

IL “NUOVO” CODICE ANTIMAFIA E LA TUTELA DEI TERZI

La novella approvata il 27 settembre scorso risolve un contrasto giurisprudenziale che avrebbe meritato l'attenzione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione

di Corinna Forte

Abstract. *A pochi giorni dall'approvazione definitiva da parte della Camera dei Deputati della legge di riforma del cd. Codice Antimafia, pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 4 novembre 2017, viene proposto un commento al testo che, estendendo alcune disposizioni previste dal Decreto Legislativo n. 159/2011 in tema di misure di prevenzione patrimoniali anche alle ipotesi di cd. confisca allargata ex art. 12 sexies della legge n. 356/1992, amplia notevolmente le prospettive di tutela dei terzi incisi da provvedimenti ablativi reali. Vengono, quindi, esaminate le regole introdotte in tema di confisca di prevenzione dalla legge n. 228/2012 (cd. Legge di Stabilità 2013) e in seguito oggetto di parziale declaratoria di incostituzionalità, sulla cui estensibilità anche alla confisca per sproporzione si era registrato un significativo contrasto di vedute in seno alla Corte di Cassazione, oggi superato in via legislativa.*

SOMMARIO: 1. Inquadramento. – 2. I diritti dei terzi nella sistematica del Codice Antimafia. – 2.1. La legge n. 228/2012. – 2.2. La posizione del creditore ipotecario. – 2.3. La posizione del creditore chirografario. – 2.4. La sentenza n. 94/2015 della Corte Costituzionale. – 3. L'estensibilità del Codice Antimafia alla cd. confisca allargata. – 3.1. La soluzione introdotta con la riforma del Codice Antimafia.

1. Inquadramento.

Uno dei temi centrali della prevenzione patrimoniale è stato tradizionalmente quello della tutela dei diritti dei terzi incisi dai provvedimenti ablativi di sequestro e confisca, soggetti che rischiavano (e, come si vedrà, in parte ancora oggi rischiano) di vedere – improvvisamente – svanire quella garanzia patrimoniale su cui avevano costruito l'affidamento commerciale nei riguardi del soggetto portatore di pericolosità sociale, ovvero di persone o aziende con questo variamente collegate.

Sul punto già durante la vigenza della legge n. 575 del 1965 si contrapponevano le posizioni chi¹, da un lato, esprimeva il timore che garantire una piena tutela dei terzi avrebbe finito per mettere in discussione la stessa efficacia delle misure di prevenzione patrimoniali e di coloro² che, di converso, ribadivano la necessità di offrire protezione a soggetti che, spesso in modo incolpevole, venivano “travolti” dalle misure prevenzionali senza che si potesse a loro carico ipotizzare alcuna censura o difetto di diligenza.

La materia ha, com'è noto, ricevuto autonoma disciplina negli artt. 52 e ss. del cd. Codice Antimafia (decreto legislativo n. 159 del 2011), che hanno posto una disciplina di carattere generale in chiave fortemente innovativa – sia pure nel recepimento di talune elaborazioni già fatte proprie dalla giurisprudenza di legittimità – per la tutela dei diritti dei terzi, a vario titolo coinvolti nel procedimento di prevenzione patrimoniale³.

Giova, peraltro, osservare che prima della menzionata novella e, quindi, in assenza di un vero e proprio statuto legislativo di tutela del terzo creditore, si era molto discusso circa la compatibilità con la Costituzione delle disposizioni volte a pretendere da costui una specifica dimostrazione circa la sua “buona fede” nei rapporti col soggetto portatore di pericolosità sociale.

La giurisprudenza della Suprema Corte, tuttavia, aveva ritenuto manifestamente infondata, in relazione agli artt. 3, 24 e 47 Cost., la questione di legittimità costituzionale sollevata in ordine all'art. 2 *ter* della legge 31 maggio 1965, n. 575, nella parte in cui richiedeva che il terzo, titolare di un diritto reale di garanzia sul bene sequestrato/confiscato, avesse l'onere di dimostrare di aver positivamente adempiuto con diligenza agli obblighi di informazione e di accertamento e di aver, perciò, fatto

¹ L'opzione, spinta dall'esigenza di assicurare l'effettività del sistema, è maturata in un contesto prettamente penalistico e prende le mosse dall'asserito carattere sanzionatorio-repressivo della confisca, in uno con natura dell'acquisto che essa radica in capo allo Stato, qualificato come a titolo originario (cfr. Cass., 5 marzo 1999 n. 1868, in Mass. 1999; in dottrina, L. GUERRINI - L. MAZZA - S. RIONDATO, *Le Misure di prevenzione, profili sostanziali e processuali*, II ed., Padova 2004, 215 e ss), il che avrebbe reso i beni inidonei ad assicurare la garanzia per il soddisfacimento delle ragioni creditorie, secondo l'art. 2740 del codice civile.

² Trattasi dell'opinione di chi, con impostazione di matrice civilistica, ha affermato l'insostenibilità del sacrificio indiscriminato dei diritti dei terzi (l'impostazione affonda le radici in una delle prime decisioni sulla confisca, Cass., 20.12.1962, Stringari, in *Giust. pen.* 1964, II 106, che, sottolineando il carattere preventivo della confisca, assumeva, tuttavia, che non sussistesse una pericolosità del bene in sé, ma una relazione di allarme nel rapporto tra *res* e soggetto pericoloso).

³ Sul tema, si rinvia a A. CAIRO - C. FORTE, *Codice delle misure di prevenzione*, NelDiritto, 2014, pagg. 712. Si vedano anche, in dottrina, F. BRIZZI - G. CAPECCHI - G. FICHERA, *Misure di prevenzione patrimoniali e tutela dei terzi*, Torino 2013, R. DI LEGAMI - G. CHINNICI, *Amministrazione giudiziaria e tutela dei terzi nel codice antimafia. Aggiornato con il commento alla legge 24 dicembre 2012 n. 228 (legge di stabilità 2013)*, Pisa University Press, aprile 2013; G. NICASTRO, *L'Amministrazione e la destinazione dei beni*, in AA. VV. *Le Misure patrimoniali contro la criminalità organizzata, Orientamenti di Merito*, Milano, 2010; M. ORLANDO, *La procedura prefallimentare e i reati fallimentari problematiche vecchie e nuove. Il rapporto tra i provvedimenti ablativi di natura penale (sequestri, misure di prevenzione, confisca) ed i processi esecutivi individuali/concorsuali: esigenze di tutela dei terzi*, Incontro di studio CSM, Milano 2012, 11; M. PETRINI, *La prevenzione patrimoniale: la tutela dei diritti terzi*, in *La Giustizia patrimoniale penale*, I, Torino, 2011, 521 e ss.; M. PETRINI, *La tutela dei terzi*, in *Le misure di prevenzione*, a cura di S. FURFARO, Torino, 2013, 645; G. TONA, *Gestire o liquidare: i dilemmi dell'amministratore giudiziario e le aspettative dei creditori nei grovigli del codice antimafia*, in *Leg. pen.*, 2012, 2, p. 257.

affidamento “incolpevole” sul soggetto nei cui confronti aveva acquisito il diritto di garanzia.

Si osservava che, da un lato, il doveroso bilanciamento tra gli interessi statali e quelli del privato portava a ritenere opportuna (come affermato anche da Corte Cost., sentenza n. 1 del 1997) la prevalenza dei primi rispetto ai secondi e che, dall’altro, la posizione del privato sarebbe stata, comunque, in ipotesi tutelata facendo salva la possibilità che egli provasse la sua buona fede⁴.

2. I diritti dei terzi nella sistematica del Codice Antimafia.

Come anticipato, dal 2011 è vigente nell’ordinamento uno specifico *corpus* normativo funzionale alla verifica dei diritti dei terzi coinvolti nel procedimento di prevenzione patrimoniale e operante sia nell’ambito del giudizio di cognizione, propedeutico all’eventuale confisca, sia in riferimento allo specifico accertamento delle posizioni creditorie dei terzi, finalizzato al (parziale) ristoro patrimoniale a costoro garantito dallo Stato.

Sotto il primo profilo, una norma cardine è, senza dubbio, l’articolo 23 del Codice che impone la citazione⁵ – a cura del tribunale e con decreto motivato, contenente la fissazione dell’udienza in camera di consiglio – dei terzi che risultino proprietari o comproprietari dei beni sequestrati (comma 2), nonché di coloro che vantino diritti reali o personali di godimento sui beni in sequestro (comma 4) che, in caso di confisca e purché di “buona fede”, avranno diritto a un indennizzo ai sensi dell’art. 52, commi 4 e 5.

La disposizione, come si vedrà, è stata interpolata dalla legge n. 161 del 27 settembre 2017 (riforma del Codice Antimafia, in vigore dal 19 novembre 2017) che vi ha aggiunto il riferimento ai terzi titolari di diritti reali di garanzia sui beni sequestrati, categoria prima esclusa.

Va anche evidenziato che il novellato articolo 7, recependo la prassi di numerosi tribunali, impone oggi la comunicazione o la notifica dell’avviso di fissazione dell’udienza con atto contenente “*la concisa esposizione dei contenuti della proposta*”, norma questa che appare assolutamente conferente con la necessità di garantire piena espansione e adeguata salvaguardia al diritto di difesa dei soggetti coinvolti in un

⁴ Così Cass., Sez. I, 29 aprile 2011, sentenza n. 30326 Cc. (dep. 29 luglio 2011) Rv. 250910.

⁵ Peraltro si è affermato (cfr. Cass. Pen., Sez. I, n.28032 del 22/06/2007 (dep. 13/07/2007), Rv. 236930, che nel procedimento di prevenzione per l’applicazione di misure reali, l’omessa citazione del terzo non determina la nullità del procedimento, ma una semplice irregolarità che non inficia il procedimento medesimo e quindi l’applicazione della misura, ferma restando la facoltà dell’*extraneus* di esplicitare successivamente le sue difese, provocando un incidente di esecuzione (Fattispecie in tema di sequestro di beni intestati a terzi, prossimi congiunti di persona assoggettata alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale della pubblica sicurezza con obbligo di soggiorno nel comune di residenza).

procedimento che appare sempre più “giurisdizionalizzato”, anche in conformità con il dettato dell’articolo 6 della CEDU⁶.

Costoro possono quindi partecipare al giudizio e, in udienza, svolgere le loro deduzioni con l’assistenza di un difensore, chiedendo altresì l’acquisizione di ogni elemento utile ai fini della decisione sulla confisca.

Sul secondo versante, l’art. 52 esordisce nel fissare le condizioni che consentono la tutela dei diritti di credito dei terzi, anche se assistiti da diritti reali di garanzia, con l’obiettivo di garantire l’effettività della misura ablativa; si esclude così un controllo meramente formale dell’esistenza del diritto di credito, dovendo essere invece accertata l’estraneità del terzo rispetto all’attività delittuosa del proprio debitore, evitando in tal modo il rischio che il soggetto pericoloso possa avvalersi di prestanome che vantino fittiziamente diritti su beni oggetto di confisca⁷.

Per ottenere il riconoscimento del credito, l’istante deve dimostrare *in primis* l’antiorità del diritto rispetto al sequestro (in caso di diritti di credito, tale requisito deve risultare da atto di data certa: per l’individuazione della data certa soccorrono le norme del codice civile, artt. 2699 e ss., e in specie l’art. 2704 in tema di scrittura privata; per i diritti reali di garanzia, rileva la data di costituzione secondo le regole civilistiche, per il pegno gli artt. 2784 e ss. e per l’ipoteca gli artt. 2808 e ss. del codice).

Nella formulazione originaria si richiedeva, altresì, la previa escussione del patrimonio restato del sottoposto e la sua insufficienza al soddisfacimento del credito, salvo per i crediti assistiti da cause legittime di prelazione sui beni sequestrati (ad esempio, garanzia reale consistente in vincolo ipotecario); la norma è stata innovata escludendo, di fatto, la necessità della preventiva escussione e stabilendo, quale condizione per il riconoscimento del credito, solamente “*che il proposto non disponga di altri beni sui quali esercitare la garanzia patrimoniale idonea al soddisfacimento del credito*”, ferma restando l’eccezione testé citata per i crediti privilegiati.

La nuova formula, quindi, esclude in principio che il terzo – per trovare tutela sui beni confiscati – debba avere compiuto infruttuosamente atti esecutivi in danno del proprio debitore, prevedendo che costui sia onerato di provare soltanto l’assenza di ulteriori beni (rispetto a quelli attinti dalla misura di prevenzione), riconducibili alla garanzia patrimoniale di quest’ultimo.

Modificato anche il terzo requisito: prima occorre dimostrare la non strumentalità del credito rispetto all’attività illecita o a quella che ne costituisce il frutto o il reimpiego, *a meno che* il creditore non dimostrasse di avere ignorato in buona fede il

⁶ Si ricordi che, infatti, l’articolo 6, comma 3, della CEDU sancisce il diritto dell’accusato di essere informato, nel più breve tempo possibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell’accusa formulata a suo carico, nonché di disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa.

⁷ Per una compiuta disamina del sistema normativo, anche alla luce delle prospettive di riforma, si vedano pure C. FORTE, *I rapporti tra le misure di prevenzione patrimoniali e le procedure concorsuali*, in AAVV, *Diritto Penale dell’impresa*, a cura di C. Parodi, Giuffrè, 2017, pagg. 709 e ss.; in senso parzialmente critico, A. AIELLO, [Brevi riflessioni sulla disciplina del codice antimafia in tema di tutela dei terzi alla luce dell’ultima proposta di riforma](#), in *questa Rivista*, 20 aprile 2016.

nesso di strumentalità, oggi invece occorrerà provare sia la non strumentalità che la buona fede e l'inconsapevole affidamento.

Come era stato anticipato da parte della dottrina⁸, l'approvazione del disegno di legge ha trasformato in cumulativi i presupposti per l'opponibilità del credito verso lo Stato che, ai sensi della previgente formulazione dell'art. 52, lett. b), erano invece previsti come alternativi.

Si è osservato che, peraltro, la disposizione appare non in linea con gli approdi giurisprudenziali e dottrinali in materia di tutela dei creditori in quanto, richiedendo come condizioni cumulative per l'opponibilità del credito nei confronti dello Stato sia la mancanza di strumentalità del credito all'attività illecita (o a quella che ne costituisce il frutto o il reimpiego), sia la sussistenza della buona fede e dell'affidamento incolpevole, escluderebbe che possa accedere alla tutela il creditore che abbia ignorato in buona fede l'esistente nesso di strumentalità tra il credito e l'attività illecita del debitore (o che sia comunque in buona fede, nei termini in cui tale clausola generale è stata declinata in concreto dalla giurisprudenza⁹, se il credito risultasse strumentale all'attività illecita).

Ne consegue che la sussistenza del nesso di strumentalità parrebbe oggi escludere di per sé l'opponibilità del credito nei confronti dello Stato, anche qualora il creditore sia stato in buona fede, buona fede del creditore che si profila, in conclusione, quale preconditione fondamentale per il riconoscimento del suo diritto.

Anzi, seguendo l'orientamento giurisprudenziale secondo cui spetta al creditore provare l'insussistenza del nesso di strumentalità, sarebbe sufficiente a elidere l'opponibilità del credito nei confronti dello Stato il mancato convincimento del giudice in ordine alla insussistenza del nesso, che è cosa diversa rispetto al convincimento in ordine alla sua sussistenza.

Al fine di delineare l'onere in capo al terzo, la legge precisa che nella valutazione della buona fede il tribunale 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 stessi¹⁰.

Per gli istituti di credito, occorre quindi valutare il rispetto delle norme e prassi bancarie in materia, oltre che del disposto del decreto legislativo n. 231/2007 e della legge

⁸ Si veda S. CALVIGIONI, [Confisca e tutela dei creditori: sulla proposta di modifica dell'art. 52, lett. b\), del codice antimafia](#), in *questa Rivista*, fasc. 7-8/2017, p. 5 ss.

⁹ Per una rassegna della giurisprudenza formatasi sul concetto di buona fede del creditore si veda la nota di S. CALVIGIONI a Cass. 30 giugno 2015, Monte Paschi Siena e Cass. 16 giugno 2015, Soc. Italfondiaro, cit. Sul tema cfr., anche, F. MENDITTO, *Le confische di prevenzione e penali. La tutela dei terzi*, Milano, 2015, pp. 261 e ss.

¹⁰ Sulle nozioni di buona fede e affidamento incolpevole *in subiecta materia* si vedano pure: F. BRIZZI - G. CAPECCHI - G. FICHERA, *Misure di prevenzione patrimoniali e tutela dei terzi*, cit., pag. 177, che hanno ritenuto che il concetto di buona fede sia affine alla omologa nozione civilistica e se ne differenzi essenzialmente sul piano del regime probatorio: in prevenzione, si osserva, la buona fede va provata dal terzo; A. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali fra funzionalità e garantismo*, Giuffrè, 2001, pp. 395 e ss., che afferma: "ai fini della valutazione della buona fede si attribuisce rilievo anche ad atteggiamenti colposi del terzo, imponendo ai cittadini una sorta di obbligo generale di diligenza nello svolgimento degli affari, in linea con la previsione nell'ordinamento penale italiano della fattispecie dell'incauto acquisto"; L. FILIPPI, *Il procedimento di prevenzione patrimoniale*, Padova 2002, pag. 519.

n. 197/1991 (in materia di antiriciclaggio), ed è consentita la comunicazione alla Banca d'Italia – in applicazione dell'art. 9 del citato decreto del 2007 – del decreto con cui viene respinta la domanda di riconoscimento della buona fede al fine di consentire opportune valutazioni da parte dell'istituto di vigilanza ai sensi della citata normativa antiriciclaggio.

Il terzo titolare di un diritto di garanzia reale sul bene confiscato che intenda ottenere l'accertamento e l'ammissione del proprio credito nell'ambito del procedimento di prevenzione – si è recentemente ribadito a cura della giurisprudenza di legittimità – ha, pertanto, l'onere di provare sia la costituzione del titolo con atto di data certa anteriore al sequestro, sia la propria estraneità all'attività illecita del proposto da cui ha obiettivamente tratto vantaggio¹¹.

Fa da contraltare a tale rigore ermeneutico l'affermazione, prospettata dalla Suprema Corte, secondo la quale la parte privata – prima del deposito dell'istanza di riconoscimento della buona fede – ha il potere/dovere di accedere alle risultanze istruttorie contenute nel fascicolo della procedura di confisca (di cui può ottenere copia ai sensi dell'art. 166, comma 1, del codice di procedura penale) al fine di realizzare il necessario confronto tra la propria prospettiva ricostruttiva e ciò che emerge dal fascicolo stesso¹².

Come accennato, è dunque configurabile la buona fede del terzo creditore solo nel caso in cui risultino, avendo riguardo alla particolare attività svolta dal medesimo: a) l'estraneità a qualsiasi collusione o compartecipazione all'attività criminosa; b) l'inconsapevolezza credibile rispetto alle attività svolte dal soggetto pericoloso; c) un errore scusabile sulla situazione apparente del prevenuto (sul tema, è a dirsi che, ad esempio, la Suprema Corte ha escluso la buona fede dell'istituto di credito che, trascurando negligenemente gli obblighi di verifica imposti dalle politiche di prestito e di controllo dei relativi rischi, aveva concesso un mutuo ipotecario di importo manifestamente eccessivo rispetto all'entità della base reddituale del beneficiario¹³).

Anche secondo le Sezioni Unite civili¹⁴ l'onere di fornire la prova positiva delle condizioni per l'ammissione al passivo del suo credito incombe sul creditore richiedente; né è tenuto il giudice, ai sensi dell'art. 666, comma 5, codice di procedura penale, a provvedere di ufficio all'integrazione di prove necessarie per il sostegno della prospettazione di parte e afferenti al merito del contenuto della domanda del creditore¹⁵.

Particolarmente rigoroso l'approdo secondo il quale al cessionario che sia divenuto creditore in epoca successiva alla trascrizione del provvedimento di sequestro non è dato dimostrare la propria buona fede, nemmeno quando il controllo dei pubblici registri risulti indubbiamente difficoltoso a causa della cessione "in blocco" dei crediti garantiti¹⁶.

¹¹ Cfr. Cass. pen., n. 7136/2015, n. 43969/2015, n. 10999/2015 e Cass. pen., n. 3364/16.

¹² Così Cass. Pen., n. 17015/2015.

¹³ Così Cass. pen., n. 50018/2015.

¹⁴ Così Cass. civ., n. 10532/2013.

¹⁵ Cass. pen., n. 3364/2016.

¹⁶ In tal senso cfr. Cass. Pen., Sez. II, n. 28562/2015, n. 29548/2015 e n. 7694/2016

Sarebbe, quindi, da escludere che il creditore cessionario di crediti in blocco ai sensi del D.Lgs. 1 settembre 1983, n. 385, *ex art.* 58, possa – in virtù di tale modalità d’acquisto – versare in buona fede, non potendo esigersi la verifica delle condizioni giuridiche dei singoli crediti oggetto di cessione, atteso che l’acquisto in massa dei crediti non viene effettuato “alla cieca”, bensì sulla base di un’analisi dei crediti proprio perché solo ove se ne conosca qualità e la quantità si può determinare il prezzo di vendita.

Secondo siffatto orientamento l’art. 52 citato deve, invece, interpretarsi nel senso che la confisca pregiudica *ipso iure* i diritti di credito dei terzi che risultino da atti con data certa posteriore al sequestro, nonché i diritti reali di garanzia costituiti in epoca posteriore al sequestro sicché, essendo il creditore istante automaticamente in colpa, diventa irrilevante la prova delle ulteriori condizioni previste dall’art. 52, comma 1, lett. b, del decreto legislativo del 2011¹⁷.

Tale interpretazione si pone in linea di continuità con la più risalente giurisprudenza di legittimità, secondo la quale il terzo cessionario di credito garantito da ipoteca su beni sottoposti a sequestro e a confisca di prevenzione gode della medesima tutela del creditore originario, al quale viene riconosciuta a condizione che risultino l’anteriorità dell’iscrizione del titolo o dell’acquisto del diritto rispetto al provvedimento cautelare o ablativo intervenuto nel procedimento di prevenzione e la sua buona fede, intesa come affidamento incolpevole, non potendosi ritenere sufficiente che tali condizioni siano realizzate in capo al cedente¹⁸, nonché con la previsione testuale del D.Lgs. n. 159 del 2011, art. 52.

Nell’ipotesi di cessione del credito, la Cassazione ha stabilito che la prova dell’ignoranza in buona fede del nesso di strumentalità del credito deve essere fornita con riguardo alla posizione soggettiva sia del cedente che del cessionario, tenendo presente: a) che la cessione, avvenuta dopo la trascrizione del provvedimento di sequestro o di confisca di prevenzione, del credito precedentemente insorto non determina di per sé uno stato di mala fede in capo al nuovo titolare, come tale preclusivo dell’ammissibilità della sua ragione creditoria; b) che, per ottenere il riconoscimento del diritto correlato a un bene confiscato in via definitiva, il soggetto terzo deve allegare elementi idonei a rappresentare non solo la sua buona fede (intesa come assenza di accordi sottostanti che svelino la consapevolezza dell’attività illecita realizzata all’epoca dal contraente poi sottoposto al sequestro), ma anche l’affidamento incolpevole inteso come applicazione, in sede contrattuale, di un livello di media diligenza, da rapportarsi al caso in esame, teso a escludere rimproverabilità di tipo colposo (v., in motivazione, Cass. Pen., Sez. 1, n. 45260 del 27/09/2013, dep. 08/11/2013, Rv. 257913); c) che in taluni casi, inoltre, i crediti derivanti dall’originario contratto di mutuo potrebbero essere stati oggetto di più atti di cessione ai sensi dell’art. 58 T.U.B. (D.Lgs. n. 385 del 1993) il cui terzo comma, ultimo 5 periodo, prevede che “*Restano altresì applicabili le discipline speciali, anche di carattere processuale, previste per i crediti ceduti*”, con la conseguenza che nessun affievolimento degli oneri probatori dettati dal predetto articolo 52 può essere previsto

¹⁷ Così Cass. Pen., Sez. II, n. 28839 del 03/06/2015, Italfondario s.p.a., Rv. 264299.

¹⁸ Così Cass. Pen. Sez. I, n. 16743 del 02/04/2008, Italfondario s.p.a., Rv. 239625.

per la posizione del cessionario di crediti in blocco; d) che non può ritenersi di per sé ostativo al riconoscimento di una situazione di affidamento incolpevole il fatto che il cessionario abbia concluso il contratto di cessione in epoca successiva al sequestro e alla confisca, sul presupposto della conoscibilità del vincolo tramite l'impiego della ordinaria diligenza, dovendosi al riguardo considerare non solo la concreta incidenza degli effetti ricollegabili alla previsione delle forme di pubblicità legale applicabili nel caso, ma anche la particolare "modalità" della cessione del credito che viene in tali ipotesi in rilievo, ossia la cessione di rapporti giuridici in blocco avvenuta (in epoca successiva al sequestro e alla confisca, ferma restando la precedente iscrizione di ipoteca) ai sensi del su citato D.Lgs. n. 385 del 1993 (ex artt. 58 e ss.).

Siffatta modalità di cessione dei rapporti giuridici – da verificare nella sua effettiva entità – potrebbe rendere concretamente inesigibile, in capo al cessionario, la previa verifica delle condizioni giuridiche di tutti i beni sottoposti a originaria garanzia ipotecaria e correlati ai crediti ceduti, influenzando obiettivamente sull'ambito di operatività dell'onere di diligenza richiesto al ricorrente¹⁹.

I parametri di giudizio tratteggiati dall'art. 52, comma 3, risultano, in conclusione, obbligatori ma non esclusivi, né tanto meno vincolanti per il giudice (nella sentenza n. 24713/2015 la Corte di cassazione li qualifica in termini di "linee guida"): in altre parole, il giudice dovrà obbligatoriamente tenere conto di essi, ma potrà anche considerare altri elementi e, se del caso, motivatamente disattenderli.

Può dirsi che, in buona sostanza, il Legislatore abbia imposto un parziale protocollo logico al ragionamento probatorio dell'interprete²⁰.

Va in conclusione osservato che la riforma da poco approvata con la menzionata legge n. 161 ha introdotto, all'art. 52, comma 3 *bis*, del Codice Antimafia, un vero e proprio obbligo di comunicazione alla Banca d'Italia ("*è comunicato*"), ai sensi dell'art. 9 del decreto 231/2007, del decreto con il quale sia stata rigettata definitivamente la domanda di ammissione del credito presentata ai sensi dell'art. 58, comma 2, "*in ragione del mancato riconoscimento della buona fede nella concessione del credito*", da soggetto sottoposto alla vigilanza della citata istituzione.

2.1. La legge n. 228/2012.

Sul tessuto normativo disegnato dai citati articoli 52 e 58, si è poi innestata la cd. *Legge di stabilità* del 2013, la n. 228 del 24 dicembre 2012, pubblicata sulla G.U. del 29 dicembre e vigente dal primo gennaio 2013, che ha previsto una disciplina specifica per i creditori che vantassero diritti reali di garanzia o avessero intrapreso azioni esecutive

¹⁹Cfr. Cass. Pen., Sez. I, n. 45260 del 27/09/2013 e più recentemente Cass., sez. VI pen., 20 settembre 2017, n. 43126.

²⁰ Per un'ampia ricostruzione delle problematiche, si rinvia a C. FORTE, *I rapporti tra le misure di prevenzione patrimoniali e le procedure concorsuali*, in *Misure di prevenzione e procedure concorsuali*, AAVV, a cura di A. Caiafa, Dike Giuridica, 2017, pp. 145 e ss.

sui beni oggetto di confisca di prevenzione nell'ambito di procedimenti non rientranti, *ratione temporis*, nella sfera di applicazione del decreto n. 159/2011.

In sostanza, i commi da 194 a 206 dell'art. 1 della citata legge per un verso affermano la non perseguibilità e la non proponibilità di azioni esecutive sui beni confiscati e, per altro verso, consentono il soddisfacimento dei creditori muniti di ipoteca iscritta sui beni confiscati anteriormente alla trascrizione del sequestro di prevenzione nei limiti e con le modalità di legge.

Alla stregua del comma 199, si stabilisce che entro 180 giorni dall'entrata in vigore della legge i titolari dei crediti devono, a pena di decadenza, proporre domanda di ammissione del credito ai sensi dell'art. 58, comma 2, del decreto 159/2011, al giudice dell'esecuzione presso il tribunale che ha disposto la confisca.

Detto termine, come precisato dalla giurisprudenza di legittimità, decorre o dal momento dell'entrata in vigore della citata legge, ovvero – per i beni confiscati in epoca successiva – dal giorno in cui il provvedimento di confisca diventi definitivo (Cass. Pen. Sez. I, n. 36626/2016 ha annullato, ad esempio, l'ordinanza che aveva dichiarato inammissibile la richiesta di ammissione del credito garantito da ipoteca, avanzata allorquando i beni risultavano sequestrati ma non ancora confiscati, trattandosi di istanza esaminata comunque in epoca successiva alla definitività del decreto ablativo, proposta in buona fede e in anticipo rispetto al termine di legge).

Il giudice, accertata la sussistenza e l'ammontare del credito, nonché la sussistenza delle condizioni di cui all'art. 52, lo ammette al pagamento dandone immediata comunicazione all'Agenzia Nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata.

In particolare, si distinguono una serie di ipotesi a seconda che alla data di entrata in vigore della legge 228/2012 (e dunque al primo gennaio 2013) fosse stata pronunciata o meno confisca e, laddove fosse stata emessa la confisca, si distingue ulteriormente fissando come discrimine il momento in cui fosse avvenuta, o meno, la aggiudicazione, anche provvisoria, del bene.

Qualora i beni alla data del 1 gennaio 2013 fossero stati confiscati, ma non aggiudicati, si prevede il principio per cui nessuna azione esecutiva possa essere iniziata o proseguita, in uno con l'estinzione dei pesi e degli oneri iscritti o trascritti anteriormente alla confisca; i creditori ipotecari o pignoranti ovvero quelli intervenuti nell'esecuzione potranno far valere, perciò, le proprie ragioni nei confronti dell'Agenzia Nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata.

La forma di tutela prescelta è, come si vede, condizionata dall'antiorità dell'iscrizione ipotecaria dalla trascrizione del pignoramento o dell'intervento nel processo esecutivo rispetto alla trascrizione del sequestro di prevenzione sul bene.

Nell'ipotesi in cui, al contrario, alla data del 1 gennaio 2013 fossero avvenuti l'aggiudicazione o il trasferimento, ne restano fermi gli effetti e l'esecuzione, in definitiva, prevale sulla misura di prevenzione.

Laddove, infine, alla data del 1 gennaio 2013 i beni non siano stati ancora confiscati, si applicherà la disciplina già descritta per i beni confiscati (alla data del 1 gennaio 2013), ma non ancora aggiudicati.

2.2. La posizione del creditore ipotecario.

Le Sezioni unite della Suprema Corte di cassazione, con alcune fondamentali decisioni²¹ successive all'entrata in vigore del Codice Antimafia e alla novella del 2012, sono tornate sulla questione del rapporto tra la confisca di prevenzione e la tutela del creditore ipotecario.

I casi scrutinati hanno tratto genesi dall'azione del creditore ipotecario che aveva pignorato l'immobile e, prima che il procedimento di esecuzione avesse fine, aveva visto l'emissione sul medesimo bene della confisca di prevenzione, in applicazione della disciplina previgente al Codice Antimafia.

Si trattava, infatti, di misure disposte anteriormente al 13 ottobre 2011, data di entrata in vigore del decreto legislativo n. 159/2011.

Dopo la remissione della questione alle Sezioni Unite, la materia era stata interessata dalla modifica legislativa di cui alla citata legge n. 228, volta ad armonizzare il quadro normativo previgente (la legge n.575/65, appunto) e lo statuto di tutela dei creditori scritto nel Codice Antimafia del 2011, atteso che le disposizioni di cui al decreto legislativo n. 159 non erano direttamente applicabili alle misure di prevenzione disposte anteriormente all'entrata in vigore del Codice stesso.

I giudici di legittimità hanno, pertanto, preso atto delle innovazioni contenute nell'art. 1, commi 194-205 della l. 24 dicembre 2012, n. 228, ai fini della soluzione da preferire sulla *vexata quaestio*.

In definitiva, le Sezioni Unite hanno affermato il seguente principio: nel conflitto tra l'interesse del creditore a soddisfarsi sull'immobile ipotecato e quello dello Stato a confiscare i beni, che siano frutto o provento di attività mafiosa, deve prevalere il secondo, onde è inopponibile allo Stato l'ipoteca iscritta su di un bene immobile confiscato, ai sensi della legge 31 maggio 1965, n. 575, prima che ne sia stata pronunciata l'aggiudicazione nel procedimento di espropriazione forzata, in virtù della norma di diritto transitorio prevista dall'art. 1, comma 194, della legge 24 dicembre 2012, n. 228.

Il supremo consesso pare, quindi, essere giunto alla conclusione che il legislatore ha risolto, indipendentemente dal dato temporale, nel senso della prevalenza della misura di prevenzione patrimoniale il quesito relativo ai rapporti ipoteca-confisca, prevedendo l'estinzione di diritto degli oneri e pesi iscritti o trascritti.

Nessun dubbio sussiste – secondo la richiamata sentenza – circa il fatto che la norma faccia riferimento anche all'ipoteca, al sequestro conservativo e al pignoramento, ricompresi tra i pesi e gli oneri dei quali è affermata l'estinzione.

Peraltro, pare che abbia colà trovato soluzione anche la questione della natura dell'acquisto del bene confiscato da parte dello Stato che, a seguito dell'estinzione di diritto dei pesi e degli oneri iscritti o trascritti prima della misura di prevenzione della

²¹ Cass., Sez. Un., 7 maggio 2013, n. 10532, 10533 e 10534 Pres. Preden, Rel. Vivaldi.

confisca, acquista un bene non più a titolo derivativo, ma libero dai pesi e dagli oneri, pur iscritti o trascritti anteriormente alla misura di prevenzione.

In sostanza, superando la condivisa opinione della giurisprudenza civile e penale sulla natura derivativa del titolo di acquisto del bene immobile da parte dello Stato a seguito della confisca, il legislatore avrebbe inteso ricomprendere la misura della confisca di prevenzione nel solco delle cause di estinzione dell'ipoteca disciplinate dall'art. 2878 del codice civile; alla stregua di tale normativa, dunque, in ogni caso, la confisca prevarrà sull'ipoteca.

La *ratio* di tale scelta va individuata nella 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 mera tutela di tipo risarcitorio; il bilanciamento dei contrapposti interessi viene, quindi, differito a un momento successivo, allorché il terzo creditore di buona fede chiederà, attraverso l'apposito procedimento, il riconoscimento del suo credito.

Ed è in questa prospettiva che la legge n. 228 del 2012 (comma 198) ha ampliato la platea dei soggetti legittimati all'azione ricomprendendovi: 1) i creditori muniti di ipoteca iscritta sui beni anteriormente alla trascrizione del sequestro di prevenzione; 2) i creditori che, prima della trascrizione del sequestro di prevenzione, hanno trascritto un pignoramento sul bene; 3) i creditori che, alla data dell'1 gennaio 2013 (entrata in vigore della legge), sono intervenuti nell'esecuzione iniziata con il pignoramento indicato sub 2).

D'altro canto la Suprema Corte²² – nell'affrontare la questione analoga del rapporto tra la pretesa del terzo creditore ipotecario e la confisca disposta ai sensi dell'art. 12 *sexies* del decreto legge n. 306/1992 nel processo penale – aveva parimenti affermato il principio della prevalenza delle esigenze pubblicistiche penali sulle ragioni del creditore del soggetto colpito dalle misure di sicurezza patrimoniali, anche qualora il primo fosse assistito da garanzia reale sul bene.

Si tratta – afferma insomma la Cassazione – di un principio generale dell'ordinamento, con la conseguenza che in tema di confisca cd. allargata il diritto del creditore, titolare di ipoteca iscritta prima della confisca, non può essere tutelato davanti al giudice civile; unica eccezione è quella in cui il trasferimento del bene sia avvenuto prima della confisca.

La normativa contenuta nell'art. 1 commi 194-205 della legge n. 228 richiama, infatti, il Codice Antimafia e prevede la possibilità di estendere, in definitiva, lo statuto di tutela scritto nel codice stesso anche al creditore ipotecario, pignorante o intervenuto nella relativa procedura; la disciplina trova applicazione nelle ipotesi di procedimenti non soggetti, *ratione temporis*, a diretta applicazione della normativa di cui al d. lgs. 159/2011 perché incardinati anteriormente alla data del 13 ottobre 2011.

Il divieto di proseguire o iniziare azioni esecutive – affermano, ancora, le SS UU. – si applica esclusivamente ai beni confiscati e non a quelli sequestrati: ciò in base al tenore letterale dell'art. 1, comma 194, della l. 228/2012, in forza del quale “*a decorrere*

²² Cfr. Cass. civ., Sez III, n. 22814/2013 ud. 17 settembre 2013 dep. 7 ottobre 2013.

dall'entrata in vigore della presente legge, sui beni confiscati all'esito dei procedimenti di prevenzione [...] non possono essere iniziate o proseguite, a pena di nullità, azioni esecutive".

Il ragionamento della Corte, sul punto, appare ispirato al principio *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, specialmente in considerazione del fatto che nel Codice antimafia (art. 55) viene espressamente richiamato il divieto di azioni esecutive anche per i beni sequestrati.

Pare quindi emergere dal quadro normativo così tratteggiato l'idea che, a seguito dell'estinzione di diritto dei pesi e degli oneri iscritti o trascritti prima della misura di prevenzione della confisca, lo Stato non acquisti un bene a titolo derivativo²³; l'acquisto statutale è, quindi, libero dai pesi e da oneri trascritti anteriormente e la misura di prevenzione costituisce, pertanto, una causa di estinzione dell'ipoteca, così come quelle disciplinate dall'art. 2878 del codice civile.

Parimenti controverso nella giurisprudenza di legittimità il tema della necessità di rinnovare l'ipoteca in caso di scadenza del termine ventennale prima dell'entrata in vigore della legge n. 228.

Infatti, in una pronuncia²⁴ si è affermato che il terzo creditore assistito da ipoteca iscritta sul bene in data antecedente alla confisca di prevenzione può essere ammesso al pagamento del credito a norma dell'art. 1 della legge 24 dicembre 2012, n. 228, qualora abbia presentato istanza di ammissione entro 180 giorni dalla data di entrata in vigore della stessa legge anche se l'iscrizione non è stata rinnovata prima del decorso del termine di venti anni dalla data in cui fu eseguita, laddove detto termine sia giunto a maturazione dopo il 31 dicembre 2012.

Ciò in quanto a tale data – ai sensi dell'art. 1, comma 197, del testo normativo citato – si è verificata l'estinzione delle ipoteche gravanti sui beni anteriormente alla loro confisca, e, per conseguenza, non può ritenersi incombere sul creditore un onere di rinnovazione dell'ipoteca già estinta.

Altrove²⁵, invece, è stato sostenuto che il terzo creditore assistito da ipoteca iscritta sul bene oggetto di confisca *ex art. 12 sexies* D.L. n. 306 del 1992 in data precedente alla confisca stessa non può essere ammesso al pagamento del credito ai sensi dell'art. 1 della legge 24 dicembre 2012, n. 228, se l'iscrizione non è stata rinnovata prima della scadenza del termine di venti anni dalla data in cui essa fu eseguita (in motivazione, la Corte ha precisato che anche se, astrattamente, il creditore può sempre procedere a nuova iscrizione dell'ipoteca, quest'ultima sarebbe comunque posteriore alla trascrizione della confisca del bene *medio tempore* intervenuta e, quindi, la relativa istanza di ammissione al credito sarebbe carente dei presupposti richiesti dall'art. 52 del D.Lgs. n.159 del 2011).

Da segnalare un recente arresto della Suprema Corte secondo cui, in tema di confisca di prevenzione di beni gravati da ipoteca, il riconoscimento di una situazione di affidamento incolpevole del creditore assistito da garanzia non è necessariamente

²³ In senso contrario era parsa, con riguardo alla precedente ricostruzione: Cass., 3 luglio 1997 n. 5988; Cass., 5 ottobre 2012, n. 20664; Cass., 30 marzo 2005, n. 6661.

²⁴ Cass. Pen. Sez. II, n. 30937/2015.

²⁵ Cass. Pen. Sez. I, n. 18241/2015.

precluso dal fatto che il medesimo abbia acquistato il diritto in epoca successiva all'adozione del sequestro, quando ciò è avvenuto mediante cessione di rapporti giuridici in blocco ai sensi del D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385, art. 58, poiché tale modalità di trasferimento di posizioni giuridiche potrebbe rendere concretamente inesigibile, per l'entità dell'operazione, l'onere in capo al cessionario della previa verifica di tutti i beni sottoposti ad originaria garanzia ipotecaria e correlati ai crediti ceduti²⁶.

Per altro verso, si è osservato²⁷ che la soluzione opposta non è affatto necessitata in base alla lettera ovvero alla *ratio* del menzionato articolo 52 che si riferisce, evidentemente, ai crediti sorti anteriormente all'avvio del procedimento di prevenzione e non prende in considerazione l'ipotesi della successione – *a latere creditoris* – nel rapporto obbligatorio: ciò per la semplice ragione che, in base alla legislazione codicistica e all'interpretazione giurisprudenziale, la cessione del credito, in qualunque modo avvenuta, determina solo la sostituzione del creditore originario, sicché il nuovo creditore subentra nella medesima posizione giuridica del cedente, assumendone i diritti, ma anche gli oneri e i rischi, con la conseguenza che sarà la “malafede” del cedente (nel senso stabilito dall'art. 52 cit.) a precludergli la possibilità di far valere le sue pretese sul bene del debitore che sia stato, nel frattempo, oggetto di ablazione.

Si è, dunque, affermato che, ai fini della tutela del terzo, sono rilevanti i diritti di credito dei terzi che risultano da atti aventi data certa anteriore al sequestro ovvero i diritti reali di garanzia costituiti in epoca anteriore al sequestro, ancorché sia intervenuta sostituzione nel lato attivo del rapporto obbligatorio in epoca successiva al sequestro, ricorrendo le ulteriori condizioni di cui all'art. 52 cit.; tuttavia, la sostituzione nel lato attivo del rapporto non può comportare la sterilizzazione dell'accertamento, ai fini della tutela del terzo, al momento nel quale il credito è insorto.

Giova, ancora, osservare che la giurisprudenza di legittimità ha affrontato il tema della tutela da approntare ai soggetti che avessero stipulato un contratto preliminare avente a oggetto l'acquisto di un bene poi confiscato, affermando che 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 siano titolari di un diritto all'acquisto del bene gravato, derivante da un preliminare di vendita²⁸.

Vanno, in conclusione, esaminate le novità introdotte a settembre 2017 con la citata legge n. 161 e destinate a riverberarsi su tale categoria soggettiva: oltre alle già citate modifiche apportate all'art. 52 in punto di onere dimostrativo a carico del terzo istante, vale la pena di ricordare che il nuovo comma 4 del menzionato articolo impone che tali crediti, accertati ai sensi degli articoli 57 e ss., dovranno concorrere al riparto “*sul valore dei beni o dei compensi aziendali cui si riferiscono*” in base alle contabilità separate e alle “masse” distinte formate alla stregua dell'art. 37, comma 5.

Probabilmente più rilevante per il terzo creditore è il disposto del nuovo comma 4 dell'art. 52, secondo il quale la confisca definitiva di un bene determina lo scioglimento dei contratti aventi a oggetto non solo – come già previsto in passato – diritti personali

²⁶ Cass. Pen., Sez. VI, n. 35602 del 16/06/2015, Sagrantino Italy s.r.l. e altro, Rv. 265605.

²⁷ Cass. Pen. Sez. V, n. 1841 del 24/11/2016 – dep. 16/01/2017, Italfondario S.p.a., Rv. 269123.

²⁸ Così A. AIELLO, [Brevi riflessioni sulla disciplina](#), cit., pag. 9.

di godimento, ma anche dei contratti aventi a oggetto un diritto reale di garanzia, nonché l'estinzione dei diritti reali di godimento sui beni stessi.

Insomma, d'ora in avanti il passaggio in giudicato (pur se *rebus sic stantibus*) della confisca di prevenzione determinerà (non già l'estinzione ma) lo scioglimento dei contratti aventi a oggetto diritti reali di garanzia, ferma restando la previsione di cui al comma 1 dell'art. 45 relativamente all'effetto liberatorio dei beni confiscati in via definitiva da "oneri e pesi".

Si è, peraltro, osservato che tale modifica appare di dubbia utilità dal momento che, per un verso, il diritto reale di garanzia sarebbe in ogni caso destinato a estinguersi per effetto della confisca definitiva e, per l'altro, che se è vero che l'attenzione è rivolta ai diritti reali di garanzia in genere, allora con quella formulazione ci si dimenticherebbe di tutte le altre garanzie aventi fonte nella legge o in provvedimenti giudiziari (art. 2808, comma 3, del codice civile)²⁹.

2.3. La posizione del creditore chirografario.

Come accennato, alla stregua dell'art 1, commi 194-201, della citata legge 228 (in relazione agli artt. 52 e ss. del decreto legislativo 159/2011), i soli creditori ipotecari o muniti di titolo di prelazione (ovvero che abbiano iscritto pignoramento o siano intervenuti in procedura esecutiva pregressa) – per i quali non trova diretta applicazione il Codice – possono agire *in executivis* innanzi al giudice della prevenzione per ottenere tutela ai sensi della normativa antimafia³⁰.

Nulla si dice sulla possibilità che detta facoltà e la relativa normativa si possano estendere anche ai titolari di crediti chirografari, assoggettati alla disciplina della legge 575/1965: costoro risultano, quindi, irrimediabilmente pregiudicati e non potranno agire per la tutela del relativo diritto, anche e soprattutto per effetto del regime "transitorio" introdotto dalla *Legge di stabilità* del 2013 per i procedimenti di prevenzione in cui non trova diretta applicazione il Codice Antimafia.

Secondo taluni³¹ il nuovo assetto, in uno al quadro normativo indicato, potrebbe presentare aspetti di frizione costituzionale ed essere contrario agli artt. 3, 24 e 27 della Costituzione sotto il profilo della sua ragionevolezza.

In particolare, si rischierebbe (in forza di un'interpretazione testuale) di creare una sostanziale e non ragionevole disparità di trattamento sulle posizioni dei creditori

²⁹ Cfr. Cass. civ., Sez III, n. 22814/2013 ud. 17 settembre 2013 dep. 7 ottobre 2013.

³⁰ Sul tema si vedano F. LUCARELLI, *La tutela dei terzi creditori*, in *Il Codice antimafia* (a cura di M.E. Malagnino, Torino 2011, 145; G. MINUTOLI, *Verso una fallimentarizzazione del giudice della prevenzione antimafia*, in *Il Fallimento*, 11/2011, 1271; M. PETRINI, *La prevenzione patrimoniale: la tutela dei diritti terzi*, in *La Giustizia patrimoniale penale*, I, Torino, 2011, 521 e ss.; M. PETRINI, *La tutela dei terzi*, in *Le misure di prevenzione*, a cura di S. Furfaro, Torino, 2013, 645; A. POLIGNANO, *Amministrazione giudiziaria e confisca ex lege 575/65: aspetti gestionali, societari ed adempimenti tributari*, in AA.VV., *Diritto e professione, I reati associativi e gli strumenti di contrasto patrimoniale alla criminalità organizzata*, Torino 2010. A. AIELLO, [Spunti di riflessione in ordine alla tutela dei terzi nel c.d. Codice antimafia](#), in *questa Rivista*, 11 aprile 2014.

³¹ Così A. CAIRO - C. FORTE, *Codice delle misure di prevenzione*, cit., pag. 632 e ss.

chirografari, nei riguardi dei quali dovrebbe trovare applicazione la normativa precedente.

Tale compressione potrebbe apparire non comprensibile e risultare in contrasto con le regole costituzionali di uguaglianza e ragionevolezza, oltre che con i principi della effettività della tutela giurisdizionale, di cui all'art. 24 Cost., e di necessaria colpevolezza, ex art. 27 Cost.

Invero, affinché si possano subire effetti deteriori e *lato sensu* sanzionatori nella propria sfera giuridica occorre un addebito almeno per difetto di diligenza, mentre in questo caso il mero confronto tra le due normative svela una diversificazione evidente nel trattamento del credito in chirografo, a seconda che si applichi la legge n. 575/65 ovvero il Codice Antimafia, atteso che solo nella seconda delle eventualità enucleate i creditori vedono analiticamente regolamentata la rispettiva condizione, in virtù dello statuto di tutela previsto dalla legge del 2011.

Al contrario, i terzi creditori chirografari i quali – per una mera congiuntura temporale – non rientrano nel regime normativo introdotto da questa ultima (perché maturati in procedimenti anteriori al 13 ottobre 2011) restano, di converso, sprovvisti di tutela.

Consegue da tale disamina che tra i creditori che – nell'ambito delle procedure di prevenzione rimaste estranee al decreto 159/2011 giusta la disciplina transitoria dettata dall'art 117 stesso decreto – possono, con le forme e i tempi dettati dagli artt.199 e 200 della citata legge 228/2012, partecipare alla distribuzione della liquidazione dei cespiti ablati (art 201) nei limiti della soglia massima garantita dall'art 203 non risultano annoverati i chirografari che, prima del sequestro, non abbiano dato corso ad alcuna azione esecutiva, anche nelle forme del mero intervento in iniziativa mossa da altri creditori, sul patrimonio oggetto di sequestro e confisca.

Il tema, di grande impatto pratico, è stato affrontato a più riprese dalla giurisprudenza di legittimità e alcuni anni fa la Suprema Corte si è pronunciata sulla pretesa incongruenza logico-giuridica di questa disciplina, affermando che essa appare comunque conforme ai principi costituzionali e alla disciplina sovranazionale³².

Ponendosi in linea con la strada tracciata dal Codice Antimafia (e prima ancora dalle novelle che ne hanno preceduto l'introduzione negli anni sino al 2010, modificando l'impianto originario della legge 575/65), il dato normativo in disamina contempererebbe, infatti, l'esigenza della collettività – privare il soggetto pericoloso socialmente dei beni oggetto dell'azione preventiva – con le posizioni soggettive dei terzi che sul patrimonio oggetto di confisca vantano una pretesa (che solo apparentemente si mostra) confliggente con quella generale.

Ciò sancendo la definitiva prevalenza dell'interesse collettivo sotteso all'azione ablativa (tant'è che il bene confiscato viene acquisito al patrimonio dello Stato libero dalle formalità formalmente trascritte e iscritte in precedenza al sequestro) ma senza travolgere, sacrificandole integralmente, tutte le ragioni di credito che si trovano con il

³² Cfr. Cass., n. 10532/2013.

bene oggetto di ablazione in immediata relazione (proprio per la presenza dei pesi e degli oneri considerati).

Per quel che qui più conta, prosegue la Corte, gli altri creditori non hanno diritto a partecipare alla distribuzione del riparto ricavato dalla vendita coattiva del patrimonio confiscato senza che la scelta normativa adottata possa essere tacciata di irrazionalità nel differenziare tra le posizioni tutelate: al pari di qualsivoglia altra pretesa di credito sfornita di prelazioni reali, i titolari di tali posizioni soggettive subiscono – in definitiva – gli effetti dell’inerzia mostrata nell’agire per la soddisfazione del proprio diritto.

Una volta che si attribuisca all’intervento ablativo una forza così determinante da incidere, modificandole, anche sulle posizioni soggettive dotate di immediata correlazione con la *res* (tanto da portare le Sezioni Unite civili³³ della Corte di Cassazione, come visto, a dare nuova forza teorica alla tesi della natura originaria dell’acquisto), va da sé che l’affidamento del creditore – pur di buona fede – esclusivamente legato alla garanzia patrimoniale giustificata dall’art 2740 codice civile non possa che assumere un tono assolutamente e coerentemente 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.

Né il diritto dell’Unione Europea rassegna la presenza di spazi di tutela esplicitamente destinati a garantire i creditori – siano essi dotati di prelazione reale o meno – che vengano a contatto con l’azione preventiva, mancando peraltro allo stato una disciplina uniforme delle confische sganciate dalla condanna (la stessa proposta di Direttiva relativa al congelamento e alla confisca dei proventi di reato, la 2012/0036, che non sembra peraltro neppure involgere il tema della confisca di prevenzione, contiene spunti interpretativi nuovi rispetto al tema in questione).

E del resto, a conferma di quanto sopra, neppure l’esperienza giurisprudenziale legata alla CEDU dà conto di situazioni conflittuali nelle quali è venuta in gioco la posizione dei terzi creditori, dotati o meno di garanzia reale: i precedenti conosciuti³⁴ involgono sempre ed esclusivamente posizioni di terzi (in conflitto con il potere statale di confisca) titolari di diritti dominicali, situazione palesemente diversa da quella qui oggetto di interesse.

Inoltre, va osservato che dalla disciplina innanzi tratteggiata restano fuori i crediti, meramente chirografari, dei terzi relativi a patrimoni aziendali sequestrati e confiscati in uno all’ablazione delle quote sociali di riferimento, formalmente e sostanzialmente attratti alla disponibilità del proposto.

Tale vuoto, peraltro coerente rispetto al dato normativo preesistente all’introduzione del Codice Antimafia, non può tuttavia far ritenere che tali categorie di creditori restino inopinatamente escluse da ogni forma di tutela apprestata dall’ordinamento.

³³ Si veda, in motivazione, Cass., n 10532/13.

³⁴ Prima tra tutti, Corte EDU di Strasburgo, 20 gennaio 2009, nella causa Sud Fondi/Italia.

Effettivamente, a differenza dei creditori chirografari di buona fede coinvolti indirettamente in azioni ablativo aventi a oggetto beni determinati, laddove la confisca sia caduta su patrimoni aziendali riferibili a enti societari (per aver integralmente coperto la confisca sia il capitale sociale che il sottostante patrimonio societario), il creditore chirografario della società non avrebbe la possibilità di soddisfarsi altrimenti, preclusagli la via – per quanto sopra evidenziato – della partecipazione alla distribuzione della liquidazione del patrimonio aziendale.

La normativa introdotta nel 2012, per le procedure di prevenzione anteriori al 13 ottobre 2011, si pone in linea con la disciplina dettata dal Codice Antimafia anche in punto di non perseguibilità e impossibilità di instaurare azioni esecutive; la norma, invece, tace e non disciplina il rapporto intercorrente con le iniziative concorsuali, tratteggiato negli articoli 63-65 del Codice.

Non sembra, peraltro, dubitabile che l'impresa sottoposta ad ablazione sia fallibile, ciò prescindendo anche da quanto oggi inequivocabilmente sancito dalla novella del 2011; in tal senso depone certamente l'idea della consentita (anzi favorita, nell'ottica quanto meno della migliore conservazione delle utilità confiscate) prosecuzione dell'attività aziendale che colora ormai da tempo tutti gli interventi legislativi in materia, ben prima della introduzione del Codice Antimafia, senza che potesse giustificarsi deroga alcuna alle ordinarie regole dello statuto dell'imprenditore commerciale.

Nulla esclude, dunque, che il creditore chirografario non soddisfatto di impresa sociale integralmente attinta dalla confisca possa attivarsi e ottenere il fallimento della stessa.

Non vale sul punto affermare – ha chiarito la Suprema Corte – che la procedura concorsuale è comunque una procedura esecutiva, sicché l'iniziativa del creditore sarebbe impedita dal divieto di cui al comma 1 dell'art 194 della citata legge 228/2012.

L'argomento, di per sé confutato dalle precedenti considerazioni di sistema in ordine alla impossibilità di escludere dal fallimento un soggetto che si muove sul mercato seguendo la matrice tipica dell'impresa commerciale, trova una facile smentita nel tenore della analoga disposizione (art 55) contenuta nel Codice Antimafia, che costituisce il riferimento di origine della disciplina in disamina: e tale normativa, se pur un verso impone il blocco delle iniziative esecutive individuali, per altro verso pacificamente acconsente al fallimento delle imprese sequestrate e confiscate, poco importa che il sequestro sia precedente o successivo alla instaurazione della procedura concorsuale.

Altro tema, anche se intimamente legato al precedente, sul piano della effettività della tutela, è quello inerente alla possibilità per il detto creditore e – per esso – della massa fallimentare di soddisfarsi sul patrimonio confiscato.

Il punto non trovava una regolamentazione esplicita nella normativa previgente e ha dato corpo a diversi conflitti interpretativi tra chi sosteneva una sistematica prevalenza delle ragioni pubbliche sottese all'intervento preventivo, tale da rimanere

insensibile alle pretese concorsuali³⁵, e chi, per contro, anticipando l'innovazione normativa, riteneva comunque ingiustificato un integrale sacrificio degli interessi portati dai creditori, dovendosi ritenere in ogni caso realizzato l'interesse collettivo una volta che l'ablazione del patrimonio riferito al soggetto socialmente pericoloso finisca per cadere sui diritti del proposto residuati dalla soddisfazione delle pretese dei creditori concorsuali³⁶.

La Suprema Corte, in un importante precedente nel quale ha analizzato la situazione di creditori chirografari coinvolti in un giudizio di prevenzione ante riforma del 2011, ha mostrato di aderire alla seconda opzione³⁷.

Per più ordini di ragioni.

In primo luogo perché la disciplina introdotta dal Codice Antimafia in punto di regolamentazione dei rapporti tra procedura fallimentare e misura di prevenzione patrimoniale ben può costituire un momento di riferimento per conformare – a fronte di perduranti dubbi applicativi nel dilemma tra contrapposte situazioni, soggettive e collettive, degne di assoluto rilievo – posizioni assolutamente analoghe a un unico trattamento, quanto meno sostanziale.

Il tutto in modo da rendere coerenti le dinamiche dell'impresa sottoposta a confisca sia nel corso della gestione non connotata da insolvenza (laddove pacificamente, con il correttivo della buona fede accertata dal giudice delegato di concerto con l'amministratore giudiziario, il credito chirografario strumentale alla protrazione dell'attività viene di norma riconosciuto e soddisfatto pur se pregresso al sequestro) con quelle destinate a operare all'emergere dell'insolvenza.

Del resto, proprio la confermata prospettiva di liquidazione del patrimonio confiscato per soddisfare le pretese dei creditori rappresenta oggi (anche per le procedure non disciplinate dal decreto in analisi) un segno inequivoco della non pericolosità in sé dell'utilità oggetto di confisca di prevenzione: la liquidazione costituisce, infatti, momento di protratta circolazione del bene, incompatibile con l'idea della destinazione, vincolata e immodificabile, all'Erario dei cespiti confiscati perché intrinsecamente pericolosi.

In linea con quanto sopra, dunque, si è affermato che l'intervenuto fallimento dell'impresa sottoposta a confisca (per quote e patrimonio aziendale) estranea alla normativa attratta alla regolamentazione dettata dal decreto 159/2011 non finisce per assumere un significato di *indifferenza* rispetto alle pretese dei soggetti che prendono parte alla massa fallimentare, tra essi inclusi anche i creditori chirografari, per altra via esclusi dalla possibilità di soddisfarsi coattivamente sul patrimonio sottoposto a misura di prevenzione patrimoniale.

E se la disciplina transitoria del Codice Antimafia finisce per precludere una pedissequa riproposizione dello schema procedurale ivi previsto, ciò tuttavia non significa che il sistema non consenta comunque di realizzare tale fine, contemperando le

³⁵ Cfr. da ultimo la sentenza nr 31890/08 e quella n. 16783/10 della Prima sezione Corte di cassazione.

³⁶ Si veda la sentenza nr 20443/07 della sezione III della Suprema Corte.

³⁷ Cfr. Cass. Pen., n. 49821/2103, Lu.Fra. Trasporti s.r.l.

esigenze pubblicistiche sottese all'intervento in prevenzione e le ragioni di credito della massa fallimentare.

Perciò, seguendo l'insegnamento tracciato dalle Sezioni Unite n. 229951/04 e ribadito dalla terza Sezione della Cassazione con la sentenza n. 20443/07, 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.

Indi, il curatore fallimentare potrà proporre, quale terzo legittimato, incidente di esecuzione innanzi al tribunale di prevenzione alla stregua di quanto previsto dagli artt. 200 e ss. della legge 228/2012, norme queste che – in assenza di una esplicita regolamentazione delle ipotesi di intervenuto fallimento di imprese integralmente attratte a procedure di prevenzione non disciplinate dal decreto del 2011 – ben possono rappresentare le regola di riferimento quanto alla individuazione del giudice competente in punto al giudizio di opponibilità dei crediti, nonché per la definizione del procedimento volto alla liquidazione e alla soddisfazione dei crediti ammessi (sempre non oltre la soglia massima prevista dall'art. 203 stessa legge).

Quanto alle prospettive di tutela dei creditori non assistiti da specifiche, va osservato che pare destinata a lambire, almeno in fatto, la posizione soggettiva dei citati creditori l'aggiunta, con la più volte citata legge n. 161/2017, nel corpo del Codice Antimafia di un nuovo articolo, inserito sotto il numero *54bis*, con il quale si dispone che l'amministratore giudiziario – previamente autorizzato dal giudice delegato – possa eseguire pagamenti per forniture anteriori al sequestro, nel caso in cui il mantenimento dei rapporti con quei fornitori sia ritenuto essenziale per la prosecuzione dell'attività economica.

In buona sostanza, si vuole aprire la strada ad atti solutori di crediti anteriori al sequestro, sulla base della valutazione di rilevanza del rapporto commerciale con quel terzo rimessa all'amministratore giudiziario e senza a tal fine prevedere alcuna forma di verifica innanzi all'autorità giudiziaria dei presupposti meglio indicati all'art. 52, comma 1, del Codice Antimafia.

2.4. La sentenza n. 94/2015 della Corte Costituzionale.

Di particolare importanza appare la circostanza che, in epoca piuttosto recente, l'impianto tratteggiato dalla legge n. 228/2012 sia stato messo in discussione dalla Corte Costituzionale, sia pur limitatamente a un aspetto specifico e a una circoscritta categoria di terzi: ci si riferisce alla sentenza indicata in epigrafe, con cui la Consulta ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 1, comma 198, della citata norma 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 subordinato.

La Corte ha premesso che, in correlazione a tali previsioni, si prefigura un meccanismo di tutela basato su un procedimento incidentale di verifica dei crediti e sulla predisposizione di un piano di pagamento dei creditori ammessi, secondo modalità

distinte e semplificate rispetto a quelle delineate dalla normativa “a regime” (commi da 199 a 206), ma con una discrepanza di fondo quanto ai destinatari della tutela.

Questi ultimi sono, infatti, identificati nei soli creditori muniti di ipoteca iscritta anteriormente al sequestro di prevenzione, nonché nei creditori che, prima della trascrizione del sequestro, abbiano trascritto un pignoramento sul bene, ovvero che, alla data di entrata in vigore della legge n. 228 del 2012, siano intervenuti nell’esecuzione iniziata con il predetto pignoramento (art. 1, comma 198).

Solamente costoro sono legittimati a proporre – entro i termini perentori normativamente indicati (centottanta giorni dall’entrata in vigore della legge o dal successivo momento in cui la confisca è divenuta definitiva: commi 198 e 205) – domanda di ammissione del credito, ai sensi dell’art. 58, comma 2, del d.lgs. n. 159 del 2011, “*al giudice dell’esecuzione presso il tribunale che ha disposto la confisca*” (e cioè, secondo la corrente lettura, allo stesso tribunale che ha adottato il provvedimento ablativo).

Tale domanda, in caso di positivo scrutinio – esteso anche alla verifica delle condizioni di cui all’art. 52 del d.lgs. n. 159 del 2011 e condotto con l’applicazione delle disposizioni sul procedimento di esecuzione (comma 200 dell’art. 1 della legge n. 228 del 2012) – consente ai creditori ammessi di conseguire il pagamento del loro credito.

Al pagamento, effettuato tramite la liquidazione di beni dal valore di mercato complessivo non inferiore al doppio dell’ammontare dei crediti ammessi (comma 201), si procede sulla base del piano formato dall’Agenzia nazionale per l’amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata (piano suscettibile di opposizione da parte dei creditori).

In sostanza, come visto, mentre per i procedimenti di prevenzione iniziati successivamente all’entrata in vigore del d.lgs. n. 159 del 2011 la legittimazione ad avvalersi della speciale procedura incidentale di verifica è estesa a tutti i creditori – siano essi chirografari, privilegiati o titolari di diritti di garanzia reale – per i procedimenti pendenti prima dell’approvazione del Codice Antimafia (interessati dalla legge del 2012) la legittimazione è circoscritta ai soli creditori ipotecari, pignoranti o intervenuti nell’esecuzione (i secondi e i terzi, peraltro, indipendentemente dal rango del loro credito e, quindi, anche se chirografari).

Restavano esclusi, pertanto, dalla tutela i crediti dei prestatori di lavoro subordinato che non fossero ipotecari, pignoranti o intervenuti nell’esecuzione, ma comunque assistiti da privilegio generale sui beni mobili, ai sensi dell’art. 2751-*bis*, numero 1), cod. civ., e con diritto alla collocazione sussidiaria sul prezzo degli immobili, ai sensi dell’art. 2776 cod. civ.

La disciplina così tratteggiata, tuttavia, secondo la Corte si pone in contrasto con l’art. 36 Cost. in quanto risulta idonea a pregiudicare il diritto, riconosciuto al lavoratore dal primo comma della citata norma costituzionale, “*a 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*”.

Stante il generale divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive sui beni confiscati, enunciato dall’art. 1, comma 194, della legge n. 228 del 2012, la misura patrimoniale rischiava, infatti, di privare *ex abrupto* il lavoratore della possibilità di agire utilmente *in executivis* per il pagamento delle proprie spettanze.

Ciò avviene soprattutto allorché la confisca renda i residui beni del debitore insufficienti a soddisfare le sue ragioni, e massimamente nell'ipotesi di confisca "totalizzante" la quale investa, cioè – come molto spesso avviene – l'intero patrimonio del datore di lavoro (si pensi, ad esempio, a una società di capitali nella quale siano stati convogliati i proventi dell'attività illecita).

In simili evenienze il lavoratore perde, in pratica, ogni prospettiva di ottenere il pagamento dei propri crediti tanto dal debitore (che non ha più mezzi), quanto dallo Stato, cui sono devoluti i beni confiscati: sicché la sua tutela resta affidata al solo eventuale intervento sostitutivo del Fondo di garanzia istituito presso l'Istituto nazionale della previdenza sociale, ai sensi dell'art. 2 della legge 29 maggio 1982, n. 297 (Disciplina del trattamento di fine rapporto e norme in materia pensionistica).

Il menzionato intervento è subordinato, peraltro, a particolari presupposti e circoscritto, comunque, a una limitata porzione dei crediti derivanti dal rapporto di lavoro subordinato.

La disciplina di cui ai commi 198 e seguenti dell'art. 1 della legge n. 228 del 2012 assume – conclude la Corte – una chiara valenza *ad excludendum* rispetto a pagamenti da parte degli organi di gestione dei beni confiscati in favore di creditori diversi da quelli ivi considerati.

Non è, infatti, pensabile che creditori particolarmente qualificati (quali, in specie, gli ipotecari, muniti di diritto reale di garanzia) possano conseguire il pagamento dei loro crediti solo alle rigorose condizioni – anche procedurali – ed entro i limiti quantitativi stabiliti dalle predette disposizioni, mentre creditori di diverso tipo possano essere liberamente soddisfatti tramite i beni assoggettati al provvedimento ablativo.

La norma censurata non può essere, d'altra parte, giustificata 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: nella specie, in effetti, non di bilanciamento si tratta, "ma di un sacrificio puro e semplice" dell'interesse contrapposto (Corte Costituzionale, sentenza n. 317 del 2009).

Il bilanciamento è, invece, quello espresso nell'ambito della normativa del Codice Antimafia dalle previsioni limitative recate dall'art. 52 del d.lgs. n. 159 del 2011, volte a impedire che la tutela si estenda a soggetti *lato sensu* collegati o conniventi con l'attività illecita del proposto o di reimpiego dei suoi proventi, a crediti simulati o artificialmente creati, ovvero ancora a casi nei quali è possibile aggredire utilmente il residuo patrimonio del debitore.

Tali previsioni sono, 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.

In quest'ottica, la mancata inclusione dei titolari di crediti da lavoro subordinato tra i soggetti abilitati ad avvalersi della procedura in questione si rivela, dunque, secondo la Consulta priva di giustificazione adeguata sul piano costituzionale.

Interessante l'inciso col quale la Corte ha chiarito che il legislatore nel 2011 e nel 2012 ha già provveduto a delineare – tanto sul piano sostanziale che su quello processuale – un meccanismo di salvaguardia dei creditori di fronte ai provvedimenti di

confisca; essa non è, pertanto, chiamata a operare alcuna scelta discrezionale tra un ventaglio di possibili soluzioni alternative (operazione che esorbiterebbe dai limiti del proprio potere decisorio) ma soltanto a implementare, nei sensi imposti dall'art. 36 Cost., il catalogo dei creditori che possono valersi di quel meccanismo.

3. L'estensibilità del Codice Antimafia alla cd. confisca allargata.

Come anticipato, un profilo assolutamente problematico e sul quale si registravano (prima della novella del settembre scorso) orientamenti contrastanti nella giurisprudenza di legittimità è quello relativo alla possibilità di estendere la normativa di cui agli artt. 52 e ss. anche ai sequestri emessi in sede penale.

Infatti – e lo si vedrà meglio in seguito – a fronte di una tesi che afferma che le norme dettate dagli artt. 52 e ss. del decreto legislativo n. 159/2011 a tutela dei terzi creditori in buona fede sottoposti a confisca di prevenzione si applicano anche alle ipotesi di confisca emesse in sede penale nell'ambito dei procedimenti relativi ai delitti di cui all'art. 51, comma 3 *bis*, codice di procedura penale³⁸, se ne registra un'altra diametralmente opposta, secondo cui la disciplina prevista dal titolo IV del Codice Antimafia in tema di tutela dei terzi e rapporti con le procedure concorsuali non si estende ai sequestri penali, neppure quelli funzionali alla confisca prevista dall'art. 12 *sexies* della legge n. 356/92.

Secondo i fautori di quest'ultimo orientamento, non è infatti praticabile un'applicazione analogica della disciplina ivi contenuta, atteso che il rinvio a essa operato dal comma 4 *bis* dell'art. 12 *sexies* è testualmente limitato alla destinazione e all'amministrazione dei beni confiscati³⁹.

L'art. 12 *sexies*, comma 4 *bis*, nel testo introdotto dalla legge n. 228/2012, art. 1 comma 190, recita così: *“le disposizioni in materia di amministrazione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati previste dal D. Lgs. 6 settembre 2011, n. 159, e successive modificazioni, si applicano ai casi di sequestro e confisca previsti dai commi da 1 a 4 del presente articolo, nonché agli altri casi di sequestro e confisca di beni adottati nei procedimenti relativi ai delitti di cui all'art. 51 comma 3 bis c.p.p. In tali casi, l'Agenzia coadiuva l'autorità giudiziaria nell'amministrazione e nella custodia dei beni sequestrati, sino al provvedimento conclusivo dell'udienza preliminare e, successivamente a tale provvedimento, amministra i beni medesimi secondo le modalità previste dal citato D. Lgs. n. 159 del 2011. Restano comunque salvi i diritti della persona offesa dal reato alle restituzioni e al risarcimento del danno”*.

La sentenza n. 9758 del 28 febbraio 2017 della Prima Sezione penale della Cassazione affronta, appunto, il controverso tema dei limiti di applicabilità delle regole introdotte in tema di confisca di prevenzione dalla legge n. 228/2012 anche al diverso procedimento funzionale alla confisca allargata ai sensi dell'art. 12 *sexies*, occupandosi di una vicenda in cui il giudice dell'esecuzione aveva rigettato la domanda risarcitoria

³⁸ Cass., n. 12362/2016.

³⁹ Cass., n. 8935/2016.

proposta dal terzo creditore sui beni confiscati, ai sensi degli artt. 322 *ter* e 12 *sexies*, in danno di un soggetto definitivamente condannato per il delitto di peculato, sul presupposto della non operatività in siffatte ipotesi della disciplina – in punto di tutela del terzo – tratteggiata dagli artt. 52 e ss. del Codice Antimafia, atteso che il comma 4 *bis* dell'art. 12 *sexies* si limiterebbe esclusivamente a richiamare le norme in tema di “amministrazione” e “destinazione” dei beni sottoposti a misure di prevenzione patrimoniali.

La Cassazione, nel citato arresto, ha annullato il provvedimento in esame con rinvio, affermando invece che le disposizioni dettate per i sequestri e le confische di prevenzione dall'art.1, commi 194 e ss. della legge 24 dicembre 2012, n. 228, in tema di tutela dei terzi e di rapporti con le procedure concorsuali operano anche nei casi di confisca definitiva penale *ex art. 12 sexies* del D.L. n. 306/1992, con la conseguenza che la misura ablativa prevale su eventuali ipoteche, salva una successiva tutela di tipo risarcitorio in favore del creditore garantito⁴⁰.

Anche secondo Sez. I, n. 11889 del primo febbraio 2017, la disciplina sulla tutela di terzi prevista dal D.Lgs. 6 maggio 2011 n.159 in materia di prevenzione reale, è applicabile alla confisca emessa ai sensi dell'art. 12 *sexies* D.L. 8 giugno 1992 n.306, divenuta irrevocabile in data antecedente all'entrata in vigore della legge 24 dicembre 2012, n. 228 (c.d. *Legge di stabilità*), che ha esteso lo statuto normativo della tutela delle posizioni creditorie anche alle confische emesse in sede penale; ne consegue che, in mancanza di una espressa disciplina transitoria in sede penale, la domanda del creditore è assoggettata al termine annuale di decadenza previsto dall'art. 58, comma quinto, D.Lgs. 6 maggio 2011 n.159, che non decorre dalla data di irrevocabilità del provvedimento di confisca, ma da quella in cui è stata attribuita al creditore la possibilità di esercitare il proprio diritto, da individuarsi nella data di entrata in vigore della citata legge n. 228 del 2012 (1 gennaio 2013).

Sulla stessa linea già si registrava Sez. I, n. 26527 del 20 maggio 2014, secondo la quale la normativa di cui al Codice Antimafia, Titolo IV, opera pure per i sequestri e le confische *ex art. 12 sexies* disposti a far data dall'entrata in vigore dell'art. 1, comma 190, della Legge di stabilità dinanzi ricordata, apparendo questa soluzione maggiormente in linea con “*il processo legislativo di progressiva assimilazione funzionale tra la confisca penale allargata e quella di prevenzione*”.

Si osserva colà che, al di là delle qualificazioni dogmatiche, tale assimilazione della logica e delle finalità tra le due misure (confisca penale allargata e confisca di prevenzione) appare evidente, ove si considerino i presupposti normativi dell'ablazione patrimoniale espressi dal legislatore del 1992/1994 e consolidatisi nel tempo.

In prevenzione, la parte cognitiva del giudizio è tesa all'inquadramento di un soggetto in un modello di pericolosità in quanto indiziato di appartenere ad associazioni di tipo mafioso e l'ablazione patrimoniale, estesa ai beni in disponibilità indiretta, dipende dall'accertata sproporzione del loro valore rispetto al reddito dichiarato o all'attività economica svolta (criterio di semplificazione dimostrativa della stessa

⁴⁰ Cfr. anche Cass. Pen., n. 21 del 19 settembre 2014, in ipotesi di credito garantito.

derivazione di tali beni dall'attività pericolosa) o dalla verifica positiva – espressa con il sintagma “sufficienti indizi” – dell’esistenza di un nesso di derivazione tra detti beni e l'attività illecita (il frutto o il reimpiego).

Ne è prova il limite alla confiscabilità correlato alla dimostrazione della legittima provenienza e, dunque, al ribaltamento della presunzione di derivazione dalla attività pericolosa.

I beni sono sottoposti a confisca di prevenzione in una logica che è in parte dissuasiva, a fronte delle modalità illecite di loro produzione, ed è – al contempo – squisitamente preventiva rispetto alla possibile reiterazione di comportamenti tesi al loro godimento e alla loro riproduzione⁴¹.

Nel procedimento penale la base cognitiva sulla persona è più ristretta, riguardando la avvenuta commissione di un reato; non si tratta, peraltro, di un qualsiasi reato, bensì di un reato-spia (circa comportamenti illeciti espressi in forma organizzata o reiterata) teso a rendere legittime l'alterazione e la dilatazione dell'ordinario nesso di pertinenzialità tra il reato e le *res* dallo stesso direttamente prodotte o allo stesso direttamente ricollegabili secondo il paradigma “classico” dell'art. 240 c.p.

Nel compiere tale dilatazione dell'area della confiscabilità (e sequestrabilità) penale il legislatore del 1992/1994 utilizzava, pertanto, la condotta illecita cristallizzata (il reato) come indice rivelatore di particolare pericolosità soggettiva e adottava il modello descrittivo dei presupposti della confiscabilità in modo coincidente con quello elaborato nel settore della prevenzione patrimoniale.

Si vanno, infatti, a confiscare beni che non derivano necessariamente da *quel reato* oggetto dell'accertamento ma che, in presenza degli indicatori di cui sopra, possono ritenersi ragionevolmente ricollegati (e pertanto si parla di “confisca allargata”, con affievolimento del nesso pertinenziale) all'azione e al livello di pericolosità, anche “patrimoniale”, espresso dal soggetto condannato.

Qui la confisca, misura di sicurezza patrimoniale atipica tesa a dissuadere le forme di accumulazione illecita e a prevenire la nuova formazione di ricchezze inquinate, si fonda – in modo assolutamente affine – su un accertamento di correlazione con l'agire pericoloso di un soggetto, sia pure ben formalizzato tramite l'accertamento di un reato.

Dunque – prosegue la Corte – ciò che distingue i due istituti, al di là dei diversi contenitori procedurali in cui si collocano, è esclusivamente – sul piano strutturale – la disomogenea base cognitiva alla cui stregua si articola il giudizio sulla persona: nel primo caso (misura di prevenzione patrimoniale) si tratta della ricostruzione di un profilo di pericolosità soggettiva orientato sulla contiguità mafiosa (o su altre ipotesi tipiche) che può prescindere dalla verifica di colpevolezza per un reato (ma sovente la include), mentre nel secondo (confisca penale allargata) della ricostruzione in positivo della colpevolezza per uno dei reati elevati dal legislatore a possibili indicatori di un'accumulazione illecita.

⁴¹ *Ex multis* Cass. Pen. Sez. Unite, n. 18 del 3.7.1996, P.G. in proc. Simonelli ed altri, rv. 205262; più di recente, cfr. Cass. Pen., Sez. I, n. 48882/2013, rv 257605.

Ma tale differenza – senza considerare i profili che riguardano le modalità di formulazione del giudizio negativo sulla persona di riferimento – riguarda esclusivamente la percezione e ricostruzione di uno dei presupposti applicativi, non il modo di atteggiarsi e le finalità della misura del sequestro e della confisca che restano pienamente coincidenti.

Questo è il motivo per cui, con un progressivo affinamento delle tecniche di intervento normativo, il legislatore degli anni successivi al 1994 avrebbe costantemente percorso la strada della “parificazione” delle regole funzionali tra la confisca di prevenzione (e il relativo sequestro) e la confisca penale per sproporzione.

Tale linea, le cui tappe più significative possono individuarsi nelle leggi n. 45 del 2001 (generica previsione di applicabilità alle procedure *ex art. 12 sexies* delle norme in tema di gestione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati contenute nella legge n. 575 del 1965), (richiamo espresso delle singole norme in tema di amministrazione e gestione dei beni contenute nella legge applicabili ai procedimenti di sequestro e confisca ai sensi dell’art. 12 *sexies*) e (previsione dell'intervento gestionale della Agenzia Nazionale sia nell'ambito delle procedure di prevenzione che in rapporto a procedimenti penali recanti beni in sequestro *ex art. 12 sexies*), ha raggiunto un elevato livello di espansione proprio con l'entrata in vigore della più volte citata legge n. 228 del 2012.

Non si tratta, dunque, di una impropria commistione tra modelli diversi, ma della presa d'atto di una profonda comunanza strutturale, ontologica e funzionale, ferme restando la diversa collocazione sistematica e la segnalata diversità di uno dei presupposti applicativi dei due istituti (l'obbligatoria correlazione al reato-spia in un caso, il complessivo inquadramento della pericolosità soggettiva in uno dei modelli codificati dall'altro).

Affrontando specificamente il tema in questione, la Suprema Corte aderisce dunque alla tesi secondo cui la volontà del legislatore del 2012 sarebbe quella di rendere applicabili le norme regolatrici del sub procedimento di accertamento dei crediti anche alle ipotesi di confisca emessa in sede penale ai sensi del D.L. n. 306 del 1992, art. 12 *sexies*, in coerenza con gli obiettivi espressi nella legge-delega del 2010.

Le opzioni negatorie, infatti, risultano basate sul contenuto letterale del rinvio (amministrazione e destinazione dei beni) laddove le norme in tema di tutela dei terzi (art. 52 e ss.) sono contenute in un autonomo Titolo del libro primo del D.Lgs. n. 159 del 2011⁴².

Va, però, osservato che con tale disposizione (L. n. 228 del 2012, art. 1, comma 190), il legislatore prevede l'applicabilità alle ipotesi di sequestro e confisca *ex art. 12 sexies* delle disposizioni in materia di amministrazione e destinazione dei “beni sequestrati e confiscati” previste dal D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159, senza indicare i singoli articoli applicabili (modificando, dunque, la tecnica di rinvio adottata, da ultimo, con L. n. 94 del 2009).

⁴² Così ad esempio Cass. Pen., Sez. II, n. 10471 del 17.2.2014.

Dunque la volontà espressa sarebbe, aderendo a questa opzione ermeneutica, quella di rendere operative tutte le norme dettate nel 2011 in tema di amministrazione e destinazione dei beni, ricomprendenti tanto la fase del sequestro che quella della confisca.

Tra queste risulterebbero comprese le disposizioni dettate in punto di tutela dei terzi (art. 52 e ss.), sia per alcune considerazioni di ordine logico che per la presa d'atto sistematica dei rinvii tra le norme espressamente richiamate.

Va, infatti, osservato che – già sul piano logico – i concetti di amministrazione e destinazione (specie il secondo) implicano la soluzione in fatto e in diritto di tutte le questioni relative alla esistenza di pretese creditorie di terzi su beni assoggettati a confisca: non si può, infatti, operare la destinazione dei beni (nei modi e per le finalità di cui al D.Lgs. n. 159 del 2011) se non si ottiene una previa valutazione giudiziale circa la pretesa vantata da un soggetto terzo sul bene confiscato, tesa a ridurre (in ipotesi) il valore della confisca.

Ma, anche dal punto di vista sistematico, la lettura delle norme richiamate e la loro concreta interrelazione rassicura ampiamente circa l'effetto determinato dal legislatore e rappresentato dalla applicabilità anche delle disposizioni in tema di tutela dei terzi.

E invero il titolo terzo del libro primo del Codice Antimafia contiene le norme in tema di amministrazione, gestione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati, mentre il titolo quarto del medesimo libro primo è dedicato alla tutela dei terzi e ai rapporti con le procedure concorsuali: tale situazione solo in apparenza rende le norme in punto di tutela dei terzi un *corpus* autonomo e slegato dal resto della disciplina (il che giustificerebbe l'interpretazione riduttiva), atteso che le interrelazioni e i richiami espressi tra norme sono, invece, costanti e portano, secondo la Suprema Corte, alla convalida dell'opzione includente.

Ciò a partire da quanto prevede l'art. 45, norma che apre il capo sulla *destinazione* dei beni confiscati (della cui applicabilità alle procedure di cui all'art. 12 *sexies* in forza del rinvio sin qui illustrato non può minimamente dubitarsi) e che testualmente recita: *“a seguito della confisca definitiva di prevenzione i beni sono acquisiti al patrimonio dello Stato liberi da oneri e pesi. La tutela dei diritti dei terzi è garantita entro i limiti e con le forme di cui al titolo 4”*.

Dunque, l'intero titolo quarto – e le norme in esso contenute – risultano espressamente richiamate dalla norma fondamentale in punto di destinazione che, come si diceva, è attività che implica la previa risoluzione delle questioni creditorie.

Ma anche in tema di gestione, è evidente che nel determinare le modalità della stessa e nel compiere i relativi atti già vengono concretamente in rilievo i temi qui evocati (analisi e tutela di posizioni creditorie pregresse), come risulta dalla disciplina dettata negli artt. 40 e 41 (ove si prevede espressamente al comma 5 l'applicabilità di altra previsione contenuta nel titolo 4, quale è l'art. 63 per le ipotesi di insolvenza).

Pure la verifica dei contenuti delle norme oggetto di richiamo (titolo quarto e tutela dei diritti dei terzi) lascia cogliere la piena sovrapposizione funzionale tra le attività qui descritte, nelle diverse fasi del procedimento gestionale, come è dimostrato

dal fatto che le attività di verifica dei crediti possono essere collocate, ai sensi dell'art. 57, comma 2, anche prima della confisca.

Tanto risulta in linea con la progressiva assimilazione delle discipline funzionali, ferma restando la diversità dei contenitori procedurali: il giudice dell'esecuzione penale, pertanto, è tenuto quanto meno a compiere – laddove non sia stata già esclusa con provvedimento precedente sul medesimo oggetto, come segnalato in via generale dalle citate Sezioni Unite civili del 2013 – la verifica circa la ricorrenza dei presupposti previsti espressamente dall'art. 52 citato, con trasmissione degli esiti di tale verifica all'Agenzia Nazionale, cui spettano le successive determinazioni sul piano amministrativo.

Nella medesima direzione va pure la sentenza n. 21 del 5 gennaio 2015 della Prima Sezione (che si pone nella solco ermeneutico già tracciato da Cass., SSUU civili, n. 10532/2013, e da Cass. Civ., Sez. III, n. 22814/2013) secondo la quale la novella di cui alla menzionata legge n. 228 trova applicazione non solo in relazione alla confisca di prevenzione, ma anche in riferimento a quella cd. allargata, con la conseguenza che – anche in presenza di una confisca penale – il rapporto tra la misura ablativa e l'ipoteca esistente sui beni appresi deve essere risolto facendo prevalere la misura patrimoniale, salva una successiva tutela di tipo risarcitorio, per compensare il sacrificio del creditore garantito, e con l'ulteriore precipitato operativo dell'improcedibilità dell'azione esecutiva a disposizione del terzo creditore garantito da ipoteca, ai sensi dell'art. 1, commi 194 e ss., della legge n. 228.

Peraltro, giova ricordare che un principio di diritto del tutto opposto risulta affermato da Cass. Pen., Sez. V, n. 8935 del 20 gennaio 2016, che ha invece escluso la praticabilità di un'applicazione analogica della disciplina contenuta nel decreto legislativo n. 159/2011, ritenendo il rinvio a tale *corpus* normativo – operato dal comma 4 bis dell'art. 12 *sexies* – limitato testualmente alla “destinazione” e all’“amministrazione” dei beni confiscati e, pertanto, non estensibile alla diversa materia della tutela dei diritti vantati sui beni dai terzi.

Colà si è osservato che, del resto, la stessa citata sentenza delle Sezioni Unite civili, sia pure in un *obiter dictum*, si rammaricava per l'occasione persa dal legislatore, in ciò assecondando la linea interpretativa negatoria, ripresa già da Cass. Pen., Sez. II n. 10471 del 12.2.2014, ove risulta per la prima volta affrontato il tema in sede penale.

Pare seguire siffatto orientamento più restrittivo pure Cass. Pen. Sez. V, n. 9279 del 3 marzo 2015 (ric. Pedata), che riguardava un aspetto certamente peculiare e specifico, ovvero la possibilità di estendere alla confisca allargata – per il tramite del rinvio operato dal citato art. 12 *sexies* comma 4 bis come modificato dalla Legge di stabilità 2013 – la norma contenuta nell'art. 24 del Codice Antimafia e che statuisce l'inefficacia del sequestro di prevenzione che non sia seguito da confisca entro il termine di diciotto mesi.

Ciò sebbene né l'art. 321 del codice di rito, comma 2, né l'art. 12 *sexies* impongano un termine entro il quale debba seguire, al sequestro, la confisca dei beni sottoposti a vincolo.

Diversamente opinando, sosteneva il ricorrente, si violerebbe il principio costituzionale della ragionevolezza insito nell'art. 3 Cost., avuto anche riguardo al

carattere sanzionatorio riconosciuto alla confisca dalla pronunce della Corte EDU e dalla stessa Corte Costituzionale.

La Corte, nel caso di specie, ha al contrario sostenuto che l'aver il Legislatore specificamente circoscritto l'ambito delle disposizioni richiamate solo all'amministrazione e alla destinazione dei beni "*porta inevitabilmente a escludere che il rinvio possa intendersi esteso al disposto dell'art. 24 del Codice Antimafia, la cui sfera di operatività è limitata alla disciplina del procedimento applicativo della confisca, mentre all'amministrazione dei beni sequestrati e confiscati è dedicato, nel medesimo decreto legislativo, il titolo terzo, capi 1 (amministrazione), 2 (gestione) e 3 (destinazione), comprendente gli articoli da 35 a 50*".

Né la tesi contraria potrebbe trovare supporto nell'invocato principio di ragionevolezza, atteso che il sequestro preventivo *ex art. 321* del codice di procedura si inserisce nel quadro del processo penale in cui la necessità di accertare la responsabilità dell'imputato al di là di ogni ragionevole dubbio richiede tempi di ben maggiore ampiezza rispetto alla "sommarietà" del procedimento di prevenzione.

Neppure, infine, giova richiamarsi al principio *nulla poena sine lege* che – prima ancora che nella CEDU – è scolpito nell'art. 1 del codice penale, considerato che il richiamato art. 24 regola, in termini sostanziali e non processuali, i tempi di applicazione di una misura della quale il sistema previgente già prevedeva l'applicazione e che, oltretutto, come prima osservato, opera in un ambito diverso da quello del procedimento penale.

In altro precedente⁴³ di pochi mesi fa si è sostenuto che in tema di confisca allargata, ai fini della prova della buona fede e dell'affidamento incolpevole (incombente sull'Istituto finanziario titolare di un diritto di garanzia reale sul bene confiscato che intenda ottenere l'accertamento e l'ammissione al pagamento del proprio credito), non è sufficiente la dimostrazione dell'avvenuto rispetto delle procedure operative interne per l'erogazione del finanziamento, occorrendo che sia provata l'approfondita e autonoma valutazione delle caratteristiche soggettive e patrimoniali dei soggetti coinvolti, con particolare riferimento alla capacità finanziaria e reddituale e alle condizioni patrimoniali del debitore e dei suoi familiari, nonché alle finalità, alla regolarità amministrativa e alla sostenibilità finanziaria dell'operazione negoziale sottostante, anche in relazione all'eventuale altro contraente, allo scopo di adempiere ai doveri propri dell'intermediario finanziario con riguardo, fra l'altro, alla normativa antiriciclaggio.

Trattavasi in quel caso di confisca disposta anteriormente all'introduzione del citato comma 4 *bis* da parte dell'art. 1, comma 190, della legge 24 dicembre 2012, n. 228, ove la Cassazione ha ritenuto estensibili le regole sull'accertamento della buona fede del terzo di cui agli artt. 52 e ss. del Codice Antimafia.

Il supremo collegio, nelle sue più recenti pronunce, mostra insomma di non condividere la tesi più restrittiva e ciò per almeno tre ordini di ragioni, non apparendo comprensibile la ragione di una tale limitazione sia perché nelle nozioni di "amministrazione" e "destinazione" dei beni sequestrati non può non ricomprendersi la

⁴³ Cass. Pen., Sez. I, n. 9677 del 7 febbraio 2017.

tutale del terzo creditore che su quei beni vanta una qualche pretesa accertata dal giudice competente, sia giacché lo stesso art. 12 *sexies* comma 4 *bis*, all'ultimo periodo, fa salvi i diritti della persona offesa dal reato alle restituzioni e al risarcimento del danno e sia, infine, poiché non può l'interprete ignorare il "criterio logico-sistematico in forza del quale va valorizzata la linea evolutiva dell'ordinamento, tesa ad assimilare la confisca atipica con quella di prevenzione".

Una maggiore attenzione alle istanze di tutela dei terzi incise dalle misure ablativo reali, peraltro, si registra anche altrove nella giurisprudenza di legittimità: il riferimento è a un recente arresto delle Sezioni Unite⁴⁴, che – risolvendo un contrasto interpretativo sul tema – hanno affermato la possibilità per il terzo titolare di diritti su cespiti appresi in fase cautelare di chiedere al giudice della cognizione (e quindi già prima che la sentenza di condanna sia divenuta definitiva) la restituzione del bene sequestrato e, in caso di diniego, presentare appello al Tribunale del Riesame.

Si è inoltre affermato che qualora sia stata erroneamente proposta opposizione con incidente di esecuzione, essa va qualificata come appello e trasmessa al Tribunale della libertà.

3.1. La soluzione introdotta con la riforma del Codice Antimafia.

Si è dato atto, nel paragrafo precedente, del perdurante contrasto di opinioni in seno alla giurisprudenza di legittimità che, interessando un tema fittamente innervato dalle istanze di tutela dei terzi aventi causa del soggetto portatore di pericolosità sociale, avrebbe probabilmente imposto l'intervento nomofilattico del supremo consesso di legittimità, risolvendosi la dicotomia nell'alternativa tra la speranza, per il terzo, di ricevere protezione dall'ordinamento e la necessità di prendere invece atto del (quasi integrale) sacrificio delle proprie pretese creditorie.

Nell'ordito così tratteggiato si è, tuttavia, innestato con dirompente forza innovativa il portato della novella del Codice Antimafia approvata in via definitiva dalla Camera dei Deputati il 27 settembre scorso e pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale il 4 novembre 2017, con entrata in vigore dal 19 novembre⁴⁵.

La legge, indicata con il numero 161 e rubricata "Modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, al codice penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale e altre disposizioni. Delega al Governo per la tutela del lavoro nelle aziende

⁴⁴ Cass. Pen. SSUU del 20 luglio 2017, Muscari, su ordinanza di rimessione n. 23322 dell'11 maggio 2017.

⁴⁵ Come noto, tale ampliamento dell'ambito applicativo delle misure ha già destato le critiche e le preoccupazioni – non solo di talune parti politiche, ma anche – di autorevoli voci in dottrina (cfr., *ex multis*, C. VISCONTI, [Approvate in prima lettura dalla Camera importanti modifiche al procedimento di prevenzione patrimoniale](#), in *questa Rivista*, 23 novembre 2015). Altre opinioni si sono invece attestate in senso sostanzialmente favorevole a tale novità, considerata espressiva della riconosciuta vicinanza tra questa confisca e quella allargata di cui all'art. 12 *sexies* d.l.306/1992 (F. MENDITTO, [Verso la riforma del d.lgs. n. 159/2011 \(c.d. codice antimafia\) e della confisca allargata](#), in *questa Rivista*, 22 dicembre 2015).

sequestrate e confiscate", ha inciso profondamente nel *corpus* originario del decreto n. 159 apportando significative innovazioni in tema di presupposti soggettivi per l'applicazione delle misure di prevenzione personali e patrimoniali, di procedimento di prevenzione (muovendosi qui nel senso di una sempre più penetrante "giurisdizionalizzazione" della procedura) e di gestione dei beni sottoposti a misure ablativo, nonché dettando una disciplina decisamente restrittiva in punto di incarichi di amministrazione e rapporti tra giudice delegato e amministratori giudiziari⁴⁶.

Ma – e si tratta dell'aspetto che in questa sede appare più interessante – la riforma ha toccato anche l'articolo 12 *sexies* della legge n. 356/1992 determinando un avvicinamento di tale fattispecie alla confisca di prevenzione così macroscopico che, francamente, l'interprete d'ora in poi fatterà non poco a tenere distinte le due figure.

Il pensiero corre, infatti, all'inserimento nel comma 1 del citato articolo dell'inciso (che allinea la confisca allargata all'orientamento più che consolidato formatosi in giurisprudenza in ordine alla confisca di prevenzione, contrapponendosi invece alle linee interpretative sviluppatesi anche di recente in tema di confisca *ex art. 12 sexies*) secondo il quale il condannato non potrà "*in ogni caso...giustificare la legittima provenienza dei beni sul presupposto che il denaro utilizzato per acquistarli sia provento o reimpiego dell'evasione fiscale*".

Chiaro il parallelismo con il novellato articolo 24 del Codice Antimafia in cui la riforma, recependo il *dictum* della giurisprudenza di legittimità e da ultimo delle Sezioni Unite Repaci⁴⁷, ha codificato l'impossibilità per il proposto di giustificare la genesi del patrimonio sequestrato con proventi sottratti a fisco (si veda sul punto l'articolo 8 del testo licenziato il 27 settembre).

Ancora, va richiamato il nuovo comma 4 *octies*, alla stregua del quale "*in caso di morte del soggetto nei cui confronti è stata disposta la confisca con sentenza di condanna passata in giudicato, il relativo procedimento inizia o prosegue, a norma dell'art. 666 del codice di procedura penale, nei confronti degli eredi o comunque degli aventi causa*".

Evidente, in questo caso, l'affinità con l'art. 18 del Codice Antimafia, che già aveva codificato le istanze giurisprudenziali volte a consentire la prosecuzione del procedimento nei confronti degli eredi del *de cuius* pericoloso deceduto nel corso del giudizio, introducendo anche la possibilità di agire *ex novo* direttamente contro costoro, purché entro cinque anni dalla morte del soggetto proponibile.

Innegabile pure qui l'allineamento della confisca allargata all'area propria della prevenzione patrimoniale, con la (peraltro significativa) differenza della mancata previsione di un termine entro il quale poter agire nei confronti dei successori del

⁴⁶ Per un primissimo commento si veda S. FINOCCHIARO, [La riforma del Codice Antimafia \(e non solo\): uno sguardo d'insieme alle modifiche appena introdotte](#), in *questa Rivista*, fasc. 10/2017, p. 251 ss.

⁴⁷ Cass., Sez. Unite, 29 maggio 2014 (dep. 29 luglio 2014), n. 33451, Pres. Santacroce, Rel. Zampetti, Imp. Repaci. In dottrina, si rinvia a: T. TRINCHERA, [La sentenza delle Sezioni Unite sulla rilevanza dei redditi non dichiarati al fisco ai fini della confisca di prevenzione](#), in *questa Rivista*, 23 settembre 2014; nonché, in relazione all'ordinanza di rimessione: F. MENDITTO, [La rilevanza dei redditi da evasione fiscale nella confisca di prevenzione e nella confisca "allargata"](#), *ibidem*, 9 marzo 2014; e A. M. MAUGERI, [La confisca allargata: dalla lotta alla mafia alla lotta all'evasione fiscale?](#), *ibidem*, 9 marzo 2014.

condannato; potrebbe ritenersi che tale scelta sia collegata all'esistenza, nel procedimento *ex 12 sexies*, di un accertamento giurisdizionale della colpevolezza del *de cuius* cristallizzatosi con una pronuncia definitiva, dato questo chiaramente non richiesto nel procedimento di prevenzione e che, invece, appare destinato a connotare in termini di certezza (al di là di ogni ragionevole dubbio) la posizione del condannato e, per conseguenza, del suo patrimonio.

Insomma, la novella ci consegna una confisca allargata "geneticamente modificata" e sempre più affine a quella di prevenzione, dalla quale appare separata ormai – oltre che dalle perduranti differenze di tipo procedimentale – unicamente (dal punto di vista soggettivo) dalla necessità o meno di una sentenza di condanna per uno dei reati presupposti e (sul versante oggettivo) dalla limitazione al solo requisito della sproporzione tra beni e profili reddituali, rimanendo un *proprium* del sistema prevenzionale il presupposto della derivazione del cespite quale frutto o reimpiego di attività illecite (art. 24 del Codice Antimafia).

È innegabile che ciò complicherà non poco la vita agli interpreti, che sempre più saranno chiamati a destreggiarsi nel ginepraio delle possibili (inevitabili, a questo punto) interferenze tra le due misure, particolarmente serie allorché ci si trovi al cospetto di esiti contrastanti dei relativi giudizi e dell'insorgere di un necessario rapporto di reciproca preclusione procedimentale tra l'uno e l'altro⁴⁸.

Al contrario, possono salutare con soddisfazione la riforma i terzi titolari di diritti di garanzia o di credito su beni oggetto di confisca allargata, considerato che il novellato comma 4 *bis* dell'articolo 12 *sexies* estende testualmente alle ipotesi di sequestro e confisca in esame non soltanto le norme "*in materia di amministrazione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati*" (area della quale, come visto innanzi, la giurisprudenza di legittimità si era affannata a tracciare i confini, giungendo a soluzioni contrastanti), ma anche quelle "*in materia di tutela dei terzi e di esecuzione del sequestro*", previste dal decreto n. 159.

Ne consegue che d'ora in avanti gli articoli 52 e ss. del Codice Antimafia, con i delineati meccanismi di accertamento dei crediti e verifica della buona fede del terzo, opereranno anche riguardo ai beni oggetto di confisca allargata.

⁴⁸ In tema si segnala Cass. Pen., Sez. 5, n. 9729 del 19/01/2017 (dep. 28/02/2017), secondo la quale "Il giudizio negativo sulla confiscabilità dei beni, espresso nel procedimento svolto ai sensi dell'art. 12-sexies D.L. 8 giugno 1992, n. 306 (convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356), non è idoneo a determinare preclusioni nell'ambito del giudizio di prevenzione, successivamente avviato, allorché la valutazione in ordine all'assenza di sproporzione fra il patrimonio nella disponibilità del proposto e i proventi della sua attività economica sia dipeso, nella prima occasione, dalla considerazione di redditi sottratti alla imposizione fiscale, trattandosi di proventi dei quali non è invece possibile tenere conto, ai fini del giudizio di proporzionalità, nel procedimento per l'applicazione della confisca di prevenzione. (In motivazione, la S.C. ha osservato che la valutazione relativa alla confiscabilità dei beni ha un contenuto più ampio nel processo di prevenzione rispetto a quella che si svolge nel procedimento per la cd. confisca "allargata", assumendo diretta rilevanza l'origine e le modalità di formazione del patrimonio, che diventa confiscabile anche laddove sia accertato che sia frutto o costituisca il reimpiego di attività illecite, ivi inclusa l'evasione fiscale, senza necessità di distinguere se tali attività siano o meno di tipo mafioso).

La disamina del descritto apparato procedimentale va completata considerando che la riforma ha recepito l'orientamento giurisprudenziale maggioritario⁴⁹ – propugnato dai giudici di legittimità, ma piuttosto contestato tra quelli di merito – secondo il quale l'autorità giudiziaria competente ad amministrare i beni sequestrati è il giudice che ha disposto il sequestro (quindi, il G.I.P. nella quasi totalità dei casi), ovvero il giudice delegato nominato dal collegio, se appunto trattasi di organo collegiale⁵⁰.

Ne consegue che sarà questa autorità a doversi occupare, in analogia a quanto previsto dagli artt. 52 e ss. del Codice Antimafia, del complesso accertamento della buona fede del terzo, nonché di verificare i crediti secondo la procedura delineata dagli artt. 57 e ss. (fissazione dell'udienza di verifica, composizione dello stato passivo, liquidazione dei beni e progetto di pagamento dei crediti), a sua volta mutuata quasi pedissequamente dalla normativa fallimentare.

È indiscutibile che ciò costituirà un aggravio considerevole per i giudici per le indagini preliminari, che già sono chiamati a svolgere una fondamentale funzione di controllo nell'ambito delle indagini e di filtro rispetto all'esercizio dell'azione penale e che da oggi saranno deputati anche a svolgere una serie di accertamenti di tipo squisitamente civilistico o fallimentaristico per i quali la categoria appare, almeno *prima facie*, poco attrezzata.

Fa da contraltare a tale regola il successivo comma 4 *quinquies*, introduttivo di un litisconsorzio necessario (*“nel processo di cognizione devono essere citati i terzi titolari di diritti reali o personali di godimento sui beni in stato di sequestro, di cui l'imputato risulti avere la disponibilità a qualsiasi titolo”*) affine a quello già esistente dal 2010 nella materia della prevenzione, prima limitato ai soli proprietari e comproprietari dei beni in sequestro, nonché ai terzi che vantassero su di essi diritti reali o personali di godimento (cfr. art. 23 commi 2 e 4 del decreto legislativo n. 159/2011) e da oggi esteso anche a coloro che siano titolari di diritti reali di garanzia sui cespiti oggetto di apprensione interinale.

Come visto, si innesta nel giudizio di cognizione – nell'ambito del quale sia stato ordinato un sequestro funzionale alla confisca allargata – la necessità di citare i terzi così individuati (e quella, preliminare, di identificarli con precisione) e di valutare le loro argomentazioni difensive, anche ai fini dell'eventuale revoca della misura.

Mal si comprende, peraltro, la ragione della mancata estensione di tale diritto anche ai terzi titolari di diritti reali di garanzia sui beni sequestrati, operata per il procedimento di prevenzione e non per quello finalizzato alla confisca allargata.

Probabilmente il motivo va individuato nell'esistenza di una disciplina a tutela di costoro applicabile, per il futuro, a tali fattispecie in virtù del richiamo – oggi esteso testualmente – agli artt. 52 e ss. del Codice Antimafia.

Tirando le fila del complesso ragionamento testé imbastito, può dunque osservarsi che la riforma del Codice Antimafia ha determinato un significativo avvicinamento tra i due “gemelli diversi” nel più ampio *genus* della confisca per sproporzione, circostanza questa che appare condivisibile laddove si presenta idonea ad apprestare maggior tutela

⁴⁹ Cfr. Cass. Pen. Sez. II, 16 aprile 2014, n. 29031, Rv. 260026 e n. 51190 del 16 settembre 2014; in precedenza Sez. I, 19 dicembre 2011, n. 4084, nonché Sez. I, n. 9139 del 16 gennaio 2013.

⁵⁰ Cfr. art. 31 della novella, introduttivo del comma 4 *novies* dell'art. 12 *sexies*.



11/2017

ai terzi incisi dai provvedimenti ablativi, mentre desta perplessità sulle sue concrete ricadute operative nelle parti in cui trasla nel procedimento penale patrimoniale (e, almeno in taluni casi, nella fase dibattimentale) la delicata e complessa verifica dei crediti, a sua volta mutuata dalla normativa fallimentare senza peraltro tenere in debito conto le peculiarità della materia prevenzionale.