

L'attività delle banche dal punto di vista del giudice delle misure di prevenzione

di *Francesco Menditto*

I sequestri e le confische, di prevenzione e penali, comportano non di rado rilevanti conseguenze per i terzi creditori che subiscono il depauperamento del patrimonio del debitore destinatario del provvedimento.

La necessità di trovare un punto di equilibrio tra la tutela dei diritti di terzi incolpevoli e l'esigenza di evitare modalità elusive del provvedimento.

L'esame dell'evoluzione giurisprudenziale e normativa dimostra, però, che i principali terzi che agiscono per la tutela dei propri diritti sono gli istituti di credito, spesso particolarmente propensi (in particolare nel passato) a concedere il credito a soggetti "opachi".

Sullo sfondo, ma non di secondaria importanza, il ruolo svolto dalle banche nei confronti delle aziende sequestrate e confiscate in cui, tra molteplici indici negativi, a partire dalla concreta interruzione del credito, si rinviene qualche azione positiva.

1. Criminalità da profitto, prevenzione e contrasto patrimoniale nella evoluzione normativa

Appare sempre più evidente il limite del diritto penale *classico* nei confronti di gravi forme di criminalità che si fondano sull'acquisizione di illeciti profitti e che pongono in pericolo beni tutelati dalla Costituzione, tanto da inquinare profondamente l'economia legale.

Tra le diverse forme di *criminalità da profitto* un ruolo *egemone* è rappresentato da tre settori, indicati da più parti come una delle principali cause, non solo d'illegalità, ma anche di mancata crescita del Paese

attraverso un'azione di *inquinamento* della società e dell'economia legale che mina i principi (e i valori) dello Stato democratico: mafie, corruzione ed evasione fiscale.

La penetrazione di queste "economie" illecite, che accumulano guadagni smisurati¹, comporta una perdita di risorse sottratte dalla criminalità e, soprattutto, la mancata crescita dell'economia legale².

Il *costo* sociale e culturale di queste forme di criminalità è percepibile con evidenza nel vivere quotidiano.

La relazione tra i tre fenomeni può essere così riassunta: «I tre versanti di criminalità non sono vertici di un triangolo, separati fra loro; sono frammenti di

1. I ricavi illegali complessivi delle mafie sono quantificati, in media, in 25,7 mld € annui, pari all'1,7% del Pil italiano. In tal senso il rapporto di Transcrime, *Gli investimenti delle mafie*, realizzato nel 2013 per il Ministero dell'Interno nell'ambito del Progetto Pon Sicurezza 2007-2013, reperibile sul sito www.transcrime.it.

Il costo della corruzione è stimato in 60 mld € annui nella *Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione* presentata il 3 febbraio 2014 della Commissione al Parlamento europeo: «*The Italian Court of Audit pointed out that the total direct costs of corruption amount to EUR 60 billion each year (equivalent to approximately 4% of GDP). In 2012 and 2013 the president of the Court of Audit reiterated concerns as to the impact of corruption on the national economy*». La relazione è reperibile sul sito <http://ec.europa.eu>.

2. Nel corso dell'audizione del 14 gennaio 2015, innanzi alla Commissione antimafia il governatore Ignazio Visco ha quantificato il peso dell'economia criminale, nel quadriennio 2005-2008 - in oltre 10 punti di Pil, cui vanno aggiunti i minori investimenti esteri di almeno il 15%.

un cerchio senza soluzione di continuità fra l'uno e l'altro; sono tre parti di un unico territorio, fra loro connesse... In tutti e tre i casi, si registra una lesione egualmente significativa ai valori costituzionali di eguaglianza, di competitività, di libertà e iniziativa economica, di legalità, di buon andamento, imparzialità ed efficienza della pubblica amministrazione³.».

Per prevenire e contrastare i reati della cosiddetta criminalità “da profitto”, fin dal 1982 sono stati introdotti nel nostro ordinamento nuovi istituti diretti a sottrarre le accumulazioni illecite, affiancati alla confisca prevista dal codice penale del 1930, e poi restituiti alla collettività anche attraverso il loro riutilizzo a fini sociali. In questo modo, da un lato si dimostra che “il delitto non paga”, dall'altro la presenza sul territorio di beni restituiti alla comunità riafferma, anche simbolicamente, il principio di legalità.

L'evoluzione della legislazione italiana e del contesto normativo internazionale – a partire da quello dell'Unione europea⁴ fino alle risoluzioni e convenzioni promosse dall'Organizzazione delle nazioni unite⁵ –, dimostrano che il contrasto (e la prevenzione) patrimoniale al crimine rappresenta l'attuale linea di tendenza degli ordinamenti in una prospettiva di graduale incremento e armonizzazione, pur nella diversità delle esperienze.

Il codice penale del 1930 si limita a prevedere all'art. 240 la confisca come *misura di sicurezza* patrimoniale dei beni direttamente collegati al commesso reato, quale conseguenza della commissione e dell'accertamento del reato nell'ambito del processo penale.

La svolta è rappresentata dalla l. n. 646/1982 (cd. legge Rognoni-La Torre).

Gli eccidi dell'on. Pio La Torre, promotore del contrasto patrimoniale alle mafie e della tipizzazione del delitto di associazione mafiosa, e del gen. Dalla Chiesa prefetto di Palermo impongono l'adozione di nuovi strumenti normativi. Vengono introdotti dalla l. n. 646 del 1982 il sequestro e la confisca dei patrimoni d'illecita provenienza – desunta anche

dalla mera sproporzione tra valore dei beni e redditi dichiarati – nella disponibilità diretta o indiretta (perciò formalmente intestati a *terzi*) delle persone indiziate (e non condannate) di partecipazione ad associazione di tipo mafioso; persone cui la l. n. 575 del 1965 (cd. legge antimafia) aveva esteso l'applicabilità delle misure di prevenzione personali previste originariamente dalla l. n. 1423 del 1956 nei confronti di persone dedite a traffici delittuosi o che vivevano con il profitto di delitti.

Il carattere innovativo della confisca di prevenzione, che si affianca alla confisca *tradizionale* (misura di sicurezza), consiste non solo nel recidere il tradizionale nesso tra commesso reato e ablazione del bene, ma anche dall'assenza di una condanna.

Dopo un decennio di positive applicazioni del nuovo istituto, gli eccidi dei magistrati Giovanni Falcone e Paolo Borsellino (e degli uomini e donne della scorta), avvenuti nel maggio e luglio 1992, determinano un'ulteriore estensione dell'intervento patrimoniale nel settore penale. L'art. 12-*sexies* d.l. n. 356 del 1992, conv. dalla l. n. 356 del 1992 prevede una nuova forma di confisca: nel caso di condanna per determinati delitti, progressivamente ampliati nel tempo, rivelatori di un'illecita accumulazione patrimoniale, si impone la confisca (obbligatoria) dell'intero patrimonio, nella disponibilità diretta o indiretta, sproporzionato rispetto ai redditi dichiarati di cui il condannato non è in grado di giustificare la legittima provenienza.

L'applicazione della confisca di prevenzione e della confisca allargata pone in risalto il carattere comune dell'amministrazione dei beni sequestrati. Non è sufficiente, come per la confisca tradizionale, una mera attività di custodia in attesa della decisione definitiva, ma viene spesso in rilievo la gestione di patrimoni e di aziende, perciò di carattere dinamico con continuità dell'attività imprenditoriale e ampio coinvolgimento di diritti di terzi.

Un ulteriore ampliamento del contrasto patrimoniale avviene con l'introduzione di numerose disposizioni nel codice penale o con leggi speciali che rendono

3. G.M. Flick, *Mafia e imprese vent'anni dopo Capaci, via D'Amelio, Mani pulite. Dai progressi nella lotta al crimine organizzato, ai passi indietro nel contrasto alla criminalità economica e alla corruzione*, 24 gennaio 2013 che nell'analisi fa riferimento alla criminalità mafiosa, da corruzione e da impresa, in genere, e da evasione fiscale in particolare. Reperibile online: www.unige.it/comunicazione/honoris_causa/flick/Lectio_Magistralis.pdf.

4. Da ultimo, la Direttiva 2014/42/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014 *relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea*, adottata ai sensi degli artt. 82, par. 2, lett. b) e 83, par. 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Direttiva attuata col d.lgs 29 ottobre 2016, n. 202.

5. Si possono ricordare:

- la Convenzione delle Nazioni Unite *contro il traffico illecito di sostanze stupefacenti e psicotrope* adottata a Vienna il 20 dicembre 1988;
- la *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (Cedu), firmata a Roma il 4 novembre 1950;
- la Convenzione del Consiglio d'Europa *sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato* conclusa a Strasburgo l'8 novembre 1990.

no *obbligatoria* la confisca prevista come facoltativa dall'art. 240 cp.

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

Il d.lgs n. 231 del 2001 introduce, per alcune fattispecie di reato (anche mere contravvenzioni) e in presenza di determinati presupposti, la confisca (diretta, come sanzione, e per equivalente) ai danni dell'ente con l'obiettivo di evitare che dell'illecita accumulazione si possa giovare la persona giuridica o anche la mera associazione.

All'evoluzione delle forme di confisca, progressivamente ampliate, si è affiancata un progressivo interesse per un'utile amministrazione dei beni sequestrati in vista della destinazione dopo la confisca definitiva, in particolare nel caso di confisca di prevenzione e allargata che intervengono su interi patrimoni. La l. n. 109/1996 disciplina organicamente l'amministrazione dei beni sequestrati prevedendo anche il riutilizzo per fini sociali dei beni (immobili) confiscati con l'obiettivo, non solo di espropriarli alle organizzazioni criminali, ma anche di restituirli alla collettività. L'obiettivo è chiaro: ciò che è stato sottratto col delitto viene riacquisito dallo Stato nel rispetto delle regole e il bene nello stesso luogo in cui era posseduto dal criminale diviene un "presidio" del-

lo Stato perché utilizzato per fini sociali e, dunque, a favore della collettività.

In tale contesto si istituisce col Dl n. 4/2010, conv. dalla l. n. 50/2010 l'Agenzia nazionale per i beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata con l'obiettivo di affiancare al giudice (penale e di prevenzione) nella fase del sequestro un organo di ausilio che, poi, procederà alla destinazione del bene dopo la confisca definitiva, semmai già programmata nella fase del procedimento.

Al progressivo ampliamento delle confische personali si affianca il "potenziamento" della confisca di prevenzione, in particolare nel 2008 (Dl n. 92 del 2008, conv. in l. n. 125 del 2008) con l'estensione della sua applicabilità agli indiziati dei delitti di cui all'art. 51, co. 3-bis, cpp, e alle persone cd. *pericolose semplici*, che vivono anche in parte di traffici delittuosi e del provento di delitti (persone cui tradizionalmente si applicano le misure di prevenzione personali). Inoltre si introduce il principio di applicazione disgiunta in forza del quale, all'originario rapporto di accessorietà tra misura personale e patrimoniale, viene sostituita la possibilità di confiscare i beni anche quando la misura personale non può essere irrogata per diverse ragioni (ivi compresa la morte del proposto).

Le caratteristiche del *sistema italiano*, guardato con interesse da operatori di altri Paesi coinvolti da fenomeni criminali analoghi, può riassumersi nel tentativo di valorizzazione del contrasto (e della prevenzione) patrimoniale, nel rispetto delle garanzie⁶ e, perciò, nell'ambito del processo penale o del procedimento (di prevenzione) pienamente giurisdizionalizzato⁷.

6. Il tema delle garanzie nei procedimenti funzionali alle confische è oggetto di un intenso dibattito, in particolare per la confisca di prevenzione. Il dibattito ha assunto toni aspri nel corso dell'esame del disegno di legge di riforma del d.lgs n. 159/2011 (cd. Codice Antimafia) che prevedeva l'estensione delle misure personali e patrimoniali ai soggetti *indiziati* di commissione di alcuni gravi reati contro la pubblica amministrazione, con sulla base dei medesimi principi applicati agli *indiziati* di appartenenza alla mafia e della commissione di gravi delitti in materia di mafia. Si rinvia a F. Menditto, *Verso la riforma del d.lgs n. 159/2011 (cd. codice antimafia) e della confisca allargata*, in *Penale contemporaneo*, 22 dicembre 2015; Id, *Presente e futuro delle misure di prevenzione (personali e patrimoniali): da misure di polizia a prevenzione della criminalità da profitto*, in AA.VV., *La Giustizia penale preventiva. Ricordando Giovanni Conso*, Cagliari 29-30 ottobre 2015.

7. A solo titolo orientativo è sufficiente ricordare i dati dell'ultima relazione presentata al Parlamento sulla *Consistenza, destinazione ed utilizzo dei beni sequestrati o confiscati. Stato dei procedimenti di sequestro o confisca*, ai sensi dell'art. 49, comma 1, d.lgs n. 159/2011, pervenuta alla camera dei Deputati il 28 settembre 2016, e relativi ai soli sequestri e confische di prevenzione (sia nei confronti dei cd. Pericolosi qualificati, sia dei cd. Pericolosi semplici).

Sono presenti, alla data del 31 dicembre 2015, 153.397 beni così suddivisi:

- 17.044 beni sottoposti a sequestro (11,2%);
- 28.318 beni confiscati in primo o in secondo grado, in attesa della definitività del provvedimento (18,5%);
- 29.800 confiscati con provvedimento definitivo (19,4%): 1.606 aziende, 13.489 beni immobili, 2.985 beni mobili, 2.308 rapporti finanziari;
- 42.634 beni dissequestrati (27,7%)
- 35.601 beni proposti, su cui i Tribunali ancora non hanno adottato un provvedimento di accoglimento o di rigetto di sequestro (23,2%).

Sul Fondo Unico Giustizia risultano complessivamente depositati (in sequestro) euro 3.884.755.746 (1.693.016.533 liquidi, 2.191.739.213 in titoli).

2. Sequestri, confische e tutela dei terzi creditori

La disorganicità degli interventi diretti ad ampliare gli strumenti di *contrasto e di prevenzione* ai patrimoni illecitamente accumulati impone alla giurisprudenza (e alla dottrina) di affrontare plurimi problemi applicativi per la cui risoluzione occorre spesso ricorrere a interpretazioni che assicurino il rispetto dei principi costituzionali e della Cedu, a tutela non solo del destinatario del sequestro e della confisca (*proposto/prevenuto*, nel procedimento di prevenzione; *indagato/imputato/condannato* nel procedimento o nel processo penale), ma anche di soggetti *terzi* i cui diritti possono essere compromessi, in modo differenziato, da tali provvedimenti: sia nella fase che va dal sequestro alla confisca definitiva, in cui il bene è sottratto provvisoriamente ed è amministrato o custodito da un organo dello Stato che opera per conto di chi spetta (la parte nel caso di restituzione, lo Stato nel caso di confisca definitiva); sia dopo la confisca definitiva in cui il bene è acquisito al patrimonio dello Stato⁸.

In sintesi, possono definirsi *terzi* i soggetti, diversi dal proposto/prevenuto o dall'indagato/imputato/condannato, coinvolti in vario modo e titolo dal sequestro e/o dalla confisca dei beni e che possono o devono intervenire nel procedimento patrimoniale di prevenzione o penale.

Tra le plurime categorie di terzi individuabili, assumono particolare i *terzi creditori*, muniti o meno di diritti reali di garanzia che non hanno la pretesa di essere titolari del bene (come i terzi eredi o i terzi intestatari), ma vantano una garanzia patrimoniale all'adempimento di debiti contratti dal proposto o dal responsabile del reato.

Il terzo vanta un interesse indiretto sul bene sequestrato e/o confiscato per il rapporto intercorso col proposto o con l'indagato/imputato/condannato (o col terzo intestatario di costoro) da cui è sorto il proprio diritto di credito. Diritto maggiormente (e diversamente) tutelato sotto il profilo civilistico qualora sia garantito con la costituzione di un diritto reale di garanzia (pegno o ipoteca) o, anche ed eventualmente,

attraverso una causa legittima di prelazione (art. 2741 cc). In definitiva, il terzo si vede privato del bene grazie al quale avrebbe potuto soddisfare il proprio credito (che potrebbe anche essere l'unico aggredibile) a causa del depauperamento del patrimonio del debitore derivante dalla devoluzione del bene allo Stato.

Nel processo penale questi terzi sono anche definiti *persone estranee al reato*.

Si vedrà oltre il ruolo *preponderante* svolto dagli istituti di credito nell'evoluzione giurisprudenziale e normativa, trattandosi dei principali creditori dei soggetti coinvolti nei procedimenti penali e di prevenzione.

3. La non agevole regolamentazione dei diritti dei terzi creditori

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

Rispetto agli ordinari conflitti tra creditori e debitori, in cui sono sufficienti gli istituti e i principi elaborati e tradotti in una esaustiva disciplina civilistica, nella materia della prevenzione (e, come si vedrà oltre, anche per la confisca penale) occorre tenere conto dei rischi derivanti da preconstituzione di posizioni creditorie di comodo dirette ad aggirare gli esiti dell'azione di prevenzione e, dunque, possibili elusioni della normativa.

La tutela di questi terzi coinvolge problematiche interpretative relative alla costituzione e alla tutela dei diritti previste dal codice civile, a partire dalla natura giuridica dell'acquisto del bene da parte dello Stato, a titolo originario o derivativo. Si tratta di una molteplicità estremamente ampia di diritti e interessi, difficilmente enucleabili in modo esaustivo, di cui occorre *tentare* la tutela, assicurando, per quanto possibile, il rispetto di principi generali dell'ordina-

8. Questi alcuni recenti contributi sul tema della tutela dei terzi: A. Aiello, *Le tutele civilistiche dei terzi nel sistema della prevenzione patrimoniale antimafia*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 128 ss.; Id, *Le questioni civilistiche: quadro di riferimento generale*, in *Le misure patrimoniali antimafia*, Milano, pp. 229 ss.; Id, *Spunti di riflessione in ordine alla tutela dei terzi nel cd. Codice Antimafia* in *Penalecontemporaneo.it*, 11 aprile 2014; T.E. Epidendio, *La confisca nel diritto penale e nel sistema delle responsabilità degli enti*, Cedam, Padova, 2011, pp. 135, ss.; S. Mazzamuto, *La tutela dei terzi di buona fede nella confisca antimafia: le ultime novità legislative e giurisprudenziali*, in *www.juscivile.it*, 2013; F. Menditto, *Le confische penali e di prevenzione. La tutela dei terzi*, Giuffrè, Milano, 2015 e *Misure di prevenzione personali e patrimoniali e la confisca ex art. 12 sexies l. n. 356/92*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 549 ss.; Id, *Confisca di prevenzione e tutela dei terzi creditori, un difficile bilanciamento di interessi. Approfondimento a margine dei recenti interventi della Corte costituzionale (sentenza n. 94 del 2015 e dell'ordinanza n. 101 del 2015)*, in *Penalecontemporaneo.it*, 7 luglio 2015; M. Petrini, *La prevenzione patrimoniale: la tutela dei diritti dei terzi*, in *La giustizia patrimoniale penale*, Utet, Torino, 2011, pp. 521 ss.; Id, *La tutela dei terzi*, in *Le misure di prevenzione*, a cura di S. Furfaro, Utet, Torino, 2013.

mento del diritto civile, quali quello della *par condicio creditorum* del proposto (ma anche del terzo intestatario con riferimento al bene da costui appreso perché nella disponibilità indiretta del proposto) oltre che dei procedimenti fallimentare ed esecutivo, dotati di autonoma ed esaustiva regolamentazione frutto di esperienze consolidate.

Queste ragioni hanno a lungo impedito la regolamentazione legislativa degli effetti della confisca sui diritti dei terzi, nonostante le numerose proposte elaborate e le richieste degli operatori del diritto che si sono confrontati in questi anni con plurime difficoltà quali: le lacune normative, gli sforzi interpretativi della giurisprudenza, con le *sostanziali* differenze di trattamento in situazioni spesso simili (o trattate diversamente solo perché esaminate in tempi diversi, dopo un mutamento di orientamento giurisprudenziale); i contrasti verificatisi tra i giudici civili e quelli penali, e le stesse sezioni civili e penali della Cassazione, con tutele diversificate o addirittura confliggenti a seconda della giurisdizione adita.

La regolamentazione ancora oggi manca per la confisca penale, pur se vi è la tendenza ad estendere ad essa i principi e la disciplina della confisca di prevenzione.

Si esamineranno oltre queste due forme di confisca, la tutela apprestata ai terzi, il ruolo rilevante svolto dagli istituti di credito, infine la specifica tutela attribuita alle banche e le modalità con cui hanno esercitato la concessione del credito.

4. Sequestro e confisca di prevenzione, tutela dei terzi e rilievo degli istituti di credito

4.1. Premessa

L'esame dell'evoluzione giurisprudenziale e normativa della tutela dei terzi creditori rende chiaro il rilievo degli istituti di credito in una materia in cui, come visto, sono coinvolti rilevanti interessi economici⁹.

In una evoluzione che, come si vedrà oltre, è ancora in corso, si possono individuare tre fasi (e discipline) che si intersecano tra loro sulla tutela dei terzi:

a) gli orientamenti giurisprudenziali previgenti al d.lgs n. 159/2011 adottati in assenza di un'apposita normativa.

La giurisprudenza in assenza di norme ha limitato, di regola, la tutela ai soli crediti assistiti da diritti reali di garanzia sui beni oggetto del provvedimento

ablativo purché costituiti in data certa anteriore al sequestro, e sempre che il loro titolare dimostrasse la sua buona fede e l'affidamento incolpevole;

b) la disciplina del d.lgs n. 159/2011, con cui si è tentato di regolamentare tendenzialmente l'intera materia, che si applica solo ai procedimenti disciplinati dal d.lgs cit., perciò iniziati dal 13 ottobre 2011 (ai sensi dell'art. 117, co 1, d.lgs cit.).

La tutela è stata estesa alla generalità dei creditori del proposto – siano essi chirografari, privilegiati o titolari di diritti di garanzia reale –, purché titolari di diritto sorto prima del sequestro, attraverso un procedimento incidentale di verifica dei crediti in contraddittorio (con dimostrazione della buona fede e dell'affidamento incolpevole) e la successiva formazione di un «piano di pagamento», secondo cadenze mutate in larga misura dai corrispondenti istituti previsti dalla legge fallimentare (art. 52 e ss.);

c) le disposizioni contenute nella l. n. 228/2012 (cd. legge di stabilità 2013), con cui il legislatore ha regolamentato la sorte dei procedimenti non sottoposti al regime del d.lgs n. 159/2011 (sorti prima del 13 ottobre 2011), con norme analoghe a quella dagli artt. 52 e ss. d.lgs cit., limitando però la tutela ai soli creditori: a) muniti di ipoteca iscritta anteriormente al sequestro di prevenzione; b) che, prima della trascrizione del sequestro, avessero trascritto un pignoramento sul bene; c) che, alla data di entrata in vigore della legge n. 228 del 2012, fossero intervenuti nell'esecuzione iniziata con il predetto pignoramento.

4.2. Gli orientamenti giurisprudenziali previgenti al d.lgs n. 159/2011, il ruolo "trainante" degli istituti di credito. L'onere di dimostrare la buona fede e le banche

Nella sua versione originaria la legge n. 575/1965 non fa alcun riferimento ai terzi titolari di crediti sorti prima del sequestro, pure suscettibili di essere pregiudicati dalla confisca, in quanto depauperativi della garanzia, generica o specifica, offerta dal patrimonio del proposto. Tale assenza di disciplina viene ritenuta non incompatibile con la Costituzione essendo rimessa al solo legislatore la scelta tra i diversi interventi possibili (sentenza n. 190 del 1994).

La giurisprudenza in assenza di regolamentazione non attribuisce alcun diritto ai *creditori chirografari* in quanto il sequestro e la confisca di prevenzione non hanno carattere di *universalità* ma hanno ad oggetto sempre singoli determinati beni, di origine illecita e nella disponibilità dell'indiziato di mafia, anche quando in concreto si interviene sull'intero pa-

9. Un'efficace sintesi dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale può trarsi dalla sentenza della Corte costituzionale 28 maggio 2015, n. 94 in cui la Corte si occupa dei limiti previsti dal d.lgs n. 159/2011 ai *titolari di crediti da lavoro* con riferimento alla garanzia costituzionale del diritto del lavoratore ad una retribuzione proporzionata e sufficiente (art. 36 Cost.).

trimonio. Non succedendo lo Stato a titolo universale in tutti i rapporti patrimoniali del prevenuto costui, per effetto della confisca di alcuni (o di tutti i) beni, non perde la capacità d'agire continuando a rispondere col suo patrimonio restante delle obbligazioni originariamente assunte con i terzi ai sensi dell'art. 2740 cc. Dunque, per i creditori chirografari, per i quali opera la generica garanzia di cui all'art. 2740 cc, la confisca rende la loro posizione analoga ai creditori che tentano inutilmente di aggredire i beni del debitore quando vi abbia già provveduto altri¹⁰.

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

Si registra un evidente contrasto tra le sezioni penali e civili della Cassazione, indifferentemente adite dai creditori, specificamente dagli istituti di credito, nel tentativo di ottenere tutela.

Oltre si opererà una sintesi al fine di comprendere quanto la giurisprudenza si sia dovuta impegnare, in assenza di regolamentazione, sollecitata principalmente dagli istituti di credito che hanno avviato plurime azioni nel tentativo: di proseguire le azioni esecutive intraprese sugli immobili sequestrati e/o confiscati, di fare dichiarare la nullità o l'inefficacia del provvedimento di sequestro/confisca nei loro confronti, di rivalersi dell'intero credito indipendentemente dall'atteggiamento soggettivo assunto all'atto della concessione dello stesso attraverso la vendita dell'immobile sequestrato/confiscato.

La giurisprudenza penale

Per le sezioni penali della Corte di cassazione è consentita la tutela dei terzi titolari di un diritto reale

di garanzia nel procedimento di prevenzione ai soli fini di ottenere un titolo da azionare in sede civile, escludendo la possibilità di procedere o proseguire l'espropriazione forzata sull'immobile attraverso non consentite declaratorie di nullità o non opponibilità della confisca. Tale orientamento si forma parallelamente a quello elaborato in sede penale per la tutela dei terzi, definiti dall'art. 240 cp persone *estranee al reato cui appartiene il bene*, venendo in rilievo i rapporti tra norme del diritto civile e i principi delle diverse forme di confisca, di prevenzione e penali¹¹.

L'articolato ragionamento di questa giurisprudenza, formatosi progressivamente, si può così sintetizzare:

- a) la tutela è assicurata solo innanzi al giudice della prevenzione che è in grado di garantire un esame penetrante dei fatti sottostanti al diritto preteso anche perché è in possesso di tutti gli atti del procedimento¹²;
- b) pur se il diritto reale di garanzia sopravvive alla confisca, la tutela è assicurata solo conciliando il diritto dello Stato a evitare condizioni elusive e la posizione «protetta dal principio della tutela dell'affidamento incolpevole che permea di sé ogni ambito dell'ordinamento giuridico»¹³.

I presupposti della tutela si desumono da un opportuno coordinamento tra le norme del codice civile che regolano l'ipoteca (e il pegno) – e il diritto potestativo ad esso inerente cd. *ius distrahendi* –, e la disciplina della misura di prevenzione patrimoniale, quale mezzo di repressione dell'illecita accumulazione di capitali. Il terzo per opporre il diritto di garanzia reale deve dimostrare:

- a) il requisito formale della costituzione dell'ipoteca, mediante iscrizione nei pubblici registri immobiliari, prima dell'annotazione del sequestro;

10. Nessuna tutela sui beni confiscati, era in genere riconosciuta ai rimanenti creditori, chirografari e privilegiati, salva l'ipotesi di *confisca di azienda* in cui, da un lato parte della giurisprudenza riteneva applicabile – a salvaguardia dei creditori non assistiti da garanzie reali – la disciplina civilistica relativa alla responsabilità dell'acquirente per i debiti relativi all'azienda ceduta, di cui all'art. 2560, co. 2, cc, dall'altro si registravano prassi di pagamento in via transattiva di quote dei debiti aziendali pregressi nell'ottica di evitare l'immediata paralisi dell'attività imprenditoriale conseguente all'interruzione traumatica dei rapporti con i fornitori e con gli altri creditori.

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

12. Il terzo (titolare del diritto reale di garanzia) trova tutela innanzi al Giudice dell'esecuzione in funzione di Tribunale delle misure di prevenzione. Il terzo, dunque, pur se non deve essere citato nel procedimento di prevenzione ha, comunque, tutela con incidente di esecuzione qualora non sia stato posto in condizione di partecipare al procedimento nel quale è stata disposta la misura di prevenzione patrimoniale. In termini: Cass. pen. sez. V, 19 novembre (dep. 16 dicembre 2003), n. 47877, in *Ced Cass.*, n. 231263; Cass. pen. sez. I, 9 marzo 2005 (dep. 12 aprile 2005), n. 13413, *ivi*, n. 231263.

13. Sulla *scia* di Cass. pen. sez. Un., 28 aprile 1999, (dep. 8 giugno 1999), n. 9, Bacherotti e altri, cit. (relativa a confisca penale): Cass. pen. sez. V, 19 novembre (dep. 16 dicembre 2003), n. 47877, cit.; Cass. pen. sez. I, 9 marzo 2005 (dep. 12 aprile 2005), n. 13413, cit.; Cass. pen. sez. I, 6 febbraio 2007 (dep. 26 febbraio 2007), n. 8015, Servizi Immobiliari Banche S.i.b. S.p.a., in *Ced Cass.*, n. 236364. In tal senso anche Cass. civ. sez. I., 3 luglio 1997, n. 5988, in *Ced Cass.*, n. 505701.

- b) la propria condizione di buona fede e di affidamento incolpevole. Tale requisito trova fondamento, come ricordato, nella necessità di contemperare due esigenze: da un lato, evitare il sacrificio dei diritti dei terzi incolpevoli; dall'altro, garantire l'effettività del sistema di misure di prevenzione antimafia, che risulterebbe vanificato ove non si riuscissero a colpire situazioni di intestazioni fittizie di beni di provenienza mafiosa¹⁴.

*Sul terzo incombe dunque l'onere di provare i fatti costitutivi della pretesa fatta valere sul bene confiscato, compresa la citata buona fede*¹⁵.

La buona fede che il terzo deve provare, non sovrapponibile all'omologa categoria civilistica, è descritta dalla giurisprudenza penale in modo da garantire le ragioni poste a fondamento della confisca di prevenzione e di evitare possibili elusioni, diversamente articolate sotto il profilo dell'apparenza formale. L'onere ha ad oggetto due diverse condizioni esattamente corrispondenti a quelle richieste per la dimostrazione della *estraneità dal reato* in sede penale.

Giova riassumere i presupposti della buona fede che, come si vedrà oltre, sono stati normati dal d.lgs n. 159/2011:

- a) l'affidamento incolpevole ingenerato da una situazione di oggettiva apparenza che rende scusabile l'ignoranza o il difetto di diligenza della mancanza di qualsiasi collegamento del proprio diritto con l'attività illecita del proposto, derivante da condotte di agevolazione o, addirittura, di fiancheggiamento;
- b) la mancanza di vantaggio dall'altrui attività, ovvero, avendo di fatto tratto vantaggio dalla medesima, il terzo deve dimostrare di trovarsi in una condizione soggettiva di buona fede, nel senso della non conoscenza o non conoscibilità, con l'uso della diligenza richiesta dal caso concreto, del collegamento tra il proprio

diritto e l'altrui condotta¹⁶. Il terzo, in definitiva ha l'onere di dimostrare di avere positivamente adempiuto con diligenza gli obblighi di informazione e di accertamento e di aver perciò fatto affidamento 'incolpevole' sul soggetto nei cui confronti ha acquisito il diritto di garanzia¹⁷.

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

Tale impostazione è esplicitata in modo rigoroso dalla Corte di cassazione; ad esempio: «operatori bancari, particolarmente fiscali ed attentissimi nella elargizioni di prestiti, scoperture bancarie e mutui ipotecari, operando secondo abituali prassi creditizie, avrebbero dovuto accertare senza difficoltà le qualità sociali ed economiche di clienti tanto particolari, soprattutto presso agenzie poste nell'ambito di municipalità di assai ridotte dimensioni demografiche, tali dovendosi ritenere i comuni di 26.000 abitanti, regolandosi di conseguenza rispetto ai richiesti mutui»¹⁸.

Quanto agli effetti dell'accertamento, si ritiene che non spieghi alcun effetto sull'ormai definitiva acquisizione dell'immobile (su cui gravava l'ipoteca) al patrimonio dello Stato (da destinarsi secondo le for-

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

15. Oltre alla citata Cass. pen. sez. Un., Cass.,28 aprile 1999, (dep. 8 giugno 1999), n. 9, Bacherotti e altri; Cass. pen. sez. I, 11 febbraio 2005 (dep. 31 marzo 2005) n. 12317, Fuoco e altro, in *Ced Cass.*, n. 232245; Cass. pen. sez. I, 10 maggio 2005 (dep. 10 giugno 2005), n. 22157, n. 12317, P.M. in proc. Virga, *ivi*, n. 232102. Recentemente: Cass. pen. sez. I, 27 aprile 2012 (dep. 15 novembre 2012), n. 44515, Intesa San Paolo Spa e altri, in *Ced Cass.*, n. 253827.

16. Cass. pen. sez. I, 11 febbraio 2005 (dep. 31 marzo 2005) n. 12317, Fuoco e altro, *cit*; Cass. pen. sez. I, 14 gennaio 2009 (dep. 21 gennaio 2009) n. 2501, San Paolo Imi Spa, in *Ced Cass.*, n. 242817.

17. Cass. pen. sez. I, 29 aprile 2011 (dep. 29 luglio 2011), n. 30326, Mps Gestione Crediti Banca Spa e altri. in *Ced Cass.*, n. 250910.

18. Cass. pen. sez. I, Sez. 1, 8 luglio 2011, (dep. 12 settembre 2011), n. 33796, Simeoli, inedita.

me e i termini previsti). Il terzo potrà agire innanzi al giudice civile per fare valere il proprio diritto, pur se i contorni di tale tutela risarcitoria non sono meglio precisati¹⁹.

In ogni caso il *bene confiscato non può essere oggetto di espropriazione forzata immobiliare*, stante il delineato vincolo di inalienabilità, pur se l'eventuale procedimento esecutivo civile riguarda il medesimo immobile²⁰.

La giurisprudenza civile

Le conclusioni ora esposte (in particolare sulla competenza del Tribunale misure di prevenzione quale giudice dell'esecuzione), condivise inizialmente dalle sezioni civili della Corte di cassazione²¹, sono state disattese all'esito di plurimi ricorsi presentati dagli istituti di credito innanzi al giudice civile. Si è infatti affermato che il titolare del diritto di garanzia reale vanta un diritto che si estingue solo per le cause tassative indicate dall'art. 2878 cc e può, perciò, essere fatto valere con le forme ordinarie²².

La complessità delle questioni e gli interessi coinvolti hanno imposto l'intervento delle Sezioni Unite civili²³ che interverranno, però, solo dopo l'entrata in vigore della l. n. 228/2012, delineando i contorni della nuova disciplina (SS.UU. civili n. 10532/2013).

4.3. Il d.lgs n. 159/2011.

La "sostanziale" equiparazione degli istituti di credito agli altri creditori

Il d.lgs n. 159/2011 ha introdotto, per i soli procedimenti iniziati dal 13 ottobre 2011 (art. 117, co. 1, d.lgs cit.), un sistema organico di tutela esteso alla generalità dei creditori del proposto – siano essi chirografari, privilegiati o titolari di diritti di garanzia reale –, imperniato su un procedimento incidentale di

verifica dei crediti in contraddittorio e sulla successiva formazione di un «piano di pagamento», secondo scadenze mutate in larga misura dai corrispondenti istituti previsti dalla legge fallimentare (art. 52 e ss.).

È opportuno enucleare le caratteristiche del sistema delineato dal d.lgs cit. per inquadrare la tutela prevista per i terzi creditori.

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

Pur se il legislatore non prende posizione, la terminologia adoperata delinea una disciplina che evoca l'acquisto in capo allo Stato a titolo originario, affrontando e risolvendo nell'ambito del procedimento di prevenzione funzionale alla confisca o del sub procedimento appositamente introdotto di tutela dei terzi al Titolo IV del Libro I, le problematiche relative a diritti di credito, diritti reali di garanzia, diritti reali o personali di godimento, diritti derivanti da azioni trascritte anteriormente su beni immobili (relative alla proprietà o a diritti reali o personali di godimento). Per soddisfare tali diritti, se necessario, il bene viene venduto (artt. 52 ss. d.lgs cit.)²⁴.

Con riferimento ai titolari di diritti reali di garanzia, dunque, si modifica radicalmente l'orientamento giurisprudenziale previgente rimettendo l'accertamento della buona fede al giudice delegato²⁵.

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

19. Cass. pen. sez. I, 11 febbraio 2005 (dep. 31 marzo 2005), n. 12317, Fuoco e altro, cit.; Cass. pen. sez. I, 28 gennaio 2008 (dep. 27 febbraio 2008) n. 8775, Cosmai e altro, in *Ced Cass.*, n. 239245.

20. Cass. pen. sez. V, 19 novembre (dep. 16 dicembre 2003), n. 47877, cit.; Cass. pen. sez. I, 25 maggio 2006 (dep. 18 settembre 2006), n. 30783, Giannola, inedita; Cass. pen. sez. I, 18 aprile 2007 (dep. 22 maggio 2007), n. 19761, C.T.F. Finanziaria Spa, cit.

21. Cass. civ. sez. I, 12 novembre 1999, n. 12535, in *Ced Cass.*, n. 531048.

22. Cass. civ. sez. III, 29 ottobre 2003, n. 16227, in *Ced Cass.*, n. 567758, secondo cui «...il titolare del diritto di garanzia reale conseguito, anteriormente all'insorgere del procedimento di prevenzione vanta un diritto che si estingue solo per le cause indicate dall'art. 2878 cod. civ. ed è vano affermare che deve essere fatto valere davanti al giudice dell'esecuzione penale, attraverso un incidente di esecuzione. Questa forma di tutela, infatti, non è nella legge...»; Cass. civ. sez. III, 16 gennaio 2007, n. 845 in *Ced Cass.*, n. 594197.

23. Cass. civ. sez. III, 6 dicembre 2011, n. 2339 (ord.).

24. Cass. pen. sez. I, 9 ottobre 2014 (dep. 18 novembre 2014), n. 47598, Italfondario Spa, inedita e Cass. pen. sez. I, 20 giugno 2014 (dep. 18 dicembre 2014), n. 52537, Italfondario Spa, inedita. La tesi in esame, sostanzialmente, espressa anche dalle Sezioni Unite civili con la sentenza n. 10532/2013.

25. Le modifiche normative all'esame del Parlamento prevedono l'attribuzione dell'accertamento da parte del Tribunale nel procedimento di confisca.

Per i beni assoggettati a fallimento (dichiarato prima o dopo il sequestro) prevale il concomitante sequestro di prevenzione in quanto i creditori sono soddisfatti attraverso un coordinamento tra procedimento di prevenzione e fallimentare (artt. 63 ss. d.lgs cit.).

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

I presupposti per ottenere la tutela del credito sono sostanzialmente ripresi dall'elaborazione giurisprudenziale previgente (art. 52).

- a) l'antioriorità del diritto rispetto al sequestro, da accertare secondo gli ordinari criteri civili. Nel caso di diritto reale di garanzia soccorrono le disposizioni di questi istituti (art. 2852 e 2787 cc);
- b) la previa escussione del restante patrimonio del proposto, esclusa, in adesione ai principi generali codicistici, per i crediti assistiti da cause di legittima prelazione: privilegi – previsti dal codice civile (artt. 2745 e ss.) e da leggi speciali – e garanzie reali (pegno e ipoteca);
- c) la non strumentalità del credito all'attività illecita. In linea generale, si può affermare che se il creditore sa o è in condizione di sapere che ha concesso un credito a una persona che si "fa scudo" di altre persone (fisiche o giuridiche), deve prestare attenzione, proprio perché l'agire in modo "mascherato" può celare, e spesso cela, il rapporto di strumentalità del credito concesso.

Nel tentativo di descrivere l'onere in capo al terzo l'art. 52, co. 3, d.lgs cit. precisa che nella valutazione della buona fede il Tribunale tiene conto: delle condizioni delle parti; dei rapporti personali e patrimoniali tra le stesse; del tipo di attività svolta dal creditore, anche con riferimento: al ramo di attività; alla sussistenza di particolari obblighi di diligenza nella fase precontrattuale; nonché, in caso di enti, alle dimensioni degli stessi.

Sono utilizzabili le categorie elaborate dalla giurisprudenza per l'identificazione della buona fede

e l'inconsapevole affidamento in tema di creditore garantito da diritto reale, individuate in assenza di regolamentazione (come ricordato) nella mancanza di qualsiasi collegamento del proprio diritto con l'attività illecita del proposto, derivante da condotte di agevolazione o, addirittura di fiancheggiamento. In tal senso si sono espresse, in linea generale, la dottrina e la giurisprudenza di legittimità, sia civile²⁶ che penale²⁷.

L'onere probatorio di provare la buona fede grava sul terzo, diversamente dal principio civilistico per cui la buona fede si presume (ad esempio art. 1147 cc)²⁸. L'art. 52 in esame consacra la condizione di soggettiva buona fede che il terzo deve provare per far prevalere sul pubblico interesse il proprio diritto di credito, di fatto inquinato dal (remunerato) vantaggio che esso arreca all'attività illecita del debitore²⁹.

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

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

26. Cass. civ. sez. Un., 7 maggio 2013, n. 10532, cit.

27. Giurisprudenza costante, recentemente Cass. pen. sez. V, 16 gennaio 2015 (dep. 13 febbraio 2015), n. 6449, Banca Monte Paschi Siena S.p.a., in Ced Cass. n. 262735; Cass. pen. sez. VI, 5 giugno 2015 (1 luglio 2015), n. 27805, Sagrantino Italy S.r.l., inedita.

28. Giurisprudenza costante, recentemente Cass. civ. sez. Un., 7 maggio 2013, n. 10532, cit.; Cass. pen. sez. I, 4 novembre 2014 (dep. 12 febbraio 2015), n. 6291, Bancaintesa San Paolo Spa, inedita; cfr. anche giurisprudenza citata alla nota precedenti.

29. Cass. pen. sez. I, 13 giugno 2012 (dep. 26 settembre 2012), n. 36990, Hofmann e altro, inedita.

possa comunque giovare dei proventi delle attività illecite per “liberare” dai debiti il restante patrimonio personale (requisito della preventiva infruttuosa escussione degli altri beni del proposto)»³⁰.

4.4. La l. n. 228/2012.

La “sostanziale” equiparazione con la disciplina del d.lgs n. 159/2011

Già nel corso dei lavori preparatori dello schema di decreto legislativo predisposto in attuazione della legge delega n. 136/2010 (che disciplinava i soli procedimenti sorti successivamente alla sua emanazione, vale a dire dal 13 ottobre 2011) si suggeriva l'introduzione di una specifica disposizione transitoria per la disciplina dei titolari di diritti di credito e, in particolare di quelli garantiti da diritti reali di garanzia, per evitare gli effetti negativi derivanti dalla mancata destinazione dei beni immobili gravati da ipoteche iscritte anteriormente al sequestro³¹.

Si era riscontrato, infatti, che una delle problematiche che impedivano la destinazione dei beni immobili confiscati al doveroso utilizzo per fini sociali era rappresentato dall'annotazione ancora presente dei registri immobiliari dell'ipoteca e dal rischio dell'avvio di azioni esecutive da parte degli istituti di credito ovvero di azioni per il riconoscimento della buona fede anche a distanza di anni dalla confisca definitiva.

Si è ricordato che i contrasti interpretativi venivano “riassunti” dall'ordinanza del 17 febbraio 2012 della III sezione civile che rimetteva alle Sezioni Unite il tema dei rapporti tra ipoteca e confisca penale o di prevenzione.

Tra la fissazione del ricorso e l'udienza di trattazione veniva approvata la legge 24 dicembre 2012, n. 228 (cd. legge di stabilità 2013) che disciplinava (almeno in parte) la tutela dei terzi con riferimento ai

beni confiscati all'esito dei procedimenti di prevenzione per i quali non si applica il d.lgs n. 159/2011 (sorti prima del 13 ottobre 2011)³².

Le Sezioni Unite civili³³, ritenuta l'immediata applicabilità della nuova disciplina, procedono, pochi mesi dopo l'entrata in vigore della legge, a delineare un'autorevole interpretazione che costituirà il fondamento dei successivi interventi giurisprudenziali.

Soggetti legittimati

Se alla data dell'1 gennaio 2013 i beni oggetto della procedura di prevenzione sono già stati confiscati, ma non ancora aggiudicati è offerta tutela (art. 1, co. 198, l. cit.): 1) ai creditori ipotecari; 2) ai creditori pignoranti; 3) ai creditori intervenuti nell'esecuzione; 4) indipendentemente dallo stato dell'azione esecutiva eventualmente in atto alla data dell'1 gennaio 2013 ai titolari di crediti da lavoro subordinato (Corte cost. sent. 28 maggio 2015, n. 94)

La nuova disciplina amplia l'ambito dei soggetti tutelati estendendola anche ai creditori (chirografari) pignoranti o intervenuti nell'esecuzione, laddove la giurisprudenza riconosceva tutela solo ai creditori titolari di diritto reale di garanzia³⁴.

Presupposti della tutela (dei soggetti legittimati)

I presupposti per il riconoscimento del credito dei terzi legittimati sono quelli previsti dall'art. 52 d.lgs n. 159/2011.

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

30. Corte cost. 28 maggio 2015, m. 94, cit.

31. Cfr. F. Menditto, *Proposte essenziali di modifica ai Libri I, II, IV e V dello schema di decreto legislativo del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione presentato dal Governo il 15 giugno 2011*, in *Penalecontemporaneo*, 3 agosto 2011, 20 e 32.

32. Cfr. F. Menditto, *Le prime modifiche al cd. Codice Antimafia: d.lgs n. 218/12 e l. n. 228/2012*, in *Penalecontemporaneo.it*, 31 dicembre 2012; Id, nonché *Addenda a Le misure di prevenzione personali e patrimoniali. La confisca ex l. n. 356/92*, cit.

33. Cass. civ. sez. Un., 7 maggio 2013, n. 10532, cit. Cfr. F. Menditto, *Le Sezioni Unite civili sulla tutela dei terzi nella confisca di prevenzione dopo la legge n. 228/12: l'ambito di applicabilità della nuova disciplina*, in *Penalecontemporaneo.it*, 27 maggio 2013.

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

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

*L'acquisto del bene da parte dello Stato è a titolo originario*³⁵.

La competenza è attribuita al «giudice dell'esecuzione presso il Tribunale che ha disposto la confisca».

I termini per agire sono fissati a pena di decadenza³⁶ proprio per garantire l'avvio in tempi certi del procedimento.

Si disciplina *il procedimento di liquidazione del credito* garantendo una soddisfazione nei limiti del 70%

Si prevede che il decreto con cui sia stata rigettata definitivamente la richiesta è comunicato, ai sensi dell'art. 9 d.lgs n. 231/2007, alla Banca d'Italia che potrà attivare i propri poteri di controllo qualora il decreto di rigetto riguardi un istituto di credito in quanto il mancato accertamento della buona fede comporta la violazione di norme e prassi bancarie.

La norma è quanto mai opportuna essendo stata accertata dai Tribunali più volte l'assenza della buona fede degli istituti di credito, oltre che talvolta una concessione del credito "non pienamente trasparente".

5. Sequestro e confisca penale

5.1. Sequestri e confische penali, in generale

È necessario un riferimento anche alla tutela dei terzi nel sequestro e nelle confische penali.

Il tema, privo di regolamentazioni uniformi, non è agevole, per la diversità delle confische che possono venire in rilievo (misura di sicurezza, sanzione, ai danni dell'Ente, ecc.). Si farà, perciò, riferimento a principi generali, per poi affrontare successivamente la materia con riferimento alla confisca allargata

Il primo presupposto per ottenere tutela in sede penale è *l'appartenenza del bene*, occorre perciò accertare se il riferimento all'appartenenza riguardi il diritto di «proprietà» o comprenda anche i diritti reali di garanzia.

La giurisprudenza da lungo tempo afferma che il concetto di "appartenenza" non può essere circoscritto al diritto di proprietà, essendo la sua portata

estesa ai diritti reali di godimento e di garanzia, che sopravvivono, perciò, alla misura di sicurezza patrimoniale³⁷. In tal senso sono orientate anche le Sezioni Unite civili³⁸.

La Corte di cassazione, nel tentativo di delimitare l'area dei diritti oggetto della confisca, afferma il principio di diritto, valido per la confisca misura di sicurezza, per cui la presunzione di pericolosità che giustifica la confisca riguarda non la cosa in sé, ma la relazione col reo, sicché, qualora il diritto di quest'ultimo sia ridotto o compresso dai diritti (reali) che terzi possono vantare sulla cosa, per realizzare il fine specifico della misura di sicurezza è sufficiente privarlo dei residui diritti che egli ha sul bene confiscato. Non occorre «sacrificare anche i diritti che sulla cosa hanno i terzi, la cui tutela, oltre che in un generale precetto dell'ordinamento giuridico, trova, dunque, una particolare giustificazione nella inutilità del sacrificio dei loro diritti per il perseguimento dei fini propri della confisca»³⁹.

Accertata l'appartenenza del bene al terzo occorre verificare, per consentire la tutela, se è *persona "estranea al reato"*.

Anche in questo caso vanno individuati principi generali applicabili a ogni forma di confisca perché relativi al nucleo essenziale dell'ablazione nei confronti dei terzi. I principi relativi alle confische-misure di sicurezza sono agevolmente estesi alle confisca-sanzione che assicurano maggiore tutela al terzo estraneo al reato operando il principio della responsabilità penale personale ai sensi dell'art. 27, co. 1, della Cost. e dell'art. 7 della Cedu.

Dottrina e giurisprudenza tendono a elaborare un concetto di *estraneità* ampio, riferito alla mancanza di qualsiasi collegamento, diretto o indiretto, con la consumazione del fatto-reato, ossia nell'assenza di ogni contributo di partecipazione o di concorso, *ancorché non punibile*. Se vi è stato un contributo di qualunque natura al fatto reato, indipendentemente dalla presenza nel procedimento e dalla concreta assunzione della qualità di imputato viene meno il presupposto della estraneità, concetto più ampio dell'essere responsabi-

35. Cass. pen. sez. V, Sez. 5, 5 luglio 2013 (dep. 31 ottobre 2013), n. 44392, Cft finanziaria s.p.a., cit; Cass. pen. sez. I, 20 giugno 2014 (dep. 18 dicembre 2014), n. 52537, Italfondario S.p.a., cit.

36. In tal senso Cass. civ. sez. Un., 7 maggio 2013, n. 10532, cit.; Cfr. anche Cass. pen. sez. II, 10 giugno 2015 (dep. 18 luglio 2015), n. 30937, Italfondario S.p.A.; Cass. pen. sez. V, 27 novembre 2015 (dep. 31 maggio 2016), n. 23056, Istituto finanziario per l'industria edilizia-finanze sud, inedita.

37. Cass. pen. sez. Un, 18 maggio 1994 (dep. 3 dicembre 1994), Comit Leasing Spa in proc. Longarini, in *Ced Cass.* n. 199174; Cass. pen. sez. Un., 28 aprile 1999, (dep.8 giugno 1999), n. 9, Bacherotti e altri, cit. In senso conforme la giurisprudenza successiva; cfr. ad esempio in motivazione a Cass. pen. sez. Un., 25 settembre 2014 (17 marzo 2015), n. 11170, Uniland Spa, cit.

38. Cass. civ. sez. Un., 30 maggio 1989, n. 2635, in *Ced Cass.*, n. 462935 in materia di confisca amministrativa.

39. Cass. pen. sez. Un., 28 aprile 1999, (dep.8 giugno 1999), n. 9, Bacherotti e altri, cit. e giurisprudenza precedente ivi richiamata.

le del reato ovvero di concorrervi: è persona estranea solo chi, indipendentemente dall'essere stato o meno sottoposto a procedimento penale, risulti di fatto non aver avuto alcun collegamento, diretto o indiretto, con la consumazione del reato stesso⁴⁰.

La giurisprudenza applica i principi enucleati dalla Corte costituzionale. Si può richiamare, ancora una volta, la sentenza n. 2 del 1999 delle Sezioni Unite⁴¹ in cui lucidamente sono esposti i due principi cardine che devono guidare l'opera del giudice:

- *il concetto di estraneità al reato* «è individuabile anche in presenza dell'elemento di carattere oggettivo integrato dalla derivazione di un vantaggio dall'altrui attività criminosa, purché sussista la connotazione soggettiva identificabile nella buona fede del terzo, ossia nella non conoscibilità – con l'uso della diligenza richiesta dalla situazione concreta – del predetto rapporto di derivazione della propria posizione soggettiva dal reato commesso dal condannato»;
- *l'onere grava sui terzi* che devono «provare i fatti costitutivi della pretesa fatta valere sulla cosa confiscata, essendo evidente che essi sono tenuti a fornire la dimostrazione di tutti gli elementi che concorrono ad integrare le condizioni di “appartenenza” e di “estraneità al reato”, dalle quali dipende l'operatività della situazione impeditiva o limitativa del potere di confisca esercitato dallo Stato. Ai terzi fa carico, pertanto, l'onere della prova sia relativamente alla titolarità dello ius in re aliena, il cui titolo deve essere costituito da un atto di data certa anteriore alla confisca e – nel caso in cui questa sia stata preceduta dalla misura cautelare reale ex art. 321, comma 2, cpp – anteriore al sequestro preventivo, sia relativamente alla mancanza di collegamento del proprio diritto con l'altrui condotta delittuosa o, nell'ipotesi in cui un simile nesso sia invece configurabile, all'affidamento incolpevole ingenerato da una situazione di apparenza che rendeva scusabile l'ignoranza o il difetto di diligenza»⁴².

In conclusione, per le diverse forme di confisca non è consentita la sottrazione del bene ai danni della persona estranea al reato cui appartiene la cosa (proprietario o titolare di diritto reale) qualora questi dimostri che non ne ha tratto vantaggio ovvero che non era a conoscenza dell'uso illecito del bene da parte del reo o, infine, che tale uso non è collegabile ad un proprio comportamento negligente⁴³. Qualora il terzo dimostri tali presupposti ha diritto alla restituzione della cosa se proprietario ovvero ad esercitare il diritto reale di cui è titolare.

Non sfugge che i principi di carattere generale individuati corrispondono a quelli in materia di tutela assicurata per la confisca di prevenzione.

5.2. La confisca allargata

Per la confisca allargata, prevista dall'art. 12-sexies Dl n. 306/1992, conv. dalla l. n. 356/1992, che consente il sequestro e l'ablazione dell'intero patrimonio del reo, sproporzionato rispetto ai redditi dichiarati, si pongono problematiche analoghi a quelle della confisca di prevenzione rispetto ai terzi creditori, pur se muniti di diritti reali di garanzia sui beni sequestrati ed eventualmente poi confiscati.

Sulla difficoltà di regolamentazione della tutela di questi terzi si può rinviare a quanto esposto per la confisca di prevenzione. Anche in questo caso vi è la difficoltà di conciliare le esigenze dei creditori con quelle derivanti dalla funzione e dalla natura del procedimento di confisca evitando la precostituzione di posizioni creditorie di comodo dirette ad aggirare gli esiti dell'azione reale ed elusioni della normativa.

Come per la confisca di prevenzione l'evoluzione normativa e giurisprudenziale inducono a esporre la regolamentazione sulla base delle diverse fasi (e discipline) intervenute nel tempo:

- gli orientamenti previgenti al d.lgs n. 159/2011;
- gli orientamenti sorti dopo l'emanazione del d.lgs n. 159/2011;
- gli orientamenti giurisprudenziali e dottrinari maturati dopo l'entrata in vigore.

40. Cfr. Cass. pen. sez. II, 14 ottobre 1992 (dep. 18 novembre 1992), n. 11173, Tassinari, in *Ced Cass.*, n. 193422.

41. Cass., Sez. Un., 28 aprile 1999 (dep. 8 giugno 1999), n. 9, Bacherotti, cit.

42. Per una attenta ricostruzione della distinzione tra *elementi costitutivi* ed *elementi impeditivi* e conseguenze in materia di onere della prova o onere di allegazione cfr. E. Epidendio, *La confisca nel diritto penale e nel sistema delle responsabilità degli enti*, Cedam, Padova, 2011, pp. 166 ss.

43. Cas. pen., sez. Un., 28 aprile 1999 (dep. 8 giugno 1999), n. 9, Bacherotti, cit.; Cass. Pen. Sez. I, 02/05/2000 Cc. (dep. 09/06/2000), n. 3281, Xhaxho Xemal, in *Ced Cass.*, n. 216425; Cass. Pen. Sez. I, 17 ottobre 2013 (dep. 2 gennaio 2014), n. 68, Falcone, in *Ced Cass.*, n. 258394; Cass. pen. sez. III, 17 gennaio 2013 (dep. 28 febbraio 2013), n. 9579, Longo, in *Ced Cass.* n. 254749; Cass. Pen. Sez. III, 11 luglio 2007 (dep. 14 novembre 2007), n. 41876, Doyran, in *Ced Cass.*, n. 238053.

L'approdo giurisprudenziale previgente il d.lgs n. 159/2011

In assenza di regolamentazione sono applicati i principi esposti sulle confische penali in generale

Accertata l'appartenenza del bene (nel senso ora indicato, in cui rientra il titolare del diritto reale di garanzia) la tutela è assicurata solo a persona «estranea» al reato che, per la *ratio* della confisca, richiede la mancanza di qualsiasi collegamento, diretto o indiretto, con la consumazione del fatto-reato, ossia nell'assenza di ogni *contributo* di partecipazione o di concorso ovvero *assenza di vantaggi o utilità* dal reato.

Tali principi ben si riflettono alla confisca allargata in cui frequentemente vi è richiesta di tutela da parte dei terzi titolari di diritti reali di garanzia, specificamente di ipoteca iscritta in favore delle banche con concessione di mutui a persone poi sottoposte a processo penale⁴⁴.

Dunque, nessuna tutela è riconosciuta ai titolari di meri diritti di credito (chirografari); la tutela è assicurata ai titolari di diritti reali di garanzia (e di godimenti) previa dimostrazione della antecedente iscrizione rispetto al sequestro e della buona fede ed inconsapevole affidamento.

Per il resto può richiamarsi quanto esposto per la confisca di prevenzione.

L'entrata in vigore del d.lgs n. 159/2011

Per l'orientamento prevalente nulla muta con l'entrata in vigore del d.lgs n. 159/2011.

Pur se il nuovo testo prevede un'esaustiva regolamentazione della tutela dei terzi creditori, la mancata modifica dell'art. 12-*sexies* (che continua a richiamare solo alcune norme in materia di gestione e destinazio-

ne dei beni previste dalla previgente l. n. 575/1965) induce a concludere per l'inapplicabilità della nuova disciplina in materia di tutela dei terzi alla confisca allargata⁴⁵.

La l. n. 228/2012

Il quadro normativo muta con la l. n. 228/2012 (cd. legge di stabilità 2013), entrata in vigore l'1 dicembre 2013.

Pur se la legge regola, come visto, solo la tutela dei terzi creditori per i procedimenti di prevenzione non disciplinati dal d.lgs n. 159/2011, l'attenzione degli interpreti si sofferma sulla "riscrittura" dell'art. 12-*sexies*, c. 4-*bis*, che, espungendo il richiamo alla l. n. 575/1965, prevede il rinvio alle «disposizioni in materia di amministrazione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati» del d.lgs n. 159/2011.

Per alcuni l'assenza di esplicito rinvio alla tutela dei terzi prevista dal d.lgs n. 159/2011 comporta che si debba fare ancora riferimento, in assenza di regolazione, agli orientamenti giurisprudenziali descritti formati prima dell'emanazione del d.lgs n. 159/2011 e della l. n. 228/2012. In tal senso le Sezioni Unite civili⁴⁶ ed alcune sentenze delle sezioni penali della Cassazione⁴⁷.

Altri valorizzano la nuova disposizione contenuta nell'art. 12-*sexies* comma 4-*bis* da cui desumono l'*applicabilità della disciplina del d.lgs n. 159/2011*.

La tesi è stata proposta inizialmente dalla Cassazione civile, in motivato contrasto con le Sezioni Unite civili⁴⁸. Analogo il ragionamento delle sezioni penali, esplicitato con particolare riferimento ai principi della confisca penale ed allargata⁴⁹, per cui le norme del d.lgs cit. relative alla tutela dei diritti dei terzi creditori sono applicabili anche alla confisca di cui all'art.

44. Cass. pen. sez. I, 21 novembre 2007 (dep. 5 dicembre 2007), n. 45572, Upgrade S.r.l. Brescia, in *Ced Cass.*, n. 238144; Cass. pen. sez. I, 23 settembre 2008 (dep. 25 settembre 2008), n. 36763, Capitalia Service, inedita; Cass. pen. sez. I, 21 febbraio 2008. (dep. 9 aprile 2008), n. 14928, Corradini, in *Ced Cass.*, n. 240164.

45. Per ragioni di sintesi si rinvia a F. Menditto, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali e la confisca ex art. 12 sexies l. n. 356/1992*, Milano, 2012, pp. 713 ss.

46. Cass. civ. sez. Un., 7 maggio 2013, n. 10532, in *Ced Cass.*, n. 626570. In tal senso Cass. civ. sez. III, 18 agosto 2013, n. 18909, in *Ced Cass.* n. 627800.

47. Cass. pen. sez. II, 12 febbraio 2014 (dep. 5 marzo 2014), n. 10471, Italfondario Spa, in *Ced Cass.*, n. 259348; Cass. pen. sez. I, 19 marzo 2015 (dep. 23 aprile 2015), n. 17043, Deutsche bank mutui Spa, inedita. Cass. pen. sez. III, 25 febbraio 2014 (dep. 9 aprile 2014), n. 15829, Podestà e altro, cit.

48. Cass. civ. sez. III, 7 ottobre 2013, n. 22814, in *Ced Cass.*, n. 628730.

49. Cass. pen. sez. I, 20 maggio 2014 (19 giugno 2014), n. 26527, Italfondario Spa, cit. Tale conclusione è raggiunta ponendo in risalto, pur nella nota differenza tra confisca di prevenzione ed allargata, la coincidenza delle finalità delle due misure che ha indotto il legislatore a "parificare" la disciplina dell'amministrazione e destinazione dei beni con la l. n. 228/2012 prendendo atto «di una profonda comunanza strutturale, ontologica e funzionale, ferma restando la diversa collocazione sistematica e la segnalata diversità di uno dei presupposti applicativi dei due istituti». Da ciò discende che la l. n. 228/2012 vuole rendere applicabili le norme del sub procedimento di tutela dei terzi del d.lgs n. 159/2011 anche alle ipotesi di confisca allargata richiamando l'art. 1, comma 190 l. cit. le disposizioni in tema di amministrazione e destinazione dei beni del d.lgs cit., ricomprendenti tanto la fase del sequestro che quella della confisca e tra queste vi sono le norme relative alla tutela dei terzi (art. 52 e ss.).

12-*sexies* cit., «quantomeno a far data dalla entrata in vigore della l. n. 228 del 2012, art. 1, co. 190, da ritenersi norma regolatrice della fattispecie». La competenza è attribuita al Giudice dell'esecuzione dopo la confisca definitiva, competente ordinariamente per la verifica della buona fede del terzo dopo la conclusione del procedimento di cognizione, che verifica la ricorrenza dei presupposti previsti dal d.lgs cit., con trasmissione degli esiti di tale verifica all'Agenzia nazionale, cui spettano le successive determinazioni sul piano amministrativo anche in presenza di una singola istanza di parte. In presenza di ulteriori terzi creditori da tutelare l'Agenzia nazionale potrà proporre apposita istanza⁵⁰.

Per alcuni occorre fare riferimento al d.lgs n. 159/2011 e alla l. n. 228/2012, a seconda dell'epoca della confisca. Dunque, si applica la nuova regolamentazione sulla tutela dei terzi introdotta dal d.lgs n. 159/2011 (per le proposte avanzate dal 13 ottobre 2011) e dalla l. n. 228/2012 (per le proposte precedenti), prospettando per la confisca allargata il medesimo coordinamento temporale tra le due discipline sulla base della data di iscrizione nel Registro notizie di reato di cui all'art. 335 cpp. Pertanto i terzi trovano tutela nelle disposizioni della l. n. 228/2012 se il procedimento è stato iscritto prima del 13 ottobre 2011, nelle norme del d.lgs n. 159/2011 per i procedimenti iscritti successivamente⁵¹.

Alcune conclusioni

Alla luce delle diverse tesi sostenute si ritiene che la soluzione vada individuata perseguendo un'interpretazione che eviti disparità di trattamento e il conseguente rischio di incostituzionalità, di conseguenza la "riscrittura" dell'art. 12-*sexies*, co. 4-*bis*, cit. induce a ritenere applicabili le disposizioni del d.lgs n. 159/2011 e della l. n. 228/2012.

La conclusione discende dalle plurime differenze che altrimenti si verificherebbero tra terzi creditori a seconda della sede in cui trovano tutela; effetto amplificato nel caso di concomitanti sequestri penali e

di prevenzione in cui prevale la normativa della prevenzione (art. 30 d.lgs cit.), sicché il creditore sarebbe più o meno tutelato a seconda della scelta del pubblico ministero di avviare l'uno o l'altro sequestro o entrambi. A solo titolo esemplificativo l'art. 1, co. 203, l. n. 228/2012 dispone che il piano di pagamento dei creditori predisposto dall'Agenzia nazionale non possa «prevedere pagamenti complessivi superiori al minor importo tra il settanta per cento del valore del bene ed il ricavato dall'eventuale liquidazione dello stesso», laddove l'art. 53 d.lgs cit., che originariamente prevedeva lo stesso limite, a seguito della modifica apportata dalla l. n. 147/2013 riduce tale limite al 60%. Anche (e soprattutto) è diversa l'individuazione dei creditori tutelabili: tutti per il d.lgs n. 159/2011; solo quelli titolari di diritti reali di garanzia o che hanno iniziato un pignoramento o sono intervenuti in questo prima dell'1 gennaio 2013 per la l. n. 228/2012.

Occorre, poi, verificare come opera il regime intertemporale previsto dal d.lgs n. 159/2011 e dalla l. n. 228/2012, determinato per la confisca di prevenzione dalla data di inizio del procedimento (prima o dal 13 ottobre 2011) che coincide con la presentazione della proposta. La soluzione preferibile suggerisce di fare riferimento alla medesima data di inizio del procedimento che, per la confisca allargata, va individuata in quella dell'iscrizione del procedimento nel Registro notizie di reato⁵².

Il contrasto giurisprudenziale rende urgente un intervento normativo chiarificatore per evitare incertezze in una materia, come quella della tutela dei terzi creditori, molto delicata⁵³.

6. La costituzionalità e la compatibilità con la Cedu della tutela dei terzi creditori (e degli istituti di credito)

Benché la nuova regolamentazione assicuri una più ampia tutela ai terzi creditori rispetto alla disci-

50. In tal senso, anche Cass. pen. sez. I, 15 febbraio 2016 (dep. 23/03/2016), n. 12632, Edil Merici, in *Ced. Cass.*, n. 266045.

51. Cass. pen. sez. I, 19 febbraio 2015 (dep. 30 aprile 2015), n. 18241, Italfondario Spa, in *Ced. Cass.*, n. 263205, che esaminava un procedimento iscritto prima del 13 ottobre 2011 con declaratoria di applicabilità della l. n. 228/2012, pur se dichiara di aderire a Cass. pen. sez. I, 20 maggio 2014 (19 giugno 2014), n. 26527, Italfondario Spa che esprime il diverso indirizzo ricordato; Cass. pen. sez. I, 7 febbraio 2017 (dep. 27 febbraio 2017), n. 9677, Ag. Naz. per l'Amministr. e Destinaz. beni sequestrati e confiscati, in *Ced. Cass.*, n. 269761.

52. In tal senso F. Menditto, *Le sezioni unite civili sulla tutela dei terzi nella confisca di prevenzione dopo la l. 228/12: l'ambito di applicabilità della nuova disciplina*, in *Penalecontemporaneo.it*, 27 maggio 2013, pp. 30 ss. In tal senso anche G. Minutoli - G. Campagna, *La tutela dei terzi tra sequestro e confisca penali alla luce delle sezioni unite civili*, in *Fallimento*, 2014, p. 66.

53. In tal senso il disegno di legge all'esame della Camera in seconda lettura ove si modifica espressamente l'art. 12-*sexies*, comma 4-*bis*, richiamando la tutela dei terzi prevista dal d.lgs n. 159/2001, e si introduce un'interpretazione autentica dell'articolo 1, commi da 194 a 206, della legge 24 dicembre 2012, n. 228 " nel senso che si applicano anche con riferimento ai beni confiscati, ai sensi dell'articolo 12-*sexies* del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, e successive modificazioni, all'esito di procedimenti iscritti nel registro di cui all'articolo 335 del codice di procedura penale prima del 13 ottobre 2011.

plina precedente, che pure – come si è detto – era stata ritenuta conforme a Costituzione, sono stati prospettati dubbi di compatibilità anche con la Cedu.

Si delinea, in sostanza, l'introduzione di misure sostanzialmente espropriative del credito verificandosi un'illegitima «compressione del diritto di proprietà nella lata accezione europea del termine (comprensiva dunque anche dei diritti di credito)»⁵⁴. Si aggiunge che la nozione di proprietà prevista dall'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 Cedu, va interpretata estensivamente, nel senso di ricomprendervi sia i «beni esistenti» che i «valori patrimoniali», tra i quali rientrano, ricorrendo certi presupposti, anche i crediti.

In più sedi si è richiesta una maggior tutela, in particolare in favore degli istituti di credito penalizzati dalle disposizioni (e interpretazioni) vigenti.

Il tema è stato affrontato dalle Sezioni Unite civili che, nell'esaminare l'analoga disciplina contenuta nella l. n. 228/2012 (di cui si dirà oltre), ne affermano la rispondenza al «quadro normativo internazionale» anche nell'addossare al terzo l'onere di dimostrare la propria buona fede⁵⁵.

La sentenza richiama alcune delle principali Convenzioni internazionali sulla confisca penale e sulla tutela dei terzi: a) la Convenzione di Strasburgo dell'8 novembre 1990 sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato, ratificata con la l. 9 agosto 1993, n. 328; b) la Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, conclusa a Palermo il 12-15 dicembre 2000 (art. 12).

La ricostruzione del quadro normativo internazionale consente alle Sezioni Unite civili di concludere «che il diritto comunitario ed i principi della Cedu (ricompresi nel diritto comunitario ai sensi dell'art. 6 del Trattato di Lisbona): a) impongono agli Stati membri l'adozione delle misure di prevenzione patrimoniali; b) impediscono che l'adozione di misure di prevenzione patrimoniali possa ledere i diritti dei terzi di buona fede; c) consentono, in materia di misure di prevenzione patrimoniali, di addossare al terzo l'onere della prova della buona fede».

Sulla stessa linea le sezioni penali della Corte di cassazione che escludono dubbi di costituzionalità⁵⁶.

Se per i terzi creditori chirografari appare perfino arduo prospettare dubbi di violazione di norme costituzionali o della Cedu, proprio perché si è proceduto a un riconoscimento prima escluso dal quadro normativo previgente, per i titolari di crediti garantiti da diritti reali di garanzia si potrebbe prospettare l'irrazionalità (sotto il profilo della violazione dell'art. 3 Cost.) con riferimento al riconoscimento del credito nel limite previsto dall'art. 53 (60%) prima esaminato rispetto ai principi giurisprudenziali precedenti che non indicavano un limite di tale natura.

Peraltro, da un lato la disciplina introdotta dalla l. n. 228/2012 pone, anche per i procedimenti non assoggettati al d.lgs n. 159/2011 (sorti prima del 13 ottobre 2011) un analogo limite, seppur del 70%, dall'altro la nuova regolamentazione (così come la l. n. 228/2012) delinea un bilanciamento degli interessi in rilievo (diritto di credito e diritto dello Stato all'ablazione dei patrimoni illecitamente acquisiti) attraverso un'articolata disciplina con cui il legislatore, nell'ambito della discrezionalità riconosciuta dalla Carta costituzionale, raggiunge un apprezzabile punto di equilibrio.

Il Giudice delle leggi ha, infatti, ritenuto conforme alla Costituzione la nuova disciplina limitandosi a dichiarare l'incostituzionalità della sola limitazione per i crediti vantati da lavoratori sorti prima del sequestro di azienda. Per la Corte la disciplina delineata dal d.lgs n. 159/2011 «rappresenta il frutto del bilanciamento legislativo tra i due interessi che in materia si contrappongono: da un lato, l'interesse dei creditori del proposto a non veder improvvisamente svanire la garanzia patrimoniale sulla cui base avevano concesso credito o effettuato prestazioni; dall'altro, l'interesse pubblico ad assicurare l'effettività della misura di prevenzione patrimoniale e il raggiungimento delle sue finalità, consistenti nel privare il destinatario dei risultati economici dell'attività illecita»⁵⁷. Le nuove disposizioni costituiscono un congruo bilanciamento «volto ad impedire che la tutela si estenda a soggetti

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

55. Cass. civ. sez. Un., 7 maggio 2013, n. 10532, cit.. Secondo le Sezioni Unite civili «il diritto comunitario positivo, in materia di confisca penale, va integrato con i principi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (Cedu) e con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Infatti, nonostante che la Cedu non costituisca un organo dell'Unione, secondo il Trattato di Amsterdam (ratificato e reso esecutivo con l. 16.6.1998 n. 209, ed entrato in vigore l'1.5.1999, oggi sostituito dal Trattato di Lisbona), «i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali (così l'attuale art. 6, co. 3, del Trattato di Lisbona)». Sono poi sintetizzati i principi affermati dalla Corte europea in materia di confisca di prevenzione, ritenuta compatibile con l'art. 1 del Protocollo n. 1 alla convenzione Europea dei diritti dell'uomo: non confligge con le norme della Cedu, ma anzi è una misura indispensabile per contrastare il crimine, anche laddove è previsto che il prevenuto deve dimostrare l'origine lecita dei beni di cui dispone.

56. Cass. pen. sez. I, 12 dicembre 2014 (dep. 23 aprile 2015), n. 17015, Banca delle Marche SpA, in *Ced Cass.*, n. 263315.

57. Corte cost., 28 maggio 2015, n. 94, cit. In altra occasione la Corte ha ritenuto manifestamente inammissibile altra questione relativa alla tutela dei terzi venendo proposte «critiche di opportunità alle scelte di politica legislativa sottese al nuovo regime introdotto dal d.lgs

lato sensu “conniventi” con l’attività illecita del proposto o di reimpiego dei suoi proventi, o a crediti simulati o artificiosamente creati, ovvero ancora a casi nei quali è possibile aggredire utilmente il residuo patrimonio del debitore».

Ad analoghe conclusioni deve pervenirsi con riferimento alla Cedu, non rinvenendosi sentenze della Corte europea che autorizzino una diversa conclusione.

La Corte Edu assicura la tutela prevista dall’art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 ai *beni attuali* nei quali rientrano i *valori patrimoniali*, «ivi compresi i crediti, in virtù dei quali un ricorrente può sostenere di avere almeno una “speranza legittima” di ottenere il godimento effettivo di un diritto di proprietà»⁵⁸; sicché «in ogni causa è importante quindi esaminare se le circostanze, considerate nel loro insieme, hanno reso la parte ricorrente titolare di un interesse sostanziale protetto dall’articolo 1 del Protocollo n. 1»⁵⁹.

Anche recentemente la Corte europea ha ribadito che, «secondo la propria giurisprudenza, un ricorrente può addurre la violazione dell’articolo 1 del Protocollo n. 1 solo nella misura in cui le decisioni che contesta siano relative ai suoi “beni” ai sensi di tale disposizione. I “beni” possono essere “beni esistenti” o valori patrimoniali, ivi compresi, in determinati casi ben definiti, i crediti. Affinché un credito possa essere considerato un “valore patrimoniale” ricadente nel campo di applicazione dell’articolo 1 del Protocollo n. 1, è necessario che il titolare del credito dimostri che esso ha un sufficiente fondamento nel diritto interno, per esempio, che esso sia confermato da una consolidata giurisprudenza dei tribunali nazionali. Una volta che ciò sia dimostrato, può entrare in gioco il concetto di “aspettativa legittima”»⁶⁰.

In definitiva, indipendentemente dall’ampliamento del concetto di beni tutelabili ai sensi della Convenzione⁶¹, è escluso che nel caso in esame possano rien-

trarvi crediti diversi da quelli per i quali la giurisprudenza italiana riconosce tutela nel procedimento di prevenzione; difetta, in definitiva, il requisito richiesto dalla Corte di Strasburgo del “sufficiente fondamento nel diritto interno”, mancando una consolidata giurisprudenza dei tribunali nazionali che consenta di riconoscere il concetto di “aspettativa legittima”.

7. Sequestro e confisca di prevenzione e penale, in particolare la tutela degli istituti di credito creditori

7.1. L’esame della giurisprudenza

È possibile, ora, procedere a un esame più puntuale di come gli istituti di credito esercitano l’attività di concessione del credito nei confronti di persone proposte nell’ambito dei procedimenti di prevenzione.

Ai sensi dell’art. 52, co. 3, d.lgs n. 159/11 nella valutazione della buona fede, come ricordato, il Tribunale tiene conto delle condizioni delle parti, dei rapporti personali e patrimoniali tra le stesse e del tipo di attività svolta dal creditore, anche con riferimento al ramo di attività, alla sussistenza di particolari obblighi di diligenza nella fase precontrattuale nonché, in caso di enti, alle dimensioni degli stessi.

Le Sezioni Unite civili hanno operato una stringente interpretazione del comma 3 citato: «i parametri sono obbligatori, ma non sono né esclusivi, né vincolanti», sicché «il giudice deve obbligatoriamente tener conto di tali parametri, ma può considerare altri parametri non menzionati dal legislatore, e può anche motivatamente disattendere i parametri indicati dal legislatore»⁶². In tal senso si sono espresse anche le Sezioni penali⁶³.

n. 159 del 2011, riguardo ai meccanismi di tutela dei diritti dei terzi: e ciò nella prospettiva di far “rivivere” la situazione anteriore, per *communis opinio* ampiamente lacunosa sul piano della regolamentazione normativa del profilo che interessa, ma nella quale – ad avviso del giudice *a quo* – si sarebbe instaurata una “prassi” operativa (concernente, peraltro, la sola confisca di azienda) in assunto maggiormente consentanea alla protezione degli interessi in gioco ... invoca(ndo), in questo modo, un intervento “di sistema” esorbitante, per sua natura, dai limiti del giudizio di legittimità costituzionale».

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

59. Cfr. sentenze citate alla nota precedente.

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

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

62. Cass. civ. sez. Un., 7 maggio 2013, n. 10532, cit.

63. Cass. pen. sez. I, 16 ottobre 2014 (dep. 30 gennaio 2015), n. 4448, Sicilcassa Spa, cit.; Cass. pen. sez. VI, 18 marzo 2015 (dep. 24 luglio 2015), n. 32682, Banco di Napoli S.p.A., inedita.

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

Per gli istituti di credito, costituenti la categoria più frequente di terzo deve valutarsi il rispetto delle norme e prassi bancarie oltre che del disposto del d.lgs n. 231/2007 e, prima, della l. n. 197/1991 (in materia di antiriciclaggio). È opportuno, in applicazione dell’art. 9 d.lgs n. 231/07, comunicare alla Banca d’Italia il decreto di rigetto della domanda di riconoscimento della buona fede per consentire le opportune valutazioni, in analogia a quanto previsto dalla l. n. 228/2012 (art.1, co. 200, ult. per.)⁶⁴.

La giurisprudenza ha elaborato numerosi criteri orientativi per accertare il requisito della buona fede allegata dagli istituti di credito⁶⁵. Questo esame *svela* le modalità di concessione del credito da parte delle banche.

Procedimento di concessione del mutuo, profili generali:

- ai fini della prova della buona fede e dell’affidamento incolpevole, incumbente 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 ed autonoma valutazione delle caratteristiche soggettive e patrimoniali dei soggetti coinvolti, con particolare riferimento alla capacità finanziaria e reddituale ed alle condizioni patrimoniali del debitore e dei suoi familiari, nonché alle finalità, alla regolarità amministrativa ed 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 antiriciclaggio⁶⁶.

- la correttezza del procedimento di concessione del mutuo costituisce requisito indispensabile per dimostrare la buona fede; un indice negativo è costituito dalla mancata produzione in giudizio della perizia di stima del bene sul quale è stata iscritta l’ipoteca⁶⁷;
- l’insufficiente valutazione sul “merito creditizio” del destinatario del finanziamento esclude la buona fede se adeguatamente motivata non su un canone generico di una buona gestione bancaria, ma su quello specifico della buona fede richiesta per il finanziamento del destinatario⁶⁸. Costituisce insufficiente valutazione del merito creditizio la concessione di un mutuo ad una persona giovanissima priva di redditi leciti⁶⁹;
- la reale situazione reddituale del richiedente e la disponibilità effettiva degli immobili oggetto del finanziamento devono essere conosciute

64. In tal senso anche la modifica normativa oggi all’esame della Camera in seconda lettura.

65. Si riporta la giurisprudenza di legittimità relativa all’onere gravante sul terzo, valutato in modo uniforme sulla base:

a) della disciplina in materia di confisca di prevenzione:

- previgente al d.lgs n. 159/2011 e alla l. n. 228/2012;
- relativa al d.lgs n. 159/2011;
- relativa alla l. n. 228/2012;

b) della disciplina in materia di confisca ex art. 12 *sexies* d.l n. 306/92, conv. dalla l. n. 356/92, per la quale sono stati ritenuti applicabili i medesimi principi nei vari segmenti temporali corrispondenti.

66. Cass. pen. sez. I, 7 febbraio 2017 (dep. 27 febbraio 2017), n. 9677, Ag. Naz. per l’Amministr. e Destinaz. beni sequestrati e confiscati, in *Ced Cass.*, n. 269761

67. Cass. Pen., sez. II, 16 gennaio 2015 (22 gennaio 2015), n. 2894, Banca Monte dei Paschi di Siena, in *Ced Cass.*, n. 262289. Nel caso, però, di concessione di un mutuo agrario a garanzia del cui rimborso viene iscritta ipoteca su di un bene immobile non può desumersi l’assenza di buona fede in mancanza di perizia di stima sull’immobile, trattandosi di prassi relativi ai mutui immobiliari (Cass. pen. sez. V, 16 gennaio 2015 (dep. 13 febbraio 2015), n. 6449, Banca Monte Paschi Siena S.p.a., cit. in motivazione).

68. Cass. pen. sez. V, 16 gennaio 2015 (dep. 13 febbraio 2015), n. 6449, Banca Monte Paschi Siena Spa, cit.

69. Cass. pen. sez. V, 19 dicembre 2012 (dep. 21 marzo 2013), n. 13330, Unicredit Menagment Spa, inedita, relativa a mutuo concesso a diciannovenne con due garanti titolari di un reddito molto limitato, cosicché difficilmente avrebbero potuto fare fronte al pagamento delle rate di mutuo. Per la Corte «appare circostanza singolare ed in verità inusuale perché gli istituti di credito in siffatte situazioni non concedono mutui per mancanza di idonee garanzie. In motivazione si rileva che le due garanti avevano un reddito molto limitato, cosicché difficilmente avrebbero potuto fare fronte al pagamento delle rate di mutuo».

dall'istituto erogatore del finanziamento sulla base dell'ordinaria diligenza⁷⁰;

- la gestione del credito deve essere coerente con i principi che regolano le transazioni bancarie e tale da dimostrare un livello di ordinaria diligenza nell'analisi della posizione della correntista, beneficiario di apertura di credito su conto corrente e debitore del credito erogato. Manca l'ordinaria diligenza in assenza di attività istruttoria, anche sommaria, volta a verificare la presenza di segnali di situazioni di rischio incidenti sull'affidabilità del contraente⁷¹;
- il difetto di «adeguatezza dell'istruttoria» tale da escludere la buona fede può desumersi dall'evidente sproporzione tra il tenore di vita del beneficiario e la totale assenza di redditività lecita negli anni antecedenti alla richiesta di mutuo; ciò, a maggior ragione, se destinataria del mutuo sia una società «schermo» della persona fisica priva di reali strutture aziendali⁷²;
- il mancato accertamento sulla solvibilità del debitore e dei fideiussori non consentono di riconoscere la buona fede⁷³;
- le plurime vicende giudiziarie, di natura penale e di prevenzione personale e patrimoniale

le vissute dal prevenuto, anche se conclusesi con un esito favorevole, perché significative di «zone d'ombra», escludono la buona fede essendo imposta all'istituto di credito una particolare cautela e prudenza nell'erogazione di rilevanti finanziamenti⁷⁴;

- la notoria pericolosità malavitosa deve allertare gli istituti di credito. «Operatori bancari, particolarmente fiscali ed attentissimi nella elargizioni di prestiti, scoperture bancarie e mutui ipotecari, operando secondo abituali prassi creditizie, dovrebbero accertare senza difficoltà le qualità sociali ed economiche di clienti tanto particolari, soprattutto presso agenzie poste nell'ambito di municipalità di assai ridotte dimensioni demografiche, tali dovendosi ritenere i comuni di 26.000 abitanti, regolandosi di conseguenza rispetto ai richiesti mutui»⁷⁵;
- la consapevolezza che attraverso il ricorso al credito l'imprenditore mafioso rafforza la presenza sul mercato della propria impresa non consente di ritenere la buona fede così come la conoscenza, reale o possibile con l'ordinaria diligenza, che l'impresa beneficiaria del credito era gestita con modalità mafiose⁷⁶;

70. Cass. pen. sez. I, 31 marzo 2011 (dep. 31 agosto 2011), n. 39237, Italfondiaro Spa, inedito secondo cui la banca poteva conoscere la reale proprietà degli immobili in capo al prevenuto, padre della proprietaria priva di un reddito congruo, e nella posizione dello stesso, arrestato e condannato in via definitiva per fatti di mafia in data antecedente all'acquisto degli immobili, e, dall'altro lato, dal contenuto dell'istruttoria svolta dall'istituto prima della concessione del mutuo.

71. Cass. pen. sez. I, 9 ottobre 2013 (12 settembre 2014), n. 37597, Banca Popolare di Bergamo Spa, cit. in tema di pegno: «l'omesso rilievo da parte dell'istituto istante della non possibilità di fare affidamento sulla solvibilità personale del correntista, *“persona anziana e priva di leciti, regolari e cospicui introiti ... e soggetto condannato per emissione di assegni a vuoto e quindi debitore a rischio”*; l'apprezzamento della bontà dell'operato investimento finanziario, avendo solo riguardo al *“considerevole portafoglio offerto in garanzia”*; l'assunzione del rischio della eventuale origina illecita del medesimo portafoglio e delle somme confluite nell'aperto conto corrente; l'assenza di ogni prudente valutazione dei sussistenti segnali della dubbia provenienza lecita delle indicate somme e della dubbia liceità dell'origine del portafoglio».

72. Cass. pen. sez. I, 12 dicembre 2014 (dep. 23 aprile 2015), n. 17015, Banca delle Marche Spa, cit. secondo cui nel caso in esame gli indici indicati «sono pienamente confermativi di un macroscopico abbandono del minimo di diligenza richiesta all'ente operante nel settore creditizio, ai confini con la piena consapevolezza della strumentalità della operazione a forme di reinvestimento».

73. Cass. pen. sez. VI, 12 maggio 2015 (dep. 29 maggio 2015), n. 23299, Banca popolare di Ancona Spa, ove si evidenzia che la verifica avrebbe consentito di accertare che la società garante era un soggetto del tutto insolvente (oltretutto riconducibile al proposto) e che lo stesso proposto (presente all'operazione) era soggetto ben poco solvibile.

Cass. pen. sez. I, 28 novembre 2014 (dep. 13 marzo 2015), n. 10999, Banca Popolare dell'Emilia Romagna, inedita, secondo cui la verifica circa la «complessiva personalità» del fideiussore (a fronte della scarsissima capacità economica dell'obbligata principale) era da ritenersi del tutto doverosa e avrebbe dato luogo a valutazione di piena inaffidabilità del soggetto già coinvolto in inchieste per favoreggiamento mafioso nell'anno 1997; «Tale dato va, ovviamente, valutato in modo congiunto con gli esiti della ricostruzione patrimoniale, anch'essi non certo rassicuranti - come evidenziato nel provvedimento impugnato - posto che l'importo della pensioni di invalidità dei figli disabili va effettivamente ritenute assorbito (date le pressanti necessità di cura ed assistenza) dalla destinazione primaria e la redditività del fideiussore (anch'essa non particolarmente elevata) risulta considerata per la sola annualità in cui ricade la conclusione del contratto».

74. Cass. pen. sez. I, 2 luglio 2014 (dep. 23 ottobre 2014), n. 44234, Sicilcassa, inedita.

75. Cass. pen. sez. I, 8 luglio 2011, (dep. 12 settembre 2011), n. 33796, Simeoli, inedita. La Corte conferma il decreto Trib. Napoli, 13 agosto 2010, in *Penalecontemporaneo.it*, 13 agosto 2010.

76. Cass. pen. sez. I, 16 ottobre 2014 (dep. 30 gennaio 2015), n. 4448, Sicilcassa Spa, cit.

- la consapevolezza dell'evidente opacità del contraente e, in definitiva, dell'alto rischio di collisione dell'interesse della banca con il prevalente interesse pubblico alla prevenzione criminale, esclude la buona fede pur se l'operazione è certamente vantaggiosa e garantita per la banca sotto il profilo economico (oltre che resa in esito alle procedure a tal fine previste). Indici di tale situazione sono, ad esempio, la manifesta eccessività dell'importo finanziato rispetto all'entità della base reddituale del beneficiario, ovvero la definizione dell'operazione entro contesti locali o territoriali di non rilevanti dimensioni, o, infine, il profilo di soggetti da tempo in rapporti con l'istituto bancario⁷⁷;

Procedimento di concessione del mutuo e società

- va esclusa la buona fede della banca creditore ipotecario di società di persone e di capitali facenti capo al prevenuto, che abbiano conseguito aperture di credito per somme rilevanti, a garanzia delle quali è stata iscritta ipoteca su diversi immobili confiscati, risultando anomalie delle vicende patrimoniali delle società risultanti dalla mera lettura di bilanci e movimentazioni bancarie, attestanti flussi di denaro in entrata e in uscita in palese contrasto con i modesti volumi di affari dichiarati. Escludono la buona fede anche i consistenti aumenti di capitale da parte del prevenuto e dei soci sproporzionati all'esiguità dei redditi dichiarati oltre che la "non illibatezza" dell'imprenditore e delle società del suo gruppo in considerazione dei procedimenti giudiziari e di prevenzione subiti, dei quali la banca ha contezza, disponendo comunque di tutti gli strumenti utili alla formulazione di un corretto giudizio di affidabilità dei soggetti individuali e sociali finanziati⁷⁸;
- va esclusa la condizione di buona fede in conseguenza del mancato adempimento dell'ob-

bligo di diligenza gravante su un istituto di credito creditore ipotecario di una società che abbia conseguito un'apertura di credito di svariati miliardi, concedendo ipoteca su diversi immobili divenuti oggetto di provvedimento definitivo di confisca quando già sulla base dei risultati della istruttoria funzionale alla valutazione del "merito creditizio" emerge la scarsa entità del capitale sociale rispetto alle fonti di finanziamento e la percezione dell'influenza di vicende "extracaratteristiche" non sufficientemente specificate. In tale caso il terzo creditore dispone di tutti gli strumenti utili alla formulazione di un giudizio di inaffidabilità e di "non illibatezza" dell'operatore commerciale⁷⁹.

Frazionamento, surroga e accollo:

- secondo un indirizzo meno restrittivo si è affermato che, accertata la buona fede al momento della concessione del mutuo, la successiva compravendita dell'immobile con accollo del mutuo, in particolare se cumulativo, in assenza di ulteriori elementi non consente di rigettare la richiesta di riconoscimento della buona fede, non essendo in potestà del creditore accollatario opporsi all'accollo⁸⁰. Si è, però, precisato che non può escludersi che l'accertamento vada operato al momento dell'erogazione del mutuo, del frazionamento e dell'accollo, se avvenuti a distanza di brevi periodi temporali⁸¹;
- secondo un più convincente orientamento, va comunque operato un penetrante accertamento anche all'atto del frazionamento (e/ o dell'accollo), pur se cumulativo. Non è dimostrata la buona fede nei seguenti casi:
- per il soggetto originariamente erogatore del mutuo ipotecario l'onere di buona fede si estende alla «valutazione da operare in sede di frazionamento dell'originario mutuo in capo ai successivi acquirenti degli immobili,

77. Cass. pen. sez. VI, 16 giugno 2014 (dep. 23 luglio 2015), n. 32524, cit.

78. Cass. pen. sez. I, 29 maggio 2012 (dep. 28 settembre 2012), n. 37462, Intesa San Paolo Spa, inedita.

79. Cass. pen. sez. V, 18 marzo 2009 (dep. 9 aprile 2009), n. 15328, Banca della Campania spa, in *Ced Cass.*, n. 243610; Cass. pen. sez. I, 29 aprile 2010 (dep. 27 luglio 2010), n. 29378, Agenzia Demanio e altro, *ivi*, n. 247859.

80. Cass. pen. sez. I, 1 dicembre 2009 (dep. 8 gennaio 2010) n. 301, P.G. in proc. Capitalia Service J.v. Srl e altro, in *Ced Cass.*, n. 246035; Cass. pen. sez. VI, 15 ottobre 2014 (dep. 19 gennaio 2015), n. 2334, Italfondiaro Spa, cit.; Cass. pen. sez. I, 19 settembre 2014 (dep. 9 ottobre 2014), n. 42084, Sicilcassa S.p.A., Cass. pen. sez. I, 22 aprile 2016 (dep. 26 maggio 2016), n. 22143, Italfondario Spa, inedita.

81. Cass. pen. sez. V, 14 aprile 2015 (dep. 2 luglio 2015), n. 28198, Banco di Napoli Spa, inedita, in cui si richiede l'accertamento della buona fede e dell'inconsapevole affidamento «sia al momento dell'erogazione del mutuo, ossia nel 1991, sia al momento del frazionamento (nel 1993), sia ancora nel momento in cui (nel 1994) si era verificato l'accollo....della residua quota di mutuo, di elementi idonei a rivelare siffatta strumentalità».

nell'ipotesi di condizioni soggettive non rassicuranti in punto di solvibilità, chiedendo un supplemento di garanzie attraverso il mantenimento della originaria pretesa nei confronti della società costruttrice»⁸²;

- creditore che, in relazione ad un mutuo ipotecario, si limiti a prendere atto della comunicazione del subingresso nel contratto di un nuovo debitore senza svolgere alcun accertamento su solvibilità, affidabilità e personalità di quest'ultimo⁸³;
- assenza di istruttoria all'atto del frazionamento (e dell'accollo), pur nell'accollo cumulativo per colpevole mancanza della ordinaria diligenza, coerente con la buona gestione del credito e con il principio che regola le transazioni e che impone di non considerare soddisfacente della garanzia del credito concesso il solo valore del bene offerto in garanzia. Anche se il contratto di accolto prescinde dal consenso dell'accollatario creditore, tuttavia, esso ha un'efficacia esterna nei confronti del medesimo accollatario, nel senso che quest'ultimo, non essendo parte del contratto acquista nondimeno il diritto a pretendere direttamente l'adempimento dell'obbligo assunto dall'accollante, che diviene suo nuovo debitore e ne risponde, pertanto, anche nei suoi confronti, oltreché verso l'accollato, sua controparte nel contratto⁸⁴;

Cessione del mutuo pro soluto

Nel caso di cessione *pro soluto* del credito «in blocco», qualora sia accertata la buona fede del cedente, va accertato l'assolvimento dell'onere probatorio gravante sul cessionario. Si è affermato:

- che va rigettata l'istanza di riconoscimento della buona fede quando «senza aver provato la propria buona fede il terzo creditore ipotecario, la banca mutuante aveva ceduto "pro soluto" il credito in via onerosa ed in tal modo aveva ceduto un credito non più garantito da ipoteca dal giorno dell'iscrizione del sequestro di prevenzione; di conseguenza, il cessionario

non poteva addurre la propria buona fede nel procedimento di prevenzione, sia perché non aveva preteso dal creditore originario la dimostrazione della buona fede di questi, sia perché era a conoscenza del sequestro di prevenzione e della confisca, giusta trascrizione di tali provvedimenti, ed aveva accettato una cessione "pro soluto", proprio in quanto consapevole dell'esistenza del vincolo dello Stato sul bene offerto in garanzia»⁸⁵;

- che non può ravvisarsi l'affidamento incolpevole se la cessione avviene «a distanza di oltre 14 anni dalla data in cui i beni in questione avevano formato oggetto di sequestro ai fini di confisca di prevenzione ed a distanza di quasi 7 anni dal momento in cui il provvedimento di confisca era divenuto irrevocabile – e, dunque, in epoca in cui detta società e, prima ancora, i suoi danti causa avrebbero potuto agevolmente accertare che gli immobili sui quali era costituita l'ipoteca erano stati sottoposti al provvedimento ablatorio in favore dello Stato»⁸⁶.
- non è provata la buona fede qualora non si sia svolto alcun accertamento, nel momento della comunicazione del sub ingresso nel contratto di mutuo del nuovo debitore, ne' successivamente, volto a verificare la solvibilità e affidabilità del medesimo e la sua "personalità". Tale condotta si traduce in mancanza della ordinaria diligenza della banca «coerente con la buona gestione del credito e con il principio che regola le transazioni e che impone di non considerare soddisfacente della garanzia del credito concesso il solo valore del bene offerto in garanzia – della posizione del cessionario, beneficiario del mutuo erogato e debitore dei relativi ratei» che risulti protagonista di specifiche vicende giudiziarie⁸⁷.

7.2. Una (prima) conclusione

L'esame dei casi affrontati dalla giurisprudenza e il loro esito evidenzia un fenomeno allarmante in ordine alle modalità di concessione del credito da parte

82. Cass. Pen, Sez. I, 1, 27 settembre 2013 (dep. 8 novembre 2013), n. 45260, Italfondiaro Spa, cit., in motivazione.

83. Cass. pen. sez. I, 27 aprile 2012 (dep. 15 novembre 2012), n. 44515, Intesa San Paolo Spa e altri, in *Ced Cass.*, n. 253827.

84. Cass. pen. sez. VI, 18 marzo 2015 (dep. 24 luglio 2015), n. 32682, Banco di Napoli Spa, cit..

85. Cass. pen. sez. I, 6 febbraio 2007 (dep. 26 febbraio 2007), n. 8015, Servizi Immobiliari Banche S.i.b. Spa, cit.

86. Cass. pen. sez. VI, 5 giugno 2015 (dep. 1 luglio 2015), n. 27805, Sagrantino Italy Srl, cit.

87. Cass. pen. sez. I, 27 aprile 2012 (dep. 15 novembre 2012), n. 44515, San Paolo Spa e altri, cit., relativa a soggetto per il quale era conoscibile, con l'ordinaria diligenza, il fallimento, il procedimento di bancarotta e lo stato di latitanza per due ordini di cattura).

delle banche in presenza di persone poi sottoposte a procedimenti patrimoniali di prevenzione o penali.

Traspare una inadeguata diligenza in presenza di persone cui il credito viene comunque concesso, pur in assenza di un accertamento puntuale, richiesto normalmente al debitore.

Pur dovendo evitarsi generalizzazioni, venendo in rilievo situazioni spesso patologiche, deve porsi in risalto che l'imposizione di un termine entro il quale avviare il procedimento per l'accertamento della buona fede, e il chiarimento legislativo sui presupposti e sulla competenza del giudice penale/prevenzione, ha consentito di fare emergere situazioni che erano in attesa da tempo non valutando positivamente la banca l'avvio del procedimento.

D'altra parte sembra che alcuni casi esaminati siano relativi a crediti concessi in tempi passati, quando minori erano gli strumenti di controllo e le direttive della Banca d'Italia e, forse, vi era una minore consapevolezza verso percorsi di legalità che ora non di rado gli istituti di credito intendono intraprendere.

8. Istituti di credito e rapporti con le aziende sequestrate e confiscate (cenni)

8.1. La problematica

I non agevoli rapporti tra istituti di credito e aziende sequestrate o confiscate in sede di prevenzione o penale richiedono almeno un cenno.

Da anni sono state evidenziate le criticità emerse nell'amministrazione delle aziende sequestrate e nella loro destinazione, tanto da richiedere misure di sostegno oggi previste dalla legge di stabilità⁸⁸.

Il dato è di intuitiva evidenza in quanto dopo la confisca definitiva è operativa solo una azienda sequestrata su 10.

Il sequestro fa subito emergere difficoltà sul piano dei rapporti con gli istituti di credito, con i fornitori, con i clienti, con i dipendenti.

Si è evidenziato che l'amministrazione dell'azienda, sia essa gestita sotto forma di impresa individuale o di impresa collettiva, presenta caratteristiche proprie derivante dalla naturale "dinamicità" che richie-

de competenze specifiche di carattere imprenditoriale.

Alle ordinarie difficoltà di un'attività aziendale si aggiungono quelle derivanti da un provvedimento cautelare che comporta indubbi riflessi nella gestione e nei rapporti con gli istituti di credito, i fornitori, i clienti, i dipendenti e tutti coloro che intrattenevano rapporti di varia natura con l'azienda. Questi devono relazionarsi non più con l'imprenditore, estromesso dalla gestione, ma con un organo dello Stato che deve assicurare, direttamente o tramite il legale rappresentante della società, la prosecuzione dell'attività economica e ricondurla nell'ambito della legalità.

Devono, ancora, essere risolte molteplici problematiche derivanti dalla necessaria legalizzazione dell'azienda: l'assenza, spesso, di scritture contabili affidabili, l'evasione contributiva e fiscale, i nuovi costi derivanti dalla regolarizzazione dei rapporti di lavoro (applicazione dei contratti collettivi, pagamento del lavoro straordinario ai dipendenti), l'adeguamento dell'azienda alle prescrizioni antinfortunistiche e di altra natura.

Le difficoltà diventano ancora più rilevanti in presenza di imprese *tipicamente mafiose*, che vivono e si alimentano nell'illegalità (per l'immissione di capitali illeciti, per i rapporti con fornitori e clienti, per il clima di intimidazione sui lavoratori, etc.).

Le criticità sono "amplificate" dal tempo che intercorre tra il provvedimento di sequestro e la confisca definitiva.

Nella fase che va dal sequestro alla confisca gli istituti bancari possono svolgere un ruolo importante, sia non facendo venire meno il credito, sia, quando possibile, concedendolo.

Le difficoltà sono tante e alcune derivano dalla stessa normativa.

Assume particolare importanza *la gestione dei rapporti in corso*, proprio per il carattere dinamico dell'attività imprenditoriale che, nel regime previgente proseguiva previa autorizzazione del Giudice delegato, consentendo una rapida ripresa dell'attività dopo le prime fasi esecutive del sequestro.

Il legislatore ha previsto un'automatica sospensione dei contratti in corso riservando a una fase successiva la scelta tra la prosecuzione o lo sciogli-

88. La legge di stabilità 2016 (art. 1, comma 195, legge 28 dicembre 2015, n. 208) ha stanziato 30 milioni di euro per il triennio 2016-2018 per la concessione di agevolazioni alle imprese oggetto di sequestro o confisca alla criminalità organizzata, alle imprese che acquistano o affittano imprese sequestrate o confiscate, alle cooperative sociali assegnatarie di beni immobili confiscati e alle cooperative di lavoratori dipendenti locatarie di beni aziendali confiscati.

Dei 10 milioni di euro annui, 3 milioni sono destinati alla concessione di garanzie e sono pertanto allocati in un'apposita sezione del Fondo di garanzia per le piccole e medie imprese; i restanti 7 milioni sono utilizzati per l'erogazione di finanziamenti agevolati e sono allocati in un'apposita sezione del Fondo per la crescita sostenibile.

La legge di bilancio 2017 (art. 1, comma 612, legge dell'11 dicembre 2016, n. 232) ha previsto un ulteriore stanziamento di 10 milioni di euro, ripartiti secondo le condizioni previste dalla legge di stabilità 2016 (7 milioni sono utilizzati per l'erogazione di finanziamenti agevolati e 3 milioni sono destinati alla concessione di garanzie).

mento del contratto. Per tentare di limitare le difficoltà che possono sorgere per l'azienda ha previsto che se dalla sospensione del contratto può derivare un danno grave all'azienda, il Giudice delegato autorizza, entro trenta giorni dall'esecuzione del sequestro, la provvisoria esecuzione dei rapporti pendenti; l'autorizzazione perde efficacia a seguito della dichiarazione con cui si delibera lo scioglimento o la prosecuzione del rapporto contrattuale (art. 56, co. 3, d.lgs cit.).

La norma non tiene conto della natura delle attività imprenditoriali che non consentono, spesso, alcuna interruzione, pena gravi effetti negativi di carattere economico.

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

La rigida applicazione di tale principio sarebbe in contrasto con le prassi precedenti al d.lgs n. 159/2011 in cui veniva riconosciuto in via transattiva il pagamento di una quota dei debiti, previo accertamento

della buona fede dei creditori e dell'estraneità di questi ai contesti criminali di riferimento del proposto.

In attesa di auspiccate modifiche normative⁸⁹ si propongono interpretazioni e applicazioni dirette a consentire, nel caso di prosecuzione di questi, di dare corso anche alle obbligazioni contratte e non onorate nel corso del rapporto, di pagare i debiti assunti.

Vanno guardati con favore appositi protocolli firmati dai Tribunali misure di prevenzione con i più attenti istituti di credito o con le organizzazioni di questi⁹⁰.

Non sempre dai protocolli sono seguite concrete applicazioni.

La Banca d'Italia è stata costretta a intervenire per evitare che il mancato pagamento dei crediti sorti prima del sequestro costituisse occasione per l'inserimento dell'azienda nella centrale rischi, con tutti gli effetti negativi che ne derivano per la ricerca del credito⁹¹.

Va messo in risalto, a dimostrazione della scarsa propensione alla collaborazione delle banche la condotta spesso tenuta con riferimento al mutuo garantito da ipoteca su immobile sequestrato, in cui il mutuante va considerato un mero creditore, sicché può agire ai sensi degli artt. 52 e ss. d.lgs n. 159/2011, senza alcun diritto al pagamento delle rate scadute successivamente al sequestro che, se corrisposte erroneamente, vanno restituite⁹².

Il mancato pagamento da parte dell'amministrazione giudiziaria non comporta *protesto* né segnalazione alla centrale rischi della Banca d'Italia, non potendo ritenersi il credito "in sofferenza". Tale classificazione riguarda i pagamenti ingiustificati protratti nel tempo e l'eventuale segnalazione, essendo

89. Contenute nel disegno di legge all'esame della Camera.

90. L'Abi ha sottoscritto con alcuni Tribunali Protocolli d'intesa per la gestione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata. La finalità dei Protocolli – come precisato nelle relative premesse – è quella di consentire la continuità delle attività delle imprese sottoposte a sequestro ai sensi della normativa sul cd. Codice Antimafia.

Si legge nel sito dell'Abi che «la sottoscrizione del Protocollo del Tribunale di Roma conferma la volontà dell'Associazione e delle banche di assumere una posizione proattiva nei confronti della finanziabilità delle imprese sequestrate/confiscate, fermo restando il principio della meritevolezza».

91. Circolare del 24.2.16: «Con riferimento alle segnalazioni di Centrale dei rischi si riporta, di seguito, quanto rappresentato al sistema con comunicazione n. 312657 del 21 marzo 2014. In tale occasione si è precisato che gli intermediari devono considerare che, al provvedimento di sequestro o confisca, consegue l'inesigibilità dei crediti dagli stessi vantati nei confronti dei soggetti sottoposti a tali misure di prevenzione. I crediti in discorso si considerano inesigibili quando oggetto di provvedimento di sequestro e/o confisca è l'intero patrimonio del debitore. Pertanto, dalla rilevazione riferita alla data del provvedimento di sequestro/confisca dei beni e fino all'accertamento giudiziale delle condizioni di cui all'art. 52 del Decreto, gli intermediari devono tener conto della momentanea inesigibilità dei crediti (quota capitale e interessi), ai fini della quantificazione degli importi da segnalare. ... Resta ferma, pertanto, la valutazione del cliente effettuata dall'intermediario e presente al momento dell'adozione del provvedimento di sequestro/confisca».

2.2 Finanziamenti concessi dalle banche in occasione o in funzione del procedimento di prevenzione (ad esempio erogati dopo che il Tribunale ha autorizzato la prosecuzione dell'attività).

2.2.1 Centrale dei Rischi

Con riferimento alle segnalazioni di Centrale dei Rischi, i finanziamenti concessi alle aziende in occasione o in funzione del procedimento di prevenzione devono essere segnalati nella pertinente categoria di censimento dei crediti per cassa, secondo i criteri generali previsti dalla normativa.

92. Decreto Giudice delegato Trapani 26 maggio 2015 in www.tribunale.trapani.it.

contraria ai principi di buona fede⁹³, può comportare responsabilità della banca che ha concesso il mutuo⁹⁴ e, in ogni caso, può essere adito il Giudice civile per ottenere gli idonei provvedimenti urgenti che “bocchino” gli effetti negativi della segnalazione consistenti nella ridotta possibilità di ottenere linee di credito ed affidamenti bancari che spesso portano all’interruzione dell’attività imprenditoriale⁹⁵. Anche in questo caso è dovuta intervenire la Banca d’Italia, con circolare del 31 marzo 2014.

8.2. Una (seconda) conclusione

Ancora una volta emerge il difficile rapporto tra istituti di credito e sequestri/confische penali e di prevenzione.

Se non può ignorarsi che la banca è un imprenditore che presta denaro, va sottolineato che non di rado emergono comportamenti in cui l’istituto di credito “si contrappone” all’amministrazione giudiziaria creando non pochi problemi per la prosecuzione dell’attività aziendale.

La normativa non agevola ed è auspicabile una rapida modifica. Intanto a fronte dei plurimi sequestri di aziende, col rischio della chiusura, con perdita di valore e di posti di lavoro, è necessario coltivare tutte quelle prassi che consentono un confronto franco e di svelare se e quali istituti di credito affrontano in modo propositivo il tema.

In questo contesto un ruolo fondamentale dovrebbe svolgere l’Agenzia nazionale per i beni sequestrati che, però, si dibatte in grandi problematiche che ne limitano l’azione.

Ancora una volta è rimesso dunque, alla giurisdizione, nelle sue varie articolazioni e funzioni, diffondere le buone prassi, anche con l’ausilio delle associazioni impegnate nel recupero dei beni sequestrati e confiscati.

I numeri consistenti delle aziende sequestrate e confiscate, i rischi evidenziati, l’assenza di continuità di azioni positive da parte degli istituti di credito, rischiano nei prossimi anni di fare diventare questa una vera e propria emergenza.

93. Sull’obbligo di buona fede nell’esecuzione del contratto cfr. Cass. civ. sez. III, 7 giugno 2006, n. 13345, in *Ced Cass.*, n. 591115.

94. Cass. civ. sez. I, 2 marzo 2010, n. 12626, inedita.

95. Trib. Trapani, 24 aprile 2014, inedito, con cui si ordina, con provvedimento urgente, la cancellazione della segnalazione.