



DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

DIRITTO PENALE  
CONTEMPORANEO

---

Fascicolo  
**2/2019**

**DIRETTORE RESPONSABILE** Gian Luigi Gatta  
**VICE DIRETTORI** Guglielmo Leo, Luca Luparia

ISSN 2039-1676

**COMITATO DI DIREZIONE** Alexander Bell, Antonio Gullo, Luca Masera, Melissa Miedico, Alfio Valsecchi

**REDAZIONE** Anna Liscidini (coordinatore), Francesco Lazzeri (segretario), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Carlo Bray, Alessandra Galluccio, Stefano Finocchiaro, Erisa Pirgu, Serena Santini, Tommaso Trincherà, Maria Chiara Ubiali, Stefano Zirulia

**COMITATO SCIENTIFICO** Emilio Dolcini, Novella Galantini, Alberto Alessandri, Jaume Alonso-Cuevillas, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Francesco Angioni, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, David Carpio, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Luis Chiesa, Cristiano Cupelli, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Ombretta Di Giovine, Massimo Donini, Giovanni Fiandaca, Roberto Flor, Luigi Foffani, Gabriele Fornasari, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kistoris, Sergio Lorusso, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Jean Pierre Matus, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Santiago Mir Puig, Vincenzo Mongillo, Adan Nieto Martin, Francesco Mucciarelli, Renzo Orlandi, Íñigo Ortiz de Urbina, Francesco Palazzo, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Vicente Pérez-Daudí, Daniela Piana, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Joan Josep Queralt, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Mario Romano, Gioacchino Romeo, Carlo Ruga Riva, Markus Rübenstahl, Francesca Ruggieri, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Rosaria Sicurella, Placido Siracusano, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Costantino Visconti, Matteo Vizzardi, Francesco Zacchè

**Diritto Penale Contemporaneo** è un periodico on line, ad accesso libero e senza fine di profitto, nato da un'iniziativa comune di Luca Santa Maria, che ha ideato e finanziato l'iniziativa, e di Francesco Viganò, che ne è stato sin dalle origini il direttore nell'ambito di una partnership che ha coinvolto i docenti, ricercatori e giovani cultori della Sezione di Scienze penalistiche del Dipartimento "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano. Attualmente la rivista è edita dall'Associazione "Diritto penale contemporaneo", il cui presidente è l'Avv. Santa Maria e il cui direttore scientifico è il Prof. Gian Luigi Gatta. La direzione, la redazione e il comitato scientifico della rivista coinvolgono oggi docenti e ricercatori di numerose altre università italiane e straniere, nonché autorevoli magistrati ed esponenti del foro.

Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

Le opere pubblicate su "Diritto penale contemporaneo" sono attribuite dagli autori con licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0" Italia (CC BY-NC 3.0 IT). Sono fatte salve, per gli aspetti non espressamente regolati da tale licenza, le garanzie previste dalla disciplina in tema di protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (l. n. 633/1941).

Il lettore può condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0 Italia" (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista fa proprio il Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

#### **Peer review.**

Salvo che sia diversamente indicato, tutti i contributi pubblicati nella sezione *papers* di questo fascicolo hanno superato una procedura di *peer review*, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, individuati secondo criteri di competenza tematica e di rotazione all'interno dei membri del Comitato scientifico. Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da un revisore, il quale esprime il suo parere in forma parimenti anonima sulla conformità del lavoro agli standard qualitativi delle migliori riviste di settore. La pubblicazione del lavoro presuppone il parere favorevole del revisore. Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

#### **Modalità di citazione.**

Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Diritto penale contemporaneo*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 1/2017, p. 5 ss.

## LA TUTELA DEI CREDITORI DI FRONTE AL SEQUESTO E ALLA CONFISCA

*Dalla giurisprudenza “Focarelli” e “Uniland”  
al nuovo codice della crisi d’impresa*

di Manfredi Bontempelli e Roberto Paese

SOMMARIO: 1. Il rafforzamento della tutela dei terzi attraverso l’estensione operativa delle norme del codice antimafia. – 2. L’armonizzazione della disciplina in tema di tutela dei terzi e di rapporti con le procedure concorsuali. – 3. La resistenza degli interessi dei creditori di fronte al sequestro preventivo finalizzato alla confisca. – 4. Misure patrimoniali e diritti reali dei terzi. – 5. Le condizioni della prevalenza dei diritti di credito dei terzi sulle misure cautelari reali. – 6. La cedevolezza del sequestro preventivo “impeditivo” e del sequestro conservativo di fronte alla liquidazione giudiziale. Profili della legittimazione del curatore a impugnare il provvedimento cautelare.

### **1. Il rafforzamento della tutela dei terzi attraverso l’estensione operativa delle norme del codice antimafia.**

Fra le rilevanti novità introdotte in ambito penalistico dal codice della crisi di impresa e dell’insolvenza, contenuto nel d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, occupa una posizione di primo piano la disciplina di cui al Titolo VIII dello stesso codice dedicata ai rapporti fra “liquidazione giudiziale e misure cautelari penali”<sup>1</sup>. Con essa il legislatore colma un vuoto normativo che aveva lasciato spazio alla sedimentazione di letture non omogenee della giurisprudenza della Corte di cassazione, anche a Sezioni Unite<sup>2</sup>. Inoltre, l’art. 317 comma 1 del nuovo codice regola i suddetti rapporti attraverso un rinvio

---

<sup>1</sup> Risalta, fra l’altro, la «collocazione topografica che tradisce immediatamente la preoccupazione del legislatore di chiarire in modo espresso il regime di prevalenza tra misure che rischiano pericolose sovrapposizioni o, peggio, “forme di scavalcamento” prive di una logica, ancor prima di descrivere tutte le fattispecie incriminatrici di cui si dota il nuovo sistema penale-fallimentare». Così, E. MEZZETTI, *Codice antimafia e codice della crisi: la regolazione del traffico delle precedenze in cui la spunta sempre la confisca*, in *Arch. pen.*, 2019, n. 1 (versione Web), p. 8. Per un’analisi riferita alla “bozza” di codice della crisi, v. P. CHIARAVIGLIO, *Osservazioni penalistiche ‘a prima lettura’ sul progetto di codice della crisi e dell’insolvenza*, in questa *Rivista*, 10 maggio 2018.

<sup>2</sup> V., in particolare, Cass., Sez. Un., 9 luglio 2004, n. 29951, in *C.E.D. Cass.*, rv. 228164, sulla quale cfr., ad es., F.M. IACOVIELLO, *Fallimento e sequestri penali*, in *Fall.*, 2005, pp. 1273 ss.; nonché Cass., Sez. Un., 17 marzo 2015, n. 11170, in *C.E.D. Cass.*, rv. 263685, a commento della quale cfr., volendo, M. BONTEMPELLI, *Sequestro preventivo a carico della società fallita, tutela dei creditori di buona fede e prerogative del curatore*, in *Arch. pen.*, 2015, n. 3 (versione Web).

espresso alle disposizioni del titolo IV del d.lgs. n. 159/2011. È pertanto chiara la tendenza legislativa a rafforzare sempre più il ruolo del codice antimafia come strumento non solo di contrasto alla criminalità organizzata ed economica, ma anche di garanzia dei diritti costituzionali dei terzi su cui vanno ad incidere le misure patrimoniali riconducibili alla prevenzione penale<sup>3</sup>.

Volendo schematizzare i tratti salienti della nuova disciplina, bisogna riconoscere sulla scia delle prime riflessioni dottrinali<sup>4</sup>, che il legislatore non ha intaccato l'idoneità della confisca, e del correlato sequestro preventivo, a prevalere sulla procedura concorsuale. Si è quindi rinunciato a edificare un sistema semplificato di tutela dei creditori attraverso la liquidazione giudiziale concepita come limite applicativo del sequestro e della confisca. La scelta è coerente con la previsione della legge delega che imponeva al Governo di dettare disposizioni di coordinamento con il codice antimafia (art. 13 comma 1 l. 19 ottobre 2017, n. 155), ed è noto come questo testo normativo abbia recepito il principio della prevalenza delle misure di prevenzione patrimoniali, a scapito della teoria della possibile coesistenza tra i due vincoli (penale e concorsuale)<sup>5</sup>.

Cionondimeno emergono indubbie novità dal d.lgs. n. 14/2019: per la prima volta, nella materia del sequestro e della confisca del prezzo o profitto del reato, o per equivalente, è la legge stessa, e non la sola giurisprudenza, a stabilire che i diritti di credito dei terzi devono essere garantiti, e come farlo. Inoltre, tali diritti sono tutelati dalla legge anche quando le misure patrimoniali non interferiscono con una procedura concorsuale, e quindi in generale, a prescindere da una situazione d'insolvenza del debitore. Si può pertanto parlare di un rafforzamento dei diritti dei creditori ad opera del codice della crisi di impresa, che ha implementato il multiforme sistema protettivo dei diritti dei terzi, puntando a eliminare le disparità trattamentali esistenti nel precedente assetto.

Giova richiamare la previsione bandiera inserita nel nuovo art. 104-*bis* comma 1-*bis*, secondo per., n. att. c.p.p., come modificato dall'art. 373 lett. a) d.lgs. n. 14/2019, che così dispone: "Quando il sequestro è disposto ai sensi dell'articolo 321, comma 2, del codice ai fini della tutela dei terzi e nei rapporti con la procedura di liquidazione giudiziaria si applicano, altresì, le disposizioni di cui al Titolo IV del Libro I" d.lgs. n. 159/2011. La norma dice all'interprete due cose: tutti i diritti dei terzi garantiti dal codice antimafia sono parimenti tutelati dinanzi al sequestro finalizzato alla confisca, secondo la stessa procedura del codice antimafia; tali diritti sono tutelati ai sensi del codice antimafia, dinanzi ad ogni tipo di sequestro finalizzato alla confisca, vale a dire alla

---

<sup>3</sup> Per un ampio quadro, v. F. MENDITTO, *Le confische di prevenzione e penali. La tutela dei terzi*, Milano, 2015.

<sup>4</sup> Cfr. E. MEZZETTI, *Codice antimafia e codice della crisi*, cit.

<sup>5</sup> Per l'elaborazione giurisprudenziale di questo principio in un contesto non regolato dal codice antimafia, quale è quello del processo all'ente ex d.lgs. n. 231/2001, cfr. Cass., Sez. Un., 17 marzo 2015, n. 11170, cit., par. 6.3 motivazione. Secondo la Relazione illustrativa al codice della crisi di impresa, «il concorso di vincoli di natura diversa sui medesimi beni è ammissibile, sul piano astratto, e pacificamente ammesso in giurisprudenza; in concreto, tuttavia, 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».

confisca del prezzo o profitto del reato, ovvero dell'equivalente, alla confisca in casi particolari ai sensi dell'art. 240-*bis* c.p., alla confisca misura di prevenzione.

In tal modo il nuovo codice della crisi di impresa si è posto sulla scia di precedenti innesti normativi nel settore. Il riferimento è alla l. n. 161/2017 e, soprattutto, al d.lgs. n. 21/2018, nella parte in cui hanno rispettivamente modificato l'art. 12-*sexies* d.l. n. 306/1992 e il cit. art. 104-*bis* n. att. c.p.p., quest'ultimo rubricato: "Amministrazione dei beni sottoposti a sequestro preventivo e a sequestro e confisca in casi particolari. Tutela dei terzi in giudizio" (così dopo il d.lgs. n. 21/2018)<sup>6</sup>. Ebbene, il comma 1-*quater* dell'art. 104-*bis* n. att. c.p.p. già prima delle modifiche apportate dal codice della crisi di impresa prevedeva un'estensione operativa di alcune disposizioni del codice antimafia ai "casi di sequestro e confisca in casi particolari previsti dall'articolo 240 *bis* del codice penale" (in precedenza confisca c.d. "allargata" di cui all'art. 12-*sexies* d.l. n. 306/1992), e ipotesi "che a questo articolo rinviano", nonché ai "casi di sequestro e confisca di beni adottati nei procedimenti relativi ai delitti di cui all'articolo 51, comma 3 *bis*" c.p.p. Si trattava, in particolare, delle disposizioni del d.lgs. n. 159/2011 "in materia di amministrazione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati", oltre che "in materia di tutela dei terzi e di esecuzione del sequestro"<sup>7</sup>.

Inoltre, venivano fatti "comunque salvi i diritti della persona offesa dal reato alle restituzioni e al risarcimento del danno" (ult. periodo del cit. comma 1-*quater*) ed operava il meccanismo della citazione nel processo di cognizione dei "terzi titolari di diritti reali o personali di godimento sui beni in sequestro, di cui l'imputato risulti avere la disponibilità a qualsiasi titolo" (comma 1-*quinquies* dell'art. 104-*bis* n. att. c.p.p., esso pure aggiunto dal d.lgs. n. 21/2018). È degna di nota, infine, l'applicazione di tali regole anche nel caso particolare della confisca c.d. "senza condanna", in cui il giudice di appello o la Corte di cassazione decidono sull'impugnazione ai soli effetti della confisca prevista dal primo comma dell'art. 240-*bis* c.p., quando la misura è stata ordinata in precedenza (artt. 578-*bis* c.p.p. e 104-*bis* comma 1-*sexies* n. att. c.p.p.)<sup>8</sup>.

## 2. L'armonizzazione della disciplina in tema di tutela dei terzi e di rapporti con le procedure concorsuali.

Questa sistemazione normativa dei congegni di garanzia dei terzi è mantenuta dal nuovo testo dell'art. 104-*bis* comma 1-*quater* n. att. c.p.p., come riscritto dall'art. 373 lett. b) codice della crisi di impresa: è ora disposto che al sequestro e alla confisca in casi particolari *ex* art. 240-*bis* c.p., e alle misure patrimoniali equiparate, nonché al sequestro

---

<sup>6</sup> In ordine al secondo intervento normativo, v. P. CORVI, *La confisca in casi particolari, alias la confisca "allargata"*, in *Dai decreti attuativi della legge "Orlando" alle novelle di fine legislatura*, a cura di A. Giarda – F. Giunta – G. Varraso, Milano, 2018, pp. 52 ss.

<sup>7</sup> V. già l'analoga disciplina di cui all'art. 12-*sexies* comma 4-*bis* d.l. n. 306/1992, testo modificato dalla l. n. 161/2017.

<sup>8</sup> Cfr. sul tema, di recente, G. VARRASO, [La decisione sugli effetti civili e la confisca senza condanna in sede di impugnazione. La legge n. 3 del 2019 \(c.d. "Spazzacorrotti"\) trasforma gli artt. 578 e 578-bis in una disciplina a termine](#), in questa *Rivista*, 4 febbraio 2019.

e alla confisca di beni nei procedimenti per i delitti di cui all'art. 51 comma 3-*bis* c.p.p., "si applicano le disposizioni del titolo IV del Libro I" del codice antimafia, sia "ai fini della tutela dei terzi", che "nei rapporti con la procedura di liquidazione giudiziale". Quindi si estendono in questo settore anche le regole del capo III del titolo IV, riguardanti i "rapporti con le procedure concorsuali", in precedenza escluse<sup>9</sup>. Invece, non sono menzionate tuttora dall'art. 104-*bis* comma 1-*quater* n. att. c.p.p. la confisca ex art. 240 c.p. e le ulteriori forme di confisca c.d. "obbligatoria" del prezzo o profitto del reato, ovvero dell'equivalente (ad es., ex art. 322-*ter* c.p. o art. 19 d.lgs. n. 231/2001), oltre che il sequestro preventivo ad esse finalizzato. Vanno però sottolineati due aspetti.

In primo luogo, anche per tali misure vi sono forme di tutela dei terzi basate sul «limite costituito dall'appartenenza dei beni a soggetti estranei al reato, dei quali il reo non abbia la disponibilità diretta o per interposta persona»<sup>10</sup> (v., ad es., artt. 240 comma 3° e 322-*ter* commi 1° e 2° c.p.)<sup>11</sup>, oppure sul limite costituito dall'esistenza di "diritti acquisiti dai terzi in buona fede" (art. 19 comma 1 d.lgs. n. 231/2001). Non è peraltro scontato che tali garanzie ricomprendano i diritti di credito dei terzi<sup>12</sup>.

In secondo luogo, questa potenziale lacuna del sistema di tutele dei terzi è quanto mira a colmare il d.lgs. n. 14/2019, in ottica armonizzatrice con le garanzie già previste dall'ordinamento, attraverso il richiamo alle medesime disposizioni del Titolo IV del codice antimafia, contenuto in due passaggi chiave del codice della crisi di impresa. Innanzitutto nell'art. 104-*bis* comma 1-*bis* n. att. c.p.p., sopra considerato. Inoltre va considerato l'art. 317 d.lgs. n. 14/2019, la cui rubrica è significativa: "Principio di prevalenza delle misure cautelari reali e tutela dei terzi". In base al comma 1 del cit. art., il codice antimafia regola "le condizioni e i criteri di prevalenza rispetto alla gestione concorsuale delle misure cautelari reali" disposte sui "beni del debitore": sono le "cose

<sup>9</sup> Il vecchio testo dell'art. 104-*bis* n. att. c.p.p. non menzionava tali disposizioni. V., però, in senso diverso, G. VARRASO, [Il sequestro a fini di confisca: dalle scelte del codice del 1988 alla legge n. 161 del 2017](#), in questa *Rivista*, 12 gennaio 2018, pp. 21-22, il quale osservava, in relazione alle modifiche all'art. 12-*sexies* comma 4-*bis* d.l. n. 306/1992 operate dalla legge n. 161/2017, che in caso di «sequestro ai fini della confisca di cui all'art. 12-*sexies*» e, «in ogni caso, per i sequestri a fini di confisca disposti nei procedimenti di cui all'art. 51 comma 3-*bis* c.p.p., si richiama non solo la disciplina del capo III del codice antimafia, ma anche il *Titolo IV*, relativo con i suoi tre capi *alla tutela dei terzi creditori e ai rapporti con le procedure concorsuali*» (corsivi nel testo).

<sup>10</sup> Così, Cass., Sez. Un., 8 giugno 1999, n. 9, in *C.E.D. Cass.*, rv. 213511, par. 6 motivazione, che ha esteso l'applicazione del terzo comma dell'art. 240 c.p. al caso della confisca in materia di usura prevista dall'art. 644 ult. comma c.p., disposizione che, pur salvaguardando "i diritti della persona offesa dal reato alle restituzioni e al risarcimento dei danni", non menziona il citato limite dell'appartenenza dei beni a persona estranea al reato. Ciò non ha impedito alla Suprema Corte di affermare l'estensione operativa della disposizione di cui all'art. 240 comma 3° c.p., «non rinvenendosi alcuna eccezione sulla specifica questione». Secondo la Corte, «l'indubbia specialità della confisca regolata dall'ultimo comma dell'art. 644 c.p. non vale, tuttavia, a rendere la misura completamente autonoma dalla disciplina generale posta dall'art. 240 c.p., dovendo al contrario ritenersi – in piena consonanza con l'opinione comunemente seguita in dottrina – che essa si innesta, pur sempre, sulla regolamentazione di diritto comune, che resta, perciò, applicabile nei punti non derogati dalle norme speciali».

<sup>11</sup> Per un quadro riepilogativo v., ad es., L. CAPRARO, *Disponibilità della res e tutela del terzo estraneo*, in *Sequestro e confisca*, a cura di M. Montagna, Torino, 2017, pp. 315 ss.; F. MUCCIARELLI, *Profili generali (art. 240 c.p.)*, in *Codice delle confische*, a cura di T. Epidendio – G. Varraso, Milano, 2018, pp. 150 ss.

<sup>12</sup> V., *infra*, par. 5.

indicate dall'articolo 142", cui si riferisce l'art. 317 comma 1 nuovo codice. Quando entrerà in vigore il d.lgs. n. 14/2019<sup>13</sup>, i terzi creditori dell'impresa in liquidazione saranno dunque tutelati, in base alle norme del codice antimafia, di fronte a tutti i sequestri finalizzati alla confisca, e non solo alle misure di prevenzione patrimoniali, a conferma del superamento del c.d. «doppio statuto di tutela» dei creditori, che caratterizza il vigente sistema di garanzie dei diritti dei terzi<sup>14</sup>. Il regime in discorso va poi letto in parallelo all'art. 104-*bis* comma 1-*quater* n. att. c.p.p., nuovo testo, che a chiusura del cerchio dispone l'applicazione alle forme particolari di sequestro e confisca di tutte le disposizioni del codice antimafia riguardanti non solo "la tutela dei terzi", ma anche "i rapporti con le procedure concorsuali".

D'altro canto, il primo periodo della lett. a) dell'art. 373 cit. modifica la disciplina dell'art. 104-*bis* comma 1-*bis* n. att. c.p.p. introdotta dalla l. n. 161/2017, circoscrivendo la portata del codice antimafia, le cui disposizioni contenute nel Libro I, Titolo III, si applicano ai sequestri preventivi aventi per oggetto aziende, società ovvero beni di cui sia necessario assicurare l'amministrazione, non integralmente, come in precedenza, ma solo "nella parte in cui recano la disciplina della nomina e revoca dell'amministratore, dei compiti, degli obblighi dello stesso e della gestione dei beni"; con esclusione, quindi, della disciplina sulla destinazione dei beni contenuta nel Capo III del Titolo III<sup>15</sup>. Resta, invece, più ampia la portata della disciplina relativa ai casi di sequestro e confisca in casi particolari ai sensi dell'art. 240-*bis* c.p., e nei procedimenti per i delitti di cui all'art. 51 comma 3-*bis* c.p.p. Il secondo periodo del comma 1-*quater* dell'art. 104-*bis* n. att. c.p.p., nuovo testo, conferma l'applicazione delle disposizioni del codice antimafia "in materia di amministrazione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati e di esecuzione del sequestro".

### **3. La resistenza degli interessi dei creditori di fronte al sequestro preventivo finalizzato alla confisca.**

L'art. 317 d.lgs. n. 14/2019 recepisce il sistema della prevenzione antimafia, basato sul principio della prevalenza del sequestro (e della confisca) sul fallimento dichiarato successivamente o anteriormente alla misura patrimoniale<sup>16</sup>. Essa prevale nel senso che

---

<sup>13</sup> Vale a dire, *in parte qua*, decorsi 18 mesi dal 14 febbraio 2019, data della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale (art. 389 comma 1).

<sup>14</sup> Osserva la Relazione illustrativa al codice della crisi che «a fronte dell'esistenza [...] di un doppio binario di tutela nella ricorrenza di ipotesi di concorso sui medesimi beni di procedimenti penali e procedure concorsuali [...] si è inteso il coordinamento» con il codice antimafia richiesto dalla legge delega «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. 159/2011 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».

<sup>15</sup> Per la corretta ricostruzione della portata del comma 1-*bis* dell'art. 104-*bis* n. att. c.p.p., vecchio testo, v. G. VARRASO, *Il sequestro a fini di confisca: dalle scelte del codice del 1988 alla legge n. 161 del 2017*, cit., p. 21.

<sup>16</sup> Per una recente analisi della disciplina in discorso, v. R. PERONI RANCHET, *Sub artt. 63-64 d.lgs. n. 159/2011*,

viene applicata, nonostante l'apertura dell'*iter* concorsuale. Gli interessi dei creditori soccombono a monte, ma vengono recuperati a valle, attraverso una pur parziale soddisfazione sui beni confiscati, alle condizioni e secondo le modalità previste dal Titolo IV del codice antimafia<sup>17</sup>. Pertanto non sembra azzardato parlare di resistenza, invece che di cedevolezza, dei diritti di credito di fronte al sequestro preventivo finalizzato alla confisca<sup>18</sup>.

Come è noto, esistono tre criteri di prevalenza delle misure di prevenzione patrimoniali sul fallimento, dettati dal codice antimafia e recepiti dal codice della crisi di impresa, *ex art.* 317, quali "criteri di prevalenza" dei sequestri preventivi finalizzati alla confisca rispetto alla liquidazione giudiziale (che ha sostituito il fallimento nel disegno dello stesso codice)<sup>19</sup>: il criterio della esclusione/separazione dei beni sequestrati o confiscati rispetto alla liquidazione giudiziale (artt. 63 comma 4 e 64 comma 1 d.lgs. n. 159/2011); il criterio della chiusura della procedura concorsuale, nel caso in cui non vi siano nel patrimonio compreso nella liquidazione giudiziale beni che non siano al contempo sequestrati/confiscati (artt. 63 comma 6 e 64 comma 7 d.lgs. n. 159/2011)<sup>20</sup>; il criterio della acquisizione alla liquidazione giudiziale dei beni sequestrati/confiscati in caso di revoca della misura patrimoniale (artt. 63 comma 7 e 64 comma 10 d.lgs. n. 159/2011). È chiaro che, quando il giudice penale accerta i presupposti del sequestro o della confisca, dispone la misura in base al primo dei tre "criteri di prevalenza", senza necessità di verificare ulteriori "condizioni" applicative della misura patrimoniale.

È inoltre opportuno precisare a quali forme di sequestro preventivo (e quindi di confisca) si rivolge la disciplina in discorso. La formulazione dell'art. 317 comma 2 d.lgs. n. 14/2019, puntando l'accento sui "sequestri delle cose di cui è consentita la confisca", si presta a ricomprendere ipotesi di sequestro preventivo finalizzato alla confisca sia "facoltativa" (o per meglio dire "discrezionale"), che "obbligatoria". Si potrà trattare pertanto di sequestro preventivo finalizzato alla confisca, c.d. "tradizionale", di cui all'art. 240 c.p., ma anche alla confisca "obbligatoria" prevista dall'art. 322-*ter* c.p. per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione (in funzione della quale è più propriamente applicabile il sequestro preventivo di cui all'art. 321 comma 2-*bis* c.p.p., non richiamato dall'art. 317 comma 2 codice della crisi di impresa), così come delle ipotesi similari quali, ad esempio, il sequestro finalizzato alla confisca prevista dall'art.

in *Codice delle confische*, cit., pp. 1467 ss.

<sup>17</sup> In questa prospettiva appare condivisibile l'osservazione di E. MEZZETTI, *Codice antimafia e codice della crisi*, cit., p. 9, secondo cui «la regola generale è che le disposizioni antimafia (i sequestri relativi) hanno la precedenza sulle ragioni creditorie, sottolineando ancora una volta la prevalenza di interessi di carattere pubblico su altri beni in gioco, *melius* che la tutela della sicurezza pubblica (ordine pubblico sotteso alle misure antimafia) debba essere giudicata prevalente su beni giuridici a caratura parzialmente privatistica fondata principalmente sulle ragioni creditorie ai sensi dell'art. 2740 c.c.».

<sup>18</sup> Parla di «criteri di parziale inopponibilità della confisca ai terzi creditori di buona fede», F. BRIZZI, *Il problema dei terzi e i rapporti con le procedure concorsuali*, in *Misure di prevenzione personali e patrimoniali*, a cura di F. FIORENTIN, Torino, 2018, p. 873.

<sup>19</sup> Con riguardo alle incidenze penalistiche della scelta v., ad es., G.L. GATTA, [Approvato il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: scompaiono i concetti di 'fallimento' e di 'fallito'](#), in questa *Rivista*, 11 gennaio 2019.

<sup>20</sup> Infatti, «non sempre (e comunque non necessariamente) la consistenza della massa attiva fallimentare coincide con i beni oggetto del sequestro»: F. BRIZZI, *op. cit.*, p. 896.

648-*quater* c.p. per i reati di riciclaggio, impiego di denaro di provenienza illecita e autoriciclaggio, alla confisca prevista dall'art. 12-*bis* d.lgs. n. 74/2000 per i reati tributari.

E si potrà trattare del sequestro preventivo ai fini della confisca a carico dell'ente *ex artt.* 19 e 53 d.lgs. n. 231/2001. Sul punto, non è stata attuata la direttiva della legge delega n. 155/2017 che imponeva di adottare disposizioni di coordinamento con lo stesso d.lgs. n. 231/2001, "nel rispetto del principio di prevalenza del regime concorsuale, salvo che ricorrano ragioni di preminente tutela di interessi di carattere penale". Il contrapposto principio della prevalenza delle misure cautelari reali sulla gestione concorsuale opererà quindi anche in questa materia, attraverso l'applicazione dell'art. 104-*bis* comma 1-*bis* n. att. c.p.p. consentita dal rinvio dell'art. 34 d.lgs. n. 231/2001 alle disposizioni del c.p.p. e del d.lgs. n. 271/1989. Pur nelle criticità derivanti dal tenore della legge delega, l'operazione interpretativa in discorso appare sensata nell'ottica di evitare irragionevoli disparità di trattamento fra i diritti dei terzi sacrificati dal sequestro preventivo di cui all'art. 321 comma 2 c.p.p. o dalla misura omologa di cui all'art. 53 d.lgs. n. 231/2001.

Si può pertanto parlare di un allineamento solo parziale della disciplina dettata *in parte qua* dal codice della crisi di impresa alla lettura fornita dalla Corte di cassazione, nella sentenza a Sezioni Unite del 2004 (caso "Focarelli"). In questo importante arresto, la Corte aveva sostenuto la tesi della "assoluta insensibilità" alla procedura fallimentare del sequestro avente ad oggetto un bene confiscabile in via obbligatoria<sup>21</sup>, sia pur impiegando argomenti calibrati sulla confisca *ex art.* 240 comma 2° c.p., non agilmente adattabili alle più avanzate forme di confisca obbligatoria del prezzo o profitto del reato, sul tipo di quelle previste dall'art. 322-*ter* c.p. o dall'art. 19 d.lgs. n. 231/2001<sup>22</sup>. Gioverà ricordare che, secondo la decisione in discorso della Suprema Corte, quando si discute di sequestro funzionale alla confisca obbligatoria, essendo in gioco «un bene intrinsecamente e oggettivamente "pericoloso"», non vi sarebbe spazio per fornire tutela alle ragioni dei terzi creditori, che pertanto dovrebbero cedere rispetto alle esigenze di tutela della collettività, senza alcun margine di manovra per la discrezionalità giudiziale<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Cass., Sez. Un., 9 luglio 2004, n. 29951, cit., par. 4.2.a motivazione.

<sup>22</sup> Come hanno osservato le Sezioni Unite, nella successiva decisione del 2015 relativa al caso "Uniland", analizzando la tenuta della ricostruzione effettuata dalla sentenza "Focarelli", «è noto che dal legislatore sono previste ipotesi di confisca obbligatoria – uno dei casi è proprio quello della confisca *ex art.* 19 d.lgs. n. 231 del 2001 [...] – che non hanno per oggetto cose intrinsecamente pericolose, ovvero gli oggetti di cui al n. 2 del comma 2 dell'art. 240 cod. pen.» (Cass., Sez. Un., 17 marzo 2015, n. 11170, cit., par. 3.2 motivazione).

<sup>23</sup> Si legge nella citata pronuncia delle Sezioni Unite (v. par. 4.2.a motivazione) che «la valutazione che viene richiesta al giudice della cautela reale sulla pericolosità della cosa non contiene margini di discrezionalità, in quanto la *res* è considerata pericolosa in base ad una presunzione assoluta: la legge vuole escludere che il bene sia rimesso in circolazione, sia pure attraverso l'espropriazione del reato, sicché non può consentirsi che il bene stesso, restituito all'ufficio fallimentare, possa essere venduto *medio tempore* e il ricavato distribuito ai creditori. Le finalità del fallimento non sono in grado di assorbire la funzione assoluta dal sequestro: la vocazione strumentale rispetto al processo è attenuata e prevale l'esigenza preventiva di inibire l'utilizzazione di un bene intrinsecamente e oggettivamente "pericoloso" in vista della sua definitiva acquisizione da parte dello Stato. Le ragioni di tutela dei terzi creditori sono destinate ad essere pretermesse rispetto alla prevalente esigenza di tutela della collettività».

Quando invece si tratta di sequestro preventivo funzionale alla confisca “facoltativa”, secondo la Corte, mancando il fine di «impedire la circolazione di un bene intrinsecamente illecito», non potrebbe escludersi «che l’intervento della procedura fallimentare possa costituire fatto sopravvenuto determinante il venir meno delle condizioni di applicabilità della misura»<sup>24</sup>. Ne era scaturita una consistente apertura alla discrezionalità del giudice penale, che in base a questa lettura avrebbe il compito di accertare l’eventualità che l’imputato torni in possesso delle cose che sono servite a commettere il reato o del prodotto o profitto del reato<sup>25</sup>: un accertamento “caso per caso”, dunque, al cui esito negativo era subordinata la tutela dei diritti dei creditori, con priorità rispetto alle esigenze cautelari sottese al sequestro preventivo<sup>26</sup>.

Nell’interpretazione della sentenza “Focarelli”, sarebbe «consentito il sequestro preventivo, funzionale alla confisca facoltativa, di beni provento di attività illecita dell’indagato e di pertinenza di un’impresa dichiarata fallita», soltanto «a condizione che il giudice, nell’esercizio del suo potere discrezionale, dia motivatamente conto della prevalenza delle ragioni sottese alla confisca rispetto a quelle attinenti alla tutela dei legittimi interessi dei creditori nella procedura fallimentare»<sup>27</sup>. È proprio questa “condizione” ad essere superata dalla nuova disciplina dettata dall’art. 317 codice della crisi di impresa, in quanto applicabile, si è visto, ai casi di sequestro preventivo finalizzati alla confisca non solo “obbligatoria”, ma anche “discrezionale” ex art. 240 comma 1° c.p. Si tratta peraltro di casi meno frequentati nella prassi giudiziaria, rispetto alle ipotesi “obbligatorie” di sequestro/confisca, già “coperte” secondo il pronunciamento delle Sezioni Unite del 2004.

#### 4. Misure patrimoniali e diritti reali dei terzi.

È sul versante della tutela dei terzi creditori che si possono cogliere, come si è visto, le innovazioni più profonde apportate dal codice della crisi di impresa e

---

<sup>24</sup> Cass., Sez. Un., 9 luglio 2004, n. 29951, cit., par. 4.2.b motivazione.

<sup>25</sup> «La confisca facoltativa, infatti», osservava la Corte (par. 4.2.b motivazione), «postula il concreto accertamento, da parte del giudice, della necessità di evitare che il reo resti in possesso delle cose che sono servite a commettere il reato o che ne sono il prodotto o il profitto, e che quindi potrebbero mantenere viva l’idea del delitto commesso e stimolare la perpetrazione di nuovi reati, ed il medesimo effetto viene realizzato, per altra via, dallo spossessamento derivante dalla declaratoria fallimentare, che potrebbe essere quindi idonea a fare venir meno lo stesso motivo della cautela, assicurando inoltre la garanzia dei creditori sul patrimonio dell’imprenditore fallito» (corsivi nel testo).

<sup>26</sup> V. ancora Cass., Sez. Un., 9 luglio 2004, n. 29951, cit., par. 4.2.b motivazione: «La realizzazione delle medesime esigenze cautelari [...] non può essere automaticamente affermata e l’autorità giudiziaria dovrà accertare caso per caso le concrete conseguenze della eventuale restituzione, tenendo anche presenti le modalità di svolgimento della procedura concorsuale, le qualità dei creditori ammessi al passivo e l’ammontare di questo, al fine di considerare le possibilità che l’imputato, anche qualora abbia agito attraverso lo schermo societario, ritorni in possesso delle cose che costituiscono il prodotto o il profitto del reato. In tale prospettiva può pure profilarsi l’opportunità di consentire la restituzione con l’imposizione di prescrizioni, ai sensi dell’art. 85 disp. att. c.p.p.».

<sup>27</sup> Questo il principio di diritto enunciato sul tema dalla pronuncia citata.

dell'insolvenza. Era pacifico, infatti, anche prima del d.lgs. n. 14 del 2019, che a garanzia dei terzi titolari del diritto di proprietà o di altri diritti reali, operassero i meccanismi basati sull'accertamento dell'appartenenza dei beni a persona estranea al reato, o dell'esistenza di "diritti acquisiti dai terzi in buona fede", nella materia della confisca del profitto o del prezzo del reato ai sensi dell'art. 240 comma 4° c.p., della confisca del profitto o prezzo del reato o dell'equivalente ai sensi dell'art. 322-ter c.p., e delle disposizioni equiparate, della confisca del prezzo o del profitto del reato o dell'equivalente ai sensi dell'art. 19 d.lgs. n. 231/2001, e delle forme di sequestro preventivo a tali confische finalizzato. Non era, peraltro, omogeneo nella stessa giurisprudenza delle Sezioni Unite della Suprema Corte, il funzionamento di tali diritti in senso limitativo della capacità espansiva della confisca e del sequestro.

Ora se ne affermava il funzionamento come limiti di applicazione delle misure patrimoniali, secondo la veste attribuita dalla sentenza "Uniland" del 2015 in tema di confisca *ex art. 19 d.lgs. n. 231/2001*, al «diritto di proprietà del terzo acquisito in buona fede, oltre agli altri diritti reali insistenti sui [...] beni [oggetto dell'apprensione da parte dello Stato], mobili o immobili che siano»<sup>28</sup>. Come sostenuto in questa pronuncia, il giudice penale, «nel disporre il sequestro o la confisca», deve «valutare se eventuali diritti vantati da terzi siano o meno stati acquisiti in buona fede; e in caso di esito positivo di tale verifica il bene, la cui titolarità sia vantata da un terzo, *non sarà sottoposto né a sequestro né a confisca*»<sup>29</sup>. Ora la giurisprudenza sosteneva che i diritti reali (di garanzia) limitassero finalisticamente, senza però escludere, il vincolo impresso dal sequestro o dalla confisca sui beni, come nella lettura data dalla sentenza "Bacherotti" del 1999, relativa alla questione della confisca di cose sulle quali sia stato costituito un diritto di pegno regolare a favore di terzi (nella specie, pegno regolare su certificati di deposito al portatore costituito dal condannato a favore di istituti bancari)<sup>30</sup>.

Per risolvere tale questione, la Suprema Corte ha sì aderito all'«orientamento» giurisprudenziale «assolutamente uniforme nell'escludere che l'applicazione della misura di sicurezza patrimoniale possa determinare l'estinzione dell'altrui diritto reale di garanzia, sicché questo deve essere considerato come una forma di "appartenenza" della cosa, cui inerisce il c.d. diritto di seguito»<sup>31</sup>. Ma il richiamo al citato limite dell'"appartenenza" non è stato impiegato per affermare, radicalmente, l'esistenza di un divieto di confisca. Secondo la pronuncia in discorso, infatti, «il limite derivante dall'appartenenza a terzi dei beni confiscati funziona in modo diverso a seconda del

<sup>28</sup> Cass., Sez. Un., 17 marzo 2015, n. 11170, cit., par. 5 motivazione.

<sup>29</sup> Cass., Sez. Un., 17 marzo 2015, n. 11170, cit., par. 5 motivazione (corsivo aggiunto), secondo cui «siffatta conclusione trova fondamento nella lettera della legge, che non demanda a nessun altro giudice la valutazione del buon diritto del terzo, oltre che nella logica, perché non può essere che il giudice che deve, per disposizione di legge, disporre la confisca, e/o il sequestro, che dovrà indicare i beni sui quali dovrà essere apposto il vincolo; nel compiere tale operazione *il giudice dovrà escludere dalla sottoposizione a sequestro e/o a confisca i beni che debbono essere restituiti al danneggiato e quelli sui quali il terzo abbia acquisiti diritti in buona fede*» (corsivo aggiunto).

<sup>30</sup> Cass., Sez. Un., 8 giugno 1999, n. 9, cit.

<sup>31</sup> Cass., Sez. Un., 8 giugno 1999, n. 9, cit., par. 7 motivazione. In precedenza, ad es., Cass., Sez. Un., 3 dicembre 1994, n. 9, in *C.E.D. Cass.*, rv. 199174 (caso "Longarini").

diverso contenuto del diritto delle persone estranee al reato, essendo evidente che *detto limite ha carattere assoluto e si pone come un vero e proprio divieto di confisca quando esse risultino proprietarie dei beni*, mentre assume *carattere relativo in caso di titolarità di diritti reali di godimento o di garanzia*, dato che, in quest'ultima ipotesi, il reo resta pur sempre proprietario del bene, ancorché la sfera delle facoltà che gli competono risulti compressa per la coesistenza degli *"iura in re aliena"*<sup>32</sup>. La Corte ha dunque riconosciuto l'«ammissibilità della confisca delle cose date in pegno dal reo», traendone «il corollario, di necessaria consequenzialità logico-giuridica, della inderogabile ed esclusiva titolarità, in capo all'ufficio giudiziario, del potere di provvedere alla custodia del bene confiscato [...] e di disporre la vendita, assicurando, tuttavia, che all'esito della procedura di liquidazione, sul ricavato il creditore stesso possa esercitare lo *"ius praelationis"*, conseguendo quanto spettantegli, con priorità rispetto ad ogni altra destinazione»<sup>33</sup>.

Questa giurisprudenza ha quindi prospettato la possibile coesistenza di due vincoli su uno stesso bene: da un canto, quello penale patrimoniale che prevarrebbe, tanto da attribuire all'«ufficio giudiziario» il compito di svolgere «l'attività di gestione e di vendita del bene»; d'altro canto, il vincolo derivante dal diritto reale di garanzia facente capo al terzo, che limiterebbe finalisticamente il primo vincolo, incidendo sulla destinazione del bene una volta confiscato<sup>34</sup>. Il codice antimafia ha superato lo schema della coesistenza prevedendo, nel caso in cui venga instaurata una procedura concorsuale, l'esclusione o la separazione dei beni assoggettati a sequestro o confisca dalla massa attiva fallimentare (artt. 63 comma 4 e 64 comma 1 d.lgs. n. 159/2011). Nel caso in cui la misura patrimoniale non interferisca con una procedura concorsuale, si può ancora parlare di coesistenza fra vincoli, in quanto la legge fa prevalere la confisca, imponendone l'applicazione, ma senza pregiudizio dei diritti dei terzi.

Inoltre, è stata ampliata la categoria dei diritti facenti capo ai terzi, tutelabili di fronte alle misure patrimoniali. Come risulta dall'art. 52 comma 1 d.lgs. n. 159/2011, applicabile ai fini dell'accertamento dei diritti dei terzi anche in pendenza della procedura concorsuale (artt. 63 e 64 d.lgs. n. 159/2011), *"la confisca non pregiudica i diritti di credito dei terzi che risultano da atti aventi data certa anteriore al sequestro, nonché i diritti reali di garanzia costituiti in epoca anteriore al sequestro"*<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> Cass., Sez. Un., 8 giugno 1999, n. 9, cit., par. 10 motivazione (corsivi aggiunti).

<sup>33</sup> Cass., Sez. Un., 8 giugno 1999, n. 9, cit., par. 10 motivazione, che prosegue osservando che «non è contestabile, infatti, che ammettere l'opponibilità del pegno significa riconoscere che l'oggetto effettivo della confisca corrisponde al valore che residua dopo il soddisfacimento delle ragioni creditorie assistite dalla garanzia reale»

<sup>34</sup> Sottolinea la stessa pronuncia delle Sezioni Unite relativa al caso *"Bacherotti"* (*loc. cit.*) che l'«ufficio giudiziario», nella citata «attività di gestione e di vendita del bene, non solo deve avere di mira la realizzazione delle finalità proprie del provvedimento applicativo della misura, ma è tenuto anche a salvaguardare il diritto del creditore pignoratorio a ricevere il pagamento della somma non ottenuta a causa dell'inadempimento del debitore: e quando ciò non sia avvenuto e al creditore non sia stata offerta la possibilità di esercitare la prelazione sul ricavato della vendita delle cose confiscate sulle quali gravava il pegno, il giudice dell'esecuzione ha l'obbligo di adottare i provvedimenti necessari per assicurare il soddisfacimento delle ragioni creditorie indebitamente sacrificate».

<sup>35</sup> Si pensi alla trascrizione della garanzia ipotecaria in caso di finanziamento concesso per l'acquisto di bene immobile. Cfr., ad es., A. NOSENZO, *Sub art. 52 d.lgs. n. 159/2011*, in *Codice delle confische*, cit., p. 1440.

Il nuovo codice della crisi di impresa recepisce ed estende questa disciplina, rendendo applicabili le disposizioni del Titolo IV Libro I d.lgs. n. 159/2011, “ai fini della tutela dei terzi e nei rapporti con la procedura di liquidazione giudiziaria”, in tutti i casi di sequestro “disposto ai sensi dell’art. 321, comma 2”, c.p.p. (nuovo testo dell’art. 104-*bis* comma 1-*bis* n. att. c.p.p.). Il che impone di accantonare la lettura fornita dalla sentenza “Uniland” del 2015, che aveva escluso la «salvaguardia dei diritti di credito eventualmente vantati da terzi» in base all’interpretazione della clausola di garanzia dei “diritti dei terzi” come finalizzata a «salvaguardare soltanto i beni»<sup>36</sup>.

### **5. Le condizioni della prevalenza dei diritti di credito dei terzi sulle misure cautelari reali.**

I diritti di credito dei terzi, che “la confisca non pregiudica” a norma dell’art. 52 d.lgs. n. 159/2011, vanno accertati in sede penale ai sensi degli artt. 57 ss. cit. decreto, con l’intervento dell’amministratore giudiziario, che presenta l’elenco dei crediti (art. 57 d.lgs. n. 159/2011) ed è d’altra parte incaricato della gestione dei beni (art. 104-*bis* comma 1-*bis* n. att. c.p.p.), nonché del giudice delegato, vale a dire il giudice che ha emesso il decreto di sequestro, secondo il comma 1-*ter* dell’art. 104-*bis* n. att. c.p.p., che verifica i crediti e forma lo stato passivo (art. 59 d.lgs. n. 159/2011). Dopo l’irrevocabilità del provvedimento di confisca, i creditori ammessi al passivo vengono soddisfatti, attraverso il pagamento e l’eventuale liquidazione dei beni (art. 60 d.lgs. n. 159/2011).

Sia i diritti di credito, che i diritti reali di garanzia dei terzi vengono tutelati, seppur nel limite della garanzia patrimoniale previsto dall’art. 53 d.lgs. n. 159/2011 (60 per cento del valore dei beni sequestrati o confiscati), alle condizioni previste dalle lett. a), b), c) e d) dell’art. 52 comma 1 d.lgs. n. 159/2011. Occorre quindi verificare: che la persona nei cui confronti sia applicata la misura reale “non disponga di altri beni sui quali esercitare la garanzia patrimoniale idonea al soddisfacimento del credito, salvo che per i crediti assistiti da cause legittime di prelazione su beni sequestrati”<sup>37</sup>; “che il credito non sia strumentale all’attività illecita o a quella che ne costituisce il frutto o il reimpiego, sempre che il creditore dimostri la buona fede e l’inconsapevole affidamento”; “nel caso di promessa di pagamento o ricognizione di debito, che sia provato il rapporto fondamentale”; “nel caso di titoli di credito, che il portatore provi il rapporto fondamentale e quello che ne legittima il possesso”.

Inoltre, la buona fede dei terzi va accertata, secondo il disposto dell’art. 52 comma 3 del codice antimafia, tenendo “conto delle condizioni delle parti, dei rapporti personali e patrimoniali tra le stesse e del tipo di attività svolta dal creditore, anche con riferimento al ramo di attività, alla sussistenza di particolari obblighi di diligenza nella fase precontrattuale nonché, in caso di enti, alle dimensioni degli stessi”. Come si vede, il rinvio alla procedura delineata dal d.lgs. n. 159/2011 da parte dell’art. 104-*bis* comma 1-

<sup>36</sup> Cass., Sez. Un., 17 marzo 2015, n. 11170, cit., par. 5 motivazione.

<sup>37</sup> Attesa la relazione diretta, in tali casi, del credito fatto valere con i beni sequestrati. V. A. NOSENZO, Sub art. 52 d.lgs. n. 159/2011, cit., p. 1440.

*bis* n. att. c.p.p. rende più gravoso l'accertamento della buona fede dei terzi in caso di sequestro preventivo ai sensi dell'art. 321 comma 2 c.p.p., rispetto ai parametri impiegati dalla sentenza "Uniland" del 2015, sulla scia della pronuncia "Bacherotti" del 1999, in merito all'accertamento della buona fede in caso di sequestro preventivo ai sensi dell'art. 53 d.lgs. n. 231/2001<sup>38</sup>.

Alle medesime condizioni previste dall'art. 52 d.lgs. n. 159/2011 è subordinato il riconoscimento della prevalenza delle ragioni dei creditori sulle misure cautelari reali, in caso di apertura della liquidazione giudiziale, secondo il nuovo regime fissato dall'art. 317 d.lgs. n. 14/2019. Il rinvio alle disposizioni del Titolo IV del codice antimafia assoggetta al procedimento di cui agli artt. 52 ss. d.lgs. n. 159/2011 "la verifica dei crediti e dei diritti inerenti ai rapporti relativi" ai beni sequestrati o confiscati, come tali esclusi dalla liquidazione giudiziale, in caso di apertura della procedura concorsuale successivamente al sequestro. Tale verifica viene svolta dal giudice penale delegato (giudice "genetico" della misura cautelare, in base all'art. 104-*bis* comma 1-*ter* n. att. c.p.p.), nell'ambito dello stesso procedimento disciplinato dagli artt. 52 ss. del codice antimafia (art. 63 comma 4 d.lgs. n. 159/2011, modificato dalla l. n. 161/2017).

Anche sotto questo profilo risulta superata l'impostazione della citata sentenza "Uniland", nella parte in cui subordinava il riconoscimento dei diritti di credito dei terzi, se in buona fede, «soltanto alla chiusura della procedura fallimentare»<sup>39</sup>. Aveva affermato la Suprema Corte che «soltanto alla fine della procedura [concorsuale] si potrà, previa vendita dei beni ed autorizzazione da parte del giudice delegato del piano di riparto, procedere alla assegnazione dei beni ai creditori. È soltanto in questo momento che i creditori potranno essere ritenuti titolari di un diritto sui beni che potranno far valere nelle sedi adeguate»<sup>40</sup>. La Corte di cassazione aveva inoltre escluso, in questa pronuncia, l'applicazione della disciplina dettata in tema di misure di prevenzione, che a quel tempo attribuiva al giudice fallimentare il compito di tutelare i diritti dei terzi<sup>41</sup>, ed aveva individuato nell'incidente di esecuzione «la sede adeguata ove far valere» tali diritti<sup>42</sup>. Questa strada non sarà ulteriormente percorribile, dopo l'entrata in vigore del codice della crisi di impresa, che come si è visto attribuisce al giudice che ha emesso la misura cautelare i compiti del giudice delegato alla procedura nel corso di tutto il procedimento penale. Nel nuovo sistema a questo giudice, e non più al giudice dell'esecuzione penale, è rimessa la tutela dei terzi creditori. Ciò, anche nel caso di sequestro successivo all'apertura della procedura concorsuale, evenienza in cui l'accertamento del giudice penale non è pregiudicato dall'eventuale verifica dei crediti e dei diritti inerenti ai rapporti relativi ai beni sequestrati, già compiuta da parte del giudice del fallimento: tali crediti e diritti sono infatti "ulteriormente verificati" dal

---

<sup>38</sup> Cass., Sez. Un., 17 marzo 2015, n. 11170, cit., par. 8 motivazione. Sul punto cfr., volendo, M. BONTEMPELLI, *Sequestro preventivo a carico della società fallita, tutela dei creditori di buona fede e prerogative del curatore*, cit., pp. 11-12.

<sup>39</sup> Cass., Sez. Un., 17 marzo 2015, n. 11170, cit., par. 6.3 motivazione.

<sup>40</sup> Cass., Sez. Un., 17 marzo 2015, n. 11170, cit., par. 6.3 motivazione.

<sup>41</sup> Cass., Sez. Un., 17 marzo 2015, n. 11170, cit., par. 7 motivazione.

<sup>42</sup> Cass., Sez. Un., 17 marzo 2015, n. 11170, cit., par. 6.5 motivazione.



2/2019

giudice delegato alla procedura (giudice “genetico” della misura cautelare reale) secondo le norme del codice antimafia (art. 64 comma 2 d.lgs. n. 159/2011).

## **6. La cedevolezza del sequestro preventivo “impeditivo” e del sequestro conservativo di fronte alla liquidazione giudiziale. Profili della legittimazione del curatore a impugnarne il provvedimento cautelare.**

Il principio di prevalenza rispetto alla gestione concorsuale delle misure cautelari reali applicate ai sensi dell’art. 321 comma 2 c.p.p., è ribaltato in caso di sequestro preventivo disposto a norma dell’art. 321 comma 1 c.p.p. Infatti, l’art. 318 comma 1 del codice della crisi di impresa sancisce, innanzitutto, il divieto di disporre questa misura cautelare “in pendenza della procedura di liquidazione giudiziale”, scelta comprensibile tenuto conto che il sequestro c.d. “impeditivo” non è finalizzato alla confisca, e quindi non c’è ragione per far prevalere la cautela reale sugli interessi dei terzi creditori, istituzionalmente salvaguardati dalla procedura concorsuale.

Inoltre, è implicito a questa regolamentazione l’idea che lo scopo tipico del sequestro “impeditivo”, che è quello di evitare il “pericolo che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o protrarre le conseguenze di esso ovvero agevolare la commissione di altri reati”, sia salvaguardato dal c.d. “spossessamento” derivante dall’apertura della liquidazione giudiziale<sup>43</sup>. Per riprendere considerazioni della stessa giurisprudenza delle Sezioni Unite, «poiché la situazione di pericolo che legittima l’adozione della misura è collegata alla *libera disponibilità della cosa pertinente al reato*, su di essa non può non avere ripercussioni l’intervenuta dichiarazione di fallimento, con il conseguente effetto di “spossessamento” che comporta la sottrazione al fallito della disponibilità del proprio patrimonio e la sua devoluzione al pubblico ufficio fallimentare»<sup>44</sup>.

Tuttavia, la medesima giurisprudenza, interrogandosi sull’«ampiezza» e sulla «portata di tali ripercussioni», aveva attribuito al giudice, «a fronte di una dichiarazione di fallimento del soggetto a cui il bene appartenga», il potere di «disporre l’applicazione, il mantenimento o la revoca del sequestro in esame», «senza esser vincolato dagli effetti di cui all’art. 42 L.F.»<sup>45</sup>. Veniva richiesto al giudice, «nel discrezionale giudizio sulla pericolosità della cosa», ed in linea con il giudizio discrezionale in caso di sequestro finalizzato alla confisca “facoltativa” del profitto del reato *ex art. 240 comma 1° c.p.*, di «effettuare una valutazione di bilanciamento (e darne conto con adeguata motivazione) del motivo della cautela e delle ragioni attinenti alla tutela dei legittimi interessi dei creditori, anche attraverso la considerazione dello svolgimento in concreto della

---

<sup>43</sup> Va richiamato al riguardo il disposto dell’art. 142 comma 1 d.lgs. n. 14/2019, riecheggiante l’art. 42 comma 1 l.fall. e in base al quale “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”.

<sup>44</sup> Cass., Sez. Un., 9 luglio 2004, n. 29951, cit., par. 4.1 motivazione.

<sup>45</sup> Cass., Sez. Un., 9 luglio 2004, n. 29951, cit., par. 4.1 motivazione.

procedura concorsuale. Alla stregua di tale valutazione, il bene sequestrato potrà anche essere restituito all'ufficio fallimentare, ferma restando, ovviamente, la possibilità di nuova applicazione della misura di cautela reale nei casi in cui ritorni attuale la sussistenza dei presupposti»<sup>46</sup>. Si tratta di una ricostruzione superata dall'art. 318 del codice della crisi di impresa, dato il radicale divieto di disporre il sequestro "impeditivo" una volta aperta la procedura di liquidazione giudiziale, e sempre che il sequestro non abbia per oggetto i beni non compresi nella liquidazione giudiziale previsti dall'art. 146 o cose non suscettibili di liquidazione (comma 4 dell'art. 318). Specularmente, in caso di apertura della procedura concorsuale dopo il sequestro preventivo sui beni del debitore, è previsto che, quando venga dichiarata aperta la liquidazione giudiziale, il giudice, a richiesta del curatore, revochi il decreto di sequestro e disponga la restituzione delle cose in suo favore, a ulteriore dimostrazione della "cedevolezza" del sequestro "impeditivo" di fronte all'obiettivo di tutelare i terzi creditori attraverso la procedura concorsuale<sup>47</sup>.

Al curatore è inoltre riconosciuta la legittimazione ad impugnare (art. 320 d.lgs. n. 14/2019), attraverso il riesame e l'appello avverso il decreto di sequestro e, rispettivamente, le ordinanze in materia di sequestro, nei casi, nei termini e con le modalità previsti dal c.p.p., oltre che il ricorso per cassazione nei predetti termini e modalità. Anche in questo caso il legislatore ha invertito la rotta rispetto alla sentenza "Uniland" del 2015, elaborando una soluzione ben spiegabile con riguardo al sequestro preventivo *ex* art. 321 comma 1 c.p.p., alla luce del divieto di cumulare la misura cautelare reale con la gestione concorsuale secondo il disegno normativo del nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza.

Si ricorderà, invece, come il ragionamento elaborato dalla pronuncia "Uniland", circa la mancanza di legittimazione del curatore a impugnare, riguardasse il provvedimento di sequestro preventivo non "impeditivo", ma finalizzato alla confisca *ex* art. 19 d.lgs. n. 231/2001. Inoltre, secondo la Suprema Corte, «il curatore fallimentare, che è certamente terzo rispetto al procedimento di sequestro/confisca dei beni già appartenuti alla fallita società, non può agire in rappresentanza dei creditori», essendo «un soggetto gravato da un *munus* pubblico, di carattere prevalentemente gestionale, che affianca il giudice delegato al fallimento ed il tribunale per consentire il perseguimento degli obiettivi [...] propri della procedura fallimentare», mentre i creditori, «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»<sup>48</sup>.

La tesi si esponeva all'obiezione di fondo per cui il curatore fallimentare, in qualità di parte, ancorché *sui generis*, del procedimento concorsuale, esercita poteri

---

<sup>46</sup> Cass., Sez. Un., 9 luglio 2004, n. 29951, cit., par. 4.1 motivazione.

<sup>47</sup> Inoltre, nel caso in esame, "il curatore comunica all'autorità giudiziaria che aveva disposto o richiesto il sequestro, la dichiarazione dello stato di insolvenza e di apertura della procedura della liquidazione giudiziale, il provvedimento di revoca o chiusura della liquidazione giudiziale, nonché l'elenco delle cose non liquidate e già sottoposte a sequestro. Il curatore provvede alla cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni decorsi novanta giorni dalla comunicazione di cui al primo periodo" (art. 318 comma 3).

<sup>48</sup> Cass., Sez. Un., 17 marzo 2015, n. 11170, cit., par. 9 motivazione.

(processuali) preordinati alla tutela “finale” dei diritti dei singoli creditori. Tali situazioni soggettive sono accertate tramite la procedura concorsuale e, per essere soddisfatte, nel regime anteriore al d.lgs. n. 14/2019, richiedevano a ben vedere di essere garantite nella sede penale, per così dire, in via preventiva, attraverso la eliminazione dei vincoli giuridici che, come il sequestro, risultano idonei a pregiudicare il riparto dell’attivo fallimentare. Infatti, si poteva sostenere che l’assoggettamento dei beni del fallito al sequestro precludesse la loro vendita e, dunque, la trasformazione della massa attiva in somme di denaro da ripartire ai creditori all’esito della liquidazione. Il che avrebbe potuto essere valorizzato per affermare l’interesse e la conseguente legittimazione del curatore a chiedere la revoca del sequestro preventivo *ex art. 321 comma 3 c.p.p.*, sul presupposto che, sopravvenuta la dichiarazione di fallimento, risultassero mancanti le condizioni applicative della misura cautelare<sup>49</sup>.

Il nuovo codice della crisi di impresa risolve a monte il problema della tutela dei diritti di credito dei terzi, in caso di misura cautelare finalizzata alla confisca, escludendo i beni sottoposti a sequestro o confisca dalla liquidazione giudiziale o separandoli da essa (artt. 63 comma 4 e 64 comma 1 d.lgs. n. 159/2011, applicabili in forza del rinvio contenuto nell’art. 317 comma 1 d.lgs. n. 14/2019). È chiaro che, in tal caso, il curatore non vanta un interesse correlato alla tutela “finale” dei creditori, che possono soddisfarsi sui beni confiscati attraverso la procedura appositamente prevista dal codice antimafia, invece che attraverso la procedura concorsuale. Cionondimeno sembrano residuare spazi per riconoscere al curatore l’interesse, e la conseguente legittimazione, a impugnare e a chiedere la revoca della misura cautelare reale, nel caso in cui venga affermata la mancanza dei presupposti per confiscare il bene (e quindi sequestrarlo), che si tradurrebbe in mancanza dei presupposti per escludere o separare il bene dalla gestione concorsuale. Dall’accoglimento della richiesta o dell’impugnazione scaturirebbe, infatti, l’inclusione dei beni nella procedura di liquidazione giudiziale, con conseguente possibilità di soddisfare gli interessi dei creditori attraverso la procedura concorsuale.

Anche laddove non operi il principio della prevalenza rispetto alla gestione concorsuale della misura cautelare reale, ma l’opposto principio della prevalenza della gestione concorsuale, come in caso di misura cautelare “impeditiva”, la legittimazione del curatore si spiega con il fine di tutelare gli interessi dei creditori, che sarebbero inevitabilmente sacrificati dalla permanenza del vincolo cautelare in pendenza della liquidazione giudiziale. Si può dire, riprendendo l’impostazione della sentenza “Focarelli” del 2004, che il curatore «agisce in tal modo (previa rituale autorizzazione del giudice delegato), per la rimozione di un atto pregiudizievole ai fini della reintegrazione del patrimonio, attendendo alla sua funzione istituzionale rivolta alla ricostruzione dell’attivo fallimentare»<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> Cfr., volendo, anche per ulteriori riferimenti, M. BONTEMPELLI, *Sequestro preventivo a carico della società fallita, tutela dei creditori di buona fede e prerogative del curatore*, cit., p. 13.

<sup>50</sup> Cass., Sez. Un., 9 luglio 2004, n. 29951, cit., par. 5 motivazione, ove si era affermato che “il curatore del fallimento è sicuramente legittimato a 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 a proporre ricorso per



2/2019

La analoga legittimazione del curatore a impugnare si spiega con riguardo al provvedimento di sequestro conservativo ai sensi dell'art. 316 c.p.p., per il quale l'art. 319 d.lgs. n. 14/2019 replica i divieti previsti dall'art. 318 per il sequestro preventivo "impeditivo". Questa scelta normativa appare coerente alla tesi sostenuta dalla stessa sentenza "Focarelli", secondo cui «la misura in oggetto, [...] – in quanto strumentale e prodromica ad una esecuzione individuale nei confronti del debitore *ex delicto* – deve farsi rientrare, in caso di fallimento dell'obbligato, nell'area di operatività del divieto di cui all'art. 51 L.F. (secondo cui "dal giorno della dichiarazione di fallimento nessuna azione individuale esecutiva può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nel fallimento")<sup>51</sup> palesandosi una sostanziale identità funzionale con l'omologo sequestro civile [...]»<sup>52</sup>. Con considerazioni ancora attuali, la Suprema Corte aveva da ciò ricavato le «conseguenze sul piano processuale», vale a dire: «da un lato, l'inefficacia del sequestro di cui all'art. 316 c.p.p. qualora sia disposto in pendenza di fallimento, anche se il reato è stato commesso prima dell'apertura della procedura concorsuale; dall'altro, la caducazione della misura qualora il fallimento intervenga successivamente. Non si giustifica, infatti, il mantenimento di un sequestro conservativo in presenza dell'acquisizione fallimentare dei beni, che garantisce in modo eguale tutti i creditori, senza compromettere l'interesse di eventuali rivendicanti, che potranno far valere i loro diritti nei modi, nei tempi e nelle forme previste dal processo fallimentare (artt. 103 e 24 L.F.)»<sup>53</sup>.

---

cassazione, *ex art.* 325 c.p.p., avverso le relative ordinanze emesse dal Tribunale del riesame)».

<sup>51</sup> In base all'art. 150 del codice della crisi di impresa, "salvo diversa disposizione della legge, dal giorno della dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale nessuna azione individuale esecutiva o cautelare anche per crediti maturati durante la liquidazione giudiziale, può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nella procedura".

<sup>52</sup> Cass., Sez. Un., 9 luglio 2004, n. 29951, cit., par. 8.2 motivazione (corsivo nel testo).

<sup>53</sup> Cass., Sez. Un., 9 luglio 2004, n. 29951, cit., par. 8.2 motivazione (corsivi nel testo).