

## CONFISCA ANTIMAFIA E TERZI CREDITORI E TITOLARI DI DIRITTI REALI PARZIARI

MARILENA GORGONI

### Note generali

Che i diritti dei terzi non possano essere pregiudicati dalle misure di prevenzione patrimoniale antimafia non è mai stata conclusione scontata e per più ragioni: l'assenza di una chiara presa di posizione da parte del legislatore, pure intervenuto a più riprese sulla l. 675/1965; il consolidarsi dell'orientamento giurisprudenziale e dottrinario che, partendo dall'idea che il positivo esercizio delle misure prevenzionali antimafia produca a beneficio dello Stato un acquisto a titolo originario dei beni che ne costituiscono oggetto<sup>1</sup>, esclude che i terzi possano esercitare alcuna azione a tutela del proprio diritto e ritiene, di conseguenza, che non resti loro che rassegnarsi alla condivisione della sorte del proposto.

E non è da reputarsi pacifica neppure la conclusione secondo cui a meritare tutela siano i terzi purché in buona fede: quasi che la buona fede concorra a determinare un bilanciamento di interessi tra funzione sanzionatoria e tutela dei terzi<sup>2</sup> e/o costituisca un limite alla confisca<sup>3</sup>. Non è

---

<sup>1</sup> Sul carattere originario dell'acquisto in capo allo Stato, cfr. Cass. pen. 20 gennaio 2010, n. 16580, in *www.dejure.it*; Cass. pen. 4 giugno 2003 n. 38294, in *Cass. pen.*, 2005, 2066; Cass. pen., 5 marzo 1999 n. 1868, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Confisca*, n. 16; Cass. pen. 4 dicembre 1998 n. 7211, in *Foro it.*, 1998, II, 462; Cass. pen., sez. un., 28 gennaio 1998 n. 2, *ivi*, 1998, 1947; Cass. pen. Sez. un., 19 marzo 1996, n. 18; Cass. 16 marzo 1991 n. 2814, in questa *Rivista*, 1991, I, 1443. Tra i giudici di merito, cfr. Trib. Palermo 21 maggio 2007, in *Guida al diritto*, 2007, n. 28, p. 53; Trib. Bari 16 ottobre 2000, in *Foro it.*, 2002, I, 291, con nota contraria di AJELLO, *La confisca antimafia e il principio "empio non tollit locatum"*.

<sup>2</sup> Ha riconosciuto alla buona fede proprio questo ruolo il Trib. Palermo, 14 luglio 2009, in *Giust.civ.*, 2010, 2062.

<sup>3</sup> Cfr. AJELLO, *La confisca antimafia, ult.loc.cit.*

scontata, né sembra in linea con l'impalcatura civilistica di diritto comune, poiché subordinare la tutela del terzo alla ricorrenza della buona fede e alla sua capacità di provarla – buona fede che nel diritto civile è invece, di norma, presunta – significa, per un verso, elevare lo standard probatorio civilistico attestandolo su soglie penalistiche<sup>4</sup> - nel senso che il giudice civile, anziché (limitarsi ad) accertare l'effettiva titolarità dei diritti dei terzi si farebbe carico di finalità pubblicistiche proprie della normativa penale<sup>5</sup> - e, per l'altro, subordinare la tutela dei terzi alla ricorrenza di un presupposto quasi sempre *ultra legem*<sup>6</sup>.

Va detto, in aggiunta, che la tesi per cui la confisca integra un'ipotesi di acquisto a titolo originario è divenuta progressivamente quella prevalente<sup>7</sup>, anche se non è mai stata unanime, e che a sua giustificazione vengono di sovente addotti la ricorrenza “di un potere sovrano, appartenente alla collettività tutta e diretto alla repressione o prevenzione del crimine” e/o (persino) il convincimento che la cosa confiscata sia illecita in modo assoluto e intrinsecamente criminoso<sup>8</sup>.

Esattamente speculare è la opzione che assegna alle misure patrimoniali prevenzionali la finalità di “sottrarre al prevenuto i beni che egli abbia acquisito illecitamente e, più precisamente, i diritti che egli ha ancora su di essi”, per evitare che continui ad avere la disponibilità di ingenti somme da

---

<sup>4</sup> LO GIUDICE, *Comunione leale tra coniugi e misure di prevenzione patrimoniali antimafia*. Nota a Cass., 5 marzo 2010, n. 54524, in *Dir.fam.pers.*, 2010, 1250 ss. e in [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

<sup>5</sup> POFI, *Le incertezze della Suprema corte in materia di confisca. Quale tutela per i creditori?* Nota Trib. Palermo, 14 luglio 2009, in *Giust.civ.*, 2010, 2062 e in [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

<sup>6</sup> Ne costituiscono riprova indiretta le clausole di salvezza a tutela dei diritti di terzi in buona fede talvolta previste per limitare gli effetti *ultra partes* della confisca ed introdotte nel 2008 e nel 2010: si tratta della disposizione che dispone la confisca per equivalente quando la confisca non possa essere disposta per l'avvenuto trasferimento del bene a terzo di buona fede (norma riproposta, a formulazione, invariata nel codice antimafia) e della previsione relativa alla possibilità che i terzi comproprietari e i titolari di diritti reali di godimento o di garanzia sul bene sequestrato intervengano nel procedimento al fine dell'accertamento di tali diritti nonché della loro buona fede e dell'inconsapevole affidamento nella loro acquisizione (manca analoga previsione nel codice antimafia).

<sup>7</sup> 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. Cfr. anche Trib. Palermo 18 aprile 1989, in *Dir. fall.*, 1990, II, 613. 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.

<sup>8</sup> Trib. Palermo, sez. misure di prevenzione, decr. 18 marzo 2002, in *Dir. pen. proc.* 2003, 1009; Trib. Bari, 16 ottobre 2000, cit.

Per talune considerazioni critiche cfr. FRAIOLI, *Note in tema di confisca*, *ult.loc.cit.*

reimpiegare in attività formalmente lecite<sup>9</sup>. Nel trasferimento dei beni, dunque, lo Stato subentrerebbe nella medesima posizione giuridica del prevenuto e l'acquisizione avverrebbe a titolo derivativo<sup>10</sup>.

Non è vero però – non sempre almeno - che tale qualificazione si traduca in un'apertura verso la tutela dei terzi, intesa in senso forte, posto che la natura derivativa dell'acquisto non consentirebbe ai terzi di far valere nei confronti dello Stato ogni ragione, pur vantata legittimamente nei confronti dell'indiziato mafioso, perché lo Stato subentra non come successore universale, ma come successore a titolo particolare nella posizione giuridica prima della confisca rivestita dal prevenuto. Se ne inferisce che le posizioni creditorie dei terzi non possono essere trattate alla stregua di poste negative sul patrimonio del confiscato, ma come posizioni creditorie che non possono subire riduzioni in punto di tutela processuale a causa delle misure di prevenzione. Non è un caso che una delle questioni più spinose sia sempre stata quella del tipo garanzie processuali debbano essere riconosciute al terzo. Le opzioni erano se consentirgli di proporre incidente di esecuzione, in quanto interventore necessario nel processo di prevenzione e poi se riservare tale facoltà ai titolari di un diritto reale di godimento<sup>11</sup> e anche ai titolari di un diritto reale di garanzia<sup>12</sup> ed ai titolari di un diritto di credito<sup>13</sup>. Nel concentrare l'attenzione e gli sforzi sulla natura originaria o derivativa del

---

<sup>9</sup> FIANDACA, *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Digesto disc. pen.*, VIII, Torino, 1994, 108 ss.; BONGIORNO, *Note a margine di una recente ordinanza in tema di effetti civili della confisca nel sistema della legge 646/1982*, in *Fallimento*, 1986, 1137.

<sup>10</sup> Trib. Salerno, 29 giugno 2010, in [www.dejure.it](http://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.

<sup>11</sup> Trib. Napoli, 17 aprile 2008, in *Merito extra*, 2011, 43.1.

<sup>12</sup> Cass., 29 aprile 2010, n. 29378, in *Foro it.*, 2011, II, 158.

<sup>13</sup> In senso negativo Cass. pen. 13 febbraio 2006, in *Cass.pen.*, 2008, 3019, con osservazioni di MOLINARI.

provvedimento ablativo si è trascurato di considerare che la confisca subentra al sequestro preventivo e che durante la fase che inizia con il sequestro e termina con la confisca definitiva tutelare i diritti dei terzi significa garantire loro la possibilità di intervenire nel procedimento.

L'insoddisfazione per il modo di affrontare i problemi aveva trovato il modo di manifestarsi soprattutto riguardo alla confisca delle aziende nonché delle partecipazioni e delle azioni di società. Il motivo è che "l'ordinamento era ed è attrezzato essenzialmente per la soluzione di conflitti tradizionali, nascenti dalle confische presso terzi, aventi ad oggetto beni tradizionali (gli immobili, i beni mobili registrati, ecc.), sui quali s'incentra la pretesa ablativa dello Stato e sui quali grava, in particolare, il diritto di proprietà di soggetti diversi dall'indiziato di appartenenza ad associazioni mafiose"<sup>14</sup>. Per di più il sequestro antimafia è stato immaginato e disciplinato, avendo a riferimento "cose", piuttosto che beni in senso giuridico, generalmente considerate nella loro staticità, che non ponevano la necessità di far fronte alle dinamiche economiche, contabili, patrimoniali proprie delle aziende, delle imprese, delle società<sup>15</sup>.

Sin dall'adozione dell'art. 2 ter della l. 575/1965 la necessità di contrastare intestazioni fittizie e interposizioni nell'intestazione dei beni aveva indotto un affinamento dello strumento d'intervento statale. Fu proprio a questo scopo che si fece ricorso all'istituto della disponibilità diretta e indiretta che richiama non la proprietà, ma il possesso civilistico, e che, contrapponendosi all'appartenenza formale dei beni da parte del terzo, bastò a costituire il fondamento giustificativo dell'ablazione, sol che fosse provato il potere del mafioso di determinare effettivamente la destinazione e l'impiego dei beni, pure formalmente appartenenti a terzi.

Senonché si continuò a trascurare la circostanza che quando oggetto del provvedimento preventivo sia l'impresa, anche questi criteri non bastano perché l'impresa mafiosa non è illecita in sé e per sé, ma per la provenienza dei capitali e per l'intimidazione mafiosa, e l'interesse dello Stato dovrebbe essere quello di recuperarla al mercato neutralizzandone le connessioni mafiose. Ogni strumento normativo deve perciò puntare a realizzare prevalentemente la tutela dei terzi estranei al reato: tutela che va realizzata evitando che lo Stato dalla confisca erediti contenziosi piuttosto che utilità<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> CASSANO, *Confisca antimafia e diritti dei terzi*, in *Cass.pen.*, 2005, 2155.

<sup>15</sup> CASSANO, *Confisca antimafia*, *ult.loc.cit.*; GIALANELLA, *L'art. 2-quater della l. n. 575 del 1965: il punto sull'oggetto e l'esecuzione del sequestro e della confisca di prevenzione*, in *Cass. pen.*, 2004, 364, e in *www.dejure.it*

<sup>16</sup> Ancora CASSANO, *Confisca antimafia*, *ult.loc.cit.*

### Ragioni che giustificano la richiesta di tutelare i terzi estranei al reato

Da tempo i giudici sollecitavano un intervento della Corte costituzionale che dichiarasse illegittima l'efficacia *ultra partes* della confisca mafiosa<sup>17</sup> e la dottrina invitava il legislatore a intervenire sulla tutela dei terzi per almeno tre ordini di ragioni:

a) la tutela dell'affidamento incolpevole del terzo impegnerebbe lo Stato in virtù dei principi costituzionali della non considerazione di colpevolezza<sup>18</sup> e del giusto processo (art. 111 cost.), ma anche in conseguenza dell'adesione alle Convenzioni internazionali, quali la Convenzione di Vienna del 1988 (art. 5, comma 8) e la Convenzione di Strasburgo (art. 5 comma 7), che impongono la tutela dei terzi nell'applicazione della confisca<sup>19</sup>.

b) regole chiare ed uniformi sul procedimento prevenzionale e sui suoi rapporti con il procedimento fallimentare evitano che i contrasti sugli interessi tutelabili nell'ambito del procedimento di prevenzione e sui limiti e sulle forme della tutela accordabile disperdano le ricchezze, impoveriscano le imprese e rendano la destinazione sociale dei beni confiscati del tutto virtuale;

c) sacrificare gli interessi dei terzi incolpevoli incrementa situazioni conflittuali sul piano sociale che, compromettendo il prestigio della legge, riduce la percezione della legittimità della legge (penale).

Il legislatore era sì intervenuto, ma in maniera insoddisfacente, non affrontando la complessa problematica relativa alla tutela dei terzi.

---

<sup>17</sup> Sulla questione di legittimità costituzionale sollevata dal Trib. Palermo, ord. 19 aprile 1986, in *Fallimento*, 1986, 1134, con nota di BONGIORNO, *Note a margine di una recente ordinanza in tema di effetti civili della confisca nel sistema della legge 646 del 1982*, la Corte Costituzionale (14 aprile 1988 n. 455, in *Giur. cost.*, 1988, I, 2083) ha deciso per la declaratoria di inammissibilità per indeterminatezza dell'oggetto.

La questione è stata riproposta per contrarietà con gli artt. 27, comma 1, 25 comma 3, e 24, comma 1, dell' art. 2 ter della l. 196/575 nella parte in cui non prevede che i terzi creditori chirografari e privilegiati del prevenuto, per titoli anteriori al procedimento di prevenzione, possano soddisfare le loro pretese sui beni soggetti a confisca e nella parte in cui gli artt. 2 ter e 4 non prevedono che gli effetti della confisca e della devoluzione dei beni allo Stato non coinvolgono terzi, sottraendo loro la possibilità di soddisfarsi. La risposta della Corte fu ancora una volta nel senso dell'inammissibilità: Corte cost., 8 ottobre 1996 n. 335, in *Foro it.*, 1997, I, 21. Risposta analoga si era del resto già avuta nel 1994: cfr. Corte cost. 19 maggio 1994 n. 190, in *Dir. fall.*, 1994, II, 869, con nota di RAGUSA MAGGIORE, *Confisca penale dei beni dei mafiosi e tutela dei terzi*.

<sup>18</sup> S'è posto altresì il problema se, imponendo al privato l'onere di dimostrare la buona fede, si violi la presunzione costituzionale di non colpevolezza. La risposta dovrebbe essere negativa, poiché la presunzione di non colpevolezza opera nel campo delle libertà personali, là dove le misure preventive patrimoniali incidono sul patrimonio assistito da minori garanzie: cfr. POFI, *Le incertezze*, *ult.loc.cit.*

<sup>19</sup> CASSANO, *Confisca antimafia*, *ult.loc.cit.*

Il codice antimafia dedica, invece, finalmente, si è detto, alla tutela un cospicuo numero di disposizioni: l'intero art. 52 ed altre previsioni sparse.

## Le risposte del Codice antimafia

Il primo interrogativo cui dare risposta è se il provvedimento definitivo di confisca secondo il codice antimafia produca un acquisto a titolo originario a favore dello Stato ovvero determini il subentro dello Stato nella stessa posizione giuridica del mafioso. Di seguito va accertato e se una chiara presa di posizione a riguardo sortisca effetti e quali in ordine alla tutela dei diritti dei terzi: diritti dei terzi che non possono che presupporre che i beni confiscati appartengano al mafioso (o siano nella sua disponibilità diretta o indiretta). La precisazione è opportuna perché se il bene non appartiene al mafioso o non gli appartiene più dal punto di vista formale per essere stata trasferito ad un terzo prima dell'avvio delle misure di prevenzione dovrebbero valere le comuni regole di opponibilità<sup>20</sup>, giacché, acquisti a titolo originario o a titolo derivativo, il provvedimento ablatorio non consente il trasferimento di un diritto di contenuto diverso e più ampio di quello che faceva capo al precedente titolare; salvo che non ricorrano gli estremi di un trasferimento che si presume fittizio<sup>21</sup>, in tal caso la posizione del terzo è subordinato alla mancanza di collegamento del diritto con l'attività illecita, dovendo egli farsi carico della dimostrazione del suo affidamento incolpevole ingenerato da una situazione di oggettiva ingerenza che rende scusabile l'ignoranza o il difetto di diligenza<sup>22</sup>.

Il tenore letterale delle disposizioni offre un argomento a sostegno della prima opzione, almeno relativamente alla confisca di beni intesi come cose. Per i beni in senso giuridico, la previsione è insufficiente. Valgono infatti le considerazioni della giurisprudenza che, pur favorevole ad ipotizzare un acquisto a titolo originario dei beni, quanto all'acquisto dei diritti prevede

<sup>20</sup> FRAIOLI, *Note in tema di confisca, ult.loc.cit.*

Cfr. a proposito dell'usucapione MICCOLIS, *Breve nota sull'efficacia "ultra partes" della sentenza di accertamento dell'avvenuto acquisto per usucapione. Nota all'ordinanza della Corte Costituzionale 10 giugno 2000 n. 219, in Foro it., 2001, I, 1818, il quale ritiene che "la sentenza di accertamento dell'avvenuto acquisto per usucapione pronunciata solo in danno del precedente proprietario non è efficace, neppure in via riflessa, nei confronti del creditore che abbia, antecedentemente alla trascrizione della domanda, iscritto ipoteca"*,

<sup>21</sup> Regolato dall'art. 26 del codice antimafia.

<sup>22</sup> Sull'affidamento incolpevole del terzo che vanti al titolarità di un diritto parziario cfr. Cass., pen. 14 gennaio 2009, n. 2501, in *Rep. Foro it., 2009, voce Misure di prevenzione*, n. 112; Cass., pen. 13 novembre 2008, n. 43715, *ibidem*, n. 113

una successione da parte dello Stato nella medesima posizione dell'indiziato. Resta, perciò, l'insoddisfazione per le ipotesi in cui oggetto di confisca siano crediti, partecipazioni societarie, aziende.

Ebbene, l'art. 45 afferma, infatti, che “a seguito della confisca definitiva di prevenzione i beni sono acquisiti al patrimonio dello Stato liberi da oneri e pesi”. Alla precedente previsione, oggetto di successivi interventi sul testo originario<sup>23</sup>, contenuta nell'art. 2 nonies della l. 675/1975 che si limitava a stabilire la devoluzione allo stato dei beni confiscati, si è aggiunta una prescrizione importante: 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 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.

Tale conclusione, di omologia in omologia<sup>24</sup>, finirebbe per annoverare la confisca “tra i fatti con efficacia preclusiva” al pari della transazione o del giudicato, “che rendono inutile ogni indagine circa l'esistenza ed il modo di essere di fatti ancor più remoti”<sup>25</sup>.

La tesi è forte e tranciante, ma non è inequivoca. Tutt'altro. Il tenore letterale certamente non basta a giustificarla, perché onde verificare se e come l'effetto liberatorio provocato dalla confisca si concili con il bilanciamento delle opposte esigenze di tutela delle pretese dello stato e delle pretese dei terzi che sul medesimo bene vantano diritti reali parziari, in base a legittimi titoli, si basa, in verità, su una pluralità di disposizioni contenute nel codice antimafia, il cui contenuto precettivo pare compatibile, al contrario, con la conservazione e il riconoscimento, a certe condizioni, dei

---

<sup>23</sup> L'ultima modifica, prima che la legge fosse abrogata dal codice antimafia, era stata apportata dall'articolo 5, comma 1, lettera d), punti 01) e 1), del D.L. 4 febbraio 2010, n. 4.

<sup>24</sup> Con la sanzione amministrativa, con l'espropriazione, con l'usucapione, ecc.

<sup>25</sup> In termini, a proposito dell'usucapione, FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc.dir.*, XIV, Milano, 1992, 502.

diritti dei terzi: l'art. 52, comma 1, ove si precisa che la confisca non pregiudica i diritti di credito dei terzi che risultano da atti aventi data certa anteriore al sequestro nonché i i diritti reali di garanzia costituiti prima del sequestro. La stessa norma, al comma 4, precisa però che la confisca determina l'estinzione dei diritti reali di godimento e lo scioglimento dei contratti da cui derivano diritti personali di godimento a beneficio di terzi.

Insomma il comma 4 appare in linea con la tesi dell'acquisto a titolo originario, il comma 1 è formulato in modo da richiamare in maniera evidente un acquisto a titolo derivativo. A tornare a far pesare il piatto della bilancia per la tesi dell'acquisto a titolo derivativo si aggiunge un'altra previsione, quella, di cui al comma 4 dell'art. 52, che stabilisce che i terzi che subiscono la estinzione dei diritti di credito (derivanti da diritti personali di godimento) e dei diritti reali di godimento per *factum principis* (provvedimento ablativo di confisca) vantano il diritto ad un equo indennizzo.

Posto che il tenore letterale delle previsioni non offre soluzioni appaganti, val la pena di approfondire la questione, partendo da premesse diverse, di cui da tempo si discute in dottrina in tutt'altra *sedes materiae*<sup>26</sup>: a) che ci sia un principio generale per cui la fattispecie acquisitiva a titolo originario valga a liberare il bene dai diritti che insistano su di esso non è pacifico, tant'è che sul punto non vi è mai stata unanimità di opinioni; b) la giurisprudenza della Suprema Corte sembra orientata ad escluderne l'ammissibilità nel nostro ordinamento<sup>27</sup>.

Ciò non è bastato ad accantonare la discussione, ma è servito a dischiudere ulteriori possibilità che può essere utile verificare se siano invocabili anche riguardo alla confisca antimafia. Si tratta in primo luogo di modulare diversamente l'effetto preclusivo dell'acquisto a titolo originario a seconda dei diritti fatti valere dal terzo<sup>28</sup>; quindi, di considerare la ricorrenza di fattispecie acquisitive che risultino a titolo originario quanto all'acquisto del

---

<sup>26</sup> Ci si riferisce all'usucapione: cfr. *ex plurimis* CICU, *L'usucapio libertatis nel progetto del nuovo codice*, in *Scritti minori di Antonio Cicu*, vol. 2°, *Successioni e donazione*, Milano, 1965, 365 e LISELLA, *La "moderna" usucapio libertatis*, in *Rass.dir.civ.*, 1999, 734.

<sup>27</sup> Cass., 27 marzo 2001 n. 4412 in *www.dejure.it*.

<sup>28</sup> Contra, invece, FRAIOLI, *Note in tema di confisca, ult.loc.cit.*

*Se n'è a lungo discusso con riguardo all'usucapione, pervenendo appunto a risposte differenziate: per l'estinzione dei crediti si sono espressi* GORLA, *Delle ipoteche e del pegno*, in *Commentario del codice civile, libro VI - Tutela dei diritti - Art. 2784-2899*, Bologna-Roma, 1968, 431; RAVAZZONI, *Le ipoteche*, in *Trattato dir.civ.comm.*, Milano, 2006, 513.

Di contrario avviso sono RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, Milano, 1956, 412ss, Tamburrino, *Della Tutela dei diritti (delle ipoteche) – artt. 2808 – 2899*, Torino, 1976, 286.

diritto di proprietà e a titolo derivativo per spiegare la permanenza dei diritti dei terzi: insomma concepire ipotesi che costituiscano una sorta di *tertium genus* tra acquisti a titolo originario e acquisti a titolo derivativo.

Entrambe queste opzioni si rivelano *ictu oculi* feconde di implicazioni se riferite alla confisca antimafia e persino fornite di appigli di diritto positivo.

La modulazione dell'effetto preclusivo sembra, infatti, ricostruibile proprio alla stregua delle disposizioni dell'art. 52 del codice antimafia, da cui si evince, come si è anticipato, che si estinguono i diritti reali e i diritti personali di godimento e non si estinguono invece i diritti di credito e i diritti reali di garanzia aventi data certa anteriore al sequestro né il diritto di proprietà del comunista.

I titolari dei diritti reali di godimento non possono infatti chiedere la restituzione del bene sequestrato e poi confiscato né possono chiederlo i titolari di diritti personali di godimento,; entrambe le categorie di terzi, in aggiunta, ne perdono rispettivamente il possesso e la detenzione, sin dal sequestro, quando l'ufficiale giudiziario, ai sensi dell'art. 21, comma 2, del codice antimafia, immette nel possesso dei beni l'amministratore giudiziario, benché sugli stessi gravino diritti reali o personali di godimento.

Di grande interesse si rivela anche la possibilità di riconoscere duplice veste alla confisca, cioè di trattarla come una fattispecie a titolo originario per spiegare l'acquisto della proprietà dei beni a favore dello Stato e a titolo derivativo per giustificare la tutela dei terzi; sarebbe conciliabile l'assenza di traccia nella disciplina positiva di norme che consentano di affermare la natura derivativa del diritto acquistato dallo Stato, almeno intesa nei termini di una relazione necessitata tra la proprietà dello Stato e quella del confiscato<sup>29</sup>, con quelle disposizioni che, al contrario, non si giustificerebbero ove l'acquisto avvenisse a titolo originario.

Il diritto dello Stato nasce *ex novo* per la concorrenza dei presupposti qualificanti la fattispecie. Nessuno di tali presupposti può essere posto in relazione con il diritto del soggetto confiscato: tutti hanno una loro autonomia. Ciò depone per la natura originaria dell'acquisto: il diritto di proprietà non deriva dal confiscato, il quale non è, né può essere considerato,

---

<sup>29</sup> Sembrano fare eccezione i casi in cui oggetto di sequestro e di confisca siano diritti di credito: cfr. Cass. 3 luglio 1997 n. 5988, secondo la quale non potendo sostenersi che, per effetto della confisca, sorga un diritto di credito nuovo dello Stato nei confronti del terzo debitore e che possa il correlativo rapporto altrimenti spiegarsi che in ragione di un nesso di derivazione dalla precedente relazione obbligatoria, tra il medesimo debitore e l'originario creditore fatto destinatario della misura ablativa ». In tal caso si ha solamente una modificazione soggettiva attiva dell'originario rapporto obbligatorio

dante causa dello Stato<sup>30</sup>. Esso è piuttosto l'effetto traslativo di un'autonoma fattispecie legale e processualmente complessa intesa ad un trasferimento coattivo che si perfeziona con il provvedimento giudiziale di confisca. Altrettanto vero è che quelle disposizioni dalle quali si evince la volontà del legislatore di tutelare, a certe condizioni, i diritti dei terzi vi contrastano in maniera decisa: il discorso vale per i diritti reali di godimento e di garanzia, ma anche per i diritti di credito.

Ce n'è quanto basta per azzardare l'idea che la confisca effettivamente metta in crisi la corrente distinzione tra acquisti a titolo derivativo ed acquisti a titolo originario, quali categorie esclusive, messe a disposizione dall'ordinamento, per distinguere i casi in cui il diritto del nuovo titolare resta definito attraverso la sua relazione con il diritto del precedente titolare, dai casi in cui ciò non appare possibile.

L'idea di base non è nuova e si fonda sull'impiego dell'interpretazione funzionale (dell'istituto della confisca), affinché si scioglano i dubbi relativi alla sorte dei diritti reali parziari ovvero di altre pretese sul bene confiscato, diffidando di classificazioni astratte da assumere quali dogmi del sistema, per fare emergere i contrapposti interessi in gioco e privilegiare quelli che in un determinato momento storico appaiono più rispondenti ai valori costituzionali. Insomma, “tra varie interpretazioni semanticamente e logicamente possibili la scelta deve cadere su quella, il cui risultato pratico meglio soddisfa le esigenze economico-politico-sociali preminenti nel momento storico dato”<sup>31</sup>.

Alcuni dati vanno aggiunti a quelli già citati e aiutano a comprendere l'idea ispiratrice della soluzione proposta: il legislatore del codice antimafia, nel precisare gli effetti della confisca, non si è limitato a disporre che la proprietà dei beni confiscati si acquista al patrimonio dello stato, nulla prescrivendo in ordine alla sorte dei concorrenti diritti reali di godimento e di garanzia sul bene stesso e lasciando all'interprete la soluzione dei conflitti d'interessi che possono nascere tra Stato e terzi. Il *quid novi* del codice antimafia sta nella precisazione che la proprietà si acquista da parte dello Stato libera da pesi e oneri. Allora non ha senso chiedersi se esista un principio generale che leghi l'acquisto a titolo originario all'estinzione dei

---

<sup>30</sup> *Contra*, FRAIOLI, *Note in tema di confisca*, *ult.loc.cit.*, , per il quale la confisca investe il diritto sulla cosa nella esatta conformazione esistente all'epoca del provvedimento, non potendosi acquisire diritti o facoltà che il soggetto passivo della confisca aveva già perduto. Sul tema cfr. anche MONTELEONE, *Effetti ultra partes*, *cit.*, 574

<sup>31</sup> PUGLIESE, *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Tratt. dir.civ. Vassalli*, vol. IV, tomo V, Torino, 1972, 588.

diritti costituiti dal soggetto che ha subito la confisca a favore di terzi, onde definire la posizione giuridica del terzo estraneo al reato. Il confronto con l'usucapio libertatis non regge, o regge solo in parte, perché i dubbi in ordine all'operare dell'usucapio libertatis nel caso di acquisto per possesso protratto nel tempo sono determinati e alimentati dalla scelta del legislatore di non prevedere una disposizione ad hoc, benché se ne discutesse già sotto la vigenza del codice del 1865 c.c. Insomma, va sottolineato il fatto che la scelta legislativa di codificare la libertà del bene confiscato da iura in re aliena non è indifferente, ma dimostra, al contrario, che il codice antimafia non ha considerato impossibile il sacrificio dei diritti dei terzi, tanto da aver immaginato come connaturale alla confisca la tangibilità delle loro sfere giuridiche, sul presupposto che esse si estinguano proprio per effetto del provvedimento definitivo di confisca, di cui, va ribadito senza mezzi termini, ha inteso chiaramente esaltare la natura di elemento perfezionativo di una fattispecie acquisitiva a titolo originario. E se è legittimo nutrire dubbi sul se sia conforme con i principi del nostro ordinamento ritenere che se una proprietà è acquistata a titolo originario e, quindi, per definizione, non è collegabile alla posizione giuridica soggettiva del precedente proprietario, essa debba ritenersi “piena”, non possono residuare dubbi a fronte di una chiara, esplicita e intenzionale previsione in tal senso.

Si può discutere e continuare a farlo della opportunità di una prevedere una sanzione così forte nei confronti dell'indiziato mafioso, ma non della sua legittimità, anche in ragione del fatto che il sacrificio del patrimonio può avvenire e legittimamente, ai sensi degli artt. 41 e 42 cost.<sup>32</sup>

## **Implicazioni di ordine pratico**

Sciolto un dubbio, se ne dischiude un altro: quello relativo alle reali implicazioni pratiche che derivano dall'accoglimento di tale premessa.

Il codice antimafia prevede che i beni confiscati sono sottratti alle pretese dei terzi, i quali non possono iniziare né proseguire attività esecutive - la procedura esecutiva entra in una fase di quiescenza che con la confisca si estingue oper legis<sup>33</sup> - non possono possederli, detenerli o occuparli cum o sine titolo.

---

<sup>32</sup> Cfr. FIANDACA, *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *igesto. disc. pen.*, VII, Torino 1994, 114.

<sup>33</sup> BATTAGLIESE, *Osservazioni alla bozza del decreto attuativo della legge delega per l'emanazione del codice antimafia e delle misure di prevenzione. E le contese sulla confisca non*

Anche ciò è coerente con l'idea che lo Stato abbia acquistato a titolo originario i beni confiscati e che i diritti dei terzi di norma si estinguano per sopravvenuta incompatibilità: si pensi ad esempio che il principio *emptio non tollit locatum* non trova applicazione ove l'acquisto del bene locato abbia natura originaria<sup>34</sup>. Se n'è discusso con riguardo all'espropriazione per pubblica utilità e all'acquisto coattivo al demanio pubblico; in entrambi i casi si è ritenuto inapplicabile il principio di cui all'art. 1599 c.c., rispettivamente, perché la Pa intende acquistare la materiale disponibilità di un bene per realizzarvi un'opera pubblica e perché il passaggio al demanio impedisce al terzo di goderne per effetto di un contratto<sup>35</sup>.

Le restanti previsioni sono strumentali a costruire un quadro di tutele differenziato per tipologia di situazioni giuridiche soggettive.

I diritti dei terzi la cui sopravvivenza più incide, per il contenuto compressivo delle facoltà che ne costituiscono il contenuto, sull'estensione della proprietà dello Stato, vale a dire i diritti reali e quelli personali di godimento, si estinguono; all'estinzione segue la conversione in una pretesa creditoria commisurata alla durata del diritto reale e del contratto costitutivo del diritto personale di godimento, soddisfatta mediante la corresponsione di un equo indennizzo, di ammontare definito per mezzo di un decreto ministeriale (art. 52 comma 5).

Per i diritti di credito e i diritti reali di garanzia la tutela è, in un certo senso, maggiore: la confisca non pregiudica né i creditori chirografari né quelli privilegiati che abbiano concesso il credito prima del sequestro.

Va premesso che i crediti non sono lesi dalla confisca in sé e per sé, nel senso che sono pregiudicati indirettamente e solo eventualmente dalla confisca, nella misura in cui la confisca riduce la garanzia patrimoniale generica, cioè il patrimonio del debitore su cui esercitare anche future azioni esecutive.

In altri termini, non si esclude che il terzo creditore si soddisfi su altri beni del debitore diversi da quello oggetto di confisca, stante che permane la responsabilità patrimoniale del debitore di cui all'art. 2740 c.c.<sup>36</sup> e, quindi, il suo obbligo di rispondere delle obbligazioni assunte "con tutti i suoi beni

---

*finiscono qui*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it)

<sup>34</sup> Cass., 9 aprile 1985, n. 2356, in Foro it., 1986, I, 1036 con nota di Amato, *Sull' "emptio non tollit locatum" tra astrattezza e realtà*; Cass., 29 ottobre 1992, n. 1167, in Vita notar., 1993, 824.

<sup>35</sup> Sul punto cfr. AJELLO, *La tutela antimafia*, *ult.loc.cit.*, il quale proprio da questi argomenti inferisce, al contrario, che la causa giuridica della confisca non è costituita dall'acquisizione del bene al patrimonio dello Stato, bensì dall'esigenza di interrompere la relazione del bene con il prevenuto e sottrarlo alla sua disponibilità.

<sup>36</sup> POFI, *Le incertezze della Suprema Corte*, *ult.loc.cit.*

presenti e futuri". Se ne inferisce che i creditori sono titolari di un interesse giuridicamente apprezzabile e tutelabile in sede giudiziaria all'accertamento del loro diritto di credito, in vista di una sua futura soddisfazione, seppur mediante l'aggressione di beni del debitore diversi da quelli oggetto della confisca<sup>37</sup>.

Il legislatore antimafia ha fatto propria questa impostazione, sostenuta, non caso, proprio dalla giurisprudenza che qualifica la devoluzione allo Stato come un acquisto a titolo originario, facendosi carico delle relative, anzi di tutte le relative possibili, implicazioni. Nel senso che non si è limitato a prendere atto della facoltà che il creditore intraprenda e prosegua azioni esecutive sul patrimonio del mafioso non confiscato – inevitabile conseguenza del fatto che la confisca sottrae alla circolazione giuridica non tutto i beni presenti e futuri dell'indiziato di mafia, bensì solo quelli confiscati – ma ha dimostrato di avere consapevolezza della difficoltà di soddisfare in concreto una pretesa creditoria se tutto il patrimonio dell'indiziato è confiscato ovvero se i beni non confiscati si rivelano incipienti, nella misura in cui ha previsto che il creditore chirografario che abbia infruttuosamente escusso i beni non confiscati, a certe condizioni (quelle di cui all'art. 52, comma 1), abbia diritto al soddisfacimento da parte dello Stato nel limite del 70 per cento del valore dei beni sequestrati o confiscati.

I creditori privilegiati, il cui privilegio evidentemente sia costituito proprio sul bene confiscato, non vantano un diritto nei confronti dello Stato subordinato alla preventiva escussione, ma si può dire che perdano il privilegio, cioè sono trattati, in una certa misura, come creditori preferiti, ma sono privati tanto dello *ius distrahendi* quanto dello *ius prelacionis*.

Tirare le fila del ragionamento è piuttosto complesso, soprattutto se ci si vuol mantenere aderenti alle premesse da cui si è partiti e che hanno sempre imprigionato il ragionamento nell'alternativa dogmatica impostata in termini classici: originarietà o derivatività dell'acquisto effetto di confisca.

Si può ribadire ciò che appare ovvio: attraverso la confisca antimafia si vuole recuperare il bene per destinarlo virtuosamente; tale destinazione non tollera pesi e oneri che derivino dalla precedente gestione/proprietà illecita, allora il legislatore ha costruito un mosaico di regole che aspira ad essere esaustivo - alcune tessere invero non si incastrano ancora facilmente (sono ancora molto evidenti i limiti relativi alla confisca di aziende, imprese, partecipazioni societarie) - con cui giungere in tempi ragionevoli a una liberazione coattiva e definitiva da ogni peso od onere.

---

<sup>37</sup> Trib. Bari 16 ottobre 2000, cit.