

## **I diritti reali di garanzia e la tutela del credito in ipotesi di confisca**

Particolarmente dibattuta è la questione della tutela del diritto di credito vantato da un terzo soggetto, datore di pegno o ipoteca, ove intervenga la confisca sul bene gravato da un diritto reale di garanzia. Tale questione assume notevole rilevanza in relazione all'implicazione dei diritti di soggetti terzi, estranei ai profili di reato contestati al destinatario della misura ablatoria applicata dallo Stato, e nel contempo richiede lo svolgimento di preliminari considerazioni afferenti molteplici aspetti avuto riguardo alle novità che di recente hanno riguardato tale materia.

Occorre, infatti, in tale ipotesi contemperare duplici interessi tra loro contrapposti; da un lato, l'interesse pubblico cui la confisca è finalizzata e dall'altro, le esigenze del terzo creditore estraneo ai profili di reato. Ci si è chiesti, infatti, se il provvedimento di confisca sia anche estintivo degli eventuali diritti, oneri e pesi trascritti, compresa l'ipoteca o se anche la confisca non alteri la sussistenza di tale diritto e se così è in che termini opera la tutela del terzo creditore.

In linea del tutto generale, e conformemente al dettato normativo di cui al D.Lgs. 159/2011 la confisca pregiudicherebbe i diritti di credito ed i diritti reali vantati dai terzi. Difatti, l'art. 45, comma 1, d.lgs. 159/2011 prevede che a seguito della confisca definitiva i beni sono acquisiti al patrimonio dello stato liberi da pesi ed oneri. Tuttavia, le imprescindibili esigenze di tutela dei terzi creditori hanno suscitato un dibattito di non poco momento sull'effettiva natura della confisca. Difatti, ove la stessa fosse considerata alla stregua di un modo di acquisto della proprietà a titolo originario l'acquisto del bene al patrimonio dello Stato comporterebbe il venir meno di ogni preesistente diritto e, quindi, anche del diritto reale di garanzia. Diversamente, ove la confisca fosse considerata alla stregua di un modo di acquisto della proprietà a titolo derivativo si avrebbe che lo Stato subentrerebbe nella titolarità dei diritti facenti capo al destinatario della confisca nell'esatta misura e situazione esistente al momento dell'adozione del provvedimento. Si ritiene, in sostanza, che lo Stato non possa vantare un diritto più ampio di quello di cui era titolare il soggetto passivo al momento dell'adozione della confisca. Da qui si riteneva che la confisca non poteva colpire beni o diritti facenti capo a terzi estranei al reato tra cui i beni oggetto di pegno o di ipoteca e ciò sull'assunto che ove ciò fosse accaduto si sarebbero ingiustificatamente soppresse le esigenze di tutela di terzi estranei al reato.

Al fine di comporre il superiore contrasto, in un recentissimo arresto, le Sezioni Unite,( Cass. Sez. Un. N. 10532/2013) preso atto anche delle recenti novità che hanno interessato il Codice antimafia, hanno rilevato che la confisca prevale sull'ipoteca in quanto la salvaguardia del preminente interesse pubblico giustificerebbe il sacrificio del diritto del terzo titolare di un diritto reale di garanzia ed estraneo ai profili di reato contestato al destinatario della confisca.

Tuttavia, la tutela del preminente interesse pubblico cui la normativa antimafia è rivolta non può pregiudicare le ragioni dei terzi estranei al reato e, per tali soggetti, la normativa in questione consegna una forma di tutela posticipata e di tipo risarcitorio.

Pertanto, alla stregua delle previsioni di cui alla legge di stabilità per il 2013 ed alle modifiche da essa apportate al D.Lgs. 159/2011, i presupposti per il riconoscimento del credito in capo al terzo sono quelli di cui all'art. 52 del d.lgs.159/2011 e si applicano i principi di cui alla buona fede ed alla non strumentalità del credito all'attività illecita. L'art. 52 del D.Lgs. 159/2011 prevede che la confisca non pregiudica i diritti di credito dei terzi, sempre che tali diritti risultino da atti aventi data certa o da diritti reali di garanzia costituiti in epoca antecedente al sequestro. Pertanto, la tutela del terzo creditore, titolare di un diritto reale di garanzia, si profilerebbe su di un piano meramente risarcitorio con la necessità che la domanda di ammissione al credito si presenti nel termine decadenziale di 180 giorni dal passaggio in giudicato del provvedimento che dispone la confisca. La tutela del terzo sarebbe, quindi, differita e subordinata alla sussistenza della titolarità di un diritto reale di garanzia anteriore al sequestro ed alla coesistente buona fede del terzo creditore estraneo all'attività illecita.

La tutela del terzo viene comunque garantita anche dall'attività svolta dal giudice al momento dell'adozione del provvedimento di sequestro preventivo. Ebbene, in tale sede il Giudice potrà, al fine di evitare che il bene oggetto di pegno o ipoteca sia sottratto alla garanzia del debitore proprietario, graduare il provvedimento di sequestro in modo da comprimere i diritti e le facoltà del solo proprietario imputato (o indagato), senza invece intaccare quelli del terzo creditore (ovviamente, qualora quest'ultimo sia estraneo al reato): ciò, in funzione del principio di proporzionalità della pena (e delle misure cautelari, anche reali).

Nella specie, il giudice di merito nell'applicazione del 1° comma dell'art. 321 c.p.p. può graduare la portata oggettiva del sequestro preventivo nel senso che ben può limitare l'efficacia della misura alle facoltà spettanti al debitore indagato o imputato, lasciando impregiudicate le facoltà che sono di esclusiva pertinenza del creditore pignoratizio. Si ritiene, pertanto, che nessun ostacolo impedisce l'applicabilità del sequestro preventivo di cui all'art. 321, co. 1 c.p.p. alle cose soggette a pegno con effetti limitati alla posizione del debitore garante indiziato di reato”.

Pertanto, in tutti quei casi in cui il provvedimento di sequestro si dovesse presentare estremamente generico e non specifici i singoli beni che ne costituiscono l'oggetto ma si indirizzi, ad esempio, alla ditta genericamente individuata è chiaro che gli eventuali diritti di garanzia andranno considerati inclusi in tale alveo. E ciò, tenuto conto anche delle eventuali difficoltà probatorie cui si andrebbe incontro nel volere eventualmente sostenere l'estraneità del diritto reale di garanzia all'attività di reato del soggetto che ha subito il sequestro e , quindi, l'esclusione dello stesso dalla misura preventiva. Tali Difficoltà sarebbero particolarmente accresciute in quanto siffatta prova dovrebbe essere fornita da un soggetto terzo estraneo all'attività del debitore e, quindi, tale possibilità risulta chiaramente remota.

Rilevante certamente ai fini dell'inclusione del diritto reale di garanzia ed alla soluzione di tutte le situazioni di incertezza che si presentano, specie ove il provvedimento di sequestro è generico, è la relazione particolareggiata da redigere, ad opera dell'amministratore giudiziario nominato, ai sensi dell'art. 36 D. Lgs. 159/2011, e che deve indicare tra le altre cose, la sussistenza degli eventuali diritti dei terzi sui beni sequestrati

In ogni caso, la tutela del diritto di credito vantato dal terzo datore di pegno o di ipoteca si avrà ai sensi dell'art. 52 D. Lgs. 159/11. Sul punto, infatti, i commi 2 e 3 dell'art. 52, così recitano: "2. Il Giudice Delegato, anche prima della confisca, assegna ai creditori un termine perentorio, non superiore a novanta giorni, per il deposito delle istanze di accertamento dei rispettivi diritti e fissa la data dell'udienza di verifica dei crediti entro i trenta giorni successivi. Il decreto è immediatamente notificato agli interessati, a cura dell'Amministratore Giudiziario. 3. Il Giudice Delegato fissa per l'esame delle domande tardive di cui all'art. 58, comma 6, un'udienza ogni sei mesi, salvo che sussistano motivi d'urgenza".

I compiti attribuiti all'Amministratore Giudiziario, in tale fase, sono sostanzialmente equiparabili a quelli del curatore fallimentare, sia nella fase preparatoria della verifica del passivo (comunicazioni ai creditori della data di udienza), sia in quella successiva (comunicazioni in merito all'esecutorietà dello stato passivo), nonché in quella riguardante l'eventuale revocazione dei crediti ammessi.

Si ritiene, pertanto, che l'interesse pubblico cui la confisca è diretta, ossia la sottrazione dei proventi derivanti dal reato debba conciliarsi con le imprescindibili esigenze di tutela del terzo che la normativa antimafia, comunque, riconosce contemperandole con l'interesse pubblico cui la confisca è diretta. Difatti, la tutela che la normativa in esame consegna ai creditori è: posticipata e di tipo risarcitorio. Questi possono inoltrare istanza di accertamento del credito purchè sussista la buona fede e l'estraneità del terzo ai profili criminosi del destinatario della confisca nonché l'anteriorità al sequestro del diritto reale di garanzia.

In tali ipotesi, infatti, non si giustificerebbe la mancanza di tutela del terzo che sarebbe espressione di abuso e certamente produttiva di risultati contrastanti con i principi stessi da cui muove la confisca: sanzionare gli arricchimenti illeciti e nel contempo prevenirne di nuovi. Ove siffatta tutela dovesse difettare a pagare le conseguenze dell'irrogazione della confisca sarebbero soggetti del tutto estranei ai profili di reato che subirebbero un'ingiustificata lesione delle loro prerogative.

**Maria Pia Melia**