

**U.D.A.I. Sezione Distrettuale di Bari**

**“Gli strumenti di contrasto alla criminalità organizzata dopo le riforme  
sulla sicurezza pubblica. Un equilibrio instabile tra efficienza del  
sistema e recupero delle garanzie”**

**RELATORE:**

**DOTT. FRANCESCO CASSANO**

**Consigliere della Corte di Appello di Bari**

**L'IMPRESA MAFIOSA**

**E LA TUTELA DELLE RAGIONI DEI TERZI**

**BARI, 1 E 2 DICEMBRE 2009**

## L'IMPRESA ILLECITA

La dottrina commercialistica s'è interrogata a lungo sull'ammissibilità teorica della c.d. impresa illecita e sulla disciplina da riservare alla stessa<sup>1</sup>.

Può dirsi illecita quell'impresa<sup>2</sup> in cui l'illiceità caratterizza l'attività come tale e, perciò, o il suo oggetto o il fine, contrari a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume<sup>3</sup>. Pertanto, è illecita sia l'impresa che utilizza beni strumentali illeciti, sia l'impresa che produce o scambia beni o servizi la cui produzione o il cui commercio non sono consentiti ai privati o sono addirittura contrari al buon costume<sup>4</sup>.

Per fine o scopo dell'impresa, si deve intendere l'orientamento complessivo dell'attività, considerata nella sua effettività ed oggettività. Conseguentemente, è impresa con fine illecito quell'attività caratterizzata dai i requisiti di cui all'art. 2082 c.c. (professionalità, economicità e produzione di beni o di servizi per il

---

<sup>1</sup> Già sotto il vigore del codice di commercio, la dottrina si era posta il problema dell'ammissibilità dell'impresa illecita e, conseguentemente, del suo regime giuridico. Fra gli autori che escludevano detta ammissibilità: BOLAFFIO, *Il bordelliere non è commerciante*, in *Temi emiliana*, 1929, 139, secondo cui l'esercizio di un postribolo non è un atto di commercio ed il bordelliere non è un commerciante; GHIDINI, *Estinzione e nullità delle società commerciali*, Milano, 1937, 140, per il quale una società che esercita il contrabbando è nulla o inesistente, per mancanza dell'oggetto; VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, II, Milano, 1929, 28, per il quale l'oggetto del commercio deve essere lecito. In senso contrario: ARCANGELI, *Studi di diritto commerciale ed agrario*, II, Padova, 1936, secondo il quale gli atti di commercio includono anche gli atti illeciti; FOLCO, *Atto illecito e atto di commercio*, in *Riv. dr. comm.*, 1942, II, 99; LA LUMIA, *Trattato di diritto commerciale*, I, Milano, 1940, 109, secondo cui, poiché gli artt. 3 e 4 del codice di commercio parlavano di atti e non di negozi di commercio, nei primi erano inclusi anche gli atti illeciti; così pure ROCCO, *Principi di diritto commerciale*, Torino, 1928, 216, n. 2, e 229.

<sup>2</sup> E' noto che, a seguito dell'unificazione del diritto delle obbligazioni, il codice civile del 1942, eliminati gli atti di commercio, ha definito, all'art. 2082, non l'impresa, bensì l'imprenditore, sì che la nozione di impresa non involge più le modalità dell'atto (come previsto dall'art. 3 del codice di commercio), ma la qualifica di un'attività. Invero, ciò che qualifica l'imprenditore è un'attività economica, esercitata professionalmente, ed organizzata al fine della produzione e dello scambio di beni o servizi. Pertanto, è l'attività svolta che qualifica l'imprenditore, e non la qualifica del soggetto che connota l'attività: vd. ASCARELLI, *Corso di Diritto Commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa*, Milano, 1962, 145-146.

<sup>3</sup> Così, DI AMATO, *Profili penalistici dell'impresa illecita*, in *Riv. pen. econ.*, 1990, 83 ss.

<sup>4</sup> Il concetto di buon costume non è limitato al rispetto delle regole del pudore sessuale e della decenza, ma si estende sino a comprendere quei principi e quelle esigenze etiche della coscienza morale collettiva che costituiscono la morale sociale, in quanto ad essi uniforma il proprio comportamento la generalità delle persone corrette, di buona fede e sani principi, in un determinato momento ed in un determinato ambiente (Cass., 7 luglio 1981, n. 4414).

mercato), volta al conseguimento di un risultato qualificabile ed individuabile oggettivamente come illecito, e perciò in contrasto con norme imperative, con l'ordine pubblico o con il buon costume<sup>5</sup>.

Ove poi si tratti di impresa collettiva, il problema dell'illecito presenta maggiori analogie con il piano dell'attività negoziale, e si traduce nella illiceità dell'atto costitutivo, anche se poi può ipotizzarsi la ricorrenza di una società che, dietro lo schermo di un atto costitutivo lecito, svolga nella realtà attività illecite.

Il quesito di fondo che s'è posto in dottrina è se l'attività esercitata con i caratteri di cui all'art. 2082 c.c., e cioè professionalmente, in forma organizzata ed economica, diretta alla produzione e allo scambio di beni o servizi, ma illecita nel senso dianzi indicato, per il nostro ordinamento sia o no vera impresa.

Alla soluzione del quesito si connettono i problemi concernenti l'applicazione delle norme che disciplinano l'imprenditore come soggetto diverso da ogni altro e, con più specifico riguardo all'impresa commerciale, l'applicabilità del c.d. statuto, cioè degli obblighi della registrazione, della tenuta delle scritture contabili, e della soggezione alle procedure concorsuali. È proprio quest'ultima conseguenza (e cioè la possibile non assoggettabilità dell'impresa illecita alle procedure concorsuali) a suscitare i maggiori dissensi in dottrina e in giurisprudenza<sup>6</sup>, sostenendosi da taluno che l'impresa illecita, essendo inesistente

---

<sup>5</sup> Vd. PANUCCIO, *Impresa illecita*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, XVI, il quale riassuntivamente qualifica come illecita l'impresa il cui il risultato complessivo è *contra legem*, nel senso che essa persegue risultati in contrasto con l'ordine pubblico o con norme imperative (impresa illegale), oppure in contrasto col buon costume (impresa immorale).

<sup>6</sup> La posizione della giurisprudenza meno recente sul tema può essere così sintetizzata: per Trib. Milano, 13 gennaio 1949, in *Dir. fall.*, 1949, II, 273 una società con oggetto commerciale, messa però in vita al solo scopo di appropriarsi delle somme che i clienti fossero per versare, non ha un'attività imprenditrice, dato che la sua attività impinge unicamente nel campo dell'illecito e, quindi, non può essere assoggettata a fallimento, posto che questo colpisce solo gli imprenditori commerciali; per Trib. Torino, 15 dicembre 1949, in *Foro It.*, 1950, I, 916, non è soggetta al fallimento la società commerciale di fatto, costituita per commettere atti illeciti (nella specie, commercio di merci contingentate); per Trib. Foggia, 26 marzo 1959, in *Dir. fall.*, 1959, II, 1040, è inesistente l'impresa illecita; per Trib. Foggia, 21 marzo 1980, in *Fallimento*, 1981, 317, l'attività avente ad oggetto il commercio di fatture relative ad operazioni economiche inesistenti, deve considerarsi immorale e l'esercente una tale attività non è assoggettabile alla procedura fallimentare. In senso contrario: Cass., 30 gennaio 1961, n. 2504, in *Foro it.*, 1962, I, 267; Cass., 1° luglio 1969, n. 2410, in *Dir. fall.*, 1970, II, 26; Cass. pen., 9 ottobre 1985, *Menzione*, in *Giust. pen.*, 1986, II, 436; per App. Milano, 8 marzo

come impresa e concretandosi soltanto in attività illecita (o associazione a delinquere nelle imprese collettive), soggiace soltanto alla disciplina penale.

In passato, l'orientamento dominante è stato nel senso che l'impresa illecita, in quanto tale, sia *inesistente*. Si è cioè ritenuto che l'esercizio di attività illecita non sia sufficiente ad attribuire lo *status* di imprenditore, cioè il conferimento di diritti e di obblighi, perché ciò che è giuridicamente illecito non può essere causa di protezione giuridica né per l'imprenditore, né per i terzi che con quello vengono in contatto. Ed ancora, che il porre in essere consapevolmente atti illeciti rivela un fine contrario a quello che per legge deve sovrintendere all'esistenza giuridica dell'impresa; questa deve essere lecita, essendo il carattere della liceità insito negli elementi dell'organizzazione economica e della professionalità<sup>7</sup>. Tale soluzione appare motivata soprattutto dell'esigenza di evitare che l'impresa illecita possa giovare delle disposizioni dettate a favore dell'imprenditore, quali quelle sull'azienda, sui segni distintivi o sulla concorrenza sleale.

Di contro, l'orientamento oggi prevalente ritiene che l'impresa illecita è impresa esistente: l'attività umana, coi requisiti di cui all'art. 2082 c.c., accompagnata da determinati fini, anche apparenti, dà luogo all'esistenza di un'impresa, indipendentemente dall'*animus* o dall'intento di frode del suo titolare. Difatti, la qualifica di imprenditore si acquista in conseguenza del fatto

---

1949, in *Foro it.*, 1950, I, 916, la qualifica di imprenditore si acquista indipendentemente dai reconditi fini che l'imprenditore possa avere trattando coi terzi; in senso analogo, App. Bari, 26 agosto 1960, in *Temì Romana*, 1960; Trib. Roma, 3 giugno 1962, in *Dir. fall.*, 1962, II, 892. Va segnalato, per completezza, che App. Bari, 26 agosto 1960, ha riformato Trib. Foggia 26 marzo 1959 e che Cass., 30 ottobre 1961, n. 2504 ha confermato App. Bari cit. Infine, per Cass., 2 aprile 1982, n. 2024, in *Giur. dir. ind.*, 1982, 14, l'uso illegittimo di un marchio in rapporto ad un'attività illegittimamente esercitata non costituisce titolo di priorità nell'uso del marchio stesso.

<sup>7</sup> Cfr., *ex plurimis*, FERRARA JR., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1975, 35, il quale osserva come parlare di impresa illecita costituisca una sorta di contraddizione in termini, posto che «Chi tiene un'impresa non autorizzata di giochi d'azzardo o una casa chiusa, o fa traffico di contrabbando od organizza una banda di malviventi per effettuare sequestri di persona non è imprenditore, ma un delinquente, e se l'impresa è esercitata da più, si ha un'associazione a delinquere».

obiettivo e concreto dell'esercizio abituale di un'attività economica, indipendentemente dai fini che l'imprenditore possa avere, trattando coi terzi<sup>8</sup>.

Senonché, deve escludersi che l'impresa illecita possa essere assoggettata in tutto e per tutto alla disciplina dell'impresa. I responsabili dell'attività illecita, infatti, finirebbero con il giovare delle disposizioni apprestate a tutela dell'impresa (si pensi, ad es., alle disposizioni a tutela della concorrenza) ed appare poco plausibile che l'ordinamento riconosca delle situazioni di favore ad un'attività illecita, ovvero non contempra sanzioni per l'ipotesi di esercizio di un'impresa illecita.

Appare allora particolarmente condivisibile quell'opinione che considera l'impresa illecita come un'ipotesi di «dequalificazione della fattispecie a carico dell'autore e del partecipe».

Alla stregua di siffatta teoria, l'autore ed il partecipe non potranno invocare a proprio favore la disciplina dell'impresa, di cui potranno viceversa fruire i terzi, anche se a conoscenza dell'illecito, purché non partecipino. Difatti, non potendo la legge favorire la realizzazione di interessi illeciti, si ritiene debba escludersi l'invocabilità della disciplina dell'impresa in favore di chi esercita l'attività illecita o vi partecipa: disciplina e statuto dell'impresa sono un complesso di effetti giuridici il cui verificarsi è legato «non solo alla singola fattispecie ma al rispetto dei principi generali». L'impossibilità di giovare di quella disciplina costituisce la sanzione per la commissione o la partecipazione all'illecito.

Viceversa, non vi sono, ostacoli per l'applicazione all'impresa illecita delle disposizioni non di favore, tra cui quelle poste a tutela dei terzi<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Vd. PANUCCIO, *Note in tema di impresa illecita*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, 586 ss., ad avviso del quale occorre distinguere e riconoscere che si ha impresa, con conseguente applicabilità del relativo statuto, ogni qual volta vi sia esercizio effettivo di attività economica da parte di un soggetto individuale o collettivo, mentre questione diversa è quella delle conseguenze giuridiche scaturenti dalla illiceità dell'attività o di singoli atti d'impresa.

<sup>9</sup> Così, DI AMATO, op. cit. 84, che richiama il pensiero di OPPO, *L'impresa come fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, 115 ss., 119. In senso analogo, PANUCCIO, *Impresa illecita*, op. cit., 4.

Quanto all'imprenditore individuale, l'applicazione dei principi dianzi richiamati fa sì che l'imprenditore illecito non possa «agire in concorrenza sleale... provare i propri crediti sulla base delle scritture contabili o invocare la disciplina dell'azienda, o le procedure dell'amministrazione controllata o del concordato preventivo», mentre dovrà soggiacere a tutti i vincoli connaturali all'esercizio dell'impresa<sup>10</sup>.

Con riguardo ai terzi, il criterio ispiratore dovrebbe essere quello della *partecipazione*, - unitamente all'altro, connesso, del *collegamento* - necessario o occasionale - tra attività posta in essere e illiceità d'impresa (intesa questa come *orientamento complessivo* dell'attività d'impresa), sicché mentre i terzi in buona fede possono avvantaggiarsi dei diritti scaturiti dai rapporti giuridici intrattenuti con l'imprenditore mafioso, quelli compartecipi o semplicemente consapevoli della illiceità possono persino condividere con l'imprenditore la responsabilità civile o penale che scaturisce dall'attività illecita<sup>11</sup>.

Con riguardo ai terzi dipendenti, la natura illecita dell'attività influisce sulla validità del rapporto, rendendolo nullo (artt. 1418 e 2126, co. I, c.c.), e l'illiceità della causa o dell'oggetto non consente che scaturiscano effetti retributivi, ai sensi dell'art. 2126 c.c.

Con riguardo al fallimento, si ritiene che al terzo creditore *partecipe* dell'illiceità non possa essere impedito di attivare la procedura concorsuale, ma non possa essergli riconosciuto il diritto di concorrere alla ripartizione dell'attivo.

Per le società di capitali, che sostanziano forme di esercizio collettivo dell'attività imprenditoriale, l'illiceità può riguardare già l'atto costitutivo, ovvero sue successive modificazioni, oppure l'attività della società, oppure ancora l'attività dei suoi organi.

Prima dell'iscrizione (atto con il quale la società viene in vita) l'illiceità può afferire solo all'atto costitutivo e la vicenda è disciplinata dagli artt. 1418 e 2332,

---

<sup>10</sup> Così, ALAGNA, *Impresa illecita e impresa mafiosa*, in *Contratto e impresa*, 1991, 1, 151.

<sup>11</sup> Così, PANUCCIO, *Impresa illecita*, op. cit., 5.

n. 4, c.c., con la conseguenza che chiunque vi abbia interesse può conseguire la declaratoria di nullità dell'atto, agendo nei confronti di tutti quanti compaiono nel contratto.

Una volta conseguita l'iscrizione, l'unico rimedio possibile è l'azione di nullità della società, disciplinata dall'art. 2332 c.c.

Ai sensi del n. 4 dell'articolo citato, la nullità consegue alla *illiceità o contrarietà all'ordine pubblico dell'oggetto sociale*, espressione con la quale deve intendersi - secondo la migliore dottrina<sup>12</sup> - l'attività economica svolta istituzionalmente dall'ente, che come tale non va confusa né con l'oggetto del contratto<sup>13</sup> né con lo scopo di lucro.

L'azione colpisce non il contratto ma la società, intesa come entità ormai soggettivata, come organizzazione, e mira dunque alla sua espulsione dal mercato.

Quanto ai rapporti con i terzi, valgono le regole che ruotano intorno alla buona fede, sicché dalla nullità del contratto (per illiceità dell'oggetto, della causa o del motivo unico determinante) deriverà la nullità dei negozi conclusi con i terzi in mala fede<sup>14</sup>, mentre nei rapporti interni permane l'obbligo dei conferimenti dei soci sino al soddisfacimento dei creditori sociali, e potranno essere trattenuti gli utili già percepiti.

Dell'attività illecita posta in essere in contrasto con l'oggetto sociale risponderanno gli amministratori ed i sindaci tanto nei confronti dei terzi quanto nei confronti dei soci in buona fede, secondo le disposizioni di cui agli artt. 2392 ss. c.c.

---

<sup>12</sup> AULETTA, *Attività* (dir. priv.), in *Enc. dir.*, III, 1958, 987.

<sup>13</sup> Può anche accadere che l'oggetto sociale *reale* diverga da quello formalizzato nell'atto costitutivo, nel qual caso non v'è dubbio che l'azione possa essere egualmente esperita ove solo l'oggetto reale sia illecito.

<sup>14</sup> Con riguardo alla sorte dei rapporti insorti prima della dichiarazione di nullità della società, s'insegna, che: occorre salvaguardare l'efficacia degli atti leciti compiuti durante lo svolgimento dell'attività; gli effetti dell'illiceità si riconnettono alla fase dello scioglimento e della liquidazione sociale; resiste lo schermo della personalità giuridica e pertanto i soci sono responsabili entro i limiti dei conferimenti effettuati o dovuti; vale il principio per cui *nemo potest allegari propriam turpitudinem*: vd. ALAGNA, op. loc. cit.

Ai sensi dell'art. 2332, u. c., c.c. gli effetti della nullità possono essere paralizzanti e lo scioglimento della società risultare inefficace ove i soci modificano l'oggetto sociale (formale), ovvero interrompano l'attività illecita effettivamente esercitata.

### L'IMPRESA MAFIOSA

Una particolare forma di impresa illecita è costituita dall'impresa mafiosa.

Per impresa mafiosa, può intendersi quella fattispecie di impresa illecita, in cui si manifesta la tendenza delle associazioni mafiose a svolgere attività produttive, commerciali e finanziarie, per lo più ad oggetto lecito, mediante l'utilizzo di ingenti capitali di provenienza illecita, e con forme inevitabilmente invasive del mercato<sup>15</sup>.

L'ipotesi è espressamente contemplata dai commi terzo e sesto dell'art. 416 *bis* c.p., introdotto dalla l. 13 settembre 1982, n. 646. In particolare, il terzo comma considera come finalità idonea a qualificare associazione di tipo mafioso quella volta ad acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici. A sua volta il sesto comma configura come aggravante della associazione la circostanza che le attività economiche di cui gli associati intendono assumere o mantenere il controllo siano finanziate in tutto o in parte con il prezzo, il prodotto o il profitto di delitti.

---

<sup>15</sup> Sulla c.d. impresa mafiosa vd. l'approccio problematico di FIANDACA, *Le misure di prevenzione* (profili sostanziali), in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994, 108, 119, il quale osserva: «A ben guardare, il concetto di «impresa mafiosa» non è esente da riserve, in quanto sembra racchiudere una contraddizione: l'imprenditoria di mercato si è storicamente formata, infatti, in seguito all'espulsione, almeno in via di diritto, delle prassi predatorie e violente. Le perplessità peraltro crescono se si privilegia un modello concettuale di impresa che la identifica con una realtà organizzativa che non si limita a produrre profitto, ma che genera benessere collettivo e sviluppo. Ed infatti l'attività economica della mafia crea più profitto che sviluppo, i mafiosi eccellono in un certo tipo di finanza e di commercio definibili «di rapina»». Sull'impresa mafiosa, vd. ALAGNA, *Impresa illecita e impresa mafiosa, op. cit.*, 141; GALASSO, *L'impresa illecita mafiosa*, in Aa. Vv., *Le misure di prevenzione patrimoniali. Teoria e prassi applicativa*, Bari, 1998; MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2001, 487 ss.; SACCA, *Relazione*, in PANUCCIO (a cura di), *Studi sulla legislazione anticrimine*, Milano, 1997, 191.

La “vecchia camorra” come la “vecchia mafia”, nelle agiografie di alcuni collaboratori di giustizia, erano viste alla stregua di istituzioni di mutuo soccorso sociale, che creavano nel territorio, nei quartieri, sicurezza e protezione. Del resto, già Franchetti e Sonnino, nel loro famoso studio del 1876<sup>16</sup>, approcciandosi al fenomeno con gli strumenti propri della teoria economica, parlavano della mafia come di un’«impresa o industria della protezione privata».

Con l’espressione “impresa mafiosa” si intendono le mafie (o meglio una parte di esse) che assumono la veste formale di imprenditore commerciale.

Questa espressione assunse una certa eco mediatica col famoso saggio sociologico di Arlacchi<sup>17</sup>, che mise in evidenza come, negli anni '70, si sviluppò una nuova forma di potere criminale organizzato: appunto, la “mafia imprenditrice”. Si è trattato di un’epocale e profonda riorganizzazione, che ha investito la “ragione sociale” degli storici poteri criminali del nostro Paese (prima la mafia siciliana, poi la camorra, la n’drangheta, la sacra corona unita) e, conseguentemente, i suoi assetti interni: la mafia si è aperta ai traffici illeciti internazionali, si è data un’organizzazione imprenditoriale per la produzione e lo scambio di beni, e per il reinvestimento degli utili conseguiti soprattutto da traffico di sostanze stupefacenti.

Sul piano fenomenologico, sono imprese mafiose quelle costituite (o acquisite) per iniziativa di un'organizzazione criminale, la quale ne ha la gestione; ma come impresa mafiosa può individuarsi anche quella gestita (in modo diretto o indiretto) da un singolo criminale mafioso nel proprio esclusivo interesse.

In una terza accezione, si può parlare di impresa mafiosa per indicare le cd. “società ad infiltrazione mafiosa”, nella quale l'imprenditore, pur estraneo all'organizzazione criminale, instaura con questa rapporti stabili di convivenza, accettandone i servizi offerti e ricambiandoli con altri servizi ed attività complementari.

---

<sup>16</sup> *Inchiesta in Sicilia*, Firenze, Vallecchi, 1974.

<sup>17</sup> ARLACCHI, *La mafia imprenditrice. L'etica mafiosa e lo spirito del capitalismo*, Bologna, 1983.

Nell'ultima accezione le imprese mafiose sono quelle che entrano in rapporti più o meno stabili con le organizzazioni criminali, pur senza essere inserite o "contigue", solo al fine di concludere affari vantaggiosi.

I settori produttivi nei quali è più massiccia la presenza di imprese mafiose sono identificabili negli appalti pubblici, nel mercato alimentare e dell'abbigliamento, nell'industria dello svago, ed in quelle della ristorazione e dell'ospitalità, nel settore agroalimentare ed infine nello smaltimento dei rifiuti.

L'assetto giuridico preferito sembra quello della società a responsabilità limitata, nelle quali figurano come soci persone collegate ad esponenti delle organizzazioni criminali.

Le ragioni per le quali la criminalità si dedica anche alla produzione di beni e servizi legali, sono state individuate ne:

a) la disponibilità di profitti ingenti non reinvestibili, dati i vincoli all'estensione dei mercati criminali, nelle proprie attività tipiche;

b) la ricerca di varchi per introdursi in mercati legali in cui ci si ripromette di ottenere profitti elevati;

c) la necessità, per ottenere consenso sociale, di promuovere attività capaci di assicurare lavoro e reddito alla popolazione nelle zone in cui si esercita il controllo del territorio, giacchè, in prevalenza, le attività produttive gestite dalla criminalità organizzata paiono caratterizzate da processi produttivi a bassa tecnologia e ad alta intensità di lavoro. Il che rende l'impresa mafiosa socialmente ben accetta e integrata con il contesto antropologico. Tuttavia si tratta di un benessere assai effimero. Infatti, la miscela su cui si basa il successo dell'impresa mafiosa – essenzialmente il patronaggio criminale e l'intimidazione – la condanna al localismo: fuori dal contesto sociale in cui si sviluppa, essa perde capacità di *leadership* ed è debole, esposta alla concorrenza vera del mercato nazionale e internazionale. Per cui il benessere finisce per deprimere i territori, che vengono a perdere la possibilità di uno sviluppo stabile e duraturo, e l'impresa finisce per dividersi i residui di un mercato basato essenzialmente sul

parassitismo ai danni delle risorse pubbliche. In secondo luogo, il danno prodotto al sistema economico, con l'espulsione di imprese efficienti e il preonaggio delle risorse a danno dei soggetti estranei all'impresa criminale (gli altri produttori, i cittadini), unite alla mancata diffusione di una cultura d'impresa, rendono il sistema incapace di rigenerarsi: l'impresa mafiosa, infatti, non produce innovazione, perché non ha stimoli all'efficienza. Tutto ciò produce una crescita senza qualità, un *benessere senza sviluppo*, un'economia senza mercato, dipendente dal potere criminale e dal suo destino, uno sviluppo senza regole, alla lunga non sostenibile. La commistione tra affari, politica e criminalità organizzata può anche dar luogo a forme di crescita economica momentanea ma crea, solitamente, sistemi produttivi fragili, crea un'economia malata.

L'impresa mafiosa, proprio per la sua collocazione nell'ambito di una struttura mafiosa, è stata definita come un'impresa nel cui patrimonio aziendale rientrano, quali componenti anomale dell'avviamento, la forza di intimidazione del vincolo associativo mafioso e la condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva<sup>18</sup>. Essa si presenta sul mercato con tre elementi differenziali specifici, che si traducono in altrettanti vantaggi sul piano della competitività: l'esistenza di un ombrello protezionistico idoneo a scoraggiare la concorrenza; la compressione salariale (mediante il mancato pagamento dei contributi previdenziali ed assicurativi, la pratica del lavoro nero, la mancata retribuzione degli straordinari e in generale la violazione delle norme di tutela del lavoro) e la maggiore fluidità della manodopera occupata; la maggiore solidità ed elasticità finanziaria, data dalla circostanza che i mezzi utilizzati nella gestione dell'impresa sono illeciti.

Di peculiare, cioè, l'impresa mafiosa presenta una particolare idoneità ad espandersi in virtù di quegli specifici vantaggi sul piano della competitività sopra evidenziati.

Di qui l'esistenza di un'apposita disciplina normativa rivolta non solo a punire l'associazione mafiosa di cui quell'impresa è espressione, e perciò il

---

<sup>18</sup> Così, TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano, 1995, 200.

ricorso sistematico alla intimidazione mafiosa come modalità di appropriazione dei beni, ma anche ad impedire l'espandersi dell'attività ed a combattere i processi di riallocazione dei proventi illeciti acquisiti. Infatti, la circostanza che l'impresa mafiosa ha per lo più un oggetto lecito; che essa sempre più di frequente persegue, nella forma e nella sostanza, uno scopo lecito pur costituendo il momento finale di una complessiva attività illecita; che la sua attività viene svolta nel rispetto della legge non è priva di conseguenze per l'ordinamento. In tutti questi casi l'illiceità è a monte, nel senso che sebbene l'impresa non sia organizzata per fini illeciti, essa è comunque veicolo per la circolazione di capitali sporchi. Perciò, l'intervento statale non si limita più alla repressione dell'attività illecita dell'associazione. Scopo precipuo diviene invece quello di controllare la politica di accumulazione del capitale illecito e di riallocazione sul mercato degli ingenti proventi di origine illecita, mediante l'attività di *laundering*.

Sul piano della normazione, l'obiettivo di controllare la politica di accumulazione del capitale, l'allocazione delle risorse illecite, e, quindi, l'attività di riciclaggio propria delle imprese mafiose, già agli inizi degli anni '90 si avvaleva di una pluralità di strumenti giuridici: dalla confisca tradizionale a quella di prevenzione, dalla confisca prevista all'interno della fattispecie di associazione di tipo mafioso (art. 416 *bis*, comma VII, c.p.) alla confisca *allargata* prevista dall'art. 12*sexies*, d.l. 306/92, a quella per equivalente in materia di usura (art. 644, u.c., c.p.) e di reati contro la pubblica amministrazione e gli interessi delle comunità europee (art. 322 *ter*, c.p), dalla cosiddetta «sospensione temporanea dall'amministrazione dei beni», di cui all'art. 22 della legge 22 maggio 1975, n. 152, al sequestro dell'azienda previsto espressamente dall'art. 2-*nonies*, modificato dalla legge 7 marzo 1996, n. 109.

Ai fini dell'individuazione esatta dell'oggetto della confisca occorre però distinguere accuratamente, sul piano fenomenologico, tra le diverse forme di ingerenza e di controllo che l'associazione mafiosa pone in essere verso l'impresa.

Può così accadere che il sodalizio mafioso posseda solo alcune delle quote o delle azioni della società, nel qual caso non può dubitarsi che possano costituire oggetto di sequestro le sole partecipazioni in società per azioni o a responsabilità limitata effettivamente controllate; diversamente ove si evinca la disponibilità di fatto in capo al proposto di tutte quante le quote o le azioni della società, come accade ad es. nell'ipotesi del c.d. socio tiranno o del caso di società a responsabilità limitata, avente un unico socio, ipotesi nelle quali può procedersi al sequestro dell'intero patrimonio aziendale della società.

Il semplice socio di maggioranza, invece, non può essere assimilato al socio tiranno e all'azionista o quotista unico, giacché, pur controllando l'assemblea, non ha il potere di disporre, né direttamente né indirettamente, del patrimonio sociale, e la sua volontà si trasfonde comunque nell'atto collegiale proprio dell'assemblea dei soci.

Nell'ipotesi in cui siano nella disponibilità dell'indiziato tutte le quote sociali, ovvero allorquando tutti i soci della società siano indiziati di appartenenza ad associazione mafiosa e sottoposti al relativo procedimento, pare più opportuno che il sequestro di prevenzione abbia ad oggetto anche i beni aziendali della società, che è intervento più idoneo ad assicurare l'esigenza di privare immediatamente l'indiziato del potere di disporre dei beni intestati alla società, rispetto alla il sequestro delle quote non sempre appare del tutto tranquillante.

Sono sequestrabili le quote di società personali che, se individuano la misura della partecipazione all'attività sociale, hanno pur sempre un concreto e ben preciso contenuto economico, giacché rappresentano anche il diritto del socio al patrimonio sociale. E' poi possibile procedere al sequestro dell'azienda, sì come si desume espressamente dall'art. 2 *nonies*, modificato dalla legge 7 marzo 1996, n. 109, che ha introdotto disposizioni in materia di gestione dei beni confiscati.

Non vanno poi trascurate quelle forme di imprese a compartecipazione mafiosa<sup>19</sup>, nate come effetto del carattere di struttura finanziaria assunto dalla mafia e come tentativo di superare le contraddizioni interne alla forma economica dell'impresa mafiosa, in cui i capitali illeciti confluiscono in imprese o società legali preesistenti. Il più delle volte, all'imprenditore legale il mafioso chiede solo di remunerare adeguatamente il capitale; altre volte, richiede l'ingresso in azienda di un proprio rappresentante, al fine di esercitare dall'interno il controllo sulle scelte imprenditoriali; quasi sempre finisce con il diventare il *dominus* effettivo dell'impresa. In casi siffatti, occorre distinguere: qualora si sia in presenza di una società, e l'infiltrazione mafiosa abbia attinto solo talune quote sociali senza conseguire poi la disponibilità - anche di fatto - dell'intera società, il sequestro deve afferire unicamente alle quote sociali inquinate. Tuttavia, ove sussistano elementi per ritenere che il libero esercizio delle attività imprenditoriali finisca con l'agevolare lo svolgimento delle attività illecite del mafioso, può farsi luogo all'applicazione della sospensione degli organi di amministrazione contemplata dall'art. 3 *quater* l. n. 575/1965.

Più di recente, sotto la spinta della rapida espansione delle infiltrazioni dei proventi illeciti nel sistema dell'economia legale e dell'impiego da parte delle organizzazioni criminali di metodi sempre più complessi e sofisticati per l'immissione delle proprie risorse nelle "attività lecite", il legislatore ha ampliato il suo raggio di azione individuando strumenti nuovi che, perduto il loro tipico connotato penalistico e repressivo, si caratterizzano per un intervento diretto ad incidere nella disciplina civilistica dei rapporti economici<sup>20</sup>.

Al riguardo, è indicativa la legge 7 marzo 1996 n. 108, *Disposizioni in materia di usura*, che, al fine di contrastare efficacemente il fenomeno della criminalità organizzata, tocca direttamente istituti cardine del diritto civile (si pensi ad esempio ai riflessi avuti sulla normativa degli interessi legali). Analogamente, il

---

<sup>19</sup> Vd., in particolare, FANTÒ, *L'impresa a partecipazione mafiosa*, in *Democrazia e diritto*, 1995, 267.

<sup>20</sup> Vd. GALASSO, *L'impresa illecita mafiosa*, op. cit.

D.L. 3 maggio 1991, n. 143, convertito nella legge 5 luglio 1991, n. 197, che detta disposizione sulla limitazione della circolazione del denaro contante e dei titoli al portatore, sull'obbligo di identificare e registrare la clientela; sul dovere di segnalare le operazioni sospette, cioè quelle operazioni che possano essere considerate il risultato di una attività illecita; sulla riserva dell'esercizio dell'attività di intermediazione finanziaria soltanto agli intermediari iscritti nell'apposito elenco tenuto dal Ministro del Tesoro. La l. 107/1991 all'art. 1 introduce un limite generale al trasferimento di denaro contante o di titoli al portatore, in deroga al principio dell'assoluta libertà di tali trasferimenti, i quali, oggi, possono essere realizzati soltanto tramite intermediari finanziari abilitati. La l. 12 agosto 1993, n. 310, *Norme per la trasparenza nella cessione di partecipazioni e nella composizione della base sociale delle società di capitali, nonché nella cessione di esercizi commerciali e nei trasferimenti di proprietà dei suoli*, incide direttamente sulla disciplina del codice civile modificando gli artt. 2479, 2435, 2493 e 2556, e imponendo doveri di *deposito*, di *pubblicità*, di *comunicazione*, il cui fine è palesemente quello di rendere trasparenti le cessioni di partecipazioni in società o di esercizi commerciali o di terreni.

“In sostanza, per preservare i circuiti finanziari e l'economia dalle frequenti infiltrazioni di capitali illeciti il legislatore ha finito per prestare attenzione a settori, quale quello civilistico, tradizionalmente estranei ad interventi normativi ideati e realizzati in funzione della repressione dei fenomeni criminali. Ci si è resi conto, infatti, che per una efficace lotta contro l'impresa mafiosa è necessario considerare quale valore fondante del nostro ordinamento giuridico la trasparenza del mercato e della circolazione dei beni”<sup>21</sup>.

Sembra quindi che la legislazione si avvii per un percorso finalmente consapevole che il rapporto mafia/economia non può essere inteso ancora, in modo tradizionale, come un rapporto a senso unico in cui la mafia utilizza il sistema economico e finanziario a proprio vantaggio, “essenzialmente allo scopo

---

<sup>21</sup> GALASSO, *L'impresa illecita mafiosa*, op. cit.

di acquisire i mezzi per la sopravvivenza e l'organizzazione della propria presenza criminale ovvero in vista di impiegare i proventi della propria attività penalmente illecita", giacché questa visione trascura di considerare "l'attitudine del sistema, in sé, a distorsioni e patologie segnate dall'illegalità prima ancora che dall'illiceità dei comportamenti"<sup>22</sup>. Di qui l'impegno affinché la grande criminalità organizzata sia combattuta non solo in chiave repressiva ma soprattutto prevenendo l'occultamento della ricchezza di provenienza illecita attraverso la trasparenza globale delle transazioni economiche, anche lecite<sup>23</sup>.

### L'IMPRESA MAFIOSA COME FONTE DI RICCHEZZA

Si è detto che, a differenza delle imprese illegali o immorali tradizionali, la cui attività implica la commissione di illeciti penali e per le quali si pone unicamente il problema della loro espulsione dal mercato, l'impresa mafiosa può svolgere attività ad oggetto lecito, e in tal caso rinviene le ragioni della sua illiceità esclusivamente nel metodo perseguito e nei mezzi impiegati per l'esercizio dell'impresa. In quei casi, l'impresa mafiosa può costituire una ricchezza per la

---

<sup>22</sup> Così, acutamente, ALESSI, *Profili civilistici della legislazione antimafia: dall'emergenza alle riforme*, relazione tenuta presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento, novembre 1996.

<sup>23</sup> Così, SANTORO, *Presentazione*, in *Il riciclaggio del denaro nella legislazione civile e penale*, a cura di CORVESE - SANTORO, Milano, 1996, IX. Naturalmente, il percorso normativo cui s'è fatto cenno nel testo solleva il diverso problema, che è solo possibile indicare in questa sede, sul limite entro cui è possibile imporre regole e divieti nei rapporti economici, all'interno di un sistema improntato alla libera iniziativa economica, e su come sia possibile assicurare efficacemente la trasparenza senza ingessare il mercato e irrigidire le sue regole, temi sui quali ha scritto GAROFOLI, *Costituzione economica, trasformazioni in atto del modello economico e tendenze evolutive del sistema prevenzionistico patrimoniale*, in *Giur. cost.*, 1996, 3889 ss. L'A., all'esito di un'approfondita analisi dell'art. 41 cost., individua ~~efficacemente~~ nella libertà d'iniziativa economica un principio che non si limita a garantire la libera presenza nel mercato ed il libero svolgimento di iniziative economiche, "ma che progetta, al tempo stesso, un tipo di sistema economico in cui le iniziative dei diversi operatori economici possano, su un piano di parità, esplicarsi liberamente, quindi, un sistema caratterizzato dal e fondato sul principio di libera concorrenza". La libertà d'iniziativa economica costituisce allora il valore costituzionale a tutela del quale lo Stato interviene per evitare che le dinamiche economiche siano alterate da fattori inquinanti, "Fattori che, alterando i meccanismi della concorrenzialità e competitività propri di un mercato contendibile, finiscono inevitabilmente per compromettere quegli interessi che, come sopra rilevato, assurgono a rango di valori costituzionalmente garantiti: in particolare, la libertà d'iniziativa economica, intesa anche nella sua dimensione per così dire orizzontale, ossia come libertà di accedere al mercato per ivi esplicarsi senza che altrui condotte illecite possano comprometterne la libera estrinsecazione".

collettività, poiché essa é una realtà pericolosa non in sé, ma in quanto collegata ad un sodalizio mafioso. Essa pertanto può essere conservata ove si riesca ad interrompere quel collegamento, con l'espulsione dell'imprenditore mafioso dall'impresa, e con la reimmissione dell'impresa – una volta risanata - nel *mercato*.

Per questo il legislatore avverte con chiarezza la necessità di non limitare la reazione dell'ordinamento al controllo e al contrasto dei processi di accumulazione di capitali da parte dell'impresa mafiosa, e tenta nuove vie privilegiando, ove possibile, l'interesse alla continuità ed all'integrità dell'impresa, vista come fonte di ricchezza, da risanare e da restituire al *mercato*.

Si spiega così l'art. 2-sexies l. n. 575/1965, per il quale l'amministratore giudiziario (non più il custode) ha il compito di provvedere alla custodia, alla conservazione e all'amministrazione dei beni sequestrati, *anche al fine d'incrementarne, se possibile, la redditività*<sup>24</sup>.

E la valutazione dell'impresa mafiosa in termini di ricchezza sociale emerge pure con forza dalla disciplina della destinazione dei beni una volta confiscati<sup>25</sup>.

Il mutamento di prospettiva non è stato privo di conseguenze.

All'interno della legge n. 575/1965, in particolare, sono confluiti due distinti percorsi normativi e culturali, non sempre facilmente armonizzabili.

Da un lato, l'accentuazione delle politiche di contrasto all'accumulazione illecita del capitale mafioso e di riallocazione delle risorse, mediante l'introduzione di forme di confisca sempre più incisive (cd confische allargate), ha fatto emergere, e poi sempre più consolidato, una visione unitaria della misura di contrasto ai patrimoni illeciti come *actio in rem*, funzionale all'*oggettiva*

---

<sup>24</sup> Sull'attività di amministrazione sia consentito il rinvio a CASSANO, *Misure di prevenzione patrimoniale e amministrazione dei beni*, Milano, 1998.

<sup>25</sup> VIOLANTE, *I cittadini, la legge e il giudice*, in ID. (a cura di), *Storia d'Italia. Annali, XIV: Legge diritto giustizia*, Torino, 1998, LXI, rileva che la legge n. 109/1996 costituì il primo caso in cui in materia di mafia si cercò di ricostruire un rapporto di fiducia tra società e Stato non in base a politiche repressive, ma sulla scorta di politiche sociali.

*inerenza della pericolosità al bene*<sup>26</sup>, ritenuto intrinsecamente pregno di illiceità mafiosa, indipendentemente dalla pericolosità attuale del proposto, che ha trovato la sua massima espressione nel c.d. pacchetto sicurezza. Dall'altro, si è preso atto che se - nell'immediato - lo scopo della confisca è la recisione dei legami che avvincono l'impresa all'associazione mafiosa e l'eliminazione degli elementi inquinanti, il ripristino della legalità e la restituzione al *mercato* dell'impresa risanata possono essere perseguiti solo tenendo conto delle esigenze di continuità dell'impresa, e quindi della necessità di assicurare i contratti di fornitura e di approvvigionamento, della opportunità di portare a compimento gli investimenti programmati, della persistente necessità di accedere al credito.

E' in questo contesto problematico che, per l'impresa mafiosa, si è posto il problema della tutela dei terzi che, dipendenti, aventi causa, creditori, vantano diritti nei confronti del proposto, in relazione ai beni sottoposti a sequestro, e non siano partecipi dell'attività illecita.

#### LA TUTELA DELLE RAGIONI DEI TERZI

La confiscabilità delle aziende nonché delle partecipazioni e delle azioni di società ha progressivamente evidenziato, e reso complesso, il problema del conflitto tra la pretesa sanzionatoria dello Stato e i diritti dei terzi che possono concorrere sui beni confiscabili.

L'ordinamento era ed è attrezzato essenzialmente per la soluzione di conflitti tradizionali, nascenti dalle confische presso terzi, aventi ad oggetto beni tradizionali (gli immobili, i beni mobili registrati, ecc...), sui quali s'incentra la pretesa ablativa dello Stato e sui quali grava, in particolare, il diritto di proprietà di soggetti diversi dall'indiziato di appartenenza ad associazioni mafiose.

L'art. 2ter legge n. 575/1965 dispone che siano citati nel procedimento di prevenzione i terzi che risultano proprietari dei beni che siano stati sequestrati in quanto ritenuti nella disponibilità effettiva dell'indiziato di mafia. La necessità di

---

<sup>26</sup> Cass., sez. un., 3 luglio 1996, Simonelli, in *Riv. pen.*, 1996, 3609.

contrastare intestazioni fittizie, interposizioni nell'intestazione dei beni, ha affinato lo strumento d'intervento statale attraverso l'istituto della *disponibilità* effettiva, che richiama il possesso civilistico, e che, contrapponendosi all'*appartenenza* formale dei beni in capo al terzo, giustifica comunque l'ablazione, ove sia provato il potere del *mafioso* di determinare effettivamente la destinazione e l'impiego dei beni, pure formalmente appartenenti a terzi<sup>27</sup>.

I terzi cui la disposizione fa riferimento sono dunque i proprietari formali, o quanti vantano sui beni diritti reali di godimento. L'espropriazione, infatti, incide sulla sfera giuridica di soggetti diversi dal mafioso, i quali debbono poter contraddire, intervenendo nel procedimento. Il conflitto tra la funzione sanzionatoria dell'Erario ed il diritto di proprietà del terzo si risolve nell'antico conflitto tra autorità e libertà, e viene processualizzato: il terzo, al pari del *mafioso*, dev'essere citato in giudizio in quanto titolare di un diritto sul bene confliggente, incompatibile, con la pretesa dello Stato. Per giurisprudenza consolidata, qualora pretermesso, la confisca non è nulla, ma il terzo proprietario formale può proporre incidente di esecuzione avverso il provvedimento che ha disatteso la sua istanza di restituzione dei beni e, nell'ambito dell'incidente di esecuzione, egli può contestare il titolo esecutivo che si è formato in assenza del decreto con il quale dev'essere chiamato a intervenire nel procedimento<sup>28</sup>.

Questo assetto, in apparenza, non è stato modificato dal recente d.l. 23 maggio 2008, n. 92, coordinato con la legge di conversione 24 luglio 2008, n. 125, recante: «Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica», salvo che per la confisca nei confronti dell'indiziato di mafia che sia deceduto, in cui, ovviamente, si prescinde del tutto dall'elemento della disponibilità del bene<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> Cfr. Cass., sez. I, 2 dicembre 1991, Carpinteri, in *Cass. pen.*, 1993, 419; App. Reggio Calabria, 6 marzo 1986, Libri, in *Foro it.*, 1987, II, 361. In dottrina, BONGIORNO, *Tecniche di tutela dei creditori nel sistema delle leggi antimafia*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 445.

<sup>28</sup> Cfr., *ex multis*, Cass., sez. VI, 18 settembre 2002, Diana, in *Cass. pen.*, 2003, 2439.

<sup>29</sup> Così, MANGIONE, *Le misure di prevenzione anti-mafia al vaglio dei principi del giusto processo: riflettendo sull'art. 111 cost.*, in CASSANO (a cura di), *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il "pacchetto sicurezza"*, Roma, 2009, 30.

E' così rimasto del tutto irrisolto il profilo concernente la sorte dei diritti dei controinteressati rispetto alle organizzazioni criminali (quali sono ad es. i finanziatori, i fornitori, gli aventi diritto a prestazioni personali di contenuto il più diverso da parte del mafioso)<sup>30</sup>.

L'assetto normativo delineato dall'art. 2-ter è apparso agli interpreti, sin *ab origine*, il segno di un evidente disinteresse per la sorte dei terzi titolari di diritti di credito, conseguente al ritardo con cui il legislatore ha preso atto della realtà della c.d. *impresa mafiosa*: in origine, anche il sequestro antimafia venne disegnato avendo a riferimento "cose", o comunque beni giuridici considerati nella loro staticità<sup>31</sup>, che non ponevano la necessità di far fronte alle dinamiche economiche, contabili, patrimoniali proprie delle aziende, delle imprese, delle società.

La possibilità di sottoporre a sequestro ed a confisca partecipazioni di società - rappresentative anche dell'intero capitale sociale - ovvero interi compendi aziendali solleva la necessità di conciliare più discipline, funzionali, l'una, alla tutela dei principi propri della prevenzione sociale; l'altra, alla tutela dei traffici commerciali e dell'*affidamento* ingenerato nei terzi di buona fede. Ed occorre farlo contemperando due esigenze opposte, quali quella d'impedire varchi all'espansione economica del crimine organizzato e l'altra di evitare di colpire ingiustamente i terzi che in buona fede siano entrati in contatto con le organizzazioni criminali.

Una visione *ad modum belli* del diritto penale<sup>32</sup>, fondata sul carattere sanzionatorio della confisca<sup>33</sup>, teorizza la prevalenza dell'interesse statale

---

<sup>30</sup> Così, MAISANO, *Profili commercialistici della nuova legge antimafia*, in *Riv. critica del dir. priv.*, 1984, 413.

<sup>31</sup> La trasformazione della *custodia* dei beni sequestrati in *amministrazione* è stata disposta solo con il decreto legge 14 giugno 1989, n. 230, convertito in legge 4 agosto 1989, n. 282, mentre il sequestro dell'azienda è stato introdotto espressamente solo dall'art. 2<sup>onies</sup> legge n. 575/1963, come mod. dalla legge 7 marzo 1996, n. 109.

<sup>32</sup> Così, VISCONTI, *La punibilità della contiguità alla mafia fra tradizione (molta) e innovazione (poca)*, in *Questione giustizia*, 2002, n. 3, 584.

<sup>33</sup> Affermano il carattere sanzionatorio, sia pure *sui generis*, della confisca antimafia, *ex plurimis*, Cass., sez. II, 14 aprile 1999, Fici, in *Cass. pen.*, 2000, 1411, n. MOLINARI, *Confisca antimafia: si estende il dialogo col morto*; Cass., sez. un., 3 luglio 1996, Simonelli, *ivi*, 1996, 3609, n. MOLINARI, *Ancora sulla*

sull'interesse privato, invocando il carattere originario dell'acquisto operato dallo Stato con la confisca<sup>34</sup>, quasi si tratti di bottino di guerra. In altri ambiti culturali si ricorre alla *relation back doctrine*, in base alla quale i beni confiscabili divengono proprietà dello Stato a partire dal momento nel quale il reato è compiuto, con la conseguenza che i beni, già divenuti di proprietà del governo, non possono essere oggetto di atti di disposizione da parte del reo: in entrambi i casi, l'interesse del terzo ne risulta, sempre e comunque, sacrificato.

Strumento indispensabile, la confisca, eppure *primitivo*, idoneo a fare terra bruciata intorno al crimine ma incapace di confrontarsi col *mercato*.

Il *mercato* però ha le sue regole, e sa prendersi le proprie rivalse.

L'impresa, inadempiente *per factum principis*, non accede più al credito; né trova fornitori disponibili; i creditori pregressi ne reclamano la dichiarazione d'insolvenza e il fallimento<sup>35</sup>. Lo Stato, che pretende di espropriare ricchezze depurandole dei debiti aziendali, alla fine del percorso finisce con l'incamerare mere passività.

Si spiega così che, sia pure all'esito di un lungo percorso, le Sezioni Unite

---

*confisca antimafia: un caso di pretesa giustizia sostanziale "contra legem".* Contra, Cass., sez. VI, 29 novembre 1999, Maranto, in *Foro it.*, Rep. 2000, v. *Misure di prevenzione*, n. 95, nonché Corte cost., 30 settembre 1996, n. 335, in *Foro it.*, 1997, I, 21, nonché in *Corr. Giur.*, 1997, n. 5, 536, n. GAROFOLI, *Al vaglio della corte costituzionale i principi del sistema di prevenzione patrimoniale*, che hanno ribadito il carattere essenzialmente preventivo della confisca antimafia. In dottrina, affermano il carattere sanzionatorio della confisca MANGANO, *La confisca nella legge Rognoni-La Torre ed i diritti dei terzi*, in *Dir. fall.*, 1988, I, 684; MONTELEONE, *Effetti ultra partes delle misure patrimoniali antimafia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1988, 574.

<sup>34</sup> Sul carattere originario dell'acquisto in capo all'Erario, da ultimo, Cass. civ., 5 marzo 1999, n. 1868, in *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Confisca*, n. 16; Cass., sez. II, 4 dicembre 1998, Tarabolsi, in *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Confisca*, n. 14 e C.E.D. Cass. 2000, n. 212283 (m); Cass., sez. I, 23 marzo 1998, Commisso, in *Cass. pen.*, 2000, 748, n. MOLINARI, *Rapporti ed interferenze tra misure di prevenzione patrimoniali e fallimento. Un caso analogo di conflitto?*; Cass., sez. un., 28 gennaio 1998, Maiolo, *ivi*, 1998, 1947; Trib. Bari, 16 ottobre 2000, in *Foro it.*, 2002, I, 291, n. AJELLO, *La confisca antimafia ed il principio "emptio non tollit locatum"*. In dottrina, conf. COMUCCI, *Il sequestro e la confisca nella legge "antimafia"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 84; GUERINI-MAZZA, *Le misure di prevenzione*, Padova, 1996, 167.

<sup>35</sup> Nell'ordinamento l'insolvenza rileva di per sé e non per le cause che l'hanno determinata, sicché anche l'insolvenza incolpevole, dovuta al *factum principis*, non impedisce la dichiarazione di fallimento: cfr., FABIANI, *Misure di prevenzione patrimoniali e interferenze con le procedure concorsuali*, in Aa.Vv., *Le misure di prevenzione patrimoniali. Teoria e prassi applicativa*, op. cit., 159 e, in giurisprudenza, *ex plurimis*, Cass., 25 settembre 1990, n. 9704, in *Fallimento*, 1991, 265; Trib. Bari, 12 aprile 2003, in [www.Ifallimentonline.it](http://www.Ifallimentonline.it).

penali della Suprema Corte, a proposito dell'ablazione disposta a seguito di condanna per usura, ma con argomentazioni estensibili a tutti i tipi di confisca, abbiano finito con l'affermare il principio di diritto per cui l'applicazione della confisca non determina l'estinzione del preesistente diritto di pegno costituito a favore di terzi sulle cose che ne sono oggetto quando costoro, avendo tratto oggettivamente vantaggio dall'altrui attività criminosa, riescano a provare di trovarsi in una situazione di buona fede e di affidamento incolpevole<sup>36</sup>. Onere del terzo è dunque quello di provare i presupposti dell'estraneità al reato e dell'appartenenza del bene, e quindi la titolarità del *ius in re aliena* discendente da atto di data certa anteriore alla confisca o al sequestro, nonché la mancanza di collegamento del proprio diritto con l'altrui condotta delittuosa o l'affidamento incolpevole nel caso in cui tale collegamento sussista: in presenza di tali condizioni, la confisca, modo di acquisto della proprietà a titolo derivativo, non può pregiudicare i diritti di credito assistiti da privilegio speciale.

La strada per consentire la tutela ai diritti dei terzi concorrenti sui beni ablati è sembrata così tracciata.

#### I MERI CREDITORI CHIROGRAFARI.

Nel nostro ordinamento, il sequestro e la confisca di prevenzione non hanno carattere di *universalità* ma concernono sempre singoli determinati beni, di origine illecita e nella disponibilità dell'indiziato di mafia, e ciò quand'anche di fatto si vada poi a colpire l'intero suo patrimonio. Deve pertanto escludersi che in conseguenza della confisca di taluni beni, l'Erario succeda a titolo universale in tutti i rapporti patrimoniali del mafioso.

L'indiziato di mafia, per effetto del sequestro di taluni suoi beni, non perde la

---

<sup>36</sup> Cass., sez. un., 28 aprile 1999, n. 9, Bacherotti, in *Riv. pen.* 1999, 633. Conf. nel ritenere derivativo l'acquisto operato dallo Stato Cass., sez. VI, 17 maggio 2000, n. 862, Orofino, ined. ma riportata integralmente in CASSANO, *Questioni antiche e nuove in tema di diritti dei creditori nelle misure di prevenzione patrimoniale*, in *Dir. fall.*, 2002, I, 610; Cass., sez. VI, 27 novembre 2000, Palini, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2001, 163.

capacità d'agire, sicchè egli, ai sensi dell'art. 2740 c.c., continua a rispondere con tutto quanto il suo (restante) patrimonio non in sequestro delle obbligazioni originariamente assunte con i terzi.

La questione della tutela dei diritti dei terzi in ambito prevenzionistico riguarda allora essenzialmente i terzi di buona fede che abbiano maturato specifici diritti in ordine al singolo determinato bene sottoposto a misura reale. Si tratta cioè di accordare tutela ai creditori muniti di privilegio speciale, purché sia il credito sia la garanzia siano stati costituiti in epoca antecedente al sequestro, ovvero a quanti abbiano già intrapreso sui beni atti di esecuzione forzata in epoca antecedente al sequestro (vincolandoli specificatamente, sotto il profilo processuale, alla garanzia dei propri crediti). In tali ipotesi, come si vedrà, il conflitto tra la pretesa acquisitiva dello Stato in ordine al bene di origine illecita e le pretese legittimamente vantate dai terzi di buona fede sul detto bene può essere risolto, a legislazione invariata, sulla base del criterio oggettivo dell'antiorità delle trascrizioni e delle iscrizioni, in sostanziale conformità con le disposizioni di cui agli artt. 2913 ss. c.c.<sup>37</sup>.

Per i creditori chirografari, quand'anche di data certa, che non abbiano compiuto atti d'esecuzione sui beni o che non siano muniti di garanzia reale, invece, per i quali opera la generica garanzia di cui all'art. 2740 c.c., gli effetti della confisca rendono la loro posizione non dissimile da quella di quanti tentino inutilmente di aggredire i beni del debitore quando vi abbia già provveduto altri, più diligente e tempestivo<sup>38</sup>.

Ove si muova dalla premessa per cui la disciplina della materia dev'essere il

---

<sup>37</sup> E' l'opinione espressa, ad es., da BONGIORNO, *Tecniche di tutela dei creditori nel sistema della legge antimafia*, cit., 443. Con riguardo al contratto preliminare, vd. Trib. Palermo, 26 marzo 2002, in *Gius*, 2003, 492, che ha ritenuto inammissibile la domanda ex art. 2932 c.c. proposta dal promittente compratore di un immobile in virtù di contratto preliminare di compravendita non trascritto se il bene è stato oggetto di provvedimento di sequestro e, successivamente, di confisca ai sensi della l. 31 maggio 1965 n. 575.

<sup>38</sup> MONTELEONE, *Effetti ultra partes delle misure patrimoniali antimafia*, cit., 580, per il quale il creditore chirografario deve rassegnarsi a subire il rovescio patrimoniale del debitore, come avverrebbe in ogni caso in cui il debitore cada in disgrazia economica o compia atti di disposizione che, non essendo attuati in frode, non possono essere revocati.

più possibile conforme a quella ordinaria, deve dirsi che, in effetti, non sarebbe ragionevole un trattamento dei creditori chirografari più favorevole rispetto a quello di cui essi beneficerebbero al di fuori della disciplina della prevenzione: ad es., a fronte ad un atto di disposizione del debitore, compiuto prima dell'apertura del fallimento, i creditori possono avvalersi dello strumento revocatorio; ma, ove difettino i presupposti di quell'azione, l'atto è valido ed il bene è definitivamente sottratto alla garanzia dei creditori. Orbene, non sembrerebbero esservi ragioni evidenti perchè questa regola non debba valere anche in materia di prevenzione, rispetto alla confisca.

A legislazione invariata, i meri creditori chirografi (anche se di data certa), cioè quei creditori che vantano una generica garanzia sui beni sottoposti a cautela, non paiono tutelabili, neppure le volte in cui in sequestro sia l'intero patrimonio dell'indiziato di mafia ovvero di società - dotate di personalità giuridica - che rientrino nella sua totale disponibilità.

~~Unica eccezione, peraltro socialmente rilevante, è costituita dall'ipotesi in cui sia stata sottoposta a sequestro l'intera azienda dell'indiziato di mafia. L'art. 2560 e.c. contempla, infatti, la responsabilità solidale del cessionario per i debiti aziendali risultanti dalle scritture contabili (salvo, nei rapporti interni, il diritto del cessionario di ripetere dal cedente i pagamenti effettuati in adempimento dei debiti aziendali) e la disposizione è ritenuta in generale applicabile ai c.d. trasferimenti coattivi e, per questa via, anche alla confisca di prevenzione<sup>39</sup>. Peraltro, non può omettersi di considerare che la disposizione richiamata potrebbe trovare applicazione all'ipotesi di confisca definitiva dell'azienda, che al pari della cessione negoziale implica il mutamento nella titolarità del diritto, mentre la sua applicabilità appare problematica nel caso di mero sequestro, in cui al proposto è sottratta la sola disponibilità dell'azienda.~~

~~Ed in ogni caso, la tesi sembra introdurre una differenza di trattamento tra crediti foriera di dubbi di incostituzionalità, ove si pensi al diverso trattamento,~~

~~sebbene la tutela dell'impresa nell'ambito del rapporto obbligatorio si presenti centrale in entrambi i casi, tra l'ipotesi del creditore civile di imprenditore mafioso, che dopo il sequestro troverebbe tutela, e dell'imprenditore che sia creditore di mafioso non imprenditore, sguarnito di ogni tutela.~~

Se però ci si muove in un'ottica non già liquidativa, ma conservativa e di incremento di redditività dei beni in sequestro, così come la normativa vigente impone di fare (art. 2<sup>sexies</sup> l. n. 575/1965), risulta evidente che il soddisfacimento dei crediti chirografari diventa essenziale alla stessa sopravvivenza dell'attività d'impresa. Se lo scopo della misura di prevenzione è la recisione dei legami che avvincono l'impresa all'associazione mafiosa e l'eliminazione degli elementi inquinanti, il ripristino integrale della legalità va perseguito tenendo conto delle esigenze di continuità dell'impresa e, quindi, della necessità di assicurare i contratti di fornitura, di portare a termine gli investimenti programmati, di riconoscere i debiti contratti dal mafioso.

Il che spiega perchè le esigenze di tutela dei creditori chirografari che non abbiano intrapreso azioni esecutive sui beni in sequestro o che non siano muniti di privilegio speciale hanno trovato già oggi generale applicazione nelle prassi degli uffici giudiziari, nei quali si suole consentire agli amministratori giudiziari di estinguere anche i crediti preesistenti al sequestro non assistiti da garanzia specifica, a dimostrazione della perfetta consapevolezza che, nonostante i dubbi e le perplessità dogmatiche sul punto, il problema della tutela dei creditori del mafioso rispetto alle confische coincide, quanto a rilievo sociale, con la tutela dei creditori chirografari, in generale.

Si spiega anche così, quella giurisprudenza di legittimità<sup>40</sup> che ha affermato per la prima volta espressamente il principio per cui, nonostante la riaffermata natura di acquisto a titolo originario della confisca, i creditori chirografari, al pari degli altri, possono essere soddisfatti nell'ambito del procedimento di prevenzione, peraltro senza che si renda necessario il loro formale intervento per

---

<sup>40</sup> Cass., 22 aprile 1998, n. 1947, Commisso, cit.

far valere l'origine lecita dei beni in sequestro. In tal modo, è resa concreta la possibilità di assicurare la sopravvivenza delle attività imprenditoriali e di incrementare la redditività dei beni in sequestro, e comunque di evitare il fallimento dell'imprenditore, che diversamente sarebbe certo. Infatti la Corte, nello statuire la prevalenza della misura di prevenzione sulla procedura fallimentare, alla cui massa attiva i beni in sequestro debbono quindi essere sottratti per essere affidati all'amministratore giudiziario, ha ritenuto che la tutela dei diritti dei terzi è assicurata in ambito endoprocedimentale dall'art. 2 *septies* della legge n. 575/1965, che consente allo stesso amministratore, con l'autorizzazione del giudice delegato, la facoltà di compiere attività di straordinaria amministrazione «anche a tutela dei diritti dei terzi». La locuzione normativa, ad avviso della Corte, deve intendersi riferita a quanti, senza distinzioni di sorta, vantino in buona fede pretese creditorie nei confronti del mafioso dichiarato fallito.

E s'è persino precisato, in giurisprudenza, in un'ipotesi riguardante le retribuzioni di un professionista, che nel procedere al soddisfacimento dei creditori l'amministrazione giudiziaria deve rispettare l'ordine legale dei privilegi<sup>41</sup>.

Non è chiaro tuttavia come il giudice della prevenzione possa rispettare l'ordine legale dei privilegi se l'attività dell'amministratore è deformalizzata e procede conseguentemente secondo il principio del *prior in tempore potior in iure*; se non sia previsto, nell'ambito del procedimento di prevenzione, un sub procedimento di verifica dei diritti di crediti, cioè "un luogo" ove gli interessi dei terzi possano convergere, con tempi e con modalità proceduralizzate, ed in cui si possa accertare l'effettività dei diritti e la sussistenza della buona fede; "un luogo" ove l'eventuale attività satisfattoria dei diritti avvenga a condizioni e con forme tipizzate, nel rispetto del principio della *par condicio* e delle cause legittime di prelazione; "un luogo", infine, in cui siano esaustivamente disciplinati i rapporti con le procedure concorsuali.

---

<sup>41</sup> Cass., sez. VI, 17 maggio 2000, n. 862, Orofino, cit.

## I CREDITORI AZIENDALI

Unica eccezione alla recessività delle ragioni dei creditori chirografari, peraltro socialmente rilevante, è costituita dall'ipotesi in cui sia stata sottoposta a sequestro l'intera azienda dell'indiziato di mafia.

Per vero, può rilevarsi che in dottrina sono riscontrabili due diversi orientamenti: uno restrittivo<sup>42</sup>, secondo cui sono estranei all'azienda tanto i crediti, quanto i debiti, come pure i contratti; ed uno estensivo<sup>43</sup>, preferito dalla giurisprudenza<sup>44</sup>, che invece li ricomprende.

La tesi che nella nozione di azienda ricomprende anche i debiti poggia sull'art. 2560 c.c., che contempla la responsabilità solidale del cessionario per i debiti aziendali risultanti dalle scritture contabili (salvo, nei rapporti interni, il diritto del cessionario di ripetere dal cedente i pagamenti effettuati in adempimento dei debiti aziendali). La disposizione è ritenuta in generale applicabile ai c.d. *trasferimenti coattivi* e, per questa via, anche alla confisca di prevenzione<sup>45</sup>.

Peraltro, non può omettersi di considerare che la disposizione richiamata potrebbe trovare applicazione nell'ipotesi della confisca definitiva dell'azienda, che – al pari della cessione negoziale – implica il mutamento nella titolarità del

---

<sup>42</sup> Vd., in via esemplificativa, BRACCO, *L'impresa nel sistema del diritto commerciale*, Padova, 1960, 474 s.; COLOMBO, *Il trasferimento dell'azienda ed il passaggio dei crediti e dei debiti*, Padova, 1972, *passim*, ritengono che l'azienda comprenda i soli beni in senso stretto.

<sup>43</sup> Tra gli altri, CASANOVA, *Azienda*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, II, 2 s. ed in *Appendice Noviss. dig. it.*, Torino, I, 627 s.; MOSSA, *Trattato del nuovo diritto commerciale*, I, Milano 1942, 336 s.; ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale*, op. cit., 322, il quale esclude tuttavia dalla nozione i rapporti debitori. Ritiene che dall'azienda vadano esclusi i debiti anche AULETTA, *Azienda*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, 1988, 4 s.

<sup>44</sup> Cass., 21 novembre 1968, n. 3780, in *Foro it.*, 1969, I, 1243 s.; Cass., 23 luglio 1983, n. 5112, in *Rep. Foro it.*, 1983, voce *Azienda*, c. 282 n. 3.

<sup>45</sup> Vd. AJELLO, *La tutela civilistica dei terzi nel sistema della prevenzione patrimoniale antimafia*, Milano 2005, 419 ss. A sua volta, PIGNATONE, *Misure di prevenzione, tutela dei diritti dei terzi e fallimento*, in [www.csm.it](http://www.csm.it), opina nel senso che sarebbero tutelabili i soli crediti chirografari verso l'azienda dal momento che "il riferimento ai beni costituiti in azienda non può che ricomprendere anche tutti i rapporti giuridici obbligatori, sia passivi che attivi, che concorrono a comporre l'azienda e la cui soddisfazione è da ritenersi inevitabile in un'ottica di continuazione dell'impresa".

diritto, mentre la sua applicabilità appare problematica nel caso di mero sequestro, in cui al proposto è sottratta la sola disponibilità dell'azienda.

In ogni caso, la tesi favorevole alla riconoscibilità dei crediti aziendali sembra trovare oggi un preciso referente normativo nell'art. 11 della recente legge 15 luglio 2009, n. 94, recante "Disposizioni in materia di sicurezza pubblica", che, nel modificare l'art. 2-*sexies* della legge n. 575 del 1965, ha introdotto un comma 4-*sexies*, a mente del quale, nell'ipotesi di confisca dei beni, aziende o società sequestrati, i crediti erariali si estinguono per confusione, ai sensi dell'art. 1253 c.c.<sup>46</sup>.

La tutelabilità dei crediti aziendali introduce peraltro una differenza di trattamento tra creditori foriera di dubbi di incostituzionalità, ove si pensi al diverso trattamento tra l'ipotesi del creditore civile di imprenditore mafioso, che dopo il sequestro verrebbe tutelato, e dell'imprenditore che sia creditore di mafioso non imprenditore, sguarnito invece di ogni tutela; disparità irragionevole tenuto conto che, in entrambi gli esempi fatti, la tutela dell'impresa, nell'ambito del rapporto obbligatorio, si presenta centrale.

### I TITOLARI DI DIRITTI PERSONALI DI GODIMENTO

Relativamente ai diritti personali di godimento s'invoca generalmente l'applicabilità del principio civilistico *emptio non tollit locatum*.

E, infatti, se si parte dalla premessa che la disciplina relativa all'applicazione

---

<sup>46</sup> Il sorprendente e un po' *naïf* riferimento normativo alla sequestrabilità delle società conforta alcuni rari provvedimenti giudiziari di confisca, forieri di inevitabili dubbi interpretativi quanto al loro oggetto. Quei dubbi risultano per lo più sciolti, in sede di incidente di esecuzione, nel senso che, ove sia stata disposta la confisca della società, in realtà debba ritenersi ablata l'azienda: vd., ad es., Ass. S. Maria Capua Vetere, decr., 14 gennaio 2002, in [www.santamariagiustizia.com](http://www.santamariagiustizia.com). Sicchè, per quanto ovvio, giova rimarcare che le società, quand'anche di persone, prive pertanto di personalità giuridica, appartengono all'ambito della soggettività giuridica; esse possono essere titolari di rapporti giuridici, mentre non possono essere considerate alla stregua di beni, oggetto di rapporti giuridici. Le società, quindi, non sono confiscabili, così come non sono confiscabili le persone fisiche (sono invece confiscabili le partecipazioni societarie, l'azienda che pertenga alla società, ovvero i singoli beni aziendali). Analogamente è a dirsi con riguardo all'impresa *mafiosa*, non sequestrabile di suo, giacchè l'impresa, intesa in senso soggettivo, è mera *attività*, mentre, intesa in senso oggettivo, coincide con l'azienda.

della confisca deve essere speciale nella sola misura in cui è necessario privare il proposto della disponibilità e del godimento di determinati beni, frutto od oggetto di attività illecite, non vi è motivo per derogare alla disciplina generale. Si è esattamente osservato, a tal fine, che sebbene il principio *emptio non tollit locatum* non trovi applicazione nelle ipotesi di espropriazione per pubblico interesse, di acquisto coattivo del bene al demanio pubblico e di acquisto a titolo originario da parte di un terzo del bene locato, le ragioni di tale esclusione non sembra siano ravvisabili nell'ipotesi di confisca antimafia.

Infatti, quelle esclusioni trovano fondamento in motivi di preminente interesse pubblico (quali l'intento della pubblica amministrazione di conseguire la materiale disponibilità del bene per la realizzazione di un'opera di pubblico interesse, ovvero l'assoggettamento del bene al regime di cui agli artt. 822 e 824 cod. civ.) che non ricorrono rispetto alla confisca di prevenzione, il cui scopo consiste esclusivamente nell'esigenza di interrompere la relazione tra il bene ed il mafioso<sup>47</sup>.

Secondo i principi generali, il rispetto del diritto personale di godimento trova il suo limite massimo nella destinazione del bene su cui il diritto grava agli scopi sociali di cui alla legge n. 109/1996<sup>48</sup>.

### I TITOLARI DI DIRITTI REALI DI GARANZIA

Tradizionale e abbastanza agevole sul piano dei principi è l'affermazione dell'inopponibilità della confisca ai terzi che abbiano acquistato diritti reali di garanzia sul bene, ignorandone la provenienza illegittima, in data anteriore al sequestro (e l'antecedenza, per evitare facili elusioni della normativa, dovrebbe

---

<sup>47</sup> Così, AJELLO, *Le misure di prevenzione patrimoniali di cui alla legge 575/65 e la sorte dei diritti personali di godimento*, in *Foro it.*, I, 2002, 291.

<sup>48</sup> Vd. Trib. Bari, 16 ottobre 2000, ord., in *Foro it.*, I, 2002, 289, nel senso che anche la mera destinabilità dell'immobile alle finalità sociali contemplate dall'art. 2decies l. n. 575/1965 rende recessivi i diritti di godimento sul bene immobile. Cons. Stato, sez. IV, 31 marzo 2000, n. 1877, in *Cons. Stato*, 2000, I, 730 opina invece nel senso che l'autotutela della p.a. può svolgersi sino a che il bene confiscato non abbia avuto concreta destinazione sociale.

riguardare sia il diritto di credito sia la garanzia), nonché ai creditori che, nelle medesime condizioni, abbiano compiuto atti di esecuzione sul bene, vincolandoli così specificamente al soddisfacimento dei propri crediti.

Con elegante motivazione, la giurisprudenza della Corte di legittimità, sia pure argomentando a proposito della confisca in materia di usura, ha osservato che “il provvedimento di confisca delle cose date in pegno dà origine ad un conflitto riconducibile all’esistenza di situazioni giuridiche rette da differenti normative, quella riguardante la misura di sicurezza patrimoniale e quella relativa alla garanzia pignoratizia. La prima impone che la custodia e l’amministrazione della cosa confiscata nonché le attività di liquidazione dei beni e di destinazione degli stessi siano svolte dal giudice dell’esecuzione e dai suoi ausiliari (artt. 86-88 disp. att. c.p.p.; art. 13 reg. c.p.p.); la seconda ha un contenuto del tutto incompatibile, in quanto prevede il trasferimento del possesso al creditore pignoratizio (art. 2786 c.c.), il quale è legittimato ad esercitare le azioni a tutela del possesso e la stessa azione di rivendicazione (art. 2789 c.c.), ha la custodia dei beni (art. 2790 c.c.) e, in caso di inadempimento del debitore, può farli vendere per conseguire quanto gli è dovuto (artt. 2796, 2797 c.c.)”, con la conseguenza che “all’esito della procedura giudiziaria di liquidazione, sul ricavato il creditore stesso possa esercitare lo *ius praelationis*, conseguendo quanto spettantegli, con priorità rispetto ad ogni altra destinazione. Non è contestabile, infatti, che ammettere l’opponibilità del pegno significa riconoscere che l’oggetto effettivo della confisca corrisponde al valore che residua dopo il soddisfacimento delle ragioni creditorie assistite dalla garanzia reale e, di riflesso, che il diritto alle restituzioni e al risarcimento dei danni della persona offesa dal reato di usura, fatto salvo dalla disposizione di cui all’ultimo comma dell’art. 644 c.p., può essere esercitato soltanto su detto valore residuo”<sup>49</sup>.

---

<sup>49</sup> Così, Cass., sez. un. pen., 8 giugno 1999, n. 99, Bacherotti, cit. Ancora da ultimo, Cass., sez. I, 18 aprile 2007, n. 19761, Rv. 236825, ha ribadito che spetta al giudice dell’esecuzione l’accertamento degli esatti confini del provvedimento di confisca dei beni immobili effettuato ai sensi dell’art. 2 ter L. n. 575 del 31 maggio 1965, ed in particolare la determinazione dell’eventuale esistenza di “iura in

In effetti, può ritenersi che i diritti reali di garanzia siano suscettivi di tutela tenuto conto che la stessa non pregiudica la funzione propria della confisca, cioè quella di privare i soggetti pericolosi della disponibilità di beni di origine illecita, riconducendone la proprietà allo Stato. D'altro canto, e come rilevato, l'art. 2 *septies* della legge n. 575 del 1965 consente espressamente all'amministratore giudiziario la concessione d'ipoteche sui beni in sequestro, in caso di confisca evidentemente opponibili all'Erario il quale, almeno in questo caso, dovrebbe essere riconosciuto successore a titolo particolare nel diritto di proprietà sul bene oggetto di ipoteca. E analogamente dovrebbe dirsi per i diritti reali di garanzia costituiti in epoca antecedente al sequestro, se non si vuole riconoscere alla confisca un effetto purgativo dei diritti dei terzi operante solo in relazione all'epoca di costituzione del diritto e al soggetto concedente.

#### LE TECNICHE DI TUTELA

All'ampia convergenza di opinioni in ordine alla tutelabilità dei diritti reali di garanzia, non fa riscontro altrettanta uniformità di pensiero con riguardo alle concrete modalità tecniche con cui quei diritti sono esercitabili.

Ovviamente, i titolari di diritti reali di garanzia hanno diritto di essere soddisfatti delle loro pretese dal debitore mafioso, il quale non perde certo la capacità d'agire per effetto del sequestro, e continua a rispondere delle obbligazioni assunte con tutto il suo (restante) patrimonio non in sequestro, presente e futuro.

Può tuttavia accadere, e accade ovviamente con frequenza, che il debitore-

---

re aliena", non pregiudicati dalla devoluzione dei beni allo Stato, mentre spetta al terzo l'onere della prova sia in relazione alla titolarità di tali diritti sia in relazione alla mancanza di qualsiasi collegamento del proprio diritto con l'attività illecita del proposto. In particolare, il terzo dovrà dimostrare il proprio affidamento incolpevole, ingenerato da una situazione di apparenza che renda scusabile l'ignoranza o il difetto di diligenza, non essendo sufficiente la mera anteriorità della trascrizione nei registri immobiliari; una volta provata la posizione di terzietà e l'opponibilità del diritto di garanzia o di credito, il terzo, pur deprivato della facoltà di procedere ad esecuzione forzata per soddisfarsi sul ricavato, può farlo valere soltanto davanti al giudice civile con i residui mezzi di tutela offerti dalla legge.

mafioso non adempia.

È allora tenuto a farlo l'amministrazione giudiziaria, che detiene il bene gravato da ipoteca *per conto di chi spetta*? Se sì, può farlo con la liquidità della procedura, ovvero deve procedere alla vendita del bene gravato da ipoteca? E qualora l'amministratore contesti il credito, o comunque non cooperi con il creditore, di quali azioni può disporre il titolare del diritto di garanzia?

La tesi a lungo dominante in dottrina e in giurisprudenza partiva dal rilievo per cui i titolari di diritti reali di garanzia non debbono essere citati nell'ambito del procedimento di prevenzione.

Essi, infatti, in linea generale, non sono pregiudicati dalla confisca dei beni oggetto dei loro diritti, sicché non v'è ragione per ammetterne o sollecitarne la partecipazione al procedimento di prevenzione e, qualora a tale procedimento siano rimasti estranei, per ammetterne la legittimazione ad adire il giudice della prevenzione quale giudice dell'esecuzione della confisca, salvo il caso in cui si assuma che il potere di fatto esercitato dal proposto sui beni sia incompatibile con i diritti reali in parola (ad esempio, perché si ritiene che la costituzione di questi sia il frutto di un accordo simulatorio o fiduciario teso ad assicurare in maniera occulta o indiretta la piena disponibilità del bene al proposto) e si voglia, pertanto, che l'effetto ablatorio della confisca travolga anche tali diritti.

In particolare, si rimarcava che il concetto di *appartenenza*, che ai sensi della legislazione antimafia consente l'intervento nel procedimento di prevenzione, è assunto in senso più restrittivo rispetto a quanto disposto dall'art. 240 c.p., giacché mira esclusivamente a consentire a colui che appaia titolare del bene di contestare il rapporto di disponibilità del bene rilevato in capo al proposto<sup>50</sup>: il terzo titolare del diritto reale di garanzia è estraneo ad un siffatto rapporto, e non ha quindi diritto d'intervenire nel procedimento di prevenzione, sicché la

---

<sup>50</sup> Così, da ultimo, MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, cit., 404; MOLINARI, *Tutela del terzo creditore di un diritto reale di garanzia nel procedimento di prevenzione con riferimento al sequestro e alla confisca antimafia*, in *Cass. pen.*, 2000, 2774.

mancata sua citazione non lo abilita all'esperimento dell'incidente d'esecuzione.

La giurisprudenza più risalente, argomentando su tali presupposti, aveva poi affermato che i creditori privilegiati, come pure i chirografari, possono essere soddisfatti nell'ambito del procedimento di prevenzione, senza che si renda necessario il loro formale intervento per far valere l'origine lecita dei beni in sequestro. Infatti la Corte di legittimità<sup>51</sup> aveva ritenuto che la tutela dei diritti dei terzi fosse assicurata in ambito endoprocedimentale dall'art. 2 *septies* della legge n. 575/1965, che riserva allo stesso amministratore, con l'autorizzazione del giudice delegato, la facoltà di compiere attività di straordinaria amministrazione «anche a tutela dei diritti dei terzi»<sup>52</sup>.

Nell'ipotesi di inadempimento dell'amministratore giudiziario, la giurisprudenza aveva tuttavia opinato nel senso che i terzi diversi dai titolari di diritti reali di godimento, ed in particolare i titolari di diritti reali di garanzia, dovessero attendere la definitività della confisca per agire nelle forme civilistiche ordinarie, facendo valere le regole di cui agli artt. 2913 ss. c.c., in particolare, con un'azione di cognizione nei confronti dell'Erario, ovvero con l'esercizio diretto del diritto di sequela da cui il diritto di credito fosse assistito<sup>53</sup>. E poichè, per le ragioni già indicate, non riteneva ammissibile l'intervento nel procedimento di prevenzione, aveva sottolineato come non fosse da riconoscere loro neppure

---

<sup>51</sup> Cass., sez. I, 23 marzo 1998, Commisso, in *Cass. pen.*, 2000, 748.

<sup>52</sup> Sulla pronunzia, particolarmente severo è il giudizio di BONGIORNO, *Misure di prevenzione e procedimenti concorsuali: gli ultimi sviluppi della giurisprudenza*, in *Atti dell'Incontro di Studio "Le misure di prevenzione patrimoniali"*, C.S.M., Frascati, 25 - 27 febbraio 1999, 25 *datt.*, ad avviso del quale riconoscere soltanto all'amministratore giudiziario una funzione tutoria delle ragioni dei creditori, ai quali pure si è precluso l'intervento nel procedimento di prevenzione, comporterebbe il rischio della violazione della *par condicio* e quindi il rischio di favorire la commissione del reato di bancarotta preferenziale da parte dell'amministratore giudiziario, eventualmente anche in concorso con il giudice della prevenzione. In senso favorevole alla pronunzia, per aver aperto la strada alla tutela dei diritti dei terzi, vd. CASSANO, *Il fallimento dell'imprenditore mafioso: effettività della prevenzione patrimoniale e garanzia dei diritti dei terzi di buona fede*, in *Fallimento*, 1999, 1354, 1361.

<sup>53</sup> Così, Cass., sez. I, 21 gennaio 1992, Sanseverino, in *Riv. pen. economia*, 1992, 159, che ha riconosciuto ai titolari del pegno la possibilità, successivamente all'eventuale confisca, di far valere il loro diritto nei confronti dello Stato, successore a titolo particolare nel diritto di proprietà sul bene oggetto di pegno, ed ha quindi negato loro l'intervento nel procedimento di prevenzione. Conf., Trib. Bologna, 14 gennaio 2004, ord., in [www.ilfallimentonline.it](http://www.ilfallimentonline.it).

l'esperibilità dell'incidente di esecuzione<sup>54</sup>.

In senso contrario all'indirizzo dominante, parte della dottrina aveva rilevato come i diritti reali di garanzia, sebbene non implicino l'appartenenza del bene in capo al loro titolare, comportino comunque l'indisponibilità da parte del proposto (ciò, ovviamente, appare di immediata percezione con riguardo al pegno) e, per questa via, escludano la ricorrenza di una delle condizioni per addivenire alla confisca. Sicchè, aveva concluso nel senso non vi fossero ostacoli per concludere nel senso che i titolari di diritti reali di garanzia dovessero essere citati in giudizio, al pari dei titolari formali dei beni da ablare.

Accogliendo quest'orientamento dottrinario, la giurisprudenza di legittimità, con più arresti, ha recentemente operato un deciso *revirement*, affermando che, nel concetto di appartenenza di cui all'art. 2ter, comma V, l. 31 maggio 1965 n. 575, vanno inclusi i diritti reali di garanzia, i quali determinerebbero, per un verso, l'indisponibilità del bene da parte del proprietario e, per altro verso, l'assoggettamento del bene al titolare di tali diritti, del quale, quindi, si ammette l'intervento, per il soddisfacimento delle sue ragioni, nel procedimento di prevenzione avente per oggetto il sequestro e la confisca del bene. Con l'ulteriore conseguenza per cui, ove non sia intervenuto nel giudizio, il terzo titolare del diritto reale di garanzia può far valere in sede esecutiva penale il proprio diritto, purchè in buona fede e purchè lo abbia trascritto anteriormente al sequestro antimafia<sup>55</sup>. Si è precisato, poi, che in sede di esecuzione, più che la revoca della confisca, il titolare del diritto può richiedere l'accertamento della sussistenza del

---

<sup>54</sup> Vd. Cass., 19 febbraio 2003, Monte dei Paschi di Siena, in *CED Cass.*, n. 224027; Cass., sez. I, 9 novembre 1987, Nicoletti, in *Cass. pen.*, 1989, 463, nonché, con penetrante motivazione, Trib. Napoli, 12 aprile 2002, Monte Paschi Siena, *ivi*, 2002, 3560, n. MOLINARI, *Sequestro e confisca antimafia: vecchie questioni ancora irrisolte e nuove prospettive*.

<sup>55</sup> Cass., sez. I, 9 marzo 2005, Servizi Immobiliari Banche, e Cass., sez. I, 11 febbraio 2005, Fuoco, in *Cass. pen.*, 2006, 634, n. MOLINARI, *Un passo avanti nella tutela dei terzi di buona fede titolari di un diritto reale di garanzia sui beni oggetto di confisca antimafia*; nonché Cass., sez. I, 10 maggio 2005, Virga, in *Ced Cass.*, RV. 232102, tutte sulla scia di Cass., sez. II, 16 febbraio 2000, Ienna, in *Cass. pen.*, 2000, 2770, n. MOLINARI, *Tutela del terzo creditore di un diritto reale di garanzia nel procedimento di prevenzione con riferimento al sequestro e alla confisca antimafia*. Conf., BONGIORNO, *Tecniche di tutela dei creditori nel sistema della legge antimafia*, cit., 448.

proprio diritto reale, in uno alla sussistenza delle condizioni per la sua tutelabilità, con particolare riguardo alla buona fede; non può invece richiedere l'accertamento dell'obbligo dello Stato di liberare l'immobile dall'ipoteca, ovvero l'accertamento del proprio diritto di promuovere l'esecuzione forzata, trattandosi di questioni estranee all'incidente di esecuzione penale e appartenenti propriamente agli ambiti della tutela civilistica.

Assai dubbio, invece, è che il creditore ipotecario possa esperire anche le conseguenti azioni esecutive.

La questione, in astratto, dovrebbe ormai rivestire una rilevanza pratica residuale, qualora dovesse consolidarsi l'assunto per cui il titolare del diritto di garanzia dev'essere citato nel giudizio di prevenzione: egli, evidentemente, ne dovrà attendere l'esito, e solo con la definitività della confisca che gli riconosca il diritto reale potrà attivare esecutivamente il proprio *jus distrahendi*. Ove pretermesso dal giudizio di prevenzione, egli potrà adire il giudice penale e solo all'esito dell'incidente di esecuzione che gli riconosca il diritto reale potrà attivare esecutivamente il proprio *jus distrahendi*.

Tuttavia, deve ricordarsi come, ad avviso di parte della dottrina, non sia dato rinvenire nella disciplina normativa alcun divieto espresso per i creditori muniti di garanzia specifica o di titolo esecutivo, antecedenti al sequestro, di iniziare o di proseguire azioni esecutive una volta che sia intervenuto sui beni il sequestro antimafia<sup>56</sup>.

Essa valorizza in particolare la prescrizione di cui all'art. 2 *quater* l. n. 575/1965, secondo cui il sequestro dev'essere eseguito con le forme previste dal codice di procedura civile per il pignoramento, e se ne inferisce l'operatività degli artt. 2747, 2796, 2808 c.c.; il che dovrebbe consentire pure ai creditori muniti di

---

<sup>56</sup> Così, in particolare, BONGIORNO, *Tecniche di tutela dei creditori nel sistema della legge antimafia*, cit., 468 ss.; GAITO, *Sui rapporti tra fallimento e sequestro antimafia in funzione di confisca*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 393; GRIMALDI, *Misure patrimoniali antimafia e tutela dei creditori*, in *Dir. fall.*, 2001, 4, II, 1113; NORELLI, *Misure patrimoniali antimafia, tutela esecutiva dei creditori e fallimento*, in AA.VV., *Imprenditori anomali e fallimento*, a cura di Apice, Padova, 1997, 343 ss., 356. In giurisprudenza, Trib. Roma, 31 marzo 2004, in *Giur. merito*, 2004, 1333.

garanzie reali, per titoli anteriori all'esecuzione del sequestro antimafia, di esercitare la garanzia nei confronti di qualsiasi terzo acquirente del bene in sequestro, ivi compreso lo Stato. Sicchè, si afferma, persino dopo la definitività della confisca, mentre non potrebbero essere iniziate nuove azioni esecutive sui beni ormai espropriati, le azioni esecutive iniziate prima della confisca potrebbero essere portate a termine, il trasferimento coattivo non potendo avere effetto in pregiudizio delle ragioni del creditore pignorante e dei creditori intervenuti muniti di titolo per causa anteriore all'esecuzione del sequestro. Sul punto, va ricordato che l'art. 11 della recente legge 15 luglio 2009, n. 94, recante "Disposizioni in materia di sicurezza pubblica", nel modificare l'art. 2-*sexies* della legge n. 575 del 1965, ha tra l'altro introdotto il comma 4-*quinquies*, in forza del quale, in caso di sequestro di azienda o di società, le procedure esecutive, gli atti di pignoramento e i provvedimenti cautelari in corso da parte di Equitalia S.p.A., o di altri concessionari di riscossione pubblica, sono sospesi e, soggiunge la disposizione, è conseguentemente sospesa la decorrenza dei termini prescrizionali.

La disposizione, ai fini che qui interessano, ha chiara valenza antifibologia, giacchè può essere interpretata o quale "spia" di una generale inammissibilità delle procedure esecutive sui beni gravati da sequestro, ovvero quale unico divieto, rispetto al principio generale dell'ammissibilità di quelle procedure.

Sicchè, deve dirsi che verso la prima interpretazione muove piuttosto la considerazione per cui il fondamento della tesi dell'ammissibilità delle procedure esecutive poggia sull'affermazione, per vero mai del tutto pacifica, per cui il rinvio già operato dal legislatore del 1982 alle disposizioni del codice di rito sull'esecuzione del sequestro civile e sul pignoramento, che attiene al momento costitutivo del vincolo ed ha una sicura funzione dichiarativa, possa essere utilizzato per dirimere l'intera gamma dei conflitti ipotizzabili tra i terzi e l'Erario.

Oggi, a seguito della modifica dell'art. 2-*quater* operato dall'art. 10 della legge

15 luglio 2009, n. 94, il rinvio generalizzato della legge n. 575/1965 alle disposizioni sull'esecuzione del sequestro civile e sul pignoramento è venuto meno. La novella, per l'esecuzione del sequestro di prevenzione, fa anzi rinvio all'art. 104 disp. att. c.p.p., in tema di esecuzione del sequestro penale preventivo, il quale contempla il rinvio alle forme dell'esecuzione civile le sole volte in cui il sequestro preventivo abbia ad oggetto beni mobili e crediti (mentre per le altre tipologie di beni introduce forme autonome ed originali di esecuzione del sequestro penale).

E' però evidente che, venuto meno il presupposto argomentativo secondo cui il sequestro di prevenzione dev'essere eseguito, in generale, con le forme previste dal codice di procedura civile per il pignoramento, consegue che anche l'operatività degli artt. 2747, 2796 e 2808 c.c. non può più essere affermata nei termini tradizionali.

La tesi qui avversata implica poi necessariamente che i beni aggrediti dai creditori, quantunque permangano formalmente nella disponibilità dell'amministratore giudiziario, non possano essere venduti, e neppure ipotecati, giacchè gli atti compiuti dall'amministratore non avrebbero effetto in pregiudizio del creditore pignorante e di quelli intervenuti nell'esecuzione (artt. 2913, 2915 e 2916 c.c.): il che contrasta espressamente con la previsione dell'art. 2 *septies*, co. I, l. n. 575/65 e, più in generale, con la necessità che l'amministrazione sia finalizzata all'incremento di redditività dei beni. E da ultimo in senso contrario si è osservato che nelle procedure esecutive individuali il più delle volte il bene pignorato viene lasciato nella disponibilità dell'esecutato per un lungo periodo di tempo; la nomina di un custode diverso dal debitore è eventuale e discrezionale; i tempi ed i modi della vendita sono lasciati nella discrezionalità del creditore precedente, che nella prassi è libero di accordare rinvii, sicchè «non è chi non veda che la tutela di interessi fondamentali per il pubblico interesse verrebbe rimessa alla discrezionalità del creditore precedente, che agisce a garanzia del

proprio interesse personale»<sup>57</sup>.

Senonché, a rendere dubbia la stessa possibilità che la tutela del diritto reale di garanzia possa operare di seguito alla confisca può poi ricordarsi che i beni confiscati, soprattutto se si tratti di beni immobili, entrano a far parte del patrimonio indisponibile dello Stato, con conseguente loro inespropriabilità<sup>58</sup>; e, quel che più conta, che la loro destinazione è espressamente vincolata al soddisfacimento delle finalità indicate dalla legge n. 109/1996.

La giurisprudenza di legittimità, che pure – s'è visto – tendenzialmente ha demandato alla definitività della confisca la tutela dei diritti di credito garantiti da privilegio speciale, ha opinato contraddittoriamente nel senso dell'inammissibilità del *jus distrahendi*, sicchè, gli ambiti di tutela del terzo, riconosciuti in via di principio grazie alla valorizzazione delle disposizioni di cui agli artt. 2913 ss. c.c., sono risultati poi, comunque, notevolmente limitati, a cagione della concreta inespropriabilità del bene<sup>59</sup>.

Non può soddisfare, in particolare, l'affermazione giurisprudenziale secondo

---

<sup>57</sup> In termini, PANZANI, *Confisca di prevenzione e diritti dei terzi*, in C.S.M., Incontro di studio sul tema: "La gestione giudiziale dell'impresa", Roma, 14-16.5.2001, in [www.csm.it](http://www.csm.it), 32 ss., 37 s.

<sup>58</sup> Seppur si dubiti se ciò accada per effetto della sola ablazione, ovvero in conseguenza della effettiva destinazione dei beni confiscati agli scopi socialmente utili di cui alla legge n. 109/1996: nel primo senso, Trib. Bari, 16 ottobre 2000, cit., 289; nel secondo, Cons. Stato, sez. IV, 31 marzo 2000, n. 1877, in *Cons. Stato*, 2000, I, 730. In dottrina, GULLO, *Il procedimento amministrativo di destinazione dei beni confiscati alla mafia: aspetti problematici della normativa vigente e prospettive di riforma*, in *Foro it.*, 2003, V, 72.

<sup>59</sup> Cass., sez. I, 19 febbraio 2003, Monte dei Paschi di Siena, cit., sul presupposto per cui i beni confiscati sono caratterizzati "da un vincolo di destinazione, per così dire, sociale" che ne determina "l'ingresso nel patrimonio indisponibile dello Stato con conseguente inespropriabilità", ha ritenuto che i diritti reali di garanzia vantati dai terzi sui beni confiscati in sede di prevenzione sono "destinati inevitabilmente a soccombere, lasciando la tutela del terzo affidata agli strumenti ordinari", con la precisazione che "il sacrificio imposto, nella specie, al creditore non riguarda l'esistenza o l'entità del credito, ma solo le modalità per ottenere il pagamento (per di più da parte di un soggetto certamente solvibile, quale è lo Stato)". Ancora più chiaramente, Cass., sez. I, 9 marzo 2005, Servizi Immobiliari Banche ed altri, cit., e Cass., sez. I, 11 febbraio 2005, Fuoco, cit., hanno statuito nel senso che "in tema di misure di prevenzione e disposizioni antimafia, la confisca prevista dall'art. 3 ter della legge n. 575 del 1965 attribuisce ai beni sottoposti al provvedimento ablatorio un regime giuridico rigidamente pubblicistico assimilabile a quello dei beni demaniali o compresi nel patrimonio indisponibile. Ne consegue che gli immobili confiscati a norma della legislazione antimafia sono inalienabili, con l'unica eccezione della vendita finalizzata al risarcimento delle vittime dei reati di tipo mafioso". Nella giurisprudenza di merito, vd. Trib. Milano, 15 aprile 2005, ined.

cui, con l'inammissibilità del *jus distrahendi*, "il sacrificio imposto, nella specie, al creditore non riguarda l'esistenza o l'entità del credito, ma solo le modalità per ottenere il pagamento (per di più da parte di un soggetto certamente solvibile, quale è lo Stato)".

Invero, l'acquisto a titolo derivativo operato dallo Stato con la confisca riguarda il bene gravato da ipoteca, mentre non concerne pure il diritto di credito, che non è fatto oggetto, a sua volta, di confisca. Sicchè, ove il *jus distrahendi* sul bene confiscato non sia esercitabile nei confronti dell'Erario, deve di necessità concludersi nel senso che il creditore del mafioso non ha alcuna possibilità di rivalersi nei confronti dello Stato, che è - e rimane - terzo estraneo al rapporto relativo.

Non altrimenti è a dirsi ove il mafioso si atteggi quale mero terzo datore di ipoteca sul bene ablato.

#### IL RILIEVO DELLA BUONA FEDE

Esigenze di effettività della prevenzione patrimoniale hanno indotto dottrina e giurisprudenza a rimarcare il rischio che il mafioso, accendendo in epoca non sospetta pegni o ipoteche sui beni frutto o reimpiego di attività illecite, possa sfuggire alla confisca e possa procurarsi, anzi, attraverso i prestiti bancari, danaro fresco di provenienza lecita, da occultare o reimpiegare in modi formalmente ineccepibili<sup>60</sup>. Per far fronte alle ragioni di effettività della sicurezza sociale, si sottolinea, quindi, come il criterio ispiratore della tutela dei terzi debba essere quello della *buona fede*, nel senso che, mentre i terzi di buona fede possono avvantaggiarsi dei diritti scaturiti dai rapporti giuridici intrattenuti con il mafioso, quelli compartecipi, o semplicemente consapevoli dell'illiceità dell'altrui condotta, possono persino condividere con il mafioso la responsabilità, penale o civile, che scaturisce dall'attività illecita.

---

<sup>60</sup> Così, in termini, MONTELEONE, *Gli effetti «ultra partes» delle misure patrimoniali antimafia*, cit., 581.

Lo stato soggettivo di *buona fede* individua quindi la ragione di tutela del diritto del terzo (c.d. principio dell'affidamento) e, insieme, costituisce il limite entro cui può essere assicurata tutela al terzo.

Quale il significato da attribuire alla buona fede?

Essa può essere intesa con riferimento al principio che nelle obbligazioni opera talvolta come obbligo etico di comportamento "onesto" (buona fede, per così dire, oggettiva), e che costituisce fonte d'integrazione negoziale e criterio di valutazione dell'agire sotto il profilo di un obbligo da osservare; ovvero con riferimento alla situazione psicologica di ignoranza della lesione dell'altrui diritto (buona fede, per così dire, soggettiva), rilevante per valutare una situazione preesistente alla quale, nel sistema del codice civile, sono connessi importanti effetti in tema di possesso, di acquisto *a non domino*, di usucapione abbreviata, e così via.

A ben vedere, il riferimento ad un'accezione tutta soggettiva del criterio della buona fede riduce significativamente l'ambito dei soggetti tutelabili, escludendo in particolare coloro che, pure estranei all'attività illecita, sono a conoscenza della stessa (si pensi, ad es., ai lavoratori dipendenti dell'imprenditore mafioso).

Si coglie così appieno il senso del recente importante intervento delle Sezioni Unite penali della Cassazione, più volte ricordato<sup>61</sup>, che, dopo aver osservato che "il concetto di estraneità è stato variamente inteso nella giurisprudenza di legittimità, essendo stato interpretato, talora, nel senso della mancanza di qualsiasi collegamento, diretto o indiretto, con la consumazione del fatto-reato, ossia nell'assenza di ogni contributo di partecipazione o di concorso, ancorché non punibile e, altre volte, nel senso che non può considerarsi estraneo al reato il soggetto che da esso abbia ricavato vantaggi e utilità", ha condiviso quest'ultima posizione ed ha assunto che non può tutelarsi il diritto del terzo allorché costui abbia tratto vantaggio dall'altrui attività criminosa; ed anzi ha ritenuto che, in una simile evenienza, deve riconoscersi la sussistenza di un collegamento

---

<sup>61</sup> Cass., sez. un., 8 giugno 1999, Bacherotti, cit.

tra la posizione del terzo e la commissione del fatto-reato. In tal modo, la Corte ha opinato “a favore della tesi secondo cui non può reputarsi estranea al reato la persona che abbia ricavato un utile dalla condotta illecita del reo, come si verifica, appunto, qualora sulle cose che rappresentano il provento del reato sia stato costituito il diritto di pegno a garanzia di un proprio credito”. Il che vale a dire che i terzi hanno “l’onere di provare i fatti costitutivi della pretesa fatta valere sulla cosa confiscata, essendo evidente che essi sono tenuti a fornire la dimostrazione di tutti gli elementi che concorrono ad integrare le condizioni di ‘appartenenza’ e di ‘estraneità al reato’, dalle quali dipende l’operatività della situazione impeditiva o limitativa del potere di confisca esercitato dallo Stato”; come pure hanno l’onere di provare la mancanza di collegamento del proprio diritto con l’altrui condotta delittuosa, ovvero l’affidamento incolpevole, nel caso in cui tale collegamento sussista.

Ne è emerso un criterio selettivo, per così dire, *misto*, oggettivo e soggettivo insieme.

Strettamente connessa alla problematica in questione è quella della distribuzione del carico probatorio in ordine alla (in)sussistenza della buona fede.

La presunzione di cui all’art 1147 c.c., generalmente invocata dalla dottrina penalistica quale corollario del principio di *non colpevolezza* del terzo, pur trovando la *sedes materiae* sua propria in tema di proprietà, ed in generale di diritti reali di godimento, può dirsi effettivamente espressione di un principio generale, che *aleggia* in tutto l’ordinamento<sup>62</sup>.

E tuttavia, è di chiara evidenza che l’applicazione della regola di cui all’art. 1147 c.c. rischierebbe di rendere del tutto inefficace la prevenzione reale, per la possibilità che il mafioso ha di precostituire agevolmente diritti di credito fittizi - magari assistiti da privilegio - sostanzialmente incontrollabili<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> Cfr., *ex multis*, Cass, sez. III, 4 marzo 2002, n. 3102, in *Giust. civ.*, 2002, I, 931.

<sup>63</sup> Vd. CASSANO, *Il fallimento dell'imprenditore mafioso: effettività della prevenzione patrimoniale e garanzia dei diritti dei terzi di buona fede*, cit., 1361, cui *adde* GIALANELLA, *Il punto su misure di prevenzione patrimoniali e tutela dei terzi: nuovi passi della lunga marcia verso un orizzonte di riforma*, cit.

Non a caso, la giurisprudenza ha affermato il principio di diritto secondo cui al terzo che ha “oggettivamente tratto vantaggio dall'altrui attività criminosa” spetta di provare di essersi “trovato in una situazione di buona fede e di affidamento incolpevole”. Con la conseguenza che è onere del terzo provare i presupposti dell'estraneità al reato e dell'appartenenza del bene (*id est*, la titolarità del *ius in re aliena* discendente da un atto di data certa anteriore alla confisca o al sequestro, la mancanza di collegamento del proprio diritto con l'altrui condotta delittuosa, o l'affidamento incolpevole nel caso in cui tale collegamento sussista), configurandosi, l'appartenenza e l'estraneità al reato, “quali condizioni impeditive o limitative del potere di confisca esercitato dallo Stato”.

L'inoperatività della presunzione di cui all'art. 1147 c.c. è stata affermata dalla giurisprudenza di legittimità, reiteratamente, anche nell'ambito del sistema della prevenzione patrimoniale<sup>64</sup>.

### I RAPPORTI CON IL FALLIMENTO

Assai controverso, e ancora privo di un assetto giuridico soddisfacente, è il tema dei rapporti tra il sequestro antimafia e il fallimento<sup>65</sup>, demandato allo stato ad arresti giurisprudenziali risalenti, che non hanno potuto tenere conto degli sviluppi più recenti dell'elaborazione in tema di derivatività dell'acquisto

---

nonché PIGNATONE, *Misure di prevenzione, tutela dei diritti dei terzi e fallimento*, cit.

<sup>64</sup> Cass., sez. I, 9 marzo 2005, Servizi Immobiliari Banche, cit., e Cass., sez. I, 11 febbraio 2005, Fuoco, cit. Più di recente, Cass., sez. I, 21 gennaio 2007, n. 45572, Rv. 238144. Cass., sez. 1, 2 aprile 2008, n. 16743, n. 16743, Rv. 239625, ha precisato che anche il terzo cessionario di credito garantito da ipoteca su beni sottoposti a sequestro e a confisca di prevenzione gode della medesima tutela del creditore originario, al quale viene riconosciuta a condizione che risultino l'antiorità dell'iscrizione del titolo o dell'acquisto del diritto rispetto al provvedimento cautelare o ablativo intervenuto nel procedimento di prevenzione e la sua buona fede, intesa come affidamento incolpevole, non potendosi ritenere sufficiente che tali condizioni siano realizzate in capo al cedente.

<sup>65</sup> Sul tema, con accenti diversi, BONGIORNO, *Tecniche di tutela dei creditori nel sistema delle leggi antimafia*, cit., *passim*; CASSANO, *Il fallimento dell'imprenditore mafioso: effettività della prevenzione patrimoniale e garanzia dei diritti dei terzi di buona fede*; cit., *passim*; COSTA, *Il fallimento dell'imprenditore sottoposto a misure di prevenzione*, in *Dir. fall.*, 1996, I, 10, *passim*; PANZANI, *Confisca di prevenzione e diritti dei terzi*, cit., *passim*; SILVESTRINI, *La gestione giudiziale dell'azienda oggetto di sequestro*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 12811.

operato dallo Stato con la confisca, e di tutela dei terzi in generale.

Sebbene possa ritenersi ormai pacifica l'ammissibilità del concorso delle due procedure<sup>66</sup>, che si muovono e spiegano effetti su piani diversi, nella prassi si possono constatare frequenti conflitti tra organi o uffici giudiziari aventi ad oggetto la gestione effettiva dei beni.

Non è dubbio, infatti, che il sequestro antimafia non preclude la successiva dichiarazione di fallimento, che costituisce un atto dovuto allorché un imprenditore commerciale sia insolvente, rimanendo del tutto irrilevante che sullo stato di dissesto abbia influito la misura di prevenzione, in quanto ciò che importa è la situazione oggettiva d'impotenza economica funzionale ed irreversibile in cui versa l'impresa, a prescindere dalle ragioni che l'hanno determinata.

Sul piano del concorso tra procedimento di prevenzione e procedura concorsuale, possono verificarsi quattro ipotesi diverse: a) dichiarazione di fallimento intervenuta dopo la confisca definitiva; b) vendita dei beni in sede di liquidazione dell'attivo già effettuata dal fallimento prima dell'inizio del procedimento di prevenzione; c) fallimento intervenuto prima del sequestro antimafia ed ancora non pervenuto alla liquidazione dell'attivo; d) fallimento intervenuto dopo il sequestro antimafia e prima della confisca definitiva.

Il concorso della procedura fallimentare con quella di prevenzione non sussiste nelle ipotesi in cui la confisca di taluno dei beni di proprietà dell'imprenditore mafioso sia divenuta definitiva prima della dichiarazione di fallimento (poiché in tal caso il bene è stato definitivamente devoluto allo Stato e non è più apprensibile da parte del Curatore a garanzia dei diritti dei creditori), o nel caso in cui il sequestro sia intervenuto dopo la chiusura del fallimento (perché in tal caso la misura si concentrerà solo sui cespiti rimasti nella sua disponibilità).

---

<sup>66</sup> Vd., *ex plurimis*, Trib. Palermo, 7 febbraio 2000, in *Dir. fall.*, 2001, 4, II, 1066; Trib. Catania, 14 luglio 1998, in *Giur. comm.*, 2000, II, 47.

Se l'oggetto del sequestro antimafia è costituito da partecipazioni sociali, il fallimento della società comporta la gestione del curatore, e allo Stato compete solo quanto dovesse residuare dalla liquidazione dell'attivo, in proporzione alle partecipazioni confiscate: ciò, in quanto l'Erario subentra nella posizione del singolo socio, mentre è la società a fallire.

Se il sequestro ha per oggetto una parte dei beni dell'imprenditore dichiarato fallito, si ritiene che il curatore possa gestire la parte restante, provvedendo alle relative operazioni liquidatorie. Infatti, qualora il sequestro è antecedente al fallimento, è evidente che esso sottrae i beni all'attivo fallimentare, sicché la procedura concorsuale non può concernere beni che, per effetto del sequestro, alla data del fallimento non sono più nella disponibilità del debitore, ai sensi dell'art. 42 l. fall.<sup>67</sup>. Il sequestro di determinati beni non è peraltro impedito neppure dal preesistente fallimento<sup>68</sup>.

Problemi ancora più delicati si pongono nel caso di sequestro c.d. totalitario.

Da un lato, alcune pronunzie hanno sostenuto la prevalenza del sequestro sulla dichiarazione di fallimento, antecedente o no alla sentenza di fallimento, al fine di evitare la dispersione dei beni da confiscare e l'eventualità che, in caso di soddisfacimento integrale dei creditori, il mafioso fallito riacquisti la disponibilità del patrimonio illecitamente conseguito<sup>69</sup>; dall'altro, non sono mancate decisioni che hanno riconosciuto la prevalenza della procedura concorsuale, stabilendo che la confisca deve avere ad oggetto soltanto l'eventuale residuo attivo risultante dalla liquidazione fallimentare<sup>70</sup>. Soluzione, quest'ultima, che appare non opinabile quando il fallimento preceda il sequestro antimafia, con la conseguenza

---

<sup>67</sup> Così, Cass., sez. I, 14 novembre 1997, Cifuni, in *Cass. pen.*, 1998, 2119.

<sup>68</sup> Nella giurisprudenza di merito, sostiene che il sequestro, attesa la sua natura sanzionatoria, non è impedito dal fallimento, antecedente o successivo che sia, *ex multis*, App. Palermo, 14 novembre 1996, Riina, in *Cass. pen.*, 1997, 1309.

<sup>69</sup> Ad es., Trib. Palermo, 18 aprile 1989, in *Dir. fall.*, 1990, 613, n. AGUGLIA, *Misure patrimoniali antimafia ed oppressione dei creditori*; Trib. Roma, 25 marzo 1985, Pazienza, in *Giur. it.*, 1985, II, 397, n. GAITO, *Fallimento, sequestro in funzione di confisca e tutela dei terzi nella repressione del fenomeno mafioso*.

<sup>70</sup> Ad es., Trib. Milano, 8 novembre 1999, in *Foro ambrosiano*, 2000, 337; Trib. Palermo, 16 aprile 1984, in *Fallimento*, 1986, 486.

che la gestione dei beni dovrebbe spettare al curatore, assumendo invece l'amministratore il ruolo di controllore degli organi della procedura concorsuale, con le stesse garanzie che sarebbero spettate al fallito se non fosse stata adottata la misura preventiva<sup>71</sup>; e che sul ricavato della liquidazione del patrimonio dovrebbero concorrere soltanto i creditori e non anche l'Amministrazione dello Stato, che dovrebbe aver diritto ad acquisire il patrimonio illecito soltanto per la parte che eventualmente residuasse alla liquidazione fallimentare<sup>72</sup>.

Senonché, la Cassazione sembra aver riconosciuto prevalenza, in ogni caso, alla misura di prevenzione reale rispetto al fallimento, sul presupposto dogmatico della natura di acquisto a titolo originario propria della confisca<sup>73</sup>, con la conseguenza che l'amministrazione attiva del patrimonio compete all'amministratore giudiziario, e non al curatore fallimentare; che l'amministrazione deve ispirarsi non a finalità liquidative del patrimonio, ma a scopi *lato sensu* conservativi, sebbene l'impresa versi in stato d'insolvenza; che il ricavato dell'eventuale vendita del compendio staggito e sequestrato in caso di confisca ridonda comunque in favore dell'Erario).

Neppure la legge 15 luglio 2009, n. 94 ("Disposizioni in materia di sicurezza pubblica"), che ha parzialmente innovato la materia dell'amministrazione dei beni in sequestro di prevenzione, si è occupata specificamente dei rapporti tra il sequestro di prevenzione e le procedure concorsuali.

L'art. 11, modificando l'art. 2-*sexies* della l. n. 575/1965, ha tuttavia previsto che, ove il sequestro abbia ad oggetto un'azienda, l'amministratore giudiziario debba presentare al tribunale, entro sei mesi dalla nomina (termine ovviamente

---

<sup>71</sup> Così, FABIANI, *Misure di prevenzione patrimoniali e interferenze con le procedure concorsuali*, cit., 182.

<sup>72</sup> Così, Trib. Palermo, 16 aprile 1984, Spatola; Trib. Palermo 18 febbraio 1986, Pilo; Trib. Palermo 28 marzo 1986, Alduino, inedite e citate da BONGIORNO, *Tecniche di tutela dei creditori nel sistema delle leggi antimafia*, cit., 456.

<sup>73</sup> Cass., sez. I, 22 aprile 1998, n. 1947, Commisso, cit. Sulla pronunzia, in particolare, MOLINARI, *Rapporti ed interferenze tra misure di prevenzione patrimoniali e fallimento. Un caso analogo di conflitto?*, cit., 784; CASSANO, *Il fallimento dell'imprenditore mafioso: effettività della prevenzione patrimoniale e garanzia dei diritti dei terzi di buona fede*, cit., 1354.

non perentorio), una relazione particolareggiata sullo stato e sulla consistenza dei beni, nonché sullo stato dell'attività aziendale. In ogni caso, la relazione deve consentire al tribunale l'adozione delle direttive generali e strategiche della gestione dell'impresa, tenuto conto ovviamente della natura e dell'oggetto dell'attività e della possibilità della prosecuzione o della ripresa della stessa. Valutazione, quest'ultima, che è compiuta dal tribunale tenendo conto della inerenza dell'impresa al mafioso, o ai suoi familiari, o all'associazione mafiosa; della natura dell'attività esercitata; dell'ambiente in cui essa si è svolta; della forza lavoro occupata; della sua effettiva capacità produttiva; del mercato di riferimento; della possibilità di conseguire o di mantenere i finanziamenti bancari ed i rapporti con i fornitori, ecc...

A simiglianza di quanto previsto per l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (artt. 54 ss. d.lgs. n. 270/1999), qualora sussistano "concrete prospettive di prosecuzione dell'attività", l'amministratore giudiziario, in concomitanza con la presentazione della relazione, deve presentare un "programma" volto al risanamento ed alla ristrutturazione dell'impresa. Il contenuto del programma incontra il proprio limite esterno nella necessità di salvaguardare comunque l'oggetto e le caratteristiche essenziali dell'attività d'impresa, posto che, venendo in considerazione nel procedimento di prevenzione patrimoniale un'ipotesi di amministrazione *per conto di chi spetta*, non può escludersi che, all'esito del procedimento, l'azienda in sequestro debba essere restituita al proposto.

Il programma dev'essere approvato dal tribunale, organo competente per i provvedimenti strategici per le sorti della procedura.

Tale essendo, in generale, la *ratio* dell'attribuzione della competenza al tribunale piuttosto che al giudice delegato, emerge con chiarezza l'irragionevolezza della disposizione di cui all'art. 2-*sexies*, co. 4-*ter*, l. n. 575/1965, introdotta dall'art. 11 della l. 15 luglio 2009, n. 94, a mente della quale, in caso di sequestro di azienda, il tribunale deve autorizzare il compimento degli atti di

ordinaria amministrazione.

La disposizione appare tanto più irragionevole in quanto lo stesso comma 4-*ter* demanda poi l'individuazione dei concreti criteri discretivi degli atti di ordinaria amministrazione rispetto a quelli di straordinaria amministrazione al giudice delegato (che vi provvede tenendo conto della natura dell'attività esercitata, della forza lavoro occupata, della capacità produttiva dell'impresa, del suo mercato di riferimento), con la singolare conseguenza per cui è il giudice delegato a determinare gli ambiti della competenza del tribunale.

La disposizione sembra implicare pure una perdurante distinzione di competenze tra il giudice delegato e il tribunale con riguardo ai diversi tipi di atti che l'amministratore giudiziario volta per volta compie. Sennonché, risulta difficile accettare la conclusione che il tribunale debba autorizzare gli atti di ordinaria amministrazione, mentre al giudice delegato sia demandata l'attività tutoria sugli atti di straordinaria amministrazione, secondo la regola generale di cui all'art. 2-*septies*, che, per i beni diversi dall'azienda, afferma appunto la competenza del giudice delegato. Deve allora di necessità concludersi nel senso che anche gli atti di straordinaria amministrazione siano soggetti all'autorizzazione del tribunale.

Tuttavia, se questo è vero, e il tribunale è chiamato ad autorizzare tanto gli atti di ordinaria amministrazione quanto quelli di straordinaria amministrazione, non si comprende l'utilità della disposizione che demanda al giudice delegato l'indicazione del concreto criterio discretivo per distinguere i due tipi di atti.

In generale può poi osservarsi che una disciplina tutoria così soffocante e defatigante, che demanda all'organo collegiale l'autorizzazione di tutti quanti gli atti di gestione, da quelli strategici a quelli minuti e quotidiani, appare irragionevole (e per questa via presenta criticità rispetto all'art. 3 Cost.); confligge con le esigenze di funzionalità della procedura (e per questa via con l'art. 97 Cost.); appare del tutto incoerente con la scelta della novella di istituire un albo degli amministratori giudiziari che contenga al proprio interno una

sezione speciale per gli esperti in gestione aziendale (artt. 12-15 l. 15 luglio 2009, n. 94), cui demandare, evidentemente, una gestione improntata a criteri di <<imprenditorialità>>, volta alla conservazione e al risanamento dell'impresa, secondo criteri di efficienza, economicità ed efficacia.

La novella non chiarisce cosa accada ove difettino le "concrete prospettive di prosecuzione dell'attività" d'impresa, ovvero nell'ipotesi in cui l'amministratore non formuli il programma per la prosecuzione dell'attività, ovvero qualora il tribunale non lo approvi, o nell'ipotesi in cui in cui il piano non consegua gli obiettivi suoi propri.

E' evidente che, in tutte le ipotesi sopra indicate, deve farsi luogo alla cessazione dell'impresa, alla estinzione della società, alla liquidazione del suo patrimonio, e, nel caso in cui l'impresa, individuale o collettiva, verta in istato d'insolvenza, alla declaratoria giudiziale di fallimento, con la conseguenza per cui la confisca antimafia non potrà avere ad oggetto che l'eventuale residuo attivo risultante dalla liquidazione fallimentare.

Senonchè, deve riconoscersi che il recente d.lgs. n. 5/2006, seguito dal d.lgs. n. 169/2007 (c.d. "correttivo"), di riforma della legge fallimentare, enfatizzando la funzione gestoria del Curatore ed i poteri decisori del Comitato dei Creditori, e relegando il giudice delegato al ruolo di mero controllore della liceità e della regolarità formale della procedura<sup>74</sup>, hanno accentuato il rischio di ineffettività della prevenzione patrimoniale, qualora il concorso tra le due procedure sia risolto riconoscendo la prevalenza di quella concorsuale<sup>75</sup>.

Si conferma, per questa via, l'urgenza della rivisitazione dell'intera normativa di contrasto ai patrimoni di mafia e della sua ricomposizione in un testo unico,

---

<sup>74</sup> Vd. FABIANI, *Legge fallimentare riformata e presunta competitività dell'impresa*, in *Foro it.*, 2006, V, 173.

<sup>75</sup> Si pensi, in particolare, all'accertamento del passivo fallimentare, in cui al giudice delegato è attribuita la funzione di terzo risolutore di conflitti mentre il ruolo di parti è distribuito tra i creditori e il curatore, al quale è demandato l'esame delle dichiarazioni di credito e lo svolgimento delle relative conclusioni, nonchè la rilevazione dei fatti impeditivi, modificativi od estintivi del credito che non siano rilevabili d'ufficio: cfr., PAGNI, *L'accertamento del passivo nella riforma fallimentare*, in *Foro it.*, 2006, V, 173.

che la armonizzi intorno al necessario rispetto sia dei principi penali sia delle regole del diritto privato e del diritto amministrativo, in un contesto segnato dalla ricerca di un nuovo punto di equilibrio fra efficientismo e rispetto dei principi costituzionali, con l'esaustiva regolamentazione anche dei rapporti fra le misure di prevenzione patrimoniali e i diritti dei terzi. Tanto più ove la confisca dei beni d'illecita provenienza torni ad essere, come auspicabile, un fenomeno statisticamente, giuridicamente e socialmente rilevante.