

NUMERO 1 - 2016

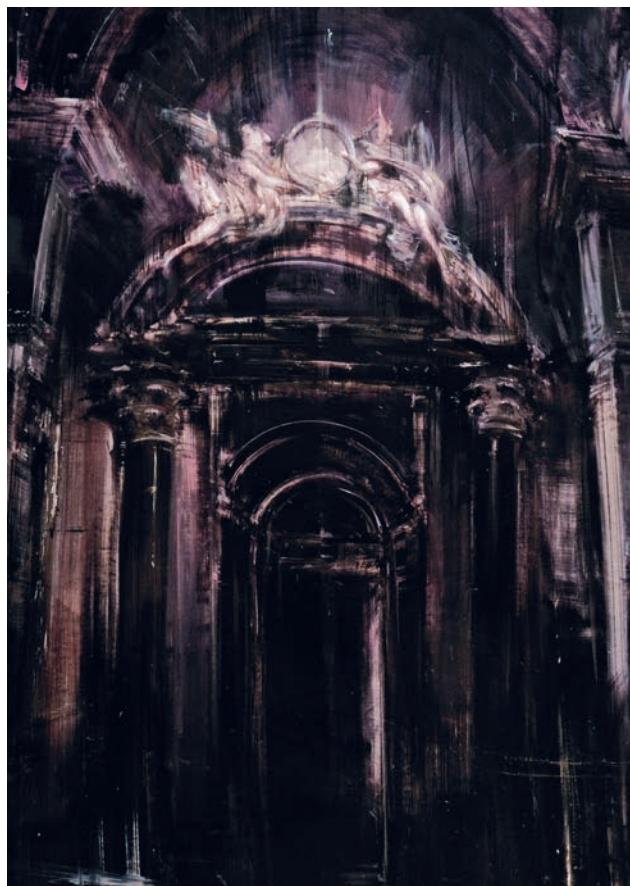
GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA

GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



ESTRATTO:

MICHELE LOBUONO

La tutela dei creditori ipotecari fra codice antimafia, normativa bancaria e categorie del diritto civile



GIUFFRÈ EDITORE

Indice

<i>Gli Autori di questo fascicolo</i>	2
LUCA NIVARRA	
<i>Le frontiere mobili della responsabilità contrattuale.</i>	5
ENRICO CARBONE	
<i>«Le une per mezzo delle altre»: l'interpretazione coerenziale delle clausole contrattuali.</i>	17
MICHELE LOBUONO	
<i>La tutela dei creditori ipotecari fra codice antimafia, normativa bancaria e categorie del diritto civile</i>	39
FRANCESCO VENOSTA	
<i>Dichiarazioni inviate o pervenute in fotocopia, principio di apparenza e conclusione del contratto</i>	79
FRANCESCO FIMMANÒ	
<i>I contratti nel concordato preventivo</i>	105
ALFONSO DI CARLO - MARCO BISOGNO	
<i>Le attestazioni del professionista nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti.</i>	181
MARCO MARAZZA	
<i>Jobs act e prestazioni d'opera organizzate</i>	215

La tutela dei creditori ipotecari fra codice antimafia, normativa bancaria e categorie del diritto civile

Il saggio analizza la disciplina del codice antimafia relativa alla tutela dei crediti assistiti da diritti reali di garanzia. L'esigenza di una riflessione nella prospettiva civilistica trae origine dalla circostanza che il sequestro e la confisca potrebbero pregiudicare beni e diritti di soggetti terzi rispetto ai destinatari delle misure di prevenzione. Il presente contributo analizza la problematica, ampiamente presente anche nel diritto applicato, avendo riguardo sia alle categorie tradizionali del diritto civile, sia allo statuto normativo dell'attività bancaria.

039

The essay analyzes the discipline of the “codice antimafia” related to the protection of credits warranted by security interests. The need of a reflection in a private law perspective derives from the circumstance that the seizure and the confiscation could jeopardize goods and rights of third parties, who are not the addressee of the prevention measures. This contribution analyzes the problem – broadly present also in the law in action – with regard both to the traditional categories of private law and to the normative statute of the bank activity.

Sommario: Il tema dell'indagine. – 2. Il precedente scenario legislativo e giurisprudenziale. – 3. Le soluzioni del codice antimafia. – 4. La buona fede del codice antimafia nella elaborazione giurisprudenziale. – 5. La buona fede in senso soggettivo nel diritto privato. – 6. La valutazione della buona fede nel codice antimafia. – 7. (*Segue*): il riferimento all'attività d'impresa. – 8. Attività bancaria e disciplina dell'istruttoria funzionale all'erogazione del credito. – 9. Statuto dell'impresa bancaria e codice antimafia nell'accertamento della buona fede della banca. – 10. Le modificazioni nel lato attivo del rapporto obbligatorio. – 11. (*Segue*): la fattispecie della cessione in blocco dei crediti. – 12. Le modificazioni nel lato passivo del rapporto obbligatorio: cenni alla fattispecie del subingresso nel contratto di mutuo ipotecario.

1. - Il tema dell'indagine.

La crescente complessità dell'esperienza giuridica ha determinato una progressiva espansione dei confini entro i quali si sviluppano i percorsi di ricerca del diritto privato¹. Il codice civile, che pure continua a rappresentare il tradizionale punto di riferimento dell'analisi, grazie anche a interventi normativi che ne adeguano il contenuto alla mutata realtà sociale ed economica, ha da tempo cessato di costituire l'oggetto pressoché esclusivo della riflessione, chiamata sempre più spesso a misurarsi con le soluzioni introdotte nelle leggi di settore².

Esemplare in tal senso appare la disciplina legislativa dei testi unici in materia bancaria, finanziaria o assicurativa che, pur essendo destinati a regolamentare lo svolgimento di attività economiche, contengono disposizioni e pongono questioni alle quali risulta tutt'altro che estranea l'analisi del diritto privato classico³.

Questi mutamenti negli scenari normativi di riferimento, per un verso, hanno determinato e ancora oggi continuano a sollecitare il ripensamento della portata attuale di istituti e categorie forgiati sulla base del codice

¹ Per una panoramica di tali sviluppi sia consentito il rinvio a F. MACARIO-M. LOBUONO, *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi*, Padova, 2010, spec. 378 ss.

² Vi si soffermano, in chiave sistematica, fra gli altri: N. IRTI, *L'età della decodificazione*, 4^a ed., Milano, 1999; C. CASTRONOVO, *Decodificazione, delegificazione, ricodificazione*, in *I cinquant'anni del codice civile*, (Atti del Convegno di Milano, 4-6 giugno 1992), Milano, 1993, 475 ss.; S. PATTI, *Tradizione civilistica e codificazioni europee*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 521.

³ Di particolare interesse, si segnala M. LIBERTINI, *Alla ricerca del "diritto privato generale" (appunti per una discussione)*, in A. PLAIA (a cura di), *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore*, Milano, 2008, 265 ss.

civile; per altro verso, inducono a ritenere che ove possibile si giunga a elaborare categorie nuove, in grado di rendere ragione dei nuovi indirizzi presenti nell'ordinamento giuridico⁴. D'altro canto, alcuni provvedimenti legislativi individuano nuovi spunti di riflessione all'interno del tradizionale dibattito relativo al rapporto fra diritto privato e diritto pubblico⁵.

In tale contesto si colloca il Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione introdotto con il d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, che disciplina evidentemente una materia ben distante dal tradizionale ambito di azione del diritto privato ma, al pari dei provvedimenti legislativi richiamati in precedenza, riporta una serie di disposizioni che finiscono per determinare il ricorso alle categorie civilistiche.

L'interesse del civilista per questa materia trae origine, fra l'altro, dalla circostanza che l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali, vale a dire il sequestro e la confisca, potrebbe pregiudicare anche i beni e i diritti di soggetti terzi rispetto ai destinatari delle disposizioni del codice antimafia⁶. Si tratta a ben guardare di una normativa complessa che prende in considerazione una pluralità di fattispecie. In questa sede si ritiene opportuno soffermarsi l'attenzione sulle soluzioni che il legislatore ha inteso adottare con riferimento al rapporto fra misure di prevenzione e diritti di credito dei terzi, avendo riguardo in particolare al trattamento e alla tutela dei crediti assistiti da diritti reali di garanzia⁷.

⁴ Il tema è ampiamente analizzato nella riflessione di N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, spec. 21 ss.

⁵ Per un'impostazione di carattere generale, si rinvia alla «voce» di S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 696 ss.; con particolare riferimento alla disciplina di attività aventi contenuto economico, v. le considerazioni di A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra stato e mercato)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, 513 ss.

⁶ Il tema della tutela dei terzi emerge in primo luogo in alcune disposizioni del Titolo II, riguardanti i terzi che risultino proprietari o comproprietari dei beni sequestrati (art. 23, comma 2), i terzi in buona fede ai quali i beni siano stati trasferiti legittimamente prima dell'esecuzione del sequestro (art. 25), ovvero i terzi a cui i beni siano stati fintiziamente intestati o trasferiti (art. 26). Il tema riaffiora successivamente nel Titolo IV, dedicato espresamente alla tutela dei terzi oltre che ai rapporti con le procedure concorsuali.

⁷ L'art. 52 del codice antimafia è destinato a trovare applicazione nei confronti di soggetti terzi rispetto al proposto per la misura di prevenzione. In argomento, con particolare riferimento al rapporto con la disciplina delle procedure concorsuali, cfr. G. CAPECCHI-G. FICHERA, *L'ablazione e la gestione dell'impresa in stato di insolvenza e dell'impresa dichiarata insolvente: rapporti tra procedure concorsuali e misure di prevenzione*, in F. BRIZZI-G. CAPECCHI-G. FICHERA, *Misure di prevenzione patrimoniali e tutela dei terzi*, Torino, 2013, 313 ss.

La natura delle situazioni giuridiche soggettive interessate induce sul piano metodologico a sviluppare l'analisi avendo riguardo per un verso alla portata che gli interventi normativi assumono rispetto a categorie tradizionali del diritto civile, per altro verso agli effetti derivanti dalla loro collocazione all'interno di un testo normativo destinato a tutelare interessi di carattere pubblico di particolare rilevanza sul piano economico e sociale⁸.

D'altro canto, il concreto atteggiarsi di tali vicende nella prassi pone in evidenza che la disciplina del codice antimafia relativa all'accertamento della posizione giuridica del creditore, finisce per trovare applicazione in prevalenza nei confronti delle banche, in particolare laddove viene in considerazione il credito, di norma assistito da garanzie reali, erogato dagli intermediari bancari nell'esercizio dell'attività di finanziamento. In tale prospettiva, dunque, appare opportuno soffermarsi altresì sulla portata che lo «statuto normativo» dell'attività bancaria assume nell'interpretazione e nell'applicazione della normativa introdotta dal codice antimafia. Prima di entrare nel dettaglio della disciplina in tema di tutela del credito (garantito) stabilita nel codice antimafia, appare opportuno delineare, sia pure in estrema sintesi, l'itinerario che ne ha preceduto l'introduzione tanto sul piano normativo, quanto su quello giurisprudenziale.

2. - Il precedente scenario legislativo e giurisprudenziale.

Per far fronte alla crescente diffusione di fenomeni criminali il legislatore da tempo ha introdotto misure volte ad aggredire beni che risultino nella titolarità formale di terzi ove il proposto per le misure patrimoniali antimafia ne abbia la disponibilità, nonché quelli di titolarità dello stesso proposto sui quali tuttavia i terzi vantino diritti. Le soluzioni normative, è appena il caso di rilevarlo, traggono origine dall'esigenza di evitare che l'efficacia degli strumenti di prevenzione possa risultare vanificata da

⁸ Sul rapporto fra l'interesse alla repressione del fenomeno criminale e l'esigenza di tutela delle situazioni giuridiche di soggetti estranei al reato, fra gli altri, cfr. S. MAZZAMUTO, *La tutela dei terzi di buona fede nella confisca antimafia: le ultime novità legislative e giurisprudenziali*, in www.juscivile.it, 2013, 7, 406 e, già in precedenza, *L'esecuzione forzata*, Torino, 1988, 22; A. Aiello, *La tutela civilistica dei terzi nel sistema della prevenzione patrimoniale antimafia*, Milano, 2005, 10 ss.

meccanismi giuridici di interposizione fittizia o reale ovvero dalla presenza di diritti in favore di terzi⁹.

Le situazioni giuridiche soggettive di cui i terzi sono titolari comprendono anche i diritti reali di garanzia costituiti sui beni oggetto del provvedimento ablativo in epoca anteriore all'instaurazione del procedimento di prevenzione, in favore di soggetti che possono risultare estranei ai fatti all'origine del procedimento. Si pensi all'ipotesi, alquanto diffusa nella prassi, del credito erogato dalla banca che provveda a iscrivere ipoteca su beni immobili successivamente oggetto di un provvedimento di sequestro di prevenzione emesso nei confronti di un indiziato di appartenenza a un'associazione mafiosa¹⁰.

Tralasciando ogni considerazione di carattere processuale, sul piano sostanziale già prima dell'avvento del codice antimafia si era posta di frequente l'esigenza di valutare se la garanzia reale potesse continuare a produrre i suoi effetti successivamente al provvedimento che disponeva la confisca e, quindi, l'acquisto del bene in favore dello Stato. Pur nella complessità della vicenda, si era andata affermando nel diritto applicato la consapevolezza che la confisca non potesse determinare l'estinzione dei diritti di garanzia vantati dai terzi estranei ai fatti che avevano dato luogo al procedimento, in sintonia col «principio generale di giustizia distributiva per cui la misura sanzionatoria non può ritorcersi in ingiustificati sacrifici delle posizioni giuridiche soggettive di chi sia rimasto estraneo all'illecito»¹¹.

In tale contesto era apparso evidente che la conservazione della garanzia dovesse essere subordinata all'esistenza dei presupposti formali di opponibilità del titolo vantato dal terzo nei confronti dello Stato confiscante. Per altro verso, si era posta l'esigenza di chiarire se l'effetto conservativo della garanzia fosse condizionato alla mera sussistenza del presupposto formale ovvero alla ricorrenza di elementi ulteriori.

043

⁹ Vi si sofferma, A. Aiello, *Le questioni civilistiche: quadro di riferimento generale*, in S. MAZZARESE-A. AIELLO (a cura di), *Le misure patrimoniali antimafia*, Milano, 2010, 228 ss., testo e note.

¹⁰ Eloquente in tal senso, Cass. pen., sez. VI, 15 ottobre 2014, n. 2334, in *Dir. e giust.*, 2015, fasc. 2, 130, con nota di L. PIRAS.

¹¹ Cass. pen., sez. un., 28 aprile 1999, n. 9, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 961, con nota di A. MONTAGNA; nonché in Cass. pen., 2000, 1148, nota di F. NUZZO.

In questa sede non è possibile ripercorrere il dibattito che ha caratterizzato la materia e i numerosi interventi della giurisprudenza, sia di quella civile che di quella penale¹². Sul piano dei presupposti formali giova rilevare che una possibile prospettiva di analisi e di inquadramento della questione ha avuto come punto di riferimento il codice civile e, in particolare, la disciplina delle cause di estinzione dell'ipoteca prevista dall'art. 2878 c.c. In tal senso, muovendo da un'interpretazione restrittiva della disposizione codicistica¹³, la Cassazione civile aveva stabilito che il sequestro di prevenzione non fosse idoneo a far venir meno l'ipoteca dovendosi ritenere estinto il diritto reale di garanzia solo per le cause previste dal codice¹⁴. In sostanza, il provvedimento di confisca, pronunciato nei confronti di un indiziato di appartenenza a consorteria mafiosa o similare, non poteva ritenersi idoneo a pregiudicare i diritti reali di garanzia costituiti sui beni oggetto del provvedimento ablativo, in epoca anteriore all'instaurazione del procedimento di prevenzione, in favore di terzi estranei ai fatti che avevano dato luogo al medesimo procedimento.

D'altro canto, era andata progressivamente emergendo l'esigenza di valu-

¹² Sul punto, fra gli altri, S. CURIONE, *Confische penali e tutela dei terzi*, Roma, 2011, 303; F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Milano, 2012, 553; F. CASSANO, *La tutela dei diritti dei terzi nella legislazione antimafia*, in A.M. MAUGERI (a cura di), *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Milano, 2008, 425 ss.; A. AIELLO, *La tutela civilistica dei terzi*, cit., 471 e la ricostruzione ivi sviluppata; G. BONGIORNO, *L'espropriazione dei beni confiscati*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, III, Torino, 2008, 451 ss.

¹³ Di contrario avviso, però, muovendo dall'ipotesi dell'usucapione di cosa ipotecata e di servitù su fondo ipotecato, cfr. G. GORLA, *Del Pegno - Delle ipoteche*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, 4^aed., Bologna-Roma, 1992, 368; P. BOERO, *Le ipoteche*, in *Giur. sist civ. comm.*, 2^a ed., Torino, 1999, 141-142.

¹⁴ Cass. 5 ottobre 2010, n. 20664, in *Guida dir.*, 2010, fasc. 44, 60, con nota di E. SACCHETTINI; in precedenza nella medesima prospettiva, Cass. 16 gennaio 2007, n. 845, in *Italgiure*, flv. 594197, ove peraltro si precisa con riferimento al presupposto soggettivo che la buona fede assume rilevanza, per l'ordinamento giuridico, oltre che quale principio di condotta generale cui devono essere ispirati i rapporti giuridici tra gli individui, anche quale fonte di conseguenze favorevoli per chi le invoca, solo in quanto non sacrifichi la vincolatività del precetto normativo. Nel caso di specie, in applicazione di tale principio la Suprema Corte escludeva che potesse invocare il principio di buona fede, quanto alla non conoscenza di provvedimenti di sequestro e di confisca di prevenzione, colui che era risultato, in esito a procedura di espropriazione con incanto, disposta dall'autorità giudiziaria, aggiudicatario di beni colpiti da detti provvedimenti trascritti sui pubblici registri immobiliari. Si osservava, in particolare, che in suo favore non potesse profilarsi una situazione di buona fede e di affidamento incolpevole per il fatto di avere erroneamente ritenuto che il trasferimento dell'immobile non fosse pregiudicato dalla disposta confisca antimafia.

tare il requisito di natura soggettiva rappresentato dallo stato di buona fede del terzo. In particolare la giurisprudenza (soprattutto penale) aveva elaborato il principio di diritto secondo cui l'opponibilità del diritto reale di garanzia dovesse essere subordinata non solo al presupposto dell'avvenuta iscrizione della garanzia anteriormente alla trascrizione del sequestro (ed a maggiore ragione del provvedimento di confisca), ma anche alla circostanza che il creditore ipotecario si trovasse in una situazione di buona fede, dovendo individuarsi in quest'ultimo requisito la base giustificativa della tutela del terzo di fronte al provvedimento autoritativo di confisca, adottato dal giudice della prevenzione a norma della legislazione antimafia¹⁵.

Le soluzioni formulate nel diritto applicato, che non di rado hanno evidenziato le diversa “sensibilità” delle Sezioni civili e penali della Cassazione, traevano origine da una disciplina legislativa lacunosa¹⁶. In un contesto normativo di questo tipo la locuzione buona fede finiva per essere intesa con modalità differenti, identificando per un verso la situazione di incolpevolezza del terzo estraneo alla misura ablativa; per altro verso, non solo il limite degli effetti della misura ablativa, ma anche l'elemento idoneo a delineare (con i presupposti di carattere formale) la situazione soggettiva astrattamente idonea a rendere meritevoli di tutela gli interessi del creditore¹⁷.

Le lacune del vecchio impianto legislativo venivano integrate solo nel 2010 con la previsione di norme che riconoscevano ai titolari di diritti reali di garanzia la facoltà di intervenire nel procedimento di prevenzione al fine dell'accertamento dei loro diritti nonché della loro buona fede e dell'inconsapevole affidamento nella loro acquisizione¹⁸. Nonostante le innova-

¹⁵ Così, Cass. pen., sez. I, 10 giugno 2005, n. 22179; nello stesso senso: Cass. pen., sez. I, 11 febbraio 2005, n. 12317, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2006, 5, p. 574 ss.; Cass. pen., sez. I, 18 aprile 2007, n. 19761, in *Riv. polizia*, 2010, 234 ss.

¹⁶ La l. 31 maggio 1965, n. 575, conteneva norme assai scarne a tutela dei terzi titolari di diritti reali sui beni confiscati.

¹⁷ Sulle trasformazioni che hanno interessato la locuzione buona fede nel contesto in esame, v. A. Aiello, *La tutela civilistica dei terzi*, cit., 473 ss.

¹⁸ Ai ridetti creditori era stata, in qualche caso, riconosciuta la legittimazione ad intervenire nel procedimento di prevenzione, sulla base di una lettura ampia del concetto di «appartenenza» dei beni, richiamato dall'art. 2-ter, comma 5, della l. n. 575 del 1965; più spesso, e comunque, la possibilità di far valere le loro ragioni sui beni attinti dal provvedimento ablativo tramite la proposizione di un incidente di esecuzione (da ultimo, v. Trib. Palermo,

zioni legislative, tuttavia, la disciplina non conteneva un organico sistema di coordinamento tra l'interesse dello Stato a sottrarre il bene all'indiziato con il sequestro (seguito poi dalla confisca) e la tutela delle posizioni giuridiche dei terzi. A tale scopo interveniva la l. 13 agosto 2010, n. 136, che delegava il Governo all'adozione di un decreto legislativo recante il codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione; in attuazione della delega veniva, quindi, emanato il d.lgs. n. 159 del 2011, con l'obiettivo di rafforzare il potere acquisitivo della confisca, dando ad essa prevalenza rispetto al diritto dei terzi creditori garantiti¹⁹.

Prima di entrare nel merito di alcuni aspetti problematici delle soluzioni adottate nel Codice antimafia in tema di tutela dei titolari di diritti reali di garanzia appare opportuno tuttavia un cenno allo scenario normativo sovranazionale, caratterizzato, al pari di quello nazionale, dall'esigenza di garantire un effettivo bilanciamento fra i due interessi che si contrappongono nella materia in esame: l'interesse dei creditori a non veder svanire la garanzia patrimoniale su cui avevano fatto affidamento per la restituzione delle somme erogate, l'interesse pubblico ad assicurare il raggiungimento delle finalità della confisca.

sez. mis. prev., 18 gennaio 2011, Sicilcassa, in *Dir. pen. contemp.*, del 12 settembre 2011, con nota di A.M. MAUGERI, *Misure di prevenzione patrimoniale: tutela dei terzi e nozione di buona fede*). Tale indirizzo trovava una successiva eco normativa con il d.l. 4 febbraio 2010, n. 4 (recante *Istituzione dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata*), convertito, con modificazioni, dalla l. 31 marzo 2010, n. 50, che estese espressamente ai titolari di diritti reali di garanzia (oltre che ai titolari di diritti reali di godimento o di quote indivise) sui beni immobili sequestrati, la facoltà di intervenire nel procedimento di prevenzione esigendo, al tempo stesso, la prova «della loro buona fede e dell'inconsapevole affidamento» nell'acquisizione di detti diritti. Con la decisione di confisca, inoltre, il tribunale poteva, con il consenso dell'amministrazione interessata, determinare la somma spettante per la liberazione degli immobili dai gravami ai soggetti per i quali erano state accertate le predette condizioni.

¹⁹ In tal senso, superando le questioni emerse sul punto nel diritto applicato, l'art. 45 del codice stabilisce che a seguito della confisca definitiva di prevenzione i beni sono acquisiti al patrimonio dello Stato liberi da oneri e pesi e che la tutela dei diritti dei terzi è garantita entro i limiti e nelle forme di cui al titolo IV, vale a dire con un meccanismo di tipo concorsuale. Peraltro, talune criticità sono perdurate, come testimoniato dalle recentissime decisioni della Corte cost., 28 maggio 2015, n. 94, in *Foro it.*, 2015, I, c. 3043, con nota di S. CALVIGIONI, *Sequestro, confisca e categorie di creditori da tutelare: è il codice antimafia il punto di riferimento*; in *Dir. e giust.*, 2015, fasc. 21, 151, con nota di G. MARINO, in riferimento alla declaratoria di incostituzionalità dell'impianto normativo considerato per mancanza di analoghe tutele dei crediti da lavoro subordinato; non così, al contrario, Corte cost., ord., 5 giugno 2015, n. 101, in *Dir. e giust.*, del 16 giugno 2015, in riferimento ai crediti da fornitura di data (dimostrabile) "anteriore" alle misure restrittive patrimoniali adottate, sia pure "non certa" a mente dell'art. 2704 c.c.

In tal senso ci si limita a richiamare l'obbligo di tutelare i terzi in buona fede, sancito sia dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti e di sostanze psicotrope, adottata nel 1988 a Vienna²⁰, sia dalla Convenzione di Strasburgo sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi del reato del 1990²¹. Di recente la materia è stata disciplinata anche dal legislatore comunitario, che ha introdotto una direttiva relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea prevedendo espressamente la necessità di tutelare i diritti dei terzi di buona fede²².

3. - Le soluzioni del codice antimafia.

L'esigenza di contemperare, da un lato, l'interesse pubblico a sottoporre i beni dell'indagato alle misure di prevenzione e, dall'altro, la salvaguardia dei diritti dei soggetti terzi è alla base di alcune soluzioni normative introdotte dal citato Titolo IV del codice antimafia. In particolare, nel delineare il meccanismo di tutela dei terzi, l'art. 52 cod. antimafia stabilisce in primo luogo che la confisca non pregiudica i diritti reali di garanzia costituiti in epoca anteriore al sequestro laddove ricorrano alcune condizioni espressamente previste dallo stesso legislatore. La medesima disposizione prevede poi che i crediti, fra cui quelli assistiti da garanzia, devono essere accertati con un procedimento avente natura concorsuale. Il successivo art. 53 statuisce, infine, che i crediti per titolo anteriore al seque-

047

²⁰ L'art. 5, comma 8, della Convenzione di Vienna tutela i diritti dei terzi in buona fede; la successiva Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, conclusa a Palermo il 12-15 dicembre 2000, stabilisce la necessità di salvaguardare i diritti dei terzi in buona fede (art. 12, comma 8).

²¹ L'art. 5 della Convenzione impone a ciascuno degli Stati aderenti di adottare tutte le misure legislative o di altra natura eventualmente necessarie ad assicurare che coloro che siano interessati dalla confisca dispongano «di effettivi rimedi giuridici a tutela dei propri diritti».

²² Il riferimento deve intendersi alla direttiva 2014/42/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014. Degni di nota ai fini della nostra riflessione sono l'art. 6, dettato in tema di effetti della confisca nei confronti dei terzi, in particolare il secondo comma che fa salvi i diritti dei terzi di buona fede, nonché l'art. 8, comma 9, ove si stabilisce che i terzi possono far valere un diritto di proprietà o altri diritti patrimoniali, anche nei casi di misure necessarie per poter procedere alla confisca di proventi da reato.

stro sono soddisfatti dallo Stato nel limite del sessanta per cento del valore dei beni sequestrati e confiscati²³.

Le condizioni che consentono ai terzi titolari di diritti reali di garanzia costituti in epoca anteriore al sequestro di non essere pregiudicati dalla confisca vanno ricercate, dunque, all'interno del citato art. 52. In particolare, in questa sede particolare rilevanza assume la condizione individuabile nella circostanza «che il credito non sia strumentale all'attività illecita o a quella che ne costituisce il frutto o il reimpiego, a meno che il creditore dimostri di avere ignorato in buona fede il nesso di strumentalità» [(art. 52, comma 1, lett. b)]²⁴.

La suddetta disposizione presenta due distinte previsioni: una di carattere oggettivo, l'altra di carattere soggettivo. La prima viene in considerazione nella parte in cui si afferma, con una formulazione resa in termini negativi, che la confisca non ha carattere pregiudizievole laddove manchi un nesso di strumentalità fra il credito e l'attività illecita ovvero fra il credito e l'attività che ne costituisce il frutto o il reimpiego. La seconda pone a carico del creditore, qualora venga accertato il collegamento oggettivo fra il credito e le attività criminose, l'onere della prova di avere ignorato in buona fede il nesso di strumentalità.

Attraverso la disposizione in esame il legislatore mira a dare soluzione ai problemi di carattere interpretativo sorti sulla base della precedente normativa, fra questi in primo luogo alla questione relativa al contenuto e alla portata della buona fede. In presenza del precedente scenario legislativo

²³ In sostanza, ove ricorrono i presupposti previsti dalla legge i terzi possono far valere in via privilegiata il loro diritto non già sul bene originariamente oggetto della garanzia bensì, in via concorsuale, sul valore dei beni sottoposti a liquidazione. Originariamente il limite di soddisfazione dei creditori era del settanta per cento, limite che, per quanto avesse non senza ragione sollevato dubbi in ordine alla sua legittimità, è stato ulteriormente ridotto in forza dell'articolo 1, comma 443, lettera b), della l. 27 dicembre 2013, n. 147.

²⁴ La previsione potrebbe subire una parziale modifica ove fosse approvato il d.d.l. n. 2134 approvato dalla Camera dei Deputati l'11 novembre 2015, che sostituisce l'inciso finale con l'espressione «sempre che il creditore dimostri la buona fede e l'inconsapevole affidamento». La parte finale di tale disposizione evoca il tenore letterale del citato art. 2-ter, della l. n. 575 del 1965, come modificato nel 2010, ove si stabiliva che i titolari di diritti reali di garanzia sui beni immobili sequestrati potessero intervenire nel procedimento al fine dell'accertamento di tali diritti nonché della loro buona fede e «dell'inconsapevole affidamento nella loro acquisizione» (v., *supra*, nt. 18). Come avremo modo di rilevare, si tratta di una modifica che tornerebbe a indicare un requisito ormai ampiamente utilizzato nel diritto applicato.

diverse erano state le soluzioni formulate in merito al collegamento fra l'atteggiamento soggettivo del terzo e i fatti illeciti del proposto.

Secondo una parte della giurisprudenza la posizione del terzo di buona fede doveva ritenersi assorbita in quella di estraneità al reato, vale a dire con la posizione di colui che vantasse un titolo privo di collegamento con la condotta delittuosa dell'indiziato. In una diversa prospettiva, cui sembra ispirata la soluzione introdotta nel codice antimafia, qualora la prestazione del creditore in favore del proposto fosse risultata funzionalmente strumentale alle sue attività criminali, la buona fede del creditore doveva essere identificata con la mancata conoscenza di tale nesso di strumentalità²⁵.

Degna di nota, inoltre, la questione emersa in sede giurisprudenziale relativa all'individuazione del soggetto tenuto ad assolvere l'onere della prova dell'esistenza della buona fede, risolta dal codice antimafia stabilendo che debba essere il creditore a dover dimostrare di non aver conosciuto in buona fede l'esistenza del nesso di strumentalità fra il credito e l'attività illecita.

Allo stesso modo, nel diritto applicato si era posto il problema dei criteri di valutazione della condotta del titolare della garanzia, in considerazione dell'ampiezza e, per certi versi, della vaghezza della previgente disciplina. Le soluzioni elaborate dalla giurisprudenza (soprattutto quella penale) hanno trovato accoglimento nel terzo comma dell'art. 52, che individua una serie di circostanze destinate a orientare la valutazione della buona fede del creditore. In base a tale disposizione, il tribunale «tiene conto delle condizioni delle parti, dei rapporti personali e patrimoniali tra le stesse e del tipo di attività svolta dal creditore, anche con riferimento al ramo di attività, alla sussistenza di particolari obblighi di diligenza nella fase precontrattuale nonché, in caso di enti, alle dimensioni degli stessi». Nel complesso vengono in evidenza soluzioni che finiscono per evocare nozioni e categorie proprie del diritto privato tradizionale. Ne consegue che il ricorso a questa prospettiva di analisi appare astrattamente idonea a (meglio) delineare la reale portata della disciplina introdotta sul punto dal codice antimafia.

²⁵ Sul punto, v. anche la ricostruzione di A. AIELLO, *La tutela civilistica dei terzi*, cit., 488.

4. - La buona fede del codice antimafia nella elaborazione giurisprudenziale.

Il punto di partenza di una, sia pur breve, riflessione avente ad oggetto il meccanismo che il legislatore stabilisce al fine di escludere (o quanto meno attenuare) gli effetti pregiudizievoli del sequestro (e della confisca) sui diritti reali di garanzia dei terzi è, dunque, rappresentato dalla nozione di buona fede. Come si è detto, l'art. 52, comma 1, lett. *b*), cod. antimafia, stabilisce che il creditore può evitare il pregiudizio derivante dalla confisca qualora dimostri di avere ignorato in buona fede il nesso di strumentalità fra il credito e l'attività illecita o quella che ne costituisce il frutto o il reimpiego. Appare ragionevole sostenere, in via di prima approssimazione, che la nozione di buona fede utilizzata possa essere considerata alla stregua di una situazione soggettiva maturata sulla base di elementi che dovranno essere accertati durante il procedimento.

Una ricostruzione di questo tipo trova conforto in primo luogo nel tenore delle soluzioni elaborate dalla giurisprudenza già prima dell'introduzione del codice antimafia. Ai fini dell'opponibilità del diritto di garanzia reale, come si è visto, le corti non ritenevano sufficiente che l'ipoteca fosse stata costituita mediante iscrizione nei pubblici registri immobiliari anteriormente alla trascrizione del sequestro, ma richiedevano altresì la condizione, ritenuta peraltro inderogabile, che il creditore si fosse trovato «in una situazione di buona fede e di affidamento incolpevole»²⁶.

La formula, utilizzata nella prassi giurisprudenziale come base giustificativa della tutela dei terzi rispetto al provvedimento di confisca adottato in forza della legislazione antimafia, poneva in chiara evidenza la necessità che il profilo soggettivo rappresentato dalla “situazione” di buona fede fosse collegato alla presenza di un affidamento, non imputabile al terzo, in ordine alla mancanza di strumentalità fra il credito garantito e l'attività illecita. In particolare, era andato delineandosi un meccanismo che poneva a carico del terzo, per un verso, l'onere di dimostrare l'esistenza di una situazione di oggettiva apparenza, idonea a rendere scusabile l'ignoranza, l'errore o il difetto di diligenza in sede di erogazione del credito, per

²⁶ In tal senso Cass. pen., sez. I, 27 aprile 2012, n. 44515, in *Cass. pen.*, 2014, fasc. 10, 3448.

altro verso, l'onere di dimostrare di aver adempiuto con diligenza gli obblighi di informazione e di accertamento in ordine all'effettiva posizione del soggetto verso il quale vantava il diritto di garanzia²⁷.

Gli esiti a cui era pervenuta la giurisprudenza (prevolentemente penale) hanno ispirato i più recenti interventi del legislatore, in particolare la stesura del citato art. 52 del codice antimafia. D'altro canto, le prime applicazioni di tale disposizione evidenziano l'orientamento delle corti verso una sostanziale continuità con le soluzioni elaborate in passato dalla stessa giurisprudenza.

In particolare, nel valutare i presupposti di ammissione del credito, una importante pronuncia delle Sezioni Unite civili pone in evidenza²⁸:

- che mediante il citato art. 52 «il legislatore fissa dei parametri di giudizio di cui il giudice deve tener conto al momento della valutazione probatoria»;
- che tali parametri «sono obbligatori, ma non sono né esclusivi, né vincolanti, in altri termini, il giudice deve obbligatoriamente tener conto di tali parametri, ma può considerare altri parametri non menzionati dal legislatore, e può anche motivatamente disattendere i parametri indicati dal legislatore»;
- che le nuove norme, e quelle richiamate, non contengono previsioni espresse in termini di prova, vale a dire, a chi spetti provare la buona fede e l'affidamento incolpevole. Soffermandosi su tale aspetto le Sezioni unite (e la giurisprudenza successiva) ritengono «che l'elaborazione giurisprudenziale negli anni maturata, soprattutto nell'ambito penale, e la veste sostanziale di attore nel procedimento giurisdizionale di ammissione, che assume il creditore, convergano nell'addossare a quest'ultimo la prova positiva delle condizioni per l'ammissione al passivo del suo credito»²⁹.

²⁷ Lo sottolinea A. RICCIO, *Acquisti a titolo originario e conflitti con diritti reali di garanzia*, in J. P. MURGA FERNANDEZ-S. TOMÀS TOMÀS (a cura di), *Il diritto patrimoniale di fronte alla crisi economica in Italia e in Spagna*, Padova, 2014, spec., 213, con richiami giurisprudenziali.

²⁸ Il riferimento deve intendersi alla nota Cass. sez. un., 7 maggio 2013, n. 10532, in *Dir. e giust.*, 2013, fasc. 10, 486, con nota di I. L. NOCERA; in *Guida dir.*, 2013, fasc. 25, 22, con nota di P. PIRRUCCIO; in *Foro it.*, 2014, I, c. 192, con nota di S. CALVIGIONI.

²⁹ Prosegue la Corte nel senso che: «Tale conclusione è conforme al canone ermeneutico dell'intenzione del legislatore (art. 12 preleggi). Si suppone che il legislatore razionale – quando emana una legge – conosca il diritto vivente. Ora, se il legislatore nel disciplinare una materia non innova le soluzioni che costituiscono l'approdo interpretativo della giurisprudenza, vuol dire che le recepisce: cioè le fa normativamente proprie».

L'iter argomentativo delle Sezioni Unite, ripreso pedissequamente in altre pronunce³⁰, manifesta un approccio che in alcuni punti sembra ridimensionare la portata delle soluzioni introdotte dal legislatore. In tal senso potrebbe intendersi il riferimento alla circostanza che le nuove norme non conterrebbero previsioni espresse in termini di prova, in particolare l'individuazione del soggetto – che nella citata sentenza viene comunque identificato con il creditore – tenuto a provare la buona fede e l'affidamento incolpevole; invero l'art. 52, comma 1, lett. *b*), sembra aver risolto la questione sul piano del diritto positivo stabilendo espressamente che spetta al creditore dimostrare la buona fede.

D'altro canto, con riferimento ai parametri di giudizio di cui il giudice deve tener conto al momento della valutazione probatoria, se per un verso appare coerente con l'impianto normativo l'affermazione del loro carattere obbligatorio ma non esclusivo, discutibile appare invece il successivo assunto in base al quale tali parametri non sarebbero vincolanti, sicché il giudice potrebbe giungere, sia pure motivatamente, a disattendere le indicazioni del legislatore³¹. Un'impostazione di questo tipo non sembra giustificabile né alla luce della soggezione del giudice alla legge, che nella materia in esame attribuisce espressamente allo stesso giudice il compito di valutare le circostanze del caso concreto alla stregua dei suddetti parametri; né in considerazione del fatto che i medesimi criteri potrebbero orientare, come avremo modo di rilevare, il richiamato onere probatorio cui è tenuto il creditore³².

Ciò detto, occorre soffermarsi sul contenuto e sulla portata della previsione in tema di buona fede e sui problemi connessi alla sua valutazione. Il meccanismo delineato dal legislatore induce a rilevare preliminarmente che, laddove risulti accertato il nesso di strumentalità fra il credito e l'attività illecita, la buona fede finisce per assumere un ruolo essenziale nella fattispecie avente ad oggetto la tutela del diritto di credito assistito

³⁰ Fra le altre, v. Cass. pen., sez. V, 16 gennaio 2015, n. 6449; Cass. pen., sez. I, 16 ottobre 2014, n. 4448.

³¹ All'unisono con le Sezioni Unite Civili (cit., *supra*, nt. 28), v. ora Cass. pen., sez. I, 30 gennaio 2015, n. 4448, in www.Neldiritto.it

³² Di segno contrario, v. però F. MENDITTO, *Confisca di prevenzione e tutela dei terzi creditori. Un difficile bilanciamento di interessi*, in *Dir. pen. contemp.*, del 7 luglio 2015, spec., 40, testo e note.

dalla garanzia reale³³. Diversamente da quanto emerso in passato nella prassi giurisprudenziale, nella lettera *b*) del primo comma la buona fede sembra assumere quasi una rilevanza esclusiva, non essendovi alcun riferimento al diverso profilo dell'affidamento incolpevole del creditore. Tale requisito è destinato comunque a trovare applicazione, come emerge anche sul piano del diritto applicato, non solo in forza del modo di operare della buona fede nel diritto privato (v., *infra*, n. 5) ma anche delle suggestioni che si ricavano dal successivo terzo comma, in particolare dalle richiamate circostanze di carattere oggettivo e soggettivo di cui il tribunale tiene conto in sede di valutazione della buona fede³⁴. Poste tali premesse di carattere generale e prima di analizzare in modo più approfondito il meccanismo delineato dal legislatore, appare opportuno sul piano sistematico formulare brevi cenni sul contenuto della nozione generale di buona fede in senso soggettivo³⁵.

5. - La buona fede in senso soggettivo nel diritto privato.

Giova richiamare in primo luogo la revisione critica delle opinioni tradizionali operata intorno alla metà degli anni sessanta dalla dottrina, al cui interno la buona fede in senso soggettivo viene delineata alla stregua di uno stato intellettivo che, basato su di un errore o sull'ignoranza del vero,

053

³³ La Suprema Corte ha precisato che solo laddove venga dimostrato, in modo adeguato rispetto al tipo di rapporto in concreto, che il credito del terzo sia strumentale all'attività illecita, quest'ultimo per far valere il proprio diritto di credito deve dimostrare di aver ignorato in buona fede tale nesso di strumentalità (Cass. pen., sez. VI, 10 settembre 2015, n. 36690).

³⁴ In tale prospettiva, nonché in quella più generale del diritto privato comune (v., *infra*, n. 5), non appare particolarmente innovativa la soluzione introdotta dal citato d.d.l. n. 2134 approvato l'11 novembre dalla Camera dei Deputati, che modifica l'inciso finale della disposizione in esame (re)introducendo il requisito dell'inconsapevole affidamento (v. *supra*, nt. 24). Appare opportuno rilevare, anzi, che la soluzione prospettata in sede di modifica del codice antimafia potrebbe sollevare qualche dubbio sul piano della coerenza sistematica con gli elementi di valutazione del terzo comma, in quanto l'uso dell'attributo "inconsapevole" (se inteso in un'accezione diversa da quella di "incolpevole") potrebbe spostare l'analisi della condotta del creditore dal piano della diligenza, cui afferiscono i diversi obblighi di condotta dello stesso creditore (v. *infra*), a quello della mancata conoscenza delle circostanze che escluderebbero l'affidamento.

³⁵ Sul rapporto fra buona fede scusante nelle misure di prevenzione e la categoria civilistica, v. L. MODICA, *Note in tema di tutela dei diritti dei terzi nei cosiddetti «pacchetti sicurezza»*, in *Le misure patrimoniali antimafia*, cit., 347 ss.

si esaurisce nella convinzione (esplicita o implicita) di agire in conformità del diritto³⁶.

Muovendo in tale prospettiva si giunge a sottolineare «come la buona fede non coincida propriamente con l'errore (o con l'ignoranza), ma come, più esattamente, l'errore (o l'ignoranza) rappresentino la situazione intellettuale base, su cui si innesta la situazione finale buona fede, vista, quindi, in una prospettiva più propriamente dinamica, quale componente del comportamento (positivo o negativo) di un soggetto»³⁷.

Nelle riflessioni successive condotte in particolare nell'ambito del diritto delle obbligazioni, la buona fede in senso soggettivo viene ancora definita alla stregua di uno stato intellettuale caratterizzato dall'ignoranza di un fatto previsto dalla fattispecie normativa³⁸, ovvero come “credenza del debitore” che pone in essere una prestazione a causa di un errore³⁹. Nella giurisprudenza civile la buona fede in senso soggettivo viene identificata con il convincimento, derivante da errore seusabile, che lo stato di fatto rispecchi la realtà giuridica⁴⁰.

Sul piano generale la tutela della buona fede in senso soggettivo rappresenta «una delle direttive di fondo dell'intero sistema del diritto privato»⁴¹. Se ne trae conferma dalle numerose disposizioni che individuano nella buona fede (in senso soggettivo) l'elemento sanante di una fattispecie altrimenti difforme da quella legale⁴².

Tuttavia nell'ambito di tale disciplina l'effetto sanante non sempre deriva in via esclusiva dalla buona fede, di cui ovviamente occorre dimostrare l'esistenza, ma richiede la presenza di fattori ulteriori espressamente previsti dall'ordinamento giuridico. In tal senso appare paradigmatica la previsione del primo comma dell'art. 1189 c.c., dettato in tema di pagamento

³⁶ Il riferimento deve intendersi a G. GIAMPICCOLO, *La buona fede in senso soggettivo nel sistema del diritto privato*, in AA.VV., *Studi sulla buona fede*, Milano 1975, 77 ss.

³⁷ L. BIGLIAZZI GERI, *Osservazioni in tema di buona fede e diligenza nel pagamento al creditore apparente (con particolare riferimento alla cessione dei crediti)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, I, 1317.

³⁸ U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in G. IUDICA-P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 1991, 541.

³⁹ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano, 1991, 311.

⁴⁰ Fra le altre, v. Cass. 4 giugno 2013, n. 14028.

⁴¹ E. MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni*, Torino, 2012, 202.

⁴² Per una ricognizione delle disposizioni cui si fa riferimento nel testo, v. L. BIGLIAZZI GERI, *Osservazioni in tema di buona fede e diligenza*, cit., 1316.

al creditore apparente. In tal caso l'effetto liberatorio del pagamento è collegato non solo alla circostanza che il debitore dimostri di essere stato in buona fede ma anche che la prestazione sia stata eseguita nei confronti di chi appare legittimato a riceverla in base a circostanze univoche.

La disposizione codicistica, in sostanza, richiede la coesistenza di due elementi, il primo di carattere oggettivo e il secondo di carattere soggettivo. In relazione al primo aspetto, si rende necessaria la presenza di "circostanze univoche" che facciano apparire oggettivamente il terzo alla stregua del creditore o comunque del soggetto legittimato a ricevere la prestazione. La presenza di questo elemento, tuttavia, non è di per sé sufficiente a liberare il debitore, il quale dovrà provare di avere confidato senza sua colpa nella situazione apparente, ma anche che il suo erroneo convincimento è stato determinato da un comportamento colposo del creditore⁴³.

Viene in tal modo a delinearsi una fattispecie complessa nella quale finisce per emergere un aspetto problematico – di particolare rilievo sia sul piano teorico, sia su quello pratico – vale a dire il rapporto fra buona fede (in senso soggettivo) e diligenza. E, infatti, nell'interpretazione dell'art. 1189, comma 1, c.c., da tempo si è sollevata la questione «se, per l'efficacia liberatoria del pagamento effettuato al legittimato apparente, debba o meno ritenersi richiesta, oltre alla buona fede, l'assenza di colpa del *solvens* e, in caso affermativo, quale sia il grado di diligenza che, allo scopo, debba ritenersi dovuto dal debitore»⁴⁴. Non è questa evidentemente la sede per affrontare la questione in modo specifico ma appare opportuno rilevare che l'effetto liberatorio derivante dall'applicazione della norma codicistica presuppone il «difetto di responsabilità del debitore nelle circostanze in cui è avvenuto il pagamento»⁴⁵.

Un'impostazione di questo tipo sembra aver caratterizzato anche l'inter-

⁴³ In tal senso già Cass. 3 settembre 2005, n. 17742, con riferimento al pagamento al rappresentante apparente, che al pari del pagamento fatto al creditore apparente libera il debitore allorché il creditore abbia fatto sorgere nel *solvens* in buona fede una ragionevole presunzione sulla rispondenza alla realtà dei poteri rappresentativi dell'*accipiens*; nonché Cass. 4 giugno 2013, n. 14028, cit.

⁴⁴ L. BIGLIAZZI GERI, *Osservazioni in tema di buona fede e diligenza*, cit., 1315.

⁴⁵ U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., 539. In tal senso, quindi, non sembra del tutto corretto considerare la buona fede in senso civilistico come sinonimo di buona coscienza; in tal senso, v. L. MODICA, *Note in tema di tutela dei diritti dei terzi*, cit., e la dottrina ivi richiamata.

pretazione e l'applicazione della disciplina in tema di misure di prevenzione che ha preceduto il codice antimafia. Ai fini dell'opponibilità del diritto di garanzia reale – come si è visto – la giurisprudenza richiedeva non solo che l'ipoteca fosse stata costituita anteriormente alla trascrizione del sequestro, ma anche che il creditore si fosse trovato in una situazione di buona fede e di “affidamento incolpevole”⁴⁶.

D'altro canto, si è rilevato in precedenza che nel nuovo assetto normativo il codice antimafia provvede a indicare le condizioni di cui il tribunale tiene conto in sede di accertamento della buona fede (art. 52, comma 3)⁴⁷. La disciplina appare destinata a considerare le caratteristiche del caso concreto, a stabilire il contenuto della condotta cui il terzo era tenuto in sede di erogazione del credito in considerazione delle caratteristiche soggettive delle parti e della natura dei rapporti. Ne consegue l'esigenza di valutare la portata di tale disciplina e dei suoi rapporti con la nozione generale di buona fede, avendo riguardo in particolare alla rilevanza della diligenza del creditore nella configurazione dei presupposti che rendono inopponibile nei suoi confronti gli effetti della confisca.

6. - La valutazione della buona fede nel codice antimafia.

La previsione del terzo comma dell'art. 52 del codice antimafia, come si è detto, mira a esplicitare i criteri di cui il tribunale tiene conto nella valutazione della buona fede. Si tratta di elementi che si collocano su due piani, il primo caratterizzato dalla previsione «delle condizioni delle parti, dei rapporti personali e patrimoniali tra le stesse e del tipo di attività svolta dal creditore»; il secondo, introdotto dall'espressione «anche con riferimento», nel quale la disposizione opera un richiamo «al ramo di attività, alla sussistenza di particolari obblighi di diligenza nella fase precontrattuale nonché, in caso di enti, alle dimensioni degli enti».

La struttura in tal modo delineata dal legislatore sembra circoscrivere agli elementi riportati nella prima parte della disposizione i fattori che vanno considerati in via diretta e immediata nella valutazione della buona fede:

⁴⁶ In tal senso, Cass. pen., sez. I, 27 aprile 2012, n. 44515.

⁴⁷ S. MAZZAMUTO, *La tutela dei terzi di buona fede nella confisca antimafia*, cit., 421.

profili di carattere soggettivo, quali devono intendersi le condizioni delle parti, profili di carattere oggettivo, quali sono i rapporti fra esse stabiliti sul piano personale e patrimoniale nonché il tipo di attività esercitata dal creditore. D’altro canto, appare evidente che la valutazione a cui è chiamato il tribunale non riguarda solo la posizione del terzo, ma anche quella dei soggetti che a vario titolo partecipano all’operazione da cui traggono origine il credito e il diritto reale di garanzia ad esso collegato.

La posizione delle parti viene in evidenza in primo luogo in una prospettiva, per così dire, “statica”, nella quale cioè si deve avere riguardo alle “condizioni” che concorrono a delinearne le caratteristiche sul piano personale, organizzativo e patrimoniale. Il successivo riferimento ai rapporti tra le parti evoca invece una prospettiva di carattere “dinamico”, in quanto il tribunale valuta le relazioni instaurate e mantenute nel tempo fra il creditore e i soggetti a vario titolo interessati al procedimento di prevenzione⁴⁸.

Appare evidente che il riferimento normativo alle condizioni delle parti e ai rapporti fra le stesse, orientando l’accertamento verso i profili soggettivi delle parti e le modalità che ne hanno caratterizzato le relazioni, colloca la valutazione della buona fede sul piano delle caratteristiche specifiche del caso concreto.

Su un diverso registro si colloca invece la previsione legislativa che estende la valutazione al «tipo di attività svolta dal creditore». In questo caso le circostanze di cui il tribunale tiene conto riguardano, come si è detto, un profilo di carattere oggettivo, in particolare la formula utilizzata dal legislatore induce a concentrare l’attenzione sulle caratteristiche tipologiche dell’attività esercitata dal creditore.

In tal senso si pone, in primo luogo, l’esigenza di individuare il modo in cui l’attività viene normalmente esercitata nella prassi. Di tanto si trae conferma anche dalla previsione riportata nella parte finale della disposizione in esame ove si stabilisce, al fine di delineare in modo più dettagliato i

⁴⁸ Si tratta, dunque, di una ricognizione destinata ad assumere una particolare rilevanza nell’accertamento del tribunale, non solo per l’ampiezza del suo oggetto, dovendosi considerare in questa sede i rapporti “sia personali, sia patrimoniali”, ma anche della sua impostazione sul piano temporale, vista l’esigenza di ricostruire contenuti e modalità delle condotte e delle attività intercorse nel tempo fra le parti.

modelli operativi di riferimento, la necessità di valutare ulteriormente, sia il particolare ramo di attività del creditore, sia in caso di enti, le dimensioni degli stessi.

L'individuazione degli elementi che concorrono a ricostruire il tipo di attività rende necessario, inoltre, soffermarsi sullo "statuto normativo" destinato a disciplinare l'attività del creditore. In particolare, la materia oggetto di questo segmento della disciplina, vale a dire la tutela dei diritti dei terzi in buona fede, induce a concentrare l'attenzione sui profili normativi riguardanti la fase preliminare all'erogazione del credito. In altri termini, la valutazione della situazione soggettiva in cui versava il terzo, in particolare della (mancanza di) consapevolezza in ordine alla circostanza che il credito fosse strumentale all'attività illecita o a quella che ne costituiva il frutto o il reimpiego, non sembra poter prescindere dall'individuazione degli eventuali obblighi posti dalla legge a carico dello stesso creditore. E in questo senso, invero, deve ragionevolmente interpretarsi il riferimento normativo alla sussistenza di particolari obblighi di diligenza nella fase precontrattuale⁴⁹.

058

La ricostruzione degli elementi che concorrono a delineare l'attività svolta dal creditore implica, dunque, la ricostruzione sul piano operativo e su quello normativo del modello astratto rispetto al quale si rende necessario evidentemente confrontare, comparare, il comportamento posto in essere dal titolare della garanzia. Un meccanismo di questo tipo finisce per introdurre nella valutazione della buona fede in senso soggettivo un accertamento che evoca il diverso profilo della colpa e, quindi, del giudizio di responsabilità. Tralasciando per il momento di considerare il rapporto fra buona fede (in senso soggettivo) e diligenza nella disciplina del codice antimafia, appare tuttavia opportuno soffermarsi ulteriormente sulla portata dei criteri indicati dal legislatore nella disposizione in esame.

7. - (Segue): il riferimento all'attività d'impresa.

La disposizione del terzo comma dell'art. 52 utilizza figure caratterizzate

⁴⁹ Utili spunti di riflessione in G. CAPO, *Attività di impresa e formazione del contratto*, Milano, 2001, 191 ss.

tanto sul piano soggettivo, quanto su quello oggettivo da un'apparente neutralità. Sul piano letterale, infatti, la previsione non consente di rilevare alcuna connotazione specifica del suo campo di applicazione in quanto, come si è visto, per un verso si fa riferimento alle parti, al creditore, agli enti; per altro verso si allude genericamente alla nozione di attività ovvero a quella ad essa collegata di ramo di attività.

In tal modo, quanto meno sul piano strettamente formale, si realizza l'obiettivo di garantire la massima ampiezza alla norma avente ad oggetto i criteri di valutazione della buona fede. In realtà una più approfondita considerazione del dato normativo pone in evidenza che la previsione è destinata verosimilmente a essere utilizzata nella valutazione della buona fede di soggetti che abbiano acquistato la titolarità di diritti di credito nell'esercizio professionale di un'attività economica⁵⁰.

In tale prospettiva sembra possibile inquadrare i riferimenti:

- ai rapporti patrimoniali tra le parti, che finisce per evocare l'esistenza di una relazione economica caratterizzata da una certa continuità;
- al sostantivo attività, di norma intesa come attività economica esercitata in modo professionale;
- a particolari obblighi di diligenza nella fase precontrattuale, sempre più frequenti nella moderna legislazione del diritto dei mercati;
- alle situazioni in cui venga in considerazione la posizione giuridica degli enti.

In sostanza l'individuazione dei parametri di riferimento rispetto ai quali valutare la condotta posta in essere dai terzi titolari di diritti reali di

⁵⁰ La prospettiva che in tal modo viene in considerazione evoca la nota problematica dei contratti di impresa, più in generale l'idea formulata da più parti in dottrina secondo cui esisterebbe nel nostro ordinamento un principio in base al quale alcune norme troverebbero applicazione solo ai rapporti in cui sia parte un'impresa commerciale. Il problema veniva già evidenziato dal giurista cui si deve una delle prime riflessioni organiche sul tema dei contratti d'impresa, Arturo Dalmartello, il quale nella «voce» dell'*Encyclopédia giuridica* (A. DALMARTELLO, voce *Contratti d'impresa*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988) e prima ancora nella monografia incentrata sul tema (A. DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, Padova, 1954) affermava la necessità di dare soluzione positiva alla questione dell'utilità e legittimità di una considerazione d'insieme, anche nell'attuale sistema giuridico, di una pluralità di contratti qualificati dal fatto di realizzare (o di concorrere a realizzare) l'esplicazione di quella attività umana che è l'attività d'impresa e particolarmente, l'attività d'impresa commerciale. Sul tema, in tempi più recenti V. BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Milano, 2000; fra gli ultimi, v. F. MACARIO, *Dai «contratti delle imprese» al «terzo contratto»: nuove discipline e rielaborazione delle categorie*, in *Jus*, 2009, 311.

garanzia deve essere operata avendo riguardo a contesti caratterizzati dall'esercizio di un'attività d'impresa. A questo esito ricostruttivo si perviene laddove si consideri peraltro che di norma gli interventi giurisprudenziali si riferiscono a garanzie reali concesse in favore di istituti bancari a tutela di crediti erogati sulla base di contratti di finanziamento⁵¹. Anche in questa prospettiva, dunque, appare opportuno soffermarsi brevemente sulle caratteristiche della disciplina in materia bancaria, più precisamente sulla portata che lo "statuto normativo"⁵² di questo settore assume nell'interpretazione e nell'applicazione della disciplina introdotta dal codice antimafia.

8. - Attività bancaria e disciplina dell'istruttoria funzionale all'erogazione del credito.

Nella prospettiva del codice antimafia l'attività di erogazione del credito, esercitata sulla base di rapporti che presentano caratteristiche ampiamente diversificate, viene in considerazione nelle forme del credito ai privati e di quello alle imprese. Le diverse caratteristiche di queste forme di finanziamento individuano elementi di cui tenere conto tanto sul piano soggettivo, quanto su quello oggettivo, ove il tribunale nel valutare la buona fede della banca debba verificarne la condotta ai sensi dell'art. 52. Nel procedere a tale valutazione occorre muovere, come stabilisce la disciplina del codice, dalla sussistenza di particolari obblighi di diligenza nella fase precontrattuale. In sostanza per stabilire se la banca, in qualità di terzo, possa ritenersi in buona fede occorre selezionare, nell'ambito della più generale regolamentazione dell'attività bancaria, le (eventuali) regole che ne governano la condotta allorché debba stipulare un contratto di finanziamento.

L'istruttoria che precede la concessione dei finanziamenti ai privati e alle imprese, vale a dire la fase in cui la banca apre la pratica di finanziamento

⁵¹ Peralter, per un'ipotesi di diritto reale di godimento, merita segnalarsi Trib. Napoli, 17 aprile 2008, in *Merito extra*, 2011, 43.1; su cui, v. *amplus* M. GORGONI, *Confisca antimafia e terzi creditori e titolari di diritti reali parziali*, in www.IlCaso.it, 2011, II, doc. n. 276, spec. 4.

⁵² Nell'accezione ampiamente sondata, su cui v., per tutti, G. FAUCEGLIA, *Commento sub art. 11*, in C. COSTA (a cura di), *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, t. I, Torino, 2013, 88, testo e note.

e compie tutte le formalità necessarie a erogare le somme in favore del soggetto finanziato non è priva di riferimenti nella disciplina di settore. In tal senso degna di nota, con riferimento al quadro legislativo, è la disposizione dell'art. 124-bis TUB, che in materia di credito al consumo impone al finanziatore la verifica del merito creditizio del consumatore prima della conclusione del contratto di credito⁵³.

A prescindere dal carattere marginale del fenomeno economico di riferimento rispetto alla normativa antimafia⁵⁴, la citata disposizione pone in evidenza l'obiettivo perseguito dal legislatore nel segmento di attività in esame, vale a dire che il finanziamento venga concesso dopo che sia verificata la capacità di rimborso del prestito evitando in tal modo che si dia corso a operazioni pregiudizievoli per l'interesse della banca alla restituzione delle somme erogate con il pagamento dei costi correlati e che il consumatore possa incorrere in situazioni di sovraindebitamento⁵⁵.

L'istruttoria che la banca compie in occasione dell'erogazione del credito è oggetto di regolamentazione anche in materia di finanziamenti ai privati (per fini diversi dal consumo) e alle imprese. In tal senso viene in considerazione la disciplina stabilita dalla Banca d'Italia per delineare le procedure che l'intermediario è tenuto a osservare ai fini della valutazione dell'affidabilità creditizia del cliente.

Nella fase istruttoria la banca è tenuta a compiere indagini, ricerche e analisi funzionali a individuare gli elementi sulla cui base potrà elaborare il proprio giudizio in merito alla richiesta di affidamento formulata dal cliente. In tale contesto si collocano le informazioni sul soggetto richiedente, che vengono modulate nella disciplina di settore con riferimento ai soggetti privati ovvero alle imprese. L'analisi che la banca è chiamata a

⁵³ Tale verifica deve essere operata «sulla base di informazioni adeguate, se del caso fornite dal consumatore stesso e, ove necessario, ottenute consultando una banca dati pertinente».

⁵⁴ L'erogazione del credito al consumo normalmente non è assistita dalla concessione di garanzie reali in favore del finanziatore. Tuttavia, l'esame di tale disciplina consente di rilevare l'esistenza di situazioni, sia pur residuali, in cui il credito erogato al consumatore viene assistito da una garanzia reale; d'altro canto, la concessione di garanzie reali può astrattamente verificarsi anche in caso di precedente indebitamento da consumo: sul punto cfr. L. STANGHELLINI, *Il credito «irresponsabile» alle imprese e ai privati: profili generali e tecniche di tutela*, in *Le Società*, 2007, 396.

⁵⁵ Il cui *leading case*, in applicazione della l. n. 3 del 2012, è costituito da Trib. Pistoia, 28 febbraio 2014, in *Foro it.*, 2015, I, c. 316, con nota di A. PERRINO; nonché in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, II, 537, con nota di E. PELLECCHIA.

sviluppare attiene anche alle qualità personali del richiedente, dovendo accettare la fondatezza dei dati forniti dal cliente integrandole con ulteriori informazioni raccolte sia da fonti interne, sia da fonti esterne⁵⁶.

Il tema della condotta della banca in sede di erogazione del credito identifica, quindi, una vicenda densa di implicazioni sul piano giuridico come è agevole rilevare dal carattere multidisciplinare delle prospettive di analisi. Appare evidente che le procedure previste dallo statuto bancario finiscono per delineare il perimetro entro il quale l'esercizio dell'attività bancaria è oggetto della vigilanza dell'Organo di controllo al fine di garantire gli obiettivi della stabilità e dell'integrità del mercato. Più delicata appare la questione relativa all'efficacia che la normativa di settore può assumere laddove la condotta della banca venga in considerazione in una diversa prospettiva.

In particolare, ai fini della nostra analisi si pone la questione della portata che lo statuto normativo di settore può assumere nell'interpretazione e nell'applicazione delle citate disposizioni del codice antimafia, in particolare di quelle aventi ad oggetto la posizione giuridica dei terzi creditori titolari di diritti di garanzia. Come si è visto, per non subire gli effetti pregiudizievoli della confisca i creditori garantiti sono tenuti a dimostrare di avere ignorato in buona fede il nesso di strumentalità fra il credito e l'attività illecita. Il codice antimafia stabilisce altresì che in sede di accertamento della buona fede il tribunale tiene conto di alcune condizioni, fra le quali si colloca anche la sussistenza di particolari obblighi di diligenza nella fase precontrattuale.

Nelle ipotesi in cui si debba procedere alla valutazione della condotta osservata in sede di erogazione del credito, occorre dunque verificare se le procedure stabilite nello statuto dell'attività bancaria rilevino nell'accertamento della buona fede della banca creditrice⁵⁷. Ove si ritenga che la normativa volta a regolare l'attività istruttoria delle banche sia utilizzabile

⁵⁶ In sostanza per valutare le qualità personali del richiedente il finanziatore oltre a considerare i precedenti rapporti intrattenuti con il richiedente, dovrà assumere informazioni presso suoi fornitori e clienti nonché presso agenzie informative e istituzioni che centralizzano i dati relativi ai fidi accordati (nota su centrale rischi, ecc.).

⁵⁷ Questione da tempo nota alla migliore dottrina specialistica: v., per tutti, G. TERRANOVA, *Principio di buona fede e rilevanza dell'attività*, in Id., *Profili dell'attività bancaria*, Milano, 1989, 91 ss.

per verificarne la buona fede, si porrebbe l'ulteriore questione relativa all'effettiva portata della suddetta disciplina ai fini della valutazione del carattere scriminante della buona fede nel codice antimafia.

9. - Statuto dell'impresa bancaria e codice antimafia nell'accertamento della buona fede della banca.

Il primo quesito induce a sottolineare nuovamente che il profilo soggettivo rappresentato dalla “situazione” di buona fede, come si è osservato in precedenza, deve essere collegato alla presenza di un affidamento – non imputabile al terzo – in ordine alla mancanza di strumentalità fra il credito garantito e l’attività illecita. Il terzo, dunque, avrebbe l’onere di dimostrare di aver adempiuto con diligenza gli obblighi di informazione e di accertamento sull’effettiva posizione del soggetto verso il quale ha acquistato il diritto di garanzia.

In tale prospettiva si potrebbe ipotizzare che la richiamata disciplina di settore relativa all’istruttoria sul merito creditizio, contenga parametri di valutazione della condotta delle banche suscettibili di declinare in modo sufficientemente dettagliato la clausola generale della diligenza (professionale) richiamata dall’art. 52 del codice antimafia. Al medesimo risultato si potrebbe giungere muovendo nell’alveo della nozione civilistica di colpa, caratterizzata dal frequente ricorso alla nozione di *standard*, inteso come parametro di condotta che il debitore è tenuto a osservare per non incorrere in responsabilità⁵⁸.

Appare evidente che una simile ipotesi ricostruttiva finisce per evocare la questione della rilevanza esterna delle norme dello statuto speciale dell’impresa finanziante. Il tema non è nuovo avendo caratterizzato altre vicende emerse nell’ambito dell’attività bancaria, fra queste, in particolare la concessione abusiva del credito, che pure si è dovuta misurare con l’influenza delle regole dello statuto dell’impresa finanziante aventi ad

063

⁵⁸ A titolo meramente esemplificativo viene in considerazione nel diritto applicato, Cass. 9 ottobre 2012, n. 17143.

oggetto l'obbligo per la banca di erogare il credito sulla base della preventiva selezione del merito creditizio⁵⁹.

La configurabilità di un illecito in questo campo presuppone, come evidenziato sin dal principio della riflessione, che le norme volte a stabilire standard di professionalità nel processo di erogazione del credito non siano funzionali solo all'esercizio della vigilanza pubblicistica dell'Organo di controllo ma abbiano l'attitudine a spiegare i loro effetti anche al di fuori dell'ordinamento bancario inteso in senso stretto, nel senso di concorrere con le regole di diritto comune a delineare gli elementi di una fattispecie di illecito posto in essere nell'esercizio di un'attività d'impresa cui le norme stesse sono destinate⁶⁰.

Nella medesima prospettiva le norme dello statuto speciale dell'impresa finanziante appaiono idonee a spiegare i loro effetti anche nel campo di applicazione del codice antimafia in quanto gli obblighi di corretta erogazione del credito sono astrattamente idonei a individuare i «particolari obblighi di diligenza nella fase precontrattuale» indicati nella citata disposizione dell'art. 52. Un'impostazione di questo tipo, peraltro, trova conforto anche in quella parte della giurisprudenza, che nel dare applicazione alla legislazione antimafia valuta il requisito dell'affidamento (incolpevole)

⁵⁹ Per l'inquadramento della fattispecie, cfr. G. FAUCELIA, *I contratti bancari*, in V. BUONOCORE (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, III, t. 2, Torino, 2005, 246 ss., testo e note; sui profili comparativi e gli sviluppi della giurisprudenza nomofilattica, P. PISCITELLO, *Concessione abusiva del credito e patrimonio dell'imprenditore*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 655 ss. Sul punto, v. già A. NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione «abusiva» del credito*, in G. B. PORTALE (a cura di), *Le operazioni bancarie*, I Milano, 1978, 303 ss.; nonché, fra gli altri, i successivi contributi di B. INZITARI, *Le responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, I, p. 294 ss.; F. DI MARZIO, *Abuso e lesione della libertà contrattuale nel finanziamento dell'impresa insolvente*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 178 ss.; Id. *Abuso nella concessione del credito*, Napoli, 2004, 162 ss.; con riferimento al problema specifico della legittimazione della curatale fallimentare, M. ROBLES, *Abusivo finanziamento bancario e poteri di intervento del curatore fallimentare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 949 ss.; V. PINTO, *La responsabilità da concessione abusiva di credito fra unità e pluralità*, nota a Cass. 1° dicembre 2010, n. 13413, e Cass. 23 luglio 2010, n. 17284, in *Giur. comm.*, 2011, II, 1161 ss.

⁶⁰ Il profilo è diffusamente affrontato da C. BRESCIA MORRA, *L'attività dell'impresa bancaria*, in C. BRESCIA MORRA-U. MOREIRA, *L'impresa bancaria. L'organizzazione e il contratto*, in P. PERLINGIERI (diretto da), *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, V, Napoli, 2006, 94 ss. Sul punto, v. già A. NIGRO, *La responsabilità della banca*, cit., 332 ss.; B. INZITARI, *Le responsabilità della banca*, cit., 292; con riferimento specifico alla rilevanza della professionalità dell'impresa ai fini della responsabilità civile, v. C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. Responsabilità civile e impresa bancaria*, in *Jus*, 1981, 171.

muovendo dall'esame della condotta posta in essere dalle banche rispetto agli obblighi cui esse sono tenute in sede di istruttoria funzionale all'individuazione del merito creditizio⁶¹.

La particolare natura degli interessi tutelati dalla disciplina antimafia rende opportuno, come si è detto, un ulteriore approfondimento sulla (effettiva) portata della disciplina di settore ai fini della valutazione del carattere scriminante della buona fede. A tal fine, se per un verso la circostanza che non venga data la prova di aver operato in conformità alla normativa di settore induce a escludere che la banca abbia agito secondo i canoni di diligenza professionale, per altro verso occorre approfondire gli effetti che produrrebbe nel procedimento di prevenzione l'avvenuta dimostrazione da parte della banca di aver rispettato le regole di condotta relative alla fase precontrattuale del finanziamento.

Il rispetto degli standard di comportamento contenuti nello statuto dell'impresa dovrebbe giustificare, in mancanza di contrarie indicazioni derivanti dal caso concreto, l'affidamento della banca sulla mancanza di strumentalità del credito erogato rispetto all'attività illecita del debitore e, quindi, in qualità di terzo titolare del diritto di garanzia, consentirle di far valere la sua buona fede. A tale conclusione si deve ragionevolmente pervenire laddove si ritenga che la prova posta a carico del titolare del diritto reale di garanzia trovi il suo fondamento nel difetto di responsabilità del creditore nelle circostanze in cui è stato erogato il credito.

In tal senso vengono in evidenza alcune considerazioni utili a ricostruire la *ratio* della disciplina in esame. In primo luogo, sul piano sistematico, appare utile evocare la riflessione cui ha dato origine la citata previsione codicistica dell'art. 1189, c.c., in tema di pagamento al legittimato apparente, fatispecie che, come si è detto, pur nella diversità delle prestazioni di riferimento, presenta tratti in comune con quella in esame. Suggestioni di particolare interesse si ricavano dal contributo della migliore dottrina,

⁶¹ Cass. pen., sez. I, 29 aprile 2010, n. 29378; Cass. pen., sez. V, 18 marzo 2009, n. 15328; v. anche Cass. pen., sez. I, 8 luglio 2011, n. 33796, ove si fa riferimento alle «abituali prassi creditizie» che caratterizzano l'attività bancaria, nonché Cass. pen., sez. I, 11 dicembre 2013, n. 6136, che ha escluso la buona fede della banca mutuante, in conseguenza della violazione delle più elementari «regole di prudenza bancaria nell'erogazione del mutuo» e dell'accertata consapevolezza dei legami intercorrenti tra gli (apparenti) mutuatari e la criminalità organizzata.

secondo cui per comprendere il fondamento dell'effetto liberatorio previsto nell'ipotesi del pagamento al creditore o al legittimato apparente «deve tenersi presente che il debitore è tenuto a identificare il destinatario della prestazione e a controllarne la legittimazione secondo un criterio di ragionevolezza e sulla base della regola generale della diligenza (art. 1176)»⁶².

In tale contesto la prova liberatoria implica la necessità di dimostrare, per un verso, la buona fede, intesa come ignoranza del fatto che il pagamento è ricevuto da soggetto privo di legittimazione, per altro verso, l'«apparenza» di legittimazione. In sostanza, si tratta di un concorso di circostanze che rafforzano un tale convincimento e consentono di escludere «che possa valutarsi come negligente il «controllo» del debitore»⁶³.

D'altro canto, non può sfuggire la considerazione del particolare contesto in cui si colloca la valutazione della buona fede del terzo titolare della garanzia. Le misure di prevenzione disciplinate nel codice antimafia sono chiaramente orientate a tutela dell'interesse pubblico alla repressione del fenomeno criminale mediante la sottrazione dei beni alla sfera di disponibilità dell'autore del reato⁶⁴. L'esigenza di garantire questo interesse, specialmente in contesti caratterizzati da fenomeni criminali di particolare pericolosità sociale, potrebbe indurre ad applicare le disposizioni poste a presidio della sfera giuridica di soggetti terzi in modo da ridimensionarne

⁶² U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., 539.

⁶³ U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., 541. Un'impostazione di questo tipo trova riscontro anche nelle prime applicazioni giurisprudenziali ove si afferma che mediante l'art. 52 del codice antimafia, il legislatore, in forza di una consolidata giurisprudenza, ha «inteso richiamare i concetti civilistici dell'affidamento, sicché deve ritenersi che la buona fede del terzo possa derivare da un errore scusabile, come tale immune da colpa» (Cass. pen., sez. VI, 15 ottobre 2014, n. 2334). Il riferimento al carattere incolpevole della situazione apparente rende necessaria una valutazione, da compiersi caso per caso, della condotta del creditore, il quale non potrà invocare la buona fede laddove abbia trascurato obblighi di legge ovvero non abbia osservato «comuni norme di prudenza». Nella citata pronuncia si afferma, peraltro, che la verifica della buona fede del terzo creditore deve essere fatta, di regola al momento in cui il diritto sorge, nella specie nel momento in cui era stato sottoscritto il contratto di mutuo con la banca.

⁶⁴ La giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha in diverse occasioni sottolineato la compatibilità delle misure di prevenzione patrimoniali con le disposizioni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, con particolare riferimento all'art. 1, comma 2, prot. add. n. 1; sul punto, fra gli ultimi, v. S. CALVIGIONI, *Antimafia: confisca di prevenzione e tutela dei creditori*, in *Foro it.*, 2014, I, c. 219 ss., con la giurisprudenza e la dottrina ivi richiamati.

la portata. Tuttavia, il tenore letterale delle soluzioni legislative, alla luce anche dei valori costituzionalmente protetti, impone di tutelare in modo effettivo gli interessi dei terzi⁶⁵.

La giurisprudenza anche di recente ha individuato le condizioni che concorrono a delineare la posizione giuridica del terzo nel procedimento di prevenzione⁶⁶. La premessa da cui muove l'orientamento delle corti attiene alla funzione della confisca, identificata non già con l'acquisizione del bene al patrimonio dello Stato (con il sacrificio dei diritti dei terzi), bensì nell'esigenza di interrompere la relazione del bene stesso con l'autore del reato e, come si è detto, sottrarlo alla sfera di disponibilità di quest'ultimo. L'applicazione delle misure di prevenzione può determinare, tuttavia, l'esigenza di valutare la posizione di soggetti diversi dall'autore del reato, che abbiano acquistato diritti sul bene oggetto del sequestro o della confisca.

In situazioni di questo tipo si afferma sul piano generale che il terzo debba ritenersi meritevole di tutela qualora sia «persona estranea al reato»⁶⁷. D'altro canto, l'inerenza del requisito della buona fede e dell'affidamento incolpevole alla posizione della persona estranea al reato che sia titolare di diritti sul bene confiscato, viene considerata quale corollario inevitabile dell'impossibilità di attribuire alla confisca una base meramente oggettiva, assolutamente incompatibile col principio di personalità della responsabilità penale, sancito dall'art. 27, comma 1, Cost.⁶⁸.

⁶⁵ In questa prospettiva, come si legge nella motivazione della citata pronuncia delle Sezioni Unite penali (Bacherotti), ampiamente richiamata nella giurisprudenza successiva, il «bilanciamento tra interesse pubblico e interesse privato, risolto dalla legge con la prevalenza attribuita al primo sul secondo, può essere pertinente soltanto nell'ottica della specifica funzione che tipizza la confisca e, quindi, ha un senso rispetto ai diritti del condannato sulla cosa e non anche riguardo alle situazioni giuridiche soggettive dei terzi» (Cass. pen., sez. un., 28 aprile 1999, n. 9, cit.).

⁶⁶ Cass. pen., sez. I, 27 febbraio 2014, n. 34039, cit.

⁶⁷ Muovendo in tale prospettiva la giurisprudenza di legittimità, confortata da quella della Corte Costituzionale, è giunta ad affermare che non può considerarsi estraneo al reato «il soggetto che da esso abbia ricavato vantaggi e utilità», avendo cura tuttavia di precisare che anche in tale ipotesi il terzo deve ritenersi estraneo al reato «purché sussista la connotazione soggettiva identificabile nella buona fede del terzo, ossia nella non conoscibilità – con l'uso della diligenza richiesta dalla situazione concreta – del predetto rapporto di derivazione della propria posizione soggettiva dal reato commesso dal condannato» (Cass. pen., 27 febbraio 2014, n. 34039, cit.).

⁶⁸ Sul punto potrebbe venire altresì in rilievo la violazione dei principi costituzionali della presunzione di non colpevolezza, nonché del c.d. «giusto processo» (art. 111 Cost.). In

Le soluzioni adottate sul punto dal codice antimafia recepiscono l'impostazione adottata nel diritto applicato e, d'altro canto, non possono essere interpretate se non alla luce dei principi che hanno ispirato gli orientamenti della giurisprudenza. Ne consegue l'esigenza di garantire effettività al requisito normativo della buona fede, sicché nel bilanciamento fra interesse pubblico alla confisca dei beni che fanno parte della sfera di disponibilità dell'autore del reato e interesse privato della banca titolare di diritti di garanzia sui medesimi beni, quest'ultima dovrebbe prevalere qualora dia la prova di aver agito in conformità agli standard di comportamento di settore, confidando dunque in modo incolpevole nella mancanza di strumentalità del credito erogato rispetto all'attività illecita del debitore.

Alcune precisazioni tuttavia sono necessarie. Occorre rilevare in primo luogo che la natura stessa del meccanismo delineato dal legislatore implica l'esigenza di valutare le circostanze del caso concreto, sicché la prova di aver agito in modo formalmente corretto non sembra sufficiente a determinare gli effetti stabiliti dell'art. 52 del codice antimafia laddove nel procedimento venga acquisita la prova della mala fede della banca⁶⁹.

È opportuno precisare che la situazione soggettiva di mala fede deve essere imputabile direttamente alla banca sicché, come emerge anche dalla prassi giurisprudenziale, gli istituti di credito vanno considerati estranei al reato e quindi non possono subire gli effetti pregiudizievoli della confisca qualora funzionari infedeli abbiano perpetrato reati in conseguenza dei quali siano stati erogati finanziamenti garantiti da ipoteche sui beni confiscati⁷⁰.

riferimento al primo profilo, che interferisce più direttamente con la presente riflessione, si è posta oltretutto la questione se, imponendo al privato l'onere di dimostrare la buona fede, si viola la presunzione costituzionale di non colpevolezza: la risposta dovrebbe essere negativa, poiché la presunzione di non colpevolezza opera nel campo delle libertà personali; là dove le misure preventive patrimoniali incidono sul patrimonio, assistito da minori garanzie (E. POFI, *Le incertezze della Suprema corte in materia di confisca. Quale tutela per i creditori?*, in *Giust. civ.*, 2010, I, 2062).

⁶⁹ In tal senso ha avuto modo di esprimersi la dottrina con riferimento alla richiamata fattispecie codicistica del pagamento in favore del creditore apparente, rilevando che la mala fede toglie qualsiasi rilievo alla contraria situazione di apparenza, quand'anche quest'ultima sia oggettivamente non equivoca (U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., 541).

⁷⁰ Cass. pen., sez. I, 27 febbraio 2014, n. 34039, cit., avente ad oggetto una vicenda nella quale le banche erano state vittime e persone offese di truffe ovvero di appropriazioni indebite

In situazioni di questo tipo è stata opportunamente esclusa la tesi secondo cui la responsabilità delle banche per non essersi avvedute dell'inganno posto in essere dal funzionario infedele deriverebbe dal ruolo che ad esse attribuisce l'art. 47 della Costituzione⁷¹. La soluzione, infatti, non solo priverebbe le banche della possibilità di invocare utilmente la buona fede come stabilito dall'art. 52 del codice antimafia, ma finirebbe anche per costituire una sanzione *extra ordinem*⁷². Anche in questa prospettiva, dunque, trova conferma l'esigenza di porre mano all'applicazione della disciplina in esame avendo riguardo alle modalità di composizione dei diversi interessi selezionati e tutelati dall'ordinamento⁷³.

10. - Le modificazioni nel lato attivo del rapporto obbligatorio.

Il tema della valutazione della buona fede del creditore garantito viene in considerazione anche in occasione delle ipotesi di modifica nel lato attivo del rapporto obbligatorio. L'analisi della cessione del credito (assistito da garanzia reale) nella prospettiva del codice antimafia, trova il suo nucleo problematico nella verifica della buona fede del terzo cessionario, in particolare delle condizioni che consentono al nuovo titolare del credito di rendere opponibile la garanzia in presenza di una misura di prevenzione.

In primo luogo si pone l'esigenza di inquadrare sul piano temporale l'acquisto del credito da parte del cessionario, in particolare come si

069

poste in essere con il tramite di funzionari infedeli. In particolare nel caso di specie il Giudice di legittimità esclude che l'applicazione delle misure di prevenzione possa determinare effetti pregiudizievoli per le banche essendo mancato un qualsiasi vantaggio per gli istituti di credito; sulla base di tale premessa, censura la decisione dei giudici di merito, in quanto avevano dato corso a una disamina della buona fede dei singoli istituti bancari senza aver operato alcuna verifica del dato oggettivo dell'estranchezza del terzo all'attività illecita del sottoposto a misure di prevenzione.

⁷¹ Esula dalla presente riflessione l'indagine su condotte eventualmente rilevanti ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001, su cui si rinvia a A.B.I., *Linee guida per l'adozione di modelli organizzativi sulla responsabilità amministrativa delle banche*, in www.abi.it, Agg. 2 marzo 2004.

⁷² In questi termini, Cass. pen., sez. I, 27 febbraio 2014, n. 34039, cit.

⁷³ In tal senso, peraltro, nel contesto di una più ampia riflessione avente ad oggetto l'analisi del rapporto fra diritto pubblico e privato, la dottrina più autorevole sottolinea l'opportunità di attribuire una «modesta funzione orientativa» alla distinzione e, quindi, di considerare il modo di realizzazione che per determinati interessi «l'ordinamento giuridico predispone». (S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, cit., 741).

colloca il trasferimento del diritto di credito rispetto alla trascrizione del sequestro di prevenzione antimafia. È appena il caso di rilevare infatti, sia pure in via di prima approssimazione, che la posizione soggettiva del creditore assume caratteristiche differenti a seconda che il cessionario abbia avuto (o meno), la possibilità di verificare tramite i meccanismi di pubblicità legale l'esistenza di procedimenti di prevenzione sul bene oggetto della garanzia.

Qualora la cessione del credito sia avvenuta prima della trascrizione della misura appare del tutto ragionevole ritenere che la tutela riconosciuta al cedente dall'art. 52 del codice antimafia debba essere garantita anche in favore del soggetto subentrato nella titolarità del diritto. In tal senso occorre rilevare non solo che mediante il trasferimento del credito il cessionario subentra nella medesima posizione giuridica del cedente ma soprattutto che nell'ipotesi in esame il cessionario, al pari del cedente, acquista il suo diritto (con la relativa garanzia) prima che intervenga la trascrizione della misura di prevenzione.

Il cessionario, dunque, deve ritenersi pienamente legittimato a invocare la tutela prevista dalla citata disposizione dimostrando di avere ignorato in buona fede il nesso di strumentalità del credito rispetto all'attività illecita. La conclusione cui si perviene in tal modo trova conferma del resto, nella circostanza che il richiamato art. 52 cod. ant. è applicabile nei confronti di chi(unque) abbia la qualità di creditore [(comma 1, lett. b)] e in tale veste intende chiedere l'accertamento del proprio diritto.

Altra e diversa questione si pone, invece, qualora si ipotizzi di invocare l'acquisto del credito mediante cessione per giustificare il presunto esonero dalla prova della buona fede. Si potrebbe in altri termini immaginare che la buona fede del cedente esaurisca in qualche modo il contenuto degli oneri probatori funzionali all'accertamento del credito e, quindi, liberi dal relativo adempimento il cessionario. Una ricostruzione di questo tipo non sembra giustificabile alla luce delle scelte operate con il codice antimafia. La valutazione degli interessi tutelati con la disciplina in esame induce a ritenere che la tutela del terzo cessionario del credito garantito da ipoteca sia subordinata all'accertamento delle medesime condizioni esigibili per la tutela del creditore originario. La soluzione trae origine dall'esigenza di evitare che mediante la cessione possano realizzarsi meccanismi elusivi

della disciplina legislativa, trasferendo cioè il credito in favore di eventuali prestanome del proposto per le misure o di soggetti comunque legati a quello colpito dalla misura di prevenzione reale e, quindi, permettendo in tal modo di recuperare quanto meno parte del valore economico del bene sottoposto a confisca⁷⁴.

D'altro canto, le medesime ragioni di carattere testuale che consentono di riconoscere al cessionario l'accesso alla tutela del codice antimafia, inducono a ritenere che il richiamato art. 52 cod. antimafia, nel riferirsi in modo ampio e generalizzato alla figura del creditore, impone anche al cessionario di dimostrare la sua buona fede non potendosi ritenere sufficiente a tal fine che la condizione sia realizzata in capo al solo cedente.

Nella diversa ipotesi in cui la cessione del credito garantito sia intervenuta dopo la trascrizione della misura di prevenzione non vi sono le condizioni per affermare l'esistenza della buona fede o quanto meno dell'affidamento incolpevole del nuovo creditore in quanto il cessionario conosce, o comunque è nelle condizioni di conoscere usando la normale diligenza, il provvedimento di sequestro trascritto sul bene oggetto della garanzia⁷⁵. Una conclusione di questo tipo trova ulteriore giustificazione nelle ipotesi in cui la cessione avvenga, come spesso accade, fra istituti di credito, vale a dire fra soggetti particolarmente qualificati. In tal caso, infatti, la possibilità di avere conoscenza della misura deriva anche dal carattere professionale dell'attività bancaria e, quindi, dall'esistenza di un'organizzazione in grado di procedere all'acquisto del credito sulla base della preventiva verifica dei registri immobiliari.

071

11. - (Segue): la fattispecie della cessione in blocco dei crediti.

Occorre a questo punto prendere in considerazione una problematica emersa nel diritto applicato riguardante particolari modalità di cessione del credito. Il riferimento deve intendersi alle c.d. cessioni in blocco, vale

⁷⁴ Il rischio di meccanismi elusivi è chiaramente individuato dalla giurisprudenza; in tal senso, v. Cass. pen., sez. II, 29 gennaio 2015, n. 10770, ove però si fa riferimento al rischio di «recupero del bene sottoposto a confisca», recupero che non sembra in concreto realizzabile ove si consideri che la tutela del creditore ipotecario è realizzata ormai mediante il pagamento (di parte) del valore del bene confiscato, all'esito del procedimento di liquidazione.

⁷⁵ In giurisprudenza, fra gli altri, v. Cass. pen., sez. I, 17 giugno 2011, n. 29197.

a dire alle ipotesi in cui oggetto del trasferimento non sia un singolo credito, bensì una pluralità, talvolta una molteplicità di crediti, come accade nelle operazioni di cartolarizzazione. In questi casi la cessione assume connotati di particolare complessità, sicché occorre domandarsi se le caratteristiche dell'operazione influiscano sul contenuto degli *standard* di diligenza ai quali è chiamato, come si è visto, il cessionario del credito garantito. In sostanza si tratta di valutare se nonostante la mole dei crediti oggetto del trasferimento, l'anteriorità della trascrizione della misura di prevenzione sia comunque opponibile nei confronti del cessionario ovvero se l'oggettiva complessità dell'operazione consenta di attenuare la portata delle regole connesse al modo di operare dei meccanismi di pubblicità legale.

Entrambe le soluzioni trovano applicazione nella prassi giurisprudenziale. Per un verso, infatti, si afferma che la particolare modalità della cessione avvenuta in blocco rende concretamente inesigibile in capo al cessionario la verifica preventiva delle condizioni di tutti i beni sottoposti all'originaria garanzia ipotecaria correlata ai crediti ceduti, in quanto essa obiettivamente influisce sull'onere di diligenza oggetto di valutazione ai fini dell'accertamento della buona fede e dell'affidamento incolpevole⁷⁶.

Per altro verso, vi sono pronunce da cui si desume che la cessione in esame non libera il cessionario dalla dovuta diligenza nel verificare la condizione giuridica dei beni oggetto delle garanzie correlate ai crediti ceduti. In particolare alcune corti sottolineano che anche nell'acquisto in massa dei crediti sia doveroso procedere all'analisi delle situazioni giuridiche soggettive oggetto di circolazione⁷⁷. Ritenute irrilevanti le modalità di trasferimento del credito si afferma, dunque, che l'anteriorità del sequestro rispetto alla cessione escluda la possibilità di provare la buona fede⁷⁸.

Le soluzioni adottate nel diritto applicato pongono in evidenza, da un lato, un approccio che tende a valorizzare il contenuto dell'obbligo di diligenza, la cui portata non potrebbe estendersi fino a imporre al cessionario in blocco la previa verifica della presenza di eventuali trascrizioni sui beni

⁷⁶ In tal senso, Cass. pen., sez. I, 4 novembre 2014, n. 6291; Cass. pen., sez. I, 27 settembre 2013, n. 45260.

⁷⁷ Cass. pen., sez. II, 4 giugno 2015, n. 28839.

⁷⁸ Cass. pen., sez. II, 3 luglio 2015, n. 28562.

oggetto della garanzia reale; d'altro canto, un indirizzo più rigoroso che attribuisce rilevanza oggettiva alla (previa) trascrizione del sequestro e, quindi, anche in questi casi esclude che il cessionario possa far valere la sua buona fede.

Il tema merita di essere brevemente approfondito muovendo dalla portata che assumono nella vicenda in esame le norme sulla pubblicità legale. Il punto di partenza non può che essere rappresentato dalla circostanza che il sequestro avente ad oggetto beni immobili deve essere eseguito – in base a quanto stabilisce il codice antimafia – con la trascrizione del provvedimento presso la competente conservatoria⁷⁹.

Nella medesima prospettiva di tutela dei terzi, è appena il caso di sottolineare che il carattere reale delle garanzie in esame implica l'esigenza di rendere conoscibili gli atti volti a costituire, modificare o estinguere i relativi diritti mediante analogo ricorso ai pubblici registri. Indicazioni in tal senso si ricavano dalla disciplina di carattere generale contenuta nel codice civile in tema di accessori del credito. Per effetto della cessione, infatti, il credito è trasferito al cessionario con i privilegi, con le garanzie personali e reali e con gli altri accessori (art. 1263, comma 1, c.c.). A tanto consegue che la trasmissione dell'ipoteca per cessione del credito si deve annotare in margine all'iscrizione del diritto reale di garanzia (art. 2843, comma 1, c.c.)⁸⁰.

Ricostruito in tal modo lo scenario normativo di riferimento, appare corretto ritenere sul piano generale che laddove la misura di prevenzione risulti già trascritta allorché si debba procedere alla suddetta annotazione, il cessionario non possa invocare la tutela stabilita nel codice antimafia al fine di rendere opponibile la garanzia reale acquisita *ex art. 1263 c.c.* Le difficoltà che in occasione del trasferimento contestuale di una pluralità di crediti il cessionario possa incontrare nella previa verifica dello stato giuridico dei beni gravati da garanzie reali, pur fondate sul piano oggettivo, non sembrano idonee a privare di effetti la trascrizione del sequestro.

⁷⁹ Tanto emerge dall'art. 104 del d.lgs. 28 luglio 1989, n. 271, espressamente richiamato dall'art. 21 del codice antimafia in tema di modalità di esecuzione del sequestro; in particolare viene in considerazione la previsione del primo comma, lett. b), del citato art. 104.

⁸⁰ Il secondo comma del citato art. 2843 c.c. stabilisce inoltre che la trasmissione o il vincolo della garanzia non ha effetto finché l'annotazione non sia stata eseguita.

La soluzione trae origine dall'esigenza di garantire effettività ai meccanismi di pubblicità legale e, quindi, agli interessi che essi mirano a tutelare. Nella medesima prospettiva occorre considerare una fattispecie di cessione in blocco in cui il legislatore disciplina in modo differente rispetto al codice civile le modalità di circolazione degli accessori. In tal senso viene in considerazione l'art. 58 TUB, avente ad oggetto la cessione a banche di aziende, di rami d'azienda, di beni e rapporti giuridici in blocco, fra i quali evidentemente finiscono per trovare collocazione anche i diritti di credito. La disposizione trae origine, fra l'altro, dall'esigenza di instaurare un controllo sulle "concentrazioni" per garantire trasparenza e più ampia tutela dei terzi, stabilendo nel settore bancario un assetto normativo autonomo rispetto al codice civile in materia di «cessione dei rapporti giuridici in senso lato (ed ampliato rispetto alla tradizione del lemma) aziendali»⁸¹.

In relazione all'ipotesi specifica della cessione in blocco di diritti di credito, il terzo comma della disposizione in esame stabilisce che i privilegi e le garanzie di qualsiasi tipo, da chiunque prestati o comunque esistenti a favore del cedente «conservano la loro validità e il loro grado a favore del cessionario, senza bisogno di alcuna formalità o annotazione». Ne consegue che nelle cessioni in blocco alle quali si applica la disposizione del TUB, le garanzie reali prestate in favore del cedente possono essere acquistate dal cessionario senza dover procedere all'annotazione stabilita – come si è visto in precedenza – dall'art. 2843 c.c., con l'ulteriore precisazione che il cessionario acquista le garanzie con lo stesso grado riconosciuto in favore del cedente. Passiamo ora a valutare la portata di queste previsioni normative rispetto alla disciplina del codice antimafia. In particolare, si rende opportuno considerare se, ed eventualmente in che modo, la disposizione del TUB possa ritenersi rilevante in sede di applicazione delle misure di prevenzione.

In precedenza si è osservato che secondo una parte della giurisprudenza la cessione in massa dei diritti di credito non libera il cessionario dalla dovuta diligenza nel verificare la condizione giuridica dei beni oggetto

⁸¹ P. MASI, sub art. 58, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, t. 1, Padova, 2001, 454.

delle garanzie correlate ai crediti ceduti. Ritenute irrilevanti le modalità della cessione alcune pronunce affermano, dunque, che al cessionario divenuto creditore in data successiva alla trascrizione del sequestro non sia consentito provare la sua buona fede. Si è altresì rilevato che un’impostazione di questo tipo appare giustificabile alla luce dei meccanismi di circolazione delle garanzie che il codice civile stabilisce in occasione della cessione del credito. Una soluzione di questo tipo può essere applicata anche ai crediti ceduti in base all’art. 58, comma 3, TUB?

La circostanza che in queste cessioni le garanzie conservano la loro validità e il loro grado a favore del cessionario senza bisogno alcuno di annotazione pone in evidenza un meccanismo di circolazione diverso rispetto a quello stabilito dal codice civile. Ora, se in considerazione degli interessi tutelati la normativa bancaria ha inteso conformare in modo peculiare i meccanismi di pubblicità legale, appare ragionevole ritenere che un assetto di questo tipo non sia irrilevante anche nella prospettiva del codice antimafia. In sostanza la soluzione normativa adottata dal TUB per le cessioni in blocco appare idonea a rendere concretamente inesigibile in capo alla banca cessionaria la verifica preventiva delle condizioni di tutti i beni sottoposti alle originarie garanzie ipotecarie correlate ai crediti ceduti, influendo obiettivamente, come rilevato in termini generali da una parte della giurisprudenza, sull’onere di diligenza oggetto di valutazione ai fini dell’accertamento della buona fede e dell’affidamento incolpevole⁸². Ne consegue che qualora il sequestro sia stato trascritto prima della cessione in blocco la banca cessionaria sarebbe legittimata comunque a far valere la sua buona fede.

Individuato sul piano generale il meccanismo di operatività delle cessioni in blocco di diritti di credito disciplinate dal TUB, appare opportuno, tuttavia, in considerazione degli interessi pubblici sottesi al codice antimafia, privilegiare anche in questo caso un’impostazione che consideri le caratteristiche del caso concreto. Si pensi, infatti, all’ipotesi in cui la banca cessionaria oltre ad acquistare *pro soluto* la totalità (o quasi) del portafoglio crediti, provveda a rilevare dalla cedente il team del personale che gestiva

⁸² In tal senso, cfr. Cass. pen., sez. I, 4 novembre 2014, n. 6291, cit.; Cass. pen., sez. I, 27 settembre 2013, n. 45260, cit.

i finanziamenti ceduti. In una situazione di questo tipo è ragionevole ipotizzare che i dipendenti preposti alla gestione del finanziamento siano venuti a conoscenza dell'applicazione delle misure di prevenzione. Ne consegue che nel corso del procedimento di cessione la banca cessionaria potrebbe essere nelle condizioni di acquisire informazioni utili a conoscere e valutare i provvedimenti che hanno avuto ad oggetto i crediti (e i diritti reali di garanzia) vantati dal cedente, circostanza che evidentemente appare idonea a mettere in discussione anche la buona fede dell'istituto cessionario. A esiti differenti sembra ragionevole pervenire nell'ipotesi in cui successivamente alla trascrizione delle misure di prevenzione sui beni immobili oggetto della garanzia, sia intervenuta una fusione per incorporazione con conseguente successione della banca incorporante in tutti i rapporti attivi e passivi dell'originario istituto di credito⁸³.

12. - Le modificazioni nel lato passivo del rapporto obbligatorio: cenni alla fattispecie del subingresso nel contratto di mutuo ipotecario.

076

L'analisi delle modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio nella prospettiva del codice antimafia, in particolare con riferimento all'accertamento della buona fede del creditore, trova un ulteriore aspetto problematico nelle vicende che caratterizzano il subingresso di un nuovo debitore nell'originario contratto di mutuo ipotecario. In particolare occorre brevemente considerare se e in che termini si renda necessario considerare le vicende di rilevanza penale riguardanti il nuovo debitore allorché la banca chieda l'accertamento del credito vantato, assumendo che la garanzia era stata rilasciata ovvero che il contratto di mutuo era stato concluso prima del procedimento di prevenzione a carico dell'accollante.

La possibilità di configurare un obbligo per il creditore di procedere alle verifiche sulla condizione personale e patrimoniale dell'accollante ogni volta che si abbia il subingresso in un contratto di mutuo, deve essere valutata avendo riguardo sia al codice antimafia, sia al modo di atteggiarsi dell'attività negoziale nei rapporti bancari.

È appena il caso di rilevare sul piano generale che la valutazione della

⁸³ In tal senso, v. anche le motivazioni di Cass. pen., sez. I, 4 novembre 2014, n. 6291.

buona fede, come si è visto in precedenza, implica il riferimento alla sussistenza di particolari obblighi di diligenza “nella fase precontrattuale”, con ciò dovendosi intendere la fase che abbia preceduto la conclusione del contratto da cui è sorto il credito assistito dalla garanzia reale. In tal senso, dunque, appare condivisibile l’orientamento giurisprudenziale secondo cui nel settore in esame la verifica della buona fede del terzo creditore deve essere fatta, di regola, in relazione al momento in cui il diritto sorge, più precisamente avendo riguardo al momento in cui viene sottoscritto il contratto da cui sorge il diritto di credito, sicché i successivi mutamenti nel lato passivo del rapporto obbligatorio dovrebbero ritenersi irrilevanti ai fini della posizione giuridica della banca mutuante⁸⁴.

Anche in questo caso, peraltro, la particolare natura degli interessi tutelati dalla normativa antimafia induce a una valutazione in concreto delle modalità che hanno caratterizzato il subingresso del nuovo debitore. In tal senso appare alquanto problematico ipotizzare la negligenza dell’istituto bancario in mancanza delle condizioni di natura contrattuale idonee a legittimare l’opposizione della banca al subentro del nuovo debitore nell’originario contratto di mutuo ipotecario.

In situazioni di questo tipo è difficile immaginare l’esistenza di una fase precontrattuale in cui collocare una trattativa fra banca e nuovo acquirente, sicché appare problematico ipotizzare che la banca abbia potuto operare in modo negligente nel subingresso di un nuovo debitore⁸⁵. Al contrario, laddove il subingresso risulti subordinato all’accettazione o quanto meno alla presa d’atto da parte della banca, si rende ragionevole ipotizzare la necessità di un’istruttoria volta a delineare le caratteristiche soggettive e patrimoniali del terzo che presenti la relativa domanda all’istituto di credito⁸⁶.

⁸⁴ In tal senso, Cass. pen., sez. VI, 15 ottobre 2014, n. 2334.

⁸⁵ Così Cass. pen., sez. VI, 15 ottobre 2014, n. 2334, cit., in relazione a una vicenda nella quale, peraltro, la società che aveva contratto originariamente il mutuo non era stata liberata dalle obbligazioni di pagamento in quanto l’accolto era stato cumulativo.

⁸⁶ Una vicenda di questo tipo sembra all’origine del procedimento definito da Cass. pen., sez. I, 27 aprile 2012, n. 44515, con la conferma del giudizio di merito nel quale si era escluso che la banca avesse dato prova della sua buona fede in occasione del subentro del nuovo mutuatario.