

Parte II

Cautele reali e vincoli patrimoniali

Capitolo VII

Misure di prevenzione patrimoniali e procedure concorsuali

Giorgio Costantino

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le misure penali. – 3. Dubbi di legittimità costituzionale. – 4. L'interpretazione della giurisprudenza.

1. *Premessa*

Appare doveroso un ringraziamento ai colleghi, professori Luca Marafioti e Luca Lupária, per questa preziosa occasione di confronto sui rapporti tra processo penale e processo civile.

In generale, la disciplina del processo civile costituisce l'archetipo di ogni normativa processuale: sono espressamente in questo senso l'art. 39 c.p.a., approvato con d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, per quanto riguarda il processo amministrativo, l'art. 7, comma 2, c.p. cont., approvato con d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174, per quanto riguarda il processo contabile e l'art. 1, comma 2, c.p. trib., approvato con d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, per quanto riguarda il processo tributario. Dal punto di vista dell'ordinamento giudiziario, la giurisdizione penale è esercitata, come quella civile, da magistrati ordinari: la Scuola Superiore della Magistratura organizza ogni anno corsi di aggiornamento per il passaggio dal penale al civile e viceversa. Sul piano accademico, il diritto processuale penale ha acquistato tardi autonomia dal diritto penale sostanziale. Anche per quanto riguarda il processo penale, l'elaborazione teorica sul processo civile costituisce un riferimento fondamentale.

Per queste ragioni, e non solo, l'occasione di discussione merita apprezzamento e gratitudine.

In questo contesto, il rapporto tra misure di prevenzione penali e procedu-

re concorsuali assume un ruolo marginale. Non riguarda gli argomenti fondamentali, oggetto di altri contributi.

Il tema coinvolge questioni rilevanti anche sul piano teorico e sistematico; in particolare riguarda la rilevanza dell'origine della ricchezza. Sul piano applicativo, si tratta di verificare chi abbia il potere di provvedere alla verifica dei crediti ed alla gestione dei beni nel periodo, talvolta assai lungo, intercorrente dal sequestro alla confisca.

Lo scopo delle misure patrimoniali penali «per equivalente» consiste nell'evitare che l'autore del reato goda, anche indirettamente, del profitto dei reati. Esse non pregiudicano gli interessi dei creditori di buona fede. Questo requisito è stato affermato, in deroga alla previsione di cui all'art. 1147 c.c., al fine di evitare che la soddisfazione dei crediti possa essere lo strumento per recuperare i beni.

Ai sensi dell'art. 52, comma 1, del codice antimafia «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»; e, ai sensi dell'art. 53, lo Stato risponde «nel limite del 60 per cento del valore dei beni sequestrati o confiscati, risultante dalla stima redatta dall'amministratore o dalla minor somma eventualmente ricavata dalla vendita degli stessi». I diritti dei creditori sono fatti espressamente «salvi» dall'art. 19, d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231. Nessuna disposizione prevede la revocabilità dei pagamenti.

In generale, in nessun caso è consentita la realizzazione coattiva di un credito prescindendo dai diritti degli altri creditori e dalle regole che governano la garanzia patrimoniale. Anche i poteri di autotutela dello Stato e delle pubbliche amministrazioni si arrestano di fronte al principio per il quale il patrimonio del debitore costituisce la garanzia patrimoniale di tutti i creditori: il concorso dei creditori è previsto anche nel procedimento per la «riscossione coattiva» di cui al d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, ed in quello per la riscossione delle entrate patrimoniali dello Stato di cui al r.d. 14 aprile 1910, n. 639. Qualora, peraltro, vi fosse una previsione legislativa in tal senso, essa sarebbe illegittima per violazione dell'art. 24, comma 1, Cost., perché priverebbe i creditori concorrenti del diritto di agire: il diritto alla conservazione della garanzia patrimoniale ed alla soddisfazione del credito non può mai essere pregiudicato da provvedimenti ablativi.

È, dunque, fuori discussione che i diritti dei creditori di buona fede non possano essere pregiudicati, che l'esistenza, l'ammontare dei crediti, la sussistenza e la collocazione delle cause di prelazione debbano essere oggetto di accertamento giudiziale e che i beni ritenuti «profitto del reato», oggetto delle misure penali conservative, debbano essere gestiti ed amministrati sotto il controllo giudiziale, in funzione della confisca o della restituzione, a seconda degli esiti degli accertamenti penali.

In relazione a tali questioni assume rilevanza il rapporto tra processo penale e processo civile, tra magistrati penali e magistrati civili.

Un'ulteriore ragione di ringraziamento per l'organizzazione dell'incontro deriva dalla circostanza che essa offre l'occasione di confronto su un tema oggetto di attenzione risalente¹, che ha acquistato rinnovata attualità in relazione alla disciplina contenuta nel codice della crisi d'impresa, c.c.i. di cui al d.lgs. 14 gennaio 2019, n. 12, emanato in attuazione della legge delega 19 ottobre 2017, n. 155, che dovrebbe entrare in vigore il 1° settembre 2021, ai sensi dell'art. 389, comma 1, quale modificato dall'art. 5, d.l. 8 aprile 2020, n. 23, convertito in l. 5 giugno 2020, n. 40².

2. *Le misure penali*

La legge delega 19 ottobre 2017, n. 155, all'art. 13, ha attribuito al legislatore delegato il compito di adottare «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», nonché «disposizioni di coordinamento con la disciplina di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, e, in particolare, con le misure cautelari previste dalla disciplina sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, nel rispetto del principio di prevalenza del regime concorsuale, salvo che ricorrano ragioni di preminente tutela di interessi di carattere penale».

Nella Relazione con la quale lo schema di decreto legislativo è stato presentato al Parlamento si è osservato che «il tenore letterale della disposizione avrebbe consentito due possibili soluzioni: 1) il mero coordinamento fra normativa in tema di misure di prevenzione e liquidazione giudiziale, imponendo la prevalenza delle misure adottate nel procedimento di prevenzione rispetto

¹Esso è stato oggetto delle relazioni e degli interventi svolti negli incontri svoltosi a Bari il 14 febbraio 1997, «*Le misure di prevenzione patrimoniali. Teoria e prassi applicativa*»; a Roma, presso l'Avvocatura dello Stato, il 3 ottobre 2013, «*Codice Antimafia: patrimoni confiscati, oneri probatori e garanzia difensiva*»; a Polignano a Mare (BA) il 17 maggio 2017, «*Sequestro e confisca per equivalente*»; a Trani, il 29 novembre 2016, «*Gli effetti dei sequestri penali nel processo civile*»; a Milano il 2 febbraio 2019, «*Interferenze tra misure reali e di prevenzione penali ed esecuzione*».

²Le riflessioni svolte nelle pagine che seguono, oggetto di eventuale revisione, sono destinate al *Commentario delle procedure concorsuali*, diretto da Antonio Carratta, in corso di pubblicazione con l'editore Zanichelli.

alla normale attività di liquidazione giudiziale, [...] 2) la disciplina del rapporto fra misure cautelari penali in senso proprio, sequestri preventivi e conservativi, e procedure concorsuali secondo il sistema delineato dal decreto legislativo 6 settembre 2011, n.159 [...] si è privilegiata, dunque, la seconda soluzione».

Appare scontato che deve trattarsi di misure cautelari patrimoniali. È ovvio che le misure cautelari personali possono assumere una qualche rilevanza nella liquidazione giudiziale con esclusivo riferimento all'obbligo del debitore e degli amministratori o dei liquidatori della società o dell'ente nei cui confronti è aperta la liquidazione giudiziale, di «comunicare al curatore la propria residenza ovvero il proprio domicilio e ogni loro cambiamento», ai sensi dell'art. 149, comma 1, c.c.i.

Diverse sono le misure penali patrimoniali.

Il sequestro conservativo, ai sensi dell'art. 316 c.p.p., può essere chiesto «se vi è fondata ragione di ritenere che manchino o si disperdano le garanzie per il pagamento della pena pecuniaria, delle spese di procedimento e di ogni altra somma dovuta all'erario dello Stato».

Il «sequestro» probatorio, ai sensi dell'art. 253 c.p.p., ha per oggetto il «corpo del reato» e «le cose pertinenti al reato necessarie per l'accertamento dei fatti». Nonostante il nome, non può essere considerato una misura cautelare patrimoniale.

Quello preventivo «impeditivo», ai sensi dell'art. 321, comma 1, c.p.p., ha per oggetto le cose pertinenti al reato che possono «aggravare o protrarre le conseguenze di esso ovvero agevolare la commissione di altri reati».

Il sequestro preventivo dei beni o delle cose che possono costituire oggetto di confisca, ai sensi dell'art. 321, commi 2 e 2-*bis*, c.p.p., presuppone che si indichino i possibili oggetti di quest'ultima.

Senonché la confisca non è un fenomeno unitario.

La confisca, infatti, ai sensi dell'art. 240 c.p., può avere per oggetto le «cose che costituiscono il prezzo del reato»³. Ancora ai sensi dell'art. 240 c.p., può avere per oggetto gli strumenti o le cose utilizzati per commettere il reato o l'illecito⁴. La confisca per equivalente ha per oggetto i beni dei

³ Per il quale oggetto della confisca possono essere il «denaro», i «beni» o le «altre utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica».

⁴ Possono essere oggetto di confisca i «beni» e «gli strumenti informatici o telematici [...] utilizzati per la commissione dei reati», nonché le «cose, la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione delle quali costituisce reato». In sintonia con tale previsione generale, gli artt. 270 e 416-*bis* c.p., prevedono la confisca «delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto, il profitto o che ne costituiscono l'impiego»; gli artt. 322-*ter*, 600-*septies*, 603-*bis* 2, 644, 648-*quater* c.p. quella dei beni che «costituiscono il profitto o il prezzo» del reato ovvero di quelli «di cui il reo ha la disponibili-

quali il reo ha la disponibilità ma dei quali non può giustificare la provenienza, quella del prezzo o del profitto del reato e quella delle cose o degli strumenti utilizzati per la commissione del reato o dell'illecito⁵. Alcune di-

tà»; gli artt. 452-*undecies*, 452-*quaterdecies*, 466-*bis* e 493-*bis* c.p. quella «delle cose che costituiscono il prodotto o il profitto del reato o che servirono a commettere il reato», «salvo che appartengano a persona estranea al reato»; ma l'art. 474-*bis* c.p. la estende ai «beni di cui il reo ha la disponibilità per un valore corrispondente al profitto», «a chiunque appartenenti».

⁵Tra le ipotesi di confisca delle cose o degli strumenti utilizzati per la commissione del reato o dell'illecito possono essere collocate la confisca «dell'animale, salvo che appartenga a persona estranea al reato», prevista dall'art. 544-*bis* c.p., che conclude il titolo IX *bis* del codice, intitolato «dei delitti contro il sentimento per gli animali»; quella «dei farmaci, delle sostanze farmaceutiche e delle altre cose servite o destinate a commettere il reato», prevista dall'art. 586-*bis* c.p.; quella «del denaro esposto nel giuoco e degli arnesi od oggetti ad esso destinati», prevista dall'art. 722 c.p.; quella «della cosa – artistica – deteriorata o comunque danneggiata», prevista dall'art. 733 c.p.; quella «dell'area sulla quale è realizzata la discarica abusiva se di proprietà dell'autore del reato», prevista dagli artt. 6, comma 1, lett. e), d.l. 6 novembre 2008, n. 172, conv. in l. 30 dicembre 2008, n. 210, 256 e 256-*bis* del codice dell'ambiente di cui al d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152; il comma 1-*bis* della prima disposizione e gli artt. 259 e 260-*ter* dello stesso codice prevedono anche quella dei veicoli. Anche l'art. 55, d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231, prevede la confisca «degli strumenti che sono serviti a commettere il reato». L'art. 1, comma 7, d.l. 14 marzo 2005, n. 35, conv. in l. 14 maggio 2005, n. 80, prevede la confisca «amministrativa» delle «cose che, per la loro qualità o per la condizione di chi le offre o per l'entità del prezzo, inducano a ritenere che siano state violate le norme in materia di origine e provenienza dei prodotti ed in materia di proprietà industriale». L'art. 174, comma 3, del Codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, prevede la confisca delle «cose di interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, bibliografico, documentale o archivistico» nonché di quelle indicate all'art. 11, comma 1, lett. f), g) e b), senza attestato di libera circolazione o licenza di esportazione; l'art. 178, comma 4, dello stesso codice prevede la confisca degli «esemplari contraffatti, alterati o riprodotti delle opere o degli oggetti indicati nel comma 1, salvo che si tratti di cose appartenenti a persone estranee al reato». L'art. 4, comma 49-*ter*, l. 24 dicembre 2003, n. 350, prevede la confisca delle merci e dei prodotti recanti false o fallaci indicazioni di provenienza o di origine. L'art. 44 (L) del T.U. sull'edilizia, di cui al d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, prevede la confisca «dei terreni, abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite». L'art. 2, comma 7, l. 19 marzo 2001, n. 92, prevede la confisca dei tabacchi lavorati oggetto di contrabbando. L'art. 12, comma 4-*ter*, del T.U. sull'immigrazione di cui al d.lgs. 25 luglio 1998, quella del mezzo di trasporto utilizzato per commettere il reato; il comma 5-*bis* quella «dell'immobile, salvo che appartenga a persona estranea al reato». L'art. 29, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 114, prevede la confisca «delle attrezzature e della merce» utilizzate per l'esercizio del commercio sulle aree pubbliche senza le prescritte autorizzazioni. L'art. 44, d.lgs. 26 ottobre 1995, n. 504, prevede la confisca dei «prodotti», delle «materie prime» e dei «mezzi comunque utilizzati per commettere le violazioni». L'art. 5, comma 3, d.l. 26 aprile 1993, n. 122, conv. in l. 25 giugno 1993, n. 205, prevede la confisca dell'immobile utilizzato «come luogo di riunione, di deposito o di rifugio o per altre attività comunque connesse al reato» ovvero nel quale «siano rinvenuti armi, munizioni, esplosivi od ordigni esplosivi o incendiari». L'art. 171-*sexies*, comma 2, l. 22 aprile 1941, n. 633, prevede la confisca «degli strumenti e dei materiali serviti o destinati a commettere i reati di cui agli artt. 171-*bis*, 171-*ter* e l'illecito amministrativo di cui all'art. 171-*quater* nonché delle videocassette, degli altri supporti audiovisivi o fonografici o informatici o multimediali abusivamente duplicati, riprodotti, ceduti, commercializzati, detenuti o introdotti sul territorio nazionale, ovvero non provvisti di contrassegno SIAE. L'art. 39 del T.U. di pubblica sicurezza di cui al r.d. 18 giugno 1931, n. 773, prevede la confisca

sposizioni consentono di collocare congiuntamente le ipotesi di confisca tra quelle per equivalente e tra quelle relative al prezzo o al profitto del reato⁶. Altre sono ipotesi di confisca soltanto del prezzo o del profitto del reato⁷.

«delle armi, munizioni e materie esplodenti»; l'art. 110 quella degli «apparecchi per i quali non siano stati rilasciati i titoli autorizzatori previsti dalle disposizioni vigenti». Si prestano anche ad essere collocate in questo contesto le numerose ipotesi di confisca previste dal codice della strada di cui al d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285: gli artt. 9-*bis*, comma 5, e 9-*ter*, comma 3, quella «dei veicoli dei partecipanti, salvo che appartengano a persona estranea al reato, e che questa non li abbia affidati a questo scopo»; l'art. 45, commi 9 e 9-*ter*, quella «delle cose oggetto della violazione»; l'art. 67, comma 7, quella «della targa non rispondente ai requisiti indicati o abusivamente fabbricata»; l'art. 70, comma 5, quella dei veicoli a trazione animale o con slitte; l'art. 77, comma 3-*bis*, quella dei componenti non omologati; l'art. 80, comma 14, quella del veicolo «che non sia stato presentato alla prescritta revisione»; l'art. 86, comma 2, quella della autovettura o del taxi; gli artt. 93, commi 7, 7-*bis*, 97, comma 14, 98 comma 4, 99, comma 5, 132, comma 5, 134, comma 2, prevedono la confisca dei veicoli privi della carta di circolazione o con carta irregolare; l'art. 100 quella del veicolo con targa irregolare; l'art. 101 quella delle targhe; l'art. 116, comma 17, prevede la confisca amministrativa del veicolo il cui conducente sia privo di patente; l'art. 168, comma 8-*bis*, prevede la confisca dei veicoli utilizzati per il trasporto di materiali pericolosi; l'art. 171, comma 5, prevede la confisca dei caschi non omologati; l'art. 172, comma 13, prevede la confisca delle cinture di sicurezza e dei seggiolini non omologati; gli artt. 176, comma 22, 186, comma 2, lett. c), comma 7, comma 9-*bis*, 186-*bis*, 187, commi 1 e 8-*bis*, 193, commi 4 e 4-*bis*, 216, comma 6, 217, comma 6, 218 prevedono la confisca del veicolo. L'art. 1232, comma 2, del codice della navigazione, prevede la confisca dell'aereomobile. Tra le ipotesi di confisca delle cose o degli strumenti utilizzati per la commissione del reato o dell'illecito, si collocano anche quelle di cui all'art. 28, comma 3, del testo unico sugli stupefacenti di cui al d.P.R. 3 ottobre 1990, n. 309, che prevede la confisca delle «piante illegalmente coltivate»; e dall'art. 74, comma 7-*bis*, che prevede quella «delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato».

⁶L'art. 2641 c.c. prevede «la confisca del prodotto o del profitto del reato e dei beni utilizzati per commetterlo»; l'art. 19-*bis*, d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252, prevede la confisca «delle cose che sono servite o sono state destinate a commettere il reato o che ne sono il prodotto o il profitto, salvo che appartengano a persona estranea al reato». L'art. 18, comma 1, d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, prevede la confisca del «mezzo di trasporto adoperato» per lo sfruttamento del lavoro minorile; il successivo comma 5 quella «del profitto che l'ente ha tratto dal reato, anche nella forma per equivalente». L'art. 187 del t.u.f. di cui al d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, prevede la confisca «del prodotto o del profitto conseguito dal reato e dei beni utilizzati per commetterlo». L'art. 301 del T.U. in materia doganale di cui al d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43, prevede la confisca «delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono l'oggetto ovvero il prodotto o il profitto», nonché dei «mezzi di trasporto».

⁷L'art. 11, l. 16 marzo 2006, n. 146, prevede la confisca «delle cose che costituiscono il prodotto, il profitto o il prezzo del reato» ovvero delle somme di denaro, dei beni o delle altre utilità «di cui il reo ha la disponibilità, anche per interposta persona fisica o giuridica, per un valore corrispondente a tale prodotto, profitto o prezzo»; l'art. 19, d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, prevede la confisca «del prezzo o del profitto del reato, salvo che per la parte che può essere restituita al danneggiato», ovvero delle «somme di denaro», dei «beni» o delle «altre utilità di valore equivalente al prezzo o al profitto del reato», e fa espressamente «salvi i diritti acquisiti dai terzi in buona fede»; l'art. 12-*bis*, d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, prevede la confisca «dei beni che [ne] costituiscono il profitto o il prezzo – del reato –, salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero, quando essa non è possibile, la confisca di beni, di cui il reo ha la disponibilità,

L'art. 240-*bis* c.p. prevede ulteriori ipotesi di confisca⁸.

La confisca per equivalente trova il suo archetipo nell'art. 24 del codice antimafia di cui al d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159⁹.

Il sequestro conservativo di cui all'art. 316 c.p.p. è una *species* del sequestro conservativo di cui all'art. 671 c.p.c.

In applicazione della regola generale di cui all'art. 150 c.c.i., corrispondente all'art. 51 l.f., l'art. 319 c.c.i. dispone che «in pendenza della procedura di

per un valore corrispondente a tale prezzo o profitto»; gli artt. 187-*sexies* e 193-*ter* del t.u.f. di cui al d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, prevede quella «del prodotto o del profitto dell'illecito» ovvero di «somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente». Vi rientra anche l'art. 7 del codice della strada di cui al d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285, che prevede la confisca delle somme percepite dai posteggiatori abusivi. In questo ambito rientra anche l'art. 31, comma 2, l. 13 settembre 1982, n. 646, che prevede la confisca «dei beni acquistati ovvero del corrispettivo dei beni alienati», ovvero «per un valore equivalente, di somme di denaro, beni o altre utilità». Si presta pure ad essere collocato nel secondo gruppo l'ipotesi di cui all'art. 73, comma 7-*bis*, del testo unico sugli stupefacenti di cui al d.P.R. 3 ottobre 1990, n. 309, che prevede la confisca del «profitto» o del «prodotto» del reato ovvero dei «beni di cui il reo ha la disponibilità per un valore corrispondente a tale profitto o prodotto».

⁸«Nei casi di condanna o di applicazione della pena su richiesta a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per taluno dei delitti previsti dall'articolo 51, comma 3-*bis*, del codice di procedura penale, dagli articoli 314, 316, 316-*bis*, 316-*ter*, 317, 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater*, 320, 322, 322-*bis*, 325, 416, realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dagli articoli 453, 454, 455, 460, 461, 517-*ter* e 517-*quater*, nonché dagli articoli 452-*quater*, 452-*octies*, primo comma, 493-*ter*, 512-*bis*, 600-*bis*, primo comma, 600-*ter*, primo e secondo comma, 600-*quater*.1, relativamente alla condotta di produzione o commercio di materiale pornografico, 600-*quinquies*, 603-*bis*, 629, 644, 648, esclusa la fattispecie di cui al secondo comma, 648-*bis*, 648-*ter* e 648-*ter*.1, dall'articolo 2635 del codice civile, o per taluno dei delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine costituzionale, è sempre disposta la confisca del denaro, dei beni o delle altre utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica. In ogni caso il condannato non può giustificare la legittima provenienza dei beni sul presupposto che il denaro utilizzato per acquistarli sia provento o reimpiego dell'evasione fiscale, salvo che l'obbligazione tributaria sia stata estinta mediante adempimento nelle forme di legge. La confisca ai sensi delle disposizioni che precedono è ordinata in caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta per i reati di cui agli articoli 617-*quinquies*, 617-*sexies*, 635-*bis*, 635-*ter*, 635-*quater*, 635-*quinquies* quando le condotte ivi descritte riguardano tre o più sistemi. Nei casi previsti dal primo comma, quando non è possibile procedere alla confisca del denaro, dei beni e delle altre utilità di cui allo stesso comma, il giudice ordina la confisca di altre somme di denaro, di beni e altre utilità di legittima provenienza per un valore equivalente, delle quali il reo ha la disponibilità, anche per interposta persona».

⁹Essa ha per oggetto i «beni sequestrati di cui la persona nei cui confronti è instaurato il procedimento non possa giustificare la legittima provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulti essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica», nonché i «beni che risultino essere frutto di attività illecite o ne costituiscono il reimpiego», ovvero gli «altri beni di valore equivalente e di legittima provenienza dei quali il proposto ha la disponibilità, anche per interposta persona».

liquidazione giudiziale non può essere disposto sequestro conservativo ai sensi dell'articolo 316 del codice di procedura penale sulle cose di cui all'articolo 142»; e che «quando, disposto sequestro conservativo ai sensi dell'articolo 316 del codice di procedura penale, è dichiarata l'apertura di liquidazione giudiziale sulle medesime cose, 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».

Il «sequestro» probatorio *ex art. 253 c.p.p.* non dovrebbe interferire in alcun modo con la procedura di liquidazione giudiziale. Qualora esso abbia ad oggetto beni commerciabili, che possono essere acquisiti all'attivo della procedura ed inseriti nel programma di liquidazione di cui all'art. 216 c.c.i., le esigenze probatorie penali non dovrebbero costituire alcun ostacolo per la soddisfazione dei creditori. Questa misura penale è, quindi, giustamente ignorata dal codice della crisi.

Le questioni relative alla interferenza tra liquidazione giudiziale e misure cautelari penali riguardano, pertanto, soltanto i rapporti tra la prima, il sequestro preventivo funzionale alla confisca di cui all'art. 321, comma 2, c.p.p. e il sequestro «impeditivo» di cui all'art. 321, comma 1, c.p.p.

Ai sensi dell'art. 317, comma 2, c.c.i., «per misure cautelari reali di cui al comma 1 si intendono i sequestri delle cose di cui è consentita la confisca disposti ai sensi dell'articolo 321, comma 2, del codice di procedura penale». In relazione a queste misure, esso richiama le «disposizioni del Libro I, titolo IV del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, salvo quanto previsto dagli articoli 318, 319 e 320».

L'art. 63, comma 4, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, sotto la rubrica «Dichiarazione di fallimento successiva al sequestro», dispone che «i beni assoggettati a sequestro o confisca sono esclusi dalla massa attiva fallimentare» e che «la verifica dei crediti e dei diritti inerenti ai rapporti relativi ai suddetti beni viene svolta dal giudice delegato del tribunale di prevenzione nell'ambito del procedimento di cui agli articoli 52 e seguenti». L'art. 64, comma 1, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, sotto la rubrica «Sequestro successivo alla dichiarazione di fallimento», a sua volta, stabilisce che «ove sui beni compresi nel fallimento ai sensi dell'articolo 42 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 sia disposto sequestro, il giudice delegato al fallimento, sentito il curatore ed il comitato dei creditori, dispone con decreto non reclamabile la separazione di tali beni dalla massa attiva del fallimento e la loro consegna all'amministratore giudiziario». Ai sensi dell'art. 63, comma 6, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, infine, «se nella massa attiva del fallimento sono ricompresi esclusivamente beni già sottoposti a sequestro, il tribunale, sentiti il curatore e il comitato dei creditori, dichiara chiuso il fallimento con decreto ai sensi dell'articolo 119 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e successive modificazioni». Il d.lgs. 6

settembre 2011, n. 159, è richiamato anche dall'art. 12-*sexies*, comma 4-*bis*, d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. in l. 7 agosto 1992, n. 356, novellato dall'art. 31, comma 1, lett. e), l. 17 ottobre 2017, n. 161, inserito nel codice penale *sub* art. 240-*bis*, nonché dall'art. 104-*bis* disp. att. c.p.p., ancora novellato dall'art. 373 c.c.i.

In tutte queste ipotesi, dunque, le misure cautelari penali prevalgono sulla liquidazione giudiziale, in deroga alla regola generale di cui all'art. 150 c.c.i.

In applicazione di questa regola generale, invece, l'art. 318 c.c.i., al comma 1, vieta la pronuncia del sequestro «impeditivo» dopo l'apertura della liquidazione giudiziale: «in pendenza della procedura di liquidazione giudiziale non può essere disposto sequestro preventivo» e, al comma 2, prevede la revoca del sequestro, qualora la misura cautelare penale abbia preceduto l'apertura della liquidazione giudiziale¹⁰.

La disposizione specifica che oggetto del sequestro devono essere beni suscettibili di essere acquisiti all'attivo della procedura ai sensi dell'art. 216 c.c.i., «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», ovvero «cose non suscettibili di liquidazione, per disposizione di legge o per decisione degli organi della procedura», nonché i beni non compresi nella liquidazione giudiziale e cioè quelli di natura strettamente personale, quanto è necessario per il mantenimento del debitore e della sua famiglia, i frutti dell'usufrutto legale sui beni dei figli, i beni costituiti in fondo patrimoniale e i frutti di essi e le cose che non possono essere pignorate per disposizione di legge.

Come appare ovvio e scontato che non si pone alcun problema in riferimento alle misure cautelari penali personali, sembra anche ovvio e scontato che nessuna questione può sussistere in relazione ai beni che non possono essere liquidati: se il sequestro preventivo ha per oggetto armi o droghe o altri prodotti pericolosi ai sensi della direttiva 2001/95/CE¹¹, o se il debitore persona fisica o gli amministratori o i liquidatori della società sono stati privati della libertà personale, non assume alcuna rilevanza la preclusione delle azioni cautelari prevista dall'art. 150 c.c.i., riproduttivo dell'art. 51 l.f.

L'art. 320 c.c.i., infine, riconosce espressamente la legittimazione del cura-

¹⁰ Per un analitico esame degli effetti della riforma nell'ambito delle procedure concorsuali, v. lo *Schema protocollo curatori* intitolato «*Le interferenze tra sequestri penali e di prevenzione con le procedure di fallimento e le procedure di liquidazione giudiziale*», elaborato dal Trib. Roma, prot. 1297/19, del 24 settembre 2019: www.tribunale.roma.it/documentazione/D_17392.pdf.

¹¹ «Relativa alla sicurezza generale dei prodotti». In attuazione della Direttiva indicata nel testo, nel sito del Ministero della salute, è reperibile l'elenco dei prodotti «pericolosi»: http://www.salute.gov.it/portale/temi/p2_4.jsp?lingua=italiano&tema=Ambiente%20e%20salute&area=sicurezzaGiocattoli. Con specifico riferimento ai giocattoli pericolosi, v. il d.lgs. 11 aprile 2011, n. 54.

tore ad agire innanzi al giudice penale, nonché in sede di impugnazione, per l'accertamento, in applicazione della prevalenza della liquidazione giudiziale sui sequestri preventivi di beni suscettibili di liquidazione ai sensi dell'art. 216 c.c.i.: «il curatore può proporre richiesta di riesame e appello» ed «è legittimato a proporre ricorso per cassazione».

3. *Dubbi di legittimità costituzionale*

In riferimento agli interessi in gioco, la soluzione accolta dal codice della crisi, nella parte in cui applica la regola generale di cui all'art. 150 c.c.i. in commento, appare razionale e coerente.

Si può dubitare, invece, della ragionevolezza della deroga prevista in riferimento ai casi di sequestro dei beni confiscabili, pur affermata dall'art. 13 della legge delega 17 ottobre 2017, n. 155¹².

Suscita perplessità l'affermazione per la quale «la prevalenza delle esigenze pubblicistiche penali sulle ragioni del creditore del soggetto colpito dalle misure di sicurezza patrimoniali [...] costituisce principio generale dell'ordinamento»¹³.

¹² Nella Relazione con la quale lo schema di decreto legislativo è stato presentato al Parlamento, a questo proposito, si è rilevato che «si è inteso il coordinamento nel senso di disciplinare in maniera uniforme ogni sequestro penale destinato a sfociare in un provvedimento di confisca, e ciò mediante rinvio al titolo IV del più volte citato decreto legislativo n.159/2001 contenuto nell'art.104-bis delle norme di attuazione del codice di procedura penale per tutto ciò che attiene alla tutela dei terzi e dei rapporti del sequestro con la procedura di liquidazione giudiziaria».

¹³ Così, Cass. civ., Sez. III, 14 settembre 2018, n. 30990, in *Foro it.*, 2019, I, c. 2132, per la quale «gli effetti della confisca penale (di qualunque natura) prevalgono sui diritti dei terzi creditori del soggetto in danno del quale la confisca stessa è operata, anche se si tratta di diritti reali di garanzia iscritti anteriormente, con il solo limite dell'intervenuto trasferimento del bene pignorato prima della confisca stessa, è inevitabile ritenere (anzi la conclusione ne discende a più forte ragione) che la confisca penale intervenuta (e divenuta addirittura definitiva) anteriormente al pignoramento prevale senz'altro su quest'ultimo, sul piano civile, indipendentemente dalla data della sua trascrizione, mentre la eventuale tutela dei diritti dei creditori pignoranti è possibile solo in sede penale» e «ciò rende irrilevante ed assorbe ogni questione relativa alla natura ed agli effetti del sequestro trascritto precedentemente allo stesso pignoramento». Nel senso, tuttavia, che «in tema di rapporto tra sequestro e confisca in sede penale e procedimento immobiliare in sede civile con riferimento alla posizione dei terzi acquirenti, difettando specifiche disposizioni che lo disciplinino, deve ritenersi che il legislatore abbia considerato ed ammesso la possibilità di una contemporanea pendenza di due procedimenti, cui consegue la possibilità di rinvenire un punto di coordinamento nel principio secondo il quale la confisca diretta del profitto, [...] non può attingere beni appartenenti a persone estranee al reato», v. Cass. pen., Sez. III, 3 ottobre 2018, n. 51043, in <http://www.italgiure.giustizia.it/sncass/>. Tra i «beni appartenenti a persone estranee al reato» possono essere compresi anche i crediti dei creditori di buona fede. I superiori interessi pubblicistici penali sono anche richiamati da E. MEZZETTI, *Codice antimafia e codice della crisi e dell'insolvenza: la regolazione del traffico delle precedenze in cui la*

In generale, non può essere contestato che il diritto dei creditori, non conniventi o complici del reo, non possa essere pregiudicato¹⁴. Potrebbe anche dubitarsi della legittimità della falcidia prevista dall'art. 53, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, quale novellato dalla l. 17 ottobre 2017, n. 161. Se i creditori sono in buona fede, non vi è alcuna ragione per mettere in discussione la soddisfazione del credito, né per ridurla.

Sembra, inoltre, ragionevole dubitare che la sottrazione al reo del prezzo o del profitto del reato e la negazione della soddisfazione dei creditori complici o conniventi, sia, tecnicamente, una sanzione, in funzione della quale possano essere invocati interessi pubblicistici e prevalenti. Anche la sottrazione al reo o al «prevenuto» dei beni dei quali non può giustificare la provenienza non può essere considerata, tecnicamente, una sanzione, appunto perché si presume che quei beni siano il prezzo o il profitto di reati. La sanzione è una misura afflittiva e non sembra possa essere considerata tale la restituzione dei frutti di attività illecite, come non può essere qualificata «sanzione» il risarcimento del danno e neppure quello in forma specifica. Il sequestro e la confisca, anche per equivalente, del prezzo o il profitto di reati, sono misure ripristinatorie. La negazione dei crediti di coloro che non possono provare la buona fede, inoltre, si giustifica in base alla presunzione che la soddisfazione di quei crediti possa essere lo strumento per sottrarre alla confisca il prezzo o il profitto di reati.

Le misure cautelari penali considerate dal codice della crisi, come si è segnalato, sono soltanto quelle patrimoniali relative a beni che possono essere liquidati.

In generale, le misure di prevenzione patrimoniali sono lo strumento per contrastare le gravissime conseguenze dei comportamenti illeciti, che ne costituiscono il presupposto, per l'economia complessiva, in riferimento alla quale quei comportamenti, nella misura in cui alterano la concorrenza, si manifestano come un cancro distruttivo¹⁵. L'applicazione di esse implica valutazioni delicate e complesse, riservate alla raffinata sensibilità dei giudici penali.

Appare, tuttavia, legittimo dubitare che questi profili assumano rilevanza in riferimento alla amministrazione e alla gestione dei beni sequestrati.

spunta sempre la confisca, in *Arch. pen.*, 2019, p. 1 ss. In riferimento alle misure interdittive, v. anche Cons. Stato, Ad. Plen., 6 aprile 2018, n. 3, in *Foro it.*, 2018, III, p. 317 ss., con nota di G. D'Angelo, ed in *Giur. it.*, 2019, p. 157, con nota di M. Mazzamuto; nonché Cons. Stato, Sez. III, 16 gennaio 2019, n. 392, in *Foro amm.*, 2019, p. 39 ss.

¹⁴ Cfr., da ultima, Corte cost., sent. 27 febbraio 2019, n. 26, in *Foro it.*, 2019, I, c. 2288, con nota di S. CALVIGIONI, *È il codice antimafia il modello per la tutela dei creditori in caso di sequestro e confisca dei beni del debitore*.

¹⁵ V., tra gli ultimi, A. MARANDOLA-G. SPANGHER, *Commentario breve al codice antimafia e alle altre procedure di prevenzione*, Wolters Kluwer, Milano, 2019; F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione e la confisca allargata (l. 17 ottobre 2017 n. 161)*, Giuffrè, Milano, 2017. V. anche gli atti del convegno «*Le misure di prevenzione patrimoniali. Teoria e prassi applicativa*», 14-16 febbraio 1997, Cacucci, Bari, 1998. Per ulteriori indicazioni alla imponente bibliografia sull'argomento, si rinvia a S. CALVIGIONI, *È il codice antimafia*, cit., c. 2288.

Se il reo o l'autore dell'illecito viene privato della disponibilità dei beni, mediante il pignoramento o lo spossessamento conseguente all'apertura della liquidazione giudiziale, la questione consiste nello stabilire chi ha il potere di gestire i beni e di liquidarli e chi è competente a verificare i crediti e la sussistenza della buona fede dei creditori. La questione riguarda, pertanto, i rapporti tra giudici penali e giudici civili. Al fondo del problema, questi sono soltanto gli interessi in gioco. Nonostante l'enfasi con la quale è affrontato il problema, questo appare di basso profilo: si tratta di stabilire chi ha il potere di gestire i beni in pendenza del sequestro ovvero di nominare i professionisti che se ne occupano. Dopo l'apertura della liquidazione giudiziale, come dopo la dichiarazione di fallimento, non sembra assumano rilevanza le «esigenze pubblicistiche penali», pur richiamate dalla giurisprudenza, anche civile ed amministrativa: l'autore dell'illecito è stato spossessato e i creditori di mala fede non possono essere soddisfatti. Se al sequestro segue la confisca, l'eventuale residuo della liquidazione è destinato ad essere acquisito dallo Stato¹⁶. I creditori di buona fede sono soddisfatti direttamente da quest'ultimo, acquirente a titolo originario, con la falcidia prevista dall'art. 53, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159. Il requisito della buona fede, quale fatto costitutivo per il riconoscimento del credito, in deroga all'art. 1147, comma 3, c.c., per il quale è un fatto impeditivo, infatti, è di origine giurisprudenziale, cosicché il suo accertamento è comunque ritenuto necessario¹⁷.

Occorre prendere atto che, sebbene gli artt. 318 e 319, in base alla regola generale espressa dall'art. 150 c.c.i., sanciscano la prevalenza della procedura concorsuale sul sequestro conservativo di cui all'art. 316 c.p.p. e su quello «impeditivo» di cui all'art. 321, comma 1, c.p.p., l'art. 317, in deroga alla regola generale e in attuazione dell'art. 13 della legge delega 19 ottobre 2017, n. 155, rinvia al codice antimafia di cui al d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, per il quale il sequestro funzionale alla confisca di cui all'art. 321, comma 2, c.p.p., prevale sulle procedure concorsuali e i creditori di buona fede sono soddisfatti dallo Stato con la falcidia del 40%, al netto delle spese necessarie per la liquidazione.

¹⁶ Nella Relazione con la quale lo schema di decreto legislativo è stato presentato al Parlamento, a questo proposito, si è rilevato che «non emergono specifiche ragioni per ritenere la prevalenza del procedimento penale. Una volta interrotto ogni rapporto con l'utilizzatore del bene, indagato o imputato che sia, a seguito dell'intervenuta apertura della procedura di liquidazione, non vi sono infatti evidenti ragioni per escludere che il bene possa essere utilmente destinato alla soddisfazione dei creditori».

¹⁷ Sulla qualificazione del requisito della buona fede, anche per indicazioni, v. S. CALVIGIONI, *Sequestro, confisca e categorie di creditori da tutelare: è il codice antimafia il punto di riferimento*, nota a Corte cost., sent. 28 maggio 2015, n. 94, in *Foro it.*, 2015, c. 3036. V. anche S. FINOCCHIARO, *La confisca "civile" dei proventi da reato. Misura di prevenzione e civil forfeiture: verso un nuovo modello di non-conviction based confiscation*, Criminal Justice Network, Milano, 2018. Sull'accertamento della buona fede in capo al cessionario del credito, v. Cass. pen., Sez. Un., 31 maggio 2018, n. 29847, in *Foro it.*, 2018, II, c. 625, con nota di S. Calvigioni, alla quale si rinvia.

La deroga alla regola generale di cui agli art. 150 c.c.i. e 51 l.f., appare contraria ai principi di uguaglianza e di ragionevolezza *ex* artt. 3 e 97 Cost.

Come si è rilevato, dopo l'apertura della liquidazione giudiziale, come dopo la dichiarazione di fallimento, l'autore dell'illecito è privato della disponibilità dei beni. La questione, pertanto, consiste soltanto nella individuazione del giudice competente all'amministrazione e alla gestione dei beni e alla verifica dei crediti. Queste attività appartengono al patrimonio di esperienze del giudice civile, mentre sono estranee a quelle del giudice penale. Il primo dispone di una articolata disciplina in materia ed è sottoposto ad una serie di controlli: deve, tra l'altro, confrontarsi con il curatore e con il comitato dei creditori. Al secondo, nonostante la novellazione dell'art. 104-*bis* disp. att. c.p.p., sono istituzionalmente affidati compiti diversi.

La questione, infatti, è considerata nell'ambito delle regole tabellari dettate per la organizzazione degli uffici ai sensi dell'art. 7-*bis*, r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, mediante la previsione della assegnazione a magistrati con esperienza in materia civile, quali giudici fallimentari o giudici dell'esecuzione, delle funzioni di giudice dell'esecuzione penale con i compiti di amministrazione e gestione dei beni sequestrati in funzione della confisca¹⁸. Ma si tratta di un rimedio parziale e comunque inidoneo ad eliminare l'irragionevolezza della scelta legislativa, della quale, peraltro, allo stato, non si può che prendere atto.

La prevalenza delle misure cautelari penali sui procedimenti esecutivi civili, singolari e concorsuali, e la conseguente attribuzione del potere di occuparsi della amministrazione e della gestione di beni, nonché della verifica dei crediti al giudice penale è affermata anche dalla giurisprudenza di legittimità.

4. *L'interpretazione della giurisprudenza*

Sulla questione sono ripetutamente intervenute le Sezioni unite, civili e penali.

Al più autorevole collegio penale era stato chiesto «se, per disporre il sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente a norma del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, art. 19, comma 2, con riferimento a beni di pertinenza della massa attiva di un fallimento, il giudice penale possa limitarsi ad accertare la confiscabilità dei cespiti, senza prendere in considerazione le esigenze tu-

¹⁸In riferimento alla sezione o al collegio ai quali sono attribuite le misure di prevenzione, l'art. 33, l. 17 ottobre 2017, n. 161, ha ancora novellato l'art. 7-*bis*, r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, ed ha previsto che «Il presidente del tribunale o della corte di appello assicura che il collegio o la sezione sia prevalentemente composto da magistrati forniti di specifica esperienza nella materia della prevenzione o dei reati di criminalità organizzata, o che abbiano svolto funzioni civili, fallimentari e societarie, garantendo la necessaria integrazione delle competenze».

telate dalla procedura concorsuale, o debba invece procedere ad una valutazione comparativa tra le ragioni di questa, e segnatamente dei creditori in buona fede, e quelle afferenti alla pretesa punitiva dello Stato e, in quest'ultimo caso, se la verifica delle ragioni dei singoli creditori, al fine di accertarne la buona fede, debba essere compiuta dal giudice penale o, invece, dal giudice fallimentare, eventualmente in applicazione analogica della disciplina dei sequestri di prevenzione di cui al titolo IV del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (c.d. codice antimafia)».

Le Sezioni Unite penali¹⁹ hanno preliminarmente risolto un contrasto di giurisprudenza, determinato da un'erronea lettura del precedente costituito da Cass., Sez. Un. penali, 24 maggio 2004²⁰, ed hanno definitivamente chiarito che, per affermare la assoluta prevalenza delle misure ablative penali «ciò che conta [...] è la natura della *res*». Appare, infatti, ovvio e scontato che il sequestro o la confisca di un «bene intrinsecamente ed oggettivamente “pericoloso”» non abbiano nulla a che fare con la tutela dei creditori e con le procedure concorsuali.

La Corte ha riconosciuto l'esigenza «di contemperare le differenti e, per molti aspetti ritenute contrastanti, esigenze della tutela penale e dei legittimi diritti dei creditori» e che «la logica del sistema, al contrario, consente e prevede l'apposizione di più vincoli».

Secondo la Corte «l'espressione letterale usata dal legislatore e la logica del sistema [...] rendono certi che salvaguardato è il diritto di proprietà del terzo acquisito in buona fede, oltre agli altri diritti reali insistenti sui predetti beni,

¹⁹ Cass. pen, Sez. Un., 27 settembre 2014, n. 11170, in *Giur. it.*, 2015, p. 1994, con nota di D. Bianchi, in *Fallimento*, 2016, p. 179, con nota di F. Cerqua, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/>, 27 maggio 2013, con nota di F. Menditto; in *Riv. pen.*, 2015, p. 421; in *Cass. pen.*, 2015, p. 3014, con nota di P. Di Geronimo; nonché *ivi*, 2016, p. 2893, con nota di E. Romano. V. anche P. FILIPPI, *Il curatore è legittimato ad impugnare il decreto di sequestro penale*, in www.giustizainsieme.it, 5 maggio 2019.

²⁰ Cass. pen, Sez. Un., 24 maggio 2004, n. 29951, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2004, p. 511, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3087 e in *Dir. giust.*, 2004, n. 34, p. 80. In quella occasione, in motivazione, la Corte ha preliminarmente riconosciuto la legittimazione del curatore del fallimento: «il curatore del fallimento è sicuramente legittimato a proporre sia l'istanza di riesame del provvedimento di sequestro preventivo sia quella di revoca della misura [...]. Egli, invero, agisce in tal modo (previa rituale autorizzazione del giudice delegato), per la rimozione di un atto pregiudizievole ai fini della reintegrazione del patrimonio, attendendo alla sua funzione istituzionale rivolta alla ricostituzione dell'attivo fallimentare». Ha distinto, quindi, le diverse specie di sequestro ed ha enunciato il seguente principio di diritto: «è consentito il sequestro preventivo, funzionale alla confisca facoltativa, di beni provento di attività illecita dell'indagato e di pertinenza di un'impresa dichiarata fallita, a condizione che il giudice, nell'esercizio del suo potere discrezionale dia motivatamente conto della prevalenza delle ragioni sottese alla confisca rispetto a quelle attinenti alla tutela dei legittimi interessi dei creditori nella procedura fallimentare». Senonché, il valore di questo precedente è stato ridotto alla distinzione tra sequestri funzionali alla confisca facoltativa e quelli funzionali alla confisca obbligatoria, mentre il riferimento a quest'ultima era collegato all'«esigenza di inibire l'utilizzazione di un bene intrinsecamente ed oggettivamente “pericoloso”, in vista della sua definitiva acquisizione da parte dello Stato».

mobili o immobili che siano». Ne ha tratto la conseguenza che sia «il giudice penale che, nel disporre il sequestro o la confisca, dovrà valutare se eventuali diritti vantati da terzi siano o meno stati acquisiti in buona fede; e in caso di esito positivo di tale verifica il bene, la cui titolarità sia vantata da un terzo, non sarà sottoposto né a sequestro né a confisca».

In relazione ai rapporti con le procedure concorsuali, la Corte ha rilevato che «il vincolo apposto sui beni del fallito a seguito della apertura di una procedura concorsuale ha una indubbia rilevanza pubblica [...] perché mira a spossessare il fallito o la società fallita dei beni che costituiscono la garanzia patrimoniale del ceto creditorio, ad evitare ulteriori depauperamenti del patrimonio stesso, a garantire la *par condicio creditorum*»; hanno affermato che «i due vincoli possono coesistere e, se correttamente interpretato, il d.lgs. n. 231/2001, art. 19, l'uno non ostacola l'altro, anzi, sotto certi profili, si può dire che il sequestro prima e la confisca poi tutelano in misura rafforzata gli interessi del ceto creditorio».

La massima autorità giudiziaria penale ha, quindi, concluso nel senso che «il curatore nel contempo individuerà tutti i beni che debbono formare la massa attiva del fallimento, arricchendola degli eventuali esiti favorevoli di azioni revocatorie, e soltanto alla fine della procedura si potrà, previa vendita dei beni ed autorizzazione da parte del giudice delegato del piano di riparto, procedere alla assegnazione dei beni ai creditori. È soltanto in questo momento che i creditori potranno essere ritenuti titolari di un diritto sui beni che potranno far valere nelle sedi adeguate».

In considerazione di ciò, pur riconoscendo che, nel caso di specie, la misura ablativa penale era priva di fondamento, in mancanza del reato presupposto conseguente alla modifica del capo di imputazione, ha sovvertito un consolidato orientamento giurisprudenziale, ha negato la legittimazione del curatore fallimentare ad interloquire sulle misure cautelari penali ed ha attribuito la competenza per la verifica dei crediti al giudice penale²¹.

La pronuncia ha riconosciuto tutela soltanto ai «titolari di diritti sui beni», contro le espresse indicazioni contrarie del codice antimafia di cui al d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, e della direttiva 2014/42/UE, «relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea». Ha negato la legittimazione del curatore, perché il fallimento è privo di un «interesse concreto giuridicamente tutelabile ad opporsi ai provvedimenti di seque-

²¹La questione, destinata ad essere assorbita da quanto previsto dall'art. 320 c.c.i., è stata nuovamente rimessa alle Sezioni Unite da Cass. pen., Sez. III, 16 aprile 2019, n. 22602, in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/>, 2 luglio 2019, con nota di F. Mazzacuva. V. anche P. FILIPPI, *Il curatore è legittimato ad impugnare il decreto di sequestro penale*, cit. Le Sezioni Unite penali, con la sentenza 26 settembre 2019, n. 45936, in www.sistemapenale.it, 3 dicembre 2019, con nota di E. Grisonich, hanno, quindi, enunciato il seguente principio di diritto: «Il curatore fallimentare è legittimato a chiedere la revoca del sequestro preventivo a fini di confisca e ad impugnare i provvedimenti in materia cautelare reale».

stro e confisca», in quanto «la massa fallimentare [...] non subisce alcun pregiudizio da tali provvedimenti». Ha riconosciuto i diritti dei creditori di buona fede, ma solo dopo la verifica dei crediti e il riparto in sede concorsuale, perché è «soltanto in questo momento che i creditori potranno essere ritenuti titolari di un diritto sui beni che potranno far valere nelle sedi adeguate». La conclusione prescinde dalla elementare nozione istituzionale per la quale la titolarità dei diritti su quantità di cose fungibili, qual è, appunto, il danaro, coincide con il possesso e, prima della *translatio*, può configurarsi soltanto un diritto di credito²².

Queste stravaganti affermazioni sono state smentite dalle stesse Sezioni Unite penali²³. Queste ultime, tuttavia, hanno negato la sussistenza di un contrasto²⁴. Ma hanno, poi, chiaramente affermato che «le conclusioni appena raggiunte sulla qualificazione del curatore come persona avente diritto alla restituzione di beni, nella sua funzione di conservazione e reintegrazione della massa attiva del fallimento ai fini del soddisfacimento delle ragioni dei creditori a cui la procedura fallimentare è istituzionalmente destinata, consentono di riconoscere a tale soggetto la legittimazione all'impugnazione in materia di sequestri di beni facenti parte del compendio fallimentare, derivante dalla predetta posizione secondo l'espressa previsione col codice di procedura penale. Non senza considerare, d'altra parte, che il curatore si appalesa anche in termini di fatto come l'unico soggetto destinatario dell'eventuale restituzione del bene, nelle sue funzioni di rappresentanza del fallimento e di amministrazione del relativo patrimonio».

La singolare decisione del 2015²⁵, nella parte in cui ha riconosciuto che, nella vicenda considerata, mancavano i presupposti per l'applicazione della misura conservativa, ha affermato che i diritti dei terzi meritevoli di tutela sono soltanto quelli «sui beni», tra i quali sarebbero compresi quelli dei creditori dopo il riparto, ed ha concluso per la negazione della legittimazione del cura-

²² Il che, tra l'altro, in base all'art. 639 c.p.c., impone al creditore di una quantità determinata di cose fungibili di indicarne il valore. Non è, infatti, materialmente possibile l'esecuzione per consegna di una quantità determinata di cose fungibili. Il relativo diritto può essere tutelato soltanto come diritto di credito. Nonostante la diversa opinione espressa dal più autorevole collegio penale, non esiste e non può esistere un diritto di proprietà sul danaro o sulle cose fungibili detenuti da altri. Questa situazione soggettiva si chiama diritto di credito.

²³ Cass. pen., Sez. Un., 26 settembre 2019, n. 45936, cit.

²⁴ Nella motivazione hanno rilevato che «le conclusioni formulate in quella sede si limitavano ad escludere che il curatore fosse titolare di diritti reali sui beni in questione; titolarità che, come si è detto, non esaurisce le situazioni nelle quali il soggetto assume la posizione di avente diritto alla restituzione del bene secondo la previsione normativa. Nella stessa sentenza, peraltro, si dava atto della funzione gestionale svolta dal curatore nell'interesse dei creditori; ma la rilevanza di tale funzione, anche nella sua pur riconosciuta dimensione pubblicistica, non veniva esaminata nell'ottica della configurabilità di un diverso ed autonomo titolo di legittimazione del curatore all'impugnazione».

²⁵ Cass. pen., Sez. Un., 27 settembre 2014, n. 11170, cit.

tore fallimentare, costituisce espressione della prospettiva accolta in materia da alcuni giudici penali.

Sulla traccia aperta dalle Sezioni unite civili²⁶, anche la giurisprudenza civile di legittimità, come si è rilevato, è pervenuta ad affermare la sussistenza di un «principio generale dell'ordinamento» nel senso della «prevalenza delle esigenze pubblicistiche penali sulle ragioni del creditore del soggetto colpito dalle misure di sicurezza patrimoniali»²⁷.

I giudici emettono decisioni, alle quali anche il legislatore delegato si è adeguato. Gli interpreti e gli operatori esprimono, in base al sistema giuridico unitariamente considerato e a giudizi di valore, opinioni. L'ottimismo della ragione induce a ritenere che le decisioni sguarnite di base normativa e fondate su valori non riconosciuti dall'ordinamento, siano destinate ad essere superate e smentite.

L'art. 317 c.c.i., in deroga all'art. 150 c.c.i., ha sancito la prevalenza del sequestro penale funzionale alla confisca sulla liquidazione giudiziale. L'art. 318 c.c.i., in applicazione ed in conformità dell'art. 150 c.c.i., ha indicato una soluzione diversa²⁸.

L'esito appare contraddittorio ed irragionevole e, quindi, meritevole di essere sindacato, ai sensi degli artt. 3 e 97 Cost., dal Giudice delle leggi, non al fine di contemperare le «esigenze pubblicistiche penali sulle ragioni del creditore», perché le prime, dopo lo spossessamento e in riferimento alla sottrazione al reo del profitto del reato non implicano l'applicazione di una «sanzione»²⁹ e le ragioni del creditore di buona fede non possono essere pregiudicate, ma, più banalmente, al fine di verificare se abbia una qualche rilevanza giuridica l'interesse dei giudici penali o di alcuni di essi a governare l'amministrazione e la gestione dei beni sequestrati.

Questa conclusione non coincide con il «diritto vivente», ma, in base ai principii e ai valori deducibili dall'ordinamento positivo unitariamente considerato, compresa la Costituzione, appare doveroso prospettarla, in funzione della non manifesta infondatezza dei dubbi di legittimità costituzionale che essa suscita.

Per altro verso, è dubbio se le misure protettive di cui agli artt. 54 ss. c.c.i. possano essere invocate anche in riferimento alle misure cautelari penali alle

²⁶ V. Cass. civ., Sez. Un., 26 febbraio 2013, n. 10532, in *Foro it.*, 2014, I, c. 192 ss., con nota di S. Calvigioni; in *Fallimento*, 2014, p. 49 ss., con nota di G. Minutoli-G. Campagna; in <https://archiviopdc.dirittopenaleuomo.org/>, 27 maggio 2013, con note di F. Menditto e I.G. Patrone.

²⁷ Cass. civ., Sez. III, 14 settembre 2018, n. 30990, cit.

²⁸ V. lo *Schema protocollo curatori*, elaborato dal Tribunale di Roma, cit.

²⁹ In questo senso, anche per indicazioni, v. S. CALVIGIONI, *Sequestri, confische e tutela dei creditori*, in G. DE MARZO (a cura di), *Gli strumenti di contrasto della ricchezza illecita: confische e sequestri*, *Foro it. – Gli Speciali*, 2020, p. 2 ss. Sulla nozione di «sanzione» e, in particolare, di sanzione processuale», anche per indicazioni, v. A.D. DE SANTIS, *Contributo allo studio della funzione deterrente del processo civile*, Jovene, Napoli, 2018, p. 129 ss.

quali si applica la regola generale di cui all'art. 150 c.c.i. in commento e se possano invocarsi, anche in questo ambito, i principii di uguaglianza e di ragionevolezza *ex* artt. 3 e 97 Cost., richiamati per quelle ad essa sottratte.

In particolare, appare legittimo chiedersi se possano invocarsi gli artt. 318 e 319 c.c.i., con gli effetti da ciascuno di essi previsti o se queste disposizioni siano di stretta interpretazione e non ne sia, quindi, consentita l'applicazione fuori dei casi espressamente previsti.

Sennonché, prima dell'apertura della liquidazione giudiziale, manca lo spossessamento del debitore, che induce a dubitare della rilevanza, in questo contesto, delle «esigenze pubblicistiche penali» e, quindi, della ragionevolezza della prevalenza delle misure cautelari penali.

Questo rilievo orienta decisamente verso la soluzione negativa per quanto riguarda il sequestro preventivo impeditivo di cui all'art. 321, comma 1, c.p.p., che ha per oggetto le cose pertinenti al reato che possono «aggravare o protrarre le conseguenze di esso ovvero agevolare la commissione di altri reati»; in mancanza dello spossessamento, permangono le esigenze pubblicistiche penali, richiamate dalla giurisprudenza anche nei casi nei quali la gestione e l'amministrazione dei beni siano attribuite al curatore sotto il controllo del tribunale e del comitato dei creditori.

Dubbi permangono in riferimento al sequestro conservativo penale di cui all'art. 316 c.p.p., che è una *species* del sequestro conservativo *ex* art. 671 c.p.c., cosicché, rispetto a questo, non sembra ragionevole ipotizzare un diverso trattamento.