

Giovanni De Matteis

## ALIENAZIONE DEI BENI CIVICI. INVALIDITÀ E RESPONSABILITÀ NOTARILE

Sommario: 1. Introduzione. -2. Fonti normative. - 3. Regime giuridico degli usi civici. - 4. Inalienabilità: dalla nullità all'inefficacia. - 5. Considerazioni conclusive.

### 1. Introduzione

Tornare ad affrontare il tema degli usi civici quindici anni dopo quel settembre del 1991, quando nell' ambito del convegno di Gaeta sui vincoli della proprietà tra diritto pubblico e privato, illustravo la proposta di riordinamento degli usi civici, che avevo elaborato quale estensore per conto della omonima Commissione istituita dal Consiglio Nazionale del Notariato, mi fa ripensare alla definizione che avevo dato allora di questa figura giuridica: "l'apparizione dei morti viventi" che, come in certi film del terrore, puntualmente ritornano a funestare l'attività del giurista, e in particolare del Notaio, quotidiano operatore del diritto, chiamato a dispensare certezze.

Credo che per nessun altro istituto giuridico esista una diffrazione tanto marcata tra la prospettiva degli storici del diritto, icasticamente sintetizzata nel titolo di un testo simbolo della storiografia giuridica, "Un diverso modo di possedere" di Paolo Grossi, e quella del giurista positivo, alle prese con una materia che Fabrizio Marinelli, nel suo recente testo rileva "costruita su massime giurisdizionali che esprimono principi tanto antichi quanto indimostrati".

Questo lo affermo non per sottovalutare una problematica, che il terrorismo giuridico delle sentenze della Suprema Corte riconduce costantemente nell' alveo della massima sanzione contro l' antiggiuridico, la nullità, ma per sottolineare che onestà intellettuale vuole che si riconosca che stiamo trattando di una materia miseramente asfittica al cospetto del valore dell' effettività giuridica: al punto che, riguardata nell'ottica della teoria del diritto come azione, potrebbe lecitamente dubitarsi che essa non rientri nel nucleo del diritto vivente, ma piuttosto in quello della storia del diritto, e che oggi viene recuperata al solo fine di procurare introiti alle casse degli Enti affrancanti o di innalzare la bandiera della tutela del territorio.

Ma scopo di questa relazione non è, se non incidentalmente, partecipare ad un elegante dibattito sulla statuto della proprietà collettiva civica, il cui connotato essenziale si è tentato di individuare nella "dimensione solidaristica non solo tra i soggetti presenti, ma anche tra le generazioni passate e quelle future" bensì quello di prendere atto del fondamento dogmatico impresso all'istituto in modo compatto dalla giurisprudenza, in particolare di legittimità, e in modo più problematico, ma altrettanto condiviso, dalla dottrina, e di verificare fino a che punto l'acritico rigorismo del pensiero giuridico dominante travolga gli atti giuridici, aventi ad oggetto il trasferimento di immobili, sui quali graverebbe il presunto diritto civico.

### 2. Fonti normative

Dunque, innanzitutto le fonti e il contenuto del diritto in esse statuito.

La legge fondamentale è la 16 giugno 1927 n. 1766, che ha convertito in legge il r.d. 22 maggio 1924 n. 751, riguardante il riordinamento degli usi civici del regno, cui ha fatto seguito, in attuazione di quanto stabilito dell' art. 43 della legge, il regolamento di esecuzione approvato con r.d. 26 febbraio 1928 n. 332.

Cinquant'anni dopo, con il d.p.r. 24 luglio 1977 n. 616, il legislatore ha trasferito alle Regioni a statuto ordinario la materia "agricoltura e foreste", che si ritiene contenga al proprio interno la disciplina degli usi civici e dei demani civici con potestà inizialmente concorrente con quella dello Stato, mentre le Regioni a statuto speciale già godevano di una potestà primaria, oggi estesa anche alle Regioni a statuto ordinario per effetto della legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3: legge che ha riformato l'art. 117 della Costituzione, operando il c.d. rovesciamento dell' enumerazione, per effetto del quale mentre in precedenza tutta la potestà legislativa era riservata allo Stato, salve le materie riservate espressamente alle Regioni, oggi spetta alle Regioni la potestà legislativa in ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato.

Tra le due potestà esclusive vi è una serie di materie di legislazione concorrente, nelle quali la potestà legislativa è delle Regioni, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato.

Questo nuovo assetto delle competenze legislative ha conservato allo Stato la tutela dell'ambiente e dei beni culturali, ha attribuito in potestà concorrente la valorizzazione dei beni culturali e ambientali, ha conservato alle Regioni la materia agricoltura e foreste, naturalmente senza produrre un effetto abrogativo della normativa statale previgente nelle materie oggi di competenza regionale, che resta in vigore e funge altresì da normativa di principio per la futura legislazione regionale, peraltro vincolata dal disposto della VIII e IX disposizione transitoria e finale della Costituzione, che impedisce la immediata legiferazione regionale con pienezza di attribuzio-

ni.

Completa le fonti storiche la legge 10 luglio 1930 n. 1078, "Definizione delle controversie in materia di usi civici", cui mai seguì il regolamento di esecuzione previsto dall'art. 15.

Da allora, dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, si è avuta la legislazione regionale, emanata in attuazione del citato d.p.r. n. 616 del 1977, vigente il vecchio testo dell'art. 117 Cost., e poche altre norme statali, nessuna regolatrice dell'istituto, ma tutte, dati per presupposti l'esistenza e il regime degli usi civici, volti a farli rientrare nella normativa in materia di tutela dell'ambiente, del territorio e dei beni sottoposti a particolari tutele, tra le quali vanno ricordate:

- a) la legge 8 agosto 1985 n. 431, c.d. Legge Galasso, che individua come beni oggetto di tutela le aree assegnate alle università agrarie e le zone gravate da usi civici;
- b) le leggi 6 dicembre 1991 n. 394, legge quadro dei parchi, che ha considerato i beni di uso civico nel regolamento del parco; e 9 dicembre 1998 n. 426, che promuove la valorizzazione degli usi civici come elemento delle tradizioni delle popolazioni originarie;
- e) la legge 31 gennaio 1994 n. 97, legge quadro sulla montagna, che fa un generico riferimento ai beni agro-silvo-pastorali in proprietà collettiva indivisibile e inusucapibile;
- d) da ultimo, il d.lgs. 22 gennaio 2004 n. 42, entrato in vigore il 1 maggio 2004, rubricato "Codice dei beni culturali e del paesaggio", che ha abrogato il precedente d.lgs. 29 ottobre 1999 n. 490, testo Unico dei Beni Culturali, e ha confermato tra le aree tutelate all'art. 142 lett. h) le stesse, già indicate alla medesima lett. h) dell'art. 82 della legge Galasso, "le aree assegnate alle università agrarie e le zone gravate da usi civici".

Dunque dal 1927 ad oggi la legge fondamentale sugli usi civici è un corpus normativo che all'art. 1 esordisce affermando che "si osserveranno le disposizioni della presente legge per la liquidazione generale degli usi civici e di qualsiasi altro diritto di promiscuo godimento": eppure di questi diritti, che si vogliono liquidare, con giurisprudenza ossessivamente costante, si postula che siano imprescrittibili, inusucapibili e inalienabili.

Il triplice dogma, che ben si inquadra nell'andamento ternario della nostra formazione culturale, a partire da quello sommo della Trinità cristiana, risulta costruito su apodittiche asserzioni giurisprudenziali e dottrinali, delle quali si colgono esempi a piene mani in qualsiasi repertorio o commentario, e che ben possono essere riassunti, tra tutti, nella Cassazione 19 ottobre 1967 n. 2553, la quale afferma che "i beni di uso civico non sono demaniali in senso tecnico, ma ad essi si applica, in forza della legge particolare che li concerne, il regime giuridico dei beni demaniali, tra cui, appunto, la inalienabilità, la imprescrittibilità, la inusucapibilità".

### 3. Regime giuridico degli usi civici

A questo punto, prima di addentrarci nell'esame di siffatta Trimurti dogmatica, della quale ci interessa particolarmente il vincolo di indisponibilità e la proclamata connessa sanzione di nullità, occorre soffermarsi sulla qualificazione degli usi civici e sulle norme positive, che ne giustificano il cennato regime giuridico.

Per farlo correttamente dobbiamo ricorrere alla legge del 1927, composta di 43 articoli distinti in quattro capi, il primo dedicato all'accertamento, alla valutazione e all'affrancazione degli usi civici, il secondo alla destinazione delle terre gravate di usi civici e di quelle provenienti dall'affrancazione, il terzo alla giurisdizione e alla procedura, il quarto alle disposizioni generali e transitorie.

Le norme di sistema sono contenute nel primo e nel secondo capo.

In particolare, l'art. 1, nel fare riferimento agli "usi civici e a qualsiasi altro diritto di promiscuo godimento delle terre spettanti agli abitanti di un Comune o di una frazione di Comune", individuerrebbe gli usi civici su terre private, cioè sul cosiddetto "demanio civico feudale o allodiale", intendendosi per tale il complesso di beni non appartenenti alla stessa collettività degli utenti, fruitori dell'uso civico, ma appartenente a privati, diritti alla cui liquidazione mira precipuamente la legge del 1927.

Lungo e travagliato è stato ed è il dibattito in dottrina sulla qualificazione di tali diritti nell'ambito dei diritti reali, come diritti reali su cosa altrui, come diritti reali di godimento, di uso, come servitù prediali, infine respinte le altre ipotesi, come diritti reali atipici, ammissibili in deroga al principio della tipicità o del numero chiuso dei diritti reali con riferimento alla proprietà individuale, trattandosi di diritti di godimento non individuale, ma collettivo e promiscuo, diritti reali sui generis, non inquadrabili nello schema civilistico della codificazione moderna, basato sulla identificazione della proprietà come modello del diritto soggettivo per eccellenza.

Il profilo distintivo di questa figura è l'irrelevanza del possesso come fatto produttivo di effetti giuridici, segnatamente in relazione all'acquisto dei diritti.

Irrelevanza tanto con riguardo al profilo soggettivo dell'*animus*, poiché si afferma che il possessore dei beni civici sia sempre in malafede, quanto sotto il profilo oggettivo del *titulus*, per l'asserita impossibilità dell'esistenza di un titolo legittimante il possesso.

Risulta così costruita sulla irrilevanza del possesso la teoria della imprescrittibilità e inusucapibilità, che argo-

mentando dall' art. 2 della legge, sono assolute in presenza di una prova documentale e, in mancanza di essa, incontrano il solo limite della cessazione dell'esercizio dell'uso civico anteriormente al 1800, data prima della quale è possibile solo la prova documentale, mentre successivamente è ammesso qualsiasi altro mezzo legale di prova.

Tali connotazioni giuridiche risultano ancor più rafforzate in riferimento all' altra figura dei diritti collettivi, quella dei beni di proprietà collettiva, costituente il c.d. "demanio civico universale o comunale", del quale tratterebbe l'art. 9 della legge del 1927, nel menzionare "le terre di uso civico appartenenti ai Comuni, alle frazioni e alle associazioni o ad esse pervenute per effetto della liquidazione dei diritti di cui all' art. 1": esse formerebbero quella proprietà collettiva, della quale per la verità non vi è traccia nella codificazione dal Codice Napoleonico ai giorni nostri, se non nelle forme, inquadrabili nello schema della proprietà individuale, della comunione e del condominio.

Immani sono stati gli sforzi della dottrina per costruire questo istituto giuridico come comunione senza quote fondata sul legame solidaristico, che unirebbe i compartecipi, senza personalità giuridica, non imputabile al Comune o a qualsiasi altro Ente, che rivestirebbe solo il ruolo di ente esponenziale della comunità proprietaria, senza poteri dispositivi, ma solo di rappresentanza; il tutto in una dimensione tra il diritto privato, per i profili reali del diritto e personali dell'appartenenza ai soggetti, e il diritto pubblico, per i profili gestori e di rappresentanza, che ha portato alla definizione del demanio civico come "proprietà privata comune caratterizzata da particolari vincoli di destinazione e di indisponibilità, i cui comproprietari sono soggetti privati, la cui rappresentanza è affidata ex lege al Comune".

Se a tali due figure, del demanio feudale o allodiale e del demanio civico universale, antepriamo quella del demanio pubblico vero e proprio, di cui agli artt. 822 e seguenti del codice civile, abbiamo costruito il triciclo della demanialità, nel quale la ruota anteriore, il cui movimento trasmette il moto al veicolo è rappresentata dai beni demaniali pubblici, e le ruote posteriori, trascinate dalla forza sprigionata da quella anteriore, sono rappresentate dagli usi civici in senso lato, intesi come godimento dei cives sia su proprietà di privati, che su proprietà collettiva.

Così sommariamente delineato il quadro dei beni demaniali occorre affrontare il tema del regime di inalienabilità degli stessi.

Ma prima bisogna premettere qualche cenno sulla riconoscibilità della demanialità e/o dell'esistenza degli usi civici.

Per quanto riguarda gli immobili del demanio pubblico statale e degli altri enti territoriali, o gli altri beni ad essi equiparati, valgono le norme degli articoli 822 e seguenti del codice civile e delle leggi speciali successive, con le relative individuazioni catastali.

Assai più complesso è per l'operatore del diritto riconoscere che si è di fronte ad un immobile gravato da diritti civici, e di quali si tratta.

Purtroppo, dopo oltre tre quarti di secolo dell'emanazione della legge del 1927, non esistono archivi documentali in grado di offrire una prova assoluta dell'esistenza di usi civici, né si può pretendere che il Notaio, al di là delle risultanze dei registri Immobiliari e di quanto eventualmente attestato nei certificati di destinazione urbanistica, rilasciati dai Comuni, operi infruttuosi approfondimenti con ricerche storiche dall'improbabile esito; quindi deve affidarsi alle risultanze catastali.

Queste ultime, premesso che il diritto di uso civico viene comunemente indicato con il termine "livellario", dal latino "libellum", contratto agrario con il quale il proprietario di un terreno ne trasferisce il godimento a termine o perpetuo ad un terzo, dietro corrispettivo di un canone, di norma si configurano secondo tre locuzioni:

- 1) Tizio concedente - Caio livellario;
- 2) Ente ecclesiastico concedente - Caio livellano;
- 3) Università agraria o altro ente o stabilimento non ecclesiastico, frazione o Comune concedente - Caio livellario.

Ebbene, la prima ipotesi identifica certamente l'enfiteusi di diritto privato su terreni privati, in buona sostanza l'istituto disciplinato dagli articoli 957 e seguenti del codice civile.

La seconda ipotesi identifica l'enfiteusi di diritto privato a favore di enti ecclesiastici su terreni di proprietà allodiale, ma numerose sentenze hanno disapplicato l'art. 977 del codice civile, postulando che l'intestazione all'Ente ecclesiastico concedente sarebbe indice di presunzione di demanialità.

La terza ipotesi è quella che riassume in sé entrambi i casi che qui interessano, dell'uso civico su proprietà privata (demanio feudale o allodiale) e su proprietà collettiva (demanio civico universale o comunale).

Dalle classificazioni suddette derivano regimi giuridici assai differenti.

Agli estremi opposti si collocano i beni demaniali pubblici, per i quali l'art. 823 del codice civile testualmente prevede che sono inalienabili e che non possono formare oggetto di diritti di terzi, e i beni privati soggetti ad uso civico, cioè quelli rientranti nelle prime due ipotesi sopra considerate, che rechino cioè l'intestazione ad una persona fisica o ad un ente ecclesiastico quali concedenti.

Al contrario dei beni demaniali veri e propri, questi ultimi sono commerciabili, liberamente alienabili e l'atto di trasferimento è quindi pienamente valido.

Infatti detti terreni privati possono trovarsi nella duplice condizione di procedura di liquidazione dell'uso civico non iniziata o in corso, oppure in quella di procedura conclusa o con lo scorporo di una parte di terreno a favore del Comune (artt. 5 e 6 della legge del 1927) o, caso più frequente, con l'imposizione al privato proprietario di un canone a favore del Comune (art. 7 della legge del 1927); si badi che in questa ultima condizione potrebbero trovarsi anche i terreni intestati al Comune concedente, di cui alla terza ipotesi catastale.

I suddetti beni sono liberamente alienabili semplicemente perché nessuna norma espressa ne prevede l'inalienabilità, fermo restando che l'alienazione, civilisticamente valida, non estingue l'uso civico, e quindi in assenza di menzione del diritto civico nell'atto di trasferimento, torna applicabile la normativa civilistica di cui all'art. 1482 (cosa gravata da garanzie reali o da altri vincoli) o all'art. 1480 (vendita di cosa parzialmente altrui), a seconda della natura giuridica che si ritiene di attribuire al diritto di uso civico, con le conseguenze della risoluzione del contratto, del risarcimento del danno o della riduzione del prezzo.

In particolare, l'Istituto di Sostentamento del Clero, subentrato all'ente ecclesiastico concedente, potrebbe richiedere che la finalità enfiteutico-reddituale sia convertita nel pagamento del capitale di affranco, ai fini di sostentamento del clero, ai quali è istituzionalmente preposto, mediante atto di affrancazione stipulabile anche dopo l'atto di trasferimento.

In conclusione, al Notaio conviene esplicitare l'esistenza del diritto civico, per non incorrere in responsabilità patrimoniale nei confronti della parte acquirente, e far risultare chi sia onerato al pagamento del capitale di affranco.

#### 4. Inalienabilità: dalla nullità all'inefficacia

Regime giuridico di disponibilità assai più articolato e complesso è invece quello dei beni di c.d. proprietà collettiva (demanio civico), che pure compaiono intestati al Comune o ad altra entità non ecclesiastica concedente; il primo problema è quello di accertare se tale intestazione configuri proprio questa ipotesi, con tutte le conseguenze che vedremo, o quella più tranquillizzante prima esaminata: purtroppo non vi sono indicazioni in proposito, e occorre affidarsi a certificazioni comunali, regionali o commissariali, tenendo presente che, in assenza di contraria attestazione, scatta la presunzione di demanialità civica, fondata sulla nota massima "ubifeuda ibi demania" con valore di presunzione assoluta per taluni, per altri iuris tantum, ma comunque ritenuta, sia pure con alterne fortune, estendibile anche ai feudi dell'Italia Settentrionale e Centrale, e non solo a quelli dell'Italia Meridionale, da cui deriva.

Il regime giuridico dei suddetti beni ha la sua fonte normativa essenzialmente negli articoli 9 - 11 - 12 - 13 - 21 e 29 della legge del 1927.

Gli articoli 9 e 29 sono quelli che consentono l'alienabilità dei terreni in oggetto.

Infatti l'art. 9 disciplina la legittimazione delle occupazioni abusive a determinate condizioni, l'art. 29 la conciliazione avanti al commissario per gli Usi civici: a legittimazione e conciliazione avvenute, il terreno diviene di proprietà privata, con il gravame di canone di natura enfiteutica nel primo caso, ma comunque liberamente alienabile, come nelle precedenti ipotesi.

Dal corpus costituito dagli articoli 11-12-13 e 21 scaturirebbe, invece, il regime giuridico di assoluta indisponibilità e inalienabilità dei terreni costituenti il demanio civico (comunali, frazionali o di altri enti) sui quali si esercitano usi civici, e la conseguente sanzione della nullità dei relativi atti di trasferimento.

Premesso che l'unico titolo di acquisto dei beni demaniali civici ritenuto valido è appunto la legittimazione, stante il tenore dell'ultimo comma dell'art. 9, secondo cui "non avvenendo la legittimazione, le terre dovranno essere restituite, a qualunque tempo l'occupazione di esse rimonti", esiste un numero impressionante, monocolore, di sentenze della Cassazione che invariabilmente dagli anni trenta fino ad oggi, riconferma l'inalienabilità di quei beni e la nullità degli atti di trasferimento, tra le quali voglio citare solo una delle ultime, la n. 1940 del 3 febbraio 2004, dalla quale si ricava la seguente massima: "la cessione tra privati dei beni comunali soggetti ad uso civico, quali quelli di cui alla Cat. A (terreni convenientemente utilizzabili come bosco o come pascolo permanente, che non possono essere alienati neppure dall'ente pubblico, se non con l'autorizzazione della Regione) e alla Cat. B (terreni convenientemente utilizzabili per la coltura agraria) dell'art. 11, quelli di cui all'art. 13 (i terreni di cui alla lettera b dell'art. 11 utilizzabili per la coltura agraria, destinati ad essere ripartiti fra le

famiglie dei coltivatori diretti del Comune o della frazione), di cui all'art. 21 (unità fondiari abbandonate o devolute, riassegnate ex artt. 13 e 19) della legge n. 1766 e 1927, è nulla (non già per illiceità bensì) per impossibilità dell'oggetto o per contrasto con norma imperativa".

Al cospetto di tanta assertività, viene in mente la celebre orazione di Antonio ai Romani dopo l'uccisione di Giulio Cesare, nell'omonima tragedia scespiriana: "Bruto è un uomo d'onore e ha detto che Cesare era ambizioso, ma se Cesare non era ambizioso, allora dovrebbero insorgere perfino le pietre di Roma"; allo stesso modo, la non pacifica conferma del rigoroso convincimento della Suprema Corte, determinerebbe uno sconvolgimento delle posizioni dottrinali largamente dominanti.

Per questo ho scelto di analizzare proprio questa sentenza, non perché è una delle ultime cronologicamente, ma poiché fa giustizia di una delle ipotesi di inalienabilità e delle cause di nullità, la cui inconsistenza era stata già segnalata dalla Corte Costituzionale: quella della mancata preventiva assegnazione a categoria, di cui all'art. 11 della legge del 1927.

Dalla mancata classificazione del bene civico come bosco o pascolo da un lato, o terreno utilizzabile per l'agricoltura dall'altro, prima dell'autorizzazione ad alienare, era stato ribadito dalla Cassazione a Sezioni Unite con sentenza n. 6017 del 10 novembre 1980 che i relativi atti sono affetti da nullità assoluta, dichiarabile in ogni tempo, costituendo l'assegnazione a categoria provvedimento avente natura costitutiva della qualità del bene.

Ebbene la Corte Costituzionale, con sentenza n. 221 del 25 maggio 1992, nel pronunciarsi in merito ad un ricorso del Commissario agli Usi Civici de L' Aquila contro l'autorizzazione regionale ad alienare un terreno boschivo, senza preventiva assegnazione a categoria, enunciava due principi:

a) nel caso di specie, che l'assegnazione si configurava come mero atto di accertamento dichiarativo, ai sensi dell' art. 37 del regolamento di esecuzione del 1928, che non obbliga al provvedimento costitutivo "quando risulti da sicuri elementi a quale delle due categorie indicate dall' art. 11 della legge debbano essere assegnate le terre di uso civico";

b) in generale, che la questione si svuota di fondamento, essendo venuta meno la distinzione, su cui si basava la nullità dell'atto, dopo che con il trasferimento alle Regioni delle funzioni amministrative in materia di usi civici, l'autorità competente al rilascio dell' autorizzazione (in precedenza il Ministero dell' Agricoltura) e quella competente all'assegnazione a categoria (precedentemente il Commissario) si identificano nello stesso soggetto, e cioè la Regione.

Quindi la sopravvenuta assegnazione a categoria, dopo l'alienazione autorizzata, non configura un caso di convalida di atto nullo, inammissibile ai sensi dell' art. 1423 del codice civile, se non espressamente previsto, ma semplicemente la rimozione con efficacia retroattiva di un impedimento alla piena validità dello stesso, i cui effetti risultano prodotti sin dall'origine.

Ragionamento importante, perché di fatto riduce le ipotesi di inalienabilità a due soltanto, a parte quella già esaminata della mancata legittimazione e della reintegra in favore del Comune:

1) quella dell'art. 12, secondo cui i Comuni e le Associazioni non potranno senza l'autorizzazione del Ministero dell' Agricoltura e delle Foreste (oggi della Regione) alienare i terreni assegnati alla categoria A (boschi e pascoli);

2) quella dell'art. 21, secondo cui per i terreni di categoria B (coltura agraria) prima dell' affrancazione del canone, le unità fondiari non potranno essere divise, alienate o cedute per qualsiasi titolo.

Ma ragionamento importante, altresì, perché conduce a chiedersi se davvero, anche in tali residue ipotesi, al divieto di alienazione sia connessa la sanzione della nullità, posto che nessuna delle norme citate la prevede espressamente per l'atto compiuto in violazione di esse.

Una considerazione preliminare a questa indagine va fatta, sottolineando l'evoluzione del concetto giuridico di nullità, che da assoluta inqualificazione della fattispecie, cioè di fatto irrilevante sul piano giuridico, non potendosi attribuire alcuna importanza all'adempimento spontaneo da parte dei privati, si è andato via via differenziando in rapporto alle diverse fattispecie previste dall'art. 1418 del codice civile.

Preso atto della norma di chiusura contenuta nel terzo comma, "il contratto è altresì nullo negli altri casi stabiliti dalla legge", le due figure di nullità delineate ai primi due commi appaiono sorrette da logiche differenti.

Quella del primo comma "il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente", innanzitutto ammette che dalla contrarietà a norme imperative può non discendere la nullità del contratto, in secondo luogo riconosce implicitamente l'esistenza del negozio come situazione di fatto, in grado di produrre un qualche effetto giuridico, ma l'ordinamento statuale utilizza la sanzione della nullità per negare la propria garanzia a programmazioni di interessi difformi dai suoi valori fondamentali: la nullità si configura come criterio di qualificazione negativa nel controllo degli interessi perseguiti dalle parti, rispetto ai valori che un ordinamento storicamente definito intende tutelare; dunque la produzione di effetti giuridici ditali at-

ti nulli resta nella disponibilità del diritto oggettivo che può ritenere tempo per tempo efficaci quelle negoziazioni non più in contrasto insanabile con i valori formali e sostanziali del sistema.

Nel caso del secondo comma, "producono nullità del contratto la mancanza di uno dei requisiti indicati nell'art. 1325, l'illiceità della causa, l'illiceità dei motivi del caso indicato dall'art. 1345 e la mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall' art. 1346", la nullità si configura come inesistenza giuridica, in quanto il negozio è inidoneo ad integrare anche la situazione di fatto, per assoluta carenza di requisiti legali di esistenza o perché, pur esistendo questi ultimi, la illiceità della causa o dei motivi determinanti reagisce come fattore destrutturante della fattispecie all'interno dello stesso ordinamento privato.

Dunque, di quale delle due tipologie delineate sarebbe la nullità degli atti dispositivi di beni del demanio civico?

La citata Cassazione del 2004 sembra non avere le idee molto chiare, posto che, esclusa solo la illiceità dell'oggetto, la ritiene esistente alternativamente o per impossibilità dell'oggetto o per contrasto con norma imperativa. Vale a dire: il contratto dispositivo è comunque nullo, scegliete voi se si tratta di una nullità del primo tipo, per contrasto con valori perseguiti dall'ordinamento, pur essendo il negozio esistente in tutti suoi elementi costitutivi, o del secondo tipo, per carenza di uno di quegli elementi costitutivi, che lo rendono esistente come atto giuridico produttivo di effetti. Variante nominalistica di quest'ultima ipotesi si legge nella Cassazione sez. II 2.3.2005 n. 4427, secondo la quale la nullità dell'atto di vendita deriva dalla inidoneità giuridica dell'oggetto.

Innanzitutto una considerazione storica: la legge del 1927 è stata emanata nel vigore del codice civile dal 1865, nel quale non si fa già più menzione degli usi civici, forse presumendo che la integrale attuazione della legislazione liquidatoria, già prevista dalla normativa preunitaria, ne facesse scomparire ogni traccia; comunque sia, appare un pò debole il tentativo di far discendere la nullità dalle norme proibitive, di cui agli articoli 12 e 21 della legge del 1927, per contrarietà a valori fondamentali del sistema giuridico, quando l'istituto da tutelare non esiste nel corpus normativo principale, ma solamente in una legge speciale, che mira alla generale liquidazione di quel diritto e dei presunti sottesi valori, osservate determinate condizioni!

Poi a maggior ragione appare problematica la costruzione della nullità in via interpretativa in assenza, nel codice del 1865, di una norma corrispondente all' art. 1418 del codice del 1942, contenente una elencazione delle cause di nullità del contratto, tra le quali la contrarietà a norme imperative.

La mancanza sia di siffatta previsione generale codicistica di nullità, che della comminatoria espressa dalla sanzione, degrada irreversibilmente le norme della legge del 1927 allo stato di *minus quam perfectae*, senza che ad esse sia possibile correlare in via interpretativa la nullità di cui al primo tipo dell'art. 1418 c.c.

Resta la nullità di cui al secondo tipo verso cui converge la maggior parte delle sentenze di merito e di legittimità, nella fattispecie specifica di nullità per impossibilità dell'oggetto.

-impossibilità giuridica e non fisica, poiché il bene esiste, ma è incommerciabile o inalienabile, venendosi così ad equiparare il bene demaniale civico al bene demaniale vero e proprio e a sottoporlo al medesimo regime giuridico previsto per quest'ultimo dall' art. 823 del codice civile.

Eppure, si tratta di inalienabilità che nel caso del bene demaniale pubblico può dirsi assoluta, poiché può essere rimossa solo dalla legge, mentre nel caso che ci interessa il vincolo di indisponibilità può essere superato da un'autorizzazione amministrativa regionale o da un procedimento amministrativo, concluso dall' atto giuridico dell' affrancazione.

Il che ha portato qualche voce isolata ad affermare che l'alienazione non autorizzata ai sensi dell'art. 12 si traduce "non in nullità del negozio, ma in annullabilità, poiché non esiste l'inidoneità del bene ad essere trasferito, con la conseguenza che i terreni sarebbero soggetti ad una condizione di inalienabilità relativa": ma è opinione isolata, per lo meno in questi termini.

Opinione condivisa, invece, a proposito dell'art. 21, è che il divieto di dividere, alienare o cedere le unità fondiari prima dell' affrancazione faccia salvi sia l'atto di divisione, con il quale si attribuiscono ad uno o più coeredi tutti i terreni del compendio ereditario soggetti ad uso civico, sia l'atto di cessione tra coeredi di quote dei beni stessi, tali, comunque, da non comportare un frazionamento dei fondi.

Ma premesso che la Cassazione a Sezioni Unite, con sentenza del 10 ottobre 1957 n. 3728, ha stabilito che, in conseguenza della nullità del trasferimento, il bene indebitamente alienato ritorna nel dominio del concedente e il successivo acquirente viene a trovarsi nella posizione di occupante abusivo, con la facoltà di avvalersi della procedura di legittimazione di cui all' art. 9, è la stessa suprema Corte a minare alle fondamenta la qualificazione di nullità dell' atto traslativo vietato, con tre decisioni, che lasciano intravedere la debolezza dell'impianto logico, sul quale essa si basa:

1) la sentenza 7 maggio 1968 n. 1404, con la quale è stata ritenuta non affetta da nullità la vendita effettuata prima dell' affrancazione, qualora il giudice di merito abbia qualificato, con sentenza non impugnata, l'atto co-

me vendita di cosa altrui con effetti soltanto obbligatori;

2) le sentenze 8 maggio 1973 n. 1234 e 4 agosto 1979 n. 4536, con la prima delle quali è stato sottratto alla sanzione di nullità il contratto preliminare di vendita di terreno, allorchè la stipulazione del contratto definitivo risulti condizionata al sopravvenire della legittimazione del possesso dei promittenti, mentre con la seconda la condizione di validità è la subordinazione all'affrancazione, posto che il passaggio del possesso del fondo non determina la decadenza dell'assegnatario, potendo questi provvedere alle migliorie, che giustificano l'affrancazione, anche tramite terzi, risultando così garantita la finalità della legge del miglioramento del fondo.

Dunque piena validità della vendita con effetti obbligatori, che comporta non il trasferimento del diritto, ma l'obbligazione dell'alienante di procurare l'acquisto, nonché del preliminare di vendita, con contestuale immissione del promissario nel possesso, in qualità di detentore e di non occupatore abusivo!

A commento di questa decisione, Pietro Rescigno ha riconosciuto che la formula dell' art. 21 è "espressione neutra, che può tradursi tanto nella nullità, quanto nella temporanea inefficacia o nell'efficacia sospesa, ossia in mera inopponibilità dell'atto al concedente, ferma restando la produzione del vincolo negoziale dell' irrevocabilità del consenso per i soggetti dell'atto di autonomia privata, senza toccare la natura di demanio civico dei beni".

Ed ha aggiunto che "la inalienabilità, carattere del bene demaniale che lo colloca nella categoria delle cose fuori commercio, non provoca, per i terreni concessi in enfiteusi, una impossibilità giuridica dell'oggetto negoziale insuscettibile di essere sanata. L' affrancazione rende infatti possibile la prestazione e la disciplina della sopravvenuta possibilità dell'oggetto negoziale, di cui all'art. 1347 codice civile, può essere utilmente richiamata". A mio avviso occorre approfondire ulteriormente la fattispecie e spingersi oltre la dichiarata validità del contratto con effetti obbligatori e del preliminare, sottoponendo a critica la stessa affermazione della nullità dell'atto traslativo per impossibilità giuridica dell'oggetto.

In effetti, se da un lato è ben vero che costituisce esempio classico di impossibilità giuridica quella del contratto avente ad oggetto i beni demaniali di cui all'art. 823 c.c., dall'altro lato a me non pare che ai beni demaniali civici possa applicarsi l'identico regime giuridico; è la stessa Cassazione a suggerirlo, nell' ammettere la validità del pre liminare o del contratto obbligatorio qualificato come vendita di cosa altrui, e la conseguente possibilità di farli valere in giudizio.

D'altronde, si è mai visto un preliminare di vendita di porzione di spiaggia? E quale mai tutela giurisdizionale otterrebbe? Qui la nullità è piena, poiché assoluta è l'impossibilità sia dell'oggetto inteso come bene, che della prestazione, intesa come obbligazione a trasferire la proprietà di quel bene, acquisibile solo per legge.

Nel preliminare di vendita di bene civico, invece, la prestazione è possibile e l'oggetto di essa è solo transitoriamente o temporaneamente impossibile, poiché con l'autorizzazione o con l'affrancazione diviene possibile, quindi validamente il promittente può giuridicamente obbligarsi.

Ne deriva logicamente che il medesimo contratto di vendita, con l'identico contenuto, variato solo quanto agli effetti, reali e non più solo obbligatori, non può essere nullo per impossibilità dell'oggetto, che attiene al piano del contenuto, altrimenti sarebbero nulli entrambi, ma è palesemente inefficace, in quanto ne è inibita la produzione degli effetti da un oggetto relativamente impossibile.

L'oggetto della vendita con effetti reali di bene civico non è, dunque, affetto da impossibilità assoluta, che a giudizio unanime della dottrina è la sola a causare la nullità del contratto, bensì da impossibilità relativa, che si definisce tale proprio perché può venire meno, essendo rimovibile la situazione giuridica che la genera, con la conseguenza che gli effetti del contratto, definitivamente negati nel primo caso, nel secondo immediatamente si producono, una volta cessato lo stato di impossibilità del contenuto contrattuale.

Più semplicemente voglio dire che è logicamente errato ammettere la validità di un contratto ad effetti obbligatori, e contemporaneamente affermare la nullità del medesimo contratto con effetti traslativi, motivandola con l'impossibilità giuridica dell'oggetto, che attiene al piano del contenuto, mentre le due fattispecie invero si differenziano solo su quello degli effetti.

Dunque o sono entrambe nulle per la medesima impossibilità contenutistica o se quella ad effetti meramente obbligatori è valida, come sostiene la Cassazione, quella ad effetti reali non è nulla, ma solo relativamente impossibile, e quindi inefficace, poiché l'effetto del trasferimento della piena proprietà potrà attuarsi solo dopo aver ottenuto l'autorizzazione o l' affrancazione, che rimuovono la transitoria impossibilità dell'oggetto.

Il contratto di disposizione a qualsiasi titolo di bene c.d. demaniale civico è, conclusivamente, a mio sommo avviso, non nullo, ma semplicemente inefficace per impossibilità relativa dell'oggetto, e quindi, come tale, non ricadente nel divieto di stipulazione di cui all' art. 28 della legge notarile secondo la più recente impostazione della giurisprudenza di legittimità, ma, e lo dico a beneficio dei più timorosi, ma neppure nell' obbligo di presta-

re il proprio ministero, di cui all'art. 27, qualora la parte alienante, o anche quella acquirente, chiedesse al Notaio di non documentare in atto l'inopponibilità dello stesso all'Ente concedente, in mancanza di autorizzazione o di affrancazione, o qualora il Notaio, di fronte ad una giurisprudenza pressochè unanime e ad una dottrina maggioritaria per la tesi della nullità, ritenesse comunque di non stipulare, prima del compimento dei provvedimenti amministrativi di rimozione del vincolo di indisponibilità.

Naturalmente la trascrizione dell'atto andrà eseguita indicando come diritto trasferito quello dell'enfiteuta con effetto traslativo immediato, o quello di proprietà, ma sotto la condizione dell'autorizzazione o dell'affrancazione, delle quali dovrà farsi annotazione alla trascrizione, al loro verificarsi.

Concludo, riepilogando le ragioni ostative all'accoglimento della tesi dominante della nullità dei contratti dispositivi di beni demaniali civici:

Motivo storico

1) l'essere state le norme della legge del 1927 emanate nell'ambito del sistema codicistico del 1865, che non ricollegava la sanzione della nullità contrattuale alla contrarietà a norme imperative, mancando un omologo dell'art. 1418 del codice civile del 1942;

Motivo letterale

2) che, appunto per questo, le norme di divieto, pur indubbiamente imperative avrebbero dovuto contenere o la sanzione espressa della nullità, o elementi che in modo inequivoco l'avessero giustificata;

Motivo sistematico

3) l'essere stata la nullità in via interpretativa desunta dall'equiparazione della natura del bene demaniale civico a quella del bene demaniale vero e proprio, che resta indimostrata alla luce della fondamentale differenza del regime di inalienabilità, assoluta in quest'ultimo caso, relativa nel primo;

Motivo logico

4) l'essere logicamente contraddittorio individuare la causa della nullità nell'impossibilità giuridica dell'oggetto del contratto ad effetti reali, e contemporaneamente affermare la validità di un contratto col medesimo oggetto, purchè ad effetti meramente obbligatori o se qualificato come vendita di cosa altrui, confondendo il piano del contenuto con quello degli effetti, l'impossibilità assoluta insanabile con quella relativa sanabile, in definitiva la nullità con l'inefficacia.

5. Considerazioni conclusive

La conclusione cui siamo giunti, pur se venisse ritenuta appagante sul piano della teoria giuridica, non porrebbe certamente la parola fine al dibattito sulle invalidità, anzi dal tema specifico si proietterebbe su un orizzonte assai più vasto.

Essa altro non è che il segnale dell'inadeguatezza della riflessione sulla categoria stessa dell'invalidità, così come elaborata dalla dottrina privatistica del Novecento, e della necessità di oltrepassare le acque tranquille del binomio delle invalidità tradizionali, la nullità e l'annullabilità.

Per la verità già nella seconda metà del secolo scorso un grande passo in avanti è stato realizzato, rispetto a quando la qualificazione delle due categorie principali veniva elaborata solo sulla base della maggiore gravità della violazione commessa, e della conseguente obbligatorietà e insanabilità della sanzione, come nel caso della nullità, o della minore gravità della violazione e quindi della facoltatività e sanabilità della sanzione, come nel caso dell'annullabilità, senza però cogliere che la diversità del regime giuridico delle rispettive sanzioni non si fondava solo sul piano quantitativo, ma doveva essere giustificata sul piano dei differenti ambiti giuridici di riferimento.

Il che è propriamente quanto evidenziato dalla ricordata teoria del diritto come azione, che ha ricostruito le invalidità all'interno dell'ordinamento sistematico del diritto privato, qualificando la nullità come sanzione propria dell'ordinamento statale nei confronti dell'inanimissibilità di un assetto di interessi, posto in essere dall'azione dei privati, e sanzionato come inaccettabile corpo estraneo ai principi e ai valori dell'ordinamento generale, storicamente determinato, o per contrasto con i requisiti strutturali minimi degli atti giuridici ammissibili, o per contrasto con la liceità giuridica degli atti stessi, in rapporto alla finalità singola di ognuno di essi, o a quella più ampia di una intera categoria, rispetto ai valori generali di politica

del diritto di quell'epoca storica; di contro l'annullabilità è stata qualificata come la sanzione facoltativa apprestata dall'ordinamento statale per consentire all'ordinamento dei privati di far valere l'invalidità di assetti di interessi, in sé non confliggenti in modo insanabile con i valori generali di sistema, ma conseguiti facendo leva su modalità non corrette di determinazione delle reciproche prestazioni, e quindi come tali suscettibili di rendere viziato un equilibrio giuridico solo apparente, ma in sé ingiusto perché ottenuto con la violazione delle regole di formazione del consenso dalle parti private.

Così risultando giustificata, per l'essere le violazioni in contrasto diretto, per conflitto immediato, o indiretto, per conflitto mediato, con i valori giuridici di sistema, la diversa operatività del meccanismo sanzionatorio, che procede su istanza di chiunque e anche d'ufficio, con azione imprescrittibile nel caso della nullità, mentre è opponibile in via di azione solo dalla parte nel cui interesse è stabilita dalla legge, non è rilevabile d'ufficio ed è soggetta a prescrizione, nel caso dell' annullabilità.

Una terza, più ampia categoria di invalidità è recentemente riemersa dalle classificazioni manualistiche, e ha trovato collocazione nel sistema del codice: quella della inefficacia.

La dottrina e la giurisprudenza assolutamente maggioritarie sono pervenute alla classificazione, accolta dai manuali istituzionali, senso la quale l'invalidità si distingue in nullità intesa come mancata produzione di effetti della fattispecie negoziale, e annullabilità, intesa come fattispecie affetta da vizi e in quanto tale produttiva di effetti, rimovibili con una sentenza costitutiva avente efficacia ex tunc. L'inefficacia, invece, viene configurata non come una categoria autonoma, bensì come un modo di essere del negozio, che accomuna in via descrittiva, ipotesi disparate, ogniqualvolta gli effetti negoziali non si producono.

Pacifica, di conseguenza, la corollaria conclusione di incondizionata affermazione della responsabilità notarile ex art. 28 Legge Notarile in tutte le ipotesi, salvo qualche lieve dubbio nei casi di annullabilità e inefficacia.

Siffatta ricostruzione, a mio avviso, è del tutto insoddisfacente e non regge alla verifica dei dati normativi, sia codicistici, che di leggi speciali successive.

Il primo passo, nella direzione di una più plausibile prospettazione della tematica dell'invalidità, è quello di differenziare le fattispecie sotto il profilo delle sanzioni, applicate all'ordinamento statale, nei confronti dell'atto dell'ordinamento privato viziato e che sono:

- a) nel caso di nullità, un rifiuto di tutela giurisdizionale insanabile imprescrittibile, opponibile in via di azione da chiunque vi abbia interesse e rilevabile d'ufficio dal giudice;
- b) nel caso di inefficacia, un rifiuto di tutela privo di azione specifica, ma sempre opponibile in via di eccezione, normalmente da chiunque (inefficacia assoluta), in alcuni casi solo da taluno dei contraenti (inefficacia relativa), prescrivibile in via di azione e non rilevabile d'ufficio dal giudice;
- c) nel caso di annullabilità, un rifiuto di tutela opponibile in via di azione solo dalla parte nel cui interesse è stabilita la legge, prescrivibile in via di azione, ma sempre opponibile in via di eccezione, non rilevabile d'ufficio dal giudice.

Verifichiamo queste regole sul piano normativo, avvertendo subito che esse soffrono eccezioni, che restano tali fin quando non sopravanzano la regola stessa, nel qual caso significa che la regola non è esatta.

Il discorso più complesso è proprio sulla nullità, che superficialmente è stata considerata come assoluta inqualificazione della fattispecie, cioè come fatto irrilevante sul piano giuridico; non potendosi attribuire alcuna importanza al fatto che un tale negozio possieda una propria rilevanza sociale e magari sia spontaneamente adempiuto a tale livello: l'atto non integrerebbe lo schema giuridico formale del fatto, ma sarebbe in quid facti a livello meramente materiale, assolutamente inqualificato e inqualificabile, esistente solo sul piano materiale, sempre inesistente sul piano giuridico, non vi è chi non veda come una siffatta ricostruzione contrasti con la stessa definizione legale di nullità del contratto, di cui all'art. 1418 del Codice Civile, nella quale, sono ben distinte due ipotesi: da un lato la nullità causata dalle carenze strutturali di cui al secondo comma, dall'altro la nullità per contrarietà a norme imperative di cui al primo comma.

A proposito del primo comma ("il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente") voglio subito precisare che quest'ultimo inciso non ha certamente il significato che, alquanto ingenuamente gli attribuisce la relazione al Re, di dover ribadire che la conseguenza della contrarietà a norme imperative è sempre la nullità, anche se non espressamente comminata, poiché questo concetto è già contenuto nell'affermazione principale, ma sta a significare che, se la legge disponga diversamente, dalla contrarietà del contratto a norma imperativa, può non discendere la nullità del medesimo.

Nel caso del comma secondo ("producono nullità del contratto la mancanza di uno dei requisiti indicati dall'art. 1325, l'illiceità della causa, la illiceità dei motivi nel caso indicato dall'art. 1345 e la mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'art. 1346"), la nullità si configura come inesistenza giuridica, in quanto il negozio è inidoneo ad integrare anche la situazione di fatto, per assoluta carenza dei requisiti legali di esistenza o perché, pur esistendo questi ultimi, la illiceità della causa e dei motivi determinanti reagisce come fattore destrutturante della fattispecie all'intero dello stesso ordinamento privato.

Nel caso del comma primo, invece, il negozio esiste come situazione di fatto, e perciò stesso è in grado di spiegare un qualche effetto giuridico, ma l'ordinamento statale utilizza la sanzione della nullità per negare la propria garanzia a programmazioni di interessi difformi dai suoi valori fondamentali.

E allora siffatta nullità è criterio di qualificazione negativa nel controllo sulla meritevolezza degli interessi per-

seguiti dalle parti, rispetto ai valori che un ordinamento storicamente definito intende realizzare e tutelare: la produzione di effetti giuridici di tali atti nulla resta nella disponibilità del diritto oggettivo, che può ritenere tempo per tempo efficaci quelle negoziazioni non più di contrasto insanabili con i valori formali e sostanziali del sistema.

In questa prospettiva la costante moltiplicazione delle cause di nullità, cui si assiste da qualche tempo, di contro alla stabilizzazione delle ipotesi di annullabilità e di inefficacia (salvo per quest'ultima la recente legge sulle clausole abusive la n. 52 del 1996 e il c.d. codice del consumo, legge n. 206 del 2005) è significativo indice della utilizzazione, perfino eccessiva, della sanzione della nullità non come corrispettivo di insanabili carenze del fatto-atto, bensì come strumento di repressione del perseguimento di interessi lesivi dei valori giuridici fondamentali della comunità, sintetizzata dalla forma Stato, in una data epoca storica.

Per questi motivi appare legittimo inferire che la nullità di cui al primo comma dell'art. 1418 C.C. non sia dichiarabile se la norma imperativa violata non sta (o non sta più) al servizio di valori giuridici fondamentali.

Ne discende che la imprescrittibilità dell'azione per far dichiarare la nullità di cui all'art. 1422 C.C. è da intendersi nel senso che non vi è termine di prescrizione nel corso di tutto il tempo di vigenza della norma statutale sanzionante la nullità; però nel momento stesso in cui tale norma viene abrogata, l'atto o il contratto, già esistente ed efficace tra i privati, perché dotato di tutti i suoi requisiti strutturali e perché realizza una causa tipica o interessi non più immeritevoli di tutela, non potrà ancora essere dichiarato nullo, se non lo è stato al tempo della vigenza della norma imperativa violata, per mancanza assoluta di causa della nullità.

L'atto o il contratto in questione, venuta meno la nullità normativa, verrà così automaticamente giuridicizzato anche a livello di ordinamento statutale, non potendosi più ritenere esperibile da parte di questo ordinamento l'azione di nullità contro un assetto di interessi già produttivo di effetti nella sfera dell'ordinamento dei privati, e oggi non più lesivo di alcun valore giuridico statutale fondamentale.

Dunque la nullità per contrarietà a norme imperative, di cui all'art. 1418 primo comma C.C., è una sanzione civilistica che ha lo stesso meccanismo applicativo della sanzione penale, con la quale ha in comune la ratio ripristinatoria della legalità: pertanto se il comportamento o il negozio violavano la legalità all'epoca del fatto, ma all'epoca del giudizio non sono più vietati, anche le sanzioni afferenti non possono più essere applicate.

Il che in diritto penale si esprime con il principio "nulla poena sine lege", in diritto civile con la impossibilità della declaratoria di nullità per mancanza di causa.

Ed è questo proprio il caso dell'art. 23 comma 2 della legge 17 febbraio 1992 n. 179 /Norme per l'edilizia residenziale pubblica), che testualmente dispone: "Sono abrogati i commi quindicesimo, sedicesimo, diciassettesimo, diciottesimo e diciannovesimo dell'art. 35 della legge 22 ottobre 1971 n. 865".

I suddetti commi abrogati stabilivano che gli alloggi di edilizia convenzionata assegnati in proprietà non potevano essere alienati ad alcuna titolo e che non potevano su di essi costituirsi diritti reali di godimento per dieci anni dal rilascio dell'abitabilità (comma 15); che decorso tale periodo di tempo, le alienazioni o costituzioni di diritti reali di godimento potevano avvenire solo in favore di soggetti aventi i requisiti per l'assegnazione, al prezzo fissato dall'UTE (comma 16); che dopo venti anni dal rilascio dell'abitabilità l'alienazione era libera in favore di chiunque, ma previo pagamento al Comune di una somma pari alla differenza tra il valore di mercato dell'area alla data di alienazione e quello di acquisizione rivalutato a norma ISTAT (comma 17); che ad analoghe limitazioni era sottoposta la locazione dell'alloggio (comma 18); che, infine, gli atti compiuti in violazione delle disposizioni suddette erano nulli di pieno diritto (comma 19).

Oggi, per effetto dell'art. 23 citato, gli alloggi di edilizia convenzionata possono essere alienati o locati: a - senza limitazioni temporali; b - a qualsiasi prezzo; c - a chiunque.

È opinione comune in dottrina che, posto che la nuova disposizione opera a far data dal 15 marzo 1992, data di entrata in vigore della legge, gli atti di rivendita posti in essere anteriormente a tale data, in violazione dei divieti allora vigenti, erano nulli e continuano ad essere nulli: si afferma infatti che "la nullità continua a sussistere senza possibilità di convalida, né può essere utilizzato lo strumento della cosiddetta pubblicità sanante ex art. 2352 n. 6 C.C. perché esso presuppone che il secondo negozio posto in essere non sia nullo a sua volta, mentre è risaputo che le nullità in discorso colpiscono l'atto di trasferimento del bene in qualunque fase del periodo di vincolo in cui esso avvenga e a prescindere dalle persone coinvolte nel negozio; la nullità, cioè, inerisce al bene e lo coinvolge in tutte le vicende di trasferimento attuale nel periodo previsto".

Dall'altra parte viene definita assurda l'opinione estremamente rigoristica, secondo la quale continuerebbero a sussistere i divieti per le alienazioni di alloggi realizzati su tutte le aree cedute in proprietà con convenzioni stipulate prima del 15.3.1992, "essendo risaputo che soltanto la legge può stabilire nullità del contratto: venuta meno la legge, nel nostro caso, per contratti posti in essere dopo la sua abrogazione la nullità non ha più ragion d'essere".

Se si può essere pienamente d'accordo con quest'ultima conclusione, credo che solo la carenza di ragionamento giuridico faccia apparire altrettanto condivisibile la prima, secondo cui gli atti di vendita in violazione dei divieti, stipulati prima del 15.3.1992, restano nulli di pieno diritto.

Al contrario, coerentemente al ragionamento fin qui svolto, mi pare possa affermarsi che l'atto di rivendita dell'alloggio in violazione dei divieti, oggi abrogati, posto in essere nel periodo di vigenza dei divieti stessi, cioè tra l'ottobre 1971 e il 14 marzo 1992, per il quale non sia già intervenuta declaratoria di nullità, è sanato con l'abrogazione della causa che lo affettava di nullità: il che tecnicamente avviene o automaticamente per il tramite della pubblicità sanante, a seguito della trascrizione dell'eventuale ulteriore atto di trasferimento, posto in essere dopo il 15 marzo 1992, o per effetto della rinnovata trascrizione di un titolo meramente riproduttivo e ripetitivo di quello posto in essere anteriormente al 15 marzo 1992.

Per questi motivi, contrariamente all'opinione dominante, ritengo che dalla data del 15 marzo 1992 non solo è possibile alienare gli alloggi di edilizia residenziale pubblica convenzionata, ma è altresì venuta meno la causa di nullità che inficiava gli atti stipulati anteriormente a tale data.

La conferma testuale della ricostruzione qui prospettata del regime giuridico della nullità viene dal comma 4 dell'art. 12 della legge n. 246 del 28.11.2005, in vigore dal 16 dicembre 2005, che ha aggiunto all'art. 30 del D.Lgs. n. 380 del 2001, T.U. per l'edilizia, il comma 4 bis, a tenore del quale gli atti nulli per espressa disposizione del medesimo articolo per mancata allegazione del certificato di destinazione urbanistica, o per mancata dichiarazione di attualità degli strumenti urbanistici in esso attestati, possono essere confermati o integrati, anche unilateralmente, con atto pubblico o autenticato, cui sia allegato il certificato di destinazione urbanistica riferito all'epoca dell'atto, o che contenga la omessa dichiarazione; nonché, ancora più significativamente, dal comma 5, che dispone che possono essere confermati anche gli atti stipulati prima della data di entrata in vigore della legge, purchè la nullità non sia stata accertata con sentenza passata in giudicato prima di tale data.

E che altro significato hanno tali norme se non quello che gli atti, affetti dalla nullità di cui al primo comma dell'art. 1418 cod. civ., cioè quella per contrarietà a norme imperative, ma compiutamente strutturati come fatti-specie, sono produttivi di effetti fino a quando tale nullità non venga accertata, cioè proclamata, con sentenza passata in giudicato, e quindi che prima di tale evento la nullità può essere rimossa con un atto che rimuove la causa, esterna alla fattispecie, di nullità? E che, per logica conseguenza, anche il sopravvenire di una norma, che abroghi la causa di nullità, paralizza la possibilità di accertarla, di dichiararla in giudizio, relativamente ad un atto stipulato all'epoca in cui la nullità era sancita, ma che è venuta meno all'epoca del giudizio?

Con la legge 6 febbraio 1996 n. 52 è stata inserita, nel titolo 11 (Dei contratti in generale) del libro IV del codice civile, il capo XIV bis (Dei contratti del consumatore), il cui articolo 1469 quinquies è rubricato letteralmente "Inefficacia", e ha statuito al primo comma che "le clausole considerate vessatorie ai sensi degli art. 1469 bis e ter sono inefficaci, mentre il contratto rimane efficace per il resto", per poi precisare al terzo comma che "l'inefficacia opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice".

Siffatta ultima previsione, che estende alla categoria della inefficacia, normalmente priva di azione specifica, in quanto opponibile solo in via di eccezione, il rimedio della rilevabilità d'ufficio da parte del giudice, finora riservato all'azione di nullità e ritenuto caratterizzante di essa, risulta eversiva della categoria medesima e della sua tradizionale bipartizione in inefficacia assoluta, rilevabile da chiunque, e inefficacia relativa, rilevabile solo da taluni dei contraenti, istituendo la nuova tipologia dell'inefficacia relativa rilevabile d'ufficio dal giudice.

Analogo regime giuridico è quello che scaturisce dal c.d. codice del consumo, il D.Lgs. n. 206 del 2005, che nello stabilire che si considerano non apposte le clausole contrattuali non conformi alla normativa a tutela del consumatore, sancisce una sorta di inefficacia legale, che deriva dalla eliminazione dal contenuto contrattuale delle clausole lesive: meccanismo che rappresenta il rovescio di quello disciplinato dall'art. 1339 del cod. civi. rubricato "inserzione automatica di clausole" e che quindi potrebbe denominarsi "eliminazione automatica di clausole".

Il superamento del vecchio brocardo "quod nullum est, nullum producit effectum", la constatazione che in luogo della nullità, debba oggi parlarsi delle nullità, il forte ridimensionamento della distinzione tra nullità e annullabilità, la disciplina mista che in termini di legittimazione all'azione rilevabile d'ufficio, prescrittibilità, sanabilità, opponibilità ai terzi, viene ricollegata alle varie ipotesi di invalidità, trova ulteriore conferma nelle disposizioni del D.Lgs. n. 122 del 2005, sulla tutela dei diritti degli acquirenti di immobili da costruire.

La categoria della nullità c.d. di protezione, elaborata dalla più recente dottrina con riferimento alla normativa di tutela dell'acquirente, contraente debole, altro non è che una ulteriore conferma dell'originaria efficacia del contratto nullo e della devoluzione dell'applicazione della sanzione di nullità all'iniziativa della parte tutelata, anziché all'obiettiva reazione dell'ordinamento statuale alla violazione delle norme.

Con il che si perviene a disciplinare con la logica dell'annullamento, l'iniziativa di parte, una situazione che l'ordinamento ritiene oggettivamente lesiva di un interesse meritevole della massima sanzione.

Giunti a questo punto, la pazienza con la quale mi avete ascoltato merita che io tragga una generale conclusione sotto il profilo della responsabilità notarile.

Credo che la progressiva evoluzione delle cause di invalidità, che talora pare assumere i connotati di una vera e propria rivoluzione, imponga di ripensare il rapporto tra il ruolo e la funzione del notaio e gli articoli 27 e 28 della Legge Notarile.

È ormai tempo di superare le pur storiche definizioni del Carnelutti sulla funzione antiprocessuale del Notaio, e del D'Orazi Flavoni sulle funzioni di adeguamento obbligatorio e di adeguamento facoltativo, emblematiche di un Notaio degli anni Cinquanta e Sessanta del Novecento, che prosperava nel tranquillo e sicuro recinto dell'ordinamento nazionale e della sua impermeabilità, con la sola preoccupazione di non inciampare in alcuna delle ipotesi di invalidità negoziali, qualunque essa fosse.

Poi, a partire dal 1985, con la prima legge sul condono edilizio, quindi con la supplenza nelle esecuzioni immobiliari e perfino nella funzione giurisdizionale, il Notaio ha corso il rischio di smarrire la propria identità, accentuando il ruolo organico con l'ordinamento statale, allontanandosi da quello di coautore dell'ordinamento dei privati, che propriamente gli compete: una strada che conduce inevitabilmente al Notaio funzionario, sia pure privilegiato, dello Stato e come tale fungibile.

Se a questa situazione aggiungiamo l'evoluzione determinata dalla progressiva internazionalizzazione del diritto e dell'affermarsi degli istituti giuridici di common law, che hanno sottratto competenze e operatività al Notaio a favore degli studi legali e commerciali, abbiamo il quadro completo di un Notaio stretto tra le funzioni tutorie e le maglie dell'art. 28.

Di contro, fortunatamente, la recente legislazione ha impresso all'ordinamento privatistico la revisione di alcune figure giuridiche, che sollecita la competenza notarile e postula la partecipazione del Notaio all'evoluzione del diritto.

L'ultima, e decisiva, norma positiva in tal senso, è il nuovo articolo 2645 ter del Codice civile, introdotto dall'art. 39 novies della legge di conversione del c.d. decreto legge mille proroghe (n. 51 del 2006), che consente la trascrivibilità degli atti che imprimono un vincolo di destinazione "destinati alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 1322 secondo comma".

Mi pare che il dito invisibile del legislatore abbia riaperto la luce.

Forse involontariamente al Notaio viene così restituita la sua peculiare funzione, che può renderlo infungibile, e che deve essere la funzione del Notaio del XXI secolo: quella di coautore dell'ordinamento privato, mediante la piena utilizzazione degli strumenti di civil law, offerti dalle norme codicistiche sui contratti in generale, tra le quali spiccano appunto l'art. 1322, richiamato espressamente dal nuovo art. 2645 ter, e l'art. 1374, sull'integrazione del contratto.

Al Notaio, e solo al Notaio, compete di giuridicizzare l'assetto di interessi divisato dai privati, rendendolo opponibile ai terzi, innanzitutto sottoponendolo al vaglio della meritevolezza, quindi applicando l'art. 1374 che detta la regola costruttiva secondo la quale il contratto è il risultato della integrazione delle fonti costituite dal regolamento pattizio posto dalle parti private, dalle conseguenze scaturenti secondo legge, o secondo gli usi, in funzione sostitutiva di essa, qualora mancante, e infine dall'intervento del giudice: naturalmente, l'integrazione legale del contratto, privato della clausola inefficace, sarà quella delle norme dispositive di legge, previste dal codice o da leggi speciali, proprie di quel tipo contrattuale, oppure se il contratto in oggetto è atipico, sarà quella scaturente, nell'ordine, da meccanismi di applicazione analogica delle norme legali dei tipi consimili, dagli usi normativi o negoziali, e in ultimo dall'intervento equitativo del giudice.

Ecco dunque delineato quello che potremmo definire il principio di compatibilità, inteso come il livello più alto del principio di legalità, formale e sostanziale.

Se questo è vero, allora ogni atto notarile sarà ricevibile se rispetterà il contenuto minimo di legalità, nel senso di validità intesa come non nullità, soglia oltre la quale scatta la irricevibilità con le connesse sanzioni, ma anche quello minimo di compatibilità con i principi generali del sistema, restando inibito di porre in essere un assetto di interessi totalmente incompatibile con l'ordinamento.

In definitiva, la lettura che qui si propone dell'articolo 28 della Legge Notarile, è nel senso della limitazione della irricevibilità ai soli atti che, a prescindere dalla qualificazione del tipo di invalidità da cui sono affetti, non siano in grado di produrre alcun effetto giuridico tutelabile da parte dell'ordinamento.

In tal senso, illegale e irricevibile è non tanto e non solo l'atto affetto da invalidità insanabile, ma altresì quello che è irrimediabilmente al di fuori dell'ordinamento, e non può in alcun modo essere recuperato, ossia giuridi-

cizzato, con l'utilizzo degli strumenti previsti dalle norme generali del sistema.

Dalla notte buia del marzo di un anno fa, quando al congresso nazionale di Federnotai arrivò la notizia dell'abolizione dell'esclusiva notarile nell'autenticazione delle vendite di autoveicoli, alla promulgazione del nuovo art. 2645 ter cod. civ. passando per altre riforme della legislazione notarile, sembra nato un nuovo giorno, quasi a voler dare ragione alla celebre affermazione manzoniana, secondo la quale Dio non manda agli uomini una sofferenza, se non per preparare poi loro una gioia più grande.

Adesso sta a noi dimostrarci all'altezza del compito di fare i Notai.