

Brevi note su questioni vecchie e nuove in tema di sequestro preventivo e procedure concorsuali.¹

SOMMARIO: 1) Premessa: limiti dell'intervento; 2) Art. 321 c.p.p.: sequestro o sequestri preventivi; 3) Sequestro preventivo e procedure concorsuali: (3.1) Novelle legislative; (3.2) Sequestro preventivo impeditivo e reati fallimentari; (3.3) Sequestro preventivo dei beni della massa fallimentare; (3.4) Sequestro preventivo e concordato preventivo; (3.5) L'art. 238, c. 2 l. fall. e i tempi delle procedure concorsuali.

1) *Premessa: limiti dell'intervento.*

L'obiettivo del mio intervento è quello di prospettare, senza pretesa di esaustività, alcune questioni di fondo, ricorrenti nell'esame della tematica oggetto del seminario che possano offrire lo spunto – alla luce di recenti interventi giurisprudenziali e di talune novelle legislative – per ulteriori approfondimenti da parte di quanti interverranno nel seguito del pomeriggio, chiarendo che – come da programma – limiterò la relazione al sequestro preventivo ex art. 321 c.p.p. (con esclusione di quello previsto dal d.l.vo 231/01 e di quello di prevenzione).

2) *Art. 321 c.p.p.: sequestro o sequestri preventivi?*

In primo luogo, si può valutare l'opportunità di affrontare il tema al plurale, considerando le differenze fra sequestro:

- a. Impeditivo (321 c. 1 c.p.p.);
- b. A fini di confisca (321, c. 2, c.p.p. e altri del c.p.: 322-ter, 600-septies, 640-quater, 644 u.c., 648-quater e di leggi speciali: 2641 c.c.; art. 12-bis d.lvo 74/00):
 - a) Diretta
 - b) Per equivalente
- c. “di sproporzione e antimafia” (art. 240-bis c.p. già art. 12-sexies l. 356/92).

Una tale impostazione potrebbe infatti permettere di distinguere più agevolmente i sequestri preventivi: a monte per i loro diversi presupposti e, a valle, per le diverse prospettive di custodia/amministrazione.

Cercando di schematizzare, si possono richiamare in proposito le seguenti decisioni:

- Cass., V, 3/3/15, n. 31703, Monfredi, Rv 264347 (non massimata sul punto): relativa ad annullamento di sequestro preventivo disposto per bancarotta patrimoniale per distrazione perché non si comprendeva se il provvedimento fosse stato emesso ai sensi dell'art. 321 c. 1 o dell'art. 321 c. 2, c.p.p. “trattandosi di due figure specifiche ed autonome di sequestro preventivo, sia pure contenute nel medesimo articolo, entrambe applicabili in tema di reati fallimentari (cfr. Cass., SU 24/5/04 n. 29951 Rv 228165), sulla base di presupposti diversi”¹.

¹ “Non si comprende, invero, se l'imposizione del vincolo reale sul natante sia stato giustificato dal tribunale del riesame, ai sensi dell'art. 321, c. 1, c.p.p., trattandosi di cosa pertinente al reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione ipotizzato dalla pubblica accusa, la cui libera disponibilità in capo al ricorrente è in grado di aggravare o di protrarre le conseguenze di tale reato (come sembrerebbe evincersi dalla pur (Relazione dott. Giovanni B. Bertolini - pag. 1 di 10)

- Cass., II, 9/7/15 n. 31914, Cosentino, Rv 264473, che riassume così l'elaborazione della giurisprudenza sull'**art. 321 c. 1 c.p.p.**
 - a) Il sequestro impeditivo può essere disposto su qualsiasi bene, a chiunque appartenente, e, quindi, anche a persona estranea al reato;
 - b) Fra il bene sequestrato ed il reato vi dev'essere un nesso di strumentalità (o pertinenzialità) nel senso che, ove il bene sia lasciato in libera disponibilità, sia idoneo a costituire pericolo di aggravamento o di protrazione delle conseguenze del reato ovvero di agevolazione della omissione di ulteriori fatti penalmente rilevanti;
 - c) Il pericolo della libera disponibilità della cosa stessa deve presentare i requisiti della concretezza e dell'attualità;
 - d) Il sequestro può, quindi, colpire anche quote societarie o aziende, essendo le quote o azioni anzitutto rappresentative della misura della partecipazione di ciascun socio alle assemblee e quindi alla formazione della volontà della compagine, chiara ne risulta la idoneità del vincolo de quo a impedire, sia pure in modo mediato e indiretto, la consumazione di altri reati attraverso la utilizzazione delle strutture societarie, poiché essa priva i soci dei diritti relativi alle quote, mentre la partecipazione alle assemblee ed il diritto di voto (anche in ordine all'eventuale nomina e revoca degli amministratori) spettano al custode designato in sede penale.

- Cass., III, 28/5/15 n. 30484, SPAV Prefabbricati spa (non massimata), che riassume invece così l'elaborazione della giurisprudenza sull'**art. 321, c. 2 c.p.p.** in materia di reati tributari, in particolare richiamando Cass., S.U. 30/1/14, n. 10561, Gubert.
 - I) E' consentito nei confronti di una persona giuridica il sequestro preventivo finalizzato alla confisca di denaro o di altri beni fungibili o di beni direttamente riconducibili al profitto del reato tributario commesso dagli organi della persona giuridica stessa, quando tale profitto (o beni direttamente riconducibili al profitto) sia nella disponibilità di tale persona giuridica.
 - II) Non è consentito il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente nei confronti di una persona giuridica qualora non sia stato reperito il profitto di reato tributario compiuto dagli organi della persona giuridica stessa, salvo che la persona giuridica sia uno schermo fittizio.
 - III) Non è consentito il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente nei confronti degli organi della persona giuridica per reati tributari da costoro commessi, quando sia possibile il sequestro finalizzato alla confisca di denaro o di altri beni fungibili o di beni direttamente riconducibili al profitto di reato tributario compiuto dagli organi della persona giuridica stessa in capo a costoro o a persona (compresa quella giuridica) non estranea al reato.

stringata motivazione del provvedimento del G.i.p. presso il Tribunale di Busto Arsizio del 3.11.14) ovvero ai sensi dell'art. 321, co. 2, c.p.p. trattandosi di bene di cui è consentita la confisca (in questo senso sembrerebbe deporre il riferimento nella motivazione del giudice dell'impugnazione cautelare al natante come "profitto diretto del reato")".(Così in motivaz. Cass., V, 3/3/15, n. 31703, Monfredi).

Evidenziava la S.C. che nel caso specifico non era stato sufficientemente chiarito né il nesso di pertinenzialità fra bene e reato, indispensabile ex art. 321 c. 1 c.p.p., né in che modo il bene rientrasse nella categoria dei beni confiscabili ex art. 321 c. 2 c.p.p.

IV) La impossibilità del sequestro del profitto del reato può essere anche solo transitoria, senza che sia necessaria la preventiva ricerca generalizzata dei beni costituenti il profitto del reato.

[...]

Solo se il profitto del reato, come sopra precisato, non sia più rinvenibile nelle casse della società, correttamente possono essere sottoposti a vincolo i beni dell'amministratore.

- Cass., S.U. 26/6/15, n. 31617, Lucci, Rv 264437, che, nel solco delle S.U. Gubert, ha affrontato il quesito se in caso di confisca (e relativo sequestro preventivo) di somme di denaro debba disporsi la confisca per equivalente o la confisca diretta e, in tal caso, se sia necessario il nesso di pertinenzialità fra denaro e reato².

"Qualora il prezzo o il profitto derivante dal reato sia costituito da denaro, la confisca delle somme di cui il soggetto abbia comunque la disponibilità deve essere qualificata come confisca diretta: in tal caso, tenuto conto della particolare natura del bene, non occorre la prova del nesso di derivazione diretta tra la somma materialmente oggetto della confisca e il reato".³

La diversità di tipi di sequestro preventivo, consente l'applicazione congiunta di provvedimenti cautelari reali che, nello stesso procedimento, possono colpire taluni beni a fini impeditivi altri a fini di confisca (da ultimo, Cass., III, 6/7/18 – dep. 11/12/18, n. 55368, Gelfusa, non massimata).

² La stessa decisione ha anche risolto il quesito della confiscabilità diretta del prezzo o profitto del reato in caso di estinzione del reato per prescrizione, stabilendo che "il giudice, nel dichiarare la estinzione del reato per intervenuta prescrizione, può applicare, a norma dell'art. 240, c. 2, n. 1, c.p., la confisca del prezzo o del profitto del reato sempre che si tratti di confisca diretta e vi sia stata una precedente pronuncia di condanna, rispetto alla quale il giudizio di merito permanga inalterato quanto alla sussistenza del reato, alla responsabilità dell'imputato ed alla qualificazione del bene da confiscare come profitto o prezzo del reato".

³ "Ove il profitto o il prezzo del reato sia rappresentato da una somma di denaro, questa, non soltanto si confonde automaticamente con le altre disponibilità economiche dell'autore del fatto, ma perde – per il fatto stesso di essere ormai divenuta una appartenenza al reo – qualsiasi connotato di autonomia quanto alla relativa identificabilità fisica. Non avrebbe, infatti, alcuna ragione d'essere – né sul piano economico né su quello giuridico – la necessità di accertare se la massa monetaria percepita quale profitto o prezzo dell'illecito sia stata spesa, occultata o investita: ciò che rileva è che le disponibilità monetarie del percipiente si siano accresciute di quella somma, legittimando, dunque, la confisca in forma diretta del relativo importo, ovunque o presso chiunque custodito nell'interesse del reo" (Così in motivazione, Cass., S.U. n. 31617/15, Lucci, cit.).

Per osservazioni critiche v. DELL'OSSO, *Diritto penale dei mercati finanziari e sequestro dei proventi illeciti: confini della confisca*, in *Giur. Comm.*, 2015, f. 2, p. 269, il quale nota che "il nesso di pertinenzialità costituisce l'ossatura della confisca-misura di sicurezza, il suo tratto identificativo più evidente. E' infatti proprio sul crinale della pertinenzialità che si situa il confine tra confisca diretta (misura di sicurezza) e confisca per equivalente (sanzione): l'originario coinvolgimento del bene (di quel bene) nella dinamica delittuosa regge quella prognosi di pericolosità che giustifica (e impone, nel caso del prezzo) la misura di sicurezza; affievolito tale collegamento, la pericolosità si sgretola e può lasciare il passo esclusivamente a logiche repressive di aggressione del patrimonio del reo. Si tratta di osservazioni che non ambiscono ad alcuna originalità: sono ripetute dagli studiosi del tema e si ritrovano in numerose pronunce giurisprudenziali. Ciò che invece non è così scontato è il rispetto dei vincoli in tema di accertamento che discendono inevitabilmente da tali principi: posta cioè la centralità della relazione bene-reato nell'economia della confisca diretta, ne deriva che la stessa debba essere accertata con estremo scrupolo nell'ambito del processo. Se ciò non avviene, si corre il rischio di sottoporre a vincolo ablativo un bene diverso, che potrebbe essere oggetto solo di una misura sanzionatoria, senza che però sussistano i presupposti perché essa sia inflitta. Breve: si irroga una pena ingiusta".

3) *Sequestro preventivo e procedure concorsuali.*

Si tratta di tema su cui convergono problematiche diverse, particolarmente interessanti e spesso complesse.

La giurisprudenza ha prudentemente riconosciuto che *“ogni qualvolta si affronta ex professo il tema dei rapporti fra 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...”* (Così in motivaz., Cass., III, 7/3/17, n. 37439, Cosentino).

3.1- **Novelle legislative.**⁴

I recenti aggiornamenti dell’art. 104-bis, disp. att. c.p.p.⁵ in tema di amministrazione di beni sottoposti a sequestro preventivo da un lato hanno sgombrato il campo da alcuni ricorrenti problemi a proposito di gestione dei sequestri: si pensi, ad esempio, all’individuazione dell’organo competente a nominare l’amministratore giudiziario in caso di sequestro preventivo, ora indicato dall’art. 104-bis, c. 1-bis nel *“giudice che dispone il sequestro”* (ossia nella quasi totalità dei casi nel GIP); si pensi ancora alla disciplina dei poteri dell’amministratore giudiziario, per cui si rinvia ora espressamente, in quanto compatibili, agli artt. 35 e ss. del d.l.vo 159/11 (ad es., in caso di sequestro di azienda, l’amministratore giudiziario prende in consegna scritture contabili e libri sociali, art. 37, c. 2, d.l.vo 159/11; ad es., in caso di sequestro di partecipazioni societarie, su autorizzazione del giudice, l’amministratore giudiziario provvede alla convocazione dell’assemblea per la sostituzione degli amministratori art. 41, c. 6, d.l.vo 159/11).

Da un altro lato, tali novelle hanno però forse posto nuovi seri problemi. Si pensi, ad esempio, alla persistenza in capo al giudice che ha emesso il sequestro preventivo (quasi sempre il GIP) dei compiti di gestione del sequestro *“nel corso di tutto il procedimento”* (art. 104-bis, c. 1-ter, disp. att. c.p.p.), anche nelle fasi del dibattimento di primo e secondo grado.

In tali casi, lo scollamento fra poteri di gestione del sequestro in capo al GIP e poteri di disporre del sequestro, anche alla luce degli sviluppi processuali, comporta nuovi rilevanti problemi di coordinamento fra giudice *“del sequestro”* e giudice di merito, il quale resta comunque competente a decidere le sorti della misura cautelare reale⁶.

3.2- **Sequestro preventivo impeditivo e reati fallimentari.**

In proposito va ricordato che per i delitti di bancarotta non è prevista la confisca per equivalente che permetterebbe di aggredire i valori corrispondenti ai vantaggi delle distrazioni comunque nella disponibilità del reo.

Ciò si spiega rilevando che i reati di bancarotta sono posti a presidio della *par condicio creditorum* e che la massa fallimentare non avrebbe benefici dalla confisca.

Tale considerazione appare prevalente su quella di un’eventuale rafforzamento in chiave dissuasiva delle norme penali fallimentari con l’introduzione anche per queste della confisca per equivalente, cui generalmente viene riconosciuta natura sanzionatoria⁷.

⁴ L’intervento non esamina le novità (fra cui l’ulteriore modifica dell’art. 104-bis disp. att. c.p.p.) previste dallo schema di decreto legislativo del nuovo Codice della Crisi di Impresa e dell’insolvenza (cfr. artt. 317 e ss. della riforma).

⁵ Art. 30, c. 2, l. 17/10/17 n. 161; art. 6, c. 3, d.l.vo 1/3/18 n. 21.

⁶ Art. 104, c. 2, disp. att. c.p.p. *Ex plurimis*, Cass., III, n. 38639 del 31/05/2017 - dep. 02/08/2017, P.M. in proc. Maggio, Rv. 27089301.

⁷ Sulla natura sanzionatoria della confisca per equivalente, per tutte Cass., S.U. 26/6/15, n. 31617, Lucci. Conf. Cass., III, 11/11/15 (dep. 13/1/16), n. 891, Cottura e altro (non massimata).

Nella pratica viene quindi in rilievo il sequestro preventivo impeditivo (art. 321 c. 1 c.p.p.), che, se disposto per reati fallimentari e soprattutto nei casi di intervento anticipato del PM ex art. 238 c. 2 l. fall., può rivelarsi molto efficace per preservare quel che resta del patrimonio dell'impresa in crisi.

In diversi casi il sequestro impeditivo delle quote della società (la fallenda o, ad esempio, la società "veicolo" utilizzata per le distrazioni) o del suo patrimonio, con l'intervento di un amministratore giudiziario, ha consentito di accompagnare l'impresa verso il fallimento garantendo migliori aspettative ai creditori.

In tali ipotesi, la successiva dichiarazione di fallimento con la nomina del curatore, ha permesso di ritenere venute meno le esigenze cautelari preventive, con conseguente revoca del sequestro e consegna dei beni al curatore.

Laddove il sequestro impeditivo avesse colpito i beni distratti ed ormai formalmente nella proprietà di terzi (complici o prestanome), il sequestro preventivo si sarebbe poi potuto eventualmente convertire – su richiesta del curatore costituito parte civile – in sequestro conservativo.

Come si è visto, in tema di sequestro preventivo impeditivo (art. 321, c. 1, c.p.p.) viene però necessariamente in rilievo il requisito della pertinenzialità fra reato fallimentare e beni da sequestrare.

L'art. 321, c. 1, c.p.p. consente infatti il sequestro delle "cose pertinenti al reato", concetto ricavabile dagli artt. 240 c. 1 c.p. e 253 c. 2 c.p.p. (le cose sulle quali o mediante le quali il reato è stato commesso, nonché le cose che ne costituiscono il prodotto, il profitto o il prezzo).

Non potendosi qui approfondire il concetto di pertinenzialità, si sottolinea che è indispensabile che il PM nella sua richiesta ed il giudice nel provvedimento di sequestro preventivo, chiariscano tale nesso ossia in che modo i beni siano connessi al reato per cui si procede.

Sul tema la giurisprudenza è giustamente esigente. Oltre alla già citata⁸ Cass., V, 3/3/15, n. 31703, Monfredi, Rv 264347, si può qui ricordare un'altra decisione della stessa sezione a proposito di società di comodo.

"La società di 'comodo' e la titolarità delle sue quote, in quanto costituiscano lo strumento attraverso il quale il fallito continui a svolgere la propria attività imprenditoriale, non possono in sé e per sé costituire oggetto di sequestro preventivo atteso che nulla vieta che il fallito prosegua fuori del fallimento una precedente attività o che ne intraprenda una nuova, fatte salve, ovviamente le ragioni dei creditori concorsuali.

Ai fini dell'adozione del sequestro preventivo occorre, infatti, un collegamento strumentale tra reato fallimentare e cosa sequestrata e non tra il reato e la persona.

(Fattispecie in cui la S.C. ha censurato la decisione di rigetto dell'istanza di riesame concernente il sequestro preventivo delle quote di una società di 'comodo' senza l'indicazione dei beni appartenenti alla società fallita che vi sarebbero confluiti) (Cass., V, 26/6/15 n. 3563, Garzia, Rv 266047).

⁸ V. nota 1.

3.3- Sequestro preventivo dei beni della massa fallimentare.

Altra problematica riguarda il sequestro preventivo di beni destinati alla massa fallimentare, disposto per altri titoli (es. per reati tributari o ex d.l.vo 231/01), per lo più a fini di confisca.

Se da un lato la giurisprudenza, in un procedimento per reati tributari, ha riconosciuto corretta – stante la procedura fallimentare – la scelta di colpire col sequestro per equivalente il patrimonio dell'amministratore⁹, dall'altro lato riconosce che i beni della massa fallimentare non siano immuni al sequestro preventivo, che può intervenire **prima o dopo** la sentenza di fallimento.

In proposito si può richiamare la sentenza Cepparo¹⁰ che ha ritenuto sussistere il concorso formale (o la continuazione) fra bancarotta fraudolenta patrimoniale (art. 216 c. 1 n. 1 l. fall.) e sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte (art. 11 d.l.vo).

Sul punto si era registrato un contrasto nella giurisprudenza di legittimità¹¹. Anche alla luce della novella del 2010¹², che ha soppresso nell'art. 11 d.l.vo 74/00 la clausola di riserva (*"salvo che il fatto costituisca più grave reato"*), l'ultima decisione riconosce come *"le norme incriminatrici in questione siano entrambe speciali, sì che ben può individuarsi un'ipotesi di c.d. "specialità bilaterale"*.

Ciò posto, va tuttavia subito notato che non può affatto affermarsi che esse regolino "la stessa materia", dato che risulta di contro evidente che quella fiscale è preposta a sanzionare condotte che pregiudichino l'interesse fiscale al buon sito della riscossione coattiva, quella fallimentare l'interesse del ceto creditorio di massa al soddisfacimento dei propri singoli diritti. E già sotto questo primo aspetto comunque risalta la maggiore "specialità" della previsione incriminatrice di cui all'art. 11, d.l.vo n. 74/00. [...]

In ultima analisi, ciò che maggiormente distingue i due reati è comunque il bene giuridico protetto, come sopra si è individuato, che rende la norma penale tributaria per così dire "specialissima" e impedisce il suo assorbimento in quella fallimentare quale "meno speciale" sia sul piano oggettivo sia sul piano soggettivo" (Così in motivaz. Cass., III, 20/11/15 - dep. 27/1/16, n. 3539, Cepparo).

Con la conseguenza – che è quanto interessa sottolineare in questa sede – che la Corte di Cassazione ha confermato il provvedimento di sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente disposto per i reati tributari sui beni sottratti alla società fallita.

Da qui due osservazioni.

La prima, di tipo dottrinario, è che ci si può domandare se per tale via non si corra il rischio di alterare – con lo strumento penale tributario – la par condicio creditorum pur presidiata dal diritto penale fallimentare.

⁹ "... stante la sottoposizione della società a procedura fallimentare, correttamente si era ritenuto di sottoporre a vincolo i beni dell'amministratore, disponendo il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente nei confronti della persona fisica per i reati tributari commessi nell'interesse dell'ente" (Così in motivaz., Cass., 2/12/15 – dep. 15/1/16 – n. 1376, Giardi, non massimata).

¹⁰ Cass., III, 20/11/15 (dep. 27/1/16), n. 3539, Cepparo, non massimata.

¹¹ Cass., V, 10/11/11, n. 1843, Mazzieri, Rv 253479, aveva riconosciuto il concorso formale; Cass., V, 16/11/11, n. 42156, Borsano, Rv 251698, aveva invece ritenuto, per il principio di specialità, l'applicabilità della sola più grave ipotesi di cui all'art. 216 l. fall., poiché, in caso di fallimento, la distrazione in danno del fisco non assume connotazione autonoma, rientrando nel paradigma delle condotte di distrazione, occultamento, distruzione e dissipazione della bancarotta.

¹² Art. 29, c. 4, d.l. 31/5/10 n. 78, conv. con modd. in l. 30/7/10 n. 122.

In proposito si è notato che *“il settore del diritto penale tributario, con le sue specificità, costituisce un formidabile banco di prova della tensione della tutela dei diritti, specie allorché si apre la procedura concorsuale, perché l'interprete si deve confrontare necessariamente con un disallineamento normativo fra la legge fallimentare (la cui parte penale non è stata sostanzialmente toccata dalle novelle degli ultimi 12 anni) e la legge penale speciale”* (Così in motivaz., Cass., III, 7/3/17, n. 37439, Cosentino).

La seconda osservazione, di tipo pratico, è se il curatore possa intervenire nella vicenda cautelare reale.

Si tratta di questione ampiamente dibattuta che qui si deve necessariamente ridurre ai minimi termini¹³.

Le S.U. n. 29951/04, Rv 228163, Focarelli¹⁴, avevano ritenuto la legittimazione del curatore a proporre l'istanza di riesame del provvedimento di sequestro preventivo.

La giurisprudenza successiva ha invece escluso che il curatore sia legittimato ad impugnare il sequestro preventivo, sia in caso di sequestro disposto ex d.l.vo 231/01, sia in caso di sequestro preventivo disposto per reati tributari.

“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 (in motivazione la Corte ha precisato che il curatore, in quanto soggetto terzo rispetto al procedimento cautelare, non è titolare di diritti sui beni in sequestro, né può agire in rappresentanza dei creditori, non essendo anche questi ultimi, prima dell'assegnazione dei beni e della conclusione della procedura concorsuale, titolari di alcun diritto sugli stessi)”. (Cass., S.U., 25/9/14, n. 11170, Uniland spa, Rv 263685).

Tale principio viene letteralmente ripreso da Cass., III, 28/5/15, n. 30484, Spav Prefabbricati spa (non massimata).

Quest'ultima decisione è interessante perché ha approfondito il tema dei rapporti fra provvedimenti di sequestro e confisca del profitto del reato e procedura fallimentare, con motivazione che qui non si può che riassumere sommariamente.

La S.C., ricapitolando le varie decisioni¹⁵ sui sequestri preventivi finalizzati alla confisca obbligatoria (240 c. 2; 322-ter; 640-quater; 644-ter; 648-quater c.p. e gli altri della normativa speciale: reati tributari; ecc.), ha stabilito che:

- il vincolo civilistico (spossessamento dei beni del fallito) imposto dalla procedura fallimentare ed in vincolo cautelare penale possono coesistere¹⁶;

¹³ La questione viene approfondita da Cass., III, 7/3/17, n. 37439, Cosentino.

¹⁴ *“Il curatore del fallimento, nell'espletamento dei compiti di amministrazione del patrimonio fallimentare, ha facoltà di proporre sia l'istanza di riesame del provvedimento di sequestro preventivo, sia quella di revoca della misura, ai sensi dell'art. 322 cod. proc. pen., nonché di ricorrere per cassazione ai sensi dell'art. 325 stesso codice avverso le relative ordinanze emesse dal tribunale del riesame. (In motivazione la Corte ha precisato che in questi casi il curatore agisce, previa autorizzazione del giudice delegato, per la rimozione di un atto pregiudizievole ai fini della reintegrazione del patrimonio, attendendo alla sua funzione istituzionale rivolta alla ricostruzione dell'attivo fallimentare)”*. (Sez. U, n. 29951 del 24/05/2004 - dep. 09/07/2004, C. fall. in proc. Focarelli, Rv. 22816301)

¹⁵ Fra le altre, Cass., S.U., 24/5/04, n. 29951, Focarelli; Cass., II, 14/6/06, n. 31990, Grassi, Rv 235129; Cass., S.U. 30/1/14, n. 10561, Gubert; Cass., S.U., 25/9/14, n. 11170, Uniland spa;

- il problema è la tutela dei diritti dei terzi di buona fede e pertanto le norme sulla confisca obbligatoria (e quindi sul relativo sequestro preventivo) trovano un limite nei beni che "appartengono" a persona estranea al reato¹⁷;
- viene quindi salvaguardato il diritto di proprietà del terzo acquisito in buona fede¹⁸;
- i creditori fallimentari, rappresentati dal curatore, sono semplici "creditori", anche se in un'ottica di rilevanza pubblicistica;
- il sequestro preventivo a fini di confisca obbligatoria non è incompatibile con la procedura fallimentare.

"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 egli vanta una semplice pretesa, ma non certo la titolarità di un diritto reale su un bene. E perciò legittimamente su quei beni potranno insistere il sequestro penale prima e la confisca poi" (Così in motivaz. Cass., III, 28/5/15, n. 30484, Spav Prefabbricati).

Tuttavia, il nocciolo della questione (possibilità che il sequestro preventivo colpisca i beni della massa fallimentare e conseguente potere di impugnazione da parte del curatore) mi sembra meglio inquadrato da altra giurisprudenza che coglie due elementi:

- a) l'aspetto cronologico, dovendosi discriminare il sequestro precedente da quello successivo alla dichiarazione di fallimento;
- b) il bilanciamento degli interessi contrapposti.

Se il fallimento precede il sequestro, i beni della massa non sono più nella disponibilità dell'indagato, il che rende superflua ogni considerazione in ordine al fatto che si tratti di sequestro finalizzato alla confisca obbligatoria o facoltativa.

"Sia che la si qualifichi come un pignoramento generale dei beni del fallito, sia che la si intenda in termini di patrimonio separato, certo è che la privazione della disponibilità disposta dall'art. 42 l. fall. importa comunque il venir meno del potere di disporre e di amministrare il proprio patrimonio in capo al fallito che passa, per effetto della sentenza dichiarativa di fallimento, in capo al curatore. Se è possibile considerare il vincolo penale insensibile alla successiva dichiarazione di fallimento, atteso che è solo con la relativa pronuncia resa dal Tribunale fallimentare che la Curatela acquisisce la disponibilità del patrimonio del fallito (Sez. 3, n. 23907 del 1/3/16 – dep. 9/6/16, PM in

¹⁶ "Si tratta, quindi, di procedure essenziali, con indubbi profili di interesse pubblico, per il raggiungimento dei fini innanzi precisati; di conseguenza – affermano ancora le SS.UU. Uniland – anche il vincolo apposto sui beni del fallito in occasione dell'apertura di una procedura concorsuale è indispensabile e non può essere eluso.

Condivisibilmente, tuttavia, le SS.UU. Uniland rilevano come i due vincoli possano coesistere". (Così in motivaz. Cass., 30484/15 Spav Prefabbricati cit.).

¹⁷ "Il legislatore pone, però, dei limiti importanti alla confisca, ancorché obbligatoria, e, conseguentemente, anche al sequestro, perché intende far salvi i diritti del danneggiato dal reato ed i diritti acquisiti dai terzi in buona fede". (Ibid., grassetto nell'originale).

¹⁸ "L'espressione letterale usata dal legislatore e la logica del sistema, che vuole salvaguardare, dal sequestro prima e dalla confisca poi, provvedimenti che intendono ristabilire l'ordine economico turbato dalla illecita attività dell'ente, soltanto i diritti dei terzi gravanti sui beni oggetto dell'apprensione da parte dello Stato – rilevano ancora le SS.UU. Uniland – rendono certi che salvaguardato è il diritto di proprietà del terzo acquisito in buona fede, oltre agli altri diritti reali insistenti sui predetti beni, mobili o immobili che siano.

Del resto la norma non parla di 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, c.p. – a terzi estranei al reato, o meglio all'illecito commesso dall'ente. (Ibid.).

proc. Taurino, Rv 266940) non può tuttavia pervenirsi alle stesse conclusioni nel caso contrario...

E' per contro la preesistenza della procedura fallimentare che inverte diametralmente la prospettiva, traducendosi in un ostacolo che relega ad un ruolo del tutto secondario la natura rivestita dalla confisca cui è finalizzato il sequestro successivamente disposto dal giudice penale: l'indisponibilità dei beni in capo al fallito, posta a presidio degli interessi cui la procedura concorsuale è sottesa, che travalicano il profilo squisitamente privatistico dell'insolvenza del fallito nei confronti dei singoli creditori stanti i riflessi pubblicistici correlati alla necessità che il tracollo dell'impresa non si estenda a macchia di leopardo ai soggetti che con questa abbiano avuto rapporti e dunque in ultima analisi, posti a tutela delle esigenze economiche della collettività implicanti certezza del diritto, non ne consente la assoggettabilità al vincolo penale per effetto del sequestro finalizzato alla confisca" (Così in motivaz., Cass., III, 29/5/18 – dep. 10/10/18, n. 45574, Evangelista).

Secondo la stessa giurisprudenza, anche la peculiare natura della massa fallimentare è di ostacolo alla sua confisca per reati tributari.

Nella massa fallimentare infatti ricadono non solo i beni facenti parte del patrimonio del fallito alla data del fallimento ma anche il frutto delle attività recuperatorie poste in essere dal curatore, che – in quanto tali – non sarebbero riconducibili alla condotta dell'indagato e comunque non sarebbero "nella sua disponibilità".

In sintesi, a proposito del potere del curatore di impugnare il sequestro preventivo:

"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, ed alle specialità nelle norme penali dall'altro, formulando di volta in volta un giudizio di bilanciamento dei contrapposti interessi anche tenuto conto del principio della prevenzione" (Così in motivaz., Cass., III, 7/3/17, n. 37439, Cosentino).

3.4- Sequestro preventivo e concordato preventivo.

Le esigenze cautelari del sequestro preventivo, come si è visto, sono connesse alla disponibilità (diretta o indiretta) dei beni da parte dell'indagato ed in tale ottica è rilevante l'eventuale spossessamento dei beni operato dalla procedura fallimentare.

Questa considerazione assume un valore ancor più pregnante nelle procedure di concordato preventivo in cui l'imprenditore non perde il possesso dei beni.

In tali casi la procedura di concordato preventivo non elimina il pericolo di aggravamento o protrazione delle conseguenze del reato o di commissione di altri reati (il c.d. *periculum in mora* di cui all'art. 321, c.1 c.p.p.).

In proposito si è quindi ritenuto che *"... l'ordinanza impugnata ha motivatamente spiegato perché il periculum in mora non sia escluso dalla richiesta di ammissione al concordato preventivo, di per sé non idonea a spogliare il management dell'amministrazione della società, in grado, dunque, di realizzare, ad esempio attraverso prelevamenti di giacenze di conto corrente per esigenze estranee a quelle dell'impresa, altre condotte distrattive in danno dell'ente. Il provvedimento impugnato ha anche sottolineato il perché della compatibilità del periculum in mora con la vigilanza del commissario giudiziale (peraltro non nominato nella specie) posto che, conservando comunque il debitore l'amministrazione dei beni e l'esercizio dell'impresa, sussiste in*

ogni caso il pericolo che lo stesso possa, mediante atti di ordinaria amministrazione, spogliare la società dei suoi beni” (Cass., III, 6/7/18 – 11/12/18, n. 55368, Gelfusa).

Il concordato preventivo non esclude neppure il sequestro preventivo a fini di confisca, ad es. per eventuali reati tributari.

“La consolidata giurisprudenza di questa Corte afferma l'impermeabilità del sistema penale tributario rispetto alla procedura di concordato preventivo, evidenziando che il sequestro preventivo funzionale alla confisca, diretta o per equivalente, del profitto dei reati tributari, prevista dall'art. 12-bis, c.1, del d.lgs. n. 74 del 2000, prevale sui diritti di credito vantati sul medesimo bene per effetto della ammissione al concordato preventivo, attesa l'obbligatorietà della misura ablatoria alla cui salvaguardia è finalizzato il sequestro” (Così in motivaz. Cass., III, 17/7/18 – 21/11/18, n. 52428, Porri; conf. Cass., III, 6/7/18 – 11/12/18, n. 55368, Gelfusa).

3.5- L'art. 238, c. 2 l. fall. e i tempi delle procedure concorsuali.

L'art. 238, c. 2, l. fall., consente l'esercizio dell'azione penale anche prima della sentenza di fallimento o dell'omologa del concordato preventivo.

Ai sensi dell'art. 238 l. fall. quindi, frequentemente si giunge al sequestro preventivo prima del fallimento o dell'approvazione del concordato.

Se ciò permette di salvaguardare ciò che resta del patrimonio dell'impresa in crisi e di vigilare sulla trasparenza della contabilità, possono crearsi in concreto difficoltà legate ai tempi delle procedure concorsuali, soprattutto del concordato preventivo, in cui la fase di predisposizione della proposta può essere anche strumentalmente laboriosa.

Roma, 18/12/18

Dott. Giovanni B. BERTOLINI

ⁱ *Relazione per il Seminario organizzato dall'Ordine dei Commercialisti ed Esperti Contabili di Roma sul tema: “Procedure concorsuali, sequestro di prevenzione e sequestro penale. Profili di connessione con il diritto della crisi d'impresa” in Roma, presso la sede della CNPR, 18/12/18.*