

## CAPITOLO IV

# LA TUTELA DEI TERZI ESTRANEI AL REATO: QUESTIONI DOGMATICHE

SOMMARIO: § 1. Premessa: i valori in campo. – § 2. La natura dell’acquisto a favore dello Stato: originario o derivativo? – § 3. L’estraneità al reato e la buona fede del terzo. Categorie concettuali e onere probatorio. – § 4. Il concetto di “appartenenza a terzi”. – § 5. L’intestazione formale a terzi di beni nella disponibilità del proposto nell’ambito della legislazione antimafia. – § 6. Impresa illecita e impresa mafiosa. – § 7. Le varie categorie di terzi estranei al reato secondo le classificazioni dottrinali. – § 8. I terzi titolari di diritti reali e i terzi creditori chirografari: i termini del dibattito. – § 8.1. I terzi titolari di diritti reali di godimento e di garanzia. – § 8.2. I terzi creditori chirografari. – § 9. I rapporti tra confisca e fallimento. Le soluzioni prospettate in dottrina. – § 9.1. La confisca di singoli cespiti: soluzione dei conflitti in base al criterio temporale. – § 9.2. La confisca delle quote societarie. – § 9.3. La confisca dell’intero compendio aziendale.

### **1. Premessa: i valori in campo**

Nei capitoli precedenti si è tentato di esaminare, senza pretese di esaustività, le connotazioni di questo istituto proteiforme che prende il nome di confisca penale.

Si è detto, in particolare, che lo stesso uso al singolare del termine “confisca” risulta ormai inappropriato, vista l’estrema versatilità che la misura ablatoria assume nelle innumerevoli disposizioni normative che la contemplano.

Si è proceduto quindi ad illustrare le principali questioni problematiche sollevate dalla confisca di prevenzione, per poi, nel capitolo III, effettuare una breve carrellata della “nuova” confisca per equivalente.

Nel presente capitolo scenderemo nel cuore del tema affrontato in questa opera, occupandoci delle interferenze tra la confisca e i diritti invocati dai terzi estranei al reato che abbiano intrattenuto rapporti con il condannato o con il proposto (in caso di confisca di prevenzione), attinti dal provvedimento ablatorio.

Dalla sovrapposizione sul medesimo patrimonio di situazioni giuridiche di varia connotazione scaturiscono problemi in relazione alla sorte dei diritti patrimoniali dei terzi che vengano colpiti direttamente o di riflesso dal provvedimento ablatorio.

Dette questioni esulano dallo stretto ambito del diritto penale, coinvolgendo l'interprete in uno sforzo di coordinamento delle disposizioni penalistiche con il sistema del diritto e del processo civile.

Se i tre precedenti sono i capitoli delle certezze, questo ed il successivo rappresentano i capitoli dei dubbi, spesso amletici, che hanno turbato e turbano tuttora il sonno dei giuristi.

Mai come questa volta si avverte, forte, il peso della latitanza del legislatore: nell'intreccio complicatissimo degli interessi, pubblici e privati, che si affastellano intorno al patrimonio del soggetto destinatario della pretesa ablatoria dello Stato, risulta alquanto arduo elaborare soluzioni che permettano, al contempo, di soddisfare l'intento repressivo o preventivo dell'ordinamento e le istanze di tutela dei terzi che, incolpevolmente, abbiano concesso credito al reo o rivendichino diritti di vario genere sulla *res* ablata.

Invero, se nessuno dubita del fatto che sottrarre ai criminali i beni di provenienza illecita, al fine di recidere in modo netto il legame tra il reo e i proventi del crimine, rappresenti un'esigenza vitale per l'intera collettività, ciò nondimeno va sottolineato che il perseguimento di detto nobile obiettivo non può transitare per l'assoluta ed incondizionata compressione dei diritti dei terzi (creditori, acquirenti, conduttori, fornitori, lavoratori e via discorrendo) legati al destinatario della misura ablatoria da rapporti giuridici o economici.

L'individuazione, sotto il profilo sostanziale non meno che processuale, di adeguati meccanismi di tutela a vantaggio dei terzi in qualche misura pregiudicati dall'intervento ablatorio dello Stato è resa alquanto difficoltosa dalla grave lacunosità della legislazione penale in materia, che, sovente, è sintomatica di un approccio di tipo emergenziale, e, inevitabilmente, disorganico, alla tematica che ci occupa.

Tanto il legislatore del codice penale, quanto quello delle leggi settoriali contemplanti le specifiche ipotesi di confisca extracodicistiche, si sono infatti limitati ad offrire all'interprete nulla di più che vuote o arcaiche affermazioni di principio.

I diritti dei terzi vengono genericamente "*fatti salvi*", senza tuttavia indicare come, dove ed entro quali limiti essi possano rivendicare le proprie istanze di giustizia.

La tematica, in generale estremamente scivolosa, si complica ulteriormente allorché si abbia riguardo a quella specifica forma di misura ablatoria rappresentata dalla confisca di prevenzione.

In tale ambito, infatti, sull'onda del desiderio – da tutti condiviso – di impedire alle organizzazioni mafiose ogni forma di espansione economica e di inquinamento del mercato attraverso l'immissione di capitali di provenienza illecita, si rischia di legittimare un sistema perverso che getti nel calderone del meccanismo ablatorio anche situazioni giuridiche in nessun modo riconducibili all'attività dell'associazione criminosa.

Si ribadisce a gran voce che gli strumenti di prevenzione patrimoniale sono funzionali al libero esplicarsi dell'iniziativa economica dei privati, affinché essa non venga turbata dall'intervento di fattori inquinati o distorsivi.

Se così è, non può tuttavia disconoscersi che l'opzione a favore di una confisca che sacrifichi in modo indiscriminato i diritti dei terzi estranei al reato rappresenta essa stessa un fattore di alterazione del libero mercato<sup>1</sup>.

Così come non ci si può esimere dal sottolineare che, congegnando un sistema di prevenzione sordo alle istanze di tutela dei terzi di buona fede, si rischia di tradire la stessa fiducia che la collettività ripone nell'intervento dello Stato contro la criminalità organizzata.

Tanto detto al fine di inquadrare la tematica che ci occupa, si procederà nei paragrafi successivi ad illustrare le questioni maggiormente dibattute in dottrina e giurisprudenza in ordine alle prospettive di tutela dei vari terzi in qualche misura legati giuridicamente al destinatario della misura ablatoria.

In questo capitolo si analizzerà la questione sotto il profilo dogmatico, onde individuare i presupposti e le condizioni che legittimano le istanze di tutela dei terzi; nel successivo si procederà all'indagine degli strumenti di cui in concreto essi debbano avvalersi per rivendicare in sede processuale i propri diritti sul bene ablato.

## **2. La natura dell'acquisto a favore dello Stato: originario o derivativo?**

Parte della dottrina, specie in passato, ha reputato dirimente ai fini della risoluzione del conflitto tra Stato e terzi l'indagine circa la natura originaria o derivativa del titolo di acquisto a favore dell'Erario.

Si è infatti sostenuto che, ove si optasse per la prima opzione, non dovrebbe riconoscersi spazio alcuno a pretese confliggenti di terzi

---

<sup>1</sup> Il rilievo è di F. CASSANO, *Questioni antiche e nuove in tema di diritti dei creditori nelle misure di prevenzione patrimoniale e prospettive di riforma*, in *Il dir. fall.*, 2002, I, 618.

sulla *res* ablata e che solo l'adesione alla seconda prospettiva porrebbe sul campo il problema del temperamento dei due opposti interessi.

Vedremo successivamente come la questione abbia perso nel tempo quel connotato di decisività che inizialmente le era stato attribuito.

Occupandoci ora in via di estrema sintesi dell'accennato dibattito, ricordiamo che ad avviso di parte della dottrina<sup>2</sup> il titolo di acquisto che matura a favore dello Stato non potrebbe che avere natura originaria, essendo espressione di un potere sovrano, appartenente all'intera collettività e funzionale alla repressione o prevenzione del crimine.

Anzi, il problema viene per questa ragione considerato "*di chiara soluzione*"<sup>3</sup>, senza peraltro dover passare attraverso l'assimilazione, più volte invocata, della confisca all'espropriazione per pubblica utilità, rispetto alla quale, diversamente, il dubbio risulterebbe meno scontato.

Secondo gli Autori che hanno sposato questa teoria, pur trattandosi in entrambi i casi di atti promananti da un pubblico potere, le differenze sarebbero notevoli.

L'espropriazione non presenta infatti carattere sanzionatorio, viene disposta nei confronti del proprietario del bene (sebbene il riferimento sia al proprietario formale, ossia a colui che tale risulti dai registri catastali) e, soprattutto, implica la necessaria corresponsione di un indennizzo.

La confisca, per contro, sarebbe preordinata a soddisfare l'originario e preminente interesse dell'ordinamento alla prevenzione e repressione del crimine, di talché essa non potrebbe avere quale presupposto legittimante la pregressa titolarità del bene da parte del soggetto che ne viene attinto, essendo per contro riconducibile al principio di sovranità statale.

Secondo questa prospettiva, in altri termini, il trasferimento coattivo del bene allo Stato dipenderebbe non già dalla preesistenza del diritto in capo al reo, bensì, esclusivamente, dall'esplicarsi del potere statale in una logica preventivo-sanzionatoria.

<sup>2</sup> Propendono per questa soluzione, tra gli altri, G. MONTELEONE, *Effetti "ultra partes" delle misure patrimoniali antimafia*, in *Riv. trim.dir. pen. econ.*, 1988, 579 ss.; P. COMUCCI, *Il sequestro e la confisca nella legge "antimafia"*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1985, 84; A. MAISANO, *Misure patrimoniali antimafia e tutela dei creditori*, in *Giur. comm.*, 1986, I, 893. Quest'ultimo in particolare sostiene che questa conclusione sia la naturale conseguenza dell'applicazione della misura antimafia sul piano patrimoniale, giacché, se così non fosse, il mafioso finirebbe col trarre dai beni che provengono da attività illecite il beneficio di veder estinte in modo soddisfattivo le proprie obbligazioni, con conseguente liberazione dalla garanzia generica del suo restante patrimonio che potrebbe di fatto avere origine lecita. In giurisprudenza v. la risalente Cass. pen., 30 maggio 1967, n. 1207.

<sup>3</sup> L'espressione è di G. MONTELEONE, *Effetti "ultra partes"*, cit., 579.

Ulteriore corollario sarebbe rappresentato dal fatto che, a differenza di quanto accade per altre misure ablatorie, la proprietà o disponibilità del bene non rilevarebbe in quanto mezzo per l'attuazione di un fine di pubblica utilità, bensì in quanto oggetto da sopprimere quale frutto di un reato.

Conseguenza pressoché indefettibile dell'accoglimento della tesi in esame dovrebbe essere, com'è ovvio, l'estinzione di diritti reali, di godimento o garanzia, eventualmente costituiti sul bene attinto dalla misura.

Già in passato un diverso orientamento<sup>4</sup> aveva inquadrato la confisca nell'ambito degli acquisti a titolo derivativo, poiché l'acquisizione del bene da parte dello Stato scaturirebbe pur sempre da un nesso di relazione tra il rapporto precedentemente esistente e quello nuovo, e ciò in ragione del fatto che perdita e acquisto, nella confisca così come nelle altre ipotesi di acquisto a titolo derivativo, rappresenterebbero effetti interdipendenti e contemporanei della medesima causa giuridica, costituita appunto dalla complessa vicenda traslativa.

Anche la Corte di Cassazione civile ha da tempo ripudiato la tesi della natura originaria dell'acquisto<sup>5</sup>, affermando che, al di là di tralatticizie enunciazioni di tipo meramente descrittivo e classificatorio, di fatto la confisca determina a favore dello Stato un acquisto necessariamente derivativo, non potendo esso prescindere da un pregresso rapporto tra il bene ed il suo precedente titolare; non a caso essa mira esattamente a recidere quel rapporto mediante il trasferimento del bene dal privato all'Amministrazione.

Quanto poi alla confisca di prevenzione, si è sostenuto<sup>6</sup> che nella stessa L. 575/65 sarebbero ravvisabili indici normativi sintomatici del carattere derivativo dell'acquisto: si pensi all'art. 2-*quater*, che disciplina il sequestro dell'azienda, intesa, evidentemente, come complesso di rapporti attivi e passivi; alla previsione del sequestro dei crediti, difficilmente ipotizzabili come beni oggetto di acquisto a titolo originario; alla prelazione riconosciuta *ex art. 2-undecies* all'affittuario nell'eventualità della vendita dell'azienda confiscata; alla possibilità riconosciuta dall'art. 2-*septies* all'amministratore giudiziario di concedere

---

<sup>4</sup> Tra le altre, v. Cass. pen., 21 gennaio 1992, Sanseverino, in *Foro it.*, Rep. 1992, voce *Misure di prevenzione*, n. 78; Cass. pen. Sez. Un., 18 maggio 1994, Longarini, in *Foro it.*, 1995, II, 288; Cass. pen., 3 luglio 1997, n. 5988, in *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Misure di prevenzione*, 2733.

<sup>5</sup> V. in particolare Cass. civ., sez. I, 3 luglio 1997, n. 5988.

<sup>6</sup> Per un approfondimento della questione, v. F. CASSANO, *Questioni antiche e nuove in tema di diritti dei creditori*, cit., in *Dir. fallim.*, 2002, I, 616.

ipoteche sui beni in sequestro, che, evidentemente, saranno poi opponibili allo Stato in caso di confisca.

Nell'ambito dell'indirizzo ermeneutico che opta per la connotazione derivativa dell'acquisto, taluno<sup>7</sup> ha tuttavia precisato che siffatta conclusione non consente comunque di risolvere la questione della tutela dei creditori chirografari e degli aventi causa dal soggetto colpito dalla misura, poiché detta vicenda acquisitiva non comporterebbe la successione dello Stato nei rapporti obbligatori facenti capo al dante causa, dovendo siffatto conflitto risolversi in virtù dei principi dettati dal codice civile e con i differenti strumenti da esso previsti in relazione alla natura del diritto e del bene oggetto delle rispettive pretese.

Tuttavia la più netta presa di distanza dall'impostazione che fa leva sulla natura originaria dell'acquisto si deve alle Sezioni Unite penali della Corte di Cassazione<sup>8</sup>, secondo cui, quand'anche si volesse tener ferma siffatta idea, ormai superata, non si potrebbe inferire da tale assioma l'effetto di determinare l'estinzione degli *iura in re aliena* spettanti a soggetti diversi da quello attinto dalla misura.

Secondo il giudice della nomofilachia, peraltro, la connotazione originaria potrebbe al più ammettersi per il fatto che il trasferimento avviene autoritativamente, ossia indipendentemente dalla volontà del precedente titolare, senza tuttavia che ciò possa implicare la devoluzione all'Erario di un diritto di contenuto diverso e più ampio di quello facente capo al precedente proprietario.

Decodificando il pensiero espresso dalle Sezioni Unite può dunque sostenersi che, a prescindere dall'inquadramento dell'acquisizione erariale nell'ambito dei diritti originari o derivativi, un dato non può essere messo in discussione: il diritto di cui lo Stato beneficia in forza dell'esercizio della sua potestà ablatoria conserverà la medesima conformazione che scaturiva dalla situazione di fatto e di diritto esistente al momento dell'adozione del provvedimento, di talché lo Stato – nuovo titolare – non potrà conseguire facoltà di cui il destinatario della confisca aveva già perduto la titolarità<sup>9</sup>.

Va tuttavia sottolineato che la più moderna dottrina<sup>10</sup> ha preso le distanze dalla tesi che vorrebbe ricavare la risposta al problema della

<sup>7</sup> Il riferimento è ad A. AJELLO, *La confisca antimafia ed il principio "emptio non tollit locatum"*, in *Foro it.*, 2002, I, 295.

<sup>8</sup> Trattasi della sentenza del 28 aprile 1999, n. 9, Bacherotti, in *Guida al diritto*, 1999, n. 29.

<sup>9</sup> Se ad esempio il bene ablatore era gravato da diritti reali a favore di terzi, lo Stato non acquisirà la piena proprietà, bensì un diritto dominicale compresso dalla coesistente presenza dell'altrui diritto reale.

<sup>10</sup> V. sul tema l'interessante contributo di S. FURFARO, *Due questioni in tema di misure di prevenzione patrimoniale: la pubblicità dell'udienza e i rimedi contro la confisca*

tutela dei terzi estranei al reato dalla previa soluzione della *quaestio* in ordine alla natura del titolo di acquisto di cui beneficia lo Stato.

Da parte di taluno si è sostenuto che la questione del carattere originario o derivativo dell'acquisto sarebbe mal posta, non essendo “*né corretto, né possibile desumere gli effetti della confisca dalla postulata natura, originaria o derivativa, dell'acquisto, senz'altro coattivo, che essa comporta*”<sup>11</sup>.

Peraltro, si è altresì opportunamente rimarcato<sup>12</sup> come il dibattito in questione – ammesso che se ne vogliano trarre conseguenze sul piano che ci occupa – risulti viziato dalla confusione tra due binomi che andrebbero invece tenuti nettamente distinti: da un lato quello “*originarietà/derivatività*”, dall'altro quello “*coattività/volontarietà*” del titolo di acquisto dei diritti.

In effetti – si sostiene – (con argomenti peraltro analoghi a quelli affermati dalle Sezioni Unite penali cui si è fatto poc'anzi riferimento) la confisca necessariamente comporta di per sé un acquisto a titolo originario, essendo disposta a prescindere dalla volontà del soggetto nella cui sfera giuridica si determina l'effetto ablatorio, ma ciò dipende, appunto, dal carattere coattivo dell'acquisto e non dall'asserita insensibilità dello stesso agli eventuali progressi diritti dei terzi sulla *res* ablata.

D'altro canto – si rimarca – il nostro ordinamento prevede casi di acquisto originario ma non per questo coattivo di diritti diversi dalla piena proprietà, quale, ad esempio, l'usucapione di diritti reali limitati su beni altrui, o, per contro, casi di acquisto a titolo originario della proprietà di beni che lasciano impregiudicati i diritti dei terzi insistenti sul medesimo bene, quale l'usucapione della proprietà del bene per effetto del possesso *ad usucapionem* che sia comunque rispettoso degli altrui diritti reali sullo stesso bene.

---

*definitiva*, commento a Cass. pen., sez. II, 6 dicembre 2005, n. 13544, in *Dir. proc. pen.*, 2006, 2384. Degno di nota anche l'articolo di M. FABIANI, *Misure di prevenzione patrimoniali e interferenze con le procedure concorsuali*, in *Il Fall.*, 4/1998, 330, secondo cui, acclarata la fragilità della distinzione teorica, la soluzione al problema andrebbe rinvenuta all'interno del solo dato positivo, ovvero dal coacervo di disposizioni che vengono in considerazione in tema di confisca e diritti dei terzi.

<sup>11</sup> Il rilievo è di P. CELENTANO, *Prevenzione antimafia ed effetti civilistici*, in *Dir. Giust.*, 2004, I, 64. Parimenti, si esclude che la soluzione del conflitto tra Stato e terzi possa essere demandata alla preventiva indagine circa la natura giuridica della confisca stessa. V. al proposito G. FIANDACA, *Osservazioni a Trib. Palermo 11 aprile 1986*, in *Foro it.*, I, 1921. Secondo l'illustre Autore, infatti, “non è metodologicamente corretto subordinare la soluzione di un problema di bilanciamento tra interessi confliggenti ad un'astratta e concettualistica opzione dogmatica in ordine alla natura giuridica della confisca”.

<sup>12</sup> Ci si riferisce sempre a P. CALENTANO, *Misure di prevenzione e rapporti giuridici pendenti: gli effetti civilistici; i rischi per l'impresa connessi all'amministrazione giudiziale e le problematiche relative alla tutela dei terzi*.

Di talché, quand'anche si volesse riconoscere al trasferimento coattivo a vantaggio dello Stato il connotato di acquisto a titolo originario, da ciò non potrebbe semplicisticamente dedursi la caducazione dei diritti precedentemente costituiti sulla *res* a vantaggio di soggetti diversi da quello attinto dalla misura ablatoria.

Evidentemente, sulla scorta dei rilievi esposti, non può che prendersi atto di come la risoluzione del conflitto tra Stato e terzo estraneo al reato debba essere elaborata sulla scorta di coordinate differenti, dovendo poggiare non già sull'adesione ad assiomi aprioristici, scarsamente utili ai nostri fini, bensì sulla enucleazione dei presupposti legittimanti la salvaguardia dei diritti dei terzi non coinvolti nella dinamica criminosa e sulla concreta verifica della meritevolezza di tutela delle pretese da essi invocate.

### **3. L'estraneità al reato e la buona fede del terzo. Categorie concettuali e onere probatorio**

Le previsioni codicistiche o della legislazione speciale che contemplano le varie ipotesi di confisca individuano quale limite assoluto all'esercizio della potestà ablatoria l'appartenenza della *res* a persona diversa da quella cui il provvedimento attuativo si indirizza.

Rimandando al § 4 le questioni sorte in ordine alla portata del concetto di "appartenenza", in questa sede cercheremo di indagare gli altri due presupposti imprescindibili ai fini della tutela dei terzi, rappresentati rispettivamente dal dato oggettivo dell'estraneità al reato, e da quello soggettivo della condizione di buona fede e, quindi, di incolpevole affidamento nell'avvio di rapporti giuridici o economici con il reo.

La veste di "*extraneus*" può essere riconosciuta soltanto in capo a chi non abbia alcun collegamento, né diretto né indiretto, con la consumazione del reato.

Ricorre un legame diretto ogni qualvolta il terzo ponga in essere un contributo concorsuale (di tipo necessario o meramente agevolatore) alla commissione del fatto criminoso.

Sussiste un legame indiretto allorché il terzo, pur non partecipando attivamente alla perpetrazione del reato, ne abbia comunque tratto vantaggio, sempre che, in questo caso, non versasse in una condizione di incolpevole affidamento, non potendo conoscere, neppure con l'uso dell'ordinaria diligenza, il rapporto di derivazione della propria posizione di vantaggio dalla condotta criminosa del reo<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> In questi termini v. Cass. pen., 6 novembre 1995, Amadei e Cass. pen., 18 novembre



Al di là di questo dato oggettivo, tuttavia, nella valutazione del rapporto di estraneità non può prescindersi da un'indagine di carattere soggettivo, volta a verificare la sussistenza della buona fede in capo al terzo.

Come si è infatti puntualmente osservato<sup>14</sup> “*declinare la nozione di estraneità su basi esclusivamente oggettive, indipendenti da un eventuale affidamento incolpevole, infatti, oltre a contrastare con i principi accolti dall’ordinamento in ordine alla circolazione giuridica dei beni mobili, condurrebbe a risultati lesivi del principio di personalità della responsabilità penale sancito dall’art. 27 comma 1 Cost.*”.

La condizione di estraneità al reato va dunque analizzata unitamente a quella della buona fede del terzo, considerato che, anche in presenza dell’elemento oggettivo consistente nel legame mediato tra reato e terzo, che abbia indirettamente tratto vantaggio dalla consumazione del fatto criminoso, la sussistenza di uno stato di buona fede in capo al terzo basta di per sé a precludere l’adozione della confisca.

D’altro canto la nozione di estraneità al reato sembra avere carattere contingente e sembra sfuggire, per la sua atecnicità, a tentativi di scomposizione in specifiche categorie giuridiche.

A riprova di ciò, secondo parte della dottrina<sup>15</sup> non sarebbero considerabili estranei non solo coloro che concorsero fisicamente o psichicamente al reato, o che lo portarono ad ulteriori conseguenze, bensì anche coloro che compirono fatti di reato connessi al rapporto stesso mediante un vincolo di accessorietà.

La stessa giurisprudenza all’uopo ha fatto richiamo a “*qualsiasi attività di concorso o altrimenti connessa, ancorché non punibile*”<sup>16</sup>.

Si è inoltre puntualizzato che la nozione di estraneo al reato differisce da quella di persona estranea al processo, tant’è che la prima non sussiste nell’ipotesi in cui il terzo, pur risultando in qualche modo coinvolto nella commissione del reato, sia, per varie ragioni, sfuggito al procedimento penale<sup>17</sup>.

Centrale importanza ai fini della difesa della propria situazione giuridica dagli effetti devastanti del provvedimento ablatorio riveste la condizione di buona fede del terzo.

---

1992, Tappinari.

<sup>14</sup> Cfr., in proposito, A. FRAIOLI, *Note in materia di confisca e persona estranea al reato*, in *Giur. merito*, 2010, 3, 859.

<sup>15</sup> Per un approfondimento del tema v. SANSÒ, *La nozione di estraneo al reato ai sensi dell’art. 240 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1949, 196 ss.

<sup>16</sup> V. Cass. pen., sez. III, 19 gennaio 1979, Ravazzoni, in *Cass. pen.*, 1980, 1644.

<sup>17</sup> Sul punto cfr. Cass. pen., sez. I, 6 luglio 1988, Tartaro, in *Riv. pen.*, 1989, 261.

Si esige infatti che costui non abbia partecipato in alcun modo all'acquisizione da parte del condannato o dell'indiziato di associazione mafiosa di utilità derivanti da attività criminose in relazione al bene ablato, su cui egli stesso rivendichi i propri diritti.

Tale non sarebbe ad esempio la posizione del terzo che avanzi pretese creditorie fittizie nei confronti del destinatario della misura, al fine, evidentemente fraudolento, di sottrarre la *res* alla pretesa ablatoria dello Stato.

Parimenti non sarebbe meritevole di tutela il soggetto che, d'accordo con il reo, abbia simulatamente acquistato beni del suo patrimonio o si sia reso artatamente titolare di diritti reali di godimento o garanzia su di essi onde impedire l'acquisizione degli stessi all'Erario<sup>18</sup>.

Ciò premesso, si sottolinea che attualmente non sussiste accordo in dottrina e giurisprudenza in ordine al modo di concepire il concetto di buona fede.

È noto infatti che, in ambito civilistico, talvolta il legislatore intende la buona fede in termini oggettivi, ovvero come sinonimo di correttezza, specie in relazione al comportamento esigibile da parte dei soggetti del rapporto obbligatorio (si pensi agli artt. 1175, 1337, 1366, 1375 c.c.), talaltra in termini soggettivi, ossia come mancata consapevolezza di ledere i diritti altrui (si pensi all'art. 1153 c.c.).

In relazione alla tematica che ci occupa, una prima opzione reputa sufficiente ravvisare in capo al terzo una condizione di buona fede intesa in modo oggettivo: si ha riguardo esclusivamente al profilo della funzionalità dell'atto del terzo rispetto all'attività illecita o, comunque, all'attività economica che ne rappresenti il frutto o il reimpiego.

In questo caso si preclude tutela a quanti abbiano posto in essere atti di tipo ausiliario o strumentale all'attività illecita e che, dunque, si risolvano in una sua oggettiva agevolazione.

Più recentemente, tuttavia, si fa strada un criterio c.d. misto<sup>19</sup>, che coniuga il profilo oggettivo appena delineato con quello soggettivo,

<sup>18</sup> L.A. RUSSO, *La gestione dei patrimoni sequestrati e la tutela dei terzi nel sistema della legge 646/1982*, in *Il Fall.*, 1985, 1008 ss., in materia di confisca di prevenzione, sottolinea come, diversamente opinando, sia facile "supporre che il mafioso possa, in previsione di un imminente provvedimento di sequestro (preannunciato da preliminari accertamenti di polizia giudiziaria), vendere o consentire consistenti iscrizioni ipotecarie (anche fittizie) sui suoi beni, frustrando gli interventi sanzionatori del giudice". L'Autore inoltre lamenta la mancanza di un apposito strumento revocatorio, con conseguente possibilità di perseguire soltanto i terzi conniventi con il prevenuto e non coloro che abbiano acquistato in buona fede pur sapendo che il loro dante causa era mafioso.

<sup>19</sup> Ancora una volta è significativo il contributo di Cass., Sez. Un. pen., 8 giugno 1999, n. 9, Bacherotti. In dottrina v. sul tema F. CASSANO, *Il fallimento dell'imprenditore mafioso*:

ricorrente allorché il terzo ignori, senza sua colpa, le predette caratteristiche dell'atto, e appaia, di conseguenza, meritevole della tutela all'uopo prevista dall'ordinamento.

Ad avviso di chi scrive questa è senza dubbio la soluzione più appagante, poiché da un lato non oblitera del tutto il profilo soggettivo della condizione del terzo, dall'altro non lo valorizza eccessivamente, cosa che accadrebbe se, invece, si accogliesse un'accezione meramente soggettiva di buona fede, la quale restringerebbe eccessivamente le maglie della tutela, escludendo, tra l'altro, coloro che, pur essendo estranei all'attività illecita del destinatario della misura, fossero a conoscenza della stessa.

In tal modo, ad esempio, verrebbero inopinatamente sacrificate le pretese creditorie dei lavoratori dipendenti dell'imprenditore mafioso, i quali, pur non essendo in alcun modo coinvolti nell'attività criminosa del loro datore di lavoro, non sarebbero legittimati ad azionare le proprie ragioni di credito, presumendosi in loro la consapevolezza dell'attività illecita facente capo al proposto.

Patrocinando invece il criterio di tipo misto si perviene a salvaguardare quelle prestazioni che, sebbene caratterizzate dalla consapevolezza del carattere di mafiosità della controparte negoziale, esulano dalle dinamiche dell'impresa criminale, essendo riconducibili all'ordinario svolgimento dei rapporti commerciali<sup>20</sup>.

Come opportunamente sottolineato da attenta dottrina<sup>21</sup>, siffatta accezione complessa del principio di buona fede risulta particolarmente preziosa al fine di fugare le perplessità espresse intorno al rischio che la tutela dei diritti dei terzi possa costituire in realtà un comodo espediente da parte dell'imputato o del proposto per eludere le misure patrimoniali adottate nei loro confronti<sup>22</sup>.

Si fa soprattutto riferimento a quella peculiare categoria di terzi rappresentata dagli istituti di credito, considerato che l'accesso al credito bancario risulta sovente un valido *escamotage* per mascherare operazioni di riciclaggio.

---

*effettività della prevenzione patrimoniale e garanzia dei diritti dei terzi di buona fede*, in *Il Fall.*, 1999, 1354.

<sup>20</sup> D'altro canto il criterio misto è stato valorizzato altresì nella proposta di riordino della normativa di contrasto alla criminalità organizzata presieduta dal Prof. Giovanni Fiandaca.

<sup>21</sup> Ci si riferisce agli interventi resi in *Misure di prevenzione, tutela dei diritti dei terzi e fallimento*, in *Incontro di studi per la formazione decentrata del C.S.M.*, Palermo, 16 marzo 2002, 20 ss.

<sup>22</sup> Una critica a detta impostazione proviene da A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali fra funzionalità e garantismo*, cit., 395 ss., secondo cui "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 dell'ordinamento penale italiano della fattispecie dell'incauto acquisto".

Si è infatti sostenuto che, analizzando attentamente le singole operazioni finanziarie, l'istituto di credito avrebbe la possibilità di percepirne il carattere illecito.

Non potrebbe beneficiare di tutela, ad esempio, l'istituto di credito che abbia erogato finanziamenti ad imprenditori poi rivelatisi mafiosi, qualora, attraverso un oculato esame del bilancio di impresa, avrebbe potuto, usando l'ordinaria diligenza, avvedersi del fatto che il finanziamento concesso di fatto non rispondesse alle esigenze dell'impresa o che, comunque, il fatturato non giustificasse le operazioni finanziarie compiute, disvelando l'avvenuta realizzazione di operazioni di riciclaggio.

Ebbene, proprio accogliendo l'accezione di buona fede di cui ai termini esposti, si potrebbe riconoscere tutela, a certe condizioni, anche alle ragioni creditorie delle banche, in tal modo consentendo altresì alle imprese sottoposte a sequestro di continuare ad operare, senza subire una drastica recisione delle proprie linee creditorie, cosa che, a sua volta, determinerebbe l'infausto risultato di privare l'impresa di risorse necessarie alla sua sopravvivenza.

La tutela del terzo di buona fede rappresenta in ogni caso un baluardo imprescindibile per il moderno diritto penale: diversamente opinando, si correrebbe il rischio di legittimare provvedimenti di confisca su base meramente oggettiva, ovvero di colpire con la sanzione patrimoniale un soggetto per un fatto commesso da altri, in violazione dell'art. 27 Cost., che, notoriamente, consacra il principio della responsabilità penale personale, ormai univocamente esteso dalla dottrina anche al settore delle sanzioni non *sticto sensu* penali.

A ciò si aggiunge che il principio della tutela dell'affidamento incolpevole ispira l'intero ordinamento giuridico, di talché non può reputarsi confinato al solo ambito dei rapporti negoziali privatistici ma deve necessariamente rappresentare il criterio guida ispiratore del giurista tutte le volte che si trovi di fronte a situazioni di conflittualità tra soggetti rivendicanti pretese di segno contrario<sup>23</sup>.

Peraltro non va sottaciuto che la questione è stata affrontata in termini perfettamente analoghi a quelli sinora indicati dalla Corte Costituzionale, che, più volte chiamata a sindacare la legittimità delle disposizioni contenute nel D.P.R. 43 del 1973 a proposito della confisca di contrabbando, ha espressamente riconosciuto che la salvaguardia

---

<sup>23</sup> Si rinvia all'importante contributo di F. CASSANO, *Questioni antiche e nuove in tema di diritti dei creditori nelle misure di prevenzione patrimoniale e prospettive di riforma*, in *Dir. fallim.*, 2002, I, 625 ss., il quale, tra l'altro, compie un approfondito *excursus* sulle disposizioni di origine comunitaria che hanno consacrato il rispetto della buona fede del terzo come condizione imprescindibile per la legittimità dell'intervento ablatorio.

dell'interesse pubblico sotteso alla misura ablatoria non può spingersi sino alla compromissione dei diritti dei terzi di buona fede, la cui posizione “è da ritenere protetta dal principio della tutela dell'affidamento incolpevole, che permea di sé ogni ambito dell'ordinamento giuridico”<sup>24</sup>.

Orbene, tanto chiarito sotto il profilo sostanziale, non resta che domandarci su chi incomba l'onere probatorio relativo alla condizione soggettiva di buona o mala fede del terzo estraneo al reato che rivendichi dei diritti sulla *res* confiscanda.

Vale in questo caso la presunzione di buona fede contemplata dall'art. 1147, comma 3 c.c.<sup>25</sup>

Ebbene, unanime giurisprudenza esclude che *in subiecta materia* il terzo possa beneficiare della presunzione relativa di buona fede di civilistica memoria.

Come infatti riconosciuto apertamente anche dalle Sezioni Unite penali della Cassazione<sup>26</sup>, i terzi che invochino tutela contro il provvedimento ablatorio dovrebbero provare tutti gli elementi costitutivi della loro pretesa, tra cui non solo l'anteriorità del proprio titolo rispetto al provvedimento di sequestro preordinato alla confisca<sup>27</sup> bensì anche la mancanza di collegamento del proprio diritto con l'altrui condotta criminosa o, qualora detta relazione ricorra in concreto, lo stato di affidamento incolpevole in cui essi versavano al momento della negoziazione a causa di una situazione di apparenza che rendesse scusabile la loro mancata diligenza.

Opportunamente si è infatti rimarcato che “l'inscentia o l'estraneità dell'atto negoziale all'attività illecita debbono essere costruite come elementi costitutivi della fattispecie, la cui prova deve gravare su chi invoca tutela”<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> A tal proposito v. Corte Cost., 17 luglio 1974, n. 229; Corte Cost., 29 dicembre 1976, n. 259; Corte Cost., 19 gennaio 1987, n. 2, tutte volte a riconoscere l'illegittimità costituzionale dell'art. 301 del D.P.R. n. 43 del 1973 nella parte in cui prevedeva il sacrificio dei diritti dei terzi sulle cose utilizzate da altri per il contrabbando, ancorché ai primi non fosse imputabile un difetto di vigilanza. V. anche la successiva Corte Cost., 10 gennaio 1997, n. 1, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 11 della L. n. 413 del 1991, di modifica del citato art. 301, poiché, in forza della norma censurata, per come congegnata, il proprietario della *res* confiscata finiva con l'essere colpito a titolo di responsabilità oggettiva. Per un approfondimento sul tema v. A. MONTAGNA, *Delitto di usura e confisca: ribadita la tutela dei diritti di garanzia costituiti a favore dei terzi sulle cose oggetto della confisca*, commento a Sez. Un., 8 giugno 1999, in *Dir. pen. proc.*, 8/1999, 963.

<sup>25</sup> A proposito del possesso di buona fede, il comma 3 dell'art. 1147 c.c. recita infatti “La buona fede è presunta e basta vi sia stata al tempo dell'acquisto”.

<sup>26</sup> Il richiamo è, ancora una volta, alla sentenza del 28 aprile 1999, n. 9, cit.

<sup>27</sup> Gli effetti della confisca retroagiscono infatti alla data di esecuzione del sequestro.

<sup>28</sup> L'espressione è di F. CASSANO, *Il fallimento dell'imprenditore mafioso: effettività*