

Aprile 2015

Usucapione, contratto preliminare e confisca penale: limiti all'esperibilità dell'azione esecutiva da parte del creditore ipotecario

Tiziana Allievi, Partner, Laura Pelucchi, Associate, La Scala Studio Legale

Introduzione

Nell'ordinamento giuridico italiano si celano alcuni istituti in relazione ai quali si sono sviluppati nel corso degli anni dei principi e degli orientamenti tali da compromettere, non solo la generale garanzia patrimoniale riconosciuta dall'art. 2740 c.c. a favore dei creditori, ma persino la garanzia derivante dall'iscrizione ipotecaria.

Nella presente sede verranno, in particolare, esaminati gli effetti che hanno l'usucapione, il contratto preliminare e la confisca penale sulla garanzia patrimoniale del debitore.

Le predette fattispecie, infatti, come meglio si dirà, possono limitare gravemente la piena ed efficace validità della garanzia reale, sino a pregiudicare la possibilità per il creditore, seppure ipotecario, di soddisfarsi esecutivamente sui beni di proprietà del debitore.

Al fine di analizzare la disciplina adottata dal sistema italiano verranno in discussione i più fondamentali principi in materia di trascrizione ed opponibilità ai terzi, il tutto nella logica di compensazione dei diversi interessi che di volta in volta verranno in esame, con esito assai pregiudizievole per il creditore che, in queste ipotesi particolari, subirà una grave compromissione alla garanzia patrimoniale del debitore ex art. 2740 c.c.

1. Usucapione

1.1 Definizione

Per il Codice Civile (artt. 1158 – 1167 c.c.) l'usucapione è un modo di acquisto della proprietà, o di altro diritto reale, a titolo originario che si realizza a seguito del possesso pacifico, non violento e ininterrotto di un bene mobile, o immobile, per un determinato periodo di tempo stabilito dalla legge.

Tale istituto, che risponde all'esigenza di eliminare le situazioni di incertezza circa l'appartenenza dei beni, in presenza di una consolidata situazione di fatto, quale è il

possesso di un bene protratto per un certo tempo, produce i suoi effetti automaticamente, nel momento in cui si realizzano i relativi presupposti e, solo qualora l'usucapiente ritenga opportuno formalizzare il proprio acquisto, si renderà opportuno l'introduzione di un'azione giudiziale volta ad ottenere una sentenza che accerti e dichiari l'avvenuta usucapione.

1.2 Gli effetti dell'usucapione: opponibilità ai terzi

Nell'ambito di tale disciplina, alla luce della ratio dell'istituto, si pone la questione del rapporto tra l'acquisto della proprietà per usucapione che, come si è detto, si realizza automaticamente, e le iscrizioni pregiudizievoli intervenute nei confronti del soggetto usucapito successivamente al momento in cui si è compiuta l'usucapione.

E' evidente, infatti, che il creditore del soggetto formalmente titolare dei beni, non potendo avere contezza della situazione di fatto e dell'effettivo possessore dei beni di proprietà del proprio debitore, potrà legittimamente fare affidamento su tutti i beni al medesimo appartenenti.

A tal proposito negli anni si è sviluppato un acceso dibattito e, seppure ci sia una parte della più datata dottrina civilistica che ritiene applicabile, anche all'ipotesi di acquisti a titolo originario, la norma (art. 2880 c.c.) che prevede l'efficacia dell'ipoteca anche nei confronti del terzo acquirente del bene soggetto a garanzia (con l'unico limite del termine di prescrizione ventennale della garanzia), più diffusa risulta la tesi (peraltro supportata anche dalla giurisprudenza di legittimità) contraria.

E' stato, infatti, più volte precisato che, pur essendo equivoco il tenore della predetta norma (art. 2880 cc), una siffatta interpretazione si porrebbe in contrasto, sia con la natura e la funzione dell'istituto dell'usucapione, sia con quella dell'ipoteca.

La Suprema Corte, già nella remota sentenza del 15 maggio 1925 ha avuto modo di affermare che, se un terzo possiede un immobile senza titolo trascritto, il compimento della usucapione estingue le iscrizioni ipotecarie iscritte o rinnovate al nome del precedente proprietario, quantunque non siano perente, precisando che tale effetto deve farsi risalire non già ad una usucapione *libertatis*, ma alla efficacia retroattiva della usucapione.

Il principio della c.d. retroattività reale della usucapione è stato ribadito poi anche nella sentenza del 17 novembre 1973 n. 3082.

Sotto tale profilo, è stato, infatti, osservato che la giustificazione dell'acquisto per usucapione si sostanzia nel "possesso materiale *uti dominus* del bene" e, non essendo il diritto di ipoteca un diritto cui corrisponde un possesso sul bene (o almeno un possesso materiale di esso) sarebbe contraddittorio (e creerebbe peraltro un'eccezione alle ipotesi di interruzione dell'usucapione) ipotizzare che il risultato del possesso ultraventennale non debba portare all'acquisto della proprietà nella sua pienezza.

Sul punto l'obiezione secondo cui la retroattività, essendo un effetto fittizio, avrebbe dovuto essere disposta dalla legge, è superata dal fatto che non si può ritenere necessaria l'espressa previsione della retroattività in quanto, tale retroattività, è da considerarsi connaturata alla funzione stessa dell'usucapione, che è quella di dare certezza ai rapporti giuridici.

E' stato inoltre evidenziato che se si ammettesse la validità nei riguardi dell'usucapiente dell'alienazione compiuta dal proprietario in pendenza del termine per il maturarsi della usucapione, bisognerebbe ammettere che, fatta prima che si sia compiuta l'usucapione, essa abbia l'effetto di paralizzarla se non addirittura di eliminarla, anche se già compiuta e si introdurrebbe così un nuovo modo di interrompere l'usucapione che prescinderebbe completamente dal possesso dell'usucapiente, il quale potrebbe esserne del tutto ignaro.

Al riguardo, nello specifico, la più recente sentenza della Corte di Cassazione n. 8792/2000 ha chiarito espressamente che *“se un terzo possiede un immobile senza titolo trascritto, il compimento della usucapione estingue le iscrizioni ipotecarie iscritte o rinnovate al nome del precedente proprietario, quantunque non siano parente, precisando che tale effetto deve farsi risalire non già ad una usucapione libertatis, ma alla efficacia retroattiva della usucapione”*.

Tale principio, è stata recepito anche dalla successiva dottrina che ha ricollegato l'estinzione dei diritti di garanzia in ipotesi di usucapione ad una serie di ragioni sistematiche. Innanzitutto, la disciplina dell'ipoteca sembra tutelare il creditore nei confronti del terzo acquirente e non anche del terzo possessore, mettendolo al riparo da possibili atti dispositivi del datore di ipoteca. Così, con riferimento all'art. 2808 c.c. che prevede che l'ipoteca attribuisca al creditore il diritto di espropriare il bene anche nei confronti del terzo acquirente, si è osservato che la nozione di terzo acquirente invoca indubbiamente un acquisto a titolo derivativo (lo si deduce in particolare dalla lettera dell'art. 2890, comma 1 n. 3 cc che allude al prezzo stipulato ed al valore dichiarato, oltre che da quella dell'art 2812 cc).

Sulla scorta di tali considerazioni, si è quindi evidenziato, da un lato, come il possesso utile ai fini dell'usucapione prescinda dalla conoscenza in capo all'usucapiente di chi sia il legittimo proprietario del bene e tanto più dell'esistenza di formalità ipotecarie iscritte sullo stesso e, dall'altro lato, come, fermo restando che la pubblicità della sentenza di accertamento dell'usucapione è mera pubblicità notizia, non si applica agli acquisti a titolo originario il principio della continuità delle trascrizioni ma, nell'ipotesi di conflitto prevarrà sempre l'acquirente a titolo originario.

Partendo da tale ultimo principio è stato infine chiarito (Cass. Civ. 15698/12) che la sentenza conclusiva del giudizio di accertamento dell'usucapione è opponibile al creditore iscritto, anche se non emessa nei suoi confronti. Lo stesso infatti non vanta alcuna legittimazione passiva in tale causa non essendo la sua posizione in alcun modo correlata all'accertamento richiesto che riguarda infatti unicamente l'accertamento della proprietà per il decorso del tempo.

L'unico rimedio a favore del creditore ipotecario nei confronti della sentenza di accertamento dell'usucapione pertanto risulta quello previsto dall'art. 404 comma 2 cpc (opposizione di terzo).

La giurisprudenza ha affermato che quanto ai rapporti tra usucapente e creditore pignoratizio, l'acquisto del primo è insensibile a eventuali atti di diffida del secondo nonché ad una procedura esecutiva iniziata nei confronti del titolare del diritto, trattandosi di *res inter alios acta* e, dunque, ininfluyente rispetto al terzo possessore.

Va da sé che, che nel principio e nell'orientamento appena delineato, si concretizza una pericolosa insidia per il terzo creditore il quale, non solo non ha modo di avere contezza dei presupposti dell'usucapione, ma potrebbe persino non essere neppure a conoscenza della pendenza della relativa azione per la quale non è prevista alcuna trascrizione; lo stesso, come visto, potrà avere notizia dell'intervenuta usucapione solo con la trascrizione della sentenza di accertamento, potendo, però, a quel punto, solo promuovere un'opposizione ex art. 404 cpc volta a dimostrare l'insussistenza dei presupposti dell'usucapione con tutte le incertezze e le criticità del relativo giudizio.

2. Contratto preliminare

2.1 Definizione

Il preliminare è quel tipo di contratto attraverso il quale le parti si obbligano a stipularne uno futuro; il termine "preliminare" viene utilizzato proprio perché prelude alla stipula di un successivo contratto definitivo, il cui contenuto è già fissato nello stesso preliminare.

Dal contratto preliminare discende, quindi, l'obbligo di prestare il consenso per la conclusione di un successivo contratto i cui effetti tipici verranno in vita, solo se, e quando, tale contratto definitivo verrà stipulato.

Il legislatore ha riservato al preliminare una disciplina alquanto lacunosa; poche sono le disposizioni che regolano questo particolare contratto e si riducono alla disciplina di alcuni requisiti formali (art. 1351 c.c.), all'espressa previsione della trascrizione dello stesso (art. 2645 bis c.c.), alla regolamentazione di alcune delle conseguenze derivanti dalla mancata esecuzione (art. 2775 bis c.c.), sino alla previsione del rimedio dell'esecuzione in forma specifica (art. s, 2932 c.c.) ed, infine, alla particolare disciplina dell'ipoteca iscritta a garanzia del finanziamento dell'intervento edilizio (art. 2825 bis c.c.).

Ciò premesso, si precisa che il presente elaborato, non avendo la pretesa di chiarire le innumerevoli e complesse problematiche connesse al contratto preliminare, si limiterà, nell'ambito dello scopo che si prefigge, ad analizzare le questioni relative agli effetti nei confronti dei terzi del contratto preliminare di compravendita immobiliare, con uno sguardo particolare alle conseguenze della trascrizione del preliminare rispetto alle formalità pregiudizievoli iscritte sui beni oggetto dello stesso.

2.2 Gli effetti del contratto preliminare: rapporti tra trascrizione del contratto preliminare di compravendita immobiliare e iscrizioni pregiudizievoli nei confronti del promissario venditore

Nel quadro normativo sopra delineato, la prima criticità a venire in rilievo è quella relativa agli effetti della trascrizione del contratto preliminare sulle pregiudizievoli iscritte in epoca successiva nei confronti del promissario venditore.

In altre parole, è necessario dirimere il contrasto tra l'esigenza di tutelare il creditore del promissario alienante ed il pregiudizio che ne deriverebbe al promissario acquirente.

Il terzo creditore, infatti, rilevata la presenza della trascrizione di un contratto preliminare nei confronti del suo debitore, nell'impossibilità di esperire azioni revocatorie volte ad inficiare il predetto contratto (per giurisprudenza costante infatti il contratto preliminare non rientra tra quelli assoggettabili all'azione revocatoria ordinaria, si veda Cass Civ. n. 9970 del 16.04.2008) si trova in una situazione di incertezza, in quanto seppure ci siano dei beni formalmente di titolarità del proprio debitore, sussiste la concreta possibilità che quest'ultimo ne perda del tutto legittimamente la proprietà entro il termine di validità del contratto.

Sul punto è necessario capire se, in relazione a tali beni, sia possibile azionare la generale garanzia riconosciuta dall'articolo 2740 c.c. anche mediante iscrizione ipotecaria e se, quindi, il pignoramento trascritto dopo la trascrizione del preliminare (ma prima della trascrizione del definitivo) possa o meno prevalere su quest'ultimo.

A tal proposito vengono in rilievo due norme; da un lato l'art. 2645 bis c.c., al comma 2, prevede che *“la trascrizione del contratto definitivo o di altro atto che costituisca comunque esecuzione dei contratti preliminari di cui al comma 1, ovvero della sentenza che accoglie la domanda diretta a ottenere l'esecuzione in forma specifica (2932) dei contratti preliminari predetti, prevale sulle trascrizioni e iscrizioni (2808, 2827) eseguite contro il promittente alienante dopo la trascrizione del contratto preliminare”* e dall'altro lato si deve considerare, invece, l'art. 2914 cc che stabilisce espressamente che *“non hanno effetto in pregiudizio del creditore pignorante e dei creditori che intervengono nell'esecuzione, sebbene anteriori al pignoramento: 1) le alienazioni di beni immobili o di beni mobili iscritti in pubblici registri, che siano state trascritte successivamente al pignoramento.”*

Sorge quindi l'esigenza di un coordinamento tra le due norme per stabilire quale dei due principi espressi debba avere la prevalenza.

Seppure vi sia una parte della dottrina che, interpretando la locuzione “alienazioni” di cui all'articolo 2914 c.c. come riferita al contratto definitivo, ritiene che il pignoramento possa prevalere sulla trascrizione del preliminare conservando anche l'efficacia dell'ipoteca, con la conseguenza che solo le alienazioni definitive trascritte in epoca antecedente possono prevalere sul pignoramento, la tesi maggioritaria ha optato per la

prevalenza del promissario acquirente sia sul creditore ipotecario sia sul creditore pignorante.

Secondo l'orientamento prevalente, infatti, deve ritenersi che la trascrizione del contratto preliminare prevalga sulla trascrizione del pignoramento, anche in virtù del dato letterale dell'art. 2645 bis c.c. che impone espressamente la prevalenza del preliminare trascritto sulle successive trascrizioni, fra le quali non sembrerebbe esserci motivo per non ricomprendervi anche quella del pignoramento.

In tale prospettiva è stato rilevato come nell'articolo 2645 bis c.c. sia stata trasfusa la ratio dell'art. 2652 c.c. che disciplina gli effetti delle trascrizioni delle domande giudiziali nei confronti dei terzi; infatti, seppure il contratto preliminare non abbia effetto traslativo (tale effetto è rimesso al solo contratto definitivo), la trascrizione del preliminare produce quello che è noto come "effetto prenotativo", con la conseguenza che la relativa trascrizione prevale sulle trascrizioni e iscrizioni eseguite contro il promittente alienante dopo la trascrizione del preliminare, alle condizioni previste nella norma (ossia a condizione che entro un anno dalla data convenuta tra le parti per la conclusione del contratto definitivo, e in ogni caso entro tre anni dalla trascrizione predetta, sia eseguita la trascrizione del contratto definitivo o di altro atto che costituisca comunque esecuzione del contratto preliminare o della domanda giudiziale ex art. 2932 c.c.).

La tesi appena delineata, peraltro, risulta in linea con la ratio della norma ed, in generale, con la disciplina della trascrizione del preliminare, che (con l'unica eccezione di cui si dirà nel proseguo) ha inteso tutelare per tutto il periodo di tempo che va da dalla sottoscrizione del preliminare alla stipula dell'atto definitivo, il promissario acquirente nei confronti di tutti i soggetti titolari di diritti con esso configgenti.

La trascrizione del contratto preliminare pur non attribuendo natura reale al vincolo, il quale mantiene la sua efficacia esclusivamente obbligatoria, esplica i suoi effetti non solo nei confronti degli atti trascritti o iscritti dopo il contratto definitivo, ma si estende anche agli atti di disposizione che siano stati trascritti in un momento successivo alla trascrizione del contratto preliminare.

Pertanto qualora, alla trascrizione del contratto preliminare, segua quella del definitivo, verranno risolti tutti gli effetti di quegli atti di disposizione (ad eccezione di quanto si vedrà nel paragrafo sub. 2.4) che, regolarmente trascritti o iscritti successivamente al preliminare stesso, avevano operato un trasferimento, una costituzione o una modificazione di un diritto reale immobiliare.

Appare ora evidente come la disciplina e l'interpretazione sopra delineate, se da un lato tutelano il promissario acquirente, ponendolo al riparo da eventuali trascrizioni pregiudizievoli, dall'altro lato compromettono gravemente la tutela e la garanzia riconosciute dall'ordinamento giuridico al creditore del promissario venditore, il quale,

una volta appurata la trascrizione di un contratto preliminare di compravendita, si troverà in una situazione di totale incertezza, in quanto pur sapendo che il proprio debitore è nella titolarità di alcuni beni, non potrà validamente procedere con alcuna iscrizione pregiudizievole nei confronti dello stesso e ciò almeno sino a quando non andrà perento il termine previsto per la conclusione del definitivo.

2.3 Rapporti tra creditore ipotecario del promissario alienante e privilegio del promissario acquirente

La trascrizione del contratto preliminare, oltre ad essere finalizzata a tutelare il promissario acquirente dal pericolo di formalità pregiudizievoli che potrebbero essere trascritte o iscritte contro il promittente venditore nel periodo che va dalla sottoscrizione del preliminare alla stipula dell'atto definitivo di compravendita, assicura al promissario acquirente un ulteriore privilegio sul bene negoziato nell'ipotesi in cui il contratto definitivo non venga stipulato per colpa dell'alienante, (ferme restando possibilità di risoluzione e di risarcimento del danno).

L'art. 2775 bis c.c. espressamente stabilisce che “nel caso di mancata esecuzione del contratto preliminare trascritto ai sensi dell'articolo 2645-bis, i crediti del promissario acquirente che ne conseguono hanno privilegio speciale sul bene immobile oggetto del contratto preliminare, sempre che gli effetti della trascrizione non siano cessati al momento della risoluzione del contratto risultante da atto avente data certa, ovvero al momento della domanda giudiziale di risoluzione del contratto o di condanna al pagamento ovvero al momento della trascrizione del pignoramento o al momento dell'intervento nella esecuzione promossa da terzi. [II]. Il privilegio non è opponibile ai creditori garantiti da ipoteca relativa a mutui erogati al promissario acquirente per l'acquisto del bene immobile nonché ai creditori garantiti da ipoteca ai sensi dell'articolo 2825-bis.”

In altre parole, qualora il contratto preliminare non venga seguito dal definitivo esso, nonostante non dia luogo ad alcun effetto prenotativo (in quanto il definitivo non vedrà mai la luce), ha certamente un effetto autonomo nel momento in cui consente al soggetto di godere di un privilegio sul bene immobile per soddisfarsi dei crediti che derivano dal contratto preliminare stesso e che non sono stati adempiuti.

Alla luce di tale normativa e di quanto previsto dall'art. 2748 comma 2, c.c. secondo cui “i creditori che hanno privilegio sui beni immobili sono preferiti ai creditori ipotecari se la legge non dispone diversamente”, appare ora evidente il conflitto tra creditore ipotecario e promissario acquirente che abbia trascritto il contratto preliminare dopo l'iscrizione dell'ipoteca.

Sul punto in dottrina si sono quindi contrapposte due differenti tesi; secondo una prima interpretazione la particolare natura del privilegio nascente dal contratto preliminare non era tale da costituire un'eccezione alle ordinarie regole di soluzione dei conflitti vigenti in materia di pubblicità immobiliare in virtù delle quali la prevalenza segue l'ordine di

iscrizione delle formalità; secondo altri, invece, la norma di cui sopra era tale da determinare in ogni caso la prevalenza al privilegio del promissario acquirente

La questione, affrontata più volte dalla giurisprudenza di legittimità, è stata risolta dall'intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che, con la sentenza del 1° ottobre 2009 n. 21045 (confermata da ultimo anche nella sentenza della Cassazione Civile n. 17270 del 30 luglio 2014) hanno espressamente sancito che *“il privilegio speciale sul bene immobile che assiste i crediti del promissario acquirente non prevale sulle ipoteche iscritte in precedenza risetto alla data della trascrizione del preliminare trascritto ai sensi dell’art. 2645 bis c.c., siccome subordinato ad una particolare forma di pubblicità costitutiva (come previsto dall’ultima parte dell’art. 2745 c.c.), resta sottratto alla regola generale di prevalenza del privilegio sull’ipoteca, sancita, se non diversamente disposto, dal secondo comma dell’art. 2748 cc e soggiace agli ordinari principi in tema di pubblicità degli atti.”*

2.4 Articolo 2825 bis: ipoteca sul bene oggetto del preliminare ed eccezione alla limitazione di cui all’articolo 2645 bis c.c.

Per completare l’esame degli effetti della trascrizione del contratto preliminare nei confronti dei terzi, ed in particolare dei terzi creditori, non si può non fare un breve cenno alla previsione di cui all’articolo 2825 bis c.c. che, in via eccezionale rispetto alla previsione del secondo comma dell’art 2645 bis c.c., prevede espressamente che *“l’ipoteca iscritta su edificio o complesso condominiale, anche da costruire o in corso di costruzione, a garanzia di finanziamento dell’intervento edilizio ai sensi degli articoli 38 e seguenti del decreto legislativo 1 settembre 1993 n. 385 prevale sulla trascrizione anteriore dei contratti preliminari di cui all’articolo 2645 bis, limitatamente alla quota di debito derivante dal suddetto finanziamento che il promissario acquirente si sia accollato con il contratto preliminare o con altro atto successivo”*.

La norma, il cui dato letterale è estremamente chiaro, mira a consentire, con riferimento agli edifici da costruire, la possibilità, per il proprietario-imprenditore, promittente alienante, di accedere al credito bancario, e pertanto l’ipoteca destinata prevalere sull’efficacia prenotativa della trascrizione del contratto preliminare è unicamente quella prevista a tutela del credito fondiario limitatamente all’ipotesi di credito edilizio con destinazione di scopo e non già del credito fondiario tout court.

La particolare natura del credito garantito spiega appunto lo specifico contenuto della norma e la prevalenza di tale ipoteca anche sulla trascrizione anteriore al contratto preliminare, limitatamente alla quota di debito derivante dal finanziamento che il promissario acquirente si sia accollata con il contratto preliminare.

In definitiva, quindi, il promissario acquirente si accolla il debito per il quale il promittente alienante ha concesso ipoteca sull’immobile oggetto del preliminare; conseguentemente, tale ipoteca, anche se non ancora iscritta, è in ogni caso opponibile

al promissario acquirente, sempre purché l'iscrizione avvenga prima che quest'ultimo, divenuto acquirente definitivo renda pubblico l'acquisto.

La deroga all'efficacia prenotativa si spiega con il fatto che il promissario acquirente si accolla un debito necessariamente collegato alla concessione di un'ipoteca, debito la cui natura deve però essere menzionata nel contratto preliminare stesso, tante che, in base al medesimo articolo 2825 bis c.c., l'accollo dello stesso debito, ove risulti da atto separato, successivo al contratto preliminare, deve essere annotato a margine della trascrizione del preliminare.

3. Confisca Penale

3.1 Introduzione

La confisca, che nell'ordinamento italiano può avere natura amministrativa o penale, è l'atto con il quale lo Stato acquisisce senza corrispettivo i beni di un privato.

Nello specifico, la confisca penale ha come finalità quella di prevenire o reprimere la commissione di reati e può configurarsi in una misura successiva alla commissione dell'illecito penale o può avere natura "preventiva".

La prima costituisce una misura di sicurezza reale (art. 240 c.p.) che segue la commissione di un reato e presuppone la condanna, mentre la seconda costituisce una misura di prevenzione patrimoniale che non esige l'accertamento della commissione di un reato ma soltanto la sussistenza di sufficienti indizi della loro provenienza illecita.

La disciplina di questo istituto trova diverse fonti, sia a livello nazionale, sia internazionale ed, ad oggi, viene declinata all'interno dell'ordinamento giuridico in modo da poter soddisfare differenti utilità.

Nella presente sede, non potendo fornire una compiuta analisi dell'istituto, la confisca penale verrà analizzata nella sua funzione di misura di prevenzione nella lotta alla criminalità organizzata ed unicamente in relazione allo scopo dell'esame, ovvero in considerazione ai relativi effetti nei confronti dei creditori aventi una garanzia reale sui beni oggetto di sequestro penale divenuto confisca definitiva.

3.2 Effetti della confisca penale: rapporti tra misura di prevenzione e creditore ipotecario

Appare, infatti, immediatamente evidente, da un lato, il contrasto tra l'interesse del creditore pignorante (e solitamente ipotecario) e l'interesse pubblico dello Stato e, dall'altro lato, la necessità di individuare il corretto equilibrio tra le due esigenze.

In primo luogo, va, infatti, assicurata l'efficacia dell'azione repressiva dello stato nei confronti di organizzazioni criminali caratterizzate da una notevole pericolosità sociale ed, in secondo luogo, si pone, invece, l'esigenza di tutelare il terzo munito di ipoteca

iscritta in data antecedente ed estraneo ai fatti che hanno dato luogo al sequestro ed alla successiva confisca.

In tale contesto si è inserita la disciplina dettata dal D.Lgs 159/11 (Codice Antimafia) con il quale si è proceduto ad una estesa sistematizzazione delle materia relativa alla lotta alla criminalità organizzata e che, in particolare nel Titolo V “*La tutela dei terzi ed i rapporti con le procedure concorsuali*”, regola i rapporti tra ipoteca e confisca penale.

Il predetto decreto, nello specifico, all’articolo 45 prevede espressamente che “*A seguito della confisca definitiva di prevenzione i beni sono acquisiti al patrimonio dello Stato liberi da oneri e pesi. La tutela dei diritti dei terzi è garantita entro i limiti e nelle forme di cui al titolo IV.*”

2. Il provvedimento definitivo di confisca è comunicato, dalla cancelleria dell’ufficio giudiziario che ha emesso il provvedimento, all’Agenzia, nonché al prefetto e all’ufficio dell’Agenzia del demanio competenti per territorio in relazione al luogo ove si trovano i beni o ha sede l’azienda confiscata.”.

A tale normativa è seguita poi l’entrata in vigore della Legge 24 dicembre 2012 n. 228 (Legge di Stabilità 2013) che ha disposto una disciplina per tutte le ipotesi di misure di prevenzione poste in essere in epoca antecedente alla vigenza del codice antimafia.

In tale quadro normativo si è quindi sviluppato un ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale che ha avuto ad oggetto diversi aspetti tra cui l’individuazione della normativa applicabile alle ipotesi di confisca precedenti all’entrata in vigore del codice antimafia, oltre che la natura dell’acquisto dei beni da parte dello stato, circa le modalità di tutela del terzo titolare di ipoteca, in ordine all’individuazione della parte cui spetta l’onere della prova della buona fede del terzo ed infine circa il giudice competente.

Questo acceso dibattito è stato risolto da un deciso intervento delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione che con la sentenza 10532 del 7 maggio 2013 hanno definito il contrasto giurisprudenziale sorto con riferimento al rapporto tra ipoteca e confisca, facendo prevalere la salvaguardia dell’interesse pubblico quale bene preminente da tutelare rispetto all’interesse del singolo creditore.

La conseguenza è che l’immobile pignorato viene acquisito dallo Stato (con la confisca) libero da pesi, oneri, trascrizioni ed iscrizioni pregiudizievoli acquisiti anteriormente alla misura di prevenzione (sequestro penale e successiva confisca) ed anche la procedura esecutiva immobiliare eventualmente intrapresa verrà dichiarata improcedibile.

Le Sezioni Unite, nella summenzionata sentenza, chiamate a pronunciarsi su un caso verificatosi in data anteriore all’entrata in vigore del codice antimafia, hanno affrontato il tema partendo dalla Legge di stabilità 2013 ed in particolar modo richiamando i commi 194 e 197 dell’articolo 1, i quali per le procedure che al 1 gennaio 2013 avevano già posto in essere la confisca ma non l’aggiudicazione, ponevano il divieto di iniziare o

proseguire le azioni esecutive nonché, per quanto di interesse nella presente sede, l'estinzione degli oneri ed i pesi iscritti o trascritti.

Tali disposizioni, ad avviso della Suprema Corte, risolvono il conflitto tra confisca ed ipoteca, stabilendo la prevalenza della prima sulla seconda, indipendentemente dal dato temporale e, confermano la natura originaria del titolo di acquisto da parte dello Stato, prevedendo che *“gli oneri e pesi iscritti o trascritti (sui beni di cui al comma 194) anteriormente alla confisca sono estinti di diritto”*.

Per quanto concerne la tutela del terzo, la Corte di Cassazione, avallando pienamente il sistema dettato dal Codice Antimafia ed integrato dalla Legge di Stabilità 2013 risolve il conflitto, attribuendo al terzo il diritto ad un equo indennizzo (art. 52 comma 5) commisurato alla durata residua del contratto o del diritto reale.

I presupposti per il riconoscimento del credito del terzo sono previsti dal Codice Antimafia e nello specifico dall'art. 52 che richiede che l'escussione del restante patrimonio, in ossequio all'art. 2740 c.c. sia risultata insufficiente, ma soprattutto, condiziona il riconoscimento del credito alla non strumentalità del credito stesso all'attività illecita o al costituirne il frutto o il reimpiego *“a meno che il creditore dimostri di aver ignorato in buona fede il nesso di strumentalità”*.

Per quanto riguarda lo strumento attraverso il quale il terzo può agire per dimostrare la propria buona fede la giurisprudenza maggioritaria lo ha individuato nell'incidente di esecuzione da presentare al giudice penale del Tribunale del luogo che ha disposto la confisca.

Alla luce di quanto sopra esposto, appare ora evidente come la disciplina e l'interpretazione sopra delineate se da un lato tutelano l'interesse pubblicistico della repressione del fenomeno criminale dall'altro lato compromettono gravemente la tutela e la garanzia riconosciute dall'ordinamento giuridico al terzo creditore, il quale, una volta appurata la trascrizione di un sequestro penale non potrà fare altro che attendere l'esito di tale procedimento verificando l'emissione del provvedimento di confisca definitiva ed in tale ipotesi presentare un incidente di esecuzione per dimostrare la propria buona fede ed essere ammesso ad ottenere l'equo indennizzo riconosciuto dalla legge.