

Osservatorio sulla Corte di cassazione

Sequestro preventivo a carico degli enti e fallimento

La decisione

Responsabilità amministrativa degli enti - Sequestro preventivo e confisca dell'equivalente del profitto del reato - Rapporti con la dichiarazione di fallimento - Tutela dei terzi creditori di buona fede - Legittimazione del curatore fallimentare a chiedere la revoca o a impugnare il provvedimento di sequestro (c.p.p., artt. 321, co. 2-*bis*, 665, 674; d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, artt. 9, 19 co. 1 e 2, 27 co. 2, 53 co. 1 e 1-*bis*; c.p., 240 co. 1, 2 e 3 c.p.; d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, Libro I, Titolo IV; c.c., art. 1147, co. 3).

Il curatore fallimentare non è legittimato a proporre impugnazione contro il provvedimento di sequestro adottato ai sensi dell'art. 19 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

La verifica delle ragioni dei terzi al fine di accertarne la buona fede spetta al giudice penale e non al giudice fallimentare.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONI UNITE, 17 marzo 2015 (c.c. 25 settembre 2014) - DE ROBERTO, *Presidente* - MARASCA, *Relatore* - DESTRO, *P.G.* (conf.) - Cur. fall. Uniland S.p.A. e altro, ricorrenti.

Il commento

Sequestro preventivo a carico della società fallita, tutela dei creditori di buona fede e prerogative del curatore

1. Con la sentenza delle Sezioni unite che si annota¹, la Corte di cassazione affronta in modo innovativo, e per alcuni aspetti condivisibile, un problema da tempo al centro della - assai articolata - riflessione giurisprudenziale sui rapporti tra procedure concorsuali e procedimento penale, cioè se, e entro quali limiti, i beni appartenenti a persone, fisiche o giuridiche, dichiarate fallite siano sequestrabili ai fini di confisca. La Suprema Corte decide un caso di sequestro per equivalente ai sensi degli artt. 19, co. 2, e 53 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, aderendo alla soluzione favorevole alla sequestrabilità, consoli-

¹ V., al riguardo, ad es., i commenti di G. CHIARAVIGLIO, *I rapporti tra sequestro/confisca e fallimento secondo una recente sentenza delle Sezioni Unite: interrogativi e problemi irrisolti*, in *Riv. dott. comm.*, 2015, 290; DELLO RUSSO, *Rapporti tra confisca per equivalente e procedura fallimentare*, in questa *Rivista online*, e RIVERDITI, *Le Sezioni unite individuano il punto di equilibrio tra confisca ex d.lgs. n. 231 e vincolo imposto dal fallimento sui beni del fallito*, in www.penalecontemporaneo.it. V. anche SANTORIELLO, *Procedura fallimentare e responsabilità degli enti: un rapporto ancora problematico*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2015, 3, 185 ss.

data anche sulla scorta di un precedente delle Sezioni unite stesse del 2004². Peraltro, la Corte abbandona le coordinate interpretative sino ad ora seguite per individuare il criterio guida nell'applicazione della cautela reale.

In particolare, la pronuncia in commento accantona la tesi sostenuta nel citato arresto giurisprudenziale, nel senso del necessario bilanciamento fra gli interessi perseguiti dalle due procedure, affidato alla valutazione discrezionale del giudice penale³, e prospetta un congegno operativo a schema vincolato; in base al quale il giudice accerta se vi siano ostacoli alla confisca e al sequestro, verificando se ricorra la causa ostativa della misura ex art. 19, co. 1, d.lgs. cit., integrata dall'esistenza di "diritti acquisiti dai terzi in buona fede". Senza necessità di subordinare, secondo il meccanismo di cui sopra, la non applicazione (o la revoca) della misura al riscontro di eventuali «possibilità di ritorno del fallito nella disponibilità dei beni sequestrati, alla chiusura del fallimento», oppure «di un eventuale concordato ex artt. 124 ss. l. fall. (che comporta il ritorno al fallito dei beni non vincolati al procedimento o non trasferiti all'eventuale assuntore, con il riacquistato pieno potere di disporne), nonché quelle situazioni in cui sussiste il rischio concreto che le finalità del sequestro preventivo e della confisca siano pregiudicate, potendo il fallito tornare surrettiziamente a disporre dei propri beni in spregio alle esigenze di cautela penale»⁴. Dunque, una indubbia limitazione della discrezionalità del giudice, perseguita dalla Corte nella sentenza annotata facendo ricorso alla disciplina sulla confisca *de societate*.

La Suprema Corte argomenta bene che, nella materia specifica regolata dal d.lgs. n. 231 del 2001, non vi è alcun vuoto normativo perché l'art. 19 consente «una armonica soluzione del rapporto tra tale istituto e la eventuale procedura fallimentare a carico dell'ente»⁵. Il che, secondo la stessa Corte, consente il superamento della giurisprudenza precedente, basata sulla

² Cass., Sez. un., 9 luglio 2004, Cur. fall. in proc. Focarelli, in *Cass. pen.*, 2004, 3087. Per una critica v., ad es., BISCARDI, *Sequestro preventivo e dichiarazione di fallimento*, in *Giur. it.*, 2004, 208 ss. Ritiene, invece, che questa sentenza sia pervenuta a una «ragionevole conclusione», VERGINE, *Il "contrasto" all'illegalità economica. Confisca e sequestro per equivalente*, Padova, 2012, 271.

³ V. Cass., Sez. un., 9 luglio 2004, Cur. fall. in proc. Focarelli, cit., che ha enunciato il principio di diritto secondo cui «è consentito il sequestro preventivo, funzionale alla confisca facoltativa, di beni provento di attività illecita dell'indagato e di pertinenza dell'impresa dichiarata fallita, a condizione che il giudice, nell'esercizio del suo potere discrezionale, dia motivatamente conto della prevalenza delle ragioni sottese alla confisca rispetto a quelle attinenti alla tutela dei legittimi interessi dei creditori nella procedura fallimentare».

⁴ Queste le situazioni da accertare, ai fini di disporre il sequestro, a scapito degli interessi dei creditori, secondo la ricostruzione prospettata da Cass., Sez. un., 9 luglio 2004, Cur. fall. in proc. Focarelli, cit., par. 7, «nell'anzidetta prospettiva di conciliazione degli interessi connessi alla confisca con quelli della procedura fallimentare e dei creditori».

⁵ V. sentenza annotata, par. 4.

«necessità [...] di contemperare le differenti e, per molti aspetti ritenute contrastanti, esigenze della tutela penale e dei legittimi diritti dei creditori», e salve le ipotesi di sequestro avente ad oggetto un bene confiscabile in via “obbligatoria”⁶.

Va ricordato come, in quest’ottica, il pronunciamento delle Sezioni unite del 2004 abbia istituito una dicotomia interna alla fenomenologia del sequestro preventivo ex art. 321, co. 2, c.p.p., basata sul tipo specifico di confisca irrogabile a norma dell’art. 240 c.p. Ne è scaturita la distinzione fra i casi di confisca “facoltativa”, in presenza di cose di per sé non intrinsecamente illecite, cioè pericolose (come accade per le “cose che servono o furono destinate a commettere il reato” o “che ne sono il prodotto o il profitto”, ex art. 240, co. 1, c.p.), e i casi di confisca “obbligatoria”, in presenza di cose in sé pericolose (come accade per i beni previsti dall’art. 240, co. 2, c.p.)⁷: casi, questi ultimi, in cui la misura cautelare, secondo la citata giurisprudenza, appunto «deve ritenersi assolutamente insensibile alla procedura fallimentare»⁸.

Come si vede, un distinguo non agilmente adattabile alla sanzione prevista dall’art. 19 d.lgs. n. 231 del 2001⁹. Trattasi, infatti, è ben noto, di misura obbligatoria, ancorché avente per oggetto beni di per sé non pericolosi (cioè il prezzo o il profitto del reato ovvero altri beni di valore equivalente), con ciò, dunque, riproducendo un tratto tipico della confisca (facoltativa) ex art. 240, co. 1, c.p., ma anche un tratto tipico della confisca (obbligatoria) ex art. 240, co. 2, c.p.¹⁰. Ne consegue l’incertezza se estendere o no al sequestro di cui all’art. 53 d.lgs. n. 231 del 2001 il principio di diritto imperniato sulla

⁶ V. sentenza annotata, *loc. cit.*

⁷ V. Cass., Sez. un., 9 luglio 2004, Cur. fall. in proc. Focarelli, cit., par. 4.2.a-4.2.b.

⁸ Così, Cass., Sez. un., 9 luglio 2004, Cur. fall. in proc. Focarelli, cit., par. 4.2.a, ove si osserva quanto segue, con precipuo riguardo alle ipotesi di confisca obbligatoria: «Le finalità del fallimento non sono in grado di assorbire la funzione assolta dal sequestro: la vocazione strumentale rispetto al processo è attenuata e prevale l’esigenza preventiva di inibire l’utilizzazione di un bene intrinsecamente e oggettivamente “pericoloso” in vista della sua definitiva acquisizione da parte dello Stato. Le ragioni di tutela dei terzi creditori sono destinate ad essere pretermesse rispetto alla prevalente esigenza di tutela della collettività».

⁹ Osserva che le considerazioni della sentenza delle Sezioni unite del 2004 «evidentemente non possono essere estese *de plano* anche alla ipotesi di confisca delineata nel d.lgs. n. 231 del 2001 – posto che in tale ambito la confisca ha natura sanzionatoria e non è disposta in funzione della pericolosità del bene da sottoporre a vincolo», SANTORELLO, *La confisca e la criminalità d’impresa*, in *La giustizia penale patrimoniale*, a cura di Bargi, Cisterna, II, Torino, 2011, 870.

¹⁰ Inoltre, come ha chiarito la giurisprudenza, «è la natura intrinsecamente ed oggettivamente pericolosa della cosa che determina il carattere obbligatorio della confisca, e non già il carattere obbligatorio della confisca che determina la pericolosità intrinseca ed oggettiva della cosa»: così, Cass., Sez. III, 25 maggio 2007, Sorrentino, in *Mass. Uff.*, n. 236846, in relazione a un caso di confisca prevista dall’art. 12-*sexies*, co. 1, d.l. n. 306 del 1992, conv. in legge n. 356 del 1992.

valutazione giudiziale discrezionale, valevole per i casi in cui la misura è finalizzata alla confisca di beni non pericolosi strutturalmente¹¹. Di qui la diversa via battuta dalla Suprema Corte, con la decisione in esame, nel tentativo di risolvere i problemi peculiari del sequestro preventivo a carico degli enti, attraverso l'applicazione della clausola di salvaguardia dei diritti dei terzi di buona fede ai sensi dell'art. 19, co. 1, d.lgs. n. 231 del 2001.

Non sembra azzardato affermare che questo approccio conduca, di fatto, a recuperare una delle contrapposte tesi in campo, nella disputa giurisprudenziale causata dalla ricordata pronuncia del 2004. È vero che le Sezioni unite manifestano l'intenzione di superare l'alternativa se, ai fini di disporre il sequestro, il giudice penale possa limitarsi ad accertare la confiscabilità dei beni di pertinenza della massa attiva fallimentare oppure debba procedere alla valutazione comparativa fra interessi contrapposti, nei termini sopra richiamati. Afferma infatti la Suprema Corte, come premessa di un'articolata analisi, che «la soluzione del problema avverrà per ragioni diverse da quelle che hanno originato il dibattito»¹². Ma è altrettanto vero che la tesi enunciata dalla Corte, richiedendo al giudice penale di accertare se vi siano diritti dei terzi in buona fede da salvaguardare, conduce a sovrapporre la fattispecie costitutiva del potere-dovere di sequestro alla fattispecie della confisca. In altre parole, per sequestrare i beni della società fallita è sufficiente (e necessario) accertare l'esistenza dei fatti costitutivi del potere-dovere di confisca (e l'inesistenza dei fatti impeditivi), come delineati dalla disciplina ex art. 19 d.lgs. n. 231 del 2001. Con conseguente limitazione dell'oggetto del giudizio cautelare al tema della confiscabilità o meno della *res*

¹¹ V., nel senso che la misura cautelare reale applicabile contro gli enti è assoggettata al regime del sequestro finalizzato alla confisca obbligatoria, insensibile alle ragioni del fallimento, Cass., Sez. VI, 2 maggio 2013, Cur. fall. in proc. Soc. Tecno Hospital S.r.l., in *Mass. Uff.*, n. 255255. Ritiene, invece, che, «con particolare riguardo alla confisca di cui all'art. 19, comma primo, d.lgs. n. 231 del 2001, sia necessaria una valutazione giudiziale sul raffronto fra le esigenze poste a fondamento della confiscabilità dei beni e quelle attinenti alla tutela dei creditori ammessi alla procedura fallimentare», Cass., Sez. V, 5 dicembre 2013, Cur. fall. in proc. Servizi e Infrastrutture, in *Mass. Uff.*, n. 257553; v., già, in questo senso, Cass., Sez. V, 13 agosto 2008, Fazzalari, in *Mass. Uff.*, n. 240559. Sulla scia di tali posizioni interpretative è stata devoluta alle Sezioni unite, nel caso di specie, la questione giuridica «se, per disporre il sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente a norma dell'art. 19, co. 2, d.lgs. n. 231 del 2001, con riferimento a beni di pertinenza della massa attiva di un fallimento, il giudice penale possa limitarsi ad accertare la confiscabilità dei cespiti, senza prendere in considerazione le esigenze tutelate dalla procedura concorsuale, o debba invece procedere ad una valutazione comparativa tra le ragioni di questa, e segnatamente dei creditori in buona fede, e quelle afferenti alla pretesa punitiva dello Stato e, in quest'ultimo caso, se la verifica delle ragioni dei singoli creditori, al fine di accertarne la buona fede, debba essere compiuta dal giudice penale o, invece, dal giudice fallimentare, eventualmente in applicazione analogica della disciplina dei sequestri di prevenzione di cui al titolo IV del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (cd. codice antimafia)».

¹² V. sentenza annotata, par. 3.3.

di pertinenza della massa attiva fallimentare.

2. Risulta ineccepibile la decisione annotata, nella parte in cui subordina il sequestro dei beni della società fallita all'accertamento che non vi siano diritti acquisiti dai terzi in buona fede. Infatti, solo questi diritti "sono fatti salvi", a scapito della confisca del prezzo o del profitto del reato nei confronti dell'ente, al di là della parte che possa essere restituita al danneggiato, essa pure tutelata ai sensi dell'art. 19, co. 1, primo periodo, d.lgs. n. 231 del 2001. Motivo per cui non vi è modo di garantire i diritti dei creditori del fallimento, se non attraverso la clausola di salvezza prevista dal secondo periodo dell'art. 19, co. 1. Come giustamente riconosce la Suprema Corte, questa clausola opera quale che sia la forma di confisca cui viene preordinato in concreto il sequestro preventivo, dunque anche la misura avente ad oggetto somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente al prezzo o al profitto del reato (art. 19, co. 2)¹³.

Inoltre, secondo la Corte di cassazione «si tratta [...] di diritti acquisiti dai terzi sui beni provento dell'illecito»¹⁴, con la conseguenza che ad essere «salvaguardato è il diritto di proprietà del terzo acquisito in buona fede, oltre agli altri diritti reali esistenti sui predetti beni, mobili o immobili che siano»¹⁵. Senza possibilità, dunque, di includere nella sfera operativa della norma in discorso i diritti di credito in ipotesi vantati dai terzi, diritti di cui «del resto» - sono sempre parole delle Sezioni unite - l'art. 19 «non parla»¹⁶.

Desume da tutto ciò la Corte che la titolarità in capo ai creditori di diritti azionabili «nelle sedi adeguate» scaturisce dall'assegnazione dei beni ai terzi stessi effettuata all'esito della procedura fallimentare¹⁷. In altre parole, solo i

¹³ V. sentenza annotata, par. 5. Nel diverso contesto della confisca ai sensi degli artt. 322-ter e 640-quater C.p., parte della giurisprudenza ha istituito un distinguo tra il profitto "diretto" del reato, in relazione al quale «può affermarsi una automatica "insensibilità" alla procedura fallimentare, non in forza della obbligatorietà della confisca, bensì in ragione della circostanza che si tratta di beni intrinsecamente ed oggettivamente pericolosi data la loro pertinenza al reato», e i beni di valore equivalente, in relazione ai quali «rimane ferma la necessità [di un] accertamento caso per caso da parte dell'autorità giudiziaria, poiché la obbligatorietà della confisca non implica la loro oggettiva ed intrinseca pericolosità». Così, Cass., Sez. II, 27 settembre 2006, Italinvest srl, in *Mass. Uff.*, n. 235129.

¹⁴ In dottrina, sostiene che l'art. 19 comma 1, secondo periodo, d.lgs. n. 231/2001 garantisca al "terzo in buona fede" «la salvaguardia dei diritti acquisiti rispetto ai beni assoggettabili a confisca», FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bologna, 2007, 423, corsivo aggiunto.

¹⁵ V. sentenza annotata, par. 5. In dottrina, reputa «incontestabile l'assunto», G. CHIARAVIGLIO, *I rapporti tra sequestro/confisca e fallimento secondo una recente sentenza delle Sezioni Unite*, cit., 297.

¹⁶ V. sentenza annotata, loc. cit. V., in senso critico, DELLO RUSSO, *Rapporti tra confisca per equivalente e procedura fallimentare*, cit., 2, secondo il quale l'art. 19 cit. sarebbe esteso «a tutti i diritti (di credito e di carattere reale)».

¹⁷ V. sentenza annotata, par. 6.3, secondo cui «coloro che si insinuano nel fallimento vantando un diritto

creditori ai quali la procedura concorsuale abbia destinato beni sarebbero legittimati a far valere i propri diritti, facendo perno sul meccanismo di tutela ex art. 19 d.lgs. n. 231 del 2001 che, per contro, non sarebbe attivabile prima dell'accertamento del passivo e del successivo riparto dell'attivo fallimentare. Questa impostazione, per un verso, desta perplessità nella parte in cui conduce la sentenza stessa a escludere il curatore fallimentare dai soggetti che possono invocare la suddetta clausola di garanzia, enunciando un primo principio di diritto secondo cui il curatore «non è legittimato a proporre impugnazione contro il provvedimento di sequestro adottato ai sensi dell'art. 19 del d.lgs. n. 231 del 2001»¹⁸. Per altro verso, sembra condivisibile il ragionamento svolto con riguardo ai creditori del fallito, e appare utile approfondirlo. Va osservato, al riguardo, che questi soggetti, così come i titolari di qualsivoglia diritto, reale o personale, mobiliare o immobiliare sui beni in possesso del fallito, possono trovare soddisfazione solo attraverso la procedura concorsuale¹⁹. Detto altrimenti, e limitando il discorso ai titolari di crediti²⁰, non vi è modo per essi di azionare i diritti vantati nei confronti del fallito al di fuori della procedura di accertamento del passivo, una volta che sia stato dichiarato il fallimento²¹; con l'ulteriore corollario di dover ritenere il procedimento cautelare reale in specie, e il procedimento penale in genere, una sede non “adeguata” a tutelare i diritti in esame in sostituzione della

di credito non possono essere ritenuti per tale solo fatto titolari di un diritto reale sul bene ai sensi e per gli effetti previsti dall'art. 19 del decreto sulla responsabilità degli enti, perché sarà proprio con la procedura fallimentare che, sulla scorta delle scritture contabili e degli altri elementi conoscitivi propri della procedura, si stabilirà se il credito vantato possa o meno essere ammesso al passivo fallimentare. Il curatore nel contempo individuerà tutti i beni che debbono formare la massa attiva del fallimento, arricchendola degli eventuali esiti favorevoli di azioni revocatorie, e soltanto alla fine della procedura si potrà, previa vendita dei beni ed autorizzazione da parte del giudice delegato del piano di riparto, procedere alla assegnazione dei beni ai creditori. È soltanto in questo momento che i creditori potranno essere ritenuti titolari di un diritto sui beni che potranno far valere nelle sedi adeguate» (corsivo aggiunto).

¹⁸ Al riguardo v., *infra*, par. 5.

¹⁹ Dispone, infatti, l'art. 52 comma 2 l. fall. che “ogni credito, anche se munito di diritto di prelazione o trattato ai sensi dell'articolo 111, primo comma, n. 1) [norma riguardante il pagamento dei crediti pre-deducibili], nonché ogni diritto reale o personale, mobiliare o immobiliare, deve essere accertato secondo le norme stabilite dal Capo V, salvo diverse disposizioni della legge”.

²⁰ Affronta il diverso problema della tutela dei terzi ai quali, prima del sequestro, siano stati alienati beni immobili da parte della curatela fallimentare, Cass., Sez. VI, 2 maggio 2013, Cur. fall. in proc. Soc. Tecno Hospital s.r.l, in *Mass. Uff.*, n. 255255. Nel caso di specie la Suprema Corte osserva che «gli unici interessati a contestare il sequestro [...] sono i terzi di buona fede, mentre la curatela del fallimento è priva di concreto interesse al riguardo, avendo peraltro regolarmente incassato il prezzo della vendita».

²¹ Va, inoltre, ricordato il “divieto di azioni esecutive e cautelari individuali” dettato dall'art. 51 l. fall., in forza del quale, “salvo diversa disposizione della legge, dal giorno della dichiarazione di fallimento nessuna azione individuale esecutiva o cautelare, anche per crediti maturati durante il fallimento, può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nel fallimento”.

procedura concorsuale. Sorti, invece, i diritti sui beni, con la ripartizione dell'attivo fallimentare, non vi sarebbe spazio per applicare il sequestro preventivo o per mantenerlo, operando in tal caso il congegno di garanzia dei diritti dei terzi e, così, risultando preclusa la confisca ai sensi dell'art. 19.

È essenziale considerare la funzione del suddetto procedimento di accertamento del passivo fallimentare. L'istituto ha lo scopo di individuare quali creditori possano partecipare al concorso (c.d. sostanziale) sui beni del debitore, oltre che i beni assegnati agli stessi creditori²². Quindi una tutela di tali soggetti, ex art. 19, co. 1, secondo periodo, realizzata prima dell'accertamento dei loro diritti in sede concorsuale contrasterebbe con il principio del concorso e con il c.d. principio di esclusività dell'accertamento del passivo fallimentare²³.

Quanto detto porta a distinguere le situazioni in cui la domanda di sequestro venga proposta dopo che, dichiarato il fallimento, sia già intervenuto il riparto dell'attivo, a seguito dell'accertamento del passivo, all'esito della procedura concorsuale, dalle situazioni in cui la domanda cautelare sia proposta anteriormente.

3. Alle situazioni del secondo tipo sopra richiamato, vale a dire di sequestro domandato (e disposto) prima della dichiarazione di fallimento si riferisce la decisione delle Sezioni unite annotata, come si desume con chiarezza dal passaggio della motivazione in cui viene sottolineata la peculiarità del caso di specie, con precipuo riguardo alla circostanza che i beni della società sono stati acquisiti alla massa attiva fallimentare in un momento in cui «su detti beni già gravava [...] il vincolo imposto dal sequestro, anche per equivalente, adottato dal competente giudice dell'udienza preliminare»²⁴. Ne discende, secondo la Corte, l'applicabilità in tali casi della cautela reale, cumulativamente al vincolo generato dalla declaratoria di fallimento, nonostante essa «priv[i] dalla sua data il fallito dell'amministrazione e della disponibilità dei suoi beni esistenti alla data di dichiarazione di fallimento» (art. 42, co. 1, l. fall.)²⁵.

²² Così, ad es., di recente, BOZZA, *I principi della formazione dello stato passivo*, in JORIO e SASSANI, *Trattato delle procedure concorsuali*, II, *Il fallimento. Effetti - Stato Passivo*, Milano, 2014, 600.

²³ In ordine al principio di esclusività v., ad es., di recente, BOZZA, *L'esclusività dell'accertamento del passivo*, in *Trattato*, cit., 615 ss.; MENCHINI, MOTTO, *L'accertamento del passivo e dei diritti reali e personali dei terzi sui beni*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da Vassalli, Luiso, Gabrielli, II, *Il processo di fallimento*, Torino, 2014, 375 ss.

²⁴ V. sentenza annotata, par. 5.2, corsivo aggiunto.

²⁵ Come osserva la sentenza in commento, proprio dalla situazione richiamata nel testo «è sorto il problema del rapporto tra i due vincoli e di quale dei due dovesse prevalere sul presupposto, implicito e non dimostrato, che non fosse consentito apporre due vincoli diversi sugli stessi beni. Tale erroneo

Non essendo ancora insorti, in capo ai terzi, diritti tutelabili ai sensi dell'art. 19, co. 1, secondo periodo, d.lgs. n. 231 del 2001 non vi sarebbero preclusioni di sorta a disporre il sequestro preventivo ai sensi dell'art. 53 d.lgs. cit. Preclusioni che invece, a quanto sembra, volendo portare alle logiche conseguenze il percorso argomentativo seguito dalla sentenza, risulterebbero nella situazione inversa a quella esaminata dalla Suprema Corte, vale a dire il caso in cui, accertato il passivo, l'attivo del fallimento sia liquidato, e poi ripartito, ancora prima della domanda di sequestro preventivo e, eventualmente, della stessa instaurazione del procedimento penale. Sorti, in capo ai terzi creditori, in questa seconda situazione, diritti tutelabili nel procedimento cautelare penale, non vi sarebbe modo per il giudice di disporre il sequestro avente ad oggetto il prezzo o il profitto del reato oppure l'equivalente. Né l'attivazione del rimedio in esame determinerebbe, evidentemente, violazioni del principio del concorso fra i creditori del fallito o del principio di esclusività dell'accertamento del passivo fallimentare, cui si è prima fatto cenno.

Sembrerebbe, dunque, compatibile con quanto stabilito dalla pronuncia in commento assegnare un ulteriore²⁶, anche se limitato, spazio operativo della clausola di salvaguardia prevista dalla citata norma, come mezzo di tutela dei diritti dei creditori, ove di buona fede. E, per converso, sembrerebbe coerente individuare in capo a queste figure la legittimazione a chiedere la revoca del sequestro, che fosse egualmente disposto a scapito dei loro diritti accertati tramite la procedura concorsuale. Con l'ulteriore precisazione, essa pure compatibile con la pronuncia in commento²⁷, della necessità che i creditori domandino la revoca della confisca al giudice penale in sede di esecuzione, nel caso in cui all'applicazione della misura della confisca pervenga il giudice penale della cognizione, nonostante la chiusura del procedimento concorsuale con l'assegnazione dei beni ai creditori di cui sia stato accertato il diritto a concorrere al riparto della massa attiva fallimentare.

4. Tenendo conto che la decisione annotata àncora la tutelabilità dei diritti

presupposto, però, non trova alcuna giustificazione: non vi è, infatti, alcuna norma che vieti l'apposizione di più vincoli sugli stessi beni e la logica del sistema, al contrario, consente e prevede l'apposizione di più vincoli» (par. 5.2-5.3). V., però, ad es., IACOVIELLO, *Fallimento e sequestri penali*, in *Fall.*, 2005, 1275, il quale afferma: «Che ad uno stesso bene possano applicarsi due tipi di sequestro preventivo è una ridondanza che il sistema processuale non può ammettere».

²⁶ Vale a dire aggiuntivo, rispetto allo spazio operativo espressamente assegnato alla norma dalla sentenza annotata, con precipuo riguardo ai casi di assegnazione dei beni ai terzi creditori, all'esito della procedura concorsuale aperta dopo l'applicazione della misura cautelare reale.

²⁷ V., *infra*, par. 4.

dei creditori al loro riconoscimento in sede concorsuale, va analizzato il significato del principio di diritto elaborato dalle Sezioni unite, secondo cui «la verifica delle ragioni dei terzi al fine di accertarne la buona fede spetta al giudice penale e non al giudice fallimentare». Anche questa enunciazione sembra meritevole di consenso.

È, in specie, il giudice penale della cognizione a dover svolgere, in prima battuta, «la valutazione sulla titolarità o meno del diritto del terzo, oltre che in ordine alle modalità della acquisizione del diritto, essendo fatti salvi esclusivamente i diritti acquisiti in buona fede»²⁸. Poiché il “buon diritto del terzo” integra una causa impeditiva della sanzione della confisca, risulta coerente assegnarne l'accertamento al giudice cui compete infliggere le sanzioni, una volta acclarata la responsabilità amministrativa dell'ente, ovvero applicare le misure cautelari, preordinate ad anticipare gli effetti delle sanzioni.

Non sembra che questa messa a punto delle Sezioni Unite determini un indebito trasferimento in capo al giudice penale dei compiti istituzionalmente assegnati al giudice fallimentare. Infatti, dal punto di vista della sentenza in commento, il compito di verifica delle ragioni dei terzi è attribuito al giudice penale, come si è visto, a condizione che i diritti dei creditori siano stati individuati tramite il processo di fallimento. Invece, non vi sarebbe spazio per soddisfare in sede penale i diritti dei terzi prescindendo dall'accertamento compiuto in sede concorsuale. A parte quanto si dirà in seguito²⁹ in ordine alla necessità di allargare il raggio del controllo del giudice penale, al di là dei casi in cui vi sia una diretta attivazione dei terzi creditori, merita qui sottolineare il legame che insiste fra il giudizio compiuto in sede penale e il giudizio compiuto in sede fallimentare.

Sulla scia di quanto osservato dalla Corte, sembra potersi parlare di un rapporto di dipendenza dell'accertamento (penale) della causa ostativa della confisca basata sull'esistenza di diritti acquisiti dai terzi dall'accertamento (concorsuale) dei diritti dei creditori. Un nesso non riconducibile al fenomeno della pregiudizialità in senso tecnico (non essendovi interferenza

²⁸ V. sentenza annotata, part. 5, che condivisibilmente ricava la tesi dalla «lettera della legge, che non demanda a nessun altro giudice la valutazione del buon diritto del terzo», oltre che dalla «logica, perché non può essere che il giudice che deve, per disposizione di legge, disporre la confisca, e/o il sequestro, che dovrà indicare i beni sui quali dovrà essere apposto il vincolo». Sul tema del dovere del giudice di individuare i beni sottoposti a sequestro, con il provvedimento che applica la cautela, si è soffermata la recente dottrina processuale penale. V., ad es., VARRASO, *Punti fermi, disorientamenti interpretativi e motivazioni “inespresse” delle Sezioni Unite in tema di sequestro a fini di confisca e reati tributari*, in *Cass. pen.*, 2014, 2809 ss.; MELODIA, *In tema di individuazione dei beni oggetto di sequestro preventivo per equivalente a carico degli enti*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2015, 357 ss.

²⁹ V., *infra*, par. 5.

tra gli effetti giuridici di distinte fattispecie), ma egualmente in grado di condizionare *in parte qua* il giudizio penale, essendo l'accertamento concorsuale, in ultima analisi, costitutivo dei diritti sui beni (confiscabili) da acclarare in sede penale.

Questo vincolo caratterizzerebbe anche l'accertamento che venisse compiuto, in seconda battuta, dal giudice dell'esecuzione. «Può accadere, [infatti], che il terzo, che pur sia titolare di un diritto, non abbia modo, per varie ragioni – anche semplicemente per non essere al corrente del procedimento in corso in danno dell'ente –, di far valere la propria pretesa dinanzi al giudice della cognizione»³⁰. Lo strumento operativo sarebbe l'incidente di esecuzione proposto ai sensi degli artt. 665 ss. c.p.p., coerentemente al «principio generale che l'esecuzione della pena è possibile [...] in caso di validità del titolo esecutivo, cosicché, se viene riconosciuto il diritto del terzo su un bene che deve essere salvaguardato a norma di legge, il titolo che legittima la confisca in relazione a quel bene non avrà più validità e dovrà essere revocato»³¹.

È significativo come l'attribuzione al giudice penale (della cognizione o dell'esecuzione) del compito di verificare la titolarità dei diritti in capo ai terzi conduca la Suprema Corte a rigettare la tesi, sostenuta nel ricorso, favorevole a estendere l'operatività della disciplina di cui al d.lgs. n. 159 del 2011, in materia di prevenzione antimafia³². Disciplina ritenuta speciale e, dunque, non applicabile, tanto più che non sarebbe «ravvisabile una vera e propria lacuna normativa colmabile attraverso l'interpretazione analogica in materia di sequestro/confisca ex art. 19 d.lgs. n. 231 del 2001 e rapporti di tale istituto con la disciplina fallimentare»³³.

A ben vedere, nel settore della prevenzione antimafia i rapporti fra sequestro e procedure concorsuali sono regolati in modo da escludere a monte l'interferenza fra i due vincoli giuridici. Infatti, in caso di dichiarazione di fallimento successiva al sequestro, i beni sequestrati o confiscati “sono esclusi dalla massa attiva fallimentare” (art. 63, co. 4, d.lgs. n. 159 del 2011), mentre, in caso di sequestro successivo alla dichiarazione fallimentare, i beni compresi nel fallimento sono separati dalla massa attiva del fallimento e consegnati all'amministratore giudiziario (art. 64, co. 1, d.lgs. n. 159 del 2011). Con la conseguenza che «il problema neppure si po[ne]: sequestri e

³⁰ V. sentenza annotata, par. 5.1.

³¹ V. sentenza annotata, par. 6.5.

³² Avanza l'ipotesi di uno spazio di applicazione analogica degli artt. 52 ss. d.lgs. n. 159 del 2011 alla materia in oggetto, G. CHIARAVIGLIO, *I rapporti tra sequestro/confisca e fallimento secondo una recente sentenza delle Sezioni Unite*, cit., 303.

³³ Così la sentenza annotata, par. 7.

procedure riguard[ano] cose diverse»³⁴. È utile registrare l'indicazione di sistema ricavabile dai suddetti dati normativi, in senso contrario alla coesistenza di vincoli giuridici sui beni rientranti nella massa attiva fallimentare.

Inoltre, quando il giudice penale accerta l'esistenza dei diritti dei terzi, in quanto vi sia stato un loro riconoscimento in sede fallimentare, verifica altresì se tali diritti siano stati acquisiti dai terzi stessi in buona fede. Ne conseguono importanti precisazioni della sentenza in commento sul tema se esista o no in capo ai terzi un onere di dimostrare la buona fede, ai fini di ottenere una decisione di revoca del sequestro o della confisca da parte del giudice cautelare o del giudice dell'esecuzione penale.

Va sottolineato, intanto, che le Sezioni unite aderiscono all'indirizzo interpretativo consolidato nella giurisprudenza di legittimità, in ordine alla consistenza dei requisiti della terzietà, rispetto al reato, e della buona fede, in sede di acquisizione del diritto da parte del terzo. È esplicito il richiamo a un precedente delle stesse Sezioni unite del 1999, basato sull'applicazione congiunta del requisito (oggettivo) della terzietà, inteso quale "estraneità al reato" ai sensi dell'art. 240, co. 3, c.p., e del requisito (soggettivo) della buona fede³⁵. Così, «terzo è la persona estranea al reato, ovvero la persona che non solo non abbia partecipato alla commissione del reato, ma che da esso non abbia ricavato vantaggi e utilità»³⁶.

Peraltro, il fatto che il terzo abbia ricavato vantaggio dall'altrui attività criminosa non rende inesorabile la confisca (e il sequestro preventivo), essendo decisiva l'indagine sulla buona fede del terzo, intesa dalla giurisprudenza prevalente come non conoscibilità "incolpevole"³⁷. Secondo

³⁴ Così, già, IACOVELLO, *Fallimento e sequestri penali*, cit., 1275, in relazione ad altro contesto.

³⁵ Cass., Sez. un., 8 giugno 1999, Bacherotti, in *Cass. pen.*, 1999, 2823, par. 9 motivazione, riguardante un caso di condanna per il delitto di usura, in relazione al quale si è precisato che la confisca ex art. 644 u.c. c.p. «non determina l'estinzione del preesistente diritto di pegno costituito sulle cose a favore di terzi quando costoro, avendo tratto oggettivamente vantaggio dall'altrui attività criminosa, riescano a provare di trovarsi in una situazione di buona fede e di affidamento incolpevole». Ricondotto il diritto reale di garanzia alla nozione di "appartenenza" di cui all'art. 240, co. 3, c.p., la S.C. ricostruisce la nozione di "estraneità al reato" impiegando il concetto di "buona fede", nei termini sommariamente richiamati nel testo.

³⁶ V. sentenza annotata, par. 8. V., già, Cass., Sez. II, 14 dicembre 1992, Tassinari, in *Mass. Uff.*, n. 193422.

³⁷ Cass., Sez. un., 8 giugno 1999, Bacherotti, cit., par. 9, secondo cui «il concetto di estraneità al reato è individuabile anche in presenza dell'elemento di carattere oggettivo integrato dalla derivazione di un vantaggio dall'altrui attività criminosa, purché sussista la connotazione soggettiva identificabile nella buona fede del terzo, ossia nella non conoscibilità - con l'uso della diligenza richiesta dalla situazione concreta - del predetto rapporto di derivazione della propria posizione soggettiva dal reato commesso dal condannato».

questa chiave di lettura è tutelato, in ultima analisi, l'«affidamento incolpevole» del terzo³⁸.

Ciò premesso, la decisione annotata esclude la sussistenza in capo ai terzi di un onere di dimostrare la loro buona fede, in ciò superando nettamente il precedente del 1999³⁹. Hanno buon gioco le Sezioni unite a sconfessare in modo espresso la tesi orientata a ravvisare l'onere probatorio, dal momento che «nel processo penale è demandato al giudice l'accertamento dei fatti», motivo per cui è il giudice stesso a dover «necessariamente accertare quale sia la titolarità dei beni e quali le modalità di acquisizione da parte dei terzi»⁴⁰, cioè i fatti costitutivi del dovere di confisca (e di sequestro). Altro discorso è da fare sul piano dell'onere di allegazione, situazione effettivamente gravante il terzo, secondo la Suprema Corte, anche nel procedimento penale⁴¹.

5. Quanto si è sopra osservato in ordine all'assenza di diritti di credito tutelabili, di fronte al sequestro preventivo (e alla confisca) *de societate*, prima del riparto dell'attivo fallimentare⁴², non impedisce di rilevare l'esistenza di interessi facenti capo alla massa dei creditori, prima che tali soggetti siano soddisfatti tramite la procedura concorsuale. Basti pensare come l'assoggettamento dei beni del fallito al sequestro precluda la loro vendita e, dunque, la trasformazione della massa attiva in somme di denaro da ripartire ai creditori all'esito delle liquidazione⁴³. In altre parole è impedito, dalla

³⁸ Così, ancora, Cass., Sez. un., 8 giugno 1999, Bacherotti, cit., par. 9, che appunto sottolinea «la coesistente inerenza del requisito della buona fede e dell'affidamento incolpevole alla condizione della persona estranea al reato».

³⁹ Secondo Cass., Sez. un., 8 giugno 1999, Bacherotti, cit., par. 9, «i terzi che vantino diritti reali hanno l'onere di provare i fatti costitutivi della pretesa fatta valere sulla cosa confiscata, essendo evidente che essi sono tenuti a fornire la dimostrazione di tutti gli elementi che concorrono ad integrare le condizioni di "appartenenza" e di "estraneità al reato", dalle quali dipende l'operatività della situazione impeditiva o limitativa del potere di confisca esercitato dallo Stato. Ai terzi fa carico, pertanto, l'onere della prova sia relativamente alla titolarità dello *ius in re aliena*, il cui titolo deve essere costituito da un atto di data certa anteriore alla confisca e - nel caso in cui questa sia stata preceduta dalla misura cautelare reale ex art. 321, co. 2, c.p.p.- anteriore al sequestro preventivo, sia relativamente alla mancanza di collegamento del proprio diritto con l'altrui condotta delittuosa o, nell'ipotesi in cui un simile nesso sia invece configurabile, all'affidamento incolpevole ingenerato da una situazione di apparenza che rendeva scusabile l'ignoranza o il difetto di diligenza».

⁴⁰ Così la sentenza annotata, par. 8.

⁴¹ V. sentenza annotata, *loc. cit.*, secondo cui «sembra del tutto ragionevole pretendere [...] un onere di allegazione a carico del terzo che voglia far valere un diritto acquisito sul bene in ordine agli elementi che concorrono ad integrare le condizioni di appartenenza del bene e di estraneità al reato dalle quali dipende l'operatività della situazione impeditiva o limitativa del potere di confisca esercitato dallo Stato, così come avviene in situazioni simili, come ad esempio in materia di misure di prevenzione».

⁴² V., *supra*, par. 3.

⁴³ Sottolinea come il sequestro preventivo e la confisca precludano il raggiungimento degli obiettivi della procedura concorsuale «ed in particolare la liquidazione al miglior prezzo del patrimonio sociale ed il

cautela reale, così come dalla sanzione della confisca, lo stesso verificarsi della circostanza che, secondo la pronuncia annotata, funge da presupposto affinché scatti in capo ai creditori la titolarità di diritti tutelabili in sede penale, oltre che in sede concorsuale⁴⁴.

Anche in vista della tutela dei suddetti interessi della massa dei creditori opera il curatore fallimentare. Questa figura, in qualità di parte, ancorchè *sui generis*, del procedimento concorsuale⁴⁵, esercita poteri (processuali) preordinati alla tutela “finale” dei diritti dei singoli creditori. Tali situazioni soggettive sono accertate tramite la procedura concorsuale e, per essere soddisfatte, richiedono di essere garantite nella sede penale, per così dire, in via preventiva, attraverso la eliminazione dei vincoli giuridici che, come il sequestro, risultano idonei a pregiudicare il riparto dell’attivo fallimentare. Si profilano, così, l’interesse e la conseguente legittimazione del curatore a chiedere la revoca del sequestro preventivo ex art. 321, co. 3, c.p.p., sul presupposto che, sopravvenuta la dichiarazione di fallimento, risultino mancanti le condizioni applicative della misura cautelare.

Si noti come la pronuncia in commento attribuisca proprio ai terzi creditori, in forza dell’assegnazione dei beni del fallito in sede concorsuale, la legittimazione (e, dunque, l’interesse) a chiedere la revoca della confisca al giudice dell’esecuzione penale. Provvedimento in assenza del quale il diritto del terzo risulterebbe insoddisfatto, essendo tale decisione indispensabile per consentire il trasferimento in capo al terzo dei beni facenti capo al condannato.

Se questo è vero, non si spiega il ragionamento seguito dalle Sezioni unite per negare un’analoga legittimazione a favore del curatore fallimentare. Questi, pur essendo organo terzo⁴⁶ rispetto ai creditori, dei quali non ha la rappresentanza⁴⁷, protegge gli interessi della massa dei creditori liquidando i

soddisfacimento dei creditori», SANTORIELLO, *Procedura fallimentare e responsabilità degli enti*, cit., 186.

⁴⁴ V., *supra*, nt. 17.

⁴⁵ In ordine alla qualifica di parte processuale del curatore fallimentare v., ad es., VASSALLI, *Il curatore*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, cit., 241.

⁴⁶ Il curatore è soggetto “terzo”, in quanto «è organo che svolge una funzione pubblica nell’ambito dell’amministrazione della giustizia, incardinato nell’ufficio fallimentare a fianco del tribunale e del giudice delegato, quale “ausiliario di giustizia” e, di conseguenza, è sempre e costantemente “terzo” rispetto a tutti, perfino quando agisce per la tutela di un diritto già esistente nel patrimonio del fallito e che avrebbe potuto essere fatto valere da quest’ultimo se non fosse intervenuto il fallimento». Così, sulla scorta della giurisprudenza civilistica, Cass., Sez. un., 9 luglio 2004, Cur. fall. in proc. Focarelli, cit., par. 5. V., nella letteratura penale processualistica, ad es., A. GAITO, *Sui rapporti tra fallimento e sequestro antimafia in funzione di confisca*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 402.

⁴⁷ Cfr. sentenza annotata, par. 9. V., già, Cass., Sez. un., 9 luglio 2004, Cur. fall. in proc. Focarelli, cit., par. 5. V., invece, nel senso che il curatore fallimentare «agisce in rappresentanza dei diritti dei credito-

beni costituenti l'attivo fallimentare⁴⁸. Ai fini di portare a termine l'operazione è, tuttavia, necessario guadagnare lo svincolo dei beni stessi dalla misura cautelare reale⁴⁹.

In questa chiave sembra spiegarsi la legittimazione del curatore a partecipare al procedimento incidentale cautelare. Essa deriva non già dal riconoscimento a tale organo della qualità, prevista dall'art. 19 d.lgs. n. 231 del 2001, di terzo titolare di diritti acquisiti in buona fede (qualità eventualmente facente capo al creditore)⁵⁰, ma dalla funzione esercitata nella procedura concorsuale, «volta alla ricostruzione dell'attivo fallimentare»⁵¹.

Anche nel caso in cui, come accaduto nella vicenda giudiziaria esaminata dalle Sezioni unite, il sequestro riguardi somme di denaro, beni in relazione ai quali non si pone il problema della liquidazione, il curatore conserva la legittimazione a chiedere la revoca della misura. Sussiste, infatti, con riguardo a questo soggetto l'interesse ad eliminare un vincolo che, precludendo la soddisfazione dei creditori in seguito al riparto dell'attivo, impedisce il raggiungimento di uno degli obiettivi della procedura concorsuale. Il pagamento dei creditori rientra fra i compiti del curatore fallimentare⁵².

Sembra condivisibile, «sotto certi profili, dire che il sequestro prima e la

ri», Cass., Sez. V, 5 dicembre 2013, n. 48804, in *Mass., Uff.*, n. 257553.

⁴⁸ Coglie il «problema operativo» aperto dalla sentenza in commento, DELLO RUSSO, *Rapporti tra confisca per equivalente e procedura fallimentare*, cit., 4: «*Rebus sic stantibus* dovrebbe essere lo stesso curatore a chiedere al Giudice penale l'autorizzazione al compimento di tutte le operazioni necessarie alla vendita, prima fra tutte il dissequestro del bene, così di fatto attribuendogli quella legittimazione che, nell'ultima parte della decisione, gli viene, al contrario, espressamente negata».

⁴⁹ V. il giusto rilievo di G. CHIARAVIGLIO, *I rapporti tra sequestro/confisca e fallimento secondo una recente sentenza delle Sezioni Unite*, cit., 301, secondo il quale i beni acquisiti alla massa attiva fallimentare «non potranno essere liquidati dalla procedura fallimentare proprio perché gravati dalla trascrizione nei registri (immobiliari o non) della confisca ovvero del sequestro; nessuno infatti si renderà acquirente di quel bene se non a condizione che lo Stato assenta alla cancellazione della trascrizione a suo favore». L'A. prosegue affermando che «lo Stato potrà prestare» assenso «quando abbia la certezza che il ricavato della vendita verrà destinato ad assicurare l'esecuzione della confisca, vale a dire che la vendita avvenga ad opera sua ed il versamento del corrispettivo avvenga a sue mani».

⁵⁰ V., invece, in questo senso, in giurisprudenza, Cass., Sez. V, 5 dicembre 2013, Cur. fall. in proc. Infrastrutture e Servizi, cit., secondo cui la «condizione di terzo» del creditore «non può che trasferirsi sulla figura del curatore». Cfr., in dottrina, nel senso che il curatore è «terzo estraneo al reato» ai sensi dell'art. 240, co. 3, c.p., DEBERNARDI, *Sui rapporti tra confisca e procedimento concorsuale*, in *Giur. it.*, 2006, 1939.

⁵¹ Cass., Sez. un., 9 luglio 2004, Cur. fall. in proc. Focarelli, cit., par. 5: il curatore fallimentare, «invero, agisce in tal modo (previa rituale autorizzazione del giudice delegato), per la rimozione di un atto pregiudizievole ai fini della reintegrazione del patrimonio, attendendo alla sua funzione istituzionale rivolta alla ricostruzione dell'attivo fallimentare». Nello stesso senso, in seguito, Cass., Sez. V, 5 dicembre 2013, Cur. fall. in proc. Infrastrutture e Servizi, cit.

⁵² Cfr., ad es., PERAGO, *I pagamenti nel fallimento*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, cit., 790.

confisca poi tutelano in misura rafforzata gli interessi del ceto creditorio»⁵³. Disposta prima della dichiarazione di fallimento, la cautela reale impedisce la dispersione del patrimonio della società fallita e, in tal modo, garantisce l'esecuzione della eventuale confisca, oltre che, in via di fatto, la tutela dei creditori i cui diritti siano accertati tramite la futura procedura concorsuale. Sopravvenuto il fallimento, non vi può essere tutela dei diritti dei creditori, ove pure siano accertati in sede concorsuale, senza che a favore di tali soggetti sia ripartito il ricavato della vendita della massa attiva fallimentare, obiettivo che, si è visto, postula il venir meno della coesistenza dei due vincoli dati dalla procedura concorsuale e dalla misura cautelare penale⁵⁴.

Persistendo il sequestro, i diritti dei creditori risulteranno irrealizzati, non potendosi determinare il presupposto logico del riparto dell'attivo, vale a dire il trasferimento della proprietà dei beni della società fallita attraverso la liquidazione; né potendo essere assegnati ai creditori, nonostante l'avvenuto riparto, i beni non necessitanti di liquidazione (in quanto già liquidi, come le somme di denaro). In questa situazione, il sequestro non è più «funzionale»⁵⁵ al fallimento, ma confligge con le esigenze della procedura concorsuale. Anche da questa angolazione il sequestro può e deve «incontrare limiti e preclusioni come si verifica in ogni settore dell'esperienza giuridica», mentre non può essere considerato «una sorta di super-istituto onnivoro, tale da sopravvivere ogni altra “situazione giuridica” comunque determinatasi»⁵⁶.

Resta da chiarire se, e in che termini, questa impostazione possa convivere, almeno parzialmente, con la prospettiva coltivata dalla sentenza in commento che, come si è ricordato, assegna la legittimazione a chiedere la revoca del sequestro o della confisca ai creditori ai quali la procedura concorsuale abbia ripartito il ricavato della vendita dell'attivo fallimentare, previo riconoscimento dell'acquisto dei diritti (di credito) in buona fede da parte del giudice penale. Sembra ragionevole affermare che i creditori conservino una legittimazione residuale e, a un tempo, concorrente rispetto al curatore fallimentare.

Residuale, innanzitutto, in quanto operante nei casi in cui la procedura concorsuale, dopo aver riconosciuto i crediti dei terzi (attraverso l'accertamento del passivo fallimentare), abbia assegnato ai terzi stessi i beni della società fallita, attraverso la ripartizione dell'attivo, senza necessità di

⁵³ Così la sentenza annotata, par. 6.3.

⁵⁴ V., invece, la sentenza annotata, par. 6.3, ove si osserva che «i due vincoli possono coesistere e, se correttamente interpretato l'art. 19 d.lgs. n. 231 del 2001, l'uno non ostacola l'altro».

⁵⁵ IACOVELLO, *Fallimento e sequestri penali*, cit., 1273.

⁵⁶ Per questa alternativa, A. GAITO, *Sui rapporti*, cit., 396.

liquidarli e, dunque, senza necessità di eliminare, ai fini di consentire la vendita, il vincolo giuridico nascente dalla confisca o dal sequestro preventivo. Tipico il caso, già evocato, in cui i beni vincolati consistano in somme di denaro, ad esempio giacenti presso i conti correnti della società fallita. Inoltre, in tali ipotesi permarrrebbe la legittimazione concorrente del curatore fallimentare (e, dunque, potrebbe ragionevolmente parlarsi di legittimazione concorrente dei creditori). In quanto organo pubblico interessato al buon esito della procedura fallimentare, il curatore ha come obiettivo istituzionale la soddisfazione dei creditori attraverso il trasferimento a loro favore dei beni ripartiti in sede concorsuale e, dunque, è legittimato a chiedere la revoca della confisca o del sequestro, tanto più in caso di inerzia dei creditori.

Naturalmente sussiste, in ogni caso, il dovere del giudice penale di verificare la buona fede dei creditori, in linea con quanto osservato dalla sentenza in commento. L'operatività della clausola di salvaguardia dei diritti dei terzi prevista dall'art. 19, co. 1, d.lgs. n. 231 del 2001 resta, infatti, subordinata all'accertamento della buona fede di tali soggetti, anche laddove la revoca del sequestro o della confisca sia chiesta dal curatore fallimentare che, pertanto, sarebbe gravato dall'onere di allegare fatti dimostrativi della fattispecie impeditiva.

MANFREDI BONTEMPELLI