

n. 4/2015

Milano, settembre 2015

IL CREDITORE IPOTECARIO E LA CONFISCA DI PREVENZIONE DELL'IMMOBILE

Il procedimento concorsuale del D. Lgs. 159/2011 come esteso dalla L. 228/2012

1. La confisca di prevenzione e le norme a tutela del terzo creditore ipotecario.

In tempi recenti si è assistito al proliferare della confisca di prevenzione¹ (spesso preceduta da provvedimento di sequestro) di immobili ipotecati, che ha di fatto ingenerato notevoli dubbi nei creditori ipotecari sulle loro possibilità di soddisfacimento².

La questione è oggi regolata dal combinato disposto degli artt. 52 e ss. del D. Lgs. 159/2011 (c.d. codice antimafia) e dei commi 189 ss. dell'art. 1 L. 228/2012 (Legge stabilità 2013) che disciplinano

¹ *In a nutshell*, in ambito penale si distingue fra "la confisca come misura successiva alla commissione di un reato e la confisca "preventiva". La prima costituisce una misura di sicurezza reale (240 c.p.), che segue la commissione del reato e presuppone la condanna; 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", così Corte Cass. sez. un. n. 10534 del 2013.

² Nel silenzio della normativa, la giurisprudenza riteneva che la confisca non potesse determinare l'estinzione dei diritti reali di garanzia costituiti sulla cosa, in puntuale sintonia col principio generale di giustizia distributiva per cui la misura sanzionatoria non può ritorcersi in ingiustificati sacrifici delle posizioni giuridiche soggettive di chi sia rimasto estraneo all'illecito.

interamente l'istituto della confisca preventiva³; normativa da cui si evince la regola generale di prevalenza della confisca sull'ipoteca, pur con la possibilità, per il terzo creditore in buona fede, di ottenere a certe condizioni il soddisfacimento del proprio credito grazie ad una procedura concorsuale di liquidazione del bene.

2. Il rapporto con le azioni esecutive in corso e non ancora iniziate.

Il D. Lgs. antimafia prevede che sui beni sequestrati o confiscati non possano essere iniziate o proseguite azioni esecutive.

Tuttavia, non avendo tale decreto efficacia retroattiva, la normativa ivi contenuta si applica soltanto alle misure di prevenzione la cui proposta di applicazione sia successiva all'entrata in vigore del decreto, ossia il 13 ottobre 2011.

³ A dispetto del nome, il decreto legislativo antimafia ha un ambito di applicazione che va ben oltre i soggetti "mafiosi", arrivando a colpire anche i soggetti c.d. "pericolosi semplici", come coloro che "debbono ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi" e "coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose", così art. 1, D. Lgs. 159 /2011.

È stata quindi sentita la necessità di amplificare la tutela del terzo anche per le procedure di prevenzione regolate dalla disciplina previgente⁴e, a questo scopo, sono stati introdotti i commi 189 e ss. dell'art. 1 della Legge di stabilità 2013⁵.

Pertanto, qualora la proposta di applicazione della misura di prevenzione sia precedente al 13 ottobre 2011, è fondamentale, per stabilire gli effetti sulla procedura esecutiva in corso, distinguere se la conseguente misura di prevenzione sia intervenuta prima o dopo la data di entrata in vigore della Legge di stabilità 2013, ossia il 1° gennaio 2013.

Affinché la procedura esecutiva non si interrompa è necessario che entro il 1° gennaio 2013 il bene sia già stato aggiudicato o trasferito⁶, mentre negli altri casi (immobile non aggiudicato o misura di prevenzione non ancora disposta) la confisca dell'immobile (ma non il suo sequestro)⁷ impedisce l'inizio o la prosecuzione di azioni esecutive.

3. I creditori tutelati.

Come accennato in precedenza, pur interrompendo le azioni esecutive,

l'ordinamento non lascia il terzo creditore privo di tutela.

Il D. Lgs. antimafia prevede infatti, all'art. 52, 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", a condizione che il nesso di strumentalità fra il credito e l'attività illecita o "quella che ne costituisce il frutto o il reimpiego" sia assente ovvero il creditore dimostri di averlo ignorato in buona fede.

Sul punto, il successivo comma 3° prevede i canoni, obbligatori ma non esclusivi né vincolanti⁸, da utilizzare per valutare la buona fede del terzo: "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".

La giurisprudenza è pertanto particolarmente rigorosa nel valutare la sussistenza della buona fede in capo agli Istituti di credito; in particolare, è stata esclusa la buona fede dell'Istituto che abbia erogato un mutuo ipotecario in assenza di stima dell'immobile (Cass. Pen. n. 2894 del 2015) o che lo abbia concesso a soggetto troppo giovane (Cass. Pen. n. 6449 del 2015) oppure, in generale, in assenza di sommaria istruttoria sul beneficiario (Cass. Pen. n. 17015 del 2014;

⁸ Il giudice può infatti utilizzarne altri e persino motivatamente disattendere quelli indicati dalla legge, così *ex multis* Cass. Pen. n. 4448 del 2014.

⁴ L. n. 575 del 1965.

⁵ Sulla cui interpretazione si è pronunciata la Corte di Cassazione a sezioni unite con le tre pronunce gemelle nn. 10532-10533-10534 del 2013.

⁶ Ovvero, se il bene da confiscare consiste in una quota di proprietà indivisa, già pignorata.

⁷ La L. n. 228/12, prevede, all'art. 1, co. 194, il blocco delle azioni esecutive soltanto per il caso di confisca e non menziona il sequestro (invece richiamato dall'art. 55 D. Lgs. Antimafia), cosicché è stato ritenuto che il legislatore *"ubi voluit dixit, ubi noluit tacuit"*.

Cass. Pen. n. 44515 del 2012). Al contrario, l'ordinanza di custodia in carcere di un congiunto del cliente non esclude *ex se* la buona fede della Banca (Cass. Pen. n. 36690 del 2015).

La verifica della buona fede – normalmente da valutare al momento dell'erogazione – deve altresì essere effettuata al momento delle cessioni di credito e pertanto deve tenere conto delle modalità con cui avviene il trasferimento (Cass. Pen. n. 2334 del 2014); tuttavia, in caso di cessione di crediti in blocco, l'onere di diligenza viene ridotto (Cass. Pen. n. 45260 del 2013, Cass. Pen. n. 6291 del 2014).

La giurisprudenza ha infine ritenuto sussistere la buona fede dell'Istituto di credito che abbia erogato credito in quanto truffato da propri dipendenti (Cass. Pen. n. 34039 del 2014).

4. Il procedimento concorsuale di soddisfacimento.

Il procedimento per il soddisfacimento dei creditori è strutturato sul modello fallimentare: a seguito del provvedimento di prevenzione, il giudice delegato (del Tribunale che ha disposto la confisca), assegna ai creditori un termine di 90 giorni ⁹ per l'invio di un'istanza di

⁹ Per le procedure nell'ambito di applicazione della L. 228 del 2012, ossia quelle per cui la misura di prevenzione è stata richiesta prima del 13 ottobre 2011, il termine per la presentazione della domanda è stabilito al 30 giugno 2013 per le confische avvenute prima del 1.01.2013; per quelle successive è invece previsto un termine di 180

accertamento del credito, dal contenuto del tutto analogo a quello delle istanze ex art. 93 L.F.

Con lo stesso provvedimento, il giudice fissa l'udienza di verifica dei crediti (entro i trenta giorni successivi alla scadenza del termine per la presentazione delle domande) in cui, in particolare, valuterà la sussistenza del requisito di buona fede; all'esito della decisione sulle ammissioni dei crediti, viene formato lo stato passivo¹⁰.

Per quanto riguarda l'attivo, la procedura prevede, da un lato, l'approvazione da parte del giudice delegato di un piano di pagamento ¹¹ e, dall'altro, la vendita dell'immobile da parte dell'amministratore giudiziario, previa autorizzazione del giudice delegato.

Ad ogni modo, l'art. 53 del D. Lgs. antimafia contiene una significativa riduzione della possibilità di soddisfacimento per i creditori, stabilendo che i crediti possano essere pagati *"nel limite del 60 per cento del valore dei beni sequestrati o confiscati, risultante dalla stima redatta dall'amministratore o dalla minor*

giorni dal passaggio in giudicato del provvedimento che dispone la confisca.

¹⁰ Sono possibili domande tardive entro un anno dal provvedimento di confisca, che saranno verificate in apposita udienza fissata, salvo urgenze, ogni sei mesi. Sono altresì possibili opposizioni ed impugnazioni, che vengono decise tramite procedimento in camera di consiglio dal Tribunale con decreto ricorribile per cassazione.

¹¹ Redatto dall'amministratore entro i 60 giorni successivi alla formazione dello stato passivo, ovvero nei dieci giorni successivi all'ultima vendita.

somma eventualmente ricavata dalla vendita degli stessi”.

5. I rapporti con il fallimento.

La procedura appena descritta prevale persino sul fallimento del soggetto titolare del bene.

Infatti i beni assoggettati a sequestro o confisca non vengono inclusi nella massa attiva del fallimento successivo al sequestro; analogamente, se il sequestro interviene dopo il fallimento, i beni vengono esclusi dalla massa attiva fallimentare ed attratti nella procedura concorsuale del codice antimafia.

6. Applicabilità alla confisca c.d. “allargata”.

In principio, un’interpretazione ancorata al dato testuale dei co. 194, 198 e 199, art. 1, L. 228 del 2012, aveva portato la Corte di Cassazione civile¹² ad escludere che la Legge di stabilità 2013 avesse previsto la possibilità di applicare la procedura concorsuale del D. Lgs. antimafia ai casi di confisca c.d. “allargata”¹³.

¹² Le già riportate pronunce di nt. 5.

¹³ Ossia la confisca disposta ai sensi dell’art. 12 sexies della L. 356 del 1992, così descritta senza pretesa di esaustività: “La confisca prevista dall’art. 12 sexies d.l. n. 306/92, conv. dalla l. n. 356/1992, pur richiedendo la condanna per i reati in esso elencati come la confisca penale “tradizionale”, se ne differenzia perché prescinde dal nesso col reato commesso, qualora si tratti di beni nella disponibilità diretta o indiretta del reo di valore sproporzionato al reddito o all’attività economica di questi e sempre che non ne sia giustificata la legittima provenienza”, così il Procuratore della Repubblica F. MENDITTO, *Misure di prevenzione, personali e patrimoniali, e compatibilità con la Cedu, con particolare riferimento all’ampliamento dei destinatari delle misure e all’introduzione del principio*

Tale conclusione è stata però ribaltata da diverse pronunce della Cassazione penale¹⁴, le quali, dopo aver evidenziato la “profonda comunanza strutturale, ontologica e funzionale” fra i due istituti¹⁵, hanno ritenuto applicabile il procedimento concorsuale anche alle ipotesi di confisca allargata. La Cassazione è pervenuta a tale conclusione rilevando, *in primis*, che la legge di stabilità 2013 ha previsto l’applicazione delle norme in materia di “amministrazione” e “destinazione” contenute nel D.Lgs. antimafia anche per i beni sequestrati e confiscati nei casi della c.d. “confisca allargata”, e quindi che il capo sulla “destinazione” dei beni confiscati¹⁶, richiama a sua volta la tutela dei terzi prevista dagli artt. 52 e ss¹⁷.

Dott. Massimo A. Genevini
Studio Legale Mannocchi & Fioretti
Sede di Milano

This document is not a legal opinion as it is only for M&F's Clients information purposes. It is M&F property and cannot be disclosed to any subject different to the receiver, without prior written authorization.

di applicazione disgiunta” reperibile in www.europeanrights.eu”.

¹⁴ Cass. Pen. n. 21 del 2014; Cass. Pen. n. 26527 del 2014; Cass. Pen. n. 46431 del 2014; Cass. Pen. n. 18241 del 2015.

¹⁵ Così Cass. Pen. n. 26527 del 2014.

¹⁶ Capo I, Titolo IV, Libro I, artt. 45 e ss.

¹⁷ In particolare la Corte, con la pronuncia n. 26527 del 2014, è giunta a questa conclusione rilevando *in primis* che la volontà del legislatore della Legge di stabilità 2013 fosse “quella di rendere applicabili le norme regolatrici di tale sub-procedimento anche alle ipotesi di confisca emessa in sede penale ai sensi del D.L. n. 306 del 1992, art. 12 sexies”.