

ORIENTAMENTI

GIULIO GARUTI

Processo penale e crisi di impresa: relazioni, interferenze e futuribili

Con il d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83, recante «Modifiche al codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza di cui al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14 [...]», il legislatore ha messo nuovamente mano alla normativa di settore, lasciando tuttavia inalterato il piano dei rapporti con gli istituti di matrice processuale. Si allude, ad esempio, al Titolo VIII (artt. 317 ss.), dedicato al rapporto tra la liquidazione giudiziale e i vincoli reali penali; Titolo, quest'ultimo, in relazione al quale la Commissione Bricchetti propone, all'opposto, non poche modifiche.

Criminal proceedings and Insolvency: relations, interference and the future.

With Legislative Decree No. 83 of 17 June 2022, on "Amendments to the Code of Business Crisis and Insolvency (Legislative Decree No 14 of 12 January 2019 [...])", the Italian legislator has once again reformed insolvency law, leaving the relations with aspects of criminal procedure unaffected. For example, Title VIII (Art. 317 ff.), which is devoted to the relationship between judicial liquidation and precautionary measures on property. The Bricchetti Commission proposes, on the contrary, a great number of changes to the Title mentioned above.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il "nuovo" ruolo del Pubblico ministero. - 3. I rapporti tra liquidazione giudiziale e misure cautelari penali. - 3.1. Il principio di prevalenza del sequestro in funzione di confisca (art. 317). - 3.1.1. Le modifiche all'art. 104 *bis* disp. att. c.p.p. - 3.2. Il sequestro preventivo c.d. impeditivo (art. 318). - 3.3. Il sequestro conservativo (art. 319). - 3.4. La legittimazione del curatore ad impugnare. - 4. L'art. 321: una norma di rinvio. - 5. L'omesso esercizio della delega in tema di responsabilità amministrativa degli enti. - 6. Le altre disposizioni processuali.

1. *Premessa.* Tra i principali obiettivi della riforma che ha condotto all'emanazione del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, recante il «Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155»¹ - che, tra l'altro, ha sostituito lo stigmatizzante concetto di «fallimento» con il più neutro di «liquidazione giudiziale»² - vi è quello di far emergere quanto prima le difficoltà economico-finanziarie in cui versano le imprese,

¹ Per una sintesi delle tappe che hanno preceduto il varo del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, CHIARAVIGLIO, *Osservazioni penalistiche 'a prima lettura' sul progetto di codice della crisi e dell'insolvenza*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2018, 5, 91 ss.; RORDORF, *Prime osservazioni sul codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, in *Contr.*, 2019, 129 ss.; SOLDATI, *Il lungo cammino della riforma tra tentativi falliti e interventi parziali*, in *Crisi d'impresa. Le novità del codice*, a cura di Id., Milano, 2019, 4 ss.

² Di «furia iconoclasta dell'odierno legislatore» ha parlato GAMBARDILLA, *Il codice della crisi di impresa: nei delitti di bancarotta la liquidazione giudiziale prende il posto del fallimento*, in *Cass. pen.*, 2019, 494. In argomento, anche MUCCIARELLI, *Risvolti penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: lineamenti generali*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 1191, e RORDORF, *op. cit.*, 132.

consentendo alle stesse di adottare in modo tempestivo presidi e meccanismi idonei a scongiurare l'insolvenza.

In quest'ottica, è stata data priorità di trattazione alle proposte che comportano il superamento dello stato di crisi nel segno della continuità aziendale e sono state privilegiate le procedure alternative a quelle dell'esecuzione giudiziale³, imponendo ciò una riscrittura della disciplina delle procedure concorsuali incisiva a tal punto che i primi commentatori non hanno esitato a parlare ora di «rivoluzione copernicana»⁴ ora di «epocale riforma»⁵.

Altrettanto non può dirsi con riguardo alle modifiche che hanno investito la materia penale sostanziale: oltre che esigue e asistematiche, esse si palesano pure insufficienti a colmare quello scollamento, ripetutamente denunciato dalla dottrina, tra le disposizioni che regolano il fenomeno della crisi e dell'insolvenza e le relative fattispecie incriminatrici, ad oggi ancora improntate su modelli sociali ed economici ormai superati⁶.

Più consistenti, invece, si palesano gli interventi relativi al versante processuale penale destinati a incidere il sistema sotto un duplice profilo: per un verso, si assiste a un disegno globale tendente a rendere maggiormente incisivo, sotto diversi aspetti, il ruolo del Pubblico ministero; per altro verso, si staglia una prospettiva mirata soprattutto a porre in essere una sorta di coordinamento con altri microsistemi processuali chiamati, nei fatti, a intrecciare la liquidazione giudiziale.

³ Una panoramica delle novità introdotte dal d.lgs. n. 14 del 2019 è offerta, tra gli altri, da BONFANTE, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, in *Giur. it.*, 2019, 1946 ss.; DE ACUTIS, *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.legisl. 12 gennaio 2019, n. 14)*, in *Studium iuris*, 2019, 842 ss.; GUERRIERI, *Il nuovo codice della crisi e dell'insolvenza. Profili civilistici*, in *Diritto penale dell'economia*, a cura di Cadoppi-Canestrari-Manna-Papa, Torino, 2019, 2013 ss.; RORDORF, *op. cit.*, 131 ss.

⁴ Così SOLDATI, *op. cit.*, 5, a parere del quale il nuovo Codice della crisi d'impresa non rappresenta «una mera rivisitazione della Legge fallimentare, *rectius* del Regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, ma [...] un intervento organico che va ben aldilà di quanto fino a oggi il legislatore aveva fatto o aveva cercato di fare per “aggiornare” e tenere al passo con la realtà dei mercati e del mondo imprenditoriale la vecchia legge fallimentare».

⁵ In questi termini, GAMBARDELLA, *op. cit.*, 489.

⁶ Non a caso al delitto di bancarotta è stato riservato l'appellativo di «vetusto arnese»: così PIERGALLINI, «Civile» e «Penale» a perenne confronto: l'appuntamento di inizio millennio, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1304. Particolarmente critici sull'anacronismo del c.d. diritto penale fallimentare CAVALLINI, *Il diritto della crisi e il codice “dimezzato”: nuovi assetti di tutela per il sistema penale dell'insolvenza?*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 1334; GAMBARDELLA, *ibid.*; MUCCIARELLI, *op. cit.*, 1189 ss., e TETTO, *Sequestri penali, confische e fallimento*, in *Fallimento*, 2018, 202-203.

In questo secondo contesto, le modifiche hanno riguardato ambiti specifici, quali i rapporti tra liquidazione giudiziale e misure cautelari penali – anche in riferimento al procedimento di prevenzione antimafia – nonché i poteri riconosciuti al curatore rispetto ai provvedimenti ablatori.

Un adeguamento di natura puramente lessicale sembra poi avere investito le previsioni processuali che riguardano rispettivamente l'esercizio dell'azione penale per i reati in materia di liquidazione giudiziale e la possibilità di costituirsi parte civile riconosciuta vuoi agli organi privati della procedura vuoi, in assenza di un'attività di questi, ai creditori.

Per effetto dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, l'operatività delle predette innovazioni è stata più volte posticipata, fino al varo del recente d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83, recante «Modifiche al codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza di cui al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, in attuazione della direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019, riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, e che modifica la direttiva (UE) 2017/1132 (direttiva sulla ristrutturazione e sull'insolvenza)». Per quello che qui importa, il predetto provvedimento lascia inalterati aspetti di grande rilievo, come il Titolo VIII del d.lgs. n. 14 del 2019, dedicato a «[l]iquidazione giudiziale e misure cautelari penali» (artt. 317-321). Di contro, tali aspetti sono stati oggetto di attenzione da parte della Commissione per la revisione dei reati fallimentari, istituita con d.m. 13 ottobre 2021 e presieduta da Renato Bricchetti⁷.

2. *Il “nuovo” ruolo del Pubblico ministero.* Nel solco della filosofia politico-normativa che anima il d.lgs. n. 14 del 2019, in una prospettiva volta a favorire la tempestiva emersione dello stato di crisi dell'impresa e l'adozione di strumenti idonei a superarla, si colloca pure l'ampliamento dei poteri del Pubblico ministero che, tra le altre cose, nel richiedere con ricorso al Tribunale l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale, intende ragionevolmente evitare l'ulteriore aggravamento dello stato d'insolvenza causato dall'inerzia dell'imprenditore ovvero da condotte illegittime tenute da

⁷ La Relazione della Commissione Bricchetti, nonché le «Proposte di revisione delle disposizioni penali del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (Codice della crisi e dell'insolvenza, di seguito CCI) e del R.d. 16 marzo 1942 n. 267 (di seguito, legge fallimentare o LF)» sono leggibili in www.giustizia.it.

quest'ultimo.

Nel previgente sistema, l'art. 7 del r.d. n. 267 del 1942, così come sostituito dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, statuiva che il Pubblico ministero potesse avanzare istanza di fallimento «quando l'insolvenza risulta[va] nel corso di un procedimento penale, ovvero dalla fuga, dalla irreperibilità o dalla latitanza dell'imprenditore, dalla chiusura dei locali dell'impresa, dal trafugamento, dalla sostituzione o dalla diminuzione fraudolenta dell'attivo da parte dell'imprenditore» nonché nei casi in cui la stessa «risulta[va] dalla segnalazione proveniente dal giudice che l'a[vesse] rilevata nel corso di un procedimento civile»⁸.

Ponendosi nel solco tracciato dall'art. 2, comma 1, lett. d), l.d. 19 ottobre 2017, n. 155⁹, l'art. 38 del Codice in esame prevede ora che «[i]l pubblico ministero present[i] il ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale in ogni caso in cui ha notizia dell'esistenza di uno stato di insolvenza» e che «[l]'autorità giudiziaria che rileva l'insolvenza nel corso di un procedimento lo segnal[i] al pubblico ministero».

Dal raffronto tra le due disposizioni citate emerge anzitutto come il legislatore odierno abbia eliminato ogni riferimento al procedimento penale o ad altri indici presumibilmente legati ad esso, potendo, d'ora in poi, la notizia in parola giungere alla parte pubblica anche attraverso altri canali.

Inoltre, considerato l'utilizzo, in seno all'art. 38, comma 2, del lemma «procedimento» senza ulteriori specificazioni, va ritenuto che, allo stato, l'obbligo di segnalazione al Pubblico ministero non gravi più sul solo giudice intervenuto nel corso del rito civile ma su qualsiasi autorità giudiziaria che abbia preso parte a un procedimento avente natura giurisdizionale, sia esso penale, amministrativo piuttosto che tributario.

A proposito, è stato rilevato come nel corso di tali procedimenti difficilmente l'autorità giudiziaria sarà in grado di cogliere le avvisaglie dello stato di insolvenza dell'impresa: l'unica situazione ad apparire verosimile parrebbe infatti essere quella dell'accertamento, in sede penale, degli illeciti tributari, ove il giudice potrà constatare gli inadempimenti degli obblighi fiscali nonché

⁸ In argomento, SANDRELLI, *Fallimento e processo penale*, in *Modelli differenziati di accertamento*, a cura di Garuti, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, Torino, 2011, vol. VII, t. 2, 950 ss.

⁹ L'art. 2, comma 1, lett. d), l. 19 ottobre 2017, n. 155 ha invitato il Governo ad «ammette[re] l'iniziativa del pubblico ministero in ogni caso in cui egli abbia notizia dell'esistenza di uno stato di insolvenza».

l'assenza di patrimonializzazione¹⁰.

Dotata sicuramente di lungimiranza “pratica”, l'osservazione in parola va comunque inserita in un contesto in cui tante continueranno ragionevolmente ancora a essere le segnalazioni da parte del giudice civile, consapevoli tuttavia che, sotto questo specifico profilo, la tenuta o meno del sistema passerà attraverso la corretta diffusione nonché l'adeguatezza delle introdotte procedure di allerta e di composizione assistita della crisi.

In particolare, faccio riferimento alla procedura di composizione della crisi di cui agli artt. 18 e 19 che, laddove subisca un'evoluzione patologica ovvero un'anomala interruzione, imporrà al collegio di cui all'art. 17, di effettuare la segnalazione al Pubblico ministero, circa la sussistenza dello stato di insolvenza del debitore (art. 22); segnalazione che colloca il Pubblico ministero nella condizione di andare a scandagliare tutte le condotte antecedenti al percorso di trattativa non andata a buon fine nonché, di conseguenza, nella condizione di esercitare i poteri di iniziativa di cui all'art. 38.

Condizioni che il Pubblico ministero si trova a vivere, in una naturale prospettiva investigativa, quale inevitabile effetto determinato anche a seguito dell'introduzione - agli artt. 341, 342, 344 e 345 - di fattispecie di reato integrabili lungo l'arco temporale in cui il debitore tenta, mediante l'intervento di un organismo *ad hoc* (OCRI), un risanamento dell'esposizione debitoria e un riequilibrio della propria situazione finanziaria.

Ma non è tutto.

Con il d.lgs. n. 14 del 2019, il Pubblico ministero ha anche guadagnato la possibilità di porre la propria attenzione su altre fasi della procedura, attraverso forme di interlocuzione con il commissario giudiziale, chiamato a investire l'organo dell'accusa - direttamente o attraverso il Tribunale - ogniqualvolta individui, nel corso della procedura, una notizia di reato ovvero ogniqualvolta ritenga opportuno sottoporre all'attenzione dello stesso organo dell'accusa vicende che possano avere qualche rilevanza a fini investigativi.

Ed è così, allora, che specifici obblighi informativi di questa natura sono espressamente previsti dall'art. 92, comma 5, con riferimento a «fatti che pos-

¹⁰ Di quest'avviso CREPALDI, *Le novità penal-processuali*, in *Il nuovo diritto civile e penale della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Corbi-Crepaldi, Roma, 2019, 263, a parere del quale «[a]nche in tali casi però difficilmente la segnalazione potrà costituire una vittoria sotto il profilo della precoce emersione della crisi: i tempi del giudizio penale, infatti, soprattutto in relazione alla tipologia dei reati in questione, risultano incompatibili con una segnalazione che possa definirsi tempestiva».

sono interessare ai fini delle indagini preliminari in sede penale [...]», dall'art. 106, rispetto ad «atti di frode» compiuti dal debitore nel corso della procedura, nonché dall'art. 114, con riguardo a tutte le informazioni rilevanti relative all'andamento della liquidazione dei beni nella fase di chiusura del concordato¹¹.

Infine, la partecipazione piena del Pubblico ministero alle procedure concorsuali pare suggellata anche da una serie di previsioni che consegnano all'organo dell'accusa, qualora sussistano atti di frode, un potere di sollecitazione nei confronti del tribunale, volto a revocare o modificare le misure protettive per l'impresa (art. 55, comma 4), aprire la procedura liquidatoria di cui agli artt. 268 e seguenti (art. 70, commi 11 e 12; art. 80, comma 6), revocare l'omologazione del piano (art. 72 e 82).

3. *I rapporti tra liquidazione giudiziale e misure cautelari penali.* La sentenza che dichiara oggi aperta la liquidazione giudiziale – e ieri il fallimento – priva l'imprenditore dell'amministrazione e della disponibilità dei propri beni, i quali vengono trasferiti agli organi della procedura concorsuale.

In una prospettiva di tutela di interesse diversi, lo stesso effetto sortiscono i provvedimenti con cui l'autorità giudiziaria applica, nell'eventualità di un procedimento penale parallelo, le misure cautelari reali¹².

Nel tempo, ci si era domandati quale, tra più vincoli ablativi che insistono sul medesimo bene, dovesse prevalere e, in assenza di una disposizione *ad hoc*, al quesito aveva provveduto a rispondere la giurisprudenza di legittimità, in seno alla quale era sorto un contrasto interpretativo culminato nelle due note pronunce con cui le Sezioni unite hanno tentato di fissare un punto di equilibrio tra l'interesse pubblico sotteso agli istituti di cui agli artt. 316 e 321 c.p.p.

¹¹ In argomento, FLAMMINEIS, *Il "nuovo" ruolo del P.M. tra crisi e perdita della continuità aziendale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2019, 2, 18-19.

¹² La segnalata interferenza tra vincoli di indisponibilità riguarda solo i sequestri cautelari e non anche quello disposto ex art. 253 ss. c.p.p.: «tratta[ndosi] di una misura strumentale alle esigenze processuali, che persegue il superiore interesse della "ricerca della verità" nel procedimento penale, [e]sso, pertanto, senza alcun dubbio, può legittimamente essere disposto su beni già appresi al fallimento e, se anteriore al fallimento, manterrà la propria efficacia anche in seguito alla sopravvenuta apertura della procedura concorsuale e indipendentemente da questa». Così, Cass., Sez. un., 24 maggio 2004, n. 29951, Focarelli, in *Giur. it.*, 2005, 1507 ss., con nota di MASSARI, *Note minime in materia di sequestro probatorio sui beni del fallito*, in *Fallimento*, 2005, 1265, con nota di IACOVIELLO, *Fallimento e sequestri penali*, in *D&G*, 2004, 34, 80 ss., con nota di FUMU, *Gli effetti del fallimento sul sequestro penale*.

e quello meramente privatistico riconducibile alla *par condicio creditorum*¹³. Ed allora, consapevole della delicatezza del problema e dei suoi indiscutibili risvolti pratici, la l.d. n. 155 del 2017 ha opportunamente attribuito al Governo il compito di colmare la lacuna normativa¹⁴: se l'art. 13, comma 1, della legge delega ha imposto l'adozione di «disposizioni di coordinamento con il codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione [...], stabilendo condizioni e criteri di prevalenza, rispetto alla gestione concorsuale, delle misure cautelari adottate in sede penale, anteriormente o successivamente alla dichiarazione di insolvenza», il comma 2 del medesimo articolo, dal canto suo, ha invece richiesto la predisposizione di una disciplina di raccordo con il «decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, e in particolare con le misure cautelari previste dalla disciplina sulla responsabilità amministrativa [...], nel rispetto del principio di prevalenza del regime concorsuale, salvo che ricorrano ragioni di preminente tutela di interessi di carattere penale».

Ai più, l'art. 13, comma 1, della legge delega è subito parso di difficile interpretazione¹⁵, non essendo chiaro se il legislatore delegante intendesse operare un coordinamento tra la disciplina delle misure di prevenzione e quella della «nuova» liquidazione giudiziale – mostrando così di avere adoperato la locuzione «misure cautelari adottate in sede penale» in modo atecnico, atteso che i c.d. sequestri antimafia vengono disposti in tutt'altra sede – ovvero regolamentare, sulla falsariga del d.lgs. n. 159 del 2011, i rapporti tra le cautele reali previste dal codice di rito penale e la procedura concorsuale.

¹³ Si allude a Cass., Sez. un., 24 maggio 2004, n. 29951, Focarelli, cit., nonché a Cass., Sez. un., 25 settembre 2014, n. 11170, Uniland s.p.a., in *Giur. it.*, 2015, 1995 ss., con nota di BIANCHI, *Automatismi nel meccanismo sequestro-confisca ex D.Lgs. n. 231 e ricadute problematiche sulla procedura fallimentare*; in *questa Rivista*, 2015, con note di BONTEMPELLI, *Sequestro preventivo a carico della società fallita, tutela dei creditori di buona fede e prerogative del curatore*, e DELLO RUSSO, *Rapporti tra confisca per equivalente e procedura fallimentare*; in *Cass. pen.*, 2015, 3031 ss., con nota di DI GERONIMO, *La confisca del profitto del reato, tra responsabilità da reato delle società ed esigenze di garantire il soddisfacimento dei creditori nella procedura fallimentare: pregi e limiti della soluzione prospettata dalle Sezioni Unite*; in *Fallimento*, 2016, 179 ss., con nota di CERQUA, *Le Sezioni Unite precisano i rapporti tra il sequestro preventivo a carico degli enti e il fallimento*; in *Resp. ann. soc.*, 2015, 3, 185 ss., con nota di SANTORIELLO, *Procedura fallimentare e responsabilità degli enti: un rapporto ancora problematico*.

¹⁴ Gli «esiti pratici non soddisfacenti» ai quali ha condotto l'inesistenza di un addentellato normativo sono sottolineati anche dalla *Relazione illustrativa al codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, 18.

¹⁵ Per CHIARAVIGLIO, *op. cit.*, 104, si tratterebbe di una «disposizione [...] non particolarmente felice». Dello stesso avviso anche CREPALDI, *Le novità penal-processuali*, cit., 218; TROMBINI-DALAITI, *I rapporti tra i sequestri penali e la liquidazione giudiziale*, in *Diritto penale dell'economia*, a cura di Cadoppi-Canestrari-Manna-Papa, Torino, 2019, 2767-2768.

In sintonia con le opinioni espresse nei lavori della Commissione ministeriale che ha preceduto il varo del d.lgs. n. 14 del 2019¹⁶, il legislatore delegato ha accolto la seconda soluzione ermeneutica, come è desumibile peraltro dal tenore delle norme contenute nel Titolo VIII del Codice della crisi (artt. 317-321)¹⁷.

Viceversa, poi, vedremo come la fin troppo chiara formulazione dell'art. 13, comma 2, della legge delega, non abbia prodotto alcun risultato normativo, essendo rimasto inattuato il criterio direttivo ivi contenuto.

Anche nei lavori della Commissione Bricchetti si fa, invero, riferimento alla delicatezza della questione, proponendo di escludere «un'aprioristica prevalenza dell'interesse statale all'apprensione dei proventi illeciti sull'interesse creditorio alla soddisfazione mediante la liquidazione giudiziale». La qual cosa comporta un «mutamento di paradigma [che] si traduce nell'unificazione della disciplina del sequestro preventivo a fini di confisca e del sequestro impeditivo», sancendo così la prevalenza della liquidazione giudiziale in entrambi i casi¹⁸. Pure esulando dal tema qui in esame, un cenno merita l'intenzione del gruppo di studio appena menzionato di introdurre una previsione *ad hoc* dedicata al sequestro a fini di prova. Evidente risulta l'impertinente collocazione topografica della norma, che, stando all'assetto promosso dalla Commissione Bricchetti, troverebbe spazio nel medesimo Titolo VIII¹⁹.

3.1. *Il principio di prevalenza del sequestro in funzione di confisca (art. 317).*

¹⁶ *Relazione illustrativa al codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, 20.

¹⁷ In proposito, è stato osservato come la sua «[c]ollocazione topografica [...] tradisc[a] immediatamente la preoccupazione del legislatore di chiarire in modo espreso il regime di prevalenza tra misure che rischiano pericolose sovrapposizioni o, peggio, “forme di scavalcamento” prive di una logica, ancora prima di descrivere tutte le fattispecie incriminatrici di cui si dota il nuovo sistema penale fallimentare»: in questi termini, MEZZETTI, *Codice antimafia e codice della crisi e dell'insolvenza: la regolazione del traffico delle precedenze in cui spunta sempre la confisca*, in *questa Rivista*, 2019, 1, 8.

¹⁸ Le citazioni che precedono sono tratte dalle «Proposte di revisione delle disposizioni penali del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (Codice della crisi e dell'insolvenza, di seguito CCI) e del R.d. 16 marzo 1942 n. 267 (di seguito, legge fallimentare o LF)», cit., 40.

¹⁹ Nello specifico, si promuove l'introduzione di un art. 319 *bis*, che così disporrebbe: «1. Il sequestro di cui all'articolo 253 del codice di procedura penale può essere disposto sulle cose di cui all'articolo 142. 2. Si applica l'articolo 262 del codice di procedura penale anche in seguito alla sopravvenuta apertura di liquidazione giudiziale sulle cose di cui all'articolo 142. La restituzione è ordinata a favore del curatore». A riguardo, si veda la Relazione di accompagnamento, «Proposte di revisione delle disposizioni penali del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (Codice della crisi e dell'insolvenza, di seguito CCI) e del R.d. 16 marzo 1942 n. 267 (di seguito, legge fallimentare o LF)», cit., 43.

L'art. 317 («Principio di prevalenza delle misure cautelari reali e tutela dei terzi») inaugura il Titolo VIII del d.lgs. n. 14 del 2019, dedicato ai rapporti tra liquidazione giudiziale e misure cautelari reali.

Al primo comma, esso prevede che «[l]e condizioni e i criteri di prevalenza rispetto alla gestione concorsuale delle misure cautelari reali sulle cose indicate dall'articolo 142 [ovvero i beni del debitore] sono regolate dalle disposizioni del Libro I, titolo IV del [codice antimafia], salvo quanto previsto dagli artt. 318, 319 e 320».

Il comma seguente precisa poi che «[p]er misure cautelari reali» debbano intendersi, in questo specifico frangente, solo «i sequestri delle cose di cui è consentita la confisca disposti ai sensi dell'art. 321, comma 2, del codice di procedura penale, la cui attuazione è disciplinata dall'art. 104 *bis* delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale». Dal tenore globale della disposizione – che utilizza, nell'ambito del primo comma, la tecnica del rinvio normativo – nonché dalla perentoria rubrica della norma parrebbe evincersi la portata assoluta del principio ivi espresso, volto appunto a sancire la regola della «prevalenza» della confisca sulle procedure concorsuali, vuoi nel caso in cui il sequestro prodromico alla prima sia stato disposto anteriormente all'apertura delle seconde, vuoi nel caso inverso.

Così disponendo, il legislatore sembra avere preso le distanze dai lavori della Commissione Rordorf che, nella prima bozza di Codice, disegnava uno scenario ben diverso da quello appena descritto: in particolare, veniva lì affermata l'incondizionata prevalenza della procedura concorsuale su ogni vincolo cautelare reale avente ad oggetto i beni ricompresi nella massa attiva²⁰.

La regola – introdotta dalla Commissione ministeriale per tutelare maggiormente il ceto creditorio, troppo spesso pregiudicato dai rigori giurisprudenziali che, nella gran parte dei casi, finivano per riconoscere la supremazia dei vincoli ablativi di matrice penale²¹ – risulta oggi valida solo per il sequestro preventivo c.d. impeditivo (art. 318) e per quello conservativo (art. 319).

²⁰ Secondo la bozza di Codice del 22 dicembre 2017, «[l]a dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale prevale sulla misura cautelare reale del sequestro preventivo avente ad oggetto beni di cui all'articolo 147, ivi compreso il sequestro per equivalente, il sequestro di beni a confisca obbligatoria e il sequestro disposto ai sensi dell'art. 53 decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231» (art. 318, comma 1). USLENGHI-LIEDHOLM, *Le disposizioni penali*, in *Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, a cura di Sanzo-Burioni, Bologna, 2019, 394-395 rilevano come il d.lgs. n. 14 del 2019 risulti «annacquato» rispetto al testo della prima bozza di Codice, peraltro di più immediata intellegibilità.

²¹ CHIARAVIGLIO, *op. cit.*, 107.

Quanto al sequestro preventivo finalizzato alla confisca, il d.lgs. n. 14 del 2019 ha invece optato per la soluzione opposta, decretando la soccombenza delle ragioni sottese alla liquidazione giudiziale. A tal fine, l'art. 317 rinvia alla disciplina del c.d. Codice antimafia, ove il sequestro di prevenzione si atteggia alla stregua di un «super-istituto onnivoro, tale da sopravanzare ogni altra “situazione giuridica” comunque determinatasi»²².

Il riferimento corre anzitutto agli artt. 63 e 64 del d.lgs. n. 159 del 2011 che, nel bilanciare il valore della *par condicio creditorum* con l'interesse dello Stato a neutralizzare l'“imprenditorialità mafiosa”, sembrano avere privilegiato quest'ultimo²³. Secondo l'art. 63, comma 4, qualora la sentenza dichiarativa di fallimento (per quel che qui importa, di apertura della liquidazione giudiziale) intervenga successivamente al sequestro, i cespiti colpiti dal provvedimento ablatorio andranno estromessi dalla massa attiva; invece, nel caso speculare in cui la misura di prevenzione patrimoniale colpisca i beni già compresi nel fallimento, l'art. 64, comma 1, prescrive la separazione degli stessi dalla massa attiva e la loro consegna all'amministratore giudiziario.

Inoltre, in entrambe le ipotesi, laddove la misura di prevenzione patrimoniale riguardi la totalità dei beni che costituiscono la massa attiva, gli artt. 63, comma 6, e 64, comma 7, impongono al tribunale di dichiarare, una volta sentito il curatore e il comitato dei creditori, la chiusura della procedura concorsuale²⁴.

Al fine di affermare la supremazia dell'istituto di cui all'art. 321, comma 2, c.p.p. e di rafforzare, come si dirà, la tutela dei terzi, la riforma in esame ha

²² L'icastica espressione si deve a GAITO, *Sui rapporti tra fallimento e sequestro antimafia in funzione di confisca*, in *Studi sul processo penale in ricordo di Assunta Mazzara*, Padova, 1996, 202.

²³ Il principio è affermato anche in giurisprudenza: in proposito, Cass., Sez. I, 22 marzo 2011, n. 16797 puntualizza come la prevalenza della procedura di prevenzione patrimoniale diretta alla confisca su quella fallimentare «muove [...] dall'esigenza di evitare che il bene venga rimesso in circolazione e meno che meno ritorni nella disponibilità del presunto mafioso, atteso che se è vero che il fallito perde la amministrazione e la disponibilità del bene, è altrettanto vero che la titolarità rimane in capo suo e che la disponibilità dello stesso può essere riacquistata, una volta che risulti un attivo al termine della procedura concorsuale». In senso difforme, si registra una pronuncia della giurisprudenza civile: Cass., 29 novembre 2016, n. 608, in *Dir. fall.*, 2017, 1495 ss., con nota critica di PANNELLA, *Il difficile rapporto tra misure di prevenzione antimafia e fallimento*.

²⁴ Per una analisi del dato normativo, VERDOLIVA, sub *artt. 63-65 D.lgs. 6 settembre 2011, n. 159*, in *Commentario breve al Codice antimafia e alle alte procedure di prevenzione* a cura di Spangher-Marandola, Padova, 2019, 336 ss.; PERONI RANCHET, sub *artt. 63-65 D.lgs. 6 settembre 2011, n. 159*, in *Codice delle confische*, a cura di Epidendio-Varraso, Milano, 2018, 1468 ss.; MILANI, *I rapporti tra sequestri e procedure concorsuali*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 1347-1348.

quindi elevato a modello di riferimento la normativa antimafia, il cui ruolo non può più dirsi pertanto limitato al contrasto della sola criminalità organizzata²⁵.

Richiamando genericamente «i sequestri delle cose di cui è consentita la confisca», l'art. 317 del Codice della crisi si palesa una disposizione dall'ampia portata. L'utilizzo del plurale, unitamente all'assenza di specificazioni, risulta del resto indicativo dell'intenzione del legislatore di non operare differenziazioni in ordine alla natura, all'ambito di riferimento e alle modalità di applicazione del vincolo ablativo²⁶. La qual cosa rappresenta un indiscutibile elemento di novità, capace di porre fine, una volta per tutte, alle perduranti oscillazioni interpretative sul tema²⁷.

È noto, infatti, che dei rapporti tra misure cautelari e procedure concorsuali si erano già occupate, nel 2004, le Sezioni unite della Corte di cassazione, con la sentenza Focarelli, promuovendo, rispetto alla fattispecie di cui all'art. 321, comma 2, c.p.p., soluzioni diversificate a seconda che il sequestro preventivo fosse prodromico all'applicazione della confisca obbligatoria piuttosto che facoltativa.

Nella prima eventualità, il vincolo penale era stato «riten[uto] assolutamente insensibile alla procedura fallimentare», in virtù della priorità di inibire l'utilizzazione di un bene comunque pericoloso in vista della sua definitiva acquisizione da parte dello Stato, con la conseguenza che la tutela dei terzi veniva pretermessa rispetto all'esigenza di protezione della collettività, essendo la valutazione del giudice, in punto di pericolosità, non soggetta a discrezionalità, in quanto la *res* risultava pericolosa in base a una presunzione assoluta.

²⁵ BONTEPELLI-PAESE, *La tutela dei creditori di fronte al sequestro e alla confisca. Dalla giurisprudenza "Focarelli" e "Uniland" al nuovo codice della crisi d'impresa*, in www.penalecontemporaneo.it, 2019, 2, 123. Scettici sull'estensione delle disposizioni del c.d. Codice antimafia al settore della criminalità di tipo economico paiono TROMBINI-DALAITI, *I rapporti tra i sequestri penali e la liquidazione giudiziale*, cit., 2768.

²⁶ Una critica a questo *modus operandi* sembra leggersi nelle parole di TROMBINI-DALAITI, *ibid.*

²⁷ A riguardo, COSTANTINO, *Misure di prevenzione patrimoniali e procedure concorsuali*, in *Processo penale e processo civile: interferenze e questioni irrisolte*, a cura di Lupária-Marafioti-Paolozzi, Torino, 2020, 154-155, il quale evidenzia come l'art. 317 d.lgs. n. 14 del 2019, ponendosi «in deroga alla regola generale e in attuazione dell'art. 13 della legge delega 19 ottobre 2017, n. 155, rinvia al codice antimafia di cui al d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, per il quale il sequestro funzionale alla confisca di cui all'articolo 321, comma 2, c.p.p., prevale sulle procedure concorsuali e i creditori di buona fede sono soddisfatti dallo Stato con la falcidia del 40%, al netto delle spese necessarie per la liquidazione [...], [appaia...] contrari[o] ai principi di uguaglianza e di ragionevolezza ex artt. 3 e 97 Cost.».

Conclusioni diverse venivano invece formulate con riguardo al sequestro funzionale alla confisca facoltativa, per l'applicazione della quale non era necessario che i beni fossero pericolosi, bensì sufficiente l'esistenza di un nesso strumentale che li legasse all'autore del reato, da valutare di volta in volta per accertare le concrete conseguenze della eventuale restituzione, sul presupposto, comunque, che lo spossessamento dei beni era parimenti garantito dalla declaratoria fallimentare²⁸.

La soluzione prospettata sembrava tuttavia avere trascurato l'esistenza, nel nostro ordinamento, di ipotesi di confisca obbligatoria non aventi ad oggetto beni intrinsecamente pericolosi (art. 19 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231), la qual cosa fece col tempo sorgere un vivace dibattito giurisprudenziale, culminato, dieci anni più tardi, nella nota decisione *Uniland*, pronunciata sempre a Sezioni unite²⁹.

In questa decisione, una volta ribadita la natura e la funzione della confisca nel procedimento *de societate*³⁰, se per un verso, veniva enunciato il principio dell'insensibilità della confisca al fallimento – non potendo lo Stato rinunciare alla apposizione del vincolo –, per l'altro verso, veniva riconosciuta ai terzi creditori la possibilità di invocare una tutela mediante la proposizione di un incidente di esecuzione atto a dimostrare la propria buona fede.

Gli approdi giurisprudenziali richiamati devono oggi ritenersi superati per effetto del nuovo art. 317 del Codice della crisi, applicabile quindi a ogni ipotesi di sequestro preventivo finalizzato alla confisca – sia essa obbligatoria o facoltativa – e pertanto anche alle fattispecie contemplate dagli artt. 240 c.p. e 19 d.lgs. n. 231 del 2001, nonché alla confisca prevista dall'art. 322 *ter* c.p. per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, a quella prevista dall'art. 648 *quater* c.p. per i reati di riciclaggio, impiego di denaro di provenienza illecita e autoriciclaggio ovvero a quella di cui all'art. 12 *bis* d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 per i reati tributari³¹.

Come già anticipato, di segno diverso si palesano le proposte provenienti dalla Commissione Bricchetti, volte a parificare, quanto alla prevalenza sulla li-

²⁸ Le citazioni che precedono sono tutte tratte da Cass., Sez. un., 24 maggio 2004, n. 29951, Focarelli.

²⁹ Cass., Sez. un., 25 settembre 2014, n. 11170, *Uniland* s.p.a.

³⁰ In argomento, GARUTI, *I risvolti processuali della confisca nel processo agli enti*, in *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, a cura di Donini-Foffani, Torino, 2018, 389 ss.; VARRASO, *Il sequestro a fini di confisca: dalle scelte del codice del 1988 al d.lgs. n. 21/2018*, *ivi*, 361 ss.

³¹ BONTEMPELLI-PAESE, *La tutela dei creditori di fronte al sequestro e alla confisca. Dalla giurisprudenza «Focarelli» e «Uniland» al nuovo codice della crisi d'impresa*, cit., 128-129.

quidazione giudiziale, le due tipologie di sequestro preventivo: a tal fine, si propone di incidere anche il testo dei citati artt. 63 e 64 d.lgs. n. 159 del 2011, onde evitare duplicazioni di procedura, oltre che per esigenze di coordinamento³².

3.1.1. *Le modifiche all'art. 104 bis disp. att. c.p.p.* Il Codice della crisi d'impresa si è occupato anche dell'art. 104 *bis* disp. att. c.p.p., («Amministrazione dei beni sottoposti a sequestro preventivo») introdotto dalla l. 15 luglio 2009, n. 49 (c.d. pacchetto sicurezza), modificato a più riprese negli ultimi anni³³ e già richiamato, in una prospettiva meramente ricognitiva, dall'art. 317, comma 2, del Codice della crisi.

Nella formulazione finora vigente, l'art. 104 *bis*, al comma 1 *bis*, estendeva ai sequestri preventivi aventi ad oggetto aziende, società o altri beni di cui fosse necessario assicurare l'amministrazione, le disposizioni del Codice antimafia in tema di amministrazione, gestione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati (artt. 35-51 d.lgs. n. 159 del 2011); al comma 1 *quater*, invece, evocava - per i casi di sequestro e confisca previsti dall'art. 240 *bis* c.p. o dalle norme che a quest'ultimo rinviano, nonché per i casi di sequestro e confisca adottati nei procedimenti per delitti di cui all'art. 51, comma 3 *bis*, c.p.p. -, oltre alle norme già richiamate dal precedente comma 1 *bis*, quelle relative alla tutela dei terzi e all'esecuzione (artt. 52-56, d.lgs. n. 159 del 2011).

Animato dalla volontà di parificare tutte le ipotesi di sequestro finalizzate alla confisca in punto vuoi di tutela dei terzi vuoi di rapporti con le procedure di

³² Per le ragioni poste a base della scelta, si vedano le «Proposte di revisione delle disposizioni penali del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (Codice della crisi e dell'insolvenza, di seguito CCI) e del R.d. 16 marzo 1942 n. 267 (di seguito, legge fallimentare o LF)», cit., 41 e 45.

³³ Sulla genesi e sulle alterne vicende che hanno interessato l'art. 104 *bis* disp. att. c.p.p., BELFIORE, *Il sequestro preventivo. Tra esigenze impeditive e strumentalità alla confisca*, Torino, 2019, 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.; RENZETTI, *L'esecuzione del sequestro preventivo*, in *Il "pacchetto sicurezza" 2009*, a cura di Mazza-Viganò, Torino, 2009, 549 ss.; VARRASO-ROMANELLI, *sub art. 104bis disp. att. c.p.p.*, in *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di Castronuovo-De Simone-Ginevra-Lionzo-Negri-Varraso, Milano, 2019, 1344 ss.; 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, 1350 ss.

liquidazione giudiziale³⁴, il legislatore è intervenuto su ambedue le previsioni citate.

In particolare, l'art. 104 *bis*, comma 1 *bis*, disp. att. c.p.p. è stato sostituito ad opera dell'art. 373, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 14 del 2019, ed ora prevede che «[s]i applicano le disposizioni di cui al Libro I, titolo III, del Codice [antimafia] nella parte in cui recano la disciplina della nomina e revoca dell'amministratore, dei compiti, degli obblighi dello stesso e della gestione dei beni» e che «[q]uando il sequestro è disposto ai sensi dell'articolo 321, comma 2, [c.p.p.] ai fini della tutela dei terzi e nei rapporti con la procedura di liquidazione giudiziaria si applicano, altresì, le disposizioni di cui al titolo IV del libro primo del citato [Codice antimafia]».

Analoga sorte è toccata all'art. 104 *bis*, comma 1 *quater*, disp. att. c.p.p. - sostituito ad opera dell'art. 373, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 14 del 2019 -, che ora si esprime in questi termini: «[a]i casi di sequestro e confisca in casi particolari previsti dall'articolo 240 *bis* del codice penale o dalle altre disposizioni di legge che a questo articolo rinviano, nonché agli altri casi di sequestro e confisca di beni adottati nei procedimenti relativi ai delitti di cui all'art. 51, comma 3 *bis* [c.p.p.], si applicano le disposizioni del titolo IV del Libro I del [Codice antimafia]. Si applicano inoltre le disposizioni previste dal medesimo [Codice] in materia di amministrazione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati e di esecuzione del sequestro. In tali casi l'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata coadiuva l'autorità giudiziaria nell'amministrazione e nella custodia dei beni sequestrati, fino al provvedimento di confisca emesso dalla corte di appello e, successivamente, a tale provvedimento, amministra i beni medesimi secondo le modalità previste dal citato [Codice antimafia]. Restano comunque salvi i diritti della persona offesa dal reato alle restituzioni e al risarcimento del danno».

³⁴ Si veda, in proposito, la *Relazione illustrativa al codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, 20, ove si legge che il legislatore ha inteso «disciplinare in maniera uniforme ogni sequestro penale destinato a sfociare in un provvedimento di confisca [...] mediante rinvio al titolo IV del più volte citato decreto legislativo n. 159/2001 contenuto nell'art.104-*bis* delle norme di attuazione del codice di procedura penale per tutto ciò che attiene alla tutela dei terzi e dei rapporti del sequestro con la procedura di liquidazione giudiziaria». La *ratio* dell'intervento è stata subito sottolineata da BONTEMPELLI-PAESE, *La tutela dei creditori di fronte al sequestro e alla confisca. Dalla giurisprudenza "Focarelli" e "Uniland" al nuovo codice della crisi d'impresa*, cit., 124, i quali parlano del novellato art. 104 *bis*, comma 1 *bis*, disp. att. c.p.p. come di una «previsione bandiera».

Così operando, il legislatore ha quindi ribadito, da un lato, l'applicazione, rispetto ai sequestri funzionali alla confisca adottati in ambito penale, delle disposizioni che regolano i rapporti tra le procedure concorsuali e le misure di prevenzione patrimoniali, nonché esteso, dall'altro lato, la tutela e il procedimento, riservati dal Codice antimafia, ai diritti dei terzi, a ogni tipologia di sequestro funzionale alla confisca, disposta vuoi *ex art. 240 bis* c.p., vuoi per i delitti di cui all'*art. 51, comma 3 bis*, c.p.p.

Sotto il primo versante, va osservato come, a seguito della riforma in commento, il novellato *art. 104 bis* disp. att. c.p.p. sia divenuto la reale sede del coordinamento tra la disciplina antimafia e la disciplina in materia di sequestro preventivo in funzione di confisca.

L'*art. 317* d.lgs. n. 14 del 2019 - apostrofato del resto dallo stesso legislatore delegante come «norma [avente] contenuto essenzialmente ricognitivo»³⁵ - svolge infatti una funzione *stricto sensu* normativa solo con riferimento alle ipotesi estranee al bacino operativo dell'*art. 104 bis* disp. att. c.p.p.: il riferimento corre quindi ai casi in cui il vincolo ablativo colpisce i beni diversi dalle aziende, dalle società o dalle cose di cui è necessaria l'amministrazione e non integri, al contempo, né la fattispecie di confisca "per sproporzione" di cui *art. 240 bis* c.p. né quella disposta in relazione ai delitti contemplati dall'*art. 51, comma 3 bis*, c.p.p.³⁶.

Quanto al secondo profilo di novità, concernente la tutela dei terzi creditori dell'impresa in liquidazione, le previsioni alle quali d'ora in poi occorrerà far riferimento, senza differenziazioni di sorta in ordine al tipo di confisca in concreto applicata, sono quelle contenute nel Titolo IV, Libro I, del Codice antimafia³⁷.

Tra queste, di primaria importanza si rivela l'*art. 52, comma 1*, in forza del quale i terzi titolari di diritti di credito risultanti da atti aventi data certa ante-

³⁵ *Relazione illustrativa al codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, 20 e 233.

³⁶ RUGANI, *I rapporti tra misure cautelari reali e procedure concorsuali nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza* (D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14), in www.laegislazionepenale.it, 10.

³⁷ Per dirla con VARRASO, *Esecuzione del sequestro preventivo, amministrazione giudiziaria dei beni e tutela dei terzi*, cit., 1358, «dopo la riforma del 2019 la tutela dei terzi creditori del codice antimafia [...] costituisce ormai il modello normativo unitario di riferimento». Di «superamento del c.d. "doppio statuto di tutela dei creditori"» parlano invece BONTEMPELLI-PAESE, *La tutela dei creditori di fronte al sequestro e alla confisca. Dalla giurisprudenza "Focarelli" e "Uniland" al nuovo codice della crisi d'impresa*, cit., 127. Per una esegesi delle disposizioni di riferimento, MENDITTO, sub *artt. 52-62 D.lgs. 6 settembre 2011, n. 159*, in *Commentario breve al Codice antimafia e alle altre procedure di prevenzione*, a cura di Spangher-Marandola, Padova, 2019, 294 ss.

riore al sequestro - accertamento da eseguirsi in base ai principi contenuti nella disciplina fallimentare -, nonché di diritti reali di garanzia costituiti in epoca anteriore al vincolo reale - quale, ad esempio, la trascrizione della garanzia ipotecaria in caso di finanziamento concesso per l'acquisto di bene immobile - non sono pregiudicati dall'applicazione della confisca, qualora ricorrano una serie di condizioni.

Si tratta, nello specifico, di indici che rivelano la buona fede del terzo, la cui dimostrazione grava peraltro su quest'ultimo. Ebbene, occorrerà appurare: a) «che il proposto non disponga di altri beni sui quali esercitare la garanzia patrimoniale idonea al soddisfacimento del credito, salvo che per i crediti assistiti da cause legittime di prelazione su beni sequestrati»; b) «che il credito non sia strumentale all'attività illecita o a quella che ne costituisce il frutto o il rimpiogo, sempre che il creditore dimostri la buona fede o l'inconsapevole affidamento»; c) «nel caso di promessa di pagamento o ricognizione di debito, che sia provato il rapporto fondamentale»; d) «nel caso di titoli di credito, che il portatore provi il rapporto fondamentale e quello che ne legittima il possesso».

Va inoltre rammentato che, secondo il disposto dell'art. 52, comma 3, il requisito della buona fede andrà verificato tenendo in considerazione una serie di parametri: le condizioni delle parti (es. difficoltà economiche, requisiti professionali); l'esistenza di rapporti personali, di conoscenza e/o patrimoniali tra il creditore e il proposto; il tipo di attività e il settore economico/merceologico in cui opera il creditore; la sussistenza di obblighi di diligenza e verifica nella fase precontrattuale discendenti dal particolare settore di operatività dei terzi ovvero dalle loro qualità economiche; nel caso di enti, la loro dimensione (es. istituti di credito, grandi catene di distribuzione).

Ad ogni modo, le pretese dei terzi creditori saranno accertate mediante l'*iter* descritto agli artt. 57 ss. del Codice antimafia, nell'ambito del quale un ruolo centrale è svolto dall'amministratore giudiziario: questi è chiamato a presentare l'elenco nominativo di tutti i creditori al giudice delegato³⁸, ossia a colui che ha emesso il decreto di sequestro e che è ora tenuto a formare lo stato passivo

³⁸ In argomento, BELFIORE, *Il sequestro preventivo*, cit., 253: l'A. osserva come la normativa antimafia «impon[ga] al giudice delegato - il più delle volte il giudice delle indagini preliminari - di occuparsi del complesso riconoscimento dei crediti vantati dai terzi, sulla base di accertamenti di tipo squisitamente civilistico o fallimentare, per i quali la categoria dei giudici penali *ad acta* potrebbe non essere attrezzata». Gli stessi dubbi sono stati paventati anche da FORTE, *Il "nuovo" codice antimafia e la tutela dei terzi*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2017, 11, 157.

e a renderlo esecutivo, in analogia a quanto previsto per il procedimento di liquidazione giudiziale.

Va peraltro osservato che l'ampliamento, ad opera del Codice della crisi di impresa, degli spazi di tutela riservati al terzo creditore, potrebbe essere salutato con incondizionato favore, se non fosse che, malgrado le intenzioni del legislatore, lo statuto dei sequestri in funzione di confisca rimane ad oggi ancora disarmonico.

Dal tenore dei commi 1 *bis* e 1 *quater* dell'art. 104 *bis* disp. att. c.p.p.³⁹, così come sostituiti ad opera dell'art. 373 del d.lgs. n. 14 del 2019, si evince infatti che solo per i sequestri finalizzati alla confisca di cui all'art. 240 *bis* c.p. – ovvero per il provvedimento emesso nel corso di procedimenti di criminalità organizzata – è previsto un coinvolgimento dell'Agenzia nazionale per i beni confiscati. Se si considera che la legislazione antimafia attribuisce a detta Agenzia il compito non solo di amministrare i beni ma anche di liquidare e soddisfare i crediti dei terzi in buona fede (cfr. artt. 60-61, d.lgs. n. 159 del 2011), balza immediatamente all'occhio come la lacuna evidenziata comporterà difficoltà pratiche di non poco conto⁴⁰.

3.2. *Il sequestro preventivo c.d. impeditivo (art. 318)*. La regola generale proclamata a chiare lettere dall'art. 317 subisce una inversione di rotta ad opera della disposizione successiva, dedicata al sequestro preventivo c.d. impeditivo, ossia al vincolo di indisponibilità con cui, in sede penale, si fa fronte

³⁹ Per la Commissione Bricchetti, esigenze di coordinamento dovute alle modifiche prospettate con riguardo al Titolo VIII d.lgs. n. 14 del 2019 imporrebbero di interpolare anche i commi in parola: si vedano le «Proposte di revisione delle disposizioni penali del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (Codice della crisi e dell'insolvenza, di seguito CCI) e del R.d. 16 marzo 1942 n. 267 (di seguito, legge fallimentare o LF)», cit., 44.

⁴⁰ Per far fronte agli inconvenienti pratici derivanti dalla novella in commento, CREPALDI, *Le novità penal-processuali*, cit., 263 propone una redistribuzione, in via ermeneutica, dei poteri dell'Agenzia agli altri protagonisti del procedimento di gestione dei beni sequestrati. Meno possibilisti 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.giurisprudenzapenale.it, i quali ritengono che il legislatore abbia dato origine a «una evidente disparità di trattamento censurabile davanti alla Consulta». La presenza, nell'attuale assetto normativo, di «una "Agenzia ad intermittenza"» è denunciata anche da PARLATO, *L'amministrazione giudiziaria ex art. 104bis disp. att. c.p.p.*, cit., 185 e 208. Analoghe perplessità sono evidenziate da MILANI, *I rapporti tra sequestri e procedure concorsuali*, cit., 1347, ove afferma che «si profilano seri dubbi nell'immaginare l'applicazione diretta di una disciplina, quale quella degli artt. 60 ss., D.lgs. n. 159/2011, che prevede compiti specifici in capo all'Agenzia Nazionale dei Beni Confiscati, al momento non estensibili automaticamente alle situazioni in cui sia stato disposto qualsiasi sequestro ai sensi dell'art. 321, comma 2, c.p.p.».

al «pericolo che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o protrarre le conseguenze di esso ovvero agevolare la commissione di altri reati». In particolare, l'art. 318, comma 1, del d.lgs. n. 14 del 2019 prevede che «[i]n pendenza della procedura di liquidazione giudiziale non p[ossa] essere disposto sequestro preventivo ai sensi dell'articolo 321, comma 1, del codice di procedure penale sulle cose di cui all'art. 142, sempre che la loro fabbricazione, uso, porto, detenzione e alienazione non costituisca reato e salvo che la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione e l'alienazione possano essere consentiti mediante autorizzazione amministrativa».

Il legislatore ha poi reputato il vincolo cautelare reale parimenti recessivo nel caso in cui esso preesista all'avvio della procedura concorsuale, tant'è che, secondo l'art. 318, comma 2, «[q]uando, disposto sequestro preventivo ai sensi dell'articolo 321, comma 1, del codice di procedura penale, è dichiarata l'apertura di liquidazione sulle medesime cose, il giudice, a richiesta del curatore, revoca il decreto di sequestro e dispone la restituzione delle cose in suo favore».

Evidente la *ratio* sottesa alla previsione: se l'obiettivo dell'istituto di cui all'art. 321, comma 1, c.p.p. – che è quello di «evitare colpi di testa dell'indagato [o dell'imputato]»⁴¹ – può essere garantito anche attraverso lo spossessamento conseguente all'istaurazione della procedura concorsuale, non vi è allora motivo di non assicurare alla massa attiva i beni dell'imprenditore, permettendo, in questo modo, il soddisfacimento dei suoi creditori⁴².

La soccombenza del sequestro c.d. impeditivo è dunque incondizionata, prescindendo vuoi dal momento in cui viene dichiarata l'apertura della procedura concorsuale – se prima o dopo l'emissione del provvedimento cautelare – vuoi da un apprezzamento discrezionale da parte del giudice penale in ordine alla pericolosità concreta e attuale della *res*⁴³. E proprio su quest'ultimo terreno si coglie il netto superamento che l'art. 318 del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza segna rispetto all'impostazione seguita dalla giurisprudenza

⁴¹ Così, IACOVIELLO, *Fallimento e sequestri penali*, cit., 1276.

⁴² Per dirla con la *Relazione illustrativa al codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, 21, «[u]na volta interrotto ogni rapporto con l'utilizzatore del bene, indagato o imputato che sia, a seguito dell'intervenuta apertura della procedura di liquidazione, non vi sono evidenti ragioni per escludere che il bene possa essere utilmente destinato alla soddisfazione dei creditori».

⁴³ A parere di CREPALDI, *op. cit.*, 247-248, il legislatore avrebbe dovuto prendere in considerazione anche l'eventualità, nota alla prassi, in cui il sequestro impeditivo viene disposto per tutelare interessi ulteriori, quali la tutela della salubrità dell'ambiente e la salute dei cittadini.

za di legittimità. Il riferimento corre, ancora una volta, agli insegnamenti impartiti dalle Sezioni unite della Corte di cassazione con la pronuncia Focarelli, ove si legge che il giudice penale è tenuto a «effettuare una valutazione di bilanciamento (e darne conto con adeguata motivazione) del motivo della cautela e delle ragioni attinenti alla tutela dei legittimi interessi dei creditori, anche attraverso la considerazione dello svolgimento in concreto della procedura concorsuale» e che «[a]lla stregua di tale valutazione, il bene sequestrato potrà anche essere restituito all'ufficio fallimentare, ferma restando, ovviamente, la possibilità di nuova applicazione della misura di cautela reale nei casi in cui ritorni attuale la sussistenza dei presupposti»⁴⁴.

Nell'ottica di enucleare gli adempimenti procedurali idonei a far venir meno la cautela reale già disposta, l'art. 318, comma 3, stabilisce che «[n]el caso di cui al comma 2, il curatore comunica all'autorità giudiziaria che aveva disposto o richiesto il sequestro, la dichiarazione dello stato di insolvenza e di apertura della procedura della liquidazione giudiziale». In forza della medesima disposizione questi è inoltre tenuto a comunicare al Pubblico ministero e al giudice competente «il provvedimento di revoca o chiusura della liquidazione giudiziale, nonché l'elenco delle cose non liquidate e già sottoposte a sequestro». In quest'ultima eventualità, il curatore deve peraltro astenersi, per il termine di novanta giorni, dalla cancellazione delle iscrizioni e delle trascrizioni. In questo lasso di tempo, l'autorità penale potrà eventualmente adottare, sui beni residui, le opportune iniziative, evitando il rischio che, nelle more, il debitore commetta altri reati ovvero protragga le conseguenze della condotta criminosa a suo tempo realizzata.

A chiusura del sistema delineato dal nuovo Codice per il sequestro preventivo c.d. impeditivo, l'art. 318, comma 4, chiarisce che «[l]e disposizioni di cui ai commi 1 e 2 non si applicano quando sono sottoposte a sequestro preventivo le cose indicate all'articolo 146 e le cose non suscettibili di liquidazione, per disposizione di legge o per decisione degli organi della procedura».

Si tratta dei beni e dei diritti di natura strettamente personale; degli assegni aventi carattere alimentare; degli stipendi; delle pensioni; dei salari che il debitore guadagna con la sua attività nei limiti di quanto occorre per il mantenimento suo e della sua famiglia; dei frutti derivanti dall'usufrutto legale sui

⁴⁴ Cass., Sez. un., 24 maggio 2004, n. 29951, Focarelli. In dottrina, BISCARDI, *Sequestro preventivo e dichiarazione di fallimento*, in *Giur. it.*, 2006, 204 ss.; IACOVIELLO, *op. cit.*, 1276-1277; PACILEO, *Sui rapporti tra procedimento penale e procedura fallimentare*, in *Cass. pen.*, 2005, 2439.

beni dei figli; dei beni costituiti in fondo patrimoniale e dei relativi frutti nonché delle cose impignorabili *ex lege*. Unicamente su questi beni e su quelli intrinsecamente illeciti cui allude la clausola di salvezza contenuta nel comma secondo della norma esaminata sarà quindi possibile imporre – malgrado la concomitante pendenza della procedura di liquidazione giudiziaria – il vincolo cautelare di cui all’art. 321, comma 1, c.p.p.

Al fine di non pregiudicare eccessivamente il ceto creditorio, è stata di recente caldeggiata la riforma dell’art. 318 nel senso della tendenziale prevalenza della liquidazione giudiziale, favorendo in tal modo le ragioni del terzo in buona fede, il quale non assisterebbe alla fuoriuscita del bene sequestrato dalla liquidazione giudiziale con soddisfazione dei crediti in sede penale secondo le norme del Codice antimafia⁴⁵.

3.3. *Il sequestro conservativo (art. 319)*. Dopo aver regolamentato i rapporti tra la liquidazione giudiziale e il sequestro preventivo nelle sue differenti vesti, il Codice della crisi di impresa e dell’insolvenza prende in considerazione il sequestro conservativo.

In particolare, l’art. 319 del d.lgs. n. 14 del 2019 dispone, al primo comma, che «[i]n pendenza della procedura di liquidazione giudiziale non può essere disposto il sequestro conservativo ai sensi dell’art. 316 del codice di procedura penale sulle cose di cui all’art. 142» e, al secondo comma, che «[q]uando, disposto sequestro conservativo ai sensi dell’articolo 316 del codice di procedura penale, è dichiarata l’apertura di liquidazione giudiziale sulle medesime cose, si applica l’articolo 150 e il giudice, a richiesta del curatore, revoca il sequestro conservativo e dispone la restituzione delle cose in suo favore».

Su questo versante, l’intervento del legislatore risulta, a ben vedere, dotato di una sua coerenza sistematica, legandosi all’impossibilità di promuovere azioni esecutive e cautelari individuali ai sensi dell’art. 150 del d.lgs. n. 14 del 2019: la predisposizione o il mantenimento, sui beni attratti nell’orbita della procedura concorsuale, del sequestro conservativo – la cui ragion d’essere risiede, come è noto, nell’evitare che manchino o si disperdano le garanzie per il pagamento della pena pecuniaria, delle spese di procedimento e di ogni altra somma dovuta all’erario nonché delle obbligazioni civili derivanti dal reato –

⁴⁵ Si allude nuovamente alle «Proposte di revisione delle disposizioni penali del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (Codice della crisi e dell’insolvenza, di seguito CCI) e del R.d. 16 marzo 1942 n. 267 (di seguito, legge fallimentare o LF)», cit., 42.

tutelerebbe esclusivamente alcune categorie di creditori, con una evidente alterazione della *par condicio creditorum*.

Nel corso dei lunghi lavori preparatori che hanno condotto alla riforma in esame, il divieto di applicare il sequestro conservativo – inizialmente limitato al solo caso di previa apertura della procedura concorsuale – è stato esteso anche all’ipotesi in cui la procedura intervenga a seguito dell’emissione del provvedimento cautelare⁴⁶. Si può dunque affermare che, nella sua definitiva formulazione, l’art. 319 del Codice della crisi di impresa e dell’insolvenza abbia accolto *in toto* gli insegnamenti impartiti dalla pronuncia Focarelli del 2004. In quella occasione, le Sezioni unite avevano infatti stabilito che il vincolo cautelare *de quo*, «in quanto strumentale e prodromic[o] ad una esecuzione individuale nei confronti del debitore *ex delicto* [...] deve farsi rientrare, in caso di fallimento dell’obbligato, nell’area di operatività del divieto di cui all’art. 51 L.F. (secondo cui “dal giorno della dichiarazione di fallimento nessuna azione individuale esecutiva può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nel fallimento”), palesandosi una sostanziale identità funzionale con l’omologo sequestro civile, che dottrina e giurisprudenza ritengono pacificamente non esperibile in costanza di fallimento»⁴⁷. La Corte enunciava così due conseguenze sul piano processuale: «da un lato, l’inefficacia del sequestro di cui all’art. 316 c.p.p. qualora sia disposto in pendenza di fallimento, anche se il reato è stato commesso prima dell’apertura della procedura concorsuale; dall’altro, la caducazione della misura qualora il fallimento intervenga successivamente, [n]on [...] giustifica[ndosi], infatti, il mantenimento di un sequestro conservativo in presenza dell’acquisizione fallimentare dei beni, che garantisce in modo eguale tutti i creditori, senza compromettere l’interesse di even-

⁴⁶ La bozza di Codice del 22 dicembre 2017 prevedeva infatti che «[s]ui beni compresi nella liquidazione giudiziale non può essere disposta la misura cautelare del sequestro conservativo penale di cui all’articolo 316 del codice di procedura penale o di cui all’articolo 54 della legge 8 giugno 2001, n. 231» (art. 322).

⁴⁷ L’art. 150 del d.lgs. n. 14 del 2019 ha riprodotto, al netto degli opportuni aggiustamenti lessicali, il testo dell’art. 51 del r.d. n. 267 del 1942: in particolare, la disposizione di cui al nuovo Codice della crisi d’impresa prevede che «[s]alvo diversa disposizione della legge, dal giorno della dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale nessuna azione individuale esecutiva o cautelare anche per crediti maturati durante la liquidazione giudiziale, può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nella procedura».

tuali rivendicanti, che potranno far valere i loro diritti nei modi, nei tempi e nelle forme previste dal processo fallimentare»⁴⁸.

Occorre da ultimo evidenziare come la disposizione in commento non contempli l'eventualità, peraltro del tutto fisiologica, che la liquidazione giudiziale volga al termine: diversamente da quanto previsto dall'art. 318 del d.lgs. n. 14 del 2019 in tema di sequestro preventivo c.d. impeditivo, essa non impone al curatore né di comunicare all'autorità giudiziaria penale il provvedimento di revoca o chiusura della procedura concorsuale né tantomeno di redigere un elenco delle cose non liquidate e già sottoposte a sequestro conservativo. Una disciplina di questo tipo sarebbe invero stata opportuna, soprattutto nell'ottica di evitare che il debitore-imputato, immesso nuovamente nella disponibilità dei propri beni, si adoperi per disperderli, sottraendosi, in questo modo, alle obbligazioni nei confronti dello Stato e del danneggiato dal reato costituitosi parte civile⁴⁹.

3.4. *La legittimazione del curatore ad impugnare.* Ponendo fine a un annoso dibattito giurisprudenziale, il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza ha stabilito, all'art. 320, che «[c]ontro il decreto di sequestro e le ordinanze in materia di sequestro il curatore può proporre richiesta di riesame e appello nei casi, nei termini e con le modalità previsti dal codice di procedura penale» e che «[n]ei predetti termini e modalità il curatore è legittimato a proporre ricorso per cassazione».

Il tema era già stato affrontato dalla più volte citata pronuncia Focarelli del 2004, relativa a un sequestro preventivo finalizzato alla confisca *ex art.* 240 c.p. In quella occasione, la Suprema Corte aveva preso le mosse dagli approdi allora raggiunti dalla giurisprudenza civile, secondo cui «il curatore - piuttosto che soggetto privato che agisce in forza di poteri di rappresentanza conferitigli *ex lege* - 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 intervenu-

⁴⁸ Cass., Sez. un., 24 maggio 2004, n. 29951, Focarelli. In dottrina, IACOVIELLO, *op. cit.*, 1274, e NAPOLEONI, *Fallimento e sequestri penali*, in *Fallimento*, 1993, 291; PACILEO, *ibid.*

⁴⁹ Della lacuna normativa si è avveduto CREPALDI, *op. cit.*, 249-250.

to il fallimento». Da questa constatazione i giudici di legittimità avevano desunto la facoltà del curatore di proporre sia l'istanza di riesame del provvedimento di sequestro preventivo sia quella di revoca della misura, ai sensi dell'art. 322 c.p.p., nonché di proporre il ricorso per cassazione, ai sensi dell'art. 325 c.p.p. E gli stessi avevano pure specificato come, in questi casi, il curatore agisca «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»⁵⁰.

A conclusioni diametralmente opposte era invece pervenuta la sentenza Uniland mediante la quale, un decennio più tardi, era stata recisamente negata la sussistenza, in capo al curatore, della legittimazione a impugnare i provvedimenti in materia cautelare reale. Le Sezioni unite, occupandosi del sequestro funzionale alla confisca ex art. 19 d.lgs. n. 231 del 2001, avevano, in particolare, osservato come «il curatore non [fosse] titolare di alcun diritto sui beni, avendo esclusivamente compiti gestionali e mirati al soddisfacimento dei creditori; [motivo per cui egli] non può agire in rappresentanza [di questi ultimi], che a loro volta, prima della conclusione della procedura, non sono titolari di alcun diritto sui beni e sono, quindi, privi di qualsiasi titolo restitutorio sui beni sottoposti a sequestro»⁵¹.

A ben vedere, se si aderisse a questa seconda tesi, si finirebbe per non lasciare ad alcuno la possibilità di dolersi della misura cautelare reale. Escludendo infatti la legittimazione vuoi del curatore fallimentare vuoi dei singoli creditori, l'unico soggetto che potrebbe formalmente proporre impugnazione sarebbe la società fallita per il tramite degli organi di rappresentanza: difficile però ipotizzare un interesse concreto ad impugnare in capo alla stessa, posto che, anche nell'eventualità in cui il vincolo di indisponibilità adottato in sede pena-

⁵⁰ Cass., Sez. un., 24 maggio 2004, n. 29951, Focarelli.

⁵¹ Cass., Sez. un., 25 settembre 2014, n. 11170, Uniland s.p.a. In chiave critica, BONTEMPELLI, *Sequestro preventivo a carico della società fallita*, cit., 6 ss.; CHIARAVIGLIO, *op. cit.*, 106; MINUTOLI, *La fattibilità del concordato nella "terra di mezzo" dei sequestri preventivi e di prevenzione: prove critiche di tutela dei creditori*, in *Fallimento*, 2017, 689; DI GERONIMO, *La confisca del profitto del reato, tra responsabilità da reato delle società ed esigenze di garantire il soddisfacimento dei creditori nella procedura fallimentare*, cit., 3048; TROMBINI-DALAITI, *I rapporti tra i sequestri penali e la liquidazione giudiziale*, cit., 2764 ss. *Contra* BIANCHI, *Automatismi nel meccanismo sequestro-confisca ex D.Lgs. n. 231 e ricadute problematiche sulla procedura fallimentare*, cit., 1998, che reputa «tutto sommato coerente [la] negazione della legittimazione del curatore fallimentare ad agire nel procedimento penale *de societate*». In tema, anche TETTO, *Sequestri penali, confische e fallimento*, cit., 196-197.

le decada, i beni di cui essa è proprietaria non tornerebbero certo nelle sue mani ma in quelle degli organi della procedura. L'arresto giurisprudenziale appena citato aveva insomma privato del diritto di impugnazione l'unico soggetto realmente titolare di un interesse giuridicamente rilevante a rientrare nella disponibilità dei beni, determinando così una pericolosa incongruenza sistematica⁵². Ebbene, detta incongruenza può dirsi oggi scongiurata per effetto del nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza.

Preme infine osservare come di recente le Sezioni unite della Corte di cassazione siano state nuovamente sollecitate a interrogarsi sul tema *de quo*⁵³. Al fine di sconfessare i principi affermati dalla sentenza Uniland, esse hanno correttamente valorizzato il dato normativo, rilevando come gli artt. 322 ss. c.p.p. contemplino, tra i soggetti legittimati alle impugnazioni, non solo «la persona alla quale le cose sono state sequestrate» ma anche «quella che avrebbe diritto alla loro restituzione». Secondo l'insegnamento della giurisprudenza di legittimità, avente diritto alla restituzione va ritenuto chiunque abbia la disponibilità autonoma e giuridicamente tutelata di un bene, a nulla rilevando l'esistenza di un diritto reale: basti pensare, a titolo di esempio, al conduttore di un immobile ovvero al promissario acquirente già immesso nel possesso. Ed è di tutta evidenza come tale qualificazione spetti altresì al curatore fallimentare al quale l'ordinamento attribuisce il compito di amministrare la massa attiva nonché di rappresentare in giudizio i rapporti di diritto patrimoniale compresi nella liquidazione giudiziale.

Tornando al dato letterale della disciplina normativa specifica che qui interessa, preme evidenziare come il concetto insito nella previsione di cui all'art. 320 d.lgs. n. 14 del 2019, pur utile sotto il profilo esplicativo, emergesse già in parte, in modo implicito, dall'art. 319 d.lgs. n. 14 del 2019, laddove prevede, a richiesta del curatore, la revoca del decreto di sequestro conservativo e la «restituzione delle cose in suo favore», in caso di apertura della liquidazione giudiziale successiva alla cautela reale. La qual cosa, letta in combinazione con gli articoli 322, 322 *bis* e 325 c.p.p. – che legittimano a tali impugnazioni

⁵² DI GERONIMO, *op. cit.*, 3048-3049; così anche TROMBINI-DALAI, *op. cit.*, 2766.

⁵³ Cass., Sez. un., 26 settembre 2019, n. 45936, Mantova Petroli s.r.l., in *Mass. Urb.*, Rv. 277257. La suddetta pronuncia risulta, peraltro, citata dalla Relazione della Commissione Bricchetti, laddove suggerisce il coordinamento dell'art. 320 con l'assetto del Titolo VIII dalla stessa proposto. A riguardo, v. le «Proposte di revisione delle disposizioni penali del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (Codice della crisi e dell'insolvenza, di seguito CCI) e del R.d. 16 marzo 1942 n. 267 (di seguito, legge fallimentare o LF)», cit., 44.

le «person[e] che [...] avrebbe[ro] diritto alla restituzione» - consente di includere il curatore stesso tra coloro che sono autorizzati a proporre impugnazione cautelare.

4. *L'art. 321: una norma di rinvio.* Vale la pena già in questa sede sottolineare come l'art. 321 del d.lgs. n. 14 del 2019 estenda le regole in tema di misure cautelari reali dettate dagli artt. 317-320 anche alla liquidazione coatta amministrativa che, al pari della liquidazione giudiziale, produce lo spossessamento dell'imprenditore dai propri beni⁵⁴.

La previsione, coerente nel contenuto - sotto il profilo vuoi della sussidiarietà vuoi della compatibilità normativa -, solleva però qualche dubbio nella misura in cui reca una rubrica che allude inspiegabilmente alle misure di prevenzione: la discrasia, pur inidonea a determinare incertezze applicative, denota la scarsa attenzione di un legislatore non sempre all'altezza della complessità e del tecnicismo delle materie trattate, come peraltro sottolineato dalla Commissione Bricchetti, la cui proposta di articolato muta, non a caso, la rubrica della disposizione *de qua* in «[l]iquidazione coatta amministrativa e sequestri penali»⁵⁵.

5. *L'omesso esercizio della delega in tema di responsabilità amministrativa degli enti.* Nel regolamentare la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, il d.lgs. n. 231 del 2001 non ha considerato l'eventuale apertura di una procedura concorsuale. Gli unici fenomeni sopravvenuti rispetto alla commissione dell'illecito ai quali il legislatore ha dedicato attenzione sono infatti le vicende modificative dell'ente, la cui disciplina è finalizzata a evitare che avvicendamenti societari quali fusione, scissione e cessione di ramo d'azienda

⁵⁴ In argomento, CREPALDI, *op. cit.*, 250-251, secondo il quale il legislatore avrebbe dovuto richiamare anche le c.d. procedure para-fallimentari che parimenti determinano lo spossessamento del debitore e, in particolare, l'amministrazione giudiziale delle imprese in crisi di cui al d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270 e al d.l. 23 dicembre 2003 n. 347, convertito in l. 18 febbraio 2004, n. 39.

⁵⁵ «Proposte di revisione delle disposizioni penali del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (Codice della crisi e dell'insolvenza, di seguito CCI) e del R.d. 16 marzo 1942 n. 267 (di seguito, legge fallimentare o LF)», cit., 44.

costituiscano l'occasione per eludere il sistema sanzionatorio⁵⁶. Il compito di individuare se e in quale misura il fallimento, oggi liquidazione giudiziale, incida sul procedimento *de societate* è stato quindi addossato alla dottrina e alla giurisprudenza. Accantonata la tesi, promossa da una pronuncia di merito, che assimilava il fallimento della società alla morte del reo *ex art. 150 c.p.*⁵⁷, gli interpreti hanno tentato di operare un bilanciamento tra la pretesa punitiva dello Stato e la legittima aspettativa dei creditori al soddisfacimento in sede concorsuale⁵⁸, auspicando non di rado un intervento normativo⁵⁹.

Come anticipato, l'art. 13, comma 2, della l. n. 155 del 2017 ha invitato il Governo a provvedere, da un lato, a un generale coordinamento con la disciplina di cui al d.lgs. n. 231 del 2001 e, dall'altro lato, all'introduzione di una norma che contemplasse il principio di prevalenza del regime concorsuale rispetto alle cautele adottate nei confronti dell'ente, salvo i casi in cui ricorressero ragioni di preminente tutela di interessi di carattere penale.

In questa prospettiva, la prima bozza del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, all'art. 318, affermava la prevalenza della dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale sul sequestro disposto *ex art. 53 d.lgs. n. 231 del 2001 e*, agli artt. 335 ss., dettava una serie di disposizioni che, pur di non particolare momento, si rivelavano opportune nella misura in cui conferivano maggiori certezze al delicato rapporto tra la procedura concorsuale e l'accertamento della responsabilità amministrativa dell'ente⁶⁰. Tra queste, di immediata rilevanza processuale si palesavano gli artt. 336 e 337: il primo in-

⁵⁶ VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Milano, 2012, 151-152. Sulla distinzione tra il fallimento e le vicende modificative prese in considerazione dagli artt. 28 ss. del d.lgs. n. 231 del 2001, DI GERONIMO, *op. cit.*, 3032.

⁵⁷ Trib. Roma, 7 febbraio 2012, in *Giur. mer.*, 2012, 1659. Critico BORSARI, *Responsabilità da reato degli enti e fallimento*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 1220-1221, il quale, dopo aver esposto le ragioni che ostano alla ricostruzione operata dal giudice di merito, rileva come il fallimento dell'impresa «evoc[hi] la malattia del reo, che – come è noto – non determina l'estinzione del reato, neppure quando, con elevata probabilità, condurrà alla morte in un futuro prossimo». La giurisprudenza di legittimità ha, di contro, ritenuto che il fallimento della società non sia affatto equiparabile alla morte del reo: così, tra le altre, Cass., Sez. V, 26 settembre 2012, n. 44824, in *Mass. Uff.*, Rv. 253482. In argomento, vedi pure DI GERONIMO, *Responsabilità da reato degli enti e procedure concorsuali: dinamiche cautelari e profili problematici per la tutela dei creditori*, in *Diritti fondamentali e processo all'ente. L'accertamento della responsabilità d'impresa nella giustizia penale italiana e spagnola* a cura di Lupária-Marafioti-Paolozzi, Torino, 2018, 269 ss.

⁵⁸ DI GERONIMO, *op. cit.*, 3032-3033.

⁵⁹ TROMBINI-DALANTI, *op. cit.*, 2755; CHIARAVIGLIO, *op. cit.*, 101.

⁶⁰ CHIARAVIGLIO, *op. cit.*, 101-102; CREPALDI, *op. cit.*, 263.

troduceva l'obbligo, in capo al curatore, di comunicare all'autorità procedente l'avvio della procedura concorsuale e l'annotazione delle sue generalità quale legale rappresentante; il secondo annoverava la possibilità, per lo stesso curatore, di costituirsi nel giudizio penale a carico dell'ente per esercitare le scelte difensive normalmente riservate al legale rappresentante.

Delle citate disposizioni non vi è traccia nel d.lgs. n. 14 del 2019, non essendo stata attuata la direttiva di cui all'art. 13, comma 2, l. n. 155 del 2017. La Relazione alla bozza definitiva del Codice adduce una giustificazione a questo *modus operandi*, ma con esclusivo riguardo alla materia cautelare. Qui si legge che l'art. 53 d.lgs. n. 231 del 2001, nel rinviare alle norme del codice di procedura penale «per quanto compatibili», sarebbe di per sé sufficiente a estendere all'ente le regole previste per la persona fisica dall'art. 317 del d.lgs. n. 14 del 2019⁶¹. Invocando tale disposizione, il legislatore avrebbe dunque ribaltato il principio di «prevalenza [del] regime concorsuale» imposto dalla delega e previsto, anche nel procedimento per l'accertamento della responsabilità dell'ente, che il sequestro preordinato alla confisca abbia sempre la meglio sulle ragioni sottese alla liquidazione giudiziale: «[l]'opzione contraria» - chiarisce la Relazione - «avrebbe infatti dato luogo a un'irragionevole diversità di disciplina a fronte di esigenze di prevenzione e repressive identiche, imponendo peraltro la necessità di ritagliare un ambito “di preminente tutela di interessi di carattere penale” diverso da quello già regolato».

La mancata attuazione della delega ha suscitato le critiche del Consiglio di Stato il quale ha ritenuto - nel parere reso ex art. art. 17, comma 25, lett. a), l. 15 maggio 1997, n. 127 - che «[a]ver fatto coincidere le “ragioni di preminente tutela di interessi di carattere penale”, *id est* i motivi della deroga al principio base, con quelle che presiedono all'applicazione dell'opposto principio in materia di sequestri legati alla responsabilità delle persone fisiche, è operazione che rischia di confondere i piani e dare consistenza ai già profilati dubbi di costituzionalità»⁶². Malgrado le predette obiezioni, il Governo ha continuato a non dare seguito all'art. 13, comma 2, l. n. 155 del 2017, ribadendo, nella Relazione allo schema di Codice approvato dal Consiglio dei Ministri, che

⁶¹ *Relazione illustrativa al codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, 21.

⁶² Parere del Consiglio di Stato n. 2854 del 12 dicembre 2018, 31. Paventano profili di illegittimità costituzionale anche USLENGHI-LIEDHOLM, *Le disposizioni penali*, cit., 396. Di diverso avviso RUGANI, *I rapporti tra misure cautelari reali e procedure concorsuali nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 16, che non reputa irragionevole la scelta operata dal legislatore.

«[l]a ragione per la quale si è ritenuto di non esercitare la delega legislativa sul punto è quella dunque di non creare uno statuto del sequestro penale nelle sue interferenze con le procedure concorsuali differenziata secondo che si proceda nei confronti di persone fisiche o giuridiche, identiche essendo le esigenze di repressione penale sottese al sequestro»⁶³.

Orbene, stando così le cose, si può asserire che, anche in questa sede, andrà riconosciuta prevalenza alle ragioni della procedura solo rispetto al sequestro preventivo c.d. impeditivo, la cui operatività, nel procedimento *de societate*, è stata recentemente ammessa dalla giurisprudenza⁶⁴.

In relazione alla più frequente ipotesi di sequestro preventivo finalizzato alla confisca, sia essa diretta o per equivalente, andrà invece riconosciuta la superiorità del vincolo cautelare reale disposto in sede penale: una disciplina, insomma, del tutto analoga a quella prevista per il procedimento a carico di persone fisiche dagli artt. 317 e 318 del d.lgs. n. 14 del 2019. E si badi che, nel giudizio di accertamento della responsabilità amministrativa degli enti, troverà applicazione, contrariamente a quanto a suo tempo affermato nella pronuncia Uniland, altresì l'art. 320, dedicato, come si è già detto, alla legittimazione a impugnare del curatore fallimentare⁶⁵.

6. *Le altre disposizioni processuali.* Al netto dei necessari aggiustamenti lessicali, il legislatore ha riprodotto, agli artt. 346 e 347 del Codice della crisi d'impresa, il contenuto degli artt. 238 e 240 del r.d. n. 267 del 1942, perdendo invero l'occasione per rimediare ad alcune incertezze interpretative che il tenore di queste ultime disposizioni ha nel tempo suscitato⁶⁶.

⁶³ *Relazione illustrativa al codice della crisi di impresa e dell'insolvenza* (versione del 10 gennaio 2019), 5-6; BONTEMPELLI-PAESE, *La tutela dei creditori di fronte al sequestro e alla confisca. Dalla giurisprudenza "Focarelli" e "Uniland" al nuovo codice della crisi d'impresa*, cit., 128.

⁶⁴ Cass., Sez. II, 10 luglio 2018, n. 34293, in *Mass. Uff.*, Rv. 273515. Il dato è sottolineato anche dalla *Relazione illustrativa al codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, 22. Sul tema, GARUTI, *Il processo "penale" agli enti*, in *Modelli differenziati di accertamento*, a cura di Id., in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, Torino, 2011, vol. VII, t. 2, 1064 ss.; PRESUTTI, *Responsabilità e dissidi interpretativi in tema di sequestro preventivo applicabile all'ente sotto processo*, in *Resp. ann. soc.*, 2009, 3, 181 ss.; SANTORIELLO, *"Torsioni" interpretative della giurisprudenza nella ricostruzione della disciplina in tema di processo agli enti collettivi ovvero dal rimando alla disciplina del codice di procedura penale alla ricostruzione di un processo* a la carte, in *questa Rivista*, 2019, 1, 4 ss.

⁶⁵ Così, BISCARDI, *Processo penale e riforma delle procedure concorsuali tra innovazione, razionalizzazione e dubbi*, in *Proc. pen. giust.*, 2020, 211.

⁶⁶ L'art. 239 del r.d. n. 267 del 1942, dedicato al mandato di cattura e abrogato con l. 18 novembre 1964, n. 1271, non è stato logicamente riproposto. Stessa sorte è toccata anche all'art. 241, in tema di

A) L'art. 346 del d.lgs. n. 14 del 2019 prevede che «[p]er reati previsti negli articoli 322, 323, 329 e 330, l'azione penale è esercitata dopo la comunicazione della sentenza di apertura della liquidazione giudiziale di cui all'articolo 49» e che essa «[è] iniziata anche prima nel caso previsto dall'articolo 38 e in ogni altro [caso] in cui concorrano gravi motivi e già esista o sia contemporaneamente presentata domanda per ottenere la dichiarazione suddetta».

Dalla lettera della norma, emerge immediatamente un primo dato indicativo perlomeno di una tecnica legislativa piuttosto grossolana, rappresentato dalla permanenza, in seno all'art. 346, dell'espressione «l'azione penale è esercitata», dovendo invece essere calata, detta espressione, in un contesto processuale in cui l'azione penale, collocandosi a valle delle indagini preliminari, deve necessariamente essere preceduta dall'attività investigativa⁶⁷.

Da qui, dunque, per evitare una collisione con i principi e le regole che sorreggono il nostro processo penale, la necessità di leggere la norma nel senso che il Pubblico ministero non eserciterà immediatamente l'azione penale bensì iscriverà la notizia di reato ai sensi dell'art. 335 c.p.p. e avvierà la propria attività investigativa solo dopo aver ricevuto la comunicazione della sentenza di apertura della procedura concorsuale, potendo tuttavia anticipare questa attività a un momento che precede la pronuncia della suddetta sentenza, qualora l'iniziativa per l'apertura della procedura sia stata assunta dal Pubblico ministero ovvero in presenza di «gravi motivi», a condizione che già esista o sia stata contemporaneamente presentata domanda per ottenere la sentenza di dichiarazione di apertura della liquidazione⁶⁸.

Sentenza che, anche secondo il sistema delineato dal Codice della crisi, sembra svolgere la propria funzione di impulso pure laddove non connotata da definitività ma sottoposta ancora a reclamo, nonché, nelle stesse condizioni di “instabilità”, continuare a produrre i propri effetti anche in sede di giudizio,

riabilitazione del fallito: BRICCHETTI, *Codice della crisi d'impresa: rassegna delle disposizioni penale in raffronto con quelle della legge fallimentare*, in www.penalecontemporaneo.it, 2019, 7-8, 96-97.

⁶⁷ BRICCHETTI, *op. cit.*, 96; MINNITI, *sub art. 238 l. fall.*, in *Codice del fallimento*, a cura di Pajardi-Bochiola-Paluchowski, Milano, 2013, 2344; v. anche CREPALDI, *op. cit.*, 268.

⁶⁸ Per far fronte all'inconveniente, è stato suggerito un radicale *restyling* dell'articolo in parola, per cui «[p]er i reati previsti negli articoli 322, 323 e 324 possono essere, nei modi e limiti di legge, compiuti atti di indagine e applicate misure cautelari anche prima dell'apertura della procedura di liquidazione giudiziale nel caso previsto dall'articolo 38 e in ogni altro caso in cui concorrano gravi motivi e già esista o sia contemporaneamente presentata la relativa domanda»: così le «Proposte di revisione delle disposizioni penali del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (Codice della crisi e dell'insolvenza, di seguito CCI) e del R.d. 16 marzo 1942 n. 267 (di seguito, legge fallimentare o LF)», *cit.*, 10-11.

non essendo individuabile, nell'ambito del sistema, un momento in cui la sospensione del procedimento finalizzata all'ottenimento dell'eventuale definitività - da disporre ai sensi dell'art. 479 c.p.p. - potrebbe essere collocata.

A prescindere poi dal riscontro formale dello stato di insolvenza, abbiamo visto che l'attività investigativa del Pubblico ministero può essere iniziata anche nell'ipotesi in cui ricorrano «gravi motivi», non essendo tuttavia identificati dalla legge - o identificabili in qualunque altro modo - criteri utili all'interpretazione di questa previsione assolutamente generica.

In una prospettiva oltremodo conservativa, non è tuttavia mancato chi ha ritenuto possibile il ricorso a quelle situazioni dettagliatamente richiamate nell'abrogato art. 7 r.d. n. 267 del 1942 - fuga, irreperibilità o latitanza dell'imprenditore; chiusura dei locali dell'impresa; trafugamento, sostituzione o diminuzione fraudolenta dell'attivo da parte dell'imprenditore - e non riportate, volontariamente, all'interno dell'art. 38 del Codice della crisi⁶⁹.

B) Passando poi all'esame dell'art. 347 del Codice della crisi, va detto che tale disposizione, nell'individuare i soggetti legittimati all'esercizio dell'azione di danno in sede penale, riconosce il diritto di costituirsi parte civile nel procedimento penale, da un lato, per tutti i reati previsti dal Titolo VIII del Codice - anche contro l'imprenditore in liquidazione giudiziale - al curatore, al liquidatore giudiziale, al commissario liquidatore e al commissario speciale, nonché, dall'altro lato, per il solo reato di bancarotta fraudolenta, ai creditori in assenza di costituzione del curatore, del commissario liquidatore o del commissario speciale, ovvero in assenza di nomina del liquidatore giudiziale o quando i creditori stessi intendano far valere un titolo di azione propria personale⁷⁰.

Come già anticipato, nessuna sostanziale novità rispetto all'art. 240 del r.d. n. 267 del 1942 e, di conseguenza, la riproposizione di buona parte delle questioni interpretative sorte già in passato.

In primo luogo, continua a destare non poche perplessità, anche in un'ottica di tenuta costituzionale del sistema con riferimento agli artt. 3 e 24, comma 1, Cost., la limitazione della possibilità di agire, in capo ai creditori, per il solo reato di bancarotta fraudolenta, limitazione tuttavia mitigata - nella pratica - dalla possibilità di esercitare l'azione risarcitoria, per gli altri reati, davanti al

⁶⁹ Così, BISCARDI, *Processo penale e riforma delle procedure concorsuali tra innovazione, razionalizzazione e dubbi*, cit., 219.

⁷⁰ In argomento, SANDRELLI, *Fallimento e processo penale*, cit., 969 ss.

giudice civile⁷¹. Merita comunque precisare che la Commissione Bricchetti auspica la soppressione del riferimento al solo reato di bancarotta fraudolenta, nell'ambito della disposizione relativa alla costituzione di parte civile⁷².

In secondo luogo, sembra corretto ribadire che pure con la nuova disciplina, l'azione a titolo personale dei creditori non potrà fondarsi sul pregiudizio patito a causa del mero inadempimento dell'obbligazione da parte dell'impresa sottoposta a liquidazione giudiziale, ma potrà, ad esempio, trovare ragione in una richiesta di danni non patrimoniali nonché in una richiesta basata su asserite violazioni dell'art. 2395 c.c.

In terza istanza, non pare esservi motivo di negare – anche alla luce dell'attuale normativa – la legittimazione del curatore a costituirsi parte civile anche nei processi per reati diversi da quelli previsti dal Codice della crisi (es. truffa, reati tributari) che evidenzino tuttavia una certa attinenza alla procedura concorsuale, a condizione che sia comunque riscontrabile un'azione c.d. “di massa”, vale a dire un'azione destinata a tutelare il ceto creditorio nella sua interezza⁷³.

Infine, in una prospettiva volta a individuare correttamente, in tale contesto, la persona offesa del reato – cui spetta gestire, in sede processuale, una serie di diritti e facoltà dalle ricadute di non poco momento –, preme osservare come nell'ottica del Codice della crisi l'oggetto giuridico dei reati concorsuali coincida con l'interesse alla conservazione della garanzia patrimoniale, posta a tutela dei creditori. Da qui, la difficoltà di individuare il curatore quale soggetto chiamato a rappresentare tutti i creditori in qualità di persone offese, vuoi perché tale soluzione pare basarsi su un concetto di rappresentanza ormai obsoleto, vuoi perché il curatore, nel sistema qui esaminato, svolge un ruolo

⁷¹ L'omissione è stata reputata «alquanto sconcertante» da SAMMARCO, *La costituzione di parte civile*, in *Trattato delle procedure concorsuali. I reati nelle procedure concorsuali. Gli adempimenti fiscali*, diretto da Ghia-Piccinini-Severini, Torino, 2012, 397, secondo il quale se la bancarotta fraudolenta «da un lato, è certamente la fattispecie più grave tra i reati fallimentari, tuttavia, sul piano delle conseguenze civilistiche del reato ed in particolare con riferimento al danno prodotto dall'illecito, non necessariamente comporta anche il più intenso livello di effetti civilistici». Di diverso avviso GIULIANI-BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Torino, 2012, 160. Sul punto, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari. I reati fallimentari, tributari, ambientali e dell'urbanistica*, Milano, 2008, 82 ss.

⁷² «Proposte di revisione delle disposizioni penali del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (Codice della crisi e dell'insolvenza, di seguito CCI) e del R.d. 16 marzo 1942 n. 267 (di seguito, legge fallimentare o LF)», cit., 40.

⁷³ Di contrario avviso, BISCARDI, *Processo penale e riforma delle procedure concorsuali tra innovazione, razionalizzazione e dubbi*, cit., 221.

di natura pubblicistica incardinato all'interno di una struttura complessa deputata a governare il compendio patrimoniale del debitore.

Vero ciò, nella consapevolezza di quanto sia disagiata - da un punto di vista processuale - individuare, quali persone offese, i creditori, in una prospettiva *de jure condendo*, parrebbe corretto individuare espressamente e in via esclusiva il curatore quale destinatario degli atti propri della persona offesa dai reati qui presi in considerazione.