



PROCURA GENERALE
della Corte di Cassazione

Sezioni unite penali - Udienza 22 giugno 2023

Ricorso proposto da:

avverso

l'ordinanza n. RIMCR del Tribunale di Pescara del 21 luglio 2022 (R.G. n. del 2022)

Memoria della Procura generale

La presente memoria - redatta dal sottoscritto Avvocato Generale, Pasquale Fimiani, delegato alla trattazione del ricorso - costituisce una sintesi scritta della requisitoria orale che sarà esposta all'udienza del 22 giugno p.v.

Essa ha il precipuo scopo di anticipare, a beneficio del signor Avvocato difensore del Fallimento ricorrente, _____, del Foro di Chieti, contenuti e conclusioni della requisitoria orale, per meglio sviluppare il contraddittorio di udienza.

Se ne chiede pertanto la notifica al difensore.

1. La questione di diritto rimessa alla decisione di codeste On.li Sezioni Unite è stata prospettata dalla Terza Sezione, con l'ordinanza del 29 novembre 2022, ed è posta nei seguenti termini:

«se, in caso di fallimento dichiarato anteriormente alla adozione del provvedimento cautelare di sequestro preventivo, emesso nel corso di un procedimento penale relativo alla commissione di reati tributari, avente ad oggetto beni attratti alla massa fallimentare, l'avvenuto spossessamento del debitore erariale, indagato o, comunque, soggetto inciso dal provvedimento cautelare, per effetto della apertura della procedura concorsuale operi o meno quale causa ostativa alla operatività del sequestro ai sensi dell'art. 12-bis, comma 1, del d.lgs. n. 74 del 2000, secondo il quale la confisca e, conseguentemente il sequestro finalizzato ad essa, non opera nel caso di beni, pur costituenti il profitto o il prezzo del reato, se questi appartengono a persona estranea al reato».

2. Nel caso di specie il fallimento della s.n.c. e dei soci illimitatamente responsabili è stato dichiarato con sentenza del 10/17 gennaio 2019 la quale contestualmente ha revocato il precedente decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo ex art. 161 L.F.

In data 22 gennaio 2020 è stato disposto il sequestro preventivo per equivalente di beni conferiti dai soci ed in trust con atto del 18 settembre 2015 e precisamente:

— l'intera partecipazione di ciascun disponente al capitale sociale della s.r.l. (ai disponenti era stata donata dall'altro socio la propria quota di partecipazione con atto dell'8 giugno 2015);

— una unità abitativa di esclusiva proprietà di

A seguito di favorevole esercizio dell'azione revocatoria fallimentare, promossa in data 9 aprile 2019, per effetto di sentenza n. del 7 marzo-29 aprile 2021, passata in giudicato, l'atto costitutivo del trust è stato dichiarato inefficace nei confronti del fallimento.

Il provvedimento impugnato ha respinto l'appello avverso il rigetto della richiesta di revoca del sequestro preventivo.

Ricostruiti i dati essenziali della vicenda, appare utile evidenziare in modo schematico i dati normativi e giurisprudenziali di riferimento.

3. Il fallimento è soggetto alla L.F. del 1942 la quale, all'art. 42 prevede che *"la sentenza che dichiara il fallimento, priva dalla sua data il fallito dell'amministrazione e della disponibilità dei suoi beni esistenti alla data di dichiarazione di fallimento"*.

Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14), di seguito CCII, entrato in vigore in data 15 luglio 2022 (art. 389), ripropone in modo identico le previsioni dell'art. 42 cit., disponendo (art. 142) che *"la sentenza che dichiara aperta la liquidazione giudiziale priva dalla sua data il debitore dell'amministrazione e della disponibilità dei suoi beni esistenti alla data di apertura della liquidazione giudiziale"*.

Lo stesso CCII disciplina i rapporti tra sequestri penali e liquidazione agli artt. 317 e segg.

In particolare,

— l'art. 317 prevede, al primo comma, che *"le condizioni e i criteri di prevalenza rispetto alla gestione concorsuale delle misure cautelari reali sulle cose indicate dall'articolo 142 sono regolate dalle disposizioni del Libro I, titolo IV del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, salvo quanto previsto dagli articoli 318, 319 e 320"*, precisando, al secondo che *"per misure cautelari reali di cui al comma 1 si intendono i sequestri delle cose di cui è consentita la confisca disposti ai sensi dell'articolo 321,*

comma 2, del codice di procedura penale, la cui attuazione è disciplinata dall'articolo 104-*bis* delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale”;

- di contro, gli artt. 318 e 319 di regola precludono, in pendenza della procedura di liquidazione giudiziale, la praticabilità del sequestro preventivo impeditivo e del sequestro conservativo;
- l’art. 320 prevede, senza eccezioni, la legittimazione del curatore nel proporre richiesta di riesame e appello contro il decreto di sequestro e le ordinanze in materia di sequestro.

La fattispecie in esame – in disparte il tema dell’applicabilità “*ratione temporis*”, sul quale *infra* - ricade nello spettro applicativo dell’art. 317 CCII.

Va altresì tenuto presente che il d.lgs. n. 159/2011 prevede sia l’insensibilità del sequestro finalizzato alla confisca di prevenzione alla sopravvenuta dichiarazione di fallimento (art. 63), sia la praticabilità del sequestro con detta finalità anche dopo tale dichiarazione (art. 64, per il quale ove sui beni compresi nel fallimento ai sensi dell’art. 42 cit.,” sia disposto sequestro, il giudice delegato al fallimento, sentito il curatore ed il comitato dei creditori, dispone con decreto non reclamabile la separazione di tali beni dalla massa attiva del fallimento e la loro consegna all’amministratore giudiziario”).

4. L’ordinanza di rimessione n. 7633 del 22 febbraio 2023 (ud. 29 novembre 2022) ricostruisce gli opposti orientamenti sulla base della giurisprudenza che si è pronunciata sulla questione.

In particolare:

- si sono espresse per l’effetto impeditivo della dichiarazione di fallimento rispetto al successivo sequestro: Sez. III, n. 45574/2018, Sez. III, n. 14766/2020, Sez. III, n. 47299/2021, Sez. II, n. 19682/2022 e Sez. III, n. 26275/2022;
- si sono espresse per la prevalenza del sequestro anche nel caso di precedente dichiarazione di fallimento: Sez. III, n. 23907/2016, Sez. III, n. 28077/2017, Sez. III, n. 15776/2020, Sez. III, n. 15779/2020, Sez. III, n. 3575/2022, Sez. III, n. 3716/2022, Sez. VI, n. 37716/2022 e Sez. III, n. 5255/2023 (non citata dall’ordinanza di rimessione), cui si rinvia per ulteriori riferimenti.

Solo per completezza del percorso argomentativo, vanno preliminarmente ricordati i *dicta* – di seguito ripresi - delle Sezioni Unite intervenute sui rapporti tra sequestro penale e fallimento e precisamente:

- la sentenza Focarelli (n. 29951/2004), per la quale in tema di sequestro preventivo funzionale alla confisca di beni appartenenti alla società fallita, la curatela fallimentare non è "terzo estraneo al reato", in quanto il concetto di appartenenza di cui all’art. 240 comma 3 c.p.p. ha una portata

più ampia del diritto di proprietà, sì che deve intendersi per terzo estraneo al reato soltanto colui che non partecipi in alcun modo alla commissione dello stesso o all'utilizzazione dei profitti derivati (in motivazione la Corte ha precisato che la sentenza che dichiara il fallimento priva la società fallita dell'amministrazione e della disponibilità dei suoi beni esistenti a quella data, assoggettandoli alla procedura esecutiva concorsuale finalizzata al soddisfacimento dei creditori, ma che tale effetto di spossessamento non si traduce in una perdita della proprietà, in quanto la società resta titolare dei beni fino al momento della vendita fallimentare);

- la sentenza Uniland (n. 11170/2014), per la quale, in tema di responsabilità da reato degli enti, il curatore fallimentare non è legittimato a proporre impugnazione avverso il provvedimento di sequestro preventivo funzionale alla confisca dei beni della società fallita (in motivazione la Corte ha precisato che il curatore, in quanto soggetto terzo rispetto al procedimento cautelare, non è titolare di diritti sui beni in sequestro, né può agire in rappresentanza dei creditori, non essendo anche questi ultimi, prima assegnazione dei beni e della conclusione della procedura concorsuale, titolari di alcun diritto sugli stessi);
- la sentenza Mantova Petroli (n. 45936/2019) per la quale il curatore fallimentare è legittimato a chiedere la revoca del sequestro preventivo a fini di confisca e ad impugnare i provvedimenti in materia cautelare reale (fattispecie relativa a sequestro preventivo, disposto prima del fallimento, ai fini della confisca prevista dall'art. 12-*bis* d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 in cui la Corte ha precisato che la legittimazione del curatore, discendente dalla titolarità del diritto alla restituzione dei beni sequestrati, dev'essere riconosciuta anche in relazione ai beni caduti in sequestro prima della dichiarazione di fallimento, giacché anch'essi facenti parte della massa attiva che entra nella disponibilità della curatela, con contestuale spossessamento del fallito, ai sensi dell'art. 42 L.F.).

5. Gli argomenti a sostegno dell'effetto impeditivo della dichiarazione di fallimento rispetto al successivo sequestro finalizzato alla confisca possono così sintetizzarsi:

- a)** la peculiare natura dell'attivo fallimentare è di ostacolo all'applicazione dell'art. 12-*bis*, comma 1, del d.lgs. n. 74 del 2000 (affermazione ricorrente). Infatti:
 - il vincolo apposto a seguito della dichiarazione di fallimento importa lo spossessamento e il venir meno del potere di disporre del proprio patrimonio in capo al fallito e l'attribuzione al curatore del compito di gestire tale patrimonio al fine di evitarne il depauperamento. A seguito della dichiarazione di fallimento, infatti, il curatore subentra *ope legis* nell'amministrazione della massa attiva nella prospettiva

della sua conservazione ai fini della tutela dell'interesse dei creditori: costoro, invero, in virtù dell'ammissione al passivo, sono portatori di diritti alla conservazione dell'attivo, in vista della ripartizione finale del ricavato derivato dalla liquidazione del patrimonio del fallito, la cui amministrazione da parte del curatore, sotto la direzione del Giudice Delegato, è finalizzata a garantire r a par condicio, attraverso la quale soltanto possono essere soddisfatti, nei limiti della capienza dell'attivo e nel rispetto delle legittime cause di prelazione, i crediti facenti capo ad ognuno;

- i beni facenti parte della massa fallimentare rappresentano un'entità a sé stante rispetto al patrimonio del fallito;
- di nessuna rilevanza è che egli conservi su di essi il diritto di proprietà atteso che questo, una volta disgiunto dal potere di gestione e di amministrazione conferito al curatore, resta congelato per tutta la pendenza della procedura fallimentare, fermo restando che, essendo la stessa finalizzata al soddisfacimento dei creditori previa liquidazione della massa fallimentare, è solo sull'eventuale residuo che il suddetto diritto spiega i suoi effetti, il che consente di definirlo come una "proprietà vincolata" al soddisfacimento dei creditori;

- b)** la legittimazione del curatore all'impugnativa dei provvedimenti in materia cautelare reale, affermata dalle Sezioni Unite Mantova Petroli, costituisce la premessa sul piano logico, ancor prima che giuridico, dell'esclusione di una posizione di subordinazione della procedura fallimentare rispetto al sequestro ex art. 321, comma 2, c.p.p. poiché, nella impostazione delle SS.UU., è proprio la disponibilità dei beni che conferisce alla curatela fallimentare la legittimazione ed essendo per altro verso il diritto alla restituzione dei beni sequestrati inscindibilmente connesso alla disponibilità dei beni attinti dalla misura cautelare, con la conseguenza che va esclusa la sequestrabilità, in funzione di confisca diretta, di beni già assoggettati alla procedura concorsuale e sui quali si è ormai costituito un potere di fatto della curatela (Sez. III, n. 47299/2021 e Sez. II, n. 19682/2022);
- c)** la stessa sentenza delle Sezioni Unite nella parte in cui (paragrafo 3 della motivazione) richiama Sez. III, n. 45574/2018, ha dato per acquisita l'esclusione della possibilità di eseguire il sequestro su beni appartenenti alla massa fallimentare (Sez. III, n. 14766/2020, Sez. II, n. 19682/2022 e Sez. III, n. 26275/2022);
- d)** l'art. 104-*bis* disp. att. c.p.p., anche secondo le modifiche apportate dal CCII, all'art. 1-*quater*, estende le disposizioni dettate dal Titolo IV del Libro I del d.lgs. n. 159/2011 in materia di leggi antimafia e misure di prevenzione, ai soli casi di sequestro e confisca in casi particolari previsti

dall'art. 240-*bis* o dalle altre disposizioni di legge che a questo articolo rinviano, nonché agli altri casi di sequestro e confisca di beni adottati nei procedimenti relativi a delitti di cui all'art. 51, comma 3-*bis*, c.p.p., cioè a reati tra i quali non rientrano quelli di natura tributaria. Inoltre, trattandosi di disposizione speciale applicabile alle sole ipotesi di sequestro funzionale alla confisca di prevenzione prevista dal codice antimafia, l'art. 104-*bis* non è estensibile per via analogica alle ipotesi non espressamente contemplate ed in ogni caso la norma "presuppone che il sequestro sia stato già eseguito senza dunque intervenire sul procedimento relativo alla sua adozione" (Sez. III, n. 47299/2021).

Viene poi aggiunto, in tale ultima sentenza, l'ulteriore argomento dell'esclusione di ogni rilievo dell'art. 317 CCII in ragione della prevalenza accordata dal successivo art. 318 al vincolo fallimentare rispetto al sequestro preventivo impeditivo di cui al comma 1 dell'art. 321 c.p.p. Trattasi, però di argomento *ictu oculi* non significativo, in quanto – nel caso oggetto di detta decisione, come in quello di specie - viene in evidenza un sequestro preventivo finalizzato alla confisca ai sensi del comma 2 dell'art. 321 cit. e dell'art. 12-*bis*, comma 1, del d.lgs. n. 74 del 2000.

6. Gli argomenti a sostegno della prevalenza del sequestro finalizzato alla confisca anche nel caso di precedente dichiarazione di fallimento possono così sintetizzarsi:

- a)** a seguito della dichiarazione di fallimento, la titolarità dei beni resta in capo al fallito sino al momento della vendita fallimentare, come anche affermato dalla giurisprudenza civile della Cassazione (sulla quale, *infra*, per. 14), secondo cui la dichiarazione di fallimento di una società priva la stessa di ogni potere in relazione al suo patrimonio (eccezion fatta per i beni sottratti all'esecuzione concorsuale per disposizione di legge e per i beni sopravvenuti che non siano acquisiti dalla massa), ma non comporta di per sé alcuna alterazione della compagine sociale, i cui organi restano in funzione, sia pur con le limitazioni derivanti dall'intervenuta dichiarazione di fallimento, tant'è che, analogamente, la chiusura del fallimento fa venir meno lo "spossessamento" della società fallita, con il conseguente riacquisto da parte della stessa della libera disponibilità dei beni ma non comporta invece l'estinzione della società (Sez. III, n. 5255/2023 ed ivi riferimenti. La sentenza, con riguardo al fallimento di una società, osserva come sia "*singolare che - pure al cospetto della perdurante esistenza di un ente che, avendo beneficiato di un risparmio fiscale, ha conservato i beni che costituiscono il profitto o il prezzo di un reato tributario - la società possa risultare giuridicamente affrancata dall'applicazione di una misura ablativa obbligatoria e conseguentemente*

dall'applicazione di misure prodromiche alla confisca. Se il fallimento comporta lo spossessamento dei beni ma lascia inalterata la struttura dell'ente fallito, logico corollario di tale affermazione è che la società continua ad esistere come soggetto giuridico, suscettibile di essere sanzionato -nei casi in cui sia prevista una responsabilità dell'ente ai sensi della L. n. 231 del 2001- o di essere privato, ope legis, dei beni costituenti il profitto o il prezzo di un reato tributario");

- b)** l'obbligatorietà della confisca del profitto dei reati tributari ed il carattere anche sanzionatorio della relativa confisca per equivalente comportano la prevalenza del vincolo penalistico rispetto ai diritti incidenti, per effetto della pendenza di una procedura concorsuale, sul patrimonio del soggetto sottoposto alla cautela reale (Sez. III, n. 23907/2016 e n. 28077/2017, le quali richiamano la sentenza Uniland nella parte in cui afferma che *"sarebbe davvero singolare che alla affermazione di responsabilità dell'ente non seguisse, come doveroso, la prevista sanzione"*, aggiungendo che *«la finalità del legislatore di ristabilire l'equilibrio economico alterato dal reato non è vanificabile in alcun modo e che, ove si ragionasse diversamente, si verrebbe ad annettere alla procedura concorsuale un effetto di "improcedibilità" o, meglio, di "estinzione" della sanzione del tutto extravagante rispetto agli specifici casi contemplati dal sistema codicistico»*);
- c)** il riconoscimento, in capo al curatore, della legittimazione all'impugnazione dei provvedimenti impositivi di cautele reali (Sezioni Unite, Mantova Petroli) *"non vale ad alterare l'assetto dei rapporti tra procedura fallimentare e sequestro penale, dovendosi cioè ribadire che la misura ablatoria reale, in virtù del suo carattere obbligatorio, da riconoscere sia alla confisca diretta che a quella per equivalente, è destinata a prevalere su eventuali diritti di credito gravanti sul medesimo bene, a prescindere dal momento in cui intervenga la dichiarazione di fallimento, non potendosi attribuire alla procedura concorsuale che intervenga prima del sequestro effetti preclusivi rispetto all'operatività della cautela reale disposta nel rispetto dei requisiti di legge, e ciò a maggior ragione nell'ottica della finalità evidentemente sanzionatoria perseguita dalla confisca espressamente prevista in tema di reati tributari, quale strumento volto a ristabilire l'equilibrio economico alterato dal reato"* (Sez. III, n. 15776-15779/2020);
- d)** la prevalenza del sequestro preventivo finalizzato alla confisca trova riscontro anche sulla base delle citate disposizioni del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza le quali, coerentemente con il principio fissato dagli artt. 63 e 64 del d.lgs. n. 159/2011, costituiscono un riferimento interpretativo logico-sistematico (*amplius*, v. *infra*, punto 11);

- e) appare maggiormente aderente agli insegnamenti delle Sezioni Unite la soluzione interpretativa che ritiene ammissibile la confisca anche in caso di intervenuto fallimento, sempreché il giudice penale proceda alle necessarie verifiche di merito, accertando, soprattutto in presenza di un attivo fallimentare, l'esistenza della somma oggetto della cautela reale, la possibile coesistenza, ove dedotta dal curatore, di diritti di proprietà concernenti gli stessi beni sottoposti a sequestro, consentendo di soddisfare le preminenti ragioni di tutela penale senza però arrecare pregiudizio alle concorrenti pretese creditorie, nonché anche l'eventuale già avvenuto recupero da parte dell'Erario di somme non versate dal contribuente al fine di evitare un'indebita locupletazione da parte del Fisco (Sez. VI, n. 37716/2022).
- f) la prevalenza del sequestro preventivo funzionale alla confisca, diretta o per equivalente, del profitto dei reati tributari, prevista dall'art. 12-*bis*, comma primo, del D.lgs. n. 74 del 2000, prevale sui diritti di credito vantati sul medesimo bene anche per effetto della ammissione al concordato preventivo, attesa l'obbligatorietà della misura ablatoria alla cui salvaguardia è finalizzato il sequestro, prevalendo sull'interesse dei creditori l'esigenza di inibire l'utilizzazione di un bene intrinsecamente e oggettivamente "pericoloso", in vista della sua definitiva acquisizione da parte dello Stato (Sez. III, n. 28077/2017).

7. Riguardo al primo argomento della tesi dell'effetto impeditivo della dichiarazione di fallimento rispetto al successivo sequestro, quello dell'inclusione della disponibilità in capo al curatore nel concetto di appartenenza dei beni, va in primo luogo tenuta presente la soluzione negativa seguita dalle Sezioni Unite Focarelli (pagg. 5-6) ed Uniland (pagg. 23-24).

Inoltre, la stessa sentenza Mantova Petroli ha affermato la legittimazione del curatore fallimentare a chiedere la revoca del sequestro preventivo a fini di confisca e ad impugnare i provvedimenti in materia cautelare reale, non già perché i beni del fallito appartengono alla massa fallimentare, ma in quanto *"persona avente diritto alla restituzione della cosa sequestrata, legittimata all'impugnazione dei provvedimenti dispositivi o confermativi del sequestro"*, situazione *"identificata dalla disponibilità autonoma e giuridicamente tutelata del bene"* e *"senza dubbio esistente in capo al curatore rispetto ai beni del fallimento"*, poiché, per effetto dell'art. 42, comma 1, L.F. la disponibilità di tali beni, dalla data di dichiarazione di fallimento, *"si trasferisce dal fallito agli organi della procedura fallimentare. Di essi, il curatore è incaricato dell'amministrazione della massa attiva nella prospettiva della conservazione della stessa ai fini della tutela dell'interesse dei creditori, come indiscutibilmente affermato dalla giurisprudenza di legittimità (...). La giurisprudenza civilistica qualifica esplicitamente il curatore come detentore dei beni del fallimento (...). E si tratta*

senz'altro di una detenzione qualificata, anche per il carattere pubblicistico della funzione per la quale la stessa è attribuita".

Nessuna discontinuità, quindi, con le precedenti sentenze delle Sezioni Unite, di cui la stessa sentenza Mantova Petroli intende essere un completamento, quanto *"la stessa sentenza Uniland ammette la natura pubblica della figura del curatore nella gestione dei beni del fallimento; e su questo aspetto è concorde con quanto già affermato nella sentenza Focarelli, peraltro richiamando consolidati principi civilistici (...), in ordine alla qualificazione del curatore come organo che esercita una pubblica funzione nell'ambito dell'amministrazione della giustizia".* Inoltre, *"il tema dell'attribuibilità al curatore della legittimazione ad impugnare i provvedimenti cautelari reali adottati sui beni del fallimento, in quanto persona avente diritto alla restituzione di essi in caso di dissequestro, non veniva affrontato nella sentenza Uniland".*

8. Sulla base di tali rilievi, deve affermarsi che la natura di detentore qualificato del curatore fallimentare e la conseguente sua legittimazione a ricorrere avverso il sequestro affermata dalla sentenza Mantova Petroli, non costituisce un presupposto logico-giuridico necessario dell'appartenenza dei beni alla massa, trattandosi di profili distinti (secondo argomento della tesi dell'effetto impeditivo della dichiarazione di fallimento).

Ed infatti, la compatibilità tra legittimazione a proporre l'istanza di riesame contro il provvedimento di sequestro preventivo, ai sensi dell'art. 322 c.p.p., e proprietà in capo a soggetto diverso è stata affermata con riferimento ad altro soggetto avente natura di detentore qualificato, come il locatario, in quanto «avente la disponibilità della "res" e l'interesse a riottenerla» (Sez. III, n. 1621/1999).

Del resto, il CCII, nel prevedere all'art. 320 la legittimazione del curatore in ogni caso, e quindi anche nell'ipotesi di prevalenza del sequestro a fini di confisca ai sensi dell'art. 317, conferma – in disparte il tema dell'applicabilità *"ratione temporis"*, sul quale *infra* - l'inesistenza – in linea di principio - di una incompatibilità logica e sistematica tra legittimazione del curatore a ricorrere avverso il sequestro e praticabilità di quest'ultimo.

9. Va sottolineata l'evidente incongruità del terzo argomento della tesi dell'effetto impeditivo della dichiarazione di fallimento, speso da Sez. III, n. 14766/2020, Sez. II, n. 19682/2022 e Sez. III, n. 26275/2022, e fondato sul richiamo, nel paragrafo 3 (pag. 9) della motivazione della sentenza Mantova Petroli, a Sez. III, n. 45574/2018, quale implicito avallo di tale tesi, in quanto detta decisione viene citata dalle Sezioni Unite solo per ricostruire il quadro giurisprudenziale successivo alla sentenza Uniland *"alla base della formulazione del quesito posto con l'ordinanza di rimessione"*.

10. Piuttosto, la stessa sentenza Mantova Petroli in fine (pagina 18), quanto all'affermazione del Tribunale della prevalenza delle ragioni sottese alla confiscabilità delle somme, rispetto a quelle del fallimento, afferma che tale soluzione si pone *"in conformità alle indicazioni normative provenienti, in termini di prevalenza del vincolo del sequestro su quello del fallimento, dalla previsione del d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159 artt. 63 e 64 per la quale i beni sequestrati anche successivamente alla dichiarazione di fallimento sono esclusi dalla massa attiva, potendo giungersi, nel caso in cui tali beni esauriscano la massa, alla chiusura del fallimento per mancanza di attivo"*. In Dottrina si è giustamente osservato che *"si tratta di un richiamo non argomentato, ma che in qualche modo si uniforma ed anticipa gli effetti delle scelte compiute dal Legislatore nel codice della crisi di impresa e dell'insolvenza"* e che, anche adottando una soluzione coerente con l'art. 320 CCII, *"la Cassazione ha di fatto svolto un ruolo supplente rispetto al Legislatore, conformando - nelle more dell'entrata in vigore del Codice - il quadro normativo vigente con quello futuro"*.

11. Proprio nella prospettiva delineata in tale passaggio delle Sezioni Unite va condivisa la valorizzazione del valore ermeneutico delle nuove previsioni sviluppato principalmente da Sez. III, n. 3575/2022, alle pagg. 9-11 (poi ripresa da Sez. III, n. 3716/2022 e 5255/2023, mentre Sez. III, n. 11086/2022, pur richiamando tale soluzione, non ne ha ritenuto praticabile l'estensione stante *"l'inapplicabilità tout court del Codice della crisi della disciplina - e delle relative conseguenze - dettate dalle procedure concorsuali disciplina dal codice della crisi all'amministrazione straordinaria, ciò che non consente di trarre elementi di conforto alla tesi della prevalenza del sequestro preventivo penal-tributario ai beni - o, come nella specie, al denaro - acquisiti dalla gestione commissariale, dopo l'ammissione alla procedura proiettata verso il salvataggio dell'impresa"*: cfr. pag. 11, sent. cit.).

12. La stessa relazione illustrativa al Codice della crisi (in http://documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Schedalavori/getTesto.ashx?file=0053_F001.pdf&leg=XVIII) a pagina 18 e seguenti chiarisce lo scopo dell'intervento normativo in tema di rapporto tra liquidazione giudiziale e misure cautelari penali affermandone la natura chiarificatrice ed interpretativa. Si afferma che gli articoli 317 e seguenti intervengono in un contesto normativo in cui il concorso di vincoli di natura diversa sui medesimi beni è stato ritenuto ammissibile, sul piano astratto, e pacificamente ammesso in giurisprudenza, ma, in concreto, "ha dato luogo a esiti pratici non soddisfacenti, tanto da richiedere un intervento normativo volto a determinare condizioni e criteri di prevalenza

delle misure adottate in sede penale”, secondo il criterio di delega recato dal comma 1 dell'articolo 13 della legge n. 155/2017.

La natura interpretativa dell'intervento emerge con chiarezza dalla parte che per comodità di lettura si riporta per intero.

«Il tenore letterale della disposizione avrebbe consentito due possibili soluzioni: 1) il mero coordinamento fra normativa in tema di misure di prevenzione e liquidazione giudiziale, imponendo la prevalenza delle misure adottate nel procedimento di prevenzione rispetto alla normale attività di liquidazione giudiziale, in tal caso intendendo il riferimento alle "misure cautelari adottate in sede penale" in senso atecnico, atteso che i sequestri di prevenzione non sono annoverabili tra le misure cautelari adottate in sede penale; 2) la disciplina del rapporto fra misure cautelari penali in senso proprio, sequestri preventivi e conservativi, e procedure concorsuali secondo il sistema delineato dal decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159.

Così inteso, il coordinamento consiste nello stabilire condizioni e criteri di prevalenza non dissimili da quelle dettate dal citato decreto legislativo, **sul presupposto che i sequestri penali e di prevenzione abbiano una funzione comune, quella di assicurare nell'ambito dei procedimenti in cui si inseriscono l'ablazione finale del bene e dunque la sua confisca.**

Le modifiche recate al decreto legislativo n. 159 del 2011 dalla legge n. 161 del 2017 successivamente all'entrata in vigore della legge delega muovono in questa direzione. L'art. 31, comma 1, lett. e), della legge 17 ottobre 2017, n. 161, ha sostituito il comma 4-*bis* dell'articolo 12-*sexies* del decreto legge n. 306 del 1992, stabilendo che «le disposizioni in materia di amministrazione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati nonché quelle in materia di tutela dei terzi e di esecuzione del sequestro previste dal codice di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, si applicano ai casi di sequestro e confisca previsti dai commi 1 e 2-ter del presente articolo, nonché agli altri casi di sequestro e confisca di beni adottati nei procedimenti relativi ai delitti di cui all'articolo 51, comma 3-*bis*, del codice di procedura penale». Vale a dire che, con intervento normativo immediatamente successivo alla delega in esame, si è stabilito che ai sequestri penali funzionali alla confisca per sproporzione o allargata (art. 12-*sexies* citato), così come ai sequestri a scopo di confisca assunti nell'ambito di procedimenti penali per delitti gravi (quelli menzionati dall'art.51 comma 3-*bis* c.p.p.) si applicano le disposizioni del decreto legislativo n. 159/2011, non solo relativamente alla amministrazione e gestione dei beni, ma anche con riguardo alla loro destinazione finale e soprattutto, per quanto qui interessa, alla tutela dei terzi.

Inoltre, con il decreto legislativo n. 21 del 2018 il complesso di disposizioni sopra ricordato ha trovato collocazione nelle norme di attuazione e coordinamento del codice di procedura penale e segnatamente nell'articolo 104-*bis* cui sono stati aggiunti i commi 1-ter e 1-quater, contestualmente all'introduzione dell'articolo 240-*bis* del codice penale e all'abrogazione dell'art.12-*sexies* citato.

Sicché, **se residua un ambito ulteriore di coordinamento esso è riferibile ai sequestri diversi da quelli emessi nell'ambito dei procedimenti penali relativi ai delitti indicati dall'art. 51 comma 3-*bis* c.p.p. o funzionali alla confisca di sproporzione (già art.12-*sexies* oggi 240-*bis* c.p.).**

Il decreto legislativo 159 del 2011 contiene le uniche norme in materia di rapporti tra procedura concorsuale e sequestro, prevedendo la tendenziale prevalenza del sequestro (vedi articoli 63 e 64) e accordando tuttavia tutela per i diritti di credito dei terzi alle condizioni stabilite dall'art. 52 del

medesimo decreto legislativo, tutela sin qui negata per via giurisprudenziale, quando invece si tratti di sequestri penali che non rientrano nell'orbita del decreto in esame.

A fronte dell'esistenza quindi di un doppio statuto di tutela nella ricorrenza di ipotesi di concorso sui medesimi beni di procedimenti penali e procedure concorsuali si è privilegiata, dunque, la seconda soluzione e si è inteso il coordinamento nel senso di disciplinare in maniera uniforme ogni sequestro penale destinato a sfociare in un provvedimento di confisca, e ciò mediante rinvio al titolo IV del più volte citato decreto legislativo n. 159/2001 contenuto nell'art. 104-*bis* delle norme di attuazione del codice di procedura penale per tutto ciò che attiene alla tutela dei terzi e dei rapporti del sequestro con la procedura di liquidazione giudiziaria.

Ed è in questa prospettiva che si spiega il contenuto ricognitivo dell'articolo 317 del presente schema di decreto legislativo: [Omissis].

E invero l'estensione ai sequestri delle cose di cui è consentita la confisca delle norme del decreto legislativo n.159/2011 è contenuta nell'art. 104-*bis* disp. att. c.p.p. citato, come modificato dall'art. 391 dello schema di decreto.

In funzione di coordinamento residua invece la possibilità di intervenire su quei **sequestri, c.d. impeditivi**, che hanno funzione primaria di impedire che il reato sia portato a conseguenze ulteriori e ad assolvere quindi pura funzione cautelare e per i quali, quando non siano funzionali alla confisca delle cose intrinsecamente illecite, non emergono specifiche ragioni per ritenere la prevalenza del procedimento penale.

Una volta interrotto ogni rapporto con l'utilizzatore del bene, indagato o imputato che sia, a seguito dell'intervenuta apertura della procedura di liquidazione, non vi sono infatti evidenti ragioni per escludere che il bene possa essere utilmente destinato alla soddisfazione dei creditori [Omissis]».

13. La natura interpretativa dell'art. 317 CCII va condivisa, oltre che per gli argomenti diffusamente illustrati da Sez. III, n. 3575/2022, alle pagg. 9-11 (poi ripresi da Sez. III, n. 3716/2022 e 5255/2023), cui si rinvia, anche per la identità di previsioni, quanto all'effetto di spossessamento, tra l'art. 42 L.F. e l'art. 142 CCII.

La medesima impostazione delle due norme rende evidente che, quanto ai rapporti tra sequestro finalizzato alla confisca e fallimento, l'art. 317 non interviene per disciplinare una situazione diversa rispetto al passato, ma per chiarire tali rapporti in un contesto normativo di piena continuità quanto alla regolazione degli effetti del fallimento/liquidazione giudiziale rispetto al patrimonio del fallito.

In questa prospettiva, l'art. 317 CCII assume una duplice valenza:

- innovativa, quanto all'estensione dell'applicazione delle previsioni del codice antimafia per il soddisfacimento dei creditori in buona fede, soluzione che mira a realizzare le esigenze di bilanciamento tra l'interesse statale all'apprensione del bene confiscato e quello individuale al soddisfacimento delle pretese patrimoniali legittimamente vantate, già valorizzate dalla Corte costituzionale con le sentenze 94/2015, 26/2019 e 18/2023 nella contigua materia della confisca di prevenzione;

— meramente interpretativa, quanto alla prevalenza del sequestro a fini di confisca rispetto al fallimento, un rapporto, pertanto, sostanzialmente riconosciuto quale presupposto “di sistema” della predetta estensione.

Diversa questione, non rilevante in questa sede, è se quest’ultima, nei tempi di applicazione e nella individuazione dei limiti per la soddisfazione dei terzi, realizzi un ragionevole bilanciamento tra gli interessi dello Stato, a tutela delle finalità pubblicistiche proprie della confisca, e quelli dei creditori in buona fede.

14. La prevalenza sul preesistente vincolo fallimentare del sequestro preventivo finalizzato alla confisca diretta o per equivalente del profitto dei reati tributari, prevista dall'art. 12-*bis*, comma 1, del d.lgs. n.74 del 2000, è stata inoltre affermata dalla giurisprudenza civile di questa Corte, in ragione del carattere obbligatorio e sanzionatorio della misura (Cass. civ., Sez. I, n. 24326/2020, secondo cui il sequestro preventivo funzionale a detta confisca, benché sopravvenuto rispetto alla proposizione di una domanda di concordato preventivo, sia opponibile ai creditori, non potendo in contrario invocarsi l'art. 168 L.F., il quale vieta l'inizio delle azioni cautelari in costanza di procedura, posto che una siffatta inibizione non sussiste per la potestà cautelare che lo Stato esercita, non a tutela del suo credito, bensì nell'interesse alla repressione dei reati).

La decisione, oltre ad aderire alle argomentazioni della tesi a favore della prevalenza in ogni caso del sequestro a fini di confisca sul fallimento, precisa (punto 3.8.) che i diritti di credito dei terzi non appaiono ricompresi nell'ambito ristretto indicato dall'art. 12-*bis*, cit., posto che l'unico limite alla confiscabilità è rappresentato dalla "appartenenza" del bene a persona estranea al reato, concetto che comprende non solo il diritto di proprietà, ma anche i diritti reali di garanzia, come già precisato dalle Sezioni Unite n. 9/1999, Bacherotti (va precisato che, secondo la dottrina maggioritaria, il concetto di appartenenza si riferisce al solo diritto reale di proprietà).

Richiama, inoltre, il comma 2 dell'art. 12-*bis*, cit. nella parte in cui dispone che *“la confisca non opera per la parte che il contribuente si impegna a versare all'erario anche in presenza di sequestro”*, per trarne (punto 4.2) la condivisibile considerazione del *“ruolo sistematico della previsione ..., perché espressione di un principio di alternatività tra misura confiscatoria e recupero del tributo”*.

Orbene, se, in materia di reati tributari, il profitto è costituito dal risparmio economico derivante dalla sottrazione degli importi evasi alla loro destinazione fiscale ed il legislatore ha attribuito solo al pagamento del tributo “un effetto sostitutivo rispetto alla confisca ed al sequestro preventivo ..., valorizzando un'idea di confisca quale misura sussidiaria e post-riparatoria” (punto. 4.2.1. *sent. ult. cit.*), la conseguenza che si deve trarre – anche per tal via - è quella della prevalenza assoluta delle esigenze recuperatorie del profitto stesso.

Non è, infatti, in questione il mero pagamento di un debito tributario (che segue le regole previste dalla L.F. e dal CCII), ma l'assicurazione alla mano pubblica del profitto del reato (rispetto al quale detto debito costituisce solo il parametro di quantificazione) la cui intrinseca illiceità ne preclude l'assimilabilità ai beni suscettibili di distribuzione tra i creditori.

15. Si chiede pertanto a codeste On.li Sezioni Unite di voler affermare il seguente principio di diritto:

«in caso di fallimento dichiarato anteriormente alla adozione del provvedimento cautelare di sequestro preventivo, emesso nel corso di un procedimento penale relativo alla commissione di reati tributari, avente ad oggetto beni attratti alla massa fallimentare, l'avvenuto spossessamento del debitore erariale, indagato o, comunque, soggetto inciso dal provvedimento cautelare, per effetto della apertura della procedura concorsuale non opera quale causa ostativa alla operatività del sequestro ai sensi dell'art. 12-bis, comma 1, del d.lgs. n. 74 del 2000, secondo il quale la confisca e, conseguentemente il sequestro finalizzato ad essa, non opera nel caso di beni, pur costituenti il profitto o il prezzo del reato, se questi appartengono a persona estranea al reato».

16. Si riservano alla requisitoria orale all'udienza fissata le eventuali ulteriori considerazioni e le conclusioni in ordine al ricorso in esame, alla luce del principio di diritto sopra enunciato.

Roma, 8 giugno 2023

Depositato in Segreteria

il - 8 GIU 2023



IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
Dott.ssa Alessandra CASTALDO

L'Avvocato generale

Pasquale Fimiani