

DIBATTITI

ANGELO MANGIONE

Crisi d'impresa e confisca: la tutela dei creditori e i rapporti fra misure ablativo penali (e di prevenzione) e le nuove procedure concorsuali

Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza ha inteso disciplinare una materia estremamente controversa e dibattuta, anche per il suo rilevante impatto sulla prassi, ossia il rapporto fra misure patrimoniali penali e procedure concorsuali. Per un verso, viene confermata la regola – sia pur con importanti eccezioni – della prevalenza della misura penale sulle ragioni dei creditori; per altro verso, la tutela dei creditori viene affidata alle disposizioni previste dal codice antimafia. L'assetto normativo emergente, ad una lettura d'insieme, rivela non poche criticità e contraddizioni – basti pensare alla diversa impostazione culturale del codice antimafia, cui pur il codice della crisi rinvia –, destinate ad alimentare un dibattito che la riforma, nonostante le sue buone intenzioni, non è riuscita a sopire.

Business crisis and criminal forfeiture: the protection of creditors and the relationship between patrimonial measures and the new bankruptcy proceedings

The new code of business crisis and insolvency intended to regulate an extremely controversial and debated matter, also due to its significant impact on practice, i.e., the relationship between criminal patrimonial measures and bankruptcy proceedings. On the one hand, the rule is confirmed - albeit with important exceptions - of the prevalence of the penal measure over the interest of the creditors; on the other hand, the protection of creditors is entrusted to the provisions of the anti-mafia code. The emerging regulatory framework, on an overall reading, reveals quite a few critical issues and contradictions - just think of the different cultural setting of the anti-mafia code, to which the crisis code also refers -, destined to fuel a debate that the reform, despite his good intentions, has not been able to appease.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Istanze punitive e ragioni creditorie: un rapporto pressoché a senso unico. - 3. Lo «statuto dei diritti del creditore» nel diritto giurisprudenziale 'ante' d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14. - 4. La legge delega 19 ottobre 2017 n. 155: 'chi tardi arriva, male alloggia' - 5. Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: la regola generale della prevalenza della misura penale (e il rinvio alle disposizioni del codice antimafia). - 6. (Segue): questioni aperte e possibili soluzioni. - 7. Le eccezioni alla regola generale: gli artt. 318 e 319 del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. - 8. Ruolo e poteri del curatore fallimentare. - 9. Le disposizioni di coordinamento della disciplina penale: il nuovo art. 104-bis disp. att. c.p.p. e l'amministrazione dei beni in sequestro - 10. Una provocazione finale: l'art. 321 del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza e l'etichettata natura «penale» delle misure di prevenzione patrimoniali.

1. *Premessa.* Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, introdotto con il d.lgs. 12 gennaio 2019 e subito sottoposto a significativi ritocchi – da ultimo con il d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83 –, ha mutato radicalmente rotta rispetto alla

‘filosofia’ di cui, per oltre ottant’anni, è stata espressione la legge fallimentare del ’42: il baricentro del nuovo diritto concorsuale, piuttosto che sull’epilogo liquidatorio, gravita ora sulla tempestiva emersione della crisi nella prospettiva di una pronta gestione per il superamento della stessa. La «continuità aziendale» assurge a valore da preservare e la ristrutturazione dell’impresa è l’obiettivo da perseguire, intervenendo prima che la crisi evolva irreversibilmente nell’insolvenza¹. L’epocalità della riforma sconta tuttavia una debolezza di fondo: la legge delega 19 ottobre 2017 n. 155 ha deliberatamente scelto di non riformare i reati fallimentari, sposando l’opzione della «continuità normativa» con l’esistente. Opzione, questa, che per la verità rischia di essere più predicata che praticata, giacché – e con autorevolezza – si è subito evidenziato come l’assetto impresso al nuovo diritto concorsuale proietti inevitabili riverberi anche sul comparto penalistico².

Radicalmente opposto è stato l’atteggiamento del legislatore delegante in tema di rapporti fra sequestri, confische e procedure concorsuali: qui risiede l’unica innovazione del codice della crisi che, per l’appunto, ha voluto ristabilire il primato della legge prevedendo apposite regole chiamate a dispensare certezze in un settore che fino a oggi è stato appannaggio del diritto giurisprudenziale e del suo incedere – necessariamente – casistico. Come si sa, le norme vivono anche di significati simbolici che talvolta si illudono di ben veicolare: e ciò spiega perché, nella architettura del codice della crisi d’impresa, le nuove

¹ Per una panoramica, MONTALENTI, *Il codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza: assetti organizzativi adeguati, rilevazione della crisi, procedure di allerta nel quadro generale della riforma*, in *Crisi d’impresa. Prevenzione e gestione dei rischi: nuovo codice e nuova cultura*, a cura di Montalenti-Notari, Milano, 2021, 16 ss.; JORIO, *La riforma della legge fallimentare tra utopia e realtà*, in AA.VV., *La nuova disciplina delle procedure concorsuali. In ricordo di Michele Sandulli*, Torino, 2019, 413 ss.; PORTALE, *Il codice italiano della crisi d’impresa e dell’insolvenza: tra fratture e modernizzazione del diritto societario*, in *Riv. dir. soc.*, 2022, 1146 ss.

² In tal direzione, cfr. ALESSANDRI, *Novità penalistiche nel codice della crisi d’impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1815 ss.; ROSSI, *I profili penalistici del codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza: luci e ombre dei dati normativi, in un contesto programmatico*, *ivi*, 2019, 1153 ss.; B. ROMANO, *Dal diritto penale fallimentare al diritto della crisi e dell’insolvenza*, in *Arch. pen.*, 1, 2019, 1 ss.; FLORA-GIUNTA, *Appunti a quattro mani sulla “vecchia” bancarotta e il “nuovo” Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza*, in www.discrimen.it, 19 giugno 2020; AMBROSETTI, voce *Codice della crisi d’impresa (profili penalistici)*, in *Dig. Disc. pen.*, Agg., vol. XI, Torino, 2021, 96 ss.; MUCCIARELLI, *Crisi d’impresa e insolvenza: verso un nuovo assetto della disciplina penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 1001 ss.; e volendo, MANGIONE, *Il d.lgs. n. 83/2022 e il nuovo diritto della crisi d’impresa e dell’insolvenza: riflessioni penalistiche*, in www.la legislazionepenale.eu, 9 aprile 2023.

disposizioni volte a disciplinare i rapporti con le misure ablativo penali (artt. 317-321) trovano collocazione nel Titolo VIII che - invertendo l'ordine naturale delle cose - volutamente precede la trasposizione dei reati fallimentari, per l'appunto inseriti nel successivo Titolo IX.

La speciale rilevanza dedicata alle nuove disposizioni non si esaurisce in una mera e inusuale esibizione topografica, ma riflette esigenze reali e concrete che nella prospettiva 'civilistica' dei riformatori assumono sicura priorità. Il tema dei rapporti fra sequestri, confische e procedure concorsuali è quello che più da vicino tocca le 'corde' dei cultori del diritto fallimentare: come testimonia la prassi, l'apertura di una procedura concorsuale e la pendenza di un procedimento penale o di prevenzione sono destinati - presto o tardi - a collidere sul versante dell'aggressione al patrimonio del debitore. Quando ciò accade, con l'adozione del sequestro dei beni del debitore finalizzato alla confisca, s'innescano un conflitto alimentato dalla contrapposizione di principi e regole, che riflette a sua volta i variegati e spesso irriducibili interessi in gioco: la tutela e la soddisfazione dei diritti dei creditori da un lato, il contrasto alla criminalità economica e la sottrazione dei proventi illeciti dall'altro. La sentenza dichiarativa di fallimento (oggi: «liquidazione giudiziale») comporta lo spossessamento del debitore, i cui beni vengono appresi dagli organi della procedura; analogo effetto è prodotto dai provvedimenti reali adottati dal giudice penale, i quali determinano in capo all'indagato (o imputato) la perdita della disponibilità sugli stessi. La sacralità della punizione ha con forza imposto la sua primazia sulle esigenze soddisfattive del ceto creditorio: dimenticando i profili pubblicistici che pure innervano la disciplina concorsuale e il suo complemento sanzionatorio, la prevalenza della misura 'penale' è stata sovente praticata più con la forza muscolare dei provvedimenti che con quella degli argomenti.

L'effetto di tutto ciò è castrante. In un'ottica - oserei dire - 'micro-economica', il sequestro preventivo disposto dal giudice penale impedisce sovente al debitore di coltivare con successo la possibilità di avvalersi del concordato o dei vari accordi e strumenti di composizione negoziata della crisi. E spesso sfocia in esiti paradossali: perché l'amministrazione giudiziaria dei beni in sequestro è, nella gran parte dei casi, destinata a disperdere del tutto ogni

valore - ancorché residuale - dell'impresa o dell'azienda, con ulteriore mortificazione dei diritti dei creditori. In una visione 'macro' o di sistema, indebolisce le ambizioni di una riforma che, cambiando registro rispetto al passato, vuole porre la preservazione della continuità d'impresa - nonostante la crisi -, quale valore prioritario rispetto alla sua liquidazione ed espulsione dal mercato.

2. Istanze punitive e ragioni creditorie: un rapporto pressoché a senso unico.

Per lungo tempo, il compito di affrontare e risolvere le dinamiche e le interferenze innescate dalla coesistenza di due procedure - quella penale e quella concorsuale -, è stato di fatto delegato alla giurisprudenza penale (in senso lato: ivi compresa quella di prevenzione). Per mano 'pretorile' sono state codificate regole e principi *ad hoc*: non solo la prevalenza delle ragioni del 'penale' e dunque del sequestro e della confisca, ma persino uno statuto - sostanziale e probatorio - alla cui stregua vagliare la legittimazione del creditore. Per principio generale - codificato nell'art. 240 c.p., e riproposto anche nell'art. 19, comma 1, d.lgs. n. 231/2001 - il terzo estraneo al reato, e dunque di "buona fede" deve restare indenne dalle conseguenze dell'illecito. Parimenti, la persona cui le cose sono sequestrate può ben essere diversa da quella avente diritto alla loro restituzione: la prima è individuata sulla base di una situazione di fatto ossia la sua relazione di disponibilità anche indiretta col bene, la quale può estrinsecarsi in una signoria *uti dominus* ancorché sfornita di titolo giuridico; la seconda invece s'identifica nel titolare di una posizione giuridica tutelata dall'ordinamento.

Il punto di equilibrio sancito dal codice penale si è rivelato ben presto solo apparente.

In sede processuale, non era prevista la citazione del terzo avente diritto: non potendo far valere le sue ragioni nel processo di cognizione, questi doveva attendere la definitività della confisca e agire con le forme dell'incidente di esecuzione ai sensi dell'art. 676 c.p.p. In caso di fallimento del titolare del bene, ne conseguiva che né il curatore né tantomeno il creditore potevano partecipare al procedimento penale. In sede di incidente di esecuzione, l'estraneità al reato deve essere dimostrata dal creditore che intende far valere

il limite - rappresentato dal proprio diritto - all'acquisizione del bene attraverso la confisca che, vale la pena ricordare, determina un acquisto a titolo originario in capo allo Stato.

Di qui, la creazione di una sorta di diritto 'speciale' che, in più punti, si rivelava in aperto contrasto col diritto comune codificato nella legge: si pensi, su tutti, alla "buona fede" del creditore che - ancorché presunta *ex lege* in sede civile - è qui oggetto di inversione probatoria, e dunque deve essere dimostrata attraverso un itinerario 'a maglie strette' e del tutto *sui generis*. Un percorso, quello imposto al creditore che intenda far valere il suo diritto, modellato esclusivamente per soddisfare esigenze connesse alla regiudicanda penale: ossia escludere l'esistenza di accordi collusivi o simulatori col fallito (sottoposto a procedimento penale e/o di prevenzione).

Certo, non sono mancati interventi giurisprudenziali - anche a Sezioni Unite - tesi a contemperare i diversi interessi in campo. Ma si è trattato di tentativi non risolutivi e comunque insoddisfacenti nel complesso. Basti pensare che il rimedio dell'incidente di esecuzione non assicurava, in caso di fallimento, il principio della 'concorsualità': i creditori, infatti, agivano individualmente in sede di incidente di esecuzione, così frustrando il divieto di azioni individuali dopo la declaratoria fallimentare (art. 51 L.F.) che, per l'appunto, era posto a tutela della *par condicio*. A complicare tale quadro di rapporti, si aggiungeva la questione della legittimazione del curatore a impugnare i provvedimenti ablativi penali (o a chiederne la revoca). Problema affatto marginale che ha registrato, in giurisprudenza, soluzioni altalenanti: nonostante la rilevanza pubblicistica dell'ufficio ricoperto dal curatore, la sua legittimazione a ottenerne la restituzione dapprima è stata negata, poi riconosciuta dalle Sezioni Unite 'Focarelli' del 2004³, per essere nuovamente esclusa dieci anni dopo dalle Sezioni Unite 'Uniland'⁴; subito riproposta dalle Sezioni semplici, la legittimazione del curatore è stata definitivamente affermata dalle Sezioni Unite

³ Cass., Sez. un., 24 maggio 2004 n. 29951, in *Fall.*, 2005, 1265, con nota di IACOVIELLO, *Fallimento e sequestri penali*.

⁴ Cass., Sez. un., 25 settembre 2014, n. 11170: ancorché riferita alle misure reali di cui agli artt. 19, 53 d.lgs. n. 231/01, qualificate come "obbligatorie", la sentenza 'Uniland' aveva invece escluso la legittimazione del curatore; sul punto, v. E. ROMANO, *Confisca e tutela dei terzi: tra buona fede e colpevole affidamento*, in *Cass. pen.*, 2016, 2894 ss.

soltanto nel 2019⁵. Ma neppure tale arresto ha posto fine alle controversie interpretative, tant'è vero che – con ordinanza del 29 novembre 2022 – è stata rimessa l'ennesima questione alle Sezioni Unite (cfr. oltre, § 6).

3. *Lo «statuto del creditore» nel diritto giurisprudenziale 'ante' d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14.* Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza è intervenuto in una materia regolata, in via pressoché esclusiva, dal diritto giurisprudenziale. In estrema sintesi, i rapporti fra procedure concorsuali e confisca erano disciplinati dai seguenti principi.

Per quanto attiene alle misure cautelari reali previste dal codice di procedura penale, nessun dubbio vi era sulla prevalenza del *sequestro probatorio* (artt. 253 ss. c.p.p.)⁶ che, essendo finalizzato alla acquisizione di fonti di prova e dunque all'accertamento della verità, poteva apprendere anche beni oggetto di una procedura fallimentare. Nessun dubbio vi era, di contro, sulla soccombenza del *sequestro conservativo* (art. 316 c.p.p.)⁷ alle ragioni della procedura fallimentare: trattandosi di misura a finalità civilistica (a tutela delle ragioni creditorie per una obbligazione *ex delicto*), esso perdeva efficacia (salvo il privilegio di cui al quarto comma dell'art. 316 c.p.p.) sia della pendenza sia della successiva apertura della procedura fallimentare.

⁵ Cass., Sez. un., 26 settembre 2019, n. 45936; sulla quale, anche per un ampio *excursus* giurisprudenziale, v. FED. MAZZACUVA, *Le Sezioni Unite riconoscono la legittimazione del curatore fallimentare ad impugnare provvedimenti cautelari reali. Qualche nota sulla natura e sull'oggetto delle confische*, in *Ind. pen.*, 2020, 345 ss.; nonché, BELLAGAMBA, *La legittimazione del curatore fallimentare ad impugnare provvedimenti dispositivi di misure cautelari reali in attesa dell'entrata in vigore del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14*, in *Cass. pen.*, 2020, 1511 ss.; PICCARDI, *La legittimazione del curatore fallimentare a chiedere la revoca del sequestro preventivo ai fini di confisca e ad impugnare i provvedimenti in materia cautelare reale*, *ivi*, 2020, 3316 ss.

⁶ Per una disamina del sequestro probatorio, fra i tanti, cfr. COLAIACOVO, *Sub art. 253*, in *Codice di procedura penale*, a cura di Lattanzi-Lupo, vol. II, Milano, 2020, 425 ss.; MONTAGNA, *Sub art. 253*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Gaito, Torino, 2012, 1466 ss.; PAULESU, *Sub art. 253*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda-Spangher, t. II, Milano, 2023, p. 3323 ss.; TRIGGIANI, *Ispersioni, perquisizioni e sequestri*, in *Prove e misure cautelari, I - Le prove*, a cura di Scalfati, *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, Torino, 2009, 437 ss.

⁷ Per una panoramica sul sequestro conservativo, si rinvia, quantomeno, a M. CASSANO, *Sub artt. 316-320*, in *Codice di procedura penale*, a cura di Gaito, cit., 2013 ss.; D'ALESSIO, *Sub artt. 316-320*, in *Codice di procedura penale*, a cura di Lattanzi-Lupo, cit., 1225 ss.; GUALTIERI, *Sequestro conservativo*, in *Prove e misure cautelari, II - Le misure cautelari*, a cura di Scalfati, cit., 343 ss.; PANSINI, *Sub artt. 316-320*, in *Codice di procedura penale*, a cura di Giarda-Spangher, cit., 1137 ss.; FIORENTIN, *Il sequestro preventivo*, in *Le misure cautelari reali*, a cura di Spangher-Santoriello, Torino, 2009, 63 ss.

Il *punctum dolens* era invece rappresentato dal *sequestro preventivo* (art. 321 ss. c.p.p.). La complessità delle questioni che la giurisprudenza è stata chiamata ad affrontare nel tempo è dipesa da una pluralità di fattori.

Anzitutto la eterogeneità delle finalità che il sequestro preventivo può perseguire⁸: neutralizzare il pericolo che la libera disponibilità della cosa pertinente al reato possa aggravare o protrarre le conseguenze del reato, ovvero agevolare la commissione di nuovi (art. 321 comma 1, c.p.p., cd. sequestro preventivo impeditivo); assicurare la possibilità della confisca in caso di condanna (art. 321, comma 2, c.p.p., cd. sequestro funzionale alla confisca)⁹.

In secondo luogo, la peculiare natura della confisca cui è finalizzato, di volta in volta, il sequestro preventivo. Com'è noto, l'archetipo della misura ablativa prevista dall'art. 240 c.p. si scinde in *confisca obbligatoria* delle cose la cui detenzione è vietata (disposta sempre in caso di condanna); e in *confisca facoltativa* delle cose che sono servite a commettere il reato, nonché del prodotto e del profitto del reato (la quale può essere disposta dal giudice qualora ritenga che la disponibilità di tali cose possa fungere da incentivo al reo per nuovi reati).

⁸ Sul sequestro preventivo, vedasi M. CASSANO, Sub art. 321, in *Codice di procedura penale*, a cura di Gaito, cit., 2042 ss.; D'ALESSIO, Sub art. 321, in *Codice di procedura penale*, a cura di Lattanzi-Lupo, cit., 1239 ss.; GUALTIERI, Sub art. 321, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda-Spangher, t. II, cit., 1168 ss.; nonché, tra le opere di carattere generale, D'ONOFRIO, *Il sequestro preventivo*, Padova, 1998; GARAVELLI, *Il sequestro nel processo penale*, Torino, 2002; MONTAGNA, *I sequestri nel sistema delle cautele penali*, Padova, 2005; GUIDO, *Il sequestro preventivo penale tra principi costituzionali e vincoli sovranazionali*, Napoli, 2020.

⁹ In generale, sul sequestro preventivo a fini di confisca si veda BALDUCCI, *Il sequestro preventivo nel processo penale*, Milano, 1991; SANTORIELLO, *Il sequestro preventivo*, in *Le misure cautelari reali*, a cura di Spangher-Santoriello, cit., 21 ss.; BASSI, *I sequestri preventivi ai fini di confisca*, in *Codice delle confische*, a cura di Epidendio-Varraso, Milano, 2018, 1180 ss.; BELFIORE, *Il sequestro preventivo. Tra esigenze impeditive e strumentalità alla confisca*, Torino, 2019; CAPRIELLO, *Sequestri e confische*, Bologna, 2020; VERGINE, *Il "contrasto" all'illegalità economica. Confisca e sequestro per equivalente*, Padova, 2020; MAZZA, *Sequestro e confisca*, in *Rass. trib.*, 2016, 1021; RAMPIONI, *Il sequestro preventivo funzionale alla confisca: un istituto senza "confini"*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, 1327 ss.; sul *periculum in mora* e sull'evoluzione giurisprudenziale del suo accertamento v. ARBOTTI, *Proporzionalità e logiche intrinseche della cautela: l'immanenza del periculum nel sequestro preventivo finalizzato alla confisca*, in *Cass. pen.*, 2022, 3305 ss.; NASCIBENI, *Il periculum in mora nel sequestro preventivo a fini di confisca: luci e ombre nei recenti approdi giurisprudenziali*, in *Arch. pen.*, 1, 2023.

In terzo luogo, la progressiva affermazione della confisca quale moderno e duttile strumento di aggressione ai patrimoni illeciti¹⁰ ha innescato la proliferazione di nuovi modelli di incisione patrimoniale in campo penale - diversi per presupposti e finalità rispetto a quello primigenio, e ormai obsoleto, scolpito nell'art. 240 c.p.¹¹; sul versante della prevenzione *ante delictum*, l'ampliamento dei soggetti destinatari del sequestro e della confisca anti-mafia, ormai ri-orientate verso nuove categorie di pericolosità per l'appunto sintomatiche di delittuosità stabilmente destinata all'accumulazione di ricchezze illecite¹².

La poliedricità delle forme di ablazione patrimoniale non poteva dunque generare una regola valida in assoluto: le soluzioni giurisprudenziali dovevano tenere conto delle caratteristiche, strutturali e teleologiche, di ciascuna misura patrimoniale.

Sul versante delle misure adottate dal giudice penale, le Sezioni Unite nel 2004 avevano elaborato una prima distinzione di fondo¹³. In caso di *sequestro impeditivo*, era rimesso al giudice penale l'apprezzamento e il bilanciamento fra le ragioni connesse alla pericolosità della cosa e della relazione fra il bene e il reo e quelle sottese al fallimento: di qui, la possibilità di un esito aperto a tutte le soluzioni (sia la prevalenza del sequestro sia la sua revoca con restitui-

¹⁰ Una panoramica sull'evoluzione dei modelli di confisca è in: FORNARI, *La criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale "moderno"*, Padova, 1997; FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale italiano*, Bologna, 2007; NICOSIA, *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivi applicativi*, Torino, 2012; MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1259 ss.; TRINCHERA, *Confiscare senza punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, Torino, 2020; e soprattutto: MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001; EAD., *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine*, a cura di Maugeri, Milano, 2008; e più da recente, EAD., *Voce Confische: definizioni, questioni problematiche e prospettive*, in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, a cura di Piergallini et al., vol. I, Milano, 2022, 425 ss.

¹¹ Per tutti, ALESSANDRI, voce *Confisca nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. III, Torino, 1989, 39 ss.; GRASSO, Sub art. 240, in M. ROMANO-GRASSO-PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. III, Milano, 2011, 604 ss.

¹² Per un verso, in giurisprudenza si è andata consolidando l'estensione della categoria di pericolosità generica di coloro che abitualmente vivono con i proventi di attività delittuose (art. 1, lett. b, d.lgs. n. 159/11) in termini tali da abbracciare gli autori, in via seriale, di delitti lucrogenetici cioè produttivi di proventi (reati tributari, reati fallimentari, delitti di corruzione, traffico di stupefacenti, truffe etc.); per altro verso, la legge n. 161/2017 ha ampliato il novero dei portatori di pericolosità di cui all'art. 4 d.lgs. n. 159/11 a ulteriori categorie di autori di reato.

¹³ Cass., Sez. un., 24 maggio 2004, n. 29951, cit.

zione del bene alla curatela fallimentare). In caso di *sequestro funzionale alla confisca obbligatoria*, l'intrinseca pericolosità e criminosità della *res* imponeva invece una sola soluzione: la prevalenza della misura penale a scapito delle ragioni dei creditori. In caso di *sequestro funzionale alla confisca facoltativa*, riemergeva la necessità di una valutazione discrezionale del giudice penale: giacché la finalità di evitare al reo di poter mantenere il possesso sulle cose che servirono alla commissione del reato, o di poter godere del profitto o del prodotto o del prezzo del reato, poteva anche essere assicurata dall'apprensione delle medesime cose alla procedura fallimentare.

Denominatore comune a tutte le soluzioni 'aperte' era, da un lato, l'individuazione dell'autorità giudiziaria chiamata a decidere nel giudice penale, e dall'altro, l'imprevedibilità *ex ante* di una decisione delegata a un bilanciamento frutto di apprezzamento inevitabilmente discrezionale.

Le maggiori criticità, tuttavia, risiedevano altrove: non sempre i confini fra confisca facoltativa e obbligatoria erano netti; non sempre i beni oggetto dell'ultima tipologia di misura ablativa potevano dirsi intrinsecamente pericolosi; infine, la confisca per equivalente - pur obbligatoria - non incide né su beni intrinsecamente pericolosi né su beni di illecita provenienza o pertinenti al reato.

Inoltre, non vi era uniformità e sufficiente chiarezza sul terreno della tutela da apprestare ai diritti dei creditori, qualora fosse stata affermata la prevalenza - anche in termini di procedura e competenza - del sequestro e della confisca.

In linea di principio, era pacifico che in caso di sequestro e confisca del profitto, del prodotto o del prezzo del reato operasse il limite dell'«appartenenza» del bene a un terzo di buona fede; ed era altrettanto pacifico che in tale limite rientrassero appieno il diritto di proprietà e gli altri diritti reali. Le divergenze fondamentali sussistevano in punto di «garanzie» e «diritti di credito».

In un primo momento, le Sezioni Unite avevano stabilito che i diritti reali di garanzia *limitassero ma non escludessero* il vincolo reale penale¹⁴. Certamente la misura di sicurezza patrimoniale non può determinare l'estinzione dell'altrui diritto reale (anche di garanzia), ma il concetto di «appartenenza»

¹⁴ Cass., Sez. un., 8 giugno 1999, n. 9.

alla persona estranea al reato appone dei limiti differenziati alla sua tutela: il limite è “assoluto” in caso di diritto dominicale, mentre degrada a “relativo” qualora si tratti di diritti di godimento o di garanzia (perché in tali casi, il reo rimane il ‘proprietario’ del bene ancorché gravato dal diritto del terzo creditore). Sicché, solo in presenza del diritto dominicale veniva pienamente tutelato il terzo, là dove nelle altre ipotesi il giudice penale avrebbe dovuto effettuare un apprezzamento e, in caso di confisca, avrebbe dovuto assicurare – con il ricavato della liquidazione del bene – il soddisfacimento delle ragioni del creditore.

In un secondo (e più recente) momento, le Sezioni Unite avevano modificato la propria posizione, giungendo ad affermare che il giudice penale doveva accertare la buona fede del terzo titolare del diritto (reale o di garanzia), la quale – ove ritenuta – impediva la confiscabilità del bene che, pertanto, andava restituito all’avente diritto¹⁵.

Nel limitrofo ambito delle misure di prevenzione patrimoniali, la giurisprudenza, superate velocemente talune iniziali incertezze (legate alla priorità in tempo della procedura), aveva stabilito l’oltranzistica prevalenza delle ragioni di ordine pubblico sottese al sequestro e alla confisca *ante delictum* su quelle della procedura fallimentare¹⁶. La partecipazione del terzo interessato nel procedimento di prevenzione non era obbligatoria – in caso di mancata citazione, dopo la sua conclusione il terzo avrebbe dovuto promuovere incidente di esecuzione nelle forme di cui all’art. 666 c.p.p. – e la tutela dei suoi diritti era condizionata alla rigorosa prova della buona fede.

¹⁵ Cass., Sez. un., 17 marzo 2015, n. 11170, in *Cass. pen.*, 2016, 2893, con nota di E. ROMANO, *Confisca e tutela dei terzi: tra buona fede e colpevole affidamento*.

¹⁶ Fra le tante: Cass., Sez. VI, 4 marzo 2008, n. 31890; Cass., Sez. I, 22 marzo 2011, n. 16797, in *Cass. pen.*, 2011, 2638. Per un affresco sui principi elaborati dalla giurisprudenza penale e sul dialogo – anche acceso – con la dottrina anche civilistica, v. BONGIORNO, *Tecniche di tutela dei creditori nel sistema delle leggi antimafia*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 443 ss.; GAITO, *Sui rapporti tra fallimento e sequestro antimafia in funzione di confisca*, in AA.VV., *Studi sul processo penale in ricordo di Assunta Mazzara*, Padova, 1996, 202 ss.; F. CASSANO, *Il sequestro dei beni nella procedura antimafia e la tutela dei creditori*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione patrimoniali. Teoria e prassi applicativa*, Bari, 1998, 269 ss.; ID., *Misure di prevenzione patrimoniali e amministrazione dei beni*, Milano, 1999; e volendo, MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2001, 400 ss. Altresì si v. i contributi raccolti in *Le misure patrimoniali antimafia. Interdisciplinarietà e questioni di diritto penale, civile e amministrativo*, a cura di Mazzares-Aiello, Milano, 2010. Da ultimo, SQUILLACI, *La prevenzione illusoria. Uno studio sui rapporti tra diritto penale e diritto penale ‘reale’*, Napoli, 2020, 260 ss.

4. *Il codice antimafia (d.lgs. n. 159/2011) e la legge delega 19 ottobre 2017 n. 155: 'chi tardi arriva, male alloggia'*. A fronte di un contesto così problematico e gravido di incertezze, il d.lgs. n. 159/2011 (recante il cd. codice antimafia) ha recepito il principio della prevalenza della confisca di prevenzione - già affermato dalla giurisprudenza - e si è limitato a prevedere una disciplina *ad hoc* in tema di diritti dei creditori e rapporti con le procedure concorsuali.

Come è noto, il procedimento di prevenzione è profondamente diverso - anche nei presupposti sostanziali, oltre che in quelli di rito - dal procedimento penale, essendo finalizzato a sottrarre a soggetti socialmente pericolosi i beni che, nella loro disponibilità anche indiretta, costituiscono il frutto o il reimpiego di attività illecite ovvero sono in valore sproporzionato alla capacità reddituale o economica del soggetto inciso. E questa diversità - rispetto alla responsabilità penale e al processo che intende accertarla - si riflette anche in punto di disciplina dei rapporti con i terzi e con i creditori. La prevenzione patrimoniale non pretende certezze né riposa su prove: ispirata al principio *'in dubio pro republica'*, è calibrata su indizi e presunzioni e affida al titolare dei beni il difficoltoso onere di superarle "allegando" prove contrarie. Fatta salva la posizione dei terzi titolari di diritti reali¹⁷, anche lo «statuto del creditore» risente di tale impostazione 'culturale' e - come già accennato - al pari del soggetto inciso è chiamato a dimostrare la propria buona fede.

Il sistema di prevenzione è imperniato sull'ordine pubblico: esso mira a fornire una tutela preventiva che, oggi, si estende anche al mercato e ai suoi attori. La centralità e preminenza del primo concorrono a giustificare la scelta di aver affidato al giudice della prevenzione, in caso di fallimento, il compito di procedere alla verifica dell'attivo e del passivo nonché alla soddisfazione dei creditori; e consente anche di comprendere perché tale soddisfazione non è integrale ma si arresta entro una qual certa misura prefissata dal codice antimafia.

¹⁷ Salvo che operi, nel caso concreto, taluna delle presunzioni legali di intestazione fittizia (art. 26, d.lgs. n. 159/11), la giurisprudenza ha elaborato uno standard probatorio ben più elevato, richiedendo che la confisca di beni intestati a terzi (estranei al nucleo familiare del proposto; art. 19, d.lgs. n. 159/11) debba fondarsi su una 'quasi prova' ossia su elementi di fatto gravi, precisi e concordanti.

Il legislatore del 2011 ha così delineato un sub-procedimento, in seno a quello di prevenzione, che assorbe per intero le finalità liquidatorie del fallimento. E invero, l'impresa sottoposta a sequestro di prevenzione può - ricorrendone i presupposti - essere dichiarata fallita, ma i beni incisi dal vincolo cautelare sono sottratti alla massa attiva (art. 63 d.lgs. n. 159/11): e se essi esauriscono l'attivo, la procedura concorsuale viene chiusa dal giudice fallimentare (art. 119 r.d. n. 267/42), e i creditori dovranno insinuarsi nello specifico sub-procedimento che si aprirà innanzi al giudice della prevenzione (art. 52 d.lgs. n. 159/11). Di contro, è ben possibile sottoporre a sequestro di prevenzione beni già precedentemente attinti alla massa fallimentare (art. 64 d.lgs. n. 159/11): in tal caso, essi vengono separati dall'attivo e acquisiti dall'amministratore giudiziario; i creditori, pertanto, dovranno migrare in sede di prevenzione e quivi saranno sottoposti alla verifica - del titolo e della legittimazione - secondo i termini di cui all'art. 52 d.lgs. n. 159/11.

Questo lungo processo di stratificazione è sfociato in un epilogo normativo disarmonico e nel complesso caotico, giacché i rapporti con le procedure concorsuali erano disciplinati: in caso di misure ablativo adottate dal giudice penale, dalle regole di fonte giurisprudenziale; in caso di misure di prevenzione patrimoniali, dalle disposizioni contenute nel d.lgs. n. 159/11. Fra le poche cose chiare vi erano la tendenziale prevalenza del sequestro e della confisca sulle procedure fallimentari, e la pressoché esclusiva attribuzione al giudice penale e a quello della prevenzione della competenza a decidere sui diritti dei terzi e dei creditori.

Il codice antimafia si è dunque limitato a regolare i rapporti col solo procedimento di prevenzione. Il codice della crisi d'impresa - recependo i criteri direttivi di cui all'art. 13, comma 1, della legge delega n. 155/2017 - colma tale lacuna con una scelta 'generale' valida cioè anche per il procedimento penale, afferma la regola (salvo le deroghe espressamente previste) della prevalenza della misura penale¹⁸, e affida alle disposizioni del codice antimafia (d.lgs. n. 159/2011: Titolo IV, Libro I «La tutela dei terzi e i rapporti con le

¹⁸ Con puntualità, MEZZETTI, *Codice antimafia e codice della crisi e dell'insolvenza: la regolazione del traffico delle precedenti in cui spunta sempre la confisca*, in *Arch. pen.*, 1, 2019, 1 ss.

procedure concorsuali») la disciplina relativa alle condizioni e limiti della tutela e del soddisfacimento dei diritti dei creditori¹⁹.

Come si vedrà a breve, il codice della crisi d'impresa ha posto un freno agli approcci 'oltranzistici' smussando non poche asperità del diritto giurisprudenziale: ha però mantenuto la bussola nelle mani del 'penale'. Sulla questione principale - quella che dà succo e sostanza ai problemi - il nuovo codice della crisi d'impresa è giunto in notevole ritardo: al suo cospetto si erigeva una ormai solida stratificazione giurisprudenziale, i cui principi di fondo erano stati persino trasfusi nel d.lgs. n. 159/2011. E con sano realismo occorre pur riconoscere che un radicale cambio di rotta - e dunque una vera innovazione - avrebbe molto probabilmente prestato il fianco a prevedibili quanto usurate obiezioni, legate ai rischi di infiltrazione e inquinamento del mercato e dell'economia da parte della criminalità organizzata: e tutto ciò avrebbe reso scarsamente appetibile sul piano 'politico' ogni opzione tesa a ribaltare l'assetto dei rapporti fra le misure penali e le procedure concorsuali. Del tutto prevedibile, quindi, la scelta della commissione ministeriale che non ha inteso recepire le indicazioni della prima 'proposta Rodorf' là dove, al contrario, si voleva affermare il principio della prevalenza della procedura di liquidazione giudiziale sul sequestro preventivo dei beni ricompresi nella massa attiva²⁰. E ciò spiega perché il Governo abbia scelto di confermare la soluzione accolta nel codice antimafia, e dunque non solo di 'ratificare' la delega al giudice penale e a quello della prevenzione, ma soprattutto di stabilire che la tutela dei creditori in caso di confisca seguirà le regole speciali previste dal d.lgs. n. 159/11.

In tal ultima direzione può forse rinvenirsi la ragione sottostante alla scelta di non dare attuazione al raccordo con il d.lgs. n. 231/01. Il comma secondo

¹⁹ Per ulteriori approfondimenti, SANTORIELLO, *Il diritto penale fallimentare dopo il codice della crisi*, Torino, 2021, 437 ss.; TONA, *L'aggressione dei patrimoni della criminalità debitrice e insolvente: frizioni e convergenze tra codice della crisi, codice di procedura penale e codice antimafia (artt. 317-321, e art. 373)*, in *Disposizioni penali nel codice della crisi di impresa*, a cura di Pacchi-Guerrini-De Flammineis, Torino, 2021, 205 ss.

²⁰ Il riferimento è alla bozza di articolato licenziata dalla Commissione Rodorf il 22 dicembre 2017, la quale, più in dettaglio, stabiliva la prevalenza della procedura di liquidazione giudiziale sul sequestro preventivo, anche per equivalente, disposto sui beni di cui all'art. 147, nonché su quello previsto dagli artt. 19, 53 d.lgs. n. 231/01 in materia di responsabilità da reato delle persone giuridiche.

dell'art. 13 della legge delega n. 155/2017 stabiliva, con riferimento alle misure cautelari reali previste in tema di responsabilità da reato degli enti giuridici, l'opposto principio della «prevalenza del regime concorsuale» fatta salva l'eventuale ricorrenza di «ragioni di preminente tutela di interessi di carattere penale». Orbene, se la normativa antimafia è divenuta il «modello generale di riferimento»²¹ e se in essa ormai convivono anche forme di criminalità del profitto estranee a contesti di criminalità organizzata (cfr. le categorie di cui alla lett. *b* dell'art. 1, nonché alle lettere *b-i ter* dell'art. 4, d.lgs. n. 159/11) si è presumibilmente voluta assicurare una disciplina omogenea valida anche per il sequestro e la confisca dei proventi delle società commerciali per il reato commesso, nel loro interesse o vantaggio, dai relativi apicali o sottoposti. Ciò non toglie che, per un verso, si è perduta una buona occasione per fare chiarezza sui molteplici problemi che sorgono in caso di pendenza del procedimento *de societate*²²; per altro verso, il mancato esercizio della delega ha reso esangue una volontà parlamentare che, attraverso la chiara indicazione contenuta nella legge delega, si era espressa per un principio regolativo del tutto opposto a quello che di fatto è divenuto operativo per scelta dell'esecutivo.

Certamente non mancano meriti da ascrivere alla riforma del 2019: ristabilendo il primato della riserva di legge, ha fatto quantomeno chiarezza e ha superato talune limitazioni che erano state frapposte dal diritto giurisprudenziale alla tutela dei diritti dei terzi creditori.

E pur tuttavia, non si può fare a meno di evidenziare una duplice incongruenza di fondo. La prima: se la 'filosofia' del nuovo codice della crisi d'impresa è quella di tutelare il valore dell'impresa - anche se in crisi o insolvente - e di favorirne il ricollocamento sul mercato, quella del codice antimafia è significativamente diversa giacché i beni, le imprese e le aziende sottoponibili a confisca di prevenzione sono, in quanto tali, provenienti da attività illecita e - salvo

²¹ Testualmente, GARUTI, *Crisi d'impresa e cautele reali*, in *Cass. pen.*, 2021, 2313; VARRASO, *Esecuzione del sequestro preventivo, amministrazione giudiziaria dei beni e tutela dei terzi. Una riforma "senza fine" dell'art. 104 bis disp. att. c.p.p.*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 1358.

²² In tema, GARUTI, *Processo penale e crisi d'impresa: relazioni, interferenze e futuribili*, in *Arch. pen. (web)*, 2, 2022, 25 ss.; TROMBINI, DALAITI, *I rapporti tra i sequestri penali e la liquidazione giudiziale*, in *Diritto penale dell'economia*, dir. da Cadoppi-Canestrari-Manna-Papa, vol. II, Milano, 2019, 2753 ss.; CHIARAVIGLIO, *Osservazioni penalistiche 'a prima lettura' sul progetto di codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Dir. pen. cont.*, 5, 2018, 101 ss.

casi e condizioni particolari (ad esempio: v. artt. 34, 34-*bis* d.lgs. n. 159/11) – rappresentano asset tendenzialmente destinati alla liquidazione. La seconda: la distanza culturale fra il giudice penale e della prevenzione da un lato, e quello fallimentare dall'altro: non è solo una questione di diversità di discipline, è anche una questione di *habitus* e sensibilità professionale che difettano a giudici adusi a far altro, e che invece sono oggi chiamati a dover maneggiare strumenti estremamente delicati che di certo non appartengono alla loro specifica 'cassetta degli attrezzi'.

5. *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: la regola generale della prevalenza della misura penale (e il rinvio alle disposizioni del codice antimafia).* I problemi che coinvolgono da vicino il rapporto con le procedure concorsuali possono così essere tematizzati: *a)* se è possibile incidere, in sede penale e nelle forme del sequestro e della correlativa confisca, i beni appresi dalla procedura concorsuale; *b)* in caso affermativo, quale spazio riconoscere e quali criteri adottare per la soddisfazione dei creditori di un soggetto i cui beni sono stati attinti dal vincolo reale penale²³.

A questi temi oggi risponde il codice della crisi d'impresa il cui art. 317 già nella rubrica annuncia l'opzione di fondo che si è ritenuto di prescegliere («Principio di prevalenza delle misure cautelari reali e tutela dei terzi»). La disposizione contiene la regola generale: le condizioni e i criteri per la prevalenza delle misure cautelari penali sono regolate dalle norme di cui al Libro I, Titolo IV del d.lgs. n. 159/2011. La regola, per quanto generale, conosce talune eccezioni codificate espressamente nei successivi artt. 318, 319 e 320.

Procediamo con ordine.

Il d.lgs. n. 159/2011 stabilisce la prevalenza del sequestro di prevenzione a prescindere dal rapporto cronologico con l'*iter* concorsuale: tanto che venga disposto prima dell'avvio della procedura o della pronuncia della sentenza di fallimento (oggi, «liquidazione giudiziale»), quanto che venga disposto successivamente, il sequestro prevale comunque. L'interesse pubblico rimesso ai

²³ Approfondimenti in BONTEMPELLI, *I sequestri penali e l'evoluzione della tutela dei terzi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 1321 ss.; MEZZETTI, *Codice antimafia e codice della crisi e dell'insolvenza: la regolazione del traffico delle precedenze in cui spunta sempre la confisca*, cit.; LAMANNA, *Il nuovo Codice della crisi d'impresa*, (f. 4, Officina del diritto), Milano, 2019, 83 ss.

provvedimenti ablatori di carattere penale sovrasta la dimensione in cui si collocano gli interessi dei creditori. Il d.lgs. n. 159/2011 individua taluni criteri di disciplina nei rapporti con la procedura concorsuale: i beni sequestrati o confiscati sono separati e comunque esclusi dal fallimento (artt. 63, comma 4, e 64, comma 7, d.lgs. n. 159/2011); qualora i beni o il patrimonio sequestrati o confiscati rappresentino l'intero attivo fallimentare, la procedura concorsuale viene chiusa dopo aver sentito il curatore e il comitato dei creditori (artt. 63, comma 6, e 64 comma 7, d.lgs. n. 159/11); qualora il sequestro venga revocato e la richiesta di confisca non venga accolta, i beni sono acquisiti dalla procedura di liquidazione giudiziale (artt. 63, comma 7, e 64 comma 10, d.lgs. n. 159/11)²⁴.

Come è noto, il sequestro e la confisca previsti dal d.lgs. n. 159/11 sono misure di prevenzione *praeter delictum* – ossia provvedimenti ablatori che prescindono dalla responsabilità penale e che, quale presupposto soggettivo, richiedono l'accertamento della pericolosità sociale del titolare dei beni (peraltro apprensibili, entro taluni limiti temporali, anche in caso di successivo decesso dell'originario titolare)²⁵ – e non vanno confusi con i sequestri disposti dal giudice nel corso del procedimento penale né con la confisca applicata in sede di condanna. Adesso i criteri di prevalenza e coordinamento stabiliti dal

²⁴ Per tutti, VERDOLIVA, *Sub Art. 63*, in *Commentario breve al Codice Antimafia e alle altre procedure di prevenzione*, a cura di Spangher-Marandola, Milano, 2019, 336 ss.

²⁵ Alluvionale la letteratura sulla confisca di prevenzione: quantomeno sia concesso rinviare a: FIAN-DACA, voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. VIII, Torino, 1994, 111 ss.; MANGIONE, *La 'situazione spirituale' della confisca di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 615 ss.; VIGANÒ, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca "di prevenzione" nell'ordinamento italiano*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di Paliero et al., vol. II, Milano, 2018, 885 ss.; MAIELLO, *La prevenzione ante delictum: la pericolosità generica al bivio tra legalità costituzionale e interpretazione tassativizzante*, in *Giur. cost.*, 2019, 332 ss.; MAUGERI-PINTO DE ALBUQUERQUE, *La confisca di prevenzione nella tutela costituzionale multilivello: tra istanze di tassatività e ragionevolezza*, in *Sistemapenale.it*, 29.11.2019; MANNA, *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, Pisa, 2019; D'ASCOLA, *Il mutamento impresso alle misure di prevenzione: dalla prevenzione alla punizione. Ambiguità e aspirazioni punitive di un sistema mantenuto a mezza via*, Pisa, 2020; SQUILLACI, *La prevenzione illusoria*, cit., *passim*; DI LELLO FINUOLI, *La confisca ante delictum e il principio di proporzionalità*, Torino, 2021; FINOCCHIARO, *Confisca di prevenzione e civil forfeiture*, Milano, 2022. Sulla prevenzione personale e sulla prognosi di pericolosità sociale, per tutti: PELISSERO, *I destinatari della prevenzione praeter delictum: la pericolosità da prevenire e la pericolosità da punire*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 439 ss.; MARINI, *Prevenire è meglio che punire. Le misure di prevenzione personali tra accertamento della pericolosità e bilanciamento di interessi*, Milano, 2021.

d.lgs. n. 159/11 per il sequestro e la confisca di prevenzione si applicano anche al sequestro preventivo finalizzato alla confisca facoltativa e obbligatoria, anche per equivalente: e dunque non solo a quella tradizionale prevista dall'art. 240, commi 1 e 2, c.p., ma, ad esempio, anche alle confische previste dall'art. 240 *bis* c.p., dall'art. 322 *ter* c.p. (delitti dei pubblici agenti con la pubblica amministrazione), dall'art. 12 *bis* d.lgs. n. 74/2000 (delitti tributari), dall'art. 648 *quater* c.p. (riciclaggio, reimpiego e autoriciclaggio di proventi illeciti), e dagli artt. 19 e 53 d.lgs. n. 231/2001 nei confronti degli enti per la responsabilità discendente da reato. Il legislatore ha dunque voluto recidere tutte le problematiche interpretative e applicative che in passato emergevano dalla necessità di distinguere a seconda della natura – se facoltativa o obbligatoria – della confisca, e a seconda della priorità in tempo del sequestro preventivo o della sentenza dichiarativa di fallimento.

Il rinvio disposto dal codice della crisi d'impresa al d.lgs. n. 159/11 determina i suoi effetti principalmente sul versante della disciplina applicabile a tutela dei diritti dei creditori.

In particolare, la verifica dell'attivo e del passivo viene effettuata innanzi al giudice penale, con la partecipazione attiva dell'amministratore giudiziario che, oltre a essere incaricato della gestione dei beni, dovrà procedere alla formazione dell'elenco dei creditori²⁶. Una volta divenuta definitiva la confisca, i creditori ammessi al passivo verranno soddisfatti dall'Agenzia Nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata. Vi sono tuttavia dei limiti. Anzi tutto, verranno ammessi e soddisfatti soltanto: i creditori la cui buona fede è stata accertata (in base alla anteriorità del titolo, nonché all'apprezzamento della natura del rap-

²⁶ Dopo la confisca di primo grado, il giudice delegato, sulla base dell'elenco predisposto dall'amministratore giudiziario, assegna ai creditori un termine perentorio (non superiore a sessanta giorni) per il deposito delle loro istanze di accertamento (ove, oltre al titolo, i creditori dovranno dimostrare la propria buona fede), e fissa l'udienza di verifica dei crediti. L'amministratore giudiziario, dopo aver esaminato le domande, predispone un progetto di stato passivo in vista dell'udienza; i creditori hanno facoltà di formalizzare le loro osservazioni al progetto. Al termine dell'udienza, sentiti i creditori – i quali possono farsi assistere da un difensore – e, se comparso, un rappresentante dell'Agenzia Nazionale, il giudice forma lo stato passivo e lo rende esecutivo con decreto che, oltre ad essere depositato in cancelleria, è trasmesso all'Agenzia Nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni. Dopo l'irrevocabilità della confisca, la liquidazione dell'attivo è effettuata dall'Agenzia Nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni confiscati.

porto col debitore, tenendo conto anche delle condizioni soggettive delle parti, ivi compreso il rispetto degli obblighi di diligenza nella fase pre-contrattuale, etc.; cfr. art. 52, comma 3, d.lgs. n. 159/11); verranno esclusi i creditori il cui rapporto sia stato strumentale all'attività illecita del debitore o all'attività che ne costituisce il reimpiego o il frutto, nonché i creditori che non riescono a provare il rapporto fondamentale e quello legittimante il titolo di credito. In secondo luogo, la soddisfazione dei diritti (di credito e garanzia) avverrà - attraverso il pagamento ed eventualmente previa liquidazione dei beni confiscati - nella misura del sessanta per cento del valore dei beni medesimi; salvo che sussistano altri beni del debitore, non compresi nel perimetro del provvedimento ablativo, idonei a soddisfare compiutamente i creditori²⁷. Le peculiari ragioni pubblicistiche sottese alla ablazione patrimoniale continuano - nonostante la recente riforma - a delineare uno 'statuto speciale' dei diritti dei creditori, più esigente e rigoroso rispetto a quello comune delineato dal diritto concorsuale²⁸.

6. (Segue): *questioni aperte e possibili soluzioni*. Come si è detto, il legislatore ha provato a recidere tutte le problematiche interpretative e applicative che in passato emergevano dalla necessità di distinguere a seconda della natura - se facoltativa o obbligatoria - della confisca, e a seconda della priorità in tempo del sequestro preventivo o della sentenza dichiarativa di fallimento. Non sembra però che tali ambiziosi obiettivi siano stati integralmente raggiunti. Una recentissima ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite sembra incrinare le certezze ricercate dalla novella²⁹.

La questione ha ad oggetto un sequestro preventivo finalizzato alla confisca di cui all'art. 12-*bis* d.lgs. n. 74/2000 disposto su beni già attinti dalla procedura fallimentare, e dunque essa ripropone temi più volte dibattuti: l'interpretazione della locuzione normativa "beni appartenenti a persona

²⁷ Per tutti, BONTEMPELLI-PAESE, *La tutela dei creditori di fronte al sequestro e alla confisca*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2019, 133 ss.

²⁸ Tre le differenze di maggior risalto: oltre al più complesso e invasivo accertamento della "buona fede" del creditore, la soddisfazione dei creditori non avviene più a chiusura della procedura concorsuale, i creditori sono soddisfatti dallo Stato con la falcidia del 40% al netto delle spese di procedura.

²⁹ Cass., Sez. III, 22 febbraio 2023, in www.sistemapenale.it, con nota di COLOMBO.

estranea al reato” - che l’art. 12-*bis* d.lgs. n. 74/00, pone quale ‘limite’ alla confisca obbligatoria; se in essa rientri la figura del curatore anche in virtù dell’apprensione dei beni derivante dallo spossessamento del fallito; argomenti, questi, ai quali si aggiunge - sia pur come criterio interpretativo, giacché *ratione temporis* non applicabile al caso di specie - il principio della prevalenza della misura penale stabilito nelle more dal codice della crisi d’impresa.

Riposta in un cantuccio la legittimazione del curatore a impugnare il sequestro (ri-affermata dalle Sezioni Unite del 2019, e oggi stabilita dall’art. 320 del codice della crisi), la verità è che la giurisprudenza si è divisa su tutto il resto.

Un orientamento afferma che il fallimento non determina la perdita della proprietà dei beni (ma incide sulla loro destinazione alla soddisfazione dei creditori, esaurita la quale l’attivo eventualmente residuo andrà restituito al proprietario), sicché il curatore non acquisisce tale diritto ma unicamente un possesso qualificato e vincolato sui beni; a ciò si aggiunge la natura *obbligatoria* della confisca di cui all’art. 12-*bis* d.lgs. n. 74/00, dalla quale discende l’irrelevanza del fattore temporale (nell’eventualità che il fallimento preceda il sequestro) e dunque il riconoscimento della prevalenza *tout court* della confisca sugli interessi dei creditori³⁰. A tali considerazioni, si aggiunge oggi la nuova regola stabilita dall’art. 317 del codice della crisi d’impresa che, quantomeno, può essere da subito spesa quale canone di interpretazione logico-sistematica³¹.

In direzione opposta, altra parte della giurisprudenza ha replicato che lo spossessamento determina il venir meno di qualsivoglia potere di dominio sui beni, il cui valore - previa liquidazione - è destinato a entrare nel patrimonio di terzi soggetti (i creditori) nell’ambito di una procedura (quella concorsuale) che riflette anche un interesse pubblico³². Sicché - poste queste premesse - il sequestro finalizzato alla confisca di cui all’art. 12-*bis* d.lgs. n. 74/00 non può

³⁰ Cass., Sez. III, 2 ottobre 2019, n. 47103; Cass., Sez. III, 25 maggio 2020, n. 15779.

³¹ Cass., Sez. III, 1 febbraio 2022, n. 3575.

³² Cass., Sez. III, 24 giugno 2022, n. 27706; Cass., Sez. III, 26 maggio 2022, n. 26275; Cass., Sez. III, 20 dicembre 2021, n. 47299; Cass., Sez. III, 16 novembre 2021, n. 47299; Cass., Sez. III, 15 ottobre 2020, n. 36746; Cass., Sez. III, 13 maggio 2020, n. 14766.

incidere su beni appresi all'attivo fallimentare, che pertanto saranno destinati alla ripartizione concorsuale.

Ora, in attesa dell'ennesimo intervento chiarificatore delle Sezioni Unite è possibile spendere qualche considerazione sul punto.

Andando subito alla sostanza del problema, la soluzione corretta è quella che non apre una insanabile frattura con la disciplina concorsuale. Essa può essere ricercata alla luce della peculiare natura e funzione della confisca di cui all'art. 12-*bis* d.lgs. n. 74/00.

Si è già osservato come la poliedricità e varietà delle confische non consenta di rinvenire una regola valida per tutte. Se così è, occorre tener conto del fatto che questa ipotesi di confisca accede a un delitto tributario, il quale necessariamente presuppone una evasione d'imposta commessa dal contribuente: il profitto cui mira la misura ablativa penale, in buona sostanza, coincide con l'imposta evasa, ossia con la somma risparmiata (non dichiarandola e/o versandola a titolo d'imposta dovuta). Detto altrimenti, in tale fattispecie lo Stato - che, con la confisca, acquista il bene a titolo originario - assume la veste di creditore nei confronti del contribuente autore del reato fiscale. Per principio generale, lo Stato non può acquisire due volte lo stesso bene: una prima volta a titolo di esazione dell'imposta evasa (in sede tributaria, col pagamento della stessa da parte del contribuente) e una seconda volta a titolo di confisca all'esito del procedimento penale. Giacché, in caso contrario si configurerebbe un indebito arricchimento del creditore erariale e persino una duplicazione sanzionatoria. Di ciò si era subito accorta la più sensibile giurisprudenza che, per l'appunto, aveva in tal ipotesi apposto un limite alla confisca: e tale soluzione è stata poi codificata nel secondo comma dell'art. 12-*bis* d.lgs. n. 74/00³³. Sempre attingendo ai principi generali dell'ordinamento è possibile affermare che riconoscere la prevalenza del sequestro e dunque della confisca penal-tributaria, significherebbe violare l'essenza della procedura concorsuale, ossia la *par condicio creditorum*. Detto altrimenti, la prevalenza della misura penale si tradurrebbe nella violazione di siffatto principio generale e, quindi,

³³ Tale principio era stato affermato da Cass., Sez. III, 1 dicembre 2010, n. 101020, ancor prima che, con il d.lgs. n. 158/2015, venisse introdotto l'art. 12-*bis* nel testo del d.lgs. n. 74/2000.

nell'attribuzione in favore del solo creditore statale di un vero e proprio privilegio che, a prescindere dalla sua odiosità, è escluso dalla legge concorsuale.

È questa la ragione sostanziale che impedisce la prevalenza della confisca penale-tributaria: essa affonda in un principio indefettibile del diritto concorsuale, come tale assorbente e destinato a sterilizzare persino l'opposta regola stabilita dall'art. 317 del codice della crisi d'impresa. Certo, resta il rammarico per l'ennesima buona occasione mancata da un legislatore che, nei diversi 'correttivi' apportati al codice della crisi - l'ultimo dei quali, con il d.lgs. n. 83/2022 - ben avrebbe potuto intervenire per porre rimedio alla insanabile contraddizione che la letterale applicazione dell'art. 317 rischia di aprire. Se fra gli obiettivi perseguiti dalla riforma vi era quello di ristabilire il primato del diritto scritto su quello pretorile, esso non può qui dirsi raggiunto: giacché toccherà ancora alla giurisprudenza potare i rovi dell'incertezza.

L'opera di riparto condotta dal codice della crisi d'impresa presenta ulteriori aspetti problematici, che si annidano nella scelta di rinviare *tout court* alle disposizioni contenute nel d.lgs. n. 159/2011.

Il codice antimafia riconosce, in linea di principio, l'esigenza di assicurare la continuità dell'impresa anche al fine di tutelare i lavoratori, valutando ogni possibilità di soddisfare i creditori attraverso gli utili della gestione operativa. E infatti, ai sensi dell'art. 41, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 159/11, entro sei mesi dall'immissione in possesso l'amministratore giudiziario deve già esprimere una analisi sulla sussistenza di concrete *chances* di prosecuzione o ripresa dell'attività, formulando specifiche proposte e allegando l'elenco dei creditori. E in tal direzione, l'amministratore giudiziario può subentrare nei contratti in corso al momento del sequestro dell'impresa (art. 56 d.lgs. n. 159/11), e può anche farsi autorizzare dal giudice delegato ad effettuare pagamenti per prestazioni, sorte anteriormente al sequestro, che si rivelino essenziali per la prosecuzione dell'attività (art. 54 *bis* d.lgs. n. 159/11).

Di contro, è ben possibile - anzi, è quel che usualmente accade nella prassi - che non sussistano le condizioni per la prosecuzione o la ripresa dell'attività d'impresa sotto sequestro. In tal caso, ai sensi dell'art. 41, comma 5, d.lgs. n. 159/11, il tribunale della prevenzione può disporre la messa in liquidazione e, secondo una criticabile scelta, persino la vendita prima del passaggio in giudi-

cato della confisca. Se emerge lo stato di insolvenza, ai sensi dell'art. 63 d.lgs. n. 159/11, l'amministratore giudiziario è tenuto a comunicarlo al pubblico ministero, il quale chiederà la apertura della procedura di «liquidazione giudiziale». Quest'ultima può essere dichiarata sia nei confronti dell'imprenditore i cui beni siano sotto sequestro, sia nei confronti della società (in caso di cd. sequestro "totalitario", ossia dell'intero capitale sociale e dell'azienda) in amministrazione giudiziaria.

Ora, l'art. 63 d.lgs. n. 159/11 consente la proposizione dell'istanza di liquidazione giudiziale sia al debitore sia ai creditori. Di qui, due considerazioni. La prima: qualora l'istanza venga promossa dai creditori, costoro dovranno solo provare l'insolvenza (e non anche la loro buona fede). La seconda: posto che anche l'amministratore giudiziario deve ritenersi legittimato a richiedere la dichiarazione di liquidazione giudiziale, ne consegue che lo stesso - al pari dell'imprenditore - sarà tenuto a valutare la sussistenza della «crisi» e dell'«insolvenza», e ciò pone l'ulteriore questione se questi, ancora più a monte, sia tenuto anche a vagliare l'esperibilità delle procedure di composizione della crisi.

In assenza di uno specifico coordinamento testuale fra i due codici - quello antimafia e quello della crisi d'impresa -, non risulta chiaro se gli effetti di cui agli artt. 63 e 64 d.lgs. n. 159/11 (ove è presente soltanto il termine «fallimento») debbano limitarsi alla sola «liquidazione giudiziale». Se, da un lato, è vero che l'art. 349 del codice della crisi stabilisce la sostituzione automatica del termine «fallimento» e dei suoi derivati con i nuovi termini coniatosi dalla riforma, dall'altro lato è altrettanto vero che sostituire i segni linguistici senza adeguare - in simmetria con i nuovi istituti - la disciplina di riferimento rischia di risolversi in un'opera illusoria. Inoltre, il meccanismo della 'sostituzione automatica' dei «derivati» del termine fallimento - in assenza di una indicazione espressa delle disposizioni di legge da modificare - si traduce in una sostanziale delega alla discrezionalità e sensibilità dell'interprete.

Non sembra neppure chiaro, infine, se i creditori possano richiedere al tribunale presso il quale è pendente un procedimento per la dichiarazione della liquidazione giudiziale, l'adozione dei provvedimenti cautelari e la nomina di

un custode dell'azienda o dei beni su cui grava, in sede di prevenzione, il sequestro.

7. Le eccezioni alla regola generale: gli artt. 318 e 319 del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. La regola generale della prevalenza delle misure penali - affermata dall'art. 317 del codice della crisi d'impresa - è contemperata da due deroghe.

La prima - e parecchio rilevante per la sua portata innovativa - è rappresentata dall'art. 318 del codice.

Il primo comma della disposizione prevede che il sequestro preventivo cd. *impeditivo* (art. 321, comma 1, c.p.p.) avente ad oggetto le cose di cui all'art. 142, non possa essere disposto in pendenza di liquidazione giudiziale; salvo che si tratti di cose la cui fabbricazione, porto, uso, detenzione e alienazione costituisca reato e non possa essere autorizzata in via amministrativa (cd. beni intrinsecamente illeciti: sottoposti a confisca obbligatoria ai sensi dell'art. 240, comma 2, n. 2, c.p.). Il secondo comma dell'art. 318 del codice della crisi d'impresa stabilisce che il sequestro preventivo cd. *impeditivo*, disposto ai sensi dell'art. 321, comma 1, c.p.p., prima della apertura della procedura di liquidazione giudiziale, deve essere revocato su istanza del curatore. Il quarto comma, infine, prevede la non applicazione delle disposizioni di cui ai commi precedenti quando il sequestro preventivo abbia a oggetto le cose di cui all'art. 146 del codice della crisi d'impresa oppure cose che, per legge o per decisione della procedura, non sono suscettibili di liquidazione³⁴.

Il codice della crisi d'impresa ribalta l'orientamento giurisprudenziale che in precedenza si era affermato e consolidato. Si può quindi affermare che la procedura di liquidazione costituisce una "ipotesi di improcedibilità" della richiesta cautelare di cui al primo comma dell'art. 321 c.p.p.: tant'è vero che l'art. 318 del codice della crisi d'impresa non sembra riconoscere margini di discrezionalità al giudice penale - al contrario di quanto, in precedenza, stabi-

³⁴ Pertanto, i beni non suscettibili di liquidazione - assegni di carattere alimentare, pensioni, stipendi e salari del debitore nei limiti sufficienti al sostentamento personale e familiare, frutti derivanti dall'usufrutto legale sui beni dei figli, beni conferiti in fondo patrimoniale, i relativi frutti e le cose impignorabili per legge - nonché quelli intrinsecamente illeciti sono i soli vincolabili col sequestro ex art. 321, comma 1, c.p.p.

lito dalle Sezioni Unite 'Focarelli' -, né prevede la necessità di fissare un'udienza nel contraddittorio fra le parti. E di rimando, l'obbligo gravante sul curatore di informare l'autorità giudiziaria in ordine alla revoca o chiusura della liquidazione giudiziale, assicura la possibilità di disporre eventualmente il sequestro preventivo, ove ne persistano presupposti ed esigenze.

La seconda eccezione alla regola generale è posta nell'art. 319: essa ricalca l'orientamento già consolidato in tema di «*sequestro conservativo*». Quest'ultima norma, infatti, preclude ogni effetto al sequestro previsto dall'art. 316 c.p.p. qualora abbia a oggetto le cose di cui all'art. 142 del codice della crisi d'impresa. Pertanto, il sequestro conservativo non può essere disposto in pendenza di procedura e, se quest'ultima viene aperta successivamente alla sua adozione, la misura penale perde efficacia e su richiesta del curatore è revocata.

Il sequestro conservativo mira ad assicurare alla parte civile e all'erario la soddisfazione della propria pretesa (risarcimento del danno da reato per la prima; esecuzione delle sanzioni pecuniarie e delle spese di giustizia per il secondo) apponendo un vincolo cautelare sui beni dell'imputato o del responsabile civile. Col passaggio in giudicato della condanna penale, il sequestro conservativo si tramuta in pignoramento avviando così l'esecuzione forzata nelle forme e modalità previste dal codice di procedura civile. Appare dunque evidente come gli effetti conclusivi di tale sequestro si traducano in una azione esecutiva individuale, la quale - dapprima dall'art. 51 L.F., e oggi dall'art. 150 del codice della crisi - è inibita dalla liquidazione giudiziale, non potendo né essere avviata né proseguita dopo la relativa sentenza dichiarativa; e tale risultato inibitorio era assicurato dal divieto di intraprendere azioni cautelari, per l'appunto, aventi la medesima finalità del sequestro conservativo.

La soluzione imposta dal codice della crisi d'impresa, oltre a porsi in ideale continuità con il principio dettato nel 2004 dalle Sezioni Unite 'Focarelli', è anche coerente con l'assetto del diritto concorsuale: essa mira a elidere in radice ogni possibile violazione del criterio della *par condicio*, giacché l'apprensione dei beni alla massa attiva (e il recesso del sequestro conservativo, ove disposto dal giudice penale) consente di assicurare a tutti i creditori

l'egual soddisfazione dei propri diritti, senza così ritagliare ingiustificate aree di privilegio.

8. *Ruolo e poteri del curatore fallimentare*. L'art. 320 del codice della crisi e dell'insolvenza riconosce la legittimazione del curatore a impugnare i decreti e le ordinanze in tema di sequestro preventivo e conservativo: questi, oltre a chiedere la revoca del sequestro, può quindi proporre riesame e appello nonché ricorso per cassazione, nei termini previsti dal codice di procedura penale³⁵. Il legislatore ha così posto la pietra tombale ad una tormentata questione interpretativa, solo apparentemente marginale, che aveva coinvolto a più riprese le Sezioni Unite con esiti altalenanti³⁶. La disposizione di legge recepisce il principio espresso dalle Sezioni Unite nel 2019: se il fallimento determina lo spossessamento del debitore, la restituzione dei beni – a seguito di dissequestro – non può che avvenire in favore dell'avente diritto, e tale è per l'appunto il curatore fallimentare. Di qui, la sua legittimazione a impugnare e, ancor prima, a chiedere la revoca del sequestro adottato dal giudice penale³⁷. L'art. 320 del codice non si occupa del caso – estremamente frequente nella prassi – in cui il curatore venga nominato in epoca di gran lunga successiva all'adozione del sequestro e dunque dopo che sia spirato il termine per impugnare il provvedimento avanti al tribunale del riesame. Di qui, un possibile interrogativo: il perentorio termine per ricorrere al riesame decorre *ex novo* dalla data di avvenuta conoscenza del vincolo, ovvero il curatore dovrà dapprima proporre una istanza di revoca al giudice che ha emesso il sequestro e, in caso di rigetto, impugnare nelle forme (e nei limiti) dell'appello innanzi al tribunale? La soluzione più semplice e rispondente a ragionevolezza mi sembra la prima, che potrebbe coltivarci con la “rimessione in termini” in quanto il loro mancato rispetto costituisce palesemente un fatto non imputabile al curatore³⁸.

³⁵ Per tutti, GARUTI, *Crisi d'impresa e cautele reali*, cit., 2321 ss.

³⁶ Dapprima riconosciuta (Sez. un. 'Focarelli' del 2004), la legittimazione del curatore era stata esclusa da Sez. un. 'Uniland' del 2014.

³⁷ Cass., Sez. un., 26 settembre 2019, n. 45936, cit., sulla quale, per eventuali approfondimenti, v. *retro* gli Autori citati in nt. 5.

³⁸ Si noti, a tal riguardo, che la seconda via – oltre a circoscrivere il sindacato del tribunale nei limiti del *devolutum* – potrebbe incontrare a monte l'ostacolo della necessaria proposizione – ai fini della

La disposizione di legge si occupa, riconoscendola, della legittimazione del curatore a impugnare i sequestri disposti dal giudice penale: nulla stabilisce in ordine alla sua legittimazione a partecipare al procedimento di prevenzione, e soprattutto a impugnare i relativi decreti di confisca.

In giurisprudenza è consolidata la tesi secondo la quale soltanto i titolari di diritti reali, di diritti di garanzia e di diritti di godimento sui beni sottoposti a sequestro di prevenzione sono legittimati a partecipare al relativo giudizio, articolando le relative difese e richieste di restituzione dei beni³⁹. Non vantando, il curatore, alcuno di questi diritti - e, piuttosto, assolvendo un *munus* pubblico ausiliario del giudice fallimentare nell'interesse dei creditori - ne deriva il disconoscimento di qualsivoglia legittimazione a partecipare al relativo procedimento e dunque a impugnare i provvedimenti del giudice della prevenzione⁴⁰.

Senonché, si potrebbe di contro sostenere che il mutato quadro normativo impone, in via sistematica, il superamento di tale posizione: da un lato, riconoscendo una portata generale e dunque estensiva all'art. 320 del codice della crisi; e, dall'altro, facendo leva sull'esigenza di unitarietà dell'ordinamento giuridico e sulla necessità di evitare soluzioni disomogenee a fronte di situazioni - sostanziali e processuali - simili: tant'è vero che il codice della crisi non distingue fra misure di prevenzione e sequestri e confische disposte dal giudice penale, racchiudendole tutte in un'unica e omnicomprensiva categoria (le «misure penali»). Davvero non si comprende perché quel che è ricono-

richiesta di revoca - di elementi nuovi, ulteriori cioè rispetto al compendio indiziario che ha costituito il *fumus commissi delicti* e/o il *periculum in mora*. In proposito, però, è opportuno segnalare che secondo l'indirizzo prevalente, avallato anche dalle Sezioni Unite, la mancata tempestiva proposizione, da parte dell'interessato, della richiesta di riesame avverso il provvedimento applicativo di una misura cautelare reale non ne preclude la revoca ove essa sia motivata sulla mancanza *ab origine* delle condizioni di applicabilità (anche in assenza di fatti sopravvenuti). In tal direzione, Cass., Sez. un., 31 maggio 2018, n. 46201, in *Cass. pen.*, 2019, 2161; nonché già Cass., Sez. un., 24 maggio 2004, n. 29952, *ivi*, 2004, 3097.

³⁹ La partecipazione dei "terzi interessati" è oggi assicurata nel procedimento di prevenzione dall'art. 23 d.lgs. n. 159/11 (comma 2: terzi proprietari o comproprietari di beni in sequestro; comma 4: terzi titolari di diritti reali o personali di godimento nonché diritti reali di garanzia sui beni in sequestro), ai quali, se costituiti a mezzo procuratore speciale, è altresì riconosciuto il diritto a impugnare i decreti di confisca in appello e cassazione.

⁴⁰ In tal direzione, da ultimo, Cass., Sez. V, 25 settembre 2020, n. 29983, la quale, fra l'altro, esclude espressamente la pertinenza del richiamo ai principi espressi da Cass., Sez. un., 26 settembre 2019, n. 45936, *cit.*, in ordine alla legittimazione del curatore in sede penale.

sciuto al curatore in sede penale, debba essergli negato in sede di prevenzione: *a fortiori*, se si considera che quella *preater delictum* è una confisca cd. “allargata”, tale cioè – al pari dell’apertura della «liquidazione giudiziale» dell’impresa insolvente – da attrarre l’intero patrimonio del soggetto e dunque la totalità della massa attiva.

9. *Le disposizioni di coordinamento della disciplina penale: il nuovo art. 104-bis disp. att. c.p.p. e l’amministrazione dei beni in sequestro.* Il rinvio disposto dall’art. 317 del codice della crisi «alle disposizioni del Libro I, titolo IV» del d.lgs. n. 159/2011 è, in realtà, circoscritto alle sole disposizioni del Capo III – quelle cioè regolanti i criteri di prevalenza delle misure cautelari ivi previste sulle ragioni della procedura di liquidazione giudiziale – e dunque non richiama l’intera disciplina in ordine alla esecuzione del sequestro. Per tale ragione, il comma 2 dell’art. 317 del codice della crisi richiama l’art. 104-*bis* disp. att. c.p.p., il quale, a sua volta, è stato riformulato dall’art. 373 codice della crisi; disposizione, questa, inserita al Capo VI (rubricato «Disposizioni di coordinamento della disciplina penale») e specificatamente deputata al coordinamento con le disposizioni di attuazione del codice di rito penale. Va subito anticipato che il coordinamento disposto dal codice della crisi lascia alquanto a desiderare, ed è agevole presumere che nella prassi si porranno non pochi problemi applicativi.

L’art. 104-*bis* disp. att. c.p.p. – inserito dall’art. 2, comma 9, lett. b, legge n. 94/2009 – ha codificato l’orientamento giurisprudenziale che si era formato in materia di esecuzione del sequestro: richiamando analogicamente l’art. 12 *sexies* della legge n. 356/1992, si era stabilito che in caso di sequestro d’azienda il giudice nominasse (non già un custode, con funzioni di conservazione statica del bene, bensì) un amministratore giudiziario con compiti e poteri di gestione attiva del compendio in sequestro. Successivamente, la legge n. 161/2017 (di riforma del codice antimafia) aveva esteso, in tema di sequestro disposto in sede penale, anche le disposizioni di cui al Libro I, titolo III, capo III del d.lgs. n. 159/11, disciplinanti l’amministrazione, la gestione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati.

Poco dopo, con la “riforma Orlando” (d.lgs. n. 21/2018, art. 6, comma 2, lett. a, l’art. 104-*bis* disp. att. c.p.p. è stato ulteriormente rimaneggiato: sia con l’introduzione di una disciplina processuale a tutela dei diritti dei “terzi interessati”, la cui citazione nel procedimento penale diviene adesso obbligatoria (commi 1-*quater*, e 1-*quinquies*); sia con l’estensione delle norme in materia di amministrazione e gestione anche alle misure ablative di cui all’art. 240 *bis* c.p., nonché a quelle cautelari reali disposte per i reati di cui all’art. 51, comma 3-*bis*, c.p.p. Infine, l’art. 373 comma 1 lett. a, del codice della crisi ha sostituito il comma 1-*bis* dell’art. 104-*bis* disp. att. c.p.p., ritoccando ancora una volta i richiami al codice antimafia.

Evocate così la genesi e il travagliato sviluppo del testo dell’art. 104-*bis* disp. att. c.p.p.⁴¹, si può adesso chiarire l’effettivo perimetro delle disposizioni richiamate, quale risultante dall’ultimo innesto operato dal codice della crisi e dell’insolvenza.

La nuova formulazione della norma consente l’applicazione del Titolo III del codice antimafia limitatamente alla disciplina della nomina e revoca dell’amministratore, dei suoi obblighi e poteri di gestione dei beni; e consente l’estensione delle disposizioni di cui al Titolo IV del codice antimafia, relative alla tutela dei terzi e ai rapporti con la liquidazione giudiziale. Orbene, se l’intento era quello di stabilire una piattaforma di regole unica e omogenea per la totalità dei sequestri e delle relative confische – comprendendo l’intero arcipelago delle confische: sia quelle aventi natura penale, sia quelle aventi natura di misura di sicurezza o di prevenzione –, l’obiettivo può dirsi clamorosamente mancato.

Infatti, il nuovo comma 1-*quater* dell’art. 104-*bis* disp. att. c.p.p. (introdotto dal comma 1, lett. b, dell’art. 373 codice della crisi), con riferimento ai sequestri e alla confisca cd. “allargata” di cui all’art. 240 *bis* c.p. e di cui agli altri casi particolari previsti dalla legge, nonché con riferimento a quelli disposti in re-

⁴¹ Per eventuali approfondimenti, VARRASO, *Esecuzione del sequestro preventivo, amministrazione giudiziaria e tutela dei terzi*, cit., 1350 ss. Sul tema, v. anche BELFIORE, *Il sequestro preventivo*, cit., 215 ss. e 248 ss.; PARLATO, *L’amministrazione giudiziaria ex art. 104bis disp. att. c.p.p.: un istituto sospeso tra chiarimenti e nuove incertezze*, in *Il codice antimafia riformato*, a cura di Cassibba, Torino, 2019, 178 ss.; POTETTI, *Il libro primo, titolo quarto, del “Codice antimafia” (d.lgs. n. 159 del 2011) e la sua applicazione al sequestro preventivo comune (art. 104bis att. c.p.p.)*, in *Cass. pen.*, 2019, 1219 ss.

lazione ai delitti di cui al comma 3-*bis* dell'art. 51 c.p.p., estende il rinvio anche alle disposizioni del codice antimafia relative sia al ruolo e ai compiti dell'Agenzia Nazionale sia alla destinazione dei beni confiscati.

Non altrettanto è avvenuto con riferimento a tutti gli altri sequestri disposti a norma dell'art. 321, comma 2, c.p.p. funzionali alla confisca cd. "diretta" (art. 240 c.p.): il nuovo testo del comma 1-*bis* dell'art. 104-*bis* disp. att. c.p.p. non richiama la disciplina relativa all'intervento e al ruolo dell'Agenzia Nazionale, né tantomeno quella inerente alla destinazione dei beni confiscati. Con l'effetto di avere generato un sistema contraddittorio e monco: giacché il mancato richiamo all'Agenzia Nazionale lascia fuori l'applicabilità delle disposizioni relative alla sua gestione dei beni e alla soddisfazione dei creditori - la cui legittimazione è stata già verificata dal tribunale - che, a norma degli artt. 60 e segg. d.lgs. n. 159/11, avviene per mano dell'Agenzia (la quale, per l'appunto, è tenuta a predisporre un piano di riparto, impiegando per il pagamento dei creditori le somme apprese o riscosse durante la gestione o, successivamente, mediante la vendita dei beni confiscati)⁴². E dunque, nel silenzio del legislatore, l'unica soluzione che può consentire di evitare una paralisi (che penalizzerebbe, su tutti, i creditori) è quella di estendere, in via analogica, la disciplina e riconoscere la competenza dell'Agenzia Nazionale: anche a costo di andare oltre i limiti dell'ortopedia giuridica. Anche perché, detto con franchezza, non è in alcun modo praticabile la soluzione inversa e cioè riconoscere (*recte*: distribuire) le competenze specifiche dell'Agenzia Nazionale agli organi nominati in sede di sequestro ex art. 321 comma 2 c.p.p.⁴³

10. *Una provocazione finale: l'art. 321 del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza e l'etichettata natura «penale» delle misure di prevenzione patrimoniali.* È ricorrente, soprattutto fra i 'doctores', la generalizzata denuncia di una produzione normativa che continua a restare indifferente ai canoni di

⁴² Cfr. D'AMORE-FIORIO, *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: l'attuazione della legge delega in materia di sequestri penali ovvero un "monstrum iuris"*, in www.giuriprudenzapenale.com, 28 gennaio 2019.

⁴³ Nel senso qui criticato, v. CREPALDI, *Le novità penalprocessuali*, cit., 263 s.; condivisibili le perplessità manifestate da PARLATO, *L'amministrazione giudiziaria ex art. 104-bis disp. att. c.p.p.: un istituto sospeso tra chiarimenti e nuove incertezze*, cit., 185 ss., 208.

una moderna, consapevole e razionale scienza della legislazione. Anche il codice della crisi d'impresa non sembra estraneo a questo criticabile andazzo: del resto, le tortuose e tormentate vicende che hanno segnato la sua elaborazione e la sua entrata in vigore - a *step*, e con continui rimaneggiamenti - non potevano far ben sperare.

Basti dire che, in virtù dei rinvii dal codice della crisi a quello antimafia, non ci si è dati neppure cura di aggiornare la terminologia di quest'ultimo: tutt'ora ancorata a istituti - il fallimento - linguisticamente (e contenutisticamente) sostituiti già dal d.lgs. n. 14/2019. Come già detto, non è solo un problema di 'pulizia' e 'coerenza' nominalistica: è soprattutto un problema di sostanza, giacché il codice antimafia - cui il codice della crisi d'impresa rinvia - continua a ignorare quel che al tempo della sua adozione (2011) non esisteva ancora (le procedure e gli strumenti di soluzione concordata della crisi d'impresa).

Inoltre, poteva essere l'occasione buona per rimediare a un potente *vulnus* che tutt'ora comprime, ingiustificatamente, il diritto di difesa e le prerogative del giusto processo. Si allude alla perdurante - e non più giustificata - limitazione dei motivi di ricorso per cassazione alla sola violazione di legge (art. 10, comma 3, d.lgs. n. 159/11). Là dove è oggi evidente a tutti che la complessità delle questioni giuridiche, che agitano ormai le aule della prevenzione patrimoniale, sono destinate ad aumentare esponenzialmente - per quantità e qualità - con il rinvio del codice della crisi al d.lgs. n. 159/11.

E non solo: v'è di più.

L'art. 321 del codice della crisi, dedicato ai rapporti fra «liquidazione coatta amministrativa e misure di prevenzione», stabilisce che anche a tale specifica procedura si applicano le disposizioni precedenti (con l'ovvio limite della compatibilità). Peccato però che nelle disposizioni precedenti richiamate dall'art. 321 non si parli affatto di misure di prevenzione bensì di «misure penali».

Provocatoriamente, delle due l'una: o l'ultimo legislatore ha voluto prendere posizione sulla annosa e controversa questione della natura giuridica della misura di prevenzione patrimoniale, e con un improvviso tratto di penna ne ha affermato testualmente la natura penale, così condannandola

all'incostituzionalità (attesa la sua cronica irriducibilità ai principi costituzionali e convenzionali che governano la materia penale). Oppure, più banalmente, il novello legislatore mostra di non aver chiara la differenza fra i sequestri e le confische disposte dal giudice penale nel relativo procedimento e le misure di prevenzione patrimoniali; e quindi rivela di ignorare un dibattito che oltre a impegnare da tempo la letteratura penalistica ha, soprattutto negli ultimi anni, coinvolto le Sezioni Unite, la Corte costituzionale e la Corte EDU. Ipotesi, quest'ultima, più plausibile se non fosse che la scelta di rinviare al codice antimafia – che per l'appunto racchiude compiutamente la disciplina delle misure di prevenzione – sembra, anche a leggere i lavori preparatori del codice della crisi, ponderata, informata e dunque consapevole.