

COMMISSIONE STUDI CIVILISTICI

Studio n. 3629

TESTO UNICO SULL'EDILIZIA. PRIME RIFLESSIONI

*Approvato dalla Commissione Studi del Consiglio Nazionale del Notariato
l'11 dicembre 2001*

I. Generalità

1. Modalità del procedimento utilizzato e valore delle singole norme

Il Decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, recante il testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, è stato pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* unitamente al Decreto legislativo 6 giugno 2001, n. 378 e al Decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 379. La circostanza esige una spiegazione.

Il meccanismo normativo posto in essere trova la sua fonte nell'art. 7 della legge 8 marzo 1999, n. 50, che ha disegnato il seguente schema operativo: un decreto legislativo individuante le disposizioni di legge ancora in vigore; un regolamento individuante le norme delegificate aventi stretta attinenza con un determinato procedimento amministrativo; infine un testo unico comprensivo di entrambe le norme: quelle legislative conservate in vigore e quelle delegificate tradotte in norme regolamentari.

Con questo complesso procedimento si è voluto evitare che si prestassero a valutazioni disomogenee norme di valore primario e norme di valore secondario (norme di legge e norme regolamentari). Il sistema prevede che il testo unico le comprenda entrambe, con la precisa evidenziazione che si tratta di norme di legge oppure di norme regolamentari.

Di più, il testo unico prevede un coordinamento formale di tutte le norme, con un tessuto che abbia coerenza logica e che, ad un tempo, individui le norme abrogate e le norme rimaste in vigore.

Questo risultato lo si è ottenuto sulla base dell'art. 7 della legge 8 marzo 1999, n. 50, coordinata con l'art. 1 della legge 21 novembre 2000, n. 340.

2. Sintesi del testo unico

Non va dimenticato che il testo unico costituisce una sintesi di un complesso di valutazioni (leggi operanti, leggi da delegificare, leggi da conservare, leggi da riorganizzare), concernenti norme contenute nelle seguenti disposizioni legislative:

- legge 17 agosto 1942, n. 1150 (c.d. legge urbanistica);
- legge 28 gennaio 1977, n. 10 (c.d. legge Bucalossi);
- legge 28 febbraio 1985, n. 47 (legge sul condono edilizio);
- decreto-legge 23 gennaio 1982, n. 9, convertito con legge 25 marzo 1982, n. 94 (che ha previsto per la prima volta la dichiarazione inizio attività);
- decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 398, convertito con legge 4 dicembre 1993, n. 493.

Trattasi, come ognuno vede, di norme di stretta competenza edilizia, non aventi cioè attinenza con il diritto urbanistico, ancorché inserite in testi legislativi prevalentemente destinati a disciplinare la materia urbanistica. Ed infatti non è senza motivo che il testo unico è stato denominato come testo unico sull'edilizia, senza alcun riferimento alla materia urbanistica.

Ed infatti la più recente dottrina non ha mancato di sottolineare che con il testo unico, per la prima volta, il diritto edilizio, finora relegato ad una posizione ancillare rispetto al diritto

urbanistico, si svincola da quest'ultimo, acquistando una sua autonoma collocazione nel panorama legislativo (1).

Il testo unico ha una sua struttura organica, ripartendosi nella Parte I, che concerne il vero e proprio diritto edilizio e nella Parte II, concernente la normativa tecnica per l'edilizia (anche questa ripartita in modo omogeneo).

La parte I che è quella che interessa soprattutto gli operatori giuridici, ubbidisce ad una ripartizione razionale:

- norme iniziali, caratterizzate per la definizione degli interventi edilizi e la previsione della struttura comunale che deve governare il settore (sportello unico per l'edilizia) (Titolo I);
- norme attinenti ai titoli abilitativi (Titolo II), fra le quali spiccano quelle concernenti il permesso di costruire (Capo II, anch'esso distribuito in: a) norme qualificatorie; b) contributo concessorio; c) procedimento);
- norme attinenti all'agibilità degli edifici (Titolo III);
- norme attinenti alla vigilanza e alle sanzioni (Titolo IV).

In definitiva, il testo unico riprende in esame tutta la normativa edilizia, finora sparsa in numerose leggi, spesso spezzoni di norme diverse, e la ricomponne in modo appropriato, nella sostanza conservando larghi aspetti della legge Bucalossi e della legge sul condono edilizio, ricomponendole in un quadro più ampio e addivenendo alle seguenti puntualizzazioni.

3. Modificazioni maggiori rispetto al passato

Le modificazioni di maggiore interesse possono essere così sintetizzate.

a) *Provvedimenti abilitativi.* La normativa parte dal basso, facendo chiarezza sulla casistica dei vari interventi edilizi, offrendone la definizione ed arricchendo questa definizione, ai fini di un migliore chiarimento, con una casistica esemplificativa.

Si riprende, in questo modo, il discorso già iniziato con la legge 457 del 1978, la quale all'art. 31 già stabiliva la definizione degli interventi di recupero del patrimonio edilizio esistente. Questa definizione contenuta nella legge 457 del 1978 viene sostanzialmente mantenuta nel testo unico, ove, per la prima volta, viene indicata la definizione di un nuovo intervento edilizio, quello dell' "intervento di nuova costruzione", molto importante, come si vedrà appena appresso, ai fini della commerciabilità dei fabbricati.

Una volta individuata la tipologia degli interventi edilizi, si passa all'indicazione dei provvedimenti abilitativi che li riguardano, individuati attraverso una tripartizione:

- a) interventi edilizi che non richiedono alcun provvedimento;
- b) interventi edilizi che richiedono il permesso di costruire;
- c) interventi edilizi che richiedono la denuncia di inizio attività.

Quale è la novità rispetto al passato?

Le opere che non richiedono alcun provvedimento (l'edilizia libera) sono ora indicate in apposito articolo (art. 6), che vi include gli interventi di manutenzione ordinaria, gli interventi per eliminare le barriere architettoniche, le opere temporanee per la ricerca nel sottosuolo. In precedenza gli interventi edilizi che non richiedevano alcun provvedimento abilitativo erano disciplinati nell'art. 26 della legge 47 del 1985, che li qualificava come "opere interne".

La concessione edilizia viene ormai definita come permesso di costruire, scelta terminologica suggerita dal Consiglio di Stato (2) per rendere l'espressione in sintonia con quanto aveva precisato la Corte costituzionale a proposito della legge Bucalossi (3): lo *ius aedificandi* non discende dall'autorità pubblica che lo concede, ma è connaturato con il diritto di proprietà del singolo, il quale peraltro può esercitarlo solo salvaguardando i limiti imposti dal legislatore per assecondare quella che viene definita come funzione sociale della proprietà.

L'istituto della denuncia di inizio di attività o autodenuncia (la c.d. DIA) nasce, con attinenza al settore edilizio, con il D.L. 5 ottobre 1993, n. 398, convertito con legge 4 dicembre 1993, n. 493; ma da strumento eccezionale rispetto alla concessione edilizia, viene fatto assurgere, con il testo unico, a strumento concorrente e di pari dignità con il permesso di costruire, delimitato in stretta correlazione con il tipo di attività costruttiva.

Fra i due titoli di abilitazione vi è peraltro un rapporto tale da far ritenere che si sia verificata una sorta di inversione di tendenza rispetto al passato. Nel passato, con la legge Bucalossi, la concessione edilizia veniva individuata come lo strumento abilitativo principale, che coinvolgeva l'attività costruttiva sostanzialmente senza alcun limite: la legge parlava di "ogni attività comportante trasformazione edilizia del territorio" e concludeva con la frase: "la esecuzione delle opere è subordinata a concessione" (art. 1 legge n. 10 del 1977).

Soltanto in seguito questo ampio quadro di interventi edilizi per il quale occorre la concessione edilizia inizia a sfaldarsi: in un primo tempo prevedendosi l'autorizzazione per le manutenzioni straordinarie (con la legge 5 agosto 1978, n. 457) e per il restauro e il risanamento conservativo (con il DL. 23 gennaio 1982, n. 9, convertito con L. 25 marzo 1982, n. 94); in un secondo tempo prevedendosi la denuncia di inizio attività (con il D.L. 5 ottobre 1993, n. 398, convertito con L. 4 dicembre 1993, n. 493, ulteriormente ampliato con la legge n. 662 del 1996).

In questo modo, incamminata sulla strada di un naturale esaurimento l'autorizzazione edilizia, per effetto dell'introduzione nell'ordinamento giuridico del meccanismo della denuncia di inizio attività (la dottrina infatti (4) riteneva fungibili tra loro denuncia di inizio attività e autorizzazione) i due strumenti abilitativi a regime potevano così riassumersi: la concessione edilizia in linea di principio; la denuncia di inizio attività in via di eccezione. Ed infatti mentre la legge non stabiliva i singoli interventi edilizi assentiti con la concessione, si limitava a prevedere i casi eccezionali (prevalentemente consistenti in interventi edilizi di minore portata) per i quali la concessione non era necessaria, ma occorreva la denuncia di inizio attività.

Con il testo unico, si ripete, si verifica una sorta di inversione di tendenza: gli interventi edilizi che richiedono il permesso di costruire sono stabiliti in modo tassativo (non più in via generica); tutti gli altri interventi edilizi richiedono la denuncia di inizio attività.

L'aver indicato espressamente in che cosa si sostanzia l'intervento edilizio di nuova costruzione, l'aver indicato che esso richiede il permesso di costruire, l'aver infine stabilito la nullità dell'atto se per autocertificazione della parte non sono indicati gli estremi del permesso di costruire, dovrebbero rendere più chiara e definibile la materia della commerciabilità degli edifici.

In questo modo si ha uno stretto rapporto di identificazione tra il tipo di intervento edilizio e il tipo di strumento abilitativo, perché viene d'un sol colpo spazzata via la minutaglia degli interventi assentibili con la denuncia di inizio attività, che anche ad una lettura superficiale appariva caratterizzata da un'elencazione improvvisata.

Va sottolineato anche un altro punto. La denuncia di inizio attività era già prevista dalla legge 662 del 1996 come strumento per le varianti a concessione edilizia già rilasciata che non incidessero sui parametri urbanistici e sulle volumetrie. Il testo unico conferma questa disposizione, ma aggiunge altra norma per la quale, nel caso di variante, la denuncia di inizio attività costituisce "parte integrante del procedimento relativo al permesso di costruzione dell'intervento principale" (art. 22, 2° comma T.U.). Per effetto di questa norma, in sostanza, permesso di costruire e denuncia di inizio attività si saldano insieme e formano un tutt'uno, ma evidentemente ciò varrà soltanto ai fini del completamento, sul piano prettamente amministrativo, del provvedimento principale, non ai fini della commerciabilità, per la quale ultima occorrerà tener conto soltanto del permesso di costruire.

b) Soppressione della commissione edilizia. La commissione edilizia era ritenuta organismo consultivo di carattere tecnico che trovava la sua fonte nell'art. 33, n. 1 della legge urbanistica (legge n. 1150 del 1942), che ne imponeva l'istituzione da parte del regolamento edilizio del quale ogni Comune doveva dotarsi.

La commissione edilizia esprimeva pareri obbligatori, ancorché non vincolanti, e per un certo periodo la comunicazione di questo parere all'interessato equivaleva, per la giurisprudenza, ad un sostanziale provvedimento di assentimento (5). Poi si inizia a ridurre la portata di questa comunicazione del parere della commissione edilizia allorquando detto parere risultasse condizionato all'avveramento di determinate attività poste a carico del richiedente (6). E ancora in seguito senza specifico riferimento a determinate condizioni (7).

Finché si è pervenuti a negare del tutto l'assimilazione tra parere della commissione edilizia e concessione edilizia (8).

Certamente la commissione edilizia, costituendo passaggio obbligato della procedura per il rilascio del provvedimento abilitativo, costituiva un intralcio alla speditezza della procedura. E non poteva porsi in discussione la forte valenza del suo contenuto, dato che essa finiva per costituire la vera valutazione tecnica dell'assentibilità dell'opera programmata, tenuto conto di tutta la normativa urbanistica che vi si riferiva.

La soppressione della commissione edilizia era peraltro auspicata per corrispondere a quel processo di distinzione tra competenze degli organi politici e competenze degli organi amministrativi che aveva contrassegnato l'ultimo periodo della produzione legislativa, considerato che la commissione edilizia risultava in larga misura costituita da componenti del consiglio comunale.

Nel testo unico la commissione edilizia non è in linea di principio prevista, ma la sua eventuale istituzione viene lasciata alla discrezione di ogni Comune, peraltro con l'indicazione precisa degli interventi da sottoporre al suo preventivo parere. Infatti la norma (art. 4, 2° comma T.U.) non sopprime espressamente la commissione edilizia, ma si limita a stabilire che nel caso in cui il Comune intenda istituire la commissione edilizia, il regolamento deve indicare gli interventi sottoposti al suo preventivo parere.

In questo modo: *a)* l'istituzione della commissione edilizia diviene facoltativa; *b)* ove prevista, essa non può interloquire su tutto, ma soltanto su fattispecie espressamente previste.

c) Sportello unico. Lo sportello unico (art. 5 T.U.) rappresenta una struttura organizzativa interna del Comune, nella quale si assommano tutte le competenze in materia edilizia, dal ricevimento delle domande, all'emanazione dei provvedimenti, alla sollecitazione delle altre autorità al rilascio di pareri (vincoli artistici, ambientali, idrogeologici, sanitari, sismici, etc.). Trattasi certamente di uno strumento che, dal punto di vista del cittadino, semplifica il rapporto con la pubblica amministrazione e, dal punto di vista di quest'ultima, crea un'indubbia specializzazione, che è motivo di produttività e di snellezza burocratica.

d) Certificato di agibilità. Il termine "certificato di agibilità" è stato utilizzato come termine onnicomprensivo, riferibile sia al vecchio certificato di abitabilità (che valeva per le costruzioni destinate ad abitazione), che al vecchio certificato di agibilità (che valeva per le unità immobiliari diverse dalle abitazioni).

Ma, a parte questa distinzione, in passato con il termine certificato di abitabilità si indicava anche l'attitudine dell'immobile alle specifiche destinazioni d'uso, mentre con il termine certificato di agibilità si indicava l'attitudine dell'immobile alla stabilità e alla sicurezza. Proprio ad evitare questa dissonanza di funzione legata al termine, allo scopo di semplificare e di ridurre ad unità la portata del certificato in discorso, il legislatore ha scelto il termine "certificato di agibilità".

Le norme che prevedono il certificato di agibilità (artt. 24 e segg. del testo unico) nella sostanza riproducono la normativa esistente e si limitano ad occuparsi del procedimento, dell'individuazione del soggetto tenuto a richiedere il certificato, degli scopi del certificato:

attestazione della sussistenza delle condizioni di sicurezza, igiene, salubrità, risparmio energetico.

Il testo unico ha il vantaggio di avere coordinato in pochi articoli la sparsa normativa in tema di certificato di agibilità, ma non reca una riga sull'incidenza di questo documento in ordine alla contrattazione. L'unico chiarimento, sul piano delle sanzioni, appare quello concernente la definitiva e chiara degradazione della vecchia sanzione penale a sanzione amministrativa.

In proposito in passato si discuteva prevalentemente sul punto se il reato previsto dall'art. 221 del regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265 che costituiva la norma originaria prevedente il certificato di abitabilità, fosse venuto meno, per effetto dell'abrogazione del primo comma dell'art. 221 operata dall'art. 5 del D.P.R. n. 425 del 1994.

In merito la Cassazione penale, dopo alcune timide incertezze **(9)**, aveva imboccato la strada di ritenere tuttora esistente il reato già disciplinato dall'art. 221 predetto, sulla base della considerazione che l'abrogazione prevista da citato D.P.R. n. 425 non riguardava gli elementi costitutivi del reato di abitazione dell'alloggio senza certificato di abitabilità, bensì incideva soltanto sulla fase procedimentale necessaria per ottenere detto certificato **(10)**.

L'incertezza interpretativa può ritenersi ormai definitivamente risolta dall'art. 24, 3° comma del testo unico, per il quale la mancata presentazione della domanda intesa a chiedere il rilascio del certificato di agibilità comporta l'applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria da lire quindicimila a lire novecentomila.

I riflessi che la compravendita di alloggio privo del certificato di abitabilità ha sugli effetti del contratto posto in essere sono stati oggetto di una nutrita giurisprudenza pervenuta in Cassazione, la quale peraltro appare abbastanza disorientata nelle conclusioni, forse in stretta correlazione con la diversità fattuale delle fattispecie concrete portate alla sua attenzione.

Su un punto, peraltro, la giurisprudenza appare concorde: nell'affermazione che se le parti non hanno fissato alcuna clausola pattizia atta a stabilire su quale dei contraenti debba ricadere l'obbligo di curare l'ottenimento del certificato di abitabilità, l'obbligo di consegnare il certificato di abitabilità esiste in capo all'alienante. Detto in altre parole, nel silenzio pattizio, l'obbligo sorge in capo al venditore **(11)**.

Le parti possono peraltro convenire che sia l'acquirente ad assumere l'impegno di richiedere il certificato di abitabilità ed adoperarsi per conseguirlo. In tal caso l'alienante non ne risponde. E' stato infatti chiarito che le parti possono consensualmente accettare di negoziare il bene senza allegazione del certificato di abitabilità, perché la consegna di un appartamento in assenza del predetto certificato può soddisfare notevoli interessi dell'acquirente **(12)**.

Su un altro punto la Cassazione ha acquisito sufficiente concordia: nell'affermare che il mancato rilascio del certificato di abitabilità si sostanzia in un inadempimento del contratto posto in essere, che determina le ordinarie conseguenze sanzionatorie: azione di adempimento o azione di risoluzione, accompagnate dal risarcimento danni **(13)**.

Quanto alle implicazioni di questa tematica sul comportamento professionale del notaio, si ricorda che la Cassazione ha affermato che "il notaio, il quale non sia stato esonerato dalle parti dall'obbligo di assicurare utilmente gli effetti del negozio che è stato chiamato a stipulare, è tenuto, secondo le specifiche norme della legge professionale che gli impongono di non formare atti invalidi, ad assicurarsi circa l'esistenza di tutte le condizioni necessarie a garantire ai contraenti l'esatta produzione di tutti gli effetti giuridici che essi si propongono di conseguire"; e che pertanto "deve considerarsi legittimo il rifiuto del notaio di stipulare un atto di compravendita immobiliare qualora manchi il certificato di abitabilità dell'immobile; in quanto questa è un requisito sostanziale della cosa da trasferirsi, incidente sulla prestazione oggettiva del negozio" **(14)**.

Si intuisce come in questo modo la Cassazione finisca per confondere attività funzionale del notaio (che comporta come barriera invalicabile l'art. 28, n. 1 legge notarile) e attività professionale del notaio (che deve prestare tutto il suo bagaglio di cognizioni tecnico-

giuridiche per soddisfare senza intoppi e senza vizi negoziali o incertezze l'intento negoziale delle parti). Solo un atto invalido in modo pieno determina la violazione dell'art. 28, n. 1 legge notarile, dopo il recente mutamento d'indirizzo della Cassazione (15), mentre la semplice annullabilità o l'inefficacia, e quindi i vizi che determinano queste conseguenze sanzionatorie, non debbono impedire al notaio di ricevere l'atto, ma gli impongono solo una preventiva informazione delle parti perché valutino se rientra nel loro interesse stipulare l'atto anche in presenza di detti vizi.

In definitiva, il certificato di agibilità (analogamente a quanto accadeva in passato per il certificato di abitabilità) non influisce sotto alcun profilo sulla validità dell'atto posto in essere. Esso può avere riflessi sulla responsabilità contrattuale dei contraenti tra loro, a seconda che non se ne faccia menzione in atto (in tal caso responsabilità per danni del dante causa) o che sia individuato tra i contraenti il soggetto tenuto ad acquisire la prescritta documentazione (che in tal caso ne risponderà contrattualmente).

4. Rapporti tra testo unico e legge 47 del 1985

La legge n. 47 del 1985 era strutturata in modo da ricomprendere una duplice serie di norme: una prima serie (capo I) attinente al controllo dell'attività urbanistico-edilizia e alle relative sanzioni; una seconda serie (capo IV) attinente al procedimento di sanatoria. La prima serie di norme (capo I) è stata tutta inserita nel testo unico e contestualmente sono state abrogate, a partire dalla data di entrata in vigore del testo unico (16), le corrispondenti norme della legge 47. La seconda serie di norme (capo IV), tutta incentrata nel procedimento di sanatoria, è stata mantenuta in vigore, trattandosi di una serie destinata ad esaurirsi man mano che il fenomeno del condono edilizio avrà definitivamente concluso il suo iter.

Dalla data di entrata in vigore del Testo Unico, pertanto, occorrerà comparare entrambe le serie di norme: quella del testo unico come normativa a regime, sostanzialmente modellata sulla stessa struttura normativa prevista dalla legge 47 del 1985; quella sul condono edilizio come normativa a esaurimento, continuando a fare riferimento agli art. 31 e segg. della legge 47 del 1985, articoli, questi ultimi, che continueranno a disciplinare tutte le fattispecie di sanatoria, sia per la fase amministrativa attinente al procedimento di condono, sia per la fase negoziale attinente alla commercializzazione dei fabbricati abusivi condonati.

Va menzionata, peraltro, una sorta di sfasatura temporale in ordine al collegamento tra norma a regime e norma di sanatoria, soprattutto in stretto riferimento alla commercializzazione dei fabbricati.

Si ricorderà che le norme concernenti questa tematica erano l'art. 17 della legge 47 come norma a regime e l'art. 40 stessa legge come norma eccezionale e provvisoria per gli edifici abusivi. Il rapporto tra queste due norme era così strutturato:

a) l'art. 17 si applicava alla commercializzazione di edifici la cui costruzione fosse iniziata dopo l'entrata in vigore della legge 47: cioè dal 17 marzo 1985 in poi;

b) l'art. 40 non faceva distinzioni e trovava applicazione sia per le costruzioni condonate che per tutte le altre: infatti vi si parlava di "estremi della licenza o della concessione ad edificare o della concessione rilasciata in sanatoria". In questo modo si poteva in teoria dubitare sulla ragion d'essere dell'art. 17 della legge 47, norma ripetitiva dell'art. 40, il quale ultimo peraltro finiva per abbracciare tutta la gamma delle possibili situazioni. Per evitare di dover ritenere inutile l'art. 17 si affermava che questa norma valesse per le nuove costruzioni (iniziate dal 17 marzo 1985 in poi), mentre l'art. 40 valesse per le vecchie costruzioni (iniziate cioè anteriormente alla predetta data).

In questo modo, nella sostanza, il coordinamento tra le due norme veniva risolto alla luce della vetustà delle costruzioni: per le nuove l'art. 17, per le vecchie l'art. 40.

Riaperti i termini del secondo condono con il decreto legge 26 luglio 1994, n. 468, la vetustà della costruzione non ha più funzionato come unico elemento di differenziazione tra le due norme, perché edifici costruiti successivamente al 17 marzo 1985 (che quindi avrebbero dovuto essere disciplinati dall'art. 17 della legge), rientravano, ove abusivi, nel secondo condono e quindi venivano disciplinati o dal solo art. 40, oppure dall'art. 40 in collegamento con le norme successive (legge 724 del 1994 e legge 662 del 1996).

Occorreva pertanto individuare un altro criterio distintivo o quantomeno coordinare il criterio della vetustà della costruzione con altro criterio di razionalità. Su questa base si poteva sostenere:

- a) che tutte le costruzioni regolarmente assentite dovessero essere disciplinate dall'art. 17 oppure dall'art. 40 a seconda del tempo di costruzione;
- b) che tutte le costruzioni non regolarmente assentite ma condonate, oppure le costruzioni ante '67, dovessero essere disciplinate dall'art. 40 e norme successive.

Il testo unico, non potendo delegificare la norma contenuta nell'art. 17 della legge 47, trattandosi di norma non procedimentale, si è limitato a riprodurla integralmente, senza dar modo di risolvere il problema predetto.

Anche se, va detto di passaggio, trattasi di problema che non pone complicazioni applicative, data la sostanziale ripetitività tra le due norme considerate, per cui applicando l'una o l'altra indifferentemente si rispetta sostanzialmente il dettato normativo.

Sempre su questo piano terminologico, malgrado l'art. 46 testo unico parli di "permesso di costruire" per le costruzioni iniziate dal 17 marzo 1985, non vi è alcun dubbio che dette costruzioni avranno come titolo abilitativo la concessione edilizia dal 17 marzo 1985 alla data di entrata in vigore del Testo Unico. Data peraltro la sostanziale assimilabilità dei due istituti, non appare dubbio che essi possano essere qualificati (e conseguentemente inseriti in atto) indifferentemente utilizzando l'uno o l'altro termine.

II. Fabbricati

1. Implicazioni sulla commercializzazione

Nella sostanza il testo unico, ai fini della commerciabilità dei fabbricati non sembra aver portato alcuna modifica di rilievo.

Per i fabbricati le norme applicabili sono il vecchio art. 17, divenuto art. 46 nel testo unico, e continua a trovare applicazione l'art. 40 della legge 47 e norme successive, norme tutte rimaste in vigore.

L'unico punto meritevole di attenzione è il seguente: la norma contenuta nell'art. 46 testo unico richiede il "permesso di costruire", per cui, facendo applicazione di questa norma, occorrerebbe pretendere gli estremi di questo permesso, ai fini della commerciabilità, tutte le volte che l'attività edilizia pretenda come titolo abilitativo il permesso di costruire. Nessun dubbio, infatti, che la risposta esatta debba ritenersi quella affermativa allorché si tratti di attività edilizia qualificabile come "intervento di nuova costruzione" (dato l'art. 10, 1° comma del testo unico, che prevede il permesso di costruire per gli "interventi di nuova costruzione").

Il dubbio potrebbe sorgere per gli "interventi di ristrutturazione edilizia che comportino aumento di unità immobiliare, modifiche del volume, della sagoma, dei prospetti o delle superfici, ovvero che, limitatamente agli immobili compresi nelle zone omogenee A comportino mutamento di destinazione d'uso", interventi tutti che richiedono il permesso di costruire (art. 10, 1° comma lettera c). Cioè per questi interventi di ristrutturazione edilizia, richiedenti il permesso di costruire, considerato che, ai sensi dell'art. 46 testo unico, ogni abitazione che preveda a monte il permesso di costruire sembrerebbe richiedere, ai fini della commerciabilità, la dichiarazione degli estremi di tale permesso, si potrebbe affermare che

essi, al pari degli interventi di nuova costruzione, rientrino nel disposto dell'art. 46 testo unico?

La risposta va data nettamente in senso negativo. In primo luogo non va dimenticato che anche l'art. 17 della legge 47 prevedeva la concessione ad edificare, comprensiva questa di tutta una serie di interventi edilizi anche minori, ma era evidente che gli interventi edilizi successivi a quello di prima edificazione, ancorché per essi fosse necessaria la concessione edilizia, erano estranei alla portata applicativa dell'art. 17.

Vale la pena di ricordare che il tenore letterale ed il senso complessivo degli artt. 17 e 40 della legge 47 erano univocamente indirizzati a stabilire la concessione edilizia (al singolare), titolo abilitativo della realizzazione del manufatto, quale unico elemento indispensabile per legittimare la valida circolazione giuridica dello stesso.

Questa conclusione circa l'ininfluenza, ai fini del disposto dell'art. 17 della legge 47 del 1985, degli interventi edilizi non primari, ancorché richiedenti la concessione edilizia, la si ricavava anche da un'argomentazione sistematica e di collegamento tra più disposizioni della stessa legge: infatti nella sua prima formulazione l'art. 17, 2° comma della legge 47 sembrava richiamarsi a più ipotesi di abusivismo dipendenti dalla mancanza di concessione e assoggettati alla sanzione pecuniaria (17); con la legge di conversione del decreto legge n. 146 del 1985 (legge 21 giugno 1985, n. 298), la norma fu in parte modificata, prevedendosi soltanto "il caso in cui sia prevista ai sensi dell'articolo 11 l'irrogazione di una sanzione soltanto pecuniaria, etc.". In questo modo il riferimento veniva effettuato esclusivamente all'art. 11 della legge 47, il quale articolo, stabilendo l'annullamento della concessione con l'applicazione di una sanzione pecuniaria, chiaramente faceva riferimento soltanto all'attività edilizia assentibile con concessione. Dal che la conclusione che il primo comma dell'art. 17 della legge 47 intendesse fare riferimento solo alla commercializzazione di unità immobiliari richiedenti la prima concessione.

Alla base della conclusione in discorso vi era la seguente riflessione sostanziale: esservi una certa congruenza nel pretendere soltanto la concessione iniziale, cioè quella di prima edificazione, perché la sua mancanza determina la sanzione amministrativa della demolizione del bene; quindi, si concludeva, ai fini della commercializzazione interessa che il bene sia negoziato con riferimento alla concessione o licenza iniziale, senza alcun riferimento a concessioni parziali o ad autorizzazioni successive (18).

Che questa fosse l'esatta conclusione cui pervenire lo si poteva agevolmente ricavare anche dalla legge n. 662 del 1996, la quale, nel riscrivere le modalità redazionali degli atti concernenti beni assoggettati a condono edilizio, faceva riferimento ai fabbricati o porzioni di fabbricati "costruiti senza concessione edilizia", con chiaro richiamo all'abuso primario o di prima edificazione.

Il rinvio a quest'ultima disposizione contenuta nella legge 662 del 1996, la cui vigenza è espressamente prevista dal testo unico, appare in ogni caso decisiva, trattandosi di disposizione espressa in termini generali e tale da risolvere ogni dubbio circa la identificazione e l'incidenza dell'abusivismo edilizio sul commercio giuridico dei fabbricati.

Deve pertanto ritenersi quanto segue: perché si abbia nullità ai sensi dell'art. 46 del testo unico (e quindi perché si abbiano problemi di commerciabilità) occorre la presenza di un duplice requisito: *a*) che l'opera realizzata rappresenti un'unità immobiliare ben definita ed identificata; *b*) che il bene non sia stato assentito con provvedimento del Comune di prima edificazione (con conseguente influenza di attività di ristrutturazione su un bene regolarmente assentito in precedenza).

2. Tipologia negoziale

L'art. 46 del Testo Unico non fa che richiamarsi a quello che già era desumibile dall'art. 17 della legge 47 del 1985, quanto: *a*) alla tipologia degli atti compresi nella norma; *b*) agli atti

espressamente esclusi dalla norma stessa; c) agli atti esclusi, ancorché non in modo espresso, perché contrastanti con la tipologia di atti inclusi nella norma stessa.

Deve pertanto trattarsi:

- di atti *inter vivos*;
- di atti costitutivi o traslativi di diritti reali o aventi contenuto divisorio.

Il tutto con:

- esclusione definitiva degli atti costitutivi o modificativi di diritti reali di garanzia o di servitù;
- esclusione provvisoria degli atti derivanti da procedure esecutive individuali o concorsuali.

Resta peraltro estraneo alla fattispecie normativa in discorso il contratto preliminare, salva l'ipotesi che si instauri azione giudiziale per la conclusione del contratto definitivo *ex art. 2932 c.c.*

Ed evidentemente andrebbero qui ripetuti tutti i discorsi già sviluppati in dottrina in ordine:

- al contratto di vendita con riserva di proprietà (cui si ritiene debba essere applicato l'art. 46, trattandosi di negozio a formazione progressiva negli effetti, ma destinato comunque a produrre effetti reali col semplice adempimento degli effetti negoziali assunti);
- all'acquisto per accessione (per il quale l'inapplicabilità della norma deriva dal fatto che essa concerne solo gli atti a titolo derivativo e non quelli a titolo originario);
- alla costituzione di fondo patrimoniale (per il quale l'inapplicabilità della norma deriva dall'eventualità che con il fondo si sia voluto soltanto creare il vincolo reale a favore della famiglia, senza alcun trasferimento di diritto reale sul bene);
- alla vendita di cosa altrui (per la quale l'applicabilità della norma viene fatta derivare dal fatto che essa norma trova applicazione non nel monumento in cui viene trasferito il diritto reale, bensì nel momento in cui viene posto in essere un atto destinato a trasferire il diritto reale).

3. Documentazione negoziale

L'art. 46 stabilisce la nullità dell'atto ove dallo stesso non risulti "per dichiarazione dell'alienante gli estremi del permesso di costruire o del permesso in sanatoria".

L'articolo recita che la dichiarazione "deve risultare dall'atto" e prevede, al pari degli artt. 17 e 40 della legge 47 del 1985, la certificazione di parte come strumento alternativo alla documentazione del comune: il tutto allo scopo di conformare il bene negoziato sul piano urbanistico, cioè allo scopo di dare all'oggetto negoziato quel crisma di idoneità urbanistica che giustifica la sua negoziazione. Si è detto altra volta che "l'invalidità negoziale concernente bene abusivo non condonato nasce dall'esigenza di attribuire al bene assentito o sanato la qualificazione di bene in regola con la normativa urbanistico-edilizia e pertanto di bene degno di essere ritenuto meritevole di tutela" e che "l'alloggio non assentito o non sanato non è un alloggio degno di questo nome, ma soltanto un ammasso di calce, di ferro, di legno, di cemento" (19).

Disponendo le prescrizioni previste dall'art. 46 del testo unico, il legislatore non ha voluto tanto garantire l'interesse del singolo acquirente del bene, quanto garantire che il bene-costruzione o il bene-manufatto abbia una determinata conformazione urbanistica e con ciò si spiega la sanzione così forte della nullità, sanzione appunto intesa a soddisfare l'interesse generale che questi beni siano commercializzati soltanto se idonei sul piano urbanistico ad essere ritenuti beni abitabili.

Per la verità l'articolo 46 parla di "dichiarazione dell'alienante", presumibilmente individuando nel soggetto più informato (il proprietario del bene alienato) la persona più

adatta ad effettuare la dichiarazione avente attinenza con l'unità immobiliare negoziata. Ma non sembra che questa sia l'unica soluzione possibile.

Intanto l'espressione "dichiarazione dell'alienante" non può essere interpretata in modo rigoroso, specie considerando che il negozio posto in essere potrebbe consistere in un atto di divisione, nel qual caso non esiste un soggetto alienante, ma semmai un soggetto dividente. Infatti, in modo più preciso, l'art. 30, commi 3° e 4° del testo unico, a proposito della commercializzazione dei terreni, parla rispettivamente di dichiarazione di vigenza e di dichiarazione sostitutiva del certificato di destinazione urbanistica non rilasciato dal Comune per inerzia, con l'espressione, riferita al soggetto che deve emettere la dichiarazione, "dell'alienante o di uno dei dividenti".

Poiché l'interesse protetto non è l'interesse di parte, bensì un interesse generale che va ben oltre l'interesse dei contraenti, apparirebbe incongruo affermare che soltanto una delle parti contrattuali sia tenuta ad effettuare la dichiarazione, sembrando più razionale stabilirla a carico indifferentemente dell'uno o dell'altro contraente.

L'individuazione del soggetto tenuto alla dichiarazione ha fatto concentrare l'attenzione sui negozi a formazione progressiva e in particolare sulla donazione per atti separati.

La donazione può infatti assumere la configurazione di negozio a formazione progressiva qualora l'atto di disposizione del donante sia disgiunto dall'accettazione, potendo questa intervenire a distanza di tempo e perfezionandosi in tal caso l'atto con la notificazione dell'accettazione stessa al donante (art. 782, 2° comma c.c.). Infatti a norma dell'art. 782, 2° comma cod. civ. l'accettazione della donazione, ove fatta con atto pubblico posteriore, è idonea a determinare il perfezionamento del contratto solo con la notificazione al donante dell'atto di accettazione (20).

Quanto affermato più sopra in relazione al tipo d'interesse protetto porta alla conclusione che l'interesse protetto inerisce al bene, che si vuole garantire nella sua commerciabilità, inerenza che, una volta esistente, non viene a perdere la sua ragion d'essere se la dichiarazione di parte sia presentata prima o dopo, purché afferente al bene negoziato. Insomma, la legge può essere applicata in qualunque momento dell'iter formativo del negozio.

D'altro canto, solo sulla base di eccessivo formalismo si potrebbe affermare che un'attestazione presentata al momento della dichiarazione di donazione non possa valere anche ai fini della dichiarazione di accettazione.

In conclusione la certificazione prevista prima dall'art. 17 della legge 47 ed ora dall'art. 46 del testo unico sull'edilizia, può essere indifferentemente effettuata al momento della dichiarazione di donazione (da parte del donante) o al momento dell'accettazione (da parte del donante o dell'accettante): in entrambi i casi l'intero atto di donazione deve ritenersi ossequiente in pieno al disposto della legge.

4. Commerciabilità e vincoli

L'art. 46 del testo unico, conformemente all'art. 17 della legge 47, non si preoccupa di inserire nella documentazione necessaria ai fini della commerciabilità della costruzione, il parere sui vincoli previsti dall'art. 32, 3° comma della legge 47, mentre la tematica dei vincoli è prevista come indispensabile, ai fini della validità del negozio concernente la costruzione, per la commerciabilità dei beni assoggettati alla procedura di sanatoria disciplinata dagli artt. 31 e ss. della legge 47 del 1985.

Si comprende perché il testo unico, che non si occupa più del procedimento di sanatoria, ma esclusivamente dell'attività edilizia a regime, non contenga più norme che determinino l'interferenza dei vincoli sulla commerciabilità delle unità immobiliari. Infatti il parere sui vincoli, nella fase fisiologica dell'edilizia, deve precedere il permesso di costruire e condizionarne gli effetti.

Il vincolo, infatti, oltre che sull'opera abusiva, incide anche sul procedimento inteso ad assentire la prima costruzione. L'esistenza del vincolo infatti condiziona sempre il provvedimento di assentimento iniziale della costruzione, nel senso che la mancanza del parere, oppure il parere negativo sul vincolo, impedisce al Comune di rilasciare il provvedimento richiesto traducendosi il difetto, secondo alcuni nel vizio di annullabilità del provvedimento di assentimento, secondo altri nel vizio d'inefficacia di esso (21).

Poiché il testo unico si preoccupa solo di disciplinare la negoziazione dei beni sulla base di un permesso di costruire esistente, oppure sulla base di un permesso in sanatoria definito come accertamento di conformità (c.d. sanatoria a regime) ma esistente prima dell'atto, non vi è alcun dubbio che entrambi questi provvedimenti presuppongono l'esistenza di un parere positivo dell'autorità preposta al vincolo. Conseguentemente il parere sul vincolo non potrà più avere, come invece aveva nel procedimento di condono, una rilevanza documentale autonoma nella fase di negoziazione del bene.

Può peraltro accadere che il permesso di costruire sia rilasciato malgrado l'inesistenza di un parere sul vincolo, parere invece necessario. La situazione più frequente che può verificarsi può essere quella dell'ufficio comunale che rilasci il permesso di costruire disconoscendo in piena buona fede l'esistenza del vincolo.

Che accade in tal caso? Non vi è alcun dubbio che se le parti asseriscono l'esistenza del permesso di costruire, l'atto può essere ricevuto. Ma non vi è altrettanto dubbio che il bene è pur sempre a rischio, perché il permesso di costruire rilasciato senza parere sul vincolo può in futuro essere impugnato, traducendosi la violazione della norma in un vizio urbanistico del bene, che potrebbe avere determinate conseguenze negative. Pertanto l'unica conclusione potrebbe essere quella del notaio che manifesta alle parti il problema, invitandole a rinviare l'atto, fermo restando che se le parti insistono e si assumono tutta la responsabilità della situazione l'atto va stipulato.

Detto in altre parole: nella fattispecie non vi sono ostacoli alla commerciabilità del bene, ma soltanto vizi oggettivi del bene, che possono influire sulla responsabilità delle parti in ordine agli effetti del contratto posto in essere. E di tutto ciò un notaio attento deve dare informazione.

5. Atto di conferma

L'art. 46 del testo unico, in perfetta conformità con quanto disponeva l'art. 17 della legge 47 e in piena consonanza con quanto continua a disporre l'art. 40 stessa legge, stabilisce il c.d. "atto di conferma". Nella sostanza la norma può essere così sintetizzata: se la mancata indicazione nell'atto dei documenti necessari ai fini della validità del negozio posto in essere non è dovuta all'effettiva inesistenza della documentazione richiesta (se, cioè, i documenti esistevano, ma nell'atto non sono stati dichiarati) l'atto nullo può essere confermato mediante atto successivo che abbia la stessa forma del precedente e contenente l'omessa documentazione, a cura anche di una sola delle parti contraenti.

Del resto è stato altra volta chiarito che questa norma si preoccupa di ovviare ad errore o dimenticanza in sede di stipula dell'atto precedente ed ha di mira la corretta circolazione del bene (22).

Si verifica, insomma, una dissociazione concettuale tra regolarità dell'oggetto e regolarità della strumentazione negoziale utilizzata: l'irregolarità del primo non determina la necessaria irregolarità del secondo, e l'irregolarità del secondo non viene automaticamente superata dalla regolarità del primo. Ciò significa che, a fronte di un manufatto abusivo, per il quale peraltro esistono le indicazioni documentali richieste dalla legge, occorre concludere che, almeno in prima battuta, cioè fino al momento in cui sia dimostrata la falsità della dichiarazione di parte, l'atto posto in essere avente per oggetto detto manufatto deve ritenersi valido. Ma in modo più

consistente ciò significa che l'atto posto in essere è nullo, per carenza della documentazione di legge, ancorché si tratti di bene legittimo sul piano della regolarità urbanistica e comunque di bene assentito dalla pubblica Amministrazione.

Di recente la Cassazione ha portato la sua attenzione sull'atto di conferma, stabilendo che secondo la legge sul condono edilizio "l'irregolarità del bene non rileva di per sé, ma solo in quanto preclude la conferma dell'atto. Simmetricamente, la regolarità del bene sotto il profilo urbanistico non rileva in sé, ma solo in quanto consente la conferma dell'atto" (23).

Letta a sé, avulsa dal resto, questa affermazione sembrerebbe avallare l'opinione che la regolarità formale del bene sia un interesse che vive di luce riflessa derivata dall'atto di conferma. E se fosse questa l'esatta conclusione, essa apparirebbe del tutto anomala nel nostro ordinamento, perché non si può attribuire ad un atto di conferma, strumento residuale di tutta eccezionalità, il compito precipuo di disegnare il connotato essenziale dell'interesse protetto da una norma determinata.

Quello che conta, infatti, al di là dell'imprecisione lessicale desumibile dalla motivazione della sentenza in rassegna, è l'affermazione sostanziale della Suprema Corte (questa sì corretta) che il meccanismo tracciato dal legislatore (nullità – atto di conferma) dimostra che suo precipuo intento è stato quello di valutare la concreta ed oggettiva esistenza dell'interesse protetto: se la regolarità urbanistica del bene esiste, la nullità per la sua mancata indicazione in atto non costituisce vizio definitivo, ma vizio provvisorio, sanabile con l'atto di conferma, e ciò basta per far ritenere la nullità vizio formale e non già vizio sostanziale.

Il problema della differenza tra atto di conferma ed atto di convalida è stato esaminato dalla dottrina prevalentemente in correlazione con il combinato disposto degli artt. 590, 799, e 1423 codice civile e parte della dottrina perviene alla conclusione, per quanto può interessare il nostro caso, che nella conferma gli effetti dipendono dall'atto di conferma, mentre nella convalida gli effetti dipendono dall'atto da convalidare, il che porta alla conclusione che mentre l'atto di conferma può essere, a seconda dei casi, ritenuto meritevole di pubblicità immobiliare, non va invece necessariamente trascritto l'atto di convalida, operando, sul piano degli effetti della pubblicità immobiliare, l'avvenuta precedente trascrizione dell'atto convalidato e provvisoriamente invalido (24).

Ad evitare, peraltro, che la nullità dell'atto precedente si perda nel nulla e ritenendo, quindi, più confacente alla sua natura di atto nullo e quindi improduttivo di effetti nei confronti di chiunque, non si può sostenere che la sua riviviscenza, per effetto dell'atto di conferma, vada a detrimento dei terzi. Pertanto si condivide sul piano sostanziale l'affermazione che la conferma determini la riviviscenza dell'atto fra le parti, senza peraltro che ciò comporti danni per i terzi.

Alla luce della riflessione che precede si può ritenere appagante l'affermazione che conferma ed atto nullo costituiscono una fattispecie complessa e che gli effetti della trascrizione di entrambi gli atti operano *ex art. 2644 c.c.* soltanto a far data dalla trascrizione dell'atto di conferma, con priorità dell'acquisto del terzo che abbia provveduto alla trascrizione del proprio acquisto prima della trascrizione dell'atto di conferma (25).

Ma non va dimenticato che alcune conservatorie dei registri immobiliari consentono che l'atto di conferma vada annotato a margine della trascrizione dell'atto precedente; se si accoglie questa soluzione non vi è alcun dubbio che, eseguita l'annotazione, le trascrizioni già compiute hanno effetto secondo il loro ordine rispettivo, come recita l'art. 2655, 3° comma c.c..

Come va strutturato l'atto di conferma? Insomma, occorre o meno la dichiarazione espressa che si intende convalidare l'atto nullo, come accadrebbe se a questa fattispecie venisse applicato l'art. 1444 c.c. sulla convalida del negozio annullabile (26)? Mi pare peraltro eccessivo porsi questo problema, perché nella legge 47 siamo del tutto al di fuori della fattispecie di convalida del negozio annullabile.

L'unico profilo della convalida del negozio annullabile che potrebbe essere utilizzato è quello degli effetti della convalida, che, saldandosi con il negozio annullabile, ma operativo, cancella *ex tunc* il difetto negoziale. Ma qui il discorso è reso più semplice dal fatto che il negozio annullabile è un negozio che nasce difettoso, ma che produce regolarmente tutti gli effetti di un negozio valido. Pertanto, eliminando con la convalida il difetto negoziale caratterizzato dal vizio di annullabilità, si elimina la possibilità di aggredire il negozio rendendo operativo il vizio, ma nulla avviene in ordine agli effetti negoziali, che continuano ad essere produttivi *ex tunc*, sin dall'inizio, come se il vizio non esistesse, e fermo quanto si è sopra affermato sulla tutela dei terzi.

6. Denuncia inizio attività e commerciabilità

L'art. 46 menziona soltanto il permesso di costruire come ipotesi della quale tener conto ai fini della commerciabilità degli edifici e pertanto se ne dovrebbe ricavare la conclusione che soltanto le costruzioni che richiedono il permesso di costruire meritino attenzione ai fini della nullità negoziale disciplinata dalla norma.

Peraltro non va dimenticato che l'art. 137 del testo unico afferma espressamente che il secondo comma dell'art. 9 della legge 24 marzo 1989, n. 122 (c.d. legge Tognoli), è sostituito dal seguente: "l'esecuzione delle opere e degli interventi previsti dal comma 1 è soggetta a denuncia di inizio attività".

Ciò comporta che il c.d. parcheggio Tognoli, ai fini della commerciabilità, ancorché debba andare di passo con l'unità abitativa cui esso accede come pertinenza necessitata, va negoziato, pur trattandosi di unità immobiliare nuova, con la denuncia di inizio attività. Trattasi certamente di un'eccezione alla regola che per le singole unità immobiliari prevede il permesso di costruire (27); ma, ancorché si tratti di norma eccezionale, di essa va tenuto conto.

Si pone pertanto il problema di come correlare la denuncia di inizio attività con l'art. 46 del testo unico, che prevede solo il permesso di costruire. Evidentemente per analogia, riproducendo in atto (o, per quanto sopra previsto, in allegato) per dichiarazione di parte, quanto serve ad identificare gli estremi della denuncia di inizio attività (28).

Per individuare correttamente quali siano gli elementi dei quali tener conto per comprovare l'esistenza della denuncia di inizio attività si può fare riferimento all'art. 23, 5 comma del testo unico, il quale dispone: "la sussistenza del titolo è provata con la copia della denuncia di inizio attività da cui risulti la data di ricevimento della denuncia, l'elenco di quanto presentato a corredo del progetto, l'attestazione del professionista abilitato, nonché gli atti di assenso eventualmente necessari". Occorre peraltro precisare che questa documentazione non è richiesta ai fini della commerciabilità, bensì ai fini amministrativi intesi a comprovare (si pensi all'ipotesi di un controllo dell'autorità avvenuto in loco) che effettivamente il procedimento di inizio attività è stato regolarmente instaurato e portato a buon fine. Nel nostro caso, vale a dire ai fini della commerciabilità, sul presupposto che è sufficiente la dichiarazione di parte, per analogia con il permesso di costruire, occorrerà che la dichiarazione attesti gli estremi della denuncia con le indicazioni della data di trasmissione al Comune.

La denuncia di inizio attività è alternativa al permesso di costruire e quindi, ai fini della commerciabilità, sembra necessario riconoscere a questo strumento pari dignità. Se per il permesso di costruire la legge prescrive l'indicazione degli estremi del provvedimento, non vi è motivo per ritenere che debba pretendersi, per l'analogo strumento della denuncia di inizio attività, una documentazione più rigorosa.

D'altro canto non va dimenticato che in tutta questa materia la falsità o meno della dichiarazione del privato non inciderà mai sull'invalidità del negozio posto in essere, ma potrà determinare eventualmente conseguenze sanzionatorie che tocchino il vizio oggettivo del

bene, effetto del vizio della procedura amministrativa instaurata, e che determineranno conseguenze sanzionatorie nei confronti della pubblica amministrazione.

7. Giudizio di conformità

La soluzione, apparentemente di chiusura, cui si è alla fine del punto 5 pervenuti, non deve far concludere che, chiusi ormai i termini per il condono, si determinerà una gran massa di unità immobiliari incommerciabili, dato che il fenomeno dell'abusivismo potrà purtroppo continuare ad essere esercitato.

Vi è quella sorta di scialuppa di salvataggio offerta dal legislatore con il c.d. accertamento di conformità, che sintetizza con una formula, la norma contenuta nell'art. 36 del testo unico, interamente riprodotiva della norma già contenuta nell'art. 13 della legge 47 del 1985.

Trattasi di uno strumento a regime, che per il vero in costanza di legge 47, a procedimento di sanatoria aperto, non aveva dato luogo a particolari discussioni. Ma è inevitabile affermare che, a condono chiuso, sarà questo strumento cui sarà indispensabile ricorrere per superare situazioni di incommerciabilità per la mancanza del permesso di costruire.

Sembra giunto pertanto il momento di dedicare una particolare attenzione a questo meccanismo. Con questa norma la legge 47 ha previsto una sorta di sanatoria a regime, che potremmo definire "virtuosa". Si tratta di una sanatoria di abusi edilizi che può intervenire senza limiti di tempo e senza limiti dimensionali dell'opera abusiva realizzata, ma assoggettata ad un elemento rigoroso: l'opera eseguita deve essere conforme agli strumenti urbanistici vigenti. In tal caso il contributo concessorio è stabilito in misura doppia a titolo di oblazione, ma la dottrina precisa che corrisposto questo contributo non va versato il contributo concessorio ordinario.

La norma recita testualmente (29), al primo comma: "In caso di interventi realizzati in assenza di permesso di costruire, o in difformità da esso, fino alla scadenza dei termini di cui agli articoli 31, comma 3, 33, comma 1, 34, comma 1, e comunque fino all'irrogazione delle sanzioni amministrative, il responsabile dell'abuso, o l'attuale proprietario dell'immobile, possono ottenere il permesso in sanatoria se l'intervento risulti conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al momento della realizzazione dello stesso, sia al momento della presentazione della domanda".

Il richiamo all'art. 31, 3° comma concerne la fattispecie della costruzione priva di permesso di costruire o realizzata in totale difformità dal permesso di costruire; il richiamo all'art. 33, 1° comma attiene alla ristrutturazione edilizia realizzata con identica carenza di provvedimento abilitativo; infine il richiamo all'art. 34, 1° comma concerne le variazioni essenziali prive di provvedimento abilitativo. In tutti questi casi vi è l'ordine di demolizione, che va eseguito entro un certo termine, trascorso il quale provvede il Comune.

Il primo problema che pone la norma è il seguente: essa norma trova applicazione soltanto se vi sia stata, da parte del Comune, l'ingiunzione al privato di provvedere alla demolizione o alla rimozione dell'opera abusiva, oppure anche nell'ipotesi che manchi del tutto un provvedimento ingiuntivo da parte dell'ente locale? Si propende per questa seconda soluzione, perché sarebbe del tutto incongruo che la legge consentisse la sanatoria a regime soltanto quando la pubblica amministrazione abbia constatato l'abusivismo e intenda eliminarlo con un provvedimento amministrativo di rimozione e non lo prevedesse invece nel caso in cui il Comune non si sia reso conto della realizzazione di un'opera abusiva, o, pur resosene conto, non abbia ancora provveduto a disporre formalmente la demolizione. Infatti se questa fosse la corretta interpretazione della norma, una sanatoria, che rappresenta un vantaggio per il privato, non verrebbe riconosciuta per un atteggiamento d'inerzia della pubblica amministrazione.

L'interpretazione corretta della norma appare invece la seguente: la sanatoria è consentita fino al momento in cui non debba essere eseguito un provvedimento comunale d'ingiunzione alla

rimozione dell'opera, sia che il provvedimento vi sia stato (ma non si sia ancora concluso il termine per consentire al privato di provvedere alla demolizione), sia che il provvedimento d'ingiunzione non sia stato ancora notificato.

Che sia questa l'interpretazione corretta della norma lo si ricava anche dalla parte della disposizione per cui la richiesta di sanatoria può essere presentata "comunque fino all'irrogazione delle sanzioni amministrative", il che rende la sanatoria possibile per tutta la fase d'inerzia della pubblica amministrazione nell'imposizione di queste sanzioni.

Un secondo problema è il seguente: la sanatoria a regime in discorso, se esistono le condizioni di legge, è un diritto dell'interessato, oppure una facoltà dell'amministrazione? La risposta al quesito è nel primo senso. La dottrina infatti è d'accordo nell'affermare che, come costituiva un diritto dell'interessato ottenere la concessione edilizia, così costituiva un suo diritto ottenere la concessione in sanatoria **(30)**.

Pertanto l'espressione utilizzata dal legislatore "possono ottenere il permesso in sanatoria" non significa che la pubblica amministrazione ha il potere discrezionale di concedere o di negare detto permesso, ma soltanto che la persona interessata ha la facoltà di richiederlo, fermo restando che se è stata attivata l'istanza di sanatoria, ad essa va data risposta in senso affermativo o in senso negativo, ma solo motivando in base al contrasto o meno alla strumentazione urbanistica ed edilizia **(31)**.

In ordine alla persona legittimata a proporre l'istanza di sanatoria, l'art. 36 del testo unico modifica in parte la norma contenuta nell'art. 13 della legge 47 del 1985: quest'ultima menzionava soltanto "il responsabile dell'abuso", per cui la dottrina si interrogava sul dubbio se l'istanza di sanatoria potesse essere presentata soltanto dal responsabile dell'abuso, o anche dal suo eventuale avente causa (l'acquirente, colui che fosse divenuto proprietario del bene in base ad usucapione, ad esempio) e concludeva in questo secondo senso, applicando per analogia l'art. 31 della legge 47 **(32)**.

L'art. 36 del testo unico risolve espressamente il problema, attribuendo la facoltà di presentazione dell'istanza di sanatoria al responsabile dell'abuso e all'attuale proprietario, con una estensione del tutto plausibile, perché può accadere che nel frattempo il bene abbia subito determinate vicende negoziali.

L'opera non deve essere in contrasto con la strumentazione urbanistica ed edilizia. L'art. 13 della legge 47 del 1985 utilizzava l'espressione "conformità con gli strumenti urbanistici generali e di attuazione approvati e non in contrasto con quelli adottati", dando luogo a tutta una serie di dubbi interpretativi: si discuteva se l'espressione "non in contrasto con" risultasse meno forte dell'espressione "in conformità con"; si discuteva se il riferimento agli strumenti urbanistici coinvolgesse anche la normativa urbanistica (ad es. il regolamento edilizio comunale) **(33)**.

Il nuovo testo chiarisce che deve trattarsi di "disciplina urbanistica ed edilizia", evidentemente con formula onnicomprensiva ed utilizza la parola "vigente" per significare che non basta che una normativa sia stata adottata se essa non sia ancora produttiva di effetti per il mancato completamento dell'iter amministrativo necessario per la sua operatività.

L'art. 36 testo unico non risolve il problema, che si poneva sub art. 13 della legge 47 del 1985, se il pagamento del contributo concessorio in misura doppia escludesse automaticamente l'obbligo di un aggiuntivo versamento dell'ordinario contributo concessorio. Non sembra che vi siano motivi per discostarsi dalla soluzione, accolta in dottrina, della non necessità di un ulteriore versamento, avendo la misura doppia lo scopo di ricomprendere anche una parte dell'ordinario contributo concessorio dovuto per la costruzione **(34)**.

Gli effetti del permesso in sanatoria sono gli stessi del permesso di costruire ordinario ed è evidente che, ai fini della validità dell'atto, occorre che dall'atto stesso risultino, per dichiarazione di parte, gli estremi del permesso in sanatoria, desunti dal provvedimento firmato dal dirigente del Comune oppure dal responsabile del settore di competenza.

Si pone peraltro il problema di stabilire che accade allorquando il funzionario competente non emetta il provvedimento entro i sessanta giorni dalla richiesta di sanatoria. L'art. 36, ultimo comma, dispone che, decorsi i 60 giorni "la richiesta si intende rifiutata". La norma precedente utilizzava l'espressione "la richiesta si intende respinta".

Sotto il vigore dell'art. 13 della legge 47 del 1985 si discuteva sul valore di questa mancata risposta, del valore di questo silenzio: doveva qualificarsi come silenzio-provvedimento (considerandolo quindi negativo nel merito), oppure come silenzio-inerzia della Pubblica amministrazione (considerandolo quindi come un non provvedimento, senza alcuna determinazione di merito)?

Il dubbio non era soltanto teorico, perché con la prima soluzione (silenzio-provvedimento) si affermava che la pubblica amministrazione, intervenuto il silenzio, non potesse più provvedere per accogliere o respingere l'istanza, essendosi essa già espressa in senso negativo; con la seconda soluzione, invece, si affermava che la pubblica amministrazione potesse successivamente intervenire in qualunque momento, non avendo essa assunto ancora determinazioni di contenuto.

La giurisprudenza amministrativa si esprimeva per l'una o per l'altra di dette conclusioni, mentre la giurisprudenza della cassazione penale propendeva per la soluzione del silenzio come mancato provvedimento, senza interferenze di merito (35).

La soluzione accolta dal testo unico sembra seguire la strada del silenzio come mancato provvedimento, cioè quella del silenzio che per se stesso è neutro, privo di significato e quindi non rapportabile ad un provvedimento negativo di concessione della sanatoria. Non vi è alcun dubbio che in questo modo il silenzio della pubblica amministrazione non è esaustivo e che, pertanto, viene lasciata aperta la strada per ottenere il provvedimento di sanatoria.

Ai fini della commerciabilità, poi, questo silenzio non potrà mai essere utilizzato, perché in sua presenza è come se la pubblica amministrazione non abbia ancora deciso, fermo restando che la commerciabilità del bene rimarrà sospesa per tutto il tempo in cui la pubblica amministrazione non avrà deciso, o per provvedimento proprio, o per determinazione del giudice amministrativo.

Infine un ultimo problema: gli effetti della sanatoria in discorso decorrono dalla data del provvedimento (*ex nunc*) oppure dalla data dell'abuso (*ex tunc*)? Si condivide l'opinione, espressa da una parte della dottrina (36) che gli effetti si verifichino *ex nunc*, per la prevalente considerazione che non potrebbe essere retrodatato un provvedimento il quale deve tener conto non solo della normativa in essere al momento dell'abuso, ma anche della normativa successiva, fino al momento in cui viene presentata domanda di sanatoria.

III. Terreni

Il testo unico, anche ai fini della commerciabilità dei terreni, non sembra aver portato alcuna modifica di rilievo.

Per i terreni continua a valere l'art. 18 della legge 47, ormai numerato come art. 30 del testo unico, ma lasciato sostanzialmente intatto.

L'art. 30 del testo unico, in perfetta sintonia con l'art. 18 della legge n. 47 del 1985, si occupa della lottizzazione abusiva, della quale dà la definizione al primo comma, e della commercializzazione dei terreni, interamente impostata sull'allegazione del certificato di destinazione urbanistica.

1. Certificato di destinazione urbanistica

1.1. Concetto

Il certificato di destinazione urbanistica è un documento, rilasciato dal Comune, che riassume, in relazione ad un determinato terreno, le regole urbanistiche che governano la sua utilizzabilità, allo scopo di identificarne il regime di edificabilità o inedificabilità, cioè a dire la natura urbanistica dell'area interessata.

Trattasi, pertanto, di uno strumento di conoscenza sull'utilizzabilità edificatoria di un terreno, di un'area, di una zona determinata.

1.2. Origine

Il certificato di destinazione urbanistica non nasce con la legge n. 47 del 1985 sul condono edilizio, bensì con una legge precedente (la legge 2 marzo 1982, n. 94, art. 8, comma 9), la quale prevedeva il certificato di destinazione urbanistica come documento necessario per favorire colui che intendesse costruire senza provvedimento concessorio, ma utilizzando il silenzio-assenso, limitatamente alle costruzioni nei Comuni con popolazione superiore ai 30 mila abitanti. Nella sostanza si voleva, in tal modo, far sì che chi intendeva provvedere autonomamente alla realizzazione di un programma edilizio, dovesse conoscere le regole urbanistiche ed edilizie concernenti la costruzione nella zona interessata, allo scopo di conformarvisi.

Successivamente il certificato di destinazione urbanistica è stato utilizzato non ai fini dell'edificazione, ma proprio per evitare l'edificazione a rischio: più in funzione preventiva che in funzione conclusiva; più in vista di una edificazione non legittimamente programmata che per assecondare un'attività costruttiva ben determinata.

Non vi è alcun dubbio che il contenuto del certificato ha un valore conoscitivo per l'acquirente, perché gli consente di valutare se la proprietà o l'altro diritto reale che egli si accinge a realizzare sul bene potrà esplicarsi senza vincoli urbanistici o meno. Ma affermare che sia stato questo l'unico scopo di questo documento appare eccessivo: allorquando la legge prevede la sanzione della nullità, essa ha di mira la tutela non di un interesse privato, ma di un interesse generale; non può il legislatore, prevedendo la nullità, avere inteso tutelare soltanto l'interesse dell'acquirente. Più plausibilmente l'intento è stato quello di evitare la realizzazione del reato di lottizzazione abusiva ed allora la nullità trova una sua precisa giustificazione.

La stessa giurisprudenza, infatti, avalla questa conclusione, quando afferma che l'allegazione del certificato di destinazione urbanistica si innesta nel quadro di un meccanismo "rigorosamente formale volto alla tutela dell'interesse generale alla difesa dell'equilibrio del territorio dai danni connessi alla speculazione edilizia non meno che alla protezione degli interessi individuali dell'acquirente" (37).

1.3 Competenza al rilascio del certificato di destinazione urbanistica

L'art. 30 del testo unico, risolvendo precedenti incertezze, prescrive che il certificato di destinazione urbanistica "deve essere rilasciato dal dirigente o responsabile del competente ufficio comunale".

In precedenza la norma prevedeva il rilascio da parte del sindaco e, dopo il travaso delle competenze amministrative dal sindaco al dirigente, si discuteva se il certificato di destinazione urbanistica potesse essere rilasciato dal sindaco o dal dirigente. In definitiva, in ordine alla competenza alla firma del certificato di destinazione urbanistica si concentrava gran parte della discussione che aveva coinvolto la tematica dell'individuazione del soggetto che può rappresentare gli enti locali nell'attività negoziale (38).

Non vi è alcun dubbio che ormai il problema non ha più ragion d'essere, dopo la chiara formulazione normativa che prevede la competenza del dirigente o del responsabile dell'ufficio competente. Ma si può continuare a sostenere che il certificato firmato dal sindaco sia tuttora valido.

1.4. Inerzia del Comune nel rilascio

Il certificato di destinazione urbanistica deve essere rilasciato dal dirigente o dal responsabile del competente ufficio comunale "entro il termine perentorio di trenta giorni dalla presentazione della relativa domanda" (art. 30, 3° comma prima parte). "In caso di mancato rilascio del suddetto certificato nel termine previsto, esso può essere sostituito da una dichiarazione dell'alienante o di uno dei condividenti attestante l'avvenuta presentazione della domanda, nonché la destinazione urbanistica dei terreni secondo gli strumenti urbanistici vigenti o adottati, ovvero l'inesistenza di questi ovvero la prescrizione, da parte dello strumento urbanistico generale approvato, di strumenti attuativi" (art. 30, 4° comma).

La legge però si è preoccupata anche di un'inerzia protratta nel tempo ed ha avallato uno strumento alternativo al certificato mancato: ha concesso al privato la possibilità di porre in essere un surrogato del certificato, surrogato nel senso che esso possa essere utilizzato con la stessa validità del certificato: la dichiarazione di parte che riassume nella certificazione quanto avrebbe dovuto riassumere la PA nel certificato mancato.

L'essere ricorso il legislatore alla certificazione, ha reso necessario individuare il soggetto autore della stessa, previsto, analogamente all'omologa norma stabilita per la commercializzazione dei fabbricati, nell'alienante o in uno dei condividenti: in questo modo viene attribuita al presumibile soggetto più informato il compito di documentarsi e di riassumere il contenuto della pregressa informazione in un documento destinato a prendere il posto di un documento ufficiale rilasciato dalla PA. Ma contemporaneamente questo compito di autocertificare un elemento essenziale del contratto si incardina nei doveri contrattuali della parte dichiarante, che ne involgono appieno la relativa responsabilità.

Poiché la legge non prevede alcun termine tra la data della richiesta del certificato di destinazione urbanistica e la data della stipula, non ha nell'economia della norma in discorso alcuna rilevanza la data della richiesta del certificato di destinazione urbanistica. Essenziale è, ai fini della commerciabilità, che la richiesta sia stata inoltrata e che il Comune non abbia ancora risposto, a nulla rilevando la reiterazione della richiesta, posto che comunque la dichiarazione che viene effettuata per mancato rilascio del certificato di destinazione urbanistica non ha alcun collegamento temporale con la richiesta del certificato di destinazione urbanistica, ma deve fare riferimento al momento della stipulazione dell'atto.

2. Tipologia degli atti

Anche per la negoziazione dei terreni il legislatore utilizza analogo meccanismo utilizzato per la negoziazione dei fabbricati: stabilisce una regola (art. 30, secondo comma del testo unico) e prevede delle eccezioni (art. 30, ultimo comma).

La regola è che tutti gli atti costitutivi o modificativi di diritti reali, purché atti tra vivi, richiedono l'allegazione del certificato di destinazione urbanistica. L'eccezione è che non vi sono tenuti, oltre agli atti *mortis causa*, le divisioni ereditarie, le donazioni tra coniugi o tra parenti in linea retta, gli atti concernenti i diritti reali di garanzia e le servitù.

Per la commercializzazione dei terreni vale quanto è stato più sopra indicato per la commercializzazione dei fabbricati in ordine alla tipologia negoziale presa in considerazione dall'art. 30 del testo unico.

Quindi trovano nel nostro caso piena applicazione tutte le considerazioni svolte in precedenza in ordine: al contratto preliminare (39), ai negozi a formazione progressiva, alla vendita di cosa altrui, alla costituzione di fondo patrimoniale, alla vendita con riserva della proprietà, all'acquisto per accessione.

E' stato espressamente affermato che la norma sulla nullità concernente i terreni non trova applicazione per gli atti giuridici processuali (40). L'affermazione è esatta, ancorché la norma

sui terreni non riproduca l'analogia norma prevista per i fabbricati, vale a dire l'esclusione espressa dalla normativa degli "atti derivanti da procedure esecutive immobiliari, individuali o concorsuali", come espressamente dispone l'art. 46, ultimo comma del testo unico. Non è necessario prevedere una norma siffatta, perché apparirebbe impensabile ipotizzare una fattispecie di lottizzazione abusiva nel contesto di una procedura giudiziaria. In tal caso, insomma, ai fini del trasferimento coattivo del terreno, non occorre il ricorso al certificato di destinazione urbanistica.

Tuttavia simile certificato, ai fini della procedura esecutiva, è stato previsto dagli artt. 1 e segg. della legge 3 agosto 1998, n. 302, recante norme in tema di espropriazione forzata e di atti affidabili ai notai. Sorge pertanto il problema delle motivazioni che hanno giustificato questo documento, previsto espressamente in sede di esecuzione espropriativa ed invece non previsto né nell'art. 18 della legge 47 del 1985, né nel corrispondente art. 30 del testo unico. L'aver previsto questo certificato in una norma di rito non può avere altro significato che quello di fornire del bene da porre in vendita il massimo di descrizione, allo scopo di individuarne la concreta utilizzabilità, che serve certamente: al giudice per stabilire se procedere o meno alla procedura di vendita coattiva; al perito per disporre di elementi utili per valutare il valore del bene; all'aspirante aggiudicatario per giudicare la convenienza o meno di procedere all'acquisizione del bene. In questo modo, insomma, le finalità del certificato di destinazione urbanistica appaiono tutte proiettate alla convenienza della procedura e non certamente allo scopo di evitare il reato di lottizzazione abusiva.

3. Terreni pertinenza di costruzioni

L'art. 30, secondo comma ultima parte recita che "le disposizioni di cui al presente comma non si applicano quando i terreni costituiscano pertinenze di edifici censiti nel nuovo catasto edilizio urbano, purché la superficie complessiva dell'area di pertinenza medesima sia inferiore a 5.000 metri quadrati".

La norma ha dato luogo a non pochi problemi. Va subito avvertito che essa, nella formulazione originaria dell'art. 18 della legge 47 del 1985 non era prevista: è stata inserita dalla legge 21 giugno 1985, n. 298, legge di conversione del D.L. 23 aprile 1985, n. 146.

La norma per se stessa ha una precisa giustificazione: se un terreno costituisce pertinenza di un fabbricato, sul presupposto che la pertinenza è regolata secondo la disciplina concernente il bene principale, non vi è alcun dubbio che il terreno-pertinenza debba essere trattato come un fabbricato e non come un terreno: il bene principale assorbe la disciplina del bene secondario e la fa propria. Ciò vorrebbe dire che il terreno-pertinenza di un edificio deve essere trattato come un edificio e quindi assoggettato non all'articolo 30 del testo unico, bensì all'articolo 46 dello stesso testo unico.

Ma questa conclusione abbisogna di ulteriori approfondimenti. La norma intende escludere il certificato di destinazione urbanistica allorché il terreno sia negoziato come pertinenza di una costruzione. Peraltro secondo l'opinione di una dottrina maggioritaria, supportata dalla giurisprudenza della Suprema Corte (41), il rapporto pertinenziale si scioglie allorché il bene sia negoziato separatamente dal bene principale, perché secondo questa opinione perché si abbia rapporto pertinenziale occorre che il titolare del bene principale sia anche titolare del bene secondario. Per consentire pertanto alla norma di eccezione la sua operatività è giocoforza, sulla base della predetta opinione, concludere che occorre in ogni caso la commercializzazione contestuale del fabbricato con la porzione di terreno unito al primo da un rapporto pertinenziale.

La legge parla di pertinenza "di edifici censiti nel nuovo catasto edilizio urbano", espressione che sembrerebbe avallare la conclusione che occorra il censimento catastale all'urbano del fabbricato cui il terreno è asservito. Ma va da sé che non si richiede necessariamente

l'avvenuto accatastamento, apparendo sufficiente anche la presentazione della denuncia catastale.

A seguito dell'istituzione del nuovo catasto dei fabbricati, che ha sostituito il vecchio catasto edilizio urbano, per effetto della legge 23 dicembre 1996, n. 662 e del D.P.R. 23 marzo 1998, n. 139, tenuto conto della norma per la quale anche i fabbricati rurali che abbiano conservato la ruralità debbono essere iscritti nel nuovo catasto dei fabbricati, ci si può chiedere se il discrimine creato dall'espressione "edifici censiti nel nuovo catasto edilizio urbano" abbia ancora ragion d'essere. E non va dimenticato che il testo unico non modifica per nulla, sul punto, l'espressione contenuta nell'art. 18 della legge 47, mostrando di disinteressarsi del problema o di non averlo per nulla avvertito. Deve risponderci, come è stato con adeguata valutazione già fatto (42), nel senso che la norma deve continuare ad essere applicata nella sua letteralità, dato il suo scopo di evitare accertamenti di fatto: anche per tutti i fabbricati rurali, purché censiti nel nuovo catasto fabbricati, la norma di eccezione dovrà continuare ad essere ritenuta applicabile.

La norma in discorso reca peraltro una limitazione alla sua operatività: essa dispone che l'allegazione del certificato di destinazione urbanistica non occorre "purché la superficie complessiva dell'area di pertinenza ... sia inferiore ai 5.000 metri quadri". Ciò significa, evidentemente, che un terreno superiore a detta dimensione, se pertinenza, non cessa di svolgere il suo ruolo di cosa a servizio di un'altra, fermo restando, peraltro, che in tal caso non opera l'eccezione della mancata necessaria allegazione del certificato di destinazione urbanistica.

In altre parole: occorre, per l'operatività della norma, che il terreno negoziato abbia un duplice requisito: a) deve costituire pertinenza di un fabbricato; b) deve rivestire una dimensione non superiore al valore previsto dalla norma, equivalente a mezz'ettaro.

4. Dichiarazione di vigenza

L'art. 30, terzo comma ultima parte prescrive che il certificato di destinazione urbanistica "conserva validità per un anno dalla data del rilascio se, per dichiarazioni dell'alienante o di uno dei condividenti, non siano intervenute modificazioni degli strumenti urbanistici". In questo modo, nella sostanza, si ricorre ad una dichiarazione di parte (c.d. autodichiarazione di vigenza) per attribuire validità ad un certificato che, diversamente, non ne avrebbe alcuna, se non, presumibilmente, limitatamente al giorno in cui esso è stato emesso.

Che valore attribuire a questa dichiarazione di vigenza? Prima che sul problema intervenisse la Cassazione (43) la dottrina, probabilmente sulla base dell'avvertenza che non poteva riconoscersi, ad una dichiarazione proveniente dal privato, il valore di determinare la validità di un certificato proveniente dalla pubblica amministrazione, era portata ad attribuire scarso rilievo a questa dichiarazione: o nel senso che si criticava l'aver incardinato sul privato un onere eccessivo, presumibilmente superiore alle sue normali possibilità (44); o nel senso che si riteneva sufficiente l'intervenuta dichiarazione di conformità, a prescindere dalla sua veridicità, per salvare la validità dell'atto e comunque per non attribuire al dichiarante il falso alcuna responsabilità di ordine penale (45); o infine nel senso che se mancava la certificazione, ma in concreto le modifiche degli strumenti urbanistici non erano avvenute, si riteneva che non operasse la nullità, in questo modo dando alla dichiarazione il significato di semplice supporto in vista dell'esigenza consistente nel fatto che gli strumenti urbanistici non fossero mutati (46).

Una dottrina si prendeva carico di questa "deminutio" del rilievo della certificazione di conformità e perveniva alla conclusione che la dichiarazione fosse solo un elemento che impediva la nullità dell'atto qualora il certificato di destinazione urbanistica non fosse più conforme alle prescrizioni urbanistiche, che nel frattempo avessero subito variazioni; per cui la sua funzione fosse quella di esonerare l'acquirente e gli altri condividenti dall'onere di accertare la rispondenza del certificato agli strumenti attuali (47).

Peraltro di recente è intervenuta sul problema la Cassazione, che ha così stabilito (48): "in materia di validità degli atti di alienazione o divisione di immobili, l'art. 18 della legge 28 febbraio 1985, n. 47, prescrivendo, sotto pena di nullità, l'allegazione del certificato di destinazione urbanistica e stabilendo che lo stesso conserva validità per un anno dalla data del rilascio se, per dichiarazione dell'alienante o condividente, non siano intervenute modificazioni degli strumenti urbanistici, configura tale dichiarazione come elemento essenziale di validità del certificato fino alla scadenza del detto termine – da considerare perentorio – di un anno, con esclusione della sua fungibilità da una situazione di fatto di reale conformità del contenuto del certificato dell'effettiva destinazione urbanistica dell'area. Ne consegue che la carenza della dichiarazione integra una situazione del tutto equivalente a quella di mancata allegazione del certificato ed ugualmente sanzionata con la nullità dell'atto, senza che rilevi in contrario l'essere stato questo stipulato a fini di cessione al demanio dello Stato di terreni per i quali sia stata intrapresa procedura espropriativa e, quindi, a fini di sostituzione della medesima".

In questo modo la Cassazione, attribuendo alla dichiarazione di vigenza il connotato di elemento essenziale del certificato, accredita l'opinione che tutte le volte che sia richiesto il certificato, questo non può andare disgiunto dalla dichiarazione di vigenza. Nel caso di specie, peraltro, si poteva dubitare che si richiedesse il certificato di destinazione urbanistica, perché i trasferimenti afferenti a procedura espropriativa appaiono estranei alla sfera di applicabilità della norma in discorso.

5. Atto di sanatoria per i terreni

Ci si è chiesti se, analogamente a quanto avviene per la commercializzazione dei fabbricati, anche per la commercializzazione dei terreni sia consentita la conferma dell'atto nullo, per non avere allegato il certificato di destinazione urbanistica pur esistente al momento dell'atto. Nel silenzio del legislatore, si è risposto che le disposizioni che stabiliscono la possibilità di ricorrere ad atti, anche unilaterali, di conferma di precedente atto nullo sono eccezionali e di stretta interpretazione. Di qui l'inapplicabilità dell'atto di conferma per la negoziazione dei terreni (49).

Ma si può anche affermare che se si ammettesse questa conferma, non si saprebbe quale ruolo attribuire alla dichiarazione di vigenza proveniente dal dante causa, specie dopo che la giurisprudenza della Cassazione ha riconosciuto alla dichiarazione di vigenza il connotato di elemento essenziale del certificato di destinazione urbanistica. Passato il momento dell'atto, nel quale la dichiarazione di vigenza avrebbe una sua precisa ragion d'essere, non si saprebbe come coordinare una dichiarazione di vigenza avvenuta *ex post* con un atto compiuto *ex ante*.

6. Sanzione della nullità

L'art. 30, secondo comma, del testo unico recita che "gli atti sono nulli e non possono essere stipulati né trascritti nei pubblici registri immobiliari" ove non sia allegato il certificato di destinazione urbanistica.

Che si tratti di nullità vera e propria, senza ulteriori specificazioni, risulta chiaro dal dettato normativo, che non utilizza formule atte a ridurre la portata di questa sanzione civilistica. Ed infatti la giurisprudenza civile dichiara il carattere assoluto di tale nullità, la sua rilevanza d'ufficio, la sua deducibilità da chiunque vi abbia interesse (50).

Ed infatti la giurisprudenza ha anche precisato che mentre doveva riconoscersi carattere relativo alla nullità prevista dall'art. 31, quarto comma della legge n. 1150 del 1942, come modificato dall'art. 10 della legge 765 del 1967 (nullità ove dall'atto non risultasse la dichiarazione dell'acquirente di avere conoscenza della lottizzazione abusiva), deve riconoscersi invece carattere assoluto alla nullità posta dalla norma in discorso (51).

Ed altra sentenza ha chiarito che l'allegazione del certificato di destinazione urbanistica "costituisce non una condizione di efficacia, ma un requisito di validità dei negozi traslativi dei terreni" (52).

IV. Responsabilità del notaio

L'art. 47 del testo unico riproduce, con qualche leggera modifica, l'art. 21 della legge n. 47 del 1985.

Esso consiste in due commi, nel primo dei quali si individuano 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 si stabilisce una norma che potrebbe rappresentare l'altra faccia della medaglia, con precipuo riferimento al trasferimento dei terreni, disponendo la mancanza di responsabilità del notaio che faccia pedissequa osservanza delle norme contenute nell'art. 30 del testo unico.

Prima di tentare un'analisi più approfondita della norma, non va dimenticato che essa, a partire dalla data della sua entrata in vigore comporterà la contemporanea abrogazione dell'art. 21 della legge n. 47 del 1985. Niente di strano in tutto ciò: trasfusa una norma nell'altra, la prima non ha più ragion d'essere e viene abrogata.

Tuttavia ci si è dimenticati di valutare che l'art. 21 veniva richiamato anche dall'art. 40, 4° comma della legge 47 del 1985, norma quest'ultima non soppressa. Abrogato l'art. 21 della legge 47, che valore va attribuito a questa norma per effetto del richiamo espresso ad essa da parte dell'art. 40 della legge 47, che dispone: "si applica in ogni caso il disposto del ... primo comma dell'art. 21"?

Certamente, a partire dalla data di entrata in vigore del Testo Unico, l'art. 21 non sarà più in vigore e pertanto il richiamo ad essa norma apparirà 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, ormai abrogato, bensì all'omologo art. 47 del testo unico, norma in tutto riproduttiva del tenore della norma ormai abrogata e sola norma ormai applicabile.

L'art. 47, primo comma appare norma fin troppo avvia, perché nella sostanza essa può essere espressa nella seguente costruzione logica: la violazione degli artt. 30 e 46 del testo unico dà luogo a nullità; poiché l'atto nullo è un atto espressamente vietato dalla legge, in tal caso sarebbe automaticamente violato l'art. 28 n. 1 della legge notarile e come naturale conseguenza sanzionatoria sul piano disciplinare ne deriverebbe la pena della sospensione disciplinare.

Soprattutto quando la giurisprudenza, dopo un lungo processo di affinamento, è pervenuta alla conclusione che i vizi dell'atto notarile che danno luogo alla violazione dell'art. 28 n. 1 legge notarile non sono il vizio di inefficacia, né quello di annullabilità, ma soltanto il vizio di nullità (53), ancorché l'art. 47 1° comma non fosse stato formulato, la norma dell'art. 28 n. 1 legge notarile avrebbe certamente trovato applicazione per un atto nullo perché privo delle prescrizioni previste per la negoziazione dei fabbricati (ora art. 46 testo unico) e per la negoziazione dei terreni (ora art. 30 testo unico).

Questa ripetitività della norma è stata del resto evidenziata dalla dottrina, la quale non ha mancato di affermare che il primo comma della norma in esame non ha rilevanza normativa, perché essa avrebbe dovuto trovare applicazione anche senza questo articolo (54).

Ma presumibilmente il primo comma dell'articolo in discorso va letto in stretto collegamento con il secondo comma dello stesso articolo, ove si dice che il notaio che ottempera a tutte le prescrizioni di legge previste per la cessione o la divisione dei terreni è "esonero da responsabilità" e, se effettua la trasmissione dell'atto al sindaco, non è tenuto all'obbligo di rapporto. In questo secondo comma è chiaro l'intento del legislatore di volere affrancare il

notaio, ligio all'osservanza delle formalità previste per la negoziazione dei terreni, da qualunque responsabilità afferente al reato di lottizzazione abusiva.

Da questa prospettiva tutta la norma acquista una sua ragion d'essere: il primo comma ribadisce la sanzione della sospensione disciplinare per costringere il notaio a rispettare il contenuto di queste norme, ma il secondo comma puntualizza che il notaio che abbia osservato dette norme non incorre in sanzioni penali. Ciò evidentemente allorquando la condotta del notaio sia valutata con circoscritta limitazione all'attività di rogito, e fermo restando che la sua responsabilità per il reato di lottizzazione abusiva potrebbe venire in considerazione per altra strada, cioè per il compimento di ulteriore attività che possa inquadarsi nel disposto del primo comma dell'art. 30, che identifica il reato di lottizzazione abusiva, circostanza, questa, che potrebbe prospettarsi soltanto in casi limite difficilmente verificabili nella realtà quotidiana.

Ma il primo comma dell'art. 47, oltre rappresentare una sorta di rovescio della medaglia dell'esonero da responsabilità previsto nel secondo comma, ha anche un'altra funzione, rappresentata dall'espressione "e non convalidabile". In definitiva con questa espressione si è voluto affermare che non basta che l'atto posto in essere sia nullo (per mancata osservanza delle disposizioni di legge) per dar luogo alla sanzione disciplinare derivante dal combinato disposto dell'art. 28 n. 1 e dell'art. 138 legge notarile, ma che occorre anche che la nullità determinata non sia convalidabile.

Qual è il significato di questa espressione. O, meglio, come gioca questa espressione nel definire la responsabilità del notaio?

Questo problema è assurto alle cronache giudiziarie. Inquisito disciplinarmente un notaio per avere questi ricevuto un atto privo della documentazione prevista a pena di nullità per il trasferimento dei fabbricati, la Corte d'appello (55) aveva condannato il notaio per violazione dell'art. 28 n. 1 legge notarile, ancorché nel caso di specie il notaio avesse ricevuto l'atto di convalida previsto dalla normativa sul condono edilizio. La corte d'appello, in questo modo, riteneva che la nullità dell'atto, una volta realizzata, automaticamente comportasse la violazione dell'art. 28 n. 1 legge notarile senza che la successiva convalida interferisse sulla responsabilità notarile.

La Cassazione ha invece ritenuto erronea la conclusione della Corte di merito, proprio per effetto della formula "non è convalidabile" inserita nell'art. 21 della legge 47. La Suprema Corte ha così argomentato: l'espressione "non convalidabile" prevista dall'art. 21 della legge 47 "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" (56).

Si può prospettare anche il problema se, ai fini dell'esonero da responsabilità del notaio, sia sufficiente l'astratta convalidabilità dell'atto nullo, oppure occorra che sia stato concretamente posto in essere l'atto di convalidazione.

Interpretata sul piano formale, la norma sembrerebbe applicabile per il solo fatto di trovarsi in presenza di un atto astrattamente convalidabile, a prescindere dalla sua effettiva convalidazione. Peraltro, per scagionare il notaio inquisito per violazione dell'art. 28 n. 1 legge notarile occorrerebbe fornire la prova che l'atto era convalidabile, cioè che al momento dell'atto nullo esisteva la documentazione erroneamente non riportata in atto. Se si tiene conto di ciò, e soprattutto se si tiene conto del fatto che con l'art. 28 n. 1 legge notarile si vuole evitare che il notaio si presti ad effettuare attività di rogito priva di effetti per l'esistenza della nullità, non vi è alcun dubbio che, prima della sentenza di condanna disciplinare occorrerebbe provare che è stato posto in essere un atto di convalida che ha sostanzialmente sanato l'atto nullo, cancellando la precedente nullità; e, quindi, riconoscendo posizione fisiologica all'attività del notaio. Se manca questo risultato, apparirebbe ben strano continuare a

mantenere nullo l'atto precedente e continuare a valutarlo come privo di effetto e, malgrado ciò, impedire la responsabilità del notaio.

(1) Cfr. in questo senso V. MAZZARELLI, *Il testo unico in materia edilizia: quel che resta dell'urbanistica*, in *Giornale di dir. amm.*, 2001, 775, la quale ha affermato che "per la prima volta l'edilizia è stata configurata come materia a sé stante, e non in posizione ancillare rispetto all'urbanistica".

(2) Nel suo parere n. 3/2001 del 2 aprile 2001.

(3) V. Corte Cost. 30 gennaio 1980, n. 5, in *Foro it.*, 1980, I, 604, con nota di U. MORELLO, *Il problema del "giusto" indennizzo ai proprietari di aree espropriate*, in *Rass. Avv. Stato*, 1980, I, 486, con nota di G. ALBISINNI, *La concessione ad aedificandum*; in *Riv. giur. ed.*, 1980, I, 1, con nota di T. PECCERILLO, *Una sentenza antistorica*.

(4) Cfr. F. SALVIA-F. TERESI, *Diritto urbanistico*, Padova, 1998, pag. 221.

(5) V. Cons. Stato 7 giugno 1983, n. 216; Cons. Stato 23 marzo 1985, n. 167, che parla di espressione implicita della volontà dell'amministrazione di rilasciare la concessione.

(6) Cfr. Cons. Stato 15 gennaio 1987, n. 4; Cons. Stato 21 dicembre 1989, n. 849.

(7) V. Cons. Stato 6 ottobre 1990, n. 710, il quale afferma che "il parere favorevole della commissione edilizia non equivale a rilascio di concessione edilizia nel caso in cui vi sia stata semplice trasmissione del parere stesso nell'ambito della ripartizione al dirigente della commissione per gli ulteriori atti di competenza, in quanto ciò non rappresenta un atto di valutazione positiva da parte del sindaco".

(8) Con Cons. Stato 18 aprile 1990, n. 82, per il quale "a seguito dell'introduzione delle regole formali degli artt. 4 e 11 della legge 28 gennaio 1977, n. 10, non è possibile equiparare la comunicazione del parere della commissione edilizia al rilascio della concessione"; l'opinione di questa decisione è stata pedissequamente seguita da altre: Cons. Stato 8 settembre 1992, n. 775; Cons. Stato 16 settembre 1993, n. 895, in *Cons. Stato*, 1993, I, 1107; Cons. Stato 5 settembre 1994, n. 958, in *Foro amm.*, 1994, I, 1456; Cons. Stato 16 dicembre 1994, n. 1512, in *Foro amm.*, 1994, I, 2826; Cons. Stato 19 febbraio 1996, n. 211; da ultimo Cons. Stato 29 settembre 1999, n. 1205.

(9) Cfr. Cass. pen. 27 gennaio 1996, n. 812.

(10) Cass. pen. 30 giugno 1995, n. 1758, per la quale l'art. 4 del d.p.r. 22 aprile 1994 n. 425 doveva interpretarsi come se avesse abrogato il secondo comma dell'art. 221 del R.D. 27 luglio 1934 n. 1265, modificando alcuni aspetti del procedimento amministrativo finalizzato al rilascio del certificato di abitabilità adeguandoli ai criteri semplificativi stabiliti dalla legge 7 agosto 1990 n. 241, ma non avesse abrogato il primo comma dello stesso articolo e non avesse in alcun modo inciso sul regime sanzionatorio previsto a carico del proprietario che utilizzasse l'edificio o parte di esso a fini abitativi senza aver preventivamente conseguito la licenza dell'autorità competente; in senso analogo v. Cass. pen. 3 aprile 1995, n. 3471; Cass. pen. 27 ottobre 1995, n. 11272, in *Arch. loc. e cond.*, 1996, 370; Cass. pen. 10 gennaio 1996, n. 3704, in *Dir. e giur. agr. e amb.*, 1998, II, 306, con nota di PIRONE; Cass. pen. 24 febbraio 1996, n. 120, in *Cass. pen.*, 1996, 2770, con nota di GARGIULO; Cass. pen. 19 settembre 1997, n. 923, in *Riv. giur. ed.*, 1998, I, 1074; Cass. pen. 9 febbraio 1998, n. 1502; Cass. pen. 28 gennaio 1998, n. 503, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1998, 713; Cass. pen. 24 maggio 1999, n. 1388.

(11) Cfr., per tutte, Cass. 4 novembre 1995, n. 11521, in *Corr. giur.*, 1996, 168, con nota di VANNIVELLI; Cass. 26 gennaio 1995, n. 953; Cass. 17 dicembre 1993, n. 12507, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 490, con nota di BELLARDINI.

(12) Così Cass. 17 gennaio 1978, n. 201, in *Foro it.*, 1978, I, 2245, con nota di SCANNICCHIO.

(13) Così Cass. 29 marzo 1995, n. 3687; Cass. 23 febbraio 1994, n. 1781, in *Riv. not.*, 1994, 1156; Cass. 17 dicembre 1993, n. 12507, cit.

(14) Cass. 23 marzo 1978, n. 1426, in *Arch. civ.*, 1978, 738.

(15) Cfr. Cass. 4 novembre 1998, n. 11071, in *Riv. not.*, 1999, 1015; Cass. 3 agosto 1998, n. 7602, in *Vita not.*, 1998, I, 1767; Cass. 4 maggio 1998, n. 4441, in *Riv. not.*, 1998, 717; Cass. 11 novembre 1997, n. 11128, in *Riv. not.*, 1998, 493.

(16) Ma presumibilmente tale termine sarà prorogato al 30 giugno 2002 per effetto di un emendamento apportato in sede di conversione in legge del D.L. 23 novembre 2001, n. 411, da un ramo del Parlamento (Senato), in data 13 dicembre 2001.

(17) La norma era così formulata: "nei casi in cui sia prevista l'irrogazione di una sanzione pecuniaria, ma non il rilascio della concessione in sanatoria, agli atti di cui al primo comma deve essere allegata la prova dell'integrale pagamento della sanzione medesima".

(18) G. BARALIS – P. FERRERO – D. PODETTI, *Prime considerazioni sulla commerciabilità degli immobili dopo la legge 28 febbraio 1985, n. 47*, in *Riv. not.*, 1985, pag. 527 e segg. affrontano il problema con ampiezza di argomentazioni, circoscrivendo il discorso all'ambito entro il quale dovrebbe operare la nullità prevista dalla legge 47. Perviene ad identica conclusione, per altra strada S. TONDO, *Commento all'art. 21*, in *Abusivismo edilizio: condono e nuove sanzioni*, a cura di A. PREDIERI, 1985, passim, il quale ha affermato che l'art. 17 della legge 47 andava esaminato in collegamento con l'art. 15 della legge Bucalossi e da ciò desumendo: a) che la norma trovasse applicazione solo per unità abitative, escluse pertanto costruzioni non qualificabili come unità abitative (ad es. un muro maestro, un'opera edilizia interna); b) che la norma trovasse applicazione solo per la mancanza di concessione, e quindi non per la mancanza di autorizzazione; c) che la norma trovasse applicazione solo per la mancanza di concessione a fini edificatori; in una parola, dovesse trattarsi di mancanza di concessione necessaria per una "nuova costruzione". In questo modo si condivideva l'affermazione che dovesse trattarsi di abuso primario.

(19) Così Consiglio Nazionale del Notariato, Circolare 3 febbraio 1997, dal titolo *Condono edilizio e commerciabilità dell'edificio abusivo dopo la legge collegata alla finanziaria 1997*, Roma, 1997, pag. 10.

(20) Così Cass. 18 dicembre 1975, n. 4153, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, 1913.

(21) Cfr. per tutti MIGLIARESE, *Nullaosta amministrativa*, in *Enc. giuridica*, Roma, 1990, pag. 3.

(22) Così G. CASU-N. RAITI, *Nuovo condono edilizio e commerciabilità del manufatto abusivo*, in CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Condono edilizio. Circolari, studi e riflessioni del Notariato*, Milano, 1999, pag. 276.

(23) Così Cass. 15 giugno 2000, n. 8147, in *Vita not.*, 2000, I, 1433 e in *Riv. not.*, 2001, pag. 142 e segg.

(24) Così F. GAZZONI, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Milano, 1974, pag. 283 e segg.; nello stesso senso v. M. FRANZONI, in *Commentario Scialoja e Branca*, sub art. 1423, Bologna-Roma, 1998, pag. 189 e segg.

(25) Cfr. G. BARALIS – P. FERRERO – D. PODETTI, *Prime considerazioni sulla commerciabilità degli immobili dopo la legge 28 febbraio 1985, n. 47*, cit., pag. 550, i quali così concludono: "convalida e negozio nullo vanno considerati nel loro insieme; ... l'effetto dispositivo non si collega né all'atto nullo (che trascritto da solo produce gli effetti di cui all'art. 2652 c.c.) né alla conferma, ma al collegamento degli stessi; la trascrizione, quindi, dovrà farsi congiuntamente per l'atto nullo e la conferma, con l'ovvia intesa che gli effetti della trascrizione avranno data dal momento della pubblicità congiunta degli stessi".

(26) Così sostanzialmente C. DONISI, *Abusivismo edilizio e invalidità negoziale*, cit., pag. 63, nota 21.

(27) E salva in ogni caso l'ipotesi in cui una legge regionale di una Regione a statuto speciale preveda la denuncia di inizio attività anche per le prime costruzioni. Questa possibilità esiste ai sensi dell'art. 2 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, che ha conservato la piena autonomia legislativa delle Regioni a statuto speciale.

(28) L'art. 23 del testo unico ha così disposto in ordine alla denuncia di inizio attività:

1. Il proprietario dell'immobile o chi abbia titolo per presentare la denuncia di inizio attività, almeno trenta giorni prima dell'effettivo inizio dei lavori, presenta allo sportello unico la

denuncia, accompagnata da una dettagliata relazione a firma di un progettista abilitato e dagli opportuni elaborati progettuali, che asseveri la conformità delle opere da realizzare agli strumenti urbanistici adottati o approvati ed ai regolamenti edilizi vigenti, nonché il rispetto delle norme di sicurezza e di quelle igienico-sanitarie.

2. La denuncia di inizio attività è corredata dall'indicazione dell'impresa cui si intende affidare i lavori ed è sottoposta al termine massimo di efficacia pari a tre anni. La realizzazione della parte non ultimata dell'intervento è subordinata a nuova denuncia. L'interessato è comunque tenuto a comunicare allo sportello unico la data di ultimazione dei lavori.

3. Qualora l'immobile oggetto dell'intervento sia sottoposto ad un vincolo la cui tutela compete, anche in via di delega, alla stessa amministrazione comunale, il termine di trenta giorni di cui al comma 1 decorre dal rilascio del relativo atto di assenso. Ove tale atto non sia favorevole, la denuncia è priva di effetti.

4. Qualora l'immobile oggetto dell'intervento sia sottoposto ad un vincolo la cui tutela non compete all'amministrazione comunale, ove il parere favorevole del soggetto preposto alla tutela non sia allegato alla denuncia, il competente ufficio comunale convoca una conferenza di servizi ai sensi degli articoli 14, 14-bis, 14-ter, 14-quater, della legge 7 agosto 1990, n. 241. Il termine di trenta giorni di cui al comma 1 decorre dall'esito della conferenza. In caso di esito non favorevole, la denuncia è priva di effetti.

5. La sussistenza del titolo è provata con la copia della denuncia di inizio attività da cui risulti la data di ricevimento della denuncia, l'elenco di quanto presentato a corredo del progetto, l'attestazione del professionista abilitato, nonché gli atti di assenso eventualmente necessari.

6. Il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale, ove entro il termine indicato al comma 1 sia riscontrata l'assenza di una o più delle condizioni stabilite, notifica all'interessato l'ordine motivato di non effettuare il previsto intervento, e, in caso di falsa attestazione del professionista abilitato, informa l'autorità giudiziaria e il consiglio dell'ordine di appartenenza. E' comunque salva la facoltà di ripresentare la denuncia di inizio di attività, con le modifiche o le integrazioni necessarie per renderla conforme alla normativa urbanistica ed edilizia.

7. Ultimato l'intervento, il progettista o un tecnico abilitato rilascia un certificato di collaudo finale, che va presentato allo sportello unico, con il quale si attesta la conformità dell'opera al progetto presentato con la denuncia di inizio attività.

(29) L'intera norma è del seguente tenore:

1. In caso di interventi realizzati in assenza di permesso di costruire, o in difformità da esso, fino alla scadenza dei termini di cui agli articoli 31, comma 3, 33, comma 1, 34, comma 1, e comunque fino all'irrogazione delle sanzioni amministrative, il responsabile dell'abuso, o l'attuale proprietario dell'immobile, possono ottenere il permesso in sanatoria se l'intervento risulti conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al momento della realizzazione dello stesso, sia al momento della presentazione della domanda.

2. Il rilascio del permesso in sanatoria è subordinato al pagamento, a titolo di oblazione, del contributo di costruzione in misura doppia, ovvero, in caso di gratuità a norma di legge, in misura pari a quella prevista dall'articolo 16. Nell'ipotesi di intervento realizzato in parziale difformità, l'oblazione è calcolata con riferimento alla parte di opera difforme dal permesso.

3. Sulla richiesta di permesso in sanatoria il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale si pronuncia con adeguata motivazione, entro sessanta giorni decorsi i quali la richiesta si intende rifiutata.

(30) Cfr. in tal senso A. FIALE, *Diritto urbanistico*, VII Edizione, 1997, pag. 477, che la qualifica come atto dovuto; e vedi ivi dottrina citata.

(31) V. TAR Piemonte 2 febbraio 1989, n. 116, in *Riv. giur. ed.*, 1989, I, 576, per il quale "in sede di diniego al rilascio di una concessione edilizia in sanatoria ai sensi dell'art. 13 della legge n. 47 del 1985, l'Amministrazione deve compiutamente motivare l'effettivo contrasto, ostativo al rilascio della sanatoria, tra l'opera realizzata e gli strumenti urbanistici vigenti, non già limitarsi a mere petizioni di principio che non forniscono né al cittadino né al giudice un

qualsivoglia elemento dal quale desumere la correttezza o comunque la completezza del giudizio operato dall'Amministrazione stessa".

(32) V. A. de ROBERTO, *Commento all'art. 13*, in *Abusivismo edilizio: condono e nuove sanzioni*, a cura di A. PREDIERI, Milano, 1985, pag. 203.

(33) Cfr. per tutti questi problemi A. FIALE, *Diritto urbanistico*, cit., pag. 472.

(34) Così A. FIALE, *Diritto urbanistico*, cit., pag. 473.

(35) Cfr. Cass. pen. 11 novembre 1993, in *Mass. Cass. pen.*, 1994, fasc. 3, 50; Cas. pen. 20 febbraio 1990, in *Riv. giur. ed.*, 1991, I, 1176, le quali affermano che il silenzio non fa venir meno il potere decisorio della pubblica amministrazione.

(36) Così A. FIALE, *Diritto urbanistico*, cit., pag. 475, il quale richiama la norma generale per la quale i provvedimenti amministrativi sono irretroattivi.

(37) Cfr. Cass. 15 dicembre 1997, n. 12650, in *Foro it.*, 1998, I, 3630.

(38) Il problema si era posto con l'entrata in vigore della legge sulle autonomie locali (legge 142/1990), la quale per gli enti locali operava una prima distinzione tra compiti politici e di coordinamento (affidati al sindaco) e compiti amministrativi (affidati ai dirigenti dei Comuni). Sulla spinta di una tendenza interpretativa intesa a circoscrivere la funzione di rappresentanza dei dirigenti nei confronti di quella del sindaco, si continuava a riconoscere a quest'ultimo ampiezza di poteri. E addirittura si affermava che per il rilascio del certificato di destinazione urbanistica il sindaco è l'unica autorità competente ad effettuarlo, perché in materia di assetto del territorio giocano interessi che vanno talvolta ben oltre l'ambito della sfera di competenze del singolo ente locale, sia sul piano territoriale, sia sul piano della qualificazione degli interessi stessi (Consiglio Nazionale del Notariato, Nota 3 luglio 1992).

Successivamente la legislazione generale era mutata e questa conclusione era stata in parte corretta. Con il decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, nell'intento di razionalizzare l'organizzazione delle amministrazioni pubbliche, ivi compresa quella degli enti locali, si era accentuata la distinzione tra organi di direzione politica e organi chiamati ad espletare compiti amministrativi. Tant'è che tutta la portata della distinzione era stata riassunta con l'espressione che "ai dirigenti degli enti spettano gli atti di gestione" (così TAR Lazio 1 giugno 1994, n. 1215, in *Trib. amm. reg.*, 1994, I, 2388; TAR Umbria 6 febbraio 1995, n. 18, in *Trib. amm. reg.*, 1995, I, 1758), vale a dire tutta l'ordinaria amministrazione, nella quale è giocoforza far rientrare tutta l'attività certificativa e quindi anche il rilascio del certificato di destinazione urbanistica.

Ciò aveva indotto a rivedere la precedente posizione ed a concludere che il certificato di destinazione urbanistica potesse essere rilasciato indifferentemente dal sindaco, da un dirigente, da altro impiegato del Comune addetto al servizio (così N. RAITI, *Autorità competente alla sottoscrizione del certificato di destinazione urbanistica*, in *Studi e materiali*, V, Milano, 1998, pag. 137 e segg.).

Successivamente ancora, con l'avvento delle numerose leggi Bassanini (legge n. 59 del 1997; n. 127 del 1997 e n. 191 del 1998), il problema si era riproposto, soprattutto per un'interpretazione restrittiva che ne aveva dato il Ministero dell'interno, autorità notoriamente favorevole all'organizzazione burocratica degli enti locali, il quale aveva affermato che la legge Bassanini, con l'espressione "attribuiti", prevista dall'art. 6, 2° comma della legge 127/1997, aveva inteso prevedere "poteri propri ed esclusivi" dei dirigenti e ne aveva tratto la conseguenza che "l'esercizio degli stessi da parte di un soggetto diverso determina l'incompetenza assoluta ad esercitarli" (così Ministero dell'interno, Circolare n. 1/97 del 15 luglio 1997, in *Il Sole-24 Ore* del 22 luglio 1997).

L'opinione ministeriale era stata contestata e si era pertanto confermata la conclusione adottata in precedenza, sulla competenza al rilascio del certificato di destinazione urbanistica, indifferentemente, del sindaco, del dirigente, del funzionario addetto al settore (così G. CASU, *Legge Bassanini e competenza al rilascio del certificato di destinazione urbanistica*, in *Studi e materiali*, vol. V, Milano, 1998, pag. 643 e segg.).

Il problema si era riproposto di recente per effetto dell'art. 3 del Decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, il quale, nel modificare l'art. 3 della legge 3 febbraio 1993, n. 29 sui rapporti in

generale tra indirizzo politico e indirizzo amministrativo di tutte le pubbliche amministrazioni, aveva così disposto: "ai dirigenti spetta l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi, compresi tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, nonché la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo. Essi sono responsabili in via esclusiva dell'attività amministrativa, della gestione e dei relativi risultati". La norma era stata interpretata in modo rigoroso dal Ministero dell'interno, come se essa stabilisse che soltanto i dirigenti possono compiere atti di amministrazione dell'ente; il Ministero, in altre parole, aveva interpretato l'espressione "esclusiva responsabilità" come "esclusiva competenza" (così Ministero dell'interno, Circolare 10 ottobre 1998, n. 4/1998, in *Gazzetta Ufficiale*, n. 248 del 23 ottobre 1998). Ma questa norma veniva da taluno interpretata come un forte tentativo di responsabilizzare i dirigenti, alcuni dei quali sempre titubanti ad assumere decisamente effettivi compiti manageriali allo scopo di modernizzare il comportamento della burocrazia.

Su tutta questa tematica v. con ampiezza di riferimenti bibliografici e di argomentazioni adeguate, tutte intese a definire l'influenza sulla validità del negozio posto in essere di eventuali vizi attinenti al procedimento creativo della volontà negoziale della pubblica amministrazione, CACCAVALE, *L'attività negoziale degli enti locali tra competenze degli organi politici e competenze dell'apparato burocratico*, in *Studi e materiali*, vol. VI, Milano, 2001, pag. 531 e ss.

(39) Che la norma sull'obbligo di allegare il certificato di destinazione urbanistica al negozio che ha per oggetto un terreno non trovi applicazione per il contratto preliminare, che ha effetto obbligatorio, è stato espressamente sottolineato da Cass. 2 aprile 1996, n. 3028, in *Foro it.*, 1996, I, 2036. La quale ha anche chiarito che la norma non trova applicazione neppure per i contratti ad effetto reale conclusi anteriormente all'entrata in vigore della norma stessa "in quanto i requisiti di validità dei contratti sono regolati dalla legge del tempo in cui vengono conclusi".

E discorso analogo a quello previsto per la commercializzazione dei fabbricati la giurisprudenza ha sviluppato anche per la commercializzazione dei terreni, quando ha affermato che, fermo restando che la norma sull'obbligo di allegazione del certificato di destinazione urbanistica non trova applicazione per i contratti preliminari, l'esigenza dell'allegazione del predetto certificato sorge invece per la sentenza di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto definitivo: così Cass. 9 luglio 1994, n. 6493, in *Vita not.*, 1995, I, 280.

(40) Cfr. BARALIS – P. FERRERO – D. PODETTI, *Prime considerazioni sulla commerciabilità degli immobili dopo la legge 28 febbraio 1985*, n. 47, cit., pag. 554.

(41) Per la dottrina cfr. per tutti DE MARTINO, *De beni in generale*, Bologna-Roma, 1976, pag. 38; per la giurisprudenza v. Cass. 28 giugno 1974, n. 1930; Cass. 5 dicembre 1988, n. 6581, in *Giur. agr. it.*, 1989, II, 292.

(42) Cfr. CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, Nota n. 2556 del 28 ottobre 1999.

(43) Cfr. Cass. 23 ottobre 1992, n. 11568, in *Riv. not.*, 1992, 1511.

(44) Così TONDO, *Op. cit.*, pag. 256.

(45) Sempre TONDO, *Op. cit.*, pag. 256.

(46) Così BARALIS – P. FERRERO – D. PODETTI, *Prime considerazioni sulla commerciabilità degli immobili dopo la legge 28 febbraio 1985*, n. 47, cit pag. 564.

(47) Cfr. CARDARELLI, *La L. 28 febbraio 1985, n. 47, nei suoi riflessi sull'attività notarile*, in *Riv. not.*, 1986, 351, nota 161; l'opinione è raccolta come plausibile da SANTARCANGELO, *La dichiarazione di vigenza del certificato di destinazione urbanistica*, in *Studi e materiali*, vol. III, Milano, 1992, pag. 129.

(48) Cass. 23 ottobre 1992, n. 11568, cit.

(49) Così CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, Nota 3400 del 21 maggio 2001.

(50) V. Cass. 2 aprile 2001, n. 4811.

(51) Cfr. Cass. 17 agosto 1999, n. 8685, in *Vita not.*, 1999, I, 1385.

(52) V. Cass. 28 settembre 1994, n. 7893, in *Vita not.*, 1995, I, 837.

(53) 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; da ultimo Cass. 1 febbraio 2001, n. 1394, in *Riv. not.*, 2001, 892, la quale, nel confermare detto indirizzo, precisa che può trattarsi anche di nullità di carattere formale, oltre che evidentemente di nullità di carattere sostanziale.

(54) V. CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO (Est. S. Santangelo), *Prime note sulla legge 28 febbraio 1985, n. 47 (Condomo edilizio)*, in *Studi e materiali*, vol. I, Milano, 1986, pag. 468, il quale afferma che "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". Effettua, di passaggio, analogo rilievo A. CATAUDELLA, *Nullità "formale" e nullità "sostanziale" nella normativa sul condomo edilizio*, cit., pag. 508, nota 57; analogamente v. S. TONDO, *Commento all'art. 21, in Abusivismo edilizio: condomo e nuove sanzioni*, cit., pag. 310.

(55) App. L'Aquila 30 luglio 1991.

(56) Così Cass. 2 novembre 1992, n. 11862, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 653, con nota favorevole di I. TOZZI.