

*Alla Consulta la vicenda relativa alla incidenza della confisca urbanistica sul diritto reale di garanzia del creditore*

di Emanuela Musi, Magistrato

Le Sezioni Unite della S.C., con ordinanza n. 583/2024 pubblicata l'8.1.2024, hanno dichiarato rilevante e rimesso alla Consulta la questione di legittimità costituzionale dell'art. 7, terzo comma, della legge n. 47 del 1985 e dell'art. 31, comma 3, del d.P.R. n. 380 del 2001 in riferimento agli artt. 3, 24, 42 e 117, primo comma, Cost., nonché all'art. 1 del Protocollo addizionale della CEDU (ratificata con la legge 4 agosto 1955, n. 848).

Con ordinanza interlocutoria n. 38143 del 30 dicembre 2022, la Terza Sezione aveva rimesso gli atti al Primo Presidente ai fini dell'assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite (fissato, poi per la pubblica udienza del 24.10.2023), ravvisando una questione di massima di particolare importanza nella seguente: sulla scorta dell'orientamento espresso da Cass. civ. 1693/2006, la c.d. confisca urbanistica di cui all'art. 7 della legge n. 47 del 1985 - norma applicabile nella fattispecie *ratione temporis* e poi rifluita nell'art. 31, comma 3, del d.P.R. n. 380 del 2001 - in quanto fonte di acquisto a titolo originario - comporta l'estinzione della ipoteca sul bene (art. 2878 cod. civ.) perché il bene acquisito al patrimonio del Comune diviene una res *extra commercium* e perisce giuridicamente. Per la Terza Sezione, tuttavia, una diversa soluzione potrebbe profilarsi nel caso concreto, atteso che: a) trattasi di fattispecie che presenta profili di diversità rispetto a quella sulla quale si è formato il precedente (per essere stata concessa ipoteca non sull'immobile costruito abusivamente, bensì sul terreno), b) la perdita del diritto del creditore ipotecario, senza alcuna partecipazione psicologica all'abuso edilizio, senza aver potuto partecipare al procedimento amministrativo concluso con il provvedimento di confisca, e senza possibilità di impugnare quest'ultimo entra in conflitto con i principi espressi dalla giurisprudenza della Corte Edu in forza della quale l'adozione di una sanzione (la confisca) - assimilabile a quella penale - non può prescindere da idonee garanzie a tutela del diritto di difesa sia dell'espropriato che dei terzi, non può colpire soggetti che non siano stati parte del procedimento che la infligge, né potevano esserlo; deve essere "proporzionata allo scopo"; c) l'applicazione dell'orientamento tradizionale implicherebbe esiti paradossali, in quanto il

creditore ipotecario: 1) non ha potuto opporsi alla costruzione dell'immobile abusivo, avendo appreso dell'abuso solo dopo l'acquisizione del bene da parte del Comune; 2) non può impugnare l'ordine di demolizione, perché terzo estraneo al provvedimento; 3) perde una garanzia concessa su un bene diverso (il terreno) da quello imperativamente trasferito nel patrimonio del Comune (che, peraltro, se demolito tempestivamente dalla P.A. avrebbe comportato che il fondo ritornasse nello stato in cui si trovava al momento dell'iscrizione dell'ipoteca).

Due le strade prospettate dalla Terza Sezione: 1) consentire al creditore ipotecario di «*coltivare l'esecuzione forzata, al fine di pervenire ad una vendita sottoposta alla condizione sospensiva dell'assunzione dell'obbligazione di demolire l'abuso o della presentazione d'una domanda di sanatoria*»; 2) sollevare questione di legittimità costituzionale della normativa in esame per contrasto con gli artt. 6 e 7 della CEDU e con l'art. 1 del Protocollo addizionale, per contrarietà alla normativa della Convenzione.

Le Sezioni Unite intraprendono la seconda.

Il Supremo Consesso evidenzia, innanzitutto, come il complesso normativo ricavabile dagli artt. 7 l. 47/85 e 31 DPR 380/01 rappresenti un capovolgimento dei principi in materia di accessione e di ipoteca come ricavabili dagli artt. 934 cod. civ., secondo il quale ogni «costruzione od opera esistente sopra o sotto il suolo appartiene al proprietario e 2811 cod. civ. che, in armonia col principio dell'accessione, stabilisce che l'ipoteca «si estende ai miglioramenti, nonché alle costruzioni e alle altre accessioni dell'immobile ipotecato, salve le eccezioni stabilite dalla legge». Nell'ordito delle disposizioni speciali, infatti, è il soggetto che acquista d'imperio la proprietà dell'immobile abusivamente costruito (il comune) ad acquisire anche quella dell'area di sedime, salvo il limite del decuplo della superficie complessiva abusivamente costruita; e ciò anche se, come nel caso prospettato, sul terreno sia stata precedentemente iscritta un'ipoteca giudiziale.

Le Sezioni Unite ripercorrono, poi, i passaggi salienti della giurisprudenza di legittimità e amministrativa in argomento, partendo dalla sentenza del 2006 indicata dalla ordinanza interlocutoria, per la quale l'acquisizione gratuita dell'immobile abusivo in capo all'ente pubblico si connota «*per la natura originaria del relativo titolo d'acquisto*», ed è «*del tutto assimilabile,*

*quo ad effecta, al perimento del bene, vicenda della quale l'art. 2878 cod. civ. predica, come conseguenza, l'estinzione del diritto reale di garanzia*": conclusione questa ribadita dalla giurisprudenza successiva di tutte le Sezioni Civili della Corte (si vedano, tra le altre, l'ordinanza 9 ottobre 2017, n. 23583, l'ordinanza 6 ottobre 2017, n. 23453, e l'ordinanza 11 novembre 2021, n. 33570) e dalla giurisprudenza amministrativa (Consiglio di Stato 7 marzo 1997, n. 220, 16 gennaio 2019, n. 398, e 9 giugno 2020, n. 3697. Nella sentenza 398 del 2019, si precisa in particolare che l'ordinanza di acquisizione gratuita al patrimonio indisponibile del Comune dell'immobile costruito in totale difformità o assenza della concessione dà luogo ad acquisto a titolo originario, con la conseguenza che l'ipoteca e gli altri eventuali pesi e vincoli preesistenti vengono caducati unitamente al precedente diritto dominicale, senza che rilevi l'eventuale anteriorità della relativa trascrizione o iscrizione) e di recente avallata anche dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (sentenza 11 ottobre 2023, n. 16).

Le Sezioni Unite confermano l'impostazione delineata: l'acquisto al patrimonio del comune, costituendo un atto a titolo originario, determina un taglio netto con la situazione preesistente, anche in considerazione della sua natura in senso lato sanzionatoria e, di conseguenza, comporta il venir meno anche dei diritti di garanzia che esistevano sul bene, a prescindere dal momento, anteriore o posteriore all'acquisizione, in cui quei diritti sono insorti e sono stati resi opponibili mediante iscrizione o trascrizione. Tal che, al creditore ipotecario resterebbero due possibilità: o quella di far valere il proprio diritto reale di garanzia sulla sola parte del terreno che eccede il decuplo dell'area di sedime acquisibile insieme all'immobile (tuttavia, l'acquisizione dell'immobile con l'area di sedime potrebbe coincidere con l'acquisizione dell'intero terreno sul quale grava la costruzione, o, in ogni caso, la garanzia sarebbe fortemente ridimensionata), o quella di chiedere il risarcimento del danno conseguente al fatto che l'acquisizione al patrimonio del comune ha determinato il venir meno della garanzia della quale egli disponeva (trattasi di soluzione, ad avviso della Corte, non soddisfacente, in ragione della diversità esistente tra un diritto reale di garanzia come l'ipoteca e la necessità di intraprendere un giudizio risarcitorio, nel quale potrebbe, tra l'altro, non essere pacifica l'identificazione del soggetto responsabile).

Tuttavia, l'applicazione dell'orientamento consolidato (e ribadito) al caso concreto importa, come segnalato dalla ordinanza interlocutoria, la violazione di principi ormai acquisiti nella

giurisprudenza nazionale e sovranazionale di cui alla Corte EDU. in particolare, Da un lato, si evidenzia che l'azione esecutiva è un fattore complementare e necessario dell'effettività della tutela perché consente al creditore di soddisfare la propria pretesa anche in mancanza di adempimento spontaneo da parte del debitore e che la fase di esecuzione forzata delle decisioni giudiziarie, in quanto intrinseco ed essenziale connotato della funzione giurisdizionale, è costituzionalmente necessaria, mentre eccezionali sono le deroghe al principio, espresso dall'art. 2740 cod. civ., per cui il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri; dall'altro, che ogni confisca impone una puntuale verifica del suo carattere proporzionato, rispetto alla finalità legittima perseguita, alla luce dei parametri costituzionali e sovranazionali che tutelano il diritto di proprietà (art. 42 Cost., nonché art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 1 del Protocollo addizionale CEDU, e artt. 11 e 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 17 CDFUE) – così Corte Costituzionale 5/2023.

Cosicché, le Sezioni Unite, vagliando preliminarmente e scartando possibilità di interpretazione cd. adeguatrice delle norme sospette di illegittimità (una prima, che costruisce l'atto di acquisizione del bene immobile al patrimonio del comune come diritto di proprietà superficiaria, intesa ai sensi dell'art. 952, secondo comma, cod. civ., cosicché il comune, nel momento in cui acquisisce il bene, non ne diviene proprietario pieno, bensì proprietario superficiario, non praticabile in quanto contrastante con l'obiettività del dato legislativo che stabilisce che in caso di inottemperanza, nel termine di novanta giorni dall'ingiunzione, all'ordine di demolizione e ripristino dello stato dei luoghi, il bene viene acquisito con "l'area di sedime"; una seconda interpretazione, prospettata dalla ordinanza interlocutoria e propugnata dalla Procura, che consente al creditore ipotecario di «coltivare l'esecuzione forzata, al fine di pervenire ad una vendita sottoposta alla condizione sospensiva dell'assunzione dell'obbligazione di demolire l'abuso o della presentazione d'una domanda di sanatoria», sul presupposto che l'ipoteca nel caso specifico non si estinguerebbe, entrando l'immobile a far parte del patrimonio disponibile del comune è commerciabile (artt. 826 e 828 cod. civ.), soluzione non praticabile stante il carattere pacificamente originario dell'acquisto regolato dalla legge che non consentirebbe in alcun modo alla ipoteca di sopravvivere e la difficoltà di configurare una vendita sottoposta alla condizione sospensiva dell'assunzione dell'obbligo di demolire da parte dell'acquirente, dal momento che la scelta della demolizione e la possibilità di eseguirla rimangono una prerogativa

esclusiva del comune), individuano i parametri da cui scaturisce il dubbio di legittimità della disposizione:

- l'art. 3 Cost., inteso come principio di ragionevolezza: il creditore che abbia iscritto ipoteca sul fondo, senza avere alcuna responsabilità nell'abuso edilizio e nel conseguente rifiuto di procedere alla demolizione dell'immobile, vede di fatto cancellato il suo diritto di ipoteca, senza poter partecipare al procedimento, cioè senza potersi opporre né all'edificazione abusiva né all'ordine di demolizione;
- l'art. 24 Cost., stante il rilievo costituzionale della tutela esecutiva. È indubbio, infatti, che il creditore ipotecario sia titolare di una garanzia che gli consente, attraverso il diritto di sequela e la conseguente possibilità di procedere ad espropriazione del bene, di avere una concreta prospettiva di soddisfacimento delle proprie ragioni, o, almeno, una potenzialità ben maggiore rispetto a quella che può derivare dal diritto al risarcimento dei danni;
- l'art. 117, primo comma, Cost., collegato con l'art. 42 Cost., in considerazione del contrasto tra la norma in esame e l'art. 1 del Protocollo addizionale della CEDU. Premesso che costituisce approdo interpretativo pacifico quello per cui eventuali contrasti tra la norma interna e la CEDU non generano problemi di successione delle leggi nel tempo o valutazioni sulla rispettiva collocazione gerarchica delle norme in contrasto, ma questioni di legittimità costituzionale, sicché il giudice comune non ha il potere di disapplicare la norma legislativa ordinaria ritenuta in contrasto con una norma CEDU, presentandosi l'asserita incompatibilità tra le due come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., di esclusiva competenza della Corte costituzionale (sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, nonché, più di recente, le sentenze n. 182 del 2021 e n. 131 del 2022), la norma censurata, laddove dirime il conflitto fra il potere di acquisizione gratuita al patrimonio indisponibile del Comune dell'immobile costruito in totale difformità o assenza della concessione e il diritto del creditore ipotecario a soddisfarsi sul fondo oggetto della garanzia, affermando l'assoluta prevalenza del primo appare contrastante con la consolidata ed uniforme interpretazione che la giurisprudenza della Corte EDU offre

dell' art. 1 del Protocollo addizionale, qui invocato quale parametro interposto. È proprio rispetto ad esso che va, quindi, prospettato il dubbio di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., quanto all'esigenza del giusto equilibrio tra l'interesse generale di regolamentazione dei beni giustificata dalle esigenze di tutela della collettività e la salvaguardia dei diritti fondamentali individuali, nella specie consistenti nelle aspettative creditorie, ovvero quanto all'effettiva proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo prefigurato.

Alla Consulta, dunque, la valutazione, anche alla luce dei più recenti approdi della giurisprudenza sovranazionale, della correttezza della scelta del legislatore operata a tutto svantaggio delle esigenze creditorie.