)
	art. 102 co. 4: abrogazione registro del volontariato (art. 6, L. 266/91) e delle APS (art. 7, 8, 9 e 10 L. 383/2000)	art. 102 co. 4	a decorrere dalla data di operatività del Runtis

BERGAMO - 17 NOVEMBRE 2017

## Il ruolo del Notariato nella genesi e nell'applicazione del Codice del Terzo Settore

Enrico Maria Sironi – responsabile settore propositivo CNN

### 1. L'iniziativa del Governo e la consultazione pubblica

Il ddl di iniziativa governativa recante “delega al governo per la riforma del terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del Servizio civile universale” fu presentato alla Camera dei Deputati, nell'agosto 2014, preceduto da una **consultazione pubblica** svolta su iniziativa del Ministero del Lavoro e sulla base di Linee Guida predisposte dal Governo e pubblicate nella primavera del 2014.

Il Consiglio Nazionale del Notariato, consapevole delle inadeguatezze del sistema normativo allora vigente in materia di enti non profit, ha provveduto a depositare il proprio contributo nel giugno 2014.

In tale documento veniva evidenziato come “le disposizioni dedicate alle persone giuridiche dal libro primo del codice civile risentono di una mentalità pregiudizialmente ostile nei confronti di questi enti e si rivelano certamente inadeguate a regolare le complessità e le varietà che contraddistinguono il settore da qualche decennio” sottolineando inoltre “il proliferare, a partire dalla fine degli anni '80 del secolo scorso, di numerose leggi speciali che, seppur emanate con la condivisibile finalità di agevolare fiscalmente il non profit, hanno di volta in volta aggiunto requisiti statuari, introdotto nuovi albi e forme di controllo”; siamo in presenza, quindi, di “un assetto (*normativo*) articolato, che sempre più spesso coniuga l'attività non profit all'esercizio di attività d'impresa, generando una crescente “ibridazione” degli istituti codificati”.

Il CNN non trascurava, inoltre, di sottolineare la delicatezza del procedimento per il riconoscimento della personalità giuridica, evidenziando come, pur avendo il d.P.R. 361/2000 decisamente migliorato il sistema precedente, comprimendo sensibilmente i tempi necessari ad ottenere l'iscrizione nel registro delle persone giuridiche, l'impianto del sistema rimanesse concessorio, con l'effetto di produrre divergenti applicazioni e interpretazioni sul territorio nazionale, ad esempio con riferimento alla consistenza minima del patrimonio iniziale degli enti.

### 2. Il percorso parlamentare della legge delega e l'intervento in audizione del CNN

Successivamente, il CNN è intervenuto in **audizione presso la Commissione Affari Sociali della Camera dei Deputati in data 10 novembre 2014**, evidenziando la condivisione dell'opportunità dell'opera di “semplificazione

normativa, finalizzata al conseguimento di un sistema normativo maggiormente idoneo a venire incontro alle reali esigenze sociali ed economiche del Terzo settore”, nonché la necessità che la riforma Terzo settore non prescindere dal coordinamento con il codice civile, come espressamente previsto dall'articolo 1 del disegno di legge delega.

In particolare, il CNN evidenziava l'opportunità di “conservare l'impostazione causale degli enti del libro primo, consistente nella loro identificazione sulla scorta del vincolo di non distribuzione degli utili” e quella di “mantenere la distinzione tra associazioni, fondazioni e comitati”.

Venendo ai principi e criteri direttivi generali della delega, indicati nell'art.2 del disegno di legge, il CNN evidenziava come gli obiettivi di semplificazione delle procedure, risparmio di costi per lo Stato e applicazione del principio di sussidiarietà, avrebbero potuto trovare piena attuazione mediante la collaborazione della categoria notarile, valorizzando il ruolo del notaio “nella procedura di riconoscimento della personalità giuridica degli enti di cui al libro I, capo II, del codice civile”, **delegando al notaio il controllo di legalità sugli atti costitutivi e modificativi delle persone giuridiche**— come a suo tempo avvenuto per le società commerciali, sottolineando come “Se è opportuno che il riconoscimento permanga quale cardine per la creazione della persona giuridica, perno della responsabilità limitata, evidenti ragioni di economia nella gestione delle risorse, semplificazione e celerità inducono delegare il relativo compito al notaio, definitivamente circoscrivendo il suo contenuto al controllo di legalità sostanziale, parametrato alla verifica della liceità dello scopo ed all'adozione dell'atto pubblico per la costituzione e le modifiche statutarie; l'adeguatezza dei mezzi propri rispetto all'indebitamento potrebbe essere condizione della conservazione della limitazione di responsabilità, surrogabile da garanzie alternative.

Il CNN sottolineava, inoltre, come ciò avrebbe portato al superamento delle criticità collegate a situazioni di stallo prolungato in cui si trovano gli enti in attesa di riconoscimento, risolvendo al contempo la questione della rilevanza giuridica della fondazione in attesa di riconoscimento.

Con riferimento al tema della verifica di **adeguatezza del patrimonio** si suggeriva che il legislatore delegato definisse i relativi criteri, fissando, come per le società di capitali, dei minimi patrimoniali, eventualmente differenziati per tipologie di enti/attività, così togliendo ogni elemento di discrezionalità al procedimento di riconoscimento, nel pieno rispetto dei principi costituzionali sulla libertà di associazione.

Il CNN sottolineava, inoltre, la propria condivisione dell'obiettivo di **valorizzazione dell'autonomia statutaria** degli enti del terzo settore, pur temperata con il rispetto di una disciplina inderogabile, riguardante la stessa organizzazione - comportante obblighi di trasparenza ed informazione, talora controlli pubblici - e garante dei diritti individuali di informazione e partecipazione. Con specifico riferimento alle fondazioni, si indicava come la



valorizzazione dell'autonomia statutaria, pur mantenendo il classico carattere identificativo nella "destinazione di un patrimonio ad uno scopo da perseguire con stabilità e continuità", potrebbe finalmente assegnare rilievo normativo alla finalità, distinguendo tra scopo "di utilità collettiva" o piuttosto "eminentemente privato", fino ad assurgere a principio di differenziazione di alcuni aspetti della rispettiva disciplina (in particolare la possibile ingerenza del fondatore o di un terzo nella vita dell'ente, inclusa la decisione circa il suo scioglimento).

Il CNN non mancava di sottolineare il particolare rilievo dell'obiettivo di "riorganizzare il sistema di registrazione degli enti e di tutti gli atti di gestione rilevanti, secondo criteri di semplificazione, attraverso la previsione di un registro unico del terzo settore, anche al fine di favorirne la piena conoscibilità in tutto il territorio nazionale", proponendo un sistema di pubblicità unificata a livello nazionale tramite **pubblici registri informatici**.

### 3. Dalla legge delega (6 giugno 2016, n.106) ai decreti legislativi.

Il testo della legge delega, approvato in prima lettura dalla Camera dei Deputati il 9 aprile 2015, venne modificato dal Senato nel marzo 2016 e fu definitivamente approvato dalla Camera il 25 maggio 2016.

Il Parlamento affidava al Governo la redazione di uno o più decreti legislativi che provvedessero:

- alla revisione del titolo secondo del libro primo del codice civile, in materia di associazioni, fondazioni e altre istituzioni private senza scopo di lucro;
- al riordino ed alla revisione organica della disciplina speciale e delle altre disposizioni relative agli enti del terzo settore, compresa la disciplina tributaria;
- alla revisione della disciplina dell'impresa sociale;
- alla revisione della disciplina del servizio civile.

La legge dettava i principi e criteri direttivi generali all'art.2, nonché quelli specifici negli articoli seguenti.

Da segnalare, in particolare ed ai fini della presente relazione, tra i principi e criteri direttivi indicati dal legislatore, i seguenti:

- assicurare l'autonomia statutaria degli enti;
- semplificare la normativa vigente;
- rivedere e semplificare il procedimento per il riconoscimento della personalità giuridica;
- prevedere l'applicazione delle norme proprie delle società e delle cooperative alle fondazioni ed associazioni che svolgano attività di impresa;
- disciplinare il procedimento di trasformazione e fusione degli enti non societari;
- individuare le attività di interesse generale che caratterizzano gli enti del terzo settore;

-definire forme e modalità di organizzazione, amministrazione e controllo degli enti;

-prevedere il divieto di distribuzione degli utili e disciplinare la tenuta della contabilità degli enti del TS, disciplinare i controlli interni;

-riorganizzare il sistema di registrazione degli enti e degli atti di gestione rilevanti, attraverso la previsione di un Registro Unico Nazionale del Terzo Settore.

Nei mesi trascorsi tra la pubblicazione della legge 106/2016 e l'approvazione dei decreti legislativi il CNN ha costantemente monitorato il lavoro di redazione degli stessi, fornendo il proprio contributo mediante il confronto con chi materialmente è stato incaricato della redazione dei decreti.

Dopo l'approvazione da parte del Governo dei relativi schemi, il CNN è intervenuto in **audizione presso la commissione affari costituzionali in data 14 giugno 2017**, nell'ambito dei lavori propedeutici all'espressione del previsto parere.

In tale occasione il CNN ha espresso apprezzamento per l'opera del legislatore delegato, evidenziando peraltro il **rammarico per la scelta di non procedere alla revisione della disciplina del titolo II del libro primo del codice civile**, in materia di associazioni, fondazioni ed altre istituzioni private, riforma cui era specificamente dedicato l'art.3 della legge delega, al quale non si è dato attuazione sembra per i dubbi espressi dagli uffici ministeriali in ordine all'ampiezza della delega, ritenuta esclusivamente riferita agli enti del terzo settore.

Si tratta, su questo aspetto, di un'occasione persa, perché si è rinunciato ad una revisione ed ammodernamento della disciplina codicistica delle persone giuridiche private e degli enti non riconosciuti (per i quali gli articoli 36 e seguenti del codice dettano una disciplina ampiamente lacunosa), tra l'altro tradendo l'obiettivo di ottenere un sistema normativo organico.

Rimando al testo dell'audizione per le altre sottolineature specifiche.

### 4. I decreti legislativi; in particolare il d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, recante "Codice del Terzo settore"

Ora che l'iter legislativo è concluso, siamo di fronte ad un testo normativo, mi riferisco al Codice del Terzo settore, particolarmente ricco ed in molte parti davvero innovativo, il quale definisce in modo ampio il perimetro degli ETS (art.4), ne identifica le attività tipiche, di interesse generale, esercitabili in via esclusiva o prevalente e senza scopo di lucro dagli enti del ETS (art.5) e prevede la possibilità di esercizio anche di attività diverse (art.6), purché secondarie e strumentali alle prime.

Non sta a me scendere nel dettaglio delle novità normative, civilistiche e tributarie, della riforma, le quali sono state già oggetto delle precedenti relazioni.

Mi limiterò ad alcune sottolineature, per evidenziare le norme di maggior rilievo rispetto all'attività svolta dal CNN nella genesi del Codice del Terzo settore.

In quest'ottica vengono prioritariamente in rilievo gli articoli 21 e 22 del CTS, i quali disciplinano il contenuto dell'atto costitutivo e la nuova procedura per l'ottenimento della personalità giuridica.

Con riguardo al contenuto dell'atto costitutivo e dello statuto mi limito a sottolineare l'evidente parallelismo con la disciplina codicistica del contenuto dell'atto costitutivo delle società di capitali, per evidenziare il nuovo rilievo dato agli ETS; da notare, inoltre, come l'art.21 si riferisca a tutti gli ETS, indipendentemente dalla personalità giuridica.

Quanto all'art.22, sottolineo la sostanziale coincidenza del testo del secondo e terzo comma con le previsioni dell'art.2436 cod.civ. in relazione al ruolo del notaio nella procedura di "omologazione" ed iscrizione dell'atto nell'istituendo Registro Unico del Terzo settore, sia quanto all'atto costitutivo che con riferimento alle modifiche dello stesso e dello statuto, che il comma 6 disciplina con rinvio ai predetti commi 2 e 3.

A detta iscrizione consegue l'acquisto della personalità giuridica, ovvero l'efficacia delle modifiche statutarie.

Si tratta, evidentemente, del riconoscimento di un ruolo che se non ci spaventa, stante l'esperienza maturata in materia societarie e, soprattutto considerato che già fin qui il notaio che abbia ricevuto l'atto costitutivo o le deliberazioni di modifica dello statuto di una fondazione o di un'associazione riconosciuta si è sempre preoccupato di eseguire il controllo di legalità.

Casomai dispiace come l'inopinata scelta di non intervenire sul libro primo del codice civile faccia sopravvivere, per gli enti con personalità giuridica privata non rientranti nel Terzo settore, le tradizionali e lente procedure di riconoscimento.

Da sottolineare, altresì, come sia stato pienamente accolto il suggerimento di definire normativamente ed in via generale il requisito minimo di adeguatezza del patrimonio necessario per l'ottenimento della personalità giuridica (cfr. il comma 4 dell'art.22, previsione questa cui è stata ricollegata altresì la disciplina del ripianamento del patrimonio in conseguenza di perdite (comma 5).

Il capo terzo del titolo IV del CTS disciplina, in parziale difformità dal codice civile, il funzionamento degli organi degli enti del terzo settore.

Del tutto innovativa, poi, è la disciplina del Registro unico nazionale del TS, cui è dedicato il titolo VI. In particolare, l'art.47 provvede alla disciplina dell'iscrizione nel Registro degli ETS privi di personalità giuridica.

Resta, naturalmente, l'attesa per l'effettiva istituzione del registro, che spetta al Ministro del lavoro con decreto da adottare entro un anno dall'entrata in vigore del CTS.

Molto significative ed innovative, ancora, sono le disposizioni relative alle risorse finanziarie ed al sostegno degli ETS, per i quali è prevista anche l'emissione di titoli e l'utilizzo di portali on line per il "social lending" (art.78).

SEGRETERIA ORGANIZZATIVA

**Consiglio Notarile di Bergamo**

V.le Vittorio Emanuele, 44 – 24121 Bergamo

Tel. 035.224065 – Fax 035.244578

**[www.notaibergamo.it](http://www.notaibergamo.it)**

[consigliobergamo@notariato.it](mailto:consigliobergamo@notariato.it)



Fondazione  
Italiana  
del Notariato

PATROCINIO

SCUOLA DI NOTARIATO DELLA LOMBARDIA