amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 4/2024

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Chiara Cudia, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Sveva Bocchini, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Beatrice Coppa, Giuseppe Doria, Manuel Delgado Iribarren, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Giuseppina Lofaro, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Benedetta Piazza, Marcin Princ, Sara Pugliese, Bianca Nicla Romano, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Stefania Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La tutela dei diritti del terzo nella discordia tra prevaricazione dell'interesse pubblico ed efficacia della trascrizione ipotecaria su beni immobili oggetto di acquisizione gratuita al patrimonio comunale

di Linda Giovanna Vacchiano

(Avvocato comunale di Nocera Inferiore)

Sommario

1. Premessa; 2. La questione sottoposta alla Corte di Cassazione; 3. Il contesto normativo di riferimento; 4. L'orientamento giurisprudenziale prevalente. La prevalenza del diritto alla tutela dell'interesse pubblico; 5. La questione sollevata dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite Civili: quid accidit al diritto del creditore pignorante?; 6. Conclusioni.

Abstract

With this contribution, we bring to the expert reader's attention the atavistic debate, which has affected doctrine and jurisprudence, between the protection of the public interest and the protection of the private interest, in an attempt to find - in the most disparate ways - the right and necessary balance.

In the case that we will address, we find ourselves faced with the protection of the public interest in the acquisition of an abusive property for the municipal heritage with a predominantly sanctioning purpose that clashes, in fact, with the interest of the private individual who claims a right of credit to be satisfied precisely on that property acquired for the municipal heritage.

Although in the granite orientation of jurisprudence the above-mentioned problem is resolved with a clear favor for the protection of the public interest, prevailing over everything, it is also true that the Court of Cassation in United Sections with the order in question has faced the same problem in another and more profound perspective: in the balancing of public and private interests that characterize our legal system, the interest of the private individual would be completely swept away from the legal world to make room only for the protection of the public interest underlying the acquisition of the assets. How, then, does this legal interpretation of the phenomenon just described relate to the European and international protection of the interests underlying the subjective legal position of the private creditor?

In this factual, jurisprudential and regulatory context, the interlocutory order in question has been inserted, which has raised the issue to the Constitutional Court in a reading and in a vision that is completely different, innovative and never before considered by law.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

1. Premessa.

Con il presente contributo si sottopone all'attenzione del lettore esperto la diatriba atavica, che ha interessato dottrina e giurisprudenza, tra la tutela dell'interesse pubblico e la tutela dell'interesse privato, nel tentativo di trovare - nei modi più disparati - il giusto e necessario equilibrio.

Nella fattispecie che si andrà ad affrontare si ci ritrova di fronte alla tutela dell'interesse pubblico all'acquisizione al patrimonio comunale di un immobile abusivo con finalità preminentemente sanzionatoria che cozza, di fatto, con l'interesse del privato il quale vanti un diritto di credito da soddisfare proprio su quel bene acquisito al patrimonio comunale.

Seppur nell'orientamento granitico della giurisprudenza la problematica sopra riportata si risolve con un secco favor per la tutela dell'interesse pubblico, prevalente su ogni cosa, è anche vero che la Corte di Cassazione a Sezioni Unite con l'ordinanza in commento si è posta di fronte al medesimo problema in un'altra e più profonda prospettiva: nel bilanciamento degli interessi pubblici e privati che connotano il nostro sistema giuridico, l'interesse del privato risulterebbe completamente spazzato via dal mondo giuridico per far spazio unicamente alla tutela dell'interesse pubblico sotteso all'acquisizione al patrimonio. Come si pone, allora, tale interpretazione giuridica del fenomeno appena descritto rispetto alla tutela eurounitaria ed internazionale degli interessi sottesi alla posizione giuridica soggettiva del privato creditore?

In tale contesto fattuale, giurisprudenziale e normativo, si è inserita l'ordinanza interlocutoria in commento che ha prospettato la questione alla Corte Costituzionale in una lettura ed in una visione del tutto differenti, innovative e mai prima considerate dal diritto.

2. La questione sottoposta alla Corte di Cassazione.

L'ordinanza interlocutoria n. 583/2024 dell'08.01.2024 emessa dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite Civili nel giudizio iscritto al RG n. 2909/2020 origina dalla mancata soddisfazione di un credito, sfociante in una procedura esecutiva immobiliare per il recupero dello stesso.

Nell'esaminare la fattispecie concreta, fonte ispiratrice della questione di diritto sottoposta all'attenzione della Corte Costituzionale, val la pena ricordare che la stessa trae spunto da un giudizio monitorio attivato nel lontano 1993 dinanzi al Tribunale di Palermo da una società, Sicilsud Leasing S.p.A., conclusosi con l'emissione di un decreto ingiuntivo nei confronti di G.S. e C.Z.M. per la somma complessiva di € 114.870,68[1], oltre accessori e spese. In forza di tale D.I. la società creditrice iscriveva ipoteca immobiliare sul fondo di proprietà dei debitori esteso per

[1] L'importo era calcolato in lire per un totale di £ 222.420.647,00.

ISSN 2036-7821

mq 1150. A seguito di tale iscrizione ipotecaria, la società creditrice ha ceduto il credito in favore della società Brera Servizi Aziendali S.r.l., attuale creditrice nei confronti degli originari debitori Sig.ri G.S. e C.Z.M.

Nelle more dell'esecuzione coattiva del titolo esecutivo a mezzo di trascrizione di ipoteca immobiliare da parte del creditore cessionario, nel 1994 il Comune di Agrigento adottava un provvedimento di acquisizione gratuita al patrimonio comunale dell'immobile ipotecato ed alla successiva trascrizione del titolo stesso (ovvero dell'accertamento dell'inottemperanza alla ingiunzione a demolire), ai sensi e per gli effetti dell'art. 7 della L. n. 47/1985[2]. L'acquisizione riguardava, nello specifico, l'immobile abusivamente realizzato sul fondo di mq 1500, senza previa autorizzazione, in uno all'area di sedime e pertinenziale circostanti.

Nonostante la vicenda sopra descritta, la società Brera nel 2013 provvedeva all'attivazione di processo esecutivo, pignorando il terreno nei confronti dei debitori e l'immobile nei confronti del Comune di Agrigento che, nel frattempo, aveva

[2] Secondo il disposto normativo nel testo vigente al momento dell'adozione del provvedimento acquisitivo, poi confluito nell'art. 31 del D.P.R. n. 380/2001 e ss.mm.ii., erano da considerarsi opere eseguite in totale difformità dalla concessione (e, dunque, abusive) "*quelle che comportano la realizzazione di un organismo edilizio integralmente diverso per caratteristiche tipologiche, planovolumetriche o di utilizzazione da quello oggetto della concessione stessa, ovvero l'esecuzione di volumi edilizi oltre i limiti indicati nel progetto e tali da costituire un organismo edilizio o parte di esso con specifica rilevanza ed autonomamente utilizzabile*". Con riferimento a tali fattispecie, la norma prescriveva il procedimento amministrativo da attivare: "*Il sindaco, accertata l'esecuzione di opere in assenza di concessione, in totale difformità dalla medesima ovvero con variazioni essenziali, determinate ai sensi del successivo articolo 8, ingiunge la demolizione. Se il responsabile dell'abuso non provvede alla demolizione e al ripristino dello stato dei luoghi nel termine di novanta giorni dall'ingiunzione, il bene e l'area di sedime, nonchè quella necessaria, secondo le vigenti prescrizioni urbanistiche, alla realizzazione di opere analoghe a quelle abusive sono acquisiti di diritto al patrimonio del comune. L'area acquisita non può comunque essere superiore a dieci volte la complessiva superficie utile abusivamente costruita. L'accertamento dell'inottemperanza alla ingiunzione a demolire, nel termine di cui al precedente comma, previa notifica all'interessato, costituisce titolo per l'immissione in possesso e per la trascrizione nei registri immobiliari, che deve essere eseguita gratuitamente. L'opera acquisita deve essere demolita con ordinanza del sindaco a spese dei responsabili dell'abuso, salvo che con deliberazione consiliare non si dichiari l'esistenza di prevalenti interessi pubblici e sempre che l'opera non contrasti con rilevanti interessi urbanistici o ambientali. Per le opere abusivamente eseguite su terreni sottoposti, in base a leggi statali o regionali, a vincolo di inedificabilità, l'acquisizione gratuita, nel caso di inottemperanza all'ingiunzione di demolizione, si verifica di diritto a favore delle amministrazioni cui compete la vigilanza sull'osservanza del vincolo. Tali amministrazioni provvedono alla demolizione delle opere abusive ed al ripristino dello stato dei luoghi a spese dei responsabili dell'abuso. Nella ipotesi di concorso dei vincoli, l'acquisizione si verifica a favore del patrimonio del comune. Il segretario comunale regime e pubblica mensilmente, mediante affissione nell'albo comunale, l'elenco dei rapporti comunicati dagli uffici ed agenti di polizia giudiziaria riguardanti opere o lottizzazioni realizzate abusivamente e delle relative ordinanze di sospensione e lo trasmette all'autorità giudiziaria competente, al presidente della giunta regionale e, tramite la competente prefettura, al Ministro dei lavori pubblici. In caso d'inerzia, protrattasi per quindici giorni dalla data di constatazione della inosservanza delle disposizioni di cui al primo comma dell'articolo 4 ovvero protrattasi oltre il termine stabilito dal terzo comma del medesimo articolo 4, il presidente della giunta regionale nei successivi trenta gironi, adotta i provvedimenti eventualmente necessari dandone contestuale comunicazione alla competente autorità giudiziaria ai fini dell'esercizio dell'azione penale. Per le opere abusive di cui al presente articolo, il giudice, con sentenza di condanna per il reato di cui all'articolo 17, lettera b), della legge 28 gennaio 1977, n. 10, come modificato dal successivo articolo 20 della presente legge, ordina la demolizione delle opere stesse se ancora non sia stata altrimenti eseguita*".

ISSN 2036-7821

acquisito lo stesso in proprietà a seguito di inottemperanza all'ordine di demolizione dell'immobile abusivo.

Il giudice dell'esecuzione, con provvedimento del 2017, ha ritenuto di non poter procedere all'accoglimento dell'istanza di vendita formulata dalla Brera in considerazione del fatto che l'acquisizione al patrimonio comunale avvenuta nel 1994 da parte del Comune di Agrigento aveva avuto effetti estintivi *ab origine* dell'ipoteca iscritta sul fondo sul quale era stato edificato l'immobile abusivo con la conseguenza che, in assenza di titolo, il pignoramento sarebbe dovuto essere dichiarato improcedibile.

Avverso il provvedimento del giudice dell'esecuzione, in considerazione del venir meno di qualsivoglia tutela per il credito vantato, il creditore Brera promuoveva opposizione, rigettata con sentenza n. 943/2019. A fondamento della decisione il giudice dell'esecuzione deduceva: 1) il principio di diritto secondo cui l'acquisizione al patrimonio comunale costituirebbe un acquisto a titolo originario del bene, con cancellazione di tutti i diritti di garanzia gravanti sullo stesso, senza che possa rilevare l'eventuale anteriorità della trascrizione e/o iscrizione del titolo soppiantato dall'acquisizione stessa; 2) la circostanza che l'acquisizione riguardava sia l'immobile che i terreni pertinenziali e, dunque, tutta l'area di proprietà dei debitori; 3) la irrilevanza della conoscenza, da parte del creditore procedente, del provvedimento ablatorio adottato dal Comune di Agrigento tenuto conto dell'assoluta carenza di interesse e legittimazione attiva nell'eventuale impugnazione e/o contestazione del provvedimento stesso, ritenendosi - per consolidato orientamento - un terzo estraneo alla vicenda di che trattasi[3].

Avverso e per la riforma della sopra richiamata decisone la società Brera (creditrice cessionaria) proponeva ricorso per Cassazione, fondato sui seguenti motivi: **1)** violazione dell'art. 360, comma 1, nn. 3 e 5 c.p.c., per aver omesso il Tribunale di Agrigento di tener conto della circostanza che esisteva una porzione di fondo pignorato non acquisto al patrimonio comunale, sul quale l'azione esecutiva sarebbe potuta proseguire; **2)** violazione dell'art. 360, comma 1, n. 3 c.p.c., per violazione e falsa applicazione degli artt. 810, 2740, 2813 e 2900 c.c., anche in relazione all'art. 40, comma VI, della L. n. 47/1985 e dell'art. 31 del D.P.R. n. 380/2001 e ss.mm.ii.; **3)** violazione dell'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c. per aver il Tribunale di Agrigento erroneamente ritenuto che l'effetto ablatorio in favore del Comune si sarebbe comunque verificato anche in caso di sanabilità dell'abuso, anche da parte del terzo non autore dell'abuso stesso, pur non proprietario ma titolare di diritti sulla cosa[4].

[3] Nel caso di specie il Tribunale di Agrigento ha richiamato e fatto applicazione del principio secondo cui "*a fronte di un superiore interesse pubblico alla repressione dei più gravi abusi in materia edilizia, si verifica la cedu azione dell'ipoteca antecedentemente iscritta quale effetto della natura originaria del titolo di acquisto*".

[4] Secondo il ricorrente, sul punto, "*anche l'assunto contenuto nella sentenza impugnata relativo al perimento giuridico del bene, quale conseguenza della sua demolizione, e la sua irreversibile trasformazione in res extra commercium, quale*

ISSN 2036-7821

Dal combinato disposto degli artt. 2813 c.c. e 40 della L. n. 47/1985 sarebbe derivato, infatti, un diritto del creditore ipotecario di demolire il manufatto abusivo o sanarlo (fintanto che perdurava il termine per proporre domanda di sanatoria), non potendosi ritenere configurato nella specie alcun perimento giuridico del bene e la decadenza della garanzia reale (che, conseguentemente, non si sarebbe estinta), a tutela dei diritti del creditore procedente; **4)** la violazione dell'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c. per violazione e falsa applicazione degli artt. 117 Cost. E 7 CEDU e degli artt. 1 e 6 del Protocollo Addizionale. E tanto in considerazione del fatto che, se così fosse (ovvero se l'acquisizione al patrimonio comunale avesse determinato un acquisto a titolo originario del bene con caducazione automatica degli effetti della procedura esecutiva attivata), il creditore ipotecario sarebbe stat privato, incolpevolmente, della garanzia reale di cui era titolare per il credito vantato[5].

Alla luce dei motivi sopra esposti, la società Brera concludeva il proprio ricorso richiamando l'attenzione sul dovere del giudice procedente di interpretare, in conformità alla normativa CEDU, la normativa interna e, per l'effetto, alternativamente, di a) ritenere nulli i procedimenti ablatori cui il creditore ipotecario non era stato messo nelle condizioni di partecipare (ritenendolo, a tal fine, soggetto interessato e, dunque, parte del procedimento amministrativo nella esclusiva titolarità e discrezionalità tecnica dell'Ente pubblico espropriante); b) consentire al creditore procedente di proseguire nell'azione esecutiva nei confronti del Comune titolare del bene (tuttavia, non tenendo conto della circostanza che l'acquisizione avviene di diritto ed è relativa ad un bene inesistente nel mondo giuridico in quanto abusivo, in virtù della teoria del c.d. perimento giuridico del bene!), ovvero c) sollevare questione di legittimità costituzionale con riferimento all'art. 7 della L. n. 47/1985 (ratione temporis applicabile al caso di specie) ed all'art. 31 del D.P.R. n. 380/2001 e ss.mm.ii.

La Terza Sezione Civile, analizzato preliminarmente il quarto motivo di ricorso, ha ritenuto di dover sottoporre questione di legittimità costituzionale.

La Sezione remittente della Corte di Cassazione partiva dalla c.d. confisca urbanistica (oggi regolamentata all'art. 31 del D.P.R. n. 380/2001 e ss.mm.ii.) che, secondo l'orientamento costante in dottrina ed in giurisprudenza, costituirebbe fonte di acquisto a titolo originario del bene confiscato, con la conseguenza che una eventuale ipoteca accesa sullo stesso si sarebbe dovuta estinguere in quanto la cosa oggetto di

---

conseguenza dell'acquisizione al patrimonio comunale, andrebbe limitato all'ipotesi di manufatto abusivo non più sanabile e con un abuso non più eliminabile. Allorchè, invece, sia possibile sanare l'abuso o rimuoverlo, il bene non dovrebbe essere considerato assolutamente extra commercium, ma solo relativamente extra commercium, nel senso che l'autore dell'abuso o il suo beneficiario non potrà avvalersene. Tanto non dovrebbe valere, però, per il terzo incolpevole che possa porvi rimedio".

[5] La difesa di parte ricorrente richiama sul punto le guarentigie della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e le tutele del diritto di proprietà; garanzie, queste, che non possono essere espropriate senza tutele e senza contropartita.

ISSN 2036-7821

acquisto a titolo gratuito al patrimonio del Comune sarebbe stata da ritenersi come *res extra commercium* e giuridicamente perita[6]. Principio, questo, consolidato nella dottrina e nella giurisprudenza[7] e che, però, a parere della Sezione remittente sarebbe da ritenersi non più attuale, alla luce della giurisprudenza della Corte EDU e degli effetti paradossali che si produrrebbero nella sfera giuridica del terzo creditore.

La giurisprudenza richiamata della Corte EDU interessa, nello specifico, la nozione giuridica di diritto di proprietà, riassumibile nei seguenti 4 principi: 1) oggetti di tutela, quali beni ai sensi dell'art. 1 del Protocollo n. 1 allegato alla CEDU, non sono solo i diritti di proprietà ma anche i diritti patrimoniali in relazione ai quali si può vantare una legittima aspettativa; 2) la confisca urbanistica, in tali casi, è una sanzione assimilabile a quella penale, con la conseguenza che la stessa deve garantire idonee tutele sia per l'espropriato che per il terzo; 3) la confisca urbanistica non può colpire soggetti che non erano parte del procedimento che la infligge, nè potevano esserlo; 4) la confisca, infine, deve essere una misura applicata in quanto proporzionata allo scopo.

In applicazione dei principi enunciati dalla giurisprudenza locale, invece, il creditore (individuato quale soggetto terzo nella dissertazione della Corte EDU) perde il proprio diritto, pur tutelato dall'art. 1 del Protocollo n. 1 allegato alla CEDU, senza alcuna partecipazione psicologica all'abuso edilizio e senza aver potuto partecipare al procedimento amministrativo conclusosi con l'adozione del provvedimento di confisca, nè impugnarlo (in quanto non titolare nei confronti di tale provvedimento di un interesse diretto, concreto ed attuale), con la conseguenza di "subire" la lesione (della cui proporzionalità la Corte di Cassazione ha dubitato) del proprio diritto di credito in favore della prevalenza del diritto al ripristino dell'ordine e della legittimità. In tale prospettiva, il creditore non solo perderebbe la garanzia sul bene principale (oggetto di confisca), ma anche sul fondo in dispregio al disposto di cui all'art. 2811 c.c. In concreto, dunque, la Corte di Cassazione arriva a sottolineare l'effetto paradossale cui si perverrebbe nei casi come quelli prospettati nella fattispecie concreta[8]. Secondo i giudici di Palazzo Spada il sacrificio del creditore non sarebbe nemmeno giustificato da un presunto e potenziale giovamento all'interesse pubblico, in quanto nulla a che fare con l'obiettivo della Pubblica Amministrazione che ha interesse unicamente a demolire gli immobili abusivi e ripristinare lo status legittimo delle cose. Il creditore ipotecario, nel gioco delle parti (ovvero, la PA da un

[6] In sostanza, l'acquisizione al patrimonio del Comune, al pari di un ferimento materiale del bene, determina l'estinzione automatica dell'ipoteca.

[7] Si fa, in particolare, riferimento alla pronuncia della Corte di Cassazione n. 1693/2006.

[8] Secondo la prospettazione della Corte di Cassazione: "*il creditore ipotecario 1) non può opporsi alla costruzione dell'immobile abusivo, rimedio che sarebbe comunque inservibile nel caso specifico, avendo il creditore avuto notizia dell'abuso solo dopo l'acquisizione del bene da parte del Comune; 2) non può opporsi all'ordine di demolizione, perchè terzo estraneo al provvedimento; 3) perde una garanzia concessa su un bene diverso da quello imperativamente trasferito nel patrimonio del Comune*".

ISSN 2036-7821

lato ed il soggetto che ha realizzato l'abuso dall'altro) rimane pur sempre un terzo estraneo.
Per tali ragioni, la Sezione Terza in merito a tale questione prospettava alle Sezioni Unite due soluzioni interpretative: 1) quella di consentire al creditore ipotecario di coltivare l'esecuzione forzata, al fine di pervenire ad una nuova vendita sottoposta alla condizione sospensiva dell'assunzione dell'onere di demolizione da parte dell'acquirente o della presentazione di idonea domanda di sanatoria. In tal modo, l'acquirente avrebbe recuperato la proprietà integra del fondo su cui l'abuso era stato realizzato. Tuttavia, non è nella disponibilità del titolare dell'abuso, nè del creditore, decidere di demolire (ritenendo il fondo). E' nella sola esclusiva volontà della P.A. decidere, in virtù della valutazione di sussistenza dei preminenti interessi pubblici, se sussistono gli estremi per l'acquisizione al patrimonio comunale ovvero è necessario provvedere alla demolizione dell'abuso in danno al titolare dello stesso[9]; 2) quella di sollevare questione di legittimità costituzionale della normativa in esame in contrasto con gli artt. 6 e 7 CEDU e con l'art. 1 del Protocollo addizionale, per contrarietà alla normativa della Convenzione.

3. Il contesto normativo di riferimento.

Il quando normativo di riferimento in merito alla fattispecie concreta sottoposta all'attenzione delle Sezioni Unite vede interessato un caleidoscopio di principi normativi, nazionali ed internazionali, che si intrecciano tra di loro in un contesto legislativo che si è evoluto nel tempo.
Il complesso normativo che interessa i beni, in generale, e la proprietà, in particolare, è rinvenibile nel c.c. che all'art. 832 c.c. dispone che il proprietario ha il diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico ed, in via prioritaria, dalla Costituzione che agli artt. 42 e ss. individua i casi di limitazione del diritto di proprietà in favore del preminente interesse pubblico (c.d. funzione pubblica della proprietà).
Con specifico riferimento alla fattispecie posta all'attenzione della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, il riferimento normativo è rinvenibile nell'art. 934 c.c. che, relativamente ai modi di acquisto del diritto di proprietà, statuisce che qualunque piantagione, costruzione od opera esistente sopra o sotto il suolo

[9] La soluzione prospettata dalla Terza Sezione, peraltro non tiene conto della necessità di regolamentare sempre un rapporto trilatere, ovvero quello tra la PA che accerta l'abuso, il soggetto che realizza l'abuso soggetto alle sanzioni di cui alla legge ed il terzo acquirente che, accollandosi il costo di una demolizione, si ritroverebbe ad aver posto in essere una operazione antieconomica tenuto conto del fatto che resta titolare unicamente del fondo senza l'immobile. In capo all'acquirente, in tal caso, si dovrebbe riconoscere un diritto di rivalsa nei confronti della PA con riferimento al costo di demolizione, con tutte le conseguenze che da tale titolarità ne derivino e tenendo ben presenti i principi di economicità, efficacia ed efficienza cui è sottoposta la PA ai sensi dell'art. 97 Cost.

ISSN 2036-7821

appartiene al proprietario di questo (c.d. accessione), salvo quanto disposto agli artt. 935, 936, 937 e 938 e salvo che risulti diversamente dal titolo o dalla legge (c.d. accessione invertita). Disciplina, questa, collegata biunivocamente con l'accensione di ipoteca, quale diritto reale di garanzia che si estende ai miglioramenti, nonchè alle costruzioni ed alle altre accessioni dell'immobile ipotecato, salvo le eccezioni previste per legge, in virtù del principio di accessione (e non di accessione invertita, come accade nel caso di acquisizione gratuita al patrimonio comunale[10]).

Analizzando la normativa attuale relativa all'acquisizione gratuita al patrimonio comunale degli immobili abusivi e cercando di comprenderne la ratio intrinseca, tenuto conto della "contrarietà" alla disciplina ordinaria sopra richiamata, val la pena porre l'attenzione sulla circostanza che la stessa prende le mosse dalla L. n. 10/1977, ovvero la Legge Bucalossi, che ha introdotto nel contesto normativo nazionale importanti novità in materia urbanistico - edilizia ed, in via preminente, positivizzato il principio dello scorporo dello *ius aedificandi* dal diritto di proprietà, pur riconosciuti in capo al medesimo soggetto titolare.

Nel solco di tali innovazioni, la legge prevedeva all'art. 15 che le opere eseguite in totale difformità od in assenza della concessione dovessero essere demolite, a cura e spese del proprietario (e tale prospettazione cozzerebbe, peraltro, con la prima soluzione prospettata dalla Terza Sezione della Corte di Cassazione, v. infra), entro il termine fissato dal Sindaco con ordinanza; in mancanza di demolizione tali opere si intendevano acquisite gratuitamente, unitamente all'area di sedime, al patrimonio indisponibile del Comune per finalità pubbliche, ivi compresa quella di edilizia residenziale pubblica. Ove l'opera non poteva avere finalità pubblicistiche, la stessa andava demolita a spese del costruttore.

L'art. 15 è confluito, poi, nell'art. 7 della L. n. 47/1985 che, in parziale modifica della normativa sopra richiamata, prevedeva che il Sindaco, accertata la difformità dell'opera rispetto alla concessione (ovvero in assenza della stessa), doveva ingiungerne la demolizione con l'espressa previsione che, in caso di mancata ottemperanza all'ordine da parte del responsabile dell'abuso, il bene e l'area di sedime sarebbero stati acquisiti di diritto gratuitamente al patrimonio comunale (senza, tuttavia, individuarne più la categorizzazione dello stesso. Non si parla più di patrimonio indisponibile!). E' stato, tuttavia, introdotto il limite del quantum da acquisire: l'acquisizione poteva avvenire purché non fosse superiore a 10 volte la

[10] Si veda, in proposito, quanto previsto all'art. 7 della L. n. 47/1875, confluito nell'art. 31 del D.P.R. n. 380/2001 e ss.mm.ii. Si cita, sul punto, anche Corte Cost. n. 345/1991 che, in merito alla legittimità costituzionale dell'art. 7 cit. ha statuito la legittimità dello stesso in quanto l'acquisizione al patrimonio "*costituisce una sanzione autonoma che consegue all'inottemperanza all'ingiunzione, abilitando poi il sindaco ad una scelta tra demolizione d'ufficio e la conservazione del bene, definitivamente già acquisito, in presenza di "prevalenti interessi pubblici""*. In sostanza, l'acquisizione al patrimonio è conseguenza automaticamente diretta dell'inottemperanza all'ingiunzione di demolizione e determina il nascere in capo alla PA del potere di decidere se demolire d'ufficio ovvero ritenere il bene acquistato gratuitamente in proprietà (correttamente, a titolo originario).

ISSN 2036-7821

complessiva superficie utile abusivamente costruita. Disposizione, questa, che poi è stata testualmente riprodotta nell'art. 31 del D.P.R. n. 380/2001 attualmente in vigore.

4. L'orientamento giurisprudenziale prevalente. La prevalenza del diritto alla tutela dell'interesse pubblico.

Delineato il quadro normativo di riferimento che, colmo di lacune, non è chiaro nel delineare i confini di operatività del potere pubblico a discapito dei diritti dei privati, oltre che non fissare la natura giuridica del bene acquisito (se da inserire nel patrimonio disponibile ovvero indisponibile dell'Ente), nemmeno la giurisprudenza è stata in grado di individuare i limiti e gli elementi costituitivi della fattispecie sottoposta alla sua attenzione.

La giurisprudenza fino all'ordinanza interlocutoria, anzi, era fin troppo costante nel proprio orientamento. Partendo dalla sentenza n. 1693 del 26.01.2006 della III Sez. Civ. della Corte di Cassazione, si è consolidato il principio secondo cui l'espressione "acquisizione di diritto" starebbe a significare che con l'acquisizione gratuita al patrimonio comunale si configura una fattispecie avente natura di acquisto a titolo originario del bene, non potendosi nella specie configurare alcuna ipotesi di trasferimento dal precedente titolare del bene. Fattispecie, questa, assimilata al perimento del bene ex art. 2878 c.c., stante la demolizione dell'immobile (che, solo in via del tutto eccezionale viene "salvato"), la quale determina, di conseguenza, l'estinzione di qualsivoglia peso e/o diritto di garanzia sulla cosa, a prescindere dalla priorità di trascrizione[11].

Si richiama, tra tutte le pronunce nel solco dell'orientamento sopra richiamato, l'ordinanza n. 23453 del 06.10.2017 della Cassazione civile, sez. VI, nella quale sono espressi alcuni principi posti dall'ordinanza interlocutoria a fondamento della questione di costituzionalità.

Con la sopra citata ordinanza del 2017 la Corte di Cassazione stabilisce, con rifermento alla vecchia disciplina normativa in materia (art. 7 della L. n. 47/1985), la duplice natura dell'ordinanza di acquisizione gratuita al patrimonio comunale: a) sanzionatoria dei comportamenti illeciti posti in essere dell'autore dell'illecito; b) di prevenzione degli effetti perduranti e dannosi dell'abuso. Finalità, queste, realizzate - ex lege - in virtù del riconoscimento di un effetto acquisitivo automatico a titolo originario del bene interessato dall'abuso, libero da ogni peso e/o vincolo. Per tale motivo, la giurisprudenza assimila l'acquisizione gratuita al patrimonio comunale al perimento c.d. giuridico del bene[12], in quanto trattasi comunque di un immobile

[11] V., anche Cass., 12.06.1999 n. 322.

[12] V., sul punto, anche Cass. Civ., sez. VI, 06.10.2017 n. 23453; Cons. Stato, sez. III, 26.01.2006 n. 1693.

ISSN 2036-7821

destinato alla demolizione e - dunque - considerato inesistente sin dalla sua acquisizione[13].

Medesima questione di diritto è stata affrontata, oltre dal giudice nomofilattico, anche dall'organo supremo della giustizia amministrativa in una serie di pronunce che, in parte, ricalcano l'excursus argomentativo dell'orientamento giurisprudenziale in ambito civilistico, addivenendo in alcuni casi a risultati differenti.

Si prenda, ad esempio, la pronuncia del Consiglio di Stato n. 179 del 07.01.2021 nella quale i giudici addivengono ad affermare che l'acquisizione gratuita al patrimonio comunale non costituisce una misura strumentale per consentire al Comune la demolizione nè tantomeno è da considerarsi quale sanzione accessoria della stessa. Piuttosto, l'acquisizione al patrimonio comunale costituisce un'autonoma sanzione, imposta con riferimento alle condotte illecite della costruzione di un'opera abusiva e dell'omesso adempimento dell'obbligo di demolizione della stessa[14].

Affinché gli effetti del provvedimento acquisitivo mostrino i loro frutti, secondo i giudici di Palazzo Spada, l'iter procedimentale deve essere scandito in modo preciso da differenti fasi: 1) il provvedimento di demolizione, nel quale va assegnato un termine di 90 giorni per l'adempimento; 2) l'accertamento dell'inottemperanza alla demolizione (con l'adozione di un verbale di accertamento della mancata demolizione); 3) l'atto di acquisizione al patrimonio comunale, che costituisce il titolo per l'immissione in possesso e per la trascrizione dell'acquisto a titolo originario.

Del pari interessante nella risoluzione dell'assetto interpretativo ed applicativo della norma di settore è la sentenza n. 398 del 16.01.2019 della sez. IV del Consiglio di Stato, in merito alla corretta individuazione della natura giuridica del provvedimento di acquisizione al patrimonio, nella quale testualmente si legge: "*La giurisprudenza sul punto è concorde nel ritenere che l'ingiustificata inottemperanza all'ordine di demolizione comporti l'automatica acquisizione gratuita dell'immobile al patrimonio* ***disponibile*** *del Comune, ai sensi all'art. 31, comma 3, del TU Edilizia* [che nulla dispone in merito alla *ratio* sottesa all'acquisizione al patrimonio dell'Ente, nonchè nulla può decidere unilateralmente con riferimento all'acquisizione al patrimonio

[13] Per la costante giurisprudenza il c.d. ferimento giuridico del bene trasforma lo stesso in res extra commercium sotto il profilo dei diritti del debitore e dei terzi che vantino diritti reali limitati sul bene. V, sul punto, anche Cass. civ., sez. III, 26.01.2006 n. 1693 secondo cui "*l'acquisto della proprietà ai sensi dell'art. 31 del TU edilizia avviene, per giurisprudenza consolidata, a titolo organo con cancellazione di tutto i diritti reali minori e di garanzia eventualmente gravanti il bene. L'ordinanza di acquisizione gratuita al patrimonio indisponibile del Comune dell'immobile costruito in totale difformità o assenza della concessione si connota, infatti, per la duplice funzione di sanzionare comportamenti illeciti e di prevenire perduranti effetti dannosi di essi e dunque da 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*". V. anche Cons. Stato, 16.01.2019 n. 398; Cons. Stato, 09.06.2020 n. 3697.

[14] V., in merito, anche Cons. Stato, 07.03.1997 n. 220; Cons. Stato, 01.03.2018 n. 1263; Cons. Stato, sez. V, 17.06.2014 n. 3097; Cass., S.U., ord. 09.10.2017 n. 23583; Cass., S.U., ord. 06.10.2017 n. 23453; Cass., S.U., ord. 11.11.2021 n. 33570.

ISSN 2036-7821

disponibile ovvero indisponibile]. *In base al comma 4 della stessa disposizione, l'accertamento di tale inottemperanza è necessario unicamente per provvedere all'iscrizione nei registri immobiliari ed all'immissione in possesso, per cui il relativo atto ricognitivo è normalmente configurato come un atto avente natura meramente dichiarativa, finalizzato al limitato scopo di esternare e formalizzare l'acquisto a titolo originario della proprietà in capo all'amministrazione, che si è già prodotto per il mero de orso del tempo una volta che sia venuto a scadenza il termine previsto dalla legge e indicato nel provvedimento di demolizione*" (v., anche Cons. Stato, sez. IV, 14.04.2015 n. 1884). Del resto, non potrebbe essere altrimenti se solo si consideri che intanto l'Ente può demolire - eliminando di fatto l'illecito - in quanto sia proprietario del bene oggetto di demolizione. Si riconduce, così, (a dispetto di quanto, invece, affermato dalla precedente giurisprudenza) al decorso del termine per demolire (90 giorni) l'effetto di acquisizione automatica al patrimonio comunale[15].

Nel percorso giurisprudenziale sopra evidenziato si incontra anche la sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato dell'11.10.2023 n. 16 che, tenuto conto di quanto affermato in merito dalla giurisprudenza ordinaria sopra richiamata, tenta di ergere delle mura di contenimento rispetto alla materia oggetto del contendere, enunciando i seguenti principi di diritto: a) la mancata ottemperanza all'ordine di demolizione entro il termine fissato comporta la perduranza di una situazione *contra ius* e costituisce un illecito amministrativo omissivo *propter rem*, distinto dal precedente illecito costituito dalla costruzione di opere abusive, avente rilevanza anche penale. In sostanza, a seguito dell'inottemperanza all'ordine di demolizione, si determina una situazione di "doppio illecito"; b) la mancata ottemperanza all'ordine di demolizione impone l'emanazione di un atto di acquisizione al patrimonio comunale; c) l'atto di acquisizione al patrimonio comunale ha natura dichiarativa e comporta l'acquisto *ipso iure* del bene identificato nell'ordinanza di demolizione con il solo decorso del termine per ottemperare. Se, in aggiunta al manufatto abusivo, venga individuata l'ulteriore area da acquisire in virtù della regola del decuplo, per tale parte l'ordinanza ha natura sia costituiva che dichiarativa, determinando tale situazione il costituirsi di una fattispecie a formazione progressiva; d) con l'inottemperanza all'ordine di demolizione si determina una novazione oggettiva dell'obbligo del responsabile (o dell'avente causa) di ripristinare lo *status quo ante*, in quanto, una volta disposto in via automatica il trasferimento di proprietà in capo al Comune, lo stesso non può demolire più il manufatto e deve rimborsare all'Amministrazione procedente le spese sostenute per effettuare la demolizione d'ufficio, salva la possibilità che sia la P.A. a consentire al privato di porre in essere la

[15] Secondo tale pronuncia le opere interessate dall'acquisizione non dovrebbero essere soltanto quelle caratterizzata dall'abuso e fermo restando il limite del decuplo dell'abuso, ma anche atto ciò che , oltre all'area di sedie, è necessario per rendere eseguibile l'ordine di demolizione e, dunque, la completa *restitutio in integrum* dello stato dei luoghi.

ISSN 2036-7821

demolizione anche in seguito[16] e ferma restando l'eventuale ed eccezionale ipotesi di acquisizione al patrimonio per ritenzione dello stesso in quanto da destinare a finalità pubblicistiche.

L'ordinamento incentiva l'autore dell'illecito[17] a rimuovere le conseguenze materiali dell'illecito in cambio dl mantenimento del suo diritto reale in virtù della tempestiva (od anche tardiva, a seguito della dispositiva volontà della P.A. procedente)

[16] La questione sottoposta all'Adunanza Plenaria deriva dalla rimessione da parte della VI sezione del Consiglio di Stato che, con ordinanza n. 3974 del 19.04.2023, aveva sottoposto all'attenzione del supremo consesso di giustizia amministrativa le seguenti questioni di diritto: "*se, e in che limiti, l'inottemperanza alla ingiunzione di demolizione adottata ai sensi dell'art. 32, comma 3, del d.P.R. 380 del 2001, abbia effetti traslativi automatici che si verificano alla scadenza del termine di novanta giorni assegnato al privato per la demolizione; 2) se l'art. 31, comma 4-bis, del d.P.R. 380 del 2001 sanzioni l'illecito costituito dall'abuso edilizio o, invece, un illecito autonomo di natura omissiva, id est, l'inottemperanza alla ingiunzione di demolizione; 3) se l'inottemperanza all'ordine di demolizione configuri un illecito permanente ovvero un illecito istantaneo ad effetti eventualmente permanenti; 4) se la sanzione di cui all'art. 31 comma 4-bis del d.P.R. 380 del 2001 possa essere irrogata nei confronti di soggetti che hanno ricevuto la notifica dell'ordinanza di demolizione prima dell'entrata in vigore della l. n. 164 del 2014, quando il termine di novanta giorni, di cui all'art. 31, comma 3, risulti a tale data già scaduto e detti soggetti più non possano demolire un bene non più loro, sempre sul presupposto che a tale data la perdita della proprietà in favore del comune costituisce un effetto del tutto automatico*".

La stessa traeva origine dall'impugnazione di un provvedimento emesso dal Comune di Massa Lubrense ed avente ad oggetto l'accertamento dell'inottemperanza ad un'ordinanza di demolizione, con conseguente acquisizione al patrimonio comunale delle opere abusive e contestuale erogazione della sanzione pecuniaria ex art. 31, comma 4, bis del D.P.R. n. 380/2001.

Con la sentenza di primo grado il TAR respingeva il ricorso per le seguenti motivazioni. Relativamente al primo motivo di ricorso, il TAR rilevava che l'inottemperanza all'ordinanza di demolizione deve essere considerata alla stregua di un illecito permanente, in quanto lo scadere del termine di novanta giorni non comporta, per il destinatario dell'ordine, il venir meno dell'obbligo di rimuovere le opere. Essendo la rimozione possibile anche successivamente a tale scadenza, la condotta omissiva del privato passibile di sanzione si protrae fino alla rimozione della situazione di illiceità, con conseguente applicabilità di tutte le norme entrate in vigore nel periodo di permanenza della condotta illecita. Nel caso di specie, pertanto, non si sarebbe configurata una ipotesi di applicazione retroattiva dell'art 31, comma 4 bis, posto che la condotta da sanzionare avrebbe continuato a perpetuarsi anche dopo l'entrata in vigore della disposizione che ha introdotto la sanzione pecuniaria. Con rifermento al secondo motivo di ricorso, il TAR affermava che la sanzione demolitoria ha natura oggettiva e reale e che pertanto il proprietario ne subisce gli effetti a prescindere dall'accertamento di eventuali profili di responsabilità in capo ad altri soggetti terzi.

Avverso tale pronuncia veniva proposto appello dinanzi al Consiglio di Stato, eccependo che l'abuso costituisce un illecito istantaneo e non permanente, in considerazione del fatto che è ormai principio pacifico quello secondo cui, allo scadere del termine di novanta giorni per ottemperare, il bene passa automaticamente nella proprietà dell'Ente comunale, con la conseguenza che il privato responsabile non può più adempiere all'ordine di demolizione. Conseguentemente, sarebbe stata da ritenersi illegittima anche la sanzione comminata dall'Ente, tenuto conto dell'erronea interpretazione sopra richiamata della normativa di settore. Con riferimento a tali questioni, la sesta sezione del Consiglio di Stato ha emesso ordinanza di rimessione ex art. 99 c.p.a. all'Adunanza Plenaria, essendosi registrato un contrasto circa la natura dell'illecito sanzionato, destinato a riflettersi anche sulla questione temporale dell'applicazione della normativa di cui alla sanzione amministrativa.

[17] Tale principio vale anche per il titolare del diritto di proprietà sul bene, nonostante non sia l'autore materiale dell'illecito. Sul punto si precisa che, essendo la sanzione dell'ordine di demolizione una sanzione di natura reale, la stessa prescinde dalla responsabilità del proprietario e/o dell'occupante l'immobile, dovendo essa essere emanata anche nei confronti di chi non abbia materialmente commesso la violazione, ma si trovi nel possesso dell'immobile al momento dell'emanazione dell'ordinanza di demolizione. E tanto al fine di consentire la restaurazione dell'ordine giuridico violato, nell'ottica della novazione soggettiva cumulativa dell'obbligo propter rem di demolire il bene che si affianca alla novazione oggettiva in caso di violazione dell'ordine di demolizione.

ISSN 2036-7821

esecuzione dell'ordinanza di demolizione. In caso di mancato adempimento all'ordine di esecuzione, dunque, l'Amministrazione procedente accerta che è stato acquisito *ex lege* al patrimonio comunale il bene oggetto dell'ordinanza stessa e procede alla trascrizione di tale trasferimento di proprietà al fine di rendere pubblico nei rapporti con i terzi tale evento. Conseguenza, questa, che costituisce, in uno all'ordinanza di demolizione, una sanzione in reazione al duplice illecito di aver eseguito un'opera abusiva e di aver disatteso all'obbligo di demolizione della stessa[18].

Effetto diretto ed immediato dell'acquisizione al patrimonio dell'immobile abusivo da parte dell'Ente comunale è la caducazione, unitamente al precedente diritto dominicale, di eventuali ipoteche, pesi e vincoli, indipendentemente dall'anteriorità della trascrizione degli stessi. E' dall'accertamento dell'inottemperanza all'ordine di demolizione - che costituisce titolo per l'immissione in possesso e per la trascrizione del diritto di proprietà[19] - che si determina il venir meno di qualsivoglia diritto vantato da terzi sul bene acquisito in virtù della sopra citata novazione oggettiva dell'obbligo di demolire in capo all'autore dell'illecito, che si trasforma nell'obbligo di restituire all'Amministrazione procedente tutte le spese sostenute per la demolizione del bene abusivo[20]. Quanto sopra troverebbe, peraltro, giustificazione nella lettura dell'illecito quale illecito con effetti permanenti, lesivo dei valori portati dagli artt. 9, 41, 42 e 117 Cost. nel corso del tempo e sino al ripristino della legittimità violata che, peraltro, subisce a seguito del decorso del termine per demolire anche un mutamento dal lato soggettivo, oltre che (eventualmente ed eccezionalmente) oggettivo.

5. La questione sollevata dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite Civili: quid accidit al diritto del creditore pignorante?

[18] La ordinanza di demolizione ha natura riparatoria; l'acquisizione al patrimonio ha natura afflittiva.

[19] Secondo diversa lettura, l'acquisto del bene in proprietà da parte dell'Amministrazione avviene ope legis, avendo l'accertamento dell'inottemperanza all'ordine di demolizione unicamente natura dichiarativa. V. sul punto, Cons. giust. Ammin. sic., sez. giur., 15.09.2023 n. 569 secondo cui "*la legge finisce pur sempre per prevedere, come necessario, lo svolgimento di un'attività amministrativa, poiché occorre un atto di "accertamento dell'inottemperanza" (art. 31, comma 4), così come occorre accertare la precisa estensione dell'"area acquisita", atteso che essa "non può comunque essere superiore a dieci volte la complessiva superficie utile abusivamente costruita* […] *risulta evidente come - alla tregua dell'interpretazione sistematica che sembra imporre all'interprete la sostituzione del preteso rigorismo con l'ineludibile coerenza sistematica dell'ordinamento nel suo complesso - il dettato dell'inciso "sono acquisiti di diritto" subisca un inevitabile depotenziamento alla luce dei prefetti principi, rimanendo soltanto, ad orpello ormai di carattere più che altro formale, quella persistente affermazione del carattere dichiarativo degli atti* […] *in sostanza, la suddetta formula non può più essere intesa in senso meramente letterale, ma deve essere ambientata e piegata alla logica del sistema pubblicistico e del giusto procedimento sanzionatorio di matrice anche sovranazionale* […] *decisiva è in tal senso la valorizzazione delle vicende successive allo spirare dei termini assegnati per demolire come naturale conseguenza appunto dell'intrinseca natura sanzionatoria dell'acquisizione*". Cfr. anche Cons. Stato, sez. II, 20.01.2023 n. 714; Cons. giust. Ammin. sic., sez. riun., 10.01.2023 n. 70; TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 23.02.2023 n. 590.

[20] V. anche Cons. Stato, sez. VII, 08.03.2023 n. 2459.

ISSN 2036-7821

I principi sopra evidenziati, ormai consolidati nella giurisprudenza ordinaria ed amministrativa, seppur con qualche discrasia in merito all'atto e/o al tempo del consolidamento del diritto di proprietà in capo all'Amministrazione procedente, sono stati sottoposti ad una nuova ed attenta analisi da parte delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che, nella sede dell'ordinanza interlocutoria in commento, si è premurata di affrontare la questione dell'acquisizione al patrimonio comunale non nell'ottica della P.A. procedente, nè nell'ottica del titolare dell'immobile e/o autore dell'abuso, ma piuttosto del terzo estraneo alla vicenda abusiva che, tuttavia, ha confidato nella garanzia dell'immobile per soddisfare un proprio credito.

Partendo dal principio secondo cui, alla stessa stregua del perimento del bene, l'acquisizione al patrimonio comunale dell'immobile abusivo determina un c.d. ferimento giuridico dell stesso e, dunque, l'estinzione di qualsivoglia garanzia anche preesistente, e tenuto conto dell'evoluzione della giurisprudenza CEDU che, invece, tutela la posizione del proprietario e/o dei titolari di diritti reali e/o patrimoniali sui beni, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sono state indotte a sollevare questione di costituzionalità relativamente alla normativa di settore che, di fatto, non tutela la posizione del terzo creditore.

Sul punto, tuttavia, è bene precisare che la Corte di Cassazione a Sezioni Unite condivide pienamente l'assunto secondo cui l'acquisto al patrimonio comunale costituisce un acquisto a titolo originario del bene illegittimamente costruito. L'Amministrazione procedente acquista "d'imperio" il bene senza il riconoscimento di alcunché nei confronti del precedente titolare (come accadrebbe, invece, in caso di procedura espropriativa) e ciò sul presupposto che l'acquisto del bene, avvenendo a titolo originario, prescinde integralmente da ogni precedente riconoscimento e/o attribuzione. Conseguentemente, in virtù del configurarsi di una nuova situazione giuridica soggettiva, inevitabilmente si determina il venir meno dei diritti di garanzia che esistevano sul bene, a prescindere dal momento in cui sia avvenuta l'acquisizione al patrimonio comunale del bene in questione. E' come se il bene, venuto a perimento, rinascesse nella sfera giuridica di un altro soggetto, dimenticando completamente il suo passato.

Arrivata a tali conclusioni, la Corte di Cassazione - nell'ottica di risolvere la problematica del terzo creditore che vedrebbe lesi i propri diritti nel caso di caducazione automatica del diritto di proprietà in capo all'espropriato - prospetta due soluzioni: 1) incentivare il terzo creditore a far valere il proprio diritto di credito sulla parte di bene che andrebbe ad eccedere il decuplo dell'area acquisibile all'immobile destinatario dell'ordinanza di demolizione ai fini dell'acquisizione al patrimonio comunale. Soluzione, questa, non praticabile ove oggetto dell'acquisizione sia l'intero immobile e, comunque, non satisfattiva della posizione del creditore che vedrebbe, di fatto, ridimensionata in modo vertiginoso la propria

ISSN 2036-7821

garanzia; 2) garantire al terzo un risarcimento del danno per il venir meno della garanzia. In tal caso, tuttavia, non sarebbe facilmente individuabile il soggetto responsabile cui rivolgere la domanda risarcitoria.

6. Conclusioni.

Alla luce del percorso interpretativo in materia svolto dalla giurisprudenza e dalla dottrina, nonchè dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite nell'ordinanza interlocutoria e delle osservazioni sin qui formulate in merito alla questione oggetto del presente lavoro, appare evidente trarre le seguenti conclusioni.

Partendo dal principio affermato dalla giurisprudenza della Corte EDU nella vicenda relativa alla confisca nel reato di lottizzazione abusiva[21] secondo cui la confisca non può aver luogo in danno del proprietario incolpevole o del terzo che vanti diritti sul bene, senza che questi siano stati messi nelle condizioni di difendersi, a mezzo di partecipazione al procedimento, la Corte - pur richiamando tale orientamento - si intimidisce di fronte ad una pur paventata applicazione estensiva dello stesso, in ragione della nozione allargata di tutela del bene di cui all'art. 1 del Protocollo addizionale della CEDU e sul presupposto che, nella specie, la perdita del bene a seguito dell'acquisizione al patrimonio comunale avviene senza la prova di una cooperazione del creditore ipotecario nell'attività illecita di costruzione del bene immobile abusivo ed al procedimento amministrativo concluso con il provvedimento acquisitivo nel quale lo stesso non è stato messo nelle condizioni di partecipare[22]. La limitazione al diritto del creditore di agire in via esecutiva per la tutela dei propri diritti deve essere, invece, eccezionale; eccezionalità che, in quanto tale, deve ritenersi circoscritta e limitata nel tempo, in difetto di tali elementi costituendo la limitazione una vera e propria lesione del diritto di difesa e di azione del creditore stesso[23]. In merito, si richiama l'attenzione anche sulla pronuncia della Corte Costituzionale n. 5/2023 nella quale è stato ribadito il principio secondo cui 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.

---

[21] V. le seguenti pronunce: 1) sentenza 20.01.2009 - Causa Sud Fondi e altri c/ Italia; 2) sentenza 29.10.2013 - Varvara c/ Italia; 3) sentenza 28.06.2018 - G.I.E.M.

[22] Si tenga presente, in merito, il principio secondo cui l'azione esecutiva è un fattore complementare e necessario dell'effettività della tutela giurisdizionale, in quanto consente al creditore di soddisfare la propria presa anche in mancanza di spontaneo adempimento da parte del debitore.

[23] Si consideri, sul punto, anche Cass. n. 26/2019 che, in tema di confisca di beni della criminalità organizzata afferma il principio secondo cui anche in tal caso di registra il sacrificio del creditore procedente che abbia acquisito il proprio diritto confidando, in buona fede, nel futuro adempimento da parte del debitore, di fronte alle condizioni ritenute idonee ad evitare condotte collusive ai sensi dell'art. 52 del D.lgs. n. 159/2011 che appare, di fatto, una restrizione sproporzionata, in quanto eccessiva rispetto allo scopo antielusivo perseguito. Il tutto, in violazione dell'art. 3 Cost.

ISSN 2036-7821

Muovendo da tali presupposti e non essendo le due strade interpretative percorse dall'organo remittente risultate soddisfacenti[24], la Corte di Cassazione ha ritenuto di dover sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 31 del D.P.R. n. 380/2001 e ss.mm.ii., nella parte in cui non prevede - in caso di iscrizione di ipoteca giudiziale sul terreno sul quale è stato costruito un immobile abusivo, gratuitamente acquisito al patrimonio comunale - la permanenza di una garanzia a tutela del creditore ipotecario. Il tutto, per soddisfare l'esigenza del giusto equilibrio tra la tutela degli interessi della collettività e la salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo, nella specie consistenti nelle aspettative creditorie, nell'ottica di effettiva proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo prefigurato.
In tale scenario di generalizzata incertezza, quel che è certo è che il quadro normativo e fattuale che la Corte Costituzionale si troverà nei prossimi mesi a scrutare, interpretare e sviscerare, non è di facile soluzione, nell'intreccio di fin troppe posizioni giuridiche soggettive da tutelare e nella dimenticanza - forse forzata - della prevalenza dell'interesse pubblico sull'interesse privato.
Ai giudici costituzionali l'ardua sentenza!

[24] Secondo un primo orientamento, l'atto di acquisizione al patrimonio comunale costituirebbe l'acquisto unicamente del diritto di proprietà superficiaria; interpretazione, questa, in netto contrasto col dettato normativo chiaro nell'affermare che l'acquisizione dell'immobile abusivo avviene unitamente all'area di sedime.
Secondo un secondo orientamento, il creditore potrebbe coltivare l'esecuzione forzata al fine di pervenire ad una vendita sottoposta alla condizione sospensiva dell'assunzione dell'obbligo di demolire l'abuso o della presentazione di una domanda di sanatoria. Interpretazione, questa, non condivisibile alla luce della natura di acquisto a titolo originario del bene abusivo che non consente la sopravvivenza di alcun diritto altrui, oltre che in considerazione che la scelta di demolire o meno l'immobile, a seguito dell'inottemperanza all'ordine di demolizione, spetta unicamente al Comune.

ISSN 2036-7821