

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

Studio n. 518-2007/C

Il vincolo alberghiero nella commercializzazione degli immobili

Approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 2 ottobre 2007

Approvato dal Consiglio Nazionale del Notariato il 25 ottobre 2007

Sommario: 1. Concetto e disciplina; 2. Proroga del vincolo; 3. Incostituzionalità del vincolo; 4. Attualità del problema; 5. Vincolo alberghiero e mutamento di destinazione d'uso del bene sottoposto a vincolo; 6. Qualificazione della struttura alberghiera; 7. Modifica di destinazione d'uso in genere e commerciabilità; 8. Vincolo alberghiero e mutamento di destinazione d'uso; 9. Legislazione regionale; 10. Conclusioni.

1. Concetto e disciplina

Il vincolo alberghiero nasce con un regio decreto legge del 1936 (R.D.L. 2 gennaio 1936, n. 274, regolarmente convertito in legge), il quale imponeva il mantenimento, nella contrattazione, della destinazione ad albergo degli immobili che, anteriormente alla data del 3 marzo 1936 (data di pubblicazione del predetto regio decreto legge), avessero avuto una destinazione alberghiera.

Nato nel 1936, il vincolo alberghiero nella sostanza significava che l'immobile destinato ad albergo dovesse mantenere detto vincolo per un determinato periodo di tempo, senza soluzione di continuità.

Il meccanismo era il seguente.

a) Presupposto dell'operazione era la vendita o la locazione "per uso diverso da quello alberghiero". Il che significava che soltanto la tipologia negoziale accompagnata da una destinazione del bene diversa da quella alberghiera poneva in discussione la validità del negozio. Infatti lo stesso Consiglio di Stato ha affermato che la normativa in discorso non imponeva l'obbligo del proprietario dell'albergo a continuare nella gestione alberghiera, lasciando intendere che la vendita del bene accompagnata dalla continuazione del vincolo alberghiero da parte del cessionario

terzo poteva avvenire senza obbligo di richiedere in tal caso l'autorizzazione amministrativa, esplicitando che "le norme che dispongono il vincolo alberghiero degli immobili destinati a tale uso non obbligano il proprietario a continuare nella gestione dell'azienda alberghiera, potendo tale gestione spettare ad altro soggetto ⁽¹⁾.

Conseguentemente non sembrava destinata ad autorizzazione una vendita o una locazione che prevedesse espressamente la continuazione della destinazione del bene ad albergo (o locanda o pensione). Soltanto quando, insomma, in modo espresso le clausole negoziali prevedessero una destinazione diversa da quella alberghiera, occorre sottoporre la vendita o la locazione ad autorizzazione.

b) Avviato il procedimento di autorizzazione, anche per posta, l'amministrazione era tenuta a valutare se il bene dovesse o meno continuare ad essere adibito ad albergo. Nell'effettuare questa valutazione, si doveva accertare se la destinazione alberghiera, che le parti negoziali intendevano far cessare sul piano contrattuale, dovesse invece essere mantenuta nell'interesse generale per salvaguardare "le esigenze del movimento turistico nazionale", come stabiliva la norma.

L'accertamento dell'autorità poteva condurre ad una duplice valutazione: 1) ritenere che la destinazione alberghiera doveva continuare; 2) ritenere che la destinazione alberghiera poteva cessare.

In questo secondo caso (cessazione della destinazione alberghiera) l'autorità concedeva l'autorizzazione; quest'ultima poteva essere data con provvedimento formale o anche per silenzio assenso (vale a dire per mancata risposta entro un mese dell'inoltro della richiesta).

Invece nel primo caso (continuazione della destinazione alberghiera) si potevano profilare due conseguenze: *a)* o provvedimento negativo di negazione dell'autorizzazione, nel quale caso il contratto di vendita o di locazione non poteva essere stipulato, pena la sua nullità; *b)* oppure esercizio di prelazione a favore dell'ente o della persona che assumeva di mantenere, almeno per dieci anni, la destinazione alberghiera, nel quale caso la prelazione veniva esercitata a giusto prezzo, fissato dall'autorità preposta al turismo.

In definitiva:

- se l'autorizzazione al mutamento di destinazione veniva data (con provvedimento formale oppure per silenzio assenso) il contratto di vendita o di assegnazione seguiva la sua strada, cioè poteva validamente effettuarsi con pienezza di effetti ed in questo caso sull'immobile l'acquirente o il conduttore nuovo poteva mutare la destinazione ad albergo del bene;

- se l'autorizzazione veniva negata, invece il contratto non poteva essere concluso o, se concluso, produrre i suoi effetti, fermo restando che in questo caso l'autorità amministrativa poteva o limitarsi a negare l'autorizzazione, oppure negare l'autorizzazione ed effettuare nel contempo la prelazione in nome e per conto di

soggetto che continuava ad utilizzare il bene immobile come albergo.

Questi contratti a rischio per essere validi dovevano ricevere l'autorizzazione dell'autorità pubblica preposta al settore del turismo, autorizzazione necessaria a pena di nullità.

Trattatasi di nullità relativa e non di nullità assoluta, sulla falsariga di quanto disponeva il codice civile del 1865. Infatti la norma recitava che il contratto di vendita o di locazione era nullo, ma l'azione di nullità poteva essere opposta e promossa unicamente dall'autorità pubblica "entro due anni dalla vendita o dalla locazione".

In definitiva, nel negare l'autorizzazione, l'autorità poteva optare per l'esercizio della prelazione, che doveva avvenire "a giusto prezzo entro quattro mesi dall'invio dell'istanza", a favore di ente o persona che intendesse continuare l'esercizio alberghiero; oppure limitarsi a far dichiarare la nullità del negozio posto in essere, in tal modo costringendo il titolare del bene a desistere dall'intento di dimettere l'attività alberghiera.

Va puntualizzato che non era il tipo contrattuale in sé a rischio, bensì il contratto che tra le sue clausole prevedesse un mutamento di destinazione del bene da utilizzazione alberghiera ad altra utilizzazione. In questo modo non era posto in discussione il mutamento di titolarità sul bene o il mutamento della persona del locatario, bensì i contratti che prevedessero tra le loro clausole un mutamento comportante la perdita della destinazione del bene ad albergo.

2. Proroga del vincolo

La prima legge che ha istituito il vincolo alberghiero è, lo si ripete, il R.D.L. 2 gennaio 1936, n. 274, convertito con legge 24 luglio 1936, n. 1692, per effetto del quale i locali ove era situato un albergo non potevano essere né venduti né locati se non previa autorizzazione di autorità statale, pena la nullità relativa, allo scopo di salvaguardare il movimento turistico nazionale; erano previste solo due tipologie negoziali interessate (vendita e locazione); il vincolo valeva per gli alberghi esistenti al 3 marzo 1936 (data di entrata in vigore della legge).

Detto regio decreto disponeva che esso avrebbe dovuto avere attuazione fino al 31 dicembre 1940. In questo modo il vincolo era stabilito a termine, con scadenza ben determinata. Questa scadenza è stata prorogata nel tempo, sia da leggi statali che da leggi regionali, leggi delle quali si fa qui di seguito una rapida rassegna.

a) Leggi statali

Il successivo R.D. 16 giugno 1938, n. 1280, convertito con legge 18 gennaio 1939, n. 376, reca due norme che interessano questa materia: nell'art. 1 si introduce il divieto di mutare la destinazione degli edifici adibiti ad uso di albergo e costruiti, migliorati o ampliati con mutui e contributi pubblici, senza autorizzazione dell'autorità amministrativa; con l'art. 4, poi, si stabilisce la proroga degli effetti del decreto n. 274 del 1936 al 31 dicembre 1943; ma contemporaneamente si prevede un ampliamento della precedente norma, perché si specifica che la norma trovava applicazione "nei confronti anche degli edifici che siano destinati ad uso di albergo, pensione o locanda dopo la data di pubblicazione del presente decreto, nonché di contratti di locazione nuovi o rinnovati, stipulati dopo la medesima data di pubblicazione" (data di pubblicazione che coincideva con il 26 agosto 1938).

In questo modo, nella sostanza: *a)* si amplia la portata del vincolo estendendola anche agli alberghi realizzati successivamente al 26 agosto 1938; *b)* si protrae il vincolo alberghiero al 31 dicembre 1943; *c)* si svincola per la prima volta, con norma aggiuntiva, la destinazione alberghiera dal vincolo tracciato dal decreto del 1936, puntando tutto sulla destinazione ad albergo correlata ad erogazioni pubbliche a favore dell'impresa alberghiera, circostanza, quest'ultima, che si ritroverà successivamente in numerose leggi.

Ed infatti apposita sentenza del Consiglio di Stato ha chiarito che ai sensi di questo provvedimento legislativo "l'autorizzazione allo svincolo di un immobile dalla destinazione alberghiera occorre non soltanto quando il proprietario intenda alienare o locare l'immobile, ma anche nei casi in cui intenda destinarlo a propria abitazione" ⁽²⁾. Il che testimonia dell'ampliamento di materia afferente alla autorizzazione amministrativa.

Il D.Lgs.Lgt. 19 marzo 1945, n. 117 (art. 1) stabilisce la proroga del vincolo alberghiero a cinque anni dalla cessazione dello stato di guerra, con la norma seguente: "la legge 24 luglio 1936, n. 1692 avrà attuazione fino a cinque anni dalla cessazione dello stato di guerra, fermi restando gli effetti degli atti e dei provvedimenti che siano stati presi a termini di legge stessa".

Contemporaneamente questo decreto legislativo luogotenenziale: *a)* prevedeva un ampliamento per la prima volta della tipologia negoziale interessata dal vincolo: oltre alla vendita e alla locazione, il vincolo si applicava a "qualsiasi altro contratto che importi mutamento di destinazione degli immobili adibiti ad uso alberghiero"; *b)* confermava la precedente norma che estendeva il vincolo alberghiero anche nei confronti degli immobili adibiti ad uso alberghiero successivamente alla data di pubblicazione del decreto (10 aprile 1945).

Il D. Lgs. C. P.S. 6 dicembre 1946, n. 424 (art. 26) disponeva che le norme previste dal D.Lgs.Lgt. testé citato n. 117 del 1945 non trovavano applicazione nei confronti degli immobili destinati ad uso alberghiero "successivamente alla data di

entrata in vigore del presente decreto". Per effetto di questa norma si crea una *summa divisio* tra alberghi dell'ante guerra e alberghi costruiti successivamente e si prevede che il vincolo valga per i primi e non per i secondi. Ed è proprio su questa differenziazione tra le due categorie di alberghi che in seguito si appunterà la valutazione d'incostituzionalità del vincolo alberghiero.

Il D.L. 9 aprile 1951, n. 207 (art. 1) si è limitato a prorogare le disposizioni della legge del 1936 sul vincolo alberghiero al 30 giugno 1951.

La L. 29 maggio 1951, n. 358 (art. 1) proroga il vincolo alberghiero previsto dal D.Lgs.Lgt. 19 marzo 1945, n. 117 al 31 dicembre 1951. In questo modo tutta la normativa disciplinata dal predetto decreto luogotenenziale viene ad essere prorogata e con apposita norma (art. 49) si stabilisce che una legge successiva disciplinerà il vincolo alberghiero.

Con il D.L. 21 dicembre 1951, n. 1356, convertito con legge 16 febbraio 1952, n. 58, il termine di scadenza del vincolo alberghiero viene ulteriormente prorogato "sino alla data di entrata in vigore della nuova legge sulla proroga delle disposizioni relative al vincolo alberghiero, ferme rimanendo le altre disposizioni vigenti sul vincolo alberghiero". Così disponeva espressamente l'art. 6 del predetto decreto legge, il quale, presumibilmente, nell'approssimarsi della scadenza del 31 dicembre 1951, ha inteso rinviare la scadenza del vincolo a data da destinarsi, da collegare ad espressa norma di proroga, norma poi emanata con la legge 5 aprile 1952, n. 234.

La L. 5 aprile 1952, n. 234 si limita a prorogare il vincolo alberghiero al 31 dicembre 1955, disponendo contemporaneamente che nulla era innovato sulle altre disposizioni concernenti il vincolo stesso.

Il D.L. 17 dicembre 1955, n. 1227, convertito con legge 10 febbraio 1956, n. 36, si limita a prorogare il vincolo alberghiero al 30 aprile 1956, abbinando la proroga alla proroga della locazione degli immobili ad uso di albergo, pensione e locanda.

Il D.L. 24 aprile 1956, n. 292, convertito con legge 23 giugno 1956, n. 593 proroga il vincolo al 31 dicembre 1956, contemporaneamente alla proroga dei contratti di locazione degli immobili adibiti ad albergo, pensione, locanda.

La L. 27 dicembre 1956, n. 1414 proroga il vincolo al 31 dicembre 1964, senza ulteriori specificazioni, mentre contemporaneamente proroga ad altra data i contratti di locazione di immobili adibiti ad albergo.

Il D.L. 23 dicembre 1964, n. 1357, convertito con legge 19 febbraio 1965, n. 33, proroga il vincolo alberghiero al 31 dicembre 1967. Dalla proroga vengono esclusi gli immobili soggetti a vincolo alberghiero "passati in proprietà di enti che da oltre dieci anni, con autorizzazione, vi esercitano gestione di opere di assistenza e beneficenza, a condizione che sia mantenuta la destinazione assistenziale". Trattasi della prima eccezione all'osservanza del vincolo, disposta peraltro con particolare

cautela: favorire il servizio assistenziale o di beneficenza ed a patto che tale servizio sia esercitato da ente per oltre un decennio.

Con D.L. 27 giugno 1967, n. 460, convertito con legge 28 luglio 1967, n. 628, il vincolo viene prorogato al 31 dicembre 1969. Va considerato che la gran parte della normativa contenuta in questo provvedimento concerne la proroga delle locazioni comuni, commerciali e di immobili alberghieri, a dimostrazione del fatto che il vincolo alberghiero viene nella recente normativa prorogato sempre in consonanza con la proroga dei contratti di locazione.

Analoga sorte spetta alla L. 22 dicembre 1973, n. 841, che proroga il vincolo alberghiero al 30 giugno 1974, ma che riserva la gran parte della propria disciplina alla regolamentazione della proroga delle locazioni comuni.

Stesso discorso vale per il D.L. 19 giugno 1974, n. 236, convertito con legge 12 agosto 1974, n. 351, il quale si sofferma sulla proroga dei comuni contratti di locazione di immobili e sui relativi aumenti del canone e che riserva un solo articolo alla proroga del vincolo alberghiero, rinviata al 31 dicembre 1975.

Il D.L. 23 dicembre 1976, n. 849, convertito con legge 21 febbraio 1977, n. 28, proroga i contratti di locazione e contemporaneamente la scadenza del vincolo alberghiero, che viene stabilita al 31 dicembre 1977.

Il D.L. 28 ottobre 1977, n. 778, convertito con legge 23 dicembre 1977, n. 928, proroga i contratti di locazione e contemporaneamente la scadenza del vincolo alberghiero, che viene stabilita al 31 dicembre 1978.

Il D.L. 23 dicembre 1978, n. 849, convertito con legge 24 febbraio 1979, n. 61 prevede la proroga del vincolo al 31 dicembre 1979.

b) Leggi regionali

In consonanza con le leggi statali di proroga del vincolo si assiste ad una serie di leggi regionali che ugualmente prorogano la durata del vincolo previsto dalla legge del 1936, leggi che, da una parte, si richiamano al vincolo alberghiero previsto dalla legge statale 24 luglio 1936, n. 1692, da un'altra parte ne prorogano di volta in volta la scadenza ⁽³⁾.

3. Incostituzionalità del vincolo

Nel 1981 è intervenuta la Corte costituzionale ⁽⁴⁾, in un giudizio promosso con ordinanza del Consiglio di Stato. La Corte Costituzionale ha precisato che il legislatore, a partire dal 1946, aveva effettuato una distinzione tra alberghi costruiti anteriormente al periodo bellico ed alberghi costruiti successivamente, mantenendo il

vincolo alberghiero per i primi ed escludendolo per i secondi. E proprio questa distinzione, per la Corte Costituzionale, mancava di razionalità, di precisa giustificazione, proprio nel momento in cui, nella ricostruzione postbellica, lo Stato aveva elargito cospicui contributi pubblici per la costruzione e l'ammodernamento degli alberghi; in tal modo, per la Corte Costituzionale, veniva a mutare l'atteggiamento dello Stato nei confronti delle strutture alberghiere.

Va precisato che la Corte Costituzionale non ha ritenuto incostituzionale il vincolo alberghiero (che per se stesso può definirsi una limitazione al diritto di proprietà imposta da un interesse pubblicistico consistente nel conservare la destinazione ad alberghi di determinati immobili, a vantaggio dell'industria alberghiera), bensì la discriminazione tra alberghi costruiti anteriormente all'evento bellico del 1940 (assoggettati appunto a vincolo) ed alberghi costruiti successivamente (non assoggettati al vincolo), discriminazione che, espressione di una diversa realtà della ricettività alberghiera dopo la seconda guerra mondiale, ormai non aveva più ragion d'essere e denotava, ove esistente, un'utilizzazione irrazionale della discrezionalità propria del potere legislativo.

Tuttavia è facile prevedere in questa sentenza della Corte Costituzionale, l'argomento di fondo sul quale appare basata la futura soppressione del vincolo alberghiero: nato come vincolo alla proprietà privata per la salvaguardia di un interesse pubblicistico (la salvaguardia dell'offerta alberghiera nel momento critico dell'approssimarsi dell'evento bellico), ora esso non ha più ragion d'essere, da una parte per la carenza di pericolo bellico, da un'altra parte per l'avvenuta realizzazione di un'industria alberghiera oltremodo sviluppata su tutto il territorio nazionale.

Sulla base di queste riflessioni, la Corte costituzionale aveva così concluso: "la discriminazione tra immobili assoggettati o meno alla proroga del vincolo alberghiero a seconda dell'epoca di destinazione a tale uso (rispettivamente, anteriore o successiva alla pubblicazione del D.Lg.Lgt. n. 117 del 1945), corrispondeva all'esigenza di non diminuire le ridotte ed insostituibili attrezzature turistiche esistenti nel dopoguerra, ma tale esigenza non è più attuale a misura che si è accresciuto ed ammodernato il patrimonio alberghiero, e la discriminazione non può essere ulteriormente protratta se non sconfinando oltre il ragionevole uso della discrezionalità legislativa. Pertanto, è costituzionalmente illegittimo - per contrasto con l'art. 3 Cost. - l'art. 5, D.L. 27 giugno 1967 n. 460, convertito in legge 28 luglio 1967 n. 628, il quale dispone l'ulteriore proroga del vincolo al 31 dicembre 1969".

Sulla spinta dell'incostituzionalità dichiarata dal giudice delle leggi, la legge 17 maggio 1983, n. 217 prevede per la prima volta, in ossequio all'art. 117 Cost. che disegna la ripartizione di competenze tra Stato e Regioni, l'attribuzione del potere legislativo sul vincolo alberghiero alle Regioni.

Con una certa organicità questa legge nell'art. 6 definisce le strutture ricetti-

ve, elencandole (fra l'altro: alberghi, motels, villaggi albergo, residenze turistico-alberghiere, campeggi, villaggi turistici), e, nell'art. 8, attribuisce alle Regioni il compito di imporre il vincolo alberghiero, disponendo: "ai fini della conservazione e della tutela del patrimonio ricettivo, in quanto rispondente alle finalità di pubblico interesse e della utilità sociale, le Regioni, con specifiche leggi, sottopongono a vincolo di destinazione le strutture ricettive indicate dall'art. 6, in conformità anche con le indicazioni derivanti dagli atti della programmazione regionale. Sono esclusi dal vincolo gli alloggi rurali, gli alloggi gestiti da affittacamere e le case e gli appartamenti per vacanze" (primo comma).

E' poi disposto che "il vincolo di destinazione può essere rimosso su richiesta del proprietario solo se viene comprovata la non convenienza economico-produttiva della struttura ricettiva e previa restituzione di contributi e agevolazioni pubbliche eventualmente percepiti e opportunamente rivalutati ove lo svincolo avvenga prima della scadenza del finanziamento agevolato" (quinto comma).

E si conclude con la norma seguente: "Le Regioni, con proprie leggi, fissano criteri e modalità per la rimozione del vincolo di destinazione, le sanzioni per i casi di inadempienza ed i necessari raccordi con le norme ed i piani urbanistici" (ultimo comma).

A partire pertanto da questa legge, il vincolo alberghiero in precedenza stabilito dal legislatore statale viene a cessare.

I punti focali di questa legge possono essere così riassunti:

a) la competenza legislativa a statuire il vincolo alberghiero spetta alle Regioni;

b) peraltro l'imposizione del vincolo non è previsto come obbligo da parte delle Regioni, bensì come facoltà;

c) appare evidente che, finché non sarà imposto con legge regionale, detto vincolo, ormai scaduto sul piano della normativa statale, non sorgerà nella Regione interessata che non l'abbia disposto;

d) il vincolo, una volta imposto, non riguarda soltanto gli alberghi, pensioni e locande, bensì concerne tutte le "strutture ricettive" indicate nell'art. 6, ad eccezione degli alloggi rurali, degli alloggi gestiti da affittacamere, delle case e appartamenti per vacanza. Pertanto restano inclusi nel vincolo (una volta che questo sia imposto dalle Regioni): alberghi, motels, residenze turistico-alberghiere, villaggi-albergo, campeggi, villaggi turistici, ostelli per la gioventù, rifugi alpini;

e) il vincolo, una volta imposto, può essere rimosso "su richiesta del proprietario solo se viene comprovata la non convenienza economica-produttiva della struttura ricettiva". Si intuisce come in questo modo prevale sull'esigenza di mantenere il vincolo, l'interesse di colui che utilizza la struttura ricettiva come impresa e come pertanto le vicissitudini dell'impresa debbano superare l'esigenza di conservazione del vincolo.

Si nota certamente in questa possibilità di far cadere il vincolo un mutamento di programma: mentre in precedenza il vincolo aveva un forte carattere pubblicistico, tant'è vero che occorre l'autorizzazione dell'autorità per lo svincolo, accompagnato comunque da prelazione dello Stato, ora l'interesse prevalente appare non quello di conservare il vincolo, bensì di consentire che la struttura ricettiva assolva al suo compito di risorsa produttiva e pertanto economicamente sana, il che degrada in un certo senso il valore del vincolo da un interesse pubblicistico ad un interesse privatistico;

f) viene attribuito alla Regione il compito di fissare criteri e modalità per la rimozione del vincolo, nonché le sanzioni per il caso di inadempienza. In questo modo lo Stato abdica al suo potere sanzionatorio, in precedenza realizzato con la previsione di una sanzione civilistica (la nullità dell'atto) e di una sanzione pecuniaria.

Il tutto, si badi, in un momento in cui il vincolo in discorso doveva ritenersi rapportato non più soltanto all'immobile utilizzato come albergo, bensì all'immobile utilizzato come struttura ricettiva posta a disposizione di tutte le esigenze turistiche.

Di qui un ampliamento della terminologia che viene specificata in un primo tempo dall'art. 6 della legge statale 17 maggio 1983, n. 217 e successivamente lasciata alla competenza delle Regioni, mentre il legislatore nazionale si è limitato a qualificarli con la seguente espressione riassuntiva: "attività ricettiva ed attività di gestione di strutture e di complessi con destinazione a vario titolo turistico-ricettiva, con annessi servizi turistici ed attività complementari, fra le quali alberghi e residenze turistico-alberghiere/residences, case ed appartamenti per vacanze, anche quando gestiti sotto la formula della multiproprietà, campeggi e villaggi turistici, altre strutture ricettive definite dalle leggi regionali" ⁽⁵⁾.

4. Attualità del problema

Il problema dell'incidenza del vincolo alberghiero sulla commerciabilità del bene immobile assoggettato ad attività economica a carattere turistico-ricettivo si pone tuttora.

Finché il vincolo alberghiero è vissuto sotto l'egida della legge del 1936, più volte prorogata nei suoi effetti, era evidente l'incidenza del vincolo sulla commerciabilità del bene, perché il legislatore ne aveva espressamente previsto la preventiva autorizzazione amministrativa, pena l'invalidità dell'atto negoziale posto in essere. Ma va ribadito che la preventiva autorizzazione era richiesta esclusivamente per strutture ricettive qualificate come "alberghi"; perché ancora né il legislatore statale né il legislatore regionale erano pervenuti ad una classificazione distinta tra le varie strutture ricettive ipotizzabili ⁽⁶⁾.

Va comunque dato atto che anche allora, in costanza di vincolo, si verificava il fenomeno consistente nella conversione degli immobili adibiti ad albergo in immobili che conservavano, in parte o nelle apparenze, la medesima destinazione e nel contempo si trasformavano "in condomini o in nuove forme di proprietà o di godimento di singole quote, porzioni, unità edilizie, dissociate dall'attività alberghiera" ⁽⁷⁾. E si era portati a ritenere di ordine pubblico la disciplina che mirava a garantire la conservazione del vincolo, disciplina che per la dottrina comportava "che non sia mutata la destinazione alberghiera conferita all'immobile ed, ancora, una circolazione controllata del bene, con diritto di prelazione a favore dell'Amministrazione" ⁽⁸⁾.

Caduto il vincolo previsto dalla legge del 1936, e non essendo stato esso vincolo più richiamato in vigore, se non sotto il profilo di struttura recettiva realizzata con contributo pubblico (nel quale caso era previsto un vincolo di destinazione per un certo periodo, dieci o più anni, garantito dalla decadenza dal contributo nell'ipotesi di violazione del vincolo), il problema si sposta nei seguenti termini: allorché il proprietario di un'azienda ricettiva (albergo, residenza turistico-alberghiera, casa-albergo, villaggi-albergo) su bene fino a quel momento utilizzato in modo unitario, cede parte di questo bene a soggetti diversi, quale è la sorte dell'atto di cessione in discorso?

Occorre partire da questo dato fondamentale per entrare nel cuore del problema, che consiste nel dare risposta alla seguente domanda: quando, con vendite parcellizzate di case-albergo, o residenze turistico-alberghiere, o di una unità immobiliare nata come albergo unitario, si muti, per una parte del complesso unitario, la destinazione alberghiera per entrare nella destinazione abitativa residenziale, che accade sul piano della commerciabilità?

Si sta verificando, infatti, sul piano della prassi negoziale, specie nelle zone di più assidua frequentazione turistica, la tendenza a dismettere porzioni di questi beni, originariamente incasellati come strutture ricettive alberghiere, a singoli proprietari, allo scopo di far utilizzare agli acquirenti questi beni non più come beni a destinazione alberghiera, bensì beni a comune destinazione abitativa, alla stessa stregua di un comune appartamento. Il fenomeno contrattuale viene riassunto con l'espressione: "compravendita frazionata di strutture ricettive".

Il fenomeno non concerne le strutture alberghiere vere e proprie, data la forte unitarietà che le contraddistingue, bensì strutture alberghiere alternative all'albergo, strutture che si sono venute sviluppando nel tempo, favorite dalla legislazione sia statale che regionale. Si fa precipuo riferimento alle residenze turistico-alberghiere (RTA) ed ai villaggi-albergo.

Le residenze turistico-alberghiere sono state definite aziende alberghiere le quali offrono alloggio in appartamenti costituiti da uno o più locali dotati di servizio autonomo di cucina ⁽⁹⁾.

I villaggi-albergo sono invece alberghi caratterizzati dalla centralizzazione dei principali servizi in funzione di più stabili facenti parte di un unico complesso e inseriti in un'area attrezzata per il soggiorno e lo svago della clientela ⁽¹⁰⁾.

Entrambe queste categorie di imprese alberghiere sono caratterizzate dall'esistenza di locali separati che possono essere utilizzati come comuni appartamenti o locali destinati ad abitazione proprietaria di una famiglia. Di qui la prassi negoziale di alienare alcuni di questi appartamenti, nella sostanza disancorandoli dalla struttura alberghiera esistente.

Di qui il quesito seguente: quale è la sorte di questi contratti sul piano della validità negoziale? Si tratta di contratti nulli oppure di contratti validi? E' evidente che, in mancanza di apposita norma di riferimento che incida espressamente sulla validità di questi negozi, il problema va riguardato sotto il profilo della loro commerciabilità sul piano urbanistico, trattandosi di un negozio che fa perdere la destinazione d'uso di struttura alberghiera per far acquistare al bene una destinazione d'uso di tipo abitativo privatistico.

Pertanto, sul piano urbanistico, la modificazione dell'utilizzazione del bene incide sulla commerciabilità, vale a dire la condiziona a tal punto da renderla inattuabile se non ricorrendo alla sanatoria del vizio urbanistico, oppure all'ottenimento di provvedimento formale abilitativo del Comune? Oppure il bene è commerciabile, ma l'acquirente, più o meno informato sulla criticità dell'operazione, è assoggettato a conseguenze sanzionatorie?

Sempre sul piano urbanistico, ma sotto altro profilo, l'utilizzazione del bene in modo difforme dalla sua originaria destinazione, determina la realizzazione del reato di lottizzazione abusiva? Questo secondo interrogativo non deve apparire strano e va approfondito, tenuto conto di una recente giurisprudenza della Cassazione penale, che ritiene il reato di lottizzazione abusiva realizzabile anche nell'ipotesi che stiamo esaminando.

Questi problemi vanno affrontati distintamente.

5. Vincolo alberghiero e mutamento di destinazione d'uso del bene sottoposto a vincolo

Il primo problema concerne la sorte del negozio posto in essere allorché esso negozio coinvolga un mutamento di destinazione d'uso del bene da uso alberghiero ad uso abitativo, fattispecie che si verifica quasi sempre per effetto di una ripartizione del bene unitario iniziale in tanti singoli beni negoziati separatamente.

Va subito affermato che se la destinazione ad albergo (o a strumento di ricettività alberghiera) permane sulle singole porzioni in cui il bene è stato suddiviso, il vincolo non viene meno. Potranno sorgere soltanto problemi burocratici o di pubbli-

attività commerciale per raccordare la nuova situazione alle esigenze che l'attività alberghiera impone sul piano burocratico-amministrativo (permessi, iscrizione nel registro delle imprese, autorizzazioni della competente autorità), etc.), ma tutto ciò non sembra incidere sulla validità del negozio posto in essere.

Che questa soluzione sia corretta lo si desume anche dalla ormai superata legge del 1936, la quale imponeva l'esigenza dell'autorizzazione amministrativa soltanto se la cessione dell'unità alberghiera venisse accompagnata dall'espressa clausola negoziale di voler utilizzare il bene in modo diverso da quello alberghiero.

Il problema sorge se manca una clausola negoziale espressa di intenzione di far cessare il vincolo, oppure se non si faccia alcuna menzione in proposito, ma la destinazione del bene abbia obiettivamente natura diversa da quella alberghiera: si pensi ad una frantumazione negoziale di un piccolo albergo in unità di dimensioni così ridotte da rendere impraticabile una loro destinazione alberghiera. In questo caso, assodato che presumibilmente la futura destinazione del bene non potrà essere quella alberghiera, quale sorte deve ritenersi applicabile al negozio posto in essere: soltanto rilievi di ordine amministrativo-edilizio, oppure anche rilievi attinenti alla regolarità del negozio posto in essere?

Ma si pensi anche al fatto che un contratto di cessione di un'unica unità immobiliare già inserita in un villaggio-albergo, oppure in una residenza turistico-alberghiera, comporta, obiettivamente, l'impossibilità di continuare l'attività economica propria della gestione alberghiera, la quale ultima pretende strutturalmente una pluralità di immobili destinati contemporaneamente ad essere soddisfatti con contratto alberghiero.

Non si vuole qui affermare che sia sufficiente il silenzio negoziale o la mancanza nel negozio di clausole che chiaramente inducano ad una modifica delle destinazioni alberghiere. Si vuole invece far riferimento ad un assetto negoziale tale che, per le caratteristiche strutturali del complesso ricettivo, inducano senza alcun dubbio a far ritenere un inevitabile mutamento di destinazione d'uso alberghiero.

6. Qualificazione della struttura alberghiera

Ma prima ancora di affrontare questo problema occorre porsi la seguente domanda: quale è l'elemento caratteristico della struttura alberghiera, venendo meno il quale può fondatamente parlarsi di cessazione del vincolo alberghiero?

La dottrina ⁽¹¹⁾ ha in modo appropriato evidenziato come il vincolo alberghiero, legato, per effetto della legge del 1936, alla volontaria destinazione del proprietario, con la legge n. 217 del 1983 si sia svincolato dalla predetta valenza soggettiva, per acquisire una valenza oggettiva comprendente "gli esercizi ricettivi aperti al pubblico, a gestione unitaria, che forniscano alloggio, eventualmente vitto ed altri

servizi accessori, in camere ubicate in uno o più stabili o in parti di stabili" (così art. 6 legge 217/1983).

Ed ha, detta dottrina, ulteriormente precisato come a partire dalla predetta legge n. 217 del 1983 dottrina e giurisprudenza abbiano disputato sulla compatibilità o meno di alienazioni effettuate secondo schemi multiproprietari con la conservazione della natura alberghiera degli immobili oggetto di compravendita ⁽¹²⁾.

E per stabilire se dovesse considerarsi venuta meno l'utilizzazione alberghiera del bene, si è dovuto rispondere alla seguente domanda: quali sono le caratteristiche insostituibili di un bene utilizzato come albergo?

Si è partiti dall'art. 6 dell'ultima legge citata (che così li riassumeva: finalità ricettiva, gestione unitaria, apertura al pubblico) e si è avuto modo di constatare come la giurisprudenza amministrativa abbia di volta in volta preso in considerazione l'uno o l'altro dei predetti elementi, ora privilegiando la gestione unitaria dei servizi connessi ⁽¹³⁾; ora privilegiando l'apertura al pubblico dei locali interessati ⁽¹⁴⁾.

Una delle fattispecie nelle quali questo dilemma tra uso alberghiero ed uso residenziale ha avuto modo di svilupparsi nelle vicende giudiziarie è stata quella del passaggio da casa-albergo a casa di abitazione. In proposito il giudice sia ordinario che amministrativo ha chiarito che la casa-albergo costituisce una struttura funzionale all'esercizio di un'attività d'impresa, "che è quella di prestare ospitalità dietro corrispettivo alla massa indiscriminata dei fruitori del servizio"; mentre la casa di abitazione "va intesa come luogo destinato ad ospitare i nuclei familiari, con carattere di tendenziale continuità nel quale si accentra la vita privata" ⁽¹⁵⁾.

In definitiva, seguendo questa giurisprudenza, l'elemento discriminante tra utilizzazione alberghiera ed utilizzazione come casa di abitazione è dato dall'offerta al pubblico indifferenziato del bene, offerta che vige per le case-albergo e che manca per le case di abitazione. Fermo restando, è intuibile concludere, che per poter organizzare un'offerta del bene in locazione diretta al pubblico indifferenziato occorre disporre, a monte, di una struttura organizzativa qualificabile come impresa alberghiera di servizi. Tutto ciò, ripetesì, sulla base della legge n. 217 del 1983.

La situazione cambia con la legge statale 29 marzo 2001, n. 135, integrata dal D.P.C.M. 13 settembre 2002 che ha recepito la Conferenza Stato-Regioni del 14 dicembre 2002. Con questi ultimi due provvedimenti normativi: *a)* si verifica l'abrogazione della legge 17 maggio 1983, n. 217; *b)* non si fa più menzione dell'attività alberghiera come attività contrassegnata da una serie di caratteristiche di differenziazione rispetto alle restanti attività ricettive; *c)* si verifica una omogeneizzazione delle varie attività di ricezione turistica; *d)* infine si sposta il problema in modo netto dall'immobile al soggetto che opera in modo imprenditoriale, con le seguenti disposizioni: "il carattere turistico viene conferito all'impresa unicamente dalla tipologia di attività svolta" (art. 1, quarto comma della citata conferenza Sta-

to-Regioni). Le principali tipologie di valenza generale relativamente alle attività turistiche sono così definite: "attività ricettive ed attività di gestione di strutture e di complessi con destinazione a vario titolo turistico-ricettiva, con annessi servizi turistici ed attività complementari, fra le quali alberghi e residenze turistico-alberghiere/residences, case ed appartamenti per vacanze, anche quando gestiti sotto la formula della multiproprietà, campeggi e villaggi turistici, altre strutture ricettive definite dalle leggi regionali".

7. Modifica di destinazione d'uso in genere e commerciabilità

Individuate le caratteristiche della ricettività alberghiera, occorre esaminare quali riflessi abbia sulla commerciabilità dei beni la trasformazione di un'unità immobiliare assentita sul piano edilizio come albergo o qualifica equivalente in un'unità immobiliare ad uso abitativo.

La modifica di destinazione d'uso si può definire, in termini generali, come una destinazione dell'unità immobiliare ad un utilizzo diverso da quello indicato nel provvedimento abilitativo (licenza edilizia, concessione edilizia, permesso di costruire).

Il mutamento di destinazione d'uso di un immobile è stato qualificato come "attività volta a vincolare in maniera non precaria una costruzione ad una determinata utilizzazione, classificabile fra quelle correnti in materia urbanistica, qualora si realizzi in contrasto con la previsione dell'atto di concessione" ⁽¹⁶⁾.

E il Consiglio di Stato ha chiarito che allo scopo di stabilire se vi sia stata modifica della destinazione d'uso di un manufatto edilizio deve tenersi conto non tanto delle concrete modalità di utilizzazione del bene, quanto piuttosto delle oggettive attitudini funzionali acquisite dal bene stesso ⁽¹⁷⁾. Ed altra volta lo stesso giudice amministrativo ha chiarito che il mutamento di destinazione d'uso giuridicamente rilevante è solo quello tra categorie funzionalmente autonome dal punto di vista urbanistico, posto che nell'ambito della stessa categoria possono aversi trasformazioni di fatto, ma non diversi regimi urbanistico-contributivi ⁽¹⁸⁾.

Va precisato che soprattutto la dottrina tende a differenziare il mutamento di destinazione di fatto dal vero e proprio mutamento di destinazione d'uso dell'immobile, ponendo in evidenza che il primo (mutamento d'uso di fatto) concerne il soggetto che lo realizza, mentre il secondo (mutamento di destinazione d'uso dell'immobile) concerne l'immobile sul quale viene realizzato, venendo ad assumere una connotazione oggettiva che vale ad individuare in modo inconfutabile ed evidente un determinato bene come bene che ha subito un determinato mutamento di destinazione d'uso. E, nella sostanza, riferendo il mutamento di destinazione d'uso soltanto a quello rivestente rilevanza urbanistica ⁽¹⁹⁾.

Un fatto comunque appare certo: si può parlare di mutamento di destinazione d'uso se si incide effettivamente sull'utilizzazione del bene, variandone l'utilizzabilità astratta stabilita dal provvedimento abilitativo del Comune.

La Corte di Cassazione ha anche chiarito che il mutamento di destinazione d'uso può essere materiale, quando si realizzi attraverso l'esecuzione di opere edili sull'immobile preesistente, ovvero soltanto funzionale, quando avvenga con una semplice modificazione dell'utilizzo, che non comporti trasformazioni materiali: solo il mutamento funzionale richiede, per essere integrato, l'effettiva modifica della destinazione dell'immobile, mentre il mutamento materiale si realizza con l'inizio dei lavori edilizi finalizzati al cambio di destinazione, purché tale finalizzazione sia desumibile attraverso mezzi probatori di natura logica o storica ⁽²⁰⁾.

La disciplina è ormai contenuta nell'art. 10 del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (Testo unico sull'edilizia), secondo il quale costituiscono interventi di trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio e sono subordinati a permesso di costruire, fra gli altri, "gli interventi di ristrutturazione edilizia che, limitatamente agli immobili compresi nelle zone omogenee A, comportino mutamenti della destinazione d'uso".

Tale articolo dispone, inoltre, che "le leggi regionali stabiliscono quali mutamenti, connessi o non connessi a trasformazioni fisiche, dell'uso di immobili o di loro parti, subordinare a concessione, e quali mutamenti, connessi o non connessi a trasformazioni fisiche, dell'uso di immobili o di loro parti siano subordinate ad autorizzazione".

In questo modo la norma lascia arbitra la Regione di decidere quali mutamenti richiedano la concessione e quali l'autorizzazione ed addirittura quali mutamenti non richiedano alcunché ⁽²¹⁾

Per quanto concerne la rilevanza del mutamento di destinazione d'uso ai fini della commerciabilità appare opportuno distinguere all'interno del mutamento di destinazione fra:

- mutamento strutturale, cioè accompagnato da opere che implicano una autorizzazione o una concessione;
- mutamento funzionale, cioè senza alcuna opera urbanisticamente rilevante.

Quest'ultimo, in linea di principio, non assume alcuna rilevanza ai fini della commerciabilità del bene e si riflette solo sul piano della regolarità urbanistica ⁽²²⁾.

In ordine agli effetti del mutamento di destinazione d'uso cd. funzionale sulla commercializzazione del bene, poi, si riportano le conclusioni di un precedente studio in materia ⁽²³⁾, nel quale si sottolinea che "in linea di principio, tutti gli abusi non assoggettabili a concessione edilizia debbono ritenersi esclusi dagli obblighi funzionali notarili correlati alla commercializzazione dell'unità immobiliare, e relegati, invece, nell'ampia gamma degli obblighi di attenzione e di cautela professionale derivanti dal contratto d'opera professionale. Ma ancorché si prevedesse l'obbligo

della concessione edilizia, il mutamento di destinazione d'uso non potrebbe mai asurgere, sul piano strutturale, ad abuso primario, perché esso inerisce sempre ad un'unità immobiliare già esistente, probabilmente regolarmente assentita in via iniziale o per concessione in sanatoria, e quindi non potrebbe mai riguardare quel genere di abusi per cui venga posta in discussione l'esistenza stessa del bene come bene assentito. E non può tralasciarsi di considerare che, presumibilmente, questo abuso sarà assoggettato a concessione in determinate Regioni e ad autorizzazioni in altre Regioni, o a nessun provvedimento in altre Regioni ancora. Il che porta alla conclusione che non si tratti di abuso strutturalmente destinato a vincolare la commercializzazione del bene, commercializzazione che, come accade per le vicende negoziali dei privati, abbisogna di uniformità di disciplina".

In conclusione, non dovrebbero sussistere dubbi sulla validità di un atto di compravendita di una unità immobiliare utilizzata come abitazione, nell'ipotesi in cui la concessione edilizia in sanatoria ne autorizzi, invece, una diversa destinazione. Questo in via generale, salvo ad approfondire l'argomento in ordine al mutamento di destinazione per il vincolo alberghiero, come si vedrà subito dopo.

Appurato che il mutamento di destinazione d'uso senza provvedimento abilitativo del Comune non influisce sulla commercializzazione del bene (nel senso che l'atto sarebbe comunque valido) si tratta di valutare quale debba essere il comportamento del notaio in materia. E qui sorge il problema della diligenza notarile: il notaio deve non soltanto preoccuparsi che l'atto non nasca invalido, ma altresì preoccuparsi che l'atto non determini l'insorgere di liti interpretative tra le parti.

Non vi è alcun dubbio che il mutamento di destinazione d'uso non assentito determina una irregolarità urbanistica e non vi è alcun dubbio che detta irregolarità va sanata. Se non vi pensa l'alienante a sanarla, spetterà all'acquirente (che avrà acquisito validamente, peraltro un bene parzialmente irregolare sul piano urbanistico). Per questo il compito del notaio diligente è sempre quello di inserire in atto tutte le precisazioni sulla regolarità o irregolarità del bene negoziato, ed altresì quello di stabilire a carico di quale dei due soggetti che hanno negoziato sia previsto l'onere di sopportare le spese necessarie allo scopo di regolarizzare il bene. In caso contrario il notaio ne risponderà sul piano professionale.

Va anche rilevato che il mutamento di destinazione d'uso non può mai essere ritenuto abuso primario, vale a dire abuso edilizio di tale entità da incidere sulla commerciabilità del bene. Mi pare che non cambi questa conclusione il fatto che una determinata Regione abbia con propria legge regionale stabilito che per il mutamento di destinazione d'uso si richieda la concessione edilizia, anziché la semplice autorizzazione. Attualmente, infatti, dopo il testo unico sull'edilizia del 2001, il quale ha sostanzialmente posto sullo stesso piano tutti i provvedimenti abilitativi necessari per realizzare una costruzione (si fa espresso riferimento al permesso di costruire o

alla DIA) non ha alcuna influenza il fatto che un determinato bene fosse in passato assentibile con concessione edilizia oppure con autorizzazione del Comune.

Pertanto, allo stato, il problema della commerciabilità del bene può essere risolto soltanto tenendo conto come elemento determinante e risolutivo la circostanza che l'intervento edilizio si sostanzia in un intervento c.d. di prima costruzione, o primario, oppure in un intervento diverso.

8. Vincolo alberghiero e mutamento di destinazione d'uso

Si tratta ora di valutare la sorte di un mutamento di destinazione d'uso riferita alla trasformazione dell'uso alberghiero in uso abitativo privato.

La base di partenza di questa indagine è sempre il presupposto che, nel silenzio delle clausole del negozio posto in essere, il mutamento di destinazione d'uso da alberghiero a abitativo discenda in modo oggettivo dall'assetto negoziale posto in essere.

Le possibilità di soluzione si riducono a due:

a) o si considera il mutamento di destinazione d'uso del tutto ininfluenza ai fini della commerciabilità del bene e, come tale, inquadrabile nel comune mutamento di destinazione d'uso;

b) oppure lo si considera influente ai fini della commerciabilità, ma allora occorre percorrere, per risolvere il problema, le usuali linee argomentative che occorre percorrere allorché si tratta di stabilire se il mutamento di destinazione d'uso incide sulla commerciabilità dei comuni beni, le linee argomentative che pongono i seguenti problemi: primo punto: il nostro mutamento di destinazione d'uso va paragonato ad un'assoluta difformità e come tale vietato, pena l'abbattimento del bene e pertanto la sua incommerciabilità in assenza di provvedimento di sanatoria da parte del Comune? Secondo punto: il mutamento di destinazione d'uso alberghiero va trattato alla stessa stregua della realizzazione di un abuso primario, come tale vietato pena la nullità dell'atto? Terzo punto: il mutamento di destinazione d'uso alberghiero va considerato come fattispecie che realizza un'ipotesi di reato di lottizzazione abusiva e pertanto trattato come tale e presumibilmente vietato in quanto strumento di reato?

A tutti questi quesiti va risposto negativamente, ma occorre soffermarsi su ognuno di essi.

8. 1. Abuso primario?

Altro problema è se la modifica di destinazione d'uso, creando nel nostro caso

un'unità immobiliare prima inesistente, dia luogo ad abuso primario. Riterrei che in questo caso debba risponderci negativamente, perché non pare che da una destinazione d'uso priva di opere esterne possa dedursi l'esistenza di un abuso primario o prima costruzione, più propriamente attribuendo a questa qualifica il significato di costruzione realizzata dal nulla.

Più che di prima costruzione, nel nostro caso si dovrebbe parlare di costruzione già esistente, ma utilizzata diversamente rispetto alla sua origine.

Si può a questo punto presentare il problema dell'identificazione catastale di questi beni. Ma comunque si proceda in proposito, va affermato che la classificazione catastale non appare di tale portata da incidere sulla commercializzazione del bene interessato.

8. 2. Totale difformità?

La totale difformità, fattispecie equiparata alla mancanza di concessione, si verifica nell'ipotesi minuziosamente prevista ora dall'art. 31 testo unico. Si ha cioè nell'ipotesi di organismo edilizio integralmente diverso da quello assentito con permesso di costruire, per caratteristiche tipologiche, planovolumetriche, o di utilizzazione; oppure di organismo caratterizzato da volumi tali da costituire organismo edilizio autonomamente utilizzabile. In sintesi, la totale difformità si ha allorché l'abuso dia luogo ad un maggior volume o integralmente diverso rispetto al programma edilizio assentito con permesso di costruire, oppure dotato di specifica utilizzabilità.

Sia sul piano strutturale che sul piano delle sanzioni amministrative, la totale difformità equivale ad una mancanza di permesso di costruire; sul piano strutturale, perché l'opera realizzata non corrisponde in modo radicale a quella assentita; sul piano delle sanzioni amministrative, perché vale per tutte le ipotesi predette l'ordine di demolizione e, in caso d'inottemperanza, l'acquisizione gratuita al patrimonio del Comune.

Si comprende pertanto come la totale difformità (che, lo si ricorda, presuppone l'esistenza di un permesso di costruire ma se ne differenzia in modo radicale) costituisca un abuso da tenere in considerazione e da valutare alla stessa stregua di un abuso primario (mancanza di permesso di costruire).

Come va qualificata la totale difformità? La Cassazione penale definisce e delimita un abuso edilizio come assoluta difformità sulla base della seguente massima: "con l'espressione "organismo edilizio" la legge indica sia una sola unità sia una pluralità di porzioni volumetriche. La costruzione in "totale difformità" può derivare: a) dalla esecuzione di un corpo autonomo, b) dall'effettuazione di modificazioni con opere interne o esterne tali da comportare un intervento che abbia rilevanza urba-

nistica (in quanto incidente sull'assetto del territorio, aumentando il cosiddetto carico urbanistico), ovvero c) dal mutamento di destinazione di uso di un immobile preesistente, che va equiparato al fatto della realizzazione di una costruzione edilizia in assenza o in totale difformità dal provvedimento abilitativo allorché esso non sia puramente funzionale ma si realizzi attraverso opere strutturali implicanti una totale modificazione rispetto al preesistente e al previsto, che sia urbanisticamente rilevante secondo il disposto dell'art. 8 della legge n. 47/1985" ⁽²⁴⁾.

Sulla base di questa sentenza si è risposto che effettuare modifiche anche consistenti rispetto al provvedimento abilitativo, ma non tali da ampliare i volumi urbanistici, può far rientrare la fattispecie nella parziale difformità, ma non nella totale difformità (quindi fattibilità del rogito informando le parti sulle conseguenze sanzionatorie), anche perché mancherebbe, alla base, un aumento di carico urbanistico.

Soltanto nell'ipotesi che il mutamento di destinazione d'uso avvenga in determinate zone o su immobili sottoposti a vincoli particolari si potrebbe affermare che esso dia luogo a totale difformità, ma ciò non per conseguenza logica della qualificazione di questo abuso, bensì per il formale disposto dell'art. 32, ultimo comma del testo unico dell'edilizia n. 380 del 2001, il quale dispone che "gli interventi di cui al comma 1 (ove si parla, tra l'altro, di mutamento della destinazione d'uso che implichi variazione degli *standards* previsti dal decreto ministeriale 2 aprile 1968, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 97 del 16 aprile 1968), effettuati su immobili sottoposti a vincolo storico, artistico, architettonico, archeologico, paesistico ed ambientale, nonché su immobili ricadenti sui parchi o in aree protette nazionali e regionali, sono considerati in totale difformità dal permesso, ai sensi e per gli effetti degli articoli 31 e 44. Tutti gli altri interventi sui medesimi immobili sono considerati variazioni essenziali".

8. 3. Reato di lottizzazione abusiva?

Sul problema della corretta configurazione del reato di lottizzazione abusiva, di recente è intervenuta la Cassazione penale, la quale ha affermato che configura il reato di lottizzazione abusiva "la modifica di una destinazione d'uso di una residenza turistico-alberghiera realizzata attraverso la vendita di singole unità a privati allorché non sussista un'organizzazione imprenditoriale preposta alla gestione dei servizi comuni ed alla concessione in locazione dei singoli appartamenti compravenduti secondo le regole comuni del contratto di albergo, atteso che in tale ipotesi le singole unità perdono la originaria destinazione d'uso alberghiera per assumere quella residenziale, in contrasto con lo strumento urbanistico costituito dal piano di lottizzazione" ⁽²⁵⁾.

Questa decisione premette che si ha lottizzazione abusiva non solo se si opera sul territorio non urbanizzato o urbanizzato solo in parte, ma anche se l'intervento edilizio non possa essere realizzato in nessun caso, poiché, per le sue connotazioni oggettive, esso si pone in contrasto con le previsioni programmatiche generali che non possono essere modificate da piani attuativi urbanistici.

Ciò premesso, la Suprema Corte afferma che nel caso di specie era stata violata la legge regionale che ammetteva deroghe solo per insediamenti alberghieri, ma più rigidi di quelli effettivamente attuati e, sotto altro profilo, che si era verificata una "utilizzazione surrettizia del regime derogatorio per realizzare utilità immobiliari residenziali in zona urbanistica ove le stesse non erano consentite".

E qui la Suprema Corte ha dovuto affrontare il problema dello zoccolo duro che consente ad una realizzazione edilizia di essere qualificata "a destinazione alberghiera" anziché "a destinazione abitativa".

Essa esclude che si debba tener conto della titolarità della struttura alberghiera: che questa appartenga ad unico proprietario, oppure ad una pluralità di proprietari ha scarso rilievo; rileva non la titolarità sulla struttura alberghiera (che può appartenere ad un solo soggetto oppure ad una pluralità di soggetti), bensì la conduzione della struttura (o in via unitaria o in via parcellizzata) come albergo, vale a dire caratterizzata dalla "concessione in locazione delle unità immobiliari ad una generalità indistinta ed indifferenziata di soggetti e per periodi di tempo predeterminati". Se manca questa destinazione dei locali ad un pubblico generalizzato, ma si destinano parte dei locali costruiti esclusivamente all'utilizzazione dei soggetti titolari, si evade dall'utilizzazione alberghiera per entrare nell'utilizzazione abitativa.

Di analogo avviso sono state altre due recenti sentenze della Cassazione penale, una delle quali ha ravvisato il reato di lottizzazione abusiva "nel caso della modificazione d'uso subita da un complesso alberghiero residenziale in relazione al quale si sia proceduto alla vendita parcellizzata di alcuna delle unità immobiliari che di esse facevano parte" ⁽²⁶⁾; mentre l'altra si è limitata a prendere atto della predetta decisione n. 20661 del 2004 per contestare che il reato di lottizzazione abusiva abbia esclusivo riferimento alla lottizzazione di un bene che sia propriamente qualificato come terreno ⁽²⁷⁾. Non pare, insomma, che questa sentenza del 2005, pur ribadendo essa la massima che la lottizzazione abusiva è configurabile anche in relazione ad un complesso immobiliare già edificato "attraverso il cambio di destinazione d'uso rilevabile dalla stipula dei contratti preliminari di compravendita, come quelli aventi ad oggetto unità abitative destinate a residenza privata e facenti parte di un complesso originariamente autorizzato per lo svolgimento di attività alberghiera", rechi elementi argomentativi plausibili atti a giustificare il suo assunto.

Queste sentenze della Cassazione penale pongono peraltro un problema di fondo, che può essere così riassunto: si può realizzare il reato di lottizzazione abu-

siva allorquando il bene suddiviso consista non in un terreno inedito, bensì in un bene immobile già regolarmente edificato?

Va precisato che altra volta la Cassazione penale aveva negato che potesse realizzarsi la fattispecie del reato di lottizzazione abusiva allorquando essa fattispecie avesse per oggetto un bene già costruito anziché un terreno ⁽²⁸⁾. In tale occasione aveva precisato le seguenti espressioni: "ha ripetutamente affermato questa Corte che la lottizzazione, in piena aderenza al disposto legislativo, può aversi negli unici modi descritti dall'art. 18 della legge n. 47 del 1985: o con opere incidenti sul terreno, o attraverso atti negoziali". Ed aveva aggiunto che "sul primo punto è stato anche chiarito che, per aversi lottizzazione, occorre che essa abbia ad oggetto un'area non urbanizzata e nella quale manchi qualsiasi strumento urbanistico, che nella condotta si estrinsechi nella divisione del terreno in lotti suscettibili di sfruttamento edilizio, che si tratti infine di attività idonea ad arrecare un danno all'ente locale costringendolo ad eseguire opere di urbanizzazione, in tempi e luoghi non previsti".

E infine conclude sostenendo che "è sfuggito alla corte di merito che, se anche il mutamento di destinazione d'uso fosse elemento integratore di una lottizzazione, si tratterebbe di un dato fortemente contraddittorio per il solo fatto che il mutamento presuppone una destinazione per la quale si richiede la edificazione di stabili, in ordine ai quali le opere di urbanizzazione sono comunque dovute".

Del resto questo problema è stato anche affrontato dalla dottrina, la quale ha più volte sostenuto che l'elemento di fondo sul quale è basato il reato di lottizzazione abusiva concerne esclusivamente un terreno e non può riguardare un fabbricato ⁽²⁹⁾.

Pertanto, di fronte al netto dettato normativo dell'art. 30 del testo unico sull'edilizia, che qualifica il reato di lottizzazione abusiva con esclusivo riferimento ai terreni, appare priva di plausibilità l'opinione sostenuta dalle recenti sentenze sopra richiamate della Cassazione penale; occorre concludere, pertanto, che nessun reato di lottizzazione abusiva possa realizzarsi allorquando, a costruzione avvenuta, ci si limiti ad operare su un fabbricato e non su un terreno.

Del resto, se si approfondisce l'opinione della recente Cassazione penale ponendola al vaglio delle fattispecie negoziali che l'hanno determinata, si nota come, nella sostanza, la Cassazione penale ha posto l'accento su forti violazioni degli strumenti urbanistici esistenti nella zona ⁽³⁰⁾.

Ma proprio il diverso rilievo che il legislatore ha inteso dare da una parte al reato di lottizzazione abusiva, da un'altra parte alle costruzioni effettuate senza rispetto per la normativa urbanistica, lo si ricava dall'art. 44 del predetto testo unico per l'edilizia, il quale, nel disegnare le sanzioni penali in materia urbanistica, ha inteso graduare la misura della pena in consonanza con la diversa gravità dell'illecito.

Ed anche quando ha previsto la sanzione penale per il reato di lottizzazione abusiva, pur stabilendo identica pena, ha espressamente distinto "la lottizzazione abusiva di terreni a scopo edilizio" dagli "interventi edilizi" di una determinata fattura (variazioni essenziali o totale difformità su aree sottoposte a vincolo), a dimostrazione dell'esistenza di due reati distinti, pur accomunati sulla misura della pena.

Quindi, in linea di principio, il reato di lottizzazione abusiva sarebbe estraneo al nostro problema.

Va rilevata la forte differenza che esiste tra una frammentazione della residenza turistica alberghiera iniziale (vale a dire prima che la struttura abbia iniziato a funzionare) e una frammentazione successiva all'effettivo inizio dell'esercizio imprenditoriale.

In altre parole, allorché in zona destinata a struttura alberghiera si realizza un complesso alberghiero che non si concretizza immediatamente in utilizzazione alberghiera, ma che fin dal suo nascere viene suddiviso in unità abitative di tipo familiare, si profila un'utilizzazione del territorio così in contrasto con la normativa di piano che la concerne, da far ritenere la fattispecie di tipo lottizzatorio.

Ma certamente lo stesso discorso non potrebbe essere sostenuto se una residenza turistico alberghiera inizia la sua utilizzazione come impresa alberghiera e soltanto in tempo successivo perde qualche unità abitativa trasformata in comune appartamento residenziale.

Ed analoga riflessione andrebbe svolta a seconda che i piani urbanistici della zona ove è stato costruito l'albergo o la residenza turistica alberghiera non prevedano utilizzabilità diversa da quella alberghiera, oppure stabiliscano un'utilizzabilità mista: in parte alberghiera e in parte residenziale. Si comprende come le due differenziate situazioni avrebbero un diverso impatto sul nostro problema: più grave il comportamento allorché lo strumento pianificatorio non conceda soluzione diverse da quella alberghiera; meno grave in caso di normativa secondaria ambivalente.

Ma anche tale interpretazione intermedia non può a rigore considerarsi conforme al dettato della norma penale, la quale com'è noto non ammette una interpretazione analogica. Diversamente opinando si finirebbe, infatti, con l'estendere indebitamente il reato di lottizzazione abusiva a interventi effettuati su edifici e non su terreni. Invece, laddove il frazionamento e la vendita avvengono dopo la costruzione del fabbricato, si tratta di intervento su edificio, che esula, come si è detto, dal concetto di lottizzazione abusiva.

Comunque non può disconoscersi, per quel connotato di garante di certezza giuridica che caratterizza il ministero notarile, il forte riflesso che potrebbe avere un futuro consolidato pensiero della magistratura penale in questa delicata materia.

9. Legislazione regionale

Prima di pervenire alle necessarie conclusioni, sembra opportuno valutare se, nella legislazione regionale possano rinvenirsi spunti per la soluzione del nostro problema.

Una volta affidato alle Regioni il compito di regolamentare l'impresa alberghiera, infatti, molte Regioni hanno provveduto a legiferare in materia.

La legislazione regionale in un primo tempo asseconda le continue proroghe del vincolo alberghiero che caratterizzava la legislazione statale; successivamente, dopo la legge statale 17 maggio 1983, n. 217, essa si adegua a quest'ultima e imposta la propria normativa sulla base del criterio che il vincolo si sostanzia ormai nel vincolo di destinazione d'uso, che non può essere variato senza autorizzazione del Comune, e in determinati casi previo nulla osta della Giunta regionale.

In questo modo, è evidente, si è persa per strada la sanzione della nullità dell'atto privo di autorizzazione disciplinata dalla precedente normativa statale. O, meglio, l'eventuale nullità ormai è collegata alla commercializzazione di un bene caratterizzato da vincolo di destinazione d'uso ad albergo, vincolo non rimosso e non rimovibile senza autorizzazione del Comune.

La legislazione regionale appare caratterizzata sotto un triplice aspetto: *a)* definizione delle varie imprese ricettive e in particolare delle differenti imprese alberghiere; *b)* inquadramento dell'impresa alberghiera nell'urbanistica, con una equa distribuzione di compiti tra Regione, Provincia e Comune in materia; *c)* organizzazione di corpi regionali destinati a coordinare la materia.

In definitiva, si riscontra nella legislazione regionale una maggiore attenzione per il consumatore fruitore del servizio alberghiero e nessuna attenzione per la conservazione del patrimonio alberghiero, presumibilmente data la sua larga diffusione sul piano territoriale.

Risulta infine che alcune Regioni abbiano nel proprio programma legislativo di vietare i frazionamenti che abbiano per oggetto queste strutture ricettive alberghiere, prevedendo, in caso di violazione del divieto, la nullità dell'atto di frazionamento. Trattasi di ipotesi non ancora tradotte in norme di legge.

E qui sorge il problema della competenza delle Regioni a prevedere nullità negoziali di carattere giusprivatistico, e dell'eventuale illegittimità costituzionale di queste leggi regionali. Probabilmente ci si trova innanzi ad un difetto di costituzionalità, data la ripartizione di competenze tra Stato e Regioni, ma va ricordato che anche le leggi regionali incostituzionali vanno applicate dall'operatore giuridico fino al momento in cui il difetto di costituzionalità sia dichiarato dalla Corte costituzionale.

E' sorto anche il problema di stabilire se una nullità derivante da una legge

regionale incida sull'attività del notaio chiamando in causa l'art. 28 della legge notarile e, da una prima riflessione della Commissione studi ciclistici in materia, si è risposto affermativamente, ponendo sullo stesso piano una nullità contenuta in una legge statale ed una nullità contenuta in una legge regionale. Il discorso meriterebbe più ampia riflessione, estranea al presente studio.

Si ritiene opportuno dedicare sul nostro tema qualche approfondimento con specifico riferimento alle Regioni Liguria, Toscana e Campania, ove la prassi sopra evidenziata ha creato aspetti critici di particolare rilievo.

a) Regione Liguria

In Liguria abbiamo la legge regionale 4 marzo 1982, n. 11, recante norme per la classificazione delle aziende ricettive. Questa legge qualifica in primo luogo il concetto di attività ricettiva come quella diretta alla produzione ed all'offerta al pubblico di ospitalità intesa come prestazione di alloggio e di servizi connessi; successivamente qualifica le aziende ricettive alberghiere, che si connotano per le seguenti caratteristiche: *a)* si tratta di esercizi pubblici; *b)* a gestione unitaria; *c)* che offrono ospitalità al pubblico; *d)* in uno o più stabili.

Le aziende ricettive alberghiere a loro volta possono essere configurate in due categorie:

a) gli alberghi (nel cui ambito sono da inserire anche i villaggi-albergo e i motels) la cui caratteristica è che devono avere almeno sette unità abitative, ma del tutto prive di cucina o posto cottura;

b) le residenze turistico-alberghiere che devono disporre di locali con cucina o posto cottura.

Sorge il problema di valutare se esistano, in questa normativa, divieti di frazionamento del bene destinato all'impresa.

Nell'art. 4, ultimo comma, di questa legge regionale, con riferimento alle aziende ricettive all'aria aperta (villaggi turistici, campeggi, parchi per vacanze) vi è una norma di divieto, la quale dispone: "nei predetti complessi ricettivi all'aria aperta è vietata la vendita delle piazzole, la locazione delle stesse per pluriennali o indeterminati periodi e ogni forma di loro utilizzazione che possa in alcun modo configurarsi come privatizzazione o limitazione dell'offerta al pubblico".

E' evidente, in questo modo, che la norma intende vietare quelle utilizzazioni del bene e quelle contrattazioni che siano in contrasto con l'offerta al pubblico dei servizi cui la struttura ricettiva è preordinata.

L'art. 6 della legge regionale in discorso prevede casi di promiscuità, ma il presupposto è che l'eventuale promiscuità non rompa l'unità aziendale

dell'esercizio. Infatti esso articolo precisa che negli alberghi possono aversi unità abitative dotate di cucina o posto-cottura (in linea di massima non previsti) purché nella misura non superiore al 15 per cento del complesso; e, per converso, nelle residenze turistico-alberghiere la presenza di camere non dotate di cucina, sempre nella misura massima del 15 per cento.

Ma attenzione: quando si parla di unità abitative con cucina, ciò non significa che queste possano essere separate, nella conduzione aziendale, dalle camere restanti: quindi anche nel caso di camere con cucina, questa non va valutata come unità abitativa separata dal resto della struttura alberghiera.

L'art. 16 della legge regionale in discorso disciplina i vincoli di destinazione, ma esso:

a) rinvia ad una legge statale o regionale che li preveda;

b) prescrive la necessaria autorizzazione della Giunta regionale, che dispone sulla base dell'opportunità ai fini turistici e previo parere del Comune.

La realizzazione di struttura ricettiva richiede il provvedimento del Comune e il mutamento è ugualmente previsto come provvedimento comunale (art. 19, ultimo comma).

Quando fu emanata la legge regionale 4 marzo 1982, n. 11 ancora non esisteva la legge statale n. 217 del 1983, che aveva soppresso il vincolo alberghiero come prodotto di una legislazione statale e lo aveva affidato alla competenza legislativa delle Regioni. Pertanto la legge regionale n. 11 del 1982 della Liguria non faceva menzione del vincolo, ma si preoccupava soltanto di tenerlo in essere, solo preoccupandosi di disciplinarne l'assoggettamento all'una o all'altra delle categorie tipologiche previste dalla legge regionale n. 11. Pertanto la norma: a) non disciplinava *ex novo* il vincolo alberghiero; b) non prorogava nel tempo un vincolo alberghiero eventualmente scaduto; c) si limitava a richiamare indirettamente leggi statali o regionali che lo prevedessero e stabiliva che la giunta regionale potesse, fermi restando i vincoli in discorso, autorizzare la conversione da un tipo all'altro di quelli disciplinati dalla legge regionale in discorso.

La legge regionale della Liguria 17 marzo 2000, n. 19 prevede incentivi e contributi a favore delle imprese operanti nel turismo e l'art. 17 della stessa legge prescrive che gli immobili ammessi a contributo sono vincolati alla loro specifica destinazione d'uso per la durata di dieci anni dalla data di trascrizione del vincolo presso la competente conservatoria dei registri immobiliari. E dispone altresì che la trascrizione è obbligatoria e resta a carico dei beneficiari.

Il terzo comma dello stesso art. 17 dispone che la Regione può autorizzare il mutamento della destinazione d'uso dell'immobile "quando venga comprovata, mediante presentazione di idonea documentazione, la sopravvenuta impossibilità di mantenimento del vincolo ovvero la non convenienza economica dell'attività". In

questo modo l'autorizzazione a mutare la destinazione d'uso del vincolo rappresenta l'unico strumento formale consentito per l'eliminazione stessa del vincolo.

L'art. 18 della legge regionale in discorso, poi, dispone che "il contributo è revocato e si procede al recupero delle somme eventualmente erogate, maggiorate degli interessi legali, quando...non vengano rispettati il vincolo o l'impegno di cui all'art. 17". Ciò significa che l'abolizione non autorizzata del vincolo comporta la revoca del contributo, revoca che evidentemente va disposta con provvedimento della regione

Per effetto di questa normativa, in conclusione, non esiste un divieto di abolizione del vincolo sanzionato con la nullità dell'atto posto in essere, bensì un divieto di abolizione sanzionato con la decadenza del contributo eventualmente goduto a vantaggio dell'immobile vincolato.

Per il resto, la legge regionale sembra indirizzare qualunque conseguenza sanzionatoria legata al venir meno dell'impresa alberghiera senza le prescritte autorizzazioni alle sole conseguenze sanzionatorie derivanti dalla violazione della normativa urbanistica.

Per la Liguria è seguita la L.R. 4 ottobre 2006, n. 28, intitolata "organizzazione turistica regionale". Si tratta di una legge più di carattere organizzativo che altro. In essa non vi è traccia di vincolo alberghiero.

In conclusione, se si esclude l'ipotesi del divieto di realizzare operazioni giuridiche di separazione dei beni con specifico riferimento a villaggi turistici, campeggi, parchi per vacanze, non si riscontrano nella produzione legislativa della regione Liguria altri divieti di sorta che possano incidere sulla commerciabilità qui considerata.

b) Regione Toscana

Nella Regione Toscana vige la L.R. 23 marzo 2000, n. 42, recante il Testo unico delle leggi regionali in materia di turismo, nella quale gli articoli più rilevanti ai nostri fini sono l'art. 26 (che si occupa degli alberghi), l'art. 27 (che si occupa delle residenze turistico-alberghiere), l'art. 33 (che pone un divieto di vendita e di affitto con esclusivo riferimento a determinate strutture ricettive).

Quest'ultima norma recita che "nei campeggi, nei villaggi turistici, nelle aree di sosta e nei parchi di vacanza è vietata la vendita frazionata delle piazzole e delle strutture ancorate al suolo che insistono sulla piazzola, ovvero l'affitto delle stesse per periodi pluriennali o indeterminati". Pertanto si tratta di una norma di divieto, la cui violazione viene sanzionata con una sanzione amministrativa pecuniaria da 300,00 a 1.800,00 euro. La violazione di questa norma non appare peraltro sanzionata con la sanzione civilistica della nullità dell'atto posto in essere.

Invece caratteristica delle norme contenute negli articoli 26 e 27 è quella di porre in evidenza l'espressione "a gestione unitaria". Così l'albergo viene definito "struttura ricettiva a gestione unitaria", ed altrettanto dicasi per la residenza turistico-alberghiera, anch'essa definita "struttura ricettiva a gestione unitaria".

Da questa espressione qualche Comune ha tratto la conclusione che queste strutture non possano essere sotto alcun profilo assoggettate ad atti di divisione, oppure a separazioni degli edifici che le compongono. Tuttavia questa conclusione non appare convincente. Allorquando il legislatore ha utilizzato l'espressione "a gestione unitaria" è evidente che esso si è voluto riferire alla caratteristica usuale di una conduzione alberghiera che non può essere che a gestione unitaria, perché soltanto la gestione unitaria dà il senso dell'impresa di servizi sulla quale è fondata qualunque struttura alberghiera.

In altre parole, l'unitarietà accede non alle costruzioni, bensì all'esercizio imprenditoriale: è la gestione che deve essere unitaria, non la titolarità sui singoli beni o sull'azienda considerata come bene.

Pertanto se ne deve concludere che la formula prevista dalla legge regionale toscana non sia preclusiva, per sé, di una suddivisione dell'impresa in più imprese successive. Infatti conta la prosecuzione dell'attività d'impresa, non la titolarità sul bene immobile che vi accede.

Non si rinvengono pertanto, neppure in questa legge della Regione Toscana, divieti che vengano ad incidere sulla commerciabilità di queste strutture ricettive, ad eccezione di quanto previsto dal sopra richiamato art. 27.

c) Regione Campania

Nella Regione Campania vige ancora la legge regionale 28 novembre 2000, n. 16, intitolata "Sottoposizione a vincolo di destinazione delle strutture ricettive-turistiche".

Caratteristica di questa legge regionale è quella di adeguarsi alla ormai abrogata legge 217 del 1983, aveva in modo sapiente tracciato le caratteristiche delle attrezzature alberghiere, ormai proiettate all'utilizzazione urbanistica del territorio più che ad un divieto secco del vincolo alberghiero.

Nella sostanza questa legge costringe gli enti locali a rivedere la strumentazione urbanistica allo scopo di "garantire la conservazione e la tutela del patrimonio ricettivo che, per capacità imprenditoriale o ubicazione, è in grado di rispondere alle esigenze del mercato turistico e, nel contempo, avviare un processo di riqualificazione dell'offerta turistica".

A tal fine la legge regionale della Campania individua due tipi di vincolo: un

vincolo provvisorio e un vincolo permanente: il primo (provvisorio) è previsto nelle more della modifica dei piani di programmazione edificatoria esistenti nella Regione, piani che in tempi brevi i Comuni avrebbero dovuto rivedere allo scopo di individuare le zone di tutela delle strutture alberghiere; il secondo (permanente) è quello successivo alla pianificazione predetta del territorio.

Quello che preme rilevare è che la legge n. 16 del 2000 della Regione Campania qualifica il vincolo come “vincolo di destinazione”, nel senso che ove esiste il vincolo detta destinazione non può essere variata dal Comune se non previa modifica degli strumenti urbanistici esistenti nella zona.

Ed è anche precisato che il vincolo si estende anche a quelle parti della struttura alberghiera che, pur potenzialmente autonome, costituiscono parti integranti ed essenziali della struttura stessa in guisa tale che l'eventuale diversa destinazione comprometterebbe in modo rilevante la struttura rimanente, impedendone e/o limitandone l'attività esercitata e i relativi servizi (art. 2, quarto comma della predetta legge regionale).

Particolarmente significativa anche la norma contenuta nell'art. 5, secondo comma di questa legge regionale, per la quale “per le strutture ricettive, soggette a vincolo, sia provvisorio che permanente, il Comune non può consentire il mutamento della destinazione turistico-ricettiva in atto né adottare la variante al piano regolatore a tal fine eventualmente necessaria, se non previa autorizzazione della Giunta Regionale”.

E, di riflesso, la Giunta Regionale può autorizzare il mutamento della destinazione della struttura ricettiva, compatibilmente con gli atti della programmazione regionale.

Non vi è alcun dubbio che, per effetto di questa legge regionale, il vincolo alberghiero si definisce ormai come vincolo di destinazione, refrattario a qualunque eliminazione o modifica che non passi per l'autorizzazione della Giunta regionale per il tramite della modifica dello strumento di programmazione del territorio.

10. Conclusioni

Sembra possibile, giunti a questo punto, pervenire alle seguenti conclusioni riassuntive.

a) Excursus normativo

La situazione può essere così riassunta. Creato nel 1936, il c.d. vincolo alberghiero è proseguito fino alla sua abrogazione per effetto della sentenza della Corte

costituzionale n. 4 del 1981 e della legge n. 217 del 1983.

Sua caratteristica era quella della nullità dell'atto di compravendita dell'albergo privo di autorizzazione amministrativa. Successivamente si sono aggiunte altre tipologie negoziali, nonché il diritto di prelazione in caso di trasferimento.

Per un certo periodo, il vincolo viene reiteratamente prorogato nella sua impostazione di fondo avutasi con la legge del 1936.

Con la legge cornice o legge quadro per il turismo (legge 17 maggio 1983, n. 217) viene attribuito alle Regioni il compito di legiferare sul vincolo alberghiero. Questa legge, peraltro, per la prima volta amplia il concetto di impresa alberghiera, estendendolo a svariate differenziate configurazioni (alberghi, motels, residenze turistico-alberghiere, villaggi-albergo, campeggi, villaggi turistici, ostelli per la gioventù, rifugi alpini).

Abbiamo infine la legge 29 marzo 2001, n. 135 che ha riformato la legislazione nazionale sul turismo ed ha abrogato la precedente legge quadro n. 117 del 1983. Questa legge non parla più di vincolo alberghiero, però attribuisce pienezza di funzioni alle Regioni "in materia di turismo e di industria alberghiera".

In nessuna legge né statale né regionale si fa più menzione del vincolo alberghiero nell'impostazione che ne aveva dato la legge del 1936. Si menziona il vincolo alberghiero soltanto nell'ipotesi di contributi pubblici per la realizzazione del manufatto e si stabilisce che in tal caso il vincolo deve perdurare per un certo periodo, pena la decadenza del contributo e la restituzione dei finanziamenti usufruiti. Per il resto si può parlare di vincolo alberghiero con riferimento al vincolo di destinazione che deve essere impresso alle strutture alberghiere nel momento in cui esse sono realizzate. Da questo momento il vecchio vincolo alberghiero marcia su un doppio binario: *a)* il collegamento stretto con la normativa concernente l'impresa, data la caratteristica della struttura alberghiera i costituire un'impresa di servizi; *b)* il collegamento stretto con la normativa urbanistica.

b) Premessa

L'impresa alberghiera non viene eliminata se se ne ripartisce la titolarità fra più soggetti, perché l'impresa può continuare sia nell'ipotesi che vi sia una contitolarità per il suo esercizio, sia nell'ipotesi che essa sia ripartita fra più imprese alberghiere. Pertanto se viene mantenuta la destinazione ricettiva con apertura al pubblico e la unitarietà della gestione imprenditoriale, tenuto conto della vigente legislazione statale e regionale, deve ritenersi ammissibile la titolarità della proprietà esclusiva in capo a soggetti diversi di porzioni immobiliari di una medesima struttura alberghiera (albergo o R.T.A.), sia se esistente fin dalla nascita della stessa, sia

se realizzatasi successivamente attraverso atti dispositivi delle unità che la costituiscono.

Il problema sorge soltanto se il bene immobile, per effetto della cessione, viene a perdere la sua inerenza all'impresa alberghiera, per acquistare il connotato di bene destinato in via definitiva all'abitazione dell'acquirente.

E che si versi in questa seconda ipotesi lo si può ricavare da un contratto di cessione privo di alcun richiamo alla continuazione dell'impresa alberghiera o addirittura da un contratto di cessione del bene contemporaneamente accompagnato dalla richiesta dei benefici fiscali di prima casa ⁽³¹⁾.

c) Soluzioni

Prima ipotesi: se i destinatari continuano nell'esercizio dell'azienda ricettiva, rimpicciolita nelle dimensioni ma continuata nella sua qualità di azienda ricettiva, probabilmente non accade alcunché, fermo soltanto, pare, l'obbligo di informarne le competenti autorità, allo scopo di ottenere le necessarie autorizzazioni amministrative.

Seconda ipotesi: i locali ceduti cessano di svolgere la propria funzione di beni finalizzati alla ricezione turistica alberghiera per acquistarne un'altra, presumibilmente soltanto quella abitativa; nella sostanza la struttura alberghiera perde la sua qualità di struttura alberghiera per assumere quella di struttura abitativa.

Quali le conseguenze in questo caso?

a) certamente conseguenze di ordine amministrativo (urbanistico-edilizio) che determinano l'obbligo di procedere alla cancellazione dal registro delle imprese per il venir meno del compito recettivo ed altresì la revoca dell'autorizzazione all'esercizio alberghiero, revoca che dovrà provenire dal sindaco di Comune;

b) certamente conseguenze di carattere economico-finanziario se l'azienda ha usufruito di vantaggi economici pubblici: decadenza dal contributo pubblico ed obbligo di restituire le somme di cui si è avvantaggiata l'azienda;

c) incerte le conseguenze di carattere penalistico, ove si segua l'opinione della Cassazione penale, secondo la quale la trasformazione di un'azienda alberghiera in locali destinati all'abitazione residenziale determina una particolare fattispecie di lottizzazione abusiva;

d) certamente non si può parlare di nullità dell'atto posto in essere, ma semmai di atto che va regolamentato sul piano pattizio, allo scopo di evidenziare tutte le possibili conseguenze critiche dell'operazione e di stabilirne le rispettive responsabilità e conseguenze risarcitorie;

e) tutto sta pertanto a calibrare le clausole contrattuali indispensabili per ga-

rantire la continuazione dell'utilizzazione alberghiera del bene acquisito.

e.1. Soluzioni non consentite

Non appaiono certamente consentite le soluzioni che non evidenzino sotto alcun profilo il problema o lo evidenziano espressamente in chiave residenziale.

Su questa materia il comportamento del notaio è particolarmente delicato. Egli non può farsi promotore di un negozio giuridico che non garantisca all'acquirente pienezza di possesso del bene acquistato e soprattutto non gli consenta di disporre in piena libertà facendo venir meno, sul piano concreto, l'utilizzabilità alberghiera. A questo riguardo non va dimenticato che costante indirizzo giurisprudenziale è nel senso che allorquando il notaio sia richiesto della stipula di un atto, egli ha l'obbligo di svolgere tutte le attività necessarie per il conseguimento del risultato voluto dalle parti ⁽³²⁾.

Senza contare che può realizzarsi anche un'ipotesi di reato di truffa, come è stato posto in rilievo da qualche giudice penale, allorquando l'acquirente sia del tutto all'oscuro della effettiva destinazione alberghiera della struttura e sia convinto di avere acquisito un'abitazione residenziale.

A maggior ragione non appaiono consentite le soluzioni che tendono ad evidenziare l'acquisto del bene come prima casa, perché in tal caso la richiesta dell'agevolazione tributaria per la prima abitazione mira proprio ad evidenziare che il bene è stato negoziato tradendo la destinazione alberghiera ⁽³³⁾.

Il motivo di fondo per il quale tutte le predette sono soluzioni non consentite lo si ricava dalla seguente considerazione: quando si ricorre al notaio si vuole certezza giuridica, che nel caso di specie mancherebbe in modo netto, perché il notaio, pur compiendo un atto valido sul piano degli effetti, non consentirebbe mai all'acquirente di considerare il bene acquisito come un comune bene di sua proprietà. Non si dimentichi che il mutamento di destinazione d'uso, che nel caso di specie si verificherebbe, consisterebbe in un abuso edilizio mai sanabile ricorrendo al c.d. condono a regime o accertamento di conformità (*ex art. 36 del testo unico sull'edilizia*), perché in ogni caso si tratterebbe di abuso contrario alla strumentazione urbanistica che pretenderebbe, per la sua sanabilità, ottenere dal Comune la preventiva modifica degli strumenti urbanistici.

e.2. Soluzioni consentite

Le soluzioni consentite sono quelle caratterizzate da clausole intese ad evidenziare, a vantaggio dell'acquirente, che il bene alienato è assoggettato a destina-

zione alberghiera, la quale pertanto deve continuare, a meno che le parti non ottengano dal Comune una modifica degli strumenti urbanistici e conseguentemente un provvedimento abilitativo che consenta l'utilizzazione residenziale del bene.

Poiché è risaputo che elementi focali della destinazione alberghiera sono la presenza di un'impresa alberghiera destinata a gestire l'intera struttura e la fruibilità del bene da parte di un pubblico indifferenziato sulla base di un contratto di locazione alberghiera, le soluzioni più adeguate per garantire il rispetto di detti elementi appaiono le seguenti:

- clausola pattizia per cui l'acquirente si impegna ad affidare l'intera fruizione del bene ad un pubblico indifferenziato con contratto di locazione alberghiera affidato all'impresa alberghiera già esistente oppure da creare *ex novo*;

- clausola pattizia per cui l'acquirente si impegna ad utilizzare il bene per un determinato periodo dell'anno con contratto di locazione alberghiera, mentre per il restante periodo dell'anno la fruizione del bene sarà lasciata alla fruizione del pubblico indifferenziato, sulla base delle comuni regole di locazione alberghiera.

Si intuisce come, operando in questo modo, la fruibilità del bene come albergo resta garantita, distinguendosi nettamente e in modo corretto proprietà del bene e sua utilizzazione. Sorge peraltro il problema di stabilire se possa essere sufficiente, per ottenere il risultato, un impegno pattizio, oppure se occorra un vincolo di natura reale.

Qualcuno ha ritenuto di risolvere il problema prevedendo un atto d'obbligo nei confronti del Comune assoggettato a trascrizione. Ma errerebbe chi ritenesse che in tal caso l'impegno dell'acquirente abbia assunto valore di vincolo reale. Si deve escludere, infatti, sulla scorta della comune opinione dottrinale e giurisprudenziale, che sul piano sostanziale ci si trovi di fronte ad una *obligatio propter rem* adottata in via negoziale, perché è risaputo che l'*obligatio propter rem* può nascere soltanto per legge e non per clausola negoziale (dato il numero chiuso dei diritti reali). Ma si deve altresì escludere che sia sufficiente assoggettare un atto d'obbligo a trascrizione per ottenerne la valenza reale: si continuerà a trattare invece di atto obbligatorio, con aggiunta il suo inserimento nei registri di pubblicità, ai fini di una più ampia informazione ⁽³⁴⁾.

Non vi è alcun dubbio che se, nelle clausole negoziali, si ha l'avvertenza di inserire la dichiarazione dell'acquirente di mantenere i connotati essenziali della disponibilità alberghiera del bene (apertura al pubblico e impresa di servizio salvaguardate), il notaio abbia interamente fatto fronte ai suoi doveri di prestazione professionale diligente.

Resta un'ultima osservazione: il tema in discorso è particolarmente delicato, perché da qualche Autorità è avvertito come un grave attentato all'utilizzazione regolare del territorio e quindi alla strumentazione urbanistica: Si tenta pertanto di

impedirne la diffusione sia sul piano penale che sul piano amministrativo. Di qui l'emersione di un forte invito al Notariato perché esso si faccia promotore di un sostanziale ostacolo ad una prassi negoziale che si va estendendo in modo preoccupante

Giovanni Casu

-
- 1) Cons. Stato 25 marzo 1975, n. 302, in *Cons. Stato*, 1975, 302.
 - 2) Cons. Stato 27 gennaio 1981, n. 63, in *Cons. Stato*, 1981, I, 28.
 - 3) Per citare solo alcune fra le tante leggi regionali che hanno prorogato il vincolo alberghiero, v., per la Liguria L.R. 15 novembre 1973, n. 38; L.R. 24 gennaio 1975, n. 7; L.R. 2 novembre 1976, n. 30; L.R. 9 gennaio 1979, n. 3; L.R. 23 dicembre 1980, n. 36; infine la L.R. 11 novembre 1999, n. 34 che ha abrogato la L.R. n. 36 del 1980. Per il Piemonte v. L.R. 28 gennaio 1974, n. 35; L.R. 30 dicembre 1975, n. 62; L.R. 20 gennaio 1978, n. 8; L.R. 14 gennaio 1980, n. 2, tutte abrogate dalla L.R. 1 agosto 2005, n. 13. Per la Toscana v. L.R. 21 gennaio 1974, n. 7; L.R. 23 gennaio 1981, n. 13, norme espressamente abrogate dalla L.R. 10 marzo 1999, n. 12. Per l'Emilia Romagna v. L.R. 17 luglio 1974, n. 30; L.R. 28 febbraio 1979, n. 5; L.R. 30 ottobre 1979, n. 40, norme tutte abrogate dalla L.R. 11 agosto 1998, n. 27.
 - 4) Corte cost. 28 gennaio 1981, n. 4, in *Giur. cost.*, 1981, I, pag. 25.
 - 5) Così D.P.C.M. 13 settembre 2002 (Conferenza Stato e Regioni), art. 1, lettera b) n. 1, emanato sulla base dell'art. 7. secondo comma della legge 29 marzo 2001, n. 135.
 - 6) V. Cons. Stato 21 marzo 1972, n. 189, per cui "la nozione di casa-albergo, non essendo legislativamente definita, va desunta dalla comune esperienza, col limite delle norme giuridiche che disciplinano il condominio o il contratto di albergo o altre forme, negoziali e non; in particolare, nell'ipotesi di case composte di miniappartamenti con un numero maggiore o minore di servizi comuni, va riconosciuto il carattere di condominio, allorché i proprietari dei singoli appartamenti sono comproprietari dei servizi comuni, mentre deve ammettersi il carattere alberghiero nel caso in cui esiste un'impresa alberghiera, che gestisce i servizi comuni e dà in locazione i singoli appartamenti secondo le regole comuni del contratto di albergo".
 - 7) Così espressamente ALPA, "Multiproprietà" e vincolo alberghiero. *In margine a talune pronunce dei giudici amministrativi regionali*, in *Giur. it.*, 1980, III, col. 105.
 - 8) Sempre ALPA, "Multiproprietà" e vincolo alberghiero. *In margine a talune pronunce dei giudici amministrativi regionali*, cit., col. 107.
 - 9) Cfr. in tal senso art. 22 L.R. Lombardia 16 luglio 2007, n. 15; art. 2 L.R. Piemonte 24 gennaio 1995, n. 14; art. 27 L.R. Toscana 23 marzo 2000, n. 42.
 - 10) V. art. 26 L.R. Toscana 23 marzo 2000, n. 42; art. 23 L.R. Lombardia 16 luglio 2007, n. 15.
 - 11) M.C. CAPPONI, *Multiproprietà e comproprietà alberghiera: vecchi e nuovi profili di indagine*, in *Contratto e impresa*, 2007, 1, 30 e segg.
 - 12) M.C. CAPPONI, *Multiproprietà e comproprietà alberghiera: vecchi e nuovi profili di indagine*, cit. pag. 32.
 - 13) Cons. Stato 26 gennaio 1979, n. 38, in *Cons. Stato*, 1979, I, 41; Cons. Stato 23 novembre 1979, n. 743, in *Foro it.*, 1980, III, c. 341; TAR Campania 6 agosto 1991, in *Foro amm.*, 1992, 1193.
 - 14) Cons. Stato 21 maggio 1999, n. 592; TAR Liguria 21 febbraio 1987, n. 86, in *Trib. amm. reg.* 1987, I, 1406; TAR Sicilia 25 gennaio 1996, in *Giust. amm. siciliana*, 1997, 153; Cons. Stato 22 novembre 1989, n. 824, in *Cons. Stato*, 1989, I, 1355.
 - 15) Così Cass. 25 febbraio 1997, n. 1713, in *Foro it.*, 1997, I, 1859; Cass. 4 maggio 1994, n. 4317, in *Riv. not.*, 1994, 1368; Cass. 9 maggio 1981, n. 3058, in *Giust. civ.*, 1981, I, 1958; Cons. Stato

16 aprile 1986, n. 222, in *Foro amm.*, 1986, I, 755; Cons. Stato 26 gennaio 1979, n. 38, in *Foro it.*, 1979, III, 590; Cons. Stato 21 marzo 1972, in *Cons. Stato*, 1972, I, 409.

- 16) Così Cass. pen. 13 giugno 1983, n. 7404.
- 17) Cons. Stato 24 ottobre 1996, n. 1268.
- 18) Cfr. Cons. Stato 14 ottobre 1992, n. 1005, in *Corr. giur.*, 1993, 599, con nota di SALA; Cons. Stato 13 febbraio 1993, n. 245, in *Cons. Stato*, 1993, I, 396; Cons. Stato 13 maggio 1993, n. 600, in *Riv. giur. ed.*, 1993, I, 867; Cons. Stato 2 febbraio 1995, n. 180, in *Foro it.*, 1995, III, 546.
- 19) Cfr. per tutti RAGO, *Il mutamento di destinazione d'uso degli immobili*, Milano, 2000, pag. 1 e segg.; CAVICCHINI, *Il cambio di destinazione d'uso*, Rimini, 1991, pag. 11 e segg.
- 20) Cass. pen. 7 gennaio 1999, n. 12271. In dottrina sul punto si rinvia a MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2003.
- 21) Così CASU – RAITI, *Condominio edilizio ed attività negoziale*, Milano, 1999, 43; CASU, *In tema di modifica di destinazione d'uso funzionale*, studio del CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, n. 2957, in *Studi e Materiali*, VI, Milano, 2001, 977.
- 22) In questo senso si veda LIGUORI, *Vendita di fabbricato rurale non denunziato al N.C.E.U.*, in CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Studi e Materiali*, III, Milano, 1992, 148 - 152.
- 23) CASU, *In tema di modifica di destinazione d'uso funzionale*, cit., 977.
- 24) Cass. pen. 7 gennaio 1999, n. 12271, cit.
- 25) Cfr. Cass. pen., 7 novembre 2006, n. 6396.
- 26) Cass. pen. 2 marzo 2004, n. 20661, in *Giust. pen.* 2005, II, 222
- 27) Cass. pen. 21 gennaio 2005, n. 10889, in *Consulente dell'impresa commerciale industriale*, 2005, 1560.
- 28) V. Cass. pen. 8 maggio 1991, n. 6094, in *Riv. giur. ed.*, 1992, I, 1004.
- 29) V. in questo senso PARENTE, *Trasformazione del territorio e tipologie lottizzatorie abusive*, in *Riv. not.*, 2003, pag. 1145 e segg., il quale afferma che "una corretta interpretazione dell'art. 30, comma 1, T.U. edilizia non consente di intravedere il reato di lottizzazione se non quando siano modificati i terreni e non gli edifici" (pag. 1149); TRAPANI, *La lottizzazione abusiva quale violazione delle regole giuridiche di circolazione e fruizione dei terreni*, in *Vita notarile*, 2004, pag. 791 e segg., per cui "non è, in ogni caso, sufficiente ad integrare una condotta di lottizzazione materiale il mero mutamento di destinazione di un fabbricato già esistente: è necessario infatti che il comportamento, affinché possa essere definito lottizzatorio, abbia ad oggetto specificamente la modifica materiale della destinazione dei terreni e non degli edifici" (pag. 815); TRAPANI, *La circolazione giuridica dei terreni*, Milano, 2007, pag. 346 e segg..
- 30) Emblematica la violazione di strumenti urbanistici di una Regione che vietavano la costruzione abitativa entro i 2.000 metri dalla riva del mare, mentre l'ammettevano entro i 500 metri per la costruzione di strutture alberghiere: si intuiva come in tal caso una trasformazione di struttura alberghiera in immobile abitativo si ripercuoteva in una forte violazione della prevista normativa urbanistica.
- 31) A questo proposito, se da un lato è vero che con la dichiarazione dell'acquirente di voler instaurare la propria residenza nel Comune ove si trova l'immobile oggetto del negozio non è indispensabile che si intenda fare riferimento all'abitazione realizzata sul bene immobile acquisito con i benefici prima casa (dopo l'art. 3, comma 131 della legge 25 dicembre 1995, n. 549 è sufficiente per godere dei benefici la dichiarazione di voler realizzare la propria residenza nel Comune ove è situato il bene acquistato), è pur vero che un inserimento di una dichiarazione di quel genere presuppone che l'acquirente non intenda esercitare l'impresa alberghiera nel bene acquisito: infatti la Cassazione ha a più riprese affermato che i benefici fiscali prima-casa non spettano per gli immobili costruiti come "casa - albergo" qualora, in ragione della superficie suscettibile di siffatto impiego, siano superati i limiti dimensionali previsti dall'art. 1 della legge 6 ottobre 1962 n. 1493, come interpretato dall'articolo unico della legge 2 dicembre 1967 n. 1212, e, in particolare, il limite del venticinque per cento della superficie totale dei piani sopratterra destinati a negozi (Cass. 25 febbraio 1997, n. 1713, in *Foro it.*, 1997, I, 1859; altra sentenza ha stabilito che ai fini dei benefici fiscali previsti dalla legge 2 luglio 1949 n. 408, la "casa-albergo", costituendo una struttura funzionale all'esercizio di un'attività d'impresa, che è quella di prestare ospitalità dietro corrispettivo alla massa indiscriminata dei fruitori del servizio, non può essere assimilata alla "casa di abitazio-

ne", che va intesa come il luogo destinato ad ospitare i nuclei familiari, con carattere di tendenziale continuità, nel quale si accentra la vita privata, ma va ricondotta alla diversa categoria del "negoziato", che è costituito dal luogo deputato allo svolgimento dell'attività imprenditoriale consistente nell'offerta di beni e servizi al pubblico dei consumatori (Cass. 4 maggio 1994, n. 4317, in *Giust. civ.*, 1994, I, 2490).

- 32)** Cfr., da ultimo, Cass. 31 maggio 2006, n. 13015, in *Corr. giur.*, 2007, III, 379; Cass. 11 gennaio 2006, n. 264, in *Giust. civ.*, 2006, I, 1518; Cass. 23 luglio 2004, n. 13825, in *Giust. civ.*, 2005, I, 1569.
- 33)** La catalogazione catastale del bene ha scarsa influenza nel nostro problema, sia perché i dati catastali non appaiono risolutivi quanto ad individuare correttamente la concreta utilizzabilità del bene, sia perché le residenze turistico alberghiere vengono talvolta classificate in A, talaltra in D, alla stregua degli alberghi veri e propri.
- 34)** Il tema degli atti d'obbligo, della loro natura, della loro trascrivibilità è un tema così ampio che non può essere approfondito in questo studio. Qui ci si è limitati a prospettare il problema, rinviando ad altra sede una sua ben più ampia e articolata trattazione.

(Riproduzione riservata)