

## QUESITI

---

**ILARIA REDAELLI**

### **Brevi note su confisca sanzione e diritti dei terzi in buona fede**

La confisca incidente sui beni dei terzi solleva numerosi dubbi interpretativi che richiedono un profondo ripensamento della complessa e stratificata disciplina che garantisce tutti i soggetti coinvolti.

*Short written about confiscation-penalty and the rights of bona fide third parties*

*The confiscation of assets owned by third parties determines numerous interpretative doubts that require a profound rethinking of the complex and stratified discipline that guarantees all the parties involved.*

**SOMMARIO:** 1. Terzi in buona fede ex art. 19 d.lgs. 231/2001 ed ente dichiarato fallito. 2. *Segue:* il terzo in buona fede e il diritto di difesa.

1. *Terzi in buona fede ex art. 19 d.lgs. 231/2001 ed ente dichiarato fallito.* L'art. 19 d.lgs. 231/2001, nello stabilire che «nei confronti dell'ente è sempre disposta, con la sentenza di condanna, la confisca del prezzo o del profitto del reato, salvo che per la parte che può essere restituita al danneggiato», precisa che «sono fatti salvi i diritti acquisiti dai terzi in buona fede».

La *ratio* della previsione risponde alla comprensibile esigenza di «non sottrarre all'ente qualcosa che già non gli appartiene»<sup>1</sup>.

La questione, tuttavia, si presenta, nei suoi profili applicativi, molto più complessa di quanto possa apparire a prima vista. In particolare, risulta ancora controversa la portata della clausola di riserva con riferimento ai diritti diversi dalla proprietà.

Come è noto, in tema di confisca penale, seppur intesa come misura di sicurezza, la disposizione cardine, di carattere generale, è rappresentata dall'art. 240 c.p. che, al terzo comma, esclude la possibilità di ablazione delle cose (beni e strumenti informatici o telematici) appartenenti a persona estraneo al reato<sup>2</sup>.

La giurisprudenza ormai consolidata della Corte di cassazione<sup>3</sup> e la dottrina

---

<sup>1</sup> Così GIAVAZZI, Sub. art. 19 Confisca, *Il sistema sanzionatorio*, in *Responsabilità "penale" delle persone giuridiche*, a cura di Giarda, Mancuso, Spangher, Varraso, Milano, 2007, 178.

<sup>2</sup> Cfr. sul punto anche GIAVAZZI, Sub. art. 19 Confisca, *Il sistema sanzionatorio*, cit., 178.

<sup>3</sup> Per Cass., Sez. un., 25 settembre 2014, *Uniland s.p.a. e altri*, in *Mass. Uff.*, n. 263684, 20 con n. di D. BIANCHI in *Giur. it.*, fasc. 8-9, 2015, 1995. ss.; TERESA, in *Proc. pen. giust.*, fasc. 3, 2015, 41; M. BONTEMPELLI, in *questa Rivista*, EZIO, in *Cass. pen.*, 2016, 2894; CERQUA, in *Fall. altre proc. conc.*, fasc. 2, 2016, 179, «(...) l'espressione letterale usata dal legislatore e la logica del sistema ... rendono certi che salvaguardato è il diritto di proprietà del terzo acquisito in buona fede, oltre agli altri diritti reali insistenti».

maggioritaria ritengono che il concetto di appartenenza sia limitato ai soli diritti reali<sup>4</sup> ovvero che possa essere esteso, eventualmente, ai diritti reali di garanzia che determinano una indisponibilità del bene da parte del proprietario<sup>5</sup>.

Tuttavia, l'art. 19 d.lgs. 231/2001, facendo salvi i «diritti acquisiti dai terzi in buona fede», sembra estendere «[...] l'applicazione della clausola anche a titoli diversi dal diritto di proprietà del bene»<sup>6</sup>, come, ad esempio, i diritti di credito e di carattere reale. In caso contrario, infatti, il legislatore avrebbe esplicitamente circoscritto l'applicazione della disposizione in parola ad una limitata sfera di diritti. Appare, dunque, innegabile come l'interpretazione sostenuta dalle Sezioni Unite si scontri inesorabilmente con la lettera della legge e con il basilare principio ermeneutico *ubi lex voluit ibi dixit*.

Nonostante la disposizione si presti testualmente ad una esegesi estensiva e maggiormente garantista, permane, tuttavia, la tendenza generalizzata ad una interpretazione restrittiva della locuzione «diritti» che impedisce al creditore di ricercare nel patrimonio dell'ente il complesso dei beni attraverso i quali esso risponde dell'adempimento delle obbligazioni, ai sensi dell'art. 2740 c.c. Ne discende, pertanto, un quadro quanto mai incerto in cui alla apparente chiarezza del dato normativo segue irrimediabilmente l'arretramento delle garanzie individuali.

Per determinare il significato della disposizione, l'interprete, oltre al dato letterale, deve anche fare riferimento al criterio logico e a quello sistematico: nel sistema delineato dal d. lgs. 231/2001, ai sensi dell'art. 9, la confisca assume il ruolo di sanzione principale per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato

ti sui predetti beni, mobili o immobili che siano. ... la norma non parla di salvaguardia dei diritti di credito eventualmente vantati da terzi». Più recentemente, questa tesi è stata accolta anche dalla giurisprudenza di merito, Trib. Torino, Sez. IV pen., 15 dicembre 2017, ined., 3.

<sup>4</sup> Per ALESSANDRI, *Confisca nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. III, Torino, 1989, 50: «sul piano schiettamente esegetico i problemi (...) riguardano sia la nozione di estraneo, che quella di appartenenza. Partendo da quest'ultima, sembra da condividere la tesi che la identifica con il diritto di proprietà (...)».

<sup>5</sup> In questo senso, ALESSANDRI, *Confisca nel diritto penale*, cit., 54.

<sup>6</sup> Così GIAVAZZI, *Sub. art. 19 Confisca, Il sistema sanzionatorio*, cit., 178. Nello stesso senso, DELLO RUSSO, *Rapporti tra confisca per equivalente e procedura fallimentare*, in *questa Rivista*, 2015, 2, secondo il quale l'art. 19 d.lgs. 231/2001 si estenderebbe «a tutti i diritti (di credito e di carattere reale)»; EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema delle responsabilità degli enti*, Torino, 2011, p.145 che, con riferimento all'art. 19, co. 1, d. lgs. 231/2001, afferma quanto segue: «[...] la norma è ancor più articolata [...] non facendo distinzione in base alla natura del diritto (con possibile apertura a diritti reali di godimento o di garanzia o a diritti di credito) o sulla qualifica del terzo (sia esso persona offesa o altro) purché in buona fede».

<sup>7</sup> In questo senso DELLO RUSSO, *Rapporti tra confisca per equivalente e procedura fallimentare*, cit., 2.

commessi dall'ente. L'art. 19 d.lgs. 231/2001 riconosce tutela alle persone terze in buona fede nell'ottica di un bilanciamento tra la pretesa punitiva statale e la sfera patrimoniale di soggetti che non rivestono la qualifica di indagato-imputato.

Del resto, sebbene l'art. 52 d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, imponga, in presenza di determinate condizioni, una confisca rispettosa dei diritti reali di garanzia costituiti in epoca anteriore al sequestro, e quindi tale da non pregiudicare i diritti di credito dei terzi, è pur vero che nulla osterebbe a ritenere che l'art. 19 d.lgs. 231/2001 abbia scelto un diverso approccio, escludendo proprio la tutela dei diritti di credito del terzo in buona fede<sup>8</sup>.

Il problema non è, quindi, legato a una interpretazione coerente di tutte le varie ipotesi di confisca disseminate nel sistema penale. L'interpretazione giurisprudenziale restrittiva dell'art. 19 d.lgs. 231/2001, volta a negare la tutela giuridica al creditore terzo in buona fede, rappresenta, infatti, un'esegesi contraria agli artt. 3 e 24 commi 1 e 2 Cost. La questione da porre è, pertanto, quella di sottoporre la disposizione in esame a una interpretazione costituzionalmente orientata, che tenga altresì conto dell'esigenza di certezza dei rapporti giuridici che sarebbe sicuramente compromessa nel caso in cui il terzo si vedesse privato del suo diritto di credito nei confronti dell'ente.

Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, di cui al d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, interviene a disciplinare espressamente la materia, estendendo a tutti i sequestri a fini di confisca le disposizioni del Codice antimafia in tema di tutela dei terzi e di rapporti con le procedure concorsuali<sup>9</sup>. L'art. 104-*bis*, comma 1-*bis*, secondo periodo, norme. att. c.p.p., come sostituito dall'art. 373 c.c.i. dispone quanto segue: «quando il sequestro è disposto ai sensi dell'art. 321, comma 2, del codice ai fini della tutela dei terzi e nei rapporti con la procedura di liquidazione giudiziaria si applicano, altresì, le disposizioni di cui al Titolo IV del Libro I del citato [d.lgs. n. 159/2011]». La previsione richiamata è destinata ad entrare in vigore soltanto dal 15 agosto 2020, ciononostante, alla luce della precisa scelta legislativa, si ritiene ormai superato l'approdo giurisprudenziale secondo cui per l'art. 19 d.lgs. 231/2001 sarebbero meritevoli di riconoscimento e tutela soltanto i terzi titolari di diritti reali sul bene.

---

<sup>8</sup> Il tema della tutela dei terzi creditori, in relazione ai rapporti tra fallimento e sequestro antimafia, è stato affrontato, fra i primi, da GAITO, *Sui rapporti tra fallimento e sequestro antimafia in funzione di confisca*, in *Studi sul processo penale. In ricordo di Assunta Mazzarra*, Padova, 1996, 202.

<sup>9</sup> Cfr. BONTEMPELLI, PAESE, *La tutela dei creditori di fronte al sequestro e alla confisca*, in *Dir. pen. cont.*, n. 2, 2019, 123 ss., ROMANELLI, *Legittimazione del curator all'impugnazione del sequestro preventivo: la parola torna alle Sezioni Unite*, in *Il Fallimentarista*.

L'art. 104-*bis*, co. 1-*bis*, secondo periodo, n. att. c.p.p., come sostituito dall'art. 373 c.c.i. si pone in rapporto di specialità rispetto all'art. 19 d. lgs. 231/2001 che, non prevedendo le limitazioni di cui all'art. 52 d.lgs. n. 159/2011, offre, attualmente, una maggiore tutela a favore dei diritti di credito.

L'art. 19 d.lgs. 231/2001 implica anche una stretta relazione tra confisca e fallimento, e contempera le esigenze punitive perseguite dallo Stato con la tutela dei terzi in buona fede e dei creditori ammessi al passivo fallimentare. Il concomitante assoggettamento dell'ente alla procedura fallimentare e all'accertamento previsto dal d.lgs. 231/2001 genera inevitabilmente un conflitto di interessi poiché l'irrogazione della sanzione-confisca colpisce inevitabilmente la società responsabile del reato e, in maggior misura, i suoi creditori che concorrono con la pretesa punitiva dello Stato. In tale ipotesi, l'ente non viene a subire alcun reale pregiudizio, poiché proprio a causa del fallimento perde la disponibilità dei propri beni e, conseguentemente, gli effetti negativi insiti nella sanzione si ripercuotono inevitabilmente sui creditori, già danneggiati dall'insolvenza della società fallita<sup>10</sup>. Premesso che la tutela accordata dall'art. 19 d.lgs. 231/2001 riguarda anche i diritti di credito, quali quelli azionati in sede fallimentare e considerato che il sequestro impedisce la liquidazione dei beni alla massa nonché l'assegnazione ai creditori di beni non necessitanti di liquidazione, come il denaro, affinché la norma in questione consenta una tutela effettiva dei diritti dei terzi creditori, appare indispensabile il riconoscimento della legittimazione ad impugnare in capo al curatore<sup>11</sup>, come d'altronde hanno avuto modo di chiarire recentemente le Sezioni Unite della Corte di cassazione<sup>12</sup>. L'imputato-indagato, infatti, potrebbe non avere

---

<sup>10</sup> Cfr. sul punto DI GERONIMO, *La confisca del profitto del reato, tra responsabilità da reato delle società ed esigenze di garantire il soddisfacimento dei creditori nella procedura fallimentare: pregi e limiti della soluzione prospettata dalle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 2015, 3033.

<sup>11</sup> La dottrina più attenta ha avuto modo di evidenziare che: «persistendo il sequestro, i diritti dei creditori risulteranno irrealizzati, non potendosi determinare il presupposto logico del riparto dell'attivo, vale a dire il trasferimento della proprietà dei beni della società fallita attraverso la liquidazione; né potendo essere assegnati ai creditori, nonostante l'avvenuto riparto, i beni non necessitanti di liquidazione (in quanto già liquidi, come le somme di denaro). In questa situazione, il sequestro non è più 'funzionale' al fallimento, ma confligge con le esigenze della procedura concorsuale. Anche da questa angolazione il sequestro può e deve 'incontrare limiti e preclusioni come si verifica in ogni settore dell'esperienza giuridica', mentre non può essere considerato 'una sorta di super-istituto omnivoro, tale da sopravanzare ogni altra "situazione giuridica" comunque determinatasi», BONTEMPELLI, *Sequestro preventivo a carico della società fallita, tutela dei creditori di buona fede e prerogative del curatore*, in *questa Rivista*, 2015, 4. V. anche GAITO, *Sui rapporti tra fallimento e sequestro antimafia in funzione di confisca*, in *cit.*, 202.

<sup>12</sup> La *vexata quaestio* circa la legittimazione del curatore fallimentare a chiedere la revoca del sequestro

preventivo a fini di confisca e ad impugnare i provvedimenti in materia cautelare reale, quando il vincolo penale sia stato disposto prima della dichiarazione di fallimento, è stata da ultimo affrontata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che hanno affermato il seguente principio di diritto: «il curatore fallimentare è legittimato a chiedere la revoca del sequestro preventivo a fini di confisca e ad impugnare i provvedimenti in materia cautelare reale», Cass., Sez. un., sent. 26 settembre 2019, in *Mass. Uff.*, n. 277257, § 9. Le Sezioni unite hanno avuto modo di specificare quanto segue: «in questo contesto, senza dubbio problematico, vi è un dato certo di carattere normativo, che risulta determinante per la soluzione della questione. L'art. 322-*bis* c.p.p. nel disciplinare l'appello avverso le ordinanze in materia di sequestro preventivo, procedura sulla quale si è innestato il ricorso in discussione, indica quali soggetti legittimati a proporre l'impugnazione, oltre al pubblico ministero, all'imputato e al difensore di questi, anche "la persona alla quale le cose sono state sequestrate e quella che avrebbe diritto alla loro restituzione"; una disposizione, questa, peraltro già dettata nel precedente art. 322, in materia di riesame del decreto di sequestro preventivo, e puntualmente riportata nel successivo art. 325, a proposito del ricorso per cassazione avverso le ordinanze che decidono nelle procedure di riesame e di appello. Da questa formulazione risulta in primo luogo evidente il riferimento del legislatore alla persona alla quale le cose sono state sequestrate, ed a quella che avrebbe diritto alla loro restituzione, come soggetti diversi e non coincidenti; per cui l'avente diritto alla restituzione, come del resto riconosciuto dalla giurisprudenza di legittimità, può essere individuato in una persona diversa da quella a cui il bene è stato sequestrato (Cass., Sez. II, 03 dicembre 2013, Casella, *Mass. Uff.*, n. 257359; Id., Sez. II, 08 ottobre 2010, Gaias, *ivi*, n. 248772). L'avente diritto ha pertanto, nella previsione normativa, una sua distinta fisionomia, quale soggetto portatore di un proprio interesse meritevole di tutela (Cass., Sez. VI, 27 maggio 1994, Della Volta, *Mass. Uff.*, n. 199051). In secondo luogo, se di tali soggetti la 'persona alla quale le cose sono state sequestrate' è testualmente identificata in base ad una circostanza di fatto, la 'persona che avrebbe diritto alla loro restituzione' ha assunto, nell'interpretazione che a tale nozione è stata data in sede giurisprudenziale, una configurazione estesa all'esistenza di un rapporto di fatto della persona con il bene, non essendo necessario che sullo stesso la persona vanti un diritto reale. È sufficiente, a tali fini, che tale situazione di fatto sia tutelata dall'ordinamento, e che la stessa dia luogo ad una posizione giuridica autonoma del soggetto rispetto al bene (Cass., Sez. V, 04 ottobre 1994, Rapisarda, *Mass. Uff.*, n. 199929); condizioni, queste, riconosciute in fattispecie di possesso o detenzione qualificata, come nei casi del conduttore di un immobile (Cass., Sez. III, 22 aprile 2010, Vicidomini, *Mass. Uff.*, n. 247693) o del promissario acquirente già immesso nel possesso del bene (Cass., Sez. III, 22 ottobre 2009, Soto, *ivi*, n. 245222). La persona avente diritto alla restituzione della cosa sequestrata, legittimata all'impugnazione dei provvedimenti dispositivi o confermativi del sequestro, è dunque identificata dalla disponibilità autonoma e giuridicamente tutelata del bene. Una disponibilità rispondente a queste caratteristiche è senza dubbio esistente in capo al curatore rispetto ai beni del fallimento. Come disposto dall'art. 42, comma 1, L. Fall., "la sentenza che dichiara il fallimento priva dalla sua data il fallito dell'amministrazione e della disponibilità dei suoi beni esistenti alla data di dichiarazione di fallimento". La disponibilità di tali beni, da quel momento, si trasferisce dal fallito agli organi della procedura fallimentare. Di essi, il curatore è incaricato dell'amministrazione della massa attiva nella prospettiva della conservazione della stessa ai fini della tutela dell'interesse dei creditori, come indiscutibilmente affermato dalla giurisprudenza di legittimità (Cass., Sez. III, 17 dicembre 2018, Casa di cura Trusso s.p.a., *Mass. Uff.*, n. 275453; Id., Sez. V, 09 ottobre 2013, Fallimento (...), *ivi*, n. 257553); ed in questa veste, l'art. 43 L. Fall. gli attribuisce la rappresentanza in giudizio dei rapporti di diritto patrimoniale compresi nel fallimento (Cass., Sez. II civ., n. 11737 del 15 maggio 2013, *Mass. Uff.*, n. 626734). La giurisprudenza civilistica qualifica esplicitamente il curatore come detentore dei beni del fallimento (Cass., Sez. II, civ., n. 16853 del 11 agosto 2005, *Mass. Uff.*, n. 585055). E si tratta senz'altro di una detenzione qualificata, anche per il carattere pubblicistico della funzione per la quale la stessa è attribuita. La stessa sentenza Uniland ammette la natura pubblica della figura del curatore nella gestione dei beni del fallimento; e su questo aspetto è concorde con quanto già affermato nella sentenza Focarelli, peraltro richiamando consolidati principi civilistici (Cass., Sez. I civ., 06 marzo 1995, *Mass. Uff.*, n. 490929), in ordine alla qualificazione

del curatore come organo che esercita una pubblica funzione nell'ambito dell'amministrazione della giustizia. La disponibilità dei beni del fallimento, di cui il curatore è titolare, è dunque riconosciuta dall'ordinamento e oggetto di una posizione giuridicamente autonoma nell'esercizio dei poteri di amministrazione e di rappresentanza in giudizio che al curatore sono per quanto detto conferiti. Ed è sulla base di queste considerazioni che la giurisprudenza di legittimità, del resto, ha espressamente ricondotto la posizione del curatore a quella della persona avente diritto alla restituzione dei beni sequestrati, ai fini della previsione di cui all'art. 322-*bis* c.p.p. (Cass., Sez. II, 16 maggio 2003, Sajeva, *Mass. Uff.*, n. 227479). Il tema dell'attribuibilità al curatore della legittimazione ad impugnare i provvedimenti cautelari reali adottati sui beni del fallimento, in quanto persona avente diritto alla restituzione di essi in caso di dissequestro, non veniva affrontato nella sentenza Uniland. Come opportunamente osservato nell'ordinanza di rimessione, le conclusioni formulate in quella sede si limitavano ad escludere che il curatore fosse titolare di diritti reali sui beni in questione; titolarità che, come si è detto, non esaurisce le situazioni nelle quali il soggetto assume la posizione di avente diritto alla restituzione del bene secondo la previsione normativa. Nella stessa sentenza, peraltro, si dava atto della funzione gestionale svolta dal curatore nell'interesse dei creditori; ma la rilevanza di tale funzione, anche nella sua pur riconosciuta dimensione pubblicistica, non veniva esaminata nell'ottica della configurabilità di un diverso ed autonomo titolo di legittimazione del curatore all'impugnazione. Guardando invece il problema da questo punto di vista, le conclusioni appena raggiunte sulla qualificazione del curatore come persona avente diritto alla restituzione dei beni, nella sua funzione di conservazione e reintegrazione della massa attiva del fallimento ai fini del soddisfacimento delle ragioni dei creditori a cui la procedura fallimentare è istituzionalmente destinata, consentono di riconoscere a tale soggetto la legittimazione all'impugnazione in materia di sequestri di beni facenti parte del compendio fallimentare, derivante dalla predetta posizione secondo l'espressa previsione delle norme del codice di procedura penale. Non senza considerare, d'altra parte, che il curatore si appalesa anche in termini di fatto come l'unico soggetto destinatario dell'eventuale restituzione del bene, nelle sue funzioni di rappresentanza del fallimento e di amministrazione del relativo patrimonio. Tanto supera altresì i dubbi espressi nella sentenza Uniland sulla ravvisabilità di un concreto interesse della curatela ad impugnare provvedimenti non immediatamente pregiudizievoli dell'integrità della massa fallimentare, in quanto appositivi di un vincolo a tutela di diritti che lo Stato potrà far valere sui beni solo alla conclusione della procedura fallimentare. Nella prospettiva dell'inclusione o meno del curatore fra i soggetti legittimati all'impugnazione, la descritta funzione di salvaguardia della massa fallimentare esercitata dallo stesso non consente infatti di escludere l'attualità di un siffatto interesse nella rimozione di vincoli comunque potenzialmente incidenti sulla valutazione della consistenza patrimoniale dell'attivo. La risposta al quesito proposto a queste Sezioni Unite, nei termini nei quali è specificamente formulato, impone da ultimo di precisare come non abbia fondamento, nella ricostruzione appena esposta, la limitazione della legittimazione del curatore alle impugnazioni riguardanti beni sequestrati successivamente alla dichiarazione di fallimento, prospettata dall'indirizzo giurisprudenziale formatosi successivamente alla sentenza Uniland. La legittimazione all'impugnazione del curatore, in quanto derivante dalla sua posizione di soggetto avente diritto alla restituzione dei beni sequestrati, investe necessariamente la totalità dei beni facenti parte dell'attivo fallimentare. Ciò corrisponde peraltro al dato normativo rinvenibile nel già rammentato contenuto dell'art. 42 L. Fall., per il quale la dichiarazione di fallimento, privandone il fallito, conferisce alla curatela la disponibilità di tutti i beni di quest'ultimo esistenti alla data del fallimento; e quindi anche di quelli già sottoposti a sequestro. Non può pertanto essere impedito al curatore di far valere le ragioni della procedura fallimentare con riguardo a tali beni, essi pure facenti parte dell'attivo fallimentare entrato nella disponibilità della curatela, avverso il vincolo apposto sugli stessi», Cass., Sez. un., 26 settembre 2019, *cit.*, §§ 6, 7, 8. In dottrina, analogamente, ma anteriormente alla pronuncia del supremo consesso: DI GERONIMO, *La confisca del profitto del reato, tra responsabilità da reato delle società ed esigenze di garantire il soddisfacimento dei creditori nella procedura fallimentare: pregi e limiti della soluzione prospettata dalle Sezioni Unite*, *cit.*, 3049.

Con riferimento all'ordinanza di rimessione della questione alle Sezioni unite, cfr. altresì Cass., Sez. III,

interesse ad impugnare il decreto di sequestro finalizzato alla confisca, posto che i beni «retrocederebbero» al curatore, e non alla società fallita<sup>13</sup>. Al tempo stesso, i creditori non sarebbero direttamente legittimati ad impugnare, non vantando, in corso di procedura, alcun diritto. Di conseguenza, escludendo la legittimazione del curatore, i creditori finirebbero per essere spogliati della tutela prevista dall'art. 19 d. lgs. 231/2001<sup>14</sup>.

Tale finalità, del resto, seppur con efficacia differita al 15 agosto 2020, viene perseguita anche dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza di cui al d.lgs.14/2019 che, oltre a consacrare la legittimazione del curatore (art. 320 d.lgs. 14/2019), renderà applicabili a tutti i sequestri a fini di confisca le disposizioni del Codice antimafia in tema di tutela dei terzi e dei rapporti con le procedure concorsuali.

2. *Segue: il terzo in buona fede e il diritto di difesa.* La tutela accordata al creditore presuppone, tuttavia, che egli sia «terzo in buona fede».

A questo riguardo, estendendo alla confisca prevista dal d.lgs. 231/01 alcune conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza, sarebbe da considerarsi soggetto terzo «la persona estranea al reato, ovvero la persona che non solo non abbia partecipato alla commissione del reato, ma che da esso non abbia ricavato vantaggi e utilità»<sup>15</sup>.

---

16 aprile 2019, in *Dir. pen. cont.*, con nota di MAZZACUVA; *Il fallimentarista* on line, 31 luglio 2019, con nota di ROMANELLI. Per la ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali in materia di legittimazione del curatore si veda Cfr. ROMANELLI, *Legittimazione del curatore all'impugnazione del sequestro preventivo: la parola torna alle Sezioni Unite*, cit., § 4. *Le soluzioni giuridiche*.

<sup>13</sup> In questo senso, DI GERONIMO, *La confisca del profitto del reato, tra responsabilità da reato delle società ed esigenze di garantire il soddisfacimento dei creditori nella procedura fallimentare: pregi e limiti della soluzione prospettata dalle Sezioni Unite*, cit., p. 3049 da cui è tratta la citazione precedente nel testo.

<sup>14</sup> Evidenzia la posizione di terzietà del curatore fallimentare GAITO, *Sui rapporti tra fallimento e sequestro antimafia in funzione di confisca*, cit., 210: «il curatore fallimentare, lungi dal sostituire o rappresentare il fallito o i creditori, agisce in posizione di terzietà».

<sup>15</sup> Cass., Sez. un., 25 settembre 2014, *Uniland s.p.a. e altri*, cit., 27. Trattasi di un orientamento giurisprudenziale risalente nel tempo. In questo senso, a titolo esemplificativo, si veda Cass., Sez. I, 6 novembre 1995, Amadei, in *Mass. Uff.*, n. 20275: «ai fini dell'applicazione dell'ultimo comma dell'art. 240 cod. pen. - in base al quale la confisca obbligatoria prevista dal secondo comma delle medesima disposizione non si applica a quelle cose che appartengono a persona estranea al reato quando la fabbricazione e l'uso possono esserne autorizzati - il concetto di estraneità al reato deve distinguersi da quello di estraneità al processo penale: può ritenersi infatti estraneo al reato soltanto chi risulti non aver avuto alcun collegamento, diretto o indiretto, con la consumazione del fatto reato, ossia soltanto chi non abbia posto in essere alcun contributo di partecipazione o di concorso, ancorché non punibile, e non anche colui il quale, pur implicato nella fattispecie criminosa, sia sfuggito o non sia ancora sottoposto o venga separatamente sottoposto a procedimento penale».

Sul punto, anche la Corte costituzionale ha escluso la compatibilità con l'art. 27, co. 1, Cost. dell'art. 66

Gli indirizzi di legittimità, ribadendo di non poter tutelare il diritto del terzo qualora costui abbia tratto vantaggio dall'altrui reato e dovendo, al contrario, identificare la sussistenza, in tale circostanza, di un collegamento tra la posizione del terzo e la commissione del fatto criminoso che non permette di considerarlo ad esso estraneo, hanno altresì precisato che «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»<sup>16</sup>.

A fondamento del requisito della buona fede e dell'affidamento incolpevole ingenerato da una situazione di apparenza che rende scusabile l'ignoranza o il difetto di diligenza vi è il principio di personalità della responsabilità penale, sancito dall'art. 27, co. 1, Cost., che non consente di attribuire alla confisca una base meramente oggettiva<sup>17</sup> e permette di riportare al paradigma della colpevolezza il sacrificio del diritto del terzo.

Alla luce di siffatta impostazione, al fine di assicurare una interpretazione costituzionalmente orientata, per la giurisprudenza la buona fede del terzo è il requisito che consente a tale soggetto di essere tutelato dalla confisca quando, pur essendosi avvantaggiato oggettivamente dalla commissione del reato altrui, non gli possa però essere mosso alcun rimprovero, nemmeno a titolo di colpa, per la condotta da lui tenuta<sup>18</sup>.

La *ratio* di tale interpretazione risiede nel poter aggredire il profitto del reato

---

l. 1 giugno 1939 n. 1089 (tutela delle cose di interesse artistico o storico) e dell'art. 116, comma 1, della l. 25 settembre 1940 n. 1424 (legge doganale), come sostituito dall'art. 301, co. 1, d.P.R. 23 gennaio 1973 n. 43, nella parte in cui prevedono la confisca di opere tutelate dalla legge suddetta n. 1089 del 1939, che siano state oggetto di esportazione abusiva, anche quando risultino di proprietà di un terzo che non sia autore del reato e non ne abbia tratto in alcun modo profitto, Corte cost., 19 gennaio 1987, n. 2, in *Giust. pen.* 1987, I, 339.

In dottrina cfr., GIAVAZZI, Sub. art. 19 Confisca, *Il sistema sanzionatorio*, cit., 178. L'A. precisa che terzo può essere anche un altro ente che non ha partecipato all'illecito o che non ha agito come schermo per la commissione del medesimo. ID. Art. 19 in *Codice proc. pen. comm.*, vol. III, a cura di Giarda, Spangher, 2017, 1690.

<sup>16</sup> Cass., Sez. un., 28 aprile 1999, Bacherotti, in *Mass. Uff.*, n. 213511. Più recentemente, tale assunto è stato richiamato anche da Cass. pen. S.U., 25 settembre 2014, *Uniland s.p.a. e altri*, cit., 28.

<sup>17</sup> In questo senso, Cass., Sez., 28 aprile 1999, *Bacherotti* cit.

<sup>18</sup> In questo senso EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema delle responsabilità degli enti*, cit., 162. Per TROISI, *Adprehensio rei e "buona fede" del terzo*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, 1176: «la buona fede è, in effetti, l'elemento che, nella morfologia della (...) confisca-pena esclude la 'colpevolezza' del soggetto, impedendo l'applicazione di sanzioni con finalità punitive».



o qualsivoglia vantaggio ne consegua, quand'anche fuoriuscito dalla disponibilità dell'autore materiale e giunto, lecitamente, a chi non abbia apportato alcun contributo diretto o indiretto, materiale o psicologico alla commissione del fatto criminoso<sup>19</sup>.

Per tale via, però, si va oltre la *littera legis* pretendendo, oltre alla terzietà rispetto al reato, anche l'estraneità psicologica al profitto<sup>20</sup>.

Il terzo, pur non avendo concorso nel reato presupposto e seppur non imputato per i reati di favoreggiamento reale *ex artt.* 379 c.p. e di trasferimento fraudolento di valori *ex art.* 12-*quinquies* d.l. 306/1992, per la giurisprudenza è in buona fede, e quindi può vedere soddisfatta la sua pretesa creditoria, solo se nell'espletamento degli affari ha agito con la diligenza richiesta dal caso concreto o in caso di affidamento incolpevole ingenerato da una situazione di oggettiva apparenza che rende scusabile la sua ignoranza o il suo difetto di diligenza.

Come osservato dalla dottrina, in questo modo si attribuisce importanza agli atteggiamenti colposi del terzo, imponendo a tale soggetto il rispetto di un obbligo generale di diligenza nello svolgimento degli affari, similmente a quanto richiesto espressamente dalla fattispecie dell'acquisto di cose di sospetta provenienza (art. 712 c.p.)<sup>21</sup>.

Un'ulteriore conferma, seppure indiretta, può essere tratta dall'art. 474-*bis*, co. 3, c.p. che, con riferimento ai reati in materia di marchi, segni distintivi e prodotti con segni falsi (artt. 473 e 474 c.p.), esclude la confisca delle cose appartenenti a «persona estranea al reato» «qualora questa dimostri di non averne potuto prevedere l'illecito impiego, anche occasionale, o l'illecita provenienza e di non essere incorsa in un difetto di vigilanza».

Ciò nondimeno, in assenza di una espressa previsione che imponga il requisito della estraneità psicologica tanto al reato quanto al profitto, si è in presenza di un *quid pluris* di carattere pretorio e non normativo<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> La tesi è sostenuta da ROMANO, *Confisca e tutela dei terzi: tra buona fede e colpevole affidamento*, cit., 2898. Cfr. altresì TROISI, *Adprehensio rei e "buona fede" del terzo*, cit., 1176.

<sup>20</sup> TROISI, *Adprehensio rei e "buona fede" del terzo*, cit., 1176.

<sup>21</sup> In questo senso, MAUGERI, *Misure di prevenzione patrimoniale: tutela dei terzi e nozione di buona fede*, in *Dir. pen. cont.*, 12 settembre 2011, relativamente alle misure di prevenzione patrimoniali. Le conclusioni dell'A. tuttavia si ritiene possano valere anche nell'ambito della delicata tematica della tutela dei terzi in buona fede in caso di confisca ai sensi dell'art. 19 d.lgs. 231/2001.

<sup>22</sup> Osserva, CAPRARO, *Confisca, sequestro e tutela del terzo*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, 402 a proposito dell'art. 240 c.p.: «( ... ) argomenti di ordine logico (il requisito del *quo*, infatti, sarebbe inutile) inducono a considerare che la buona fede sia dimostrata già nel momento in cui il terzo provi la sua ignoranza, da intendere come non conoscibilità, usando la diligenza richiesta dalla situazione concreta, della derivazione della propria posizione di vantaggio dal reato commesso dal condannato».

La confisca di cui all'art. 19 d. lgs. 231 del 2001 diviene così una sanzione di natura penale<sup>23</sup> che colpisce il terzo per la sua negligenza all'interno di un processo in cui tale soggetto non ricopre, però, il ruolo di imputato.

La conclusione in ordine alla natura penale della confisca non può essere messa in discussione, dovendosi applicare gli *Engel criteria*<sup>24</sup> della giurisprudenza europea che, prescindendo dalla qualifica formale data dal singolo ordinamento nazionale alla ablazione, riconoscono a quest'ultima la natura di sanzione sostanzialmente penale, in ragione del suo carattere punitivo, con conseguente necessità di applicare le garanzie che la Convenzione europea riserva alla materia penale ossia il principio di colpevolezza, strettamente connesso al principio di legalità (art. 7 Cedu), secondo il quale per l'inflizione di una pena, e quindi anche della confisca, è necessaria la sussistenza di un nesso di natura intellettuale attraverso il quale sia possibile riscontrare un elemento di responsabilità nella condotta dell'autore materiale del reato<sup>25</sup>, e la

<sup>23</sup> Cfr. Corte EDU, 20 gennaio 2009, Sud Fondi c. Italia.

<sup>24</sup> Corte EDU, 8 giugno 1976, Engel c. Paesi Bassi secondo cui al fine di stabilire la sussistenza di una «accusa in materia penale», occorre tener presente tre criteri alternativi tra loro e non cumulativi (c.d. criteri di Engel): 1) la qualificazione giuridica della misura; 2) la natura della misura; 3) la natura e il grado di severità della «sanzione». È sulla base di tali criteri che la Corte accerta la violazione dell'art. 6 §1 Cedu.

<sup>25</sup> In questo senso, per quanto concerne la «confisca urbanistica», recentemente, Corte EDU, Grande Camera, 28 giugno 2018, G.I.E.M. e altri c. Italia, §242 e 243 «la Grande Camera aderisce alla tesi secondo cui la logica della pena e della punizione nonché la nozione di «*guilty*» (nella versione inglese) e la corrispondente nozione di «*personne coupable*» (nella versione francese) vanno nel senso di un'interpretazione dell'articolo 7 che esige, per punire, un legame di natura intellettuale. Infatti, così come è spiegato nella sentenza Sud Fondi S.r.l. e altri (merito, sopra citata), discende dal principio di legalità dei reati e delle pene il fatto che la legge penale deve definire chiaramente i reati e le pene che li reprimono, affinché la stessa sia accessibile e i suoi effetti siano prevedibili. Una persona sottoposta a giudizio deve poter sapere, a partire dal testo della norma pertinente e se necessario per mezzo dell'interpretazione datane dai tribunali, quali atti e quali omissioni comportano la sua responsabilità penale. Ciò significa anche che una pena nel senso dell'articolo 7 si può concepire in linea di principio soltanto a condizione che a carico dell'autore del reato sia stato accertato un elemento di responsabilità personale. C'è infatti, come ha osservato la Corte di cassazione italiana nella causa Sud Fondi S.r.l. e altri (...), un'evidente correlazione tra il grado di prevedibilità di una norma penale e il grado di responsabilità personale dell'autore del reato. La Grande Camera quindi concorda sulle conclusioni della Camera nella causa Sud Fondi S.r.l. e altri secondo cui l'articolo 7 richiede, per punire, un legame di natura intellettuale che permetta di individuare precisamente un elemento di responsabilità nella condotta dell'autore materiale del reato. Ovviamente, come ha anche indicato dalla Corte nella sua sentenza Varvara (§ 70), quest'esigenza non costituisce un ostacolo ad alcune forme di responsabilità oggettiva a livello delle presunzioni di responsabilità, a condizione che esse rispettino la Convenzione. In proposito, la Corte richiama la sua giurisprudenza relativa all'articolo 6§2 della Convenzione, secondo cui gli Stati contraenti restano liberi, in linea di principio, di punire penalmente un atto commesso fuori dal normale esercizio di uno dei diritti tutelati dalla Convenzione (sentenza Engel e altri c. Paesi Bassi dell'8 giugno 1976, § 81, serie A n. 22, 34, par. 81) e, quindi, di definire gli elementi costitutivi di tale reato. In particolare, possono, ad alcune condizioni, rendere punibile un fatto materiale od oggettivo

presunzione di innocenza (art. 6 Cedu), che impedisce l'applicazione di una pena quando la responsabilità di chi la subisce non sia stata legalmente accertata e dichiarata<sup>26</sup>.

Nel recepire le indicazioni del Giudice europeo, la Corte Costituzionale ha poi constatato che «il terzo acquirente di buona fede, che ha a buon titolo confidato nella conformità del bene alla normativa urbanistica, non può in nessun caso subire la confisca». Inoltre, sia nel caso in cui la misura colpisca l'imputato, sia che essa riguardi il terzo estraneo al reato, è «necessario che il giudice penale accerti la responsabilità delle persone che la subiscono, attenendosi ad adeguati *standard* probatori e rifuggendo da clausole di stile che non siano capaci di dare conto dell'effettivo apprezzamento compiuto». L'onere di dimostrare la mala fede del terzo «grava, nel processo penale, sulla pubblica accusa, posto che una "pena", ai sensi dell'art. 7 della Cedu, può essere inflitta solo vincendo la presunzione di non colpevolezza formulata dall'art. 6, co. 2, della Cedu»<sup>27</sup>.

Trattasi di una conclusione di «portata generale, riferibile com'è a tutte le confische aventi carattere sostanziale di 'pena' e sicuramente anche all'ipotesi in esame. L'inapplicabilità di tali misure al terzo in buona fede discende dai principi costituzionali (e convenzionali) del carattere 'personale' della responsabilità penale e della presunzione di non colpevolezza (art. 27, commi 1 e 2, Cost.)»<sup>28</sup>.

Ecco perché si impone un'interpretazione rigorosa dell'art. 19 d.lgs. 231/2001.

Anzitutto, occorre precisare il concetto di «buona fede» che si presenta, a

considerato di per sé, che provenga o meno da un intento criminoso o da una negligenza; le loro legislazioni rispettive ne offrono diversi esempi. Qualsiasi sistema giuridico prevede delle presunzioni di fatto o di diritto; la Convenzione non vi pone ostacoli in linea di principio, ma in materia penale obbliga gli Stati contraenti a non superare in proposito un certo limite. Ora, risulta dalla giurisprudenza che questo limite è superato quando una presunzione ha l'effetto di privare una persona di qualsiasi possibilità di discolarsi rispetto ai fatti di cui è accusata, privandola così del beneficio dell'articolo 6 § 2 della Convenzione (si veda, tra altre, *Salabiaku c. Francia*, 7 ottobre 1988, §§ 27-28, serie A n. 141 A, *Janosevic c. Svezia*, n. 34619/97, § 68, CEDU 2002 VII, e *Klouvi c. Francia*, n. 30754/03, § 48, 30 giugno 2011)». Cfr. altresì, sempre in materia di "confisca urbanistica", Corte eur. dir. uomo, 23 settembre 2013, *Varvara c. Italia*, Corte eur. dir. uomo, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi c. Italia* e Corte eur. dir. uomo, 30 agosto 2007, *Sud Fondi c. Italia*.

Sul punto si veda anche GALLUCCIO, *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della Corte EDU, Grande Camera, in materia urbanistica*, in *Dir. pen. cont.*

<sup>26</sup> Cfr. Corte EDU, 1° marzo 2007, *Geerings c. Paesi Bassi*, in *Cass. pen.*, 2007, 3929 ss. con n.

<sup>27</sup> Corte cost., n. 49 del 2015, in *Cass. pen.*, 2015, 2195 da cui è tratta anche la citazione precedente nel testo.

<sup>28</sup> TROISI, *Adprehensio rei e "buona fede" del terzo*, cit., 1173.

stretto rigore logico, come una superfetazione della condizione di estraneità. Quando il soggetto è realmente terzo è anche necessariamente in buona fede. Terzietà significa assenza di collegamenti con il reato, compreso il profitto tratto dallo stesso. Il requisito della buona fede finisce, perciò, per essere applicato a soggetti che non sono del tutto estranei al reato, avendone tratto oggettivamente un vantaggio. Su questo collegamento si misura il concetto di buona fede, non tanto sulla intraneità o estraneità al reato che, invece, riguarda la condizione di terzietà.

Il soggetto in buona fede non è dunque un terzo, ma un individuo che ha tratto un vantaggio dal reato commesso da altri. Su questa posizione è allora indispensabile valutare l'interno psichico, in termini di buona fede intesa quale assenza di un coefficiente psicologico anche solo colposo, come insegna la giurisprudenza.

Il tema della buona fede, ossia dell'assenza di un addebito colposo nell'aver concluso affari che determinino un vantaggio economico direttamente derivante dal reato, deve però rientrare fra gli oggetti di prova di un accertamento condotto con tutte le garanzie del processo penale, prima fra tutte quella partecipativa.

E' allora agevole concludere che, se la confisca-sanzione può colpire i beni di un terzo, significa che costui o non è realmente tale e o non è in buona fede, circostanze a suo carico che devono essere rigorosamente dimostrare in un processo in cui l'interessato sia presente e possa esercitare ogni diritto di difesa, come ogni imputato che rischia l'applicazione di una sanzione.