

PUBBLICAZIONE BIMESTRALE ANNO XXX
N. 2 MARZO-APRILE 2014

Contratto e impresa

Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale

Rivista fondata da Francesco Galgano

- Dialogo con la Cassazione
- Acquisti a titolo originario e garanzie
- Rappresentatività sindacale
- *Crowdfunding* e mercato creditizio
- Aumenti di capitale nei risanamenti d'azienda
- Colpa oggettiva e causalità
- Obbligazioni solidali a interesse unisoggettivo
- Contratti
 - novazione causale;
 - transazione e contratti asimmetrici;
 - rent to buy, buy to rent*;
 - patto di famiglia e pattuizioni accessorie;
- Diritto e letteratura

www.edicolaprofessionale.com/CI

 Wolters Kluwer
Italia

CEDAM

Contratto e impresa

Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale
Rivista fondata da Francesco Galgano

2

trentesimo anno

- Dialogo con la Cassazione
- Acquisti a titolo originario e garanzie
- Rappresentatività sindacale
- *Crowdfunding* e mercato creditizio
- Aumenti di capitale nei risanamenti d'azienda
- Colpa oggettiva e causalità
- Obbligazioni solidali a interesse unisoggettivo
- Contratti
 - novazione causale
 - transazione e contratti asimmetrici
 - rent to buy, buy to rent*
 - patto di famiglia e pattuizioni accessorie
- Diritto e letteratura

2014

 Wolters Kluwer
Italia

CEDAM

Acquisti a titolo originario e conflitti con diritti reali di garanzia

1. - *L'usucapione del bene ipotecato e pignorato in data anteriore al compimento dell'acquisto a titolo originario*

Come è noto, l'usucapione è un modo di acquisto della proprietà a titolo originario con la conseguenza che una volta accertata e dichiarata estingue tutte le ipoteche iscritte o rinnovate a nome del precedente proprietario, quantunque non ancora perente, e tale effetto estintivo è da ricondursi non già ad una presunta *usucapio libertatis* ⁽¹⁾, bensì all'efficacia retroattiva dell'usucapione stessa ⁽²⁾.

Orbene, se il bene potenzialmente oggetto di usucapione è stato pignorato da parte del creditore ipotecario in data anteriore al compimento dell'acquisto a titolo originario per usucapione, il terzo che intende far valere l'acquisto per usucapione del bene pignorato è legittimato, nel corso dell'espropriazione forzata immobiliare, a proporre opposizione all'esecuzione ai sensi dell'art. 619 c.p.c., a nulla rilevando che l'acquisto sia intervenuto dopo il pignoramento o non risulti giudizialmente accertato, essendo ancora pendente il giudizio di accertamento della fattispecie acquisitiva ⁽³⁾.

L'opposizione di terzo ex art. 619 c.p.c. legittima il terzo a far valere la proprietà o altro diritto reale sul bene pignorato senza esigere che tali situazioni siano state giudizialmente accertate, con la conseguenza che lo stesso terzo le può far ben valere rispetto ad un bene che assuma di aver già acquistato al momento dell'opposizione per effetto di usucapione, non incidendo, a sua volta, su tale acquisto l'esecuzione del pignoramento immobiliare e potendo, quindi, il termine ventennale utile a consolidarlo venire a maturazione anche successivamente al pignoramento medesimo ⁽⁴⁾.

Per il disposto dell'art. 1165 c.c. l'applicabilità alla prescrizione acquisitiva delle disposizioni relative alla sospensione ed alla interruzione della prescrizione estintiva ha come limite la compatibilità di tali disposizioni

⁽¹⁾ Cfr. CICU, *L'usucapio libertatis nel progetto del nuovo codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1940, p. 307 ss.; SANTORO PASSARELLI, *Possesso della cosa come libera. Usucapione*, in *Riv. dir. civ.*, 1941, I, p. 45 ss.; MONTEL-SERTORIO, voce *Usucapione (diritto vigente)*, in *Noviss. dig. it.*, XX, Torino, p. 303 ss.; MENGONI, *Acquisti a non domino*, Milano, 1994, p. 135 ss.; GALGANO, *Trattato di diritto civile*, I, Padova, 2010, p. 457 ss.

⁽²⁾ Cfr. Cass., sez. II, 28 giugno 2000, n. 8792.

⁽³⁾ Cfr. Cass., sez. III, 25 maggio 2010, n. 12790.

⁽⁴⁾ Cfr. Cass., sez. III, 30 dicembre 2009, n. 27668.

con la peculiare natura dell'istituto; ne discende che ai fini dell'interruzione del decorso del termine utile per l'usucapione sono inidonei quegli atti dispositivi del proprietario che non siano diretti al recupero del possesso, tanto nel caso in cui siano del tutto ignorati dal possessore, quanto nel caso in cui gli siano a qualsiasi titolo notificati o comunicati; pertanto nessuna rilevanza possono assumere ai fini della decisione sulla domanda di accertamento dell'avvenuta usucapione gli atti di costituzione di ipoteche compiuti dal proprietario del bene, non comportando questi alcun trasferimento dello *ius possessionis* che il possessore continua ad esercitare, né può riconoscersi effetto interruttivo al processo di esecuzione promosso dai creditori nei confronti del proprietario del bene, restando escluso che il decreto di aggiudicazione emesso in questa sede possa prevalere sull'usucapione maturata in favore del possessore ⁽⁵⁾.

Ne deriva che è ammissibile e deve essere esaminata nel merito l'opposizione proposta, ai sensi dell'art. 615 c.p.c., avverso l'esecuzione iniziata in base a decreto di trasferimento immobiliare, adottato in virtù dell'art. 586 c.p.c. a seguito di vendita forzata, quando l'opponente, nei cui confronti sia esercitata la pretesa esecutiva e chiesto il rilascio e che non si identifichi con il soggetto che ha subito l'espropriazione, si afferma proprietario del bene immobile oggetto del suddetto decreto in base ad acquisto fattone per usucapione verificatosi anteriormente all'emissione del decreto di trasferimento in danno dell'espropriato ⁽⁶⁾.

Ne consegue che il creditore ipotecario, nel caso in cui sia stata pronunciata una sentenza di usucapione, a sua volta, è legittimato a proporre autonoma opposizione di terzo ordinaria ex art. 404 c.p.c., dal momento che la pronuncia resa *inter alios* ha quale effetto riflesso la perdita del proprio diritto, autonomo ed incompatibile con l'accertamento retroattivo della proprietà, effetto caratteristico della sentenza di usucapione.

L'effetto purgativo dell'usucapione, al quale si accompagna la c.d. *usucapio libertatis*, è in grado di pregiudicare i creditori che hanno iscritto ipoteca o trascritto il pignoramento sul bene oggetto dell'usucapione anteriormente alla proposizione della domanda, promossa per far accertare l'intervenuto acquisto a titolo originario; in considerazione di tale pregiudizio a costoro è dato esperire l'opposizione di terzo revocatoria laddove la sentenza di usucapione sia frutto di un accordo doloso mirato ad aggirare le regole che presiedono l'opponibilità dei titoli negoziali rispetto alle ragioni creditorie; non è invece in tal caso proponibile l'opposizione ordinaria ex art. 404, 1° comma, c.p.c., riservata a soggetti terzi, tra i quali non possono

⁽⁵⁾ Cfr. Cass., sez. II, 14 novembre 2000, n. 14733.

⁽⁶⁾ Cfr. Cass., sez. III, 8 agosto 2009, n. 10609.

ricomprendersi i creditori ipotecari o pignorati, in quanto aventi causa a titolo derivativo-costitutivo ⁽⁷⁾.

2. - *La confisca del bene ipotecato e l'estinzione dell'ipoteca trascritta prima della confisca*

La normativa sulle misure di prevenzione patrimoniali antimafia sanziona con la confisca la illecita accumulazione di ricchezza proveniente dalle attività criminali mafiose ⁽⁸⁾.

In dottrina e in giurisprudenza si è posto il problema relativo ai rapporti tra la confisca disposta dal giudice di prevenzione e l'ipoteca iscritta anteriormente all'instaurazione del procedimento o comunque al sequestro del bene, nonché in particolare i problemi relativi alla qualificazione della natura - originaria o derivativa - del titolo di acquisto dello Stato, alla tutela del terzo, alla ripartizione dell'onere probatorio in ordine alla sua buona fede, all'individuazione del giudice competente ed alle conseguenze derivanti dal mancato intervento del terzo nel procedimento di prevenzione, anche in considerazione dell'evoluzione normativa e delle previsioni del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (Nuovo Codice Antimafia).

La giurisprudenza di merito ha affermato la prevalenza del diritto di ipoteca iscritto anteriormente al sequestro ed alla confisca, quali misure di prevenzione, indipendentemente dall'accertamento relativo al creditore garantito; e ciò per la pura e semplice anteriorità dell'iscrizione ipotecaria, alla luce dei principi accolti dal codice civile italiano in materia di ipoteca (artt. 2808, 2878, 2913 c.c.) ⁽⁹⁾.

Al riguardo si potrebbe obiettare che la disciplina codicistica in materia di ipoteca andrebbe necessariamente coordinata con la disciplina previ-

⁽⁷⁾ Cfr. Trib. Arezzo-S. Sepolcro, 4 febbraio 2009 e Trib. Rimini, 5 agosto 2009, entrambi in *Riv. esecuzione forzata*, 2010, 553 ss., con nota di VANZ. Al riguardo non sono mancati autori che hanno ritenuto che la domanda di usucapione è opponibile al creditore pignorante, con l'opposizione di terzo ai sensi dell'art. 619 c.p.c., solo se trascritta antecedentemente al pignoramento ai sensi dell'art. 2915 c.c. (cfr. ANDREOZZI, *Usucapione, trascrizione e vendita forzata*, in *Riv. esecuzione forzata*, 2010, 2134 ss.).

⁽⁸⁾ Cfr. MAZZAMUTO, *Gli aspetti civilistici della confisca dei beni alla criminalità organizzata*, in *Contratto e impresa*, 2012, 1387 ss.; A. RICCIO, *Diritto di proprietà e circolazione della ricchezza*, in *I diritti fondamentali nell'Unione Europea. La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di Gianniti, in *Comm. del codice civile Scialoja-Branca-Galgano*, diretto da De Nova, Bologna-Roma, 2013, 1115 ss.

⁽⁹⁾ Cfr. Trib. Roma, 21 luglio 2008, n. 15768, inedita, la quale ha legato la prevalenza dell'ipoteca sulla confisca esclusivamente al dato temporale dell'iscrizione ipotecaria rispetto alla misura di prevenzione.

sta in materia di misure di prevenzione antimafia, in modo tale da assicurare, da un lato, l'effettivo raggiungimento dello scopo voluto dalla misura di prevenzione della confisca – che è quello di eliminare dal mercato un bene di provenienza illecita destinandolo ad iniziative di interesse pubblico –; dall'altro, tutelare i titolari di diritti di garanzia sul bene che abbiano fatto affidamento, in buona fede, sulla situazione del debitore, e che, come tali, non possono vedere pregiudicata la propria situazione patrimoniale ⁽¹⁰⁾.

La questione spesso sottoposta ai giudici di merito concerne la pignorabilità o meno dell'immobile acquisito per effetto della confisca al patrimonio indisponibile dello Stato ai sensi della normativa antimafia, da parte dei terzi titolari di un diritto di garanzia sull'immobile, iscritto anteriormente ai provvedimenti di sequestro e di confisca adottati dal tribunale per le misure di prevenzione.

Ci si chiede al riguardo se per la tutela dei creditori ipotecari sia sufficiente la prova della anteriorità dell'iscrizione dell'ipoteca rispetto al provvedimento di sequestro o di confisca, ovvero se sia altresì necessaria la dimostrazione della loro buona fede, tra l'altro dinnanzi alla competenza del tribunale per le misure di prevenzione.

Il tema della prevalenza dell'ipoteca iscritta anteriormente al sequestro ed alla confisca preventiva penale è stato esaminato, sia dalla giurisprudenza penale, sia da quella civile della Corte di cassazione. Ma i risultati cui si è giunti divergono sensibilmente.

I punti critici riguardano due questioni con i relativi corollari: a) se e a quali condizioni il diritto reale di garanzia del terzo prevalga sulla confisca; b) quale sia il giudice competente e il relativo procedimento per risolvere tale conflitto.

La giurisprudenza penale è, da tempo, consolidata sul principio per il quale, in tema di confisca, quale misura di prevenzione patrimoniale, sussiste a carico del terzo – titolare di un diritto reale di garanzia sul bene oggetto del provvedimento di confisca di prevenzione – l'onere di dimostrare di avere positivamente adempiuto con diligenza agli obblighi di informazione e di accertamento e, quindi, di avere maturato un affidamento incolpevole, sulla base di una situazione di oggettiva apparenza, relativamente alla effettiva posizione del soggetto nei cui confronti si acquisisce il diritto di garanzia.

A tal fine la giurisprudenza penale, riportandosi alla sentenza della Corte costituzionale che ha dichiarato infondata la questione di legittimità della L. 31 maggio 1965, n. 575, art. 3 *quinquies*, comma 2, – nella parte in cui consente che il provvedimento di confisca dei beni possa riflettersi su

⁽¹⁰⁾ Cfr. Cass., pen., 14 gennaio 2009, n. 2501; Cass., pen., 13 novembre 2008, n. 43715.

soggetti per i quali non ricorrano i presupposti per l'immediata applicazione di una misura di prevenzione personale - ha sostenuto che è la situazione di sostanziale incolpevolezza a segnare il limite della confisca, aggiungendo che una simile condizione soggettiva, su cui è fondata la tutela del terzo in buona fede, non ricorre nei confronti di chi, pur non essendo assoggettabile a provvedimenti di prevenzione, pone in essere attività agevolative che determinano obiettiva commistione di interessi tra attività di impresa ed attività mafiosa ⁽¹¹⁾.

È stato anche chiarito - sempre in sede penale - che dal coordinamento delle norme civilistiche che regolano l'ipoteca ed il diritto potestativo ad essa inerente, comunemente qualificato come *ius distrahendi*, con la disciplina della misura di prevenzione patrimoniale, prevista quale mezzo di repressione dell'illecita accumulazione di capitali da parte di indiziati di appartenenza ad associazioni mafiose, possa trarsi un preciso dato normativo: quello per cui ai fini dell'opponibilità del diritto di garanzia reale non è sufficiente che l'ipoteca sia stata costituita, mediante iscrizione nei pubblici registri immobiliari, anteriormente alla trascrizione del sequestro ex l. n. 575 del 1965, ex art. 2 *ter* (ed a maggiore ragione del provvedimento di confisca), ma è, altresì, richiesta l'inderogabile condizione che il creditore ipotecario si sia trovato in una situazione di buona fede e di affidamento incolpevole, dovendo individuarsi in quest'ultimo requisito la base giustificativa della tutela del terzo di fronte al provvedimento autoritativo di confisca, adottato dal giudice della prevenzione a norma della legislazione antimafia.

Quanto all'onere probatorio, la stessa giurisprudenza penale ⁽¹²⁾, nel rilevare la sostanziale identità finalistica fra il sistema della l. n. 575 del 1965 e quello relativo alla confisca, quale misura di sicurezza applicabile per il delitto di usura, ha affermato che, anche nel caso della confisca preventiva penale, sono i terzi che vantano diritti reali a dovere provare i fatti costitutivi della pretesa fatta valere sulla cosa confiscata; prova che deve essere fornita davanti al giudice della misura di prevenzione in sede di incidente di esecuzione ⁽¹³⁾.

E ciò perché proprio a tali soggetti incombe l'onere di provare tutti gli elementi che concorrono ad integrare le condizioni di appartenenza e di estraneità al reato, dalle quali dipende l'operatività della situazione impeditiva o limitativa del potere di confisca esercitato dallo Stato e, di riflesso, la sopravvivenza del loro diritto.

⁽¹¹⁾ Cfr. Corte cost., 20 novembre 1995, n. 487; Corte cost., 10 gennaio 1997, n. 1.

⁽¹²⁾ Cfr. Cass., pen., sez. un., 28 aprile 1999, n. 9; Cass., pen., 21 novembre 2007 n. 45572; Cass., pen., 16 giugno 2009, n. 3264.

⁽¹³⁾ Cfr. Cass., pen., 18 marzo 2008 n. 16709.

Di qui l'affermazione che, nell'analogia ipotesi della confisca, quale misura di prevenzione patrimoniale antimafia, ai terzi spetta di provare, sia l'effettiva titolarità dello *ius in re aliena* - il cui titolo deve essere costituito da un atto di data certa anteriore al sequestro funzionale alla confisca -, sia la mancanza di qualsiasi collegamento del proprio diritto con l'attività illecita del proposto, indiziato di mafia, derivante da condotte di agevolazione o di fiancheggiamento.

Ciò significa che l'onere probatorio, a carico del terzo, ha ad oggetto la dimostrazione del suo affidamento incolpevole, ingenerato da una situazione di oggettiva apparenza che rende scusabile l'eventuale ignoranza o il difetto di diligenza.

Corollario di quanto si è fin qui evidenziato è che - secondo l'indirizzo della giurisprudenza penale - l'onere probatorio gravante sul terzo creditore non può ritenersi assolto mediante la prova della insussistenza di un comportamento dolosamente omissivo, essendo invece esistente, a suo carico, il dovere della dimostrazione di avere positivamente adempiuto con diligenza agli obblighi di informazione e di accertamento sulla effettiva posizione del soggetto nei cui confronti si acquisisce il diritto di garanzia, a fronte di una misura patrimoniale di prevenzione.

La giurisprudenza penale ha affermato che la tutela accordata dalla legge ai terzi in buona fede, aventi un diritto reale sulla cosa oggetto di confisca in materia di prevenzione ⁽¹⁴⁾, non si estende a coloro che sono titolari di un diritto all'acquisto del bene gravato derivante da un contratto preliminare di vendita ⁽¹⁵⁾.

Ciò coinvolge, sotto il profilo civilistico, ulteriori problemi interpretativi in relazione alla natura ed agli effetti del contratto preliminare di vendita.

In sede civile, salvo casi rimasti isolati ⁽¹⁶⁾, la questione in esame è diversamente risolta.

⁽¹⁴⁾ In relazione al diritto reale di garanzia di v. Cass., 29 aprile 2010, n. 29378, in *Foro it.*, II, 158; in relazione al diritto reale di godimento si v. Trib. Napoli, 17 aprile 2008, in *Merito extra*, 2011, 43.1.

⁽¹⁵⁾ Cfr. Cass., pen., 13 febbraio 2006, n. 17558, in *Cass. pen.*, 2008, 3019, con nota di MOLINARI.

⁽¹⁶⁾ Cfr. Cass., 12 novembre 1999, n. 12535, la quale ha statuito che "l'esigenza di non vanificare l'intervento sanzionatorio dello Stato induce a dubitare e quindi ad escludere che l'accertamento della legittimità del diritto di sequela vantato dal terzo creditore privilegiato possa consistere nel mero controllo della data di iscrizione della formalità ipotecaria e nell'astratta verifica dell'esistenza di un credito, in quanto l'accertamento del diritto del terzo impone un'indagine più estesa ed approfondita che, per intuibili ragioni, può essere svolta solo dal giudice penale, con garanzia del contraddittorio, in sede di procedimento di esecuzione".

La giurisprudenza civile della Corte di legittimità, infatti, è attestata sul principio per il quale il provvedimento di confisca, pronunciato ai sensi dell'art. 2 *ter* della legge 575 del 1965 nei confronti di un indiziato di appartenenza a consorteria mafiosa, camorristica o similare, non può pregiudicare i diritti reali di garanzia costituiti sui beni oggetto del provvedimento ablativo, in epoca anteriore all'instaurazione del procedimento di prevenzione, in favore di terzi estranei ai fatti che abbiano dato luogo al procedimento medesimo, senza che possa farsi distinzione in punto di competenza del giudice adito, tra giudice penale e giudice civile, essendo il diritto reale limitato *de quo* un diritto che si estingue per le sole cause indicate dall'art. 2878 c.c. ⁽¹⁷⁾.

La Cassazione ha ritenuto che la medesima tutela davanti al giudice civile, a maggiore ragione, vada riconosciuta anche all'aggiudicatario - acquirente di un bene in sede di procedura esecutiva forzata immobiliare - la cui posizione, altrimenti sarebbe, senza fondato motivo, irrimediabilmente compromessa.

In definitiva la Cassazione civile ha affermato la natura dell'acquisto a titolo derivativo in favore dello Stato per effetto della confisca, posto che la confisca non prescinde dal rapporto già esistente tra il bene ed il precedente titolare, con la conseguente prevalenza della iscrizione ipotecaria sul successivo sequestro, senza prendere posizione in ordine alla competenza civile o penale, e concludendo per l'applicazione dell'art. 2878 c.c. in base al quale il diritto reale di garanzia si estingue per le sole cause ivi indicate ⁽¹⁸⁾.

In alcuni casi, peraltro, si è detto che il coordinamento tra il giudizio di espropriazione immobiliare e quello di prevenzione, deve risolversi con affievolimento dell'ipoteca, poiché questa, di fronte ai beni confiscati secondo la legislazione antimafia, rimane inoperante, poiché viene meno il diritto di espropriare che ne costituisce il necessario contenuto; il che equivale non all'estinzione, ma alla quiescenza dell'ipoteca stessa.

In questo scenario si richiama una pronuncia emessa in una fattispecie di costruzione eseguita in totale difformità o assenza della concessione, emessa dal Sindaco ai sensi dell'art. 7 della legge n. 47 del 1985, la quale ha ritenuto il perimento del bene - al quale consegue l'estinzione dell'ipoteca ai sensi dell'art. 2878 n. 4 c.c. - a seguito della acquisizione del bene al patrimonio indisponibile del Comune, che si connota per la duplice funzione di sanzionare comportamenti illeciti e di prevenire perduranti effetti dannosi di essi, dando luogo ad acquisto a titolo originario; con la conseguenza che

⁽¹⁷⁾ Cfr. Cass., 29 ottobre 2003 n. 16227; Cass. 16 gennaio 2007, n. 845.

⁽¹⁸⁾ Cfr. Cass., 5 ottobre 2010, n. 20664.

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 e/o iscrizione ⁽¹⁹⁾.

Si è, a tal fine, sostenuto che la fattispecie è assimilabile al perimento del bene, ipotesi nella quale si estingue l'ipoteca, poiché l'immobile abusivo è destinato al perimento giuridico, normalmente conseguente alla demolizione, salva la eccezionale acquisizione al patrimonio comunale, che lo trasforma irreversibilmente in *res extra commercium* sotto il profilo dei diritti del debitore e dei terzi che vantano diritti reali limitati sul bene.

Sempre sotto questo aspetto, ma in relazione all'impignorabilità del bene ed al suo assoggettamento alla procedura esecutiva, vanno segnalate due recenti decisioni della Corte di legittimità.

Con una prima decisione la Cassazione ha affermato che un bene gravato da uso civico non può essere oggetto di espropriazione forzata, per il particolare regime della sua titolarità e della sua circolazione, che lo assimila ad un bene appartenente al demanio, nemmeno potendo per esso configurarsi una cosiddetta sdemanializzazione di fatto ⁽²⁰⁾.

L'incomerciabilità derivante da tale regime comporta che, al di fuori dei procedimenti di liquidazione dell'uso civico e prima del loro formale completamento, la preminenza di quel pubblico interesse, che ha impresso al bene immobile il vincolo dell'uso civico stesso, ne vieti qualunque circolazione, compresa quella derivante dal processo esecutivo.

La ragione giustificatrice sta nella preminenza dell'interesse pubblico e del carattere superindividuale dell'imposizione dell'uso civico rispetto a quello individuale del singolo creditore; con la conseguenza della non assoggettabilità del bene gravato da uso civico ad alcuno degli atti del processo esecutivo, a partire dal pignoramento ⁽²¹⁾.

La Cassazione ha affermato, con riferimento all'impignorabilità di somme di competenza di un comune ⁽²²⁾, che nell'espropriazione forzata presso terzi, è inquadrabile come opposizione agli atti esecutivi l'opposizione proposta da un comune avverso l'ordinanza di assegnazione del credito, con la quale si deduca l'esistenza di un vincolo di impignorabilità per la destinazione delle somme a pubbliche finalità. Impignorabilità che, invece, deve essere fatta valere dal debitore con l'opposizione all'esecuzione quando il giudice dell'esecuzione non abbia dichiarato nullo il pignora-

⁽¹⁹⁾ Cfr. Cass., 26 gennaio 2006, n. 1693.

⁽²⁰⁾ Cfr. Cass., 28 novembre 2011, n. 19792.

⁽²¹⁾ Cfr. Cass., 28 novembre 2011, n. 19792.

⁽²²⁾ Cfr. Cass., 23 agosto 2011, n. 17524.

mento, né sia intervenuta l'ordinanza di assegnazione, con conseguente chiusura del processo esecutivo.

Quanto alla sede in cui fare valere il diritto del terzo ⁽²³⁾, in alcune pronunce la Cassazione ha ritenuto che il sequestro di beni immobili disposto in pendenza di un procedimento di applicazione della misura di prevenzione ed il successivo provvedimento di confisca sono di competenza esclusiva del giudice penale. L'esistenza di diritti sulla cosa confiscata può essere fatta valere in sede civile soltanto se si verificano contestualmente due condizioni: che si tratti di diritti preesistenti al sequestro e che il terzo rivendichi un bene del quale il soggetto sottoposto al procedimento non poteva, direttamente o indirettamente, disporre.

In difetto del contestuale verificarsi di entrambe queste condizioni, la mancata partecipazione del terzo al procedimento che ha portato alla confisca del bene non costituisce motivo di nullità del decreto di confisca, e la rivendicazione di un suo diritto sul bene confiscato deve essere fatta valere, *ex artt. 3 ter*, secondo comma, della legge n. 575 del 1965, art. 4, ultimo comma, della legge 27 dicembre 1956 n. 1423 e art. 676 c.p.p., davanti al giudice dell'esecuzione del provvedimento di prevenzione, poiché, in tal caso, la verifica del diritto vantato dal terzo incide direttamente sulla confisca, e sollecita una nuova indagine, la cui estensione ed i cui strumenti sono diversi da quelli consentiti al giudice civile.

Ora come è evidente dalla breve *excursus* effettuato, il tema in discussione – che coinvolge significativi aspetti delle stesse procedure esecutive immobiliari e del loro iter procedimentale (coinvolgendo anche i rapporti fra misure di prevenzione e procedure concorsuali) – riguarda diversi punti nodali: anteriorità del diritto di garanzia fatto valere rispetto alla misura di prevenzione penale e sue conseguenze; indennizzo o diritto per equivalente.

La risoluzione di questi interrogativi passa, poi, attraverso la risoluzione di altri problemi, quali quelli dell'acquisto a titolo originario o derivativo da parte dello Stato, posto che, solo in ipotesi di acquisto a titolo derivativo in capo allo Stato, la tutela giurisdizionale del creditore ipotecario ha ragione di sussistere.

Nell'ipotesi invece, in cui la confisca operi un acquisto a titolo originario, l'ovvia conseguenza sarebbe la sua prevalenza sulla base dei principi di diritto per i quali l'originarietà dell'acquisto determina il trasferimento del bene, in capo al nuovo acquirente, libero da ogni gravame.

Sotto questo aspetto in alcune decisioni si è affermato che la confisca, sia essa quella regolata dagli artt. 236 e 240 c.p.p., quale misura di sicurezza,

⁽²³⁾ Cfr. Cass. 30 marzo 2005 n. 6661.

sia c
da a
infin
favo
deri
ad a
rime
asso

al gi
la co
od al

scritt

ziona

rio),

la dis

organ

il ber

U

cedin

C

vertit

187, i

zione

stati c

zione

tà, pe

codic

(artt. 2

M

sano.

U

sto 20

gislati

ne, ch

rispett

È

⁽²⁴⁾

sia quella disciplinata come vera e propria sanzione o surrogato di sanzione da alcune leggi speciali (soprattutto in materia fiscale), e sia quella avente, infine, duplice carattere preventivo e repressivo, dà luogo ad un acquisto in favore dello Stato, del bene confiscato, non altrimenti definibile che come derivativo, proprio in quanto esso non prescinde dal rapporto è finalizzato ad attuare, - per ragioni di prevenzione e/o di politica criminale - il trasferimento del diritto, dal privato condannato o indiziato di appartenenza ad associazioni mafiose, allo Stato ⁽²⁴⁾.

Corollario, di natura processuale, della questione è poi quello relativo al giudice competente ad occuparsi di una tale problematica; vale a dire se la competenza spetti al giudice penale in sede di incidente di esecuzione, od al giudice civile in sede di opposizione all'esecuzione.

Deve anche evidenziarsi che la soluzione non univoca dei conflitti descritti nasce da una normativa spesso lacunosa, e comunque di settore.

Sotto questo aspetto, la l. n. 575 del 1965, in realtà, contempla le posizioni dei terzi acquirenti (della proprietà o del diritto di garanzia ipotecario), prevedendo un loro possibile intervento nel procedimento penale, ma la disciplina non contiene, nonostante le diverse innovazioni legislative, un organico sistema di coordinamento tra gli interessi dello Stato ad acquisire il bene con la confisca e la tutela delle posizioni dei terzi.

Un tale coordinamento non ha neppure investito il rapporto fra il procedimento di prevenzione penale e la procedura esecutiva in corso.

Con successivo intervento legislativo - il d.l. 4 febbraio 2010 n. 4, convertito in l. 31 marzo 2010 n. 50, e con il decreto legge 12 novembre 2010 n. 187, istitutivo dell'Agenzia Nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata - sono stati delineati i rapporti fra l'Agenzia e l'autorità giudiziaria, con l'introduzione di una forma di tutela dei diritti reali di garanzia, prevedendo la facoltà, per il giudice, di applicare un istituto analogo a quello disciplinato nel codice civile per la liberazione delle ipoteche da parte del terzo acquirente (artt. 2889 ss. c.c.).

Ma neanche un tale intervento appare dirimente ai fini che qui interessano.

Una svolta chiarificatrice, almeno in parte, la si deve alla legge 13 agosto 2010 n. 136 che ha delegato il Governo per l'adozione di un decreto legislativo recante il codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, che pare rafforzare il potere acquisitivo della confisca, con la prevalenza rispetto al diritto dei terzi, creditori garantiti od acquirente.

È previsto, infatti:

⁽²⁴⁾ Cfr. Cass. 3 luglio 1997, n. 5988.

1) che la confisca possa essere disposta in ogni tempo, anche se i beni sono stati trasferiti o intestati fittiziamente a terzi;

2) il principio della improcedibilità delle azioni esecutive sul bene già sottoposto a sequestro e la improseguibilità delle stesse azioni esecutive già a seguito dell'esecuzione del sequestro;

3) la tutela del creditore in buona fede e del terzo proprietario (per il quale è previsto non più un indennizzo, ma un vero e proprio diritto per equivalente).

In attuazione della delega, è stato emanato il decreto legislativo 6 settembre 2011 n. 159 (Nuovo Codice Antimafia), il cui titolo IV è dedicato alla "Tutela dei terzi e rapporti con le procedure concorsuali".

Molti sono gli interrogativi ancora senza risposta (ad es. il regime dell'onere della prova in ordine alla buona fede dei terzi titolari di diritti sui beni confiscati; le conseguenze del mancato rispetto della disposizione che prevede la chiamata, nel procedimento di prevenzione, dei terzi titolari di diritti reali), ma lo sforzo normativo è chiaramente intellegibile.

Si rende allora opportuno - alla luce di quanto si è fin qui detto - un nuovo esame delle problematiche che il tema "ipoteca - confisca" ha fatto sorgere, con una nuova, eventuale "rivisitazione" degli stessi temi in discussione.

Ed infatti la terza sezione civile della Cassazione, con tre ordinanze in pari data e di identica motivazione ⁽²⁵⁾, ha quindi rimesso al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite la questione relativa ai rapporti tra confisca disposta dal giudice di prevenzione e ipoteca iscritta anteriormente all'instaurazione del procedimento o comunque al sequestro del bene, evidenziando, in particolare, i problemi relativi alla qualificazione della natura - originaria o derivativa - del titolo di acquisto dello Stato, alla tutela del terzo, alla ripartizione dell'onere probatorio in ordine alla sua buona fede, all'individuazione del giudice competente ed alle conseguenze derivanti dal mancato intervento del terzo nel procedimento di prevenzione, anche in considerazione dell'evoluzione normativa e delle previsioni del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (Nuovo Codice Antimafia).

L'art. 45 del codice antimafia, nel prevedere che "a seguito della confisca definitiva di prevenzione i beni sono acquisiti al patrimonio dello Stato liberi da oneri e pesi" ⁽²⁶⁾, sembrerebbe accogliere, quantomeno in relazio-

⁽²⁵⁾ Cfr. Cass., sez. III, 17 febbraio 2012, nn. 2338, 2339, 2340, Pres. Preden, Rel. Vivaldi.

⁽²⁶⁾ Cfr. GORGONI, *Confisca antimafia e terzi creditori e titolari di diritti reali parziari*, in *Il Caso.it*, 10 dicembre 2011, documento n. 276/2011, la quale precisa che la locuzione - liberi da oneri e pesi - evocativa dell'usucapio libertatis di derivazione romanistica, il cui scopo era quello di appagare le esigenze di certezza e sicurezza nella circolazione dei beni giuridici e di

ne alla confisca dei beni intesi come cose – e non già per la confisca avente ad oggetto crediti, partecipazioni societarie e aziende – (27), la tesi dell'acquisto a titolo originario (28), anche se la norma prosegue dicendo che "la tutela dei diritti dei terzi è garantita entro i limiti e nelle forme di cui al titolo IV", vale a dire dagli artt. 52-65 del codice antimafia, che presuppongono l'accoglimento della tesi dell'acquisto a titolo derivativo (29),

tutelare le aspettative di coloro che facevano affidamento su situazioni di fatto o di diritto maturate anteriormente all'acquisto da parte dell'usucapiente; va da sé che nella ipotesi della confisca la libertà del bene acquistato non sanziona l'inerzia del titolare del diritto, ma penalizza il titolare sospettato di appartenere ad una associazione mafiosa al punto da rendere letteralmente incompatibile la pretesa di ogni terzo con la nuova posizione giuridica soggettiva nascente dal provvedimento definitivo confisca: confisca che sortirebbe così due effetti, l'uno acquisitivo, di cui, in verità, non si dubita, e l'altro estintivo, per incompatibilità della pretesa del terzo con il diritto acquistato dallo Stato: estinzione deducibile dalla potenziata affermazione della natura originaria del titolo di acquisto voluta dal legislatore.

(27) Cfr. GORGONI, *Confisca antimafia e terzi creditori e titolari di diritti reali parziari*, in *Il Caso.it*, 10 dicembre 2011, documento n. 276/2011, la quale sottolinea la insufficienza della disposizione in relazione alla confisca di questi diritti.

(28) Cfr. Cass., pen., 14 aprile 1999 n. 1790, in *Cass. pen.*, 2000, 1411; Cass., pen., sez. un., 3 luglio 1996 n. 18, in *Foro it.*, 1997, II, 18; Trib. Palermo 18 aprile 1989, in *Dir. fall.*, 1990, II, 613. Trib. Palermo, sez. misure di prevenzione, decr. 18 marzo 2002, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 1009; Trib. Bari, 16 ottobre 2000. In dottrina cfr. COMUCCI, *Il sequestro e la confisca nella legge « antimafia »*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 84; MONTELEONE, *Delle misure patrimoniali antimafia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 574; RUSSO, *La gestione dei patrimoni sequestrati e la tutela dei terzi nel sistema della l. n. 646 del 1982*, in *Fallimento*, 1985, 1008; ID., *Confisca antimafia e tutela dei terzi: un importante revirement della cassazione che smentisce i giudici di merito*, in *Dir. fall.*, 2004, 1.

(29) Cfr. Trib. Salerno, 29 giugno 2010, in *www.dejure.it*; Cass., 16 gennaio 2007 n. 845, in *Guida al diritto*, 2007, n. 12, 63; in *Dir. fall.*, 2008, II, 493, con nota di FARINA, *Sulla tutela dei creditori ipotecari e dell'aggiudicatario nell'espropriazione dei beni confiscati*; Cass., pen., 9 marzo 2005 n. 13413, in *Cass. pen.*, 2006, 634, con nota di MOLINARI, *Un passo avanti nella tutela dei terzi di buona fede titolari di un diritto reale di garanzia sui beni oggetto di confisca antimafia*; Cass., 29 ottobre 2003 n. 16227, in *Riv. dott. comm.*, 2004, 1396, con nota di CHIARAVIGLIO, *Sequestro preventivo, confisca e diritti dei terzi*; Trib. Palermo 3 dicembre 2002, in *Giur. merito*, 2003, 860; Trib. Napoli 8 febbraio 2002, in *Giur. nap.*, 2003, 146; Trib. Lecce 4 aprile 1997, in *Foro it.*, 1998, II, 290, 493. In dottrina cfr. GAITO, *Fallimento, sequestro in funzione di confisca e tutela dei terzi nella repressione del fenomeno mafioso*, in *Giur. it.*, 1985, II, 397; LO CASCIO, *Misure di prevenzione antimafia: lo stato attuale dell'interpretazione normativa*, in *Fallimento*, 1998, 437; PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, IV, Torino, 2008, 104; RAGUSA MAGGIORE, *Confisca penale di beni dei mafiosi e tutela dei terzi*, in *Dir. fall.*, 1994, II, 869; TORRE, *Confisca ex legge Rognoni-La Misure patrimoniali di prevenzione e tutela dei terzi creditori*, in *Le misure di prevenzione patrimoniali. Teoria e prassi applicativa* (Atti del Convegno, Bari, 14-16 febbraio 1997), Bari, 1998, 391. In argomento si v. FIANDACA, *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Digesto disc. pen.*, VIII, Torino, 1994, 108 ss.; BONGIORNO, *No-*

con evidente limitazione dell'effetto liberatorio provocato dalla confisca.

Ne deriva che dall'insieme delle disposizioni contenute nel codice antimafia, emerge chiaramente l'esigenza di tutelare i diritti dei terzi estranei di buona fede, tanto è vero che l'art. 52, comma 1°, codice antimafia, in sintonia con la tesi dell'acquisto a titolo derivativo, dispone che "la confisca non pregiudica i diritti di credito dei terzi che risultano da atti aventi data certa anteriore al sequestro, nonché i diritti reali di garanzia costituiti in epoca anteriore al sequestro, ove ricorrano le seguenti condizioni:

a) che l'escussione del restante patrimonio del proposto sia risultata insufficiente al soddisfacimento del credito, salvo per i crediti assistiti da cause legittime di prelazione su beni sequestrati;

b) che il credito non sia strumentale all'attività illecita o a quella che ne costituisce il frutto o il reimpiego, a meno che il creditore dimostri di avere ignorato in buona fede il nesso di strumentalità;

c) nel caso di promessa di pagamento o di ricognizione di debito, che sia provato il rapporto fondamentale;

d) nel caso di titoli di credito, che il portatore provi il rapporto fondamentale e quello che ne legittima il possesso".

Dal tenore letterale della suddetta norma, a differenza dell'art. 2 *ter*, comma 5°, legge 31 maggio 1965, n. 575, e successive modificazioni, non risulterebbero tutelati i diritti reali minori di godimento dei terzi estranei, quali il diritto di superficie, di enfiteusi, di usufrutto, di uso, di abitazione e di servitù. I titolari dei diritti reali minori hanno comunque diritto ad intervenire nel procedimento e devono essere chiamati a partecipare al giudizio ai sensi dell'art. 23, comma 4°, codice antimafia.

Nell'art. 52, comma 4°, codice antimafia, si prevede, inoltre, in sintonia con la tesi dell'acquisto a titolo originario, che "la confisca definitiva di un bene determina lo scioglimento dei contratti aventi ad oggetto un diritto personale di godimento, nonché l'estinzione dei diritti reali di godimento sui beni stessi", con evidente violazione degli artt. 3, 25, comma 2°, 41, 42 e 27, comma 1°, Cost., ovvero dei diritti dell'uomo ai sensi dell'art. 1 del Primo Protocollo addizionale della CEDU, degli artt. 7 e 8 CEDU, dell'art. 17 della Carta di Nizza del 7 dicembre 2000 e dell'art. 6, par. 1, del Trattato di Lisbona, in relazione all'art. 117, comma 1°, Cost.

In questi casi, a favore dei titolari dei diritti personali e reali di godimento estinti, interviene l'art. 52, comma 5, codice antimafia, il quale, in sintonia con la tesi dell'acquisto a titolo derivativo, riconosce un equo in-

te a margine di una recente ordinanza in tema di effetti civili della confisca nel sistema della legge 646/1982, in Fallimento, 1986, 1137.

dennizzo commisurato alla durata residua del contratto o alla durata del diritto reale.

Per il caso di confisca di beni in comunione, qualora il bene sia indivisibile, si prevede all'art. 52, comma 7, codice antimafia, in favore dei partecipanti in buona fede, il diritto di prelazione per l'acquisto della quota confiscata al valore di mercato.

L'art. 52, comma 1°, codice antimafia, inoltre, a tutela dei diritti di credito dei terzi, dispone che "la confisca non pregiudica i diritti di credito dei terzi che risultano da atti aventi data certa anteriore al sequestro, nonché i diritti reali di garanzia costituiti in epoca anteriore al sequestro, ove ricorrano le seguenti condizioni: *a*) che l'escussione del restante patrimonio del proposto sia risultata insufficiente al soddisfacimento del credito, salvo per i crediti assistiti da cause legittime di prelazione su beni sequestrati; *b*) che il credito non sia strumentale all'attività illecita o a quella che ne costituisce il frutto o il reimpiego, a meno che il creditore dimostri di avere ignorato in buona fede il nesso di strumentalità; *c*) nel caso di promessa di pagamento o di ricognizione di debito, che sia provato il rapporto fondamentale; *d*) nel caso di titoli di credito, che il portatore provi il rapporto fondamentale e quello che ne legittima il possesso".

I predetti crediti posso essere fatti valere dinnanzi al Giudice dell'esecuzione del Tribunale che ha disposto la confisca, con un procedimento disciplinato dagli artt. 57, 58 e 59 del codice antimafia, analogo a quello previsto in materia fallimentare per l'accertamento dello stato passivo, che si svolgerà con la procedura prevista in materia di esecuzione penale *ex* artt. 665 e segg. c.p.p. ⁽³⁰⁾.

Al riguardo giova precisare che nella valutazione della buona fede, il Tribunale tiene conto delle condizioni delle parti, dei rapporti personali e patrimoniali tra le stesse e del tipo di attività svolta dal creditore, anche con riferimento al ramo di attività, alla sussistenza di particolari obblighi di diligenza nella fase precontrattuale nonché, in caso di enti, alle dimensioni degli stessi (cfr. art. 52, comma 3°, codice antimafia).

⁽³⁰⁾ Si rileva che per le confische divenute definitive dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, ma a seguito di domanda di sequestro-confisca anteriormente depositata (al 13 ottobre 2011), la disciplina applicabile non sarà quella del nuovo codice antimafia, bensì quella di cui alla legge 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, comma 194 ss., con la conseguenza che: 1) la competenza spetta non già al giudice delegato del tribunale delle esecuzioni penali, bensì al tribunale delle esecuzioni penali in composizione collegiale; 2) non sono tutelati ed ammessi alla procedura di verifica del passivo tutti i creditori di buona fede, bensì solo i creditori titolari di garanzia reale e più precisamente i creditori muniti di ipoteca iscritta prima della trascrizione del sequestro e i creditori pignorati che hanno trascritto il pignoramento sempre prima del sequestro.

3. – (segue) *La legge 24 dicembre 2012, n. 228, c.d. legge di stabilità 2013, e l'intervento delle sezioni unite civili della Cassazione. Questioni di legittimità costituzionale*

Le Sezioni Unite, con una recente sentenza ⁽³¹⁾, dirimendo una questione di massima di particolare importanza ed applicando lo *ius superveniens* (costituito dall'art. 1, commi da 189 a 205, della legge 24 dicembre 2012, n. 228, cd. Legge di Stabilità 2013 ⁽³²⁾), risolvono nel senso della pre-

⁽³¹⁾ Cfr. Cass. civ., sez. un., 7 maggio 2013, n. 10532, in *Diritto penale contemporaneo*, 23 maggio 2013, con nota adesiva di MENDITTO, *Le sezioni unite sulla tutela dei terzi nella confisca di prevenzione dopo la legge n. 228/12: L'ambito di applicazione della nuova disciplina*; e criticata da I.J. PATRONE, *Le sezioni unite civili, la confisca di prevenzione e qualche discutibile riferimento al diritto "comunitario"*, in *Diritto penale contemporaneo*, 24 giugno 2013.

⁽³²⁾ Il comma 194 dispone che "a decorrere dall'entrata in vigore della presente legge, sui beni confiscati all'esito dei procedimenti di prevenzione per i quali non si applica la disciplina dettata dal libro 1 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, non possono essere iniziate o proseguite, a pena di nullità, azioni esecutive". Il comma 195 dispone che "la disposizione di cui al comma 194 non si applica quando, alla data di entrata in vigore della presente legge, il bene è stato già trasferito o aggiudicato, anche in via provvisoria, ovvero quando è costituito da una quota indivisa già pignorata". Il comma 196 dispone che "nei processi di esecuzione forzata di cui al comma 195 si applica, ai fini della distribuzione della somma ricavata, il limite di cui al comma 203, terzo periodo, e le somme residue sono versate al Fondo unico giustizia ai sensi del comma 204". Il comma 197 dispone che "fuori dei casi di cui al comma 195, gli oneri e pesi iscritti o trascritti sui beni di cui al comma 194 anteriormente alla confisca sono estinti di diritto". Il comma 198 dispone che "i creditori muniti di ipoteca iscritta sui beni di cui al comma 194 anteriormente alla trascrizione del sequestro di prevenzione, sono soddisfatti nei limiti e con le modalità di cui ai commi da 194 a 206. Allo stesso modo sono soddisfatti i creditori che: a) prima della trascrizione del sequestro di prevenzione hanno trascritto un pignoramento sul bene; b) alla data di entrata in vigore della presente legge sono intervenuti nell'esecuzione iniziata con il pignoramento di cui alla lettera a)". Il comma 199 dispone che "Entro 180 giorni dall'entrata in vigore della presente legge, i titolari dei crediti di cui al comma 198 devono, a pena di decadenza proporre domanda di ammissione del credito, ai sensi dell'articolo 58, comma 2 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, al giudice dell'esecuzione presso il tribunale che ha disposto la confisca". Il comma 200 dispone che "il giudice, accertata la sussistenza e l'ammontare del credito nonché la sussistenza delle condizioni di cui all'articolo 52 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, lo ammette al pagamento, dandone immediata comunicazione all'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata. Si applicano le disposizioni di cui all'articolo 666 commi 2, 3, 4, 5, 6, 8 e 9 del codice di procedura penale. La proposizione dell'impugnazione non sospende gli effetti dell'ordinanza di accertamento. Il decreto con cui sia stata rigettata definitivamente la richiesta proposta ai sensi del comma precedente è comunicato, ai sensi dell'articolo 9, decreto legislativo n. 231 del 2007, alla Banca d'Italia". Il comma 201 dispone che "decorsi dodici mesi dalla

valenza della misura di prevenzione patrimoniale il quesito relativo ai rapporti tra confisca ed ipoteca, indipendentemente dal dato temporale.

scadenza del termine di cui al comma 199, l'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata individua beni dal valore di mercato complessivo non inferiore al doppio dell'ammontare dei crediti ammessi e procede alla liquidazione degli stessi con le modalità di cui agli articoli 48, comma 5, e 52, commi 7, 8 e 9 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159. I beni residui possono essere destinati, assegnati o venduti secondo le disposizioni di cui all'articolo 48 del medesimo decreto legislativo n. 159 del 2011". Il comma 202 dispone che "il ricavato della liquidazione di cui al comma 201 è versato al Fondo unico giustizia e destinato a gestione separata per il tempo necessario alle operazioni di pagamento dei crediti". Il comma 203 dispone che "terminate le operazioni di cui al comma 202, l'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata, per ciascun bene, anche se non sottoposto a liquidazione, individua i creditori con diritto a soddisfarsi sullo stesso, forma il relativo piano di pagamento e lo comunica ai creditori interessati con lettera raccomandata con avviso di ricevimento o a mezzo di posta elettronica certificata. La medesima Agenzia procede ai pagamenti nell'ordine indicato dall'articolo 61, commi 2 e 3, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, ponendo le somme a carico della gestione separata di cui al comma 202. Ciascun piano non può prevedere pagamenti complessivi superiori al minor importo tra il 70 per cento del valore del bene ed il ricavato dall'eventuale liquidazione dello stesso. I creditori concorrenti, entro il termine perentorio di dieci giorni dalla ricezione della comunicazione di cui al presente comma, possono proporre opposizione contro il piano di pagamento al tribunale del luogo che ha disposto la confisca. Si applicano, in quanto compatibili, gli articoli 737 e seguenti del codice di procedura civile e il tribunale provvede in composizione monocratica. Contro il decreto del tribunale non è ammesso reclamo". Il comma 204 dispone che "le somme della gestione separata che residuano dopo le operazioni di pagamento dei crediti, affluiscono, al netto delle spese sostenute, al Fondo unico giustizia per essere versati all'apposito capitolo di entrata del bilancio dello Stato e riassegnati nei limiti e con le modalità di cui all'articolo 2, comma 7, del decreto-legge 16 settembre 2008, n. 143, convertito dalla legge 13 novembre 2008, n. 181". Il comma 205 dispone che "per i beni di cui al comma 194, confiscati in data successiva all'entrata in vigore della presente legge, il termine di cui al comma 199 decorre dal momento in cui la confisca diviene definitiva; l'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata provvede alle operazioni di cui ai commi 201, 202 e 203, decorsi dodici mesi dalla scadenza del predetto termine". Il comma 206 dispone che "l'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata, entro dieci giorni dall'entrata in vigore della presente legge, ovvero dal momento in cui la confisca diviene definitiva, comunica ai creditori di cui al comma 198 a mezzo posta elettronica certificata, ove possibile e, in ogni caso, mediante apposito avviso inserito nel proprio sito *internet*: a) che possono, a pena di decadenza, proporre domanda di ammissione del credito ai sensi dei commi 199 e 205; b) la data di scadenza del termine entro cui devono essere presentate le domande di cui alla lettera a); c) ogni utile informazione per agevolare la presentazione della domanda".

L'acquisto del bene confiscato da parte dello Stato, a seguito dell'estinzione di diritto dei pesi e degli oneri iscritti o trascritti prima della misura di prevenzione della confisca, è così non a titolo derivativo, ma libero dai pesi e dagli oneri, pur iscritti o trascritti anteriormente alla misura di prevenzione. Il titolare del diritto reale di godimento o di garanzia è ammesso, ora, ad una tutela di tipo risarcitorio e la competenza è attribuita al tribunale che ha disposto la confisca.

L'ammissione del credito, di natura concorsuale, è subordinata alla condizione di cui all'art. 52, comma 1, lett. g, d.lgs. n. 159 del 2001, vale a dire che il credito non sia strumentale all'attività illecita o a quella che ne costituisce il frutto o il reimpiego, a meno che il creditore dimostri di avere ignorato in buona fede il nesso di strumentalità. Al creditore è addossato l'onere di provare la ricorrenza delle condizioni per l'ammissione al passivo del suo credito. Il diniego di ammissione al credito è impugnabile con l'incidente di esecuzione *ex art.* 666 c.p.p. Competente a conoscere delle opposizioni - proposte dai creditori concorrenti - al piano di riparto proposto dall'Agenzia Nazionale è il giudice civile del luogo dove ha sede il tribunale che ha disposto la confisca.

Nel conflitto tra l'interesse del creditore a soddisfarsi sull'immobile ipotecato e quello dello Stato a confiscare i beni, che siano frutto o provento di attività mafiosa, prevale, dunque, il secondo, onde è inopponibile allo Stato l'ipoteca iscritta su di un bene immobile confiscato, ai sensi della l. 31 maggio 1965 n. 575, prima che ne sia stata pronunciata l'aggiudicazione nel procedimento di espropriazione forzata, in virtù della norma di diritto transitorio prevista dall'art. 1, 194° comma, l. 24 dicembre 2012 n. 228.

La decisione delle S.U. della Cassazione italiana è criticabile, in quanto lo *ius superveniens*, innovando significativamente la disciplina sanzionatoria della confisca penale, non si sarebbe potuto applicare, con effetto retroattivo (art. 14 preleggi), alle ipoteche iscritte in data anteriore all'entrata in vigore della nuova normativa che attribuisce la prevalenza della confisca rispetto all'ipoteca, avendo con la confisca lo Stato previsto un nuovo modo di acquisto della proprietà a titolo originario, con conseguente estinzione dell'ipoteca.

Con la nuova normativa lo Stato ha, dunque, creato, in suo favore, e a danno dei terzi di buona fede, una nuova causa di estinzione dell'ipoteca ulteriore rispetto a quelle espressamente menzionate dall'art. 2878 c.c., con evidente irragionevolezza e disparità di trattamento.

Si configura un vero e proprio abuso del legislatore, che potrà altresì essere sanzionato per violazione dell'art. 117, comma 1°, Cost., in quanto lesivo sia delle norme dell'Unione Europea anche in tema di concorrenza e di affidamento legittimo, sia delle norme CEDU.

La Consulta ha avuto modo di statuire che l'affidamento del cittadino

nella s
non pu
volmer

M
24 dice
re, con
tuazion
52 e se
stamer
l'ammi
della tr
ditori p
seques
zi o mu
be più
Stato li

La
fede de
spetto
buona
(c.d. co
quanto
taggiar
misura

4. - La
sca

La
to (34),

(33)
211, in G
nota di C
1998, p. 9

(34)
cui "la se
natura di
tenza no
stesso co
priva di e

nella sicurezza giuridica, quale elemento essenziale dello Stato di diritto, non può essere leso da norme con effetti retroattivi che incidano irragionevolmente su situazioni regolate da leggi precedenti ⁽³³⁾.

Ma la illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 194 e segg., della l. 24 dicembre 2012 n. 228 è ancor più evidente se si considera che il legislatore, con evidente abuso ed irragionevole disparità di trattamento tra due situazioni equiparabili, derogando alla generale disciplina prevista dagli artt. 52 e segg. del codice antimafia che tutela tutti i diritti di credito, ha ingiustamente limitato la tutela dei terzi creditori di buona fede, prevedendo l'ammissione al passivo dei soli creditori muniti di ipoteca iscritta prima della trascrizione del sequestro finalizzato alla confisca, ovvero dei soli creditori pignorati che abbiano trascritto il pignoramento sempre prima del sequestro finalizzato alla confisca. Per tutti gli altri creditori, non pignorati o muniti di ipoteca anteriore al sequestro, il diritto di credito non potrebbe più trovare soddisfacimento sui beni confiscati, che sono assegnati allo Stato liberi da pesi ed oneri.

La irragionevole compressione dei diritti dei terzi creditori di buona fede delineata dall'art. 1, commi dal 194 al 206, della legge n. 228/2012, rispetto alla maggiore tutela giustamente riconosciuta a tutti i creditori di buona fede dalle disposizioni degli artt. 52 e segg. del d.lgs. n. 159/2011 (c.d. codice antimafia), mette in evidenza un abuso del legislatore che, in quanto soggetto al diritto, non avrebbe dovuto e potuto preferire ed avvantaggiare se stesso a discapito di altri soggetti di buona fede ed estranei alla misura di prevenzione.

4. - *La diversa natura della sentenza di usucapione e della sentenza di confisca*

La sentenza di usucapione è una sentenza dichiarativa di accertamento ⁽³⁴⁾, mentre la sentenza che confisca un bene è costitutiva. Ne deriva

⁽³³⁾ Al riguardo si v. Corte Cost., 22 novembre 2000, n. 525; Corte Cost., 2 luglio 1997, n. 211, in *Giur. Cost.*, 1997, p. 2121; Corte Cost., 4 novembre 1999, n. 416, *ivi*, 1999, p. 3625, con nota di Carnevale. In materia processuale si veda anche Corte Cost., 16 aprile 1998, n. 111, *ivi*, 1998, p. 941.

⁽³⁴⁾ Cfr. Cass., sez. III, 21 ottobre 1994, n. 8650; Cass., 29 aprile 1982, n. 2717, secondo cui "la sentenza con cui viene pronunciato l'acquisto per usucapione del diritto di servitù ha natura dichiarativa e non costitutiva del diritto stesso e, pertanto, la trascrizione di detta sentenza non ricade nella disciplina dell'art. 2644, n. 14 c.c., bensì in quella dell'art. 2651 dello stesso codice per il quale la trascrizione ha funzione di mera pubblicità-notizia ed è, quindi, priva di efficacia sostanziale".

che, mentre l'acquisto di un bene per usucapione ha per sua natura efficacia retroattiva, l'acquisto di un bene per confisca non potrebbe avere efficacia retroattiva alla luce anche della natura costitutiva della sentenza, che produrrebbe comunque l'estinzione di ogni diritto, o peso, o onere, iscritto o trascritto prima della confisca, quale nuovo modo di acquisto della proprietà a titolo originario, con evidente lesione dei diritti e dell'affidamento legittimo dei terzi di buona fede.

5. - Conclusioni

Questi due modi di acquisto della proprietà a titolo originario, alla luce delle complesse problematiche sopra esaminate, faranno certamente ancora discutere.

Qui giova ribadire in conclusione che i diritti del terzo estraneo al reato e alla misura di prevenzione patrimoniale, siano essi reali, di godimento o di garanzia, ovvero personali, contrattuali o di credito, dovrebbero comunque prevalere sul sequestro e/o sulla confisca, qualora abbiano una data certa anteriore rispetto al sequestro e/o alla confisca e sussista l'incolpevole affidamento del terzo di buona fede, pena la violazione sia del diritto dell'uomo alla sua proprietà, sia del diritto dell'uomo al rispetto della vita privata, sia del diritto dell'uomo a non essere punito senza colpa, sia del diritto dell'uomo a non essere trattato in modo uguale in presenza di situazioni oggettivamente differenti, sia dell'interpretazione adeguatrice e costituzionalmente orientata fornita in tema di confisca penale dalla Corte di Strasburgo⁽³⁵⁾, dalla Corte Costituzionale⁽³⁶⁾ e dalla Corte di Cassazione⁽³⁷⁾.

ANGELO RICCIO

⁽³⁵⁾ Cfr. Corte di Strasburgo del 30 agosto 2007 e del 20 gennaio 2009 nel caso *Sud fondi srl c/Italia*.

⁽³⁶⁾ Cfr. Corte Cost., 24 luglio 2009, n. 239.

⁽³⁷⁾ Cfr. Cass., pen., sez. III, 13 luglio 2009, in *Giust. pen.*, 2010, II, 281, la quale ha statuito che la confisca penale, in quanto punitiva e sanzionatoria, per essere applicabile nei confronti di beni di proprietà di terzi estranei ai fatti, necessita quantomeno dell'accertamento in concreto di profili di colpa nella condotta dei soggetti terzi sul cui patrimonio la misura viene ad incidere, pena la violazione dei principi di eguaglianza, della riserva penale di legge e della personalità della responsabilità penale enunciati dagli artt. 3, 25, comma 2° e 27, comma 1°, Cost., e 48 e 49 Carta di Nizza, sia dei diritti inviolabili dell'uomo di cui agli artt. 6, 7 e 8 della CEDU in relazione all'art. 117, comma 1°, Cost.