

## QUESTIONI APERTE

---

### Misure di prevenzione

#### La decisione

**Misure di prevenzione - Confisca - Diritti dei terzi - Opponibilità del credito - Condizioni - Successione di leggi - Legge applicabile** (L. n. 161 del 2017, art. 20; d. lgs. n. 159 del 2011, art. 52; l. n. 228 del 2012, art. 1, co. 200).

*In forza della natura, recettizia e non dinamica, del rinvio operato dall'art. 1, comma 200, della l. n. 228 del 2012 all'art. 52 del d.lgs. n. 159 del 2011, le modifiche introdotte dall'art. 20 della l. n. 161 del 2017 al citato art. 52 non si applicano ai rapporti tra creditori ipotecari o pignoranti e Stato con riferimento alle procedure di confisca precedenti l'entrata in vigore del d.lgs. n. 159 del 2011. Pertanto, ai procedimenti instaurati ai sensi dell'art. 1, comma 194, della l. n. 228 cit. non è applicabile la più restrittiva condizione prevista dall'innovato art. 52 cit., in punto di dimostrazione della buona fede e dell'incolpevole affidamento da parte del titolare di diritti reali di garanzia costituiti in tempo precedente al sequestro.*

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE QUINTA, 15 gennaio 2018 (c.c. 14 dicembre 2017) - LAPALORCIA, *Presidente* - CAPUTO, *Relatore* - ZACCO, *P.M.* (conc. conf.) - DoBank s.p.a., ricorrente.

#### **Opponibilità alla confisca e buona fede del creditore: brevi rilievi su un'irragionevole previsione**

1. La decisione in commento si segnala particolarmente per l'interpretazione del co. 1, lett. "b" dell'art. 52 del d.lgs. n. 159 del 2011, quale risulta a seguito della modifica apportata dall'art. 20 della l. n. 161 del 2017. L'art. 52 cit., com'è noto prevede la tutela dei diritti dei terzi e il primo comma esordisce affermando che, a determinate condizioni, «La confisca non pregiudica i diritti di credito dei terzi che risultano da atti aventi data certa anteriore al sequestro, nonché i diritti reali di garanzia costituiti in epoca anteriore al sequestro». Tra le condizioni all'avverarsi delle quali ciò è possibile, quella appunto di cui alla lett. "b" che, nella versione originaria voleva che il credito non fosse 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», mentre, dopo la modifica, vuole «che il credito non sia strumentale all'attività illecita o a quella che ne costituisce il frutto o il reimpiego, sempre che il creditore dimostri la buona fede e l'inconsapevole affidamento».

Si tratta di un'innovazione che introduce una condizione curiosa e vessatoria

insieme. Secondo il nuovo testo, infatti, il terzo titolare di un diritto di credito o di un diritto reale di garanzia, anche laddove non sussista la strumentalità del credito rispetto all'illecito, è sempre tenuto a dimostrare la sua buona fede e il suo incolpevole affidamento. Come rileva esattamente la decisione in commento, la configurazione di tale condizione, che poneva in termini di alternatività la mancanza del nesso di strumentalità all'attività illecita del credito, da un lato, e, dall'altro, l'ignoranza in buona fede di tale nesso, è stata sostituita da una configurazione cumulativa dei due presupposti, cosicché, strumentale o meno che siano il credito o la garanzia, è la buona fede che deve essere sempre dimostrata.

2. Prima di indugiare sulla nuova disciplina, giova porre mente alla produzione giurisprudenziale formatasi su quella previgente. Ciò, intanto per sottolineare come la giurisprudenza avesse ben recepito che il bilanciamento tra l'azione dello Stato e l'esigenza di tutela del terzo era pienamente soddisfatto dalle precedenti condizioni; poi, per saggiare come l'ambito di prova prima definito fosse, diversamente dall'attuale, razionale e conforme a principi.

E si ha, dunque, che l'affermazione, secondo cui «i diritti reali di garanzia costituiti in epoca anteriore al sequestro non sono pregiudicati dalla confisca, ove ricorrano le condizioni: *a)* che l'escussione del restante patrimonio del proposto sia risultata insufficiente al soddisfacimento del credito, salvo per i crediti assistiti da cause legittime di prelazione su beni sequestrati; *b)* 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»<sup>1</sup>, oltre ad avere base nel testo normativo, era assolutamente in linea col principio del necessario rispetto dei diritti dei terzi creditori in buona fede.

Accertata, infatti, la strumentalità del credito - accertata, cioè, l'utilizzazione della via del credito da parte del proposto per tentare di porre al riparo dalla pretesa dello Stato in tutto o in parte il patrimonio illecitamente acquisito - il creditore, dimostrando l'ignoranza in buona fede di tale nesso di strumentalità, non era privato del suo diritto. La dimostrazione della buona fede, normalmente presunta, era giustificata in tal caso dalla necessità di far luce completa sulla situazione soggettiva all'origine del credito, accertata, appunto, la funzionalità di esso all'attività illecita del proposto<sup>2</sup>.

Altrimenti detto, la buona fede del terzo creditore sul bene sottoposto a confisca anteriormente al sequestro, costituiva condizione necessaria per l'oppo-

---

<sup>1</sup> Così, tra le tante, Cass., Sez. VI, 16 giugno 2015, Banca Ragusa, in *Mass. Uff.*, 264373.

<sup>2</sup> Così Cass. Sez. VI, 30 aprile 2015, Banca Monte Dei Paschi Di Siena S.p.a., in *Mass. Uff.*, 265606.

nibilità al provvedimento di confisca solo nell'ipotesi in cui l'erogazione del credito fosse risultata «oggettivamente funzionale all'attività illecita del prevenuto»<sup>3</sup>, in quanto, laddove tale funzionalità fosse stata esclusa, l'opponibilità costituiva la diretta conseguenza dell'accertamento negativo sulla finalità illecita cui tendeva l'operazione creditizia: aggirare, cioè, col ricorso al credito, la pretesa dello Stato sui beni illecitamente acquisiti.

3. Su tale (razionale) impianto ha inciso la modifica che, cumulando i presupposti, ha imposto sempre e comunque la dimostrazione, tanto della non funzionalità dell'erogazione del credito all'attività illecita del proposto, quanto della buona fede del creditore. Secondo un modo di procedere le cui ragioni sfuggono, si pretende dal creditore la prova della buona fede (e pure dell'incolpevole affidamento) anche quando non sussista effettivo bisogno: nel caso in cui, cioè, la strumentalità del credito è esclusa e, quindi, l'erogazione oggettivamente e soggettivamente lecita.

L'irragionevolezza di tale scelta è evidente. Rispetto alla tutela concreta ed effettiva della posizione del terzo creditore, l'estensione della necessaria dimostrazione della buona fede anche in assenza di una situazione oggettivamente equivoca o illecita rispetto alla quale dar conto della propria condotta, si risolve in un aggravio probatorio del tutto ingiustificato e, a ben vedere, senza oggetto. A fronte, infatti, di una situazione caratterizzata dalla accertata non funzionalità dell'erogazione all'attività illecita del proposto, non si comprende quale debba essere il fatto rispetto al quale deve essere dimostrata la buona fede, tale non potendo essere il motivo che ha indotto all'erogazione, stante la sua evidente irrilevante se l'erogazione, esclusa come strumentale, è conseguentemente affermata come operazione estranea all'agire *contra legem* e ai propositi delittuosi del soggetto titolare del patrimonio.

La preminenza accordata dal sistema ai diritti dei creditori rispetto alle pretese dello Stato<sup>4</sup> - preminenza, che ha fondamento nella tutela costituzionale della libertà di iniziativa economica e di contratto, entrambi considerati con la protezione del corretto funzionamento del mercato dall'art. 41, co. 2 e 3 Cost. - risulta compromettere la ragionevolezza della nuova condizione.

Se, infatti, il giudizio di ragionevolezza deve svolgersi «attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insin-

<sup>3</sup> Cass., Sez. V, 3 ottobre 2016, Banca Del Lavoro Del Piccolo Risparmio S.p.a. Gruppo Popolare Pugliese, in *Mass. UII*, 268418.

<sup>4</sup> Va ricordato che Cass., Sez. I, 15 febbraio 2016, Edil Merici, in *Mass. UII*, 266045, infatti, riprendendo Cass., Sez. I, 20 maggio 2014, Italfondiaro S.p.a., *ivi*, 259332, ha accertamente esteso le norme dettate dagli artt. 52 ss. del d.lgs. n. 159 del 2011 anche alle ipotesi di confisca emesse in sede penale nell'ambito dei procedimenti relativi ai delitti di cui all'art. 51, co. 3 *bis*, c.p.p.

dacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti»<sup>5</sup>, l'assenza di oggettive situazioni che giustifichino l'adozione del particolare onere probatorio di dimostrazione in ogni caso della buona fede da parte del creditore pone in chiaro l'irragionevolezza della disposizione, appunto per l'impossibilità di comprendere, nell'assenza di effettive necessità, a quali interessi di rilievo costituzionale abbia fatto riferimento il legislatore per superare il principio della tutela del credito lecito rispetto alla pretesa dello Stato.

Declinata la ragionevolezza nella formula del «ragionevole e proporzionato bilanciamento»<sup>6</sup>, l'assenza di bilanciamento tra la pretesa del terzo alla soddisfazione del proprio credito lecito e la pretesa dello Stato, per un verso; il mancato rispetto della proporzione tra onere probatorio e sussistenza di situazioni obiettive da provare, per altro verso, inficiano di irragionevolezza la disposizione di cui all'art. 52, co. 1, lett. "b" del d.lgs. n. 159 del 2011, così come innovata dall'art. 20 della l. n. 161 del 2017.

**SANDRO FURFARO**

---

<sup>5</sup> Corte cost., n. 1130 del 1988.

<sup>6</sup> Si vedano in proposito, oltre Corte cost. n. 1130 cit., Corte cost., n. 220 del 1995 e Id., n. 227 del 2010.