



Crisi d'impresa

Le misure patrimoniali penali e la liquidazione giudiziale nel codice della crisi. L'insostenibile leggerezza dei diritti dei creditori di fronte alle ragioni della prevenzione penale.

di [Paola Filippi](#)

13 ottobre 2021

Le misure patrimoniali penali e la liquidazione giudiziale nel codice della crisi. L'insostenibile leggerezza dei diritti dei creditori di fronte alle ragioni della prevenzione penale.*

di Paola Filippi

Sommario: 1. Liquidazione giudiziale, misure di prevenzione e misure cautelari penali. La direttiva della legge delega n. 155 del 2017 in materia penale. – 2. Il Titolo VIII “Liquidazione giudiziale e misure cautelari penali” del Codice della crisi e dell’insolvenza. – 3. Gli interessi sottesi alla liquidazione giudiziale e gli interessi sottesi alla misura penale. – 3.1. I soggetti che subiscono gli effetti ablativi della misura patrimoniale penale sul patrimonio dell’imprenditore commerciale insolvente. – 3.2. Gli effetti dell’adozione delle misure cautelari penali reali. – 3.3. L’obiettivo del salvataggio dell’azienda. – 3.4. La diseconomicità e l’inefficienza della prevalenza della misura patrimoniale penale sulla liquidazione giudiziale senza limiti temporali o di fase. –

4. Il coordinamento del fallimento e le misure patrimoniali penali nella giurisprudenza di legittimità. – 5. Le ragioni pubblicistiche sottese alla prevalenza della misura patrimoniale finalizzata alla confisca. – 5.1. La falcidia dei crediti – 6. Profili di criticità dell'art. 317 del Codice della crisi e dell'insolvenza. – 6.1. L'incomprensibile dissonanza dei commi quarto e quinto dell'articolo 63 d.lgs. n. 159/2011, un refuso? – 7. L'articolo 318. La prevalenza della liquidazione giudiziale, aperta ai sensi dell'art. 49 CCI, sul sequestro impeditivo. – 7.2. Il ruolo del curatore. – 8. Il sequestro ai danni dell'ente ex art. 53 d.lgs. n. 231/2001. – 9. La legittimazione del curatore. – 10. Conclusioni.

1. Liquidazione giudiziale, misure di prevenzione e misure cautelari penali. La direttiva della legge delega n. 155 del 2017 in materia penale

L'art. 13 della legge n. 155/2017, rubricato *“Rapporti tra liquidazione giudiziale e misure penali”*, ha conferito al Governo la delega a 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”*^[1]. Nonché ad *“adottare 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”*”.

Le direttive di cui all'art. 13, con quella di cui all'art. 4 lett. h) (contenente delega a prevedere una causa di non punibilità per il delitto di bancarotta semplice e un'attenuante ad effetto speciale quali misure premiali per il tempestivo accesso del debitore alle procedure di composizione assistita) sono le sole direttive della legge delega che hanno riguardato la materia penale.

L'art. 2 lett. a), con riferimento alla materia fallimentare penale ha previsto il coordinamento delle disposizioni penali con sostituzione del termine *fallimento* con il termine *liquidazione giudiziale*.

Ciò detto, sono stati inseriti nel codice della crisi, attraverso mera trasposizione, le fattispecie di reato del sovraindebitato e dei componenti degli organismi di composizione della crisi, introdotti

dall'articolo 16 legge 10.1.2012 n. 3 (recante disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento), successivamente modificato dal decreto legge n.179/2012 convertito in legge n. 221/2012.

Dette fattispecie ora trovano la loro collocazione all'articolo 344, ai commi primo e terzo, del codice della crisi. In questo contesto – senza specifica delega – era stato introdotto l'art. 345, – estensione dei reati propri del falso attestatore, come descritti dall'art. 236 bis l.fall.- ai competenti dell'OCRI, (ndr articolo abrogato con d.lgs.n. 83/22) In assenza di delega, le fattispecie di cui all'art. 236 *bis* legge fallimentare, inserite all' articolo 342 del codice della crisi sono state modificate.

L'articolato licenziato dalla commissione Rordorf nel dicembre del 2017 è stato ridotto con eliminazione degli articoli che realizzavano nel dettaglio il coordinamento tra le misure di prevenzione, le misure penali e la liquidazione giudiziale e quelli che introducevano disposizioni di coordinamento tra le procedure concorsuali e la disciplina della responsabilità dell'ente in attuazione della direttiva di cui all'art. 13 n. 2.

In sintesi, da un lato, ci sono stati eccessi di delega; dall'altro – nonostante il ristretto margine di riforma della materia penale – la delega, alle fine, non è stata esercitata in tutta la sua estensione.

2. Il Titolo VIII “Liquidazione giudiziale e misure cautelari penali” del Codice della crisi e dell'insolvenza

Il Titolo VIII, “*Liquidazione giudiziale e misure cautelari penali*”, contiene quattro articoli (gli articoli 317, 318, 319 e 320).

Due soltanto coordinano la liquidazione giudiziale, aperta ai sensi dell'art. 49 CCI, con le misure di prevenzione e le misure cautelari adottate in sede penale: l'articolo 317 e l'articolo 318.

L'articolo 319, rubricato *sequestro conservativo*, si riferisce all'articolo 316 cod. proc. pen. Trattasi di misura cautelare civile, espressione della previsione di cui all'art. 150 CCI – che riproduce l'art. 51 legge fall. – contenente divieto all'esercizio o alla prosecuzione di azioni esecutive e cautelari individuali, divieto compendiato nella previsione secondo la quale “*Salvo diversa disposizione della legge, dal giorno della dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale nessuna azione individuale esecutiva o cautelare anche per crediti maturati durante la liquidazione giudiziale, può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nella procedura*” [\[2\]](#) (v. par. 6).

L'articolo 320, inserito nel medesimo titolo, codifica il principio della legittimazione del curatore a ricorrere [\[3\]](#), sul presupposto che il curatore agisce nell'interesse della massa dei creditori, contro i provvedimenti di sequestro, principio costantemente affermato dalla giurisprudenza di legittimità [\[4\]](#), sino alla sentenza dalle Sezioni unite *Uniland S.p.a.*, 2014 [\[5\]](#) ma riconfermato dalle Sezioni Unite, *Mantova Petroli S.r.l. in liquidazione*, 2019.

3. Gli interessi sottesi alla liquidazione giudiziale e gli interessi sottesi alla misura penale

Ogni considerazione in ordine al coordinamento tra misure patrimoniali penali e procedure esecutive concorsuali (fallimento, liquidazione giudiziale secondo il codice della crisi) e, la scelta della prevalenza non può prescindere dalla preventiva risposta a tre domande:

- *chi subisce gli effetti della misura patrimoniale penale?*
- *qual è il coordinamento che implementa le chances di salvataggio dei beni produttivi?*
- *qual è il criterio di prevalenza che meglio realizza il principio del giusto processo?*

3.1. I soggetti che subiscono gli effetti ablativi della misura patrimoniale penale sul patrimonio dell'imprenditore commerciale insolvente

Il combinato disposto degli articoli 150, 151 e 152 del codice della crisi e dell'insolvenza, ha confermato il principio secondo il quale la *“liquidazione giudiziale apre il concorso dei creditori sul patrimonio del debitore e che, salvo diversa disposizione della legge, dal giorno della dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale nessuna azione individuale esecutiva o cautelare anche per crediti maturati durante la liquidazione giudiziale, può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nella procedura”*.

Trattasi di espressione del principio generale di cui all'articolo 2740 del codice civile che assegna ai beni del debitore l'inderogabile destinazione di patrimonio a garanzia delle pretese creditorie, *“il debitore risponde dell'adempimento con tutti i suoi beni presenti e futuri”*.

Va poi considerato che il patrimonio del debitore, in quanto garanzia dei creditori, è insensibile alla provenienza.

In applicazione dell'art. 2740 del codice civile entrano a far parte del patrimonio dell'imprenditore anche i beni di provenienza illecita[\[6\]](#).

A seguito dell'apertura della liquidazione giudiziale l'intero patrimonio dell'imprenditore commerciale è dunque sottoposto a esecuzione ai fini della soddisfazione dei creditori, che deve realizzarsi nel rispetto della *par condicio creditorum*.

È trasposto all'art 152 CCI l'art. 52 della legge fallimentare secondo cui: “ *La liquidazione giudiziale apre il concorso dei creditori sul patrimonio del debitore. Ogni credito, anche se munito di diritto di prelazione o prededucibile, nonché ogni diritto reale o personale, mobiliare o immobiliare, deve essere accertato secondo le norme stabilite dal capo III del presente titolo, salvo diverse disposizioni della legge*”.

Il credito *ex delictu*, è bene sottolinearlo, non è destinatario di rango speciale ma è un credito chirografario. Questo è un elemento da tener presente quando si considera il credito della persona offesa, al pari del credito dell'ente nei casi di responsabilità amministrativa ex d.lgs. 231/2001.

Lo Stato, con riferimento ai crediti dipendenti da reato gode di privilegio mobiliare ex art. 2768 c.c. e, ex art. 27 della legge n. 231/2001, con riferimento all'ente, così come mero privilegio mobiliare è riconosciuto ai crediti erariali.

Tanto evidenzia l'antinomia tra disposizioni penali in tema di prevalenza della misura patrimoniale penale e il principio della *par condicio creditorum* con il suo regime dei privilegi.

La scelta del legislatore, confermata dal codice della crisi, è stata quella della parità, salvo i privilegi richiamati, del creditore privato, rispetto a quello pubblico, scelta coerente con l'obiettivo che il danno dell'insolvenza sia solidarizzato anche in presenza dello Stato.

I creditori concorsuali sono in maggioranza imprenditori commerciali e dunque la solidarizzazione, ripartendo il danno, avvantaggia l'imprenditoria nazionale e con essa l'intera economia nazionale.

3.2. Gli effetti dell'adozione delle misure cautelari penali reali

In caso di apertura di procedura liquidatoria concorsuale – sia che la misura cautelare sia disposta prima dell'apertura sia che venga disposta dopo – gli effetti si riverberano non sugli interessi patrimoniali del debitore, che con l'esecuzione concorsuale viene forzosamente spossessato dei suoi beni (v. art. 42 legge fall. e 152 CCI), bensì sugli interessi patrimoniali dei creditori.

3.3. L'obiettivo del salvataggio dell'azienda

L'obiettivo precipuo del codice della crisi è quello del *salvataggio dell'azienda* e degli *asset produttivi*, obiettivo la cui realizzazione passa attraverso un sistema complesso che connota anche la procedura esecutiva liquidatoria.

Il recupero del patrimonio produttivo è difficilmente attuabile in sede penale, ad esempio attraverso il sequestro della prevenzione oppure ai sensi delle disposizioni di cui all'art. 104 *bis* disp. att. cod. proc., richiamato dall'art. 317 CCI, e ciò in ragione dei tempi irragionevolmente lunghi della liquidazione in sede penale, che inizia con la definitività della confisca.

È, d'altro canto, assolutamente fisiologica l'inattitudine del procedimento cautelare penale alla valorizzazione del patrimonio, e ciò in ragione della finalizzazione impeditiva e sanzionatoria della misura patrimoniale penale.

La confisca, nella quale si trasforma il sequestro all'esito del procedimento penale, si riferisce all'oggetto, senza distinzioni che tengano conto degli interessi patrimoniali di terzi.

La tutela dei creditori concorsuali è questione che, in sede penale, si presenta in via eventuale ed è trattata solo in via incidentale.

Non si teme di essere smentiti quando si afferma che nel procedimento penale la soddisfazione dei creditori costituisce un *orpello collaterale* e non è, come nella liquidazione giudiziale, l'obiettivo del procedimento.

Si pensi, ad esempio, ai casi della custodia sino alla vendita per confisca definitiva o, in ipotesi di assoluzione, alla restituzione, momento dal quale l'esecuzione concorsuale potrebbe, e dovrebbe, riprendere il suo corso.

Se si pone mente alle disposizioni di cui all'art. 213, comma 4, CCI, che regolano il programma di liquidazione, e alle disposizioni di cui all'art. 214 CCI, che regolano la vendita dell'azienda o i suoi rami o i beni o i rapporti in blocco, la risposta alle domanda "*qual è coordinamento che implementa le chances di salvataggio dei beni produttivi?*" è scontata.

3.4. La diseconomicità e l'inefficienza della prevalenza della misura patrimoniale penale sulla liquidazione giudiziale senza limiti temporali o di fase

A prescindere dalla lunghezza dei tempi di soddisfazione dei creditori concorsuali, irragionevolmente lunghi se affidati ai tempi della misura penale, la prevalenza, senza limiti temporali e di fase, della misura patrimoniale penale sulla liquidazione giudiziale determina

anche sotto il profilo dell'economicità dei mezzi processuali effetti aberranti.

Si pensi, ad esempio, al caso in cui – conclusa la fase di liquidazione e formalizzato il riparto, ovvero semplicemente prima della sottoscrizione dei mandati di pagamento in favore degli *stremati* creditori concorsuali – intervenga il sequestro penale; in ragione della prevalenza senza limiti di fase la misura patrimoniale penale determina non solo il congelamento delle somme liquidate al fine di soddisfare i creditori concorsuali ma anche la perdita delle spese sostenute da questi per il recupero del credito, con l'effetto dell'inutilità assoluta della dispendiosa attività compiuta in sede esecutiva concorsuale. Senza contare l'inutile dispendio di attività giurisdizionale svolta in sede concorsuale.

L'esempio appena citato non è un esempio astratto ma si riferisce al caso concreto sotteso alla massima secondo la quale *“è legittimo il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente di somme di denaro appartenenti alla società fallita e assegnate ai creditori con piano di riparto dichiarato esecutivo ma non ancora eseguito, in quanto il provvedimento del giudice delegato si limita ad accertare giudizialmente la misura dei crediti aventi diritto al riparto e ad ordinarne al curatore il pagamento, ma l'effetto traslativo del denaro appartenente alla società fallita si produce solo con la materiale "traditio" delle somme”* (Sez. 4, Sentenza Sansone del 2019).

Il caso richiamato, che riguarda una procedura esecutiva concorsuale conclusa con creditori concorsuali prossimi alla soddisfazione, evoca il gioco dell'oca.

Tutto questo ha un costo che, attraverso il danno del singolo creditore, si riverbera sull'economia nazionale, e, attraverso l'inutilità *ex post* dell'esercizio della giurisdizione, sull'efficienza della giustizia e così, inevitabilmente, sulle scelte degli imprenditori europei in ordine alla dislocazione delle loro attività sul territorio dell'Unione.

Il percorso verso l'efficienza della risposta di giustizia alla quale l'Europa condiziona il *recovery fund* sembra assai arduo quando le scelte del legislatore e le scelte giurisprudenziali, a processo esecutivo finito, consentono di riportare gli utenti della giustizia *“alla casella del via”*. Anche la risposta alla terza domanda, quella della migliore scelta ai fini della realizzazione del principio del giusto processo, è scontata.

4. . Il coordinamento del fallimento e le misure patrimoniali penali nella giurisprudenza di legittimità

La legge fallimentare non contiene alcun tipo di coordinamento tra procedura fallimentare e misure patrimoniali penali e le regole del coordinamento hanno fonte giurisprudenziale.

Il criterio di prevalenza, coerente con i principi di sistema, è ben sintetizzato nell'affermazione contenuta nella sentenza della Quinta Sezione, Sajeve 2003, estensore Alberto Macchia secondo cui *“il sequestro preventivo avente ad oggetto un bene confiscabile in via obbligatoria deve ritenersi assolutamente insensibile alla procedura esecutiva concorsuale, in ragione della prevalenza da attribuire all'esigenza di inibire l'utilizzazione di un bene intrinsecamente e oggettivamente "pericoloso" in vista della sua definitiva acquisizione da parte dello Stato”* (nel caso considerato dalla Corte si trattava di denaro depositato in un conto corrente intestato alla società fallita)[\[7\]](#).

Con riguardo al principio di diritto enunciato dalla sentenza Sajeve, che pur si condivide, in un'ottica che estremizza la valorizzazione dell'obiettivo della soddisfazione dei creditori, potrebbe opporsi che l'illiceità della detenzione del bene a confisca obbligatoria, in alcuni casi potrebbe essere rimossa con specifica autorizzazione (si pensi alla pistola regolare o all'immobile abusivo suscettibile di sanatoria, o alla cannabis per usi terapeutici per cui astrattamente potrebbe autorizzarsi la cessione a impresa farmaceutica); trattasi di tesi che, come si vedrà (v. paragrafo 7), il legislatore ha accolto alla luce dell'inciso di cui all'art. 318 *“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”*, ma come si dirà l'inciso è disarmonico rispetto al resto delle previsioni.

Il sequestro così detto *impeditivo*, considerato il venir meno dell'esigenza della prevenzione per il fatto stesso dello spossessamento conseguente all'apertura della liquidazione giudiziale, recede rispetto alla procedura fallimentare, come si legge nella richiamata sentenza nei casi in cui *“il carattere "preventivo" finisca per coincidere con la finalità di impedire la dispersione delle garanzie patrimoniali cui è preordinato il sequestro conservativo, misura che essendo naturalmente anticipatoria rispetto ad una azione esecutiva individuale nei confronti dell'obbligato da delitto, ricade, in ipotesi di fallimento, nella generale inibitoria di cui all'art. 51 legge fall., con conseguente inefficacia nei confronti della massa patrimoniale”*.

Il principio di diritto affermato con la sentenza Sajeve è stato sostanzialmente ribadito, con alcuni distinguo, dalle Sezioni Unite Focarelli 2004, che hanno affermato: *“È legittimo il sequestro preventivo, funzionale alla confisca facoltativa, di beni provento di attività illecita e appartenenti ad un'impresa dichiarata fallita, nei cui confronti sia instaurata la relativa procedura concorsuale, 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”.

In ordine alle altre tipologie di sequestro le Sezioni Unite hanno precisato in motivazione che: “a) il sequestro probatorio può legittimamente essere disposto su beni già appresi al fallimento e, se anteriore alla dichiarazione di fallimento, conserva la propria efficacia anche in seguito alla sopravvenuta apertura della procedura concorsuale, trattandosi di una misura strumentale alle esigenze processuali, che persegue il superiore interesse della ricerca della verità nel procedimento penale; b) il sequestro conservativo previsto dall'art. 316 cod. proc. pen., in quanto strumentale e prodromico ad una esecuzione individuale nei confronti del debitore ex delicto, rientra, in caso di fallimento dell'obbligato, nell'area di operatività del divieto di cui all'art. 51 l. fall., secondo cui dal giorno della dichiarazione di fallimento nessuna azione individuale esecutiva può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nel fallimento; c) il sequestro preventivo c.d. impeditivo, previsto dall'art. 321 comma 1 cod. proc. pen., di beni appartenenti ad un'impresa dichiarata fallita è legittimo, a condizione che il giudice, nel discrezionale giudizio sulla pericolosità della res, operi una valutazione di bilanciamento del motivo di cautela e delle ragioni attinenti alla tutela dei legittimi interessi dei creditori, anche attraverso la considerazione dello svolgimento in concreto della procedura concorsuale; d) il sequestro preventivo avente ad oggetto un bene confiscabile in via obbligatoria deve ritenersi assolutamente insensibile alla procedura fallimentare, prevalendo l'esigenza di inibire l'utilizzazione di un bene intrinsecamente e oggettivamente "pericoloso" in vista della sua definitiva acquisizione da parte dello Stato).[\[8\]](#)

Le Sezioni unite *Uniland S.p.a.* 2014 hanno mutato orientamento affrontando la questione del sequestro per equivalente con riferimento alla responsabilità dell'ente. Oltre ad affermare la mancanza di legittimazione del curatore fallimentare a proporre impugnazione avverso il provvedimento di sequestro preventivo funzionale alla confisca dei beni della società fallita, le richiamate Sezioni unite, hanno affermato che “In tema di responsabilità da reato degli enti, la confisca per equivalente, in quanto sanzione principale ed autonoma, è obbligatoria, al pari di quella diretta, atteso che il ricorso da parte del legislatore, nel secondo comma dell'art. 19 D.Lgs. n. 231 del 2001, alla locuzione "può", non esprime l'intenzione di riconoscere ad essa natura facoltativa, ma la volontà di vincolare il dovere del giudice di procedervi alla previa verifica dell'impossibilità di provvedere alla confisca diretta del profitto del reato e dell'effettiva corrispondenza del valore dei beni oggetto di ablazione al valore di detto profitto”. (Sez. U, n. 11170 del 25/09/2014, dep. 2015, *Uniland S.p.a.*)

Le Sezioni unite *Mantovani Petroli S.r.l. in liquidazione* 2019 hanno infine chiarito che “non ha senso distinguere in ordine a principi di priorità temporale^[9] in quanto come disposto dall'art. 42, comma 1, legge fall. (disposizione trasposta all'articolo 152 CCI), «la sentenza che dichiara il fallimento priva dalla sua data il fallito dell'amministrazione e della disponibilità dei suoi beni esistenti alla data di dichiarazione di fallimento». La disponibilità di tali beni, da quel momento, si trasferisce dal fallito agli organi della procedura fallimentare. Di essi, il curatore è incaricato dell'amministrazione della massa attiva nella prospettiva della conservazione della stessa ai fini della tutela dell'interesse dei creditori, come indiscutibilmente affermato dalla giurisprudenza di legittimità (Sez. 3, n. 17749 del 17/12/2018, dep. 2019, Casa di cura Trusso s.p.a., Rv. 275453; Sez. 5, n. 48804 del 09/10/2013, *Fallimento Infrastrutture e Servizi*, Rv. 257553); ed in questa veste, l'art. 43 legge fall. gli attribuisce la rappresentanza in giudizio dei rapporti di diritto patrimoniale compresi nel fallimento (Sez. 2 civ., n. 11737 del 15/05/2013, Rv. 626734)”.

La giurisprudenza civile si colloca sulla stessa lunghezza d'onda della giurisprudenza penale. Il principio affermato dalla prima Sezione civile della Corte è che “il carattere obbligatorio e sanzionatorio della confisca diretta o per equivalente del profitto dei reati tributari, prevista dall'art. 12 bis comma 1, del d.lgs. n.74 del 2000, comporta che il sequestro preventivo ad essa funzionale, benché sopravvenuto rispetto alla proposizione di una domanda di concordato preventivo, sia opponibile ai creditori, non potendo in contrario invocarsi l'art. 168 l.fall., il quale vieta l'inizio delle azioni cautelari in costanza di procedura, posto che una siffatta inibizione non sussiste per la potestà cautelare che lo Stato esercita, non a tutela del suo credito, bensì nell'interesse alla repressione dei reati”. (Sentenza n. 24326 del 03/11/2020). La prevalenza del sequestro preventivo funzionale alla confisca obbligatoria diretta e per equivalente è giustificato dalla prima Sezione civile in base all'argomento che “trattasi, senz'altro, di principi convincenti, tenuto conto, da un lato, che l'elaborazione giurisprudenziale consolidatasi alla luce dei criteri (da considerarsi generali) espressi dal cd. codice antimafia spinge per la netta prevalenza delle ragioni pubblicistiche sottese alle procedure di sequestro finalizzate alla confisca”, insomma un *obiter dictum*.

5. Le ragioni pubblicistiche sottese alla prevalenza della misura patrimoniale finalizzata alla confisca

Ma quali sono le ragioni pubblicistiche sottese alla scelta della prevalenza?

La risposta che si trae dalla giurisprudenza di legittimità è che la ragione pubblicistica va individuato nell'interesse penale sanzionatorio preventivo – repressivo.

Ma come si realizza l'interesse pubblicistico considerato che ai creditori concorsuali è comunque riconosciuto il diritto a insinuarsi ai sensi degli articoli 52 d.lgs n. 159/2011, per far accertare il credito e la buona fede nell'ambito del procedimento di prevenzione o nell'ambito del procedimento ex art. 12 bis d.lgs. n. 74/2000 ?

Come scrive il Giorgio Costantino *“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*[\[10\]](#).

Se il problema è tutto nell'accertamento della buona fede, perché detto accertamento non potrebbe essere svolto dal giudice fallimentare (*rectius* giudice della liquidazione giudiziale)? L'accertamento della buona fede è poca cosa da aggiungere all'accertamento ben più complesso demandato al giudice delegato nella sede propria della liquidazione giudiziale.

Vale la pena rinunciare a svolgere la liquidazione nella sede propria, con collaudati programmi di liquidazione, disciplina specifica per le vendite e istituti vari finalizzati al salvataggio degli asset produttivi, solo ai fini di far accertare le buona fede al giudice penale?

A ciò si aggiungano, da porre sul piatto della bilancia dei *pro* e dei *contra*, i tempi di attesa della definitività della confisca che condizionano l'accesso alla fase della liquidazione.

5.1. La falcidia dei crediti

All'irragionevole durata della liquidazione si aggiunge poi la falcidia dei crediti.

Nel procedimento accessorio della prevenzione i creditori ammessi, dunque in buona fede, sono infatti soddisfatti nella misura del 60%, come prevede l'art. 53 D.lgs. n. 159/2011.

Si tratta di disposizione irragionevole, in termini della disparità di trattamento. La falcidia del 40% dipende infatti esclusivamente da una qualità del debitore, qualità non nota ai creditori in buona fede nel momento in cui hanno avuto con quel debitore rapporti commerciali^[11].

La falcidia assume effetti sanzionatori, nei termini definiti dalla CEDU, non giustificati dall'accertamento di condotte oggetto di disapprovazione.

6. Profili di criticità dell'art. 317 del Codice della crisi e dell'insolvenza

Rispetto al testo licenziato dalla commissione Rordorf nel dicembre del 2017 che, in applicazione dei principi esposti, proponeva un coordinamento delle misure patrimoniali penali e della liquidazione giudiziale che tenesse conto degli obiettivi di salvataggio della procedura di liquidazione giudiziale e, conseguentemente, aveva articolato lo schema di legge nel senso della prevalenza della misura penale solo con riferimento ai beni dei quali, per espressa disposizione normativa, fosse vietata e non autorizzabile la vendita o la detenzione, nonché ai beni non suscettibili di liquidazione^[12] in sede di approvazione, si è fatto un passo indietro.

È stato inserito l'art. 317 rubricato "*Principio di prevalenza delle misure cautelari reali e tutela dei terzi*". L'art. 317 prevede che le condizioni e i criteri di prevalenza, rispetto alla gestione concorsuale, delle misure cautelari reali sulle cose indicate dall'articolo 142 CCI siano regolate dalle disposizioni del Libro I, titolo IV del decreto legislativo n. 159/2011, salvo quanto previsto dagli articoli 318, 319 e 320. In realtà, il riferimento significativo in termini di deroga al principio generale, riguarda solo l'articolo 318, essendo l'art. 319 mera esplicitazione dell'art. 150 CCI, trasposizione dell'art. 51 della legge fallimentare. Pacifico, d'altro canto, anche senza tale norma il divieto di sequestri conservativi, come già nelle vigenze del Regio decreto senza necessità di alcuna specifica previsione. Il sequestro conservativo è infatti una di quelle azioni prodromiche alle esecuzioni sottesa a pretese private che possono trovare soddisfazione solo attraverso l'insinuazione allo stato passivo, misura che dunque nulla ha a che vedere con il sequestro ex art. 321 cod. proc. pen., quanto piuttosto è misura cautelare civile disciplinata dall'art. 316 cod. proc. pen. (v. paragrafo 2).

La tecnica adottata dal legislatore nella stesura dell'art. 317 CCI è quella del rinvio, il che rende particolarmente ostica l'interpretazione della norma se non addirittura la lettura della stessa.

È significativo della mancata focalizzazione dell'obiettivo soddisfattivo della procedura esecutiva concorsuale, che per riferirsi alla prevalenza sia utilizzato il termine *gestione concorsuale* (mutuato letteralmente dalla legge delega) mentre sarebbe stato meglio utilizzare la dizione *liquidazione giudiziale*, visto che con il richiamo all'articolo 142 CCI si fa riferimento alla liquidazione giudiziale.

Il riferimento alla gestione anziché alla liquidazione svela l'attenzione eccentrica all'amministrazione dei beni sottoposti a vincolo da parte del legislatore delegato, piuttosto che all'aspetto del salvataggio degli asset produttivi o alla cessione per finalità soddisfattive. D'altro canto anche nella sentenza delle Sezioni Unite *Mantovana Petroli S.r.l. in liquidazione* si fa riferimento all'amministrazione e alla conservazione.

Trattasi di plastica dimostrazione della sottovalutazione della finalità della liquidazione giudiziale.

Per le condizioni e i criteri di prevalenza il rinvio è all'articolo 63 d.lgs. n.158/2011, rubricato “*Dichiarazione di fallimento successiva al sequestro*”, e all'articolo 64 d.lgs. n.158/2011, rubricato “*Dichiarazione di fallimento successiva al sequestro*”. Sono questi gli articoli in che, attraverso il richiamo al Libro I, titolo IV del Testo unico antimafia, integrano la disposizione di cui al primo comma dell'art. 317 CCI.

In realtà non sono contenute in detti articoli disposizioni che stabiliscono “*criteri e condizioni di prevalenza*” ma semplicemente è ivi stabilita la prevalenza delle misure di prevenzione nonché la modalità di passaggio della massa attiva dalla procedura esecutiva concorsuale alla prevenzione.

L'art. 65 d.lgs. n. 158/2011 regola invece il controllo giudiziale, che non è una misura patrimoniale che realizza un vincolo sulla *res*, dando prevalenza alla liquidazione giudiziale. Con riguardo a detto articolo il richiamo al Libro I, titolo IV del Testo unico antimafia è dunque in eccesso.

Il secondo comma dell'art. 317 del Codice della crisi contiene la definizione di misure cautelari reali. Si legge nell'articolo “*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, cod. proc. pen., la cui attuazione è disciplinata dall' articolo 104 bis norme di att. coor. e trans. del cod. proc. pen.*”

L'articolo 104 bis disp att. cod. proc. pen. si riferisce all'amministrazione dei beni sottoposti a “*sequestro preventivo*” e “*a sequestro e confisca in casi particolari*” ovvero ai sequestri di aziende, società e beni di cui sia necessario assicurare l'amministrazione. Trattasi di articolo introdotto

dalla legge n. 94/2009 e modificato dal d.lgs. n. 21 /2018. L'amministratore è nominato ai fini della gestione dei beni, come è fisiologico che sia, trattandosi di misura finalizzata a spossessare per ragioni preventivo- repressive l'autore del reato o dei traffici delittuosi.

Il richiamo all'art. 104 *bis* disp att. cod. proc. pen è senz'altro insoddisfacente a definire la misura cautelare penale e ciò anche a voler tener conto del rinvio all'art. 240 *bis* cod. pen., relativo sempre all'amministrazione, o al d.lgs. n. 159/2011.

La definizione comunque fa riferimento all'oggetto e non alle ragioni del sequestro che prevalgono sulla liquidazione giudiziale.

6.1. L'incomprensibile dissonanza dei commi quarto e quinto dell'articolo 63 d.lgs. n. 159/2011, un refuso?

Per effetto del rinvio al Libro I, titolo IV del Testo unico antimafia si riverbera sull'art. 317 l'antinomia contenuta ai commi quarto e quinto dell'art. 63 d.lgs. n. 159/2011.

Il comma quarto stabilisce che *“Quando viene dichiarato il fallimento, i beni assoggettati a sequestro o confisca sono esclusi dalla massa attiva fallimentare. La verifica dei crediti e dei diritti inerenti ai rapporti relativi ai suddetti beni viene svolta dal **giudice delegato del tribunale di prevenzione** nell'ambito del procedimento di cui agli articoli 52 e seguenti”*.

Il comma quinto stabilisce che *“Nel caso di cui al comma 4, **il giudice delegato al fallimento** provvede all'accertamento del passivo e dei diritti dei terzi nelle forme degli articoli 92 e seguenti del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 , verificando altresì, anche con riferimento ai rapporti relativi ai beni sottoposti a sequestro, la sussistenza delle condizioni di cui all'articolo 52, comma 1, lettere b), c) e d) e comma 3 del presente decreto.”*

Non si comprende il senso del riferimento *al giudice delegato al fallimento*, al quinto comma, quando al quarto comma, cui il quinto rinvia, il riferimento è al *giudice delegato del tribunale della prevenzione*. *Giudice delegato della prevenzione o il giudice delegato della procedura concorsuale?*

Le due disposizioni si negano a vicenda. Nella prassi si intende come non scritto il riferimento al giudice delegato al fallimento. Si tratta di un refuso che nello schema licenziato dalla commissione Rordorf nel dicembre del 2017 si era tentato di correggere.

7. L'articolo 318. La prevalenza della liquidazione giudiziale, aperta ai sensi dell'art. 49 CCI, sul sequestro impeditivo

L'articolo 318 coordina la liquidazione giudiziale con il sequestro preventivo di cui all'art. 321 cod. proc. pen. Trattasi di disciplina in deroga al principio di prevalenza delle misure penali sancito all'art. 317, che gode di migliore intellegibilità e coordinazione della previsione generale.

Nel complesso il combinato disposto degli articoli 317 e 318 non realizza un chiaro coordinamento tra misure patrimoniali penali e liquidazione giudiziale in quanto non chiarisce il regime di prevalenza in relazione all'oggetto.

Ma andiamo per ordine. Il primo comma dell'articolo 318 stabilisce il principio della prevalenza del sequestro preventivo ex art. 321, comma primo, cod. proc. pen. sui beni oggetto della procedura esecutiva concorsuale ovvero i beni di cui all'art. 142 CCI – dai quali vanno esclusi i beni che non possono essere appresi ex art. 146^[13] e beni non suscettibili di liquidazione-. La prevalenza è insensibile a principi di priorità temporale.

Il sequestro non può essere disposto sui beni di cui all'art. 142 CCI quando la procedura è aperta e se disposto prima deve essere revocato quando è aperta la liquidazione giudiziale.

Il primo comma dell'art. 318 prevede infatti che non può essere disposto sequestro preventivo sulle cose di cui all'articolo 142 CCI e il secondo comma dell'art. 318 prevede che quando viene disposto il sequestro preventivo, ed è dichiarata l'apertura di liquidazione giudiziale sulle medesime cose, il giudice è tenuto a revocare il decreto di sequestro e disporre la restituzione delle cose alla procedura di liquidazione.

La prevalenza riguarda le cose per cui *fabbricazione, uso, porto, detenzione e alienazione non costituisca reato* ma, in applicazione del principio di cui all'art. 2740 cod. civ., viene dato spazio alla possibilità di “*sanatoria*” e così, ai fini della massima redditività della liquidazione giudiziale, la prevalenza vale anche con riferimento a beni a detenzione e alienazione vietata quanto sia possibile ottenere un'autorizzazione amministrativa che renda lecita la detenzione e quindi l'alienazione.

L'inciso di cui al primo comma ultima parte dell'art. 318 è infatti “*salvo che la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione e l'alienazione possano essere consentiti mediante autorizzazione amministrativa*”.

L'eccezione dell'autorizzazione amministrativa rende ancora più complessa la definizione di misura cautelare penale, formulata attraverso il richiamo all'art. 104 bis disp att. cod. proc. pen., destinata a prevalere sulla liquidazione giudiziale.

7.1. I flussi informativi tra giudice penale e giudice delegato

A parte le criticità che sono state evidenziate, ma che riguardano innanzitutto l'articolo 317, il coordinamento ha il pregio di aver disciplinato i flussi informativi tra Uffici penali e Uffici della liquidazione giudiziale prima lasciati alla buona volontà degli organi delle procedure. Si tratta di flussi informativi destinati a semplificare i passaggi dei beni, agevolare la trasformazione dei vincoli e limitare i contrasti.

7.2. Il ruolo del curatore

Il codice della crisi riconosce al curatore un ruolo fondamentale nell'ambito del coordinamento tra misure patrimoniali penali e liquidazione giudiziale.

È infatti riconosciuta al curatore la legittimazione a chiedere al giudice penale la revoca del sequestro penale quando viene aperta la liquidazione giudiziale.

Il curatore è tenuto altresì ad informare l'autorità penale del venir meno – per qualsiasi causa del vincolo derivante dall'apertura della liquidazione giudiziale affinché il sequestro riprenda efficacia.

Si tratta di compiti i quali costituiscono diretta manifestazione della legittimazione a svolgere azioni recuperatorie dell'attivo ovvero esercizio di facoltà collegata alle previsioni di cui agli artt. 142, 143 e 347 CCI, di cui anche l'art. 320 CCI, sulla legittimazione del curatore, è espressione.

L'articolo 318 al comma 1, prevede infatti che su richiesta del curatore il giudice revochi il decreto di sequestro e disponga la restituzione delle cose in favore della massa^[14].

Sono posti in capo al curatore obblighi di comunicazione. Al terzo comma dell'art. 321 è previsto infatti che il curatore comunichi all'autorità giudiziaria che aveva disposto o richiesto il sequestro, il provvedimento di revoca o chiusura della liquidazione giudiziale, nonché l'elenco delle cose non liquidate e già sottoposte a sequestro.

È rimesso infine al curatore il compito di provvedere alla cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni decorsi novanta giorni dalla comunicazione di cui al primo periodo.

La previsione, in tale occasione anche della comunicazione *“della dichiarazione dello stato di insolvenza e di apertura della procedura della liquidazione giudiziale”* è un chiaro refuso dovuto

all'accorpamento, in fase di approvazione finale dell'articolato licenziato dalla commissione Rordorf, di disposizioni scritte nell'ambito di un più ampio articolato.

Il curatore, se deve comunicare la chiusura della procedura concorsuale, ha senz'altro già comunicato l'apertura della stessa. Le comunicazioni di cui al terzo comma si riferiscono infatti a quelle che il curatore è tenuto ad effettuare in relazione a vicende successive alla revoca del sequestro e che riguardano i beni acquisti alla massa in ragione dell'apertura della liquidazione giudiziale.

8. Il sequestro ai danni dell'ente ex art. 53 d.lgs. n. 231/2001

L'articolo 318, come licenziato dalla commissione Rordorf, al primo comma, richiama non solo il *sequestro per equivalente* e il *sequestro di beni a confisca obbligatoria*, ma anche il sequestro disposto ai sensi dell'art. 53 d.lgs. n. 231/2001.

Secondo la previsione proposta con lo schema la liquidazione giudiziale prevaleva su detto sequestro. Il silenzio del legislatore delegato e la natura di norma generale della previsione di cui al primo comma dell'art. 317 conduce a ritenere che con il silenzio serbato a seguito dell'eliminazione di quanto previsto nello schema Rordorf si sia voluto ricondurre il sequestro di cui all'art. 53 d.lgs. n. 231/2001 nello schema delle misure patrimoniali prevalenti.

Il sequestro di cui all'art. 53 d.lgs. n. 231/2001, e quello relativo alla confisca di cui all'art. 19 decreto legislativo n. 231/2001 riguarda il prezzo e il profitto del reato nonché la confisca per equivalente. Valgono, con riferimento a detto sequestro, le considerazioni svolte al paragrafo 3. A ciò si aggiunga, per sottolineare l'antinomia riscontrata, che l'articolo 27, secondo comma, d.lgs. n. 231/2001 riconosce ai crediti dello Stato derivanti dagli illeciti amministrativi dell'ente il privilegio secondo le disposizioni del codice di procedura penale sui crediti dipendenti dal reato. La prevalenza della misura penale non è coerente con il sistema. Da un lato, per espressa disposizione di legge il credito gode solo di privilegio e dall'altro la prevalenza della misura penale determina l'ablazione del patrimonio in danno della massa, con effetti sanzionatori che ricadono sui debitori.

9. La legittimazione del curatore

Corona la disciplina in tema di coordinamento la previsione di cui all'art. 320 rubricato “*Legittimazione del curatore*” che prevede che contro il decreto di sequestro e le ordinanze in materia di sequestro il curatore può proporre richiesta di riesame e appello nei casi, nei termini e con le modalità previsti dal codice di procedura penale. Nei predetti termini e modalità il curatore è legittimato a proporre impugnazione contro i provvedimenti dell'autorità giudiziaria penale.

Trattasi di disposizione avente natura di interpretazione autentica non collegata ad alcuna modifica normativa^[15] – la previsione di cui all'art. 318 manifestazione di tale legittimazione e non viceversa – sono infatti rimaste le disposizioni di cui agli artt. 42, 43 e 240 legge fall. solo trasposte agli artt. 142, 143 e 347 CCI che fondavano l'affermazione anche prima di detta codificazione della legittimazione del curatore come peraltro affermato pacificamente dalla giurisprudenza di legittimità sino alle Sezioni unite *Uniland S.p.a.* e poi successivamente.

La circostanza che la disposizione entrerà in vigore il 16 maggio 2022 non rileva in ordine all'immediata applicazione della stessa.

L'espressa enunciazione del potere del curatore di agire in giudizio contro provvedimenti cautelari, lesivi della garanzia patrimoniale dei creditori è stata introdotta per “*correggere*” l'affermazione delle Sezioni unite *Uniland S.p.a.*, che aveva relegato il curatore alla figura di “*soggetto terzo rispetto al procedimento cautelare*”, “*soggetto senza titolo rispetto ai beni in sequestro, senza potere di azione e di rappresentanza dei creditori*” e sostanzialmente ribadire quanto già affermato dalla Sezioni Unite *Focarelli* dal tempo della sentenza *Sajeva* 2004 ^[16].

10. Conclusioni

In sintesi la disciplina in materia di coordinamento tra liquidazione giudiziale, aperta ai sensi dell'art. 49 CCI, e misure patrimoniali penali di cui agli artt. 318, 319 e 320 del codice della crisi offre soluzioni scarse e come si è visto di non agevole interpretazione.

L'osticità di lettura dell'art. 317, sulla *sub* valenza della liquidazione giudiziale, nonché le questione del coordinamento con l'art. 318, sulla prevalenza della liquidazione giudiziale, costituiscono la plastica rappresentazione, ahimè codificata, del contrasto tra i sostenitori della prevalenza dell'interesse alla repressione penale – che si attua come ha scritto G. Costantino con l'assegnazione delle decisioni al giudice penale – e i sostenitori della prevalenza degli interessi dei soggetti coinvolti nell'insolvenza, agli interessi dell'imprenditoria italiana e, attraverso i

passaggi dei quali si è fatto cenno in questo breve saggio, dell'efficienza della risposta di giustizia con danno finale della competitività dell'Italia.

Il ceto creditorio coinvolto nelle procedure concorsuali è per il 60% composto da imprenditori commerciali. Su tale ceto si ripercuote l'irragionevole durata delle procedure esecutive e la scarsa misura di soddisfazione finale delle loro pretese e ciò senz'altro si riverbera nelle scelte commerciali degli imprenditori esteri.

La disciplina introdotta al titolo VIII del codice della crisi, sotto altro profilo è senz'altro apprezzabile quanto alla regolazione introdotta all'art. 318, al chiarimento in ordine alla legittimazione del curatore in coerenza con i principi di sistema [\[17\]](#) e all'introduzioni delle disposizioni in tema di revoca del sequestro e dei flussi informativi.

[\[1\]](#) Nella relazione alla legge di attuazione si legge: “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 alla normale attività di liquidazione giudiziale, in tal caso intendendo il riferimento alle “misure cautelari adottate in sede penale” in senso atecnico, atteso che i sequestri di prevenzione non sono annoverabili tra le misure cautelari adottate in sede penale; 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. Così inteso, il coordinamento consiste nello stabilire condizioni e criteri di prevalenza non dissimili da quelle dettate dal citato decreto legislativo, sul presupposto che i sequestri penali e di prevenzione abbiano una funzione comune, quella di assicurare nell'ambito dei procedimenti in cui si inseriscono l'ablazione finale del bene e dunque la sua confisca”.

[\[2\]](#) Sul punto V. Sezioni Unite Focarelli 2004.

[\[3\]](#) Alla luce della lettura delle disposizioni di cui agli artt. 42, 43 e 240 L.fall, ora trasposte agli artt. 152, 153 e 347 CCI, non si ritiene condivisibile l'affermazione secondo cui “ il fatto che il legislatore abbia ritenuto di dover conferire al curatore tale facoltà confermi la mancanza della stessa nell'attuale assetto normativo” (Sez. 2, n. 27262 del 16/04/2019, Fallimento Eurocoop s.coop., Rv. 276284) in quanto la norma ha portata interpretativa ed è stata introdotta con lo specifico scopo di chiarire l'ambito dei poteri e della legittimazione del curatore fallimentare.

[4] V. V Sezione, Sajeva 2003 e poi Sezioni unite Focarelli 2004.

[5] Si tratta di legittimazione esclusa dalle Sezioni unite Uniland S.p.a. 2014 senza adeguata considerazione circa le finalità recuperatorie che devono orientare l'agire e quindi il potere del curatore ai fini della concreta realizzazione della previsione di cui all'art. 42, manifestazione del medesimo potere riconosciutogli ex art. 43 e all'art. 240 l. fall. (347 CCI). Si legga Cerqua F. *Le Sezioni Unite precisano i rapporti tra il sequestro preventivo a carico degli enti ed il fallimento*, in *Il fallim.* 2016, 179; Romano E., *Confisca e tutela dei terzi: tra buona fede e colpevole affidamento*, Cass. Pen. 2016, 2894; Bontempelli M, *Sequestro preventivo a carico della società fallita, tutela dei creditori di buona fede e prerogative del curatore*, Archivio penale, 2015, 2894; Alesci T, *Il curatore fallimentare non è legittimato a proporre impugnazione contro il provvedimento di sequestro adottato sulla base dell'art. 19 del D.lgs. 231/2001.*, in *Processo penale e giustizia*, 2015, 41; Bianchi D., *Automatismi nel meccanismo sequestro-confisca ex D.Lgs. n.231/01 e ricadute problematiche sulla procedura fallimentare*, in *G.I* 2015,1995.

[6] I frutti che l'imprenditore si procura attraverso attività criminoso e, in particolare, mediante truffe contrattuali, pur provenendogli per effetto di negozio concluso con induzione in errore o mediante dolo e, quindi, soggetti ad annullabilità per vizi di consenso, ugualmente entrano a far parte del patrimonio del fallito e ad esso fanno capo fino all'esito positivo di una eventuale azione di annullamento da intentarsi ad opera del *deceptus*. Una volta fatto ingresso nel patrimonio del fallito, tali beni diventano cespiti sui quali i creditori possono pretendere di soddisfare le proprie ragioni, con la conseguenza ulteriore — si è pure affermato — che le eventuali sottrazioni operate su di essi configurano, in caso di dichiarazione di fallimento dell'imprenditore, il reato di bancarotta per distrazione (cfr. fra le altre, Cass., Sez. III, 28 febbraio 1992, Duval, nonché, più di recente, e sia pure con riferimento ad una ipotesi particolare, Cass., Sez. V, 22 marzo 1999, Di Maio) Il reato di bancarotta fraudolenta, invero, non è escluso dal fatto che i beni distratti siano pervenuti alla società, poi dichiarata fallita, con sistemi illeciti, come ad esempio mediante truffe o appropriazioni indebite, atteso che il patrimonio di una società deve ritenersi costituito anche dal prodotto di attività illecite realizzate dagli amministratori in nome e per conto della medesima (Sez. V Sentenza n. 37525/2020, Morandi). Tutta la disciplina delle misure di prevenzione patrimoniali, nonché delle misure interdittive indica il contrario. *Pecunia olet* ogniquale volta il preposto non possa dimostrare la provenienza della ricchezza. Il sequestro per equivalente impone di valutare le fonti della ricchezza.

[7] Filippi P. *Il sequestro penale di beni del fallito” nota a sentenza della Corte di Cassazione 3.6.2003, n. 24160*, in *Il Fallimento*, 2004, 12,1365

[8] Sez. U, Sentenza n. [29951](#) del 24/05/2004, Focarelli. La richiamata giurisprudenza superava l'affermazione secondo cui Quanto al sequestro preventivo finalizzato alla confisca di somme di denaro che costituiscono "profitto del reato". L'affermazione costante è nel senso che tale sequestro è ammesso sia quando la somma si identifichi in quella acquisita attraverso l'attività criminosa sia quando sussistano indizi per i quali il denaro di provenienza illecita sia stato depositato in banca ovvero investito in titoli, trattandosi di assicurare ciò che proviene dal reato e che si è cercato di occultare (vedi Cass., Sez. 6[^], 25 marzo 2003, n. 23773, Madaffari). È evidente, a tal proposito, che la fungibilità del denaro e la sua funzione di mezzo di pagamento non impone che il sequestro debba necessariamente colpire le medesime specie monetarie illegalmente percepite, bensì la somma corrispondente al loro valore nominale, ovunque sia stata rinvenuta, purché sia attribuibile all'indagato (vedi Cass., Sez. 6[^], 1 febbraio 1995, n. 4289, Carullo). Deve pur sempre sussistere, comunque, il rapporto pertinenziale, quale relazione diretta, attuale e strumentale, tra il danaro sequestrato ed il reato del quale costituisce il profitto illecito (utilità creata, trasformata od acquisita proprio mediante la realizzazione della condotta criminosa). In particolare, in relazione agli illeciti fiscali, devono escludersi collegamenti esclusivamente congetturali, che potrebbero condurre all'aberrante conclusione di ritenere in ogni caso e comunque legittimo il sequestro del patrimonio di qualsiasi soggetto venga indiziato di illeciti tributari. Il sequestro diretto nella specie si trattava di un sequestro, funzionale alla confisca diretta del profitto del reato, che attingeva beni non costituenti tale profitto e già nella disponibilità della procedura fallimentare. Conf. Sez. un., 24 maggio 2004, curatela fall. in proc. Romagnoli, non massimata sul punto.

[9] Questa sostanziale limitazione dell'operatività del principio, stabilito con la sentenza *Uniland*, ai casi nei quali la dichiarazione di fallimento sia successiva al sequestro, è stata successivamente confermata in base alla considerazione per la quale il fallimento non determina una successione a titolo particolare della curatela nei diritti del fallito (Sez. 3, n. 28090 del 16/05/2017, Falcone). Ma le conclusioni della sentenza *Amista*, nella parte in cui risultano ammissive della legittimazione del curatore all'impugnazione là dove il sequestro sia invece successivo alla dichiarazione di fallimento, hanno trovato positiva affermazione nell'esclusione della possibilità di eseguire il sequestro su beni appartenenti alla massa fallimentare, e quindi in una situazione cronologica di posteriorità rispetto alla dichiarazione di fallimento, in quanto sui beni che si trovano in questa condizione si è ormai costituito un potere di fatto della curatela (Sez. 3, n. 45574 del 29/05/2018, Evangelista)

[10] Giorgio Costantino *Misure di prevenzione patrimoniali e procedure concorsuali* (Relazione all'incontro «Processo penale e processo civile», Roma Tre, 2 dicembre 2019), in *Processo penale e*

processo civile: interferenze e questioni irrisolte, Roma, 2020, 119

[11] La *ratio* della presente norma sarebbe quella di assicurare allo Stato, all'esito del procedimento di confisca, un saldo positivo netto onde evitare che l'impegno dello stato fosse finalizzato esclusivamente alla soddisfazione dei creditori del preposto L. De Gennaro, N. Graziano; *Sequestri penali, Misure di prevenzione e procedure concorsuali*, 2018, 102, D.lgs. 12.1.2019 n. 14 art. 317, *Principio di prevalenza delle misure cautelari penali e tutela dei terzi* a cura di F. Grieco, Fallimento, Codice commentato; *I rapporti fra misure ablatorie penali e liquidazione giudiziale nel CCII*, di Salvo Leuzzi in *Fall.*, 2019, 12, 1440

[12] Nello schema di decreto legislativo licenziato dalla commissione Rordorf il primo comma dell'articolo 318 così stabiliva "La dichiarazione di liquidazione giudiziale prevale sulla misura cautelare reale del sequestro preventivo avente ad oggetto beni di cui all'art. [142], ivi compreso il sequestro per equivalente, il sequestro di beni a confisca obbligatoria e il sequestro disposto ai sensi dell'art. 53 decreto legislativo n. 231/01".

L'articolato proseguiva con un sistema di utilizzabilità degli atti tra una procedura e l'altra , prevedeva flussi informativi, semplificazioni a tutela dei creditori per agevolare l'accertamento dei crediti nonché un sistema di comunicazioni con riferimento agli esiti dei due procedimenti paralleli interessanti i medesimi beni.

[13] i beni non compresi nella liquidazione giudiziale sono: a) i beni e i diritti di natura strettamente personale; b) gli assegni aventi carattere alimentare, gli stipendi, le pensioni, i salari e ciò che il debitore guadagna con la sua attività, entro i limiti di quanto occorre per il mantenimento suo e della sua famiglia; c) i frutti derivanti dall'usufrutto legale sui beni dei figli, i beni costituiti in fondo patrimoniale e i frutti di essi, salvo quanto è disposto dall'art. 17° l.f.; d) le cose che non possono essere pignorate per disposizione di legge.

[14] Con l'entrata in vigore del codice della crisi non sarà più valida l'affermazione secondo cui la legittimazione a richiedere la revoca è condizionata dalla previa autorizzazione del giudice delegato (Sez. 5, Sentenza n.27334/2021)

[15] Non si condivide, per le ragioni esposte la decisione della secondo cui "*Il curatore fallimentare non è legittimato a proporre impugnazione avverso il provvedimento di sequestro preventivo, anche per equivalente, emesso anteriormente alla dichiarazione di fallimento di un'impresa non essendo titolare di alcun diritto sui beni del fallito, né in proprio, né quale rappresentante dei creditori del fallito i quali, prima della conclusione della procedura concorsuale, non hanno alcun diritto restitutorio sui beni.*" (In motivazione la Corte ha richiamato, a conferma

dell'attuale assenza di legittimazione, la previsione del "nuovo codice della crisi di impresa" che, solo a decorrere dalla entrata in vigore nel 2020, attribuisce al curatore la legittimazione a proporre, nei confronti del decreto di sequestro e delle ordinanze in materia di sequestro, richiesta di riesame ed appello nonché ricorso per cassazione) (Sez. 2, Sentenza n. 27262/2019 curatela fallimento *Eurocoop soc. coop. in liquidazione*)

[16] Da ultimo v. Sez. 5 – , Sentenza n. [27050](#) del 30/04/2021, Cantile *in tema di bancarotta fraudolenta patrimoniale, è inammissibile, per carenza di interesse, il ricorso per cassazione proposto dall'imputato avverso il provvedimento di confisca di uno o più beni della fallita, non potendo egli vantare alcun diritto alla restituzione.* (In motivazione la Corte ha precisato che legittimato ad impugnare la misura ablatoria è il curatore fallimentare, in quanto portatore dell'interesse dei creditori alla rimozione di statuizioni incidenti sulla consistenza patrimoniale dell'attivo).

[17] “contro le ordinanze in materia di sequestro preventivo, legittimato a proporre appello, ai sensi dell'art. 322 bis cod. proc. pen., è anche il curatore del fallimento che, nell'espletamento dei compiti di amministrazione del patrimonio fallimentare, chieda la restituzione delle somme di denaro sequestrate, riferibili alla società fallita, ancorché derivanti da condotte illecite poste in essere dall'imprenditore”, (Sez. 2, sentenza n. [24160](#) del 16.5.2003, PM in proc. Sajeva) e quindi all'affermazione secondo cui “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”(Sezioni Unite, sentenza n. [29951](#) del 24.5.2004, proc. Focarelli). 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 (Sez. U – , Sentenza n. [45936](#) del 26/09/2019 fallimento Mantova Petroli S.r.l.)

In tema di reati tributari, è legittimo il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente di somme di denaro appartenenti alla società fallita e assegnate ai creditori con piano di riparto dichiarato esecutivo ma non ancora eseguito, in quanto il provvedimento del giudice delegato si limita ad accertare giudizialmente la misura dei crediti aventi diritto al riparto e ad ordinarne al curatore il pagamento, ma l'effetto traslativo del denaro appartenente alla società fallita si produce solo con la materiale "*traditio*" delle somme. Sez. 4 – , Sentenza n. [7550](#) del 05/12/2018 ric. Sansone.

*Tratto dalla Relazione *“I rapporti tra procedure regolatrici della crisi di impresa e misure penali patrimoniali”* per il corso *“Il diritto penale fallimentare e il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza”* organizzato dalla formazione decentrata della Corte di cassazione il 18 maggio 2021.
