

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

5/2020

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervé Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Masera, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri (coordinatore), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Alessandra Galluccio, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili).

Il testo completo della licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2020, p. 5 ss.

LE SOLUZIONI DEL CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA AL PROBLEMA DELLA SOVRAPPOSIZIONE DEI SEQUESTRI PENALI CON LE PROCEDURE LIQUIDATORIE

di Gennaro Mastrangelo

Il D.L.vo 14/2019 – “Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza” – fornisce una disciplina specifica all’annoso problema, risolto sinora in via giurisprudenziale, delle interferenze tra la procedura esecutiva ed i sequestri penali, utilizzando come modello del c.d. “Codice Antimafia”. La confisca, nelle sue variegate forme, ormai attinge anche l’imprenditore ed i terzi a questo legati, ben oltre i casi delle misure di prevenzione che, in un certo senso, pure attengono a forme qualificate di delinquenza. Il problema della tutela dei terzi sembra l’aspetto più qualificante della riforma, consentendo una decisione rapida ed incidentale delle loro ragioni.

SOMMARIO: 1. Il “traffico delle precedenze”. – 2. I sequestri penali e la confisca: le esigenze dell’azione penale e le interferenze con le ragioni dei creditori. – 3. La legge delega n. 155/2017, il modello del c.d. codice antimafia e delle misure di prevenzione (d.lgs. 159/2011) ed il percorso legislativo. – 4. Le resistenze della giurisprudenza all’applicazione analogica del Codice Antimafia (d.lgs. 6.9.2011, n. 159). – 5. Il sequestro impeditivo (art. 321 c. 1, c.p.p.): intersezioni con la procedura e soluzioni giurisprudenziali. – 5.1. L’art. 318 del d.lgs. 14/2019. – 6. Il sequestro conservativo (art. 321, c. 1, c.p.p.): intersezioni con la procedura e soluzioni giurisprudenziali. – 6.1 L’art. 319 del d.lgs. 14/2019. – 7. Il sequestro finalizzato alle confische (art. 321, c. 2, c.p.p.): ricognizione della *ratio* della singola confisca, effetti sui terzi e l’utilità dello spossessamento ai fini penali. – 7.1. L’art. 317 del d.lgs. 14/2019. – 8. La legittimazione del curatore ad impugnare le misure cautelari reali (art. 320, d.lgs. 14/2019). – 9. Effetti confiscatori ed appartenenza del bene: rimedi e sedi per la tutela del terzo nella giurisprudenza. – 10. La tutela dei terzi nel d.lgs. 159/2011: la sua applicabilità alle intersezioni della cautela reale e della confisca con la procedura di liquidazione.

1. Il “traffico delle precedenze”.

L’imprenditore è esposto al rischio d’impresa ed a quello di avvicinamento da parte di chi voglia avvalersene per commettere reati; l’impresa, talvolta, è solo strumentale alla commissione d’illeciti, come il fenomeno delle c.d. “cartiere” in materia d’imposte ormai insegna¹. I creditori del soggetto sottoposto alla procedura di

¹ Sulla mafia imprenditrice già V. GERACI, *L’associazione di tipo mafioso nella legge 13 settembre 1982, n. 646*, in *Legisl. pen.*, 1986, p. 572 ss; per l’evoluzione del fenomeno in contesti delocalizzati, ricco di casi concreti, talvolta sorprendenti, *Mafie del Nord. Strategie criminali e contesti locali*, a cura della Fondazione RES, Donzelli,

liquidazione, spesso ignari, fanno i conti non solo con quel che resta della massa attiva ma anche con le esigenze dello Stato, repressive ed ablatorie; più in generale, il reo, pur quando non interessato dalla procedura liquidatoria, ha rapporti di diritto civile con soggetti estranei alla condotta penalmente rilevante, i quali, a processo concluso, possono imbattersi nella pretesa ablatoria recata dalla misura di sicurezza patrimoniale della confisca, strumento assai efficace e sul quale il legislatore fa sempre più affidamento². Sia lo spossamento effetto della procedura concorsuale che quello proprio della cautela reale inducono, sullo stesso bene, un concorso di vincoli di indisponibilità³ di difficile soluzione. «Di fronte alla coesistenza di numerose e variegate forme ablative dei patrimoni illeciti si crea un vero e proprio *traffico delle precedenze* tra processo penale, cautela, di prevenzione e fallimento»⁴ al quale il legislatore, con il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. 14/2019) ha inteso porre rimedio completando il percorso già iniziato con il c.d. codice antimafia (d.lgs. 159/2011).

I fini della *par condicio creditorum* e dell'azione penale si sono finora sovrapposti, se non scontrati, ed alla giurisprudenza è stato a tutto oggi affidato il compito di contemperare le due istanze; risultati non sempre soddisfacenti ed indubbi danni all'economia. I terzi creditori del sequestrato dovevano generalmente attendere il passaggio in giudicato della sentenza, attivando l'incidente di esecuzione.

Per introdurre il problema con le parole di chi ben lo conosce: «la materia è intricata e facilmente innesca guerre ideologiche tra civilisti e penalisti. Il processo penale prima di tutto, dicono i secondi. E perché mai? Anche le procedure concorsuali tutelano interessi pubblici, ribattono i primi [...] Ma perché mancano norme specifiche? Probabilmente perché il legislatore del processo penale è ancora tenacemente aggrappato all'idea plurisecolare che il processo penale ha una priorità assoluta e non può trovare ostacoli da nessuna parte: figurarsi in un fallimento che, in fondo, è la somma di tanti interessi privati per quanti sono i creditori. V'era forse anche un'altra ragione: si pensava che processo penale e fallimento riguardassero cose diverse. In altri termini: ciò che proviene da reato non può rientrare nel fallimento. Entrambe le ragioni sono venute meno. Ormai è pacifico che i beni acquisiti dal fallito mediante reato fanno parte della massa attiva. Parimenti pacifico è un doppio rimescolamento di interessi: le procedure concorsuali soddisfano interessi sempre più generali e pubblici, mentre il processo penale ormai è stracaricato di finalità molteplici, pubbliche e private»⁵.

2014. Per le difficoltà di gestione al fine di evitare infiltrazioni successive v. Tribunale di Milano, S.A.M.P., decreto 27.1.2017, in *Dir. pen. cont.*, 4 ottobre 2017, con commento di G. CAPECCHI, [La misura di prevenzione patrimoniale dell'amministrazione giudiziaria degli enti e le sue innovative potenzialità](#).

² Basti ricordare come la decisione quadro 212/2009 GAI, alla quale non è stata data sinora completa esecuzione, prevede la confisca per equivalente per tutti i reati punibili con pena detentiva superiore ad anni uno.

³ Sulla categoria generale del vincolo di indisponibilità, tra i tanti, F. NEGRO, voce *Indisponibilità giuridica*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. III, Torino, 1965, p. 605. Ss.

⁴ E. MEZZETTI, *Codice antimafia e codice della crisi e dell'insolvenza: la regolazione del traffico delle precedenze in cui la spunta sempre la confisca*, in *Archivio Penale Web*, 2019, p. 7.

⁵ Così M. IACOVIELLO, *Fallimento e sequestri penali*, nota a Cass. SS.UU., n. 29951 del 24/05/2004 – dep. 09/07/2004, C. fall. in proc. Focarelli, Rv. 22816501, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2005, XI, p.

La confisca, che nelle intenzioni originarie del codice riguardava “i ferri del mestiere” del delinquente, ormai attinge anche l'imprenditore ed i terzi a questo legati, ben oltre i casi delle misure di prevenzione che, in un certo senso, pure attengono a forme qualificate di delinquenza.

Due i problemi, i sequestri e le ragioni dei creditori, che il d.lgs. 14/2019 ha voluto affrontare, rifacendosi ad una legislazione attigua, quella del d.lgs. 159/2011, il Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione. Sia le soluzioni offerte dalla giurisprudenza che quelle del d.lgs. 14/2019 sono misurate sulla natura della misura cautelare reale e della confisca per cui, sebbene sommariamente, non sembra superflua una brevissima ricognizione su questi aspetti anche perché un altro effetto della novella sarà quello di chiedere nuovamente, ad ogni operatore del diritto, una forte interdisciplinarietà.

2. I sequestri penali e la confisca: le esigenze dell'azione penale e le interferenze con le ragioni dei creditori.

Se il codice dell'insolvenza ha inteso riconoscere una migliore tutela ai terzi creditori, non bisogna dimenticare le ragioni della cautela penale; occorre anche verificare in che modo le soluzioni adottate per ciascuna forma di sequestro nelle sue interazioni con la procedura liquidatoria siano coerenti e risolutive o se, come sembra ad una prima lettura, ci sarà ancora bisogno di risolvere, in via interpretativa, alcuni problemi di intersezione.

Il sequestro probatorio – art. 253 c.p.p. – è quello più intrinseco alle finalità dell'azione penale, mezzo di diretta apprensione di quanto occorra per l'indagine; «il corpo del reato e le cose pertinenti al reato necessarie per l'accertamento dei fatti» servono alla prova penale e, dunque, l'interesse pubblico sotteso deve prevalere – e prevale – sulle altre istanze. La sua temporaneità – in tanto resta sulle cose sequestrate fin che esso serva all'accertamento del reato⁶ – non pregiudica la massa. Può essere disposto su beni già appresi alla procedura concorsuale e, se anteriore a questa, manterrà la propria efficacia anche in seguito alla sopravvenuta apertura della procedura concorsuale ed indipendentemente da questa. Gli effetti indiretti dello spossessamento concorsuale, che come si vedrà hanno talvolta influenzato la soluzione dei problemi per le altre forme di cautela reale, nel caso del sequestro probatorio sono assolutamente incomparabili con quelli della misura penale. Eventuali mascheramenti del sequestro preventivo sotto le mentite spoglie di quello probatorio, limitando i poteri del giudice

1265. Per un'esposizione delle varie tesi dei rapporti tra fallimento e misure di prevenzione, N. GRAZIANO, in L. DE GENNARO – N. GRAZIANO (a cura di), *Sequestri penali, misure di prevenzione e procedure concorsuali*, Maggioli, 2018, p. 13-17.

⁶ Si veda, in motivazione, Sez. II, n. 5650 del 28/01/2014 – dep. 05/02/2014, Puglisi, Rv. 25827801, ma è comunque principio desumibile logicamente.

delle indagini preliminari, devono – art. 257 c.p.p. – e possono essere censurati in sede di riesame⁷.

Il codice dell'insolvenza non ne fa parola, proprio perché è in radice esclusa la necessità di un bilanciamento degli interessi; decisa ed uniforme la giurisprudenza sul punto, sin da SS.UU. Focarelli⁸.

Il sequestro conservativo – art. 316 c.p.p. – è un innesto nel processo penale, e, potremmo dire, opposto al precedente: a favore della parte civile per le obbligazioni nascenti dal reato o dello Stato, su richiesta del P.M., per il pagamento della pena pecuniaria, delle spese di procedimento e di ogni altra somma dovuta all'erario. Se l'imputato, per l'obbligazione nascente, in vario modo, dalla sua azione delittuosa non offre adeguate garanzie, il processo penale è provvisto di strumenti per farvi fronte. Nelle procedure liquidatorie questa misura cautelare anticipa, plausibilmente, un'azione individuale e sottostà al generale divieto di azioni esecutive o cautelari individuali⁹. Nulla vieta un sequestro conservativo anteriormente alla dichiarazione di liquidazione giudiziale; quando questa è già pendente, è palese il rischio di reciproche interferenze.

L'art. 319 del d.lgs. 14/2019 regola direttamente, senza rinvii ad altra normativa, le reciproche interferenze, distinguendo a seconda che la misura intervenga prima o dopo dell'apertura della procedura liquidatoria.

Il sequestro preventivo (art. 321 c.p.p.) nelle sue varie forme, impeditivo o funzionale alla confisca, questa obbligatoria o facoltativa, è quello maggiormente problematico. Preventivo, appunto: il pubblico ministero interviene subito ma per un fine che può essere, talvolta, assai lontano nel tempo (la confisca, a sentenza passata in giudicato, vd. comma secondo) o più ravvicinato (impedire che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o protrarre le conseguenze di esso, ovvero agevolare la commissione di altri reati, vd. comma primo).

⁷ V. Sez. III, n. 37837 del 05/06/2007 – dep. 12/10/2007, Grande, Rv. 23792501.

⁸ «Nel caso del sequestro probatorio non vi è alcuna coincidenza di funzioni tra il provvedimento di sequestro e la procedura fallimentare: il primo persegue interessi differenti da quelli considerati dal fallimento e si configura come misura del tutto autonoma. Il sequestro penale tutela direttamente il processo, acquisendo cose (corpo del reato e cose pertinenti al reato) necessarie per l'accertamento dei fatti; si tratta, quindi, di una misura strumentale alle esigenze processuali, che persegue il superiore interesse della "ricerca della verità" nel procedimento penale. Esso, pertanto, senza alcun dubbio, può legittimamente essere disposto su beni già appresi al fallimento e, se anteriore al fallimento, manterrà la propria efficacia anche in seguito alla sopravvenuta apertura della procedura concorsuale ed indipendentemente da questa. È più che evidente che la procedura concorsuale non può ostacolare l'accertamento dei reati, impedendo, ad esempio, che siano raccolti i mezzi di prova necessari per le indagini. Il mantenimento del sequestro penale dipenderà, perciò, esclusivamente dal permanere delle esigenze probatorie e solo quando non sarà più necessario ai fini di prova, si procederà alla restituzione dei beni sequestrati». Così, in motivazione, Cass. SS.UU., n. 29951 del 24/05/2004 – dep. 09/07/2004, C. fall. in proc. Focarelli, Rv. 22816501, in *Archivio della Nuova Procedura Penale*, 2004, V, p. 511, in *Cassazione Penale*, 2004, X, p. 3087, in *Diritto e Giustizia*, 2004, XXXIV, p. 80, con nota di G. FUMU, *Gli effetti del fallimento sul sequestro penale*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 2004, XL, p. 7355, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2005, XI, p. 1265, con nota di M.F. IACOVIELLO, *Fallimento e sequestri penali*, in *Giustizia Penale*, 2005, II, p. 65, in *Giurisprudenza Italiana*, 2005, VII, p. 1507, con nota di F. MASSARI, *Note minime in materiali sequestro probatorio sui beni del fallito*.

⁹ Art. 52 della L.F. ed ora 150 del d.lgs. 14/2019.

Il sequestro c.d. impeditivo, art. 321, c. 1, c.p.p., intende frenare la progressione criminosa, che spesso trova nel regime di circolazione dei beni e nel mondo del commercio un terreno fertile, indi la sua estensione a qualsivoglia cosa «pertinente» al reato, dunque le cose sulle quali o a mezzo delle quali esso fu commesso o che ne costituiscono il prezzo, il prodotto o il profitto, ma anche quelle legate solo indirettamente alla fattispecie criminosa¹⁰. Il concetto di «libera disponibilità» della cosa in capo all'indagato è diverso dall'appartenenza per cui, se egli può disporre liberamente pur non essendone proprietario, la misura reale è ben possibile. È dunque irrilevante «l'appartenenza della cosa ad un soggetto estraneo alla commissione del reato ed in buona fede»¹¹ [...] In tal caso, infatti, il vincolo, diretto a rendere indisponibile la "res", è imposto per più generali esigenze di giustizia, quali sono quelle relative alla tutela della collettività, che, sebbene pregiudizievoli per il soggetto che ne è gravato, vanno necessariamente soddisfatte. Il titolare del diritto potrà far valere le proprie ragioni solo una volta esaurite le esigenze cautelari ovvero il rapporto processuale¹². L'art. 321, c. 3, c.p.p. gli consente, infatti, di rappresentare il venir meno delle condizioni di applicabilità del sequestro. Tra gli interessati un terzo, ad esempio il creditore titolare di un diritto reale sulla cosa¹³, o, in fatto, il curatore che, in vista della liquidazione e del riparto, ha tutto l'interesse a liberare il bene dal vincolo¹⁴.

L'art. 318 del d.lgs. 14/2019 regola direttamente, senza rinvii ad altra normativa, le reciproche interferenze – limitatamente ai beni di cui all'art. 142 e con l'esclusione delle cose in sé illecite – distinguendo a seconda che la misura intervenga prima o dopo dell'apertura della procedura liquidatoria.

Quello finalizzato alla confisca non richiede che il bene sia nella disponibilità dell'indagato ma se esso appartiene un terzo ciò lo impedisce – art. 240, c. 3, c.p.p. –¹⁵. Il terzo, che anche in tal caso ha il rimedio di cui al comma terzo dell'art. 321 c.p.p.¹⁶, può avere sul bene non solo un diritto di proprietà, ma pure di garanzia, ed anche qui la tutela sinora gli è stata riconosciuta in via giurisprudenziale; il terzo può essere pure un creditore del sequestrato.

L'art. 317 del d.lgs. 14/2019 regola non direttamente, ma col rinvio al DL.vo 159/2011, le reciproche interferenze e la tutela da accordare ai terzi.

Sia il sequestro impeditivo che quello inteso alla confisca toccano assai da vicino gli interessi dei creditori e, se così si può dire, quelli del curatore; una divisione

¹⁰ Sez. III, n. 9149 del 17/11/2015 – dep. 04/03/2016, Plaka, Rv. 26645401

¹¹ Qui la buona fede ha un apprezzamento limitato; al contrario, per la tutela del terzo nei casi di sequestro funzionale alla confisca, è un elemento centrale; si veda *infra*.

¹² Sez. III, n. 40480 del 27/10/2010 – dep. 16/11/2010, Orlando e altri, Rv. 24874101, in motivazione.

¹³ P. BALDUCCI, *Il sequestro preventivo nel processo penale*, Milano, 1991

¹⁴ Si vedrà come la più recente giurisprudenza della Cassazione faccia appunto riferimento al potere di fatto del curatore per dedurre la legittimazione all'impugnazione delle misure cautelari reali, a prescindere dalla scelta compiuta dal legislatore nell'art. 320 del d.lgs. 14/2019

¹⁵ Con una valutazione non formale ma sostanziale, v. Sez. II, n. 13360 del 03/02/2011 – dep. 01/04/2011, Cioce e altro, Rv. 24988501; Sez. II, n. 33806 del 04/04/2018 – dep. 19/07/2018, Calabrese, Rv. 27354101.

¹⁶ Sez. IV, n. 80 del 14/01/1999 – dep. 10/02/1999, P.M. in proc. Kulla, Rv. 21312901; Sez. VI, n. 52918 del 19/10/2016 – dep. 14/12/2016, Di Nardo, Rv. 26862001.

dell'attivo spedita è spesso frustrata dai tempi del processo penale. I due sequestri possono altresì concorrere, logicamente, nel caso di profitto: suscettibile di confisca – artt. 240, c. 1, c.p. e 321, c. 2, c.p.p. – esso è anche una conseguenza del reato, è danno patito dalla persona offesa, e quindi può rientrare nel sequestro impeditivo (art. 321, c. 1, c.p.p.). I creditori, per quanto detto, sono esposti alle limitazioni conseguenti alla misura cautelare reale, benché provvisti di *ius sequelae*. In particolare, il problema sta nella distinzione tra il terzo estraneo al reato e proprietario dei beni sequestrati e i terzi creditori del soggetto a cui appartengono i beni e titolari di un diritto di garanzia o di prelazione sui beni assoggettabili a confisca. Mentre il primo ha una sicura tutela – ad esempio quella in materia di confisca, art. 240, c. 3, c.p.p. – i creditori dell'imprenditore sono spesso pretermessi. Problemi finora lasciati alla soluzione giurisprudenziale ma «ogni qualvolta si affronta *ex professo* il tema dei rapporti tra sequestri penali, confisca e fallimento si rischia di rendere affermazioni suscettive di essere smentite alla prima applicazione, e ciò per la crescente complessità della materia dei sequestri che sollecita l'interprete a continui approfondimenti»¹⁷.

Sulle tutele da riconoscere ai creditori influisce anche la natura della confisca, che va sempre più allontanandosi dallo statuto classico di misura di sicurezza patrimoniale¹⁸. Fin quando la confisca riguardi cose intrinsecamente illecite è facile predicarne la prevalenza sulle ragioni creditorie ma, man mano che la valutazione negativa si sposta dalla *res* alla persona, al rapporto tra il bene ed il condannato, rinnegare tutela ai terzi appare sempre meno agevole.

Le ipotesi di confisca obbligatoria, infatti, sono ormai molteplici e non sempre indirizzate a neutralizzare la pericolosità della cosa; si pensi a quella di cui al d.lgs. 231/2001, che ha natura sanzionatoria¹⁹. Altre ipotesi di confisca obbligatoria, per equivalente o per sproporzione (detta anche di valore), sono contenute nell'art. 240-bis

¹⁷ Cass. pen. Sez. III, 07 marzo 2017, n. 37439, non massimata, par. 3.3 della motivazione. Sentenza commentata con rilievi critici da F. TETTO, *Sequestri penali, confische e fallimento*, in *Il Fallimento*, 2018, II, p. 187; favorevole il giudizio di A. FICO, *Ratio, condizioni ed incongruenze della "nuova" ipotesi di chiusura del fallimento prevista dal codice antimafia*, in L. DE GENNARO – N. GRAZIANO (a cura di), *Sequestri penali, misure di prevenzione e procedure concorsuali*, cit., p. 79 e ss., in particolare la nota n. 15.

¹⁸ La natura della confisca ed il destinatario influiscono, invero, anche sull'ampiezza della valutazione del *fumus commissi delicti*; per una sintetica rassegna L. BARONE, in A. BASSI (a cura di), *La cautela nel sistema penale. Misure e mezzi di impugnazione*, CEDAM, 2016, p. 321-324.

¹⁹ C. SANTORIELLO, *La confisca e la criminalità d'impresa*, in *La giustizia penale patrimoniale*, a cura di A. BARGI – A. CISTERNA, II, Torino, 2011, p. 870. In giurisprudenza Sez. VI, n. 34505 del 31/05/2012 – dep. 10/09/2012, Codelfa S.p.a., in motivazione, in *Giurisprudenza Italiana*, 2013, III, p. 661, con nota di M. AURIEMMA, *Sequestro preventivo ai fini della confisca nella responsabilità da reato degli enti collettivi*; SS.UU., n. 11170 del 25/09/2014 – dep. 17/03/2015, Uniland Spa e altro, Rv. 26368501, in *Giurisprudenza Italiana*, 2015, VIII-IX, p. 1995, con nota di D. BIANCHI, *Automatismi nel meccanismo sequestro-confisca ex D.Lgs. n.231 e ricadute problematiche sulla procedura fallimentare*; in *Processo Penale e Giustizia*, 2015, III, p. 41, con nota di T. ALESCI, *Il curatore fallimentare non è legittimato a proporre impugnazione contro il provvedimento di sequestro adottato sulla base dell'art. 19 del d.lgs. 231/2001*; in *Archivio Penale*, 2015, III, con nota M. BONTEMPELLI, *Sequestro preventivo a carico della società fallita, tutela dei creditori di buona fede e prerogative del curatore*; in *Cassazione Penale*, 2016, VII-VIII, p. 2894, con nota di E. ROMANO, *Confisca e tutela dei terzi: tra buona fede e colpevole affidamento*; in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2016, II, p. 179, con nota di F. CERQUA, *Le Sezioni Unite precisano i rapporti tra il sequestro preventivo a carico degli enti ed il fallimento*.

c.p. "Confisca in casi particolari"²⁰ e per i reati tributari nell'art. 12-bis, D.Lgs. 74/2000 per i quali, però, «la confisca non opera per la parte che il contribuente si impegna a versare all'erario anche in presenza di sequestro. Nel caso di mancato versamento la confisca è sempre disposta». Questo ultimo comma fa sì che questa confisca sia sovrapponibile al sequestro conservativo²¹. La confisca penale allargata è decisamente diversa dalla confisca classica dell'art. 240 c.p., essendo alterato e dilatato il nesso di pertinenzialità tra il reato e le cose dallo stesso direttamente prodotte o allo stesso direttamente ricollegabili²². Sul versante cautelare, il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente, attesa la natura sanzionatoria di quest'ultima, non richiede specifiche esigenze cautelari, essendo sufficiente il "fumus criminis" e la corrispondenza tra il valore dei beni oggetto del sequestro e il profitto o prezzo dell'ipotizzato reato²³. È ormai dato acquisito²⁴ che la confisca ha una natura multiforme ed «appare assai arduo, oggi, catalogare l'istituto [...] nel rigido schema della misura di sicurezza, essendo agevole per esempio riconoscere, in quella di valore, i tratti distintivi di una vera e propria sanzione e, in quella "speciale", una natura ambigua, sospesa tra funzione specialpreventiva e vero e proprio intento punitivo. Con il termine "confisca", in sostanza, al di là del mero aspetto nominalistico, si identificano misure ablative di natura diversa, a seconda del contesto normativo in cui lo stesso termine viene utilizzato»²⁵. Lo

²⁰ In tal caso basterà l'astratta configurabilità, nel fatto attribuito all'indagato, di una delle ipotesi criminose previste, senza che rilevino né la sussistenza degli indizi di colpevolezza, né la loro gravità e né una relazione di pertinenzialità tra il bene sequestrato e poi confiscato col fatto reato. Si vedano SS.UU., n. 920 del 17/12/2003 – dep. 19/01/2004, Montella, Rv. 22649201, in *Giustizia Penale*, 2004, VIII; 484; *Diritto penale e processo*, 2004, IX, p. 1111, con nota di M. CERASE, *La confisca dei beni sproporzionati innanzi alle Sezioni Unite*; in *Cassazione Penale*, 2004, IV, p. 1182, con nota di G. FIDELBO, *Sequestro preventivo e confisca ex art. 12-sexies legge n. 356/92: dall'esclusione del nesso pertinenziale con il reato al rafforzamento dei presupposti*; in *Indice Penale*, 2005, I, p. 189, con nota di S. ARPINO, *I presupposti applicativi della confisca dei beni di provenienza ingiustificata (art. 12-sexies, L. n° 356/92)*.

²¹ Cass., Sez. III, sentenza 13/07/2018, n. 32213, in motivazione, afferma che la confisca obbligatoria in parola «è posta a garanzia della pretesa tributaria».

²² Sez. I, n. 26527 del 20/05/2014 – dep. 19/06/2014, Italfondinario S.p.a, Rv. 25933101. A. DEL DUCA, *Il codice delle leggi antimafia e i rapporti tra gli strumenti di intervento ablativo statuale e le procedure concorsuali*, in L. DE GENNARO – N. GRAZIANO (a cura di), *Sequestri penali, misure di prevenzione e procedure concorsuali*, cit., p. 63 afferma che la confisca ex art. 12-sexies, ora 240-bis c.p., «introduce un'ipotesi di confisca obbligatoria che deroga alla disciplina di cui all'art. 240 c.p., mirando a colpire l'illecita accumulazione di fortune, a prescindere dal collegamento eziologico con un determinato reato, quindi, fuori dal vincolo di pertinenzialità».

²³ Sez. III, n. 18311 del 06/03/2014 – dep. 05/05/2014, Cialini, Rv. 25910301; Sez. II, n. 31229 del 26/06/2014 – dep. 16/07/2014, Borda, Rv. 26036701; Sez. III, n. 20887 del 15/04/2015 – dep. 20/05/2015, Aumenta, Rv. 26340801 in *Cassazione Penale*, 2016, IV, 1677, con nota di D. POTETTI, *Confisca tributaria e sequestro preventivo alla luce del nuovo art. 12-bis, comma 2, del D.Lgs. n. 74 del 2000*.

²⁴ In dottrina A. ALESSANDRI, *Confisca nel diritto penale*, in *Digesto pen.*, III, 4ª ed., Torino, 1989; in giurisprudenza già SS.UU., n. 9 del 28/04/1999 – dep. 08/06/1999, Bacherotti, Rv. 21351101, in motivazione.

²⁵ Così in motivazione SS.UU., n. 26654 del 27/03/2008 – dep. 02/07/2008, Fisia Italimpianti Spa e altri, Rv. 23992301, in *Diritto Penale e Processo*, 2008, X, p. 1263 con nota di T. EPIDENDIO ed A. ROSSETTI, *La nozione di profitto oggetto di confisca a carico degli enti*; *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2008, IV, p. 1738, con nota di V. MONGILLO, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca d'identità: luci e ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite*; *Cassazione Penale*, 2008, XII, p. 4544, con nota di L. PISTORELLI, *Confisca del profitto del reato e responsabilità degli enti nell'interpretazione delle sezioni unite*; *Le Società*, 2009, III, p. 351, con nota di

strumento ablatorio, dunque, va spostandosi sempre più dalla misura di sicurezza *in rem*, che colpisca il bene in quanto esso mantiene «viva l'idea e l'attrattiva del delitto»²⁶, per assumere i connotati della sanzione penale vera e propria²⁷. Anche il deciso favore verso la confisca aumenta la ricorrenza dei problemi ed interroga, decisamente, le competenze di tutti gli operatori del diritto, chiamati ad una rinnovata interdisciplinarietà²⁸.

Per avvicinarsi alle novità legislative ed al d.lgs. 159/2011, è necessario intendere i fini del legislatore, perché abbia scelto il rinvio al codice antimafia, analizzare le posizioni della giurisprudenza sui singoli problemi – invero non del tutto risolti dal d.lgs. 14/2019 – senza dimenticare che l'art. 373 del d.lgs. 14/2019, nel momento in cui modifica l'art. 104 disp. att. c.p.p., introduce novità che avrebbero meritato una collocazione meno defilata.

3. La legge delega n. 155/2017, il modello del c.d. codice antimafia e delle misure di prevenzione (d.lgs. 159/2011) ed il percorso legislativo.

Nella più generale opera di coordinamento e semplificazione voluta dal legislatore, la delega al governo riguardava anche i problemi della sovrapposizione tra le misure cautelari penali reali e le procedure concorsuali, nonché la tutela dei terzi²⁹.

R. LOTTINI, *Il calcolo del profitto del reato ex art. 19 D.Lgs. n. 231/2001*.

²⁶ Relazione preliminare al Codice di Procedura Penale.

²⁷ Si pensi a quella prevista dall'art. 322-ter c.p.

Per un'ampia panoramica delle confische, anche antimafia, e della legislazione, anche sovranazionale, nonché per i diversi punti di vista tra le sezioni civili e penali della Cassazione si veda SS.UU. civ., Sentenza n. 10532 del 07/05/2013, Rv. 626570 – 01, in *Giurisprudenza Italiana*, 2013, VI, p. 1246, con nota di P. e V. CARBONE, *Rapporti tra la confisca di un immobile e le precedenti ipoteche*.

²⁸ E. MEZZETTI, *Codice antimafia e codice della crisi e dell'insolvenza: la regolazione del traffico delle precedenze in cui la spunta sempre la confisca*, in *Archivio Penale*, on line, I, 2019, p. 2 e 3: «il legislatore [...] va alla ricerca del profitto predisponendo misure di contrasto che possano far conseguire il *freezing* dell'indebito arricchimento, interrompendo il flusso illecito dei capitali frutto di reati, colpendo in prima battuta principalmente gli enti coinvolti [...] e lasciando al diritto criminale tradizionale il compito di prevenire e reprimere i comportamenti dei singoli protagonisti delle vicende criminose. Quest'ultima frontiera, spesso intempestiva e ritardata dalle lungaggini della gestione della giustizia penale, di rado riesce a portare a compimento il percorso intero dell'accertamento della responsabilità e della conseguente esecuzione della pena e, quindi, anticipa essa stessa i propri più tipici effetti afflittivi in sede cautelare [...] Stesso effetto di anticipazione che si ottiene con l'applicazione delle misure di prevenzione antimafia. Non può stupire, dunque, che la capacità di sconfinamento della misura consequenziale “a tenaglia” sequestro-confisca venga, oggi, vista non solo dal legislatore nazionale, ma in una dimensione europea [...] come il mezzo più efficace di contrasto [...] questa moderna fisionomia della giustizia penale [...] sembra paradossalmente disinteressarsi [...] anche delle stesse vittime, visti i trend giurisprudenziali [...] che poco o nulla concedono alle ragioni ed ai diritti dei terzi in buona fede, i quali subiscono in concreto le conseguenze di queste misure di acquisizione forzata del profitto illecito senza distinzione di sorta tra le pur varie posizioni».

²⁹ Per un primo commento P. CHIARAVIGLIO, *Osservazioni penalistiche “a prima lettura” sul progetto di Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Dir. pen. cont.*, 5/2018, IV, p. 91-110. M. BONTEMPELLI – R. PAESE, [La tutela dei creditori di fronte al sequestro e alla confisca](#), in *Dir. pen. cont.*, 2/2019, p. 123 ss; F. DI VIZIO, *Codice della crisi d'impresa: il coordinamento tra liquidazione giudiziale e misure cautelari*, in *il Quotidiano Giuridico*.

L'art. 13, c. 1, L. 155/2017, *Rapporti tra liquidazione giudiziale e misure penali*, indica i principi, poi realizzati negli articoli 317-321: «Nell'esercizio della delega di cui all'articolo 1, il Governo adotta disposizioni di coordinamento con il codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, stabilendo condizioni e criteri di prevalenza, rispetto alla gestione concorsuale, delle misure cautelari adottate in sede penale, anteriormente o successivamente alla dichiarazione di insolvenza». Nel comma secondo, relativo alla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, si è scelto il «principio di prevalenza del regime concorsuale, salvo che ricorrano ragioni di preminente tutela di interessi di carattere penale»³⁰; questa parte della delega non è stata esercitata³¹.

Tutta la novella si caratterizza per un marcato favore verso la conservazione dell'attività d'impresa e lo stesso risultato sembra essere stato preso di mira nel regolare le interferenze dell'azione penale: separazione dei beni colpiti da sequestro quando finalizzato alla confisca e separazione della procedura liquidatoria dalle ragioni del sequestro impeditivo.

Il d.lgs. 159/2011, Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, è sembrato, per la sua applicazione pratica ed, i vari aggiustamenti legislativi intervenuti negli ultimi anni, l'esempio migliore da seguire, attesa anche la comune funzione, delle misure di prevenzione e di alcune forme di sequestro, di giungere alla confisca³²; in più il codice antimafia è ritenuto «strumento non solo di contrasto alla criminalità

³⁰ Il d.lgs. 231/2001 ha in sé un proprio meccanismo di tutela delle ragioni dei terzi, come ricostruito da SS.UU., n. 11170 del 25/09/2014 – dep. 17/03/2015, Uniland Spa e altro, cit; sul punto, a commento della decisione, M. BONTEMPELLI, *Sequestro preventivo a carico della società fallita, tutela dei creditori di buona fede e prerogative del curatore*, in *Archivio Penale web*, III, 2015, p. 2 parla di un «congegno operativo a schema vincolato in base al quale il giudice accerta se vi siano ostacoli alla confisca e al sequestro, verificando se ricorra la causa ostativa della misura ex art. 19, co. 1, d.lgs. cit., integrata dall'esistenza di "diritti acquisiti dai terzi in buona fede". Senza necessità di subordinare, secondo il meccanismo di cui sopra, la non applicazione (o la revoca) della misura al riscontro di eventuali «possibilità di ritorno del fallito nella disponibilità dei beni sequestrati, alla chiusura del fallimento», oppure «di un eventuale concordato ex artt. 124 ss. l. fall. (che comporta il ritorno al fallito dei beni non vincolati al procedimento o non trasferiti all'eventuale assuntore, con il riacquistato pieno potere di disporre), nonché quelle situazioni in cui sussiste il rischio concreto che le finalità del sequestro preventivo e della confisca siano pregiudicate, potendo il fallito tornare surrettiziamente a disporre dei propri beni in spregio alle esigenze di cautela penale». Dunque, una indubbia limitazione della discrezionalità del giudice, perseguita dalla Corte nella sentenza annotata facendo ricorso alla disciplina sulla confisca *de societate*».

³¹ Essa attiene alla confisca ex art. 19 del d.lgs. 231/2001 che, come detto, ha carattere sanzionatorio (v., su questo profilo, Sez. VI, n. 52205 del 16/10/2018 – dep. 20/11/2018, Diaverum Italia S.R.L., Rv. 27429201). E' plausibile l'opinione di chi, per ragioni sistematiche e di coerenza generale, ritiene che il principio di prevalenza delle misure cautelari reali su quelle concorsuali opererà anche in questa materia; v. M. BONTEMPELLI e R. PAESE, [La tutela dei creditori di fronte al sequestro e alla confisca](#), cit., p. 129 ss. Per alcune considerazioni circa il differente contenuto della delega nei commi primo e secondo e per la poca accurata tecnica legislativa nel comma primo, P. CHIARAVIGLIO, *Osservazioni penalistiche "a prima lettura" sul progetto di Codice della crisi e dell'insolvenza*, cit. p. 105 e 106.

³² Nel dibattito sulla natura del sequestro antimafia, l'assimilazione al sequestro finalizzato alla confisca, almeno quanto a scansione temporale e finalità, è esplicito in SS.UU., n. 36 del 13/12/2000 – dep. 07/02/2001, Madonia, Rv. 21766701.

organizzata ed economica, ma anche di garanzia dei diritti costituzionali dei terzi»³³. L'organizzazione di una disciplina omogenea è frutto di un processo che dura da tempo ma sottotraccia, con interventi spesso disomogenei e di difficile ricostruzione, che parte, agli inizi degli anni '90, in materia di confisca; più aumentano le ipotesi di questa misura di sicurezza patrimoniale, più è necessario provvedere alla tutela dei terzi anche, ma non solo, in materia concorsuale. Sembra pertanto utile guardare per un attimo, in parallelo, lo sviluppo delle due normative.

L'inizio di questa evoluzione è individuabile nell'introduzione della confisca c.d. allargata ad opera dell'art. 2 del D.L. 20 giugno 1994, n. 399, mediante l'inserimento dell'art. 12-*sexies* nel D.L. 8 giugno 1992, n. 306³⁴. Con un successivo intervento normativo del 2001³⁵, mediante l'introduzione del comma 4-*bis* all'interno dell'art. 12-*sexies*, si stabiliva l'applicazione, anche ai casi di confisca previsti dai commi da 1 a 4 dell'art. 12-*sexies*, delle «disposizioni in materia di *gestione e destinazione* dei beni sequestrati o confiscati previste dalla legge 31 marzo 1965, n. 575, e successive modificazioni; restano comunque salvi i diritti della persona offesa dal reato alle restituzioni e al risarcimento del danno»³⁶. Sino alle ultime modifiche, dunque, il rinvio al codice antimafia è limitato alla confisca per sproporzione, anche per equivalente, nonché alle generali ipotesi di sequestro e confisca per i reati di competenza della direzione investigativa antimafia, e nelle sole materie della gestione e destinazione dei beni sequestrati. Successivamente all'entrata in vigore della legge delega n. 155/2017, l'art. 31, comma 1, lett. e), della legge 17 ottobre 2017, n. 161, ha sostituito il comma 4-*bis* dell'articolo 12-*sexies* del decreto legge n. 306 del 1992, stabilendo che «le disposizioni in materia di *amministrazione e destinazione* dei beni sequestrati e confiscati nonché quelle in materia di *tutela dei terzi e di esecuzione del sequestro* previste dal codice di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, si applicano ai casi di sequestro e confisca previsti dai commi 1 e 2-*ter* del presente articolo, nonché agli altri casi di sequestro e confisca di beni adottati nei procedimenti relativi ai delitti di cui all'articolo 51, comma 3-*bis*, del codice di procedura penale». Vale a dire che, con intervento normativo immediatamente successivo alla delega in esame, si è stabilito che ai sequestri penali funzionali alla confisca per sproporzione o allargata (art.12-*sexies* citato), così come ai sequestri a scopo di confisca assunti nell'ambito di procedimenti penali per delitti gravi (quelli menzionati

³³ M. BONTEMPELLI e R. PAESE, [La tutela dei creditori di fronte al sequestro e alla confisca](#), in *Dir. pen. cont.*, 2/2019, p. 124.

³⁴ Principalmente per i reati previsti dagli articoli 416-*bis*, 629, 630, 644, 644-*bis*, 648, 648-*bis*, 648-*ter* c.p., artt. 73 e 74 T.U. stupefacenti; per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-*bis* c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo; in materia di contrabbando. Vale inoltre la pena di ricordare che la confisca *ex* art. 12-*sexies* fu introdotta proprio all'indomani delle stragi di mafia e che spesso la misura di prevenzione fa perdere all'azienda il c.d. "avviamento mafioso" (l'espressione si deve a A. CAIRO, *L'amministrazione giudiziaria dei beni in sequestro, in Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il "pacchetto sicurezza"*, a cura di F. CASSANO, Roma, 2009, 440)

³⁵ Comma aggiunto dall'art. 24 della L. 13 febbraio 2001, n. 45.

³⁶ Questo comma nel tempo ha subito ulteriori modificazioni dall'art. 2 della L. 15 luglio 2009, n. 94, già sostituito dall'art. 5 del D.L. 4 febbraio 2010, n. 4, convertito dalla L. 31 marzo 2010, n. 50, dall'art. 1, comma 190, della L. 24 dicembre 2012, n. 228, ulteriormente sostituito dall'art. 31 della L. 17 ottobre 2017, n. 161 e abrogato dall'art. 7 del D.Lgs. 1 marzo 2018, n. 21.

dall'art.51 comma 3-*bis* c.p.p.) si applicano le disposizioni del decreto legislativo n.159/2011, non solo relativamente alla amministrazione e gestione dei beni, ma anche con riguardo alla loro destinazione finale e soprattutto, per quanto qui interessa, alla tutela dei terzi.

Anche la collocazione extracodicistica, oltre a non favorire una puntuale applicazione delle norme, era sintomatica di un intervento disorganico e quindi il legislatore è intervenuto, all'interno di una più vasta riorganizzazione della materia penale. Con il d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 63 del 22 marzo 2018, è stata data attuazione di una delle deleghe contenute nella legge 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. "legge Orlando"), e in particolare di quella – prevista dall'art. 1, co. 85, lettera q) – relativa all'introduzione del principio della "riserva di codice" nella materia penale³⁷. Nello specifico il legislatore delegato ha dato maggiore sistematicità alle basi normative della c.d. confisca "allargata", che ora trova disciplina all'interno di una norma di parte generale del codice penale. L'art. 12-*sexies* d.l. 8 giugno 1992, n. 306, infatti, è stato abrogato quasi del tutto³⁸, e la disciplina dell'istituto è stata suddivisa in diverse norme³⁹ ma il referente normativo principale è ora l'art. 240-*bis* c.p.⁴⁰, inserito nella parte generale del codice tra le norme dedicate alle misure di sicurezza patrimoniali. Nella norma codicistica sono confluite le disposizioni di cui ai commi 1 e 2-*ter* dell'art. 12-*sexies*, che individuano casi, presupposti e modalità per l'applicazione dell'istituto. Nelle disposizioni di attuazione del c.p.p., art. 104-*bis* "Amministrazione dei beni sottoposti a sequestro preventivo e a sequestro e confisca in casi particolari. Tutela dei terzi nel giudizio", è ora rinvenibile la disciplina degli aspetti più propriamente esecutivi dell'istituto, in particolare nei nuovi commi da 1-*quater* a 1-*sexies*. Il d.lgs. 14 del 2019, con l'art. 373, interviene nuovamente sull'art. 104-*bis*, come si vedrà ben oltre gli aspetti propriamente esecutivi.

Questa opera di coordinamento non ha però riguardato i sequestri e le confische diversi da quelli per i reati di cui all'art. 51, c. 3-*bis*, c.p.p. e quelli di cui all'art. 240-*bis* c.p. Il d.lgs. 14/2019, dunque, nella necessità di disciplinare sia i rapporti tra procedura concorsuale e sequestro, sia i diritti dei terzi: A) non ha disciplinato le interferenze col sequestro probatorio; B) ha dato una disciplina diretta per le interferenze col sequestro preventivo impeditivo e conservativo; C) per il sequestro inteso alla confisca e la tutela dei terzi ha trovato nel codice antimafia un modello da seguire, facendo rinvio al Libro I, titolo IV – dunque dall'art. 52 a 65 – del d.lgs. 159/2011.

Quanto a questo aspetto, gli artt. 63 e 64 del d.lgs. 159/2011, inseriti nel Capo III "Rapporti con le procedure concorsuali", mostrano di favorire il sequestro: «la disciplina introdotta dal codice antimafia agli artt. 63-64 conferma l'impostazione più rigorista, nel

³⁷ Il decreto reca infatti "Disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale a norma dell'art. 1, co. 85, lettera q), della legge 23 giugno 2017, n. 103" ed è in vigore dal 6 aprile 2018.

³⁸ Restano in vigore i soli commi 4-*ter* e 4-*quater*.

³⁹ Contenute nel codice penale, nel T.U. degli stupefacenti, nel T.U. in materia doganale, nel codice di procedura penale e nelle sue disposizioni di attuazione.

⁴⁰ Il legislatore delegato fa rinvio all'art. 240-*bis* c.p.: col nuovo art. 85-*bis*. del D.P.R. 309/1990 e col comma 5-*bis* nell'art. 301 del D.P.R. 43/1973.

senso di una tendenziale prevalenza della procedura di prevenzione su quella civilistica del fallimento, ma non in senso assoluto, bensì limitato in sostanza al profilo della sottrazione del patrimonio in sequestro alla massa attiva fallimentare, residuando [...] la competenza del giudice delegato al fallimento in ordine alla verifica del passivo».⁴¹ 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, sono tutelati alle condizioni di cui all'art. 52 del codice antimafia.

4. Le resistenze della giurisprudenza all'applicazione analogica del Codice Antimafia (d.lgs. 6.9.2011, n. 159).

Siccome anche prima del d.lgs. 149/2019 l'ordinamento forniva strumenti per regolare le interferenze e garantire i diritti dei terzi, sebbene limitatamente alla confisca per sproporzione e per i delitti di cui all'articolo 51, comma 3-*bis*, del c.p.p., l'intervento del legislatore è anche frutto della resistenza giurisprudenziale a riconoscere una generale applicazione al c.d. codice antimafia, sebbene più volte sollecitata, mediante il rinvio a tale atto normativo, a dare soluzioni a problemi simili a quelli affrontati dal legislatore del 2011. Solo nelle ipotesi di confisca emesse in sede penale nell'ambito dei procedimenti relativi ai delitti di cui all'art. 51, comma 3-*bis*, cod. proc. pen., la giurisprudenza riconosceva l'applicabilità delle norme dettate dagli artt. 52 ss. del D.Lgs. n. 159 del 2011, a tutela dei diritti vantati dai terzi creditori in buona fede sui beni sottoposti a confisca di prevenzione⁴², nonché per le confische disposte in sede penale *ex art. 12-sexies* del d.l. 8 giugno 1992⁴³.

Un primo orientamento, preso atto del limitato rinvio operato dall'art. 12-*sexies* della L. 356/1992 al codice antimafia⁴⁴, segnatamente alle «disposizioni in materia di amministrazione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati», escludeva la possibilità di un'applicazione analogica sia per la diversità della materia sia perché non riteneva sussistente alcuna lacuna da colmare. In particolare, veniva escluso che, alle misure diverse da quelle di prevenzione, si applicasse l'art. 45 del codice antimafia⁴⁵. Ancora più decisamente la S.C., pronunciandosi in via generale sull'applicabilità del codice antimafia rispetto alle misure cautelari reali, nel confermare l'indirizzo negativo,

⁴¹ Così G. MINUTOLI, *Codice antimafia: il rapporto tra misure di prevenzione, fallimento e tutela dei terzi*, in *Il Fallimento*, 2011, XI, p. 1273.

⁴² Cass., Sez. I, n. 12362 del 15/02/2016 – dep. 23/03/2016, Edil Merici S.r.l., Rv. 26604501, in *Il Foro Italiano*, 2016, XI, p. 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?*

⁴³ Cass., Sez. I, n. 15533 del 27/10/2017 – dep. 06/04/2018, Italfondario S.p.a., Rv. 27262601.

⁴⁴ Art. 1, c. 190, L. 24 dicembre 2012 n. 228, Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Legge di stabilità 2013).

⁴⁵ Cass., Sez. V, n. 8935 del 20/01/2016 – dep. 03/03/2016, Ag. Naz. Per L'amm.ne Dest.ne Dei Beni Sequestrati e altri, Rv. 26607701, per un mutuo ipotecario concesso da istituto bancario per l'acquisto di un immobile ed oggetto di acollo da parte del successivo acquirente resosi inadempiente, bene confiscato per il reato di cui all'art. 416-*bis* c.p.

ricostruisce il rapporto tra la pretesa avanzata dallo Stato e quella del terzo titolare di un diritto di garanzia, distinguendo a seconda delle fasi⁴⁶. La Corte deve decidere se il terzo, titolare di pegno o ipoteca sul bene oggetto di sequestro penale, possa chiedere la revoca del sequestro in via anticipata e cioè quando è ancora pendente il processo penale, al fine di avere la possibilità di iniziare o proseguire nell'azione esecutiva eventualmente intrapresa nei confronti del debitore senza dover attendere, quindi, l'esito del processo penale con conseguente tutela in via posticipata allorquando, riconosciuta la colpevolezza dell'imputato, il sequestro si trasforma in confisca. Mentre il terzo che vanta un diritto di proprietà, avvalendosi dei poteri a lui riconosciuti dall'art. 321 c.p.p., può chiedere la revoca del sequestro già prima della definizione della regudicanda⁴⁷, il titolare di un credito assistito da un diritto reale di garanzia, in ragione della diversità della sua posizione giuridica rispetto alla pretesa statuale⁴⁸, deve attendere la definizione del processo, «perché solo in tale momento il conflitto fra creditore e Stato da potenziale diventa attuale e concreto e, quindi, idoneo ad essere risolto»⁴⁹, trovando soddisfazione all'esito della procedura di liquidazione. L'applicabilità, in via analogica, del codice antimafia è negata sia perché, trattandosi di legge speciale, non è analogicamente estensibile⁵⁰, sia in quanto il legislatore, con la L. 24 dicembre 2012 n. 228 intese apportare limitate modifiche all'art. 12-*sexies*, pur consapevole, come risulta dalla discussione della legge, degli altri problemi sul tavolo.

La Corte di Cassazione ha però espresso anche un orientamento difforme, ritenendo che la «linea evolutiva dell'ordinamento»⁵¹ sia indirizzata ad assimilare la confisca penale a quella di prevenzione. Si segnala, per la decisa ed articolata adesione all'orientamento assimilatorio, Sez. 1, n. 26527 del 20/05/2014 – dep. 19/06/2014, Italfondiaro S.p.a, Rv. 25933101⁵² che fa leva, tra l'altro, sulle sintonie tra la confisca di prevenzione e quella dell'art. 12-*sexies*. La Corte, nel ripercorrere la genesi della confisca penale allargata, osserva come essa, almeno prima delle numerose interpolazioni, si

⁴⁶ Sez. II, n. 10471 del 12/02/2014 – dep. 05/03/2014, Italfondiaro S.p.a, Rv. 25934801, in *Rivista Penale*, 2015, I, p. 54, con commento di S. BELTRANI, *La sentenza n. 10471 del 2014: sequestro preventivo dei beni gravati da pegno e ipoteca; applicabilità delle norme antimafia ai sequestri penali*.

⁴⁷ Osserva la Corte: «Il terzo che assume di essere proprietario del bene sequestrato, fa valere un diritto (quello di proprietà) che, in quanto caratterizzato dall'assolutezza, si pone in una situazione di giuridica incompatibilità con quello vantato dallo Stato che, attraverso il sequestro finalizzato alla confisca, tende a conseguire lo stesso risultato e cioè di divenire proprietario [...] dello stesso bene rivendicato dal terzo. È chiaro, quindi, che la suddetta situazione può essere risolta immediatamente senza attendere l'esito del processo penale perché due diritti assoluti (proprietà) sullo stesso bene sono giuridicamente inconcepibili: quel determinato bene o è del terzo o è dell'indagato/imputato: *tertium non datur*» (Sez. II, n. 10471 del 12/02/2014 – dep. 05/03/2014, cit.).

⁴⁸ «In questa ipotesi, infatti, il conflitto non è fra due soggetti (terzo-Stato) che reclamano lo stesso diritto (di proprietà) sullo stesso bene, ma fra un terzo che vanta un diritto di credito e lo Stato che vanta un diritto di proprietà seppure all'esito di un processo penale che si concluda con la condanna dell'imputato. Si tratta di una situazione profondamente diversa sotto il profilo giuridico» (*ibidem*).

⁴⁹ Sez. II, n. 10471 del 12/02/2014 – dep. 05/03/2014, cit.

⁵⁰ Fa proprio questo argomento Sez. IV, n. 36092 del 06/07/2017 – dep. 21/07/2017, Florio, Rv. 27080501

⁵¹ Così, in motivazione, Sez. I, n. 9758 del 13/12/2016 – dep. 28/02/2017, Sebastiani, Rv. 26927801.

⁵² In *Giurisprudenza Italiana*, 2014, VIII-IX, p. 2034, con commento di R. RAZZANTE, *Sull'applicabilità della misura della confisca antimafia a quella penale*.

distacchi decisamente dalla confisca classica dell'art. 240 c.p., alterando e dilatando il nesso di pertinenzialità tra il reato e le cose dallo stesso direttamente prodotte o allo stesso direttamente ricollegabili, individuando taluni reati quali indici rivelatori di una particolare pericolosità soggettiva. Tale aspetto è comune alla confisca di prevenzione e le due misure si differenziano, inoltre, esclusivamente circa la diversa base cognitiva alla cui stregua si articola il giudizio sulla persona⁵³, «ma tale differenza – al di là dei profili che riguardano le modalità di formulazione del giudizio negativo sulla persona di riferimento – riguarda esclusivamente la percezione e ricostruzione di uno dei presupposti applicativi, non il modo di atteggiarsi e le finalità della misura del sequestro e della confisca che restano pienamente coincidenti»⁵⁴.

Anche questo contrasto ha alle spalle la mutazione della confisca perché più essa si distacca dal modello classico, più si avvicina alla prevenzione, traendo a sé le conseguenze in materia di tutela dei terzi proprie di quell'ambito ordinamentale. L'intervento del legislatore, come si vedrà, introducendo, sebbene mediante rinvio, anche nelle ipotesi di interferenza con la procedura liquidatoria, un subprocedimento *ad hoc* per le ragioni creditorie, porta a compimento il processo di assimilazione ma riconosce, implicitamente, anche le ragioni del primo orientamento, dunque la diversità tra la posizione del terzo proprietario e di quello titolare di un mero diritto di credito, garantito o meno che sia.

5. Il sequestro impeditivo (art. 321 c. 1, c.p.p.): intersezioni con la procedura e soluzioni giurisprudenziali.

Nella materia concorsuale questa forma di sequestro, nell'ipotesi in cui la distrazione dei beni sia già stata consumata, può svolgere la funzione di vincolare – in vista della liquidazione – il patrimonio del fallito alla garanzia spettante alla intera massa dei creditori⁵⁵. La misura, in tal caso, è servente agli interessi dei creditori tutti. Una delle

⁵³ «Nel primo caso (misura di prevenzione patrimoniale) si tratta della ricostruzione di un profilo di pericolosità soggettiva orientato sulla contiguità mafiosa (o su altre ipotesi tipiche) che può prescindere dalla verifica di colpevolezza per un reato (ma sovente la include), nel secondo caso (confisca penale allargata) si tratta di della ricostruzione in positivo della colpevolezza per uno dei reati elevati dal legislatore a possibili indicatori di una accumulazione illecita (e oggi si è giunti ad una elencazione di circa trenta fattispecie di riferimento, a conferma della estrema duttilità dello strumento, ormai teso a contrastare forme di delinquenza ulteriori rispetto alla tradizionale area della criminalità organizzata di stampo mafioso)» (così, in motivazione, Sez. I, n. 26527 del 20/05/2014 – dep. 19/06/2014, cit.).

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ In motivazione Sez. V, n. 44818 del 26/10/2001 – dep. 13/12/2001, Cennerazzo, Rv. 22081701; in termini Sez. V, n. 4034 del 02/10/1996 – dep. 31/10/1996, S.G.R. S.p.a in proc. Greco ed altri, Rv. 20627201. Si veda pure Sez. V, n. 2022 del 19/11/1992 – dep. 27/01/1993, P.M. in proc. De Stefano, Rv. 19318601, che ammette il sequestro di immobili di una società, già oggetto di bancarotta per distrazione ai danni dei creditori di altra società, fallita, anche in previsione di ulteriori fatti distrattivi. Più in generale tale forma di sequestro è applicabile anche alle ipotesi criminose già perfezionate, purché vi siano conseguenze ulteriori, al fatto illecito, connotate da antigiridicità e possano essere rimosse con l'accertamento irrevocabile del reato (SS.UU., n. 12878 del 29/01/2003 – dep. 20/03/2003, P.M. in proc. Innocenti, Rv. 22372101 e la giurisprudenza

funzioni di tale tipo di sequestro è proprio quella di evitare «che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o protrarre le conseguenze di esso» e nell'ipotesi di bancarotta fraudolenta le conseguenze del reato vanno oltre il semplice atto dispositivo per involgere la più ampia funzione di astringere il patrimonio alla garanzia spettante all'intera massa dei creditori proprio dopo la liquidazione, anche indipendentemente dalle specifiche vicende recuperatorie all'interno della procedura o dalla permanenza di un vincolo ipotecario a favore di singoli creditori⁵⁶. Il sequestro c.d. impeditivo potrebbe però subire uno snaturamento. La persona offesa ha perso la proprietà di un bene perché ceduto all'imprenditore – ad esempio una collezione di opere d'arte, *datio in solutum* ad estinzione di un mutuo con interessi usurari – ed il p.m., che dalle intercettazioni sa che l'indagato sta vendendo gli oggetti a più ricettatori, ne chiede il sequestro preventivo impeditivo. In questo modo, di certo, evita che il reato sia portato ad ulteriori conseguenze (il mutuatario non vede aggravarsi il suo danno) e che ne siano commessi altri (le plurime ricettazioni). L'indagato è sottoposto a procedura concorsuale e la collezione delle opere d'arte, pur ottenuta mediante un delitto, rientra nella massa attiva⁵⁷. Seppur le due situazioni sembrano sovrapponibili, il sequestro disposto *ex art. 321, c. 1, c.p.p.* non può alterare la *par condicio creditorum* e l'effetto indiretto in favore di uno dei creditori è solo apparante e tale deve restare.

La misura cautelare reale può intervenire prima o dopo l'apertura della liquidazione giudiziale e questa differenza è fatta propria anche dall'art. 318 del codice dell'insolvenza, che regola i rapporti tra tale forma di sequestro e le procedure liquidatorie.

Partendo dall'ipotesi in cui il sequestro sia anteriore alla procedura, il vincolo in tanto resta sul bene in quanto deve essere sottratto alla disponibilità materiale dell'indagato ma, venuta meno l'esigenza, ad esempio mercé lo spossessamento, la misura cautelare va revocata. Lo dice il comma terzo dell'articolo 321⁵⁸; lo conferma, sempre con riferimento al sequestro impeditivo, il comma quarto dell'art. 323⁵⁹. La giurisprudenza, dal canto suo, è attenta a mantenere la misura nel suo ambito d'applicazione propriamente penale, quando osserva che «se, infatti, di regola il sequestro preventivo, in quanto destinato a soddisfare una funzione di prevenzione speciale rilevante *erga omnes*, ha risalto poziore e prevalente rispetto alla procedura fallimentare — come avviene nelle ipotesi in cui il vincolo sia destinato ad introdurre una inibitoria *in rem* circa la stessa utilizzazione del bene, in quanto intrinsecamente

successiva).

⁵⁶ Si veda Sez. V, Ord. n. 8468 del 24/01/2005 – dep. 04/03/2005, Langé ed altri, Rv. 23117601.

⁵⁷ Anche i beni provenienti da delitto formano l'attivo, come riconosciuto dalla giurisprudenza; Sez. V, n. 11711 del 08/10/1997 – dep. 16/12/1997, Romano, Rv. 20927001, con orientamento conforme sul quale, da ultimo, Sez. V, n. 8373 del 27/09/2013 – dep. 21/02/2014, Mancinelli, Rv. 25904101.

⁵⁸ «[I]l sequestro è immediatamente revocato a richiesta del pubblico ministero o dell'interessato quando risultano mancanti, anche per fatti sopravvenuti, le condizioni di applicabilità previste dal comma 1».

⁵⁹ che, nel disciplinare la perdita di efficacia del sequestro preventivo, stabilisce: «la restituzione non è ordinata se il giudice dispone, a richiesta del pubblico ministero o della parte civile, che sulle cose appartenenti all'imputato o al responsabile civile sia mantenuto il sequestro a garanzia dei crediti indicati nell'articolo 316».

illecita o suscettibile di aggravare la illiceità commessa o "sospettata" (ad es. un'a industria inquinante, un macchinario privo dei requisiti di sicurezza, ecc.) — una simile caratteristica viene meno ove il carattere "preventivo" finisca per coincidere con il fine di impedire la dispersione delle garanzie patrimoniali cui è preordinato il sequestro di cui agli artt. 316 e segg. cod. proc. pen. Misura, quest'ultima, che, essendo naturalmente anticipatoria rispetto ad una azione esecutiva individuale nei confronti dell'obbligato da delitto, ricade, in ipotesi di fallimento, nella generale inibitoria sancita dall'art. 51 della legge fallimentare, con conseguente inefficacia nei confronti della massa»⁶⁰.

La seconda ipotesi è quella dell'apertura della liquidazione con successiva adozione della misura cautelare. Il sequestro preventivo impeditivo richiede che i beni siano nella «libera disponibilità» dell'indagato: l'imprenditore in liquidazione, con l'apertura della procedura, subisce gli effetti dell'art. 142 d.lgs. 14/2019. Egli, dunque, ha ancora la disponibilità dei beni? Se la risposta fosse negativa, una volta intervenuta la sentenza che dichiara aperta la liquidazione giudiziale, il sequestro *ex art.* 321 c. 1 c.p.p. non sarebbe permesso. In dottrina autorevoli Autori, prima delle soluzioni offerte dal codice antimafia, hanno sostenuto che lo spossessamento impedirebbe il vincolo reale delle misure di prevenzione⁶¹, il quale andrebbe revocato se antecedente alla dichiarazione di fallimento⁶². Gli effetti del c.d. spossessamento, però, non privano l'imprenditore della proprietà dei beni⁶³, tanto che essi possono restare nelle sue mani, ma gli vietano il potere di amministrarli e di disporne, intervenendo gli organi della curatela, ufficio di diritto pubblico⁶⁴. Nella procedura liquidatoria, inoltre, possono inserirsi vicende per effetto delle quali l'imprenditore può rientrare nella disponibilità dei beni.

Le due misure, pur potendo intervenire sugli stessi beni, hanno effetti e finalità diverse: il sequestro penale sottrae materialmente la *res* per tutelare interessi pubblicistici, con prevenzione speciale *erga omnes*, lo spossessamento impedisce, nell'interesse dei creditori, che il debitore possa sottrarre loro i beni — anche quelli a lui pervenuti *ex delicto* — pur potendo egli restarne detentore. La giurisprudenza è particolarmente avvertita di questa interazione tra sequestro e spossessamento cautelare: «il bene sequestrato potrà anche essere restituito all'ufficio fallimentare, ferma restando, ovviamente, la possibilità di nuova applicazione della misura di cautela reale nei casi in cui ritorni attuale la sussistenza dei presupposti»⁶⁵. La ragione di questa

⁶⁰ Così, in motivazione, Sez. II, n. 24160 del 16/05/2003 – dep. 03/06/2003, P.M. in proc. Sajeve, Rv. 22748001, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2004, XII, p. 1363.

⁶¹ A. GAITO, *Sui rapporti tra fallimento e sequestro antimafia in funzione di confisca*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 401.

⁶² E. NORELLI, *Misure patrimoniali antimafia, tutela esecutiva dei creditori e fallimento*, in AA.VV. *'Imprenditori anomali e fallimento'*, Padova 1997, p. 343.

⁶³ Sez. I, Sentenza n. 8616 del 16/07/1992, Rv. 478206 – 01, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 1992, XI, p. 1136.

⁶⁴ Basti ricordare che se, in pendenza dell'esecuzione collettiva, l'imprenditore compie atti di disposizione dei suoi beni ovvero di assunzione di obbligazioni, tali atti sono soltanto inopponibili al fallimento, inefficaci per i creditori che partecipano alla procedura ma validi nei confronti del contraente e dei terzi estranei alla procedura, e che, in ogni caso, a liquidazione concorsuale esaurita, spetta al fallito il sopravanzo.

⁶⁵ Così, in motivazione, SS.UU., n. 29951 del 24/05/2004 – dep. 09/07/2004, C. fall. in proc. Focarelli, Rv.

flessibilità sta proprio nel possibile intreccio di esigenze e di effetti per cui «il giudice – a fronte di una dichiarazione di fallimento del soggetto a cui il bene appartenga – ben può disporre l'applicazione, il mantenimento o la revoca del sequestro previsto dal 1 comma dell'art. 321 c.p.p., senza essere vincolato dagli effetti di cui all'art. 42 L.F.; lo stesso giudice, però, nel discrezionale giudizio sulla pericolosità della *res*, dovrà effettuare una valutazione di bilanciamento (e darne conto con adeguata motivazione) del motivo della cautela e delle ragioni attinenti alla tutela dei legittimi interessi dei creditori, anche attraverso la considerazione dello svolgimento in concreto della procedura concorsuale»⁶⁶.

5.1 L'art. 318 del d.lgs. 14/2019.

L'art. 318 del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, si occupa del sequestro impeditivo e delle interazioni con la procedura di liquidazione, riconoscendo un deciso favore alla procedura liquidatoria in quanto: la sentenza che con cui è dichiarata aperta la procedura di liquidazione impedisce il sequestro preventivo impeditivo sui beni esistenti alla data di apertura della liquidazione giudiziale (c. 1:)⁶⁷; se dopo l'esecuzione della misura cautelare è aperta la liquidazione, il curatore può chiederne la revoca, con restituzione dei beni all'organo della procedura (c. 2); se il curatore ha ottenuto, ai sensi del comma precedente, la restituzione delle cose, una volta revocata o chiusa la liquidazione, comunicherà al P.M. «l'elenco delle cose non liquidate e già sottoposte a sequestro» (c. 3); i beni che non rientrano nella liquidazione – art. 146 – e le cose non suscettibili di liquidazione, per disposizione di legge o per decisione degli organi della procedura, non interessando la massa attiva, non interessando ai creditori, sono liberamente assoggettabili al sequestro impeditivo (c. 4).

La soluzione dei casi proposta dal codice dell'insolvenza è data con scansioni nette, nel chiaro intento di far procedere spedita la procedura liquidatoria, in armonia con tutte le disposizioni del d.lgs. 14/2019. Sembra, però, mancare una specifica previsione per l'ipotesi in cui il sequestro preventivo venga disposto per impedire la commissione di altri reati, nella forma della agevolazione. Si pensi all'imprenditore la cui azienda sia stata foraggiata dalla criminalità organizzata e, per fornire mezzi al capo

22816501, in *Archivio della Nuova Procedura Penale*, 2004, V, p. 511, in *Cassazione Penale*, 2004, X, p. 3087, in *Diritto e Giustizia*, 2004, XXXIV, p. 80, con nota di G. FUMU, *Gli effetti del fallimento sul sequestro penale*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 2004, XL, p. 7355, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2005, XI, p. 1265, con nota di M.F. IACOVIELLO, *Fallimento e sequestri penali*, in *Giustizia Penale*, 2005, II, p. 65, in *Giurisprudenza Italiana*, 2005, VII, p. 1507, con nota di F. MASSARI, *Note minime in materiali sequestro probatorio sui beni del fallito*.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ «sempre che la loro fabbricazione, uso, porto, detenzione e alienazione non costituisca reato e salvo che la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione e l'alienazione possano essere consentiti mediante autorizzazione amministrativa»; si tratta delle cose illecite *ex se*, che non possono essere in alcun modo restituite, pur nel caso in cui ne sia possibile una diversa utilizzazione (v. SS.UU., n. 1 del 22/01/1983 – dep. 26/04/1983, Costa, Rv. 15868201, in *La Giustizia Penale*, 1983, VII, p. 389).

latitante, esegua pagamenti dopo l'apertura della dichiarazione d'insolvenza. Il comma primo dell'art. 318 vieterebbe il sequestro impeditivo, ma il pubblico ministero ha esigenze proprie, deve «soddisfare una funzione di prevenzione speciale rilevante *erga omnes*»⁶⁸. Lo stesso, ipotizzando un altro esempio, quando l'imprenditore voglia corrompere il curatore. Anche la diversità degli effetti dello spossessamento induce ad alcune osservazioni: il potere di controllo e reazione del pubblico ministero è ben più penetrante di quello del curatore e dunque se, aperta la liquidazione, l'imprenditore utilizzi uno dei suoi beni per commettere altri reati, appare difficile che l'organo della procedura possa accorgersene. Il curatore, nell'ipotesi di cui al comma secondo – «il curatore può» – non sembra però obbligato a chiedere la revoca del sequestro. Il pubblico ministero, da parte sua, ad esempio per ragioni d'indagine, potrebbe suggerire che alcuni beni restino sottoposti al più stringente vincolo penale: alcuni dei container dell'azienda forse sono stati utilizzati per trasportare stupefacenti e si attendono gli esiti di accertamenti tecnici; alcuni impianti di smaltimento dei rifiuti hanno trattato sostanze nocive non meglio individuate ed il loro ritorno nella disponibilità della curatela potrebbe dare la stura ad altri reati⁶⁹; i preziosi quadri d'autore dell'imprenditore, vendibili con immediata soddisfazione dei creditori, sono in realtà frutto di ricettazione. Non può escludersi, specie per i conti correnti cointestati, che, pur dopo lo spossessamento, vi siano interferenze col sequestro preventivo richiesto ed ottenuto verso uno degli intestatari⁷⁰; del resto il mantenimento del vincolo reale può essere utile anche al curatore, specie laddove sia necessaria una laboriosa ricognizione dell'attività aziendale e delle consistenze. Le indagini, inoltre, possono essere più ampie di quelle palesi al momento della liquidazione, sicché anche legittimi atti del liquidatore possono interferire. La cautela penale ha, in queste ipotesi, indubbi vantaggi e forse alcune evenienze avranno ancora bisogno dei distinguo giurisprudenziali. Sembra, pertanto, ancora attuale la necessaria flessibilità praticata dalla giurisprudenza laddove ritiene che «la misura cautelare di cui all'art. 321 c.p.p. può essere disposta anche quando l'indagato o l'imputato abbia perso in tutto (per esempio attraverso un sequestro probatorio) o in parte (attraverso un pegno o una ordinanza amministrativa che imponga la sospensione dei lavori) la disponibilità della cosa. In tali casi il sequestro preventivo può essere disposto quando sussista il pericolo che l'interessato, riacquistando la piena disponibilità

⁶⁸ Richiamato in motivazione da Sez. II, n. 24160 del 16/05/2003 – dep. 03/06/2003, P.M. in proc. Sajeve, Rv. 22748001, cit.

⁶⁹ La finalità – lecita – perseguita dall'imprenditore ben può accompagnarsi ad altra illecita ed è pertanto ammissibile il sequestro dell'azienda se strumentale alla commissione di reati. «Può essere oggetto di un provvedimento di sequestro preventivo anche un'intera azienda, utilizzata per traffici illeciti che si affianchino alla normale attività, purché siano individuati precisi e concreti elementi indicativi di una prognosi di pericolosità derivante dal mantenimento della disponibilità della cosa», (Sez. VI, n. 36773 del 18/06/2003 – dep. 25/09/2003, Pepe, Rv. 22682001).

⁷⁰ «È legittimo il sequestro preventivo dell'intero compendio di deposito in conto corrente, cointestato anche a persone diverse dall'imputato ed estranee al reato, in quanto la libera disponibilità del bene, sia pure da parte di un terzo di buona fede, può determinare la protrazione del fatto criminoso nel tempo o l'aggravamento delle sue conseguenze, né, per converso, l'imposizione del vincolo sottrae all'interessato strumenti idonei al recupero di ciò di cui sia stato privato», SS.UU., n. 25933 del 29/05/2008 – dep. 26/06/2008, Malgioglio, Rv. 23970001.

della cosa, possa aggravare o protrarre le conseguenze del reato o commetterne altri: tale pericolo deve ritenersi sussistente quando il pubblico ministero non è in grado di conoscere e di controllare tempestivamente le vicende dei vincoli civili o amministrativi o processuali che limitano la disponibilità sulla cosa»⁷¹.

Anche la distribuzione del sopravanzo va considerata. Se il comma terzo dell'art. 318 contempla il caso del sequestro anteriore all'apertura della procedura di liquidazione – «il curatore comunica [...] l'elenco delle cose non liquidate e già sottoposte a sequestro» – nulla è detto quando, successivamente all'apertura della liquidazione, dovrebbe eseguirsi un sequestro, ora impedito dal comma primo dell'art. 318. I beni non liquidati, semmai per decisione degli organi della procedura, tornerebbero all'indagato. Nulla ovviamente esclude che, in questo momento, il pubblico ministero chieda la misura cautelare reale – o meglio, data l'urgenza, la disponga egli stesso ai sensi dell'art. 321, c. 3-*bis* c.p.p., salva la verifica del giudice – ma ciò può fare solo ove il curatore lo avvisi, seppur in assenza di un preciso obbligo in tal senso.

6. Il sequestro conservativo (art. 321, c. 1, c.p.p.): intersezioni con la procedura e soluzioni giurisprudenziali.

Tale forma di sequestro, che può giovare alla parte civile per le obbligazioni nascenti dal reato o dello Stato, su richiesta del P.M., per il pagamento della pena pecuniaria, delle spese di procedimento e di ogni altra somma dovuta all'erario, vuole impedire la disponibilità non solo materiale, ma anche giuridica, della cosa sottoposta a sequestro, rendendone inefficace l'eventuale alienazione⁷². Esso presuppone che l'azione penale sia stata già esercitata – «in ogni stato e grado del *processo*» – ed è possibile pur prima del decreto che disponga il giudizio⁷³. Se l'imputato, per l'obbligazione nascente, in vario modo, dalla sua azione delittuosa non offre adeguate garanzie, il processo penale è provvisto di strumenti per farvi fronte. Questa misura cautelare, prima della definitività della sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, è suscettibile di revoca solo nel caso in cui venga offerta idonea cauzione e non anche per il venir meno dei presupposti che ne hanno legittimato l'adozione⁷⁴. Sia il singolo creditore – in quanto persona offesa del delitto di bancarotta⁷⁵ – che il curatore⁷⁶ possono costituirsi parte civile

⁷¹ Sez. III, n. 379 del 27/01/1998 – dep. 31/03/1998, Lusetti G., Rv. 21049901; sulla coesistenza del sequestro probatorio e preventivo Sez. III, n. 29916 del 13/07/2011 – dep. 26/07/2011, Milo, Rv. 25066701 e Sez. II, n. 5967 del 08/01/2014 – dep. 07/02/2014, Piccirillo, Rv. 25827101.

⁷² Sez. V, n. 886 del 16/02/1994 – dep. 17/03/1994, Mendella ed altri, Rv. 19728901.

⁷³ Sez. VI, n. 2425 del 01/07/1998 – dep. 09/09/1998, Argirò, Rv. 21171601.

⁷⁴ Sez. IV, n. 39171 del 15/05/2013, Rv. 256763; Sez. V, n. 40407 del 17/04/2012, Rv. 254631.

⁷⁵ V. Sez. V, n. 2513 del 18/12/2008 – dep. 21/01/2009, Di Sabatino e altri. Anche per altro titolo, ad esempio per le ragioni civili derivanti dall'omicidio colposo di un dipendente, cfr C., Sez. III, 27.1.2005, n. 10045, Gaudente, Rv., 231383 che ammette il sequestro conservativo in favore degli eredi.

⁷⁶ Quale rappresentante dei creditori danneggiati dal reato; cfr. Sez. V, n. 23647 del 11/04/2016 – dep. 07/06/2016, P.O. in proc. Mauri, Rv. 26704301.

e già la L.F –art. 240 – regolava il rapporto tra le due azioni sul quale ora provvede l’art. 347 D.Lvo 14/2019⁷⁷. La legittimazione del singolo creditore per il danno da reato ha natura sussidiaria⁷⁸ e deve cedere quando il curatore si sia costituito parte civile, tranne il caso in cui il primo faccia valere un danno di natura personale⁷⁹, nel qual caso le due azioni civili nel processo penale possono concorrere⁸⁰. Nulla è detto quando il curatore intenda far valere l’azione in sede civile ma è plausibile ritenere che il singolo creditore, costituitosi parte civile nel processo penale, debba esservi estromesso se, successivamente, il curatore abbia esercitato l’azione di responsabilità in sede civile contro l’imputato di bancarotta⁸¹.

Questa forma di cautela reale è stata sempre ritenuta incompatibile con una contestuale procedura fallimentare, per l’ovvia sovrapposizione che verrebbe altrimenti a crearsi tra le ragioni del singolo creditore – avvantaggiato dalla cautela penale – e quelle dei creditori concorsuali⁸².

6.1 L’art. 319 del d.lgs. 14/2019.

L’articolo 319 del d.lgs. 14/2019 riprende questi concetti stabilendo, al comma primo, che, pendente la procedura di liquidazione giudiziale, non può essere disposto sequestro il conservativo sulle cose di cui all’articolo 142 del d.lgs. 14/2019; al comma secondo prevede il caso in cui il sequestro sia anteriore alla procedura liquidatoria, nel qual caso si applica l’articolo 150 e il giudice, a richiesta del curatore, revoca il sequestro conservativo e dispone la restituzione delle cose in suo favore.

In entrambi i casi, a parte l’automatismo individuato dalla legge, rileva la natura del bene, se esso sia o meno ricompreso in quelli di cui all’art. 142. In particolare, nell’ipotesi di cui al secondo comma, la valutazione sarà fatta dal curatore, che potrà o meno avanzare una richiesta, non sembrando sussistere un obbligo in tal senso. Nel caso inverso, quello di cui al comma primo, la valutazione sulla natura della cosa

⁷⁷ Il curatore può costituirsi parte civile nel procedimento penale per i reati previsti dal d.lgs. 14/2019 anche contro l'imprenditore in liquidazione giudiziale; i creditori possono costituirsi parte civile nel procedimento penale per bancarotta fraudolenta quando manca la costituzione del curatore, quando non sia stato nominato il liquidatore giudiziale o quando intendono far valere un titolo di azione propria personale.

⁷⁸ Sez. V, n. 11782 del 03/06/1980 – dep. 10/11/1980, Brembilla, Rv. 14657801.

⁷⁹ Ad esempio, morale o si costituisca per altri reati in continuazione con la bancarotta.

⁸⁰ Sez. V, n. 42608 del 12/04/2005 – dep. 24/11/2005, De Asmundis, Rv. 23284601.

⁸¹ Lacuna giustificabile dal fatto che la L.F. era stata emanata molto tempo prima del c.p.p.; il legislatore del 2019 avrebbe potuto regolare l’ipotesi, di cui la giurisprudenza pur si è dovuta occupare (Sez. V, n. 19216 del 09/04/2014 – dep. 09/05/2014, Colacito, Rv. 25891501).

⁸² Le SS.UU. Focarelli, in motivazione: «la misura in oggetto, pertanto – in quanto strumentale e prodromica ad una esecuzione individuale nei confronti del debitore *ex delicto* – deve farsi rientrare, in caso di fallimento dell’obligato, nell’area di operatività del divieto di cui all’art. 51 L.F. [...] palesandosi una sostanziale identità funzionale con l’omologo sequestro civile [...] Le conseguenze sul piano processuale sono: da un lato, l’inefficacia del sequestro di cui all’art. 316 c.p.p. qualora sia disposto in pendenza di fallimento, anche se il reato è stato commesso prima dell’apertura della procedura concorsuale; dall’altro, la caducazione della misura qualora il fallimento intervenga successivamente. [...]».

competete al giudice della cautela: il p.m. o la parte civile ben potrà chiedere al giudice il sequestro, rimettendo la valutazione all'autorità giudiziaria. Si pensi alle somme derivanti dal riscatto della polizza assicurativa sulla vita stipulata dall'imputato, dove è necessario verificare se essa abbia natura previdenziale o di strumento finanziario. Qualora il giudice dovesse accogliere la richiesta di sequestro preventivo, il curatore dovrebbe agire ai sensi dell'art. 318 c.p.p., che permette il riesame a «chiunque vi abbia interesse»: la sua legittimazione, già riconosciuta in giurisprudenza⁸³, come si vedrà è ora prevista in generale dall'art. 320 contro qualsivoglia decreto di sequestro e discende dalla finalità dell'ufficio, quella di rimuovere un atto pregiudizievole ai fini della reintegrazione del patrimonio⁸⁴.

L'art. 262 c.p.p. prevede un'ipotesi specifica: venendo meno la ragione del sequestro probatorio – la cosa non è più necessaria per provare i fatti costitutivi del reato – le cose sono, di norma, restituite a chi ne abbia diritto, anche prima della sentenza. «La restituzione non è ordinata se il giudice dispone, a richiesta del pubblico ministero o della parte civile, che sulle cose appartenenti all'imputato o al responsabile civile sia mantenuto il sequestro a garanzia dei crediti indicati nell'articolo 316» (comma secondo dell'art. 262 c.p.p.). L'art. 319 nulla dice circa questo specifico caso, che sembra risolvibile distinguendo: se la procedura liquidatoria non è aperta, è possibile il meccanismo generale dell'art. 262 c.p.p., con la sua logica interna al processo penale. Qualora sia scattato il divieto di azioni esecutive individuali, al contrario, il divieto di cui all'art. 319 non consentirà, nemmeno nello specifico caso, l'apposizione del sequestro conservativo.

7. Il sequestro finalizzato alle confische (art. 321, c. 2, c.p.p.): ricognizione della *ratio* della singola confisca, effetti sui terzi e l'utilità dello spossessamento ai fini penali.

Il sequestro finalizzato alla confisca intende sottrarre dei beni all'imprenditore indagato in vista della loro definitiva acquisizione, al passaggio in giudicato della sentenza, all'erario; quei beni interessano pure i creditori per ovvie ragioni: se un problema di coordinamento si pone è perché anche quanto ricavato *ex delicto* compone la massa attiva⁸⁵, indi due interessi che, una volta aperta la procedura liquidatoria, verrebbero a sovrapporsi irrimediabilmente⁸⁶.

Sulla confisca obbligatoria la giurisprudenza non mostra incertezze circa i suoi rapporti con le procedure concorsuali: «il sequestro avente ad oggetto un bene confiscabile in via obbligatoria [...] deve ritenersi assolutamente insensibile alla procedura fallimentare»⁸⁷. Nel caso di confisca obbligatoria quale misura di sicurezza

⁸³ Cass., Sez. V, n. 5175 del 27/11/1996 – dep. 24/01/1997, P.G. in proc. Berton ed altro, Rv. 20682901.

⁸⁴ Cass., SS.UU. Focarelli, cit.

⁸⁵ V. la giurisprudenza già richiamata; un orientamento parzialmente difforme è fatto proprio da Sez. V, n. 4830 del 12/02/1980 – dep. 15/04/1980, Ario, Rv. 14497301, in *Il Foro Italiano*, 1981, II, p. 6.

⁸⁶ Si pensi pure al caso, trattato da Cass. pen. Sez. III, 07 marzo 2017, n. 37439, in *Il Fallimento*, 2018, II, p. 187, con nota di F. TETTO, *Sequestri penali, confische e fallimento*, del sequestro delle somme in giacenza sul conto corrente della procedura concorsuale e derivanti dall'attività di gestione degli organi fallimentari.

⁸⁷ Così, in motivazione, Cass., SS.UU., n. 29951 del 24/05/2004 – dep. 09/07/2004, C. fall. in proc. Focarelli,

patrimoniale – principalmente l'art. 240 c. 2 c.p. – la valutazione è effettuata dal legislatore: solo il venir meno della base indiziaria consente la revoca del vincolo, essendo le esigenze cautelari adese allo stigma di pericolosità del bene; qualunque ragione liquidatoria deve cedere. Ragionare diversamente, proprio nella prospettiva liquidatoria, condurrebbe al paradosso se il ricavato della vendita di tali mezzi fosse sufficiente a soddisfare i creditori, lasciando all'imprenditore gli immobili di pregio di cui pur è proprietario. Le cose obiettivamente criminose, inoltre, vanno confiscate anche se sia possibile una loro diversa utilizzazione non contraria alla legge⁸⁸. La confisca delle cose che costituiscono il prezzo del reato è obbligatoria perché così si spoglia l'autore dell'immediato riscontro alla sua attività criminosa; è un fattore che incide esclusivamente sui motivi che hanno spinto l'interessato a commettere il reato.⁸⁹ Esso può essere rappresentato da denaro o altra utilità, è «il compenso dato o promesso per indurre, istigare o determinare un altro soggetto a commettere il reato»⁹⁰. Nel caso di liquidazione giudiziale, nei beni dell'imprenditore potranno trovarsi quelli ricevuti come contropartita di un diverso reato – ha accettato denaro da Tizio per permettere a Caio di smaltire nei suoi terreni rifiuti pericolosi – ed essi andranno confiscati obbligatoriamente. Per i reati tributari l'art. 12-bis, D.Lgs. 74/2000 prevede la confisca obbligatoria dei beni che ne costituiscono «il profitto o il prezzo, salvo che appartengano a persona estranea al reato». La stessa soluzione appare necessaria per le «cose, la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione e l'alienazione delle quali costituisce reato, anche se non è stata pronunciata condanna»⁹¹. La legislazione speciale, inoltre, è disseminata di ipotesi che sono riconducibili alla medesima *ratio legis*⁹². Si è già detto

Rv. 22816501, cit., che prosegue osservando: «La valutazione che viene richiesta al giudice della cautela reale sulla pericolosità della cosa non contiene margini di discrezionalità, in quanto la res è considerata pericolosa in base ad una presunzione assoluta: la legge vuole escludere che il bene sia rimesso in circolazione, sia pure attraverso l'espropriazione del reo, sicché non può consentirsi che il bene stesso, restituito all'ufficio fallimentare, possa essere venduto medio tempore e il ricavato distribuito ai creditori. Le finalità del fallimento non sono in grado di assorbire la funzione assolta dal sequestro: la vocazione strumentale rispetto al processo è attenuata e prevale l'esigenza preventiva di inibire l'utilizzazione di un bene intrinsecamente e oggettivamente "pericoloso" in vista della sua definitiva acquisizione da parte dello Stato. Le ragioni di tutela dei terzi creditori sono destinate ad essere pretermesse rispetto alla prevalente esigenza di tutela della collettività».

⁸⁸ Cass., SS.UU., n. 1 del 22/01/1983 – dep. 26/04/1983, Costa, Rv. 15868201, in *La Giustizia Penale*, 1983, VII, p. 389.

⁸⁹ A. ALESSANDRI, *Confisca nel diritto penale*, in *Digesto pen.*, III, 4a ed., Torino, 1989, 39.

⁹⁰ Cass., SS.UU., n. 9149 del 03/07/1996 – dep. 17/10/1996, Chabni Samir, Rv. 20570701, in *Archivio Nuova Procedura Penale*, 1996, VI, p. 892; in motivazione SS.UU., n. 38691 del 25/06/2009 – dep. 06/10/2009, Caruso, Rv. 24418901, in *Giurisprudenza Italiana*, 2010, VII, p. 1697, con nota di R. GOVERNA, *I limiti all'interpretazione europeisticamente orientata: la confisca di valore tra disciplina interna e normativa sovranazionale*, in *Diritto Penale e Processo*, 2010, IV, p. 433, nota di V. MAIELLO, *La confisca per equivalente non si applica al profitto del peculato*.

⁹¹ Per le cose da ultimo nominate deve ritenersi l'assoluta prevalenza della misura cautelare e l'assenza di tutela per i terzi. Del resto, l'art. 324 del codice di procedura penale dispone che «la revoca del provvedimento di sequestro può essere parziale e non può essere disposta nei casi indicati nell'articolo 240 comma 2 del codice penale».

⁹² Art. 6, l. 22 maggio 1975, n. 152 (Confisca di armi); art. 23, l. 18 aprile 1975, n. 110 (Confisca di armi clandestine); art. 87, D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (Confisca di sostanze stupefacenti).

come le ipotesi di confisca obbligatoria sono ormai molteplici e non sempre indirizzate alle finalità classiche.

C'è però da notare come la natura obbligatoria della confisca, seppure dedotta dal *nomen* assegnatole dal legislatore, non sempre corrisponda alla intrinseca pericolosità del bene per cui è discutibile se il principio della insensibilità assoluta alle procedure liquidatorie sia collegato alla configurazione legislativa della confisca o alla natura, intrinsecamente pericolosa o meno, del bene che ne forma oggetto⁹³. Da questo punto prende le mosse la sentenza Uniland che, in motivazione⁹⁴, in parte si discosta da SS.UU. Focarelli: a prescindere dal nome dato alla confisca dal legislatore, bisogna verificare, in concreto, ove essa sia misura di sicurezza e quando, invece, diventi sanzione penale. Il criterio della natura del bene è stato peraltro seguito in altre decisioni, ad esempio per un sequestro finalizzato alla confisca *ex art. 12-sexies* dove, riconosciuto che tale misura è posta per il legame della cosa col condannato, il sopravvenuto fallimento ha permesso al curatore di vendere il bene e distribuirne il ricavato, pur con un penetrante controllo del giudice sulle vicende fallimentari⁹⁵.

Per le cose sequestrabili in via facoltativa è sufficiente un nesso strumentale tra esse e la perpetrazione del reato, non essendo necessario che la cosa sia anche strutturalmente funzionale alla commissione del reato nel senso che debba essere specificatamente predisposta, fin dall'origine o per successiva modifica, per l'azione criminosa. Tale ulteriore connotazione, in quanto attinente al grado di pericolosità della cosa, sarà valutata dal giudice del merito nel momento in cui, pronunciata la condanna, dovrà decidere se esercitare o meno il potere discrezionale di disporre la misura di sicurezza⁹⁶. Il grado di pericolosità delle «cose che servono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prodotto o il profitto» richiede, pertanto, una valutazione da parte del giudice. Il prodotto ed il profitto, in diretta derivazione dall'illecito, sembrano avere, *ex se*, una caratteristica pericolosità, «nel senso che si reputa sempre pericoloso mantenere al colpevole il risultato empirico dell'esecuzione criminosa o il vantaggio economico direttamente conseguitone»⁹⁷, laddove i restanti beni

⁹³ Cass., SS.UU., n. 11170 del 25/09/2014 – dep. 17/03/2015, Uniland Spa e altro, cit., 3.1 del considerato in diritto, in *Giur. It.*, 2015, VIII-IX, 1995, con nota di D. BIANCHI, *Automatismi nel meccanismo sequestro-confisca ex D.Lgs. n.231 e ricadute problematiche sulla procedura fallimentare*; in *Proc. Pen. Gius.*, 2015, III, 41, con nota di T. ALESCI, *Il curatore fallimentare non è legittimato a proporre impugnazione contro il provvedimento di sequestro adottato sulla base dell'art. 19 del d.lgs. 231/2001*; in *Arch. Pen.*, 2015, III, con nota M. BONTEMPELLI, *Sequestro preventivo a carico della società fallita, tutela dei creditori di buona fede e prerogative del curatore*; in *Cass. Pen.*, 2016, VII-VIII, 2894, con nota di E. ROMANO, *Confisca e tutela dei terzi: tra buona fede e colpevole affidamento*; in *Fall.*, 2016, II, 179, con nota di F. CERQUA, *Le Sezioni Unite precisano i rapporti tra il sequestro preventivo a carico degli enti ed il fallimento*.

⁹⁴ Con la precisazione che la decisione fu resa in un caso di confisca ai sensi dell'art. 19 del d.lgs. 231/2001, la quale «assume più semplicemente la fisionomia di uno strumento volto a ristabilire l'equilibrio economico alterato dal reato-presupposto, i cui effetti – appunto economici – sono comunque andati a vantaggio dell'ente collettivo, che finirebbe, in caso contrario, per conseguire un profitto geneticamente illecito».

⁹⁵ Cass., Sez. III, n. 20443 del 02/02/2007 – dep. 25/05/2007, Sorrentino, Rv. 23684601, in *Cons. Impr. Comm.*, 2007, VI, 918, con nota di G. IZZO, *Contrabbando: rapporti tra sequestro a fini di confisca e fallimento*.

⁹⁶ Cass., Sez. VI, n. 3334 del 29/10/1996 – dep. 11/12/1996, Oliverio, Rv. 20688501.

⁹⁷ Così G. GRASSO, *art. 240*, in *Commentario Romano*, p. 619.

confiscabili possono, o meno, incentivare altri reati se lasciati nella disponibilità del loro autore⁹⁸. In tutti i casi la giurisprudenza richiede che «si possa formulare una prognosi sulla pericolosità sociale derivante dal mantenimento del possesso della cosa da parte dell'imputato»⁹⁹. Qui le interazioni con la procedura di liquidazione sono numerose e penetranti ed i creditori potrebbero perdere tutti i beni a loro garanzia. Se l'azienda tutta è mero strumento per la commissione di reati, il giudice, dato atto di tale rapporto, ritenendo che la sua liquidazione, seppur in vantaggio dei creditori concorsuali, ridondi comunque a beneficio del reo, potrebbe confiscarla: «in presenza di una procedura concorsuale, l'uso del potere discrezionale del giudice può avere un impatto forte sulla formazione della massa attiva perché può ad essa sottrarre un bene anche di rilevante valore. Non è un problema di *par condicio creditorum* (che non si pone mai in caso di confisca). È un problema di tutela delle aspettative legittime di tutti i creditori. A fronte di questa esigenza si pone l'esigenza penalistica di prevenzione speciale (smorzare la pericolosità del reo rompendo il suo legame con la cosa. I reati che accrescono la massa attiva sono solitamente reati criminologicamente connotati dal fine di lucro. Sottrarre il profitto al reo significa togliergli un potente motivo per delinquere)»¹⁰⁰.

L'intersezione con la procedura liquidatoria rileva, in punto di fatto, nel momento in cui si produce lo spossessamento e nella misura in cui il concreto svolgimento della procedura realizzi, seppur indirettamente, il fine divisato dallo strumento penale. Le SS.UU. Focarelli¹⁰¹, sul punto, hanno osservato come «la confisca facoltativa, infatti, postula il concreto accertamento, da parte del giudice, della necessità di evitare che il reo resti in possesso delle cose che sono servite a commettere il reato o che ne sono il prodotto o il profitto, e che quindi potrebbero mantenere viva l'idea del delitto commesso e stimolare la perpetrazione di nuovi reati, ed il medesimo effetto viene realizzato, per altra via, dallo spossessamento derivante dalla declaratoria fallimentare, che potrebbe essere quindi idonea a fare venir meno lo stesso motivo della cautela, assicurando inoltre la garanzia dei creditori sul patrimonio dell'imprenditore fallito. La realizzazione delle medesime esigenze cautelari, tuttavia, non può essere

⁹⁸ Qui si può solo accennare al percorso giurisprudenziale che ha allargato sempre di più il nesso di derivazione tra la *res* ed il profitto partendo dal «vantaggio economico ricavato in via immediata e diretta dal reato» (SS.UU. n. 1811 del 24/2/1993, Bissoli e n. 9149 del 17.10.1996, Chabni Samir), per ricomprendervi i surrogati (Cass., SS.UU., n. 10208 del 25/10/2007, Miragliotta, Rv. 238700) sino a dare considerazione alle «caratteristiche della fattispecie cui si riferisce» (SS.UU., n. 38343 del 24/04/2014 – dep. 18/09/2014, P.G., R.C., Espenhahn e altri, Rv. 26111701; la stessa idea traspare nella motivazione di Tribunale Riesame di Roma, n. 713/2019 R.G. Sequestri, 29.10.2019, inedita).

⁹⁹ Cass., Sez. IV, n. 9937 del 29/02/2000 – dep. 22/09/2000, Iliadis A, Rv. 21737601 e la giurisprudenza costante.

¹⁰⁰ Così M. IACOVIELLO, *Fallimento e sequestri penali*, nota a Cass. SS.UU., n. 29951 del 24/05/2004 – dep. 09/07/2004, C. fall. in proc. Focarelli, Rv. 22816501, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2005, XI, p. 1273.

¹⁰¹ Cass., SS.UU., n. 29951 del 24/05/2004 – dep. 09/07/2004, C. fall. in proc. Focarelli, Rv. 22816501 in *Archivio della Nuova Procedura Penale*, 2004, V, p. 511, in *Cassazione Penale*, 2004, X, p. 3087, in *Diritto e Giustizia*, 2004, XXXIV, p. 80, con nota di G. FUMU, *Gli effetti del fallimento sul sequestro penale*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 2004, XL, p. 7355, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2005, XI, p. 1265, con nota di M.F. IACOVIELLO, *Fallimento e sequestri penali*, in *Giustizia Penale*, 2005, II, p. 65, in *Giurisprudenza Italiana*, 2005, VII, p. 1507, con nota di F. MASSARI, *Note minime in materiali sequestro probatorio sui beni del fallito*.

automaticamente affermata e l'autorità giudiziaria dovrà accertare caso per caso le concrete conseguenze della eventuale restituzione, tenendo anche presenti le modalità di svolgimento della procedura concorsuale, le qualità dei creditori ammessi al passivo e l'ammontare di questo, al fine di considerare le possibilità che l'imputato, anche qualora abbia agito attraverso lo schermo societario, ritorni in possesso delle cose che costituiscono il prodotto o il profitto del reato. In tale prospettiva può pure profilarsi l'opportunità di consentire la restituzione con l'imposizione di prescrizioni, ai sensi dell'art. 85 disp. att. c.p.p. D'altra parte, è opportuno ricordare che la confisca prevista dall'art. 240 cod. pen. non travolge i diritti di garanzia dei terzi, allorquando la presunzione di pericolosità che giustifica la misura di sicurezza inerisca non alla cosa illecita in sé ma alla relazione che la lega al soggetto che ha commesso il reato». Seguendo questa valutazione concreta, in un caso di confisca obbligatoria *ex art. 12-sexies*, la Corte di Cassazione, premesso che tale misura è stabilita «non in funzione della intrinseca pericolosità delle cose da confiscare, ma soltanto del loro legame con chi abbia subito condanna per determinati delitti»¹⁰², ha ritenuto ammissibile che «qualora dette cose [...] siano state oggetto di sequestro preventivo in vista appunto della loro assoggettabilità a confisca obbligatoria e sia quindi sopravvenuto il fallimento dell'imputato, il curatore del fallimento possa chiedere ed ottenere l'autorizzazione alla loro vendita ed alla conseguente distribuzione del ricavato ai creditori concorsuali, dandosi luogo anche in tal modo alla realizzazione della finalità perseguita dal legislatore, costituita dallo spossessamento del condannato, con l'avvertenza, peraltro, che il giudice, in tal caso, è tenuto a esercitare un più rigido e penetrante controllo onde acquisire la ragionevole certezza che i beni che sarebbero stati da confiscare non ritornino surrettiziamente in altro modo, attraverso prestanomi o con altri fraudolenti accorgimenti, nella diretta o indiretta disponibilità del condannato medesimo»¹⁰³.

7.1 L'art. 317 del d.lgs. 14/2019.

Per le interferenze tra le procedure liquidatorie ed il sequestro finalizzato alla confisca il d.lgs. 14/2019, all'art. 317, contrariamente alle altre ipotesi, ha operato un rinvio al codice antimafia, segnatamente gli artt. 63 e 64 del d.lgs. 159/2011, inseriti nel Capo III "Rapporti con le procedure concorsuali", disposizioni che mostrano di favorire il sequestro e disciplinano separatamente le fattispecie a seconda che la misura cautelare reale intervenga prima o dopo il sequestro.

In premessa appare opportuna una precisazione. La lettera dell'art. 317, comma secondo, d.lgs. 14/2019, potrebbe ingenerare un fraintendimento, escludendo dall'ambito di applicazione la confisca obbligatoria: «per misure cautelari reali di cui al

¹⁰² Sez. III, n. 20443 del 02/02/2007 – dep. 25/05/2007, Sorrentino, Rv. 23684601, in *Consulente dell'impresa commerciale industriale*, 2007, VI, p. 918, con nota di G. IZZO, *Contrabbando: rapporti tra sequestro a fini di confisca e fallimento*.

¹⁰³ Sez. III, n. 20443 del 02/02/2007 – dep. 25/05/2007, Sorrentino, Rv. 23684601, cit.; in termini Sez. I, n. 20216 del 01/03/2013 – dep. 10/05/2013, Arconte e altro, Rv. 25625601.

comma 1 si intendono i sequestri delle cose di cui è *consentita* la confisca ai sensi dell'art. 321 comma 2 del codice di procedura penale». L'art. 373 del d.lgs. 14/2019, dal canto suo, ha modificato l'art. 104-*bis* delle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale, norma alla quale pur bisogna fare riferimento. Il nuovo comma 1-*bis*, stabilisce che «quando il sequestro è disposto ai sensi dell'articolo 321, comma 2, del codice ai fini della *tutela dei terzi e nei rapporti con la procedura di liquidazione* giudiziaria si applicano, altresì, le disposizioni di cui al titolo IV del Libro I del citato decreto legislativo». Il nuovo comma 1-*quater* prescrive che «ai casi di sequestro e confisca in casi particolari previsti dall'articolo 240-*bis* del codice penale o dalle altre disposizioni di legge che a questo articolo rinviano, nonché agli altri casi di sequestro e confisca di beni adottati nei procedimenti relativi ai delitti di cui all'articolo 51, comma 3-*bis*, del codice, si applicano le disposizioni del titolo IV del Libro I del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159». Dal raffronto tra le due norme emerge un dato certo: il d.lgs. 14/2019 va oltre l'ambito di interferenza tra procedure concorsuali e misure cautelari reali poiché l'intervento normativo disciplina anche i casi in cui le misure cautelari siano disposte al di fuori di una procedura concorsuale e vi sia la necessità di tutelare i terzi¹⁰⁴.

L'art. 63 del d.lgs. 159/2011, che disciplina l'ipotesi della dichiarazione di liquidazione giudiziale successiva al sequestro, si apre, al comma primo, con una disposizione di carattere generale, che però pur attiene alle interferenze tra processo penale e procedura liquidatoria. La misura cautelare reale può essere l'occasione per rilevare gli estremi per la procedura liquidatoria ed infatti, salva la domanda in proprio, eventualmente dell'amministratore della società sequestrata, dell'amministratore giudiziario quando cumuli anche la qualifica di amministratore della società, quella dei creditori, il pubblico ministero¹⁰⁵, anche su «segnalazione» dell'amministratore giudiziario¹⁰⁶, può avanzare la domanda al tribunale (art. 63, c. 1). L'effetto concreto della misura cautelare reale, togliendo agli amministratori della società qualsivoglia potere sul patrimonio¹⁰⁷, impedisce loro, di fatto, le soluzioni negoziali della crisi, salvi i casi di

¹⁰⁴ La lettura sistematica con la disposizione di attuazione è condivisa anche da M. USLENGHI e P. LIEDHOLM in S. SANZO – D. BURRONI (a cura di), *Il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, Bologna, Zanichelli, 2019, p. 392. G. VARRASO, *Il sequestro a fini di confisca: dalle scelte del codice del 1988 alla legge n. 161 del 2017*, in *D.P.C.*, on line, 12.1.2018, 3, parlando del comma secondo dell'art. 321 afferma: «quest'ultima norma conteneva e contiene nel comma 2 un *rinvio aperto* non solo all'art. 240 c.p. [...] ma anche a tutte le confische previste da norme speciali» (corsivo nel testo); ancora più esplicitamente si veda p. 21. Anche l'art. 321 c.p.p., del resto, usa il termine «consentita» e pur in tal caso l'opinione della dottrina è per l'indiscriminato riferimento all'obbligatoria ed alla facoltativa; v., per tutti, P. GUALTIERI, *sub* art. 321, in *Codice di Procedura Penale commentato*, a cura di A. GIARDA – G. SPANGHER, V edizione.

¹⁰⁵ Questo potere attribuito al P.M., raffrontato quello attribuitogli dall'art. 7 della L.F., dal momento che il procedimento di prevenzione non è un procedimento penale, è un indice della progressiva estensione della legittimazione del P.M., ora esplicitata dall'art. 38 del d.lgs. 14/2019. La giurisprudenza, anche prima del d.lgs. 14/2019, da ultimo riconosceva una più ampia legittimazione del P.M. nella richiesta; si veda Sez. I civ., Sentenza n. 10679 del 15/05/2014, Rv. 631382 – 01, *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2015, II, p. 190, con nota di G. P. MACAGNO, *La Suprema Corte apre nuovi orizzonti all'iniziativa del Pubblico ministero*; in termini Sez. VI civile, Ordinanza n. 23391 del 16/11/2016, Rv. 642679 – 01.

¹⁰⁶ Costui, avendo un mero potere di segnalazione ad altri, non è legittimato a chiedere la liquidazione, a meno che non sia pure il legale rappresentante dell'impresa e non mero amministratore di quote.

¹⁰⁷ «La circostanza infatti che al custode giudiziario sia riconosciuta una propria autonoma legittimazione

sequestro parziale o di investimento da parte di terzi. Essi non hanno più beni da destinare alla *cessio bonorum*, non potendo di certo utilizzare quelli sottrattigli con un provvedimento imperativo, circa il quale la giurisprudenza ha ritenuto che l'eventuale proposta di concordato liquidatorio sarebbe nulla per illiceità dell'oggetto¹⁰⁸.

Ai commi 4 e 5 dell'art. 63 la disciplina di più diretto interesse. I beni assoggettati a sequestro o confisca sono esclusi dalla massa attiva fallimentare; la verifica dei crediti e dei diritti inerenti ai rapporti relativi ai suddetti beni viene svolta dal giudice delegato che, in base al comma 1-ter dell'art. 104-bis disp. att. c.p.p., è quello che ha emesso il decreto di sequestro, un delegato nel caso di organo collegiale. Nella maggior parte dei casi si tratta del giudice per le indagini preliminari, atteso che tale competenza vale «nel corso di tutto il procedimento». La separazione si riflette anche sulle due procedure: quella liquidatoria e quella penale proseguono separatamente, e si duplica la fase di accertamento dei crediti.

Constatato che nell'attivo vi sono unicamente i beni i già sottoposti a sequestro, il tribunale dichiara chiusa la liquidazione (art. 63, c. 6). Questa ipotesi di chiusura della procedura, pur prevista in una legge speciale, è riconducibile alla regola generale della chiusura per mancanza di attivo – art. 118 L.F., c. 1, n. 4) ora 233, c. 1, lettera d) – e, sebbene già ammessa e vagliata dalla giurisprudenza¹⁰⁹, in dottrina permangono dubbi di coerenza con la *ratio* dell'istituto¹¹⁰, sembrando, in sostanza, una mera riaffermazione della prevalenza delle ragioni penali sulle altre. Nei casi di confisca per sproporzione, inoltre, anche per la limitata legittimazione processuale del curatore, spostata sull'amministratore dal comma 8 dell'art. 63 d.lgs. 129/2011, tale ipotesi di chiusura della procedura liquidatoria sembra destinata a numerose applicazioni¹¹¹.

Se la misura cautelare reale o la confisca vengono meno, il curatore procede all'apprensione dei beni (art. 63, c. 7), il giudice delegato effettua la verifica dei crediti e dei diritti in relazione ai beni per i quali è intervenuta la revoca del sequestro o della

processuale in rappresentanza del patrimonio sottoposto a sequestro del quale ha l'amministrazione non vuoi dire che gli organi sociali siano venuti meno o che gli stessi siano stati del tutto esautorati dalle proprie funzioni di gestione della società per gli *aspetti che non concernono il patrimonio della stessa*, non rinvenendosi alcuna norma che disponga in tal senso», così in motivazione Cass. Civ. Sez. VI – 1, Sentenza n. 23461 del 04/11/2014, Rv. 633221 – 01.

¹⁰⁸ *Obiter*, pp. 10 e 11, Cass. Civ., Sez. I, Sentenza n. 18864 del 15/09/2011, Rv. 619142 – 01, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2012, II, p. 119, con nota di B. PATERNÒ RADDUSA, *Concordato preventivo: il controllo giudiziale sulla fattibilità del piano*; a questa pronuncia si rifà, con ampia argomentazione, Tribunale di Marsala, 10.6.2014, in *www.dirittocivilecontemporaneo.com*, per una proposta di concordato preventivo relativamente ad una società confiscata ai sensi della normativa antimafia.

¹⁰⁹ Cass. Civ. Sez. I, sent. 12.1.2017, n. 608, cit. Ne discende, in via consequenziale, che non possa accogliersi l'idea per la quale l'ablazione totale – in prevenzione o in via cautelare penale – di tutta la massa attiva osti alla dichiarazione di insolvenza, altrimenti l'imprenditore, mancando la sentenza dichiarativa – sia essa condizione obiettiva di punibilità o elemento costitutivo del reato – non risponderebbe delle varie ipotesi di bancarotta.

¹¹⁰ Per osservazioni critiche, sotto vari aspetti, v. A. FICO, *Ratio, condizioni ed incongruenze della "nuova" ipotesi di chiusura del fallimento prevista dal codice antimafia*, in L. DE GENNARO – N. GRAZIANO (a cura di), *Sequestri penali, misure di prevenzione e procedure concorsuali*, cit., p. 75 e ss.

¹¹¹ In tali ipotesi, infatti, la confisca penale perde i caratteri suoi propri per avvicinarsi a quella di prevenzione, mancando un collegamento eziologico col reato.

confisca. Se la revoca interviene dopo la chiusura della procedura, si verifica uno dei casi di riapertura della liquidazione, se economicamente utile.

L'art. 64, attende all'ipotesi del sequestro successivo all'apertura della liquidazione giudiziale. Pacificamente ammissibile che sui beni dei quali l'imprenditore abbia subito lo spossessamento si innesti il sequestro, in tale evenienza il giudice delegato dispone la separazione dei beni sequestrati dalla massa attiva e la loro consegna all'amministratore giudiziario. La domanda di separazione può essere sollecitata pure dall'amministratore giudiziario nominato dal giudice penale *ex art. 104-bis disp. att. c.p.p.* Costui, infatti, è incaricato anche della custodia delle «aziende, società¹¹² ovvero beni» sottoposti alla misura, siccome l'ultimo periodo dell'art. 104 bis, comma 1, dispone che «la custodia dei beni suddetti può tuttavia essere affidata a soggetti diversi da quelli indicati al periodo precedente», così confermando che, salva diversa determinazione, l'amministratore è anche custode. Siccome la norma citata fa rinvio al codice antimafia, viene dunque in rilievo l'art. 21 del d.lgs. 159/2011, esecuzione del sequestro¹¹³, che, a sua volta fa rinvio all'art. 104 delle disp. att. c.p.p., esecuzione del sequestro preventivo, che contempla, appunto, l'immissione nel possesso. La situazione fattuale sui beni deve, dunque, essere risolta in favore dell'amministratore, per la già illustrata prevalenza della misura cautelare penale reale rispetto alla procedura liquidatoria. I giudizi endoliquidatori devono essere sospesi sino all'esito del procedimento penale se hanno ad oggetto beni sequestrati.

Se il sequestro o la confisca hanno per oggetto l'intera massa attiva ovvero, nel caso di società di persone, l'intero patrimonio personale dei soci illimitatamente responsabili, il tribunale dichiara la chiusura della liquidazione. Se il sequestro o la confisca intervengono dopo la chiusura della procedura concorsuale, essi si eseguono su quanto eventualmente residua dalla liquidazione, non potendosi mettere in discussione diritti ormai assodati e travolgere gli effetti giuridici degli atti già perfetti. Se il sequestro o la confisca sono revocati prima della chiusura della liquidazione, i beni sono nuovamente ricompresi nella massa attiva e l'amministratore giudiziario provvede alla consegna degli stessi al curatore. Se il sequestro o la confisca sono revocati dopo la chiusura della liquidazione, si provvede ai sensi dell'articolo 63, comma 7.

Per operare la separazione dei beni il giudice delegato emette un «decreto non reclamabile» (art. 64, c. 1, d.lgs. 159/2011). Trattasi di un provvedimento meramente ordinatorio, atto dovuto in base all'art. 104 disp. att., ed il reclamo offrirebbe garanzie minori rispetto alla verifica ulteriore di cui al comma secondo dell'art. 64. Nel caso di errori circa la individuazione dei beni separati per l'avvenuto sequestro¹¹⁴, il creditore

¹¹² Più correttamente l'azienda e le partecipazioni sociali sono suscettibili di sequestro.

¹¹³ «Il sequestro è eseguito con le modalità previste dall'articolo 104 del decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271. La polizia giudiziaria, eseguite le formalità ivi previste, procede all'apprensione materiale dei beni e all'immissione dell'amministratore giudiziario nel possesso degli stessi, anche se gravati da diritti reali o personali di godimento, con l'assistenza, ove ritenuto opportuno, dell'ufficiale giudiziario».

¹¹⁴ Qui può darsi conto di una differenza tra il sequestro penale e di prevenzione, almeno nei casi in cui il primo non sia per sproporzione. Mentre la misura di prevenzione disposta in base al d.lgs. 159/2011, in ragione dei suoi presupposti, tende alla onnicomprensività, restando escluse poche ipotesi – ad esempio beni in successioni, donazioni non animate da intenti fraudolenti, redditi da lavoro dimostrato, peculio

potrà quindi solo rivolgersi al giudice delegato affinché rettifichi o revochi la sua decisione. Finché il bene non sia stato consegnato all'amministratore giudiziario, dunque prima della immissione in possesso dell'art. 104 disp. att., questo meccanismo sembra sufficiente. Dopo tale momento sembra possibile applicare in via analogica il procedimento per la restituzione delle cose sequestrate (art. 263 c.p.p.), intervenendo il P.M. per la restituzione di un bene che non doveva sottostare alle ragioni dell'azione penale, oppure una decisione del giudice della cautela reale, previa interlocuzione col P.M. e con l'amministratore¹¹⁵. Nel caso di beni già messi in vendita nella procedura liquidatoria, non è facile dire se il sequestro potrà colpirli o meno. Da un punto di vista penalistico, siccome la misura cautelare colpisce il bene in ragione del suo rapporto col reo, nulla ne impedirebbe l'apprensione. I meccanismi della liquidazione, però, fanno sì che, una volta concluso il subprocedimento di vendita, il bene sia di proprietà di un terzo, che si troverebbe a patire un effetto non voluto e sicuramente imprevedibile¹¹⁶.

Il codice antimafia, dunque, separa i beni di provenienza illecita oggetto di sequestro o confisca, premettendo alla procedura liquidatoria di fare il suo corso, salva, come si vedrà, la facoltà di chi abbia diritti su tali beni di avere tutela all'interno del processo penale. Nell'ipotesi limite, la misura cautelare comporta la chiusura della procedura; la sopravvenienza di beni sgravati dal sequestro o dalla confisca permette di riaprire la procedura. La segregazione dei beni confiscati consente di superare le soluzioni offerte dalla giurisprudenza, dunque il differimento a procedura concorsuale terminata. La scelta del legislatore va guardata con favore anche con specifico riferimento alla liquidazione dell'attivo: la "migliore liquidazione" non può tenere conto solo del valore numerico, ma – e talvolta soprattutto – del tempo nel quale il creditore ottiene ragione.

8. La legittimazione del curatore ad impugnare le misure cautelari reali (art. 320, d.lgs. 14/2019).

Il curatore, stretto tra l'azione penale e le ragioni dei creditori, volendo impugnare i provvedimenti cautelari reali ha ricevuto risposte diversificate dalla

carcerario – indi sarà difficile riconoscere al giudice delegato della procedura spazi di manovra, nel caso della misura cautelare reale penale essa, nella generalità dei casi e nelle ipotesi intese alla confisca quale misura di sicurezza, colpirà beni determinati, previamente indicati nel titolo cautelare o, per la confisca, in sentenza.

¹¹⁵ Un orientamento di legittimità – Sez. II, n. 14146 del 14/03/2001, Chiazzese, Rv. 218641; Sez. I, n. 2684 del 12/06/1991, Pini, Rv. 187679 – per dare tutela al titolare del bene oggetto del sequestro preventivo e, quindi, di confisca, in quanto estraneo al procedimento penale, gli riconosceva, infatti, la possibilità nella fase della cognizione, di attivare il rimedio previsto dall'art. 263 c.p.p. con una richiesta di restituzione al giudice procedente, decisa con ordinanza *de plano*, avverso la quale l'interessato può proporre opposizione. La procedura, in via analogica, era individuata in quella di cui agli artt. 676, comma 1, e 667, comma 4, c.p.p., con una decisione assunta «senza formalità, con ordinanza comunicata al Pubblico Ministero e notificata all'interessato». Avverso la predetta ordinanza, non essendo esperibile l'appello *ex art. 322-bis* cod. proc. pen., era consentito solo proporre opposizione innanzi al medesimo giudice.

¹¹⁶ Lo stesso discorso vale qualora si individui l'effetto traslativo nell'aggiudicazione o nel pagamento del prezzo.

giurisprudenza e ciò non solo per i dibattiti dottrinali circa il suo rapporto col debitore ed il ceto creditorio, ma anche per le numerose ipotesi di confisca e le finalità, spesso divergenti, che le animano. La Corte di Cassazione, a sezioni unite, pur ritenendo in entrambi i casi il curatore terzo rispetto al reato, ha offerto due soluzioni contrapposte. Le SS.UU. Focarelli¹¹⁷, in un caso di sequestro probatorio poi convertito in preventivo per la confisca facoltativa, hanno ritenuto il curatore fallimentare legittimato a proporre sia l'istanza di riesame del provvedimento di sequestro preventivo che quella di revoca della misura, ai sensi dell'art. 322 c.p.p., nonché a proporre il ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 325 c.p.p., in quanto terzo estraneo al reato, intendendosi con tale espressione colui che in nessun modo partecipi alla commissione dello stesso o all'utilizzazione dei profitti che ne sono derivati¹¹⁸, mentre il concetto di "appartenenza" di cui all'art. 240 c.p. ha una portata più ampia del diritto di proprietà. Le SS.UU. Uniland¹¹⁹, in un'ipotesi di confisca obbligatoria disposta prima della dichiarazione di fallimento ai sensi dell'art. 19 del d.lgs. 231/2001, avevano affermato il seguente principio di diritto: «in tema di responsabilità da reato degli enti, il curatore fallimentare non è legittimato a proporre impugnazione avverso il provvedimento di sequestro preventivo funzionale alla confisca dei beni della società fallita»¹²⁰. Entrambe le sentenze, pur nella diversità degli esiti, muovevano da punti comuni: il curatore, avendo esclusivamente compiti gestionali e mirati al soddisfacimento dei creditori, non è titolare di diritti sui beni in sequestro, né è rappresentante dei soggetti titolari di diritti di credito, non essendo anche questi ultimi, prima assegnazione dei beni e della conclusione della procedura concorsuale, titolari di alcun diritto sugli stessi, e sono dunque privi di qualsiasi titolo restitutorio sui beni sequestrati.

La varietà dei casi concreti ha però richiesto soluzioni differenziate, anche in base ad una ricostruzione più articolata del rapporto del curatore – anzi dell'ufficio della curatela – con i beni del debitore nonché distinguendo i rapporti giuridici che possono sorgere nella procedura. In un caso di sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente, procedendosi per la violazione dell'art. 10-bis del d.lgs. 74/2000, il curatore è stato ritenuto legittimato quando «oggetto del sequestro sono proprio le somme in giacenza sul conto corrente della procedura concorsuale e derivanti dall'attività di

¹¹⁷ SS.UU., n. 29951 del 24/05/2004 – dep. 09/07/2004, C. fall. in proc. Focarelli, Rv. 22816501, cit.

¹¹⁸ È terzo, dunque, chi dal reato non abbia ricavato alcun vantaggio o utilità; Sez. II, n. 11173 del 14/10/1992 – dep. 18/11/1992, Tassinari, Rv. 19342201.

¹¹⁹ SS.UU., n. 11170 del 25/09/2014 – dep. 17/03/2015, Uniland Spa e altro, Rv. 26368501, cit.

¹²⁰ L'esito opposto a SS.UU. Focarelli riposa anche sulla particolarità della disciplina del d.lgs. 231/2001; SS.UU. Uniland, in motivazione: «dalle considerazioni svolte, ed in particolare dalla ricostruzione dell'istituto così come disciplinato dal più volte citato art. 19 d.lgs n. 231 del 2001, emerge con chiarezza, la mancanza di legittimazione ad agire del curatore fallimentare. Infatti si è messo in evidenza che il creditore che non abbia ancora ottenuto l'assegnazione del bene a conclusione della procedura concorsuale non può assolutamente essere considerato "terzo titolare di un diritto acquisito in buona fede" perché prima di tale momento il creditore vanta una semplice pretesa, ma non certo la titolarità di un diritto reale su un bene. Allo stesso modo il curatore fallimentare, che è certamente terzo rispetto al procedimento sequestro/confisca dei beni già appartenuti alla fallita società, non può agire in rappresentanza dei creditori, come, invece, parte della giurisprudenza ha frettolosamente stabilito (Sez. V, Infrastrutture e servizi del 2013, citata), per opporsi al sequestro ed alla confisca, come si è illustrato».

gestione degli organi fallimentari. Peraltro, non basta a superare tale peculiare condizione [...] ed a fondare il difetto di legittimazione del curatore sulla base della considerazione che l'attivo sia riconducibile comunque ai soggetti indagati del reato tributario, perché, anche se si superasse il criterio della prevenzione [...]»¹²¹ non può non osservarsi che nella specie non è nota la composizione della massa attiva fallimentare, e cioè l'origine della giacenza del conto corrente: le somme acquisite potrebbero, ad esempio, essere il risultato del fruttuoso esperimento di azioni revocatorie fallimentari il cui presupposto è proprio la dichiarazione di fallimento o di azioni di responsabilità esercitate nell'interesse dei creditori sociali, in cui quindi il curatore non ha agito in surroga del fallito, bensì in rappresentanza dell'intera massa dei creditori sociali, casi entrambi nei quali è certamente da escludere il diritto di proprietà della società fallita o dell'indagato»¹²². La Corte ha dunque fatto propria una linea casistica, come già visto per altri problemi affrontati sinora, affermando che: «il giudice deve apprezzare nel caso concreto il diritto e l'interesse del curatore fallimentare all'impugnativa delle misure cautelari reali, avuto riguardo alla specialità delle norme fallimentari, da un lato, e alle specialità delle norme penali dall'altro e formulando di volta in volta un giudizio di bilanciamento dei contrapposti interessi anche tenuto conto del principio della prevenzione»¹²³.

Deve essere menzionata anche un'altra pronuncia che, pur negando la legittimazione del curatore, apre, seppur in via dubitativa ed incidentalmente, nel caso in cui il sequestro abbia ad oggetto beni già parte della massa attiva, quindi nel caso in cui sia stato già dichiarato il fallimento, dal momento che il reo non avrebbe più la disponibilità dei suoi beni¹²⁴; come si vedrà di qui a poco questa impostazione ha preso il sopravvento. Partendo dal presupposto che «il concetto di disponibilità, nel settore delle cautele reali, ha un contenuto esclusivamente fattuale, corrispondendo in sostanza all'istituto civile del possesso [...] sarebbe in tal caso da valutare, invero, se la cautela penale, solo in quanto finalizzata a una confisca obbligatoria, ovvero a una sanzione, possa senza alcun ostacolo e alcun limite (e quindi sopprimendo pure ogni conseguenza della disponibilità) far venir meno il vincolo fallimentare – già pienamente concretizzatosi – ed elidere (eventualmente anche paralizzando la procedura civile se l'oggetto del vincolo penale coincide con l'intera massa attiva fallimentare o quasi) ogni

¹²¹ Il riferimento è a quanto stabilito in materia di confisca obbligatoria da SS.UU., n. 29951 del 24/05/2004 – dep. 09/07/2004, C. fall. in proc. Focarelli, Rv. 22816501, in *Archivio della Nuova Procedura penale*, 2004, V, p. 511; in *Cassazione Penale*, 2004, X, p. 3087; in *Diritto e Giustizia*, 2004, XXXIV, p. 80; in *Rivista di Diritto Processuale*, 2004, XL, p. 7355; in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2005, XI, p. 1265 con nota di M. F. IACOVIELLO, *Fallimento e sequestri penali*; in *La Giustizia Penale*, 2005, II, p. 65; in *Giurisprudenza Italiana*, 2005, VII, p. 1507 con nota di F. MASSARI, *Note minime in materiali sequestro probatorio sui beni del fallito*.

¹²² Così, in motivazione, Cass. pen. Sez. III, 07 marzo 2017, n. 37439, in *Il Fallimento*, 2018, II, p. 187, con nota di F. TETTO, *Sequestri penali, confische e fallimento*. Per il caso di esecuzione del sequestro penale sulle somme accantonate per le spese del concordato preventivo di una società successivamente fallita Sezione 5, n. 50116/15, non massimata.

¹²³ Cass. pen. Sez. III, 07 marzo 2017, n. 37439, cit.

¹²⁴ Cass. Pen., Sez. III, 12.7.2016, n. 42469, in *Cassazione Penale*, IV, 2017, p. 1554-1565, con osservazioni critiche di L. FIMIANI.

tutela a tutti gli interessi che alla procedura concorsuale sono sottesi, e che – come hanno riconosciuto le Sezioni Unite sia nella sentenza Focarelli, sia nella sentenza Uniland – si ripercuotono anche sul piano pubblicistico, e quindi non sono soltanto interessi privati dei creditori». La giurisprudenza di legittimità più recente¹²⁵, nei casi in cui la misura cautelare reale sia posteriore alla dichiarazione di fallimento, ha ritenuto il curatore legittimato a proporre riesame avverso un decreto di sequestro preventivo in quanto incaricato dell'amministrazione della massa attiva nell'interesse dei creditori ammessi, che risultano titolari di diritti alla sua conservazione, nella prospettiva della migliore soddisfazione dei propri crediti.

La natura del sequestro sembra anche facilitare il riconoscimento della legittimazione del curatore. Ed infatti, quando, eseguito il sequestro c.d. impeditivo *ex art. 321, c. 1, c.p.p.*, per evitare che l'indagato disperda i suoi beni, intervenga la sentenza dichiarativa di fallimento, la giurisprudenza ha riconosciuto la legittimazione del curatore alla revoca del vincolo reale¹²⁶. L'organo della procedura, avendo peraltro agito «previa autorizzazione del giudice delegato»¹²⁷, rientra nella nozione di «interessato» che, secondo il comma terzo dell'art. 321 c.p.p., può chiedere la revoca del sequestro¹²⁸, avendo la misura reale assunto «caratteristiche di cautela volta a garantire il soddisfacimento di interessi esclusivamente civili»¹²⁹. Altrettanto per il sequestro c.d. conservativo, avendo la giurisprudenza stabilito che il curatore è ammesso a chiedere la revoca del sequestro conservativo, ottenuto nei confronti del fallito dalla parte civile costituita in un procedimento penale prima della dichiarazione di fallimento, indipendentemente dal fatto che all'epoca del sequestro il fallito non versasse in stato di insolvenza e che il sequestro sia posto a garanzia di crediti privilegiati¹³⁰.

Il 16 aprile 2019 la Terza sezione ha rimesso alle Sezioni unite il quesito «se il curatore fallimentare sia legittimato a chiedere la revoca del sequestro preventivo a fini di confisca e ad impugnare i provvedimenti in materia cautelare reale, quando il vincolo penale sia stata disposto prima della dichiarazione di fallimento»¹³¹ osservando, in sostanza, come il curatore possa «avere un reale potere di fatto sul bene oggetto di vincolo». Le SS.UU., con decisione del settembre 2019, hanno dato risposta affermativa al quesito¹³² stabilendo il seguente principio di diritto: «il curatore fallimentare è

¹²⁵ Sez. III, n. 17749 del 17/12/2018 – dep. 29/04/2019, Casa di Cura Trusso S.P.A. in liquidazione, Rv. 27545301.

¹²⁶ Sez. II, n. 24160 del 16/05/2003 – dep. 03/06/2003, P.M. in proc. Sajeve, Rv. 22747901.

¹²⁷ Sez. II, n. 24160 del 16/05/2003 – dep. 03/06/2003, P.M. in proc. Sajeve, Rv. 22747901.

¹²⁸ In sostanza poiché l'intera operazione, ancorché illecita, doveva essere riferita alla società poi fallita, ne discendeva, secondo i principi generali dettati dalla legge fallimentare, la necessità di devolvere la somma provento di tale operazione alla massa fallimentare ed il suo assoggettamento alla procedura concorsuale, dovendo il sequestro preventivo originariamente disposto dal Giudice per le indagini preliminari soccombere di fronte alle ragioni della curatela del fallimento intervenuto nei confronti della società cui i beni appartengono.

¹²⁹ Sez. II, n. 24160 del 16/05/2003 – dep. 03/06/2003, P.M. in proc. Sajeve, Rv. 22747901, in motivazione.

¹³⁰ Sez. V, n. 5175 del 27/11/1996 – dep. 24/01/1997, P.G. in proc. Berton ed altro, Rv. 20682901, richiamata in motivazione, in senso adesivo, da SS.UU., n. 29951 del 24/05/2004 – dep. 09/07/2004, C. fall. in proc. Focarelli.

¹³¹ Cass., Sez.3, ord. 22602/2019, ud. 16.4.2019, Proc. R.G. n. 2208/2019, Fallimento Mantova Petroli s.r.l.

¹³² SS.UU., Sentenza n. 45936 del 26/09/2019 Cc. (dep. 13/11/2019) Rv. 277257 – 01, in questa *Rivista*, 2019, con

legittimato a chiedere la revoca del sequestro preventivo a fini di confisca e ad impugnare i provvedimenti in materia cautelare reale. (Fattispecie relativa a sequestro preventivo, disposto prima del fallimento, ai fini della confisca prevista dall'art. 12-bis d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 in cui la Corte ha precisato che la legittimazione del curatore, discendente dalla titolarità del diritto alla restituzione dei beni sequestrati, dev'essere riconosciuta anche in relazione ai beni caduti in sequestro prima della dichiarazione di fallimento, giacché anch'essi facenti parte della massa attiva che entra nella disponibilità della curatela, con contestuale spossessamento del fallito, ai sensi dell'art. 42 legge fall.).».

Il codice dell'insolvenza, dunque, riconoscendo all'art. 320 una generale legittimazione del curatore a proporre riesame, appello e ricorso per cassazione, sembra voler superare le incertezze giurisprudenziali. Sebbene questa norma entrerà in vigore il 15.8.2020, sembra condivisibile l'opinione di chi ritiene necessaria la immediata applicazione della disposizione¹³³ trattandosi, in realtà, della ricognizione di un principio fatto proprio da più sentenze della S.C. in applicazione di principi generali di due rami dell'ordinamento, sebbene la giurisprudenza abbia escluso l'anticipata applicazione della norma di legge¹³⁴.

Per come sono ora strutturati i rapporti tra sequestro impeditivo – art. 321, c. 1, c.p.p. – la legittimazione del curatore è coerente con la disciplina dell'art. 318 d.lgs. 14/2019¹³⁵. Nel caso di sequestro propedeutico alla confisca (art. 321 c. 2 c.p.p.) l'esclusione della legittimazione del curatore, in base a SS.UU. Uniland, era basata su sulla doppia considerazione: il curatore non è un rappresentante dei creditori e costoro, prima del riparto, vantano mere aspettative, indi attendano tale epilogo per far valere i loro diritti. Ora che i creditori, come risulterà trattando della procedura prevista dal d.lgs. 159/2011, nel caso di concomitanza di una procedura liquidatoria, hanno una sede propria ove far valere, innanzi al giudice della cautela, le loro ragioni sui beni peraltro materialmente separati dalla massa attiva, la legittimazione del curatore, ha una base razionale più esigua. Se prima, come osservato in dottrina¹³⁶, la sua legittimazione, pur negata dalla giurisprudenza, poteva inferirsi dallo scopo del *munus* – il compimento di attività finalisticamente intese alla tutela delle ragioni dei creditori – ora che i creditori hanno un luogo qualificato ed anticipato, la legittimazione della curatela va cercata altrove. Il curatore potrebbe avere interesse a dedurre, ad esempio, la mala fede o il

commento di E. GRISONICH, *Il cambio di rotta delle Sezioni Unite: riconosciuta la legittimazione del curatore a proporre l'istanza di revoca e le impugnazioni in materia cautelare reale*.

¹³³ P. FILIPPI, [Il curatore è legittimato ad impugnare il decreto di sequestro penale](#), 5 maggio 2019, in *Giustizia Insieme*; l'art. 320 sarebbe la mera codificazione di un principio immanente alla procedura esecutiva concorsuale, la cui introduzione è stata determinata dalla necessità di fare chiarezza in punto di poteri dell'organo "principe" della procedura esecutiva concorsuale, messi in dubbio dalla sentenza Uniland.

¹³⁴ Secondo Cass., Sez.3, ord. 22602/2019, ud. 16.4.2019, Proc. R.G. n. 2208/2019, Fallimento Mantova Petroli s.r.l. l'art. 320 del codice della crisi d'impresa non è applicabile prima della entrata in vigore.

¹³⁵ M. BONTEMPELLI e R. PAESE, [La tutela dei creditori di fronte al sequestro e alla confisca](#), cit., p. 136: «soluzione ben spiegabile [...] alla luce del divieto di cumulare la misura cautelare reale con la gestione concorsuale secondo il disegno normativo del nuovo codice della crisi e dell'insolvenza».

¹³⁶ M. BONTEMPELLI, *Sequestro preventivo a carico della società fallita, tutela dei creditori di buona fede e prerogative del curatore*, in *Archivio Penale*, III, 2015, on line, p. 13.

colpevole affidamento del terzo, o la simulazione del negozio che è alla base della costituzione del titolo, così ottenendo che il cespite rientri nella massa da dividere. Già SS.UU. Focarelli, osservavano che il curatore «agisce [...] per la rimozione di un atto pregiudizievole ai fini della reintegrazione del patrimonio, attendendo alla sua funzione istituzionale rivolta alla ricostruzione dell'attivo fallimentare»; tale osservazione vale e per il sequestro impeditivo e per quello indirizzato alla confisca secondo le precisazioni appena esposte. Per il sequestro conservativo, ora vietato dall'art. 319 pendente la procedura liquidatoria, a maggior ragione il curatore agisce per un compito attinente al suo ufficio di diritto pubblico: evitare procedure esecutive individuali, riassorbite nella procedura liquidatoria.

9. Effetti confiscatori ed appartenenza del bene: rimedi e sedi per la tutela del terzo nella giurisprudenza.

La confisca determina il trasferimento del bene allo Stato: l'opinione tradizionale ritiene che ciò avvenga a titolo originario, con un effetto giuridico che si produce istantaneamente al passaggio in giudicato della sentenza ed è insensibile alle vicende successive, finanche alla dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice¹³⁷; la dottrina, al contrario, propende per l'acquisto del bene a titolo derivativo¹³⁸, e tale opinione ha riscontri anche nella giurisprudenza di legittimità quando osserva che l'acquisto «non prescinde dal rapporto già esistente fra quel bene e il precedente titolare, ma anzi un tale rapporto presuppone ed è volto a far venir meno, per ragioni di prevenzione e/o di politica criminale, con l'attuare il trasferimento del diritto dal privato»¹³⁹. Come si vedrà nel prosieguo, la questione è irrilevante ai fini pratici, atteso che entrambi gli orientamenti, in concreto, riconoscono la necessità di tutelare le posizioni giuridiche dei terzi. In altri termini, inteso l'obiettivo della misura

¹³⁷ SS.UU., n. 2 del 28/01/1998 – dep. 23/03/1998, Maiolo, Rv. 21011301, in *La Giustizia Penale*, 1998, X, p. 545, *Il Foro Italiano*, 1998, VII, p. 462, *Cassazione Penale*, 1998, VII, p. 1947, *Guida al diritto*, con nota di G. AMATO, *La misura di sicurezza patrimoniale resiste alla dichiarazione d'incostituzionalità*, *Archivio della Nuova Procedura Penale*, 1998, II, p. 205. Questa tesi è da ultimo condivisa da SS.UU. civ., Sentenza n. 10532 del 07/05/2013, Rv. 626570 – 01, in *Giurisprudenza Italiana*, 2013, VI, p. 1246, con nota di P. e V. CARBONE, *Rapporti tra la confisca di un immobile e le precedenti ipoteche*. L'acquisto a titolo originario esclude la sopravvivenza del diritto del locatario sul bene secondo Tribunale di Bari, 16.10.2000, in *Il Foro Italiano*, 2002, I, p. 291.

¹³⁸ Ad esempio C. FORTE, *Il codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione: una nuova disciplina dei rapporti tra le misure di prevenzione patrimoniali e le procedure concorsuali*, *Dir. Fall.*, 2012, I, 10054.

¹³⁹ Cass. civ., Sez. I, 3 luglio 1997, n. 5988 in *Giustizia Civile*, 1997, XI, p. 2733; in motivazione anche SS.UU., n. 9 del 28/04/1999 – dep. 08/06/1999, Bacherotti, Rv. 21351101, in *Rivista Penale*, 1999, VII, p. 633, in *La Giustizia Penale*, 1999, XII, p. 673, in *Il Foro Italiano*, 1999, X, p. 571, in *Cassazione Penale*, 1999, X, p. 2823. A tale orientamento si richiama, da ultimo, Sez. II, n. 10471 del 12/02/2014 – dep. 05/03/2014, Italfondario S.p.a, Rv. 25934801, in *Rivista Penale*, 2015, I, p. 54, con commento di S. BELTRANI, *La sentenza n. 10471 del 2014: sequestro preventivo dei beni gravati da pegno e ipoteca; applicabilità delle norme antimafia ai sequestri penali*. Sempre in abito civile, Sez. III, Sentenza n. 20664 del 05/10/2010, Rv. 614289 – 01, in *Guida al diritto*, 2010, XLIV, p. 60, con nota di E. SACCHETTINI, *La confisca immobiliare a chi è indagato per mafia non pregiudica le garanzie reali a favore di terzi. L'iscrizione ipotecaria deve essere precedente all'instaurazione del procedimento di prevenzione*.

¹³⁹ Cass. pen., Sez. I, 20 dicembre 1962, Stringari, in *Giust. pen.*, 1964, III, c. 106.

cautelare nella necessità di sottrarre la cosa al condannato, la confisca investe il diritto sulla *res* nella esatta conformazione derivante dalla peculiare situazione di fatto e di diritto esistente all'epoca del provvedimento¹⁴⁰, con l'ovvia conseguenza che lo Stato, quale nuovo titolare di esso, non può legittimamente acquisire facoltà di cui il soggetto passivo della confisca aveva già perduto la titolarità.

Prima di affrontare i problemi più rilevanti, alcune puntualizzazioni. Un problema di tutela dei terzi non si pone nel caso di intrinseca criminosità del bene¹⁴¹: l'ordinamento vuole escluderle dalla circolazione giuridica in maniera radicale e non sopravvive alcun diritto dei terzi, giacché la presunzione di pericolosità inerisce alla cosa in sé. Quando, al contrario, essa attenga alla relazione in cui si trova con il criminale – ad esempio il profitto del reato – viene in conto la tutela dei terzi. Il secondo rilievo conduce al rapporto tra la tutela di costoro e i rapporti obbligatori del condannato. Ad esempio, riconoscere l'intangibilità di un diritto di pegno concesso su un bene del condannato significa fornire un vantaggio indiretto a costui in quanto il soddisfacimento delle ragioni del creditore pignoratizio si risolverebbe nell'estinzione dell'obbligazione; in dottrina è stato avvertito il rischio che le obbligazioni siano soddisfatte con beni di provenienza illecita¹⁴². Con riferimento alla confisca penale di un immobile su cui era iscritta ipoteca, la Corte di Cassazione ha riconosciuto che, soddisfatto il creditore garantito, lo Stato subentra nel credito verso il debitore-reo, proprietario del bene confiscato, in virtù della surrogazione legale *ex art. 1203 c.c.*¹⁴³. Negli altri casi il provvedimento confiscatorio determinerebbe una sostituzione del soggetto attivo del rapporto obbligatorio, dato che al creditore garantito subentra lo Stato, il quale può esercitare la pretesa contro il debitore per conseguire le somme che non ha potuto acquisire perché destinate al creditore¹⁴⁴.

L'art. 240 c.p., al comma terzo, esclude la confiscabilità – facoltativa ed obbligatoria quanto al prezzo del reato nonché a quanto indicato nella lettera 1-*bis* – se la cosa appartiene a persona estranea al reato. Questa regola si applica anche alle ipotesi di confisca speciale, salva una specifica disciplina derogatoria sul punto¹⁴⁵.

Occorre verificare la portata dei concetti di appartenenza e di estraneità al reato.

¹⁴⁰ Sez. I, Sentenza n. 5988 del 03/07/1997, Rv. 505701 – 01, nel ritenere l'acquisto dello Stato a titolo derivativo, parla di una «una mera "modificazione soggettiva attiva" dell'originario rapporto obbligatorio, riconducibile allo schema (parallelo a quello delle ipotesi codicistiche della "cessione negoziale del credito", della "surrogazione personale", della "delegazione attiva", della "vendita ed assegnazione forzata") definito come "cessio legis", e che identifica, più propriamente, la sostituzione, "ex lege" o "per factum principis", della persona del creditore, all'interno di un rapporto di obbligazione, regolato in modo autonomo, dalla "lex cessionis"», in *Giust. Civ.*, 1997, XI, 2733.

¹⁴¹ V. art. 240, c. 2, c.p.

¹⁴² Considerazioni effettuate da F. ANFUSO, *All'orizzonte una possibile via d'uscita dal dedalo dei rapporti tra misure di prevenzione patrimoniali e fallimento*, in *Il Fallimento*, 2002, p. 1276, con riferimento alle misure di prevenzione ma pacificamente estensibili anche alle misure cautelari reali penali ed alla confisca penale.

¹⁴³ Cass. Civ., Sez. III, Sentenza n. 811 del 20/02/1978, Rv. 390154 – 01, in *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, 1978, I, p. 578.

¹⁴⁴ Sez. I, Sentenza n. 5988 del 03/07/1997, Rv. 505701 – 01, in *Giust. Civ.*, 1997, XI, 2733.

¹⁴⁵ SS.UU., n. 9 del 28/04/1999 – dep. 08/06/1999, Bacherotti, Rv. 21351101 in motivazione.

Sul primo, premesso che la verifica dell'appartenenza va effettuata con riferimento alla data di commissione del reato e non a quello, spesso di molto successivo, in cui interviene la confisca¹⁴⁶, la giurisprudenza, con orientamento risalente ed uniforme¹⁴⁷, precisa che "appartiene" al terzo non solo il bene di cui abbia la proprietà ma anche quello assistito da diritto reale di godimento o di garanzia¹⁴⁸. La dottrina è divisa tra chi aderisce a tale idea¹⁴⁹ e chi ritiene che il solo diritto di proprietà integri l'appartenenza¹⁵⁰, anche se lo Stato acquista il bene gravato dagli stessi oneri che gravavano sul proprietario espropriato. Il sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente può essere applicato ai beni anche nella sola disponibilità dell'indagato «per quest'ultima intendendosi, al pari della nozione civilistica del possesso, tutte quelle situazioni nelle quali i beni stessi ricadano nella sfera degli interessi economici del reo, ancorché il potere dispositivo su di essi venga esercitato per il tramite di terzi»¹⁵¹.

Il secondo requisito, quello della estraneità del terzo rispetto al reato, può essere guardato da due prospettive. Da un punto di vista strettamente letterale, col fuoco puntato sulla fattispecie penale, estraneo può dirsi chi non abbia dato alcun contributo, ancorché non punibile, di partecipazione o concorsuale, al fatto reato¹⁵². Nella prospettiva della funzione della misura di sicurezza patrimoniale va posta l'attenzione più sull'utilità ultima derivante dal reato, siccome è questa che il legislatore intende elidere; è dunque estraneo chi, oltre a non aver dato alcun contributo penalmente rilevante al fatto, da questo non abbia tratto alcun vantaggio¹⁵³. Qualora il terzo abbia oggettivamente tratto un vantaggio dal reato, egli resta estraneo se incolpevolmente

¹⁴⁶ Sez. II, n. 13360 del 03/02/2011 – dep. 01/04/2011, Cioce e altro, Rv. 24988501.

¹⁴⁷ SS.UU., n. 9 del 18/05/1994 – dep. 03/12/1994, Comit Leasing S.p.a. in proc. Longarini, Rv. 19917401, richiamata espressamente pure da SS.UU., n. 9 del 28/04/1999 – dep. 08/06/1999, Bacherotti, Rv. 21351101; da ultimo Sez. II, n. 57407 del 23/10/2018 – dep. 19/12/2018, Italfondario S.P.A., Rv. 27425901.

¹⁴⁸ Per il diritto di pegno su libretti di risparmio confiscati Sez. II, n. 2296 del 15/05/1992 – dep. 18/06/1992, Banca Popolare di Milano in proc. Tosarelli, Rv. 19078901; per l'ipoteca Sez. I, n. 2860 del 10/06/1994 – dep. 23/08/1994, Moriggi, Rv. 19894201.

¹⁴⁹ F. CHIAROTTI *Il concetto di appartenenza nel diritto penale*, Milano, 1950, pp. 88 e ss. Il quale, conseguentemente, ritiene che essi debbano avere una salvaguardia.

¹⁵⁰ G. GRASSO G., *Sub art 240 in Commentario sistematico al codice penale*, a cura di ROMANO – GROSSO – PADOVANI, Milano, 1994.

¹⁵¹ Sez. III, n. 15210 del 08/03/2012 – dep. 20/04/2012, Costagliola e altri, Rv. 25237801.

¹⁵² «Il concetto di estraneità al reato deve distinguersi da quello di estraneità al processo penale: può ritenersi infatti estraneo al reato soltanto chi risulti non aver avuto alcun collegamento, diretto o indiretto, con la consumazione del fatto reato, ossia soltanto chi non abbia posto in essere alcun contributo di partecipazione o di concorso, ancorché non punibile, e non anche colui il quale, pur implicato nella fattispecie criminosa, sia sfuggito o non sia ancora sottoposto o venga separatamente sottoposto a procedimento penale», Sez. I, n. 5580 del 06/11/1995 – dep. 15/11/1995, Amadei, Rv. 20275701; nella massima pure Sez. III, n. 3390 del 19/01/1979 – dep. 03/04/1979, Ravazzani, Rv. 14169001, in *La Giustizia penale*, 1979, II, p. 529.

¹⁵³ «In tema di confisca, rientra nella nozione di "persona estranea al reato" [...] il soggetto che non ha concorso alla commissione del reato, né ha tratto vantaggio dall'altrui attività criminosa, serbando una condotta in buona fede», Sez. V, n. 42778 del 26/05/2017 – dep. 19/09/2017, Consoli e altro, Rv. 27144101, in *Cassazione Penale*, 2018, VII-VIII; p. 2598, con nota di D. FEDERICI, *Artificiosa rappresentazione di elementi positivi fittizi nel patrimonio di un istituto di credito*; Sez. I, n. 34722 del 07/07/2011 – dep. 23/09/2011, G.e. Capital S.f. S.p.a. e altro, Rv. 25117401 e la giurisprudenza maggioritaria sin da SS.UU., n. 9 del 28/04/1999 – dep. 08/06/1999, Bacherotti, Rv. 21351101.

ignaro «della derivazione della propria posizione soggettiva dal reato commesso dal condannato»¹⁵⁴; è suo onere, dunque, dimostrare la buona fede. Una diversa soluzione, allorché al dato materiale della derivazione casuale del vantaggio si facesse discendere il sacrificio dei suoi diritti, configurerebbe un'ipotesi di responsabilità oggettiva per fatto altrui¹⁵⁵ in quanto «il proprietario della cosa sottoposta a confisca obbligatoria, se estraneo al reato e indenne da colpa, finisce con l'essere colpito a titolo di responsabilità oggettiva, con conseguente violazione dell'art. 27, primo comma della Costituzione»¹⁵⁶. L'affidamento incolpevole è costituzionalmente protetto, come emerge anche dal regime civilistico di circolazione dei beni mobili¹⁵⁷.

Secondo la giurisprudenza, dunque, nessuna forma di confisca può determinare l'estinzione dei diritti reali di garanzia costituiti sulla cosa, in quanto la misura sanzionatoria non può ritorcersi in ingiustificati sacrifici delle posizioni giuridiche soggettive di chi sia rimasto estraneo all'illecito, ed il terzo deve provare i fatti costitutivi della pretesa fatta valere sulla cosa confiscata¹⁵⁸: 1) 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, comma 2 c.p.p. – anteriore al sequestro preventivo¹⁵⁹; 2) mancanza di collegamento del diritto con l'altrui condotta delittuosa; 3) se tale nesso esiste, l'affidamento incolpevole ingenerato da una situazione di apparenza che rendeva scusabile l'ignoranza o il difetto di diligenza.

Questi principi, pur lineari, hanno dato luogo ad un contrasto di giurisprudenza nel caso di cessione dei crediti, specialmente ove avvenuta in blocco. Per l'orientamento

¹⁵⁴ SS.UU., n. 9 del 28/04/1999 – dep. 08/06/1999, Bacherotti, Rv. 21351101 in motivazione.

¹⁵⁵ La Corte Costituzionale, ha dichiarato la illegittimità costituzionale di diverse ipotesi di confisca extracodicistica proprio su tale rilievo: art. 301 del d.P.R. n. 43 del 1973 per il contrabbando – Corte cost., 17 luglio 1974, n. 229; Corte cost., 29 dicembre 1976, n. 259; Corte cost., 19 gennaio 1987, n. 2, cit. –; art. 11 della l. 30.12.1991, n. 413, che ha modificato il citato art. 301 del d.P.R. n. 43 del 1973 – Corte cost., 10 gennaio 1997, n. 1.).

¹⁵⁶ Corte cost., 10 gennaio 1997, n. 1.

¹⁵⁷ Corte Cost., sentenza n. 1 del 1997, in motivazione: «[...] Tale posizione è da ritenere protetta dal principio della tutela dell'affidamento incolpevole, che permea di sé ogni ambito dell'ordinamento giuridico e dal quale scaturisce anche la regola generale di circolazione dei beni mobili nel nostro sistema di mercato (cfr. art. 1153 del codice civile). Si può anzi dire che, secondo l'ordinamento civilistico, lo stato di buona fede nell'acquisto di beni mobili, salve le deroghe positivamente previste, possiede una così accentuata rilevanza da interrompere qualunque legame del bene con i precedenti possessori e da determinare un acquisto a titolo originario [...]».

¹⁵⁸ Sul punto, riassuntivamente, i principi indicati da SS.UU. Bacherotti che costituisce il punto di riferimento della giurisprudenza successiva.

¹⁵⁹ «In tema di misure di prevenzione patrimoniali, la disposizione dell'art. 52 del D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159 deve interpretarsi nel senso che la confisca pregiudica "ipso iure" i diritti di credito dei terzi che risultino da atti con data certa posteriore al sequestro, nonché i diritti reali di garanzia costituiti in epoca posteriore al sequestro, sicché, essendo il creditore istante automaticamente in colpa, diventa irrilevante la prova delle ulteriori condizioni previste dall'art. 52, comma primo, lett. b, del citato decreto legislativo. (In motivazione la Corte ha precisato che tale principio si applica nei confronti di tutti i creditori, sia originari che successivi cessionari del credito, i quali siano diventati titolari del diritto in data successiva alla trascrizione del sequestro, ed opera indipendentemente dalla natura della cessione, non rilevando che questa sia avvenuta "in blocco" ai sensi dell'art. 58 del D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385», Sez. II, n. 28839 del 03/06/2015 – dep. 07/07/2015, Italfondario Spa, Rv. 26429901.

più rigoroso, «la disposizione dell'art. 52 del D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159 deve interpretarsi nel senso che la confisca pregiudica "ipso iure" i diritti di credito dei terzi che risultino da atti con data certa posteriore al sequestro, nonché i diritti reali di garanzia costituiti in epoca posteriore al sequestro, sicché, essendo il creditore istante automaticamente in colpa, diventa irrilevante la prova delle ulteriori condizioni previste dall'art. 52, comma primo, lett. b, del citato decreto legislativo. (In motivazione la Corte ha precisato che tale principio si applica nei confronti di tutti i creditori, sia originari che successivi cessionari del credito, i quali siano diventati titolari del diritto in data successiva alla trascrizione del sequestro, ed opera indipendentemente dalla natura della cessione, non rilevando che questa sia avvenuta "in blocco" ai sensi dell'art. 58 del D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385)»¹⁶⁰. Un altro filone giurisprudenziale riconosce una situazione di affidamento incolpevole nella condotta del creditore assistito da garanzia che abbia acquistato il diritto in epoca successiva all'adozione del sequestro, quando ciò è avvenuto mediante cessione di rapporti giuridici in blocco ai sensi dell'art. 58 del D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385¹⁶¹. Le SS.UU., di recente, hanno fatto proprio l'orientamento di SS.UU. Bacherotti, richiedendo una verifica, in concreto, della buona fede, a prescindere dalle concrete modalità di cessione: «la cessione di un credito ipotecario, precedentemente insorto, successiva alla trascrizione di un provvedimento di sequestro o di confisca del bene sottoposto a garanzia, non preclude di per sé l'ammissibilità della ragione creditoria, né determina automaticamente uno stato di mala fede in capo al terzo cessionario del credito, potendo quest'ultimo dimostrare la propria buona fede. (In motivazione, la Corte ha precisato che l'acquisto del credito "in blocco", ai sensi dell'art. 58, d.lgs. n. 385 del 1993, non è circostanza decisiva ai fini della prova della buona fede, costituendo una semplice modalità di cessione del credito che non esime il cessionario dagli oneri di verifica relativi alla originaria sussistenza dei requisiti di ammissibilità)»¹⁶².

Un altro problema è quello del concreto atteggiarsi del diritto del terzo rispetto alla confisca: se impedisce l'ablazione statutale fintantoché il creditore non abbia avuto soddisfazione¹⁶³ o se essa può essere disposta, trovando il terzo tutela nella fase

¹⁶⁰ Sez. II, n. 28839 del 03/06/2015 – dep. 07/07/2015, Italfondario Spa, Rv. 26429901; Sez. II, n. 38821 del 28/03/2017 – dep. 04/08/2017, Island Refinancing Srl, Rv. 27118101; Sez. I, n. 51467 del 14/06/2017 – dep. 10/11/2017, Vitale, Rv. 27184201.

¹⁶¹ Sez. VI, n. 35602 del 16/06/2015 – dep. 25/08/2015, SAGRANTINO Italy Srl e altro, Rv. 26560501, «poiché tale modalità di trasferimento di posizioni giuridiche potrebbe rendere concretamente inesigibile, per l'entità dell'operazione, l'onere in capo al cessionario della previa verifica di tutti i beni sottoposti ad originaria garanzia ipotecaria e correlati ai crediti ceduti». Sez. VI, n. 39368 del 15/06/2017 – dep. 23/08/2017, SAGRANTINO Italy S.r.l., Rv. 27119401; Sez. I, n. 57848 del 23/11/2017 – dep. 28/12/2017, Italfondario S.p.a., Rv. 27161801.

¹⁶² Cass., SS.UU., 31/05/2018 (dep. 03/07/2018), n. 29847, Island Refinancing S.r.l. e altro, Rv. 27297801, in *Il Foro Italiano*, 2018, XI, p. 635, con nota di S. CALVIGIONI, *Confisca dei beni del debitore e rapporto tra creditore cessionario e cedente*; vd. anche note di T. ALESCI, *La cessione di un credito ipotecario, antecedentemente insorto, è ammissibile anche successivamente alla trascrizione del provvedimento ablativo, se il cessionario dimostra la buona fede*, in *Processo penale e giustizia*, 2018, V, p. 860; L. SCOLLO, [Il credito garantito da ipoteca su beni oggetto di una misura di prevenzione può essere ceduto anche dopo la trascrizione del sequestro o della confisca \(purché non sia un mezzo per eludere la misura e vi sia buona fede\)](#), in *Dir. pen. cont.*, 28 settembre 2018.

¹⁶³ Sez. I, n. 3117 del 08/07/1991 – dep. 25/07/1991, Banca Commerciale Italiana in proc. Mendella ed altri, Rv.

liquidatoria¹⁶⁴. Le SS.UU. Longarini¹⁶⁵, con orientamento seguito senza difformità, hanno stabilito che la misura possa essere applicata anche prima della soddisfazione delle ragioni del terzo estraneo con alcuni accorgimenti: «il vincolo derivante dal sequestro deve essere limitato alle facoltà inerenti alla posizione del debitore garante, lasciando impregiudicate quelle spettanti, sullo stesso bene, al creditore pignoratizio estraneo all'illecito penale»; «spetta al giudice, in virtù dei poteri conferitigli dall'art. 259, comma primo, cod. proc. pen., applicabile in virtù dei richiami contenuti negli artt. 104 ed 81 disp. att., adottare gli accorgimenti più opportuni per assicurare, con equilibrio degli opposti interessi, la corretta custodia ed amministrazione delle cose sequestrate, procedendo, se del caso, a designare come custode lo stesso creditore pignoratizio, con le facoltà che gli derivano dal diritto di garanzia, fino alla vendita e all'assegnazione della cosa o del credito dato in pegno, sotto il controllo dell'autorità giudiziaria penale».

Al curatore, pur estraneo al reato, non appartengono le cose sulle quali si soddisfaranno i creditori dell'esecutato, peraltro rimasto titolare del diritto di proprietà, giacché «alla curatela fallimentare, che ha un compito esclusivamente gestionale e mirato al soddisfacimento dei creditori, non si attaglia [...] il concetto di appartenenza»¹⁶⁶. La società intestataria dei beni, d'altro canto, non può ritenersi estranea al reato: «poiché la misura di sicurezza della confisca ha carattere non punitivo ma cautelare [...] essa può essere disposta anche per i beni appartenenti a persone giuridiche dovendo a tali persone, in forza dei principi di rappresentanza, essere imputati gli stati soggettivi dei loro legali rappresentanti»¹⁶⁷. È stato ritenuto legittimo il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente dei beni mobili ed immobili nella disponibilità dell'unico socio di una società ammessa al concordato preventivo, poiché il debitore conserva l'amministrazione e la disponibilità dei beni nell'ambito della procedura¹⁶⁸. Per i reati tributari, s'è discusso della estraneità della società ai fatti commessi dagli amministratori: la persona fisica spesso utilizza i beni e le risorse dell'ente per commettere l'illecito ma i risparmi – illeciti – conseguiti ridondano anche a vantaggio dell'ente giuridico¹⁶⁹. La giurisprudenza ritiene che la società non sia soggetto estraneo nei termini di cui all'art. 240 c.p.¹⁷⁰ e l'art. 19 del d.lgs. 231/2001 ora prevede esplicitamente l'ipotesi della confisca a carico dell'ente per i reati commessi nel suo interesse.

18790301.

¹⁶⁴ Sez. I, n. 2860 del 10/06/1994 – dep. 23/08/1994, Moriggi, Rv. 19894201.

¹⁶⁵ SS.UU., n. 9 del 18/05/1994 – dep. 03/12/1994, Comit Leasing S.p.a. in proc. Longarini, Rv. 19917401.

¹⁶⁶ Sez. V, n. 1926 del 30/03/2000 – dep. 21/06/2000, Vasaturo, Rv. 21654001.

¹⁶⁷ Così, in motivazione, Sez. VI, n. 2643 del 08/06/2000 – dep. 03/07/2000, Mariniello A, Rv. 21756801; in precedenza Sez. II, n. 11173 del 14/10/1992 – dep. 18/11/1992, Tassinari, Rv. 19342201.

¹⁶⁸ Sez. III, n. 13996 del 08/02/2012 – dep. 13/04/2012, Verlato, Rv. 25261801.

¹⁶⁹ Su questi aspetti si veda A. NOCETI, M. PERSIMONI, *Confisca e altre misure ablatorie patrimoniali*, Torino, 2011, p. 142 e ss.

¹⁷⁰ Sez. III, n. 33182 del 14/05/2013 – dep. 31/07/2013, De Salvia, Rv. 25587101; SS.UU., Sentenza n. 10561 del 30/01/2014 Cc. (dep. 05/03/2014) Rv. 258647 – 01.

Ulteriore limite alla tutela dei diritti del terzo è dato dal fattore tempo: una tutela posticipata al termine del processo penale, semmai a cognizione ultimata, può significare una tutela apparente.

Prima del DL.vo 14/2019, il terzo poteva trovare ragione solo nella procedura di esecuzione, dunque, dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna, sperando incidente di esecuzione¹⁷¹, nel quale, escluso che possano essere rivalutate le ragioni della confisca, poteva dimostrare la sussistenza del diritto di proprietà e l'assenza di ogni addebito di negligenza¹⁷². Questa soluzione era coerente con la natura della confisca diretta quale misura di sicurezza, ancillare al reato e ad esso strettamente consequenziale, dunque «il carattere “accessorio” al reato della confisca diretta – misura di sicurezza consentiva di trattare tutte le questioni patrimoniali connesse alla determinazione in concreto del profitto, del prodotto o del prezzo del reato e ai diritti delle persone coinvolte dal sequestro nella fase esecutiva»¹⁷³. Una tutela più anticipata era stata peraltro concessa al terzo rimasto estraneo al processo, formalmente proprietario del bene già in sequestro, di cui sia stata disposta con sentenza la confisca, riconoscendogli il diritto di chiedere, al giudice della cognizione, prima della sentenza irrevocabile, la restituzione del bene e, in caso di diniego, di proporre appello dinanzi al tribunale del riesame¹⁷⁴. Dunque il terzo, estraneo al procedimento, non potendo far valere lì le proprie ragioni, non aveva che due strade: «la prima è quella di chiedere la restituzione del bene al giudice della cognizione, il quale decide applicando analogicamente la procedura dell'incidente di esecuzione, decidendo *de plano*, ed avverso tale decisione deve essere proposta opposizione e poi eventualmente ricorso per cassazione; oppure, può attendere che diventi definitiva la sentenza e poi proporre incidente di esecuzione, che, deciso in camera di consiglio, dà adito a presentare prima l'opposizione e poi il ricorso per cassazione»¹⁷⁵. È utile pure rammentare che, prima del DL.vo 159/2011, i terzi creditori non assistiti da una garanzia reale erano ritenuti estranei alla procedura di prevenzione, restando loro la possibilità di rivalersi, secondo l'art. 2740

¹⁷¹ La S.C. ha precisato che detto sistema non contrasta con i principi costituzionali a tutela del diritto di proprietà, in quanto incide soltanto sui modi e sui tempi nei quali il terzo può far valere i propri diritti sui beni, allo scopo di evitare la possibilità che si instauri contestualmente un "procedimento parallelo", che potrebbe portare ad un contrasto di decisioni, Sez. II, n. 5806 del 18/01/2017 – dep. 08/02/2017, D'Alonzo, Rv. 26923901. Sull'incidente di esecuzione quale rimedio per il terzo titolare di un diritto di credito assistito da *ius sequelae* e rimasto estraneo al giudizio di prevenzione v. pure, in motivazione, Cass. Civ., Sez. I, 28.2.2014, n. 4805. Nella giurisprudenza di merito, per un caso di confisca per equivalente intervenuta dopo la sentenza dichiarativa di fallimento e sulla legittimazione del curatore a proporre incidente di esecuzione, si veda Tribunale di Treviso, Sez.pen., ordinanza del 31.3.2017, in *Arch. Pen.*, 2017, II, 2 ss, con commento di C. BEVILACQUA, *Revoca della confisca in fase esecutiva su iniziativa del curatore fallimentare*.

¹⁷² Sez. I, n. 47312 del 11/11/2011 – dep. 20/12/2011, Lazzoi, Rv. 25141501.

¹⁷³ G. VARRASO, *Il sequestro a fini di confisca: dalle scelte del codice del 1988 alla legge n. 161 del 2017*, cit., 3.

¹⁷⁴ SS.UU., n. 48126 del 20/07/2017 – dep. 19/10/2017, Muscari e altro, Rv. 27093801, in *D.P.C.*, on line, 16.11.2017, con commento di S. VERZELLETTI, *Appello ex art. 322-bis c.p.p. per il terzo proprietario del bene confiscato con sentenza non definitiva: una garanzia incompressibile*; in *Proc. pen. giust.*, 2018, II, 269, con nota di P. SPAGNOLO, *Sequestro, confisca e diritti dei terzi: c'è un giudice a Berlino?*

¹⁷⁵ Così Sez. I, n. 42107 del 30/10/2008, Banca Antonveneta S.p.A., Rv. 241844.

c.c., sugli eventuali residui beni del proposto¹⁷⁶. Ai titolari di un diritto di garanzia, inoltre, veniva riconosciuto «un indennizzo determinato in conformità delle disposizioni in materia di espropriazione per pubblica utilità»¹⁷⁷. Dunque l'incidente di esecuzione era solo la sede per ottenerne l'accertamento della buona fede, dell'inconsapevole affidamento nell'acquisizione del diritto, ma solo ai fini dell'opponibilità allo Stato, restando esclusa una partecipazione al riparto. Il d.lgs. 159/2011, e, in particolare, le successive modifiche, hanno invece consentito al creditore la partecipazione anche al ricavato, sebbene con delle limitazioni.

10. La tutela dei terzi nel d.lgs. 159/2011: la sua applicabilità alle intersezioni della cautela reale e della confisca con la procedura di liquidazione.

Nell'ipotesi di dichiarazione di liquidazione giudiziale successiva al sequestro, secondo l'art. 63 del codice antimafia, separati i beni sequestrati dalla massa attiva, la verifica dei crediti e dei diritti inerenti ai rapporti relativi ai suddetti beni viene svolta dal giudice delegato che, in base al comma 1-ter dell'art. 104-bis disp. att. c.p.p., è quello che ha emesso il decreto di sequestro, un delegato nel caso di organo collegiale. Nella maggior parte dei casi si tratta del giudice per le indagini preliminari, atteso che tale competenza vale «nel corso di tutto il procedimento». La separazione si riflette anche sulle due procedure: quella liquidatoria e quella penale proseguono separatamente, e si duplica la fase di accertamento dei crediti (v. il comma n. 5 dell'art. 63). Nel caso inverso di sequestro successivo all'apertura della liquidazione giudiziale, l'art. 64 il giudice delegato dispone la separazione dei beni sequestrati dalla massa attiva del fallimento e la loro consegna all'amministratore giudiziario. Salvo quanto previsto dal comma 7, il comma 2 dell'art. 64 prevede che i crediti e i diritti inerenti ai rapporti relativi ai beni sottoposti a sequestro, ancorché già verificati dal giudice della liquidazione, sono ulteriormente verificati dal giudice che ha emesso la misura cautelare reale. I giudizi endoliquidatori devono essere sospesi sino all'esito del procedimento penale se hanno ad oggetto beni sequestrati. Sembra, come rilevato in dottrina¹⁷⁸, che i crediti esclusi dal giudice della procedura civile, non potendo partecipare al riparto dell'attivo, non debbano essere sottoposti all'ulteriore verifica di cui all'art. 64, c. 2, da parte del giudice penale. I crediti inerenti beni per cui interviene il sequestro, una volta verificati dal giudice che ha emesso la misura cautelare reale, sono soddisfatti sui beni oggetto di confisca secondo il piano di pagamento di cui all'articolo 61.

¹⁷⁶ Sez. I, n. 19761 del 18/04/2007 – dep. 22/05/2007, C.T.F. Finanziaria S.p.a., Rv. 23682501, rimetteva la tutela delle ragioni creditorie ai rimedi civilistici; in sostanza, non avendo la confisca di prevenzione un carattere di universalità, il sequestrato offriva pur sempre la garanzia di cui all'art. 2740 C.c.

¹⁷⁷ In motivazione, Cass. Civ., Sez. I, 28.2.2014, n. 4805.

¹⁷⁸ F. VERDOLIVA, *sub art. 64*, in G. SPANGHER – A. MARANDOLA (a cura di), *Commentario breve al codice antimafia e alle altre misure di prevenzione*, CEDAM, 2019; A. DEL DUCA, *Il codice delle leggi antimafia e i rapporti tra gli strumenti di intervento ablativo statuale e le procedure concorsuali*, in L. DE GENNARO – N. GRAZIANO (a cura di), *Sequestri penali, misure di prevenzione e procedure concorsuali*, cit., p. 70, sebbene faccia pure riferimento al comma 5, ormai abrogato.

In entrambe le ipotesi tale separazione è funzionale anzitutto alla speditezza della procedura liquidatoria giacché, come notato in dottrina¹⁷⁹, nell'attesa della conclusione del processo penale, le ragioni dei creditori concorsuali restavano sospese, impedita loro la vendita dei beni e, dunque, il verificarsi del presupposto per il riparto. La segregazione dei beni confiscati consente, infatti, di superare le soluzioni offerte dalla giurisprudenza, dunque il differimento a procedura concorsuale terminata. Le SS.UU. Uniland negavano, prima della chiusura della procedura fallimentare, uno spazio per la tutela dei diritti del terzo chirografario dal momento che «il creditore che non abbia ancora ottenuto l'assegnazione del bene a conclusione della procedura concorsuale non può assolutamente essere considerato "terzo titolare di un diritto acquisito in buona fede" perché prima di tale momento il creditore vanta una semplice pretesa, ma non certo la titolarità di un diritto reale su un bene»; questa mancanza di collegamento qualificato tra la ragione creditoria ed i beni era stigmatizzata anche in materia di confische di prevenzione, almeno prima del codice antimafia¹⁸⁰. La scelta del legislatore va guardata con favore specialmente per la confisca di valore, misura che molto si allontana dalla pericolosità della cosa¹⁸¹. In queste ipotesi, infatti, la compromissione, anche temporale, dei diritti dei terzi appariva difficilmente riconducibile alla prevalenza dello strumento penale come risultato necessario della conformazione classica di tale misura di sicurezza; la "cosa pericolosa", non rinvenibile, viene sostituita con un valore corrispondente, ed il terzo attratto nelle conseguenze del fatto altrui in maniera del tutto casuale. Con specifico riferimento alla liquidazione dell'attivo, inoltre, la "migliore liquidazione" non può tenere conto solo del valore numerico, ma – e talvolta soprattutto – del tempo nel quale il creditore ottiene ragione. Essa, però, rappresenta anche il primo passo per la tutela endoprocedimentale dei terzi generalmente intesi dal momento che le modifiche apportate alle disposizioni di attuazione dal d.lgs. 14/2019 riguardano ogni tipo di terzo, pur quello non interessato dalla procedura concorsuale.

Le intersezioni tra due procedure diverse influenzano anche il modo in cui il giudice delegato accerta il passivo. Se il giudice della cautela reale provvederà alla verifica dei crediti e dei diritti «nell'ambito del procedimento di cui agli articoli 52 e seguenti» (art. 63, c. 4), il successivo comma quinto assegna delle regole in parte inconsuete al giudice della liquidazione. Ed infatti egli, pur provvedendo

¹⁷⁹ M. BONTEMPELLI, *Sequestro preventivo a carico della società fallita, tutela dei creditori di buona fede e prerogative del curatore*, in *Archivio Penale Web*, 8, 2015; A. DELLO RUSSO, *Rapporti tra confisca per equivalente e procedura fallimentare*, ivi.

¹⁸⁰ Sez. VI, n. 49821 del 17/10/2013 – dep. 10/12/2013, Lu.fra.trasporti S.r.l., Rv. 25857901, in motivazione: «va da sé che l'affidamento del creditore, pur di buona fede, esclusivamente legato alla garanzia patrimoniale giustificata dall'art. 2740 c.c., non possa che assumere un tono assolutamente e coerentemente recessivo, giustificato proprio dalla assenza di momenti di collegamento del bene confiscato con il credito asseritamente pretermesso, unica ragione di opponibilità, peraltro depotenziata nelle sue prerogative essenziali, al potere di confisca dello Stato».

¹⁸¹ Come osserva A. ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in *Studi Marinucci*, E. DOLCINI – C. E. PALIERO (a cura di), 2006, III, p. 2106 e ss: «la fungibilità dei beni ricavati dal reato con una somma monetaria di pari valore sgombera la scena della confisca da qualunque residua inclinazione ad accedere alla nozione di pericolosità della cosa, che si trasferirebbe al reo».

«all'accertamento del passivo e dei diritti dei terzi» secondo la procedura dell'insolvenza deve verificare «*altresì, anche con riferimento ai rapporti relativi ai beni sottoposti a sequestro, la sussistenza delle condizioni di cui all'articolo 52, comma 1, lettere b), c) e d) e comma 3 del presente decreto*». Il riferimento, come si vedrà, è alle regole che sbarrano il passo all'ingresso dei rapporti di terzi in mala fede: al criterio selettivo dell'antiorità, tipico del concorso dei creditori, si aggiunge quello della buona fede¹⁸². Per il caso revoca della misura cautelare dopo la chiusura del fallimento il comma settimo dell'art. 63 non fa più riferimento al criterio della buona fede.

I diritti di credito dei terzi, dunque, vanno accertati in sede penale (artt. 57 ss.) all'interno di un subprocedimento autonomo da quello di prevenzione e regolato, per la maggior parte, dalle regole civilistiche e concorsuali¹⁸³. Interviene l'amministratore giudiziario, che presenta l'elenco dei crediti e gestisce i beni dei beni (art. 104-*bis* comma 1-*bis* n. att. c.p.p.), nonché il giudice delegato – come detto quello che ha emesso il provvedimento di sequestro (comma 1-*ter* dell'art. 104-*bis* n. att. c.p.p.). La verifica dei crediti e formazione dello stato passivo avvengono in contraddittorio. Una volta che il provvedimento di confisca sia divenuto irrevocabile, i creditori ammessi al passivo vengono soddisfatti attraverso il pagamento o, se necessaria, la liquidazione dei beni (art. 60). Art. 53 d.lgs. 152/2011: «I crediti per titolo anteriore al sequestro, verificati ai sensi delle disposizioni di cui al capo II, sono soddisfatti dallo Stato nel limite del 60 per cento del valore dei beni sequestrati o confiscati, risultante dal valore di stima o dalla minor somma eventualmente ricavata dalla vendita degli stessi, al netto delle spese del procedimento di confisca nonché di amministrazione dei beni sequestrati e di quelle sostenute nel procedimento di cui agli articoli da 57 a 61».

L'esito finale è l'acquisizione dei beni confiscati al patrimonio dello Stato liberi da oneri e pesi (art. 45 codice antimafia), la confisca prevale di conseguenza sugli eventuali diritti di garanzia esistenti sui beni in favore di terzi (art. 52, c. 4, codice antimafia) e la tutela di questi ultimi è affidata alla particolare procedura concorsuale mediante l'ammissione dei creditori garantiti, in esito alla liquidazione dei beni, alla ripartizione del ricavato nell'ordine e nei limiti previsti dal piano di pagamento di cui all'art. 61. Sebbene il primo effetto sia previsto dall'art. 45 del codice antimafia, disposizione non contenuta nel Libro I, Titolo IV, al quale l'art. 317 rinvia, deve ritenersi operante pure nel caso di specie quale effetto proprio dell'intenzione del legislatore; l'art. 52, c. 4, inoltre, non fa altro che ribadire un effetto proprio della disposizione precedente,

¹⁸² Ben prima del d.lgs. 159/2011 in materia di prevenzione un orientamento della Suprema Corte aveva arricchito i criteri valutativi del giudice delegato al fallimento proprio con quello della buona fede; si veda Sez. VI, n. 49821 del 17/10/2013 – dep. 10/12/2013, Lu.fra.trasporti S.r.l., Rv. 25857901, in motivazione, 4.7 del considerato in diritto.

¹⁸³ Cass. Pen., Sez. V., sent. n. 1402/2017, ud. 15.11.2016, non massimata, in motivazione: «la procedura delineata dagli artt. 57 ss. rappresenta una procedura di carattere incidentale, nell'ambito del procedimento di applicazione delle misure di prevenzione, finalizzata alla individuazione dei terzi titolari di un diritto sui beni oggetto della misura di prevenzione meritevoli di tutela e destinati ad essere in tutto o in parte soddisfatti, essa è autonoma rispetto al procedimento di prevenzione ed è governata, ove non sia diversamente disposto, da principi mutuati dal diritto civile e fallimentare».

operando, dunque, un rinvio interno al testo di legge in applicazione del medesimo principio.

Il subprocedimento che precede la devoluzione del bene allo Stato ha lo scopo di far acquisire il bene libero da qualsiasi rapporto che possa dare luogo a spese o questioni di diritti dei terzi, per cui le questioni attinenti a diritti di credito, diritti reali di garanzia, diritti di godimento, questioni attinenti ad azioni trascritte anteriormente sui beni immobili, vanno risolte all'interno della procedura. Che questa sia la finalità del legislatore s'intende, in particolare, dagli effetti della confisca – art. 52, c. 4, d.lgs. 159/2011 – e dalla sorte delle azioni esecutive sui beni – individuali, art. 55, o collettive, art. 63 d.lgs. 159/2011 –: intervenuto il sequestro esse non possono essere iniziate o proseguite, i beni già oggetto di esecuzione sono presi in consegna dall'amministratore giudiziario, quelle pendenti sono sospese sino alla conclusione del procedimento di prevenzione, alle confisca definitiva esse si estinguono, se la misura cautelare reale viene meno esse possono essere iniziate o riassunte. La ragione di questa disciplina è far intervenire i terzi nel subprocedimento: su loro iniziativa, se titolari di un mero diritto di credito; se titolari di diritto di proprietà, diritto reale o personale di godimento o di garanzia ed il sequestro riguarda beni oggetto di domande giudiziali precedentemente trascritte, il terzo, che sia parte del giudizio, è chiamato ad intervenire nel procedimento di prevenzione ai sensi degli articoli 23 e 57 ed il giudizio civile è sospeso sino alla conclusione del procedimento di prevenzione.

Il rinvio al codice antimafia permette una sicura individuazione delle ragioni dei terzi meritevoli di tutela, con un evidente ampliamento anche ai creditori senza diritto reale di garanzia.

Art. 52 d.lgs. 152/2011: «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:

a) che il proposto non disponga di altri beni sui quali esercitare la garanzia patrimoniale idonea al soddisfacimento del credito, salvo che per i crediti assistiti da cause legittime di prelazione su beni sequestrati¹⁸⁴;

b) 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'inconsapevole affidamento;

c) nel caso di promessa di pagamento o di ricognizione di debito, che sia provato il rapporto fondamentale;

d) nel caso di titoli di credito, che il portatore provi il rapporto fondamentale e quello che ne legittima il possesso».

Il richiamo all'art. 52 che contempla, espressamente, i diritti di credito, costituisce un ampliamento di tutela. Le SS.UU. Uniland, infatti, escludevano la salvaguardia del diritto di credito osservando, in motivazione «salvaguardato è il diritto di proprietà del terzo [...] oltre agli altri diritti reali insistenti sui predetti beni [...] la norma non parla di

¹⁸⁴ I crediti assistiti da cause legittime di prelazione su beni sequestrati: in tal caso i crediti hanno una relazione giuridica diretta col bene sequestrato.

salvaguardia dei diritti di credito eventualmente vantati da terzi proprio perché si intendono salvaguardare soltanto i beni, che seppure siano provento di illecito, appartengano – "cose appartenenti", secondo l'espressione usata dall'art. 240, terzo comma, cod. pen. – a terzi estranei al reato».

L'anteriorità del mero diritto di credito andrà provata secondo le regole civilistiche, dunque atto pubblico e scrittura privata. In assenza delle situazioni tipiche di certezza, «la data della scrittura privata è opponibile ai terzi se sia dedotto e dimostrato un fatto idoneo a stabilire in modo ugualmente certo l'anteriorità della formazione del documento»¹⁸⁵. Il problema si pone, specialmente, per i "fornitori d'impresa", ma la differenziazione di tutela è stata ritenuta costituzionalmente corretta¹⁸⁶. Per l'applicazione nella materia penale del principio, sembrano necessari adattamenti, verso una certa flessibilità, per cui «qualora manchi del tutto la prova documentale non sembrano consentite rigidità in quanto il requisito della data certa è stato introdotto dal legislatore sulla scia dell'orientamento giurisprudenziale relativo ai creditori muniti di diritto reale di garanzia tenuto conto della finalità del procedimento di prevenzione e della necessità di evitare elusioni alla relativa normativa [...] Di conseguenza sarà possibile, ad esempio, provare i crediti del lavoratore pur in mancanza di regolarizzazione contabile o fiscale del rapporto» e pure la dottrina è contraria a rigidità sul punto¹⁸⁷.

La lettera a) richiede, salvo pegno ed ipoteca, che il sequestrato non disponga di altri beni sui quali il terzo possa trovare soddisfazione: la finalità confiscatoria, col futuro acquisto del bene in capo ad un nuovo titolare, richiede di "separare", in un certo modo, le pretese dei creditori anteriori. Nelle società di persone il creditore societario potrà rivalersi pure sui beni personali dell'imprenditore – seppur con i limiti di cui agli artt. 2034, 2268, 2315 e 2461 c.c. Quando la misura abbia attinto i beni strumentali di una società di capitali, i creditori potranno fare affidamento solo su questi a meno che l'imprenditore o un terzo abbiano concesso una garanzia personale o reale per le obbligazioni societarie. Dunque, la specificazione in parola sembra un'applicazione delle regole derivanti dall'art. 2740 c.c. e dal *beneficium excussionis*¹⁸⁸. Nel caso venga

¹⁸⁵ Sez. I, Sentenza n. 19656 del 01/10/2015, Rv. 637288 – 01 che prosegue: «la relativa prova può essere fornita anche per testimoni o in via presuntiva, atteso che, a differenza di quella vertente direttamente sulla data, i limiti probatori previsti dalla citata norma riguardano la natura del fatto idoneo a stabilire con certezza l'anteriorità, non anche le modalità di prova di tale fatto».

¹⁸⁶ Corte Cost., ordinanza n. 101 del 2015, commentata da F. MENDITTO, in *D.P.C.*, on line, 7.7.2015, *Confisca di prevenzione e tutela dei terzi creditori. Un difficile bilanciamento di interessi. Approfondimento a margine dei recenti interventi della Corte costituzionale (sentenza n. 94 del 2015 e ordinanza n. 101 del 2015)*. Nel caso alla base dell'ordinanza di rimessione i fornitori dell'impresa avevano chiesto di provare il loro credito con documenti o prove testimoniali, nonché con le scritture contabili proprie e della società colpita dal provvedimento ablativo.

¹⁸⁷ Cfr. F. MENDITTO, *Confisca di prevenzione e tutela dei terzi creditori. Un difficile bilanciamento di interessi. Approfondimento a margine dei recenti interventi della Corte costituzionale (sentenza n. 94 del 2015 e ordinanza n. 101 del 2015)*, cit. p. 35.

¹⁸⁸ Si vedano sul punto le osservazioni di A. AIELLO, [Spunti di riflessione in ordine alla tutela dei terzi nel c.d. codice antimafia](#), in *Dir. pen. cont.*, 11 aprile 2014, pp. 4, 5 e 7, 8 e 9, sulla distinzione tra sequestro di beni determinati e di aziende e sulla differente tutela per i chirografari; dello stesso Autore si veda anche, per la

aperta la liquidazione giudiziale, ebbene, il creditore ivi insoddisfatto, per il residuo potrà soddisfarsi sui beni sequestrati e confiscati a meno che la misura reale non abbia appreso tutti i beni siccome, in questa eventualità, la previsione di una preventiva ed inutile escussione dei beni estranei alla cautelare penale reale sarebbe priva di significato pratico. Il requisito in parola, inoltre, permette di scongiurare gli effetti indiretti del delitto: richiedendo che il creditore non abbia trovato soddisfazione sugli altri beni del sequestrato, si limita l'effetto liberatorio connesso alla partecipazione sul ricavato di quelli confiscati.

Deve pure accennarsi al caso, previsto dall'art. 63, comma 7, secondo periodo e dall'art. 64, comma 1, che al precedente rinvia, della revoca della misura a liquidazione conclusa: è prevista un'ipotesi di riapertura senza termini della procedura concorsuale, anche su iniziativa del pubblico ministero. I beni rilasciati dal vincolo penale devono essere nuovamente messi a disposizione dei creditori, nei limiti di quanto residua della loro pretesa.

C'è da chiedersi, in generale, se il creditore debba aver posto in essere le procedure recuperatorie sui beni diversi da quelli in oggetto oppure possa limitarsi a dedurre che il suo agire sarebbe dispendioso o inutile. Siccome prima della L. 161/2017 era necessaria la prova della previa escussione del patrimonio e la legge ha fatto propria la soluzione più agevole praticata in alcuni tribunali, deve ritenersi che il creditore possa avvalersi della seconda delle soluzioni possibili.

La non strumentalità del credito, buona fede ed incolpevole affidamento hanno un significato proprio nel sistema della prevenzione: un mutuo consente al proposto, mediante la restituzione della somma e degli interessi, di investire denaro accumulato *ex delicto*. Nella materia penale dovrà essere elaborato diversamente il requisito della strumentalità dal momento che alcune condotte possono assurgere a concorso nel reato. Qualora la confisca sia adottata per sproporzione (art. 240-bis c.p.) sembra mancare il collegamento con un'attività illecita pregressa o meglio essa, pur data per presupposta nell'intenzione del legislatore per quella forma di ablazione, è di difficile collegamento con il giudizio richiesto dalla lettera b).

La buona fede, essenziale al terzo nel caso di vantaggio oggettivo e da valutarsi al momento di conclusione del contratto che origina il diritto di credito¹⁸⁹, viene fatta oggetto di una specifica disposizione nel d.lgs. 159/2011: «nella valutazione della buona fede, 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» (art. 52, comma 3). Su questo concetto, in precedenza, sono intervenute le SS.UU. Uniland, affermando che

trattazione di diversi profili e circa la tutela dei terzi, [Brevi riflessioni sulla disciplina del codice antimafia in tema di tutela dei terzi alla luce dell'ultima proposta di riforma](#), in *Dir. pen. cont.*, 20 aprile 2016.

Per la tutela delle ragioni creditorie nella procedura di prevenzione, a seconda della forma, individuale o collettiva, dell'impresa e dell'oggetto del sequestro v. F. VERDOLIVA, *sub* art. 64, cit.

¹⁸⁹ Sez. VI, n. 2334 del 15/10/2014 – dep. 19/01/2015, Italfondiario S.p.a., Rv. 26328101 anche per riferimenti all'ipotesi di successione nell'originario rapporto giuridico.

«il concetto di buona fede per il diritto penale è diverso da quello di buona fede civilistica a norma dell'art. 1147 cod. civ., dal momento che anche i profili di colposa inosservanza di doverose regole di cautela escludono che la posizione del soggetto acquirente o che vanta un titolo sui beni da confiscare o già confiscati sia giuridicamente da tutelare»¹⁹⁰. I parametri previsti esplicitamente sono obbligatori, nel senso che essi debbono essere necessariamente valutati dal giudice, il quale, però, può tenere in conto anche di altri, ove emersi dalla concreta fattispecie¹⁹¹. Di particolare importanza la valutazione di questo criterio per gli istituti di credito che, per la specializzazione loro propria, sono ritenuti destinatari di obblighi di informazione valutazione particolarmente stringenti: l'acribia che mostrano nella concessione del credito va spesa pure nella valutazione del profilo del creditore¹⁹².

Sull'onere della prova deve registrarsi un contrasto. Le SS.UU. civili, ritenendo che il creditore, seppur intervenendo in sede penale, abbia una veste sostanzialmente sovrapponibile a quella di attore¹⁹³, ritengono che su di lui incomba l'onere di provare – e non solo allegare – i fatti costitutivi della sua pretesa, indi anche l'incolpevole affidamento; a questo esito sono pervenute anche le SS.UU. Focarelli. Di contrario avviso, però, SS.UU. Uniland, con soluzione condivisa pure in dottrina¹⁹⁴. Dalla lettura del codice antimafia appare comunque escluso il principio civilistico della presunzione della buona fede, introducendosi «una presunzione relativa di strumentante del credito»¹⁹⁵.

¹⁹⁰ La sentenza prosegue, osservando che, «appare opportuno ricordare che la correttezza di tale indirizzo giurisprudenziale è stata riconosciuta dal legislatore, che lo ha, per così dire, normativizzato, perché nel prevedere la confisca obbligatoria in materia di contraffazione di marchi e segni distintivi all'art. 474-bis cod. pen., introdotto dall'art. 15, comma 1, lett. c), legge 23 luglio 2009, n. 99, ha escluso la confisca delle cose appartenenti a terzi «quando questi dimostrino di non aver potuto prevedere l'illecito impiego, anche occasionale, delle cose o la loro illecita provenienza e di non essere incorsi in un difetto di vigilanza».

¹⁹¹ Si veda in motivazione SS.UU. civ., Sentenza n. 10532 del 07/05/2013, Rv. 626570 – 01, cit.; SS.UU. civ., Sentenza n. 10532 del 07/05/2013, Rv. 626570 – 01, cit.

¹⁹² Sez. I, Sentenza n. 33796 del 2011, Simeoli, inedita, citata in F. MENDITTO, *Confisca di prevenzione e tutela dei terzi creditori. Un difficile bilanciamento di interessi. Approfondimento a margine dei recenti interventi della Corte costituzionale (sentenza n. 94 del 2015 e ordinanza n. 101 del 2015)*, cit., cui si rinvia per altre indicazioni circa gli istituti di credito.

¹⁹³ SS.UU. civ., Sentenza n. 10532 del 07/05/2013, Rv. 626570 – 01, cit., che, a dire il vero, fa pure affidamento su un altro canone, purtroppo smentito dalla tecnica legislativa, quello del c.d. legislatore razionale. In motivazione: «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. Deve ritenersi 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, convergono nell'addossare a quest'ultimo la prova positiva delle condizioni per l'ammissione al passivo del suo credito. 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, vuoi dire che le recepisce: cioè le fa normativamente proprie».

¹⁹⁴ M. BONTEMPELLI, *Sequestro preventivo a carico della società fallita, tutela dei creditori di buona fede e prerogative del curatore*, cit., p. 12.

¹⁹⁵ Così, in motivazione, per la prevenzione, Cass., Sez. I, n. 17015 del 12/12/2014 – dep. 23/04/2015, Banca Delle Marche Spa, Rv. 26331501.

Le lettere c) e d) disciplinano ipotesi specifiche¹⁹⁶ nelle quali l'astrattezza del titolo potrebbe nascondere un rapporto fondamentale fittizio e, unitamente ai requisiti precedenti, fundamentalmente inducono dei cambiamenti nell'accertamento del passivo, pure derogando alle regole civilistiche degli artt. 1988 e 1992 C.c. Si pensi alle azioni cambiarie: nella procedura concorsuale l'astrattezza e l'autonomia della cambiale pone in capo alla curatela l'onere di dimostrare, ad esempio, l'estinzione del credito o la sua inesistenza, laddove nel procedimento di prevenzione sarà il portatore del titolo a dover dimostrare la fondatezza della sua domanda nonché, per i casi di girate, come abbia ottenuto il possesso, dunque ricostruendo i vari passaggi di mano del titolo.

Se i «diritti di credito per titolo anteriore al sequestro» – art. 53 d.lgs. 159/2011 – sono soddisfatti nel limite del 60 per cento del valore dei beni sequestrati, previa verifica della loro consistenza secondo quanto previsto dagli artt. 57 a 62, la sorte dei diritti reali – di godimento o di garanzia – e dei diritti personali di godimento è diversa. L'art. 52 del d.lgs. 159/2011, al comma quarto stabilisce che la confisca definitiva determina «lo scioglimento dei contratti aventi ad oggetto un diritto personale di godimento o un diritto reale di garanzia, nonché l'estinzione dei diritti reali di godimento sui beni stessi»¹⁹⁷; il comma quinto riconosce, in prededuzione, «ai titolari dei diritti di cui al comma 4 [...] un equo *indennizzo* commisurato alla durata residua del contratto o alla durata del diritto reale». Per questo tipo di diritti, dunque, l'indennità non trova il limite percentuale previsto per i diritti di credito. La limitazione percentuale, per i diritti di credito, consegue alla scelta del legislatore del 2011 di riconoscere tutela pure ai creditori chirografari. Queste disposizioni, inoltre, paiono conferire alla confisca la natura di titolo di acquisto a titolo originario¹⁹⁸, spettando al terzo di buona fede una tutela indennitaria.

La procedura di verifica dell'art. 52 d.lgs. 159/2011 è esclusa nelle ipotesi di crediti per beni e servizi, sorti prima della misura cautelare reale, relativi a prestazioni «collegate a rapporti commerciali essenziali per la prosecuzione dell'attività» (art. 54-*bis* d.lgs. 159/2011). In queste limitate ipotesi il legislatore, con la L. 161/2017, ha inteso assicurare la sopravvivenza delle attività economiche, prevedendo che l'amministratore giudiziario formuli la richiesta al giudice delegato¹⁹⁹.

Sull'individuazione del giudice che ha emesso il titolo cautelare quale soggetto sempre competente possono farsi alcune considerazioni. Nel sistema previgente,

¹⁹⁶ Molto ricorrenti nei procedimenti di prevenzione.

¹⁹⁷ Comma così sostituito dall' art. 20, comma 1, lett. d), L. 17 ottobre 2017, n. 161.

¹⁹⁸ «Quel che pare anche avere avuto soluzione è la natura dell'acquisto del bene confiscato da parte dello Stato che, a seguito dell'estinzione di diritto dei pesi e degli oneri iscritti o trascritti prima della misura di prevenzione della confisca acquista un bene non più a titolo derivativo, ma libero dai pesi e dagli oneri, pur iscritti o trascritti anteriormente alla misura di prevenzione. In sostanza, superando la condivisa opinione della giurisprudenza civile e penale sulla natura derivativa del titolo di acquisto del bene immobile da parte dello Stato a seguito della confisca, il legislatore ha inteso ricomprendere questa misura nel solco delle cause di estinzione dell'ipoteca disciplinate dall'art. 2878 c.c.», così, in motivazione, SS.UU. civ., Sentenza n. 10532 del 07/05/2013, Rv. 626570 – 01, in *Giurisprudenza Italiana*, 2013, VI, p. 1246, con nota di P. e V. CARBONE, *Rapporti tra la confisca di un immobile e le precedenti ipoteche*. Sulla natura originaria dell'acquisto per la confisca di prevenzione si veda F. VERDOLIVA, *sub* art. 64, cit. e la dottrina ivi citata.

¹⁹⁹ Sulle ragioni della disposizione, F. MENDITTO, *sub* art. 54 bis, in G. SPANGHER – A. MARANDOLA (a cura di), *Commentario breve al codice antimafia e alle altre misure di prevenzione*, cit.

dunque quello dell'incidente di esecuzione, competente a decidere era, secondo le regole generali dell'esecuzione penale, il giudice che aveva pronunciato il provvedimento divenuto irrevocabile per ultimo nei confronti dell'imputato, anche se la questione proposta non riguardava la decisione da lui emessa²⁰⁰.

Nell'ipotesi di dichiarazione di liquidazione giudiziale successiva al sequestro, la scelta di sottrarre al giudice "fallimentare" la verifica sui beni sequestrati e separati dalla massa attiva, affidandola a quello della prevenzione – art. 63, c. 4, ad opera della L. 161/2017 – aveva un senso proprio – tutelare i lavoratori delle aziende in mano alla criminalità organizzata, favorendo pure l'emersione del lavoro irregolare²⁰¹ – che non pare ricorrere al di fuori di tale ambito specifico. Anche l'argomento della migliore attitudine del giudice penale alla verifica del requisito della buona fede²⁰² sembra controvertibile, potendosi osservare come ora esso si trovi a maneggiare istituti propri delle procedure concorsuali ai quali di certo non è aduso. Di certo il giudice della misura reale – eventualmente in sede di appello cautelare – ha un maggiore polso dei fatti, ma dovrà attrezzarsi per decidere questioni sinora per lui inedite; inoltre, col procedere delle scansioni processuali, il giudice dell'ordinanza genetica si scosta sempre di più dalle vicende processuali²⁰³. Come s'è parlato di "fallimentarizzazione" del giudice della prevenzione²⁰⁴, questo processo lo subisce anche il giudice della cautela penale reale. Nel caso in cui gli unici beni oggetto di spossessamento siano quelli sequestrati, la tutela delle ragioni dei creditori e dei terzi sarà tutta spostata sul giudice penale; a lui competerà, integralmente, la verifica del passivo.

Ma anche il giudice civile può trovarsi a maneggiare situazioni nuove, perché il legislatore ha voluto un *double check*. Seguendo nella lettura dell'art. 63 d.lgs. 159/2011, commi 4 e 5, dichiarata la liquidazione e separati i beni sottoposti a sequestro o confisca, il giudice penale provvede alla verifica dei crediti e dei diritti inerenti ai rapporti relativi ai suddetti beni. Ma il giudice delegato, a sua volta, oltre a dover procedere all'accertamento del passivo e dei diritti dei terzi (art. 63, c. 4, d.lgs. 159/2011) – pure sui beni sottoposti alle ragioni penali²⁰⁵ – deve verificare, «anche con riferimento ai rapporti relativi ai beni sottoposti a sequestro, la sussistenza delle condizioni di cui all'articolo 52, comma 1, lettere b), c) e d) e comma 3 del presente decreto»: le poste fittizie, le intestazioni di comodo non ancora emerse, vanno ricercate anche dal giudice civile,

²⁰⁰ Cass., Sez. I, n. 17545 del 20/04/2012 – dep. 10/05/2012, Confl. comp. in proc. Gasparrini e altro, Rv. 25288701.

²⁰¹ F. VERDOLIVA, *sub* art. 63, in in G. SPANCHER – A. MARANDOLA (a cura di), *Commentario breve al codice antimafia e alle altre misure di prevenzione*, CEDAM, 2019.

²⁰² F. MENDITTO, *Confisca di prevenzione e tutela dei terzi creditori. Un difficile bilanciamento di interessi. Approfondimento a margine dei recenti interventi della Corte costituzionale (sentenza n. 94 del 2015 e ordinanza n. 101 del 2015)*, cit. p. 21.

²⁰³ Si vedano pure le considerazioni di L. BARONE, in A. BASSI (a cura di), *La cautela nel sistema penale. Misure e mezzi di impugnazione*, CEDAM, 2016, p. 363 e 364.

²⁰⁴ G. MINUTOLI, *Verso una fallimentarizzazione del giudice della prevenzione antimafia*, in *Fallimento*, 2011, p. 1271 ss.

²⁰⁵ A. FICO, *Ratio, condizioni ed incongruenze della "nuova" ipotesi di chiusura del fallimento prevista dal codice antimafia*, cit., p. 84.

potendosi nascondere, nelle pieghe dei rapporti dei terzi con l'imprenditore, ulteriori ragioni di rilievo penale.

La duplicazione dei controlli e l'intervento di due giudici può dar luogo ad interferenze almeno nel caso in cui la liquidazione intervenga dopo che il giudice penale ha già effettuato la verifica dei crediti secondo il d.lgs. 159/2011, emettendo il decreto di esecutività. Ai sensi dell'art. 59, c. 4, d.lgs. 159/2011, però, «i provvedimenti di ammissione e di esclusione dei crediti producono effetti solo nei confronti dell'Erario», quindi non sembrano possibili pregiudizi verso la procedura liquidatoria poiché; non può escludersi che il giudice civile, anche per economia processuale, faccia riferimento al decreto del giudice penale²⁰⁶.

I terzi possono essere avvantaggiati anche dalle iniziative intraprese ai sensi dell'art. 63, c. 8, dall'amministratore giudiziario poiché i beni recuperati grazie alla dichiarazione di inefficacia dell'atto rientrano tra quelli sequestrati o confiscati; il diritto del creditore revocato sottostà ai criteri, generali, di cui all'art. 52.

²⁰⁶ G. MINUTOLI, *Codice antimafia: il rapporto tra misure di prevenzione, fallimento e tutela dei terzi*, in *Il Fallimento*, 2011, XI, p. 1274.