

Confisca ex D. Lgs. 231/2001 e procedura fallimentare: un rapporto problematico.

di *Antonio Gilio*

Sommario: **1.** Il fallimento come causa di estinzione dell'illecito amministrativo: la tesi sostenuta dalla giurisprudenza di merito. – **2.** La sola cancellazione della società dal registro delle imprese – *rectius* morte del reo – estingue l'illecito: una sentenza "apripista" del Tribunale di Milano. – **3.** L'irrilevanza del fallimento sull'attribuzione della responsabilità da reato dell'ente: la "pietra tombale" della Suprema Corte. – **4.** Peculiarità della confisca nel sistema 231. – **5.** Confisca facoltativa o obbligatoria? – **6.** Terzi estranei, curatela fallimentare e legittimazione ad impugnare: il cambio di paradigma dalle S.U. 2004 Focarelli alle S.U. n. 11170/2015.

1. Il fallimento come causa di estinzione dell'illecito amministrativo: la tesi sostenuta dalla giurisprudenza di merito.

Le osservazioni che saranno svolte nel presente lavoro promanano da un interrogativo che si pone quale antecedente logico ed ineludibile a qualsivoglia considerazione: la società fallita può rispondere degli illeciti amministrativi di cui al D.lgs. 231/2001?

La risposta al quesito è tutt'altro che agevole ed i profili di complessità proliferano ove si pensi alla necessità di una lettura combinata delle disposizioni del Decreto e dei principi generali del diritto penale e processuale penale, applicabili se ed in quanto compatibili⁽¹⁾. Nell'architettura del D.lgs. 231/2001 non si rinviene alcuna norma specificatamente deputata a disciplinare l'incidenza del fallimento della società sull'accertamento dell'illecito amministrativo derivante da reato; né, tantomeno, una disposizione che regolamenti le sorti della sanzione già irrogata al sopravvenire del fallimento. Eppure, il rapporto con le vicende fallimentari presenta risvolti di particolare rilievo soprattutto alla luce dei principi ispiratori del sistema sanzionatorio introdotto a carico degli enti⁽²⁾. Come noto, infatti, il *fil rouge* seguito dal Legislatore del 2001 si muove nella faticosa ricerca di approntare un sistema in

¹ L'articolo 35 del D.lgs.231/2001 estende, infatti, all'ente la disciplina relativa all'imputato statuendo che <<All'ente si applicano le disposizioni processuali relative all'imputato, in quanto compatibili>>.

² Sul punto si veda P. DI GERONIMO, "Rapporti tra fallimento della società ed accertamento degli illeciti amministrativi dalla medesima commessi: profili problematici in tema di misure cautelari, trasmissibilità delle sanzioni e legittimazione processuale del curatore nel procedimento a carico della società", in *Resp .amm. soc. ed enti*, 2011, 1, 147.

grado di contemperare, allo stesso tempo, esigenze retributive e premiali in grado di ricondurre i comportamenti societari nel solco della legalità. Così, di primo acchito, parrebbe inopportuno sanzionare una società in costanza di fallimento atteso che la gestione da parte del curatore – organo che agisce per fini di giustizia - <<dovrebbe di per sé costituire una valida garanzia rispetto all'estensione dalla reiterazione di illeciti penali forieri di responsabilità *ex d.lgs. 231/2001 per la società*>> (3). E ciò tanto più se si consideri che in caso di fallimento la sanzione, specie quella pecuniaria, verrebbe a gravare non tanto sulla società quanto sulla curatela e, quindi, sui creditori che si troverebbero a concorrere con la pretesa punitiva dello Stato. In altri termini, chi osteggia[va] la possibilità di applicare le sanzioni delineate dal Decreto all'ente fallito osserva[va] che la sanzione colpirebbe soggetti estranei al fatto illecito con correlato scostamento critico dal canone di personalità della responsabilità e della pena sancito dall'art. 27 della Costituzione. Emblematica, sul punto, la ricostruzione operata in una pronuncia del g.i.p. di Palermo (4), secondo cui <<a seguito del fallimento la società versa in una situazione di inattività necessitata, tanto che la legittimazione attiva e passiva riguardante i rapporti facenti capo alla società fallita spettano al curatore, non avrebbe ragion d'essere l'applicazione, nei confronti di quest'ultimo soggetto estraneo all'illecito dell'impresa, di una sanzione vuoi di natura pecuniaria, vuoi di natura interdittiva o ablatoria. Si consideri, peraltro, che le sanzioni previste dalla normativa *ex d.lgs. 231/2001* hanno funzione retributive e special-preventive insieme, le quali rendono del tutto irragionevole una loro irrogazione ad un soggetto non coinvolto nella vicenda dell'illecito>>.

Pertanto, la riscontrata assenza di indicazioni legislative in merito ai suddetti rapporti ha indotto gli interpreti ad attingere soluzioni interpretative da altre fonti dell'ordinamento. In tale contesto, la giurisprudenza di merito ha tentato di risolvere l' "enigma" mutuando possibili soluzioni dai principi del diritto penale e, nello specifico, dall'art. 150 c.p. a norma del quale la morte del reo, ove intervenga prima della condanna, estingue il reato, ove intervenga successivamente alla condanna, estingue la pena.

Sulla base del citato principio, in uno con l'assenza dell'ipotesi di fallimento dal novero della disciplina dettata per le vicende modificative dell'ente – che consentono la comunicazione della responsabilità al soggetto subentrante solo in dipendenza della prosecuzione del precedente soggetto giuridico nel nuovo ente o dei benefici a quest'ultimo derivati – i giudici di merito asseriscono che <<il fallimento della società configura un'ipotesi del tutto assimilabile negli effetti alla morte del reo e , pertanto, l'illecito amministrativo dipendente da reato va dichiarato estinto per intervenuto fallimento della società>> (5).

³ P. DI GERONIMO, *op.cit.*, 148.

⁴ Trib. Palermo, ufficio g.i.p., 22 gennaio 2007, n. 48, in *Foro it.*, 2008, II, 258.

⁵ Trib. Palermo, ufficio gip, 22 gennaio 2007 n. 48, cit. In dottrina si veda la nota critica di DI FRESCO, *La "morte per fallimento" della società. Note a margine di una pronuncia in tema di "responsabilità da reato dell'ente*, in *Riv.pen.*, 2008, p. 797 e ss.

Altra giurisprudenza, pur con approcci differenti e confutando l'equiparazione *tout court* del fallimento alla morte del reo, perviene sostanzialmente alla medesima conclusione ma da una prospettiva sensibilmente differente. Con motivazione ancor più raffinata, il giudice opera, in fase di udienza preliminare, un giudizio prognostico sugli esiti del futuro dibattimento sostenendo l'inutilità del rinvio a giudizio a fronte di una situazione tale da portare obbligatoriamente alla cancellazione della società dal registro delle imprese: <<dinanzi all'assenza di elementi che facciano ritenere possibile un ritorno *in bonis* della società ed anzi essendo, in virtù del tempo ormai trascorso e della misura del passivo, ormai verosimile e prossima la chiusura del fallimento con conseguente (e doverosa) cancellazione dal registro delle imprese, un rinvio a giudizio della società (che aggraverebbe di ulteriori spese la curatela a "danno" della massa dei creditori) ed il conseguente dibattimento appaiono, allo stato, superflui, in ragione anche dei tempi di accertamento e dell'affermazione di una responsabilità, eminentemente di carattere patrimoniale, che non sarebbe suscettibile di essere portata ad esecuzione. Tale soluzione appare in questa sede percorribile coniugando il contenuto della valutazione giudiziale di cui al comma 3 (prognosi in concreto) con la natura della sentenza di non luogo a procedere>> (6).

2. La sola cancellazione della società dal registro delle imprese – *rectius* morte del reo – estingue l'illecito: una sentenza "apripista" del Tribunale di Milano.

Il Tribunale di Milano (7) si è confrontato per la prima volta con il tema relativo agli effetti prodotti dalla cancellazione del registro delle imprese in pendenza di un addebito di responsabilità amministrativa dipendente da reato (8), con particolare riguardo alla possibilità di acclarare l'estinzione dell'illecito analogamente a quanto avviene per le persone fisiche, nel caso di estinzione del reato per morte del reo.

L'*iter* argomentativo seguito dal giudice di merito prende le mosse dalla disciplina civilistica constatando che fino alla riforma operata dal D.lgs. 6 del 2003, la *quaestio iuris* della cancellazione della società dal registro delle imprese non presentava aspetti problematici, assumendo natura indiscussa, in giurisprudenza (9), l'assunto secondo cui l'effettiva estinzione della società non consegue all'esito meramente formale e contabile del procedimento di liquidazione, bensì alla completa definizione dei rapporti giuridici pendenti e soprattutto di tutte le passività sociali. In tale prospettiva, pertanto, persisteva la legittimazione processuale della persona giuridica anche dopo il provvedimento di cancellazione ed il processo poteva proseguire nei suoi confronti.

⁶ In questi termini, Tribunale di Roma, ufficio g.i.p., sentenza 9 gennaio 2012 – 7 febbraio 2012, in www.penalecontemporaneo.it

⁷ Tribunale di Milano, Sez. X Penale, sentenza del 20 ottobre 2011 in www.penalecontemporaneo.it

⁸ Sul tema v. R. QUINTANA, *L'estensione della normativa in caso di liquidazione o fallimento*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, Zanichelli, 2014, Bologna.

⁹ Tra le altre, Cassazione Civile, Sez. III, 20 ottobre 1998, n. 10380; Sez. II, 4 ottobre 1999, n.11021; Sez. I, 5 settembre 1996, n. 8099.

I termini del dibattito mutano radicalmente nel 2003 quando, con la modifica dell'art. 2945 del cod. civ., si ritiene che la cancellazione della società dal registro delle imprese non ha più natura meramente dichiarativa, bensì costitutiva e tale da comportare, al suo verificarsi, l'estinzione irreversibile dell'ente, anche qualora, successivamente, emergessero rapporti giuridici ancora pendenti ⁽¹⁰⁾.

Il mutamento del quadro normativo sul versante civilistico, secondo quanto afferma il Tribunale, riflette i suoi effetti sul piano della responsabilità amministrativa da reato degli enti collettivi. Il Tribunale meneghino si interroga, *in primis*, sulla possibilità per il giudice penale di dichiarare privo di effetti nel processo *de societate* il provvedimento di cancellazione, in quanto strumento elusivo alla disciplina della responsabilità da reato di cui al D.lgs. 231/2001. Tale approdo pare escluso dai principi sanciti dall'art. 27 della Carta Fondamentale per due ragioni: a) l'ente risponde per fatto proprio se gli si può imputare la c.d. "colpa di organizzazione" per non aver predisposto una serie di misure concretamente idonee a prevenire la commissione di reati del tipo di quello realizzato ⁽¹¹⁾; b) lo stesso parametro costituzionale postula, altresì, che le sanzioni previste dalla normativa assolvano ad una funzione retributiva e rieducativa. Appare, dunque, oltremodo evidente come non avrebbe ragion d'essere l'applicazione di misure interdittive, che per loro natura incidono sulla specifica attività dell'ente ed implicano che la persona giuridica sia ancora in essere e che possa proseguire nell'attività cui si riferisce l'illecito. Altrettanto inutile l'applicazione delle sanzioni pecuniarie, che aggrediscono il patrimonio dell'ente, atteso che nel caso di specie è già intervenuta la liquidazione e la successiva cancellazione dal registro delle imprese.

Del resto, l'eventuale credito dello Stato derivante dagli illeciti amministrativi dell'ente, una volta intervenuta la cancellazione, non potrebbe essere fatto valere nei confronti dei soci in quanto la sanzione verrebbe a colpire soggetti terzi rispetto alla società, in palese violazione del principio di personalità della responsabilità penale. Il giudice di prime cure prosegue scandagliando l'ulteriore possibilità di estendere, all'ipotesi di liquidazione con conseguente cancellazione dal registro, la normativa di cui agli artt. 28 e seguenti del Decreto in tema di vicende modificative dell'ente. Anche tale via non pare percorribile in quanto «a ciò osta, anzitutto, il principio consacrato all'art. 27, comma 1, del d.lgs. 2001, n. 231, il quale sancisce che dell'obbligazione per il pagamento della sanzione pecuniaria risponde soltanto l'ente con il suo patrimonio o fondo comune, rispetto al quale l'estensione a soggetti terzi della responsabilità è un'evidente eccezione. Le norme relative alle vicende modificative dell'ente sono, pertanto, di stretta applicazione e una loro estensione al di fuori dei casi espressamente disciplinati si tradurrebbe in una inammissibile

¹⁰ Secondo Cassazione Civile, Sez. I, 28 agosto 2006, n. 18618 «in relazione alle società di capitali e cooperative, la cancellazione dal registro delle imprese produce l'effetto costitutivo della estinzione irreversibile della società, anche in presenza di crediti insoddisfatti e di rapporti di altro tipo non definiti». Assunto confermato da Cassazione Civile, Sez. Un., 22 febbraio 2010, n. 4062.

¹¹ Cfr. Cass. Pen., Sez. VI, 18 febbraio 2010, Scarafia ed altro, in *Mass.Uff.*, n.247666.

analogia in *malam partem*. Mediante un'applicazione analogica di tali norme, inoltre, si introdurrebbe, in via surrettizia, una forma di responsabilità per fatto altrui che si porrebbe in evidente contrasto con i principi di responsabilità personale e di colpevolezza (art. 27 Cost.) (...) Né può essere adita la Corte Costituzionale, cui non può essere chiesta una pronuncia additiva in *malam partem*>> (12).

In definitiva, il quadro normativo vigente impone di affermare che l'estinzione della società a seguito della sua liquidazione e della sua cancellazione dal registro delle imprese comporta, ai fini penali, l'estinzione dell'illecito e la conseguente improcedibilità dell'azione, analogamente a quanto avviene nel caso di morte della persona fisica cui sia ascritto un reato (13).

3. L'irrelevanza del fallimento sull'attribuzione della responsabilità da reato all'ente: la "pietra tombale" della Suprema Corte.

La pronuncia resa dalla V Sezione della Corte di Cassazione (14) conferma la costante ermeneusi della giurisprudenza di legittimità, volta a negare all'intervenuto fallimento dell'ente effetto estintivo dell'illecito amministrativo (15).

In via preliminare, la Corte sottolinea come il fallimento non determini l'estinzione della società, la quale non consegue automaticamente nemmeno alla chiusura della procedura, essendo necessario un atto formale di cancellazione dell'ente da parte del curatore: fino a quel momento la società rimane in vita, con funzioni limitate e mantenendo la possibilità di tornare in *bonis* (16).

Escluso, quindi, che al fallimento conseguano l'estinzione formale e il venir meno della pretesa punitiva, si deve valutare se la condizione in cui si trova la società fallita possa assimilarsi alla morte della persona fisica così legittimando l'applicazione

¹² Tribunale di Milano, 20 ottobre 2011, cit.

¹³ In senso critico G. J. SICIGNANO, *Gli effetti della cancellazione della società dal registro delle imprese sulla responsabilità "da reato" dell'ente*, in www.penalecontemporaneo.it, secondo cui <<con il d.lgs. 6/2003 la riforma del diritto societario ha modificato radicalmente la disciplina degli effetti della cancellazione della società dal registro delle imprese e ha involontariamente posto le basi per l'elaborazione di uno strumento elusivo alla disciplina della responsabilità "da reato" degli enti, di cui al D.lgs. 8 giugno 2001 n.231>>.

¹⁴ Cass. Pen., Sez. V, sent. 26 settembre 2012 (ud.) – 15 novembre 2012 (dep.), n.44824.

¹⁵ Cass. Pen., Sez. II, 2 ottobre 2009, n.47171, che, a proposito di configurare il fallimento come causa di estinzione dell'illecito amministrativo, ha rilevato come simile causa estintiva <<(..)non sia prevista dalla legge 231/2001, la quale, invece, indica espressamente come causa di estinzione della responsabilità dell'ente la prescrizione per decorso del termine di legge e prevede altresì la improcedibilità nei confronti dell'ente quando sia intervenuta amnistia in relazione al reato presupposto>>. In tale pronuncia del 2009, la Corte ha anche sottolineato come <<solo quando la cessazione delle attività commerciali sia formalizzata con la cancellazione dal registro delle imprese possono ritenersi cessati gli obblighi di legge a carico dell'ente>>.

In dottrina nota adesiva di CORUCCI, *La morte del reo e il fallimento dell'ente: il parallelo che non c'è*, in *Riv. pen.* 2010, p. 515 e ss.

¹⁶ Cfr. A. SALVATORE, *Il fallimento della società non determina l'estinzione dell'illecito amministrativo da reato (commento a Cass. Pen. Sez. V, 5 novembre 2012, n. 44824)*, in *Resp. amm .soc. ed enti*, cit.

analogica – ove questa sia in astratto possibile – dell'articolo 150 c.p. Invero, caratteristica della morte fisiologica della persona fisica è la cessazione definitiva ed irreversibile di tutte le funzioni vitali ad essa connesse, la quale comporta l'estinzione del reato contestato la cui *ratio* riposa sull'intuibile diseconomicità di celebrare un processo nei confronti di una persona non più esistente, alla quale non potrebbe essere applicata una pena.

I connotati di definitività ed irreversibilità, invece, mal si conciliano con il fallimento laddove non solo non vi è cessazione formale dell'ente né sospensione completa di ogni attività, ma soprattutto si viene a creare una situazione suscettibile di regresso, ovvero di ritorno *in bonis* della società.

Solo la morte effettiva della persona fisica comporta l'estinzione del reato e dunque solo l'estinzione definitiva dell'ente può eventualmente determinare gli stessi effetti sulla sanzione prevista per l'illecito amministrativo da reato. In altre parole, quelle peraltro del giudice della legge, l'ente in costanza di fallimento può essere assimilato alla situazione di un <<malato grave, la cui morte è altamente probabile, ma non certa nel se e nel quando>> ⁽¹⁷⁾. Di qui l'annullamento della sentenza scrutinata dai giudici della Suprema Corte, in quanto <<non è possibile dichiarare l'estinzione dell'illecito da reato dell'ente basandosi su un giudizio prognostico sull'esito della procedura fallimentare, essendo necessario, comunque, attendere che si verifichi la morte dell'ente, cioè la cancellazione dal registro delle imprese richiesta dal curatore>> ⁽¹⁸⁾.

Ad avvalorare la tesi seguita dalla Cassazione si rileva che una eventuale sanzione pecuniaria, irrogata nel corso del fallimento, potrà legittimare la pretesa creditoria dello Stato al recupero dell'importo di natura economica mediante l'insinuazione al passivo. Tale possibilità è espressamente riconosciuta dall'art. 27 del D.lgs. 231/2001 che attribuisce, altresì, rango privilegiato ai crediti nascenti da sanzione pecuniaria derivante da illecito amministrativo dell'ente. Opinando diversamente si giungerebbe alla conclusione che la sanzione irrogata prima della sentenza di fallimento, poiché la morte del reo estingue sia il reato che la pena, <<non consentirebbe comunque la insinuazione al passivo, dal momento che anche la pretesa pecuniaria dovrebbe ritenersi a tal punto estinta ai sensi dell'art. 71 cod. pen.>> ⁽¹⁹⁾.

Inoltre, l'estinzione del reato non potrebbe essere giustificata da una eventuale difficoltà od anche impossibilità concreta di recupero del credito poiché il nostro ordinamento non contiene disposizioni in merito alla effettiva eseguibilità delle sentenze e, anzi, vige il principio di obbligatorietà dell'azione penale.

Quanto al mancato inserimento del fallimento tra le norme espressamente dedicate alle vicende modificative dell'ente (artt. 28-32 D.lgs. 231/2001), la Cassazione ritiene che non si è in presenza di una lacuna normativa ma di una precisa scelta del

¹⁷ Pag. 6 della sentenza in commento.

¹⁸ In questi termini P. CHIARAVIGLIO, *Responsabilità da reato della persona giuridica e fallimento della società: un rapporto problematico*, in www.penalecontemporaneo.it

¹⁹ Cass., Sez. V, 26 settembre 2012, cit., pag. 6.

Legislatore che ha ritenuto irrilevante tale evento ai fini dell'irrogazione della sanzione all'ente.

Il fallimento, infatti, non determina alcuna successione dell'ente collettivo e non ha personalità giuridica: <<a seguito del fallimento la società non cambia, ma viene esclusivamente sottoposta a una liquidazione di tipo concorsuale ad opera di un pubblico ufficiale e sotto il controllo dell'autorità giudiziaria. Non è legittimo, pertanto, una interpretazione a contrario, che ritiene di desumere dalla mancata contemplazione del fallimento negli articoli suddetti la sua esclusione dalla punibilità>> ⁽²⁰⁾.

Insomma, la disamina delle conseguenze della procedura concorsuale conduce la Corte di Cassazione ad affermare il principio secondo il quale il fallimento della società non è equiparabile alla morte del reo e quindi non determina l'estinzione della sanzione amministrativa prevista dal D.lgs. 231/2001.

Tuttavia, nonostante la netta decisione assunta dalla giurisprudenza di legittimità, è più che mai avvertita l'esigenza di un intervento legislativo che disciplini esplicitamente gli effetti del fallimento dell'ente, con particolare cura per le sorti della sanzione pecuniaria dovuta allo Stato.

Autorevole dottrina ⁽²¹⁾, infatti, non ha mancato di evidenziare problemi di raccordo tra l'art. 27 del D.lgs. 231/2001 ed alcune disposizioni della legge fallimentare. Invero, l'art. 52 l.f. afferma la soggezione al concorso per i crediti sorti anteriormente alla sentenza dichiarativa di fallimento, anche se non ancora accertati nell'*an* e nel *quantum*. Ed ancora, l'art. 111 l.f. annovera i crediti prededucibili – così qualificati da una specifica disposizione di legge e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali – tra quelli assoggettati al concorso pur se sorti successivamente alla dichiarazione di fallimento. Pertanto, problemi potrebbero sorgere allorché la sentenza del giudice penale che acclari il credito dello Stato, a seguito dell'accertamento dell'illecito, sia successiva al fallimento. Si porrebbero così due alternative: a) il credito dello Stato non può insinuarsi al passivo; b) ci sarebbe comunque la possibilità di partecipare al concorso atteso che il fatto illecito dal quale deriva la responsabilità dell'ente è anteriore alla sentenza dichiarativa del fallimento. Tale ultima ipotesi, seppur non peregrina, potrebbe creare un *vulnus* al principio costituzionale di presunzione d'innocenza perché di fatto presuppone la colpevolezza dell'ente prima della condanna definitiva.

Per tali ragioni si auspica l'intervento del Legislatore che possa chiarire definitivamente i dubbi che potrebbero prospettarsi in fase applicativa.

²⁰ Cass. Pen., Sez. V, 15 novembre 2012, cit.; cfr. in dottrina CHIAMETTI, *Sanzioni anche per le società fallite*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2013, 1, 191; SALVATORE, *Il fallimento della società non determina l'estinzione dell'illecito amministrativo da reato*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2013, 2, 255.

²¹ P. CHIARAVIGLIO, cit.

4. Peculiarità della confisca nel sistema 231.

La lettura del combinato disposto degli artt. 9 e 19 d.lgs. 231 del 2001 non lascia adito a dubbi in ordine alla configurazione impressa alla misura ablativa nel microsistema sanzionatorio in tema di criminalità d'impresa: essa assume inequivocabilmente le vesti di sanzione principale, obbligatoria ed autonoma rispetto alle altre previste a carico dell'ente⁽²²⁾.

Nel provvedimento ablatorio *de quo*, il riferimento alla pericolosità reale – autentico perno teorico della qualificazione della confisca come misura di sicurezza – non ha più ragion d'essere, risultando del tutto prevalente la valenza repressiva, connessa alla privazione patrimoniale dei proventi del crimine, che costituisce altresì il principale deterrente nei confronti di condotte imprenditoriali devianti ed orientate al conseguimento del massimo profitto⁽²³⁾.

Nell'istituto delineato dall'art. 19 d.lgs. 231/2001, in altre parole, << non è presente alcuna funzione di prevenzione e l'ablazione del patrimonio dell'ente giudicato responsabile in proporzione corrispondente all'arricchimento conseguente al delitto è una misura sanzionatoria, assolvendo ad una funzione ripristinatoria (...) della situazione economica precedente la commissione del fatto illecito>>⁽²⁴⁾.

La valorizzazione della fisionomia punitiva della confisca in esame comporta una serie di significative conseguenze sul piano operativo e, in particolare, l'estensione ad essa del corredo di principi garantistici che il *corpus* normativo del d.lgs. 231 contempla per tutte le sanzioni destinate a colpire l'ente responsabile⁽²⁵⁾.

In primo luogo, si pensi al principio di legalità, previsto dall'art. 2 d.lgs. 231/2001, a tenore del quale "L'ente non può essere ritenuto responsabile per un fatto costituente reato se la sua responsabilità amministrativa in relazione a quel reato e le relative sanzioni non sono espressamente previste da una legge entrata in vigore prima della commissione del fatto". In virtù di tale previsione, la confisca – essendo connotata dal medesimo carattere afflittivo e dallo stesso rapporto consequenziale alla commissione di un reato proprio della sanzione penale – non può trovare applicazione con riferimento a illeciti consumati prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 231 del 2001 o riguardo a fattispecie non ricomprese, al *tempus commissi*

²² In questi termini si esprime la dottrina pressoché unanime: si vedano, per tutti, EPIDENDIO, *Il sistema sanzionatorio e cautelare*, in BASSI-EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Milano 2006, p. 309 ss.; LOTTINI, *Sub art. 19 d.lgs. 231/2001*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di PALAZZO, PALIERO, Padova 2007, p. 2337. In giurisprudenza si vedano, nello stesso senso, Cass., Sez. II, 14 giugno 2006, Troso, in *Riv. giur. trib.*, 2007, I, p. 40 e Cass., sez. un., 27 marzo 2008 (dep. 2 luglio 2008), Fisia Italimpianti e altri, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, p. 1748.

²³ Così, chiaramente, SANTORIELLO, *La confisca del profitto del reato nel sistema punitivo nei confronti degli enti collettivi e delle persone giuridiche*, in *Giur. it.*, 2009, p. 2090.

²⁴ Così Cass., sez. II, 12 dicembre 2006, Ideal Standard Italia, in *CED Cass. pen.*, n. 235814 e, similmente, Cass., sez. II, 21 dicembre 2006, Spera, *ivi*, n. 235363.

²⁵ Sul punto si veda soprattutto EPIDENDIO, *op. ult. cit.*, p. 303.

delicti, nell'elenco dei reati-presupposto⁽²⁶⁾, ed inoltre i suoi presupposti applicativi dovrebbero interpretarsi nel modo più stringente possibile.

Ancora, in quanto sanzione principale e quindi inscindibilmente legata all'affermazione di responsabilità dell'ente, la confisca *ex art.* 19 non può essere disposta in caso di proscioglimento della persona giuridica per via di una causa di estinzione dell'illecito dipendente da reato *ex art.* 60 d.lgs. 231/2001, e qualora successivamente alla condanna intervenga un espediente tale da determinare la cessazione dell'esecuzione (ad es. l'*abolitio* del reato-presupposto ai sensi dell'art. 3 d.lgs. 231/2001), l'art. 74 d.lgs. 231 impone al giudice dell'esecuzione di disporre << la restituzione del bene confiscato, ove non sussistano diritti di terzi acquisiti in buona fede >>.

Inoltre, la confisca – al pari di ogni altra sanzione prevista nel decreto in esame – non potrà trovare applicazione nel caso in cui si prescriva l'illecito⁽²⁷⁾.

Venendo alla puntuale disciplina dell'istituto *de quo*, l'art. 19 d.lgs. 231/2001 prevede, al primo comma, la confisca obbligatoria, in caso di sentenza di condanna, del prezzo o del profitto del reato, salva la parte che può essere restituita al danneggiato e salvi i diritti acquisiti dai terzi in buona fede; ove non sia possibile procedere all'ablazione diretta, il secondo comma dispone che la confisca investa “somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente al prezzo o al profitto del reato”, introducendo così, anche in questa sede, la c.d. confisca per equivalente, tesa ad evitare <<che l'ente riesca comunque a godere illegittimamente dei proventi del reato ormai indisponibili per un'apprensione con le forme della confisca ordinaria>>⁽²⁸⁾.

Con riferimento al requisito della “condanna”, si è sviluppato, specie in letteratura, un dibattito intorno alla possibilità di disporre la confisca *ex art.* 19 anche nell'eventualità in cui il procedimento contro l'ente si concluda con sentenza di patteggiamento ai sensi degli artt. 63 d.lgs. 231/2001 e 444 ss. c.p.p.⁽²⁹⁾. In proposito, secondo una prima impostazione negativa (e minoritaria), osterebbe alla irrogabilità della confisca con applicazione di pena su richiesta delle parti lo stesso tenore letterale dell'art. 19, che si riferisce chiaramente alla sola “sentenza di condanna”, di talché l'opposta soluzione darebbe luogo ad un'inammissibile interpretazione analogica, chiaramente in *malam partem*, resa ancor più manifesta

²⁶ Così, oltre alle pronunce riportate *supra* in nota 3, anche Cass., sez. II, 22 novembre 2006, Soft Style srl, in *Riv. pen.*, 2007, p. 393 e Cass., sez. II, 21 dicembre 2006, n. 316, in *Cass. pen.*, 2007, p. 3721 e, più di recente, Cass., sez. VI, 18 gennaio 2011 (dep. 12 aprile 2011), n. 14564, in www.rivista231.it.

²⁷ In tema, vedesi RIVERDITI, *Commento all'art. 22*, in PRESUTTI, BERNASCONI, FIORIO (a cura di), *La responsabilità degli enti*, Padova 2008, p. 245 ss.

²⁸ Cfr. *Relazione al decreto legislativo n. 231/2001*, p. 42. Sul punto si veda anche AMATO, *La confisca “per equivalente” del profitto del reato nella responsabilità degli enti e delle persone fisiche: un sistema normativo non coordinato* in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2009, p. 147 ss.

²⁹ Sul tema, cfr., da ultimo GUIDO, *Sul rapporto tra confisca e sentenza di patteggiamento nel processo contra societatem*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p.1866 ss.

dal rilievo per cui ove il legislatore ha inteso consentire l'ablazione patrimoniale anche nel caso di patteggiamento ne ha fatto sempre esplicita previsione (ad es. nell'art. 322-ter c.p.). A ciò si aggiunga che l'art. 63 d.lgs. 231/2001 richiama la disciplina generale del patteggiamento, compreso l'art. 445 comma 1 c.p.p., che ammette la confisca nei soli casi dell'art. 240 c.p., non potendosi estendere tale rinvio alla misura di cui all'art. 19 d.lgs. 231/2001, che ha una sua specificità, una natura giuridica ed una *ratio* del tutto autonome⁽³⁰⁾.

La dottrina prevalente, al contrario, ritiene compatibile la confisca *ex art.* 19 con l'applicazione della pena su richiesta, in virtù di un duplice argomento di carattere sistematico⁽³¹⁾: a) il rinvio dinamico, operato dall'art. 63 d.lgs. 231/2001, investe anche l'art. 445 comma 1 c.p.p. – che, nel testo sostituito dall'art. 2 comma 1 lett. a) l. 12 giugno 2003, n. 134, fa riferimento all'intero art. 240 c.p., senza operare alcuna distinzione – e l'art. 445 comma 1 *bis* c.p.p., che equipara il patteggiamento ad una pronuncia di condanna, equiparazione che non presenterebbe alcuna nota di incompatibilità con la disciplina in esame; b) un'interpretazione sistematica, che ponga in collegamento la norma *ex art.* 19 con l'art. 6 comma 5 d.lgs. 231, non potrebbe condurre ad una diversa conclusione, risultando, per contro, assurdo che, nell'ipotesi di reato commesso da soggetto in posizione apicale, si debba comunque procedere alla confisca del profitto – nonostante il proscioglimento dell'ente per assenza di colpa organizzativa – mentre tale confisca non potrebbe essere disposta nel caso in cui venisse applicata all'ente la pena richiesta, con la paradossale conseguenza che, sotto il profilo economico, l'ente avrebbe, in ogni caso, maggior interesse a formulare richiesta di applicazione della sanzione piuttosto che ad ottenere una pronuncia assolutoria.

La prassi sembra, da ultimo, decisamente orientata a favore dell'applicabilità della confisca *ex art.* 19, anche per equivalente, in caso di patteggiamento, ritenendo, peraltro, del tutto irrilevante la circostanza per cui la confisca non abbia formato oggetto dell'accordo tra le parti, nella misura in cui sia comunque certa la determinazione dei beni costituenti il profitto del reato e perciò destinati all'ablazione⁽³²⁾.

³⁰ Cfr. AMATO, *op. cit.*, p. 152. Sul punto si veda anche PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo*, Torino 2006, p. 31, il quale sostiene, inoltre che il patteggiamento non implichi il riconoscimento di responsabilità necessario per l'applicazione di una sanzione, quale la confisca.

³¹ Così EPIDENDIO, *op. ult. cit.*, p. 304; FUSCO, *La sanzione della confisca in applicazione del d.lg. n. 231/2001*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2007, p. 63; CERQUA, *L'applicazione della sanzione su richiesta. Profili sistematici*, in *Giur. mer.*, 2007, p. 2694.

³² Così, Cass., sez. II, 4 febbraio 2011, n. 20046, in *Dir. e giust.*, 6 giugno 2011, secondo cui l'opposta tesi non può essere condivisa in quanto incoerente, in via generale, con l'ormai acquisita natura della sentenza di applicazione della pena su richiesta, la quale, a norma dell'art. 445 c.p.p., comma 2, "salve diverse disposizioni di legge, è equiparata a una pronuncia di condanna". In considerazione della natura della sentenza in questione, e in assenza di diverse disposizioni di legge in materia, ben può affermarsi che il termine "condanna" sta – nella norma *ex art.* 19 d.lgs. 231/2001 – a indicare sia la sentenza di

Ancora, ai sensi dell'art. 53 d.lgs. 231 del 2001, la misura ablativa *ex art. 19*, oltre ad essere disposta a titolo di sanzione in sede di pronuncia della sentenza di condanna, può essere anticipata in via cautelare, secondo il procedimento disciplinato per l'applicazione dell'omologo istituto del sequestro preventivo, finalizzato alla confisca, *ex art. 321 comma 2 c.p.p.*

L'operatività della confisca-sanzione *ex art. 19* incontra, come accennato, il duplice limite consistente nella parte (del profitto o del prezzo confiscabili) restituibile al danneggiato e nei diritti acquisiti, sui beni passibili di ablazione, da terzi in buona fede.

Sotto il primo profilo, la *ratio* della delimitazione sembrerebbe potersi rinvenire nel privilegio accordato alla funzione riparatoria – peraltro ampiamente valorizzata nel microcosmo sanzionatorio del d.lgs. 231/2001 – trovando altresì fondamento nell'obbligo alle restituzioni di cui all'art. 185 c.p.

A ciò si aggiunge che non avrebbe comunque senso sottrarre all'ente responsabile ciò di cui per altra via esso verrebbe privato, nella consapevolezza che, se la funzione principe della confisca-sanzione è quella di dissuadere l'ente potenzialmente deviante ammonendolo che non potrà in ogni caso godere delle utilità ricavate dal reato, << diviene indifferente che parte di queste vadano allo Stato piuttosto che ad un altro soggetto, purché gli vengano comunque sottratte >> ⁽³³⁾.

La collocazione della norma *de qua* nel primo comma dell'art. 19 d.lgs. 231/2001, ove è prevista soltanto la confisca diretta (e non per equivalente) dei proventi, in una con l'utilizzo del circoscritto termine "restituzione", costituiscono indici generalmente intesi nel senso che il limite all'ablazione valga esclusivamente per beni determinati, su cui il danneggiato possa far valere una specifica pretesa restitutoria.

La qualifica del provvedimento ablatorio di cui all'art. 19 come sanzione penale – comportando che esso, non essendo più collegato alla pericolosità della *res* confiscanda, ma avendo contenuto afflittivo, si debba rivolgere esclusivamente all'ente responsabile – dovrebbe guidare l'interprete nell'individuazione dell'effettiva portata dell'ulteriore clausola limitativa relativa ai diritti acquisiti dai terzi in buona fede ⁽³⁴⁾. In particolare, occorre valorizzare la più ampia formulazione adottata nella norma *de qua* – rispetto all'omologa limitazione contenuta nell'art.

condanna in senso stretto, sia quella con la quale sia stata applicata la pena su richiesta *ex art. 444 c.p.p.*

³³ Così LUNGHINI, MUSSO, *La confisca nel diritto penale*, in *Corr. Mer.*, Le Rassegne, 2, 2009, p. 41. Sotto questa luce, il limite *de quo* varrebbe altresì a scongiurare inique ed iper-afflittive duplicazioni del sacrificio patrimoniale imposto all'ente responsabile, che potrebbe trovarsi a far fronte, da un lato, all'ablazione di un ammontare equivalente al profitto tratto dall'illecito e, dall'altro, all'obbligazione restitutoria azionata dal danneggiato in sede civile, presumibilmente incidente sugli stessi importi ricavati dall'attività criminale.

³⁴ Si veda EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema della responsabilità degli enti*, Padova 2011, p. 413, il quale sottolinea come la diversità di natura e di *ratio* esistente tra la misura di sicurezza *ex art. 240 c.p.* e la confisca-sanzione di cui all'art. 19 d.lgs. 231/2001, dovrebbe mettere in guardia da facili automatismi nell'estensione a quest'ultima degli orientamenti interpretativi affermatasi riguardo alla prima.

240 comma 3 c.p., che richiama il generico, ma più limitato, termine di “appartenenza” – ammettendone l’applicabilità non solo quando i beni passibili di ablazione siano stati alienati o comunque trasferiti a soggetti terzi, ma anche qualora, in termini più ampi, sulle *res* confiscande insistano diritti di terzi in buona fede, che sarebbero comunque pregiudicati dalla confisca⁽³⁵⁾.

5. Confisca facoltativa o obbligatoria?

La formulazione della disposizione di riferimento (art. 19 d.lgs. 231/2001) impone una riflessione circa il carattere obbligatorio o facoltativo della confisca. E’ noto, infatti, che “nei confronti dell’ente è sempre disposta, con la sentenza di condanna, la confisca del prezzo o del profitto del reato” (co. 1), salvo che per la parte che può essere restituita al danneggiato e facendo salvi i diritti acquisiti dai terzi in buona fede e che “quando non è possibile eseguire la confisca” in parola, “la stessa può avere ad oggetto somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente al prezzo o al profitto del reato” (co. 2).

E’ altrettanto noto che la specifica formulazione legislativa, con riferimento al caso di confisca per equivalente, non replichi la formula normativa, consolidata rispetto ai casi analoghi contemplati dal codice penale (artt. 322 *ter*, 640 *quater*, 644, comma 6, 648 *quater* c.p.), alla cui stregua, invece, “è sempre ordinata la confisca”, anche per equivalente, per il caso in cui non sia possibile procedere all’ablazione, in favore dello Stato, dei beni che costituiscono il profitto o il prezzo del reato per cui si è proceduto.

Il punto, dunque, è stabilire se la confisca – che rientra nel processo penale *de societate* tra le sanzioni principali irrogabili nei confronti dell’ente collettivo di cui sia stata accertata la responsabilità ai sensi e per gli effetti dell’art. 9 d.lgs. 231 – sia obbligatoria anche nel caso in cui abbia ad oggetto somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente al prezzo o al profitto del reato.

Nonostante l’equivocità della specifica disposizione regolamentare e di una pronuncia isolata della Corte di Cassazione⁽³⁶⁾, non si può che aderire all’impostazione giurisprudenziale maggioritaria la cui ermeneusi è costante nell’affermare che si tratti, in entrambe le ipotesi di confisca, “di una sanzione principale, obbligatoria e autonoma rispetto alle altre pure previste nello stesso decreto legislativo”⁽³⁷⁾.

³⁵ In questi termini EPIDENDIO, *Il sistema sanzionatorio e cautelare*, cit. p. 320, secondo cui: “poiché la norma non richiede che i diritti dei terzi in buona fede debbano necessariamente consistere in diritti reali di proprietà, deve ritenersi che la proprietà formale del bene in capo al soggetto passivo della confisca non sia sufficiente a legittimare la confisca medesima quando sul bene insistano diritti di terzi in buona fede che sarebbero pregiudicati dalla confisca stessa”.

³⁶ Cass., Sez. V, 8 luglio 2008, F., in *Cass. pen.*, 2009, 3034, alla cui stregua, stante i toni dell’art. 19, comma 2, d.lgs. 231 del 2001, la confisca per equivalente, nel procedimento penale a carico degli enti collettivi, non è obbligatoria ma meramente facoltativa.

³⁷ Così, testualmente, Cass., Sez. un., 27 marzo 2008, Soc. F. ed altro, in *Guida dir.*, 2008, 31, 99.

Infatti, se “nell’applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore” (art. 12, comma 1, disp. prel. c.c.), << allora non è a discutersi che l’uso della locuzione “può”, contenuta nel secondo comma dell’art. 19 d.lgs. 231/2001, non trasformi in sanzione facoltativa la confisca di valore, ma significhi che affinché abbia luogo questo tipo di confisca il giudice debba preventivamente verificare una serie di condizioni, in presenza delle quali l’ablazione del profitto o del prezzo resta comunque obbligatoria>> ⁽³⁸⁾.

Se si considera poi che l’art. 6, comma 5, del d.lgs. 231/2001 sottolinea esplicitamente l’obbligatorietà della confisca per equivalente del profitto del reato (“è comunque disposta la confisca”) finanche nell’ipotesi in cui sia stata esclusa la responsabilità dell’ente in virtù dell’efficace attuazione di idonei modelli organizzativi volti alla prevenzione di reati della stessa specie, la ritenuta discrezionalità della vera e propria confisca-sanzione non può che risultare il frutto di un’interpretazione affrettata e illogica ⁽³⁹⁾.

Il *punctum dolens* della questione, invero, riguarda il sequestro preventivo di cose di cui è consentita la confisca *ex art. 53 d.lgs. 231/2001*, in relazione all’art. 19, ovvero la confisca per equivalente di esse ed, in particolare, qualora sia intervenuta la dichiarazione di fallimento dell’ente collettivo sottoposto a procedimento.

Tale disposizione, rubricata “sequestro preventivo”, prevede che “il giudice può disporre il sequestro delle cose di cui è consentita la confisca” a norma dell’art. 19, evidenziando così un’assoluta differenza rispetto all’istituto previsto dall’art. 321, comma 2 *bis*, c.p.p., ovvero al sequestro preventivo finalizzato alla confisca del profitto del reato *ex art. 322 ter c.p.*, alla cui stregua, invece, “(...) il giudice dispone il sequestro dei beni di cui è consentita la confisca”.

In relazione al sequestro la terminologia adottata dal legislatore appare seriamente indicativa dell’attribuzione al giudice di un potere discrezionale riguardante la necessità e l’estensione della misura ⁽⁴⁰⁾.

Tuttavia, al di là di sporadiche pronunce particolarmente attente e sensibili al tema delle condizioni generali di applicabilità della specifica misura provvisoria ⁽⁴¹⁾,

³⁸ In questi termini RANALDI, *Processo de societate, confisca del prezzo o del profitto del reato e teoria dei controlimiti: i “compiti” del curatore fallimentare*, in *Archivio Penale*, 2014, 1, 19.

³⁹ Sul punto, si veda COMPAGNA, *Obbligatorietà della confisca di valore e profili di discrezionalità nell’eventuale sequestro: il necessario contemperamento degli interessi costituzionali in gioco e l’ipotesi di fallimento*, in *Cass. pen.* 2009, 3040.

⁴⁰ E’ di tale avviso, COMPAGNA, *Obbligatorietà della confisca di valore e profili di discrezionalità nell’eventuale sequestro: il necessario contemperamento degli interessi costituzionali in gioco e l’ipotesi di fallimento*, cit., 3040.

⁴¹ Cass., Sez. VI, 31 maggio 2012, Soc. C., in *Guida dir.*, 2012, 42, 102, secondo cui: “in materia di responsabilità amministrativa degli enti, il sequestro preventivo finalizzato alla confisca (art. 53 in relazione all’art. 19 d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231) è prodromico all’applicazione di una sanzione principale, che, al pari delle altre sanzioni previste dall’art. 9 dello stesso decreto legislativo, può essere applicato solo a seguito dell’accertamento della responsabilità dell’ente. Proprio dalla natura di sanzione principale della confisca discende

l'indirizzo giurisprudenziale maggioritario ritiene l'intervento cautelare come precipuo dovere del giudice e non come mera facoltà, bypassando qualsivoglia verifica in termini di *periculum* e spingendosi fino ad affermare che “per il sequestro preventivo funzionale alla confisca non occorre la prova della sussistenza degli indizi di colpevolezza, né la loro gravità, né il *periculum* richiesto per il sequestro preventivo di cui al comma 1 dell'art. 321 c.p.p., essendo invece sufficiente accertare il presupposto della confiscabilità”⁽⁴²⁾.

L'orientamento testé citato appare viziato, così come sottolineato da autorevole dottrina, da una << petizione di principio >> : infatti, se il sequestro finalizzato alla confisca per equivalente non persegue le finalità preventive attribuite, invece, al sequestro c.d. impeditivo *ex art. 321, comma 1, c.p.p.*, ciò non autorizza a concludere che il mancato perseguimento di un simile obiettivo – laddove si tratti di cose non pertinenti al reato per cui si procede – debba determinare l'automatica applicazione della specifica cautela reale⁽⁴³⁾.

E' dunque fuori luogo la pedissequa trasposizione al sequestro *contra societatem* degli orientamenti affermatasi in relazione all'art. 321, comma 2, c.p.p. <<nel quale può effettivamente rinvenirsi una presunzione di pericolosità, legata però alle caratteristiche delle cose da confiscare (da sottoporre a sequestro preventivo nelle more dell'accertamento processuale proprio in quanto ritenute pericolose) e non alla astratta confiscabilità dei beni >>⁽⁴⁴⁾.

Invero, al netto della qualificazione di “sequestro preventivo” datagli dal legislatore la misura di cui all'art. 53 del d.lgs. 231/2001 – diversamente dal sequestro preventivo tradizionale e di quello finalizzato alla confisca *ex art. 240 c.p.* – si propone di assicurare la conservazione di un'adeguata garanzia patrimoniale in vista dell'eventuale futura acquisizione al patrimonio statale di beni dal valore equivalente all'utilità illecitamente conseguita. In altri termini, ed analogamente al sequestro conservativo, fronteggia il rischio di dispersione della garanzia patrimoniale.

Orbene, se è questa la reale funzione cui assolve il sequestro in parola, e trattandosi in ogni caso di una misura cautelare reale, pare arduo scorgere le ragioni per cui esso

che il “fumus delicti” richiesto per l'adozione del sequestro non può che coincidere con “i gravi indizi di responsabilità” dell'ente richiesti per l'applicazione della sanzione. Per l'effetto, i gravi indizi che consentono di disporre il sequestro devono coincidere con quegli elementi a carico, di natura logica o rappresentativa, anche indiretti, che sebbene non valgano di per sé a dimostrare “oltre ogni dubbio” l'attribuibilità dell'illecito all'ente con la certezza propria del giudizio di cognizione, tuttavia globalmente apprezzati nella loro consistenza e nella loro concatenazione logica, consentono di fondare, allo stato e tenuto conto della peculiarità della fase cautelare, una qualificata probabilità di colpevolezza dell'ente per l'illecito amministrativo contestato. Solo dopo la verifica della sussistenza dei gravi indizi, il giudice potrà poi procedere ad accertare il requisito del periculum, che riguarda esclusivamente l'individuazione e la quantificazione del profitto (o del prezzo) assoggettabile a confisca”.

⁴² Così, Sez. II, 22 marzo 2006 (ud. 16 febbraio 2006), Miritello, in *Riv. pen.*, 2007, p. 110.

⁴³ Convergono sul punto le considerazioni di RANALDI, *op. cit.*, p. 14 e COMPAGNA, *op. cit.*, p. 3041.

⁴⁴ In questi termini COMPAGNA, *op. cit.*, 3041.

debba trovare un'applicazione automatica. Ciò a maggior ragione nel caso in cui, come per l'appunto la concomitanza della procedura concorsuale, fossero acquisiti elementi che inducano ad escludere il rischio di dispersione della garanzia patrimoniale.

La ritenuta obbligatorietà del sequestro, peraltro, pone svariate questioni di costituzionalità nonché di tenuta logica del decreto stesso.

In primis, l'obbligatorietà del vincolo cautelare, che prescinde da una verifica in concreto circa il rischio di dispersione della garanzia patrimoniale, stride con quanto disposto dagli artt. 3, 27, comma 2, 41 e 42 della Carta costituzionale.

La stessa Corte Costituzionale ritiene, infatti, che << le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati (...). In particolare, l'irragionevolezza della presunzione assoluta si coglie tutte le volte in cui sia agevole formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa >> ⁽⁴⁵⁾.

Così facendo, inoltre, si travolgerebbe il principio di presunzione di non colpevolezza e, in pari tempo, non si verificherebbe se l'iniziativa economica si sia effettivamente svolta in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana ⁽⁴⁶⁾.

Del resto, non si può fare a meno di notare come il sequestro in commento possa risultare maggiormente pregiudizievole ed afflittivo di una misura cautelare interdittiva e, ciò nonostante, applicabile a prescindere dai presupposti e, quindi, dalle garanzie assicurate dall'art. 45 d.lgs. 231/2001.

Tra l'altro, la l. 29 settembre 2000, n. 300, con la quale il Governo era stato delegato a legiferare in materia di responsabilità da reato degli enti collettivi, aveva fissato alcuni specifici criteri direttivi tra cui l'applicabilità di determinate sanzioni interdittive anche in fase cautelare ⁽⁴⁷⁾. Dunque, con l'esplicito richiamo delle sole sanzioni interdittive, la legge delega aveva verosimilmente escluso la possibilità di una applicazione cautelare della sanzione della confisca.

⁴⁵ Corte Costituzionale, n. 265 del 2010.

⁴⁶ Così RANALDI, *op. cit.*, p.16.

⁴⁷ L. 29 settembre 2000, n. 300, (...) “i) prevedere la confisca del profitto o del prezzo del reato, anche nella forma per equivalente; l) prevedere, nei casi di particolare gravità, l'applicazione di una o più delle seguenti sanzioni in aggiunta alle sanzioni pecuniarie: 1) chiusura anche temporanea dello stabilimento o della sede commerciale; 2) sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; 3) interdizione anche temporanea dall'esercizio dell'attività ed eventuale nomina di altro soggetto per l'esercizio vicario della medesima quando la prosecuzione dell'attività è necessaria per evitare pregiudizi a terzi; 4) divieto anche temporaneo di contrattare con la pubblica amministrazione; 5) esclusione temporanea da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi, ed eventuale revoca di quelli già concessi; 6) divieto anche temporaneo di pubblicizzare beni e servizi; 7) pubblicazione della sentenza” (...) “o) prevedere che le sanzioni di cui alla lettera l) sono applicabili anche in sede cautelare, con adeguata tipizzazione dei requisiti richiesti”.

Pertanto, la scelta operata dal Governo solleva dubbi di illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 76 della Cost. dal momento che, nel silenzio della legge delega, anticipa indebitamente alla fase delle indagini preliminari una sanzione che avrebbe dovuto produrre effetti solo contestualmente alla condanna dell'ente ⁽⁴⁸⁾.

Un'ultima considerazione va riservata al fatto che, in base all'impostazione della sentenza delle Sezioni Unite n. 11170/2015 - di cui si dirà più approfonditamente *infra* – si determinerebbe la sostanziale carenza di soggetti legittimati e/o interessati ad impugnare il decreto di sequestro preventivo finalizzato alla confisca. Invero, se si esclude la legittimazione del curatore fallimentare e dei singoli creditori, l'unico soggetto formalmente legittimato a proporre l'impugnazione potrebbe individuarsi nella società fallita per il tramite degli organi di rappresentanza.

Sul piano teorico tale facoltà è sicuramente riconosciuta posto che l'art. 42 della l. fall. priva il fallito della "amministrazione e della disponibilità dei suoi beni", prevedendo che il curatore subentri esclusivamente nelle controversie pendenti ove il giudizio abbia ad oggetto rapporti di diritto patrimoniali. Tuttavia, è arduo ricondurre ai meri rapporti di diritto patrimoniale l'accertamento della responsabilità, sostanzialmente di natura penale, oggetto del procedimento che vede coinvolta la società fallita.

Ebbene, riconosciuta la legittimazione in capo alla società fallita a partecipare al procedimento penale per il tramite dei suoi organi e non con la rappresentanza del curatore, occorre verificare se vi sia effettivamente l'interesse ad impugnare il sequestro finalizzato alla confisca. Comportando il fallimento lo spossessamento dei beni del fallito e la loro attribuzione alla curatela, l'ipotesi che la società fallita abbia un reale interesse a proporre impugnazione avverso il decreto di sequestro finalizzato alla confisca è meramente teorico, atteso che nessun risultato giuridicamente apprezzabile conseguirebbe all'annullamento del decreto, in quanto i beni retrocederebbero non già alla società fallita bensì al curatore

<< Siffatta impostazione, non consentendo l'impugnazione all'unico soggetto – il curatore – realmente titolare di un interesse giuridicamente rilevante a rientrare nella piena disponibilità del bene, determinerebbe che il sequestro preventivo finalizzato alla confisca *ex art. 19 d.lgs. 231/2001* adottato nei confronti di una società fallita, sarebbe sottratto al controllo sulla legittimità della misura cautelare, circostanza che di per sé denota una qualche incoerenza nella complessiva ricostruzione del sistema >> ⁽⁴⁹⁾.

⁴⁸ In dottrina, si veda FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, Bologna University Press, 2007, p. 353. Dello stesso avviso anche COMPAGNA, *op. cit.*, 3045.

⁴⁹ Così 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 *Cass. pen.*, fasc. 9, 2015, 3031 e ss.

6. Terzi estranei, curatela fallimentare e legittimazione ad impugnare: il cambio di paradigma dalle S.U. 2004 Focarelli alle S.U. n. 11170/2015.

Con la sentenza n. 11170/2015, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sono intervenute su alcune articolate questioni relative ai limiti di opponibilità della confisca e ai rapporti tra sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente prevista dal d.lgs. 231/2001 e procedura fallimentare.

La Corte ha affrontato un triplice ordine di questioni:

- a) se, per disporre il sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente, con specifico riferimento all'ipotesi prevista dall'art. 19, comma secondo, d.lgs. 231/2001, il giudice, con riferimento ai beni acquisiti o da acquisire alla massa attiva di un fallimento, possa limitarsi ad accertare la confiscabilità di cespiti, restando irrilevanti ai fini delle sue determinazioni le esigenze tutelate dalla procedura concorsuale, o debba, invece, procedere ad una valutazione comparativa tra le ragioni di questa, e segnatamente dei creditori di buona fede, e quelle afferenti alla pretesa punitiva dello Stato;
- b) nel caso in cui si acceda alla seconda soluzione, se la verifica delle ragioni dei singoli creditori, al fine di accertarne la buona fede, debba essere compiuta dal giudice penale o dal giudice fallimentare, eventualmente in applicazione analogica della disciplina dettata per i sequestri di prevenzione dal Titolo IV del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (cd. codice antimafia);
- c) qualora si ritenga che il giudice penale abbia il dovere di valutare le ragioni della buona fede, se la sussistenza di detta condizione debba essere provata dal creditore istante o invece debba ritenersi presunta, in base al principio generale di cui all'art. 1147, comma terzo, cod. civ.

Giova rammentare come la prima delle questioni indicate fosse stato oggetto di esame, seppur non in relazione al tema della responsabilità da reato degli enti, dalle Sezioni Unite 24 maggio 2004, n. 29951 ("Focarelli").

Si trattava nella specie di un sequestro preventivo disposto in funzione della confisca facoltativa, prevista dall'art. 240, comma primo, cod. pen.

La questione controversa era "se sia consentito il sequestro preventivo finalizzato alla confisca facoltativa di beni provento di attività illecita dell'indagato e di pertinenza di impresa dichiarata fallita". Le Sezioni Unite, escluso in caso di confisca facoltativa la radicale insensibilità del sequestro alla procedura concorsuale, affidarono al potere discrezionale del giudice la conciliazione dei contrapposti interessi, affermando che il sequestro non era precluso, "a condizione che il giudice dia motivatamente conto della prevalenza delle ragioni sottese alla confisca rispetto a quelle attinenti alla tutela dei legittimi interessi dei creditori nella procedura fallimentare". Pertanto, all'esito della suddetta valutazione il bene avrebbe potuto anche essere restituito all'ufficio fallimentare.

Nell'occasione, in particolare, la Corte di Cassazione ebbe modo di affermare importanti principi di diritto – oggi in parte disattesi, come di seguito specificati – quali:

- il superamento della tesi secondo cui gli interessi perseguiti dalla procedura concorsuale non avesse rilievo pubblicistico, riconoscendo alla tutela della par condicio il rango di “altissimo interesse pubblico”,
- non escluse, in linea astratta, che lo spossessamento determinato dalla procedura concorsuale potesse assorbire la funzione del sequestro preventivo penale, contemperandola con la garanzia dei creditori sul patrimonio dell'imprenditore fallito;
- sottolineò come l'ordinamento penale non potesse essere indifferente alla garanzia dei creditori sul patrimonio del fallito quando la presunzione di pericolosità sottesa alla misura di sicurezza inerisse non alla cosa illecita in sé, ma alla relazione che la lega al soggetto che ha commesso il reato. (Sez. Un. 18 maggio 1994, n. 9, Comit Leasing s.p.a. in proc. Longarini; Sez. Un., 28 aprile 1999 n. 9 Bacherotti);
- definì il ruolo del curatore, considerato non come un soggetto privato che agisce in rappresentanza o in sostituzione (ex lege) del fallito e/o dei singoli creditori, ma, piuttosto, quale emerge dalle fonti del suo potere, dalle finalità istituzionalmente collegate al suo agire e dai controlli che presidiano la sua attività gestoria, come “un organo che svolge una funzione pubblica nell'ambito dell'amministrazione della giustizia, incardinato nell'ufficio fallimentare, a fianco del tribunale e del giudice delegato, quale ausiliario di giustizia e, di conseguenza, è sempre e costantemente “terzo” rispetto a tutti, perfino quando agisce per la tutela di un diritto già esistente nel patrimonio del fallito e che avrebbe potuto essere fatto valere da quest'ultimo se non fosse intervenuto il fallimento”;
- escluse, invece, che in ipotesi di confisca obbligatoria vi fossero margini di discrezionalità per il giudice in quanto le finalità del fallimento non sono in grado in tal caso di assorbire la funzione assolta dal sequestro, dovendo prevalere la esigenza preventiva di <<inibire l'utilizzazione di un bene intrinsecamente e oggettivamente pericoloso in vista della sua definitiva acquisizione da parte dello Stato; [sicché] le ragioni di tutela dei terzi creditori sono destinate ad essere pretermesse rispetto alla prevalente esigenza di tutela della collettività>> ⁽⁵⁰⁾.

Il presupposto dal quale le Sezioni Unite del 2015 hanno preso le mosse è quello per cui per risolvere i problemi derivanti dal rapporto tra il sequestro/confisca ex art. 19 d.lgs. 231/2001 e la procedura fallimentare sono necessari, da una parte, una impostazione diversa da quella seguita dalla sentenza “Focarelli”, nonché, dall'altra, il superamento dell'assunto secondo cui non vi sarebbero disposizioni legislative in materia, atteso che, invece, quantomeno per le ipotesi di sequestro/confisca in danno degli enti, l'art. 19 del d.lgs. 231/2001, se esaminato, nella sua lettura e nella sua

⁵⁰ Cfr. Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario, “*Rassegna della giurisprudenza di legittimità, Gli orientamenti delle Sezioni Penali, anno 2015*, in www.cortedicassazione.it

logica, consente una ricostruzione precisa dell'istituto del sequestro/confisca e una coerente ricostruzione del rapporto tra tale istituto e la eventuale procedura fallimentare a carico dell'ente.

Già si è ampiamente detto di come la disposizione di cui all'art. 19 d.lgs. 231/2001 preveda che la confisca del profitto (o del prezzo) del reato venga disposta << salvo che per la parte che può essere restituita al danneggiato >> e << fatti salvi i diritti acquisiti dai terzi in buona fede >>. Tuttavia, le Sezioni Unite, con la sentenza n. 11170/2015, hanno precisato che la tutela accordata dall'art. 19 citato riguarda esclusivamente i titolari del diritto di proprietà acquisito in buona fede, oltre agli altri diritti reali insistenti sui predetti beni, mobili o immobili che siano. Viceversa, i diritti di credito – quali sono quelli azionati in sede fallimentare – non trovano alcuna salvaguardia nella previsione normativa in commento.

Tale affermazione sembrerebbe precludere che i creditori ammessi al passivo fallimentare possano trovare forme di tutela in base al richiamato art. 19 nonostante, nel prosieguo della motivazione, la Suprema Corte compie un cambio di prospettiva, in qualche modo riconducendo i creditori nel novero dei terzi titolari di diritti sui beni del fallito assoggettabili a confisca.

Si sostiene, in primo luogo, che tra il sequestro finalizzato alla confisca ed il fallimento della società non si porrebbe alcun contrasto, atteso che l'imposizione sui medesimi beni di vincoli aventi fondamento e natura difforme non comporta alcuna compromissione delle finalità perseguite da ciascun procedimento ma, addirittura, costituirebbe una tutela rafforzata in quanto il sequestro svolge una funzione conservativa dei beni, idonea a garantire una indiretta tutela rafforzata anche degli interessi dei creditori.

La Corte sottolinea, inoltre, come la tutela accordata dall'art. 19 d.lgs. 231/2001 ai terzi in buona fede non pone alcuna limitazione temporale e, pertanto, ben potrebbe essere riconosciuto il diritto del terzo alla restituzione del bene confiscato anche dopo che il provvedimento sia divenuto definitivo. Orbene, in caso di confisca disposta in pendenza della procedura fallimentare, il diritto del terzo che venisse riconosciuto solo dopo e per effetto della chiusura del fallimento, potrebbe ugualmente trovare tutela in sede penale dinanzi al giudice dell'esecuzione.

Ma il passaggio motivazionale che desta maggiori perplessità è quello in cui la Corte afferma testualmente che << coloro che si insinuano nel fallimento vantando un diritto di credito non possono essere ritenuti per tale solo fatto titolari di un diritto reale sul bene ai sensi e per gli effetti previsti dall'art. 19 del decreto sulla responsabilità degli enti, perché sarà proprio con la procedura fallimentare che, sulla scorta delle scritture contabili e degli altri elementi conoscitivi propri della procedura, si stabilirà se il credito vantato possa o meno essere ammesso al passivo fallimentare.

Il curatore nel contempo individuerà tutti i beni che debbono formare la massa attiva del fallimento, arricchendola degli eventuali esiti favorevoli di azioni revocatorie, e soltanto alla fine della procedura si potrà, previa vendita dei beni ed autorizzazione

da parte del giudice delegato del piano di riparto, procedere alla assegnazione dei beni ai creditori.

È solo in questo momento che i creditori potranno essere ritenuti titolari di un diritto sui beni che potranno far valere nelle sedi adeguate >> ⁽⁵¹⁾.

Il ragionamento seguito dalla Corte indurrebbe a pensare che siano gli stessi creditori, divenuti titolari di un diritto sui beni del fallito, a far valere la pretesa restitutoria dinanzi al giudice penale ⁽⁵²⁾.

Invero, una simile prospettiva appare di difficile attuazione, atteso che – come affermato in premessa dalla medesima sentenza – la tutela dei terzi concerne la titolarità di diritti reali; mal si concilia tale previsione con la posizione dei creditori ammessi al passivo fallimentare che, anche all’esito del riparto dell’attivo, vantano essenzialmente il diritto a ricevere *pro quota* l’importo realizzato dal curatore nella fase liquidatoria, ma non certo un’assegnazione diretta dei beni e, quindi, non si comprende come potrebbero ottenere una tutela a fronte della confisca di beni originariamente appartenuti alla società fallita.

Ma v’è di più. La Corte sembra lasciar intendere che il bene sottoposto a sequestro finalizzato alla confisca non verrebbe ad essere sottratto alla procedura fallimentare ed, addirittura, il sequestro rappresenterebbe un’ulteriore tutela avverso il rischio di dispersione dei beni. Ma, sul piano pratico, l’imposizione del sequestro finalizzato alla confisca determina l’immediata sottrazione della disponibilità del bene in capo al curatore, e ne impedisce anche la vendita. Nel caso, invece, si disponga il sequestro per equivalente su somme di denaro, le stesse non potranno essere apprese dal curatore e destinate alla formazione dell’attivo fallimentare. Ancora, qualora la confisca dovesse intervenire prima della definizione della procedura fallimentare, la società perderebbe definitivamente la proprietà del bene e, pertanto, il curatore non potrebbe inserirlo tra i cespiti attivi sui quali procedere alla fase liquidatoria ⁽⁵³⁾

⁵¹ In motivazione, le Sezioni unite affermano che la sede competente in cui il terzo titolare di diritti acquisiti in buona fede potrà chiederne il riconoscimento è necessariamente quella penale, precisando che ove il giudizio non sia definitivo sarà competente il giudice che procede, mentre, in caso di passaggio in giudicato della sentenza che ha disposto la confisca dei beni, l’istanza di restituzione dovrà essere rivolta al giudice dell’esecuzione.

⁵² Tale impostazione pervade l’intera motivazione della sentenza in commento, tant’è che nel prosieguo della motivazione si ribadisce testualmente che «il creditore che non abbia ancora ottenuto l’assegnazione del bene a conclusione della procedura concorsuale non può assolutamente essere considerato terzo titolare di un diritto acquisito in buona fede, perché prima di tale momento il creditore vanta una semplice pretesa, ma non certo la titolarità di un diritto reale su un bene...(omissis).... Insomma il curatore non è titolare di alcun diritto sui beni, avendo esclusivamente compiti gestionali e mirati al soddisfacimento dei creditori (così Sez. V, n. 1926 del 30 marzo 2000, Vasaturo, Rv. 216540), e non può agire in rappresentanza dei creditori, 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».

⁵³ In questi termini, 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 *Cass. pen.*, fasc. 9, 2015, 3031 e ss.

Appare, pertanto, altamente plausibile che l'imposizione del vincolo cautelare rappresenti per la procedura fallimentare un insuperabile limite alla disponibilità del bene, limite a fronte del quale l'ipotetica tutela riconosciuta ai creditori in esito alla chiusura del fallimento appare non conforme allo schema tipico della procedura concorsuale. La tesi sostenuta dalla Suprema Corte volta a focalizzare l'esistenza di un rimedio giuridico che consenta, anche in fase esecutiva, di pervenire alla revoca della confisca, non considera che il bene rimasto sempre nella proprietà della società fallita rispetto al quale, pertanto, non si è mai formato un acquisto legittimo in favore di un terzo in buona fede, è necessariamente destinato ad essere sottratto all'attivo fallimentare.

A ben vedere, il meccanismo delineato dalle Sezioni Unite risulta congeniale ad una fattispecie diversa e peculiare che si realizza qualora il bene sia acquisito alla massa fallimentare e poi ceduto a terzi, per essere solo successivamente attinto dal provvedimento di confisca. Una simile evenienza – peraltro esaminata dalla Cassazione nella sentenza Sez. VI, 10 gennaio 2013, n. 19051 – consentirebbe effettivamente di ritenere che il soggetto che acquista il bene in sede fallimentare, prima ancora che sia stato imposto anche il vincolo cautelare del sequestro, acquisisce un diritto di proprietà in buona fede che, in quanto tale, è senz'altro suscettibile di tutela in conformità alla previsione dell'art. 19 d.lgs. 231/2001. Al di là di tale fattispecie, la tutela dei terzi acquirenti in buona fede va essenzialmente riferita a coloro che abbiano acquistato un diritto reale prima dell'intervento del decreto di sequestro finalizzato alla confisca e a prescindere che fosse o meno intervenuto il fallimento dell'ente. Nei confronti di costoro l'art. 19 d.lgs. 231/2001 prevede una disciplina ampiamente idonea a garantirne la tutela dei diritti, ma si oserebbe troppo ad estendere tale previsione con la finalità di fondarvi la regolamentazione dei rapporti tra confisca e fallimento della società responsabile *ex d.lgs. 231/2001*. Infatti in presenza del fallimento, come del resto evidenziato dalle stesse Sezioni Unite, ciò che viene essenzialmente in rilievo sono i diritti di credito vantati nei confronti della società fallita, diritti che esulano da quelli rispetto ai quali il concetto di acquirente in buona fede è normativamente previsto.

Pertanto, il sistema delineato dalle Sezioni Unite, lungi dal consentire un'effettiva preminenza dei diritti legittimamente spettanti ai terzi estranei al reato, determina una sostanziale intangibilità della confisca, tanto più quando la stessa sia stata preceduta dal sequestro disposto in pendenza della procedura fallimentare. L'impedimento alla disponibilità del bene che consegue al sequestro è, infatti, tale da impedire di ricomprendere lo stesso nella massa attiva, sicché certamente non potrà essere venduto a terzi dal curatore per poi procedere al riparto dell'attivo. Gli unici terzi che potranno effettivamente ricevere tutela, pertanto, saranno solo gli eventuali acquirenti di diritti reali sul bene oggetto di sequestro, a condizione ovviamente che possano dimostrare il requisito della buona fede secondo l'accezione proposta dalle Sezioni Unite.

Acclarato che la confisca non determini in concreto un potenziale pregiudizio per la ricostruzione dell'attivo fallimentare, ne conseguono rilevanti effetti anche sulla questione, strettamente connessa, concernente l'attribuzione al curatore fallimentare della legittimazione ad opporsi al sequestro preventivo, eventualmente proponendo riesame e chiedendo la restituzione dei beni. A tale conclusione le Sezioni Unite sono giunte sul presupposto, affermato in apparente contraddizione con la tesi della natura obbligatoria della confisca, che la massa fallimentare non subirebbe alcun concreto pregiudizio a seguito del provvedimento di sequestro, sicché né il curatore, tanto meno i singoli creditori, sarebbero legittimati a dolersene. Si afferma, infatti, che « il creditore che non abbia ancora ottenuto l'assegnazione del bene a conclusione della procedura concorsuale non può assolutamente essere considerato terzo titolare di un diritto acquisito in buona fede, perché prima di tale momento il creditore vanta una semplice pretesa, ma non certo la titolarità di un diritto reale su un bene »; per quanto concerne il curatore, invece, egli pur essendo terzo rispetto al procedimento volto al sequestro e confisca dei beni appartenuti alla società fallita, non può qualificarsi come mero rappresentante degli interessi dei creditori, essendo un soggetto gravato da un *munus* pubblico dal contenuto prettamente gestionale e liquidatorio⁽⁵⁴⁾.

Tali conclusioni destano perplessità sotto un duplice profilo. In primo luogo non appare esaustivo impostare la questione esclusivamente sul piano dell'interesse ad impugnare incentrato sul fatto che il sequestro e la confisca non determinerebbero una definitiva sottrazione del bene alla massa fallimentare. Tale affermazione stride con il presupposto dal quale origina l'argomentazione seguita dalle Sezioni Unite e, cioè, che la confisca, essendo una sanzione principale ed autonoma rispetto a quella pecuniaria, si attua obbligatoriamente e senza che il giudice abbia spazi residuali per contemperarne gli effetti rispetto all'interesse del creditore.

Ma anche laddove si ammettesse che, pur a seguito della confisca, residui uno spazio per il concorso tra lo Stato ed i creditori sul medesimo bene, ciò non escluderebbe ugualmente un interesse concreto e giuridicamente rilevante rispetto all'impugnazione da parte del curatore. È oltremodo evidente come l'adozione del sequestro preventivo finalizzato alla confisca imponga sul bene un vincolo aggiuntivo rispetto a quello del fallimento che, pur potendo coesistere, determina ugualmente delle limitazioni considerevoli nella gestione e disponibilità del bene da parte del curatore. Basti pensare che in costanza di sequestro finalizzato alla confisca, certamente non sarà consentito al curatore fallimentare di procedere alla vendita del bene, né si vede come il bene possa essere attratto all'attivo fallimentare.

⁵⁴ Sul punto si vedano anche ACCINNI – BIGNAZZI, *Il fallimento della società e la confisca ex art. 19 d.lgs. 231/2001: profili applicativi alla luce anche della recente pronuncia delle Sezioni Unite n. 11170 depositata in data 17 marzo 2015*, in *Rivista* 231, 2015, 2; CHIARAVIGLIO, *I rapporti tra sequestro/confisca e fallimento secondo una recente Sentenza delle Sezioni Unite: interrogativi e problemi irrisolti*, in *Rivista dei Dottori Commercialisti* 2015, 2; RIVERDITI, *Le Sezioni Unite individuano il punto di equilibrio tra confisca ex d.lgs. 231 e vincolo imposto dal fallimento sui beni del fallito*, in www.penalecontemporaneo.it

Ne consegue che, una volta disposto il sequestro preventivo, il bene verrà totalmente sottratto alla procedura fallimentare, né è agevole come si possa addivenire a quella tutela dei terzi in buona fede che pure, secondo le Sezioni Unite, dovrebbero costituire il principale strumento per contemperare l'interesse dei creditori con la pretesa punitiva dello Stato.

In definitiva, è difficilmente sostenibile che il curatore fallimentare possa non vantare un interesse diretto e giuridicamente rilevante a che i beni appartenuti al fallito gli pervengano liberi da vincoli di natura diversa da quelli fallimentari, sicché resta esclusivamente da verificare se la qualifica soggettiva del curatore sia di per sé fonte di legittimazione ad opporsi al sequestro.

La Suprema Corte sostiene che il curatore, non essendo titolare di diritti reali sul bene sequestrato, non sarebbe legittimato a chiederne il dissequestro, non potendo neppure agire quale rappresentante dei creditori.

Tuttavia, la Corte pare obliterare un argomento di rilievo generale desumibile dalla disciplina del sequestro preventivo, applicabile anche nel caso di specie atteso il richiamo operato alla disciplina codicistica operato dall'art. 53 d.lgs. 231/2001. L'art. 322 c.p.p., nell'elencare i soggetti legittimati a proporre riesame avverso il decreto di sequestro preventivo, indica anche il soggetto "che avrebbe diritto...alla restituzione", senza specificare né limitare in alcun modo il titolo da cui discende la pretesa restitutoria. La giurisprudenza formatasi in materia ha costantemente riconosciuto la legittimazione ad impugnare al soggetto, diverso dal proprietario del bene, che possa comunque dimostrare che il provvedimento ablativo abbia prodotto una lesione nella sua sfera giuridica e lo scopo perseguito sia un risultato a lui giuridicamente favorevole. La legittimazione a proporre il riesame, pertanto, discende non già dall'affermazione di un diritto reale sul bene sequestrato, dovendo riconoscersi l'interesse a proporre riesame a chi, indipendentemente dall'essere titolare del bene, può conseguire un risultato giuridicamente favorevole⁽⁵⁵⁾.

Trasferendo tali principi alla figura del curatore fallimentare è facile osservare come questi, pur non essendo titolare di un diritto reale sui beni del fallito, è sicuramente investito della custodia degli stessi e del loro impiego per la finalità della procedura, sicché può vantare un titolo giuridico, peraltro correlato all'esercizio di una funzione pubblicistica, che gli attribuisce il diritto alla restituzione dei beni indebitamente sottoposti a sequestro preventivo.

Peraltro, le stesse Sezioni Unite nella sentenza n. 29951/04 (Focarelli) avevano riconosciuto al curatore fallimentare, nell'espletamento dei compiti di amministrazione del patrimonio fallimentare, la facoltà 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 ricorrere per cassazione ai sensi dell'art. 325 del codice di rito avverso le relative ordinanze emesse dal tribunale del riesame. In quell'occasione, la Corte aveva precisato che in questi casi il curatore agisce, previa autorizzazione del giudice delegato, per la rimozione di un atto pregiudizievole ai

⁵⁵ DI GERONIMO, *op. cit.*

fini della reintegrazione del patrimonio, attendendo alla sua funzione istituzionale rivolta alla ricostruzione dell'attivo fallimentare.

Diviene, quindi, problematico interrogarsi sul destino dei creditori ammessi al passivo fallimentare, i cui diritti, in costanza di procedura fallimentare, sono appunto inderogabilmente gestiti da quello stesso curatore fallimentare che, per le anzidette ragioni, non può considerarsi "terzo estraneo" e carente di qualsivoglia legittimazione per far fronte alla tutela di quegli interessi.

Concludendo su questo specifico punto, non può che notarsi come la sentenza da ultimo pronunciata dalle Sezioni Unite inneschi un pericoloso "cortocircuito" afferente al sequestro preventivo finalizzato alla confisca disposto a carico dei beni di una società fallita. Infatti, nel caso di richiesta di apposizione del vincolo cautelare reale finalizzato alla confisca ex artt. 19 e 53 d.lgs. 231/2001 in costanza di una procedura concorsuale, non sarà possibile per il giudice valutare le ragioni dei creditori, poiché non ancora assimilabili ai terzi in buona fede. Una volta poi escluso che il curatore fallimentare possa agire in tutela dei creditori in sede di impugnazione cautelare, ne seguirebbe altresì che nelle more della procedura concorsuale nessuno sarebbe legittimato a ricorrere contro il provvedimento di sequestro, in palese contrasto con la disposizione di cui all'art. 322, comma 1, c.p.p. ⁽⁵⁶⁾.

Pertanto, l'eventuale applicazione di una misura cautelare reale direttamente sull'attivo della procedura fallimentare potrebbe comportare una vera e propria paralisi del suo fisiologico svolgimento, non potendo il curatore né disporre di quanto sottoposto a vincolo cautelare e neppure legittimamente proporre impugnazione avverso l'intervenuto provvedimento di sequestro. Si creerebbe così una situazione di stallo che comporterebbe l'impossibilità per il curatore di poter procedere alla definizione e quindi alla chiusura della stessa procedura fallimentare, non potendo così i creditori ottenere quello *status* di effettivi titolari di un diritto sui beni oggetto del fallimento: *status* che può essere infatti maturato solo alla fine della procedura fallimentare e la cui sussistenza è necessaria (ad avviso delle stesse Sezioni Unite) affinché i medesimi creditori siano legittimati ad adire il giudice della cognizione al fine di poter far valere la loro posizione di terzi in buona fede ⁽⁵⁷⁾.

Ulteriori perplessità discendono dalla completa omologazione, così come si desume dal ragionamento seguito dalla Corte, tra sanzione pecuniaria e confisca ⁽⁵⁸⁾.

⁵⁶ Così ACCINNI – BIGNAZZI, *op. cit.*, p. 39.

⁵⁷ Vedi nota che precede.

⁵⁸ Sul punto v. CHIARAVIGLIO, *op. cit.*, p. 299 secondo cui "...la misura ablativa è, incontestabilmente, equiparabile alla pena in relazione al suo carattere spiccatamente afflittivo: ma della pena vera e propria non possiede quella ulteriore essenziale connotazione che è costituita dalla finalità di prevenzione generale e speciale, come è testimoniato dall'opinione ormai corrente che riconosce alla misura un peculiare scopo, ripristinatorio, e cioè diretto a restaurare l'ordine leso dal reato impedendo che il responsabile abbia a goderne i frutti.

A riprova possono essere addotte anche considerazioni afferenti il diverso ruolo della pena vera e propria e della confisca rispetto alla struttura del reato: mentre la prima è conseguenza ineluttabile del fatto tipico, non così la confisca che a tale struttura è del tutto estranea e presuppone, anche quando obbligatoria, il verificarsi di una conseguenza dell'illecito del

Procedendo all'esegesi dell'art. 27 d.lgs. 231/2001 – che, come noto, regola la responsabilità patrimoniale per le sanzioni conseguenti all'accertamento degli illeciti dipendenti da reato – la Cassazione ne desume che «se venga disposta la confisca dei beni in pendenza di una procedura fallimentare sugli stessi, lo Stato potrà insinuarsi nel fallimento per far valere il proprio diritto, che sarà soddisfatto dopo che siano stati salvaguardati i diritti dei terzi acquistati in buona fede»; in quest'ottica i provvedimenti di sequestro e confisca non comporterebbero alcuna riduzione del patrimonio assoggettabile al concorso dei creditori in quanto «lo Stato, come si è visto in precedenza, potrà far valere il suo diritto sui beni sottoposti a vincolo fallimentare, salvaguardando i diritti riconosciuti ai creditori, soltanto a conclusione della procedura». Dal complesso motivazionale, sembrerebbe di poter evincere che il bene confiscato verrebbe definitivamente acquisito dallo Stato solo in via residuale e dopo che la procedura concorsuale si è esaurita, sull'eventuale residuo.

Ebbene, tali conclusioni non appaiono immuni da dubbi, dato che la previsione dell'art. 27 d.lgs. 231/2001 concerne i crediti dello Stato e, quindi, il riferimento è chiaramente rivolto alla sanzione pecuniaria, rispetto alla quale è pacificamente riconosciuto che lo Stato, in caso di fallimento, concorra con i restanti creditori.

Va, dunque, verificato se la confisca, anche se eseguita per equivalente su somme di denaro, possa essere equiparata alla sanzione pecuniaria, essendo una sanzione di natura e specie diversa che, peraltro, ha un contenuto determinato in relazione al profitto o al prezzo del reato, essendo questi gli unici cespiti aggredibili.

Occorre interrogarsi se la confisca possa o meno considerarsi – alla stregua di quanto avviene per la sanzione pecuniaria – un credito al pari delle restanti pretese azionate nella procedura fallimentare⁽⁵⁹⁾. Sul punto non può farsi a meno di rilevare le profonde differenze che intercorrono tra i due istituti. La sanzione pecuniaria, infatti, è costituita da una pretesa creditoria che nasce per effetto dell'affermazione della responsabilità dell'ente e consiste, fin dall'origine, in un credito avente ad oggetto il pagamento di una somma di denaro.

Ben diversa è la struttura della confisca⁽⁶⁰⁾ che nella sua forma tipica concerne il prezzo o il profitto del reato e può essere materialmente costituita da qualunque bene, mobile o immobile. La circostanza che nella prassi, considerata anche la possibilità

tutto eventuale che però funge, salvo una specifica eccezione, da condizione indefettibile della ammissibilità della misura, vale a dire un concreto incremento patrimoniale».

⁵⁹ A favore della tesi secondo cui integrerebbe un rapporto debitorio anche l'applicazione della confisca si è espresso Platania, *L'evidenziazione contabile delle sanzioni ex d.lgs. n. 231 del 2001 e vicende modificative dell'ente*, in *Società*, 2002, p. 543; favorevole a ricomprendere la confisca tra i “crediti pecuniari” conseguenti all'illecito amministrativo è anche Santi, *La responsabilità delle società e degli enti*, Giuffrè, 2004, p. 355.

⁶⁰ A favore dell'autonomia della confisca rispetto alle altre sanzioni amministrative previste dal d.lgs. n. 231/2001 prende chiaramente posizione Sez. un., 27 marzo 2008, n. 26654, cit., lì dove ricostruisce il sistema sanzionatorio secondo un'articolazione binaria basata su sanzione pecuniaria ed sanzioni interdittive, rispetto a tale assetto la confisca e la pubblicazione della sentenza di condanna si pongono in posizione autonoma e distinta, proprio per la peculiarità dei fini che perseguono e per la diversa struttura che assumono.

di eseguire la confisca per equivalente, tale sanzione sovente si traduce nell'apprensione di una somma di denaro non muta la pretesa punitiva trasformandola *ab origine* in un credito dello Stato, dovendo tener presente che la confisca è una sanzione che mira a sottrarre il vantaggio conseguito dalla commissione dell'illecito, a prescindere dal fatto che si concretizzi in beni mobili, immobili o denaro.

La fallacia della tesi secondo cui la confisca andrebbe equiparata ad una pretesa creditoria da attuarsi nelle forme del concorso dei creditori si coglie laddove si evidenzia come il regime della confisca sarebbe suscettibile di rilevanti modifiche indotte da fattori del tutto neutri rispetto alla natura della sanzione.

In una fattispecie in cui l'illecito profitto fosse costituito dall'acquisto in capo alla società responsabile dell'illecito di un bene immobile, la confisca avrebbe ad oggetto il bene stesso qualora non uscito dal patrimonio sociale, mentre, nell'ipotesi di alienazione a terzi in buona fede, la confisca potrebbe ricadere esclusivamente su valore corrispondente e, quindi, di norma su una somma di denaro. Orbene, a fronte del verificarsi dell'una o dell'altra ipotesi, ne conseguirebbero rilevanti conseguenze in termine di esecuzione, poiché se il bene immobile non è uscito dal patrimonio societario lo Stato potrebbe ottenere il sequestro e la successiva confisca, in tal modo apprendendo il profitto del reato nella sua integralità e senza dover concorrere con i restanti creditori in sede fallimentare. Qualora, invece, si sia pervenuti al sequestro ed alla confisca per equivalente su somme di denaro, la pretesa punitiva verrebbe degradata ad un mero credito, in quanto tale rientrante nel complessivo concorso con i creditori e, quindi, suscettibile di decurtazione per effetto dell'attuazione della *par conditio*.

In conclusione, si ritiene che la confisca del prezzo o del profitto del reato non possa in alcun modo parificarsi alla mera sanzione pecuniaria e, quindi, essere trattata alla stregua di un credito dello Stato, proprio perché la confisca mira a realizzare quell'effetto di riequilibrio e di sottrazione del profitto illecitamente conseguito che può realizzarsi solo acquisendo il prezzo o il profitto del reato nella sua integralità e senza che sul bene confiscabile possano concorrere le pretese di terzi. Pur potendo sussistere un'analogia tra confisca di valore⁽⁶¹⁾ avente ad oggetto somme di denaro e diritti di credito derivanti da sanzioni pecuniarie, la natura delle due sanzioni rimane fondamentale distinta, dovendosi riconoscere alla sola confisca <<un istantaneo trasferimento a titolo originario in favore del patrimonio dello Stato del bene, del credito o della somma di denaro che ne costituisce l'oggetto>> (62).

⁶¹ Secondo Vergine, *Confisca e sequestro per equivalente*, in Problemi attuali della giustizia penale, a cura di Giarda, Spangheer, Tonini, Cedam, 2012, p.423, la confisca di valore potrebbe «ben essere inclusa nella nozione di ogni altra somma dovuta all'erario dello Stato ex art. 316, comma 1, c.p.p., essa consistendo in un prelievo pubblico a compensazione del prelievo illecito».

⁶² Emblematica l'espressione tratta da Sez. II, 16 gennaio 1999, n.7211, in C.E.D. Cass., n. 212283 che, pur se riferita alla confisca disposta quale misura di prevenzione patrimoniale, coglie l'elemento caratterizzante dell'istituto della confisca e la sua peculiarità rispetto alle restanti fattispecie di pretese creditorie scaturenti dalla commissione dell'illecito.

Se la confisca per equivalente non può essere equiparata alla sanzione pecuniaria, tanto meno appare corretto farla rientrare nella previsione di chiusura di cui all'art. 27, comma 2, d.lgs. 231/2001 lì dove stabilisce che i crediti dello Stato derivante dagli illeciti amministrativi hanno privilegio alle condizioni previste dall'art. 316 c.p.p., viene evidentemente meno il presupposto per azionare la pretesa punitiva nell'ambito del concorso con i creditori. La norma fa chiaramente riferimento alle varieguate ipotesi di credito (per sanzioni processuali, spese processuali) che nascono per effetto della sottoposizione a procedimento penale, mentre per i crediti concernenti il trattamento sanzionatorio si è introdotta una previsione specifica lì dove l'art. 27, comma 2, d.lgs. 231/2001 precisa che «a tal fine» quindi in relazione al privilegio, la «sanzione pecuniaria si intende equiparata alla pena pecuniaria», senza che vi sia alcun riferimento alla confisca, in linea, del resto, a quanto previsto dall'art. 316 c.p.p., lì dove stabilisce che, a seguito dell'adozione del sequestro conservativo⁽⁶³⁾, si considerano privilegiati i crediti concernenti la pena pecuniaria, le spese del procedimento ed ogni altra somma dovuta all'erario dello Stato.

⁶³ Il richiamo alla disciplina codicistica comporta che il credito derivante dalla sanzione non nasce direttamente assistito da privilegio, ma tale beneficio consegue unicamente all'avvenuta adozione di un provvedimento di sequestro conservativo, così come testualmente previsto dall'art. 316, comma 4, c.p.p. Il collegamento tra l'adozione del sequestro conservativo e la natura privilegiata del credito comporta importanti conseguenze nel caso in cui la sanzione pecuniaria riguardi una società dichiarata fallita. Ed infatti, qualora il sequestro conservativo sia stato adottato prima della dichiarazione di fallimento, nonostante il sequestro divenga inefficace per effetto della sentenza di fallimento, il privilegio permane, posto che in tal caso all'esecuzione individuale si sostituisce quella concorsuale che lascia inalterato il vincolo sul patrimonio del fallito, anzi, lo rende generalizzato. A diversa conclusione si perviene, invece, allorché il sequestro conservativo sia stato emesso dopo la dichiarazione di fallimento. In questo caso, infatti, essendo il vincolo finalizzato alla tutela di un credito individuale – per quanto ricollegato alla pretesa punitiva dello Stato – si applica il generale principio dell'inefficacia delle esecuzioni individuali in pendenza di fallimento. Ne consegue che l'inefficacia originaria del sequestro impedisce di ritenere il credito per la sanzione pecuniaria assistito da privilegio, pertanto, il credito dello Stato concorrerà in pari grado con i restanti creditori chirografari. Secondo Napoleoni, *Responsabilità per obbligazioni derivanti dall'illecito*, in Reati e responsabilità degli enti, cit., p. 251 ss., la dichiarazione di fallimento sopravvenuta al sequestro comporta la perdita di efficacia del vincolo «per ragioni che attengono non alla misura cautelare in sé, quanto piuttosto alla sua incompatibilità con le esigenze dell'esecuzione collettiva nell'interesse della massa dei creditori: ergo, il privilegio resta». La giurisprudenza di legittimità formatasi in relazione all'analogo problema nascente per i crediti da pena pecuniaria (riferita pertanto alla persona fisica) ha chiarito come «il sequestro conservativo previsto dall'art. 316 c.p.p., in quanto strumentale e prodromico ad un'esecuzione individuale nei confronti del debitore ex delicto, rientra, in caso di fallimento dell'obbligato, nell'area di operatività del divieto di cui all'art. 51 l. fall., secondo cui dal giorno della dichiarazione di fallimento nessuna azione individuale esecutiva può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nel fallimento»; in tal senso, si veda Sez. un., 24 maggio 2004, n. 29951, cit., p. 1265.

Malgrado le enunciate ragioni di perplessità, la sentenza in commento fornisce preziose indicazioni in merito al contenuto della valutazione cui sarà tenuto il giudice della cognizione penale nel decidere quali soggetti potranno venire considerati effettivamente terzi in buona fede e veder dunque tutelate le proprie ragioni. I giudici di legittimità affermano che «terzo è la persona estranea al reato, ovvero la persona che non solo non abbia partecipato alla commissione del reato, ma che da esso non abbia ricavato vantaggi o utilità», di talché «soltanto colui che versi in tale situazione oggettiva e soggettiva può vedere riconosciuta la intangibilità della sua posizione giuridica soggettiva e l'insensibilità di essa agli effetti del provvedimento di confisca». Secondo i medesimi giudici, al requisito oggettivo integrato dalla non derivazione di un vantaggio dall'altrui attività criminosa «deve aggiungersi la connotazione soggettiva della buona fede del terzo, intesa come non conoscibilità, con l'uso della diligenza richiesta dalla situazione concreta, del predetto rapporto di derivazione della propria posizione soggettiva dal reato commesso dal condannato».

Il principio enunciato dalla Suprema Corte è di grande interesse in quanto attesta come il concetto di buona fede per il diritto penale sia diverso da quello di buona fede civilistico contenuto nell'art. 1147 c.c. che sottolinea come anche profili di colposa inosservanza di doverose regole di cautela siano in grado di escludere la natura di terzo di buona fede *ex art. 19, d.lgs. 231/2001* ⁽⁶⁴⁾.

Inoltre, i giudici di legittimità negano che possa ricadere interamente sul terzo l'onere della prova della propria buona fede e ritengono «del tutto ragionevole pretendere [...] un onere di allegazione a carico del terzo che voglia far valere un diritto acquisito sul bene in ordine agli elementi che concorrono ad integrare le condizioni di appartenenza del bene e di estraneità al reato dalle quali dipende l'operatività della situazione impeditiva o limitativa del potere di confisca esercitato dallo Stato, così come avviene in situazioni simili, come ad esempio in materia di misure di prevenzione» ⁽⁶⁵⁾.

⁶⁴ Così ACCINNI – BIGNAZZI, *op. cit.*, p. 38.

⁶⁵ Sentenza S.U. n. 11170/2015, p. 29, in www.penalecontemporaneo.it. Critico sull'onere del terzo RIVERDITI, *op. cit.*, p. 4: «Sotto altro profilo desta perplessità l'assistere al perpetuarsi delle riferite conclusioni, peraltro ormai consolidate, circa l'onere (qui indicato come mera allegazione) cui il terzo deve assolvere per far valere tanto il proprio diritto sulla *res*, quanto la propria buona fede.

Tali conclusioni, infatti, paiono porsi in contraddizione sia con l'affermazione, condivisa anche dalla sentenza che si annota, secondo cui la responsabilità degli enti è in buona sostanza modellata su quella penale, sia con l'indubbia (ed altrettanto consolidata) natura penale riconosciuta alla confisca (cfr C.E.D.U., 20.01.2009, Sud Fondi c. Italia) ed alla conseguente necessità di assicurarne l'applicazione nel rispetto del principio di colpevolezza (C.E.D.U., 20.10.2013, Varvara c. Italia), così come, del resto, in altra occasione è stato sancito anche dalle Sezioni Unite (Cass., 19.01.2012, n. 14484).

Del resto la circostanza che la confisca sia stata disposta all'esito di un giudizio di responsabilità pronunciato nei confronti di un soggetto diverso da quello che si afferma terzo e che in buona fede avanza le proprie pretese sulla *res*, non solo non pare sminuire la portata di tali garanzie, ma, anzi, sembra ancor più rafforzare l'impressione che l'eventuale loro affievolimento operativo sia ancor più inammissibile: il terzo, infatti, viene a trovarsi nella

Alla luce delle considerazioni svolte pare innegabile la difficoltà di coordinamento tra la procedura fallimentare ed il procedimento *ex* d.lgs. 231/2001. È altrettanto innegabile che nelle maggior parte dei casi, in esito alla procedura concorsuale, la società fallita è destinata all'estinzione con la formale cancellazione dal registro delle imprese e che le sanzioni irrogate si tradurranno nella mera sottrazione di cespiti patrimoniali ai creditori.

Pertanto, è auspicabile un intervento chiarificatore e risolutivo da parte del legislatore che raccolga magari il suggerimento, di accreditata dottrina, di introdurre una specifica causa di sospensione del procedimento - sulla falsariga di quanto di quanto previsto dall'art. 70 del c.p.p. per l'imputato impossibilitato a partecipare coscientemente al processo - per l'accertamento della responsabilità amministrativa *ex* d.lgs. 231/2001, tale da consentire la sospensione all'atto di dichiarazione di fallimento e l'eventuale ripresa se e a condizione che, terminata la fase concorsuale, la società riprenda la propria ordinaria attività tornando *in bonis* ⁽⁶⁶⁾ .

condizione di subirne gli effetti (*rectius* la sanzione penale), senza potersi avvantaggiarsene, *pleno jure*, delle garanzie che l'ordinamento pone a presidio dell'applicazione del diritto penale".

⁶⁶ Così DI GERONIMO, *op. cit.*, p. 3031 e ss.