

**CONFISCA E TUTELA DEI CREDITORI:
SULLA PROPOSTA DI MODIFICA DELL'ART. 52, LETT. B),
DEL CODICE ANTIMAFIA**

di Simone Calvigioni

Abstract. *Il disegno di legge di riforma del codice antimafia attualmente all'esame del Senato coinvolge anche l'art. 52, lett. b), d.leg. 159/11, sui presupposti per l'opponibilità nei confronti dello Stato dei crediti vantati verso il soggetto sottoposto a prevenzione, ma la modifica proposta appare problematica e criticabile.*

SOMMARIO: 1. Il d.d.l. di modifica del codice antimafia. – 2. La proposta di modifica dell'art. 52, lett. b), del codice antimafia. – 3. I preconizzabili effetti. – 4. Critica: il nesso di strumentalità non può escludere di per sé l'opponibilità del credito. – 5. *Segue.* Critica: la “nuova” buona fede e l'inconsapevole affidamento.

1. Il d.d.l. di modifica del codice antimafia.

Si protrae ormai da oltre tre anni l'iter parlamentare del d.d.l. recante «Modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, al codice penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale e altre disposizioni. Delega al Governo per la tutela del lavoro nelle aziende sequestrate e confiscate»¹.

Il testo approvato dalla Camera dei deputati è stato trasmesso al Senato l'11 novembre 2015, dove il d.d.l. ha assunto il n. S. 2134, consultabile in <<http://bit.ly/1SNlqN>> (le molte relazioni e gli studi acquisiti agli atti del Senato sono consultabili in <<http://bit.ly/2pfiSQZ>>).

Il progetto di riforma interessa molti articoli del codice antimafia introducendo anche auspicati correttivi e novità e, *inter alia*, apporta importanti modifiche all'art. 104

¹ Sul progetto di riforma del codice antimafia ora all'esame del Senato v. F. MENDITTO, [Verso la riforma del d.lgs. n. 159/2011 \(c.d. codice antimafia\) e della confisca allargata](#), in *questa Rivista*, 22 dicembre 2015; C. VISCONTI, [Approvate in prima lettura dalla camera importanti modifiche al procedimento di prevenzione patrimoniale](#), in *questa Rivista*, 23 novembre 2015; A. AIELLO, [Brevi riflessioni sulla disciplina del codice antimafia in tema di tutela dei terzi alla luce dell'ultima proposta di riforma](#), in *questa Rivista*, 20 aprile 2016; F. BRIZZI, *Prospettive di riforma per le misure di prevenzione*, in www.archiviopenale.it, <<http://bit.ly/2pVywwg>>.

bis, disp. att. c.p.p.², in tema di amministrazione dei beni sequestrati nell'ambito di procedimenti penali, e interviene sull'art. 12 *sexies*, d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. in l. 7 agosto 1992, n. 356, prevedendo espressamente che le disposizioni sulla tutela dei creditori di cui al d.leg. 6 settembre 2011, n. 159, si applichino anche in caso di misura ablatoria disposta ai sensi dell'art. 12 *sexies* stesso³.

2. La proposta di modifica dell'art. 52, lett. b), del codice antimafia.

In questa sede l'attenzione è limitata alla proposta modifica dell'art. 52, 1° comma, lett. b), d.leg. 159/11, contenuta nell'art. 21, 1° comma, d.d.l. n. S. 2134, cit.

L'art. 52, 1° comma, del codice antimafia determina i presupposti per l'opponibilità allo Stato del credito vantato nei confronti del debitore che ha subito la misura ablatoria.

L'attuale formulazione di tale disposizione è la seguente: «La confisca non pregiudica i diritti di credito dei terzi che risultano da atti aventi data certa anteriore al sequestro, nonché i diritti reali di garanzia costituiti in epoca anteriore al sequestro, ove ricorrano le seguenti condizioni: [...] b) che il credito non sia strumentale all'attività illecita o a quella che ne costituisce il frutto o il reimpiego, *a meno che il creditore dimostri di avere ignorato in buona fede il nesso di strumentalità*; [...]».

² In particolare, l'art. 26, 2° comma, d.d.l. cit., prevede che «All'articolo 104-*bis* delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, sono apportate le seguenti modificazioni: a) al comma 1, le parole: "all'articolo 2-*sexies*, comma 3, della legge 31 maggio 1965, n. 575" sono sostituite dalle seguenti: "all'articolo 35 del codice di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, e successive modificazioni"; b) dopo il comma 1 sono aggiunti i seguenti: 1-*bis*. Il giudice che dispone il sequestro nomina un amministratore giudiziario ai fini della gestione. Si applicano le norme di cui al libro I, titolo III, del codice di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, e successive modificazioni. / 1-*ter*. I compiti del giudice delegato alla procedura sono svolti nel corso di tutto il procedimento dal giudice che ha emesso il decreto di sequestro ovvero, nel caso di provvedimento emesso da organo collegiale, dal giudice delegato nominato ai sensi e per gli effetti dell'articolo 35, comma 1, del codice di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, e successive modificazioni».

Si segnala che tale disposizione, non richiamando espressamente anche le disposizioni del codice antimafia sulla tutela dei creditori, potrebbe ingenerare dubbi e contrasti analoghi a quelli che si registrano con riferimento all'attuale formulazione dell'art. 12 *sexies*, d.l. 306/92 (per riferimenti v. la nota (3)).

³ Attualmente si registra un contrasto nella giurisprudenza in ordine all'applicabilità delle disposizioni del codice antimafia anche in caso di confisca allargata. Sul tema v. Cass. 4 novembre 2015, Assise app. Catania, *Foro it.*, 2016, II, 307, con nota di richiami di S. CALVIGIONI, cui *adde*, tra le più recenti, Cass. 10 marzo 2017, Banca Nazionale Lavoro, <<http://bit.ly/2pgue7s>>, che ha concluso per l'applicabilità delle disposizioni sulla tutela dei creditori di cui al codice antimafia anche in caso di confisca allargata; nello stesso senso (che nelle pronunce più recenti appare maggioritario) Cass. 22 settembre 2016, Banca Popolare Emilia Romagna, <<http://bit.ly/2qYhzTV>>; Cass. 7 aprile 2016, Soc. Italfondario, <<http://bit.ly/2qYqjE>>; in senso contrario tuttavia, v. ancora Cass. 7 febbraio 2017, ANSBC, <<http://bit.ly/2qWjVBE>>.

Nel senso che la disciplina della tutela dei creditori del prevenuto di cui al d.leg. 159/11 si applica direttamente ed immediatamente anche in caso di misura ablatoria patrimoniale disposta nei procedimenti penali relativi ai delitti di cui all'art. 51, comma 3 *bis*, c.p.p., v. Cass. 15 febbraio 2016, Soc. Edil Merici, *Foro it.*, 2016, II, 684, con nota di S. CALVIGIONI, *Quali strumenti processuali per la tutela dei creditori tra la concessione del sequestro preventivo penale e la pronuncia definitiva che dispone la confisca?*

Essa rappresenta il recepimento, a livello normativo, dell'elaborazione giurisprudenziale relativa alla tutela del creditore in caso di confisca, affermatasi a partire dal *leading case* rappresentato da Cass., sez. un., 28 aprile 1999, Bacherotti⁴, in cui si legge che «ai terzi fa carico, pertanto, l'onere della prova sia relativamente alla titolarità dello *'ius in re aliena'*, il cui titolo deve essere costituito da un atto di data certa anteriore alla confisca e – nel caso in cui questa sia stata preceduta dalla misura cautelare reale ex art. 321, 2° comma, c.p.p. – anteriore al sequestro preventivo, sia relativamente alla mancanza di collegamento del proprio diritto con l'altrui condotta delittuosa o, nell'ipotesi in cui un simile nesso sia invece configurabile, all'affidamento incolpevole ingenerato da una situazione di apparenza che rendeva scusabile l'ignoranza o il difetto di diligenza»⁵.

L'art. 21 del disegno di legge n. S. 2134, cit., prevede che l'attuale lett. b) dell'art. 52 del codice antimafia sia sostituita dalla seguente: «che il credito non sia strumentale all'attività illecita o a quella che ne costituisce il frutto o il reimpiego, *sempre che il creditore dimostri la buona fede e l'incolpevole affidamento*»⁶.

L'impiego delle parole «sempre che», come vedremo subito *infra*, può produrre effetti penalizzanti per i creditori, incidendo sulla disciplina dei presupposti per l'opponibilità del credito allo Stato, ed appare criticabile.

3. I preconizzabili effetti.

L'approvazione del d.d.l. trasformerebbe in cumulativi i presupposti per l'opponibilità del credito verso lo Stato che, ai sensi dell'attuale formulazione dell'art. 52, lett. b), (conforme alla soluzione delle sez. un. Bacherotti ed alla successiva giurisprudenza⁷), sono invece previsti come alternativi.

Oggi, infatti, il creditore può opporre il suo credito nei confronti dello Stato, dimostrando la propria buona fede, ancorché (ed anzi, almeno secondo una parte della

⁴ Consultabile in *Foro it.*, 1999, II, 571, con nota di G. CANZIO; *Cass. pen.*, 1999, 2823; *Dir. pen. e proc.*, 1999, 961, con nota di A. MONTAGNA; *Giust. pen.*, 1999, II, 674.

⁵ Per riferimenti sulla dottrina e sulla giurisprudenza anteriori all'entrata in vigore del codice antimafia, v. S. CALVIGIONI, *Antimafia: confisca di prevenzione e tutela dei creditori*, in nota a Cass., sez. un., 7 maggio 2013, n. 10532, *Foro it.*, 2014, I, 192.

⁶ Si veda, in tema, ALESSI R., *Misure patrimoniali di prevenzione e categorie civilistiche*, Palermo, 2001, 47, da cui si apprende che l'art. 43 *ter* del Progetto normativo elaborato nel 2002 dalla Commissione di studio presieduta da G. FIANDACA aveva il seguente tenore: «la confisca non pregiudica i diritti reali di garanzia costituiti in epoca anteriore al sequestro, quando l'atto da cui il credito deriva non è funzionale all'attività illecita o a quella economica, che ne costituisce il frutto o il reimpiego, *ovvero quando* il titolare ne ignorava senza colpa il nesso di funzionalità».

Cfr., anche, F. MENDITTO, *Le confische di prevenzione e penali. La tutela dei terzi*, cit., 257, il quale attribuisce alle parole «a meno che» di cui all'attuale formulazione dell'art. 52, d.leg. 159/11, il senso proprio della parola «ovvero».

⁷ Cfr., anche, la giurisprudenza riportata da F. MENDITTO, *Le confische di prevenzione e penali. La tutela dei terzi*, Milano, 2015, 263.

giurisprudenza, proprio nel caso in cui risulti che) il credito sia stato strumentale all'attività illecita del debitore⁸.

La novella normativa all'esame del Senato appare quindi non in linea con l'approdo giurisprudenziale e dottrinale in materia di tutela dei creditori in caso di sequestro e confisca dei beni del debitore, in quanto, richiedendo come condizioni cumulative per l'opponibilità del credito nei confronti dello Stato sia la mancanza di strumentalità del credito all'attività illecita o a quella che ne costituisce il frutto o il reimpiego, sia la sussistenza della buona fede e dell'affidamento incolpevole⁹, escluderebbe che possa accedere alla tutela il creditore che abbia ignorato in buona fede l'esistente nesso di strumentalità tra il credito e l'attività illecita del debitore (o che sia comunque in buona fede, nei termini in cui tale clausola generale è stata declinata in concreto dalla giurisprudenza¹⁰, se il credito risulta strumentale all'attività illecita).

4. Critica: il nesso di strumentalità non può escludere di per sé l'opponibilità del credito.

Se l'art. 21, d.d.l. n. S. 2134, cit., venisse approvato nella sua attuale formulazione, la sussistenza del nesso di strumentalità escluderebbe quindi di per sé l'opponibilità del credito nei confronti dello Stato (anche nel caso in cui il creditore fosse stato in buona fede). Anzi, se si dovesse seguire quella parte della giurisprudenza e della dottrina secondo cui spetta al creditore provare l'insussistenza del nesso di strumentalità, sarebbe sufficiente ad escludere l'opponibilità del credito nei confronti dello Stato il mancato convincimento del giudice in ordine alla insussistenza del nesso, che è cosa diversa rispetto al convincimento in ordine alla sua sussistenza¹¹.

Tale soluzione desta perplessità.

Continuare a dare tutela al creditore in buona fede anche in caso di sussistenza del nesso di strumentalità tra credito ed attività illecita del debitore sembra imposto dal necessario rispetto di principî costituzionali e convenzionali. L'attuale formulazione del d.d.l., nella parte in cui disattende le conclusioni faticosamente raggiunte dalla

⁸ Sul rapporto tra la strumentalità del credito nei confronti dell'attività illecita del prevenuto (o di quella che ne costituisce frutto o reimpiego) e buona fede del creditore, nonché sull'onere della prova in ordine ad esse, v. Cass. 24 novembre 2016, Soc. Italfondario, di prossima pubblicazione nella Rivista *Il Foro italiano* con nota di S. CALVIGIONI, nonché Cass. 30 giugno 2015, Monte Paschi Siena e Cass. 16 giugno 2015, Soc. Italfondario, *Foro it.*, 2016, II, 179, con nota di S. CALVIGIONI, *Brevi note sull'onere di (allegazione e) prova del nesso di strumentalità tra credito ed attività illecita del debitore prevenuto*.

⁹ «Buona fede» ed «inconsapevole affidamento» vengono delineati nel d.d.l. come elementi distinti, ma le differenze tra i due non emergono in modo chiaro dall'analisi di dottrina e giurisprudenza.

¹⁰ Per una rassegna della giurisprudenza formatasi sul concetto di buona fede del creditore si veda la nota di richiami di S. CALVIGIONI a Cass. 30 giugno 2015, Monte Paschi Siena e Cass. 16 giugno 2015, Soc. Italfondario, cit.

Sul tema cfr., anche, F. MENDITTO, *Le confische di prevenzione e penali. La tutela dei terzi*, cit., 261 ss.

¹¹ Per degli spunti di riflessione in ordine alla distribuzione dell'onere della prova della sussistenza (o insussistenza) del nesso di strumentalità tra credito ed attività illecita del debitore v. *infra*, il paragrafo successivo.

giurisprudenza e pregiudica, senza obiettive ragioni, i diritti dei terzi di buona fede, suscita ragionevoli dubbi di legittimità costituzionale ed espone l'Italia a sanzione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo¹². Un'eventuale e doverosa interpretazione adeguatrice della giurisprudenza implicherebbe una forzatura della lettera della legge.

Se è certamente interesse dello Stato quello di evitare che i beni ablati tornino (anche indirettamente) nella disponibilità del reo o del prevenuto, ha rilevanza pubblicistica anche l'interesse a vedere soddisfatte le legittime aspettative di tutela dei creditori in buona fede (che magari sono stati vittime della prepotenza del debitore). È (deve essere), infatti, interesse dello Stato quello di dare soddisfazione al creditore in buona fede (anche) con i beni sottratti al debitore reo/prevenuto; in caso contrario, si alimenterebbe la sfiducia nei confronti delle istituzioni e del sistema di contrasto alla criminalità (specialmente quella organizzata), il che comporterebbe il parallelo accrescimento del "prestigio" e del potere (anche economico e di ricatto) dei malviventi e il correlativo allontanamento dei cittadini dall'impegno nella lotta nei confronti del crimine.

Appare, peraltro, ragionevole dubitare che l'esito al quale condurrebbe la modifica dell'art. 52, 1° comma, lett. b), d.leg. 159/11, corrisponda all'effettiva intenzione del legislatore. Probabilmente sono altri i motivi che hanno indotto i redattori del d.d.l. a modificare la disposizione suddetta¹³. Ciò non toglie che quello appena ricostruito è il senso della disposizione all'esame del Senato, fatto palese dal significato proprio delle parole «sempre che» inserite nella lettera b) dell'art. 52 del codice antimafia.

È auspicabile che un intervento sul d.d.l. modifichi la disposizione suddetta, rendendola nuovamente conforme alla Costituzione ed alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, nonché in armonia con il percorso compiuto dalla giurisprudenza in tale materia.

Un simile risultato potrebbe essere raggiunto, a mio avviso, sostituendo le parole «sempre che» con l'espressione «oppure che» (pur mantenendo inalterata la restante parte del vigente art. 52, 1° comma, lett. b)), ovvero ispirandosi all'art. 43 *ter* del Progetto normativo elaborato nel 2002 dalla Commissione di studio presieduta dal Prof. G. Fiandaca, riportato *supra*, nella nota (6), in modo tale da far sì che il creditore in buona fede possa avere tutela anche nel caso in cui il credito fosse stato strumentale all'attività illecita del debitore, oppure a quella che ne costituisce il frutto o il reimpiego.

¹² Nella giurisprudenza costituzionale, v. Corte cost. 10 gennaio 1997, n. 1, *Foro it.*, 1998, I, 2043, con nota di richiami, la quale si è espressa nel senso che la posizione del creditore in buona fede «è da ritenere protetta dal principio della tutela dell'affidamento incolpevole, che permea di sé ogni ambito dell'ordinamento giuridico», sicché ad esso non può essere inflitto il sacrificio della confisca senza che gli sia stata garantita la possibilità di provare la propria buona fede (cfr., anche, Corte cost. 20 novembre 1995, n. 487, *id.*, 1997, I, 345, con nota di richiami).

Cfr., sul punto, i richiami di cui alla nota di S. CALVIGIONI, *Antimafia: confisca di prevenzione e tutela dei creditori*, cit., § VI.

¹³ Per un'ipotesi su quello che potrebbe essere il reale intento del legislatore riformista, v. S. CALVIGIONI, *Brevi note sull'onere di (allegazione e) prova del nesso di strumentalità tra credito ed attività illecita del debitore prevenuto*, cit.

5. *Segue*. Critica: la “nuova” buona fede e l’inconsapevole affidamento.

La proposta di modifica dell’art. 52, lett. *b*), d.leg. 159/11, desta perplessità anche nella parte in cui elimina il riferimento della buona fede al (l’ignoranza del) nesso di strumentalità del credito nei confronti dell’attività illecita del debitore¹⁴, rendendo più incerti, rispetto a quanto siano oggi, gli elementi da cui si deve trarre la buona fede del creditore.

Tale intervento è logicamente connesso alla trasformazione in cumulativi dei presupposti per l’opponibilità del credito rappresentati dalla mancanza del nesso di strumentalità e dalla buona fede. Infatti, se il creditore, alla luce dell’approvando testo dell’art. 52, lett. *b*), sarà tenuto a provare la propria buona fede pur in mancanza del nesso di strumentalità (essendo i due presupposti, appunto, cumulativi), inevitabilmente la buona fede non potrà che consistere in qualcosa di diverso (e di meno definito) rispetto all’ignoranza incolpevole del nesso di strumentalità stesso.

L’incertezza in ordine agli elementi fattuali da allegare e provare al fine di dimostrare la propria buona fede complica certamente la posizione del creditore e richiama il giudice al dovere di garantire il rispetto del contraddittorio e del diritto di difesa.

In tema pare utile ricordare che nella giurisprudenza ed in dottrina sono sorti dubbi e contrasti in ordine alla ripartizione dell’onere della prova relativo alla sussistenza (o insussistenza) del nesso di strumentalità tra credito ed attività illecita del debitore, in quanto questa questione sembra poter produrre, già oggi, riflessi problematici sull’individuazione dell’oggetto della prova della buona fede¹⁵.

Una parte della giurisprudenza afferma che solo una volta che risulti provato il nesso di strumentalità tra credito ed attività illecita del debitore sorga la necessità per il creditore di dimostrare di avere ignorato in buona fede il nesso di strumentalità stesso.

Altra parte della giurisprudenza afferma che spetta al creditore dimostrare la mancanza del nesso di strumentalità, oppure di averlo ignorato in buona fede.

Quest’ultima soluzione potrebbe apparire corretta alla luce di un’analisi strutturale della fattispecie, in quanto, dalla formulazione letterale dell’attuale art. 52, 1° comma, d.leg. 159/11, sembra potersi trarre che tutti i fatti descritti nelle lett. *a-d* svolgano la stessa funzione, che può essere definita costitutiva del diritto del creditore di opporre il credito allo Stato, ovvero impeditiva degli effetti della confisca sul credito stesso.

Tuttavia, essa sembra porre dei problemi sul piano logico.

Dire che il creditore ha l’onere di provare la mancanza del nesso di strumentalità tra credito ed attività illecita del debitore, infatti, equivale a dire che l’onere di provare di avere ignorato in buona fede il nesso di strumentalità potrebbe sorgere (sempre in capo al creditore) a fronte della mancata prova dell’*inesistenza* del nesso, che non

¹⁴ Cfr., in tema, le critiche mosse al progetto di riforma da A. AIELLO, *op. cit.*, 3 ss., il quale esprime «preoccupazione».

¹⁵ Cfr. Cass. 30 giugno 2015, Monte Paschi Siena e Cass. 16 giugno 2015, Soc. Italfondario, *Foro it.*, 2016, II, 179, con nota di S. CALVIGIONI, *cit.*, cui si rinvia per riferimenti anche dottrinali.

equivale alla prova della sua esistenza, potendo corrispondere anche solo al dubbio relativo all'esistenza stessa del nesso.

Già secondo l'attuale formulazione dell'art. 52, lett. b), quindi, se si segue la giurisprudenza e la dottrina che pongono in capo al creditore l'onere di provare la mancanza del nesso di strumentalità, la relazione tra buona fede nell'ignoranza del nesso e nesso stesso può essere assai labile, in tutti i casi in cui il creditore non riesca a dimostrare l'insussistenza del nesso, ma esso non risulti provato pienamente.

Si aggiunga che, collocare in capo al creditore l'onere di (allegare e) provare fatti da cui si tragga l'insussistenza del nesso di strumentalità, significa anche sollevare la controparte dall'onere di allegare (oltre che di provare) i fatti da cui invece dovrebbe trarsi la sussistenza del nesso, con la conseguenza di rendere ancor più arduo per il creditore (già sul piano dell'allegazione dei fatti da provare) svolgere le proprie difese in ordine alla scusabilità dell'ignoranza del nesso, non conoscendo egli in modo preciso, al momento della proposizione della domanda, quali siano i fatti che avrebbe dovuto ignorare in buona fede.

Al riguardo, quindi, stante anche il carattere inquisitorio del rito¹⁶, che attribuisce ampi poteri al giudice, sia istruttori, sia, ancor prima, nella valorizzazione dei fatti rilevanti ai fini della ricostruzione del nesso di strumentalità (e della valutazione della buona fede)¹⁷, assume preminente importanza la garanzia del rispetto del contraddittorio e del diritto di difesa, affidata allo stesso giudice, che dovrebbe segnalare i fatti valorizzati ai fini della valutazione del nesso di strumentalità e consentire poi al creditore di proporre, in merito, le proprie difese.

L'alternativa, dunque, allo stato attuale, pare essere tra:

a) ritenere che l'onere della prova dell'insussistenza del nesso di strumentalità incomba in capo al creditore ed accettare che l'oggetto della buona fede possa non essere necessariamente ben chiaro e definito (ossia che possa non consistere necessariamente nell'ignoranza degli elementi da cui si trae la prova positiva della sussistenza del nesso) e attribuire comunque al giudice il compito di garantire il diritto al contraddittorio ed alla prova sui fatti considerati rilevanti anche solo ai fini della permanenza del dubbio in ordine alla sussistenza del nesso di strumentalità, consentendo quindi al creditore di svolgere le proprie difese sul punto;

b) affermare che il creditore titolare di un diritto reale sul bene ablato possa opporre il proprio credito nei confronti dello Stato finché non risulti positivamente provata l'esistenza del nesso di strumentalità (con onere di allegazione e prova degli elementi da cui tale strumentalità va tratta a carico della parte pubblica, o comunque

¹⁶ Sia del rito delineato dal codice antimafia, sia di quello ricavabile dall'art. 666 c.p.p., che si applica nei casi in cui non trova applicazione il primo.

¹⁷ Cfr., in tema, Cass. 12 dicembre 2014, Banca Marche, *Foro it.*, Rep. 2015, voce *Misure di prevenzione*, n. 135, nella motivazione, in cui si afferma che gli atti del procedimento di prevenzione possono essere usati dal giudice dell'esecuzione nel giudizio relativo ai presupposti per la tutela del creditore istante e che quest'ultimo deve con tali atti "confrontarsi" (avendo diritto ad accedere al fascicolo della prevenzione prima di inoltrare la propria domanda, ai sensi dell'art. 116 c.p.p.); condivide tale ultimo assunto anche Cass. 3 ottobre 2016, Banca Lav. Piccolo Risparmio, *Foro it.*, archivio *Cassazione penale*.



7-8/2017

riconoscendo in capo al giudice il dovere di segnalare nel contraddittorio i fatti sulla base dei quali ritenga sussistente il nesso di strumentalità, consentendo poi al creditore di allegare e provare fatti da cui trarre la propria buona fede) e ritenere che l'onere di allegare e provare di avere ignorato in buona fede gli elementi fattuali da cui si evincerebbe il nesso di strumentalità consista, per il creditore, nell'onere di proporre una sorta di eccezione processuale, che può anche accompagnarsi alla proposizione di mere difese, con le quali contesti la sussistenza stessa del nesso di strumentalità.

Dall'analisi della giurisprudenza formatasi sull'attuale formulazione dell'art. 52, lett. b), peraltro, emerge che gli elementi valorizzati al fine dell'accertamento della buona fede del creditore sono molteplici e non sempre chiaramente ed immediatamente legati al nesso di strumentalità tra credito ed attività illecita del debitore¹⁸. Sarebbe comunque un buon intento (nel perseguimento della certezza del diritto) quello di non rendere la buona fede del creditore un elemento più incerto e vago di quanto non sia già, ancorché è naturale che una clausola generale sia connotata da un certo grado di elasticità e vaghezza, e che spetti alla giurisprudenza renderla concreta, alla luce del caso specifico.

¹⁸ Cfr. Cass. 30 giugno 2015, Monte Paschi Siena e Cass. 16 giugno 2015, Soc. Italfondario, cit.