

CONFISCA DI PREVENZIONE E TUTELA DEI TERZI CREDITORI. UN DIFFICILE BILANCIAMENTO DI INTERESSI

*Approfondimento a margine dei recenti interventi della Corte costituzionale
([sentenza n. 94 del 2015](#) e [ordinanza n. 101 del 2015](#))*

di Francesco Menditto

SOMMARIO: 1. Gli “interventi” della Corte costituzionale sulla tutela dei terzi nella confisca di prevenzione. – 1.1. La recente regolamentazione della tutela dei terzi: critiche e progetti di riforma. – 1.2. Le decisioni della Corte costituzionale del 2015 e la rilettura della disciplina vigente alla luce di tali interventi. – 1.3. La sentenza 28 maggio 2015, n. 94. – 1.4. L’ordinanza 5 giugno 2015, n. 101. – 2. Le diverse forme di confisca e i diritti dei terzi. – 2.1. Le diverse forme di confisca. – 2.2. Gli effetti delle confische sulle diverse categorie di terzi. – 2.3. La difficile regolamentazione dei diritti dei terzi: orientamenti giurisprudenziali e legislativi (cenni). – 3. Diritti dei terzi e ordinamento sovranazionale (cenni). – 4. Confisca di prevenzione e terzi titolari di diritti di credito: inquadramento generale ed evoluzione normativa. – 4.1. I terzi creditori. – 4.2. La non agevole regolamentazione. – 4.3. L’evoluzione normativa, i tentativi incompiuti. – 4.4. Le diverse regolamentazioni (giurisprudenziali e normative). – 5. L’approdo giurisprudenziale previgente il d.lgs. n. 159/11. – 5.1. I creditori privi di garanzia reale. – 5.1.1. Profili generali. – 5.1.2. I crediti vantati nei confronti di società o aziende. – 5.1.3. La distinzione società azienda. – 5.2. I creditori titolari di diritti reali di garanzia. – 5.2.1. La giurisprudenza penale. – 5.2.2. La giurisprudenza civile. La risoluzione del contrasto tra le sezioni penali e civili della Cassazione. – 6. La regolamentazione del d.lgs. n. 159/11 (procedimenti iniziati dal 13 ottobre 2011). – 6.1. Profili generali. – 6.2. La disciplina transitoria, la l. n. 228/12. – 6.3. Il limite al “valore” della garanzia patrimoniale in favore dei terzi. – 6.4. La costituzionalità e la compatibilità con la Cedu della nuova regolamentazione. – 6.4.1. La conformità alla CEDU. – 6.4.2. La conformità alla Costituzione. – 6.5. I crediti disciplinati dall’art. 52 d.lgs. n. 159/11. – 6.6. I presupposti per la tutela dei terzi titolari di diritti di credito e di diritti reali di garanzia (cenni). – 6.6.1. a) L’anteriorità del diritto rispetto al sequestro. – 6.6.2. b) La previa escussione del restante patrimonio del proposto. – 6.6.3. c) La non strumentalità del credito all’attività illecita, la buona fede. – 6.6.4. I requisiti nei casi di: d) promessa di pagamento o di ricognizione di debito; e) portatore di titolo di credito. – 6.6.5. Gli atti utilizzabili. – 6.7. I terzi titolari di crediti “prededucibili”. – 6.8. La prosecuzione dei rapporti pendenti. I diritti dei terzi per crediti sorti prima del sequestro. – 6.9. Le azioni esecutive (e di cognizione) sui beni sottoposti a misure di prevenzione. – 6.10. Il procedimento di accertamento dei diritti dei terzi (cenni). – 6.11. I rapporti con le procedure concorsuali. – 6.11.1. Profili generali, il regime previgente al d.lgs. n. 159/11. – 6.11.2. La regolamentazione del d.lgs. n. 159/11. – 7. La l. n. 228/12 (regolamentazione dei rapporti relativi ai procedimenti iniziati prima del 13 ottobre 2011): questioni di carattere generale. – 7.1. L’origine della disciplina, la sentenza n. 10532/13 delle Sezioni Unite civili. – 7.2. L’ambito (temporale) di applicazione della disciplina della l. n. 228/12, la residua operatività dei principi giurisprudenziali preesistenti. – 7.3. I presupposti di applicabilità. – 7.4. I soggetti legittimati. – 7.5 I presupposti della tutela. – 7.6. Gli effetti della nuova disciplina: l’acquisto del bene da parte dello Stato a titolo originario. – 7.7. Gli effetti della nuova disciplina: l’esito delle azioni esecutive (immobiliari e mobiliari). – 7.8. I limiti della garanzia. – 7.9. Il procedimento. – 7.10. Il provvedimento del Tribunale e il procedimento di liquidazione del credito. – 7.11. Gli effetti sui procedimenti azionati dai creditori già definiti. – 8. Tutela dei terzi creditori e sequestro/confisca *ex art. 12-sexies* d.l. n. 306/92 conv. dalla l. n. 356/92 – 9. Conclusioni.

1. Gli “interventi” della Corte costituzionale sulla tutela dei terzi nella confisca di prevenzione.

1.1. La recente regolamentazione della tutela dei terzi: critiche e progetti di riforma.

La regolamentazione della tutela dei terzi creditori, muniti o meno di garanzie reali, nel caso di sequestro e confisca dei beni è avvenuta solo recentemente col d.lgs. n. 159/11 e con la l. n. 228/12.

La disciplina del d.lgs. n. 159/11, relativa ai procedimenti sorti dal 13 ottobre 2011) è stata criticata per l'eccessiva assimilazione della tutela dei terzi al procedimento fallimentare. Pur nella consapevolezza della non agevole regolamentazione il decreto pone una disciplina troppo attenta ai diritti dei creditori, sottovalutando gli effetti che derivano alla funzionalità del giudizio di prevenzione: nel procedimento concorsuale la sentenza dichiarativa impone lo spossessamento dei beni ai danni del fallito con contestuale intervento degli organi dello Stato che hanno l'onere di soddisfare i creditori (salva la revoca della sentenza); nel procedimento di prevenzione viene emesso un provvedimento cautelare (sequestro) che gradualmente assume stabilità fino alla confisca definitiva che determina sui beni la caducazione dei diritti del proposto e dei terzi intestatari. Per tutta la durata del procedimento di prevenzione, fino alla confisca definitiva, permane, dunque, una finalità conservativa del bene estranea alla procedura fallimentare¹.

Osservazioni analoghe sono state riproposte per la disciplina della l. n. 228/12, relativa ai procedimenti sorti prima del 13 ottobre 2011, che ripercorre le disposizioni del d.lgs. n. 159/11, pur se si sono sottolineati gli effetti positivi derivanti dall'avere regolamentato temi che stavano “affaticando” la giurisprudenza e rallentando la destinazione dei beni confiscati definitivamente².

Le maggiori problematiche applicative si sono presentate nel caso di sequestro di aziende in cui l'amministrazione dei beni è *dinamica*: se le prassi precedenti consentivano di offrire una tutela provvisoria ad alcuni terzi creditori (in particolare i fornitori) per assicurare la continuità dell'azienda, la rigidità della nuova

¹ I limiti della regolamentazione venivano rappresentati già nel corso dell'iter di formazione del decreto delegato emanato in attuazione della l. n. 136/10: F. MENDITTO, [Lo schema di decreto legislativo del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione: esame, osservazioni e proposte](#), in *questa Rivista*, 1 luglio 2011, 87 ss.; Id., [Lo schema di decreto legislativo del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione \(Libri I, II, IV e V\): esame, osservazioni e proposte. Primo commento al c.d. Codice antimafia, attualmente all'esame del Parlamento](#) (testo depositato in sede di audizioni in Commissione Giustizia della Camera), *ivi*, 3 agosto 2011, 19 ss. Raccogliendo le perplessità avanzate, le Commissioni Giustizia della Camera e del Senato proponevano numerose osservazioni e condizioni nei [pareri formulati il 2 agosto 2011](#), in *questa Rivista*, 3 agosto 2011. Per i commenti successivi: G. MINUTOLI, *Verso una fallimentarizzazione del giudice della prevenzione antimafia*, in *Fa*, 2011, 1271 ss.; A. BALSAMO-C. MALTESE, *Il codice antimafia*, Milano, 2011; F. MENDITTO, *Le luci e le (molte) ombre del c.d. Codice Antimafia*, in *Cass. Pen.*, 2012, 722 ss.

² Si rinvia a F. MENDITTO [Con la legge di stabilità ulteriori modifiche al c.d. Codice antimafia](#), in *questa Rivista*, 31 dicembre 2012, Id., [Le Sezioni Unite Civili sulla tutela dei terzi nella confisca di prevenzione dopo la legge n. 228/12: l'ambito di applicabilità della nuova disciplina](#), *ivi*, 27 maggio 2013.

regolamentazione non di rado ha rischiato di condurre alla chiusura delle attività commerciali con perdita di “ricchezza” e grave danno per il proposto, nel caso di revoca del sequestro, o dello Stato, nel caso di confisca e, comunque, dei lavoratori licenziati.

Queste le ragioni per cui sono state proposte numerose proposte di modifica del d.lgs. n. 159/11 anche in materia di tutela dei terzi³.

1.2. Le decisioni della Corte costituzionale del 2015 e la rilettura della disciplina vigente alla luce di tali interventi.

Le difficoltà di ordine pratico nell’applicazione della nuova regolamentazione hanno imposto ai Tribunali di prevenzione e ai Giudici Delegati l’adozione di soluzioni interpretative dirette a superare le problematiche emerse⁴.

In taluni casi è stato chiesto l’intervento della Corte costituzionalità che, recentemente, è intervenuta con due decisioni (una sentenza e un’ordinanza) depositate a distanza di pochi giorni.

Dalla lettura dei provvedimenti della Corte può desumersi, in estrema sintesi, che il sistema di tutela dei terzi introdotto dal d.lgs. n. 159/11 (per i procedimenti iniziati dal 13 ottobre 2013) e dalla l. n. 228/12 (per i procedimenti sorti prima del 13 ottobre 2013) ha superato complessivamente il vaglio del Giudice delle leggi risultando

³ Si possono citare:

a) la [relazione della Commissione ministeriale presieduta dal prof. Giovanni Fiandaca](#), istituita nel giugno del 2013 dal Ministro della Giustizia *Per elaborare proposte di riforma in materia di criminalità organizzata*, in *questa Rivista*, 12 febbraio 2014;

b) il rapporto della Commissione presieduta dal cons. Roberto Garofoli per l’elaborazione di proposte in tema di lotta, anche patrimoniale, alla criminalità, istituita dal Presidente del Consiglio con decreto del 7 giugno 2013, [Per una moderna politica antimafia. Analisi del fenomeno e proposte di intervento e di riforma](#), in *questa Rivista*, 20 febbraio 2014;

c) la proposta di legge di iniziativa popolare avanzata da numerose associazioni, in discussione alla Commissione giustizia della Camera dei deputati (Atto n. 1138), unitamente ad altri disegni di legge, reperibile sul sito www.camera.it;

d) la relazione della Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere, *Sulle prospettive di riforma del sistema di gestione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata*, approvata il 9 aprile 2014. In data 17 giugno 2014 la Camera dei Deputati e il Senato della Repubblica hanno approvato la [Relazione](#), fissando alcuni punti per un’utile riforma della materia, in *questa Rivista*, 2 dicembre 2014;

e) il disegno di legge del Governo *Misure volte a rafforzare il contrasto alla criminalità organizzata e ai patrimoni illeciti*, approvato dal consiglio dei Ministri il 29 agosto 2014, presentato il 20 novembre 2014 al Senato (atto S 1687), in cui il Capo III è dedicato a modifiche del d.lgs. n. 159/11, reperibile sul sito www.senato.it.

La Commissione Giustizia della Camera ha unificato la trattazione dei diversi disegni di legge ed ha in corso la discussione degli emendamenti presentati al testo base approvato il 7 ottobre 2014. I lavori sono consultabili sul sito www.camera.it.

⁴ Numerosi provvedimenti sono reperibili negli atti del Convegno tenuto il 30 maggio 2014 a Trapani, [Le misure di prevenzione antimafia e i difficili rapporti col diritto civile](#), pubblicati nel sito del Tribunale di Trapani.

un ragionevole equilibrio tra tutela dei terzi e le ragioni poste a fondamento della confisca.

In tale prospettiva la Corte si è limitata a dichiarare l'illegittimità costituzionale delle disposizioni della l. n. 228/12 nella parte in cui non assicurano la tutela dei crediti dei lavoratori sorti prima del sequestro per violazione dell'art. 36 Cost.

E' utile esporre i provvedimenti della Corte per poi procedere a un più approfondito esame della complessa disciplina sulla tutela dei terzi da "aggiornare sulla base dei principi fissati dalla Corte.

La particolarità della materia impone, infatti, un adeguato approfondimento per comprendere le diverse tutele previste e per tentare di enucleare principi di carattere generale, operazione più agevole dopo la lettura offerta dalla Corte costituzionale, pur se modifiche legislative appaiono ancora oggi necessarie.

1.3. La sentenza 28 maggio 2015, n. 94.

La Corte costituzionale con la sentenza del 28 maggio 2015 (c.c. 11 febbraio 2015), n. 94 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 198, della legge 24 dicembre 2012, n. 228, recante «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Legge di stabilità 2013)», nella parte in cui non include tra i creditori che sono soddisfatti nei limiti e con le modalità ivi indicati anche i titolari di crediti da lavoro subordinato⁵.

L'ordinanza di rimessione.

Il Tribunale di Caltanissetta, con ordinanza del 5 marzo 2014, ritiene rilevante e non manifestamente infondata la questione relativa alla tutela non assicurata dall'art. 1, l. n. 228/12, commi 196 e ss., ai titolari di crediti di lavoro sorti prima del sequestro.

Il giudizio aveva ad oggetto istanze di lavoratori subordinati intese ad ottenere il pagamento del credito per trattamento di fine rapporto vantato nei confronti di una società a responsabilità limitata, loro datrice di lavoro, le cui quote e il cui intero patrimonio erano stati confiscati; alcuni degli istanti avevano in precedenza adito, al medesimo fine, il Tribunale di Caltanissetta in funzione di giudice del lavoro, il quale si era dichiarato incompetente.

Il Tribunale, premesso che il procedimento di confisca era iniziato il 14 aprile 2011, non trovando applicazione le disposizioni degli artt. 52 e ss. d.lgs. n. 159/11, ma le norme della l. n. 228/12, rileva che istanti risultano privi di tutela avendo l'art. 1, comma 198, della legge n. 228/12 previsto un'apposita forma di tutela ricalcata su quella del d.lgs. n. 159/11, ma solo per alcuni creditori, tra i quali non sono compresi i crediti di lavoro. In definitiva, pur se la l. n. 228/12 amplia (per i procedimenti sorti prima del 13 ottobre 2011) l'area della tutela rispetto all'orientamento

⁵ Per un primo commento, G. LEO, [La Corte costituzionale estende ai crediti da lavoro dipendente le tutele per i casi di confisca di prevenzione sui beni del debitore](#), in *questa Rivista*, 3 giugno 2015.

giurisprudenziale previgente che assisteva i soli creditori muniti di diritto reali di garanzia, non ricomprende – diversamente da quanto previsto dal d.lgs. n. 159/11 per i procedimenti sorti dal 13 ottobre 2011 – i titolari di crediti di lavoro, privi, perciò, di adeguati strumenti di tutela in contrasto con gli artt. 3, 24 e 36 della Costituzione.

La sentenza della Corte: la ricostruzione normativa.

La Corte costituzionale, individuato il *thema decidendum* nella sola posizione dei titolari di crediti da lavoro cui è riferibile l'evocata garanzia costituzionale del diritto del lavoratore ad una retribuzione proporzionata e sufficiente (art. 36 Cost.), propone preliminarmente la ricostruzione dell'iter normativo e giurisprudenziale della disciplina della tutela dei terzi creditori nel caso di sequestro e confisca di prevenzione. Questa la sintesi della Corte:

La sentenza della Corte: la violazione dell'art. 36 della Costituzione.

La Corte, premesso che il diverso "quadro normativo" introdotto dal d.lgs. n. 159/11 e dalla l. n. 228/12 consente di superare le argomentazioni della propria precedente sentenza n. 190/94 (sull'inammissibilità di un intervento additivo), afferma che la mancanza di tutela per i crediti di lavoro, che non rientrano tra quelli tutelabili ai sensi dell'art. 1, co. 198, l. n. 228/12, si pone in contrasto con l'art. 36 Cost. perché tale da «pregiudicare il diritto, riconosciuto al lavoratore dal primo comma della citata norma costituzionale, ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa».

Il lavoratore, stante il generale divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive sui beni confiscati, enunciato dall'art. 1, comma 194, l. n. 228/12, rischia di non potere agire per il pagamento delle proprie spettanze, sia nel caso in cui la confisca renda i residui beni del debitore insufficienti a soddisfare le sue ragioni, sia nell'ipotesi di confisca "totalizzante" dell'intero patrimonio del datore di lavoro (nella specie, una società di capitali nella quale erano stati convogliati i proventi dell'attività illecita).

Il sacrificio del creditore lavoratore non trova giustificazione «in una prospettiva di bilanciamento con l'interesse sotteso alle misure di prevenzione patrimoniali, ricollegabile ad esigenze di ordine e sicurezza pubblica anch'esse costituzionalmente rilevanti» costituendo «un sacrificio puro e semplice» dell'interesse contrapposto in violazione, appunto, dell'art. 36 Cost.

I principi delineati dalla Corte.

Dalla sentenza si desumono alcuni principi di carattere generale utili per "inquadrare" e risolvere alcuni temi relativi alla tutela dei terzi creditori:

a) il sistema di tutela previsto dal d.lgs. n. 159/11 è "complessivamente" conforme a Costituzione perché fondato su un ragionevole bilanciamento di interessi: «Come appare evidente, la disciplina ora ricordata rappresenta il frutto del bilanciamento legislativo tra i due interessi che in materia si contrappongono: da un lato, l'interesse dei creditori del proposto a non veder improvvisamente svanire la garanzia patrimoniale sulla cui base avevano concesso credito o effettuato prestazioni; dall'altro, l'interesse pubblico

ad assicurare l'effettività della misura di prevenzione patrimoniale e il raggiungimento delle sue finalità, consistenti nel privare il destinatario dei risultati economici dell'attività illecita». Vengono meno, dunque, i numerosi dubbi di costituzionalità sollevati sulla nuova disciplina tra cui, ad esempio, quello relativo alla limitazione della garanzia patrimoniale prevista dall'art. 53 d.lgs. n. 159/11 nella misura massima (oggi) del 60% del valore dei beni confiscati;

b) *il sistema di tutela previsto dalla l. n. 228/12 e dal d.lgs. n. 159/11 è "complessivamente" conforme a Costituzione, per le medesime ragioni di adeguato bilanciamento di interessi, a eccezione della parte relativa ai crediti da lavoro.* La Corte, infatti, ha cura di delimitare preliminarmente il *petitum* e, poi, la declaratoria di illegittimità costituzionale, così confermando la rispondenza alla Carta della disciplina anche attraverso un richiamo indiretto all'equilibrio tra i diversi interessi coinvolti: «Il bilanciamento – come detto – è quello espresso, nell'ambito della normativa "a regime", dalle previsioni limitative recate dall'art. 52 del d.lgs. n. 159 del 2011, volte ad impedire che la tutela si estenda a soggetti *lato sensu* "conniventi" con l'attività illecita del proposto o di reimpiego dei suoi proventi, o a crediti simulati o artificiosamente creati, ovvero ancora a casi nei quali è possibile aggredire utilmente il residuo patrimonio del debitore: previsioni peraltro vevoli – in virtù dello specifico richiamo operato dall'art. 1, comma 200, primo periodo, della legge n. 228 del 2012 (da ritenere comprensivo del requisito della certa anteriorità del credito rispetto al sequestro) – anche nell'ambito della disciplina transitoria relativa ai procedimenti di prevenzione pendenti, che qui interessa».

c) *la "ritualità" del sequestro e della confisca della totalità delle quote sociali che coinvolge e comprende la totalità dei beni aziendali della società, con applicabilità anche in questo caso delle disposizioni del d.lgs. n. 159/11 in tema di tutela dei terzi e, dunque, di amministrazione giudiziaria.* La soluzione, che come si vedrà oltre non è pacifica per le interferenze con principi del codice civile, si desume dalla ricostruzione del caso esaminato (relativo a confisca della totalità delle quote sociali e dell'azienda) e dagli effetti che se ne fanno scaturire.

1.4. L'ordinanza 5 giugno 2015, n. 101.

La Corte costituzionale, con l'ordinanza 5 giugno 2015 (c.c. 25 febbraio 2015), n. 101 ha dichiarato la manifesta inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale sollevata, per violazione degli artt. 3, 24 e 41 della Costituzione, con riferimento:

- 1) all'«intera disciplina prevista dal I e II capo del titolo IV del I libro» del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159;
- 2) e, in particolare, all'art. 52, comma 1, del d.lgs. n. 159 del 2011.

L'ordinanza di rimessione.

Con due ordinanze di analogo tenore del 9 aprile 2014 il Tribunale di Trapani ritiene rilevanti e non manifestamente infondate due questioni di legittimità costituzionale:

- a) in via principale, dell'intera disciplina prevista dal d.lgs. n. 159/11;
- b) in subordine, dell'art. 52, comma 1, del medesimo decreto legislativo, nella parte in cui restringe la tutela dei terzi creditori, nel caso di confisca disposta all'esito di un procedimento di prevenzione, ai soli titolari di diritti di credito risultanti da atti aventi data certa anteriore al sequestro, «così escludendo i crediti dimostrabili con criteri meno rigidi di quelli previsti dall'art. 2704 c.c., ma comunque idonei a fornire adeguata certezza della sussistenza del credito e della sua anteriorità al sequestro», per contrasto con gli artt. 3, 24 e 41 Cost.

Il Tribunale procede ai sensi degli artt. 52 e ss. d.lgs. n. 159/11 (proposta avanzata nel vigore del citato d.lgs.) sulle opposizioni avanzate da alcuni creditori (in larga parte fornitori dell'azienda) avverso i provvedimenti di esclusione dallo stato passivo, emessi nell'ambito del procedimento di verifica dei crediti nei confronti di due società a responsabilità limitata, le cui quote e il cui intero patrimonio aziendale erano stati oggetto di sequestro e confisca di prevenzione. In larga parte dei casi il rigetto dell'istanza di ammissione al passivo era stato motivato dal giudice delegato perché i crediti non risultavano da atti aventi data certa anteriore al sequestro e i "fornitori" avevano chiesto di provare il loro credito con documenti o prove testimoniali, nonché con le scritture contabili proprie e della società colpita dal provvedimento ablativo.

Ciò premesso, il Tribunale propone la questione principale sulla base della differenza tra regolamentazione ante e post d.lgs. n. 159/11 così descritta:

- a) nel vigore della disciplina dettata dagli artt. 2-ter ss. l. n. 575/65 «nella prassi» nel caso di confisca di un'azienda sono tutelati anche i creditori aziendali di buona fede, sul presupposto che l'azienda costituisse una «universalità» acquisita al patrimonio dello Stato in tutte le sue componenti, attive e passive, tra loro inscindibilmente collegate;
- b) la disciplina del d.lgs. n. 159/11 introduce disposizioni sostanzialmente coincidenti con quelle della legge fallimentare non tenendo conto, però, della profonda differenza esistente tra i due istituti, con la conseguenza che il soddisfacimento dei creditori ammessi è posticipato alla liquidazione dei beni e al riparto, secondo lo schema tipico della procedura fallimentare provocando, inevitabilmente, l'interruzione dei rapporti commerciali e finanziari con categorie essenziali di partner dell'impresa, quali i fornitori e le banche, determinando la crisi immediata dell'impresa. Viene impressa, in definitiva, alla procedura una finalità spiccatamente liquidatoria, incompatibile con la prosecuzione dell'attività imprenditoriale, con violazione degli artt. 41 e 2 della Costituzione.

In via subordinata viene sottoposto a scrutinio di legittimità costituzionale l'art. 52, co. 1, d.lgs. n. 159/11, con riferimento al requisito (per la tutela del creditore) della «data certa». Richiamata la giurisprudenza relativa alla verifica dei crediti nel fallimento di cui all'art. 2704 c.c., sussisterebbe la violazione degli artt. 24 e 41 Cost., venendo il procedimento ingessato «in adempimenti incompatibili con il suo ordinario svolgimento, sull'attività delle imprese; e imponendo per l'accertamento dei diritti di credito percorsi probatori aggravati». Si ravvisa anche la violazione dell'art. 3 Cost. risultando equiparate situazioni tra loro diverse, quali quelle dei fornitori e dei creditori "meno dinamici" rispetto ad altri, come le banche, che, per la loro "posizione

di supremazia” sarebbero sempre in grado di munirsi di una scrittura con data certa ai fini della dimostrazione dei propri crediti».

In conclusione il Tribunale chiede, in via gradata, di estendere l’ambito della tutela «anche ai crediti dimostrabili con criteri meno rigidi di quelli previsti dall’art. 2704 c.c., ma comunque idonei a fornire adeguata certezza della sussistenza del credito e della sua anteriorità al sequestro».

L’ordinanza della Corte, i principi delineati.

La Corte dichiara manifestamente inammissibili le questioni proposte.

La questione sollevata in via principale, relativa alla disciplina complessiva della tutela dei terzi prevista dal d.lgs. n. 159/11, non trova conforto con la dedotta piena assimilazione del procedimento di prevenzione a quello fallimentare in quanto il complesso normativo censurato comprende disposizioni eterogenee, parte delle quali delineate autonomamente ed estranee al procedimento concorsuale (ad esempio artt. 52, co. 1 e 7, e 53).

La questione proposta sul requisito della “data certa” cui all’art. 52, co. 1, d.lgs. n. 159/11, il *petitum* risulta formulato in modo indeterminato. «In assenza di precisazioni sul punto, non si comprende, infatti, quali siano i criteri che, nella prospettiva del giudice a quo, dovrebbero surrogare quelli previsti dalla richiamata disposizione del codice civile, temperandone il rigore, ma rimanendo comunque idonei ad assicurare un’adeguata certezza in ordine all’esistenza del credito e alla sua anteriorità rispetto alla misura di prevenzione patrimoniale».

Dalla decisione della Corte si può trarre un’ulteriore *conferma della conformità a Costituzione del sistema di tutela dei terzi creditori introdotti dal d.lgs. n. 159/11*, con specifico riferimento alle disposizioni dirette ad assicurare un’adeguata certezza in ordine all’esistenza del credito e alla sua anteriorità rispetto alla misura di prevenzione patrimoniale e, comunque, a quelle proprie delle misure di prevenzione relative ai rigorosi requisiti richiesti per la tutela ed al limite di garanzia patrimoniale previsto dall’art. 53 d.lgs. cit. Indicativa la parte della motivazione in cui si evidenziano le differenze con la procedura fallimentare «rispondenti alle finalità proprie dei procedimenti di prevenzione»: «la disposizione di esordio di cui all’art. 52, comma 1, del d.lgs. n. 159 del 2011, che enuncia le condizioni cui è subordinata la tutela dei creditori (recependo, in buona parte, indirizzi interpretativi già emersi nel vigore della disciplina anteriore), ovvero i commi 7 e seguenti del medesimo articolo, che stabiliscono i diritti dei partecipanti nel caso di confisca di beni in comunione, ovvero l’art. 53, che fissa il limite entro il quale i crediti per titolo anteriore al sequestro sono soddisfatti dallo Stato».

Esaminate le decisioni della Corte si può approfondire la complessa disciplina della tutela dei terzi creditori anche alla luce dei principi delineati.

2. Le diverse forme di confisca e i diritti dei terzi.

2.1. Le diverse forme di confisca.

La tutela dei terzi deve essere inquadrata nelle diverse forme di confisca gradualmente introdotte nell'ordinamento nell'ormai diffusa la consapevolezza che il *crimine da profitto*⁶ si contrasta, oltre che con l'ordinaria azione repressiva penale, con interventi patrimoniali diretti a sottrarre ai responsabili la ragione per cui hanno commesso reati (ovvero possono commettere reati), vale a dire i profitti illecitamente accumulati⁷.

Se il codice penale del 1930 si limitava a prevedere all'art. 240 la **confisca (tradizionale)** come misura di sicurezza patrimoniale dei beni direttamente collegati al commesso reato, quale conseguenza – facoltativa od obbligatoria – della commissione e dell'accertamento dell'illecito penale, la *svolta* nell'ordinamento italiano è rappresentata dall'approvazione della legge n. 646/1982, cd. legge Rognoni-La Torre.

Per contrastare la sempre più pervicace azione della mafia si introducono nuovi strumenti normativi di prevenzione e contrasto, tra cui il sequestro e la **confisca (di prevenzione)** dei patrimoni d'illecita provenienza – desunta anche dalla mera sproporzione tra valore dei beni e redditi dichiarati – nella disponibilità diretta o indiretta (perciò formalmente intestati a *terzi*) delle persone indiziate (e non condannate) di partecipazione ad associazione di tipo mafioso. Il carattere innovativo della confisca di prevenzione consiste, non solo nel recidere il tradizionale nesso tra commesso reato e ablazione del bene, ma anche (e soprattutto) perché non richiede la condanna.

Dopo un decennio di positive applicazioni del nuovo istituto si introduce nel settore penale la **confisca – allargata o per sproporzione** – con l'art. 12-*sexies* d.l. n. 356/92, conv. dalla l. n. 356/92⁸, con cui si *spezza* il tradizionale nesso tra cosa confiscata e commesso reato previsto dall'art. 240 c.p. Nel caso di condanna per determinati delitti, progressivamente ampliati nel tempo, rivelatori di un'illecita accumulazione patrimoniale, si prevede la confisca (obbligatoria) dell'intero patrimonio, nella disponibilità diretta o indiretta, sproporzionato rispetto ai redditi dichiarati di cui il condannato non è in grado di giustificare la legittima provenienza.

Un ulteriore ampliamento del contrasto patrimoniale avviene con l'introduzione di numerose disposizioni del codice penale e di leggi speciali che rendono **obbligatoria la confisca** prevista come facoltativa dall'art. 240 c.p. (delle cose

⁶ Tra le diverse forme di *criminalità da profitto* un ruolo *egemone* è rappresentato da tre settori, indicati da più parti come una delle principali cause, non solo d'illegalità, ma anche di mancata crescita del paese, trattandosi – allo stesso tempo – di elementi di distorsione del vivere quotidiano delle persone rispettose della legge e di *inquinamento* della società e dell'economia legale, che minano i principi (e i valori) dello Stato democratico: mafie, corruzione ed evasione fiscale.

⁷ L. FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, Padova, 1997 ss., p. 39; A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, 122 ss.; AA. VV., *La giustizia patrimoniale penale*, Torino, 2011; F. MENDITTO, [Le confische nella prevenzione e nel contrasto alla criminalità "da profitto" \(mafie, corruzione, evasione fiscale\)](#), in questa Rivista, 2 febbraio 2015. Utili contributi si possono leggere in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, numero, 3-4, nella sezione dedicata a *Economia e diritto penale in Europa*.

⁸ Disposizione introdotta dal d.l. n. 399/94, conv. dalla l. n. 501/94 all'esito di un articolato iter che vedeva anche l'intervento della Corte costituzionale.

che servirono o furono destinate a commettere il reato ovvero che ne costituiscono il prodotto o il profitto).

La difficoltà di rinvenire il profitto diretto del reato da assoggettare a confisca obbligatoria è alla base di una nuova forma di **confisca per equivalente o di valore**, introdotta per determinate ipotesi di reato (a partire dal 1996 con la modifica dell'art. 644 c.p.), anche queste progressivamente ampliate nel tempo. Il mancato rinvenimento dei beni soggetti a confisca obbligatoria consente, anzi impone l'ablazione di beni (di legittima provenienza) nella disponibilità, diretta o indiretta del condannato, di valore corrispondente.

Il d.lgs. n. 231/01 introduce, per alcune fattispecie di reato (anche mere contravvenzioni) e in presenza di presupposti, la **confisca (diretta, come sanzione, e per equivalente) ai danni dell'ente** al fine di evitare che dell'illecita accumulazione si possa giovare la persona giuridica o anche la mera associazione.

Nell'ordinamento si rinvencono, oltre a **svariate forme di confisca penale di carattere sanzionatorio**, anche **alcune forme di sequestro che non sfociano (di norma) nella confisca**: il sequestro *impeditivo* diretto ad interrompere le conseguenze del reato o il suo protrarsi (art. 321, co. 1, c.p.p.), il sequestro *conservativo* che limita la disponibilità dei beni in capo all'imputato (artt. 316 e ss. c.p.p.) e quello *probatorio* (art. 253 c.p.) che risponde a esclusive esigenze processuali incidendo, sia pure provvisoriamente, sui diritti degli interessati.

Manca, pur se sarebbe necessaria, una regolamentazione organica delle diverse confische.

2.2. Gli effetti delle confische sulle diverse categorie di terzi.

Le plurime forme di confisca fanno sorgere notevoli problemi applicativi anche con riferimento alla tutela da assicurare a *terzi* i cui diritti possono essere compromessi: sia nella fase che va dal sequestro alla confisca definitiva, in cui il bene è sottratto provvisoriamente ed è amministrato o custodito da un organo dello Stato che opera per conto di chi spetta (la parte nel caso di restituzione, lo Stato nel caso di confisca definitiva), sia dopo la confisca definitiva in cui il bene è acquisito al patrimonio dello Stato⁹.

⁹ Questi alcuni recenti contributi sul tema della tutela dei terzi: A. AIELLO, *Le tutele civilistiche dei terzi nel sistema della prevenzione patrimoniale antimafia*, Milano, 2005, 128 ss.; Id, *Le questioni civilistiche: quadro di riferimento generale*, in *Le misure patrimoniali antimafia*, Milano, 229 ss.; Id [Spunti di riflessione in ordine alla tutela dei terzi nel c.d. Codice Antimafia](#) in questa Rivista, 11 aprile 2014; F. BRICCHI-G. CAPECCHI-G. FICHERA, *Misure di prevenzione patrimoniali e tutela dei terzi*, Forlì, 2012; S. MAZZAMUTO, *La tutela dei terzi di buona fede nella confisca antimafia: le ultime novità legislative e giurisprudenziali*, in www.juscivile.it, 2013; F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali e la confisca ex art. 12 sexies l. n. 356/92*, Milano, 2012, 549 ss.; M. PETRINI, *La prevenzione patrimoniale: la tutela dei diritti dei terzi*, in *La giustizia patrimoniale penale*, Torino, 2011, 521 ss.; Id *La tutela dei terzi*, in *Le misure di prevenzione*, Torino, 2013. Cfr. Anche gli atti del Convegno tenuto il 30 maggio 2014 a Trapani, [Le misure di prevenzione antimafia e i difficili rapporti col diritto civile](#), cit., in particolare, la relazione di P. GRILLO, *Amministrazione dei beni e tutela dei terzi dopo il "codice antimafia"*.

In sintesi, possono definirsi *terzi* i soggetti, diversi dal proposto/prevenuto o dall'indagato/imputato/condannato, coinvolti in vario modo e titolo dal sequestro e/o dalla confisca dei beni.

Non risulta, ad oggi, una classificazione esaustiva delle diverse tipologie di terzi che può provare a delinarsi sulla base dei diritti vantati e della tutela loro garantita, partendo da coloro che hanno un più intenso *rapporto* col destinatario del procedimento e col bene:

a) terzi eredi o aventi causa del titolare del bene (e successori a titolo universale o particolare)

Presentano un diretto collegamento e coinvolgimento col bene sequestrato e/o confiscato perché sono parte del procedimento in luogo del proposto o (con i rigorosi limiti previsti nel processo penale) del condannato deceduto, in quanto divenuti titolari del bene a seguito della morte di colui che ne aveva la disponibilità, diretta o indiretta;

b) terzi formali intestatari dei beni o terzi intestatari

Sono i titolari del bene ritenuto nella disponibilità indiretta del proposto/prevenuto o dell'indagato/imputato/condannato. Pur avendo la titolarità giuridica, sotto il profilo civilistico, del bene, ne subiscono la sottrazione – prima provvisoria col sequestro, poi irreversibile con la confisca definitiva – perché considerati “testa di legno” del destinatario del procedimento (di prevenzione o penale) che è ritenuto nella disponibilità effettiva del bene;

c) terzi titolari di diritti di credito (o di pretese di natura obbligatoria), muniti o meno di diritti reali di garanzia sui beni

L'interesse del terzo, in questo caso, non deriva dalla pretesa di essere titolare del bene (e dunque dall'avere un diritto da tutelare *contro* il provvedimento di sequestro o di confisca), ma dal vantare una garanzia patrimoniale all'adempimento di debiti contratti dal proposto o dal responsabile del reato. Il terzo vanta un interesse indiretto sul bene sequestrato e/o confiscato per il rapporto intercorso col proposto o con l'indagato/imputato/indagato (o col terzo intestatario di costoro) da cui è sorto il proprio diritto di credito. Diritto maggiormente (e diversamente) tutelato sotto il profilo civilistico qualora sia garantito con la costituzione di un diritto reale di garanzia (pegno o ipoteca) o, anche ed eventualmente, o attraverso una causa legittima di prelazione (art. 2741 c.c.). In definitiva, il terzo si vede privato del bene grazie al quale avrebbe potuto soddisfare il proprio credito (che potrebbe anche essere l'unico aggredibile) a causa del depauperamento del patrimonio del debitore derivante della devoluzione del bene allo Stato.

Questa categoria è oggetto del presente approfondimento con riferimento alla sola confisca di prevenzione.

d) terzi interessati (indirettamente) dal provvedimento

Sono coloro che, senza assumere la qualità di formali intestatari o di titolari di un diritto di credito, sono coinvolti per gli effetti che possono derivare dalla confisca definitiva (e prima ancora dal sequestro). E' una categoria assai variegata e non

facilmente declinabile in modo esaustivo per la varietà dei casi che possono verificarsi¹⁰.

2.3. *La difficile regolamentazione dei diritti dei terzi: orientamenti giurisprudenziali e legislativi (cenni).*

Il mero tentativo di classificazione dei numerosi terzi coinvolti dai provvedimenti di sequestro e confisca dimostra che la loro tutela costituisce materia *di confine* tra il diritto penale (e di prevenzione) e civile, con le difficoltà che ne derivano per l'interconnessione tra rami del diritto con diverse finalità.

Pur essendovi un'ampia convergenza sull'opportunità di prevedere forme di tutela in favore dei terzi, in particolare di quelli di buona fede o (in materia penale) estranei al reato, la concreta regolamentazione non è agevole, principalmente per due ragioni: la necessità di conciliare i diritti e i principi del diritto civile con i rischi derivanti da precostituzione di posizioni di intestazione fittizia, creditorie e di altra natura diretti ad aggirare gli esiti dell'azione di prevenzione e penale; dall'opportunità di non gravare eccessivamente il giudizio penale o di prevenzione con l'accertamento dei presupposti per il riconoscimento dei diritti dei terzi che, inevitabilmente, rallenterebbe la destinazione dei beni confiscati.

D'altra parte la differente natura giuridica e funzione delle confische, penale e di prevenzione, così come la diversa disciplina e *ratio* delle varie forme di confisca penali, può indurre a diverse opzioni legislative o interpretative.

Il legislatore è intervenuto solo di recente col d.lgs. n. 159/11 e con la l. n. 228/12, relativi al sequestro e alla confisca di prevenzione.

La novità della disciplina e la presenza di norme che potrebbero essere estese ad altre tipologie di confische (penali) stanno impegnando la giurisprudenza di merito e di legittimità, anche con interventi delle Sezioni Unite civili e penali della Corte di Cassazione, con regolamentazioni che prevedono discipline transitorie di non agevole applicazione.

Recentemente è intervenuta la Corte costituzionale con le ricordate decisioni nn. 94 e 101 del 2015 che consentono di trarre utili principi di carattere generale, oltre che di compatibilità con la Carta del nuovo sistema.

3. **Diritti dei terzi e ordinamento sovranazionale (cenni).**

¹⁰ Vi rientrano certamente alcune categorie: 1) partecipanti in comunione e titolari di diritti reali o personali di godimento, per i quali occorre verificare come siano salvaguardati i diritti, con particolare riferimento al loro mantenimento dopo l'ablazione reale e alla loro opponibilità allo Stato; 2) titolari di posizioni giuridiche connesse con i beni oggetto delle misure patrimoniali, come coloro che sono parte del giudizio avente a oggetto domande giudiziali trascritte prima del sequestro, relative al diritto di proprietà ovvero a diritti reali sul bene sequestrato; 3) proprietari del bene di cui sono confiscati diritti reali di godimento.

La tutela dei terzi nel caso di sequestro (o ‘congelamento’ secondo il termine adoperato nelle convenzioni) o di confisca è “accennata” in alcuni atti sovranazionali che tendono a conciliare le diverse esigenze indicate.

La particolarità della confisca di prevenzione comporta che le convenzioni facciano generalmente riferimento alla confisca penale, pur se possono desumersi principi di carattere generale.

La Convenzione delle Nazioni Unite *contro il traffico illecito di sostanze stupefacenti e psicotrope* adottata a Vienna il 20 dicembre 1988, ratificata con l. n. 328/90, nel prevedere l’adozione dei «provvedimenti che si rivelano necessari per consentire la confisca...dei proventi ricavati da reati stabiliti [...] o di beni il cui valore corrisponde a quello di tali proventi» dispone all’art. 8, co. 5, che non debbano essere pregiudicati «i diritti dei terzi in buona fede».

La *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali* (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata con l. n. 848/55, cui sono seguiti numerosi protocolli aggiuntivi, si limita, all’art. 1 del protocollo addizionale n. 1 adottato a Parigi il 20 marzo 1952 (ratificato con la citata l. n. 848/55) a tutelare la proprietà privata e a disciplinarne le limitazioni, oltre che per causa di pubblica utilità, sulla base di leggi «ritenute necessarie per disciplinare l’uso dei beni in modo conforme all’interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende». Si vedrà oltre come la Corte di Strasburgo ha interpretato tale disposizione in materia di confisca e di diritti dei terzi.

La Convenzione del Consiglio d’Europa *sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato* conclusa a Strasburgo l’8 novembre 1990, ratificata con l. n. 328/93, prevede l’adozione di «misure legislative o di altra natura eventualmente necessarie per consentirle di procedere alla confisca di strumenti e di proventi, o di valori patrimoniali il cui valore corrisponde a tali proventi». Prevede (art. 21) che «Nell’esaminare le richieste di cooperazione [...], la Parte richiesta riconosce qualsiasi decisione giudiziaria presa nella Parte richiedente per quanto riguarda i diritti rivendicati dai terzi. Il riconoscimento può essere rifiutato se: a. i terzi non hanno avuto sufficiente possibilità di far valere i propri diritti [...]».

Di particolare rilievo la Direttiva 2014/42/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014 *relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell’Unione europea*, adottata ai sensi degli artt. 82, par. 2, lett. b) e 83, par. 1, del trattato sul funzionamento dell’Unione europea, ratificato con l. n. 130/88. La Direttiva, che deve essere recepita entro 30 mesi dagli Stati membri, prevede l’adozione di «norme minime relative al congelamento di beni, in vista di un’eventuale conseguente confisca, e alla confisca di beni in materia penale» e dedica l’intero art. 6 alla *Confisca nei confronti di terzi*¹¹.

¹¹ Art. 6: «1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie per poter procedere alla confisca di proventi da reato o di altri beni di valore corrispondente a detti proventi che sono stati trasferiti, direttamente o indirettamente, da un indagato o un imputato a terzi, o che sono stati da terzi acquisiti da un indagato o imputato, almeno se tali terzi sapevano o avrebbero dovuto sapere che il trasferimento o l’acquisizione dei

In definitiva gli atti internazionali consentono il sequestro e la confisca nei confronti dei terzi purché sia consentito loro di difendersi e salva la buona fede. Non si affronta, però, il tema dei terzi 'coinvolti' dalla confisca.

4. Confisca di prevenzione e terzi titolari di diritti di credito: inquadramento generale ed evoluzione normativa.

4.1. I terzi creditori.

Il presente approfondimento è dedicato alla tutela accordata ai terzi creditori nella confisca di prevenzione, anche alla luce dei recenti interventi della Corte costituzionale (sentenza n. 94 e ordinanza n. 101).

Si è ricordato che una vasta categoria di terzi è rappresentata dai titolari di diritti di credito, tra i quali rientrano coloro che sono muniti di diritti reali di garanzia sui beni sequestrati ed eventualmente poi confiscati.

Il terzo, con la confisca, vede sottratto dal patrimonio del proprio debitore il bene su cui poter soddisfare il proprio credito, con conseguente riduzione o annullamento (qualora sia espropriato l'unico bene) della garanzia patrimoniale¹².

L'interesse del terzo sul bene del proposto non muta, anzi è *rafforzato*, qualora il proprio diritto di credito sia garantito con la costituzione di un diritto reale di garanzia (pegno o ipoteca). Una posizione ancora diversa può derivare dall'esistenza di altre causa legittima di prelazione (art. 2741 c.c.).

Non si tratterà la sorte dei diritti dei terzi titolari di diritti reali o personali di godimento e dei terzi comproprietari non trattandosi di *creditori*, pur se la relativa tutela è in alcune parti accomunata dal d.lgs. n. 159/11.

4.2. La non agevole regolamentazione.

Pur registrandosi un'ampia convergenza sull'opportunità di prevedere una forma di tutela in favore dei terzi, titolari di diritti di credito sorti prima del sequestro, è mancata per lungo tempo una regolamentazione anche per la difficoltà di conciliare le esigenze dei creditori con quelle derivanti dalla funzione e dalla natura del procedimento di confisca.

beni aveva lo scopo di evitarne la confisca, sulla base di fatti e circostanze concreti, ivi compreso il fatto che il trasferimento o l'acquisto sia stato effettuato a titolo gratuito o contro il pagamento di un importo significativamente inferiore al valore di mercato.

2. Il paragrafo 1 non pregiudica i diritti dei terzi in buona fede».

¹² La tipologia di terzi creditori è estremamente ampia dovendo farvi rientrare anche coloro che vantano *pretese obbligatorie* o, comunque, un interesse sul bene sequestrato derivante dalla necessità od opportunità alla prosecuzione di un rapporto o contratto continuativo pur nel caso di una *sostituzione* coattiva del contraente.

Rispetto ai conflitti tra creditori e tra costoro e lo Stato in materia civile occorre tenere conto dei rischi derivanti da precostituzione di posizioni creditorie di comodo dirette ad aggirare gli esiti dell'azione di prevenzione e, dunque, dalle possibili elusioni della normativa; occorre, inoltre, evitare di gravare eccessivamente il procedimento con l'accertamento dei presupposti per il riconoscimento dei diritti dei terzi che, inevitabilmente, rallenterebbe la decisione sulla confisca e, poi, la destinazione dei beni confiscati dallo Stato.

La questione si interseca con numerose problematiche interpretative relative alla costituzione e alla tutela dei diritti prevista dal codice civile, a partire dalla natura giuridica dell'acquisto del bene da parte dello Stato – a titolo originario o derivativo –, dalla natura dei diritti coinvolti – di credito o reali – e dalle diverse normative previste dal codice civile e dalle leggi speciali, coinvolgendo anche l'esito delle azioni esecutive promosse dai terzi sui beni sequestrati e i procedimenti fallimentari aventi ad oggetto i medesimi beni sequestrati e poi confiscati. Una *gamma*, dunque, estremamente ampia di diritti e interessi, difficilmente enucleabili in modo esaustivo, di cui occorre *tentare* la tutela, assicurando, per quanto possibile, il rispetto di principi generali dell'ordinamento privatistico, quale quello della *par condicio creditorum* del proposto (ma anche del terzo intestatario con riferimento al bene da costui appreso perché nella disponibilità indiretta del proposto) oltre che dei procedimenti fallimentare ed esecutivo, dotati di autonoma ed esaustiva regolamentazione frutto di esperienze consolidate.

A fronte di diritti e procedimenti disciplinati da norme organiche e coerenti vi è una materia – quella della confisca di prevenzione – *giovane*, con un'applicazione solo trentennale, che ancora oggi si confronta con la necessità di enucleare e consolidare principi generali attraverso le interpretazioni della giurisprudenza, talvolta troppo occupata a risolvere i singoli casi in un'ottica di mero contrasto dell'illecito, e gli approfondimenti della dottrina spesso più attenta a questioni esclusivamente teoriche.

Queste sono le ragioni, in sintesi, che hanno impedito, per lungo tempo, un'espressa disciplina degli effetti della confisca sui diritti dei terzi, nonostante le numerose proposte elaborate e le richieste provenienti dagli operatori del diritto che si sono confrontati in questi anni con le lacune normative, con gli sforzi interpretativi della giurisprudenza, con le *sostanziali* differenze di trattamento in situazioni spesso simili (o trattate diversamente solo perché esaminate in tempi diversi, dopo un mutamento di orientamento giurisprudenziale), ai contrasti tra i giudici civili e penali, e le stesse sezioni civili e penali della Cassazione, con tutele diversificate o addirittura configgenti a seconda della giurisdizione adita.

Regolamentazione che ancora manca per la confisca penale, pur se vi è la tendenza ad estendere i principi e la disciplina della confisca di prevenzione (almeno per la confisca per sproporzione).

4.3. L'evoluzione normativa, i tentativi incompiuti.

Il primo tentativo di regolamentazione è stato proposto dalla Commissione presieduta dal prof. Giovanni Fiandaca, costituita presso il Ministero della Giustizia nel 1998, attraverso un'approfondita disamina delle interferenze tra le diverse normative coinvolte, nel tentativo di individuare soluzioni rispondenti all'esigenza generale di un bilanciamento di contrapposti interessi indicati nella stessa relazione ministeriale: da un lato la tutela di chi senza alcuna colpa ha assunto situazioni giuridiche sui beni successivamente oggetto di sequestro e confisca, dall'altro garantire l'effettività delle misure patrimoniali dirette a sottrarre al prevenuto (destinatario, effettivo o potenziale della misura di prevenzione personale) il compendio economico delle proprie attività illecite (e delittuose) secondo il principio sempre più sentito in uno Stato democratico per cui il delitto (o meglio l'illecito) non paga¹³.

Il legislatore è intervenuto con una sola norma che interessava i titolari di diritti in quota indivisa e di diritti reali di godimento o di garanzia sui beni immobili sequestrati. Il d.l. n. 4/10, conv. dalla l. n. 50/10 (istitutivo dell'Agenzia nazionale) aggiungeva (art. 5, comma 1, lettera 0a) all'art. 2 ter, co. 5, l. 575/65 il seguente periodo: «[...] per i beni immobili sequestrati in quota indivisa, o gravati da diritti reali di godimento o di garanzia, i titolari dei diritti stessi possono intervenire nel procedimento con le medesime modalità al fine dell'accertamento di tali diritti, nonché della loro buona fede e dell'inconsapevole affidamento nella loro acquisizione. Con la decisione di confisca, il tribunale può, con il consenso dell'amministrazione interessata, determinare la somma spettante per la liberazione degli immobili dai gravami ai soggetti per i quali siano state accertate le predette condizioni. Si applicano le disposizioni per gli indennizzi relativi alle espropriazioni per pubblica utilità. Le disposizioni di cui al terzo e quarto periodo trovano applicazione nei limiti delle risorse disponibili per tale finalità a legislazione vigente». Si prevedeva, dunque, un possibile intervento dei soggetti previsti nel procedimento di prevenzione, senza alcun coordinamento tra gli interessi dello Stato ad acquisire il bene con la confisca e la tutela delle posizioni dei terzi.

Da un lato si consentiva l'intervento in giudizio dei soli creditori muniti di diritto reale di garanzia (come già previsto dalla giurisprudenza), dall'altro si indicava una modalità di liquidazione di tali diritti (che, perciò venivano ritenuti estinti con la confisca). La contraddizione della disposizione era evidente quando subordinava "l'indennizzo" ai limiti consentiti dalle risorse disponibili.

La norma non diveniva mai operativa sulla base della disciplina transitoria della legge istitutiva dell'Agenzia nazionale¹⁴.

¹³ Utili riferimenti alle proposte formulate dalla Commissione Fiandaca sono offerti da A. AIELLO, [Spunti di riflessione in ordine alla tutela dei terzi nel c.d. Codice Antimafia](#), cit.

¹⁴ Cass. Pen., Sez. I, 3 marzo 2015 (4 giugno 2015), n. 24053, Banco di Napoli S.p.A., inedita, secondo cui: «[...] pur essendo entrato immediatamente in vigore il d.l. n. 4 del 4.2.2010, la citata modifica dell'art. 2-ter legge n. 575 del 1965 non è mai divenuta operativa. Infatti, la disciplina transitoria dettata dall'art. 7 comma 3 del predetto decreto-legge prevedeva l'applicazione delle disposizioni anteriormente vigenti – anche ai procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore del decreto - fino alla data di entrata in vigore dei regolamenti previsti dall'art. 4 dello stesso decreto. Prima ancora che venissero emanati i previsti regolamenti, il decreto legge è però stato interamente ed espressamente abrogato dall'art. 120 d.lgs. n. 159 del 2011 [...]».

4.4. Le diverse regolamentazioni (giurisprudenziali e normative).

Alla luce delle diverse modifiche normative intervenute negli ultimi anni, dense di novità, e dell'evoluzione della giurisprudenza, appare utile esporre la disciplina tenendo conto della sua evoluzione storica. E' noto che nella materia della prevenzione è essenziale avere chiara l'evoluzione normativa e giurisprudenziale, tra loro strettamente collegate, per comprendere le diverse modifiche intervenute. Di fronte alle esigenze concrete derivanti da sequestri e confische, e alle soluzioni adottate dalla giurisprudenza, con in prima linea quella di merito, il legislatore interviene solo quando la concreta regolamentazione ha già raggiunto un punto di equilibrio.

L'approvazione di una nuova disciplina pone, poi, inevitabili problematiche di diritto transitorio.

In un'evoluzione che è ancora in corso si possono individuare tre fasi (e discipline) che si intersecano tra loro:

- a) *gli orientamenti giurisprudenziali previgenti al d.lgs. n. 159/11*, adottati in assenza di un'apposita normativa, che possono essere ancora attuali pur dopo le successive normative introdotte;
- b) *la disciplina del d.lgs. n. 159/11*, con cui si è tentato di regolamentare l'intera materia. La natura innovativa della disciplina della tutela dei terzi comporta l'applicabilità solo con riferimento ai procedimenti sorti dal 13 ottobre 2011 (art. 117, comma 1, d.lgs. cit.), indipendentemente dall'epoca di adozione del sequestro o di definitività della confisca;
- c) *le disposizioni contenute nella l. n. 228/12* (c.d. legge di stabilità 2013), con cui il legislatore ha tentato di regolamentare la sorte dei procedimenti non sottoposti al regime del d.lgs. n. 159/11, che – in qualche modo – prendono atto (e si intersecano) con gli orientamenti giurisprudenziali indicati *sub a*).

5. L'approdo giurisprudenziale previgente il d.lgs. n. 159/11.

I Tribunali di prevenzione (e ancora prima i Giudici delegati) fin dall'approvazione della l. n. 646/82 sono costretti a confrontarsi con disposizioni che non regolavano gli effetti del sequestro e della confisca nei confronti dei terzi creditori.

A fronte di una (scarna) disciplina relativa al solo intervento in giudizio di coloro cui "appartengono" i beni – da individuare sostanzialmente nei terzi intestatari, con esclusione, dunque, dei terzi creditori –, si propongono, inizialmente, alcune soluzioni sulla base delle regole di diritto sostanziale previste per la trascrizione e il pignoramento, espressamente richiamate tra le modalità di esecuzione del sequestro (art. 2 *quater* l. n. 575/65, come introdotto dalla l. n. 646/82).

Tale tentativo si scontra con l'evidente lacuna normativa sui rapporti tra i procedimenti civili (ivi compreso quello fallimentare) e quello di prevenzione e con la necessità di valutare l'applicabilità delle regole di diritto e procedura civile con le esigenze del procedimento di prevenzione in quanto le "situazioni giuridiche

patrimoniali”, pur se già disciplinate da altri rami del diritto, devono essere coordinate con quelle proprie del procedimento di prevenzione per dare coerenza all’ordinamento ed evitare conflitti apparenti o reali.

Si pongono, con immediatezza il confronto tra creditori muniti o meno di garanzie reali e le differenze tra sequestri sostanzialmente conservativi e dinamici aventi ad oggetto aziende in cui la pressione dei creditori incide sulla stessa continuità dell’attività.

La giurisprudenza è così costretta a “creare” soluzioni dirette a conciliare i principi e gli interessi propri del procedimento di prevenzione.

5.1. *I creditori privi di garanzia reale.*

5.1.1. Profili generali.

La giurisprudenza, dopo alcune incertezze, non riconosce ai titolari di meri diritti di credito (non garantiti da diritti reali) – anche se in buona fede – alcuna facoltà d’intervento nel procedimento di prevenzione, né altra tutela sui beni (sequestrati e) confiscati. Si afferma che il diritto è azionabile dal terzo nei confronti del proposto, senza possibilità di agire nei confronti dei beni sequestrati e confiscati, frutto di attività illecita e acquisiti, all’esito del procedimento, al patrimonio dello Stato.

La soluzione discende dal principio per cui il sequestro e la confisca di prevenzione non hanno carattere di *universalità* ma hanno ad oggetto sempre singoli determinati beni, di origine illecita e nella disponibilità dell’indiziato di mafia, anche quando in concreto si interviene sull’intero patrimonio. Non succedendo lo Stato a titolo universale in tutti i rapporti patrimoniali del prevenuto costui, per effetto della confisca di alcuni (o di tutti i) beni, non perde la capacità d’agire, sicché egli, ai sensi dell’art. 2740 c.c., continua a rispondere col suo patrimonio restante delle obbligazioni originariamente assunte con i terzi.

La Corte costituzionale, investita della legittimità della mancata predisposizione da parte dell’ordinamento di strumenti di tutela delle ragioni dei creditori chirografari e privilegiati di chi abbia subito un sequestro antimafia, afferma, con la sentenza n. 190 del 1994, che si tratta di questione rimessa alla valutazione del legislatore che può individuare diverse soluzioni e strumenti. In sintesi, secondo «la Corte il risultato auspicato sarebbe stato realizzabile, non tramite un’unica soluzione obbligata, ma attraverso una pluralità di possibili interventi variamente articolati, tanto sul piano processuale (con la previsione di meccanismi di tutela interni o esterni al procedimento di prevenzione) che su quello sostanziale (essendo ipotizzabili varie forme di inopponibilità o inefficacia della confisca rispetto ai creditori e differenti configurazioni del «fatto giuridico» da contrapporre ad essa). Con la conseguenza che il conseguimento dell’obiettivo avrebbe implicato scelte discrezionali, rimesse in via esclusiva al legislatore»¹⁵.

¹⁵ Questa la sintesi della sentenza del 1994 offerta dalla stessa Corte costituzionale nella motivazione della citata sentenza 28 maggio 2015, n. 94.

La rigidità del principio, affermato dalla giurisprudenza di merito e di legittimità¹⁶ viene talvolta temperata; ad esempio nel caso del diritto vantato dal *terzo promissario acquirente di un immobile* che aveva interamente corrisposto il prezzo ed era entrato in possesso dell'immobile ma non aveva conseguito il trasferimento della proprietà da parte del promittente venditore a causa del sequestro (e poi della confisca) del bene¹⁷.

Il principio ora descritto della mancanza di tutela del mero creditore chirografario ha trovato recente conferma nella giurisprudenza di legittimità, successiva all'emanazione della l. n. 228/12 (di cui si dirà oltre), con cui sono stati nuovamente disattesi i profili di possibile illegittimità costituzionale. Si è precisato che l'affidamento del creditore in chirografo pur di buona fede esclusivamente legato alla garanzia patrimoniale giustificata dall'art. 2740 c.c., assume un carattere recessivo «giustificato proprio dall'assenza di momenti di collegamento del bene confiscato con il credito asseritamente pretermesso, unica ragione di opponibilità, peraltro depotenziata nelle sue prerogative essenziali, al potere di confisca dello Stato»¹⁸.

Un'ulteriore autorevole conferma si trae dalla sentenza n. 94 del 2015 della Corte costituzionale, citata (cfr. par. 1.3), che ha ricostruito (e affermato la compatibilità costituzionale) del sistema, dichiarando l'illegittimità costituzionale della sola disposizione della l. n. 228/12 che non consente la tutela dei crediti dei lavoratori.

5.1.2. I crediti vantati nei confronti di società o aziende.

La confiscabilità delle aziende e delle partecipazioni e delle azioni di società impone progressivamente di risolvere il conflitto tra Stato e creditori in casi più complessi. Non ricorre una situazione *ordinaria* in cui viene appreso un bene (mobile, mobile registrato, immobile) con coinvolgimento di un creditore, in una condizione che può definirsi statica; viene in rilievo, invece, quale oggetto del provvedimento, una realtà dinamica (l'azienda) che può essere riferita o a una persona (impresa individuale) o a un ente collettivo (società dotata o meno di personalità giuridica) che

¹⁶ Cass. Pen., Sez. I, 23 maggio 1996 (dep. 9 luglio 1996), n. 3528, Verde, in *CED Cass.*, n. 205420; Cass. Pen., Sez. I, 3 maggio 2007 (dep. 20 giugno 2007), n. 24187, Giaraffa e altro, *ivi*, n. 236843.

¹⁷ Cass. Pen., Sez. I, 3 maggio 2007 (dep. 20 giugno 2007), n. 24187, Giaraffa e altro, cit. La Corte, in realtà, non attribuisce al terzo la facoltà di ottenere l'adempimento del diritto di credito vantato nei confronti del proposto a seguito dell'inadempimento, ma chiede di dimostrare la propria 'disponibilità' e, dunque, un sostanziale accertamento sull'avvenuto effetto traslativo del bene in linea con l'orientamento secondo cui «La tutela accordata dalla legge ai terzi in buona fede, aventi un diritto reale sulla cosa oggetto di confisca in materia di prevenzione, non si estende a coloro che sono titolari di un diritto all'acquisto del bene gravato, derivante da un preliminare di vendita»; giurisprudenza costante: Cass. Pen., Sez. VI, 13 febbraio 2006 (dep. 22 maggio 2006), n. 17558, Barile e altro, in *CED Cass.*, n. 234500; Cass. Pen., Sez. VI, 27 novembre 2012 (dep. 12 marzo 2013), n. 11802, Dal Moro e altri, *ivi*, n. 255315. In senso conforme la Cassazione civile: Cass. Civ., Sez. I, 28 febbraio 2014, n. 4805, inedita.

¹⁸ Cass. Pen., Sez. VI, 17 ottobre 2013 (dep. 10 dicembre 2013), n. 49821, Lu. Fra trasporti S.r.l., in *CED Cass.*, n. 258579.

opera attraverso un legale rappresentante nominato dai titolari delle quote (ovvero secondo i criteri previsti dalle norme societarie).

Il principio per cui i terzi creditori non trovano tutela si *scontra*, da un lato con le regole del mercato, non potendo l'azienda sequestrata, pur se inadempiente legittimamente *per factum principis*, accedere al credito o proseguire i rapporti con i propri fornitori (che reclamano il pagamento del debito contratto prima del sequestro), dall'altro con le norme fallimentari per cui sussistendone i presupposti il creditore può richiedere e ottenere il fallimento dall'imprenditore (individuale o collettivo) con la conseguente difficoltà di operare pur se si ritiene di fare prevalere il sequestro sul fallimento (con prosieguo dell'amministrazione giudiziaria di un compendio oggetto di fallimento).

Prevale la tesi di assicurare la tutela di questi terzi nel corso della gestione dei beni sequestrati, vale a dire nell'ambito dell'amministrazione giudiziaria.

Per fare fronte a queste criticità si adottano diverse prassi dirette ad evitare la chiusura delle aziende, anche riconoscendo in via transattiva il pagamento di una quota dei debiti, previo accertamento della buona fede dei creditori e dell'estraneità di questi ai contesti criminali di riferimento del proposto.

Tali prassi trovano conforto in alcune decisioni della Corte di Cassazione, con specifico riferimento a crediti vantati nei confronti di società le cui quote sono state sottoposte integralmente a sequestro, perciò in amministrazione giudiziaria¹⁹.

La giurisprudenza di merito riconosce che, nel caso in cui l'oggetto della confisca sia un intero patrimonio aziendale, debbano applicarsi le disposizioni di cui agli artt. 2558 e 2560 c.c. disciplinanti, rispettivamente, la successione dell'acquirente nei rapporti giuridici pendenti e nelle passività dell'azienda ceduta²⁰.

La tesi in esame, di cui ha preso atto recentemente la Corte costituzionale²¹, ha trovato conferma, pur dopo l'emanazione del d.lgs. n. 159/11 e della l. n. 228/12 con cui, come si vedrà a breve, il legislatore ha tentato di disciplinare in modo esaustivo la tutela dei terzi, ivi compresi i creditori chirografari.

¹⁹ Cass. Pen., Sez. VI, 31 febbraio 2000, (dep. 17 maggio 2000), n. 862, Orofino, in *CED, Cass.*, n. 220568. Cfr. anche Cass. Pen., Sez. I, 4 maggio 2011 (dep. 7 giugno 2011), n. 22707, Sicilcassa, inedita. Vedi anche Cass. Civ., Sez. III civ., 8 agosto 2013, n. 18909, in *CED Cass.*, n. 627800.

²⁰ Trib. Palermo, 30 settembre 2008, inedito. Nella motivazione del decreto si evocano, oltre agli argomenti in diritto, le ragioni di carattere sostanziali già evidenziate sul carattere dinamico dell'amministrazione dell'azienda e della necessità di «salvaguardare i rapporti giuridici indispensabili per l'esercizio dell'impresa».

²¹ Si è ricordato che con la sentenza 28 maggio 2015, n. 94, cit. la Corte costituzionale così ricostruisce il sistema: «Nell'ipotesi in cui, tuttavia, la confisca investisse, non già singoli beni, ma un'azienda, parte della giurisprudenza riteneva applicabile – a salvaguardia dei creditori non assistiti da garanzie reali – la disciplina civilistica relativa alla responsabilità dell'acquirente per i debiti relativi all'azienda ceduta, di cui all'art. 2560, secondo comma, del codice civile. Sul piano operativo, si registravano, inoltre, prassi di pagamento in via transattiva di quote dei debiti aziendali pregressi da parte dell'amministratore giudiziario dei beni colpiti dalle misure, nell'ottica di evitare l'immediata paralisi dell'attività imprenditoriale conseguente all'interruzione traumatica dei rapporti con i fornitori e con gli altri creditori».

Una recente tesi della Cassazione: la tutela assicurata col fallimento e l'insinuazione nel passivo.

Va citata una recente tesi espressa dalla Corte di Cassazione secondo cui, pur se ancora oggi manca una disciplina per «i crediti, meramente chirografari, dei terzi relativi a patrimoni aziendali sequestrati e confiscati in uno all'ablazione delle quote sociali di riferimento»²².

Per la Corte la disciplina può essere desunta in via interpretativa attraverso l'applicazione dei seguenti principi:

- *il creditore in chirografo può chiedere il fallimento dell'impresa sequestrata/confiscata al fine di soddisfarsi sul patrimonio confiscato sulla base della regolamentazione adottata dal codice antimafia che, in ogni caso, consente la soddisfazione del creditore in buona fede secondo diverse procedure (nel caso o meno di fallimento) oltre che dei principi di carattere generale che riguardano i beni non pericolosi in sé sui quali il creditore in buona fede può trovare soddisfazione;*
- *dichiarato il fallimento «il Giudice fallimentare, nel verificare i crediti, inserirà tra gli elementi da valutare anche quello della buona fede, per fare sì che nel passivo non vengano veicolate situazioni appositamente create per favorire indirettamente lo stesso proposto;*
- *successivamente il curatore fallimentare potrà proporre, quale terzo legittimato, incidente di esecuzione innanzi al Tribunale di prevenzione alla stregua di quanto previsto della L. n. 228 del 2012, co. 200 e segg., norme queste che, in assenza di un'esplicita regolamentazione delle ipotesi di intervenuto fallimento di imprese integralmente attratte a procedure di prevenzione non disciplinate dal codice antimafia, ben possono rappresentare le regola di riferimento quanto all'individuazione del giudice competente in punto al giudizio di opponibilità dei crediti nonché per la definizione del procedimento volto alla liquidazione ed alla soddisfazione dei crediti ammessi (sempre non oltre la soglia massima prevista (dall'art 1 comma) 203 stessa legge».*

Sulla stessa linea sembra porsi anche un orientamento della Cassazione civile secondo cui il fallimento della società le cui quote sono state sequestrate totalmente è consentito su istanza del creditore garantito da ipoteca su immobili della stessa società, indipendentemente dall'accertamento della buona fede attenendo tale profilo «alla sola e limitata vicenda dell'opponibilità nell'ambito della confisca delle quote societarie, non invece nella sede concorsuale civilistica»²³.

Le posizioni ora descritte comportano, però, non pochi problemi di carattere pratico imponendo una verifica di buona fede che non compete al giudice fallimentare che, tra l'altro, non “è attrezzato” a svolgere tale ruolo. Inoltre la regolamentazione proposta non affronta il tema della prevalenza del sequestro e della confisca di prevenzione sul fallimento e il rapporto tra la verifica operata dal Giudice delegato al fallimento e i poteri del Tribunale di prevenzione adito nell'incidente di esecuzione.

²² Cass. Pen., Sez. VI, 17 ottobre 2013 (dep. 10 dicembre 2013), n. 49821, Lu. Fra trasporti S.r.l., cit.

²³ Cass. Civ., Sez. I, 24 maggio 2012, n. 8238, in *CED Cass.*, n. 622608.

La soluzione proposta, infine, sembra in contrasto con la sentenza n. 94 del 2015 della Corte costituzionale che si è limitata a dichiarare l'incostituzionalità della tutela offerta dalla l. n. 228/12 (che estendeva quella previgente) ai soli casi di creditori lavoratori anche di azienda (anzi, il caso in esame riguardava esattamente la confisca della totalità delle quote e dei beni aziendali). In definitiva se per la Corte costituzionale gli unici crediti in chirografo tutelabili oltre a quanto previsto dalla l. n. 228/12 sono quelli dei lavoratori, non si vede come potrebbe offrirsi tutela a crediti di altra natura.

5.1.3. *La distinzione società azienda.*

Quanto alle ulteriori problematiche relative ai sequestri di quote sociali e/o di azienda (facenti capo alla società) operano i noti principi civilistici in tema di personalità giuridica ed autonomia patrimoniale della società (in particolare di società di capitali, frequentemente s.r.l.) rispetto ai titolari delle quote sociali, opportunamente coordinati con quelli propri del procedimento di prevenzione in materia di disponibilità diretta o indiretta del proposto e, dunque, di società che possono essere forma mero "schermo" del proposto.

Pur se nella pratica giudiziaria si procede in modo diversificato, si possono enucleare alcuni principi guida:

a) sequestro/confisca della totalità delle quote e dei beni aziendali strumentali all'esercizio dell'impresa

Nel caso di sequestro della totalità delle quote sociali (intestate al proposto o a terzi) la società costituisce un mero schermo dell'azione del proposto. Quest'ultimo ha la disponibilità (totale) della società (*rectius* delle quote sociali), ragion per cui va sequestrato (e confiscato) l'intero patrimonio sociale, in particolare della/delle azienda/e che fanno capo alle attività imprenditoriali esercitate dalla società. Per quanto interessa in questa sede è sufficiente precisare che trovano applicazione i principi in materia di tutela del creditore nei confronti del proposto²⁴;

b) sequestro/confisca della totalità delle quote e dei beni aziendali strumentali all'esercizio dell'impresa.

Qualora il sequestro/confisca riguardi la totalità delle quote sociali, senza nulla dire sui beni aziendali si prospettano diverse posizioni.

²⁴ In tal senso è la più attenta giurisprudenza di merito. Nel caso di sequestro e confisca della totalità delle quote e dei beni aziendali la giurisprudenza di legittimità prende atto del provvedimento ablatorio totalitario; cfr., ad esempio, Cass. Civ., Sez. I, 14 ottobre 2011, n. 21240, in *CED Cass.*, n. 619908. Anche la Corte costituzionale, come ricordato, ha esaminato il caso in cui «Il giudice a quo premette di doversi pronunciare sulle istanze di alcuni lavoratori subordinati, intese ad ottenere il pagamento del credito per trattamento di fine rapporto vantato nei confronti di una società a responsabilità limitata, loro datrice di lavoro, le cui quote e il cui intero patrimonio erano stati confiscati, in esito a procedimento di prevenzione» (Corte cost., 28 maggio 2015, n. 94, cit.). Analogo il caso esaminato dalla Corte costituzionale con l'ordinanza 5 giugno 2015, n. 101.

Secondo una prima tesi, espressa dalla Cassazione civile, va privilegiato il dato testuale risultante dal decreto che aveva ad oggetto "l'intero capitale sociale", perciò riferendosi alle «quote di partecipazione, senza alcuna possibilità di confusione con il patrimonio della società»²⁵

La Cassazione penale ha, condivisibilmente, opposto, da un lato l'esclusiva competenza del giudice della prevenzione – quale giudice dell'esecuzione – di delimitare l'ambito del giudicato sulla confisca, indipendentemente dalle eventuali decisioni del giudice civile, dall'altro l'estensione ai beni aziendali nel caso di sequestro totalitario di quote²⁶. Da tali principi discende che la tutela dei terzi creditori è assicurata come indicato *sub a*);

c) *sequestro di quote maggioritarie*.

Mancando la totale compenetrazione ricordata, appare problematico il sequestro dell'intera azienda così come non può procedersi a sequestro *pro quota* dell'azienda (pur se è consentito il sequestro di rami d'azienda, cfr. *sub e*). La maggioranza (o il controllo) consentirà la nomina di organi societari di fiducia dell'amministrazione. La società continuerà a operare con gli organi statutari (sotto il controllo dell'amministratore giudiziario). I creditori della società dovranno agire in sede civile nei confronti della stessa²⁷;

d) *sequestro di quote minoritarie*.

In questo caso non è neanche ipotizzabile il sequestro dei beni aziendali strumentali all'esercizio dell'impresa e l'amministratore giudiziario eserciterà i poteri derivanti dalla quota. I creditori agiranno come indicato *sub c*);

²⁵ Cass. Civ., Sez. I, 24 maggio 2012, n. 8238, cit.; Cass. Civ., Sez. III, 27 aprile 2007, n. 10095, in *CED Cass.*, n. 597795, secondo cui le disposizioni su sequestro e confisca di prevenzione devono essere interpretate nel senso che hanno « per oggetto il diritto di proprietà sui beni oggetto della misura di prevenzione e, se si tratta di sequestro di quote societarie, la titolarità dei diritti dei singoli soci colpiti dalla misura stessa »

²⁶ Cass. Pen., Sez. I, 16 ottobre 2014 (dep. 30 gennaio 2015), n. 4448, Sicilcassa S.p.A., inedita. La Corte (intervendo sul medesimo caso esaminato da Cass. Civ., Sez. I, 24 maggio 2012, n. 8238) ritiene corretta la decisione del Giudice dell'esecuzione che, pur in presenza del tenore letterale del dispositivo del provvedimento di confisca che faceva riferimento all'intero capitale sociale delle due società in oggetto e non ai beni aziendali delle stesse ed, altresì, della mancata trascrizione del provvedimento di confisca nei registri immobiliari, aveva ritenuto confiscati anche i beni aziendali in quanto nei provvedimenti di sequestro e di confisca si dava atto che il proposto disponeva, anche indirettamente, dell'intero patrimonio delle società oggetto di confisca e delle intere aziende, intese come complesso unitario di beni. Sulla stessa scia sembra Cass. Pen., sez. I, 16 febbraio 2011 (dep. 4 marzo 2011), n. 8767, Agenzia Nazionale (ANBSC), in *CED Cass.*, n. 249618.

²⁷ Questa posizione trova oggi conferma in numerose disposizioni del d.lgs. n. 159/11:

- l'artt. 36, comma 1, lett. e), secondo cui l'amministratore giudiziario presenta al giudice delegato, «nel caso di sequestro di beni organizzati in azienda o di partecipazioni societarie che assicurino le maggioranze previste dall'articolo 2359 del codice civile» una relazione sulla sussistenza di concrete possibilità di prosecuzione o di ripresa dell'attività;

- l'art. 41, comma 6, secondo cui nel caso di sequestro di partecipazioni societarie che assicurino le maggioranze necessarie per legge, l'amministratore giudiziario può, previa autorizzazione del giudice delegato: a) convocare l'assemblea per la sostituzione degli amministratori [...]. Si fa riferimento alle "maggioranze necessarie per legge" come individuabili sulla base delle disposizioni del codice civile (ad esempio, art. 2363 e ss. c.c. per le società per azioni).

e) *sequestro di un ramo aziendale*.

Può verificarsi che si procede a sequestro (o confisca) di un ramo di azienda facente capo a una società. In questo caso si pongono problemi relativi alla tutela dei creditori da risolversi sulla base dei principi generali in materia²⁸.

5.2. *I creditori titolari di diritti reali di garanzia.*

La giurisprudenza previgente al d.lgs. n. 159/11 si occupa frequentemente degli effetti derivanti sui beni sequestrati e confiscati gravati da diritti reali di garanzia, generalmente per le pressanti richieste degli istituti di credito titolari di ipoteche su immobili iscritte a garanzia di mutui concessi al proposto o al terzo intestatario (per l'acquisto degli stessi immobili ovvero per l'apertura di linee di credito).

Alla luce della successiva esaustiva regolamentazione è sufficiente delineare sinteticamente gli orientamenti giurisprudenziali ormai consolidati, utili ancora oggi (oltre che per comprendere e collocare gli effetti definitivamente verificatisi) per alcune conseguenze che derivano sull'interpretazione e applicazione di disposizioni del d.lgs. n. 159/11 e della l. n. 228/12 che hanno normato gran parte degli orientamenti giurisprudenziali.

Le incertezze della giurisprudenza si colgono nell'evoluzione e nel contrasto tra le sezioni penali e civili della cassazione. Ancora una volta si conferma la natura di *materia di confine* (tra diritto civile e diritto penale) delle misure di prevenzione.

5.2.1. *La giurisprudenza penale.*

Secondo l'orientamento divenuto consolidato è consentita la tutela nel procedimento di prevenzione ai soli fini di ottenere un titolo da azionare in sede civile, escludendo la possibilità di procedere o proseguire l'espropriazione forzata sull'immobile attraverso non consentite declaratorie di nullità o non opponibilità della confisca. Tale orientamento si forma parallelamente a quello elaborato in sede penale

²⁸ E' possibile sequestrare e/o confiscare rami di azienda ritenuti nella disponibilità del proposto che, perciò, vengono "estromessi" del patrimonio sociale con alcune particolarità in tema di tutela dei creditori. In tal senso [Trib. Napoli, 6 luglio 2011](#), in *questa Rivista*, 23 settembre 2011 così massimata: «E' consentita la confisca di un *ramo aziendale* nella titolarità di una società (di capitali) qualora sia accertata la disponibilità indiretta dell'azienda in capo al proposto e la provenienza illecita, laddove tale accertamento (con riferimento alla disponibilità ovvero all'illecita provenienza) non sia intervenuto per le quote della società. Diverse soluzioni sarebbero in contrasto con la lettera e lo spirito della l. 575/65 (se fosse impedita la confisca) ovvero rischierebbero di coinvolgere illegittimamente diritti di terzi (se si ritenessero confiscabili le quote della società). (In applicazione di tale principio la Corte ha ordinato la confisca di un ramo aziendale e ha disposto la revoca del sequestro della totalità delle quote della società titolare di tale azienda e di altro ramo aziendale ritenuti nella disponibilità indiretta del proposto ma non di illecita provenienza)».

per la tutela dei terzi in varie sedi in cui viene in rilievo il concetto di *estraneità dal reato*²⁹.

L'articolato ragionamento di questa giurisprudenza si può sintetizzare esponendo le soluzioni adottate.

Il terzo (titolare del diritto reale di garanzia) trova tutela innanzi al Giudice dell'esecuzione in funzione di Tribunale misure di prevenzione. Il terzo, dunque, non deve essere citato nel procedimento di prevenzione sulla base dei principi affermati dalla Corte costituzionale secondo cui la confisca di prevenzione non può riflettersi su soggetti per i quali ricorra una "sostanziale incolpevolezza"³⁰.

La tutela del diritto reale sopravvive alla confisca che, anche se qualificata come causa d'acquisto a titolo originario (pur se generalmente si afferma la natura derivativa), non consente il trasferimento di un diritto di contenuto diverso e più ampio di quello che fa capo al precedente titolare³¹.

I presupposti della tutela si desumono attraverso un opportuno coordinamento tra le norme del codice civile che regolano l'ipoteca (e il pegno) e il diritto potestativo ad esso inerente, cd. *ius distrahendi*, e la disciplina della misura di prevenzione patrimoniale, quale mezzo di repressione dell'illecita accumulazione di capitali. Ai fini dell'opponibilità del diritto di garanzia reale: a) non è sufficiente il requisito formale della costituzione dell'ipoteca, mediante iscrizione nei pubblici registri immobiliari, prima dell'annotazione del sequestro, b) ma è altresì richiesta l'inderogabile condizione che il creditore ipotecario si sia trovato in una situazione di buona fede e di affidamento incolpevole, dovendosi individuare in quest'ultimo requisito la base giustificativa della tutela del terzo. Quest'ultimo requisito trova fondamento nella necessità di contemperare due esigenze: da un lato, evitare il sacrificio dei diritti dei terzi incolpevoli; dall'altro, garantire l'effettività del sistema di misure di prevenzione antimafia, che risulterebbe vanificato ove non si riuscissero a colpire situazioni di intestazioni fittizie di beni di provenienza mafiosa³².

Sul terzo incombe l'onere di provare i fatti costitutivi della pretesa fatta valere sul bene confiscato, compresa la citata buona fede. Il giudice ha il compito di «di verificare, sulla

²⁹ I riferimenti sono, in particolare, a: Cass. Pen., Sez. Un., 28 aprile 1999, (dep. 8 giugno 1999), n. 9, Bacherotti e altri, in *CED Cass.*, n. 213511; Cass. Pen., Sez. Un., 24 maggio 2004 (dep. 9 luglio 2004) n. 29951, Focarelli, *ivi*, n. 228163.

³⁰ Cass. Pen., Sez. V, 19 novembre (dep. 16 dicembre 2003), n. 47877, in *CED Cass.*, n. 231263; Cass. Pen., Sez. I, 9 marzo 2005 (dep. 12 aprile 2005), n. 13413, *ivi*, n. 231263.

³¹ Sulla *scia* di Cass. Pen., Sez. Un., 28 aprile 1999, (dep. 8 giugno 1999), n. 9, Bacherotti e altri, cit. (relativa a confisca penale), Cass. Pen., Sez. I, 6 febbraio 2007 (dep. 26 febbraio 2007), n. 8015, Servizi Immobiliari Banche S.i.b. S.p.a., in *CED Cass.*, n. 236364. In tal senso anche Cass. Civ., Sez. I, 3 luglio 1997, n. 5988, in *CED Cass.*, n. 505701.

³² Oltre alle sentenze delle sezioni penali citate nella nota precedente: Cass. Pen., Sez. V, 18 marzo 2009 (dep. 9 aprile 2009), n. 15328, Banca Della Campania Spa., in *CED Cass.*, n. 243610; Cass. Pen., Sez. I, 29 aprile 2011 (dep. 29 luglio 2011), n.30326, Mps Gestione Crediti Banca Spa e altri, *ivi*, n. 250910.

base delle prove fornite dal terzo» tale presupposto; qualora non sia assolto l'onere gravante sul terzo la richiesta va rigettata³³.

L'onere posto a carico del terzo è compatibile con i principi costituzionali³⁴.

La buona fede che il terzo deve provare, non sovrapponibile all'omologa categoria civilistica, è descritta dalla giurisprudenza in modo da garantire le ragioni poste a fondamento della confisca di prevenzione e di evitare possibili elusioni, diversamente articolate sotto il profilo dell'apparenza formale. L'onere ha ad oggetto la dimostrazione dell'affidamento incolpevole ingenerato da una situazione di oggettiva apparenza che rende scusabile l'ignoranza o il difetto di diligenza della mancanza di qualsiasi collegamento del proprio diritto con l'attività illecita del proposto, derivante da condotte di agevolazione o, addirittura di fiancheggiamento; il terzo non deve avere tratto alcun vantaggio dall'altrui attività criminosa, ovvero, avendo di fatto tratto vantaggio dalla medesima, deve dimostrare di trovarsi in una condizione soggettiva di buona fede, nel senso della non conoscenza o non conoscibilità, con l'uso della diligenza richiesta dal caso concreto, del collegamento tra il proprio diritto e l'altrui condotta delittuosa³⁵. Il terzo, in definitiva ha l'onere di dimostrare di avere positivamente adempiuto con diligenza gli obblighi di informazione e di accertamento e di aver perciò fatto affidamento "incolpevole" sul soggetto nei cui confronti ha acquisito il diritto di garanzia³⁶.

Con specifico riferimento *all'onere probatorio gravante sugli istituti di credito* la giurisprudenza sottolinea che, trattandosi di operatori del settore, perciò professionalmente preparati e bene a conoscenza delle norme e usi bancari, oltre che delle normative in materia di reimpiego o riciclaggio di attività illecite, deve essere loro richiesta una particolare diligenza nella concessione del credito, tenuto conto anche della necessità di verificare l'affidabilità di coloro che richiedono il finanziamento attraverso la richiesta (e l'esame) di tutta la documentazione necessaria e opportuna per garantire opportunamente la banca. Tali oneri, da sempre incombenti sull'operatore bancario, hanno assunto specifico rilievo a partire dalla legge "Rognoni-La Torre" che dal 1982 ha introdotto le misure di prevenzione patrimoniali. Si è anche sottolineato che gli istituti bancari sono soggetti al rispetto delle norme e prassi

³³ Cass. Pen., Sez. Un., Cass., 28 aprile 1999, (dep. 8 giugno 1999), n. 9, Bacherotti e altri, cit.; Cass. Pen., Sez. I, 11 febbraio 2005 (dep. 31 marzo 2005) n. 12317, Fuoco e altro, in *CED Cass.*, n. 232245; Cass. Pen., Sez. I, 10 maggio 2005 (dep. 10 giugno 2005), n. 22157, n. 12317, P.M. in proc. Virga, *ivi*, n. 232102; Cass. Pen., Sez. I, 18 aprile 2007 (dep. 22 maggio 2007), n. 19761, C.T.F. Finanziaria S.p.A., *ivi*, n. 236825; Cass. Pen., Sez. I, 27 aprile 2012 (dep. 15 novembre 2012), n. 44515, Intesa San Paolo S.p.A. e altri, *ivi*, n. 253827.

³⁴ Cass. Pen., Sez. I, 29 aprile 2011 (dep. 29 luglio 2011), n. 30326, Mps Gestione Crediti Banca Spa e altri, cit. che ha ritenuto manifestamente infondata, in relazione agli artt. 3, 24 e 47 Cost.

³⁵ Cass. Pen., Sez. I, 11 febbraio 2005 (dep. 31 marzo 2005) n. 12317, Fuoco e altro, cit.; Cass. Pen., Sez. I, 14 gennaio 2009 (dep. 21 gennaio 2009) n. 2501, San Paolo Imi S.p.A., in *CED Cass.*, n. 242817.

³⁶ Cass. Pen., Sez. I, 29 aprile 2011 (dep. 29 luglio 2011), n. 30326, Mps Gestione Crediti Banca Spa e altri, in *CED Cass.*, n. 250910.

bancarie in materia, oltre che del disposto del d.lgs. n. 231/07 e della l. n. 197/1991 in materia di antiriciclaggio³⁷.

Il titolare del diritto reale di garanzia può fare valere il proprio diritto innanzi al giudice delle misure di prevenzione, quale giudice dell'esecuzione, con ricorso per incidente di esecuzione deciso de plano, ex art. 667, comma 4, c.p.p., con opponibilità del provvedimento allo stesso Collegio (ed eventuale ricorso per Cassazione alla decisione adottata nel contraddittorio).

L'accertamento del giudice della prevenzione, quale giudice dell'esecuzione, non spieghi alcun effetto sull'ormai definitiva acquisizione dell'immobile (su cui gravava l'ipoteca) al patrimonio dello Stato (da destinarsi secondo le forme e i termini previsti) e sulla necessità da parte del terzo di agire innanzi al giudice civile per fare valere il proprio diritto, pur se i contorni di tale tutela risarcitoria non sono meglio precisati. L'azione consentita evoca una forma di indennizzo determinato in conformità delle disposizioni in materia di espropriazione per pubblica utilità³⁸.

Il bene confiscato non può essere oggetto di espropriazione forzata immobiliare, stante il delineato vincolo di inalienabilità, pur se l'eventuale procedimento esecutivo civile riguarda il medesimo immobile. Le inevitabili interferenze sono risolte da molti giudici dell'espropriazione con provvedimenti di sospensione e, all'esito della definitività della confisca, di estinzione del procedimento³⁹.

5.2.2. La giurisprudenza civile. La risoluzione del contrasto tra le sezioni penali e civili della Cassazione.

Le conclusioni delle sezioni penali ora esposte, inizialmente condivise dalle sezioni civili della Corte⁴⁰, sono state successivamente disattese ritenendo che il titolare del diritto di garanzia reale vanti un diritto che si estingue solo per le cause tassative indicate dall'art. 2878 c.c. e che può, perciò, essere fatto valere con le forme ordinarie⁴¹.

³⁷ Cass. Pen., Sez. I, Sez. 1, 8 luglio 2011, (dep. 12 settembre 2011), n. 33796, Simeoli, inedita, secondo cui «operatori bancari, particolarmente fiscali ed attentissimi nella elargizioni di prestiti, scoperture bancarie e mutui ipotecari, operando secondo abituali prassi creditizie, avrebbero dovuto accertare senza difficoltà le qualità sociali ed economiche di clienti tanto particolari, soprattutto presso agenzie poste nell'ambito di municipalità di assai ridotte dimensioni demografiche, tali dovendosi ritenere i comuni di 26.000 abitanti, regolandosi di conseguenza rispetto ai richiesti mutui».

³⁸ Questa è la tesi formalmente espressa, seppur in epoca successiva al d.lgs. n. 159/11 e alla l. n. 228/12, da Cass. Civ., Sez. I, 28 febbraio 2014, n. 4805, inedita. Cfr. Cass. Pen., Sez. I, 11 febbraio 2005 (dep. 31 marzo 2005), n. 12317, Fuoco e altro, cit.; Cass. Pen., Sez. I, 28 gennaio 2008 (dep. 27 febbraio 2008) n. 8775, Cosmai e altro, in *CED Cass.*, n. 239245.

³⁹ Cass. Pen., Sez. V, 19 novembre (dep. 16 dicembre 2003), n. 47877, cit.; Cass. Pen., Sez. I, 25 maggio 2006 (dep. 18 settembre 2006), n. 30783, Giannola, inedita; Cass. Pen., Sez. I, 18 aprile 2007 (dep. 22 maggio 2007), n. 19761, C.T.F. Finanziaria S.p.A., cit.

⁴⁰ Cass. Civ., Sez. I, 12 novembre 1999, n. 12535, in *CED Cass.*, n. 531048.

⁴¹ Cass. Civ., Sez. III, 29 ottobre 2003, n. 16227, in *CED Cass.*, n. 567758; Cass. Civ., Sez. III, 16 gennaio 2007, n. 845 in *CED Cass.*, n. 594197.

La terza sezione civile ha chiesto l'intervento delle Sezioni Unite civili per sciogliere i numerosi nodi relativi alla tutela del terzo che coinvolgono il giudice competente (dell'espropriazione immobiliare o dell'esecuzione in sede di incidente di esecuzione), l'onere probatorio, la natura del diritto (indennizzo o diritto per equivalente) e, soprattutto la natura dell'acquisto da parte dello Stato, che se a titolo originario farebbe acquisire il bene privo di ogni gravame⁴².

Il contrasto è stato risolto dalla l. n. 228/12 e dalla successiva sentenza n. 10532 del 2013 delle Sezioni Unite civili della Cassazione⁴³ che hanno ritenuto applicabile al regime previgente il d.lgs. n. 159/11 la nuova normativa che, sostanzialmente, come si vedrà oltre (cfr. par. 7), ripercorre gli orientamenti delle sezioni penali del giudice di legittimità.

6. La regolamentazione del d.lgs. n. 159/11 (procedimenti iniziati dal 13 ottobre 2011).

6.1. Profili generali.

Il d.lgs. n. 159/11, pur in presenza di una delega scarna contenuta nella legge delega n. 136/10, delinea al titolo IV una disciplina organica per la tutela dei *terzi* estranei al provvedimento di sequestro, da un lato attraverso le norme in tema di citazione in giudizio (solo per alcune categorie), dall'altro disciplinando i presupposti e le modalità della tutela di diverse categorie di terzi (diverse dai terzi intestatari):

- a) *titolari di diritti di credito, garantiti o meno da diritti reali di garanzia* (art. 52, commi 1, 2 e 3), la cui disciplina si sta esaminando;
- b) *terzi interessati* titolari di diritti reali o personali di godimento (art. 52, commi 4 e 5) e partecipanti in comunione (art. 52, commi 7, 8 e 9).

Le caratteristiche del sistema delineato dal d.lgs. n. 159/11, utile per inquadrare la tutela prevista per i *terzi creditori*, sono fondate su alcuni principi guida.

La devoluzione allo Stato del bene confiscato, privo di oneri e pesi comporta la risoluzione all'interno del procedimento di prevenzione di tutte le "vicende" che riguardano il bene acquisito dallo Stato al fine di acquisirlo depurato "di qualsiasi problematica" che potrebbe comportare oneri o spese (art. 45, comma 1, d.lgs. cit.).

Pur se il legislatore non prende posizione, si delinea una disciplina che evoca l'acquisto in capo allo Stato a titolo originario, affrontando e resolvendo nell'ambito del procedimento di prevenzione funzionale alla confisca o del sub procedimento appositamente introdotto di *tutela dei terzi* al Titolo IV del Libro I, le problematiche relative a diritti di credito, diritti reali di garanzia, diritti reali o personali di godimento, diritti derivanti da azioni trascritte anteriormente su beni immobili

⁴² Cass. Civ., Sez. III, 6 dicembre 2011, n. 2339 (ord.).

⁴³ Cass. Civ., Sez. Un., 7 maggio 2013, n. 10532, cit.

(relative alla proprietà o a diritti reali o personali di godimento). Per soddisfare tali diritti, se necessario, il bene viene venduto (artt. 52 ss.)⁴⁴.

In tal senso è anche la disciplina introdotta dalla l. n. 228/12 (e la relativa interpretazione giurisprudenziale di cui si dirà al par. 7).

Si esclude la definitiva devoluzione allo Stato solo di una quota di proprietà sui beni, prevedendo la divisione, se possibile, ovvero, alternativamente, la prelazione in favore del comproprietario, la vendita, ovvero in alcuni casi, l'acquisto da parte dello Stato.

La sospensione delle azioni esecutive e la loro estinzione all'esito della confisca discende dalla tutela attribuita ai terzi nell'ambito del procedimento di prevenzione. Per la stessa ragione è introdotto il divieto di intraprendere azioni esecutive sui beni sequestrati (art. 55).

Per i beni assoggettati a fallimento (precedente o successivo al sequestro) prevale il concomitante sequestro di prevenzione in quanto i creditori sono soddisfatti attraverso un coordinamento tra procedimento di prevenzione e fallimentare (artt. 63 ss.).

I diritti dei terzi e la loro buona fede sono accertati in alcuni casi nel procedimento funzionale alla confisca (art. 23, comma 4), in altri casi e, specificamente per i titolari di diritti di credito (garantiti o meno da diritti reali) nell'apposito procedimento di verifica dei crediti (artt. 52 ss.).

Il pagamento delle somme dovute ai terzi avviene al termine di un apposito procedimento nel corso del quale trovano tutela i crediti sorti anteriormente al sequestro purché ne sia offerta la prova dell'esistenza e della buona fede ed incolpevole affidamento, oltre che previa escussione del patrimonio del proposto. Si possono anche vendere i beni confiscati per soddisfare i creditori (artt. 57 ss.), garantiti, però, nell'ambito di un limite massimo rispetto al valore dei beni confiscati (60% ex art. 53) secondo un ordine simile a quello previsto dalla legge fallimentare (art. 61, co. 2).

In sintesi, come riassunto dalla Corte costituzionale, la *ratio* della nuova disciplina di tutela dei terzi creditori può così descriversi: «i requisiti di legittimazione stabiliti dall'art. 52 del d.lgs. n. 159 del 2011 rivelano come il legislatore abbia inteso, per un verso, escludere dalla tutela i crediti scaturiti da prestazioni connesse all'attività illecita o a quella di reimpiego dei suoi proventi (requisito della non strumentalità del credito rispetto a quest'ultima, salva la dimostrazione dell'incolpevole ignoranza di tale nesso da parte del creditore); per altro verso, evitare che il proposto possa eludere gli effetti della confisca preconstituendo delle posizioni creditorie di comodo o simulandone a posteriori l'esistenza (requisiti della "non astrattezza" del credito e della sua sicura anteriorità rispetto al sequestro); per altro verso ancora, impedire che la persona sottoposta al procedimento di prevenzione possa comunque giovare dei proventi delle attività illecite per "liberare" dai debiti il restante patrimonio personale (requisito della preventiva infruttuosa escussione degli altri beni del proposto)»⁴⁵.

⁴⁴ Cass. Pen., Sez. I, 9 ottobre 2014 (dep. 18 novembre 2014), n. 47598, Italfondinario S.p.A., inedita; Cass. Pen., Sez. I, 20 giugno 2014 (dep. 18 dicembre 2014), n. 52537, Italfondinario S.p.A., inedita.

⁴⁵ Corte cost., 28 maggio 2015, n. 94, cit.

6.2. La disciplina transitoria, la l. n. 228/12.

La nuova regolamentazione sul riconoscimento dei diritti dei terzi si applica solo ai procedimenti sorti dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 159/11 (13 ottobre 2011) a seguito della presentazione della proposta da parte dell'organo proponente (art. 117, comma 1, d.lgs. cit.). Pertanto, ogni questione, anche se successiva alla confisca definitiva, deve avere riguardo all'epoca di presentazione della proposta.

La disciplina dei rapporti relativi ai procedimenti sorti prima del 13 ottobre 2011 è avvenuta, successivamente, ad opera della l. n. 228/12 (cfr. par. 7).

6.3. Il limite al "valore" della garanzia patrimoniale in favore dei terzi.

La volontà di non liquidare completamente i beni confiscati per soddisfare i diritti dei creditori si desume dalla previsione di un limite massimo oltre il quale lo Stato acquisisce, comunque, i beni confiscati.

Originariamente era stato fissato, dall'art. 53 d.lgs. n. 159/11, il limite nel 70 per cento del valore dei beni sequestrati o confiscati.

Tale limite è stato ridotto al 60% dalla l. n. 147/13 (c.d. legge di stabilità 2014, art. 1, comma 443, lett. b). Sulla base del principio *tempus regit actum* deve ritenersi che la riduzione operi per i rapporti non ancora definiti per i quali, dunque, alla data di entrata in vigore della nuova disposizione, non sia intervenuto il pagamento ai sensi dell'art. 61, co. 8, d.lgs. cit., secondo cui divenuto definitivo il piano di pagamento, «l'amministratore giudiziario procede ai pagamenti dovuti entro i limiti di cui all'articolo 53». Non possono applicarsi, infatti, i commi 9 e 10 dello stesso articolo che si riferiscono alla restituzione da parte dei creditori dei pagamenti non dovuti all'esito dell'accoglimento di domande di revocazione.

Nell'indicare il limite il legislatore delegato ha omissso di inserire le spese del procedimento, pur in presenza del non equivoco tenore della legge delega che fa riferimento al limite «al netto delle spese del procedimento» (art. 1, comma 3, lett. f) n. 3.3, l. n. 136/10).

La *ratio* della legge delega era evidentemente diretta ad assicurare allo Stato, all'esito del lungo e complesso procedimento di confisca, un saldo positivo netto del 30 per cento (del 40% dopo le modifiche apportate dalla l. n. 147/13), per evitare che l'impegno dello Stato fosse finalizzato all'esclusiva soddisfazione dei creditori del proposto (e del terzo formale intestatario).

Tale orientamento del legislatore trova conferma nella disciplina per cui per il procedimento di prevenzione, anche patrimoniale, non è prevista la condanna del proposto e dei terzi intestatari soccombenti al pagamento delle spese del procedimento. Ai sensi dell'art. 204, comma 2, d.P.R. n. 115/02, nel procedimento di prevenzione si procede al recupero delle spese solo in caso di condanna da parte della

Corte di Cassazione; pertanto, sia nel procedimento di applicazione della misura, sia nei vari procedimenti incidentali non vi è condanna al pagamento delle spese⁴⁶.

6.4. *La costituzionalità e la compatibilità con la Cedu della nuova regolamentazione.*

Benché la nuova regolamentazione assicuri una più ampia tutela ai terzi creditori rispetto alla disciplina precedente, che pure – come si è detto – era stata ritenuta conforme a Costituzione, sono stati prospettati dalla dottrina dubbi di compatibilità con la Carta costituzionale e con la CEDU, richiamando alcuni principi espressi dalla Corte europea dei diritti dell’Uomo.

6.4.1. *La conformità alla CEDU.*

Parte della dottrina afferma che sarebbero state introdotte misure sostanzialmente espropriative del credito verificandosi un’illegittima «compressione del diritto di proprietà nella lata accezione europea del termine (comprensiva dunque anche dei diritti di credito)»⁴⁷. Si aggiunge che la nozione di proprietà prevista dall’art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 Cedu, va interpretata estensivamente, nel senso di ricomprendervi sia i ‘beni esistenti’ che i ‘valori patrimoniali’, tra i quali rientrano, ricorrendo certi presupposti, anche i crediti.

Il tema è stato affrontato dalle Sezioni Unite civili che, nell’esaminare l’analoga disciplina contenuta nella l. n. 228/12 (di cui si dirà oltre), ne affermano la rispondenza al «quadro normativo internazionale», finanche nell’addossare al terzo l’onere della buona fede⁴⁸.

La ricostruzione del quadro normativo internazionale consente alla Corte di concludere «che il diritto comunitario ed i principi della CEDU (ricompresi nel diritto comunitario ai sensi dell’art. 6 del Trattato di Lisbona): a) impongono agli Stati membri l’adozione delle misure di prevenzione patrimoniali; b) impediscono che l’adozione di misure di prevenzione patrimoniali possa ledere diritti dei terzi di buona fede; c)

⁴⁶ Cass. Pen., Sez. I, Sez. 1, 19 giugno 2013 (dep. 25 luglio 2013), n. 32473, Di Giugno, in *CED Cass.*, n. 256507; Cass. Pen., Sez. I, 9 ottobre 2013 (dep. 19 dicembre 2013), n. 51453, Greco, inedita.

⁴⁷ S. MAZZAMUTO, *la tutela dei terzi di buona fede nella confisca antimafia: le ultime novità legislative e giurisprudenziali*, in *Juscivile.it*, 7, 2013, 434 ss.

⁴⁸ Cass. Civ., Sez. Un., 7 maggio 2013, n. 10532, cit.: «il diritto comunitario positivo, in materia di confisca penale, va integrato con i principi della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo (CEDU) e con la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo. Infatti, nonostante che la CEDU non costituisca un organo dell’Unione, secondo il Trattato di Amsterdam (ratificato e reso esecutivo con l. 16.6.1998 n. 209, ed entrato in vigore l’1.5.1999, oggi sostituito dal Trattato di Lisbona), “i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell’Unione in quanto principi generali” (così l’attuale art. 6, comma 3, del Trattato di Lisbona)».

consentono, in materia di misure di prevenzione patrimoniali, di addossare al terzo l'onere della prova della buona fede».

Da un lato non si rinvergono sentenze della Corte europea che consentano di desumere l'incompatibilità della disciplina con la Convenzione, dall'altro la Corte EDU assicura la tutela prevista dall'art. 1 del protocollo addizionale n. 1 ai *beni attuali* nei quali rientrano i *valori patrimoniali*, «ivi compresi i crediti», ma solo se il «ricorrente può sostenere di avere almeno una "speranza legittima" di ottenere il godimento effettivo di un diritto di proprietà»⁴⁹. Occorre, dunque, «in ogni causa [...] esaminare se le circostanze, considerate nel loro insieme, hanno reso la parte ricorrente titolare di un interesse sostanziale protetto dall'articolo 1 del Protocollo n° 1»⁵⁰.

Anche recentemente la Corte europea ha ribadito che, «secondo la propria giurisprudenza, un ricorrente può addurre la violazione dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 solo nella misura in cui le decisioni che contesta sono relative ai suoi "beni" ai sensi di tale disposizione. I "beni" possono essere "beni esistenti" o valori patrimoniali, ivi compresi, in determinati casi ben definiti, i crediti. Affinché un credito possa essere considerato un "valore patrimoniale" ricadente nel campo di applicazione dell'articolo 1 del Protocollo n. 1, è necessario che il titolare del credito dimostri che esso ha un sufficiente fondamento nel diritto interno, per esempio, che esso sia confermato da una consolidata giurisprudenza dei tribunali nazionali. Una volta che ciò sia dimostrato, può entrare in gioco il concetto di "aspettativa legittima"»⁵¹.

In definitiva, indipendentemente dall'ampliamento del concetto di beni tutelabili ai sensi della Convenzione⁵², è esclusa *in radice* nel caso in esame che possano rientrarvi crediti diversi da quelli per i quali la giurisprudenza italiana riconosce tutela nel procedimento di prevenzione.

6.4.2. La conformità alla Costituzione.

La Corte di Cassazione esclude dubbi di costituzionalità in ordine alla regolamentazione della tutela assicurata ai terzi creditori⁵³.

Il Giudice delle leggi (cfr. par. 1.3) ha ritenuto la conformità a costituzione della nuova disciplina limitandosi a dichiarare l'incostituzionalità della sola limitazione per i crediti vantati da lavoratori sorti prima del sequestro di azienda. Per la Corte la disciplina delineata dal d.lgs. n. 159/11 «rappresenta il frutto del bilanciamento

⁴⁹ Corte europea dir. uomo, 21 febbraio 2008, Maurice c. Francia; Corte europea dir. uomo, 18 maggio 2010, Plalam S.p.A. c. Italia; Corte europea dir. uomo, 31 maggio 2011, Maggio e altro c. Italia; Corte europea dir. uomo, 7 giugno 2011, Agrati e altri c. Italia.

⁵⁰ Cfr. sentenze citate alla nota precedente.

⁵¹ Corte europea dir. uomo, 15 aprile 2014, Stefanetti e altri c. Italia.

⁵² Per quanto interessa in questa sede: diritto del proprietario alla soddisfazione di un reddito, maturato sotto la vigenza di una legge abrogata prima del passaggio in giudicato della sentenza con la quale il credito era stato riconosciuto, credito di natura risarcitoria, relativo ad un danno accertato con sentenza, nonostante la successiva entrata in vigore di una nuova legge sul regime di responsabilità.

⁵³ Cass. Pen., Sez. I, 12 dicembre 2014 (dep. 23 aprile 2015), n. 17015, Banca delle Marche SpA, inedita.

legislativo tra i due interessi che in materia si contrappongono: da un lato, l'interesse dei creditori del proposto a non veder improvvisamente svanire la garanzia patrimoniale sulla cui base avevano concesso credito o effettuato prestazioni; dall'altro, l'interesse pubblico ad assicurare l'effettività della misura di prevenzione patrimoniale e il raggiungimento delle sue finalità, consistenti nel privare il destinatario dei risultati economici dell'attività illecita»⁵⁴.

6.5. I crediti disciplinati dall'art. 52 d.lgs. n. 159/11.

L'art. 52, co. 1, d.lgs. n. 159/11 si riferisce genericamente ai «diritti di credito dei terzi». La specificazione, nell'ambito di tale categoria, dei titolari di diritti reali di garanzia deriva dalla necessità di evitare possibili divergenze interpretative in quanto la giurisprudenza, come ricordato, in precedenza consentiva la tutela solo per i titolari di tali diritti ed attraverso le procedure individuate dalla stessa giurisprudenza.

Il riferimento ai *diritti di credito*, non *pregiudicati* dalla confisca nei limiti di quanto disposto dagli art. 52 e ss. d.lgs. cit., comporta che deve farsi riferimento ai diritti di tale natura individuabili sulla base delle norme del codice civile (Libro Quarto "delle obbligazioni") e delle leggi speciali.

Quanto ai *crediti del proposto e dell'azienda di imprenditore individuale o collettivo (società)*, nulla di specifico è previsto. Il legislatore, dunque, non ha ritenuto di affrontare la questione, che pure aveva impegnato la giurisprudenza.

La particolarità del sequestro dell'azienda appare di tutta evidenza anche perché i creditori non hanno alcun patrimonio da aggredire all'infuori di quello sottoposto alla misura reale, salvo che i crediti aziendali siano presidiati da una garanzia personale.

D'altra parte, in mancanza di disposizioni specifiche trovano applicazione gli artt. 52 ss. d.lgs. n. 159/11 con gli eventuali *adattamenti* derivanti dalla natura del bene azienda, sia essa di imprenditore individuale sia di impresa collettiva, anche per la dinamicità dell'attività e i limiti derivanti, ad esempio, dall'art. 56 d.lgs. cit. che prevede l'automatica sospensione dei contratti in corso (cfr. par. 6.8).

6.6. I presupposti per la tutela dei terzi titolari di diritti di credito e di diritti reali di garanzia (cenni).

L'articolo 52 d.lgs. n. 159/11 esordisce nel fissare le condizioni che consentono la tutela dei diritti di credito dei terzi, anche se garantiti da diritti reali di garanzia, con l'obiettivo di assicurare l'effettività della confisca. Si esclude un controllo meramente formale dell'esistenza del diritto di credito e del diritto reale di garanzia, dovendo essere accertata l'estraneità del terzo all'attività delittuosa del proprio debitore,

⁵⁴ Corte cost., 28 maggio 2015, n. 94, cit.

evitando il rischio che il proposto possa avvalersi di prestanome che vantino fittiziamente diritti sui beni sottoposti a sequestro.

I requisiti che il terzo deve dimostrare per ottenere il riconoscimento del credito sono minuziosamente elencati:

- a) anteriorità del diritto rispetto al sequestro;
- b) previa escussione del restante patrimonio del proposto e la sua insufficienza al soddisfacimento del credito, salvo per i crediti assistiti da cause legittime di prelazione su beni sequestrati;
- c) non strumentalità del credito all'attività illecita o a quella che ne costituisce il frutto o il reimpiego, a meno che il creditore dimostri di avere ignorato in buona fede il nesso di strumentalità;
- d) prova del rapporto fondamentale nel caso di promessa di pagamento o di ricognizione di debito;
- e) prova da parte del portatore del titolo di credito del rapporto fondamentale e di quello che ne legittima il possesso.

I limiti del presente lavoro consentono solo qualche cenno sui requisiti indicati.

6.6.1. a) L'anteriorità del diritto rispetto al sequestro.

L'anteriorità rispetto al sequestro deve risultare da atto avente data certa.

Per l'individuazione della data certa soccorrono le norme del codice civile (art. 2699 e ss. in tema di atto pubblico e scrittura privata; per questa, in particolare, art. 2704 c.c.).

La rigida applicazione di tali disposizioni potrebbe causare limitazione alle fonti di prova, limitandole a quelle esclusivamente a quelle documentali.

Peraltro, la Corte costituzionale, come ricordato, ha ritenuto manifestamente infondata la questione posta sotto il profilo della penalizzazione ingiustificata di determinate categorie di creditori, quali i 'fornitori' di aziende che operano «nella convulsa e dinamica realtà dell'impresa che non si presta ad essere ingessata negli schemi della precostituzione di una data certa del rapporto»⁵⁵.

In sintesi può affermarsi che i principi enucleati in sede fallimentare⁵⁶ sembrano potersi applicare anche nel procedimento di verifica dei crediti di prevenzione in cui, tenendo però conto dei poteri officiosi più marcati.

La data certa nel caso di crediti fondati su documenti, dovrà desumersi:

- a) da atti pubblici che, ai sensi dell'art. 2700 c.c., fanno fede fino a querela di falso (anche) delle attestazioni del pubblico ufficiale, ivi compresa la data della formazione;
- b) da scritture private autenticate, a sensi dell'art. 2703 c.c., in cui l'attestazione del pubblico ufficiale produce gli effetti di 'certezza' sulla data;
- c) dalle scritture private (non autenticate) nei limiti indicati dall'art. 2704, co. 1, c.c.

⁵⁵ Corte cost., 5 giugno 2011, n. 101, cit.

⁵⁶ Cass. Civ. Sez. Un., 20 febbraio 2013 n. 4213, in *CED Cass.*, n. 625118.

Conformemente alla giurisprudenza in materia fallimentare non sono utilizzabili ai fini dell'accertamento del credito le scritture contabili dell'impresa sequestrata, non essendo applicabile, nei confronti degli organi della procedura, l'art. 2710 c.c., che conferisce efficacia probatoria tra imprenditori, per i rapporti inerenti all'esercizio dell'impresa, ai libri regolarmente tenuti⁵⁷.

Sono utilizzabili, per il resto, tutti gli approdi giurisprudenziali in tema di anteriorità del credito rispetto al fallimento, con gli opportuni adattamenti.

Qualora manchi del tutto la prova documentale non sembrano consentite "rigidità" in quanto il requisito della data certa è stato introdotto dal legislatore sulla scia dell'orientamento giurisprudenziale relativo ai creditori muniti di diritto reale di garanzia tenuto conto della finalità del procedimento di prevenzione e della necessità di evitare elusioni alla relativa normativa che attribuiscono al giudice delegato ampi poteri istruttori. D'altra parte, ai sensi dell'art. 59, co. 4, d.lgs. n. 159/11 «i provvedimenti di ammissione e di esclusione dei crediti producono effetti solo nei confronti dell'Erario». Di conseguenza sarà possibile, ad esempio, provare i crediti del lavoratore pur in mancanza di regolarizzazione contabile o fiscale del rapporto.

Nel caso di diritto reale di garanzia soccorrono le disposizioni di questi istituti: per l'ipoteca l'opponibilità richiede l'iscrizione nei registri immobiliari (art. 2852), per il pegno la prelazione opera solo se risulti da scrittura con data certa (art. 2787 c.c.).

6.6.2. b) La previa escussione del restante patrimonio del proposto.

Occorre, ai sensi dell'art. 52, co. 1, lett. b), la previa escussione del patrimonio del proposto (e/o del terzo intestatario), salvo per i crediti assistiti da cause di legittima prelazione, sulla base dei principi generali codicistici: privilegi – previsti dal codice civile (artt. 2745 e ss.) e da leggi speciali – e garanzie reali (pegno e ipoteca).

La previa escussione è istituto noto al diritto civile⁵⁸ e alle legislazioni speciali che, pur se talvolta con termini diversi, prevedono il riconoscimento del diritto o l'onere a carico di altri solo dopo l'esperimento delle azioni dirette a recuperare il credito nei confronti del debitore.

In definitiva il legislatore prevede la tutela del terzo all'interno del procedimento di prevenzione "in via residuale" richiamando un istituto del diritto civile che vieta di soddisfare il creditore qualora non tenti prima di agire sul patrimonio del proposto e dimostri l'insufficienza di questo a soddisfare il credito.

La ratio discende dalle particolarità proprie del procedimento di prevenzione in cui non vi è l'espropriazione di tutti i beni del fallito nell'interesse dei creditori e a salvaguardia del loro pari trattamento, ma vi è un interesse dello Stato a espropriare beni illecitamente accumulati, evitare elusioni a tale ablazione, tutelare i creditori solo

⁵⁷ Cass. Civ., Sez. Un., 20 febbraio 2013, n. 4213, in *CED Cass.*, n. 625117.

⁵⁸ Ad esempio: artt. 563 c.c. in tema di azione di riduzione, 1944 c.c. in tema di fideiussione, 2268, 2393 bis c.c., 2868 c.c. in tema di ipoteca. In tal senso anche l'art. 2304 c.c. in tema di responsabilità personale dei soci per il pagamento di debiti sociali

nell'ambito di tale cornice, tenuto conto che il proposto può essere in possesso di beni di lecita provenienza.

Nella prassi i giudici delegati, almeno nelle prime applicazioni, tentano di contemperare la disposizione normativa con i principi del procedimento di prevenzione. Si registrano, ad esempio, casi di ammissione di crediti vantati dai fornitori di merci e servizi (in quanto il credito risulta da atti aventi data certa anteriore al sequestro) con scadenze dei pagamenti ricadenti in epoca prossima al sequestro, rendendo così di fatto non sempre possibile la previa escussione del patrimonio del proposto, sempre che le forniture (e i rispettivi importi) risultino compatibili e giustificate dall'attività imprenditoriale svolta⁵⁹.

6.6.3. c) La non strumentalità del credito all'attività illecita, la buona fede.

In generale.

L'art. 52, co. 1, lett. b). d.lgs. n. 159/11 prevede, ripercorrendo i principi espressi dalla giurisprudenza in ordine alla tutela dei titolari di diritti reali di garanzia: la non strumentalità del credito azionato all'attività illecita del proposto (o al suo frutto o reimpiego); ovvero ("a meno che") la dimostrazione da parte del creditore di avere ignorato in buona fede il nesso di strumentalità.

In linea generale, si può affermare che se il creditore sa o è in condizione di sapere che ha concesso un credito a una persona che si 'fa scudo' di altre persone (fisiche o giuridiche), deve prestare attenzione, proprio perché l'agire in modo 'mascherato' può celare, e spesso cela, il rapporto di strumentalità del credito concesso con attività illecite che, per questo, richiedono la presenza di *teste di legno*.

Nel tentativo di descrivere l'onere in capo al terzo l'art. 52, co 3, d.lgs. cit. precisa che nella valutazione della buona fede il Tribunale (termine non correttamente

⁵⁹ Si riporta, per estratto, il decreto emesso il 3.10.13 dal Giudice Delegato di Chieti nel procedimento relativo al decreto di sequestro [Trib. Chieti 12 luglio 2012](#), in *questa Rivista*, 3 settembre 2012:

«[...] ritenuto OMISSIS che, sulla base di tali parametri, quanto al credito vantato dall'Agenzia delle Entrate, lo stesso va ammesso, con riserva di verificare se e quali crediti erariali troveranno estinzione ex art. 50 d.lgs. n. 159/2011;

quanto al credito vantato da Equitalia, lo stesso va ammesso come richiesto;

che appare altresì ammissibile il credito vantato dai fornitori di merci e servizi (TIZIO, CAIO e SEMPRONIO), in quanto il credito risulta da atti aventi data certa anteriore al sequestro (fatture, bolle di accompagnamento), le scadenze dei pagamenti ricadono in epoca prossima al sequestro, rendendo così di fatto non sempre possibile la previa escussione del patrimonio del proposto, le forniture (e i rispettivi importi) risultano compatibili e giustificate dall'attività imprenditoriale svolta (materiali da rivestimento, costruzione, infissi...);

[...] PQM AMMETTE

I crediti di seguito indicati secondo il prospetto (con le relative osservazioni) che si allega al presente provvedimento da formarne parte integrante: TIZIO (ammesso con esclusione delle spese e competenze in quanto non determinate dall'istante ed in quanto non necessario l'intervento del legale per l'insinuazione); CAIO (ammesso come richiesto con esclusione del privilegio in quanto non indicata la fonte); SEMPRONIO (come richiesto) MEVIO (come richiesto), Agenzia delle Entrate (ammesso con riserva ex art. 50 d. lg. n 159/11) Equitalia Sud (come richiesto)».

operato in quanto, il tribunale interviene solo nel caso di opposizione alle decisioni del giudice delegato) tiene conto:

- delle condizioni delle parti;
- dei rapporti personali e patrimoniali tra le stesse;
- 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.

Sono utilizzabili le categorie elaborate dalla giurisprudenza per l'identificazione della buona fede e l'inconsapevole affidamento in tema di creditore garantito da ipoteca, individuata nella mancanza di qualsiasi collegamento del proprio diritto con l'attività illecita del proposto, derivante da condotte di agevolazione o, addirittura di fiancheggiamento. In tal senso si sono espressi, in linea generale, la dottrina e la giurisprudenza di legittimità, sia civile⁶⁰ che penale⁶¹.

I presupposti.

Si è ricordato (par. 5.2) che la giurisprudenza formatasi prima del d.lgs. n. 159/11, a partire dalla sentenza delle Sezioni Unite del 28.4.1999, n. 9 (relativa a confisca penale ma presa a fondamento per i principi generali espressi), aveva elaborato criteri tra loro congruenti, progressivamente affinati e specificati: a) il diritto del titolare del diritto reale di garanzia costituitosi anteriormente al sequestro è tutelabile solo in presenza dell'inderogabile condizione della buona fede e dell'affidamento incolpevole del creditore, da desumersi sulla base di elementi di cui spetta allo stesso fornire la dimostrazione; l'onere probatorio ha ad oggetto la dimostrazione del suo affidamento incolpevole ingenerato da una situazione di oggettiva apparenza che rende scusabile l'ignoranza o il difetto di diligenza⁶².

I principi ora espressi sono tradotti, dall'art. 52 (co. 1, lett. b), per tutti i creditori (muniti o meno di garanzie reali) nella formula secondo cui occorre «che il credito non sia strumentale all'attività illecita o a quella che ne costituisce il frutto o il reimpiego, a meno che il creditore dimostri di avere ignorato in buona fede il nesso di strumentalità» e nelle regole orientative del comma 3⁶³, con l'esposizione di «linee guida in punto di *modalità* della verifica»⁶⁴, dovendo evitarsi approcci generalizzanti perché al giudice è attribuito il compito di valutare l'uso della diligenza richiesta dalla «situazione concreta» in riferimento a quanto allegato dall'istante⁶⁵.

⁶⁰ Cass. Civ., Sez. Un., 7 maggio 2013, n. 10532, cit.

⁶¹ Cass. Pen., Sez. I, 12 dicembre 2014 (dep. 23 aprile 2015), n. 17015, Banca delle Marche SpA, cit.

⁶² Giurisprudenza pacifica a partire da Cass. Pen., Sez. Un., 28 aprile 1999, (dep. 8 giugno 1999), n. 9, Bacherotti e altri, cit. Cfr., ad esempio, Cass. Pen., Sez. I, 27 aprile 2012 (dep. 15 novembre 2012), n. 44515, San Paolo S.p.A. e altri, in *CED Cass.*, n. 253827.

⁶³ Vale a dire: «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».

⁶⁴ Cass. Pen., Sez. I, 12 dicembre 2014 (dep. 23 aprile 2015), n. 17015, Banca delle Marche SpA, cit.

⁶⁵ Cass. Pen., Sez. I, 12 dicembre 2014 (dep. 23 aprile 2015), n. 17015, Banca delle Marche SpA, cit.; Cass. Civ., Sez. Un., 7 maggio 2013, n. 10532, cit.

Da un lato il legislatore del 2011 ha previsto l'estinzione *di diritto* delle garanzie reali (all'atto della confisca), dall'altro ha attribuito al titolare del diritto di credito un'adeguata tutela sulla base dei principi elaborati dalla giurisprudenza tema.

Se il principio fondante della tutela è l'estraneità del terzo alla condotta illecita altrui la condotta del terzo deve connotarsi – per evitare di ricadere nella condizione di soggetto colpevolmente avvantaggiato dall'altrui azione illecita – in termini di buona fede, intesa nella *non conoscibilità* – con l'uso della diligenza richiesta dalla situazione concreta – del rapporto di derivazione della propria posizione soggettiva dall'attività illecita commessa dal soggetto poi espropriato dei beni a seguito della procedura di prevenzione.

L'esame della giurisprudenza di legittimità consente di individuare univoci criteri "orientativi":

a) *va esclusa un'accezione della buona fede* che, facendo leva sulla necessità di un atteggiamento doloso del terzo, finisca per attribuire alla relativa nozione un ambito estremamente restrittivo, al punto da configurare la posizione soggettiva del detto terzo come necessaria adesione consapevole e volontaria all'altrui attività illecita. Diversamente vi sarebbe un'indebita commistione tra dolo e colpa atteso che un comportamento può classificarsi come incolpevole non solo se posto in essere in assenza della consapevolezza e dalla volontà della condotta e dell'evento, ma anche quando queste siano mancate per un atteggiamento colposo (perciò dovuto ad imprudenza, negligenza ed imperizia)⁶⁶; buona fede e affidamento incolpevole (atteggiamenti alternativi all'addebitabilità della mancata conoscenza dovuta a colpa) non possono ravvisarsi qualora il fatto illecito non sia stato conosciuto ma risultasse pur sempre «conoscibile», dunque se non è stato conosciuto per una condotta colposa⁶⁷.

Il legislatore, in virtù dell'accertata pericolosità soggettiva del proposto cui è "riferibile" il bene confiscato, realizza una presunzione relativa di strumentante del credito ricevuto da tale soggetto, credito che lì dove abbia consentito l'acquisto di un immobile ha reso possibile – di fatto – un'operazione di tendenziale reimmersione nel circuito economico (attraverso il pagamento del mutuo) di capitali di provenienza illecita (con ciò assicurando il frutto di tale attività o comunque il reimpiego di detti capitali)⁶⁸;

b) *il terzo per ottenere il riconoscimento del suo diritto deve allegare* elementi idonei a rappresentare:

⁶⁶ Giurisprudenza costante, recentemente Cass. Pen., Sez. I, 29 aprile 2011 (dep. 29 luglio 2011), n. 30326, in *CED Cass.*, n. 250910; Cass. Pen., Sez. I, 27 settembre 2013 (dep. 8 novembre 2013), n. 45260, *Italfondario s.p.*, *ivi*, n. 257913; Cass. Pen., Sez. I, 9 ottobre 2013 (12 settembre 2014), n. 37597, *Banca Popolare di Bergamo S.p.A.*, inedita; Cass. Pen., Sez. I, 27 febbraio 2014 (dep. 31 luglio 2014), n. 34039, *Ferrari e altri* in *CED Cass.*, n. 261192; Cass. Pen., Sez. I, 28 novembre 2014 (dep. 13 marzo 2015), n. 10999, *Banca popolare dell'Emilia Romagna*, inedita; Cass. Pen. Sez. II, 29 gennaio 2015 (dep. 13 marzo 2015) n. 10770, *Island Refinancing S.r.l.*, inedita.

⁶⁷ Giurisprudenza costante; cfr. sentenze citate alla nota precedente.

⁶⁸ Cass. Pen., Sez. I, 28 novembre 2014 (dep. 13 marzo 2015), n. 10999, *Banca popolare dell'Emilia Romagna*, cit.

– in primo luogo la sua estraneità all'illecito del proposto (ovvero l'assenza di accordi che svelino la consapevolezza dell'attività illecita realizzata all'epoca dal contraente poi proposto e sottoposto a misura di prevenzione patrimoniale);

– e, comunque, l'affidamento incolpevole «inteso come applicazione, in sede contrattuale, di un livello di media diligenza, rapportato al caso concreto, teso ad escludere rimproverabilità di tipo colposo»⁶⁹. Il richiamo sostanziale ai concetti civilistici della tutela dell'affidamento consente di ritenere che la buona fede del terzo possa derivare da un errore scusabile, come tale immune da colpa. «In altri termini, il convincimento del terzo sulla situazione apparente deve essere incolpevole e tale indagine deve compiersi caso per caso con riferimento alla ragionevolezza dell'affidamento, che non potrà essere invocato da chi versi in una situazione di negligenza, ad esempio per avere notevolmente trascurato obblighi derivanti dalla stessa legge (artt.1175, 1176, 1189, 1337, 1341, 1366, 1375, 1393, 1396 e 1429 codice civile) ovvero per non avere osservato comuni norme di prudenza attraverso cui accertarsi della realtà delle cose, anziché affidarsi alla mera apparenza dei fatti»⁷⁰.

Il legislatore, in virtù dell'accertata pericolosità del soggetto cui è «riferibile» il bene confiscato (intervenuta nel procedimento che ha dato luogo alla confisca), realizza «una presunzione *relativa* di strumentalità del credito ricevuto da tale soggetto, credito» che, ove abbia consentito «l'acquisto di un immobile ha reso possibile – di fatto – una operazione di tendenziale reimmersione nel circuito economico (attraverso il pagamento del mutuo) di capitali di provenienza illecita»⁷¹.

c) *grava sul terzo l'onere di provare la buona fede*. La particolarità della materia della prevenzione impone il ribaltamento del principio civilistico per cui la buona fede si presume (ad esempio art. 1147 c.c.)⁷². La prova deve essere offerta con particolare rigore in quanto si determina *ex lege* il trasferimento sul creditore di un onere dimostrati che verte o sulla dimostrazione di assenza di tale condizione di strumentalità o sulla condizione soggettiva di 'ignoranza scusabile' di tale nesso⁷³. Nessuna dimostrazione 'positiva' della strumentalità deve pertanto essere fornita dalla pubblica accusa, fermo restando il diritto al contraddittorio sui temi eventualmente introdotti dal terzo al fine di contrastare la presunzione relativa *ex lege* (di strumentalità e assenza di buona fede)⁷⁴.

Va registrato un indirizzo, non condivisibile, che sembra volere scindere la valutazione tra nesso di strumentalità e buona fede: sulla base del nuovo complesso normativo assurgerebbe ad autonomo requisito che «il credito vantato non sia stato

⁶⁹ Giurisprudenza costante, recentemente, cfr. sentenze citate alla nota precedente.

⁷⁰ Cass. Pen., Sez. VI, 15 ottobre 2014 (dep. 19 gennaio 2015), n. 2334, Italfondario S.p.A., inedita.

⁷¹ Cass. Pen., Sez. I, 12 dicembre 2014 (dep. 23 aprile 2015), n. 17015, Banca delle Marche SpA, cit.

⁷² Giurisprudenza costante, recentemente Cass. Civ., Sez. Un., 7 maggio 2013, n. 10532, cit.; Cass. Pen., Sez. I, 4 novembre 2014 (dep. 12 febbraio 2015), n. 6291, Bancaintesa San Paolo SPA, inedita; cfr. anche giurisprudenza citata alla nota precedente.

⁷³ Cass. Pen., Sez. II, 29 gennaio 2015 (dep. 13 marzo 2015), n. 10770, Island Refinancing S.r.L., cit.

⁷⁴ Cass. Pen., Sez. I, 28 novembre 2014 (dep. 13 marzo 2015), n. 10999, Banca popolare dell'Emilia Romagna, cit.

collegato da nesso di strumentalità con l'attività illecita del soggetto confiscato ovvero con l'attività che ne costituisce il frutto ovvero il reimpiego»⁷⁵. Tale indirizzo, prontamente disatteso dalla giurisprudenza di legittimità⁷⁶, non tiene in alcun conto l'elaborazione ora ricordata che ritiene pienamente utilizzabili i principi elaborati dalla giurisprudenza e normati dal legislatore.

Gli istituti di credito.

Ai sensi dell'art. 52, co. 3, nella valutazione della buona fede si 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.

Le Sezioni Unite civili hanno operato una stringente interpretazione del comma 3 citato: «i parametri sono obbligatori, ma non sono né esclusivi, né vincolanti», sicché «il giudice deve obbligatoriamente tener conto di tali parametri, ma può considerare altri parametri non menzionati dal legislatore, e può anche motivatamente disattendere i parametri indicati dal legislatore»⁷⁷.

In tal senso si sono espresse anche le Sezioni penali⁷⁸.

Il ragionamento è condivisibile in quanto la norma indica al giudice di tenere conto dei diversi parametri indicati che, del resto, costituiscono un'elencazione degli indici elaborati dai giudici di merito, particolarmente rigorosi sul punto.

Per gli istituti di credito, costituenti la categoria più frequente di terzo deve valutarsi il rispetto delle norme e prassi bancarie oltre che del disposto del d.lgs. n. 231/07 e, prima, della l. n. 197/1991 (in materia di antiriciclaggio). E' opportuno, in applicazione dell'art. 9 d.lgs. n. 231/07, comunicare alla Banca d'Italia il decreto di rigetto della domanda di riconoscimento della buona fede per consentire le opportune valutazioni, in analogia a quanto previsto dalla l. n. 228/12 (art.1, comma 200, ult. per.).

Numerosi i criteri orientativi espressi dalla giurisprudenza su cui non ci si può soffermare se non per ricordare che nel procedimento di concessione del mutuo e relativi presupposti, in generale assume rilievo la regolarità del procedimento di

⁷⁵ Cass. Pen., Sez. I., 19 settembre 2014 (dep. 9 ottobre 2014), n. 42084, Sicilcassa S.p.A., inedita; Cass. Pen., Sez. VI, 16 ottobre 2014 (11 novembre 2014), n. 46431, UnicreditCredit Managment S.p.A., inedita.

⁷⁶ Cass. Pen., Sez. I, 16 ottobre 2014 (dep. 30 gennaio 2015), n. 4448, Sicilcassa S.p.A., cit.: «Né è corretto affermare, come sostiene la ricorrente, che, secondo quanto previsto dall'art. 52 d.lgs. n. 159 del 2011, sta al giudice dimostrare l'accertamento positivo del rapporto di strumentalità tra credito e attività illecita del proposto (o attività che ne costituisce il frutto o il reimpiego) e che solo se ciò viene accertato il creditore, per evitare gli effetti del provvedimento ablatorio, ha l'onere di dimostrare di avere ignorato in buona fede il nesso di strumentalità. Come ha evidenziato anche la decisione delle sezioni unite già richiamata, le nuove norme non contengono previsioni espresse in tema di prove, tuttavia, sulla base della elaborazione giurisprudenziale maturata, sul creditore che agisce grava l'onere della prova positiva delle condizioni per l'ammissione del suo credito».

⁷⁷ Cass. Civ., Sez. Un., 7 maggio 2013, n. 10532, cit.

⁷⁸ Cass. Pen., Sez. I, 16 ottobre 2014 (dep. 30 gennaio 2015), n. 4448, Sicilcassa S.p.A., cit.

concessione del mutuo ai fini dell'assolvimento dell'onere dell'Istituto mutuante di provare la propria buona fede⁷⁹.

6.6.4. I requisiti nei casi di: d) promessa di pagamento o di ricognizione di debito; e) portatore di titolo di credito.

Si richiede, ai sensi dell'art. 52, co. 1, lett. d) la prova da parte del portatore del titolo di credito del rapporto fondamentale e di quello che ne legittima il possesso.

Si pone una regola probatoria in deroga (e opposta) a quanto stabilito dall'art. 1988 che dispensa dalla prova del rapporto fondamentale che "si presume"⁸⁰, al fine di evitare condotte elusive.

Per le ragioni esposte, derivanti dall'usuale necessità di evitare elusioni della normativa, si prevede, diversamente da quanto previsto dall'art. 1992 c.c. (secondo cui il portatore del titolo ha diritto alla prestazione), che il portatore del titolo di credito ha l'onere di provare il rapporto fondamentale e quello che ne legittima il possesso.

6.6.5. Gli atti utilizzabili.

Il Tribunale adito può (anzi deve) acquisire gli atti del procedimento di cognizione che sono pienamente utilizzabili, conoscibili e conosciuti dall'istante. Quest'ultimo, infatti, ha l'onere di contestare, se ritenute a lui sfavorevoli, le risultanze procedimentali del procedimento cui non ha partecipato; in caso contrario tutti gli elementi acquisiti possono essere utilizzati dal Tribunale⁸¹.

⁷⁹ Cass. Pen., sez. II, 16 gennaio 2015 (22 gennaio 2015), n. 2894, Banca Monte dei Paschi di Siena, in *CED Cass.*, n. 262289; Cass. Pen., Sez. V, 16 gennaio 2015 (dep. 13 febbraio 2015), n. 6449, Banca Monte Paschi Siena S.p.A., cit.; Cass. Pen., Sez. I, 12 dicembre 2014 (dep. 23 aprile 2015), n. 17015, Banca delle Marche SpA, cit. secondo cui nel caso in esame gli indici indicati «sono pienamente confermativi di un macroscopico abbandono del minimo di diligenza richiesta all'ente operante nel settore creditizio, ai confini con la piena consapevolezza della strumentalità della operazione a forme di reinvestimento»; Cass. Pen., Sez. V, 19 dicembre 2012 (dep. 21 marzo 2013), n. 13330, Unicredit Menagment S.p.A., inedita.

⁸⁰ Cass. Civ., Sez. I, 13 giugno 2014, n. 13506, in *CED Cass.*, n. 631306).

⁸¹ Trib. Napoli, 17 aprile 2008, inedito, secondo cui: «[...] deve evidenziarsi come l'istituto di credito istante non abbia minimamente posto in discussione l'iter argomentativo e valutativo che indusse questo Tribunale ad applicare nei confronti del PROPOSTO misure di prevenzioni personali e reali, concentrando la sua difesa, unicamente, sull'impossibilità di intuire, al momento dei fatti e sulla scorta del bagaglio conoscitivo di cui disponeva, i reali contorni della figura criminale del PROPOSTO il quale, al di là delle sue "relazioni pericolose", da anni già note agli investigatori, appariva al ceto bancario come un imprenditore sul quale convergevano solo favorevoli informazioni commerciali. In particolare (ripercorrendo l'iter argomentativo di cui al citato decreto di questo tribunale), nessuna controdeduzione la banca ricorrente ha inteso formulare rispetto alla ricostruzione delle vicende patrimoniali delle società del gruppo DEL PROPOSTO svolta nei decreti di sequestro e confisca, ove, in virtù degli analitici accertamenti eseguiti dalla Guardia di Finanza in relazione ad epoche anche coincidenti con quelle che hanno visto il sorgere ed il consolidarsi dei rapporti finanziari tra il Banco di Napoli ed il PROPOSTO si

In ogni caso, la natura “esecutiva” del procedimento comporta che gli atti del procedimento di cognizione (relativo alla confisca) siano sempre «disponibili» per le valutazioni di spettanza del giudice della esecuzione, senza necessità di emissione di un formale provvedimento ammissivo⁸².

6.7. I terzi titolari di crediti “prededucibili”.

Una categoria ben diversa dai terzi, di cui finora si è parlato, è rappresentata dai titolari di crediti prededucibili, individuati ai sensi dell’art. 61, co. 3, d.lgs. n. 159/11, pagati con le modalità previste dagli art. 54 (anche nel corso del procedimento di verifica) ovvero dall’art. 61, co. 2 (all’esito del procedimento di verifica).

La disciplina è ricalcata, con evidenza, da quella della legge fallimentare (artt. 111 e 111-bis l. fall., come modificati dalla riforma del 2006) ove si pongono problemi analoghi (ma non sovrapponibili per la già evidenziata natura dinamica del sequestro di prevenzione).

Sono crediti prededucibili (art. 63, co. 3, d.lgs. cit.):

- a) i crediti «così qualificati da una specifica disposizione di legge»;
- b) i crediti «sorti in occasione o in funzione del procedimento di prevenzione, incluse le somme anticipate dallo Stato ai sensi dell'articolo 42».

In ordine ai *crediti prededucibili per specifica disposizione di legge* è noto che in sede fallimentare sono previsti plurimi crediti così definiti⁸³.

In materia di prevenzione occorre rintracciare le singole disposizioni del d.lgs. n. 159/11 che definiscono un credito prededucibile ovvero norme di rango legislativo che facciano univoco riferimento a tale materia.

L’unica disposizione del d.lgs. n. 159/11 che fa riferimento al pagamento di “un indennizzo” in la “prededucazione” è l’art. 52, comma 5, e riguarda lo scioglimento dei contratti aventi ad oggetto un diritto personale di godimento, nonché dall'estinzione dei diritti reali di godimento sui beni stessi.

I crediti «sorti in occasione o in funzione del procedimento di prevenzione sono agevolmente individuabili e ricomprendono, per espressa indicazione le somme anticipate dallo Stato ai sensi dell'articolo 42. Può farsi riferimento agli orientamenti della Cassazione civile in materia fallimentare secondo cui occorre un collegamento funzionale e non occasionale con la procedura concorsuale, inteso non soltanto con

delineavano in maniera incisiva ed evidente una serie di anomalie nell’andamento economico delle società in argomento».

⁸² Cass. Pen., Sez. I, 12 dicembre 2014 (dep. 23 aprile 2015), n. 17015, Banca delle Marche SpA, cit.

⁸³ Ad esempio: nel caso di fallimento del conduttore, il credito del locatore dell’immobile ad un equo indennizzo per anticipato recesso del curatore ai sensi dell’art. 80, l. fall; il credito di cui all’art. 103 l. fall. all’integrale pagamento del valore della cosa a favore del soggetto terzo che avrebbe avuto titolo alla restituzione, quando la cosa, già in possesso del fallito sino all’apposizione dei sigilli, sia stata successivamente dispersa; e, ancora, il credito all’equo indennizzo per lo scioglimento del contratto di affitto di azienda, ex art. 79, l. fall., art. 182 quater l. fall., ecc.

riferimento al nesso tra l'insorgere del credito e gli scopi della procedura ma anche con riguardo alla circostanza che il pagamento del credito rientri negli interessi e dunque risponda agli scopi della procedura stessa⁸⁴.

La distinzione tra le due diverse categorie di crediti prededucibili è rilevante sotto il profilo delle modalità e del momento del pagamento.

I crediti prededucibili previsti dalla legge sono liquidati all'esito del procedimento di verifica, ai sensi dell'art. 61, co. 2, «nei limiti previsti dall'articolo 53», in via prioritaria rispetto agli altri crediti (art. 63, co. 2, n. 1), quindi:

- per l'intero,
- prima di ogni altro credito ammesso, anche se con prelazione",
- ma nel limite di capienza del 60/% del valore complessivo dei beni confiscati come determinato in precedenza.

I crediti «sorti in occasione o in funzione del procedimento di prevenzione» sono disciplinati, prioritariamente, dall'art. 54 d.lgs. n. 159/11, al di fuori della verifica, previa autorizzazione del giudice delegato il quale effettuerà una sorta di accertamento semplificato ed indicherà il soggetto tenuto al pagamento, purchè ricorrano i seguenti requisiti: a) si tratti di crediti liquidi, esigibili e non contestati (categoria in cui rientrano le somme anticipate dallo Stato ai sensi dell'art. 42 d.lgs. cit.); b) non si pregiudichi la gestione.

In sintesi, i crediti sorti nel corso del procedimento di prevenzione che sono liquidi, esigibili e non contestati possono essere liquidati senza assoggettamento al procedimento di verifica, salva la possibilità di acconti parziali, anche nel caso di beni organizzati in azienda (di cui il Tribunale ha autorizzato la prosecuzione dell'attività):

- se l'attivo è sufficiente e il pagamento non compromette la gestione, al pagamento provvede l'amministratore giudiziario mediante prelievo dalle somme disponibili (art. 54, co. 2, primo periodo;
- qualora le somme disponibili siano insufficienti contrario, il pagamento è anticipato dallo Stato (art. 54, co. 2, e 42 co. 2 e 3). Tali somme anticipate costituiranno crediti prededucibili all'esito del procedimento di verifica con pagamento prioritario (art. 61, co. 2 n. 1) e 3);
- se la confisca ha ad oggetto beni organizzati in azienda e il tribunale ha autorizzato la prosecuzione dell'attività, la distribuzione avviene mediante prelievo delle somme disponibili secondo criteri di graduazione e proporzionalità, conformemente all'ordine assegnato dalla legge (art. 54, co. 2, ult. per. Il giudice delegato, con il decreto di autorizzazione di cui indica il soggetto tenuto al pagamento del credito prededucibile (art. 54, co. 3).

6.8. La prosecuzione dei rapporti pendenti. I diritti dei terzi per crediti sorti prima del sequestro.

⁸⁴ Cass. Civ., Sez. I, 5 marzo 2012, n. 3402, in *CED Cass*, n. 621934; Cass. Civ., Sez. I, 7 marzo 2013, n. 5705, *ivi*, n. 625445.

Con specifico riferimento all'azienda assume particolare importanza *la gestione dei rapporti in corso*, proprio per il carattere dinamico dell'attività imprenditoriale.

Nel regime previgente l'operatività dei contratti in corso proseguiva previa autorizzazione del giudice delegato, consentendo una rapida ripresa dell'attività dopo le prime fasi esecutive del sequestro.

Il legislatore ha oggi previsto un'automatica sospensione dei contratti in corso riservando a una fase successiva la scelta tra la prosecuzione o lo scioglimento del contratto. Per tentare di limitare le difficoltà che possono sorgere per l'azienda ha previsto che se dalla sospensione del contratto può derivare un danno grave all'azienda, il giudice delegato autorizza, entro trenta giorni dall'esecuzione del sequestro, la provvisoria esecuzione dei rapporti pendenti; l'autorizzazione perde efficacia a seguito della dichiarazione con cui si delibera lo scioglimento o la prosecuzione (art. 56, comma 3, d.lgs. n. 159/11).

La norma non tiene conto della natura delle attività imprenditoriali che non consentono, spesso, alcuna interruzione, pena gravi effetti negativi di carattere economico e costringerà a rapidissimi, se non immediati, provvedimenti autorizzatori del giudice delegato per consentire il prosieguo del contratto. Ancora una volta si rileva il limite della trasposizione delle previsioni normative contenute nella legge fallimentare che hanno come fondamento una situazione di dissesto finanziario in cui versa l'impresa dichiarata fallita; la norma, dunque, è posta in vista dello svolgimento di un procedimento di tipo liquidatorio, laddove al momento del sequestro di prevenzione vi sono imprese pienamente operative e con disponibilità liquide idonee a fronteggiare le obbligazioni assunte.

La sospensione consente all'amministratore giudiziario di verificare nel primo periodo di gestione la convenienza e la "regolarità" di quei rapporti contrattuali fondati su atti o soggetti poco trasparenti ed evita di incorrere nella responsabilità contrattuale *ex art. 1218 c.c.* in conseguenza della mancata e/o ritardata esecuzione della prestazione, evenienza che spesso si verifica nella prima fase del sequestro finalizzata a ricostruire le dinamiche aziendali (ivi comprese quelle contrattuali).

Può ipotizzarsi un provvedimento di autorizzazione "provvisorio" emesso dal giudice delegato all'atto dell'esecuzione del sequestro. In tale modo l'amministratore, immesso nel possesso dell'azienda potrà proseguire nell'immediatezza i contratti in corso, salva la successiva decisione di sospenderli egualmente autorizzata dal giudice delegato.

Quanto alla sorte dei crediti sorti prima del sequestro, questi sembrano soggetti alla disciplina generale prevista dagli artt. 52 e ss. d.lgs. n. 159/11, secondo cui nessun debito assunto nel corso dell'attività imprenditoriale (individuale) prima del sequestro possa essere onorato, anche in presenza di contratti in corso (di fornitura di beni o servizi), con evidenti riflessi sui rapporti con i fornitori e con gli istituti bancari. Questi, infatti, saranno indotti a sospendere l'esecuzione dei contratti in corso con grave pregiudizio sul prosieguo dell'attività imprenditoriale. Si pensi, ad esempio, ai fidi concessi alle aziende in cui gli istituti di credito bloccheranno ogni ulteriore erogazione in assenza di garanzia (non solo dei futuri adempimenti) del pagamento almeno di parte del debito esistente.

La rigida applicazione di tale principio sarebbe in contrasto con le prassi precedenti al d.lgs. n. 159/11 in cui veniva riconosciuto in via transattiva il pagamento di una quota dei debiti, previo accertamento della buona fede dei creditori e dell'estraneità di questi ai contesti criminali di riferimento del proposto.

Qualche aggancio normativo può trarsi dall'art. 56 d.lgs. cit. che, disciplinando la sorte dei rapporti pendenti, potrebbe consentire di ritenere, nel caso di prosecuzione di questi, di dare corso anche alle obbligazioni contratte e non onorate nel corso del rapporto, consentendo, perciò, di pagare i debiti assunti. In definitiva la scelta adottata previa autorizzazione del giudice delegato di non sciogliere il contratto potrebbe includere la valutazione della regolarità formale e sostanziale di questo, e, conseguentemente, la buona fede del contraente, col diritto a ricevere il pagamento delle somme dovute, pur se il credito è sorto prima dell'esecuzione del sequestro.

In senso conforme può richiamarsi una recente giurisprudenza civile relativa al fallimento e all'esercizio provvisorio che può, in qualche modo, assimilarsi alla gestione dei beni sequestrati⁸⁵.

6.9. Le azioni esecutive (e di cognizione)

L'art. 55 d.lgs. n. 159/11, con una formulazione parzialmente analoga a quella dell'art. 51 l. fall., prevede un generalizzato divieto di azioni esecutive, da chiunque intraprese, sui beni oggetto di sequestro.

Nel regime previgente, in mancanza di espresse disposizioni, si confrontavano diverse tesi, influenzate anche dalla mancanza di tutela dei terzi creditori, ad eccezione dei titolari di diritti reali di garanzia.

La giurisprudenza penale riteneva non assoggettabili ad azioni esecutive i beni sequestrati, diversamente dalla giurisprudenza civile che oscillava tra diverse posizioni.

Il contrasto riguardava, principalmente, le azioni esecutive in corso, in quanto dal momento dell'esecuzione del sequestro non potevano prodursi effetti su un bene assoggettato a vincolo cautelare che poi doveva essere devoluto allo Stato con la confisca.

Il d.lgs. n. 159/11, che ha offerto un'espressa tutela ai terzi in buona fede creditori nei confronti della persona nei cui confronti sono stati sequestrati i beni, prevede che le azioni esecutive non possano essere iniziate e, se in atto, sono sospese (a seguito della comunicazione operata dall'amministratore dopo la relazione depositata ai sensi dell'art. 36 d.lgs. n. 159/11). I beni sottoposti ad esecuzione sono presi in consegna dall'amministratore giudiziario.

Il possibile conflitto fra esecuzione individuale e sequestro può essere rilevato d'ufficio dal Giudice trattandosi di effetti immediati ed *ope legis*. Il provvedimento con

⁸⁵ Cass. Civ., Sez. I, 19.3.2012 n. 4303, in *CED Cass.*, n. 622074.

cui il Giudice dichiara l'improseguibilità o neghi la sussistenza dei relativi presupposti è autonomamente impugnabile con il rimedio di cui all'art. 617 c.p.c.⁸⁶

Se il sequestro riguarda beni oggetto di domande giudiziali precedentemente trascritte, aventi ad oggetto il diritto di proprietà ovvero diritti reali o personali di godimento sul bene, il terzo, che sia parte del giudizio, è chiamato a intervenire nel procedimento di prevenzione per fare valere i propri diritti (artt. 55, comma 3, 23 e 57 d.lgs. n. 159/11).

All'esito del procedimento di prevenzione:

- la revoca definitiva del sequestro consente la riassunzione delle azioni esecutive entro un anno;
- la confisca definitiva comporta l'estinzione delle azioni esecutive.

Nel caso di revoca definitiva del sequestro o della confisca per motivi diversi dalla pretesa originariamente fatta valere in sede civile dal terzo chiamato a intervenire, il giudizio civile deve essere riassunto entro un anno dalla revoca.

Le azioni di cognizione.

Solo un cenno al complesso tema della sospensione o meno delle azioni di cognizione.

Nel giudizio fallimentare, pur in presenza di una norma analoga all'art. 55, non si dubita della sospensione e improcedibilità anche delle azioni di cognizione⁸⁷. La previsione di un'unica sede concorsuale per l'accertamento del passivo comporta la necessaria concentrazione presso un unico organo giudiziario delle azioni dirette all'accertamento dei crediti e l'inderogabile osservanza di un rito funzionale alla realizzazione del concorso dei creditori, il che determina l'improponibilità della domanda proposta nelle forme ordinarie⁸⁸.

Ad analoga conclusione si può pervenire, in linea generale, per i procedimenti di prevenzione, anche sulla base di decisioni che hanno concluso diversamente motivando sulla non applicabilità delle disposizioni del d.lgs. n. 159/11⁸⁹.

In tal senso sembra orientata la giurisprudenza di merito, ad esempio nel caso di richiesta di decreto ingiuntivo, secondo cui la sopravvenuta emanazione di misura di prevenzione patrimoniale comporta, ai sensi del d.lgs. n. 159/11, la necessità che

⁸⁶ Cfr. Cass. Civ., Sez. III, 29 gennaio 2007, n. 1496, in *CED Cass.*, n. 595311, in materia di sospensione ex art. 20 L. 44/99, nella precedente formulazione che prevedeva la sospensione ad opera del Giudice dell'esecuzione.

⁸⁷ Cass. Civ., Sez. I, 29 gennaio 2002, n. 1065, in *CED Cass.* n. 551916: «Dichiarato il fallimento, ogni diritto di credito, ivi compresi i crediti prededucibili, è tutelabile nelle sole forme di cui agli artt. 92 ss. legge fall.; la previsione di un'unica sede concorsuale per l'accertamento del passivo comporta la necessaria concentrazione presso un unico organo giudiziario delle azioni dirette all'accertamento dei crediti e l'inderogabile osservanza di un rito funzionale alla realizzazione del concorso dei creditori, il che determina l'improponibilità della domanda proposta nelle forme ordinarie».

⁸⁸ Cass. Civ., Sez. I, 18 novembre 2011, n. 23353, inedita.

⁸⁹ Cass. Civ., Sez. III, 8 agosto 2013, n. 18909, cit.

l'accertamento delle ragioni dei terzi, debba essere compiuto innanzi il Giudice Delegato⁹⁰.

In sintesi sembra che:

- a) non dovrebbe dubitarsi della non esperibilità delle azioni di cognizione relative a crediti (prededucibili) sorti nel corso del procedimento (quindi dopo il sequestro), essendo la relativa tutela (ivi compreso l'accertamento) demandata alla sede propria della prevenzione;
- b) per i crediti sorti precedentemente al sequestro può porsi il problema della necessità da parte del titolare del diritto di munirsi di un titolo azionabile, pur se l'accertamento da compiersi nel procedimento di verifica dei crediti sembra rendere "inutile" la precedente azione civile;
- c) rimane il problema del credito (in particolare in chirografo) antecedente al sequestro azionabile con la richiesta di fallimento di cui si è detto in precedenza e che, comunque, non comporta effetti (giuridici) sui beni sequestrati che, pure nel caso del fallimento, rimangono nella disponibilità dell'amministrazione giudiziaria (cfr. par. 6.11).

6.10. Il procedimento di accertamento dei diritti dei terzi (cenni).

Rispetto alla disciplina previgente risulta un ampio riconoscimento dei diritti di credito, seppur attraverso opportune delimitazioni derivanti dalla necessità di evitare elusioni. Particolarmente efficace appare, come ricordato, la necessità di dimostrare la previa escussione del patrimonio così come la buona fede.

Gli artt. da 57 a 62 del d.lgs. n. 152/11 disciplinano nel dettaglio il procedimento, secondo un modello che ricalca, come già anticipato, quello dell'accertamento dei crediti e dei diritti nel passivo fallimentare.

Il procedimento, svolto sotto la direzione del giudice delegato che si avvale dell'ausilio dell'amministratore giudiziario, si articola in numerose fasi in questa sede si possono solo elencare:

- a) formazione dell'elenco dei creditori e fissazione dell'udienza di verifica dei crediti;
- b) presentazione delle domande da parte dei creditori;
- c) udienza di verifica dei crediti e dello stato passivo e formazione dello stato passivo;
- d) vendita e liquidazione dei beni;
- e) redazione del progetto e del piano di pagamento dei crediti; pagamento dei crediti.

Il potere discrezione del giudice delegato nell'avvio del procedimento.

Il decreto di fissazione dell'udienza può essere emesso dal giudice delegato "anche prima della confisca" (art. 57, comma 2, d.lgs. cit.), attribuendo al giudice delegato un'ampia discrezionalità. Da un lato vi è l'interesse alla speditezza del sub procedimento di riconoscimento dei diritti dei terzi, con un suo rapido avvio, per giungere in tempi brevi alla sua conclusione che consente di dare corso alla fase della

⁹⁰ Trib. Trapani, 19 ottobre 2012, in *dirittoitaliano.com*.

destinazione dei beni confiscati, dall'altro non deve procedersi alla liquidazione dei beni e, in ogni caso, al pagamento prima della confisca definitiva potendo sempre intervenire la revoca del sequestro, con restituzione dei beni al titolare e caducazione del sub procedimento.

Il giudice delegato, per il ruolo svolto nell'amministrazione dei beni, conosce lo stato di avanzamento del procedimento funzionale alla confisca oltre che la natura ed entità dei beni in sequestro; di conseguenza può valutare quale sia il momento migliore per avviare il sub procedimento che può concludersi solo dopo la confisca definitiva e che, perciò, rischia di svolgersi inutilmente.

D'altra parte la competenza attribuita al Giudice delegato di verifica della c.d. *buona fede* del terzo (di cui all'art. 52, comma 1, lett. b) richiede l'avanzamento del procedimento principale in una fase in cui sia possibile procedere a una reale verifica, vale a dire dopo la confisca di primo grado, dopo l'accertamento (sia pur provvisorio) dell'origine illecite dei beni rispetto ai quali il credito del terzo dovrebbe (o meno) essere legato da un nesso di strumentalità.

In definitiva, appare opportuno che il giudice delegato emetta il decreto di fissazione del termine ai creditori per la presentazione delle domande di riconoscimento del credito e dell'udienza di verifica non prima della confisca di primo grado, in attesa che il provvedimento cautelare abbia ricevuto una conferma nel contraddittorio. Dopo questo momento da un lato si è acquisita una conoscenza adeguata dei crediti insinuabili, dall'altro può formularsi una prognosi sui tempi di conclusione del procedimento per la confisca.

In ogni caso il giudice delegato dovrà organizzare le diverse fasi del sub procedimento di riconoscimento dei crediti, tenuto conto dell'entità dei crediti e delle attività necessarie, evitando di giungere alle fasi finali prima della confisca definitiva, riducendo, per quanto possibile, il rischio dell'inutile espletamento di attività derivante dall'eventuale successiva revoca del sequestro.

La soluzione indicata va coordinata con quanto detto rispetto alla possibilità di pagare i crediti sorti prima del sequestro nel caso di aziende e di delibazione di prosecuzione del contratto e di pagamento dei crediti sorti nel corso dell'amministrazione giudiziaria ai sensi dell'art. 54 d.lgs. n. 159/11.

Le difficoltà ora indicate, invero, derivano dalla scelta del codice antimafia di non distinguere il procedimento di verifica a seconda dell'oggetto della misura⁹¹.

⁹¹ Il progetto Fiandaca del 1998 distingueva tra sequestro e confisca di *beni determinati*, con avvio della verifica «a seguito della confisca», ovvero di *azienda*. In quest'ultimo caso l'avvio del procedimento di verifica dei crediti seguiva la predisposizione dell'elenco dei creditori (e delle rispettive eventuali cause legittime di prelazione) e avveniva prima della confisca allo scopo di perseguire le attività economiche, consentendo anche prima della chiusura la distribuzione di acconti parziali ai creditori, o ad alcune categorie di essi, sulle somme presumibilmente attribuite in via definitiva nel rispetto delle cause legittime di prelazione. I terzi creditori, beneficiari di detti acconti, erano individuati preferibilmente con i lavoratori subordinati e con determinate categorie di imprenditori individuate sulla base dell'interesse dell'azienda.

La vendita e la liquidazione dei beni. La scelta del momento in cui vendere i beni.

Il procedimento di “liquidazione dei beni” è disciplinato dall’art. 60 d.lgs. n. 159/11 che riproduce in gran parte il disposto degli artt. 105 e ss. l. fall., con alcune particolarità derivanti dal procedimento di prevenzione.

Conclusa l’udienza di verifica dei crediti, l’amministratore giudiziario procede alla liquidazione dei beni mobili, delle aziende o rami d’azienda e degli immobili ove le somme apprese, riscosse o comunque ricevute, non siano sufficienti a soddisfare i creditori utilmente collocati al passivo.

Le vendite sono eseguite dall’amministratore giudiziario previa autorizzazione del giudice delegato.

La disciplina sulla liquidazione dei beni dimostra, ancora una volta, l’impropria assimilazione del procedimento di riconoscimento dei diritti dei terzi con la procedura fallimentare.

Il procedimento di ammissione dei diritti da parte dei creditori può anche iniziare prima della confisca definitiva, così come prima di questa può essere formato lo stato passivo, con assunzione dell’alea derivante dalla possibile revoca del sequestro, ma prima della devoluzione allo Stato non deve procedersi alla vendita dei beni.

D’altra parte il bene non può essere venduto come risulta con evidenza dal fatto che potrebbero essere in corso azioni civili sul diritto di proprietà o sul diritto reale innanzi al Tribunale della prevenzione (ex art. 55. co., 3) sicchè il tema della disponibilità del bene è ancora *sub iudice*.

E’ opportuno attendere la definitività della confisca per l’indennizzo previsto per diritti reali o personali di godimento ex art. 52, co. 4 e 5, ovvero per il procedimento relativo ai beni in proprietà ex art. 52. co. da 7 a 9.

Pur se la vendita dei beni appare uno sbocco derivante dal riconoscimento della tutela dei terzi qualora non siano confiscate somme sufficienti a soddisfare i crediti accertati nel sub procedimento di verifica, deve essere disposta con la massima prudenza nel rispetto dei principi propri del sistema di prevenzione. Nel procedimento fallimentare, su cui viene modellata la liquidazione dei beni, la sentenza dichiarativa di fallimento comporta lo spossessamento del fallito dal suo patrimonio e l’instaurazione di una procedura concorsuale finalizzata all’esclusivo soddisfacimento delle obbligazioni dell’imprenditore insolvente, con l’inevitabile vendita dell’intero compendio fallimentare; nel procedimento di prevenzione il sequestro può essere revocato sino alla confisca definitiva, con conseguente restituzione dei beni al proposto o ai terzi formali interessati, permanendo sino a quel momento una finalità conservativa del patrimonio sequestrato.

In conclusione, si attribuisce ancora una volta al giudice delegato un’ampia discrezionalità consistente, non solo l’onere di stabilire il momento in cui avviare il procedimento, ma anche quello di modulare il sub procedimento di riconoscimento dei terzi per giungere alla fase della liquidazione in epoca successiva alla confisca definitiva che, però, può essere influenzata da numerose variabili, dalla durata dei singoli gradi di giudizio all’eventuale mancanza di impugnazioni.

6.11. I rapporti con le procedure concorsuali.

6.11.1. Profili generali, il regime previgente al d.lgs. n. 159/11.

Solo un cenno alle problematiche tra sequestro/confisca di prevenzione e fallimento nel caso di coincidenza di beni appresi nell'ambito delle due procedure.

Il tema ha a lungo impegnato dottrina e giurisprudenza, sia per la confisca di prevenzione che per quella penale, in assenza di criteri diretti a risolvere il "contrasto" tra le due diverse forme di apprensione dei beni. Il legislatore è intervenuto, infatti, solo per la confisca di prevenzione col d.lgs. n. 159/11, senza peraltro regolamentare i procedimenti non soggetti alla nuova disciplina.

Da un lato vi è il procedimento di prevenzione finalizzato alla confisca del bene acquisito illecitamente dal proposto, con finalità esclusivamente pubblicistiche; dall'altro vi è comunque un rilievo pubblicistico degli interessi perseguiti dalla procedura concorsuale⁹².

In assenza di regolamentazione giurisprudenza e dottrina si sono a lungo interrogate sulla prevalenza o meno del sequestro e della confisca di prevenzione sul fallimento, con interferenze derivanti dai rapporti tra sequestro penale e fallimento.

All'esito di un lungo dibattito la giurisprudenza ha ritenuto la prevalenza del sequestro di prevenzione, indipendentemente dal momento in cui interviene la dichiarazione di fallimento, prima o dopo l'adozione del decreto di sequestro. Tale priorità è ispirata dall'esigenza di privilegiare l'interesse pubblico perseguito dalla normativa antimafia, rispetto all'interesse meramente privatistico della *par condicio creditorum* perseguito dalla normativa fallimentare⁹³.

Gli orientamenti giurisprudenziali ora espressi trovano ancora applicazione per i procedimenti sorti prima del 13 ottobre 2011, non soggetti alla regolamentazione del d.lgs. n. 159/11, con gli opportuni adattamenti derivanti dalle disposizioni della l. n. 228/12 (in quanto applicabile).

⁹² L'argomento è ripreso dalla dottrina e dalle numerose sentenze della Corte di Cassazione, anche a Sezioni Unite, che hanno affrontato il tema: Cass. Pen., Sez. Un., 24 maggio 2004 (dep. 9 luglio 2004) n. 29951, Focarelli, in *CED Cass.*, n. 228163 (in tema di confisca penale).

⁹³ Questi gli orientamenti delle sezioni civili e penali della Cassazione:

- nel caso di sequestro precedente alla sentenza di fallimento: Cass. Pen., Sez. I, 30 settembre 1997 (dep. 19 dicembre 1997), n. 5415, Nicoletti ed altri, in *CED Cass.*, n. 209172; Cass. Pen., Sez. I, 7 aprile 2010 (dep. 3 maggio 2010), n. 17883, Profilo e altri, *ivi*, n. 246944; Cass. Pen. Sez. I, 20 ottobre 1997 (dep. 14 novembre 1997), n. 5840, Cifuni e altri *ivi*, n. 208927;
- nel caso di sequestro disposto dopo il fallimento: Cass. Pen., Sez. I, 2 maggio 2006 (dep. 26 maggio 2006), n. 18955, Versace, in *CED Cass.* n. 234177; Cass. Pen. Sez. VI, 4 marzo 2008 (dep. 30 luglio 2008), n. 31890, Bruno e altri, *ivi*, n. 241012;
- senza distinzione tra sequestro precedente o successivo al fallimento: Cass. Civ., Sez. I, 7 febbraio 2007, n. 2718, in *CED. Cass.*, n. 599850; Cass. Civ., Sez. I, 22 marzo 2011 (dep. 2 maggio 2011), n. 16797, Tanzarella e altri, *ivi*, n. 250327.

6.11.2. La regolamentazione del d.lgs. n. 159/11.

Il d.lgs. n. 159/11 agli artt. 63 e 64 conferma il principio elaborato dalla giurisprudenza della priorità dell'interesse pubblico perseguito dalla normativa antimafia rispetto a quello privatistico della *par condicio creditorum*, affermando la prevalenza del procedimento di prevenzione su quello fallimentare.

Allo stesso tempo si prevede la possibilità dei creditori di rivalersi sul valore dei beni confiscati alla luce della nuova normativa sulla tutela dei terzi.

Non è disciplinato il rapporto tra sequestro di prevenzione e procedure concorsuali diverse dal fallimento, come il concordato preventivo o gli accordi di ristrutturazione, per i quali, pur potendo porsi numerose questioni sotto il profilo teorico, non risultano nella pratica criticità.

La dichiarazione di fallimento successiva al sequestro.

Viene fissato il principio di carattere generale della sottrazione dei beni sottoposti alla prevenzione rispetto alla massa fallimentare (art. 63, co. 4).

Il procedimento di accertamento dei crediti segue due diversi percorsi:

- a) *quando la massa fallimentare è integralmente costituita da beni sottoposti a sequestro*, il fallimento viene chiuso con rimessione al giudice della prevenzione dell'accertamento del passivo e della formazione del progetto di riparto tra i creditori che intendono soddisfarsi sui beni oggetto di vincolo di prevenzione, sulla base delle disposizioni previste dagli artt. 52 e ss. d.lgs. n. 159/11 (art. 63, co. 4 e 5). Il procedimento, dunque, si svolge innanzi al giudice delegato della prevenzione che, tra i diversi compiti attribuitigli in materia di tutela dei terzi, procederà, nella fase incidentale che si descriverà oltre anche alle ordinarie verifiche dei presupposti per fare valere i diritti in quella sede e, poi, procederà al progetto di riparto;
- b) *nel caso in cui non tutti i beni siano oggetto di sequestro*, l'accertamento del passivo è demandato al giudice delegato al fallimento, il quale è chiamato ad accertare i crediti insinuati al passivo anche alla luce dei criteri e delle condizioni previste dalle disposizioni in materia di prevenzione a tutela dei terzi di buona fede. Il giudice delegato al fallimento, dunque, accerta nelle rituali forme fallimentari la concorsualità del credito e la sua documentata sussistenza e, come se fosse il giudice delegato alla misura di prevenzione, le condizioni poste dalle disposizioni in materia a garanzia di possibili interferenze illecite nella formazione dei crediti concorrenti (art. 63, co. 6). Deve ritenersi che il giudice delegato al fallimento possa "utilizzare" gli atti di verifica già compiuti dal giudice delegato in sede di prevenzione.

La scelta del legislatore appare discutibile perchè si pone a carico del giudice delegato al fallimento un percorso valutativo ulteriore che appartiene al giudice della prevenzione, quello di tutelare anche le ragioni sottese alla procedura di prevenzione ed evitare che tra i crediti possano annidarsi poste fittizie. Infatti, il giudice fallimentare dovrà verificare che il credito risponda ai requisiti che saranno esaminati oltre per l'ammissione della tutela del credito in sede di prevenzione.

Il sequestro successivo alla dichiarazione di fallimento.

Anche nell'ipotesi di fallimento preesistente al sequestro viene fissato il principio di carattere generale *della sottrazione dei beni sottoposti alla prevenzione rispetto alla massa fallimentare*, pur con l'inevitabile limite dell'intervenuta chiusura del fallimento, nel qual caso il sequestro si esegue con quanto residua dalla liquidazione (art. 64, co. 8).

La concomitanza tra i due procedimenti riguarda solo i beni non ancora liquidati⁹⁴.

Il procedimento di accertamento dei crediti, anche in questo caso, segue due diversi percorsi:

a) *quando la massa fallimentare è integralmente costituita da beni sottoposti a sequestro*, ovvero, nel caso di società di persone, l'intero patrimonio personale dei soci illimitatamente responsabili, il Tribunale procede in modo analogo a quanto descritto nel caso di sequestro precedente al fallimento. Il Tribunale, sentito il curatore e il comitato dei creditori, dichiara chiuso il fallimento. I creditori potranno essere soddisfatti nel sub procedimento di riconoscimento dei diritti dei terzi, secondo quanto previsto dagli artt. 52 e ss. d.lgs. n. 159/11 (art. 64, co. 7);

b) *in ogni altro caso in cui esista una massa attiva fallimentare che ecceda il compendio sequestrato* opera un articolato procedimento in cui intervengono il giudice delegato al fallimento, il Tribunale fallimentare (eventualmente), l'amministratore giudiziario:

– il giudice delegato al fallimento, sentito il curatore ed il comitato dei creditori, dispone con decreto non reclamabile la separazione di tali beni dalla massa attiva del fallimento e la loro consegna all'amministratore giudiziario (art. 64, co. 1);

– la verifica delle passività rimane in capo al giudice delegato alla procedura concorsuale per la verifica dei crediti di tutti i beni (ivi compresi quelli sequestrati) che, ove già effettuata, deve essere riaperta (con fissazione di una nuova udienza entro 90 giorni), previa fissazione di apposita adunanza, per i soli creditori (e crediti) già ammessi (art. 64, co. 2). Si applicano, nel resto, le disposizioni procedurali sulla verifica (avviso ai creditori, etc.);

– alla stessa verifica sono sottoposti i crediti insinuati dopo la richiesta di applicazione della misura di prevenzione (art. 64, co. 3);

– il giudice delegato al fallimento accerta, nelle forme previste dalla legge fallimentare, i crediti e i diritti vantati nei confronti del fallimento, compresi quelli riguardanti i rapporti relativi ai beni sequestrati. Per questi vanno accertati i presupposti per il riconoscimento del credito in sede di prevenzione, ivi compresa la loro buona fede, con le perplessità già evidenziate.

– per il resto si rinvia alle disposizioni di dettaglio contenute nell'art. 64

7. La l. n. 228/12 (regolamentazione dei rapporti relativi ai procedimenti iniziati prima del 13 ottobre 2011): questioni di carattere generale.

⁹⁴ Cass. Civ., Sez. V, 28 novembre 2007, n. 24670, in *CED Cass.*, n. 601567.

7.1. L'origine della disciplina, la sentenza n. 10532/13 delle Sezioni Unite civili.

Nel corso dei lavori preparatori dello schema di decreto legislativo predisposto in attuazione della legge delega n. 136/10 (che disciplinava i soli procedimenti sorti successivamente alla sua emanazione) si suggeriva, inutilmente, l'introduzione di una specifica disposizione transitoria per la disciplina dei titolari di diritti di credito e, in particolare di quelli garantiti da diritti reali di garanzia, per evitare gli effetti negativi derivanti dalla mancata destinazione dei beni immobili gravati da ipoteche iscritte anteriormente al sequestro⁹⁵.

Successivamente all'emanazione del d.lgs. n. 159/11 proseguiva il dibattito sulle interpretazioni giurisprudenziali adottate nell'assenza di norme per i procedimenti non soggetti al d.lgs. citato (iniziati prima del 13 ottobre 2011).

I contrasti interpretativi venivano "riassunti" dall'ordinanza del 17.2.12 della III sezione civile che rimetteva alle Sezioni Unite il tema dei rapporti tra ipoteca e confisca (par. 5.2.2).

Tra la fissazione del ricorso e la camera di consiglio veniva approvata la legge 24 dicembre 2012, n. 228 (c.d. legge di stabilità 2013) che, all'art. 1, commi da 194 a 206 disciplinava (almeno in parte) la tutela dei terzi con riferimento ai beni confiscati all'esito dei procedimenti di prevenzione per i quali non si applica la disciplina dettata dal d.lgs. n. 159/11⁹⁶.

Le Sezioni Unite⁹⁷, ritenuta l'immediata applicabilità della nuova disciplina, procedono, pochi mesi dopo l'entrata in vigore della legge, a delineare un'autorevole interpretazione che costituirà il fondamento dei successivi interventi giurisprudenziali.

La Corte fonda la propria decisione su una convincente ricostruzione del quadro normativo e giurisprudenziale previgente, sulla natura giuridica ed evoluzione della confisca di prevenzione – con particolare riferimento alla tutela dei terzi e alla

⁹⁵ Cfr. F. MENDITTO, [Proposte essenziali di modifica ai Libri I, II, IV e V dello schema di decreto legislativo del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione presentato dal Governo il 15 giugno 2011](#), cit., 20 e 32. La commissione giustizia, nel parere formulato il 2 agosto 2011, aveva aderito a questa impostazione: all'osservazione n. 55 si proponeva «una specifica disposizione per i titolari di diritti reali di garanzia che intendono dimostrare la buona fede e l'inconsapevole affidamento (per poi ottenere la restituzione per equivalente) secondo cui: 1) per i procedimenti pendenti all'atto dell'entrata in vigore del decreto, si preveda la prosecuzione del procedimento (iniziato innanzi al tribunale quale giudice dell'esecuzione) sulla base delle disposizioni previgenti (richiamando espressamente il procedimento ex articolo 666 del codice di procedura penale.); 2) per i beni confiscati definitivamente all'atto dell'entrata in vigore del decreto, si preveda che i titolari di ipoteca siano tenuti ad attivare il procedimento di riconoscimento della buona fede sulla base della nuova disciplina con istanza da proporre in un termine espressamente fissato a pena di decadenza decorrente dall'entrata in vigore del decreto (ovvero dalla messa in mora da parte dell'Agenzia) ai sensi dell'articolo 666 del codice di procedura penale al Tribunale quale giudice dell'esecuzione; in applicazione dell'articolo 9 del D. L.vo 231/07, sia prevista la comunicazione alla Banca d'Italia del decreto con cui viene respinta la domanda di riconoscimento della buona fede».

⁹⁶ F. MENDITTO [Con la legge di stabilità ulteriori modifiche al c.d. Codice antimafia](#), cit.; Id, [Le Sezioni Unite Civili sulla tutela dei terzi nella confisca di prevenzione dopo la legge n. 228/12: l'ambito di applicabilità della nuova disciplina](#), cit.

⁹⁷ Cass. Civ., Sez. Un., 7 maggio 2013, n. 10532, cit.

lacunosità della disciplina che non prevede «un organico sistema di coordinamento tra gli interessi dello Stato ad acquisire il bene con la confisca e la tutela delle posizioni dei terzi» –, sulla valorizzazione della natura e degli effetti della confisca «salvaguardia del preminente interesse pubblico» che «giustifica il sacrificio inflitto al terzo di buona fede, titolare di un diritto reale di godimento o di garanzia, ammesso, ora, a una tutela di tipo risarcitorio».

L'esame della disciplina oggi vigente per i titolari dei diritti di credito relativi a procedimenti non regolamentati dal d.lgs. n. 159/11 (perciò con proposta avanzata prima del 13 ottobre 2011) è semplificato dall'interpretazione offerta dalle Sezioni Unite civili, sostanzialmente raccolta dalla giurisprudenza successiva delle sezioni civili e penali della Corte, oltre che dai giudici di merito, pur se permangono ancora alcune incertezze⁹⁸.

Si procederà, pertanto, all'esposizione dei principi della l. n. 228/12 alla luce della lettura autorevole offerta dalle Sezioni Unite civili, costantemente richiamata dalle sezioni penali e civili.

7.2. *L'ambito (temporale) di applicazione della disciplina della l. n. 228/12, la residua operatività dei principi giurisprudenziali preesistenti.*

La nuova disciplina si applica ai procedimenti in corso sulla base del principio *tempus regit actum*. La l. n. 228/12, nei commi da 194 a 205, introduce «una disciplina tendenzialmente organica diretta a disciplinare i rapporti tra creditori ipotecari e pignoranti con riferimento alle procedure di confisca non soggette al d.lgs. n. 159/11, entrato in vigore il 13 ottobre 2011. La nuova disciplina, quindi, si applica alle misure di prevenzione disposte dopo tale data.

Le norme previste dalla l. n. 228/12 si riferiscono, sulla base del dato testuale dell'art. 1, comma 194, ai «beni confiscati all'esito dei procedimenti di prevenzione per i quali non si applica la disciplina dettata dal libro 1 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159», vale a dire, ai sensi dell'art. 117, comma 1, d.lgs. n. 159/11, ai beni confiscati nell'ambito dei procedimenti per i quali alla data del 13 ottobre 2011 non era «già stata formulata proposta di applicazione della misura di prevenzione». In tali casi il citato art. 117, comma 1, prevede che «continuano ad applicarsi le norme previgenti», disposizione oggi delimitata dalla normativa posta dalla legge di stabilità.

In tale contesto normativo è «indifferente» l'epoca di definitività della confisca che può essere già intervenuta, anche in epoca remota, alla data di entrata in vigore

⁹⁸ In senso conforme vi sono altre due pronunce delle Sezioni Unite civili depositate il 7 maggio 2013, nn. 10533 e 10534, inedite. In seguito, adesivamente: Cass. Civ., Sez. III, 8 agosto 2013, n. 18909, cit.; Cass. Civ., Sez. III, 12 settembre 2013, n. 20902, inedita; Cass. Civ., Sez. VI, 16 ottobre 2013, n. 23428, inedita; Cass. Civ., Sez. III, 19 marzo 2015, inedita. Anche le sezioni penali della Corte richiamano costantemente la condivisione dei principi espressi dalle Sezioni Unite civili, tra le tante: Cass. Pen., Sez. V, 5 luglio 2013 (dep. 31 ottobre 2013), n. 44392, Cft finanziaria s.p.a., inedita; Cass. Civ., Sez. III, 18 novembre 2014, n. 24535, inedita.

della l. n. 228/12 (o alla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 159/11) ovvero in epoca successiva (anche a distanza di anni).

Sull'ambito di applicabilità delle nuove disposizioni, il coordinamento tra l'art. 1, comma 194, l. n. 228/12 e l'art. 117, comma 1, d.lgs. n. 159/11 consente di desumere un principio utile per individuare le soluzioni di alcune delicate problematiche derivanti da una tecnica normativa imprecisa: laddove non vi sia un'espressa disposizione della l. n. 228/12 trovano applicazione le norme previgenti per i procedimenti relativi a proposte presentate prima del 13 ottobre 2011. Vanno assimilati alle "disposizioni previgenti" anche i principi enucleati dalla giurisprudenza nel vigore di tali disposizioni, come di frequente accadeva, in particolare in materia di tutela dei terzi. Soccorre, in tal senso, quella parte della motivazione della sentenza delle Sezioni Unite secondo cui «si suppone che il legislatore razionale – quando emana una legge – conosca il diritto vivente. Ora, se il legislatore nel disciplinare una materia non innova le soluzioni che costituiscono l'approdo interpretativo della giurisprudenza, vuoi dire che le recepisce: cioè le fa normativamente proprie».

Conclusivamente, può sostenersi, che laddove non vi sia un'espressa regolamentazione della tutela dei terzi a opera della l. n. 228/12 trovano applicazione i principi giurisprudenziali elaborati nel vigore della disciplina previgente al d.lgs. n. 159/11.

Dunque si può ritenere che la tutela dei terzi (creditori) nel caso di confisca di prevenzione sia assicurata:

- a) per i procedimenti relativi a proposte presentate dal 13 ottobre 2011, dal d.lgs. n. 159/11 (specificamente dal Titolo IV del Libro I);
- b) per i procedimenti relativi a proposte presentate prima del 13 ottobre 2011:
 - b1) nella parte che la l. 228/12 intende regolamentare (creditori ipotecari, pignoranti o intervenuti nell'esecuzione immobiliare), dall'art. 1, commi da 194 a 206 della stessa legge;
 - b2) nella parte non regolamentata dalla l. n. 228/12, dai principi elaborati dalla giurisprudenza nel vigore delle norme previgenti il d.lgs. n. 159/11, eventualmente aggiornati anche sulla base del nuovo quadro normativo⁹⁹.

7.3. I presupposti di applicabilità.

La distinzione tra confische disposte prima o dopo l'1 gennaio 2013.

Con riferimento alle procedure di confisca di prevenzione (non soggette al d.lgs. n. 159/11, dunque con proposta antecedente al 13 ottobre 2011), la l. n. 228/12 distingue, in primo luogo, due ipotesi: a seconda che il provvedimento di confisca sia stato emesso o no alla data dell'1 gennaio 2013, pur se «l'unica differenza» consiste

⁹⁹ In tal senso, ad esempio, Cass. Pen., Sez. VI, 17 ottobre 2013 (dep. 10 dicembre 2013), n. 49821, Lu. Fra trasporti S.r.l., cit.; Corte costituzionale 28 maggio 2015, n. 94.

nell'individuazione del termine di decadenza di 180 giorni, entro il quale i creditori debbono presentare la domanda di ammissione del credito; termine che per le confische definitive all'1 gennaio 2013 decorre da questa data (comma 199), per quelle divenute definitive successivamente decorrerà dal passaggio in giudicato del provvedimento che dispone la confisca (comma 205).

La rilevanza della fase della procedura esecutiva.

Un'ulteriore suddivisione va operata tra «i casi in cui il bene confiscato sia stato assoggettato a procedura esecutiva, ma non sia stato ancora aggiudicato o trasferito, e quelli in cui sia avvenuto, invece, il trasferimento o l'aggiudicazione, anche in via provvisoria» alla data di entrata in vigore della l. n. 228/12 (1 gennaio 2013). Tale distinzione si ricava univocamente dal testo del comma 195 e da una serie di riferimenti e di rinvii ai commi 194 e da 196 a 206.

Infatti, *se alla data dell'1 gennaio 2013 è già avvenuto il trasferimento o l'aggiudicazione nell'ambito di un'esecuzione forzata, ovvero se il bene da confiscare consiste in una quota di proprietà indivisa già pignorata*, restano fermi gli effetti dell'esecuzione o dell'aggiudicazione (argomento ex art. 1, comma 195), il processo di esecuzione forzata continua, con la precisazione che si applica, ai fini della distribuzione della somma ricavata, il limite del minor importo tra il 70 per cento del valore del bene e il ricavato dall'eventuale liquidazione dello stesso e le somme residue sono versate al Fondo unico giustizia (art. 1, commi 196 e 203, terzo periodo); limite del 70% posto in stretto parallelismo con i limiti di garanzia previsti nei diversi casi in cui il procedimento esecutivo non può essere iniziato o proseguito, con tutela per i creditori nelle forme previste dai commi 198 ss.

Il limite del 70% è rimasto invariato in quanto la l. n. 147/13 ha ridotto la percentuale al 60% , come esposto, solo con riferimento all'art. 53 d.lgs. n. 159/11.

7.4. I soggetti legittimati.

Se alla data dell'1 gennaio 2013 i beni oggetto di sequestro (o anche di confisca definitiva) della procedura di prevenzione non soggetta al d.lgs. n. 159/11 non sono stati aggiudicati è offerta tutela (art. 1, comma 198):

- 1) ai creditori ipotecari,
- 2) ai creditori che hanno trascritto un pignoramento prima del sequestro
- 3) ai creditori intervenuti nel procedimento di esecuzione promosso a seguito della trascrizione del pignoramento (indicato al n. 2), sempre che l'intervento sia avvenuto alla data di entrata in vigore della legge (1 gennaio 2013);
- 4) ai titolari di crediti di lavoro, ai sensi della declaratoria di illegittimità costituzionale di cui alla sentenza della Corte costituzionale 28 maggio 2015, n. 94 (cfr. par. 1.3).

La nuova disciplina amplia l'ambito dei soggetti tutelati estendendola anche ai creditori pignoranti o intervenuti nell'esecuzione (nei limiti descritti), laddove la giurisprudenza riconosceva tutela solo ai creditori titolari di diritto reale di garanzia.

Pertanto, qualunque creditore potrà agire ai sensi della nuova disciplina (ricorrendo agli ulteriori presupposti) purché sulla base del credito vantato abbia trascritto un pignoramento sul bene (confiscato) ovvero sia intervenuto nell'esecuzione (entro l'1 gennaio 2013).

Nessun limite pone la sentenza della Corte costituzionale n. 95 del 2015 ai titolari di crediti di lavoro ai quali, dunque, è attribuita tutela solo sulla base dell'antiorità del credito rispetto al sequestro e della ricorrenza dei presupposti disposti dalla nuova normativa di cui si dirà oltre.

Il legislatore ha cura di prevedere alcuni pre-requisiti che limitano (o meglio disciplinano) in modo rigoroso la tutela di questi creditori per evitare possibili elusioni alla finalità della confisca di prevenzione; requisito che riprende l'orientamento delle sezioni penali della Cassazione. Occorre, infatti:

- a) che il creditore ipotecario abbia trascritto il diritto reale prima della trascrizione del decreto di sequestro;
- b) che il creditore munito di diverso titolo abbia trascritto il pignoramento sul bene prima della trascrizione del decreto di sequestro;
- c) che il creditore interveniente sia intervenuto in un'esecuzione iniziata da creditore che abbia trascritto il pignoramento prima del sequestro.

L'univoco tenore dell'art. 1, comma 198, dimostra che è offerta tutela solo nell'ambito di un'espropriazione immobiliare, facendosi riferimento espresso all'antiorità della trascrizione (artt. 2643 ss. c.c.). Del resto, il riferimento all'antiorità della trascrizione (dell'ipoteca ovvero del pignoramento immobiliare) dimostra, da un lato il recupero dei principi giurisprudenziali previgenti (conosciuti dal legislatore (come ricordato dalle Sezioni Unite)), dall'altro la particolare cautela nel riconoscere tutela ai terzi in una materia così delicata in cui l'esperienza evidenzia i molteplici tentativi di elusione.

In conclusione, l'estensione della tutela ai creditori pignoranti o intervenuti nel pignoramento è sottoposta a un rigoroso limite (antiorità della trascrizione del pignoramento rispetto alla trascrizione del sequestro) che, unitamente agli altri requisiti di cui si dirà oltre, consentono di limitare indebite elusioni alla confisca di prevenzione.

7.5. I presupposti della tutela.

I presupposti per il riconoscimento del credito, sono quelli previsti dall'art. 52 d.lgs. n. 159/11.

L'ammissione è subordinata, perciò, anche all'accertamento della sussistenza e dell'ammontare del credito e alla ricorrenza della condizione di cui all'art. 52, comma 1, lett. b) d.lgs. n. 159/11, vale a dire che il credito non sia strumentale all'attività illecita o a quella che ne costituisce il frutto o il reimpiego, a meno che il creditore dimostri di avere ignorato in buona fede il nesso di strumentale.

Si rinvia a quanto già esposto in precedenza su tale presupposto (par. 5.2.1) avendo le Sezioni Unite civili affermato l'applicabilità dei principi previgenti in tema di prova della buona fede e dell'affidamento incolpevole, pur in mancanza di espressioni

disposizioni: «Deve ritenersi che l'elaborazione giurisprudenziale negli anni maturata, soprattutto nell'ambito penale, e la veste sostanziale di attore nel procedimento giurisdizionale di ammissione, che assume il creditore, convengano nell'addossare a quest'ultimo la prova positiva delle condizioni per l'ammissione al passivo del suo credito. Tale conclusione è conforme al canone ermeneutico dell'intenzione del legislatore (art. 12 preleggi). Si suppone che il legislatore razionale – quando emana una legge – conosca il diritto vivente. Ora, se il legislatore nel disciplinare una materia non innova le soluzioni che costituiscono l'approdo interpretativo della giurisprudenza, vuoi dire che le recepisce: cioè le fa normativamente proprie»¹⁰⁰.

Nello stesso senso si è espressa la giurisprudenza delle sezioni penali¹⁰¹.

7.6. Gli effetti della nuova disciplina: l'acquisto del bene da parte dello Stato a titolo originario.

Sulla natura dell'acquisto le Sezioni Unite non si esprimono espressamente, pur se gli effetti che si fanno scaturire e l'iter argomentativo non sembrano lasciare dubbi di ordine definitorio richiamandosi *l'estinzione di diritto* degli «oneri e pesi iscritti o trascritti sui beni di cui al comma 194 anteriormente alla confisca» che dimostra la volontà del legislatore di risolvere nell'ambito del procedimento di tutela delineato (e nei limiti previsti) l'effetto acquisitivo sui terzi con riferimento ai beni confiscati in sede di prevenzione. Si tratta di una disposizione analoga a quella contenuta nell'art. 45 d.lgs. n. 159/11 che, con le medesime finalità, prevede che «A seguito della confisca definitiva di prevenzione i beni sono acquisiti al patrimonio dello Stato liberi da oneri e pesi». Aggiunge la Corte: che nel caso, dunque, in cui i beni non siano stati già trasferiti o assegnati (ovvero quando si tratta di quota indivisa già pignorata) sono acquisiti «liberi» dallo Stato che potrà procedere alla loro destinazione, come disciplinata dall'art. 48 d.lgs. n. 159/11. L'Agenzia Nazionale per pagare i crediti riconosciuti potrà procedere alla vendita di parte dei beni confiscati secondo le modalità previste dall'art. 1, comma 201, l. n. 228/12.

Le sezioni penali si sono espresse inequivocabilmente in tal senso¹⁰².

7.7. Gli effetti della nuova disciplina: l'esito delle azioni esecutive (immobiliari e mobiliari).

¹⁰⁰ In tal senso anche F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali, La confisca ex art. 12-sexies l. n. 356/92*, cit., 564 ss.

¹⁰¹ Cass. Pen., Sez. I, 12 dicembre 2014 (dep. 23 aprile 2015), n. 17015, Banca delle Marche SpA, cit.

¹⁰² Cass. Pen., Sez. V, Sez. 5, 5 luglio 2013 (dep. 31 ottobre 2013), n. 44392, Cft finanziaria s.p.a., cit., secondo cui «In sostanza, superando l'opinione della giurisprudenza riportata dal ricorrente, sulla natura derivativa del titolo di acquisto del bene immobile da parte dello Stato a seguito della confisca, il legislatore ha inteso ricomprendere questa misura nel solco delle cause di estinzione dell'ipoteca disciplinate dall'art. 2878 c.c.»; Cass. Pen., Sez. I, 20 giugno 2014 (dep. 18 dicembre 2014), n. 52537, Italfondario S.p.A., cit.

Occorre stabilire se la sospensione delle azioni esecutive si verifica all'esito della confisca (definitiva) od anche a partire dal sequestro.

Le Sezioni Unite affermano che l'art. 1, comma 194, l. n. 228/12 comporta «che l'inibitoria delle azioni esecutive riguarda esclusivamente i beni confiscati; con la conseguenza che i pignoramenti sul patrimonio sequestrato non possono essere sospesi e proseguono sino all'eventuale misura ablatoria definitiva». L'interpretazione trova conferma nel dato letterale – rappresentato dal riferimento al divieto di azioni esecutive per i soli “beni confiscati”, escludendo «che l'inibitoria possa riguardare le procedure mobiliari e immobiliari pendenti durante la fase del sequestro e fino alla confisca definitiva» – oltre che dal confronto con l'art. 55 d.lgs. n. 159/11 che pone richiamato il divieto di prosecuzione per le “azioni esecutive sui beni sequestrati”.

Il riferimento al dato testuale, operato dalla Corte, del richiamo normativo alla “confisca” e non al sequestro non può ritenersi dirimente per plurime ragioni.

Da un lato, il legislatore con riferimento alla materia delle misure di prevenzione ha più volte dimostrato notevoli improprietà lessicali, ancora più frequenti nel caso di approvazione di norme con un'inusitata “fretta” che non ha consentito le opportune correzioni¹⁰³.

Sotto il profilo sistematico il riferimento non può che essere anche al sequestro, atteso che tale provvedimento viene trascritto proprio perché gli effetti della confisca retroagiscono al momento del sequestro trattandosi di provvedimento cautelare emesso in vista della futura confisca al fine di sottrarre provvisoriamente i beni al destinatario della misura.

La giurisprudenza non dubita della natura cautelare del sequestro di prevenzione¹⁰⁴.

Il sequestro è diretto ad assicurare gli effetti della confisca di prevenzione di beni di illecita provenienza, pericolosi per il rapporto che li lega con i soggetti socialmente pericolosi in grado di disporne. La sottrazione al proposto, prima provvisoria, poi definitiva, consente di eliminare dal circuito economico beni che, per la loro illecita provenienza, inquinano l'economia e agevolino la manifestazione di pericolosità della persona.

La confisca, all'esito del contraddittorio, comporta la definitiva ablazione del bene.

¹⁰³ Illuminante l'iter delle nuove disposizioni: il Governo presentava gli emendamenti il 13 dicembre 2013; i sub emendamenti (presentati entro il 15 dicembre) venivano esaminati nella seduta del 17 dicembre; in seguito non vi è stata occasione per ulteriori interventi avendo il Governo posto la questione di fiducia al Senato e alla Camera. Per questa ragione non veniva esaminato un emendamento col quale era stato evidenziato che il riferimento (nell'attuale comma 197) all'estinzione di diritto di oneri e pesi iscritti o trascritti anteriormente alla confisca, e non del sequestro, costituiva un evidente errore. L'emendamento, reperibile sul sito istituzionale del Senato, con cui si proponeva di sostituire “sequestro” a “confisca” veniva ritirato.

¹⁰⁴ Come pacificamente ritenuto dalla Corte costituzionale (ad esempio sent. n. 465 del 1993) e dalla Corte di Cassazione (ad esempio Cass. Pen., Sez. V, 27 ottobre 2010 (dep. 22/11/2010), n. 41153, Rotella, in *CED Cass.*, n. 248893).

La previsione normativa della «confisca dei beni sequestrati» (art. 24, comma 1, e 27, commi 1 e 2, d.lgs. n. 159/11) indica l'inscindibile collegamento tra cautela e provvedimento ablatorio che discende anche dalla natura unitaria del procedimento di prevenzione patrimoniale. Il provvedimento cautelare, con funzione tipicamente prodromica e provvisoria, è propedeutico alla misura ablatoria che attua il trasferimento coattivo del bene al patrimonio dello Stato¹⁰⁵.

Conferma dell'interpretazione proposta si trae dall'esame delle disposizioni contenute nella l. n. 228/12, a partire dal riferimento univoco dell'art. 1, comma 198 l. n. 228/12 all'antiorità della trascrizione dell'ipoteca o del pignoramento (immobiliare) quale presupposto per richiedere la tutela. Sembra, dunque, che lo stesso legislatore abbia tenuto conto, facendo riferimento all'antiorità della trascrizione rispetto al sequestro degli effetti anticipatori della confisca del provvedimento cautelare.

Una diversa conclusione comporterebbe l'effetto di stimolare (per le confische non definitive alla data dell'1 gennaio 2013) un'inammissibile "corsa" all'aggiudicazione o al trasferimento del bene nel corso dell'espropriazione sul bene immobile sequestrato nel tentativo di giungervi prima della confisca definitiva e, così, non dovere fornire la prova della buona fede e degli altri presupposti richiesti (nel caso di confisca definitiva).

Deve, dunque, ritenersi che l'art. 1, comma 198, l. n. 228/12 si riferisca, nel menzionare la confisca, anche agli effetti anticipatori dell'ablazione legati al momento del sequestro, con la conseguenza che non possono essere iniziate o proseguite, a pena di nullità, azioni esecutive anche nel caso di sequestro in atto (anteriormente trascritto)¹⁰⁶.

Il principio espresso dalle Sezioni unite civili non si è ancora consolidato nelle interpretazioni successive della Corte che ha assunto opposte posizioni¹⁰⁷.

Quanto ai *procedimenti esecutivi mobiliari*, richiamati dalle Sezioni Unite civili (di cui, dunque, sarebbe vietato l'inizio o la prosecuzione nei limiti indicati solo all'esito della confisca), l'interpretazione non convince, non solo perché nella disciplina previgente si discuteva solo sulla perseguibilità delle espropriazioni sui soli beni

¹⁰⁵ Tra le tante, Cass. Pen., Sez. Un., 13 dicembre 2000 (dep. 7 febbraio 2001), n. 36, Madonia, in *CED Cass.*, n. 217666.

¹⁰⁶ Cfr. K. TASSONE, [*Ancora sulla sentenza delle Sezioni unite civili a proposito del sequestro e della confisca di prevenzione*](#), in *questa Rivista*, 19 novembre 2013 secondo cui «Per una significativa porzione di beni, sequestrati e/o confiscati ai sensi della legge n. 575 del 1965, ma ancora non oggetto di confisca definitiva, il procedimento esecutivo immobiliare potrebbe progredire fino alla ripartizione del ricavato dalla vendita, e tutto questo avverrebbe, anche per tale aspetto, al di fuori dei limiti di cui all'art. 53 del d.lgs. n. 159 del 2011, recepiti dal comma 203, terzo inciso, della legge n. 228, limiti che governano, invece, le prime due fattispecie. Tutto questo consentirebbe, al prevenuto che si fosse precostituito poste debitorie fittizie tramite terzi compiacenti, efficaci manovre elusive delle misure di prevenzione, ove non raffinate operazioni di riciclaggio».

¹⁰⁷ In senso conforme alle sezioni Unite, in motivazione, Cass. Civ., Sez. III, 8 agosto 2013, n. 18909, cit. In senso contrario, in motivazione (in tema di confisca penale allargata), Cass. Civ., Sez. III, 7 ottobre 2013, n. 22814, in *CED Cass.*, n. 628730.

immobili sequestrati/confiscati, ma anche perché le norme della l. n. 228/12 sembrano fare riferimento al procedimento di espropriazione immobiliare.

7.8. I limiti della garanzia.

Si è già detto che i limiti al riconoscimento del diritto sono fissati nel minor importo tra il 70 per cento del valore del bene ed il ricavato dall'eventuale liquidazione dello stesso bene (commi 203 e 206), in stretto parallelismo con l'originario disposto dell'art. 57 d.lgs. n. 159/11 che prevedeva un analogo limite.

7.9. Il procedimento.

La *competenza* è determinata dall'art. 1, comma 199, dovendo essere proposta l'istanza al «giudice dell'esecuzione presso il tribunale che ha disposto la confisca».

Pur se il riferimento al “giudice dell'esecuzione” non è corretto, è intuitivo e deriva dalla precedente interpretazione giurisprudenziale, che il legislatore intende indicare il tribunale – misure di prevenzione¹⁰⁸.

Nel caso in cui decida il Tribunale (penale) non in composizione di giudice della prevenzione si è ritenuta applicabile la giurisprudenza secondo cui le disposizioni relative all'assegnazione dei processi tra le sezioni di un medesimo Ufficio giudiziario (del quale esse compongono un'articolazione organizzativa interna) «non attengono alla capacità del giudice e non sono riconducibili alla previsione di cui all'art. 178 lett. a), c.p.p.¹⁰⁹».

I termini per agire sono fissati a pena di decadenza¹¹⁰:

- per le confische divenute definitive alla data dell'1 gennaio 2013, in 180 giorni dall'entrata in vigore della legge (1 gennaio 2013), pertanto il termine scade il 30 giugno 2013 (pur computandosi in giorni e non in mesi (comma 199));
- per le confische divenute definitive dopo l'1 gennaio 2013, in 180 giorni dalla data della definitività (comma 205).

Le modalità della richiesta del creditore sono quelle previste dall'articolo 58, comma 2, d.lgs. n. 159/11.

La giurisprudenza ha precisato che l'art. 58 tra i requisiti della domanda del creditore indicati in detta ultima norma non pone a carico del terzo alcun ulteriore indicazione oltre la determinazione del credito di cui si chiede l'ammissione, l'eventuale titolo di prefazione e la descrizione del bene sul quale si vantano i diritti o si esercita la prelazione. Non è, infatti, richiesta l'indicazione di dati identificativi della

¹⁰⁸ Giurisprudenza pacifica a partire da Cass. Civ., Sez. Un., 7 maggio 2013, n. 10532, cit.

¹⁰⁹ Cass. Pen., Sez. I, 21 maggio 2014 (dep. 13 giugno 2014), n. 25369, Italfondario, in *CED Cass.*, n. 259920, in motivazione (con riferimento all'opposto caso di decisione adottata dal tribunale, in composizione di collegio per le misure di prevenzione, in presenza di confisca penale allargata).

¹¹⁰ Giurisprudenza pacifica a partire da Cass. Civ., Sez. Un., 7 maggio 2013, n. 10532, cit.

procedura di prevenzione o del soggetto in danno del quale è stata disposta la confisca dei beni sui quali il terzo vanta i diritti di credito¹¹¹.

Recependo il condivisibile orientamento giurisprudenziale che aveva individuato il *procedimento* ex art 666 c.p.p., si prevede l'applicazione delle disposizioni di tale articolo, ad eccezione del comma 7, che attribuisce al giudice la possibilità di sospendere l'esecuzione dell'ordinanza, ed infatti si prevede espressamente che la proposizione dell'impugnazione non sospende gli effetti dell'ordinanza (comma 200).

Il rinvio all'art. 666 c.p.p. non comprenda alcun richiamo agli artt. 676 e 667, co. 4, c.p.p., con la conseguenza che i provvedimenti del Tribunale non possono essere opposti davanti allo stesso Giudice¹¹².

L'avviso dell'udienza, secondo il disposto del comma 3 dell'art. 666 c.p.p., deve essere dato almeno dieci giorni prima, della data dell'udienza in camera di consiglio «alle parti» che fino a cinque giorni prima dell'udienza possono depositare memorie in cancelleria¹¹³.

Pur se si parla genericamente di impugnazione ci si riferisce al *ricorso per Cassazione*, essendo espressamente richiamato il comma 6 dell'art. 666 c.p.p. che prevede come unico rimedio tale ricorso (interpretazione seguita anche dalle sezioni Unite).

Il creditore istante agisce nella qualità di terzo ed è legittimato a ricorrere per cassazione avverso il provvedimento reso dal giudice dell'esecuzione soltanto a mezzo di difensore munito di procura speciale, ai sensi dell'art. 100 cod. proc. pen.¹¹⁴ Si applica, pertanto, il disposto del comma 3 dell'art. 100 cit., secondo cui la procura speciale si presume conferita soltanto per un determinato grado del processo se nell'atto non è espressa una volontà diversa¹¹⁵.

Il decreto con cui sia stata rigettata definitivamente la richiesta è comunicato, ai sensi dell'art. 9 d.lgs. n. 231/07, alla Banca d'Italia. Si accoglie una richiesta diretta ad attivare i poteri di controllo e vigilanza della Banca d'Italia qualora il decreto di rigetto riguardi un istituto di credito; appare evidente che il mancato accertamento della buona fede comporta la violazione di norme e prassi bancarie da parte dell'istituto di

¹¹¹ Cass. Pen., Sez. I, 5 giugno 2014 (20 giugno 2014), n. 26850, Italfondario, in *CED Cass.*, n. 259921.

¹¹² Cass. Pen., Sez., Sez. VI, 16 ottobre 2014 (dep. 11 novembre 2014), n. 46431, Unicredit S.p.A., inedita: «Queste conclusioni sono corroborate dal consolidato orientamento della giurisprudenza di questa Corte che ha chiarito che il Giudice dell'Esecuzione di regola procede con le forme di cui all'art. 666 c.p.p., salvo che la procedura de plano sia prevista da norme specifiche quale fase preliminare dell'ordinario procedimento di esecuzione (Sez. 1, Sentenza n. 4685 del 20/12/1990, Rv. 186618; Sez. 1, Sentenza n. 36 del 13/01/1992, Rv. 189432)».

¹¹³ Cass. Pen., Sez. I, 22 ottobre 2014 (dep. 16 dicembre 2014), n. 52184, Agenzia nazionale, inedita.

¹¹⁴ La questione relativa alla necessità della procura speciale è stata risolta da Cass. Pen., Sez. Un., 30 ottobre 2014 (dep. 17 novembre 2014), n. 47239, Borrelli e altro, in *CED Cass.*, n. 260894, secondo cui "È inammissibile il ricorso per cassazione proposto, avverso il decreto che dispone la misura di prevenzione della confisca, dal difensore del terzo interessato non munito di procura speciale, ex art. 100, cod. proc. pen.; né, in tal caso, può trovare applicazione la disposizione di cui all'art. 182, comma secondo, cod. proc. civ., per la regolarizzazione del difetto di rappresentanza".

¹¹⁵ Cass. Pen., Sez. I, 21 novembre 2014 (dep. 19 dicembre 2014), n. 52995, Unicredit Management Bank S.p.A., inedita.

credito che potrà essere assoggettato ad ulteriori provvedimenti da parte dell'Istituto di vigilanza.

7.10. Il provvedimento del Tribunale e il procedimento di liquidazione del credito.

Il provvedimento del Tribunale ha un duplice contenuto (comma 200):

- l'accertamento dei presupposti previsti dall'art. 52 d.lgs. n. 159/11;
- l'accertamento della sussistenza e dell'ammontare del credito.

Il provvedimento, la cui efficacia non è sospesa dall'eventuale ricorso per Cassazione per quanto detto, è comunicato immediatamente all'Agenzia nazionale.

Per il *procedimento di liquidazione del credito* si rinvia al disposto dell'art. 1, commi da 200 a 204, l. n. 228/12.

7.11. Gli effetti sui procedimenti azionati dai creditori già definiti.

Quanto ai procedimenti già definiti con provvedimento irrevocabile devono ritenersi, sulla base dei principi generali, esauriti i mezzi di tutela da parte di coloro che li hanno azionati, anche perché le nuove disposizioni hanno sostanzialmente riconosciuto il previgente orientamento giurisprudenziale.

Pertanto, nel caso di rigetto (definitivo) dell'istanza non può essere avanzata un'ulteriore richiesta relativa alla «medesima situazione di fatto e di diritto con la quale si era pervenuti ad una pronunzia di esclusione del presupposto della 'buona fede' in capo al medesimo creditore istante», se proposta, va dichiarata inammissibile¹¹⁶. Ciò determina un effetto preclusivo alla rivalutazione del tema specifico, pur in presenza di un successivo orientamento giurisprudenziale che abbia diversamente considerato alcuni profili in diritto del tutto analoghi a quelli già oggetto di trattazione¹¹⁷.

Nell'opposto caso di già avvenuto riconoscimento della buona fede il terzo deve agire ai sensi della nuova normativa perché il precedente accertamento non ha esaurito l'ambito delle verifiche demandate dalla novella al tribunale in funzione di giudice dell'esecuzione (penale), dovendo il Tribunale procedere all'ulteriore verifica della sussistenza e dell'ammontare del credito, elementi sui quali non si era formato alcun giudicato, costituenti altrettante condizioni del provvedimento di ammissione al pagamento del credito. Pertanto il creditore per ottenere la soddisfazione del credito dall'Agenzia nazionale ha l'onere di agire ai sensi della l. n. 228/12 e di ottenere il

¹¹⁶ Cass. Pen., Sez. I, 30 ottobre 2014 (dep. 12 novembre 2014), n. 46646, Italfondario, inedita; Cass. Pen., Sez. I, 30 ottobre 2014 (dep. 12 novembre 2014), n. 46647, Italfondario, inedita; sentenze alla nota che segue.

¹¹⁷ Cass. Civ., Sez. Un., 7 maggio 2013, n. 10532, cit.; Cass. Pen., Sez. I, 9 ottobre 2014 (dep. 18 novembre 2014), n. 47598, Italfondario S.p.A., cit. e Cass. Pen., Sez. I, 20 giugno 2014 (dep. 18 dicembre 2014), n. 52537, Italfondario S.p.A., cit.; Cass. Pen., Sez. I, 15 dicembre 2014 (dep. 9 aprile 2015), n. 14577, Cft Finanziaria S.p.A., inedita.

decreto del Tribunale che determina anche l'ammontare del credito. D'altra parte l'Agenzia, deve realizzare la tutela della *par condicio credito rum* e assicurare il rispetto del limite della garanzia patrimoniale (70%) del valore dei beni¹¹⁸.

8. Tutela dei terzi creditori e confisca ex art. 12-sexies d.l. n. 306/92 conv. dalla l. n. 356/92.

Solo un cenno all'estensione delle norme in materia di tutela dei terzi creditori alla cd. confisca allargata o per sproporzione.

Dopo l'emanazione del d.lgs. n. 159/11 si riteneva ardua l'applicabilità alla confisca per sproporzione della tutela dei terzi introdotta innovativamente dal d.lgs. n. 159/11¹¹⁹.

Le modifiche apportate al testo dell'art. 12-sexies comma 4-bis dalla l. n. 228/12 apportavano nuovi argomenti sulle possibili interpretazioni.

Le Sezioni Unite Civili, nella citata sentenza n. 10532 del 2013 affermavano che la l. n. 228/12 non aveva colto «l'occasione per regolamentare anche le conseguenze della confisca disciplinata dall'art. 12-sexies l. n. 356 del 1992, che, per la sua natura e per le sue caratteristiche, è destinata ad incidere anche sui terzi estranei al procedimento».

Dopo questa considerazione, la Corte coglieva un ulteriore elemento qualificante della legge di stabilità che, modificando l'art. 12 sexies, comma 4 bis, l. n. 356/1992, aveva unificato la disciplina dell'amministrazione e della destinazione per tutti i beni sequestrati e confiscati (in sede penale e di prevenzione), in un'ottica di «complessiva razionalizzazione di tutti i procedimenti di sequestri patrimoniali, avviata con l'art. 30 del Codice Antimafia che ha previsto la prevalenza del sequestro e della confisca di prevenzione su quella disposta in sede penale».

Proprio questa equiparazione, unita alla necessità di evitare illegittime disparità di trattamento, ha spinto a privilegiare un'interpretazione costituzionalmente orientata diretta a estendere l'applicabilità della disciplina contenuta nella l. n. 228/12 anche alla tutela dei terzi in presenza di confisca allargata secondo questo ragionamento:

– prima della modica apportata dalla l. n. 228/12, l'art. 12-sexies, c. 4-bis, richiamava, per la confisca allargata, alcune norme in materia di gestione (e destinazione dei) beni previste dalla l. n. 575/65; tale riferimento richiedeva, ai sensi delle disposizioni di coordinamento di cui all'art. 116 d.lgs. n. 159/11, l'individuazione delle disposizioni del

¹¹⁸Cass. Pen., Sez. I, 29 settembre 2014 (dep. 19 dicembre 2014), n. 42970, Italfondario S.p.A., inedita; Cass. Pen., Sez. I, 24 settembre 2014 (dep. 23 ottobre 2014), n. 44627, Italfondario, in *CED Cass.*, n. 260543; Cass. Pen., Sez. I, 9 ottobre 2014, 7 novembre 2014), n. 46107, Unicredit credit management bank s.p.a., inedita; Cass. Pen., Sez. I, 29 settembre 2014 (dep. 1 dicembre 2014), n. 50155, Italfondario, inedita; Cass. Pen., Sez. I, 9 ottobre 2014, (dep. 14 gennaio 2015), n. 1596, Unicredit credit management bank s.p.a., inedita.

¹¹⁹ Per ragioni di sintesi si rinvia a F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali e la confisca ex art. 12 sexies l. n. 356/92*, Milano, 2012, 713 ss.

d.lgs. n. 159/11 applicabili, avendo questo decreto proceduto, da un lato all'organica revisione della disciplina dell'amministrazione dei beni sequestrati, dall'altro all'innovativa regolamentazione della tutela dei terzi e di altre materie (ad es. rapporti col fallimento);

– la l. n. 228/12, riscrivendo l'art. 12-*sexies*, c. 4-*bis*, come rilevato dalle Sezioni Unite civili, richiama «le disposizioni in materia di amministrazione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati previste» dal d.lgs. n. 159/11. L'espresso rinvio comporta, non solo che non possa dubitarsi dell'applicabilità delle norme innovative specificamente previste dal d.lgs. n. 159/11 (ad es. l'impugnabilità degli atti dell'amministratore giudiziario), ma anche che si valuti la piena applicabilità della disciplina in materia di tutela dei terzi (art. 52 e ss.) in un'ottica d'interpretazione costituzionalmente orientata, diretta a evitare profili d'ingiustificata disparità di trattamento tra beni sequestrati in sede di prevenzione e penale, induce a propendere per l'applicabilità delle disposizioni del d.lgs. n. 159/11;

– a eguale conclusione deve pervenirsi con riferimento all'applicabilità della disciplina prevista per la confisca di prevenzione dall'art. 1, commi da 194 a 206, l. n. 228/12, alla confisca allargata¹²⁰. In questo caso, peraltro, si pone il problema di individuare quali siano i procedimenti per i quali non si applichino le disposizioni del d.lgs. n. 159/11¹²¹.

Il dibattito è attualmente in corso.

La giurisprudenza di legittimità propende, ormai, per l'estensione della tutela, pur con alcune differenziazioni, sia nel caso di procedimenti iscritti prima nel Registro Generale Notizia di Reato prima del 13 ottobre 2013, sia se iscritti successivamente¹²², con specifico riferimento alla disciplina applicabile¹²³.

I numerosi progetti di modifica tendono ad estendere normativamente la tutela dei terzi prevista in materia di prevenzione¹²⁴.

¹²⁰ In tal senso F. MENDITTO, *Addenda a Le misure di prevenzione personali e patrimoniali. La confisca ex l. n. 356/92*, cit.

¹²¹ La soluzione preferibile individua i procedimenti iscritti nel Registro Notizie di Reato prima del 13 ottobre 2011.

¹²² Una prima tesi ritiene applicabili le disposizioni della l. n. 228/12. In tal senso Cass. Pen., Sez. I, 19 settembre 2014 (dep. 5 gennaio 2015), n. 21, in *CED Cass.*, n. 261712 (che, però, richiama la sentenza n. 26527/14 che sostiene l'applicabilità delle disposizioni del d.lgs. n. 159/11); Cass. Pen., Sez. I, 21 maggio 2014 (dep. 13 giugno 2014), n. 25369, *Italfondario*.

Propongono l'applicazione anche in questo caso delle norme del d.lgs. n. 159/11: Cass. Civ., Sez. III, 7 ottobre 2013, n. 22814, cit.; Cass. Pen. Sez. I, 20 maggio 2014 (dep. 19 giugno 2014), n. 26527, *Italfondario S.p.A.*, in *CED Cass.* n. 259331, secondo cui la tutela può avvenire solo in sede esecutiva, con decisione sulla sussistenza dei presupposti dell'art. 52 d.lgs. n. 159/11 da parte del giudice dell'esecuzione, con successiva trasmissione in caso di esito positivo all'Agenzia Nazionale); Cass. Pen., Sez. I, 28 novembre 2014 (dep. 12 gennaio 2015), n. 877, *Ag. Naz.*, amm.ne beni seq. e conf., inedita.

La differenza tra le due tesi comporta un differente limite di tutela (60% del valore dei beni per 53 d.lgs. n. 159/11; 70% per l. n. 228/12).

In senso negativo, incidentalmente, Cass. Civ., Sez. Un., 7 maggio 2013, n. 10532, cit.; in termini, Cass. Pen., Sez. II, 12 febbraio 2014 (dep. 5 marzo 2014), n. 10471, *Italfondario S.p.a.* in *CED Cass.*, n. 259348.

¹²³ Per una ricostruzione esaustiva degli orientamenti giurisprudenziali e dottrinari si veda S. CALVIGIONI, *Confisca (ex art. 12 sexies d.l. 306/92) e tutela dei creditori* in *Foro it.*, 2015, II 235 ss.

¹²⁴ In tal senso il disegno di legge in esame alla Commissione Giustizia della Camera.

9. Conclusioni.

L'esame della giurisprudenza e degli orientamenti dottrinari rende indifferibili alcuni interventi normativi che, oltre a disciplinare compiutamente la tutela dei terzi per la confisca allargata o per sproporzione (e per le altre confische penali), "aggiornino" le disposizioni del d.lgs. n. 159/11 nelle parti che presentano maggiori problematicità, con particolare riferimento all'amministrazione delle aziende.

In linea generale si può convenire su un'ineludibile riforma diretta a differenziare il procedimento di tutela da quello fallimentare in particolare per fare fronte alle esigenze di gestione e di prosecuzione dell'azienda in sequestro.