



OSSERVATORIO  
**Misure di Prevenzione**

## LA DIFFICILE TUTELA DEI TERZI CREDITORI NEL PROCEDIMENTO DI PREVENZIONE

*di Sofia Barbera*

*1. Una visione d'insieme: il difficile bilanciamento tra la tutela dei diritti del creditore del proposto e le esigenze sottese al procedimento di prevenzione. 2. I diritti dei terzi creditori: analisi critica delle "condizioni" di ammissibilità del credito disciplinate dall'art. 52 del codice antimafia. A) Sull'atto di data certa; B) Sul nesso di strumentalità tra il credito e l'attività del proposto, il legittimo affidamento e la buona fede; C) Sulla previa escussione del patrimonio del proposto. 3. Il comma 8 dell'art. 59 del Decreto legislativo 159/2011 così come sostituito dall'art. 21, comma 3, lett. c) della L. 17.10.2017 n. 161: tra preclusioni probatorie e l'imprescindibile interdipendenza con il procedimento di prevenzione. 4. Alcune considerazioni di diritto intertemporale. 5. Un'irta esegesi sulla tutela dei terzi creditori del proposto nella confisca allargata ex art. 12 sexies, comma 4 bis, l. n. 356/1992c.d. antimafia*

### ***1. Una visione d'insieme: il difficile bilanciamento tra la tutela dei diritti del creditore del proposto e le esigenze sottese al procedimento di prevenzione.***

Il **procedimento di prevenzione patrimoniale** coinvolge, a vario titolo, numerosi soggetti diversi dal proposto alla misura, definiti genericamente **terzi interessati**, i quali – in virtù degli interessi di cui si fanno portatori – sono posti in grado di intervenire nelle diverse fasi giudiziarie.

Un'importante categoria di terzi interessati è rappresentata dai **terzi creditori**, su cui si intende soffermare, senza pretese di completezza, con l'interesse di fornire piuttosto una visione critica della disciplina consegnataci dal legislatore.

I terzi creditori sono soggetti titolari di un diritto di credito nei confronti del proposto o dell'azienda nella disponibilità di questo, muniti o meno di diritti reali di garanzia sui beni sequestrati o comunque candidati alla confisca.

Tra i temi centrali della prevenzione patrimoniale v'è stato tradizionalmente quello di contemperare da un lato l'esigenza di ablazione anticipata del patrimonio illecito e sproporzionato del proposto (pur in assenza di una condanna penale intervenuta in sede di cognizione) e dall'altro quello di tutelare la posizione dei terzi – come tali diversi dal prevenuto – che potrebbero essere incisi negativamente dal provvedimento di prevenzione.

Il creditore con la confisca vede sottratto dal patrimonio del proprio debitore, ovvero del proposto, il bene su quale poter soddisfare il proprio credito, con conseguente riduzione o annullamento (qualora il patrimonio oggetto di ablazione si componga di un unico bene) della garanzia patrimoniale.

L'interesse del terzo sul bene del proposto è dunque rafforzato, sia nell'ipotesi in cui sia privilegiato che chirografario, poiché potrebbe veder svanire improvvisamente quella garanzia patrimoniale su cui aveva costruito l'affidamento commerciale nei riguardi del soggetto portatore di pericolosità sociale, ovvero di persone o aziende con questo variamente collegate.

La L. n. 575/1965 nulla prevedeva riguardo ai terzi titolari di diritti di credito sorti prima del sequestro. La difficoltà di far convergere le anzidette esigenze di tutela civilistica con quelle che connotano la funzione del procedimento di prevenzione patrimoniale ha impedito di delineare una disciplina normativa organica lasciando all'interprete il compito di colmare questo *vulnus normativo* "ad adiuvandum et supplendum iuris gratia". La giurisprudenza tendeva ad assicurare tutela esclusivamente ai crediti assistiti da diritti reali di garanzia sui beni oggetto del provvedimento ablativo purché costituiti in data certa anteriore al sequestro ed a condizione che il loro titolare dimostrasse la propria buona fede o l'affidamento incolpevole. Nessuna tutela veniva invece accordata ai restanti creditori, salvo che nell'ipotesi di confisca di azienda in cui si procedeva al pagamento dei debiti aziendali essenziali per evitare la paralisi dell'attività imprenditoriale.

La materia ha ricevuto autonoma disciplina con il decreto legislativo n. 159/2011 agli artt. 52 ss che ha delineato un procedimento ispirato ai canoni del giusto processo di cui agli artt. 111 Cost. e art 6 CEDU - in linea con la rinnovata, e ormai acclarata, veste "giurisdizionale" dello stesso procedimento di prevenzione - con l'obiettivo di garantire l'effettività della misura ablativa.<sup>1</sup>

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

---

1 Si pensi sul punto all'art. 23 del Codice che impone la citazione – a cura del Tribunale e con decreto motivato, contenente la fissazione dell'udienza in camera di consiglio – dei terzi che risultino proprietari o comproprietari dei beni sequestrati (comma 2), nonché di coloro che vantino diritti reali o personali di godimento sui beni in sequestro (comma 4) che, in caso di confisca e purché di "buona fede", avranno diritto a un indennizzo ai sensi dell'art. 52 commi 4 e 5.

*debiti il restante patrimonio personale (requisito della preventiva infruttuosa escussione degli altri beni del proposto)»<sup>2</sup>*

Il pagamento delle somme dovute ai terzi avviene al termine di un apposito procedimento nel corso del quale trovano tutela i crediti sorti anteriormente al sequestro purché ne sia offerta la prova dell'esistenza, della buona fede e dell'incolpevole affidamento, oltre che previa escussione del patrimonio del proposto. E' possibile anche vendere i beni confiscati per soddisfare i creditori (artt. 57 ss.) garantiti, però, entro un limite massimo rispetto al valore dei beni confiscati (60% ex art. 53<sup>3</sup>) secondo un ordine simile a quello previsto dalla legge fallimentare (art. 61, co. 2).

---

2 Corte cost., 28 maggio 2015, n. 94.

3 Parte della dottrina afferma che sarebbero state introdotte misure sostanzialmente espropriative del credito verificandosi un'illegittima «compressione del diritto di proprietà nella lata accezione europea del termine (comprensiva dunque anche dei diritti di credito)». 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 ma solo se il «ricorrente può sostenere di avere almeno una "speranza legittima" di ottenere il godimento effettivo di un diritto di proprietà». Occorre, dunque, «in ogni causa (...) esaminare se le circostanze, considerate nel loro insieme, hanno reso la parte ricorrente titolare di un interesse sostanziale protetto dall'articolo 1 del Protocollo n° 1». Corte europea dir. uomo, 21 febbraio 2008, Maurice c. Francia; Corte europea dir. uomo, 18 maggio 2010, Plalam S.p.A. c. Italia; Corte europea dir. uomo, 31 maggio 2011, Maggio e altro c. Italia; Corte europea dir. uomo, 7 giugno 2011, Agrati e altri c. Italia. La Corte di Cassazione esclude dubbi di costituzionalità in ordine alla regolamentazione della tutela assicurata ai terzi creditori al pari della Consulta che ha ritenuto conforme a 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 violazione dell'art. 36 Cost. (Corte costituzionale sentenza del 28 maggio 2015 (c.c. 11 febbraio 2015), n. 94). Stante il generale divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive sui beni confiscati, enunciato dall'art. 1, comma 194, della legge n. 228 del 2012, la misura patrimoniale rischiava, infatti, di privare *ex abrupto* il lavoratore della possibilità di agire utilmente *in executivis* per il pagamento delle proprie spettanze. Ciò avviene soprattutto allorché la confisca renda i residui beni del debitore insufficienti a soddisfare le sue ragioni, e massimamente nell'ipotesi di confisca "totalizzante" la quale investa, cioè – come molto spesso avviene – l'intero patrimonio del datore di lavoro. La disciplina di cui ai commi 198 e seguenti dell'art. 1 della legge n. 228 del 2012 assume – conclude la Corte – una chiara valenza *ad excludendum* rispetto a pagamenti da parte degli organi di gestione dei beni confiscati in favore di creditori diversi da quelli ivi considerati. La norma censurata non può essere, d'altra parte, giustificata in una prospettiva di bilanciamento con l'interesse sotteso alle misure di prevenzione patrimoniali, ricollegabile ad esigenze di ordine e sicurezza pubblica anch'esse costituzionalmente rilevanti: nella specie, in effetti, non di bilanciamento si tratta, "ma di un sacrificio puro e semplice" dell'interesse contrapposto (Corte Costituzionale, sentenza n. 317 del 2009).

Il tema è stato affrontato anche dalle Sezioni Unite civili che, nell'esaminare l'analoga disciplina contenuta nella l. n. 228/12, ne affermarono la rispondenza al "quadro normativo internazionale" Cass. Civ., Sez. Un., 7 maggio 2013, n. 10532.

## **2. I diritti dei terzi creditori: analisi critica delle “condizioni” di ammissibilità del credito disciplinate dall’art. 52 del codice antimafia.**

L’art. 52, co. 1, d.lgs. n. 159/11 si riferisce genericamente ai “diritti di credito dei terzi” dovendosi pertanto, a parere dello scrivente, fare riferimento ai diritti di tale natura individuabili sulla base delle norme del codice civile (Libro Quarto “delle obbligazioni”) e delle leggi speciali.

L’articolo 52 d.lgs. n. 159/11 fissa le condizioni che consentono la tutela dei diritti di credito dei terzi.

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

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

L’analisi dei requisiti predetti sarà, di seguito, passata brevemente in rassegna alla luce di un decreto emesso dal Tribunale di Trapani, adito con ricorso in opposizione ex art. 59 comma 6 del Codice antimafia, che riteneva nella specie insussistenti i requisiti di cui all’art. 52 D. Lgs 159/2011 e per l’effetto rigettava la richiesta di ammissione allo stato passivo presentate da taluni dei creditori del proposto. Il provvedimento *de quo* permette un vaglio critico della disciplina – e pertanto dei requisiti richiesti affinché un credito possa superare il vaglio di cui al comminato disposto degli artt. 52 e 59 del codice antimafia.

### **A) Sull’atto di data certa:**

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

Più segnatamente il Tribunale, nella specie, non ha ritenuto raggiunta la prova in ordine alla data certa del credito il quale traeva origine da un contratto preliminare stipulato tra il proposto (promittente venditore) e il creditore (promissario acquirente) in data antecedente al sequestro. Sebbene il predetto credito fosse sorto

da una scrittura privata non autenticata (nulla quaestio se fosse stata stipulata per atto pubblico), la lettura coordinata degli artt. 2704 e 1374 c.c. permetteva di cristallizzare, con chiarezza, la data (certa) del contratto al momento in cui dello stesso le parti ne hanno dato esecuzione sicché, gli assegni pagati in adempimento dell'obbligazione, si ergono a prova indiscussa. Del resto è la stessa giurisprudenza civile che, nel negare una rigida applicazione di tali disposizioni foriera di infruttuose limitazioni delle fonti di prova, afferma che<sup>4</sup>: *“rientra nei poteri del giudice cui sia devoluta la cognizione su domanda di ammissione allo stato passivo la valutazione di tutti gli elementi di prova che il presunto creditore adduca per dimostrare l'esistenza del credito oggetto della domanda. Laddove essi siano documentali (come ad esempio gli assegni prodotti) detto giudice può tenere conto di quelli aventi data certa anteriori all'apertura della procedura. L'assenza delle condizioni espresse dall'art. 2704 c.c. – che sono esemplificative e non tassative – peraltro non ne preclude l'esame in quanto suddetto requisito può desumersi anche aliunde (ad esempio dagli assegni che dimostrano nella specie l'esecuzione del contratto) attraverso fatti equipollenti, purché si tratti di circostanze oggettive esterne idonee a stabilire in modo ugualmente certo la data”* (Cass. civ. 1.04.2009 n. 7964 – Cass. civ. 04.03.2013 n. 5299).

L'effettiva ricorrenza dello *ius in re aliena* va individuata già nel contratto preliminare il quale produce esso stesso gli effetti obbligatori avendo natura giuridica di contratto consensuale ad effetti obbligatori. Ebbene, secondo un ormai prevalente orientamento giurisprudenziale e dottrinale, la sequenza preliminare-definitivo da luogo ad un collegamento tra due negozi aventi la stessa causa in concreto essendo concepiti come un'operazione unitaria: ciò detto il primo segmento (contratto preliminare) si identifica con il contratto *stricto sensu* inteso, mentre il secondo (definitivo) come un atto dovuto di adempimento del primo. Seguendo questa impostazione la data certa va ricollegata agli adempimenti, ovvero all'esecuzione che la parte – allora debitrice del proposto perché promissaria acquirente – ha effettuato in esecuzione del preliminare stesso.

Fornita dunque la prova della *“data certa”*<sup>5</sup>, il decreto argomenta in modo surrettizio laddove afferma che *“la mancanza di prova in ordine all'esistenza del credito di data certa antecedente il sequestro consente di omettere ogni ulteriore valutazione in merito alla sussistenza degli ulteriori presupposti indicati dall'art. 52 D.Lvo. 159/2011”*. Invero, l'art. 52 del codice antimafia, così come novellato, richiede che debbano concorrere ulteriori due ulteriori condizioni: l'una oggettiva – che si identifica nell'assenza di un nesso di strumentalità del credito all'attività illecita – e l'altra soggettiva, che attiene alla buona fede e legittimo affidamento contrattuale e pre-contrattuale<sup>6</sup>.

---

4 Detto formante giurisprudenziale si è formato in materia di ammissione allo stato passivo nella procedura fallimentare. Mutatis mutandis, questo si applica anche alla materia de quo scritta sulla falsariga di quella fallimentare (sul punto cfr. Cass. Civ. Sez. Un., 20 febbraio 2013 n. 4213)

5 Cass. pen., sezione IV, sentenza n. 3364 del 2016.

6 Sulle nozioni di buona fede e affidamento incolpevole in *subiecta materia* si vedano: F. BRIZZI - G. CAPECCHI - G. FICHERA, *Misure di prevenzione patrimoniali e tutela dei terzi*, cit., pag. 177, che hanno ritenuto che il concetto di buona fede sia affine alla omologa nozione civilistica e se ne

**B) *Sul nesso di strumentalità tra il credito e l'attività del proposto, il legittimo affidamento e la buona fede:***

Il terzo, per ottenere la tutela sperata del proprio credito, deve allegare elementi idonei a rappresentare sia la sua estraneità all'attività illecita del proposto sia l'affidamento incolpevole sulla liceità del rapporto. Diversamente dal principio civilistico secondo cui la buona fede si presume, nel procedimento di prevenzione l'onere probatorio grava sul terzo.

Quanto al nesso di strumentalità deve fornirsi prova dell'estraneità del terzo creditore rispetto all'attività delittuosa del proprio debitore, evitando in tal modo il rischio che il soggetto socialmente pericoloso possa avvalersi di prestanome che vantino fittiziamente diritti su beni oggetto di confisca; si esclude così un controllo meramente formale dell'esistenza del diritto di credito occorrendo, se del caso, valutare il rispetto delle norme e prassi bancarie in materia, oltre che del disposto del decreto legislativo n. 231/2007 e della legge n. 197/1991 (in materia di antiriciclaggio), ed è consentita la comunicazione alla Banca d'Italia – in applicazione dell'art. 9 del citato decreto del 2007 – del decreto con cui viene respinta la domanda di riconoscimento della buona fede al fine di consentire opportune valutazioni da parte dell'istituto di vigilanza ai sensi della citata normativa antiriciclaggio.

Lo statuto probatorio sul punto deve però essere stringente, non lasciando ampi margini di discrezionalità all'autorità giudiziaria, poiché è necessario contemperare le esigenze del procedimento di prevenzione con la tutela di un diritto costituzionalmente garantito: id est la libera iniziativa economica di un privato (art. 41 Cost.). Commette certamente un salto logico il Tribunale di Trapani nell'affermare che *“sotto il profilo soggettivo, poi, non poteva in alcun modo escludersi la consapevolezza da parte del ..... della caratura criminale del proposto, essendo il credito sorto nel 2012, dunque in epoca successiva all'arresto del Montalbano per il reato di cui all'art. 416 bis c.p. avvenuto nel 1999. Tale fatto non poteva essere certamente ignorato in un contesto ristretto come quello ..... nel quale era oltretutto ben nota anche la qualità di affiliati mafiosi sia del padre, che dello zio del.....”*. Ebbene una siffatta affermazione patisce certamente il limite di sorreggersi su di un ragionamento entropico ed illogico. Argomentare diversamente significherebbe pretendere, da ogni soggetto che intenda porre in essere rapporti economici-commerciali, una ritrosia dal contrarre basata - ancor prima che sul sospetto - su mere supposizioni prive di qualsivoglia riscontro. La Corte cost. (Corte Cost. sent. 10 gennaio 1997 - Corte cost. 20 novembre 1995, n. 487) si è espressa nel senso che la posizione del creditore in buona fede *“è da ritenere protetta dal principio della tutela dell'affidamento*

differenzi essenzialmente sul piano del regime probatorio: in prevenzione, si osserva, la buona fede va provata dal terzo; A. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali fra funzionalità e garantismo*, Giuffrè, 2001, pp. 395 e ss., che afferma : *“ai fini della valutazione della buona fede si attribuisce rilievo anche ad atteggiamenti colposi del terzo, imponendo ai cittadini una sorta di obbligo generale di diligenza nello svolgimento degli affari, in linea con la previsione nell'ordinamento penale italiano della fattispecie dell'incauto acquisto”*.

*incolpevole, che permea di sé ogni ambito dell'ordinamento giuridico*", sicché ad esso non può essere inflitto il sacrificio della confisca senza che gli sia stata garantita la possibilità di provare la propria buona fede (confronta anche Cass. Pen., Sez. I, 29 aprile 2011 (dep. 29 luglio 2011), n. 30326).

La buona fede del terzo creditore viene vagliata dal giudice avendo riguardo ad alcuni elementi quali: a) l'estraneità a qualsiasi collusione o compartecipazione all'attività criminosa; b) l'inconsapevolezza credibile rispetto alle attività svolte dal soggetto pericoloso; c) un errore scusabile sulla situazione apparente del prevenuto d) la condizione 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. La Corte di Cassazione<sup>7</sup> precisa come non si tratti di un elenco tassativo ma che gli indici predetti vadano qualificati come "*linee guida*"; il giudice dovrà tenerne conto ma potrà altresì considerare altri elementi e, se del caso, motivatamente disattenderli dovendo evitarsi approcci generalizzanti perché al giudice è attribuito il compito di valutare l'uso della diligenza richiesta dalla situazione concreta in riferimento a quanto allegato dall'istante<sup>8</sup>

Può dirsi che, in buona sostanza, il Legislatore abbia imposto un parziale protocollo logico al ragionamento probatorio dell'interprete<sup>9</sup>.

### **C) Sulla previa escussione del patrimonio del proposto**

Quanto alla preventiva escussione del patrimonio del proposto la novella 161/2017 è intervenuta sostituendo il requisito predetto con la più agevole dimostrazione che il proposto non disponga di altri beni (rispetto a quelli attinti dalla misura di prevenzione) su cui esercitare la garanzia patrimoniale idonea a soddisfare il credito vantato, tenendo presente che tale accertamento possa essere anche compiuto d'ufficio dal giudice che dispone di tutti gli atti del procedimento

---

<sup>7</sup> Cass. Pen. sentenza n. 24713 del 2015.

<sup>8</sup> Cass. Pen., Sez. I, 12 dicembre 2014 (dep. 23 aprile 2015), n. 17015, Banca delle Marche SpA; Cass. Pen., Sez. I, 12 dicembre 2014 (dep. 23 aprile 2015), n. 17015, Banca delle Marche SpA, cit.; Cass. Civ., Sez. Un., 7 maggio 2013, n. 10532.

<sup>9</sup> Giova peraltro osservare che in assenza di un vero e proprio statuto legislativo di tutela del terzo creditore, si era molto discusso circa la compatibilità con la Costituzione delle disposizioni volte a pretendere da costui una specifica dimostrazione circa la sua "buona fede" nei rapporti col soggetto portatore di pericolosità sociale.

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

funzionale alla confisca e, dunque, delle indagini patrimoniali svolte nei confronti del proposto.

**3.** *Il comma 8 dell'art. 59 del Decreto legislativo 159/2011 così come sostituito dall'art. 21, comma 3, lett. c) della L. 17.10.2017 n. 161: tra preclusioni probatorie e l'imprescindibile interdipendenza con il procedimento di prevenzione.*

Nel decreto oggetto di disamina veniva eccepita una **preclusione, per così dire probatoria**, che i giudici ritraevano dal novellato comma 8 dell'art. 59 codice antimafia. Ebbene, non sfugge a questa difesa anzitutto la ratio cui si ispira l'art. 52 e con esso l'intero Titolo IV del D.Lvo. 159/2011 la cui rubrica recita *“La tutela dei terzi e i rapporti con le procedure concorsuali”*. Il legislatore del 2011, invero, con un'affermazione *tranchant* statuisce che *“la confisca non pregiudica i diritti dei terzi”*; una siffatta asserzione è certamente evocativa di una chiara volontà di tutela dei diritti di creditori e si trova in linea con l'intera disciplina civilistica atta a tutelare, nelle sue svariate forme, il diritto di credito. Trova, peraltro ulteriormente conforto nella sentenza n. 94 e nell'ordinanza n. 101 del 2015 della Consulta che ritiene la disciplina conforme alla Costituzione perché *“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 a 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”*.

Orbene vanno certamente messi a fuoco due aspetti imprescindibili del procedimento oggetto del presente contributo: in prima battuta non va dimenticato che il creditore – divenuto tale a seguito dell'ablazione del patrimonio del proposto e della conseguente impossibilità di adempiere alle obbligazioni - vanta certamente un diritto lecito (ancorché non strumentale alle attività illecite del proposto, di buona fede avente data certa come nel caso di specie) che impone di essere tutelato dallo Stato il quale può pretendere un sacrificio del patrimonio – ancorché in via di prevenzione – soltanto al proposto non già a tutti quei soggetti che hanno, *ex fide bona* e con diligenza, concluso dei rapporti commerciali con lo stesso. L'interesse del terzo, in questo caso, deriva dalla pretesa di essere titolare di un diritto contro il provvedimento di sequestro o di confisca che ha impedito l'adempimento delle obbligazioni contratte dal proposto. Argomentare diversamente significherebbe bloccare i traffici commerciali in spregio all'art. 41 Cost. Ebbene gli artt. 52 e seguenti non sono altro che un'articolazione del procedimento di prevenzione: invero siffatto procedimento non avrebbe senso di esistere se a monte non vi fosse stata una proposta, un procedimento di prevenzione e un provvedimento ablatorio (sia esso prima di sequestro e poi di confisca). Basti pensare, quale conferma di una siffatta logica ermeneutica, che in prima battuta la competenza esclusiva per la verifica dei crediti vantati nei confronti del destinatario della misura di prevenzione è il giudice delegato alla



misura di prevenzione il quale gode certamente di una visione d'insieme. Tanto ciò detto, erra il Tribunale nel ritenere documenti nuovi quelli allegati all'atto di opposizione posto che questi stessi erano invero già stati prodotti nel procedimento di prevenzione. Del resto a provvedere alla verifica delle domande ex art. 59 comma 1 è pur sempre il giudice delegato subentrando il Tribunale – sezione misure di prevenzione – solo in sede di opposizione. Il Tribunale adito può (anzi deve) acquisire gli atti del procedimento relativo alla confisca che sono pienamente utilizzabili, conoscibili e conosciuti dall'istante. Quest'ultimo, infatti, ha l'onere di contestare, se ritenute a lui sfavorevoli, le risultanze probatorie del procedimento cui non ha partecipato; in caso contrario tutti gli elementi acquisiti possono essere utilizzati dal Tribunale. In ogni caso, la natura "esecutiva" del procedimento comporta che gli atti del procedimento relativo alla confisca siano sempre "disponibili" per le valutazioni di spettanza del giudice dell'esecuzione, senza necessità di emissione di un formale provvedimento ammissivo<sup>10</sup>

Va infine ricordato come la Direttiva del Parlamento Europeo nr. 42 del 2014 richiede che l'Autorità Giudiziaria, sulla base di fatti specifici e dopo aver esperito tutti i mezzi di prova disponibili, sia convinta che tali beni derivino da attività di natura criminale - rispettando al contempo pienamente le disposizioni dell'art. 6 CEDU e della Carta Europea dei Diritti Fondamentali – prova questa nella specie del tutto assente. Non va inoltre taciuto come ai creditori non può applicarsi lo statuto probatorio del proposto necessitando una prova rigorosa per negare un diritto sorto in epoca antecedente alla proposta e alla conseguente ablazione del bene.

#### **4. *Alcune considerazioni di diritto intertemporale***

La disciplina legislativa sul riconoscimento dei diritti dei terzi si applica solo ai procedimenti sorti dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 159/11 (13 ottobre 2011) a seguito della presentazione della proposta da parte dell'organo proponente (art. 117, comma 1, d.lgs. cit.). Pertanto occorre guardare all'epoca di presentazione della proposta. I rapporti (tra creditore e proposto) relativi ai procedimenti sorti prima del 13 ottobre 2011 hanno trovato una regolamentazione ad opera della successiva l. n. 228/12.

Il decreto del Tribunale di Trapani solleva una questione che porta a ragionare su di una questione di diritto intertemporale eccependo che *"Il tenore della modifica normativa (id est quella che ha investito il comma 8 dell'art. 59 codice antimafia) non lascia spazio a dubbi in merito al fatto che non sia più prevista l'assunzione in sede di opposizione di nuovi mezzi di prova, neppure nel caso in cui vengano disposti accertamenti d'ufficio, essendo consentita una semplice rivalutazione delle conclusioni raggiunte dal Giudice Delegato all'esito della verifica (.....). Devono, conseguentemente, rigettarsi tutte le richieste istruttorie avanzate in sede di opposizione e non possono prendersi in*

---

10 Cass. Pen., Sez. I, 12 dicembre 2014 (dep. 23 aprile 2015), n. 17015.

*considerazione ai fini della decisione i documenti allegati agli atti di opposizione, non precedentemente depositati, oltre che quelli prodotti alla presente udienza.”*

Ebbene siffatta affermazione è certamente assertiva oltre a difettare di un reale coordinamento con i principi generali dell'ordinamento. L'assenza di una specifica disciplina cristallizzata in una norma transitoria e finale impone di operare un vaglio critico della novella legislativa introdotta con la L. n. 161 del 17.10.2017 alla luce del *dies a quo* del procedimento di cui all'art. 59 D.Lvo. 159/2011. Certamente la *questione temporis* non può che passare per l'analisi della natura giuridica delle norme de quibus e segnatamente dell'art. 59 co 8 del codice antimafia.

Se ad una prima esegesi andrebbero intese come norme procedurali, per le quali impera il principio compendiato nell'antico brocardo latino *tempus regit actum*, una più attenta analisi impone senz'altro una lettura sinottica che tenga conto anche delle disposizioni transitorie, quale ad esempio l'art. 117. Ebbene questa norma impedisce una lettura retroattiva *in malam partem* statuendo che “*Le disposizioni contenute nel libro I non si applicano ai procedimenti nei quali, alla data di entrata in vigore del presente decreto, sia già stata formulata proposta di applicazione della misura di prevenzione. In tali casi, continuano ad applicarsi le norme previgenti.*” Orbene, posto che ex art. 59 destinatario della procedura è il creditore, a questo non potranno essere applicate le modifiche normative intervenute dopo l'inizio del procedimento. Argomentare diversamente significherebbe riconoscere al terzo (id est il creditore) una disciplina più sfavorevole rispetto a quella del proposto in spregio a quanto statuito dalla Direttiva del Parlamento Europeo 42/2014. Una siffatta lettura inoltre, sarebbe coerente con l'art. 1 protocollo add. 1 CEDU, nell'interpretazione fornita dai giudici di Stasburgo, i quali ricomprendono nel concetto di “proprietà”, intesa quale diritto fondamentale, anche il diritto di credito.

Per le ragioni suesposte, l'eccessiva rigidità del principio *tempus regit actum* può senz'altro essere mitigata prestando il fianco al principio *tempus regit actiones*.

Ma v'è di più: sebbene, *prima face*, possa apparire una lettura ardita, non v'è chi non veda la necessità di vagliare anche l'eventualità di applicare alla questione *de quo* gli artt. 2 e 25 Cost. Se per un verso la confisca di prevenzione si presenta, nei fatti, come una vera e propria sanzione per il proposto, per il terzo questa patirebbe l'effetto di atteggiarsi alla stregua di una “*espropriazione larvata*” impedendogli con una modifica successiva e imprevista di tutelare un proprio diritto fondamentale.

##### **5. Un'irta esegesi sulla tutela dei terzi creditori del proposto nella confisca allargata ex art. 12 sexies, comma 4 bis, l. n. 356/1992c.d. antimafia**

La sentenza n. 9758 del 28 febbraio 2017 della Prima Sezione penale della Cassazione affronta il controverso tema dei limiti di applicabilità delle regole introdotte dalla legge n. 228/2012 in tema di tutela dei terzi creditori nel

procedimento di prevenzione anche al diverso procedimento funzionale alla confisca allargata di cui all'art. 12 *sexies*.<sup>11</sup>

La Cassazione, nel pronunciare un annullamento con rinvio, afferma che le disposizioni dettate per i sequestri e le confische di prevenzione dall'art.1, commi 194 e ss. della legge 24 dicembre 2012, n. 228, in tema di tutela dei terzi e di rapporti con le procedure concorsuali operano anche nei casi di confisca allargata ex art. 12 *sexies* del D.L. n. 306/1992<sup>12</sup>.

Siffatta soluzione pare maggiormente in linea con "il processo legislativo di progressiva assimilazione funzionale tra la confisca penale allargata e quella di prevenzione"<sup>13</sup>. Non si tratta, dunque, di una impropria commistione tra modelli diversi, ma della presa d'atto di una profonda comunanza strutturale, ontologica e funzionale, ferme restando la diversa collocazione sistematica e la segnalata diversità di uno dei presupposti applicativi dei due istituti.

Affrontando specificamente il tema in questione, la Suprema Corte aderisce dunque alla tesi secondo cui la volontà del legislatore del 2012 sarebbe quella di rendere applicabili le norme regolatrici del sub procedimento di accertamento dei crediti anche alle ipotesi di confisca emessa in sede penale ai sensi del D.L. n. 306 del 1992, art. 12 *sexies*, in coerenza con gli obiettivi espressi nella legge-delega del 2010. Sebbene questa sia un'esegesi che aderisce ad una lettura non tassativizzante della norma prediligendo un'impostazione garantista, non mancano le posizioni negatorie che escludono la praticabilità di un'applicazione analogica della disciplina contenuta nel decreto legislativo n. 159/2011, ritenendo il rinvio a tale *corpus* normativo – operato dal comma 4 *bis* dell'art. 12 *sexies* – limitato testualmente alla "destinazione" e all'"amministrazione" dei beni confiscati e, pertanto, non estensibile alla diversa materia della tutela dei diritti vantati sui beni dai terzi.<sup>14</sup>

A prestare il fianco ad un'interpretazione estensiva è la novella del Codice Antimafia approvata dalla Camera dei Deputati il 27 settembre scorso e pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale il 4 novembre 2017, che ci consegna una confisca allargata "geneticamente modificata" e sempre più affine a quella di prevenzione, dalla quale

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

12 Nello stesso senso Cfr. Cass. Sez. I, n. 11889 1.02.2017. La tutela di terzi prevista dal D.Lgs. 6 maggio 2011 n.159 in materia di prevenzione reale, è applicabile alla confisca emessa ai sensi dell'art. 12 *sexies* D.L. 8 giugno 1992 n.306, divenuta irrevocabile in data antecedente all'entrata in vigore della legge 24 dicembre 2012, n. 228 (c.d. *Legge di stabilità*), che ha esteso lo statuto normativo della tutela delle posizioni creditorie anche alle confische emesse in sede penale.

13 Cass. Sez. I, n. 26527 del 20 maggio 2014.

14 Così ad esempio Cass. Pen., Sez. II, n. 10471 del 17.2.2014 ed anche Cass. Pen., Sez. V, n. 8935 del 20 gennaio 2016.

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

Le Sezioni Unite Civili, già con la sentenza n. 10532 del 2013, affermavano che la l. n. 228/12 non aveva colto *“l’occasione per regolamentare anche le conseguenze della confisca disciplinata dall’art. 12-sexies l. n. 356 del 1992, che, per la sua natura e per le sue caratteristiche, è destinata ad incidere anche sui terzi estranei al procedimento» in un’ottica di “complessiva razionalizzazione di tutti i procedimenti di sequestri patrimoniali, avviata con l’art. 30 del Codice Antimafia che ha previsto la prevalenza del sequestro e della confisca di prevenzione su quella disposta in sede penale”*. Proprio questa equiparazione consentirebbe di evitare illegittime disparità di trattamento nella tutela dei terzi compatibilmente con l’art. 42 Cost e con l’art. 1 Prot add. 1 CEDU nell’interpretazione fornite dalla Corte di Strasburgo.

Alla luce di quanto più sopra esposto mal si comprende, pertanto, la ragione della mancata estensione di tale diritto anche ai terzi titolari di diritti reali di garanzia sui beni sequestrati, operata per il procedimento di prevenzione e non per quello finalizzato alla confisca allargata<sup>15</sup>.

---

15 Cfr. F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali e la confisca ex art. 12 sexies l. n. 356/92*, Milano, 2012, 713 ss.