

LUISS 

Dipartimento
di Giurisprudenza

Cattedra di Diritto delle Società

**CRITERI INTERPRETATIVI E PROFILI
CRITICI DEI RAPPORTI TRA CODICE
DELLA CRISI D'IMPRESA E
DELL'INSOLVENZA E CODICE
ANTIMAFIA**

Prof.

Andrea Palazzolo

RELATORE

Prof.

Gustavo Visentini

CORRELATORE

Gianluca Vicino

Matricola 135123

CANDIDATO

ANNO ACCADEMICO 2018/2019

INTRODUZIONE	pag. 6
---------------------------	--------

CAPITOLO I

L'EVOLUZIONE STORICA DELLE MISURE DI PREVENZIONE PATRIMONIALE

1. I sequestri.....	pag. 10
2. L'evoluzione della confisca (o meglio, delle tante confische) ed il ruolo della giurisprudenza.....	pag. 16

CAPITOLO II

I RAPPORTI DELLE MISURE DI PREVENZIONE PATRIMONIALE CON LE PROCEDURE CONCORDATARIE

1. Inquadramento.....	pag. 24
2. La riforma del Codice Antimafia del 2017;	pag. 27
3. I rapporti tra le misure di prevenzione e le procedure concorsuali sino alla emanazione del Codice Antimafia	pag. 29
4. I rapporti fra le misure di prevenzione e le procedure concorsuali nel Codice Antimafia	pag. 35
5. La dichiarazione di fallimento successiva al sequestro di prevenzione patrimoniale ed il sequestro successivo alla dichiarazione di fallimento: gli artt. 63 e 64 del Codice Antimafia	pag. 39
6. L'evoluzione giurisprudenziale: dalle sentenze "Focarelli" e "Uniland" al nuovo Codice della Crisi d'Impresa	pag. 46

CAPITOLO III

LA DIFFICILE REGOLAMENTAZIONE DEI DIRITTI DEI TERZI

1. Premessa	pag. 57
2. La tutela dei diritti dei terzi: un cantiere ancora aperto.....	pag. 60
3. L'art. 104-bis, comma 4-bis, disp. att. e la tutela dei terzi	pag. 76

CAPITOLO IV

MISURE CAUTELARI REALI E PROCEDURE CONCORDATARIE: IL NUOVO CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA

1. Dalla Legge delega 155/2017 al nuovo Codice della Crisi d'Impresa ...	pag. 85
--	---------

2. Il nuovo Codice della Crisi d'Impresa e la tutela dei diritti dei terzi
 - 2.1 Il modello di riferimento: l'estensione operativa delle norme del codice antimafia pag. 94
 - 2.2 Le novità introdotte dal nuovo CCII generano un rafforzamento della tutela dei terzi? pag. 96
 - 2.3 I limiti della tutela dei terzi rispetto alle misure di prevenzione antimafia pag. 100
 - 2.4 L'art. 104 bis disp. att. c.p.p. e la novella del CCII: aggravati i dubbi e i problemi interpretativi precedenti pag. 104

CAPITOLO V

CRITERI INTERPRETATIVI DEI RAPPORTI TRA MISURE REALI PENALI E DI PREVENZIONE E PROCEDURA CONCORDATA NEL NUOVO CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA: PREVALENZA E INTERFERENZE

1. Premessa pag. 110
2. I rapporti tra liquidazione giudiziale, sequestro preventivo “impeditivo” e sequestro conservativo pag. 113
3. I rapporti tra misure ablatorie e liquidazione giudiziale: i criteri di prevalenza pag. 116
4. Le condizioni della prevalenza dei diritti di credito dei terzi sulle misure cautelari reali pag. 121
5. Interferenze e precedenza: possiamo ancora parlare di bilanciamento degli interessi? pag. 124
6. La legittimazione del curatore a impugnare il provvedimento cautelare pag. 126

CAPITOLO VI

PROFILI CRITICI DEI RAPPORTI TRA MISURE REALI PENALI E DI PREVENZIONE E PROCEDURA CONCORDATA

1. La “prova” della buona fede e dell'*incolpevole affidamento* e la pregiudiziale pretermissione dei diritti dei terzi pag. 135
2. L'art. 373 del nuovo CCII e la disparità di trattamento tra i sequestri finalizzati alla confisca pag. 141

3. Prevalenze e precedenze tra misure ablatorie e liquidazione giudiziale: quale il metro di giudizio?	pag. 148
3.1 L'impresa mafiosa.....	pag. 150
3.2 Il contesto normativo.....	pag. 153
3.3 Confisca, amministrazione giudiziaria e controllo giudiziario.....	pag. 156
3.4 L'amministrazione ed il controllo giudiziario in opposizione alla confisca ed al sequestro: luci ed ombre.....	pag. 158
3.5 Le ragioni della prevalenza.....	pag. 162
CONCLUSIONI	pag 165
BIBLIOGRAFIA	pag. 169

INTRODUZIONE

Le misure cautelari reali sono provvedimenti giudiziari che incidono su beni patrimoniali, mobili ed immobili, determinandone una indisponibilità temporanea sotto il profilo giuridico e/o materiale

Il proliferare delle interferenze tra procedure concorsuali e misure cautelari penali ha imposto un coordinamento delle stesse per via normativa. Se ne è fatto interprete il d.lgs. n. 14/2019 (il Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza, il CCII nel prosieguo di questo lavoro) in cui è contenuta la disciplina di cui al Titolo VIII dedicata ai rapporti fra "liquidazione giudiziale e misure cautelari penali".

In luogo della coesistenza tra sequestri e spossamento concorsuale, il CCII ha optato per un criterio di risoluzione del conflitto che sottrae il medesimo bene al duplice vincolo, con prevalenza di quello penale finalizzato alla ablazione e soccombenza di quello suscettibile di essere soddisfatto con lo spossamento in favore del curatore; figura ampiamente riaccreditata alla legittimazione processuale anche nel giudizio penale. La riforma ha colto l'occasione per offrire una anticipata considerazione dell'interesse dei creditori in buona fede e dei terzi titolari di diritti sui beni colpiti da vincoli ablativi penali, non riservata ai soli casi di insolvenza del debitore, non differita alla fase esecutiva ed in taluni casi innestata già nel processo penale di cognizione di primo grado, creando un litisconsorzio processuale più vasto oltre che uno spazio di accertamento della meritevolezza dei diritti dei terzi estranei al reato assai più generoso rispetto a quello sin qui allestito dal codice di procedura penale.

Il Legislatore ha colmato un vuoto normativo che aveva lasciato spazio a letture non omogenee della giurisprudenza della Corte di Cassazione, anche a Sezioni Unite, oltre che un generico proliferare di interferenze fra procedure concorsuali e misure cautelari penali.

Inoltre, attraverso le disposizioni di cui all'art. 317 comma 1 del nuovo Codice vengono regolati i suddetti rapporti attraverso un rinvio espresso alle disposizioni del titolo IV del d.lgs. n. 159/2011, con evidente 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.

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.**

Tale principio deve comunque essere applicato tenendo in considerazione che la capacità di sconfinamento della misura consequenziale “a tenaglia” sequestro-confisca viene, oggi e sempre più, vista non solo dal legislatore nazionale, ma in una dimensione europea, sovranazionale e globalizzata, come il mezzo più efficace di contrasto che possa “prevalere” su qualsiasi altra possibile alternativa che il sistema nel suo complesso possa predisporre contro la criminalità organizzata e le “mafie”.

L’obiettivo pare chiaramente visibile: è quello di inseguire il profitto, intercettarlo, “congelarlo” con la misura cautelare del sequestro ed infine acquisirlo in via definitiva con la misura ablatoria della confisca. Pertanto, questa moderna fisionomia della giustizia penale (o più genericamente amministrativo-sanzionatoria), anche molto preventiva, che va alla “caccia del profitto”, sembra paradossalmente disinteressarsi pure delle vicende personali della punibilità degli autori (persone fisiche) del reato, ma anche delle stesse vittime, visti i trend giurisprudenziali che poco o nulla concedono alle ragioni ed ai diritti dei terzi in buona fede, i quali subiscono in concreto le conseguenze di queste misure di acquisizione forzata del profitto illecito senza distinzione di sorta tra le pur varie posizioni.

Tuttavia, come abbiamo accennato, il nuovo Codice della Crisi di Impresa e dell’Insolvenza stabilisce in modo chiaro e per la prima volta, nella materia del sequestro e della confisca del prezzo o profitto del reato, o per equivalente, che i diritti di credito dei terzi devono essere garantiti e come farlo.

Inoltre, tali diritti sono tutelati dalla legge a prescindere da una situazione d’insolvenza del debitore anche quando le misure patrimoniali non interferiscono con una procedura concorsuale, e quindi in generale.

Infatti, vengono tenuti in considerazione in via anticipata gli interessi dei creditori in buona fede e dei terzi titolari di diritti su beni colpiti da vincoli ablativi penali, non riservandone la possibile tutela ai casi di insolvenza del debitore, né differendola alla fase esecutiva, ma in alcuni casi creando un litisconsorzio processuale più vasto oltre che uno spazio di accertamento della meritevolezza dei diritti di terzi estranei al reato sicuramente più ampio rispetto quanto statuito dal codice di procedura penale in via generale.

Già da queste poche note è di tutta evidenza come la materia sia intricata e tende facilmente ad innescare guerre ideologiche tra civilisti e penalisti.

Il processo penale prima di tutto, dicono i secondi. E perché mai? Anche le procedure concorsuali tutelano interessi pubblici, ribattono i primi.

Il presente lavoro prova a ragionare sul tema sottraendosi alla disputa e cercando di dirimere la questione. Non è cosa facile perché, con poche norme specifiche (e per tanti anni in totale assenza di esse), bisogna lavorare con i principi.

Ma perché per tanto tempo sono mancate norme specifiche? Probabilmente perché il Legislatore del processo penale è ancora tenacemente aggrappato all'idea plurisecolare che il processo penale ha una priorità assoluta e non può trovare ostacoli da nessuna parte: figurarsi in un fallimento che, in fondo, è la somma di tanti interessi privati per quanti sono i creditori.

V'era forse anche un'altra ragione: si pensava che processo penale e fallimento riguardassero cose diverse. In altri termini: ciò che proviene da reato non può rientrare nel fallimento.

Entrambe le ragioni sono venute meno. Ormai è pacifico che i beni acquisiti dal fallito mediante reato fanno parte della massa attiva.

Parimenti pacifico è un doppio rimescolamento di interessi: le procedure concorsuali soddisfano interessi sempre più generali e pubblici, mentre il processo penale ormai è stracaricato di finalità molteplici, pubbliche e private.

In un quadro in evoluzione persistente, il raccordo tra cautele adottate nel processo penale e spossessamento conseguente alle procedure concorsuali è apparso sempre più complicato. Come ricordava opportunamente la Suprema Corte *«ogni qualvolta si affronta ex professo il tema dei rapporti tra sequestri penali, confisca e fallimento si rischia di rendere affermazioni suscettive di essere smentite alla prima applicazione, e ciò per la crescente complessità della*

materia dei sequestri che sollecita l'interprete a continui approfondimenti»
(Cass. Pen., Sez. III, n. 37439/2017).

CAPITOLO I

L'EVOLUZIONE DELLE MISURE CAUTELARI REALI

Sommario: 1. I sequestri. – 2. L'evoluzione della confisca (o meglio, delle tante confische) ed il ruolo della giurisprudenza

1. I sequestri

Le misure cautelari sono disciplinate dal libro IV, Titolo II, del Codice di Procedura Penale, rappresentando delle vere e proprie limitazioni della libertà personale. Tali strumenti giuridici sono disposti da un giudice, sia nella fase delle indagini preliminari che nella fase processuale, lasciando un certo margine di discrezionalità, condizionato dalla presenza di presupposti stabiliti dalla legge. Si distinguono in misure cautelari personali e misure cautelari reali.

Si sostanziano quali provvedimenti incidenti direttamente sulla sfera patrimoniale del soggetto cui vengono disposte, andando a formare un vincolo di indisponibilità su cose o sui beni di proprietà di quest'ultimo, nel rispetto di due principali finalità cautelari:

- la prima consistente nel far sì che sia garantito il pagamento delle pene pecuniarie comminate, delle spese di giustizia e degli eventuali risarcimenti;
- la seconda, invece, per impedire che il soggetto indagato e sottoposto alle indagini abbia la libera disponibilità di un bene collegato o pertinente al reato, rischiando di aggravare o protrarre le conseguenze di esso ovvero agevolando la commissione di altri reati.

Le misure cautelari reali, quindi, comportano un vincolo di indisponibilità su cose mobili o immobili, le quali tendono ad evitare che il passaggio del tempo possa

pregiudicare irrimediabilmente l'efficacia pratica della sentenza irrevocabile di condanna. Insomma, i provvedimenti di sequestro si caratterizzano per una loro particolare finalità che si pone in relazione di strumentalità rispetto alla finalità, divenendo, così come osservato dallo stesso Calamandrei, “*strumenti dello strumento*”, in quanto volti a dare concretezza all'obiettivo ultimo della funzione giurisdizionale¹.

A differenza delle misure cautelari personali quelle reali non richiedono, per la loro applicazione, la sussistenza di gravi indizi e particolari esigenze cautelari, essendo sufficienti il “*fumus bonis iuris*” e il “*periculum in mora*”.

I primi interventi del Legislatore in tema di misure di prevenzione si erano resi necessari in considerazione dell'espansione della criminalità nei mercati economici, con conseguenti pericoli derivanti da un lato dall'accumulazione di ingenti capitali di origine illecita, e dall'altro dal fatto che ciò avveniva anche con l'investimento in complessi aziendali che si collocavano in una situazione di “concorrenza sleale” rispetto a quelli rispettosi delle regole dell'economia legale. La risposta dello Stato è stata, nel corso del tempo, variegata e diversamente efficace; prevedendo un affinamento dell'aspetto sanzionatorio mediante la creazione di “nuovi strumenti” finalizzati alla privazione in capo ai soggetti criminali dei vantaggi economici che tale attività criminosa aveva generato: in particolare la risposta statale alla criminalità organizzata che inquina le corrette dinamiche del mercato e della concorrenza, si è concretizzata nell'aggressione ai patrimoni sospettati di avere provenienza illecita.

In particolare, il Legislatore è passato da una disciplina improntata soprattutto sulla c.d. “prevenzione personale”, ad un disposto normativo che prende sempre più in considerazione la ricchezza accumulata con il reato, attraverso un aumento esponenziale delle misure di prevenzione patrimoniali (e di altre forme di sequestro di stampo penalistico, soprattutto preventivo), finalizzate alla sottrazione ai titolari dell'impresa soggetti ad indagine, attraverso lo spossessamento, delle aziende e dei patrimoni.

¹ C. SANTORIELLO, Le misure cautelari reali nel processo penale. Considerazioni generali, in G. Spangher, C. Santoriello (a cura di) Le misure cautelari reali, Torino, 2009.

L'ordinamento processuale penale prevede tre tipi di sequestro: sequestro probatorio, sequestro conservativo e sequestro preventivo.

- **Il sequestro probatorio.**

Esso serve alla prova e dura finché serve alla prova: dare una prevalenza alle procedure concorsuali su questo tipo di sequestro significherebbe sottrarre una prova al processo e dunque all'accertamento del reato. Nessuna norma prevede una siffatta possibilità e nel bilanciamento di principi - quello dell'accertamento della verità e quello delle garanzie dei creditori - la prevalenza non può che essere dato al primo. Tanto più che il vincolo del sequestro probatorio è temporaneo e non pregiudica definitivamente la massa passiva.

- **Il sequestro conservativo.**

Al polo opposto si colloca il sequestro conservativo, il quale risponde esclusivamente alla finalità di tutela di un credito (art. 316 cod. proc. pen.); dunque, in quanto strumentale e prodromico ad una esecuzione individuale nei confronti del debitore *ex delicto*, rientra, in caso di fallimento dell'obbligato, nell'area di operatività del divieto di cui all'art. 51 legge fallimentare, secondo cui dal giorno della dichiarazione di fallimento nessuna azione individuale esecutiva può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nel fallimento.

- **Il sequestro preventivo.**

Sarebbe meglio dire: i sequestri preventivi. Infatti, sotto lo stesso nome si racchiudono figure diverse:

- a) un sequestro volto ad impedire che la libera disponibilità della cosa aggravi o protragga le conseguenze del reato o spinga alla commissione di nuovi reati (art. 321 primo comma codice di procedura penale);
- b) un sequestro in funzione di una futura confisca (art. 321 secondo comma codice di procedura penale).

E qui occorre operare una ulteriore suddivisione: tra sequestro in funzione di una confisca facoltative e sequestro in funzione di una confisca obbligatoria.

I due tipi di sequestro (primo e secondo comma dell'art. 321 codice di procedura penale) sono diversi. Infatti, il primo tipo di sequestro (detto anche sequestro impositivo) non è funzionale alla confisca, il secondo sì.

Questo significa che il primo tipo di sequestro può anche concludersi con la restituzione dei beni quando vengono a mancare - anche per fatti sopravvenuti - i presupposti di applicabilità (testualmente comma 3 art. 321 codice di procedura penale). Invece, il secondo tipo di sequestro è sempre finalizzato alla confisca, cioè ad una ablazione definitiva della cosa.

Mentre il sequestro conservativo, previsto dall'art. 316 e ss. c.p.p., tende a evitare che diminuiscano o si disperdano le garanzie patrimoniali (beni di proprietà dell'imputato o del responsabile civile), che servono al procedimento ai fini di pagamento delle spese di giustizia o delle somme dovute dal condannato a titolo di risarcimento del danno alla parte offesa; il sequestro preventivo, art. 321 e ss. c.p.p., invece, mira a impedire che una cosa pertinente al reato possa essere utilizzata per aggravare o protrarre le conseguenze dello stesso.

La diversa finalità dei due tipi di sequestro spiega anche la diversità dei presupposti: il primo tipo di sequestro richiede la disponibilità della cosa da parte dell'indagato, disponibilità che invece non è richiesta dal sequestro del secondo tipo.

Inoltre, il secondo tipo di sequestro è bloccato dall'appartenenza della cosa a persona estranea al reato; invece questa appartenenza non blocca il sequestro del primo tipo.

È bene chiarire che disponibilità e appartenenza a terzi sono concetti diversi.

Se una cosa appartiene a terzi ma è nella disponibilità dell'indagato, non si può applicare il sequestro del secondo comma, ma si può applicare il sequestro del primo comma. Viceversa, se una cosa appartiene all'indagato ma non è nella sua disponibilità, può trovare applicazione il sequestro del secondo comma ma non quello del primo.

Il sequestro preventivo², dunque, si caratterizza per il suo spiccato finalismo cautelare, sul presupposto implicito che sia già stata accertata la sussistenza di

² Il sequestro preventivo è eseguito: a) sui mobili e sui crediti, secondo le forme prescritte dal codice di procedura civile per il pignoramento presso il debitore o presso il terzo in quanto

elementi idonei a suffragare in concreto il *fumus commissi delicti*. La norma prevede che il giudice, anche prima dell'esercizio dell'azione penale e su richiesta del pubblico ministero, debba disporre con decreto motivato il sequestro delle cose pertinenti al reato, tra cui tutte le cose suscettibili di confisca, ogni volta che la libera disponibilità possa aggravare o protrarre le conseguenze del reato oppure agevolare la commissione di altri reati.

In merito a ciò, assume particolare rilevanza la discrezionalità del giudice, ad eccezione dei procedimenti riguardanti delitti commessi da pubblici ufficiali contro la P.A., per i quali il sequestro preventivo diviene obbligatorio, con una chiara intenzione di tutelare maggiormente il buon nome ed il buon andamento della pubblica amministrazione.

- **Il sequestro preventivo a fini di confisca**

Nonostante la laconica disciplina codicistica dell'art. 321 comma 2 c.p.p., che prevede il sequestro preventivo delle “*cose di cui è consentita la confisca*”, si impone ormai un'assimilazione dei presupposti per tutte le misure cautelari, personali e reali.

Le confische e i correlativi sequestri incidono su diritti fondamentali della persona, che non consentono semplificazioni (frequenti nella prassi) nella “prova” e nella “motivazione” dei provvedimenti giudiziari. Le scelte sistematiche iniziali del codice di procedura penale del 1988 hanno rivelato tutta la loro fragilità, a seguito dell'evoluzione legislativa e giurisprudenziale in materia, a fronte di strumenti di contrasto patrimoniale duttili ed efficaci, per categorie sempre più ampie di reati.

Ed anche la novella del 2017 del Codice Antimafia ha tracciato un solco profondo rispetto a tali scelte, evidenziando, secondo un trend normativo inarrestabile, la

applicabili; b) sugli immobili o mobili registrati, con la trascrizione del provvedimento presso i competenti uffici; c) sui beni aziendali organizzati per l'esercizio di un'impresa, oltre che con le modalità previste per i singoli beni sequestrati, con l'immissione in possesso dell'amministratore, con l'iscrizione del provvedimento nel registro delle imprese presso il quale è iscritta l'impresa; d) sulle azioni e sulle quote sociali, con l'annotazione nei libri sociali e con l'iscrizione nel registro delle imprese; e) sugli strumenti finanziari dematerializzati, ivi compresi i titoli del debito pubblico, con la registrazione nell'apposito conto tenuto dall'intermediario ai sensi dell'articolo 34 del decreto legislativo 24 giugno 1998, n. 213. Si applica l'articolo 10, comma 3, del decreto legislativo 21 maggio 2004, n. 170.

centralità non solo della confisca e del sequestro per colpire la criminalità del profitto, ma anche dell'amministrazione giudiziaria dei beni oggetto del vincolo, secondo il modello delineato dal d.lgs. n. 159 del 2011, per salvaguardare gli interessi sociali, economici e occupazionali coinvolti.

Era difficile immaginare, all'epoca dell'entrata in vigore del codice di procedura penale del 1988, la pervasività che avrebbe assunto la confisca e il sequestro preventivo finalizzato a garantire la sua esecuzione nei procedimenti penali legati alla criminalità del profitto.

Eppure, bisogna essere consapevoli che il legislatore del codice, nel limitarsi a prevedere nell'art. 321 comma 2 c.p.p. che *“il giudice può altresì disporre il sequestro delle cose di cui è consentita la confisca”*³, si sia lasciato influenzare, in modo semplicistico, dalla classificazione tradizionale dell'istituto di cui all'art. 240 c.p. quale misura di sicurezza.

Per di più ha assunto come modello la confisca diretta, l'unica all'epoca esistente, che riguarda res legate da un vincolo di pertinenzialità con il reato oggetto delle indagini e del processo.

La conferma si ha leggendo l'art. 104 disp. att. c.p.p., nella sua versione originaria, che nell'identificare le modalità esecutive del sequestro preventivo rinviava alle disposizioni dettate per il sequestro probatorio proprio del corpo del reato e delle cose pertinenti al reato⁴.

³ Secondo M. CERESA-GASTALDO, Garanzie insufficienti nella disciplina del sequestro preventivo, in Cass. pen., 2010, p. 4439, al legislatore del 1988 è “rimasto molto più nella penna di quanto non sia stato scritto”. Parla di “tessuto normativo scarno” A. SCALFATI, L'ombra inquisitoria sul sequestro preventivo in funzione di confisca, in Proc. pen. e giust., n. 3, 2016, p. 3.

Più di recente, in generale, v. P. GUALTIERI, sub art. 321, in Codice di procedura penale commentato, a cura di A. Giarda – G. Spangher, II, Milano, 2017, p. 26 ss.; L. MILANI, sub art. 321, in G. CONSO – G. ILLUMINATI, Commentario breve al codice di procedura penale, II ed., Padova, 2015, p. 1405 ss.; E. TURCO, sub art. 321, in Codice di procedura penale, a cura di G. Canzio – R. Bricchetti, I, Milano, 2017, p. 2074 ss.; nonché i contributi contenuti nel volume collettaneo Sequestro e confisca, a cura di M. MONTAGNA, Torino, 2017 e in particolare di A. DIDDI, Il sequestro a fini di confisca, ivi, p. 163 ss. Tra le opere di carattere generale v. M. MONTAGNA, I sequestri nel sistema delle cautele penali, Padova, 2005; F. VERGINE, Il “contrasto” all'illegalità economica. Confisca e sequestro per equivalente, Padova, 2012.

⁴ Cfr. E. SELVAGGI, sub art. 104 disp. att., in Commento al nuovo codice di procedura penale, I, La normativa complementare, coordinato da M. CHIAVAIRO, Torino, 1992, p. 375 ss.

2. L'evoluzione della confisca (o meglio, delle tante confische) e il ruolo della giurisprudenza.

Pare utile effettuare un breve cenno all'istituto della confisca nel nostro ordinamento, che rappresenta, come noto, una misura ablatoria tesa a colpire il patrimonio del reo.

La creazione di nuovi strumenti ablativi patrimoniali ha avuto un impatto che può definirsi rivoluzionario nella lotta alla criminalità: va infatti evidenziato che se il codice penale del 1930 si limitava a prevedere all'art. 240 unicamente la confisca quale misura di sicurezza patrimoniale dei beni direttamente collegati al reato, con la legge n. 646/1982 (cd. legge Rognoni - La Torre) sono stati introdotti nel nostro ordinamento il sequestro e la confisca (di prevenzione) dei patrimoni d'illecita provenienza (anche nel caso di mera sproporzione tra valore dei beni e redditi dichiarati) nella disponibilità diretta o indiretta (perciò formalmente intestati a terzi) delle persone indiziate (e non condannate) di partecipazione ad associazione di tipo mafioso. Il carattere innovativo della confisca di prevenzione consisteva – pertanto - non solo nel recidere il tradizionale nesso tra commesso reato e ablazione del bene, ma anche (e soprattutto), perché non richiedeva quale presupposto la condanna del proposto.

Il sequestro e la confisca nei confronti di soggetti indiziati di gravi delitti introdotti con la L. n. 646 del 1982 (c.d. L. “*Rognoni-La Torre*”) e ora disciplinati dal d.lgs. n. 159 del 2011 mostrano un disegno limpido: prosciugare le fonti di provvista e investimento del sodalizio criminale e neutralizzarlo privandolo di basi economico-patrimoniali; gli strumenti sono densi di valenza simbolica, giacché il recupero della *res* all'economia legale scardina sul piano sociale la legittimazione mafiosa⁵. La confisca di prevenzione colpisce i beni previamente sequestrati allorché il c.d. “prevenuto” non ne giustifichi la legittima provenienza; oggetto sono cespiti di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, l'indiziato abbia la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al

⁵ In proposito vedi S. LEUZZI, I rapporti fra misure ablatorie penali e liquidazione giudiziale nel CCII, in *IFallimento*, fasc. 12/2019

reddito o all'attività economica, nonché beni che si palesino frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego. Lo strumento, in forma diretta o per equivalente, è un'espropriazione *praeter delictum*, prescindendo da una condanna penale e dall'accertamento processuale di un reato, diversamente da tutte le altre confische penali⁶. Perciò l'istituto si compone di uno statuto autonomo ed eccentrico, che fa perno su un corpus appartato di norme speciali, insuscettibili di analogie, a loro modo garantistiche. Nel quadro di un procedimento *ad hoc* per l'adozione, l'art. 23 fa salvo il diritto a interloquire di una cerchia di soggetti, imponendone la citazione ad udienza camerale, per deduzioni difensive o per sollecitare l'acquisizione di ogni elemento utile di decisione⁷.

Dopo un decennio di positive applicazioni del nuovo istituto si introduce nel settore penale la confisca – allargata o per sproporzione – con l'art. 12-sexies d.l. n. 356/92, conv. dalla l. n. 356/92, con cui si spezza il tradizionale nesso tra cosa confiscata e commesso reato previsto dall'art. 240 c.p. Nel caso di condanna per determinati delitti, progressivamente ampliati nel tempo si prevede la confisca (obbligatoria) dell'intero patrimonio, nella disponibilità diretta o indiretta, dell'imputato. Questo tipo di confisca è stata ritenuta idonea a colpire i patrimoni della criminalità organizzata, consentendo l'apprensione, già in via cautelare, di tutti i beni di valore sproporzionato al reddito dichiarato o all'attività economica dell'indagato-imputato e per i quali non sia stata giustificata la provenienza. In questo modo, si incrina, per la prima volta, la necessità di distinguere se tali beni siano o meno collegati al reato presupposto⁸.

⁶ Degli "indiziati" non rileva neppure l'attuale pericolosità, tant'è che la misura può essere disposta anche nei confronti di terzi, eredi o aventi causa della persona che si era originariamente arricchita in modo illecito.

⁷ Fra i "citati" figurano: proprietari o comproprietari dei beni sequestrati, soggetti che vantino diritti reali o personali di godimento sui beni in sequestro, titolari di diritti reali di garanzia sui beni sequestrati.

⁸ Con la consueta efficacia si afferma che nella confisca allargata "*sfuma ... il normale requisito del nesso di pertinenzialità tra l'oggetto dell'ablazione ed uno specifico reato, e si sostituisce ad esso una sorta di presunzione di illiceità di accumulo, denotata dalla condanna per determinati reati*": così A. MACCHIA, Le diverse forme di confisca: personaggi (ancora) in cerca d'autore, in Cass. pen., 2016, p. 2726. V. anche A. BARGI, "*Processo al patrimonio*" e principi del giusto processo, in La giustizia patrimoniale penale, a cura di A. Bargi – A. Cisterna, I, Torino, 2011, p. 18 ss. A sancire definitivamente l'irrelevanza del requisito della pertinenzialità in questa confisca v. Cass., sez. un., 17 dicembre 2003, Montella, in Cass. pen., 2004, p. 1182 ss., con nota di G. FIDELBO, Sequestro preventivo e confisca ex art. 12-sexies l. n. 356/92: dall'esclusione del

Un ulteriore ampliamento del contrasto patrimoniale avviene con l'introduzione di numerose disposizioni del Codice Penale e di leggi speciali che rendono obbligatoria la confisca prevista come facoltativa dall'art. 240 c.p. (delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato ovvero che ne costituiscono il prodotto o il profitto).

La difficoltà di rinvenire il profitto diretto del reato da assoggettare a confisca obbligatoria è alla base di una nuova forma di confisca per equivalente o di valore, introdotta per determinate ipotesi di reato (a partire dal 1996 con la modifica dell'art. 644 c.p.), anche queste progressivamente ampliate nel tempo. Il mancato rinvenimento dei beni soggetti a confisca obbligatoria consente, anzi impone l'ablazione di beni (di legittima provenienza) nella disponibilità, diretta o indiretta del condannato, di valore corrispondente.

Inoltre, il d.lgs. n. 231/01 introduce, per alcune fattispecie di reato (anche mere contravvenzioni) e in presenza di presupposti, la confisca (diretta, come sanzione, e per equivalente) ai danni dell'ente al fine di evitare che dell'illecita accumulazione si possa giovare la persona giuridica o anche la mera associazione.

Nell'ordinamento si rinvencono, oltre a svariate forme di confisca penale di carattere sanzionatorio, anche alcune forme di sequestro che non sfociano (di norma) nella confisca: il sequestro impeditivo diretto ad interrompere le conseguenze del reato o il suo protrarsi (art. 321, co. 1, c.p.p.), il sequestro conservativo che limita la disponibilità dei beni in capo all'imputato (artt. 316 e ss. c.p.p.) e quello probatorio (art. 253 c.p.) che risponde a esclusive esigenze processuali incidendo, sia pure provvisoriamente, sui diritti degli interessati.

Con riferimento alla natura giuridica della confisca, il dibattito è ampio: nonostante la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, in ossequio ad un criterio di apprezzamento sostanziale di "materia penale", propenda per la natura sanzionatoria (e applichi, dunque, le garanzie di cui all'art. 7 CEDU), nella dottrina e giurisprudenza nazionali non si registra unanimità di vedute.

nesso pertinenziale con il reato al rafforzamento dei presupposti. In generale, da ultimo, P. CORVI, La confisca nei reati di criminalità organizzata, in *Sequestro e confisca*, a cura di M. Montagna, cit., p. 431 ss.

Nell'impianto primigenio, la confisca ex art. 240 c.p. era misura di sicurezza patrimoniale⁹: un trasferimento coattivo allo Stato di beni contaminati dal reato, motivato dall'esigenza preventiva di recidere il nesso tra res e autore del reato sottraendo al secondo la disponibilità della prima. Fine immediato era la spoliazione del reo, l'acquisizione pubblica del bene era un corollario. L'archetipo codicistico è stato successivamente affiancato da fattispecie ablatorie eterogenee, spesso riconducibili alla confisca c.d. "per equivalente", slegata tanto dal rapporto con la pericolosità dell'agente o della cosa, quanto dal nesso tra espropriazione e reato, non ricadendo sui beni profitto di quest'ultimo, ma sul relativo controvalore¹⁰. La finalità preventiva si offusca di fronte a quella afflittiva, che nel piegare lo strumento alla reintegrazione dell'assetto economico alterato dal reato, lo traduce in un prelievo pubblico a compensazione di prelievi illeciti¹¹. Lo smantellamento delle posizioni di favore costruite attraverso il reato porta a scindere la correlazione beni confiscati-fatto criminoso: oggetto dell'ablazione non è la res derivata dal reato, ma un'entità patrimoniale sganciata dalla precedente attività delittuosa. La confisca per equivalente si sposta dal novero delle misure di sicurezza a quello delle pene: non previene un nuovo reato, punisce un fatto pregresso¹².

⁹ La confisca ex art. 240 c.p., comma 1, è facoltativa; è obbligatoria quella di cui al comma 2.

¹⁰La confisca per equivalente debutta nell'ordinamento con l'art. 644, ultimo comma, c.p. in tema di usura. In seguito, le confische ad valorem sono proliferate sulla base di un approccio particolaristico. Nel codice penale vengono in rilievo: art. 322 ter, in materia di delitti contro la pubblica amministrazione; art. 474-bis, reati di contraffazione; art. 640-quater, delitti contro il patrimonio mediante frode; art. 648-quater, riciclaggio e reimpiego; art. 600-septies, delitti contro la personalità individuale. Nella legislazione speciale si registrano: art. 11, L. n. 146 del 2006, reati transazionali; art. 1, comma 143, L. n. 244 del 2007 in tema di reati tributari; art. 187 T.U.F. sugli abusi di mercato; art. 19, d.lgs. n. 231 del 2001, in caso di responsabilità "amministrativa" dell'ente; art. 12-sexies, d.l. n. 306 del 1992, c.d. "confisca allargata", prevista oggi per numerosi reati, tra proprio quello di associazione di stampo mafioso, e che si applica in caso di condanna o pena patteggiata -avuto riguardo a beni sproporzionati rispetto al reddito dichiarato dal reo o alla sua attività economica, e dei quali egli non riesca a giustificare la legittima provenienza. Nel codice civile lo strumento attiene ai reati societari (art. 2641 c.c.).

¹¹ Così Cass. Pen., SS. UU., 28 ottobre 2005, n. 41936, in *Pluris*

¹² La Corte Edu scorge nella confisca per equivalente un'inclinazione sanzionatoria, che ne segnala l'assimilabilità alla pena, con tutto quello che ne consegue in punto di estensione necessaria delle garanzie: v. Corte EDU, Engel e altri c. Olanda, 8 giugno 1976, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*

Il minimo comune denominatore che avvince le variegata confische ad valorem investe tre piani:

- la sussidiarietà dello strumento, spendibile solo quando non possa procedersi a confisca diretta, rimanendo indispensabile che il prezzo o profitto non sia rinvenuto perché la misura si concentri su un valore corrispondente nella disponibilità dell'indagato;
- la necessità a fini applicativi di una sentenza irrevocabile di condanna, presupposta dalla natura sanzionatoria dello strumento;
- la non appartenenza del bene a terzi, potendo la confisca riguardare unicamente beni del reo, non anche res di un estraneo alla commissione dell'illecito, che non abbia reimpiegato i profitti che ne siano discesi.

L'ordinamento rivela allora un contorno sfaccettato: a seconda della finalità per cui viene disposta, la confisca assume sembianze di misura di sicurezza o misura civile o amministrativa o pena e mezzo di ripristino della situazione economica modificata in favore del reo dalla commissione del fatto illecito¹³.

La tendenza è, quindi, quella di derivare la natura giuridica della confisca (sanzione penale o misura di sicurezza) dalla funzione che essa in concreto svolge, secondo l'autorevole insegnamento della Corte Costituzionale: *«la confisca può presentarsi, nelle leggi che la prevedono, con varia natura giuridica; il suo contenuto è sempre la privazione di beni economici, ma questa può essere disposta per diversi motivi e indirizzata a varie finalità, sì da assumere, volta per volta, natura e funzione di pena o di misura di sicurezza ovvero anche di misura giuridica civile e amministrativa»* (C. Cost. 25.5.1961 n. 29).

¹³ È il caso dei reati previsti dal d.lgs. n. 74 del 2000, ove ad imporsi è addirittura la reintegrazione dell'ordine finanziario dello Stato leso dall'illecito tributario: v. Cass. Pen. 24 settembre 2008, n. 39172, in *Pluris*.

Così, se, considerata l'assenza del vincolo di pertinenza tra la cosa sequestrata ed il reato¹⁴, la confisca "per equivalente" sembra avere natura di sanzione, si tende, invece, a considerare la confisca diretta una misura di sicurezza¹⁵.

Peraltro, occorre segnalare una pronuncia delle Sezioni Unite¹⁶ che, in materia di confisca obbligatoria del prezzo o del profitto del reato, reputa superfluo, al fine d'irrogare la misura, un provvedimento formale di condanna, ritenendo che sia sufficiente anche il proscioglimento per intervenuta prescrizione, qualora la sentenza non abbia posto in discussione la responsabilità dell'imputato, accertata nei precedenti gradi di giudizio (l'orientamento si era, per vero, sviluppato con riguardo alla confisca urbanistica, di cui all'art. 44 co. 2 D.P.R. 380/2002). Peraltro, tale orientamento trova oggi conferma nella disposizione di cui all'art. 578-bis c.p.p., che consente al giudice d'impugnazione di far salvo il provvedimento di confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato, anche se il reato è estinto per prescrizione od amnistia. Ritenendo superfluo un provvedimento formale di condanna, sarebbe implicito il disconoscimento della natura di "sanzione" e la qualificazione come "misura di sicurezza".

Vi è, poi, il problematico campo delle confische "antimafia", di cui agli artt. 24 d.lgs. 159/2011 (misura "ante delictum") e 12-sexies d.lgs. 396/1922 (misura "post delictum", oggi prevista dall'art. 240-bis c.p.): nel primo caso, le Sezioni Unite, nel 2015, hanno decretato la natura di "misura di prevenzione"; nel secondo caso, la giurisprudenza è unanime nell'optare a favore di un "misura di sicurezza patrimoniale"¹⁷.

Per quanto, poi, concerne la confisca di cui all'art. 19 d.lgs. 6 giugno 2001 n. 231, nessuno dubita che si tratti di una vera e propria sanzione (principale).

¹⁴ Cfr., ad es., in relazione alla confisca per equivalente nei reati tributari, Cass. 5.5.14 n. 18308, in *Banca Dati De Jure*

¹⁵ Ma v., sul punto, G. GRASSO, Artt. 199-240 in M. Romano, G. Grasso, T. Padovani, Commentario sistematico al codice penale, Milano 2011, 608 e ss., secondo il quale, all'interno dell'art. 240 c.p., sarebbe opportuno distinguere le ipotesi previste dal comma 1 (misura di sicurezza), da quelle contemplate dal comma 2, nel quale, la fattispecie di cui al n. 2 rappresenterebbe una sanzione, quella prevista dal n. 3, una misura di sicurezza

¹⁶ Cass. S.U. 26.6.2015 n. 31617, in *www.penalecontemporaneo.it*, 30.7.2015

¹⁷ Cass. S.U. 19.1.2004 n. 920, in *Banca Dati De Jure*.

Le plurime forme di confisca fanno sorgere notevoli problemi applicativi anche con riferimento alla tutela da assicurare a terzi i cui diritti possono essere compromessi: sia nella fase che va dal sequestro alla confisca definitiva, in cui il bene è sottratto provvisoriamente ed è amministrato o custodito da un organo dello Stato che opera per conto di chi spetta (la parte nel caso di restituzione, lo Stato nel caso di confisca definitiva), sia dopo la confisca definitiva in cui il bene è acquisito al patrimonio dello Stato.

In sintesi, possono definirsi terzi i soggetti, diversi dal proposto/prevenuto o dall'indagato/imputato/condannato, coinvolti in vario modo e titolo dal sequestro e/o dalla confisca dei beni.

Non risulta, ad oggi, una classificazione esaustiva delle diverse tipologie di terzi che può provare a delinearsi sulla base dei diritti vantati e della tutela loro garantita, partendo da coloro che hanno un più intenso rapporto col destinatario del procedimento e col bene:

- a) terzi eredi o aventi causa del titolare del bene (e successori a titolo universale o particolare): presentano un diretto collegamento e coinvolgimento col bene sequestrato e/o confiscato perché sono parte del procedimento in luogo del proposto o (con i rigorosi limiti previsti nel processo penale) del condannato deceduto, in quanto divenuti titolari del bene a seguito della morte di colui che ne aveva la disponibilità, diretta o indiretta;
- b) terzi formali intestatari dei beni o terzi intestatari: sono i titolari del bene ritenuto nella disponibilità indiretta del proposto/prevenuto o dell'indagato/imputato/condannato. Pur avendo la titolarità giuridica, sotto il profilo civilistico, del bene, ne subiscono la sottrazione – prima provvisoria col sequestro, poi irreversibile con la confisca definitiva – perché considerati “testa di legno” del destinatario del procedimento (di prevenzione o penale) che è ritenuto nella disponibilità effettiva del bene;
- c) terzi titolari di diritti di credito (o di pretese di natura obbligatoria), muniti o meno di diritti reali di garanzia sui beni: l'interesse del terzo, in questo caso, non deriva dalla pretesa di essere titolare del bene (e dunque dall'aver un diritto da tutelare contro il provvedimento di sequestro o di confisca), ma dal vantare una garanzia patrimoniale all'adempimento di debiti contratti dal proposto o dal

responsabile del reato. Il terzo vanta un interesse indiretto sul bene sequestrato e/o confiscato per il rapporto intercorso col proposto o con l'indagato/imputato/indagato (o col terzo intestatario di costoro) da cui è sorto il proprio diritto di credito. Diritto maggiormente (e diversamente) tutelato sotto il profilo civilistico qualora sia garantito con la costituzione di un diritto reale di garanzia (pegno o ipoteca) o, anche ed eventualmente, o attraverso una causa legittima di prelazione (art. 2741 c.c.). In definitiva, il terzo si vede privato del bene grazie al quale avrebbe potuto soddisfare il proprio credito (che potrebbe anche essere l'unico aggredibile) a causa del depauperamento del patrimonio del debitore derivante della devoluzione del bene allo Stato.

d) terzi interessati (indirettamente) dal provvedimento: sono coloro che, senza assumere la qualità di formali intestatari o di titolari di un diritto di credito, sono coinvolti per gli effetti che possono derivare dalla confisca definitiva (e prima ancora dal sequestro). È una categoria assai variegata e non facilmente declinabile in modo esaustivo per la varietà dei casi che possono verificarsi.

CAPITOLO II

I RAPPORTI DELLE MISURE DI PREVENZIONE PATRIMONIALE CON LE PROCEDURE CONCORSUALI

Sommario: 1. Inquadramento. – 2. La riforma del Codice Antimafia del 2017. – 3. I rapporti tra le misure di prevenzione e le procedure concorsuali sino alla emanazione del Codice Antimafia. – 4. I rapporti tra le misure di prevenzione e le procedure concorsuali nel Codice Antimafia. – 5. La dichiarazione di fallimento successiva al sequestro di prevenzione patrimoniale ed il sequestro successivo alla dichiarazione di fallimento: gli art. 63 e 64 del Codice Antimafia. – 6. L'evoluzione giurisprudenziale: dalle sentenze “*Focarelli*” e “*Uniland*” al nuovo Codice della Crisi d'Impresa

1. Inquadramento

La soluzione della sostanziale prevalenza degli effetti della prevenzione penale rispetto alla procedura fallimentare è stata recepita dal legislatore ed utilizzata per giungere alla previgente disciplina normativa cristallizzata nel Capo III del Codice Antimafia ed ha trovato conferma anche nelle modifiche attuate con la legge del 27 settembre 2017.

La lettura degli artt. 63 e 64 dell'originaria versione d.lgs. 159/2011 portava - infatti - a ritenere che il legislatore aveva (ed ha) ritenuto prioritaria la tutela dell'interesse pubblico rispetto a quello privatistico della *par condicio creditorum* prevedendo - in termini generali - la prevalenza della procedura di prevenzione su quella civilistica del fallimento, ed in particolare sancendo la sottrazione del patrimonio sequestrato alla massa attiva fallimentare.

Gli artt. 63 e 64 del d.lgs. 159/2011 in particolare prevedevano (e prevedono) le due ipotesi della dichiarazione di fallimento, successiva o antecedente all'amministrazione giudiziaria, dell'impresa che in modo concomitante risulta sottoposta a sequestro ed è in stato di insolvenza.

Il d.lgs. 6 settembre 2011, n.159 ha, quindi, introdotto un codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione ed ha, in particolare, operato una integrale modifica del rapporto tra queste e la tutela dei terzi quante volte alla misura interdittiva faccia seguito l'apertura di una procedura concorsuale, ovvero questa la preceda.

Come si legge nella Relazione Illustrativa al testo in esame, la legge è stata emanata con *“il precipuo computo di effettuare una completa ricognizione delle norme antimafia di natura penale, processuale e amministrativa, nonché la loro armonizzazione e coordinamento anche con la nuova disciplina dell’Agenzia nazionale per l’amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata recentemente istituita con il decreto legge 4 febbraio 2010 n.4”*

Il principio di fondo è quello che la sussistenza di limiti alla tutela dei terzi è funzionale alla salvaguardia delle finalità proprie della misura di prevenzione antimafia: lo scopo sarebbe, quindi, di evitare che il mafioso (e, in generale, il proposto) si precostituisca creditori di comodo al fine di vanificare la misura di prevenzione.

Si tratta di una finalità analoga a quella sottesa alle norme che disciplinano l'accertamento dei crediti nella procedura fallimentare (e in genere, nelle procedure concorsuali); la *ratio* delle norme che regolano la verifica dei crediti in sede fallimentare è, infatti, quella di scongiurare il rischio della precostituzione di creditori di comodo ovvero della precostituzione di titoli di preferenza, in violazione della *par condicio creditorum*.

Il capo III è destinato a disciplinare i controversi rapporti tra misure di prevenzione e fallimento dell'imprenditore i cui beni siano stati attinti da sequestro: in siffatta materia si assiste, come accennato, per la prima volta

all'inserimento nella materia delle misure di prevenzione di una disciplina esplicita e organica delle interrelazioni tra ablazione patrimoniale antimafia e procedure concorsuali.

Il Legislatore, come si vedrà, nel riformare la materia, per un verso ha recepito gli orientamenti giurisprudenziali che si erano formati nel corso degli anni per risolvere problemi concreti di coordinamento tra le due procedure in assenza di una regolamentazione espressa di rango legislativo e, per un altro verso, ha operato una precisa scelta aderendo alla tesi, prospettata nella giurisprudenza di legittimità penale, della sostanziale prevalenza delle misure di prevenzione patrimoniali del sequestro e della confisca sul fallimento, determinando di fatto il superamento dei contrapposti orientamenti giurisprudenziali e dottrinari che erano giunti, in ordine alla delimitazione di tali relazioni di interferenza, a soluzioni differenti e sovente in contrasto fra loro. Infatti, gli artt. 63-65 contengono la disciplina dei rapporti con le procedure concorsuali, impostata secondo una delimitazione solo in apparenza cronologica: l'art. 63, infatti, è dedicato alle ipotesi di dichiarazione di fallimento posteriore al sequestro di prevenzione, mentre l'art. 64 si preoccupa della fattispecie, speculare alla prima, in cui il sequestro di prevenzione intervenga in un momento successivo rispetto alla pronuncia dichiarativa del fallimento. L'art. 65 disegna, infine, i rapporti tra le procedure concorsuali e le misure di prevenzione "*atipiche*" modificate con l'art. 34, ossia l'amministrazione giudiziaria e il controllo giudiziario.

Si deve anche, evidenziare che il Codice Antimafia non si occupa del rapporto con le procedure diverse dal fallimento e in particolare con il concordato preventivo e con i piani di ristrutturazione: verosimilmente non si è trattato di una dimenticanza, quanto piuttosto di una scelta consapevole che ha avuto riguardo alle specifiche caratteristiche di queste procedure, considerato che esse non condividono lo spossessamento del debitore e che, pertanto, il sequestro di prevenzione non incontrerebbe limitazioni e, ricorrendone le condizioni, prevarrà sulle misure in questione eventualmente con esso concorrenti.

2. La riforma del Codice Antimafia del 2017

La disciplina del d.lgs. 159/2011, dopo alcuni anni di applicazione e numerose critiche soprattutto da parte della dottrina, è stata modificata dal legislatore con la legge del 27 ottobre del 2017.

In un contesto di generale riforma del TU antimafia da parte del Legislatore si è proceduto anche alla revisione di uno degli aspetti che maggiormente aveva ricevuto le critiche degli interpreti e che aveva ad oggetto i rapporti fra le misure di prevenzione e le procedure concorsuali.

La riforma organica del codice antimafia ha interessato circa 50 articoli del decreto legislativo 159/2011, ma il codice si conferma un cantiere aperto, aperto all'infaticabile opera d'interpretazione di dottrina e giurisprudenza, tuttora oggetto di attenzione da parte del legislatore del 2018 che con il decreto 113/2018 ha introdotto ulteriori modifiche.

Sembra, allora, questo il momento per riflettere sullo stato delle cose.

Le criticità, le aporie che fin dal varo della riforma sono state segnalate hanno trovato soluzioni nella fertilissima prassi delle misure di prevenzione patrimoniale, instancabile laboratorio di soluzioni sempre più raffinate? Il legislatore che interviene nuovamente sul codice ha colto questi segnali? In quale direzione si muove un corpo legislativo ancora in divenire?

Credo si possa muovere dagli obiettivi che hanno animato la riforma e da alcuni assunti consolidati.

Possiamo certamente dire che il sistema italiano della prevenzione antimafia è considerato, oramai non più solo in ambito europeo, come la forma di legislazione più avanzata ed efficace per il contrasto alla criminalità organizzata ad alta redditività, non solo di tipo mafioso, ma si tratta di un sistema che pone un problema di “sostenibilità” in periodi di congiunture economiche sfavorevoli in e, in particolare, rispetto a un tessuto economico e imprenditoriale indebolito da deficit strutturali endemici e dalla crisi economica come si registra nel Sud del Paese.

Si tratta di fattori che possono favorire l'infiltrazione della criminalità organizzata nelle aziende e indurre gravi alterazioni nel sistema economico, nelle dinamiche del libero mercato e della concorrenza.

La crisi economica amplifica il bisogno di liquidità delle imprese e le rende più vulnerabili rispetto alla ciambella di salvataggio rappresentata dal denaro di provenienza illecita in cerca di partenogenesi. Viceversa, la criminalità organizzata considera la crisi economica una ghiotta opportunità per riciclare denaro, fagocitare aziende e un potente volano di consenso sociale sospinto dalla creazione – spesso illusoria e di breve durata – di posti di lavoro o dalla chimera del mantenimento dei livelli occupazionali.

Il Legislatore del 2017¹⁸ ha mostrato di avere ben presente la necessità di affinare il sistema della prevenzione antimafia in uno con la necessità di salvaguardare la libertà d'impresa e il mantenimento dei livelli occupazionali. Ed è proprio questa una delle principali finalità che hanno ispirato la riforma del codice antimafia del 2017¹⁹.

Se vogliamo individuare nell'intervento riformatore un filo conduttore possiamo dire che le modifiche del Codice Antimafia sono informate alla ricerca di una possibile sintesi tra il libero esercizio dell'attività d'impresa ed un'efficace prevenzione dell'infiltrazione mafiosa nell'impresa.

La riforma è stata ispirata dalla consapevolezza che una positiva interazione tra gli obiettivi della prevenzione antimafia e le dinamiche d'impresa dovesse ruotare intorno ad alcuni punti fermi:

- apprestare adeguate garanzie ai diritti delle parti, ai diritti dei terzi;

¹⁸ Il sistema della prevenzione antimafia relativo al fenomeno dell'infiltrazione mafiosa nell'attività d'impresa si muove su due versanti: uno amministrativo (informativa antimafia ex art. 91 Codice antimafia e straordinaria e temporanea gestione ex art. 32 d.l. 90/2014) e uno giudiziale (sequestro e la confisca di prevenzione ex artt. 20 e 24 Codice antimafia, amministrazione giudiziaria ex art. 34 Codice antimafia, e ora, il controllo giudiziario ex art. 34 bis Codice antimafia).

¹⁹ Legge n. 161 del 17 novembre 2017 il cui asse portante è stato il disegno di legge della Commissione parlamentare antimafia A.C. 2737, Bindi.

- prestare massima attenzione al “fattore tempo” nella definizione del procedimento e nell'adozione delle decisioni che riguardano la prosecuzione dell'attività d'impresa;
- affinare gli strumenti di selezione di coloro cui è affidata – in concreto – l'amministrazione giudiziale delle aziende e, soprattutto, garantire continuità nella direzione della gestione e nella gestione medesima.

Prima di tutto questo, il Legislatore ha preso atto di come il fenomeno dell'infiltrazione mafiosa nell'attività d'impresa si sia, a sua volta, affinato e si declini in una varietà di situazioni che richiedono nuovi e più duttili strumenti di bonifica aziendale in alternativa a quelli ablatori.

I risultati della legge di riforma 161/2017 sono stati frutto della dialettica parlamentare in cui sono confluite anime diverse e dunque suscettibili di miglior coordinamento, ma gli obiettivi della riforma sono state ritenuti ampiamente condivisibili da tutti gli attori istituzionali.

3. I rapporti tra le misure di prevenzione e le procedure concorsuali sino alla emanazione del Codice Antimafia

La compresenza di un sequestro di natura penale e di una procedura concorsuale non è infrequente né esclusa dal legislatore²⁰.

La difficoltà di coordinamento tra le due misure risiede nella circostanza che entrambe producono il medesimo effetto: lo spossessamento dei beni.

Lo spossessamento rappresenta l'effetto patrimoniale principale della dichiarazione di fallimento, in virtù del quale il fallito perde l'amministrazione e la disponibilità di tutti i beni e i diritti esistenti nel patrimonio al momento della dichiarazione di fallimento, e il curatore diviene amministratore del patrimonio spossessato. Similmente, con il sequestro, il prevenuto perde la disponibilità dei

²⁰ Cfr. Cass. 12 gennaio 2017, n. 608, Foro It., Rep. 2017, voce Fallimento, n. 333, cit. in motivazione; Cass., SS.UU., 25 settembre 2014, Fall. Soc. U., id., Rep. 2015, voce Responsabilità amministrativa, n. 124, ha affermato la possibilità che un medesimo bene sia oggetto di differenti tipologie di sequestri, in quanto non vi è norma «che vieti l'apposizione di più vincoli sugli stessi beni e la logica del sistema, al contrario, consente e prevede l'apposizione di più vincoli».

beni oggetto del vincolo. Invero, la similitudine degli effetti risiede nella circostanza che entrambi sono qualificabili come vincoli di indisponibilità²¹. Quest'ultima, essendo un vincolo reale di destinazione²², determina la costituzione di un patrimonio separato, creando due masse patrimoniali appartenenti ad un unico soggetto e dirette al soddisfacimento di differenti interessi²³. La separazione comporta due conseguenze fondamentali: il patrimonio destinato diviene non aggredibile dai creditori per obbligazioni estranee allo scopo e il titolare del patrimonio destinato può subire limitazioni relative al suo potere di disposizione. Pertanto, all'operatività della destinazione anche nei confronti delle sfere giuridiche dei terzi consegue la natura reale del vincolo di destinazione impresso sul patrimonio destinato ad uno scopo²⁴.

In presenza di più vincoli di indisponibilità che insistono sullo ovvero sugli stessi beni occorre comprendere a quale dare prevalenza.

Il processo di armonizzazione e coordinamento tra procedure concorsuali e confisca di prevenzione è stato per molto tempo oggetto di un vivo dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

D'altro canto, sino al c.d. Codice Antimafia (d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159), i rapporti tra fallimento e sequestro non erano disciplinati, e, anzi, particolarmente controversi, con riferimento alla prevalenza dell'una misura sull'altra e sui poteri spettanti ai giudici coinvolti (di prevenzione e fallimentare)²⁵.

²¹ Sull'assunto che il fallimento costituisca un vincolo di indisponibilità, cfr. Cass., SS.UU., 25 settembre 2014, Fall. Soc. U., cit.; R. DI TORREPADULA, in A. JORIO (diretto da), Il nuovo diritto fallimentare. Commentario, Bologna, 2006, I, sub art. 42, 689; E. BETTI, Teoria generale del negozio giuridico, in F. VASSALLI (diretto da), Trattato di diritto civile, Torino, rist. 1960, vol. XV, t. II, 238; P. ABBADESSA, Osservazioni sul problema della rilevanza della buona fede dei terzi di fronte al vincolo di indisponibilità fallimentare, in Riv. dir. civ., 1968, II, 295 ss.; F. BRIOLINI, Vincoli sui titoli di credito, Torino, 2002, 19 s. con riferimento al sequestro, 15 ss.; in giurisprudenza, Cass. 9 gennaio 1998, GIANNICO, Foro It., Rep. 1999, voce Esecuzione penale, n. 82; 18 agosto 1997, n. 7659, id., Rep. 1998, voce Fallimento, n. 374; 5 agosto 1997, n. 7218, id., Rep. 1997, voce Sequestro conservativo, n. 30; 3 maggio 1996, VALSANGIACOMO, ibid., voce Sequestro penale, n. 70.

²² L. FERRI, Trascrizione immobiliare, in SCIALOJA-BRANCA (a cura di), Commentario del codice civile, 2ª ed., Bologna-Roma, 1964, 25.

²³ M. BIANCA, Vincoli di destinazione e patrimoni separati, Padova, 1996, 181.

²⁴ M. BIANCA, Vincoli di destinazione e patrimoni separati, cit., 201

²⁵ Sul tema, v. M. FABIANI, Misure di prevenzione patrimoniali e interferenze con le procedure concorsuali, in Fallimento, 1998, 329; F. TETTO, Sequestri penali, confische e fallimento, id., 2018, 191, commento a Cass. Pen. 7 marzo 2017, n. 3719, Fall. Soc. Europa.

La querelle mirava: in primo luogo, ad individuare e suggerire posizioni condivise circa la natura della confisca di prevenzione (introdotta con l. n. 646 del 13 settembre 1982); in secondo luogo, a sciogliere i dubbi interpretativi sorti quando la misura preventiva incideva su cespiti sottoposti a fallimento.

Si delineavano, nel quadro dogmatico e giurisprudenziale, distinte opzioni riconducibili essenzialmente a tre orientamenti:

- il primo, sostenuto dalla dottrina maggioritaria, suggeriva di risolvere la predetta questione nel segno della prevalenza della procedura fallimentare sulla confisca di prevenzione. Tale filone di pensiero rilevava come l'interesse perseguito dal fallimento, mirante alla tutela dei creditori, non fosse contrapposto a quello perseguito dalla confisca di prevenzione, avente ad oggetto la repressione dell'economia criminale.

Già prima dell'entrata in vigore della legge antimafia, la Corte di Cassazione aveva affermato il principio secondo cui la presunzione di pericolosità che giustifica la confisca si riferisce non alla cosa in sé ma alla relazione con il soggetto criminale, pertanto qualora il diritto di quest'ultimo sia ridotto o compresso dai diritti che terzi possono vantare sulla cosa, per realizzare il fine specifico della misura di sicurezza è sufficiente privarlo dei residui diritti che egli ha sul bene confiscato, senza necessità di sacrificare anche i diritti che sulla cosa hanno i terzi, la cui tutela, oltre che un generale precetto dell'ordinamento giuridico, trova una particolare giustificazione nella inanità del sacrificio dei loro diritti per il perseguimento dei fini propri della confisca.

- il secondo, prevalentemente di matrice giurisprudenziale, raccoglieva i consensi di chi, pur non disconoscendo le ragioni della procedura concorsuale, postulava come prevalente la confisca sul fallimento.

La prevalenza della misura preventiva era giustificata anche da ragioni di carattere pratico e di politica giudiziaria, in quanto il fallimento avrebbe finito per essere la via di fuga dell'imprenditore che si sarebbe così sottratto alle misure di prevenzione; veniva, in particolare, evidenziato il rischio che schiere di creditori

fittizi o di comodo si insinuassero al passivo fallimentare al fine di partecipare al riparto per poi restituire al mafioso i beni.

Veniva, inoltre, addotta la necessità di evitare che il prevenuto adempisse le proprie obbligazioni con beni di provenienza illecita. La prevalenza era, poi, argomentata sull'assunto che la confisca costituisce una misura ablativa che incide sulla titolarità del bene e non può *“essere preclusa o superata da procedimenti che incidono solo sulla legittimazione a disporre”* quale, appunto, il fallimento e che, dunque, al termine della procedura il fallito mafioso si sarebbe riappropriato dei beni residui. Si assumeva, infine, come il sequestro e la successiva confisca fossero modalità di acquisto della proprietà a titolo originario espressione del potere sovrano dello Stato di reprimere e prevenire il crimine e che tale potere sarebbe stato pregiudicato se il bene oggetto di confisca fosse stato aggredito dalla procedura concorsuale.

- non mancava, infine, una terza tesi riconducibile a chi prospettava una interpretazione che tenesse conto del dato temporale secondo il criterio *prior in tempore potior in iure*.

La soluzione era fortemente condizionata dalla posizione che si assumeva sul tema della tutela dei terzi di buona fede, a fronte dell'esigenza di effettività del contrasto ai patrimoni criminali.

In sintesi, mentre fino alla metà degli anni Ottanta, nonostante critiche feroci da parte della dottrina, la prevalenza della prevenzione sul fallimento era netta, in seguito si aprì dapprima uno spiraglio al fine di consentire al curatore fallimentare di avanzare, con lo strumento dell'incidente di esecuzione, le pretese della massa; conseguì, quindi, un graduale riconoscimento dell'esigenza di non pretermettere del tutto le esigenze dei creditori coinvolti nel dissesto di un'impresa sottoposta a misure di prevenzione patrimoniali.

Nella seconda metà degli anni Ottanta la Suprema Corte ebbe a occuparsi, per la prima volta, dell'argomento e in quella decisione²⁶ tratteggiò in maniera recessiva la posizione dei creditori, delineando la necessità di assicurare effettività al

²⁶ Cass., Sez I, 14 febbraio 1987, NICOLETTI, in Cass. Pen. 1989, 463, n. 467

sistema antimafia e, dunque, l'idea che in alcun modo sarebbe stato possibile sottrarre i beni compresi nel fallimento alla procedura di prevenzione.

Altri sottolineavano invece come la prevalenza della misura antimafia avesse lo scopo anche di evitare che il fallito-proposto potesse trarre ogni forma di vantaggio dalla accumulazione patrimoniale illecita, obiettivo che avrebbe conseguito agevolmente laddove si fosse ammessa la prevalenza della procedura concorsuale.

Non mancarono, comunque, sin dai primi commenti, voci discordi.

Per quanto attiene ai rapporti tra misure di prevenzione patrimoniali e fallimento, è stato appunto propugnato, in dottrina e in giurisprudenza, anche un criterio interpretativo volto a valorizzare il dato meramente temporale: ove il fallimento fosse intervenuto dopo l'esecuzione del sequestro, infatti, il curatore avrebbe potuto proporre incidente di esecuzione per dimostrare la legittima provenienza dei beni; ove il sequestro fosse sopravvenuto invece nel corso del giudizio fallimentare, i beni colpiti sarebbero stati bloccati in funzione della confisca.

Nell'ipotesi, ancora, in cui i beni stessi fossero già stati alienati lo Stato avrebbe dovuto arrestare le proprie pretese e non pretendere nulla dagli acquirenti di buona fede (e non fittizi o "*prestanomi*" del sottoposto ovviamente), laddove qualora la confisca fosse intervenuta prima della dichiarazione di fallimento i creditori non avrebbero potuto, in alcun modo, far valere le loro ragioni.

La Corte Costituzionale – sebbene chiamata più volte a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della mancata predisposizione di strumenti di tutela delle ragioni dei creditori chirografari e privilegiati di chi avesse subito un sequestro antimafia – negò, peraltro, ogni possibilità di intervenire nell'ambito del procedimento di prevenzione indicando possibili soluzioni (come, a titolo esemplificativo, consentendo l'ingresso dei creditori nella procedura di prevenzione ovvero fornendo loro un'azione specifica nell'ambito della procedura concorsuale) la cui individuazione era, al contrario, unicamente rimessa alla scelta del Legislatore.

D'altronde, come è stato osservato²⁷, la priorità delle misure ablativo è ispirata all'esigenza di privilegiare l'interesse pubblico perseguito dalla normativa antimafia rispetto all'interesse meramente privatistico della *par condicio creditorum* perseguito dalla normativa fallimentare.

Il superiore interesse di assicurare effettività all'ablazione statutaria muove, altresì, dall'esigenza di evitare che il bene venga rimesso in circolazione e men che meno ritorni nella disponibilità del soggetto pericoloso, atteso che se è vero che il fallito perde l'amministrazione e la disponibilità del bene, lo è altrettanto che la titolarità rimane pur sempre in capo suo e che la disponibilità dello stesso può essere riacquistata una volta che risulti un attivo al termine della procedura concorsuale.

Pertanto, nel conflitto fra l'interesse generale sotteso alla procedura concorsuale (che è quello di assicurare la tutela dei creditori, per l'avvertita esigenza di creare un sistema economico affidabile, che incoraggi l'iniziativa imprenditoriale e garantisca soluzioni efficaci alla crisi delle imprese) e l'interesse sotteso alle misure di prevenzione patrimoniali (*id est* l'esigenza di sottrarre alle organizzazioni malavitose la linfa economica che alimenta le iniziative criminali e ne incentiva di nuove, per contenere la prospettiva di un arricchimento ulteriore), deve prevalere il secondo.

Con tre precisazioni:

- non si tratta di una prevalenza di carattere assoluto, ma occorre assicurare protezione ai creditori del fallito e di coordinare le iniziative di gestione o liquidazione dei detti patrimoni;
- non sempre (e comunque non necessariamente) la consistenza della massa attiva fallimentare coincide con i beni oggetto di sequestro;
- nonostante lo stesso Codice Antimafia abbia previsto una disciplina analoga a quella fallimentare riguardo al procedimento di verifica dei crediti dei terzi e di liquidazione dei beni, i due procedimenti non sono sovrapponibili o intercambiabili.

²⁷ C. FORTE, Il codice della legge antimafia e la crisi dell'impresa sottoposta a misure di prevenzione patrimoniali: analisi della nuova disciplina dei rapporti tra gli strumenti di intervento ablativo statutario e le procedure concorsuali, in *www.ilcaso.it*

Più in particolare, il limite alla tutela è rappresentato dalla situazione di “sostanziale incolpevolezza” del terzo, situazione in presenza della quale deve arrestarsi l'intervento sanzionatorio dello Stato che altrimenti verrebbe a colpire soggetti che non hanno meritato e non meritano di subirlo.

A tal fine, l'art. 52 enuclea le condizioni in presenza delle quali i diritti di credito dei terzi, anteriori al sequestro e documentati con atto avente data certa, possono ricevere tutela pur in presenza di una confisca definitiva, escludendo che sia sufficiente un controllo meramente estrinseco del diritto (alla luce delle norme civili riguardanti l'esistenza e la validità dell'obbligazione) e rendendo necessario l'accertamento dell'estraneità del terzo all'attività delittuosa.

4. I rapporti tra le misure di prevenzione e le procedure concorsuali nel Codice Antimafia

I problemi di coordinamento e compatibilità tra le procedure sono stati risolti dal Legislatore con il d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 detto Codice Antimafia, il quale, in esito al processo evolutivo della disciplina del sequestro antimafia, ha definito i confini tra fallimento e misura preventiva e, anzi, ha *fallimentarizzato* la misura preventiva antimafia.

Così, il Legislatore ha voluto mettere ordine alle varie ipotesi di sequestro patrimoniale in materia di misure di prevenzione, prevedendo una disciplina generale che costituisce il paradigma per la corretta gestione anche delle altre forme di sequestro.

Punto nodale è la disciplina dei rapporti tra procedimento di applicazione delle misure di prevenzione e procedure concorsuali, nell'intento di garantire i creditori dalle interferenze correlate alla fase liquidatoria dei beni acquisiti all'attivo del fallimento, mediante la previsione che i beni sequestrati o confiscati devono intendersi sottratti all'attivo e vanno, conseguentemente, gestiti secondo le norme proprie stabilite per il procedimento di prevenzione riconoscendo, tuttavia, ai creditori insoddisfatti sulla massa acquisita dal fallimento, il diritto di rivalersi

sul valore dei beni confiscati, al netto delle spese sostenute per il procedimento di prevenzione.

Le disposizioni del Codice Antimafia risultano essere il frutto di una mediazione tra i precedenti orientamenti giurisprudenziali e dottrinali che avevano rispettivamente riconosciuto prevalenza ora al fallimento ora alla misura di prevenzione, ovvero che avevano ritenuto di adottare un criterio di delimitazione temporale dell'efficacia delle due concorrenti misure (*prior in tempore, potior in iure*).

Il tema maggiormente delicato ha sempre riguardato la necessità di individuare una soluzione appagante per risolvere il problema delle interferenze tra misura di prevenzione e procedura concorsuale al fine di poter stabilire, con assoluta certezza, se i beni compresi nel fallimento possano essere, o meno, sottratti al sequestro e sia possibile, quindi, per i creditori concorsuali, divenuti concorrenti, di poter soddisfare le proprie ragioni sull'attivo e, ancora, se il proposto criterio temporale possa ritenersi coerente con riferimento a misure non omogenee, tenuto conto dei presupposti, degli scopi e degli effetti alle stesse correlate, sì da non poter essere negata l'esigenza di individuare una prevalenza, in ogni caso, tra di esse, riconoscendola in favore delle misure di prevenzione.

Di qui la necessità di operare una scelta condivisa in ragione della impossibilità di configurare la coesistenza, sui medesimi beni, di entrambe le misure e, dunque, di dover risolvere il rapporto anche in relazione alla individuazione del giudice competente ad accertare il diritto dei creditori di partecipare alla distribuzione dell'attivo realizzato, a seconda della precedenza della misura di prevenzione ovvero della dichiarazione di fallimento e, al tempo stesso, della entità, parziale o integrale, dei beni coinvolti. È stata assicurata piena tutela ai terzi, i cui diritti di credito risultino anteriori al sequestro, purché documentati con atto avente data certa, avendo il legislatore inteso garantire, da un lato, l'effettività della misura reale e, dall'altro, i diritti di coloro che risultino estranei all'attività delittuosa del proposto.

In particolare, il Titolo IV dà attuazione alla delega disciplinando la materia dei rapporti dei terzi con il procedimento di prevenzione e, conseguentemente,

regolando la disciplina dei rapporti pendenti al momento dell'esecuzione del sequestro. Si è detto che il principio di fondo è quello che la sussistenza di limiti alla tutela dei terzi è funzionale alla salvaguardia delle finalità proprie della misura di prevenzione antimafia: lo scopo sarebbe, quindi, di evitare che il mafioso (e in generale il proposto) si precostituisca creditori di comodo al fine di vanificare a misura di prevenzione.

Nello specifico, il Capo III del Titolo IV è destinato a disciplinare i controversi rapporti tra misure di prevenzione e fallimento dell'imprenditore i cui beni siano stati attinti da sequestro: in siffatta materia si assiste, come accennato, per la prima volta all'inserimento nella materia delle misure di prevenzione di una disciplina esplicita e organica delle interrelazioni tra ablazione patrimoniale antimafia e procedure concorsuali. Il legislatore, come si vedrà, nel riformare la materia per un verso ha recepito gli ordinamenti giurisprudenziali che si erano formati nel corso degli anni per risolvere problemi concreti di coordinamento tra le due procedure in assenza di una regolamentazione espressa di rango legislativo e, per altro verso, ha operato una precisa scelta aderendo alla tesi, prospettata nella giurisprudenza di legittimità penale, della sostanziale prevalenza delle misure di prevenzione patrimoniali del sequestro e della concausa sul fallimento, determinando di fatto il superamento dei contrapposti orientamenti giurisprudenziali e dottrinari che erano giunti, in ordine alla delimitazione di tali relazioni di interferenza, a soluzioni differenti e sovente in contrasto tra loro.

Infatti, gli artt. 63-65 contengono la disciplina dei rapporti con le procedure concorsuali, impostata secondo una delimitazione solo in apparenza cronologica: l'art. 63, infatti, è dedicato alle ipotesi di dichiarazione di fallimento posteriore al sequestro di prevenzione, mentre l'art. 64 si occupa della fattispecie, specularmente alla prima, in cui il sequestro di prevenzione intervenga in un momento successivo rispetto alla pronuncia dichiarativa del fallimento. L'art. 65 disegna, infine, i rapporti tra le procedure concorsuali e le misure di prevenzione "atipiche" modificate dall'art. 34, ossia l'amministrazione giudiziaria e il controllo giudiziario.

Si deve anche evidenziare che il Codice Antimafia non si occupa del rapporto con le procedure diverse dal fallimento, in particolare con il concordato preventivo e con i piani di ristrutturazione: verosimilmente non si è trattata di una dimenticanza, quanto piuttosto di una scelta consapevole che ha avuto riguardo alle specifiche caratteristiche di quelle procedure, considerato che esse non condividono lo spossessamento pieno del debitore e che, pertanto, il sequestro di prevenzione non incontrerà limitazione e, ricorrendone le condizioni, prevarrà sulle misure in questione eventualmente con esso concorrenti.

In sintesi, il legislatore del Codice Antimafia ha recepito l'orientamento fautore della prevalenza della misura di prevenzione sulla procedura fallimentare. Al contempo, tuttavia, ha sentito l'esigenza di coordinare l'interesse pubblicistico sotteso alla confisca con quello concorsuale di tutela dei creditori, riconoscendo a quanti di loro si dimostrino in buona fede il diritto ad un equo indennizzo.

La lettura degli artt. 63 e 64 dell'originaria versione d.lgs. 159/2011 portava - infatti - a ritenere che il legislatore aveva (ed ha) ritenuto prioritaria la tutela dell'interesse pubblico rispetto a quello privatistico della *par condicio creditorum* prevedendo - in termini generali - la prevalenza della procedura di prevenzione su quella civilistica del fallimento, ed in particolare sancendo la sottrazione del patrimonio sequestrato alla massa attiva fallimentare.

5. La dichiarazione di fallimento successiva al sequestro di prevenzione patrimoniale ed il sequestro successivo alla dichiarazione di fallimento: gli art. 63 e 64 del Codice Antimafia

Gli artt. 63²⁸ e 64²⁹ del d.lgs. 159/2011 in particolare prevedevano (e prevedono) le due ipotesi della dichiarazione di fallimento, successiva o antecedente

²⁸ Rubricato “*La dichiarazione di fallimento successiva al sequestro.*”

Viene fissato il principio di carattere generale della sottrazione dei beni sottoposti alla prevenzione rispetto alla massa fallimentare (art. 63, co. 4).

Il procedimento di accertamento dei crediti segue due diversi percorsi:

- a) quando la massa fallimentare è integralmente costituita da beni sottoposti a sequestro, il fallimento viene chiuso con rimessione al giudice della prevenzione dell'accertamento del passivo e della formazione del progetto di riparto tra i creditori che intendono soddisfarsi sui beni oggetto di vincolo di prevenzione, sulla base delle disposizioni previste dagli artt. 52 e ss. d.lgs. n. 159/11 (art. 63, co. 4 e 5). Il procedimento, dunque, si svolge innanzi al giudice delegato della prevenzione che, tra i diversi compiti attribuitigli in materia di tutela dei terzi, procederà, nella fase incidentale che si descriverà oltre anche alle ordinarie verifiche dei presupposti per fare valere i diritti in quella sede e, poi, procederà al progetto di riparto;
- b) nel caso in cui non tutti i beni siano oggetto di sequestro, l'accertamento del passivo è demandato al giudice delegato al fallimento, il quale è chiamato ad accertare i crediti insinuati al passivo anche alla luce dei criteri e delle condizioni previste dalle disposizioni in materia di prevenzione a tutela dei terzi di buona fede. Il giudice delegato al fallimento, dunque, accerta nelle rituali forme fallimentari la concorsualità del credito e la sua documentata sussistenza e, come se fosse il giudice delegato alla misura di prevenzione, le condizioni poste dalle disposizioni in materia a garanzia di possibili interferenze illecite nella formazione dei crediti concorrenti (art. 63, co. 6). Deve ritenersi che il giudice delegato al fallimento possa “utilizzare” gli atti di verifica già compiuti dal giudice delegato in sede di prevenzione.

²⁹ Rubricato “*Il sequestro successivo alla dichiarazione di fallimento.*”

Anche nell'ipotesi di fallimento preesistente al sequestro viene fissato il principio di carattere generale della sottrazione dei beni sottoposti alla prevenzione rispetto alla massa fallimentare, pur con l'inevitabile limite dell'intervenuta chiusura del fallimento, nel qual caso il sequestro si esegue con quanto residua dalla liquidazione (art. 64, co. 8).

La concomitanza tra i due procedimenti riguarda solo i beni non ancora liquidati.

Il procedimento di accertamento dei crediti, anche in questo caso, segue due diversi percorsi:

- a) quando la massa fallimentare è integralmente costituita da beni sottoposti a sequestro, ovvero, nel caso di società di persone, l'intero patrimonio personale dei soci illimitatamente responsabili, il Tribunale procede in modo analogo a quanto descritto nel caso di sequestro precedente al fallimento. Il Tribunale, sentito il curatore e il comitato dei creditori, dichiara chiuso il fallimento. I creditori potranno essere soddisfatti nel sub procedimento di riconoscimento dei diritti dei terzi, secondo quanto previsto dagli artt. 52 e ss. d.lgs. n. 159/11 (art. 64, co. 7);
- b) in ogni altro caso in cui esista una massa attiva fallimentare che ecceda il compendio sequestrato opera un articolato procedimento in cui intervengono il giudice delegato al fallimento, il Tribunale fallimentare (eventualmente), l'amministratore giudiziario:
 - 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 (art. 64, co. 1);
 - la verifica delle passività rimane in capo al giudice delegato alla procedura concorsuale per la verifica dei crediti di tutti i beni (ivi compresi quelli sequestrati) che, ove già effettuata, deve essere riaperta (con fissazione di una nuova udienza entro 90 giorni), previa fissazione di apposita

all'amministrazione giudiziaria, dell'impresa che in modo concomitante risulta sottoposta a sequestro ed è in stato di insolvenza.

La prevalenza degli effetti della procedura di prevenzione è prevista dall'art. 63 del comma 4 d.lgs. 159/2011 (oggetto di modifica da parte dell'art. 22 della legge di riforma approvato dal Senato il 27 settembre 2017) secondo cui quando viene dichiarato il fallimento, sono esclusi dalla massa attiva fallimentare i beni assoggettati a sequestro o confisca, con la conseguenza che, se il fallito non ha beni diversi, il tribunale, sentito il curatore ed il comitato dei creditori, non potrà che dichiarare la chiusura del fallimento, secondo la previsione del successivo comma 6 che ha sostituito il previgente commi 6.

Dalla lettura del comma 4 si ricava – come già anticipato - come il legislatore abbia espressamente contemplato il “*fallimento dell'imprenditore i cui beni aziendali siano stati preventivamente sottoposti a sequestro o a confisca*”, stabilendo che il fallimento debba essere chiuso “*se nella massa attiva del fallimento sono ricompresi esclusivamente beni già sottoposti a sequestro*” ed eventualmente riaperto ai sensi dell'art. 121 L.F. se la revoca del sequestro o della confisca interviene dopo la chiusura del fallimento (comma 7).

Le problematiche pratiche ed applicative dell'art. 63 TU antimafia sorgevano nei casi di mancanza di coincidenza di beni sottoposti a sequestro e patrimonio del fallito (e tale ipotesi era tutt'altro che infrequente, attesa la natura universale dell'apprensione fallimentare, e la riconducibilità solo alle ipotesi di cui all'art. 23 del d.lgs. 159/2011 dei beni oggetto di sequestro), con conseguente compatibile coesistenza delle due procedure.

Infatti, se il fallito possedeva anche ulteriori beni diversi da quelli sottoposti a sequestro (o confisca), al giudice delegato del fallimento competeva l'intera

adunanza, per i soli creditori (e crediti) già ammessi (art. 64, co. 2). Si applicano, nel resto, le disposizioni procedurali sulla verifica (avviso ai creditori, etc.);

- alla stessa verifica sono sottoposti i crediti insinuati dopo la richiesta di applicazione della misura di prevenzione (art. 64, co. 3);
- il giudice delegato al fallimento accerta, nelle forme previste dalla legge fallimentare, i crediti e i diritti vantati nei confronti del fallimento, compresi quelli riguardanti i rapporti relativi ai beni sequestrati. Per questi vanno accertati i presupposti per il riconoscimento del credito in sede di prevenzione, ivi compresa la loro buona fede, con le perplessità già evidenziate.

procedura di verifica dei crediti e di accertamento dei diritti dei terzi anche con riferimento alla procedura di prevenzione; in particolare il giudice delegato al fallimento doveva verificare (ai sensi dell'art. 52 d.lgs. 159/2011) che il credito di cui si era chiesta l'ammissione (nell'ambito del procedimento di prevenzione) non fosse strumentale all'attività illecita o a quella che ne costituiva il frutto³⁰ o il reimpiego³¹; qualora ricorresse questa connotazione negativa sul piano oggettivo l'ammissione poteva comunque avvenire a condizione che fosse il creditore a dimostrare il suo stato psicologico di buona fede³², e quindi di aver ignorato l'esistenza di questo nesso di strumentalità.³³

È di tutta evidenza come tale soluzione portava con sé numerosi problemi pratici, essendo il giudice delegato al fallimento privo del patrimonio conoscitivo (*id est* atti di indagine) del consentisse di ritenere o meno un determinato credito “strumentale” all'attività illecita, e tale divario rispetto al giudice penale poteva essere colmato solo acquisendo presso il Tribunale della misura di prevenzione o presso il Pubblico Ministero, la documentazione relativa. È evidente come – in caso di procedimenti complessi – ciò comportava un notevole dispendio e

³⁰ La nozione di “frutto” è stata individuata in dottrina con il riferimento alle cose che vengono creati, trasformate o acquistate mediante il reato.

³¹ Il concetto di “reimpiego” è stato riferito ai beni che presentano una correlazione indiretta con la condotta criminosa.

³² Peraltro, l'art. 52 d.lgs. 159/2011 fornisce utili parametri di valutazione della condotta del creditore, stabilendo che “nella valutazione della buona fede, il tribunale tiene 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”. Per la giurisprudenza la buona fede sarà integrata da un “affidamento incolpevole ingenerato da una situazione di apparenza che rende scusabile l'ignoranza o il difetto di diligenza” e quindi come “assenza di condizioni che rendano profilabile [...] un qualsivoglia addebito di negligenza” (Cass. Pen. Sez. I, 13 giugno 2001, n. 34019. La buona fede - peraltro - non può ritenersi sussistente quando l'ignoranza del nesso di strumentalità tra il credito e l'attività illecita sia dovuta a colpa.

³³ Si è affermato da parte di Orlando, Il rapporto tra i provvedimenti ablativi di natura penale (sequestri, misure di prevenzione, confisca) ed i processi esecutivi individuali/concorsuali: esigenze di tutela dei terzi, relazione tenuta all'incontro di studi del 23 gennaio 2012 organizzato dall'Ufficio referenti per la formazione decentrata dei magistrati di Milano pag. 15 del dattiloscritto, che la norma costituisce la traslitterazione di quella che, contenuta nell'art. 20 del Codice, stabilisce i requisiti per sottoporre i beni a sequestro di prevenzione, che è consentito se essi sono di valore sproporzionato rispetto al reddito del proposto oppure “il frutto di attività illecite o ne costituiscono il reimpiego”.

dispersione di tempo ed energie, pur essendo tali dati già in possesso del Tribunale che aveva disposto la misura di prevenzione.

Anche con il Codice Antimafia, quindi, non sono mancate le critiche da parte di coloro che avevano evidenziato come “[...] *il risultato finale, [...] ha in parte deluso le aspettative*”, in quanto “[...] *nel lodevole intento di dare maggiore tutela a tutti i soggetti coinvolti nelle procedure di prevenzione patrimoniale, si sono "importati" di peso istituti e moduli procedimentali dal settore fallimentare che non sempre appaiono conformi al sistema (penalistico) delle misure di prevenzione stesse ed alla ratio che vi sottende*³⁴.”

Proprio in ragione di tali critiche, la disciplina del d.lgs. 159/2011 - dopo alcuni anni di applicazione - è stata modificata dal legislatore con la legge 161 del 27 settembre 2017.

In un contesto di generale riforma del TU antimafia da parte del Legislatore si è proceduto anche alla revisione di uno degli aspetti che maggiormente aveva ricevuto le critiche degli interpreti e che aveva ad oggetto i rapporti fra le misure di prevenzione e le procedure concorsuali.

La soluzione della sostanziale prevalenza degli effetti della prevenzione penale rispetto alla procedura fallimentare è stata – peraltro – recepita dal legislatore ed utilizzata per giungere alla previgente disciplina normativa cristallizzata nel Capo III del codice antimafia, ed ha trovato conferma anche nelle modifiche attuate con la legge 161/2017.

Se vogliamo individuare nell'intervento riformatore del 2017 un filo conduttore si può dire che le modifiche del codice antimafia sono informate alla ricerca di una possibile sintesi tra il libero esercizio dell'attività d'impresa ed un'efficace prevenzione dell'infiltrazione mafiosa nell'impresa.

La riforma è stata ispirata dalla consapevolezza che una positiva interazione tra gli obiettivi della prevenzione antimafia e le dinamiche

³⁴ In tal senso cfr. MINUTOLI, Codice antimafia: il rapporto tra misure di prevenzione, fallimento e tutela dei terzi, in *Il Fallimento*, 2011, pag. 1266

d'impresa dovesse ruotare intorno ad alcuni punti fermi tra cui anche apprestare adeguate garanzie ai diritti delle parti, ai diritti dei terzi, e realizzare una più rapida tutela dei terzi creditori.

Con la Legge n. 161/2017 si è, in sintesi, stabilito che ai sequestri penali funzionali alla confisca per sproporzione o allargata (art. 12-sexies citato), così come ai provvedimenti di sequestro o confisca adottati nell'ambito di procedimenti penali per delitti gravi (menzionati dall'art. 51 comma 3-bis c.p.p.) si applicano le disposizioni del decreto legislativo n.159/2011, relativamente alla amministrazione (titolo III, capo I, artt. 3539), alla gestione (titolo III, capo II, artt. 40 – 44), alla destinazione finale dei beni confiscati (titolo III, capo III, artt. 45 – 49) e, soprattutto, alla tutela dei terzi ed ai rapporti con le procedure concorsuali (titolo IV, art. 52 – 65).

La novità rilevante dell'art. 63 comma 4 – così come riformato – consiste nell'eliminazione dell' eventuale competenza del giudice delegato al fallimento alla verifica dei crediti nel procedimento di prevenzione nel caso (tutt'altro che infrequente nella pratica) in cui non vi sia coincidenza fra beni oggetto della misura di prevenzione e beni ancora sottoposti al vincolo fallimentare; in tal modo è stata eliminata l' incomprensibile (ed irragionevole) competenza del giudice delegato ai fallimenti al quale veniva chiesto – in tali fattispecie di mancata coincidenza dei beni - non solo di formare lo stato passivo anche con riferimento ai beni oggetto della misura di prevenzione, ma – inevitabilmente – anche di conoscere, tutta l'indagine presupposta al fine di correttamente applicare i criteri posti alla base dell'art 52 d.lgs. 159/2011.

La nuova versione dell'art. 63 comma 4 ha quindi eliminato tale inconveniente, prevedendo che in caso di beni sottoposti a misura di prevenzione e beni che devono rimanere nella disponibilità del fallimento ciascun giudice proceda all'accertamento dei crediti secondo le regole proprie di ciascuna procedura ed evitando, quindi, non solo il necessario travaso di notizie dalla procedura di prevenzione a quella concorsuale, ma anche la decisione di un giudice civile (fallimentare) in un ambito squisitamente penale.

La modifica dell'art. 63 comma 4 appare assai rilevante ed opportuna in quanto – in tal modo - la tutela delle ragioni creditorie e dei terzi in genere è demandata alla sola procedura di prevenzione ed al competente tribunale penale, ai sensi degli artt. 52 e 57 ss. cod. antimafia; al contrario, qualora vengano revocati sequestro o confisca, venendo meno l'ostacolo all'acquisizione, il curatore procederà all'apprensione dei relativi beni. In tal senso è la previsione dell'art. 63 comma 7 d.lgs. 159/2011, così come riformato dall'art. 22 del testo approvato dal Senato.

Alla luce dei principi esposti – ribaditi dalla “nuova” configurazione dei rapporti fra misura di prevenzione e fallimento - si deve ribadire - come sopra evidenziato - la netta affermazione di prevalenza degli effetti della prima sulla seconda.

Ad appena un anno di distanza il Codice Antimafia si confermò, però, un cantiere aperto, aperto all'infaticabile opera d'interpretazione di dottrina e giurisprudenza, in quanto oggetto di attenzione da parte del legislatore del 2018 che con il decreto 113/2018 ha introdotto ulteriori modifiche.

Con il d.lgs. 21/2018 il complesso di disposizioni ricordato ha trovato collocazione nell'art. 104-bis disp. att. e coord. c.p.p. cui sono stati aggiunti i commi 1-ter e 1-quater, contestualmente all'introduzione dell'art. 240-bis del codice penale e all'abrogazione dell'art.12-sexies citato.

Il d.lgs. 159/2011 all'art. 64 disciplina il caso contrario e cioè la fattispecie di sequestro di prevenzione che intervenga quando è già stato dichiarato il fallimento.

Anche l'art. 64 comma 1 d.lgs. 159/2011 prevede – in osservanza al principio generale della prevalenza degli effetti della misura di prevenzione patrimoniale sul fallimento – che in caso di coincidenza dei beni sequestrati con quelli facenti parte dell'attivo fallimentare, il giudice delegato fallimentare, sentito il curatore ed il comitato dei creditori, disponga con decreto la separazione dalla massa attiva del fallimento dei beni sequestrati e la loro consegna all'amministratore giudiziario.

Come osservato in dottrina, si tratta di un provvedimento che rappresenta l'esatto contrario del decreto di acquisizione ex art. 25 L.F. e che è espressamente dichiarato non reclamabile: si è correttamente evidenziato come si tratta di problemi di tutela dei creditori di fronte ad un'erronea separazione di beni che, invece, non sarebbero dovuti uscire dalla massa fallimentare, residuando, tuttavia, la possibilità di sollecitare comunque il giudice delegato a revocare o rettificare la sua decisione.²²

Con riferimento a tale fattispecie la dottrina³⁵ aveva posto in luce alcune criticità, evidenziando come il provvedimento di separazione dalla massa attiva appare problematico quanto - nell'ambito fallimentare - abbia già avuto inizio la fase della liquidazione dei beni.³⁶

Anche per il caso di sequestro successivo alla dichiarazione di fallimento il Legislatore è intervenuto per regolamentare l'ipotesi che aveva creato maggiori problemi applicativi e cioè il caso di mancata coincidenza fra beni sequestrati e beni che dovevano rimanere nell' attivo fallimentare

Anche per tale fattispecie infatti - e quindi nell'ipotesi in cui esista una massa attiva fallimentare che ecceda il compendio sequestrato - la procedura fallimentare non si chiudeva (e non si chiude), ma la verifica delle passività dell'imprenditore insolvente rimaneva (come già analizzato con riferimento all'art. 63) nell'ambito di operatività del giudice delegato civile, secondo quanto sancito dall'art. 64, comma 2 d.lgs. 159/2011 nella previgente versione.³⁷

³⁵ Cfr. F. PEDOJA, La guerra dei Roses ovvero conflitto di competenza tra giudice penale e giudice fallimentare in ipotesi di misura di prevenzione ex d.lgs. n. 159/2011, in www.fallimentoesocietà.it.

³⁶ Da parte della dottrina da ultimo citata si era prospettata la necessità di individuare con precisione il momento oltre il quale il sequestro non potesse più appuntarsi sul bene in questione, richiamando le soluzioni prospettate in dottrina in ordine al verificarsi dell'effetto traslativo connesso alla liquidazione coattiva conseguente al decreto di trasferimento, quale momento conclusivo del sub-procedimento di vendita ovvero (secondo la tesi minoritaria) all'ordinanza di aggiudicazione, ovvero ancora il pagamento del prezzo successivo a tale ordinanza.

³⁷ La norma originaria prevedeva - infatti che i crediti ed i diritti vantati nei confronti del fallimento, compresi quelli inerenti rapporti relativi ai beni sottoposti a sequestro, fossero accertati secondo gli artt. 92 ss. L.F., peraltro con la verifica delle condizioni previste dall'art. 52, comma 1, lett. b), c) e d), e comma 3 cod. antimafia.

La nuova versione dell'art. 64 comma 2 citato prevede espressamente la competenza del giudice delegato dal Tribunale di Prevenzione per la verifica dei crediti ai sensi dell'art. 52 “*ancorché già verificati dal giudice delegato del fallimento*”.

Appare dunque evidente che - nel caso in cui la verifica dei crediti da parte del Giudice delegato civile sia già stata iniziata o terminata - tale attività dovrà nuovamente iniziare da parte del giudice delegato dal Tribunale di prevenzione, dovendo tenere conto dei criteri del citato art. 52 d.lgs. 159/2011.

La modifica – come già osservato a proposito di quella analoga prevista all'art. 63 – appare sicuramente opportuna, facendo venir meno l'inconveniente costituito dal fatto che il Giudice delegato al fallimento appariva gravata da un incumbente non da poco, costituito dal dover applicare criteri e schemi normativi che non gli sono propri, oltre che acquisire d'ufficio gli atti di indagine penali al fine di valutare la sussistenza dei presupposti di cui all'art. 52 d.lgs. 159/2011.

6. L'evoluzione giurisprudenziale: dalle sentenze “*Focarelli*” e “*Uniland*” al nuovo Codice della Crisi d'Impresa

Prima di proseguire nel presente lavoro, pare necessario però approfondire il contrasto interpretativo tra due generali indirizzi: il primo, che lega il principio della insensibilità assoluta al fallimento alla configurazione, facoltativa ovvero obbligatoria, della confisca; il secondo il quale, al contrario, guarda alla natura, intrinsecamente pericolosa o meno, del bene che ne forma oggetto.

Abbiamo visto come il rapporto confische/sequestri-fallimento ha rappresentato – in difetto di disciplina regolatrice – un capitolo irrisolto.

Il tema del contemperamento tra *par condicio* dei creditori concorsuali e finalità espropriativa statutale è stato preso in carico dalla nomofilachia principalmente in

due sentenze delle Sezioni Unite Penali del 2004 (c.d. “*Focarelli*”)³⁸ e del 2015 (c.d. “*Uniland*”)³⁹.

Secondo le Sezioni Unite, il rapporto tra sequestri e confische, da un lato, e fallimento, dall’altro, è legato a doppio filo alla natura e alle finalità che caratterizzano i provvedimenti disposti dal giudice penale.

Per quanto qui maggiormente interessa, nel caso di sequestro c.d. impeditivo, di cui al comma 1 dell’art. 321 c.p.p., presupposto della misura cautelare è – come noto – il pericolo che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o protrarre le conseguenze dello stesso ovvero agevolare la commissione di altri illeciti: trattasi, quindi, di uno strumento che, a fronte della pericolosità sociale dell’agente, assolve una funzione di prevenzione speciale, *«del tutto estranea e poziore rispetto ai fini della procedura fallimentare»*. Ne consegue che il giudice, per poter disporre l’applicazione, il mantenimento o la revoca del sequestro in questione senza essere vincolato dagli effetti del fallimento, dovrà *«effettuare una valutazione di bilanciamento (e darne conto con adeguata motivazione) del motivo della cautela e delle ragioni attinenti alla tutela dei legittimi interessi dei creditori, anche attraverso la considerazione dello svolgimento in concreto della procedura concorsuale»*.

Discorso diverso vale, invece, per il sequestro funzionale alla confisca di cui al comma 2 dell’art. 321 del codice di rito. Infatti, quando si tratta di (sequestro finalizzato alla) confisca obbligatoria, la misura *«deve ritenersi assolutamente insensibile alla procedura fallimentare»* in quanto *«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»* e *«le finalità del fallimento non sono in grado di assorbire la funzione assolta dal sequestro»*: in altri termini, *«le ragioni di tutela dei creditori sono destinate ad essere pretermesse rispetto alla prevalente esigenza di tutela della collettività»*.

³⁸ Cass. Pen., SS.UU., sent. 24 maggio 2004 ud. (dep. 9 luglio 2004), n. 29951.

³⁹ Cass. Pen., SS.UU., sent. 25 settembre 2014 ud. (dep. 17 marzo 2015), n. 11170

Viceversa, la confisca facoltativa (e il sequestro ad essa finalizzato), basandosi non sulla pericolosità della res in sé, bensì sulla relazione che lega quest'ultima al reo, «[...] *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*»; tale finalità, peraltro, ben potrebbe essere realizzata anche dallo spossessamento derivante dalla declaratoria fallimentare, la sola in grado di assicurare, al contempo, la garanzia dei creditori sul patrimonio del fallito ..

La sentenza Focarelli del 2004⁴⁰, relativa ad un caso di sequestro preventivo, disposto in funzione della confisca facoltativa di cui all'art. 240, comma 1 c.p.p., avente ad oggetto il profitto di delitti tributari e truffe ai danni dello Stato commessi in forma organizzata. In tale pronuncia, le Sezioni Unite, in mancanza di una specifica previsione normativa, escludono la tesi dell'incondizionata prevalenza delle misure cautelari reali rispetto alle esigenze della *par condicio creditorum* e ciò sulla base di due argomenti principali.

La sentenza ha affermato il principio, secondo cui, nel caso del sequestro preventivo funzionale alla confisca obbligatoria, il sequestro prevale sempre sullo spossessamento fallimentare, perché “*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 reo, sicché non può consentirsi che il bene stesso, restituito all'ufficio fallimentare, possa essere venduto medio tempore ed il ricavato distribuito ai creditori. Le finalità del fallimento non sono in grado di assorbire la funzione assolta dal sequestro: la vocazione strumentale rispetto al processo è attenuata e prevale l'esigenza*

⁴⁰ Tra i vari commenti alla citata sentenza, v. F.M. IACOVIELLO Fallimento e sequestri penali, in *Fall.*, 2005, n. 11, p. 1265 ss.; F. MAZZACUVA, in “Le sezioni unite riconoscono la legittimazione del curatore fallimentare ad impugnare i provvedimenti cautelari reali.” Un commento a Cass., SS. UU., dep. 13 novembre 2019, n. 45936).; PACILEO V., Sui rapporti tra procedimento penale e procedura fallimentare, in *Cass. Pen.*, 2005, fasc. 7-8, p. 2437 ss.

preventiva di inibire l'utilizzazione di un bene intrinsecamente ed 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".

In primo luogo, lo "spossessamento" patrimoniale, che il fallito subisce a seguito della dichiarazione di fallimento (ai sensi dell'art. 42, comma 1 L.F.), non implica la perdita di ogni disponibilità, sia diretta che indiretta, dei beni (il che, a ben vedere, eliderebbe lo stesso presupposto di ammissibilità oggettiva del sequestro), bensì un «*semplice assoggettamento dei beni ai fini della procedura esecutiva concorsuale*». In altri termini, «*il fallito conserva, sino al momento della vendita fallimentare, la proprietà dei beni [...] pur restando questi vincolati al fine di garantire una equa soddisfazione di tutti i creditori mediante l'esecuzione forzata*»⁴¹.

In secondo luogo, la Corte confuta la perentoria esclusione del rilievo pubblicistico degli interessi perseguiti dalla procedura concorsuale, basata sulla presunta natura eminentemente privatistica della procedura medesima, segnalando – tra l'altro – che «*la stessa Relazione ministeriale alla legge fallimentari evidenzia che tale legge "assume la tutela dei creditori come un altissimo interesse pubblico"*». A fondamento della sua impostazione, la sentenza Focarelli si sofferma anche sul ruolo del curatore fallimentare, quale risultante, oltretutto dalle finalità istituzionalmente collegate al suo agire, anche dai poteri allo stesso attribuiti e dai controlli posti a presidio della sua attività gestoria: egli, lungi dall'essere un mero soggetto privato che agisce in rappresentanza o sostituzione del fallito e/o dei creditori, è un organo che svolge, appunto, una funzione pubblica nell'ambito dell'amministrazione della giustizia, incardinato nell'ufficio fallimentare a fianco del tribunale e del giudice delegato.

La questione affrontata dalla pronuncia "*Focarelli*"⁴² è l'impatto dell'indisponibilità derivante dalla procedura concorsuale sulla esperibilità dei

⁴¹ Sul punto, la sentenza Focarelli richiama Cass. Civ., Sez. Lav., Sent. 16 luglio 1992, n. 8616, in Giust. Civ., 1993, vol. I, pag. 653

⁴² F. MASSARI, Note minime in materia di sequestro probatorio sui beni del fallito, in Giur. it., 2005, 1507

sequestri. La circostanza che, a seguito della dichiarazione di fallimento, i beni del fallito vengano assicurati mediante l'apposizione dei sigilli e la successiva presa in consegna dagli stessi da parte del curatore (artt. 84 e 88 L.F.) incide, ad avviso delle Sezioni unite, sulla possibilità di vincolarli a fini di confisca facoltativa ovvero per scongiurare il pericolo che la libera disponibilità possa aggravare o prolungare nel tempo le conseguenze del reato. L'esito di indisponibilità sortito dalla procedura concorsuale è stato, infatti, ritenuto concretamente idoneo ad arginare in via autonoma il *periculum* derivante dalla disponibilità da parte della persona sottoposta alle indagini della cosa pertinente al reato, ovvero dalla sua libera circolazione. Di conseguenza, la sussistenza delle esigenze di cautela che giustificano l'ablazione dei beni del fallito dovrà essere accertata caso per caso, tenendo conto anche dell'effettivo grado di sviluppo dell'iter fallimentare. Per contro, deve escludersi che il vincolo imposto sui beni del fallito in forza della procedura concorsuale possa sortire effetti preclusivi rispetto al sequestro probatorio, in considerazione della diversa struttura, così come della differente finalità degli istituti. Da questo punto di vista, va sottolineato come, almeno in linea generale, l'indisponibilità derivante dal sequestro preventivo e dal fallimento, pur soddisfacendo esigenze notevolmente diverse, rispondano ad una ratio simile. In entrambi i casi, infatti, il vincolo sui beni viene imposto proprio al fine di impedire che gli originari aventi diritto ne conservino — ovvero soggetti terzi ne ottengano — la disponibilità. Tanto l'esigenza di conservazione delle garanzie per i creditori, quanto quella di impedire la commissione di ulteriori reati vengono tutelate mediante l'isolamento della cosa e la relativa esclusione fisica dalla circolazione. Completamente diversa è la ratio che origina l'indisponibilità nel sequestro probatorio: la res viene, infatti, appresa non tanto al fine di determinarne l'indisponibilità da parte dell'originario detentore o di terzi, quanto piuttosto per assicurarne la disponibilità all'autorità giudiziaria.

In questo importante pronuncia, la Corte sostenne quindi la tesi della “*assoluta insensibilità*” alla procedura fallimentare del sequestro avente ad oggetto un bene confiscabile in via obbligatoria, 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. 231/2001⁴³.

Giova ribadirlo, la decisione della Suprema Corte, quando si discute di sequestro funzionale alla confisca obbligatoria, essendo in gioco «*un bene intrinsecamente e oggettivamente "pericoloso"*», non riconosce 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.

Nel caso, invece, del sequestro preventivo funzionale alla confisca facoltativa di beni provento dell'attività illecita dell'indagato e di pertinenza di un'impresa dichiarata fallita, dove è sufficiente l'esistenza di un nesso strumentale tra la res e la perpetrazione del reato e non è necessario che la cosa sia anche strutturalmente funzionale alla commissione del reato, sia cioè specificamente predisposta fin dall'origine per l'azione criminosa, il sequestro non svolge una funzione strumentale rispetto al procedimento penale e, a differenza della confisca obbligatoria, il provvedimento non è finalizzato ad impedire la circolazione di un bene intrinsecamente illecito.

“La confisca facoltativa, infatti, postula il concreto accertamento da parte del giudice 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 quindi essere idonea a far venir meno lo stesso motivo della cautela, assicurando inoltre la garanzia dei creditori sul patrimonio dell'imprenditore fallito”.

⁴³ 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 c.p.» (Cass., Sez. Un., 17 marzo 2015, n. 11170, cit., par. 3.2 motivazione).

La realizzazione delle medesime esigenze cautelari, tuttavia, non può essere automaticamente affermata e l'autorità giudiziaria dovrà accertare, caso per caso, le concrete conseguenze dell'eventuale restituzione, tenendo anche presenti le modalità di svolgimento della procedura concorsuale, le qualità dei creditori ammessi al passivo fallimentare e l'ammontare di questo, al fine di considerare se vi sia il rischio che l'imputato ritorni in possesso delle cose che costituiscono il prodotto o il profitto del reato. D'altra parte, la confisca di cui all'art. 240 c.p. non travolge i diritti di garanzia dei terzi, allorquando la presunzione di pericolosità che giustifica la misura di sicurezza inerisca non alla cosa illecita in sé ma alla relazione che la lega al soggetto che ha commesso il reato.

Pertanto, quando 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*». Con la conseguenza, come abbiamo visto, di una 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: 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.

Pietra d'inciampo del percorso argomentativo era la presenza di confische obbligatorie non aventi per oggetto res insidiose ex art. 240, comma 2, n. 2, c.p.; non a caso dalla decisione nacque un contrasto:

- un indirizzo maggioritario ha attribuito al giudice il compito di apprezzare caso per caso la natura dei beni, bilanciando istanze espropriative e fallimentari ove il cespite non fosse apparso pericoloso in sé e fosse constatata la ragionevole certezza che esso non sarebbe rientrato nella disponibilità indiretta del condannato in esito alla procedura fallimentare⁴⁴;

⁴⁴ Cass. Pen. 8 luglio 2008, n. 33425 (c.d. "Fazzalari"), in Cass. Pen., 2009, 7-8, 3034, con nota di Compagna, e Cass. Pen., SS.UU., 9 ottobre 2013, n.48804, in Il Fallimentarista, con nota di

- altro avviso ha continuato a valorizzare la cifra formale dell'obbligatorietà della confisca, postulante per presunzione assoluta la pericolosità del bene frutto di attività illecita⁴⁵.

In altri termini, il contrasto interpretativo può essere sintetizzato tra due generali indirizzi: il primo, che lega il principio della insensibilità assoluta al fallimento alla configurazione, facoltativa ovvero obbligatoria, della confisca⁴⁶; il secondo il quale, al contrario, guarda alla natura, intrinsecamente pericolosa o meno, del bene che ne forma oggetto⁴⁷.

A dirimere la querelle intervengono di nuovo le Sezioni Unite, a distanza di dieci anni, con la sentenza Uniland.

Tale pronuncia, per vero, ha ad oggetto la confisca e il sequestro disciplinati dal d.lgs. n. 231/2001, rispettivamente agli artt. 19 e 53 d. cit., entrambi qualificati dalla Corte come misure obbligatorie e, in quanto tali, insensibili all'esigenza di garantire la *par condicio creditorum*. La motivazione, tuttavia, non manca di fornire indicazioni di carattere sistematico suscettibili di trovare applicazione, come in effetti avviene nella giurisprudenza successiva, anche oltre il perimetro del d.lgs. n. 231/2001.

In particolare, le Sezioni Unite, muovendo dal presupposto dell'astratta compatibilità giuridico-formale dei due vincoli (quello imposto dall'apertura della procedura concorsuale e quello derivante dal sequestro/confisca) sul medesimo bene, opera un mutamento di prospettiva rispetto alla sentenza

Bertolini Clerici, La richiesta del curatore di revoca del sequestro preventivo disposto per equivalente sui beni della società fallita.

⁴⁵ Cass. Pen. 10 gennaio 2013, n.19051, in *Penalecontemporaneo*, con nota di M. RIVERDITI, Le Sezioni unite individuano il punto di equilibrio tra confisca ex d.lgs. 231 e vincolo imposto dal fallimento sui beni del fallito.

⁴⁶ L'indirizzo interpretativo secondo il quale, quanto ai rapporti tra sequestro/confisca e fallimento, si deve aver riguardo alla natura della misura ablativa è seguito, ad esempio, da Cass. Pen., Sez. VI, sent. 4 marzo 2008 ud. (dep. 30 luglio 2008), n. 31890 e Cass. Pen., Sez. I, sent. 7 aprile 2010 ud. (dep. 3 maggio 2010), n. 16783, in materia di misure di prevenzione antimafia; e da Cass. Pen., Sez. VI, sent. 10 gennaio 2013 ud (dep. 2 maggio 2013), n. 19051 in tema di sequestro disposto ai sensi dell'art. 53 d.lgs. n. 231/2001.

⁴⁷ Tra le pronunce che ricollegano la sensibilità o meno della confisca al fallimento alla natura della res, v. *ex multis* Cass. Pen., Sez. III, sent. 2 febbraio 2007 ud. (dep. 25 maggio 2007), n. 20443 e Cass. Pen., Sez. I, sent. 1° maro 2013 ud. (dep. 10 maggio 2013), n. 20216, entrambe pronunciate in materia di confisca disposta ai sensi dell'art. 12-sexies d.l. n. 306/1992, conv. mod. l. n. 356/1992

Focarelli, guardano non alla natura e alla finalità dei sequestri/confische, bensì alle situazioni giuridiche correlate alla procedura fallimentare.

In particolare, la pronuncia in commento accantona la tesi sostenuta nella sentenza Focarelli, nel senso del necessario bilanciamento fra gli interessi perseguiti dalle due procedure, affidato alla valutazione discrezionale del giudice penale, e prospetta un congegno operativo a schema vincolato; in base al quale il giudice accerta se vi siano ostacoli alla confisca e al sequestro, verificando se ricorra la causa ostativa della misura ex art. 19, co. 1, d.lgs. 231/2001, integrata dall'esistenza di *“diritti acquisiti dai terzi in buona fede”*. Senza necessità di subordinare, secondo il meccanismo di cui sopra, la non applicazione (o la revoca) della misura al riscontro di eventuali *«possibilità di ritorno del fallito nella disponibilità dei beni sequestrati, alla chiusura del fallimento»*, oppure *«di un eventuale concordato ex artt. 124 ss. L.F. (che comporta il ritorno al fallito dei beni non vincolati al procedimento o non trasferiti all'eventuale assuntore, con il riacquisito pieno potere di disporne), nonché quelle situazioni in cui sussiste il rischio concreto che le finalità del sequestro preventivo e della confisca siano pregiudicate, potendo il fallito tornare surrettiziamente a disporre dei propri beni in spregio alle esigenze di cautela penale»*. Dunque, una indubbia limitazione della discrezionalità del giudice, perseguita dalla Corte nella sentenza annotata facendo ricorso alla disciplina sulla confisca *de societate*.

La Suprema Corte argomenta che, nella materia specifica regolata dal d.lgs. n. 231 del 2001, non vi è alcun vuoto normativo perché l'art. 19 consente *«una armonica soluzione del rapporto tra tale istituto e la eventuale procedura fallimentare a carico dell'ente»*. Il che, secondo la stessa Corte, consente il superamento della giurisprudenza precedente, basata sulla *«necessità [...] di contemperare le differenti e, per molti aspetti ritenute contrastanti, esigenze della tutela penale e dei legittimi diritti dei creditori»*, e salve le ipotesi di sequestro avente ad oggetto un bene confiscabile in via *“obbligatoria”*.

Non sembra azzardato affermare che questo approccio conduca, di fatto, a recuperare una delle contrapposte tesi in campo, nella disputa giurisprudenziale causata dalla ricordata pronuncia del 2004. È vero che le Sezioni unite

manifestano l'intenzione di superare l'alternativa se, ai fini di disporre il sequestro, il giudice penale possa limitarsi ad accertare la confiscabilità dei beni di pertinenza della massa attiva fallimentare oppure debba procedere alla valutazione comparativa fra interessi contrapposti, nei termini sopra richiamati. Ma è altrettanto vero che la tesi enunciata dalla Corte, richiedendo al giudice penale di accertare se vi siano diritti dei terzi in buona fede da salvaguardare, conduce a sovrapporre la fattispecie costitutiva del potere-dovere di sequestro alla fattispecie della confisca. In altre parole, per sequestrare i beni della società fallita è sufficiente (e necessario) accertare l'esistenza dei fatti costitutivi del potere-dovere di confisca (e l'inesistenza dei fatti impeditivi), come delineati dalla disciplina ex art. 19 d.lgs. n. 231 del 2001. Con conseguente limitazione dell'oggetto del giudizio cautelare al tema della confiscabilità o meno della res di pertinenza della massa attiva fallimentare.

La decisione delle Sezioni unite annotata si riferisce poi alle situazioni di sequestro domandato (e disposto) prima della dichiarazione di fallimento si riferisce, come si desume con chiarezza dal passaggio della motivazione in cui viene sottolineata la peculiarità del caso di specie, con precipuo riguardo alla circostanza che i beni della società sono stati acquisiti alla massa attiva fallimentare in un momento in cui *«su detti beni già gravava [...] il vincolo imposto dal sequestro, anche per equivalente, adottato dal competente giudice dell'udienza preliminare»*. Ne discende, secondo la Corte, l'applicabilità in tali casi della cautela reale, cumulativamente al vincolo generato dalla declaratoria di fallimento, nonostante essa *“priv[i] dalla sua data il fallito dell'amministrazione e della disponibilità dei suoi beni esistenti alla data di dichiarazione di fallimento”* (art. 42, co. 1, L.F.). Non essendo ancora insorti, in capo ai terzi, diritti tutelabili ai sensi dell'art. 19, co. 1, secondo periodo, d.lgs. n. 231 del 2001 non vi sarebbero preclusioni di sorta a disporre il sequestro preventivo ai sensi dell'art. 53 d.lgs. cit.

Ma nemmeno la sentenza *Uniland* riesce ad acquietare il contrasto interpretativo. Infatti, diverse considerazioni critiche sono emerse circa le conclusioni della sentenza *Uniland*, secondo cui il curatore non è titolare di alcun diritto sui beni,

avendo esclusivamente compiti gestionali e mirati al soddisfacimento dei creditori né può agire in rappresentanza (penale) dei creditori, che, a loro volta, prima della conclusione della procedura, non sono titolari di alcun diritto sui beni e sono quindi privi di qualsiasi titolo restitutorio sui beni sottoposto a sequestro. Tale asserto, già presente nella sentenza *Focarelli* e su cui neanche la dottrina e la giurisprudenza civile dubitano, non è tuttavia condizione né necessaria né sufficiente a negare in tutti i casi di sequestro penale la legittimazione ad impugnare del curatore.

Infatti, il curatore cumula la legittimazione ad agire che gli deriva dalla gestione patrimoniale degli affari del fallito e la legittimazione ad agire che gli deriva dalla rappresentanza degli interessi patrimoniali dei creditori che, ai sensi dell'art. 51 L.F., non possono iniziare o proseguire azioni esecutive individuali, ma devono sottoporre la loro pretesa all'accertamento degli organi fallimentari secondo le regole proprie del concorso.

A riprova che anche la sentenza *Uniland* non ha acquietato la giurisprudenza, vanno segnalati diversi successivi arresti in cui la Corte è ritornata sul problema della legittimazione del curatore ad impugnare il sequestro preventivo finalizzato alla confisca.

CAPITOLO III

LA DIFFICILE REGOLAMENTAZIONE DEI DIRITTI DEI TERZI

Sommario: 1. Premessa. – 2. La tutela dei diritti dei terzi: un cantiere ancora aperto. – 3. L'art. 104-bis, comma 4-bis, disp. att. e la tutela dei terzi

1. Premessa

Come è stato correttamente evidenziato la tutela dei terzi si muove “*secondo una duplice e complementare direttrice: da un lato, le misure di aggressione dei patrimoni illeciti erano state ampliate, quanto alla possibilità di applicazione, ed estese a settori diversi da quello storicamente caratteristico della criminalità organizzata...; dall'altro lato, simile sviluppo aveva accentuato la necessità, peraltro già in precedenza avvertita, di individuare forme e strumenti di tutela dei terzi in buona fede i cui diritti, sorti prima del sequestro e della confisca con atto di data certa, si trovavano in posizione di potenziale conflitto e di interferenza con simili misure*”⁴⁸.

Il terzo, con la confisca, vede sottratto dal patrimonio del proprio debitore il bene su cui poter soddisfare il proprio credito, con conseguente riduzione o annullamento (qualora sia espropriato l'unico bene) della garanzia patrimoniale.

L'interesse del terzo sul bene del proposto non muta, anzi è rafforzato, qualora il proprio diritto di credito sia garantito con la costituzione di un diritto reale di garanzia (pegno o ipoteca). Una posizione ancora diversa può derivare dall'esistenza di altra causa legittima di prelazione (art. 2741 c.c.).

⁴⁸ Così A. NOSENZO, sub art. 52 d.lgs. n. 151 del 2011, in T.E. Epidendio - G. Varraso (a cura di), Codice delle confische, cit., 1435-1436.

Pur registrandosi un'ampia convergenza sull'opportunità di prevedere una forma di tutela in favore dei terzi, titolari di diritti di credito sorti prima del sequestro, è mancata per lungo tempo una regolamentazione anche per la difficoltà di conciliare le esigenze dei creditori con quelle derivanti dalla funzione e dalla natura del procedimento di confisca.

Rispetto ai conflitti tra creditori e tra costoro e lo Stato in materia civile occorre tenere conto dei rischi derivanti da pre-costituzione di posizioni creditorie di comodo dirette ad aggirare gli esiti dell'azione di prevenzione e, dunque, dalle possibili elusioni della normativa; occorre, inoltre, evitare di gravare eccessivamente il procedimento con l'accertamento dei presupposti per il riconoscimento dei diritti dei terzi che, inevitabilmente, rallenterebbe la decisione sulla confisca e, poi, la destinazione dei beni confiscati dallo Stato.

La questione si interseca con numerose problematiche interpretative relative alla costituzione e alla tutela dei diritti prevista dal codice civile, a partire dalla natura giuridica dell'acquisto del bene da parte dello Stato – a titolo originario o derivativo –, dalla natura dei diritti coinvolti – di credito o reali – e dalle diverse normative previste dal codice civile e dalle leggi speciali, coinvolgendo anche l'esito delle azioni esecutive promosse dai terzi sui beni sequestrati e i procedimenti fallimentari aventi ad oggetto i medesimi beni sequestrati e poi confiscati. Una gamma, dunque, estremamente ampia di diritti e interessi, difficilmente enucleabili in modo esaustivo, di cui occorre tentare la tutela, assicurando, per quanto possibile, il rispetto di principi generali dell'ordinamento privatistico, quale quello della *par condicio creditorum* del proposto (ma anche del terzo intestatario con riferimento al bene da costui appreso perché nella disponibilità indiretta del proposto) oltre che dei procedimenti fallimentare ed esecutivo, dotati di autonoma ed esaustiva regolamentazione frutto di esperienze consolidate.

A fronte di diritti e procedimenti disciplinati da norme organiche e coerenti vi è una materia – quella della confisca di prevenzione – giovane, con un'applicazione solo trentennale, che ancora oggi si confronta con la necessità di enucleare e consolidare principi generali attraverso le interpretazioni della giurisprudenza,

talvolta troppo occupata a risolvere i singole casi in un'ottica di mero contrasto dell'illecito, e gli approfondimenti della dottrina spesso più attenta a questioni esclusivamente teoriche.

Queste sono le ragioni, in sintesi, che hanno impedito, per lungo tempo, un'espressa disciplina degli effetti della confisca sui diritti dei terzi, nonostante le numerose proposte elaborate e le richieste provenienti dagli operatori del diritto che si sono confrontati in questi anni con le lacune normative, con gli sforzi interpretativi della giurisprudenza, con le sostanziali differenze di trattamento in situazioni spesso simili (o trattate diversamente solo perché esaminate in tempi diversi, dopo un mutamento di orientamento giurisprudenziale), ai contrasti tra i giudici civili e penali, e le stesse sezioni civili e penali della Cassazione, con tutele diversificate o addirittura configgenti a seconda della giurisdizione adita.

Alla luce delle diverse modifiche normative intervenute negli ultimi anni, dense di novità, e dell'evoluzione della giurisprudenza, appare utile esporre la disciplina tenendo conto della sua evoluzione storica. È noto che nella materia della prevenzione è essenziale avere chiara l'evoluzione normativa e giurisprudenziale, tra loro strettamente collegate, per comprendere le diverse modifiche intervenute. Di fronte alle esigenze concrete derivanti da sequestri e confische, e alle soluzioni adottate dalla giurisprudenza, con in prima linea quella di merito, il legislatore interviene solo quando la concreta regolamentazione ha già raggiunto un punto di equilibrio.

L'approvazione di una nuova disciplina pone, poi, inevitabili problematiche di diritto transitorio.

È necessario anche rammentare che la Corte europea dei diritti dell'uomo⁴⁹ e la Corte costituzionale⁵⁰ hanno ben chiarito - senza margini di dubbio - che a fronte di misure “che incidono pesantemente sui diritti di proprietà e di iniziativa economica, tutelati a livello costituzionale (artt.41e 42 Cost.) e convenzionale (art. 1 protocollo add. CEDU)”, non solo dell'autore dell'illecito, ma anche dei

⁴⁹ Corte Eur. Dir. Uomo, Grande Camera, 28 giugno 2018, G.I. E.M. c. Italia.

⁵⁰ Corte Cost. Sent. n. 24 del 2019, par. 10.4.3.

terzi⁵¹, il giudice è tenuto a una attenta verifica della risposta sanzionatoria, ispirata ad “un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito”⁵².

2. La tutela dei diritti dei terzi: un cantiere ancora aperto.

In un’evoluzione che è ancora in corso si possono individuare diverse fasi (e discipline) che si intersecano tra loro:

a) gli orientamenti giurisprudenziali previgenti al d.lgs. n. 159/11, adottati in assenza di un’apposita normativa, che possono essere ancora attuali pur dopo le successive normative introdotte;

b) la disciplina del d.lgs. n. 159/11, con cui si è tentato di regolamentare l’intera materia. La natura innovativa della disciplina della tutela dei terzi comporta l’applicabilità solo con riferimento ai procedimenti sorti dal 13 ottobre 2011 (art. 117, comma 1, d.lgs. cit.), indipendentemente dall’epoca di adozione del sequestro o di definitività della confisca;

c) le disposizioni contenute nella l. n. 228/12 (c.d. legge di stabilità 2013), con cui il legislatore ha tentato di regolamentare la sorte dei procedimenti non sottoposti al regime del d.lgs. n. 159/11, che – in qualche modo – prendono atto (e si intersecano) con gli orientamenti giurisprudenziali indicati sub a);

d) le modifiche al Codice Antimafia introdotte dalla legge n. 161 del 27 settembre 2017 di riforma del Codice Antimafia.

⁵¹ Così testualmente Corte Cost. Sent. n. 24 del 2019, par.10.4.3.

⁵² Corte Eur. Dir. Uomo, Grande Camera, 28 giugno 2018, G.I.E.M. c. Italia, par. 292.

A) Gli orientamenti precedenti all'emanazione del Codice Antimafia

Prima della Legge n. 161/2017, della quale si dirà a breve, nel codice di procedura penale era assai ridotta la considerazione dell'interesse dei terzi titolari di diritti reali ed addirittura assente quella dei creditori in buona fede, oggi apprestata dalla riforma dell'art. 104 bis disp. att. c.p.p. rivisitato dal d.lgs. n. 14/2019, così che i giudici erano costretti a confrontarsi con disposizioni che non regolavano gli effetti del sequestro e della confisca nei confronti dei terzi creditori.

Uno dei temi centrali della prevenzione patrimoniale è stato tradizionalmente quello della tutela dei diritti dei terzi incisi dai provvedimenti ablativi di sequestro e confisca, soggetti che rischiavano (e, come si vedrà, in parte ancora oggi rischiano) di vedere – improvvisamente – svanire quella garanzia patrimoniale su cui avevano costruito l'affidamento commerciale nei riguardi del soggetto portatore di pericolosità sociale, ovvero di persone o aziende con questo variamente collegate.

Sul punto già durante la vigenza della legge n. 575 del 1965 si contrapponevano le posizioni chi⁵³, da un lato, esprimeva il timore che garantire una piena tutela dei terzi avrebbe finito per mettere in discussione la stessa efficacia delle misure di prevenzione patrimoniali e di coloro che⁵⁴, di converso, ribadivano la necessità di offrire protezione a soggetti che, spesso in modo incolpevole, venivano “travolti” dalle misure prevenzionali senza che si potesse a loro carico ipotizzare alcuna censura o difetto di diligenza.

La legge processuale ha registrato una cronica difficoltà ad adeguarsi alle mutate vesti ed alla diversificata natura assunta dalle confische sul fronte sostanziale.

⁵³ L'opzione, spinta dall'esigenza di assicurare l'effettività del sistema, è maturata in un contesto prettamente penalistico e prende le mosse dall'asserito carattere sanzionatorio-repressivo della confisca, in uno con natura dell'acquisto che essa radica in capo allo Stato, qualificato come a titolo originario (cfr. Cass., 5 marzo 1999 n. 1868, in Mass. 1999; in dottrina, L. GUERRINI - L. MAZZA - S. RIONDATO, *Le Misure di prevenzione, profili sostanziali e processuali*, II ed., Padova 2004, 215 e ss.), il che avrebbe reso i beni inidonei ad assicurare la garanzia per il soddisfacimento delle ragioni creditorie, secondo l'art. 2740 del codice civile.

⁵⁴ Trattasi dell'opinione di chi, con impostazione di matrice civilistica, ha affermato l'insostenibilità del sacrificio indiscriminato dei diritti dei terzi (l'impostazione affonda le radici in una delle prime decisioni sulla confisca, Cass., 20.12.1962, STRINGARI, in *Giust. Pen.* 1964, II 106, che, sottolineando il carattere preventivo della confisca, assumeva, tuttavia, che non sussistesse una pericolosità del bene in sé, ma una relazione di allarme nel rapporto tra res e soggetto pericoloso).

Infatti, per lungo tempo è stata conservata inalterata la disciplina dello strumento cautelare (il sequestro preventivo) pensato, in origine, essenzialmente in funzione della confisca diretta quale misura di sicurezza ex art. 240 c.p. (riferita alle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato ed alle cose che ne sono il prodotto, il profitto o il prezzo). In particolare, il rinvio aperto dell'art. 321, comma 2, c.p.p. all'art. 240 c.p. ed a tutte le confische, pure obbligatorie, previste dal codice penale e dalle norme speciali, ha amplificato l'inadeguatezza delle laconiche previsioni del codice di rito del 1988 in tema della tutela dei terzi⁵⁵.

Anche la tutela dei terzi prevista dal codice penale rispetto alla confisca è rimasta tradizionalmente confinata entro i limiti proprietari (o comunque dei diritti reali godimento), evocati dalla «appartenenza dei beni a persone estranea al reato» (cfr. artt. 240, comma 322 ter, 648 quater c.p.); non diversamente dalla nozione di «diritti acquistati da terzi in buona fede» per il sequestro preventivo in danno degli enti previsti dall'art. 19 d.lgs. n. 231/2001.

A fronte di una (scarna) disciplina relativa al solo intervento in giudizio di coloro cui “appartengono” i beni – da individuare sostanzialmente nei terzi intestatari, con esclusione, dunque, dei terzi creditori – si propongono, inizialmente, alcune soluzioni sulla base delle regole di diritto sostanziale previste per la trascrizione e il pignoramento, espressamente richiamate tra le modalità di esecuzione del sequestro (art. 2 quater l. n. 575/65, come introdotto dalla l. n. 646/82).

Tale tentativo si scontra con l'evidente lacuna normativa sui rapporti tra i procedimenti civili (ivi compreso quello fallimentare) e quello di prevenzione e con la necessità di valutare l'applicabilità delle regole di diritto e procedura civile con le esigenze del procedimento di prevenzione in quanto le “situazioni giuridiche patrimoniali”, pur se già disciplinate da altri rami del diritto, devono essere coordinate con quelle proprie del procedimento di prevenzione per dare coerenza all'ordinamento ed evitare conflitti apparenti o reali.

Si pongono, con immediatezza il confronto tra creditori muniti o meno di garanzie reali e le differenze tra sequestri sostanzialmente conservativi e dinamici aventi

⁵⁵ cfr. G. VARRASO, Il sequestro a fini di confisca: dalle scelte del codice del 1988 alla legge n. 161 del 2017, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017

ad oggetto aziende in cui la pressione dei creditori incide sulla stessa continuità dell'attività.

La giurisprudenza è così costretta a “creare” soluzioni dirette a conciliare i principi e gli interessi propri del procedimento di prevenzione. Ad esempio, alcune letture giurisprudenziali hanno riconosciuto che *«l'applicazione della confisca non determina l'estinzione del preesistente diritto di pegno costituito a favore di terzi sulle cose che ne sono oggetto quando costoro, avendo tratto oggettivamente vantaggio dall'altrui attività criminosa, riescano a provare di trovarsi in una situazione di buona fede e di affidamento incolpevole»*⁵⁶. In siffatta ipotesi la custodia, l'amministrazione e la vendita delle cose pignorate devono essere compiute dall'ufficio giudiziario e il giudice dell'esecuzione deve assicurare che il creditore pignoratizio possa esercitare il diritto di prelazione sulle somme ricavate dalla vendita.

Il progressivo diversificarsi delle figure e delle tipologie di confische, poi, ha acuito la necessità di interlocuzioni processuali anticipate da parte di chi era nel possesso dei beni oggetto di ablazione o dei titolari di diritti di credito rispetto all'indagato sin dalla fase della cognizione, cui non ha saputo rispondere adeguatamente il sistema processuale vigente.

Stando alla considerazione codicistica, tale tutela si compendia, essenzialmente, nel diritto della *«persona alla quale le cose sono state sequestrate»* e quella che *«avrebbe diritto alla loro restituzione»* di presentare ricorso per il riesame avverso il decreto di sequestro preventivo ai sensi dell'art. 322 c.p.p., nel diritto di proporre appello ex art. 322 bis c.p.p., nella necessità dell'avviso alla persona offesa in quanto titolare del diritto di chiedere le restituzioni oltre che nella possibilità della stessa di intervenire spontaneamente⁵⁷, per svolgere le attività previste dall'art. 324, comma 4, c.p.p., nonché per produrre documenti ed elementi di prova.

Resta esclusa la legittimazione della persona offesa, ove non titolare del diritto all'eventuale restituzione delle cose sequestrate, a partecipare o a presentare

⁵⁶ Cass. Pen., Sez. unite, n. 9/1999, Bacherotti, Rv. 213511 – 01

⁵⁷ Cass. Pen., Sez. unite, n. 25932/2008, Rv. 239697 – 01

memorie nel procedimento di riesame del sequestro instaurato ai sensi dell'art. 325 c.p.p., o nel giudizio di cassazione sull'ordinanza di riesame⁵⁸.

I creditori di buona fede non erano ammessi a tale tutela, all'interno della fase di cognizione, la legittimazione processuale essendo tradizionalmente limitata solo a chi «*abbia una posizione giuridica autonomamente tutelabile e coincidente quindi con un diritto soggettivo (reale o anche solo personale), o, anche, con una situazione di mero rapporto di fatto tuttavia tutelato (ad esempio il possesso)*»⁵⁹.

In termini testuali, peraltro, «*anche tale ultimo soggetto, dopo la pronuncia della sentenza di primo grado e fino al passaggio in giudicato della sentenza, non ha rimedi per chiedere la restituzione delle res medesime, essendogli precluso il potere di appellare la sentenza per il capo riguardante la confisca*»⁶⁰.

Giova, anche, rammentare che prima del decreto legislativo n. 159/2011 e, quindi, in assenza di un vero e proprio statuto legislativo di tutela del terzo creditore, si era molto discusso circa la compatibilità con la Costituzione delle disposizioni volte a pretendere da costui una specifica dimostrazione circa la sua “buona fede” nei rapporti col soggetto portatore di pericolosità sociale.

La giurisprudenza della Suprema Corte, tuttavia, aveva ritenuto manifestamente infondata, in relazione agli artt. 3, 24 e 47 Cost., la questione di legittimità costituzionale sollevata in ordine all'art. 2-ter della legge 31 maggio 1965, n. 575, nella parte in cui richiedeva che il terzo, titolare di un diritto reale di garanzia sul bene sequestrato/confiscato, avesse l'onere di dimostrare di aver positivamente adempiuto con diligenza agli obblighi di informazione e di accertamento e di aver, perciò, fatto affidamento “incolpevole” sul soggetto nei cui confronti aveva acquisito il diritto di garanzia.

Si osservava che, da un lato, il doveroso bilanciamento tra gli interessi statali e quelli del privato portava a ritenere opportuna (come affermato anche da Corte Cost., sentenza n. 1 del 1997) la prevalenza dei primi rispetto ai secondi e che,

⁵⁸ Cass. Pen., Sez. unite, n. 23271/2014, Rv. 227728 – 01

⁵⁹ Cass. Pen., Sez. VI, n. 3794/1994

⁶⁰ Cfr. G.VARRASO, op. cit.

dall'altro, la posizione del privato sarebbe stata, comunque, in ipotesi tutelata facendo salva la possibilità che egli provasse la sua buona fede

Nella sistematica del Codice Vassalli, dunque, il terzo interessato rimasto estraneo al processo era tenuto ad attendere la fase esecutiva della sentenza di condanna portante la confisca per far valere i propri diritti, con un'apposita istanza ex art. 676 c.p.p.

Infatti, è solo nella fase esecutiva che l'originaria sistematica processuale immagina che qualsiasi "interessato" possa liberamente adire il giudice dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 676 c.p.p., in quanto soggetto titolare di situazione giuridiche soggettive meritevoli di tutela, per evitare d'essere pregiudicato dall'acquisto della proprietà in capo allo Stato scaturente dalla confisca "definitiva".

B) Il codice Antimafia e la (prima) disciplina della tutela dei terzi

Il Titolo IV (artt. 52-65) del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (comunemente indicato come "Codice Antimafia"), relativo alla tutela dei terzi ed ai rapporti fra le misure di prevenzione patrimoniale con le procedure concorsuali, pur avendo il merito di colmare una grave lacuna di disciplina avvertita da più parti, di fatto, prevede una normativa scarna che presenta diversi punti critici ed è fonte di dubbi ermeneutici.

Si delinea una disciplina per la tutela dei terzi estranei al provvedimento di sequestro, da un lato attraverso le norme in tema di citazione in giudizio (solo per alcune categorie), dall'altro disciplinando i presupposti e le modalità della tutela di diverse categorie di terzi (diverse dai terzi intestatari):

- a) titolari di diritti di credito, garantiti o meno da diritti reali di garanzia (art. 52, commi 1, 2 e 3), la cui disciplina si sta esaminando;
- b) terzi interessati titolari di diritti reali o personali di godimento (art. 52, commi 4 e 5) e partecipanti in comunione (art. 52, commi 7, 8 e 9).

Le caratteristiche del sistema delineato dal d.lgs. n. 159/11, utile per inquadrare la tutela prevista per i terzi creditori, sono fondate su alcuni principi guida.

La devoluzione allo Stato del bene confiscato, privo di oneri e pesi comporta la risoluzione all'interno del procedimento di prevenzione di tutte le "vicende" che riguardano il bene acquisito dallo Stato al fine di acquisirlo depurato "di qualsiasi problematica" che potrebbe comportare oneri o spese (art. 45, comma 1, d.lgs. cit.).

Gli articoli 52 e ss. del cd. Codice Antimafia, hanno posto una disciplina di carattere generale in chiave fortemente innovativa – sia pure nel recepimento di talune elaborazioni già fatte proprie dalla giurisprudenza di legittimità – per la tutela dei diritti dei terzi, a vario titolo coinvolti nel procedimento di prevenzione patrimoniale⁶¹.

Il principio di fondo è quello che la sussistenza di limiti alla tutela dei terzi è funzionale alla salvaguardia delle finalità proprie della misura di prevenzione antimafia: lo scopo è di evitare che il mafioso (e, in generale, il proposto) si precostituisca creditori di comodo al fine di vanificare la misura di prevenzione.

Si tratta di una finalità analoga a quella sottesa alle norme che disciplinano l'accertamento dei crediti nella procedura fallimentare (e in genere, nelle procedure concorsuali); la ratio sottesa alle norme che regolano la verifica dei crediti in sede fallimentare è quella di scongiurare il rischio della precostituzione

⁶¹ Sul tema, si rinvia a A. CAIRO - C. FORTE, Codice delle misure di prevenzione, *NelDiritto*, 2014, pagg. 712. Si vedano anche, in dottrina, F. BRIZZI - G. CAPECCHI - G. FICHERA, Misure di prevenzione patrimoniali e tutela dei terzi, Torino 2013; R. DI LEGAMI - G. CHINNICI, Amministrazione giudiziaria e tutela dei terzi nel codice antimafia. Aggiornato con il commento alla legge 24 dicembre 2012 n. 228 (legge di stabilità 2013), Pisa University Press, aprile 2013; G. NICASTRO, L'Amministrazione e la destinazione dei beni, in AA. VV. Le Misure patrimoniali contro la criminalità organizzata, Orientamenti di Merito, Milano, 2010; M. ORLANDO, La procedura prefallimentare e i reati fallimentari problematiche vecchie e nuove. Il rapporto tra i provvedimenti ablativi di natura penale (sequestri, misure di prevenzione, confisca) ed i processi esecutivi individuali/concorsuali: esigenze di tutela dei terzi, Incontro di studio CSM, Milano 2012, 11; M. PETRINI, La prevenzione patrimoniale: la tutela dei diritti terzi, in *La Giustizia patrimoniale penale*, I, Torino, 2011, 521 e ss.; M. PETRINI, La tutela dei terzi, in *Le misure di prevenzione*, a cura di S. FURFARO, Torino, 2013, 645; G. TONA, Gestire o liquidare: i dilemmi dell'amministratore giudiziario e le aspettative dei creditori nei grovigli del codice antimafia, in *Leg. pen.*, 2012, 2, p. 257. Si veda anche F. MENDITTO, Confisca di prevenzione e tutela dei terzi creditori. Un difficile bilanciamento di interessi in *dirittopenalecontemporaneo.it*, 2015

di creditori di comodo ovvero della precostituzione di titoli di preferenza, in violazione della *par condicio creditorum*.

Il corpus normativo è funzionale alla verifica dei diritti dei terzi coinvolti nel procedimento di prevenzione patrimoniale ed opera sia nell'ambito del giudizio di cognizione, propedeutico all'eventuale confisca, sia in riferimento allo specifico accertamento delle posizioni creditorie dei terzi, finalizzato al (parziale) ristoro patrimoniale a costoro garantito dallo Stato.

Sotto il primo profilo, una norma cardine è, senza dubbio, l'articolo 23 del Codice che impone la citazione – a cura del tribunale e con decreto motivato, contenente la fissazione dell'udienza in camera di consiglio – dei terzi che risultino proprietari o comproprietari dei beni sequestrati (comma 2), nonché di coloro che vantino diritti reali o personali di godimento sui beni in sequestro (comma 4) che, in caso di confisca e purché di “buona fede”, avranno diritto a un indennizzo ai sensi dell'art. 52, commi 4 e 5.

Sul secondo versante, l'art. 52 esordisce nel fissare le condizioni che consentono la tutela dei diritti di credito dei terzi, anche se assistiti da diritti reali di garanzia, con l'obiettivo di garantire l'effettività della misura ablativa; si esclude così un controllo meramente formale dell'esistenza del diritto di credito, dovendo essere invece accertata l'estraneità del terzo rispetto all'attività delittuosa del proprio debitore, evitando in tal modo il rischio che il soggetto pericoloso possa avvalersi di prestanome che vantino fittiziamente diritti su beni oggetto di confisca .

Per ottenere il riconoscimento del credito, l'istante deve dimostrare in primis l'anteriorità del diritto rispetto al sequestro (in caso di diritti di credito, tale requisito deve risultare da atto di data certa: per l'individuazione della data certa soccorrono le norme del codice civile, artt. 2699 e ss., e in specie l'art. 2704 in tema di scrittura privata; per i diritti reali di garanzia, rileva la data di costituzione secondo le regole civilistiche, per il pegno gli artt. 2784 e ss. e per l'ipoteca gli artt. 2808 e ss. del codice).

Come accennato, è dunque configurabile la buona fede del terzo creditore solo nel caso in cui risultino, avendo riguardo alla particolare attività svolta dal medesimo:

a) l'estraneità a qualsiasi collusione o compartecipazione all'attività criminosa;

b) l'inconsapevolezza credibile rispetto alle attività svolte dal soggetto pericoloso;

c) un errore scusabile sulla situazione apparente del prevenuto (sul tema, è a dirsi che, ad esempio, la Suprema Corte ha escluso la buona fede dell'istituto di credito che, trascurando negligenemente gli obblighi di verifica imposti dalle politiche di prestito e di controllo dei relativi rischi, aveva concesso un mutuo ipotecario di importo manifestamente eccessivo rispetto all'entità della base reddituale del beneficiario).

In sintesi, come riassunto dalla Corte costituzionale, la ratio della nuova disciplina di tutela dei terzi creditori può così descriversi: *«i requisiti di legittimazione stabiliti dall'art. 52 del d.lgs. n. 159 del 2011 rivelano come il legislatore abbia inteso, per un verso, escludere dalla tutela i crediti scaturiti da prestazioni connesse all'attività illecita o a quella di reimpiego dei suoi proventi (requisito della non strumentalità del credito rispetto a quest'ultima, salva la dimostrazione dell'incolpevole ignoranza di tale nesso da parte del creditore); per altro verso, evitare che il proposto possa eludere gli effetti della confisca preconstituendo delle posizioni creditorie di comodo o simulandone a posteriori l'esistenza (requisiti della "non astrattezza" del credito e della sua sicura anteriorità rispetto al sequestro); per altro verso ancora, impedire che la persona sottoposta al procedimento di prevenzione possa comunque giovare dei proventi*

delle attività illecite per “liberare” dai debiti il restante patrimonio personale (requisito della preventiva infruttuosa escussione degli altri beni del proposto)»⁶²

Dalla sentenza appena citata si desumono, inoltre, alcuni principi di carattere generale utili per “inquadrare” e risolvere alcuni temi relativi alla tutela dei terzi creditori:

a) il sistema di tutela previsto dal d.lgs. n. 159/11 è “complessivamente” conforme a Costituzione perché fondato su un ragionevole bilanciamento di interessi;

b) il sistema di tutela previsto dalla l. n. 228/12 e dal d.lgs. n. 159/11 è “complessivamente” conforme a Costituzione, per le medesime ragioni di adeguato bilanciamento di interessi, a eccezione della parte relativa ai crediti da lavoro;

c) la “ritualità” del sequestro e della confisca della totalità delle quote sociali che coinvolge e comprende la totalità dei beni aziendali della società, con applicabilità anche in questo caso delle disposizioni del d.lgs. n. 159/11 in tema di tutela dei terzi

Giova anche citare l’ordinanza 5 giugno 2015 n. 101 della Corte costituzionale, che ha dichiarato la manifesta inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale sollevata, per violazione degli artt. 3, 24 e 41 della Costituzione, con riferimento:

1) all’«intera disciplina prevista dal I e II capo del titolo IV del I libro» del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159;

2) e, in particolare, all’art. 52, comma 1, del d.lgs. n. 159 del 2011.

La questione sollevata in via principale, relativa alla disciplina complessiva della tutela dei terzi prevista dal d.lgs. n. 159/11, non trova conforto con la dedotta piena assimilazione del procedimento di prevenzione a quello fallimentare in

⁶² Corte Cost., 28 maggio 2015, n. 94

quanto il complesso normativo censurato comprende disposizioni eterogenee, parte delle quali delineate autonomamente ed estranee al procedimento concorsuale (ad esempio artt. 52, co. 1 e 7, e 53).

Dalla decisione della Corte si può trarre un'ulteriore conferma della conformità a Costituzione del sistema di tutela dei terzi creditori introdotti dal d.lgs. n. 159/11, con specifico riferimento alle disposizioni dirette ad assicurare un'adeguata certezza in ordine all'esistenza del credito e alla sua anteriorità rispetto alla misura di prevenzione patrimoniale e, comunque, a quelle proprie delle misure di prevenzione relative ai rigorosi requisiti richiesti per la tutela ed al limite di garanzia patrimoniale previsto dall'art. 53 d.lgs. cit.

C) Le disposizioni della legge n. 228 del 24 dicembre 2012

Sul contesto disegnato dagli articoli 52 e ss. del decreto legislativo 159/2011, si è poi innestata la c.d. legge di stabilità del 2013 (n. 228 del 24 dicembre 2012), che ha previsto una disciplina specifica per i creditori che vantassero diritti reali di garanzia o avessero intrapreso azioni esecutive sui beni oggetto di confisca di prevenzione nell'ambito di procedimenti non rientranti, *ratione temporis*, nella sfera di applicazione del decreto 159/2011 perché concernenti proposte di sequestro/confisca depositate prima del 13 ottobre 2011.

In sostanza, i commi da 194 a 206 dell'art. 1 della citata legge per un verso affermano la non proseguibilità e la non proponibilità di azioni esecutive sui beni confiscati e, per altro verso, consentono il soddisfacimento dei creditori muniti di ipoteca iscritta sui beni confiscati anteriormente alla trascrizione del sequestro di prevenzione, nei limiti e con le modalità di legge.

Alla stregua del comma 199, si stabilisce che entro 180 giorni dall'entrata in vigore della legge i titolari dei crediti devono, a pena di decadenza, proporre domanda di ammissione ai sensi del menzionato articolo 58, comma 2, al giudice dell'esecuzione presso il tribunale che ha disposto la confisca.

Il successivo comma 200 prevede che il giudice provvede con le forme di cui all'articolo 666, commi 2-9, c.p.p. procedendo all'accertamento della sussistenza

e dell'ammontare del credito e verificando il ricorso delle condizioni di cui al citato articolo 52.

La sintetica ricostruzione del tessuto normativo stratificatosi nel corso degli anni conduce la Corte ad affrontare la seconda questione, connessa alla natura del rinvio operato dal citato comma 200 alle norme del codice antimafia: è infatti evidente che, a seconda della soluzione accolta, diverse saranno le conseguenze in punto di regolamentazione dei casi controversi.

Siffatta disamina viene condotta premettendo che tale rinvio non opera rispetto alla normativa del codice antimafia complessivamente considerata e nemmeno rispetto all'intero Titolo IV di esso (dedicato alla tutela dei terzi e ai rapporti con le procedure concorsuali), bensì più specificamente al solo articolo 52, concernente in modo specifico il profilo dell'individuazione delle condizioni, sussistendo le quali la posizione del terzo non risulti recessiva di fronte alla confisca di prevenzione.

Tornando alla problematica testé introdotta, la Corte ripercorre la distinzione, tratteggiata dalla giurisprudenza di legittimità, tra rinvio recettizio (o statico) e rinvio formale (o dinamico), spiegando che il primo recepisce per intero, senza che ne sia riprodotto il testo, il contenuto di un altro articolo, mentre il secondo fa riferimento alla norma in sé considerata e cioè al principio contenuto nella formula verbale dell'articolo del codice.

Da ciò discende che in tale ultimo caso il rinvio segue, inevitabilmente, l'eventuale evoluzione della disposizione oggetto di rimando, mutando al mutare di essa.

Calando tali coordinate ermeneutiche nel caso concreto, la Corte afferma che il rinvio operato dall'art. 1, comma 200, della legge 228/2012 all'art. 52 del codice antimafia vada considerato come “recettizio” o “statico”, con la conseguenza che *«le vicende della norma richiamata restano prive di effetto ai fini dell'esistenza ed efficacia della norma richiamante»*⁶³.

⁶³ Corte Cost., n. 315 del 2004

Ulteriore (e finale) snodo dell'articolato iter argomentativo della Corte è quello che fa discendere da tale conclusione l'impossibilità di applicare la modifica dell'art. 52 introdotta con la legge 161/2017 alle procedure rientranti nell'alveo della legge di stabilità 2013.

Pertanto, nelle ipotesi in questione continueranno ad applicarsi i parametri previgenti, certamente più favorevoli nell'ottica del terzo che voglia far valere il proprio diritto su un bene confiscato: egli, infatti, potrà ottenere ragione dimostrando alternativamente o la non strumentalità del credito rispetto all'attività illecita (o a quelle che ne costituiscono il frutto o il reimpiego), ovvero il fatto di avere in buona fede ignorato tale nesso di strumentalità.

D) La legge n. 161 del 27 settembre 2017 di riforma del Codice Antimafia

Nonostante i principi espressi dal Codice Antimafia, continuava a permanere il contrasto di opinioni in seno alla giurisprudenza di legittimità sulle istanze di tutela dei terzi aventi causa del soggetto portatore di pericolosità sociale (che oscillavano nell'alternativa tra la speranza, per il terzo, di ricevere protezione dall'ordinamento e la necessità di prendere invece atto del (quasi integrale) sacrificio delle proprie pretese creditorie), talché il Legislatore è intervenuto con la legge n. 161 del 27 settembre 2017.

La legge, rubricata "*Modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, al codice penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale e altre disposizioni. Delega al Governo per la tutela del lavoro nelle aziende sequestrate e confiscate*", ha inciso profondamente nel corpus originario del decreto n. 159 apportando significative innovazioni in tema di presupposti soggettivi per l'applicazione delle misure di prevenzione personali e patrimoniali, di procedimento di prevenzione (muovendosi qui nel senso di una sempre più penetrante "giurisdizionalizzazione" della procedura) e di gestione dei beni sottoposti a misure ablative, nonché dettando una disciplina decisamente

restrittiva in punto di incarichi di amministrazione e rapporti tra giudice delegato e amministratori giudiziari⁶⁴.

Con riferimento all'art. 52 del Codice Antimafia, la legge n. 161/2017 ha aggiunto il riferimento ai terzi titolari di diritti reali di garanzia sui beni sequestrati, categoria prima esclusa, considerato che il novellato comma 4 *bis* dell'articolo 12-*sexies* estende testualmente alle ipotesi di sequestro e confisca in esame non soltanto le norme “*in materia di amministrazione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati*” (area della quale, come visto innanzi, la giurisprudenza di legittimità si era affannata a tracciare i confini, giungendo a soluzioni contrastanti), ma anche quelle “*in materia di tutela dei terzi e di esecuzione del sequestro*”, previste dal decreto n. 159. Ne consegue che d'ora in avanti gli articoli 52 e ss. del Codice Antimafia, con i delineati meccanismi di accertamento dei crediti e verifica della buona fede del terzo, opereranno anche riguardo ai beni oggetto di confisca allargata.

Inoltre, nella formulazione originaria si richiedeva la previa escussione del patrimonio restante del sottoposto e la sua insufficienza al soddisfacimento del credito, salvo per i crediti assistiti da cause legittime di prelazione sui beni sequestrati; la norma è stata innovata escludendo, di fatto, la necessità della preventiva escussione e stabilendo, quale condizione per il riconoscimento del credito, solamente “*che il proposto non disponga di altri beni sui quali esercitare la garanzia patrimoniale idonea al soddisfacimento del credito*”, ferma restando l'eccezione testé citata per i crediti privilegiati.

La nuova formula, quindi, esclude in principio che il terzo – per trovare tutela sui beni confiscati – debba avere compiuto infruttuosamente atti esecutivi in danno del proprio debitore, prevedendo che costui sia onerato di provare soltanto l'assenza di ulteriori beni (rispetto a quelli attinti dalla misura di prevenzione), riconducibili alla garanzia patrimoniale di quest'ultimo.

⁶⁴ Per un primissimo commento si veda S. FINOCCHIARO, “La riforma del Codice Antimafia (e non solo): uno sguardo d'insieme alle modifiche appena introdotte, in *dirittopenalecontemporaneo*, fasc. 10/2017, p. 251 ss.

Modificato anche il terzo requisito: prima occorre dimostrare la non strumentalità del credito rispetto all'attività illecita o a quella che ne costituisce il frutto o il reimpiego, a meno che il creditore non dimostrasse di avere ignorato in buona fede il nesso di strumentalità, oggi invece occorrerà provare sia la non strumentalità che la buona fede e l'incolpevole affidamento.

L'approvazione del disegno di legge ha trasformato in cumulativi i presupposti per l'opponibilità del credito verso lo Stato che, ai sensi della previgente formulazione dell'art. 52, lett. b), erano invece previsti come alternativi.

Si è osservato che, peraltro, la disposizione appare non in linea con gli approdi giurisprudenziali e dottrinali in materia di tutela dei creditori in quanto, richiedendo come condizioni cumulative per l'opponibilità del credito nei confronti dello Stato sia la mancanza di strumentalità del credito all'attività illecita (o a quella che ne costituisce il frutto o il reimpiego), sia la sussistenza della buona fede e dell'affidamento incolpevole, escluderebbe che possa accedere alla tutela il creditore che abbia ignorato in buona fede l'esistente nesso di strumentalità tra il credito e l'attività illecita del debitore (o che sia comunque in buona fede, nei termini in cui tale clausola generale è stata declinata in concreto dalla giurisprudenza⁶⁵, se il credito risultasse strumentale all'attività illecita).

Ne consegue che la sussistenza del nesso di strumentalità parrebbe oggi escludere di per sé l'opponibilità del credito nei confronti dello Stato, anche qualora il creditore sia stato in buona fede, buona fede del creditore che si profila, in

⁶⁵ Per una rassegna della giurisprudenza formatasi sul concetto di buona fede del creditore si veda la nota di S. CALVIGIONI a Cass. 30 giugno 2015, Monte Paschi Siena e Cass. 16 giugno 2015, Soc. Italfondario, cit. Sul tema cfr., anche, F. MENDITTO, *Le confische di prevenzione e penali. La tutela dei terzi*, Milano, 2015, pp. 261 e ss. Sulle nozioni di buona fede e affidamento incolpevole in *subiecta materia* si vedano pure: F. BRIZZI - G. CAPECCHI - G. FICHERA, *Misure di prevenzione patrimoniali e tutela dei terzi*, cit., pag. 177, che hanno ritenuto che il concetto di buona fede sia affine alla omologa nozione civilistica e se ne differenzi essenzialmente sul piano del regime probatorio: in prevenzione, si osserva, la buona fede va provata dal terzo; A. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali fra funzionalità e garantismo*, Giuffrè, 2001, pp. 395 e ss., che afferma: "ai fini della valutazione della buona fede si attribuisce rilievo anche ad atteggiamenti colposi del terzo, imponendo ai cittadini una sorta di obbligo generale di diligenza nello svolgimento degli affari, in linea con la previsione nell'ordinamento penale italiano della fattispecie dell'incauto acquisto"; L. FILIPPI, *Il procedimento di prevenzione patrimoniale*, Padova 2002, pag. 519.

conclusione, quale preconditione fondamentale per il riconoscimento del suo diritto.

Anzi, seguendo l'orientamento giurisprudenziale secondo cui spetta al creditore provare l'insussistenza del nesso di strumentalità, sarebbe sufficiente a elidere l'opponibilità del credito nei confronti dello Stato il mancato convincimento del giudice in ordine alla insussistenza del nesso, che è cosa diversa rispetto al convincimento in ordine alla sua sussistenza.

Al fine di delineare l'onere in capo al terzo, la legge precisa che nella valutazione della buona fede il tribunale tiene conto delle condizioni delle parti, dei rapporti personali e patrimoniali tra le stesse, 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 stessi¹⁰.

La disamina del descritto apparato procedimentale va completata considerando che la riforma ha recepito l'orientamento giurisprudenziale maggioritario⁶⁶ – propugnato dai giudici di legittimità, ma piuttosto contestato tra quelli di merito – secondo il quale l'autorità giudiziaria competente ad amministrare i beni sequestrati è il giudice che ha disposto il sequestro (quindi, il G.I.P. nella quasi totalità dei casi), ovvero il giudice delegato nominato dal collegio, se appunto trattasi di organo collegiale⁶⁷.

Ne consegue che sarà questa autorità a doversi occupare, in analogia a quanto previsto dagli artt. 52 e ss. del Codice Antimafia, del complesso accertamento della buona fede del terzo, nonché di verificare i crediti secondo la procedura delineata dagli artt. 57 e ss. (fissazione dell'udienza di verifica, composizione dello stato passivo, liquidazione dei beni e progetto di pagamento dei crediti), a sua volta mutuata quasi pedissequamente dalla normativa fallimentare.

⁶⁶ Cfr. Cass. Pen. Sez. II, 16 aprile 2014, n. 29031, Rv. 260026 e n. 51190 del 16 settembre 2014; in precedenza Sez. I, 19 dicembre 2011, n. 4084, nonché Sez. I, n. 9139 del 16 gennaio 2013.

⁶⁷ Cfr. art. 31 della novella, introduttivo del comma 4-novies dell'art. 12-sexies.

3. L'art. 104-bis, comma 4-bis, disp. att. c.p.p. e la tutela dei terzi

Introdotta con l'art. 2 co. 9 l. 15 luglio 2009 n. 94, l'articolo 104 bis, comma 4 bis, disp. att. c.p.p., nella sua formulazione originaria, disciplinava l'ipotesi in cui la misura del sequestro preventivo fosse disposta a carico di aziende, società ovvero beni che fosse necessario "amministrare", affidando la gestione ad un amministratore giudiziario scelto in uno specifico albo; si sono, poi, succedute nel tempo varie riforme.

Pare utile soffermarsi sul contenuto della norma nella versione ancora oggi vigente fino all'entrata in vigore del nuovo art. 373, d.lgs. 14/2019, fissata dall'art. 389 dello stesso decreto per il 15 agosto 2020.

In primo luogo, nel riscrivere la confisca c.d. allargata ai sensi ora dell'art. 240 bis c.p.⁶⁸ del denaro, dei beni o delle altre utilità di cui il condannato non possa giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulti essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica, il d.lgs. n. 21/2018 introduce delle interpolazioni rispetto a quanto già avvenuto con la L. n. 161 del 2017.

Il comma 1 quater dell'art. 104 bis disp. att. c.p.p. stabilisce 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 D.L. 6 settembre 2011, n. 159, si applicano ai casi di sequestro e confisca previsti dall'art. 240 bis c.p.⁶⁹, nonché agli altri casi di*

⁶⁸A. BARAZZETTA, La confisca allargata. Commento agli artt. 240 bis c.p., 578 bis c.p.p., 104 bis e 183 quater att. c.p.p., in Epidendio - Varraso (a cura di), Codice delle confische, cit., 1008; P. CORVI, La confisca in casi particolari, alias la confisca "allargata", cit., 32 ss.; F. MENDITTO, Le misure di prevenzione personali e patrimoniali. La confisca allargata (art. 240 bis c.p.), cit., passim.

⁶⁹Ossia per il sequestro e la confisca allargata ammessa per i reati ivi elencati che si riportano per comodità: delitti previsti dall'art. 51, comma 3 bis, c.p.p., dagli artt. 314, 316, 316 bis, 316 ter, 317, 318, 319, 319 ter, 319 quater, 320, 322, 322 bis, 325, 416, realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dagli artt. 453, 454, 455, 460, 461, 517 ter e 517 quater, nonché dagli artt. 452 quater, 452-octies, comma 1, 600 bis, comma 1, 600 ter, commi, 1 e 2 600 quater.1, relativamente alla condotta di produzione o commercio di materiale pornografico, 600-quinquies, 603 bis, 629, 644, 644bis, 648, esclusa la fattispecie di cui al comma 2, 648 bis, 648 ter e 648 ter.1, c.p., dall'art. 2635 c.c., dall'art. 55, comma 5, d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231, dall'art. 295, comma 2, T.U. delle disposizioni legislative in materia doganale, di cui al decreto del Presidente della Repubblica

*sequestro e confisca di beni adottati nei procedimenti relativi ai delitti di cui all'articolo 51, comma 3-bis, c.p.p.*⁷⁰.

Il nuovo comma 1-quinquies, art. 104 bis norme att. c.p.p., introdotto dal d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21, prevede che “*nel processo di cognizione devono essere citati i terzi titolari di diritti reali o personali di godimento sui beni in stato di sequestro, di cui l'imputato risulti avere la disponibilità*”⁷¹, introducendo “una regola che garantisce il diritto del terzo di partecipare fin dal giudizio di primo grado, al fine di permettergli l'esercizio del diritto di difesa e, correlativamente, di rendergli pienamente opponibile l'eventuale confisca”⁷².

La previsione è destinata a porre dubbi interpretativi di non poco momento, del tutto trascurati dalla riforma del 2019.

In primo luogo, si discute quanto alla determinazione del suo ambito applicativo.

La rubrica dell'art. 6, d.lgs. 1° marzo 2018, n. 21 - oltre che la genesi della norma, riprodottriva della disposizione speciale ex art. 12-sexies, comma 4-quinquies, d.l. 8 giugno 1992, n. 306 - deporrebbe nel senso della sua limitazione ai soli sequestri finalizzati alla confisca per sproporzione, anche ove adottata in assenza di

23 gennaio 1973, n. 43, dall'art. 12-quinquies, comma 1, del presente decreto, dall'art. 73, esclusa la fattispecie di cui al comma 5, T.U. delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni, o per taluno dei delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine costituzionale; i reati di cui agli artt. 617-quinquies, 617-sexies, 635-bis, 635-ter, 635-quater, 635-quinquies c.p. quando le condotte ivi descritte riguardano tre o più sistemi.

⁷⁰ Cfr. P. CORVI, *La confisca in casi particolari*, cit., 60; Si riproduce l'elenco dei reati contenuti in tale norma: delitti, consumati o tentati, di cui agli artt. 416, commi 6 e 7, 416, realizzato allo scopo di commettere taluno dei delitti di cui all'art. 12, commi 3 e 3 ter, T.U. delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione norme sulla condizione dello straniero, di cui al d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, 416, realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dagli artt. 473 e 474, 600, 601, 602, 416-bis, 416 ter e 630 c.p., per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto art. 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti previsti dall'art. 74 T.U. approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, dall'art. 291 quater, T.U. approvato con decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, e dall'art. 260, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152.

⁷¹ P. CORVI, *La confisca in casi particolari*, cit., 53 ss.; G. VARRASO - B. ROMANELLI, sub art. 104 e 104 bis disp. att. c.p.p., cit., 1360.

⁷² Così Corte Cost. 6 dicembre 2017, n. 253, par. 2, seppure con riferimento all'omologa disciplina già contenuta nell'art. 12-sexies dalla L. n. 161 del 2017.

condanna, giusto il richiamo all'art. 578 bis c.p.p. operato dal comma 1-sexies dell'art. 104 bis disp. att. c.p.p.⁷³.

Si tratta, tuttavia, di un risultato non del tutto scontato per ragioni sistematiche⁷⁴. La norma non precisa le modalità di costituzione in giudizio, né l'ambito di esplicazione del contraddittorio garantito al terzo. Sotto il primo profilo, analogamente a quanto previsto per il procedimento di prevenzione⁷⁵, il terzo, in quanto portatore di un interesse civilistico, dovrebbe costituirsi in giudizio per il tramite di un difensore, munito di procura speciale.

Quanto al secondo aspetto, secondo parte della dottrina, l'interesse a contraddire del terzo, oltre che alla materia patrimoniale, deve ritenersi esteso alla sussistenza o meno del reato, che costituisce il presupposto dell'ablazione.

In caso di omessa citazione del terzo, non pare configurabile una nullità ex art. 178, comma 1, lett. c), c.p.p., non rivestendo il terzo la qualità di parte processuale. Né l'art. 12-sexies, comma 4-quinquies, d.l. 8 giugno 1992, n. 306, né oggi il corrispondente art. 104 bis, comma 1-quinquies, disp. att. c.p.p., attribuiscono espressamente al terzo citato nel procedimento di primo grado la legittimazione ad appellare la statuizione sulla confisca⁷⁶. Ne deriva una posizione deteriore rispetto ai terzi citati nel procedimento di prevenzione ex art. 23, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, legittimati ad impugnare ai sensi degli artt. 10 e 27, comma 1, del Codice antimafia.

I commi 1-bis e 1-ter della stessa norma erano già stati introdotti, per contro, dalla l. n. 161 del 2017: nello stabilire che l'amministratore dei beni sequestrati debba essere scelto all'interno dell'albo di cui all'art. 35 d.lgs. 159/2011 (albo nazionale degli amministratori giudiziari), la norma salva la possibilità di assegnare la gestione dei beni a «soggetti diversi», con decreto motivato, instaurando così un

⁷³ in questo senso, Cass., Sez. III, 12 ottobre 2018, n. 53384, in *DeJure*

⁷⁴ Si rinvia a G. VARRASO - B. ROMANELLI, sub art. 104 e 104 bis disp. att. c.p.p., cit., 1360

⁷⁵ Cass., Sez. VI 27 gennaio 2016, De Angelis e altri, in CED, 266149; Cass., SS.UU., 17 novembre 2014, Borrelli e altro, in CED, 260894

⁷⁶ cfr. G. VARRASO, Sentenza di condanna alla confisca e tutela dei terzi, in *Giur. Cost.*, 2017, 2703; possibilista in senso positivo con una lettura estensiva, P. SPAGNOLO, Sequestro, confisca e diritti dei terzi: c'è un giudice a Berlino?, in *Proc. Pen. e Giust.*, n. 2, 2018, 284-285, nonché P. TROISE, Adprehensio rei e buona fede del terzo, cit., 1185

primo collegamento con il codice antimafia. La medesima riforma opera un secondo rinvio al codice antimafia: è stato, infatti, inserito il comma 1-bis, che individua nel titolo III, libro I, d.lgs. 159/2011, la disciplina applicabile all'amministrazione, la gestione e la destinazione dei beni sequestrati, e il comma 1-ter, che assegna i compiti di «giudice delegato alla procedura» all'organo giudiziario che ha disposto il sequestro (dunque, quello penale).

Nello specifico, da un lato, si stabilisce, che *“il giudice che dispone il sequestro nomina un amministratore giudiziario ai fini della gestione. Si applicano le norme di cui al libro I, titolo III, del codice di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, e successive modificazioni”* (comma 1 bis). Dall'altro lato, si prevede che *“i compiti del giudice delegato alla procedura sono svolti nel corso di tutto il procedimento dal giudice che ha emesso il decreto di sequestro ovvero, nel caso di provvedimento emesso da organo collegiale, dal giudice delegato nominato ai sensi e per gli effetti dell'articolo 35, comma 1, del codice di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, e successive modificazioni”* (comma 1 ter)⁷⁷.

In via generale, sembrano chiare le scelte di fondo:

- a) Favorire l'amministrazione dinamica e non la semplice custodia dei beni sequestrati ai sensi dell'art. 321, comma 2, c.p.p.
- b) Rafforzare la tutela dei terzi titolari di diritti sui beni sottoposti a vincolo già nella fase di cognizione del procedimento penale.
- c) Assumere quale modello di riferimento per tutte le tipologie di sequestro preventivo a fini di confisca a carico di persone fisiche e di persone giuridiche le norme per lo meno in tema di amministrazione e gestione dei beni sequestrati e confiscati contenute nel codice c.d. antimafia. Il d.lgs. n. 159 del 2011 contiene una disciplina più “evoluta” rispetto a quella codicistica volta ad evitare, per quanto possibile, la perdita di produttività anche occupazionale dei beni sottoposti a vincolo a salvaguardia degli interessi sociali ed economici coinvolti⁷⁸

⁷⁷ A. BARAZZETTA, La confisca allargata. Commento agli artt. 240 bis c.p., 578 bis c.p.p., 104-bis e 183-quater att. c.p.p., in Epidendio - Varraso (a cura di), Codice delle confische.

⁷⁸ F. MENDITTO, Le misure di prevenzione e la confisca allargata (l. 17 ottobre 2017, n. 161), cit., 68 ss. Ante novella con specifico riferimento al sequestro preventivo T. BENE, L'esecuzione

d) Introdurre regimi differenziati di disciplina tra i sequestri e le confische nei casi di cui all'art. 240 bis c. p. e 51, comma 3 bis c.p.p., da un lato, e tutti gli altri sequestri e confische penali dall'altro. Solo ai primi, in particolare, sono estese *per tabulas* anche le disposizioni, sempre contenute nel codice "antimafia" (artt. 52 ss.), in tema di tutela dei terzi creditori in buona fede, oltre che in tema di destinazione dei beni.

È entrando nel dettaglio della disciplina contenuta nell'art. 104 bis disp. att. c.p.p., in vigore fino al 15 agosto 2020, che emerge la discutibile tecnica legislativa, la quale crea dubbi interpretativi tutt'altro che secondari.

In primis, è chiarito, in via definitiva, che laddove il sequestro di cui all'art. 321 c.p.p. abbia ad oggetto "aziende, società ovvero beni produttivi", il giudice, ossia nella fase investigativa il G.I.P., "nomina un amministratore giudiziario ai fini della gestione" ai sensi dell'art. 35, d.lgs. n. 159 del 2011.

Il che significa che in caso di vincolo reale preventivo avente ad oggetto aziende e società la nomina appare doverosa⁷⁹, lasciando, per contro, alla discrezionalità dell'autorità giurisdizionale valutare la natura produttiva o meno del bene e la conseguente nomina dell'amministratore: si pensi ai beni immobili non pertinenti ad aziende, o ai beni mobili e mobili registrati⁸⁰.

del sequestro preventivo e l'amministrazione dei beni sequestrati e R. DEL COCO, L'esecuzione della confisca e la gestione dei beni, in M. MONTAGNA (a cura di), *Sequestro e confisca*, Torino, 2017, risp. 259 ss. E 345 ss.; F. GIUNCHEDI, La tutela dei diritti patrimoniali e personali e nella custodia dei beni sequestrati e nella gestione dei frutti, in A. BARGI - A. CISTERNA (a cura di), *La giustizia penale patrimoniale*, II, Torino, 2011, 1129 ss.; G. TORIELLO, L'amministrazione dell'azienda sottoposta a sequestro preventivo, tra prassi applicative e prospettive di riforma, in *Cass. Pen.*, 2017, 3416 ss.

In tema di sequestro probatorio si rinvia ora proprio alle modalità di cui all'art. 104 bis disp. att. c.p.p., capovolgendosi la disciplina originaria del codice che assumeva proprio le norme in tema di sequestro probatorio quale modello per l'esecuzione.

⁷⁹ F. VERGINE, *Confisca e sequestro per equivalente*, Padova, 2009, 365.

⁸⁰ Cfr. A. Bassi, *Sequestri preventivi a fini di confisca*, in T.E. Epidendio - G. Varraso (a cura di), *Codice delle confische*, Milano, 2018; F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione e la confisca allargata* (l. 17 ottobre 2017, n. 161), cit., 128. La nomina di un amministratore giudiziario è espressamente esclusa per i beni destinati al Fondo unico giustizia ex art. 61, comma 23, D.L. 25 giugno 2008, n. 112, conv., conmodif., in l. 6 agosto 2008, n.133. Nel Fondo affidato alla gestione di Equitalia s.p.a. - confluiscono le somme di denaro sequestrate nell'ambito dei procedimenti penali, di prevenzione o per l'irrogazione di sanzioni amministrative, anche ai sensi del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, nonché i proventi dei beni confiscati nell'ambito dei medesimi procedimenti. Alle somme di denaro sono equiparati, in forza della loro agevole liquidabilità, i titoli di credito, i libretti di deposito, i valori di bollo o altre forme di attività finanziaria, interessati da sequestro

L'amministratore giudiziario deve essere scelto all'interno dell'Albo⁸¹ e secondo le regole di cui all'art. 35, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159. Sul punto, la L. 17 ottobre 2017, n. 161 ha provveduto all'aggiornamento dell'art. 104 bis, comma 1 disp. att. c.p.p., sostituendo il riferimento al non più attuale all'art. 2-sexies, comma 3, L. 31 maggio 1965, n. 575.

Parimenti applicabili a tutti i sequestri preventivi ex art. 321 c.p.p. risultano le norme in tema di gestione contenute nel capo II del d.lgs. n. 159 del 2011, con riguardo ai poteri e ai compiti dell'amministratore e del giudice delegato alla procedura.

Dalla lettura dell'art. 104, comma 1 quater disp. att. c.p.p., si ricava, poi, un regime differenziato all'interno della variegata categoria dei sequestri preventivi a fini di confisca.

Testualmente quest'ultimo comma, in primo luogo, (oltre a richiamare le norme in tema di esecuzione del sequestro del codice antimafia prescritte dall'art. 21, d.lgs. n. 159 del 2011)⁸² afferma che per i soli casi di sequestro e di confisca in casi particolari ex art.240 bis c.p. (e delle norme che a questo rinviano), nonché per i soli casi di sequestro e confisca di beni nei procedimenti relativi ai delitti di cui all'art. 51, comma 3 bis, c.p.p. debbono applicarsi tutte le norme in tema di amministrazione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati, nonché quelle in materia di tutela dei terzi di cui al d.lgs. n. 159 del 2011: ossia le norme contenute,

o confisca. Con norma di interpretazione autentica dell'art.2, comma 2, d.l. n.143/2008, si è invece esclusa la destinazione al FUG delle risorse facenti parte di complessi aziendali oggetto di sequestro o confisca (art.6, comma 2-bis, d.l. 23 febbraio 2009, n.11, conv., con modif., in l. 23 aprile 2009, n.38; in termini, v. oggi anche artt. 37, comma 3 e 48, comma 2, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159). Si è così inteso agevolare il compito dell'amministratore giudiziario: in caso contrario, infatti, quest'ultimo sarebbe stato costretto a rivolgersi continuamente ad Equitalia S.p.a. per i versamenti e i prelievi delle somme necessarie alla gestione dell'azienda.

⁸¹ La preferenza legislativa per soggetti iscritti nell'Albo intende assicurare la massima competenza dell'amministratore, evitando scelte fiduciarie che possono ricadere su soggetti professionalmente non idonei. L'amministratore, del resto, è chiamato al non facile compito - in ossequio al principio di proporzionalità in tema di cautele reali costituzionale e pattizio - a bilanciare le esigenze produttive e occupazionali con la finalità, propria della cautela, di riconduzione a norma della condotta illecita.

⁸² V. F. BALATO, sub art. 21, in G. SPANGHER - A. MARANDOLA (a cura di), Commentario breve al codice antimafia e alle altre procedure di prevenzione, Padova, 2019, p.113. La norma, nel rinviare a sua volta proprio all'art. 104 bis disp. att. c.p.p., completa nel dettaglio le ulteriori modalità esecutive del sequestro di prevenzione.

oltre che nei capi I e II, anche nel capo III agli artt. 35-49 del d.lgs. n.159 del 2011.

Solo in questi specifici ambiti, si è richiamato *expressis verbis* il subprocedimento di verifica dei crediti tracciato dagli artt. 52 ss., d.lgs. 6 settembre 2011, n.159, che, in sintesi, si snoda attraverso le fasi della formazione dell'elenco dei creditori da parte dell'amministratore giudiziario (art. 57), della presentazione delle domande di ammissione al credito (art. 58), della verifica dei crediti con formazione dello stato passivo da parte del giudice delegato (art. 59), e della liquidazione dei crediti ammessi previa definizione di un piano di pagamento ad opera dell'Agenzia Nazionale dei Beni Sequestrati e Confiscati (artt. 60 e 61), e comunque nei limiti del sessanta per cento del valore del bene o della minor somma eventualmente ricavata dalla sua vendita, dedotte le spese (art. 53)⁸³.

La tutela dei terzi di cui si discute dovrebbe così collocarsi per i soli casi dell'art. 240 bis c.p. e dell'art. 51, comma 3 bis, c.p.p. dopo la pronuncia della sentenza penale di primo grado avente ad oggetto la confisca, senza più la necessità di aspettare la fase esecutiva, come per contro continua ad essere per tutti gli altri sequestri preventivi di cui all'art. 321, comma 2, c.p.p. e per le confische definitive⁸⁴. Non si comprendono, peraltro, le ragioni per cui solo i creditori in buona fede pregiudicati dal sequestro preventivo a fronte dell'applicazione nella sentenza di primo grado della confisca allargata per i reati di cui all'art. 240 bis c.p. e della confisca per i reati elencati tassativamente dall'art. 51, comma 3 bis, c.p.p. possano attivare una tutela, fin dalla fase di cognizione, davanti al giudice che ha disposto il sequestro medesimo (seppure secondo le regole rigorose del codice antimafia).

In stretta connessione, non può trascurarsi un'altra circostanza indubitabile.

Le disposizioni del Codice antimafia in tema di gestione contenute nel capo II - testualmente richiamate in toto dall'art. 104 bis, comma 1 bis, disp. att. c. p.p. -

⁸³ Si rinvia per un approfondimento a P. Florio - G. Bosco - L. D'Amore, Amministratore giudiziario, cit., 578 ss. La buona fede dei creditori è accertata in sede di verifica delle domande, secondo i criteri dettati sempre dall'art. 52, D.Lgs. n. 159 del 2011: in argomento, Cass., SS.UU., 3 luglio 2018, Island Refinancing S.r.l. ed altro, in CED, 272978.

⁸⁴ In questa direzione, Cass., SS.UU., 25 settembre 2014, Uniland, in Cass. Pen., 2014, 3025 ss.

appaiono necessariamente proiettate verso la futura assegnazione definitiva a fini sociali del bene confiscato, che risulta invece in linea di principio preclusa, in quanto contenuta nell'art. 48 Codice Antimafia, parte integrante del capo III non richiamato per i soli beni non rientranti nelle confische disposte ai sensi dell'art. 240 bis c.p. e per i reati elencati nell'art. 51, comma 3 bis c.p.p.⁸⁵.

Si pensi, del resto, alla possibilità di concedere in comodato i beni immobili agli enti territoriali ex art. 48, comma 3, lett. c) (art. 40, comma 3 ter); all'affidamento dei beni mobili sequestrati ad enti statali o territoriali (art. 40, comma 5 bis); alla possibilità di affittare o concedere in comodato l'azienda agli enti o associazioni ex art. 48, comma 3 lett. c), alle cooperative ex art.48,comma8,lett.a), o agli imprenditori ex art. 48, comma 8 ter (art. 41, comma 2 ter).

Da un lato, chi valorizza gli evidenziati dati formali e sistematici e la natura aperta del rinvio dell'art. 104 bis, comma 1 bis, disp. att. c.p.p. all'intero titolo III del Codice antimafia propone di applicare a tutti i sequestri preventivi di cui all'art. 321, comma 2, c.p.p. e alle confische la disciplina in tema di amministrazione, gestione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati del codice antimafia⁸⁶.

Dall'altro lato, bisogna, peraltro, prendere atto della tesi più aderente al dato normativo e alla volontà del legislatore⁸⁷.

Al di fuori dell'ambito della confisca allargata di cui all'art. 240 bis c.p. e dei reati di cui all'art. 51 bis c.p.p., la destinazione dei beni definitivamente confiscati salvo diversa previsione di leggi speciali - dovrebbe rimanere disciplinata dall'art. 86 disp. att. c.p.p., norma non modificata dai recenti interventi legislativi e la quale prevede la vendita dei beni medesimi a cura della cancelleria del giudice dell'esecuzione. Per i reati "comuni" non si applicherebbe, dunque, l'articolato regime di prioritaria destinazione del bene a fini sociali, con provvedimento dell'Agenzia, mediante acquisizione al patrimonio dello Stato o degli enti

⁸⁵ In senso contrario, F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione e la confisca allargata* (l. 17 ottobre 2017, n. 161), cit., 129.

⁸⁶ In questa direzione, P. FLORIO - G. BOSCO - L. D'AMORE, *Amministratore giudiziario*, cit., 717-718; nonché, volendo, G. VARRASO, *Il sequestro a fini di confisca: dalle scelte del codice del 1988 al d.lgs. n. 21/2018*, cit., 383 ss.

⁸⁷ Cfr. M BONTEMPELLI - R. PAESE, *La tutela dei creditori di fronte al sequestro e alla confisca*, cit., 126

territoriali (art. 48), con risultati differenziati che non paiono presentare una reale giustificazione.

È noto che tale funzione “simbolica” della destinazione dei beni sequestrati e confiscati si fonda su di una ratio ben precisa⁸⁸.

“La restituzione alle collettività territoriali - le quali sopportano il costo più alto dell’emergenza mafiosa’ delle risorse economiche acquisite illecitamente dalle organizzazioni criminali rappresenta, infatti, uno strumento fondamentale per contrastarne l’attività, mirando ad indebolire il radicamento sociale di tali organizzazioni ed a favorire un più ampio e diffuso consenso dell’opinione pubblica all’intervento repressivo dello Stato per il ripristino della legalità”⁸⁹.

A giustificare il regime differenziato, non sembra sufficiente affermare l’omogeneità dell’istituto di cui all’art. 240 bis c.p. e dei reati oggetto dell’art. 51, comma 3 bis, c.p.p. con i fenomeni di pericolosità sociale sottesi al d.lgs. n. 159 del 2011, risultando “coinvolti” condotte e persone legate alla criminalità organizzata. L’elenco estremamente variegato dei reati compresi nell’art. 240 bis c.p. e soprattutto nell’art. 51, comma 3 bis, c.p.p. nulla ha a che vedere ormai con la sola criminalità organizzata e mafiosa.

Non si comprende, quindi, il perché per tali ultimi reati debba comunque essere garantita la destinazione sociale, esclusa a priori per i reati non rientranti in tale elenco.

⁸⁸Tra i tanti, F. BRIZZI, L’amministrazione, la gestione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati - Note introduttive, in G. SPANGHER - A. MARANDOLA (a cura di), Commentario breve al codice antimafia e alle altre procedure di prevenzione, cit., 184.

⁸⁹ Così Corte Cost. n. 335 del 1996.

CAPITOLO QUATTRO

MISURE CAUTELARI REALI E PROCEDURE CONCORSUALI: IL NUOVO CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA

Sommario: 1. Dalla Legge delega 155/2017 al nuovo Codice della Crisi d'Impresa. – 2. Il nuovo Codice della Crisi d'Impresa e la tutela dei diritti dei terzi. – 2.1 Il modello di riferimento: l'estensione operativa delle norme del codice antimafia. – 2.2 Le novità introdotte dal nuovo CCII generano un rafforzamento della tutela dei terzi? – 2.3 I limiti della tutela dei terzi rispetto alle misure di prevenzione antimafia. – 2.4 L'art. 104 bis disp. att. c.p.p. e la novella del CCII: aggravati i dubbi e i problemi interpretativi precedenti

1. Dalla Legge Delega 155/2017 al nuovo Codice della Crisi d'Impresa

Il decreto legislativo di riforma della c.d. legge fallimentare, destinata ad essere sostituita dal Codice della crisi e dell'insolvenza, ha avuto un percorso lungo e travagliato.

Per collocarsi al momento iniziale di questo, auspicato, percorso riformatore è necessario risalire addirittura al 28 gennaio 2015 quando il Ministro della Giustizia istituì una Commissione, presieduta dal Pres. Rordorf, incaricata del compito di sottoporre al governo «proposte di interventi di riforma, ricognizione e riordino della disciplina delle procedure concorsuali».

I lavori della Commissione si protrassero quasi per un anno, fintantoché, il 29 dicembre 2015 venne consegnata al Ministro una bozza di articolato di legge delega per la «Riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza», corredata dalla relativa Relazione ad opera della Commissione.

Lo schema di legge delega fu abbastanza rapidamente assegnato alla Camera per la discussione (atto n. C. 3761, presentato il giorno 11 marzo 2016), ma questo primo passaggio parlamentare richiese molto tempo. Infatti, solo il 1° febbraio 2017 la Camera approvò il disegno di legge delega in questione che, nel frattempo, aveva mutato numero (C. 3761-bis) per effetto dello stralcio della disciplina originariamente prevista in tema di riforma dell'Amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi (D.lgs. n. 270/1999) e delle sue numerose 'gemmazioni': principalmente il c.d. Decreto Marzano (d.l. n. 347/2003 conv. in l. n. 34/2009, afferente all'insolvenza Parmalat) e il d.l. n. 134/2008 conv. in l. n. 166/2008 (afferente alla crisi di Alitalia).

Nel d.d.l. approvato alla Camera confluirono, inoltre, altri progetti di legge focalizzati su aspetti specifici, come la modifica della disciplina della Crisi da sovraindebitamento e la riformulazione dei diritti del fallito nella procedura di fallimento.

Dopo l'esame della Camera, il disegno di legge venne presentato al Senato (n. S2681) dove trovò definitiva approvazione solo il giorno 11 ottobre 2017, sfociando nella **legge 19 ottobre 2017 n. 155**.

La legge delega definisce i principi di radicale riforma del tradizionale diritto delle procedure concorsuali, introducendo istituti sconosciuti alla legge fallimentare quale, ad es., il procedimento di composizione assistita della crisi.

Si è, però, fatto notare che mentre in relazione agli aspetti "*fallimentaristici*", ma anche di diritto societario e di diritto civile, vi è un'ampia materia di discussione, l'intervento sull'area penalistica appare decisamente di minor portata e, fondamentalmente, si limita ad alcuni, per quanto rilevanti, aspetti specifici.

La legge n. 155/2017 prende in considerazione il delicato tema delle interferenze fra il processo di liquidazione giudiziale e alcuni altri procedimenti di natura giurisdizionale che potrebbero influenzare l'attività di liquidazione dell'attivo propria della procedura concorsuale.

In particolare, quantomeno nell'interpretazione che ne ha dato la seconda Commissione Rordorf, l'art. 13 l. n. 155/2017 delega il Governo a legiferare sui

rapporti fra liquidazione giudiziale e misure di prevenzione; fra liquidazione giudiziale e misure cautelari adottate nel procedimento penale e fra liquidazione giudiziale e disciplina della responsabilità da reato dell'ente, con particolare riferimento alle misure cautelari.

Come si avrà modo di vedere, tuttavia, l'individuazione dell'esatto contenuto della delega legislativa è subordinata all'analisi di una disposizione – l'art. 13 comma 1 della l. n. 155/2017 – non particolarmente felice dal punto di vista della formulazione normativa.

L'art. 13 l. n. 155/2017 si compone di due differenti commi.

Il comma secondo dell'art. 13 appare di formulazione chiara e lineare:

«Nell'esercizio della delega (..) il Governo adotta disposizioni di coordinamento con la disciplina di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001 n. 231, e, in particolare, con le misure cautelari previste dalla disciplina sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, nel rispetto del principio di prevalenza del regime concorsuale, salvo che ricorrano ragioni di preminente tutela di interessi di carattere penale».

Senza timori di smentita, si può affermare che la delega, in questo caso, possiede un duplice livello. Il primo, afferente al coordinamento in generale fra disciplina della responsabilità da reato dell'ente ed il secondo che riguarda, in particolare, l'introduzione di norme che stabiliscano come regola il principio di prevalenza della procedura concorsuale sulle misure cautelari adottate nei confronti dell'ente, salvo l'eccezione rappresentata da ragioni di preminente tutela di interessi di carattere penale.

Il primo comma dell'art. 13, invece, ha una formulazione più nebulosa:

«Nell'esercizio della delega (..) il Governo adotta disposizioni di coordinamento con il codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011 n. 159, stabilendo condizioni e criteri di prevalenza, rispetto alla gestione concorsuale, delle misure cautelari adottate in sede penale anteriormente o successivamente alla dichiarazione di insolvenza».

La differenza di formulazione rispetto al primo comma appare evidente. In questo caso risulta più difficile interpretare la disposizione come contenente una sorta di doppia delega finalizzata al coordinamento con le disposizioni del codice antimafia e delle misure di prevenzione e, contestualmente, all'individuazione dei criteri di prevalenza delle misure cautelari penali in senso stretto (ovviamente di natura reale: sequestro preventivo, sequestro conservativo e sequestro probatorio) rispetto al processo di liquidazione giudiziale.

Nel primo comma, infatti, vi è il gerundio «*stabilendo*» che sembra proprio riferirsi al contenuto obbligato dell'opera di «*coordinamento*» di cui al periodo immediatamente precedente; di conseguenza, ad un primo sguardo potrebbe sorgere il dubbio che la legge delega imponga il coordinamento fra normativa in tema di misure di prevenzione e liquidazione giudiziale come comprendente le condizioni e ipotesi di prevalenza delle misure (i.e. sequestro e confisca) adottate nel procedimento di prevenzione rispetto alla normale attività di liquidazione giudiziale.

Per contro, è pur vero che solo un legislatore particolarmente sciatto potrebbe riferirsi alle misure irrogate ai sensi del d.lgs. n. 159/2011 con l'espressione «*sede penale*» posto che è noto che il procedimento di applicazione delle misure reali di prevenzione ha poco in comune con quello penale.

Pertanto, in sintonia con la decisione della seconda Commissione Rordorf, appare preferibile interpretare il primo comma dell'art. 13 l. n. 155/2017 come contenente – anche – una delega per regolamentare il rapporto fra misure cautelari penali in senso proprio⁹⁰ e il procedimento di liquidazione giudiziale, individuando le ipotesi in cui le prime hanno la prevalenza sul secondo.

⁹⁰ Come ha fatto giustamente notare Pietro CHIARAVIGLIO, in Osservazioni penalistiche a “prima lettura” sul progetto di codice della crisi e dell'insolvenza, in DPC 5/2018 “Non si può omettere di notare, però, che nello stesso art. 13 l. n. 155/2017 il termine “penale” è usato in senso tecnico in almeno due occasioni. Innanzitutto, nella rubrica, posto che, nuovamente, il procedimento di prevenzione non disciplina alcuna «misura penale» e, poi, anche nel secondo comma ove si fanno salve ragioni di tutela di interessi di carattere penale che, a ben vedere, non possono che attenere alla responsabilità della persona giuridica (sulla cui natura penale la dottrina si divide, ma che il legislatore qualifica come amministrativa).”

Purtuttavia, il dato letterale che prevede di fissare “*le condizioni e i criteri di prevalenza, rispetto alla gestione concorsuale, delle misure cautelari*” indica una linea guida che esprime la chiara volontà di “preferire” la disciplina antimafia a quella concorsuale, già, peraltro, affermata dalla costante giurisprudenza di legittimità. Scelta che, comprensibilmente, si giustifica per via della preferenza assegnata alla lotta contro la criminalità organizzata nonché delle preminenti funzioni assolute dal vincolo derivante dal sequestro preventivo, rispetto a quelle proprie della procedura concorsuale.

Le bozze del nuovo Codice che si sono succedute nel tempo prima della sua emanazione hanno, comunque, messo in luce sin dall’inizio anche una intenzione del legislatore delegato finalizzata a porre al riparo i beni della procedura dai rigori giurisprudenziali che, molto frequentemente, avevano privilegiato le esigenze di sequestro e confisca a discapito dei creditori concorsuali⁹¹, i quali finivano col divenire gli – incolpevoli – destinatari della misura⁹².

Simile impostazione risponde alla necessità di tutela del creditore concorsuale contro le pretese dello Stato che confisca un bene in ragione della commissione di un illecito, ma, pur di eseguire il provvedimento, si rivolge contro soggetti completamente estranei al comportamento disvoluto⁹³; il tutto in una situazione in cui per l’autore dell’illecito è parimenti afflittivo cedere il bene allo Stato per

⁹¹ Si rinvia, sull’argomento, al cap. 3 dove si è dato conto dell’iter giurisprudenziale che, partendo dalla sentenza Focarelli delle Sezioni Unite (Cass. SS. UU., 24 maggio 2004 (dep. 9 luglio 2004) n. 29951, Rv. 228163) e transitando per la già menzionata sentenza Uniland, ha dato vita a orientamenti rigorosi, tra i quali spicca quello che in ragione della natura sanzionatoria della confisca obbligatoria per equivalente ritiene prevalente la misura ablatoria perché, altrimenti, vi sarebbe una ‘estinzione’ di fatto della sanzione irrogata (di recente, in questo senso, Cass. sez. III, 1° marzo 2016 (dep. 9 giugno 2016) n. 23907, Rv. 266940 e Cass. sez. III, 9 febbraio 2017 (dep. 7 giugno 2017) n. 28077, Rv. 270333).

⁹² In questo senso v., nuovamente, la Relazione illustrativa, al Titolo VIII, Capo I, che giustifica la soluzione accolta richiamando il principio del concorso dei creditori sui beni oggetto di liquidazione giudiziale e l’art. 2740 c.c. che assegna al patrimonio del debitore la l’inderogabile destinazione a garanzia delle pretese creditorie, nonché osservando come «l’ablazione determinata dall’adozione delle misure cautelari penali reali, in caso di apertura della procedura liquidatoria concorsuale, produce i suoi effetti non riguardo agli interessi del debitore bensì sugli interessi patrimoniali dei creditori».

⁹³ Finendo col derogare, in tal modo, al principio della *par condicio creditorum* nell’ambito delle procedure concorsuali. In questi termini v. V. MANES, L’ultimo imperativo della politica criminale: *nullum crimen sine confiscatione*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2015, p. 1279.

effetto della confisca, oppure cederlo ai creditori come risultato della procedura concorsuale.

Il decreto legislativo 12 gennaio 2019 n. 14 \approvato dal Governo dopo un travagliato iter parlamentare, ha operato una consistente riforma del diritto fallimentare.

Tra le innovazioni più significative, si segnala, oltre al trasferimento dell'intera materia all'interno di un complesso normativo diverso dalla legge fallimentare, il tramonto del concetto di "fallimento" (sostituito dalla procedura di liquidazione di cui agli artt. 121 e ss. CCII) e l'introduzione di una "procedura di allerta" (artt. 12 e ss. del decreto), che ha lo scopo di prevenire situazioni di dissesto finanziario.

Se, sul piano *stricto sensu* fallimentare, l'intervento in questione rappresenta una vera "rivoluzione copernicana", non altrettanto può dirsi per le modifiche apportate al settore penale.

Fra le rilevanti novità introdotte in ambito penalistico dal codice della crisi di impresa e dell'insolvenza 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"**.

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. Inoltre, l'art. 317 comma 1 del nuovo codice regola i suddetti rapporti attraverso un rinvio espresso alle disposizioni del titolo IV del d.lgs. n. 159/2011.

Pare abbastanza 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 dei terzi su cui vanno ad incidere le misure patrimoniali riconducibili alla prevenzione penale⁹⁴.

⁹⁴ Per un ampio quadro, v. F. MENDITTO, *Le confische di prevenzione e penali. La tutela dei terzi*, Milano, 2015.

- **L'art. 317: principio di prevalenza delle misure cautelari reali e tutela dei terzi**

L'art. 317 è la norma di apertura del Titolo VIII del CCII («Liquidazione giudiziale e misure cautelari penali»): al primo comma, si prevede 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»*.

Il secondo comma chiarisce 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»*.

Nonostante il primo comma induca a riferire la norma a tutti i tipi di sequestro penale («misure cautelari reali»), con sottrazione dei sequestri preventivi “puri” (ex art. 321 co. 1 c.p.p.) e conservativi (ex art. 316 c.p.p.) alla disciplina di cui al d.lgs. 159/2011 (questo il significato della clausola eccettuativa «salvo quanto previsto dagli articoli 318, 319 e 320»), il comma secondo limita chiaramente l'ambito applicativo della fattispecie ai soli sequestri finalizzati alla confisca⁹⁵.

Si deve, inoltre, osservare che l'oggetto dell'art. 317 CCII è costituito dai soli beni di cui all'art. 142 CCII, sui quali – come noto – si determina l'effetto di spossessamento proprio della liquidazione giudiziale (in origine, fallimento): con la conseguenza che, da una parte, devono ritenersi escluse le cose di cui non è consentito il pignoramento (ex art. 514 c.p.c.), dall'altra, la disciplina dovrà operare anche per i beni pervenuti alla massa nel corso della procedura

⁹⁵ Di ciò troviamo conferma nella Relazione Illustrativa allo Schema di decreto legislativo recante il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155 (versione novembre 2018, rimasta, sul punto, invariata nella versione definitiva del gennaio 2019), rinvenibile su www.fallimentiesocieta.it, 312, la quale, delineando l'ambito applicativo della norma, allude espressamente ai *«sequestri delle cose di cui è consentita la confisca»*.

concorsuale, ai quali il curatore – sentito il comitato dei creditori – non abbia rinunciato, per eccessiva onerosità.

- **L’art. 318: il sequestro preventivo “puro”**

Nel caso di sequestro preventivo “puro” (i.e., non finalizzato alla confisca), ex art. 321 co. 1 c.p.p., l’art. 318 CCII sancisce la prevalenza, in ogni caso, della procedura di liquidazione giudiziale sulla misura ablatoria.

Dal raggio della prevalenza delle misure penali sono esclusi, ex art.318 CCII, i sequestri di cui all’art.321, comma1, c.p.p. relativi all’ipotesi in cui consti “*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*”. Per tali strumenti rileva la speculare supremazia della procedura concorsuale. Segnatamente, se la liquidazione giudiziale pende, il sequestro c.d. “impeditivo” diventa inadottabile, salvo la fabbricazione, l’uso, il porto, la detenzione e l’alienazione delle cose cui la cautela mirerebbe non integrino di per sé fattispecie penalmente rilevanti o che tali attività siano assentibili mediante provvedimento amministrativo di natura autorizzatoria⁹⁶ (14). Per converso, qualora la liquidazione sia aperta dopo il sequestro, questo va revocato su istanza del curatore, con conseguente ordine di restituzione delle cose all’ufficio fallimentare⁹⁷ (15).

Ovviamente, simili disposizioni non si applicano nel caso in cui la misura “colpisca” beni non compresi nella procedura di liquidazione giudiziale (art. 146 CCII) o, in generale, non suscettibili di liquidazione, per disposizione di legge o per decisione degli organi della procedura (cfr. l’art. 318 co. 3 CCII).

⁹⁶ È il caso dell’arma detenuta senza titolo, laddove essendovi i presupposti per detenerla è possibile che ne sia autorizzato il porto su disposizione del Prefetto; è l’ipotesi dell’immobile realizzato senza licenza edilizia, eppure in astratto sanabile.

⁹⁷ Al curatore farà carico il doppio onere di comunicare all’autorità che aveva adottato la misura penale l’avvenuta apertura della procedura liquidatoria e la sua eventuale revoca o successiva chiusura (fornendo l’elenco dei beni non liquidati a suo tempo sequestrati) nonché di provvedere alla cancellazione di iscrizioni e trascrizioni relativamente al sequestro nei novanta giorni successivi alla comunicazione.

Ad una prima lettura, la suddetta soluzione di prevalenza sembra condivisibile: in effetti, l'esigenza di sottrarre al reo la disponibilità della cosa "pericolosa" può essere soddisfatta anche attraverso lo spossessamento "liquidatorio". Non sembra, dunque, esservi motivo per escludere che il bene permanga alla massa attiva, e sia destinato alla piena soddisfazione della *par condicio creditorum*.

Semmai, nella soluzione legislativa prescelta può scorgersi il rischio, già segnalato dalla sentenza Focarelli a proposito dei sequestri per confisca facoltativa, che il reo torni nella sostanziale disponibilità dei beni sequestrati, attraverso condotte elusive.

Deve, invece, ritenersi escluso il rischio di un sostanziale riacquisto della disponibilità della cosa ad un tempo sequestrata, mediante l'accesso a procedure concorsuali alternative alla liquidazione, giacché – come evidenziato – la norma in questione si applica soltanto alle procedure di liquidazione.

- **L'art. 319: il sequestro conservativo**

Lo "statuto" dei rapporti fra sequestro impeditivo e liquidazione giudiziale è esteso al sequestro conservativo dall'art. 319 CCII, che della norma che lo precede replica le regole, stabilendo l'inutilizzabilità dello strumento cautelare a procedura di liquidazione giudiziale avviata e la sua revoca in ipotesi di posteriorità di questa, rientrando il sequestro de quo nell'alveo del "*divieto di azioni esecutive e cautelari*" (art.150 CCII).

La scelta legislativa risulta coerente con l'insegnamento delle Sezioni Unite Focarelli, secondo le quali, il sequestro conservativo penale (equipollente, in quanto ad effetti, alla stessa misura civile) deve rientrare nel divieto di azioni cautelari ed esecutive, sancito al tempo dall'art. 51 L. Fall., ed oggi dall'art. 150 CCII (richiamato, nella sua applicazione, dallo stesso art. 319 co. 2), con la conseguente prevalenza del diritto concorsuale.

D'altronde, le esigenze di garanzia perseguite con la misura cautelare conservativa potranno essere preservate attraverso il vincolo d'indisponibilità, proprio della procedura di liquidazione giudiziale.

Semmai, ci si dovrà chiedere se il privilegio che assiste i crediti di cui all'art. 316 co. 4 c.p.p. potrà ugualmente valere, nel riparto dell'attivo, anche in assenza di sequestro: poiché la misura conservativa opera soltanto «per effetto del sequestro», la risposta sembra essere negativa.

- **L'art. 320: Legittimazione del curatore**

Occorre, infine, segnalare che la riforma, all'art. 320 CCII, ha espressamente riconosciuto la legittimazione del curatore a proporre «*riesame e appello nei casi, nei termini e con le modalità previsti dal codice di procedura penale*» contro il decreto di sequestro e le ordinanze in materia di sequestro, potendo, negli stessi casi, proporre ricorso per cassazione: la soluzione applicativa era emersa, in precedenza, nella giurisprudenza di legittimità.

2. Il nuovo Codice della Crisi d'Impresa e la tutela dei terzi

2.1 Il modello di riferimento: l'estensione operativa delle norme del codice antimafia

Volendo schematizzare i tratti salienti della disciplina introdotta dal CCII, bisogna riconoscere 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 costruire 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 e con il principio della prevalenza delle misure di prevenzione

patrimoniali, a scapito della teoria della possibile coesistenza tra i due vincoli (penale e concorsuale).

Cionondimeno, **emergono indubbe 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 così sostenere che, dopo la riforma del 2019, **la tutela dei terzi creditori del codice antimafia** contenuta negli artt. 52-59, d.lgs. n. 159 del 2011, **costituisce ormai il modello normativo unitario di riferimento** da attivare dopo la sentenza di primo grado portante la confisca, avendo riguardo a tutti i sequestri di cui all'art. 321, comma 2, c.p.p. (oltre che di prevenzione). Analogamente la disciplina generale di riferimento per i rapporti tra sequestro preventivo a fini di confisca e dichiarazione di liquidazione giudiziale sarà quella contenuta negli artt. 63 ss., d.lgs. n. 159 del 2011⁹⁸.

Infatti, il legislatore del CCII elegge il “Codice Antimafia” a **modello regolatore delle intersecazioni ablazione penale-procedura concorsuale**⁹⁹: ogniquale volta ricorrerà una misura reale (quale che sia), di detto modello rileveranno le regole su tutela dei terzi e rapporti con le procedure concorsuali¹⁰⁰.

⁹⁸ M. BONTEMPELLI - R. PAESE, La tutela dei creditori di fronte al sequestro e alla confisca, cit., 126-127

⁹⁹ In tal senso, S. LEUZZI, I rapporti fra misure ablatorie penali e liquidazione giudiziale nel CCII, in *Il Fallimento*, fasc. 12/2019

¹⁰⁰ Si potrà trattare pertanto di sequestro preventivo finalizzato alla confisca “ordinaria” 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, così come di ipotesi similari quali il sequestro finalizzato alla confisca ex art.48 quater c.p. per i reati di riciclaggio, impiego di denaro di provenienza illecita e autoriciclaggio, alla confisca prevista ex art.12 bis, d.lgs. n.74 del 2000 per i reati tributari. Inoltre, si potrà trattare di sequestro preventivo ai fini della confisca a carico dell'ente ex artt. 19 e 53, d.lgs. n.231 del 2001, essendosi scelto di non attuare la direttiva della L. delega n.155 del 2017 che imponeva di adottare disposizioni di coordinamento con lo stesso d.lgs. n. 231 del 2001, “nel rispetto del principio di prevalenza del regime concorsuale, salvo che ricorrano ragioni di preminente tutela di interessi di carattere penale”. Il principio antitetico di prevalenza delle misure cautelari reali sulla gestione concorsuale opererà quindi anche in detta

Ma le novità introdotte dal CCII sono riuscite a eliminare le disparità trattamentali esistenti nel precedente assetto e, quindi a generare un rafforzamento dei diritti dei creditori ad opera del codice della crisi di impresa?

2.2 Le novità introdotte dal nuovo CCII generano un rafforzamento della tutela dei terzi?

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.

A volte se ne affermava il funzionamento come limiti di applicazione delle misure patrimoniali, secondo la veste attribuita dalla sentenza "*Uniland*" del 2015, 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»*¹⁰¹. 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»*.

materia, attraverso l'applicazione dell'art. 104 bis, comma 1 bis, disp. att. c.p.p. consentita dal rinvio dell'art. 34, D.Lgs.n.231 del 2001 alle disposizioni del c.p.p. e del d.lgs. n. 271 del 1989.

¹⁰¹ Cass., Sez. Un., 17 marzo 2015, n. 11170, cit., par. 5 motivazione.

Altre volte, invece, 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)¹⁰².

Per risolvere tale questione, la 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 confiscato¹⁰³.

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.

¹⁰² Cass., Sez. Un., 8 giugno 1999, n. 9, cit.

¹⁰³ 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 pignoratizio 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».

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*”¹⁰⁴.

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. 104bis 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*»¹⁰⁵.

Giova anche richiamare la previsione bandiera inserita nel nuovo art. 104-bis comma 1bis, 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:

1. **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;
2. **tali diritti sono tutelati ai sensi del codice antimafia, dinanzi ad ogni tipo di sequestro finalizzato alla confisca**, vale a dire alla confisca del prezzo o

¹⁰⁴ 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.

¹⁰⁵ Cass., Sez. Un., 17 marzo 2015, n. 11170, cit., par. 5 motivazione.

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

Quando entrerà in vigore il d.lgs. n. 14/2019, 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.

A conferma di quanto sopra si cita 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. 104bis 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».

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”.

Alla luce della ricostruzione appena compiuta è quindi possibile affermare che in tema di tutela dei terzi è 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 penale¹⁰⁶.

2.3 I limiti della tutela dei terzi rispetto alle misure di prevenzione antimafia

Il rafforzamento della tutela di cui abbiamo parlato non ha, però, impedito a diversi autori di continuare a rappresentare e ribadire i limiti intrinseci delle forme di tutela riconosciuti a costoro dal corpus normativo del Codice Antimafia.

Il sequestro e la confisca disciplinati dal d.lgs. n. 159 del 2011 mostrano un disegno limpido: prosciugare le fonti di provvista e investimento del sodalizio criminale e neutralizzarlo privandolo di basi economico-patrimoniali; gli strumenti sono densi di valenza simbolica, giacché il recupero della res all'economia legale scardina sul piano sociale la legittimazione mafiosa. La confisca di prevenzione colpisce i beni previamente sequestrati allorché il c.d. "prevenuto" non ne giustifichi la legittima provenienza; oggetto sono cespiti di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, l'indiziato abbia la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al reddito o all'attività economica, nonché beni che si palesino frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego. Lo strumento, in forma diretta o per equivalente, è una espropriazione *praeter delictum*, prescindendo da una condanna penale e dall'accertamento processuale di un reato, diversamente da tutte le altre confische penali.

La contrapposizione tra terzi che vantino diritti e autorità confiscante è risolta dalla prevalenza della disponibilità in capo al "prevenuto" rispetto alla titolarità formale altrui; i creditori ricevono tutela ex art. 52 d.lgs. n. 159 del 2011, quand'anche provvisti di garanzie reali, solo qualora esibiscano diritti consacrati

¹⁰⁶ Per un ampio quadro, v. F. MENDITTO, *Le confische di prevenzione e penali. La tutela dei terzi*, Milano, 2015.

in atti di data certa anteriori al sequestro preordinato e provino, ad un tempo, la propria buona fede e l'inconsapevole affidamento¹⁰⁷.

Dunque, è preteso un elemento formale di opponibilità del titolo condito da requisiti di matrice soggettivistica; si mira ad evitare il sacrificio dei diritti dei soli terzi incolpevoli ed estranei ai propositi delittuosi o all'agire *contra legem* del titolare del patrimonio, giacché l'effettività delle confische verrebbe vanificata dall'applicazione tout court del criterio cronologico, che svilirebbe in ragione del fattore tempo la funzione statuale connessa all'ablazione¹⁰⁸. Il profilo teleologico decifra la scelta legislativa, ma l'incidenza delle misure di prevenzione sui diritti dei terzi rimane nucleo scivoloso con un solo dato di certezza: la tutela dei terzi incolpevoli è marcatamente recessiva rispetto all'esigenza espropriativa, il che, se ben s'intende nel contrasto alla mafia (per l'imprescindibilità della sottrazione dei beni al suo circuito), trova ragione fragile per le confische d'altra indole, ove la compressione dei diritti dei terzi rimane asimmetrica e sproporzionata rispetto alle urgenze special-preventive.

Persino il trattamento dei creditori ipotecari avrà luogo esclusivamente nel procedimento innanzi al tribunale di prevenzione, secondo prescrizioni nate come regole di settore. Il plesso delle garanzie reali codicistiche - su cui a largo spettro si fondano i rapporti economico-bancari - sarà radicalmente destrutturato. L'art. 55 del "Codice antimafia" è, infatti, tranchant nel vietare l'inizio o la prosecuzione di azioni esecutive, le quali vanno sospese se, nelle more, interviene

¹⁰⁷ L'art.52, comma 3, d.lgs. n. 159 del 2011, ai fini dell'accertamento del predetto stato soggettivo, ha il vantaggio di fornire elementi di riferimento utili, quali le condizioni delle parti, i rapporti personali e patrimoniali tra le stesse, il tipo di attività svolta dal creditore, la sussistenza di particolari obblighi di diligenza nella fase pre-contrattuale, nonché, in caso di enti, la dimensione degli stessi.

¹⁰⁸ Nel regime attuale, Cass. Pen. 9 novembre 2018, n. 51043, in *Pluris*, con riferimento ai rapporti tra aggiudicazione in sede civile e sequestro/confisca in sede penale, premettendo la possibilità di una contemporanea pendenza di due procedimenti, ha significativamente rinvenuto il punto di coordinamento nell'opponibilità ai sensi dell'art. 2915 c.c. del vincolo penale al terzo acquirente in sede esecutiva solo in ipotesi di anteriorità della trascrizione del sequestro (ex art.104disp.att.c.p.) rispetto a quella del pignoramento immobiliare; se la trascrizione del mezzo penale è successiva, il bene deve ritenersi appartenente al terzo "*pleno iure*" conseguente inopponibilità della confisca posteriore all'acquisto. In tale prospettiva, non viene ritenuto elemento idoneo ad escludere la buona fede del terzo acquirente neppure l'indicazione della trascrizione del sequestro nel bando di vendita.

un sequestro di prevenzione, ed estinte se viene adottato il provvedimento di confisca.

Gli artt. 317 ss. CCII non fanno che da *pendant* a questa impalcatura. Poiché gli artt. 63 e 64 del “Codice antimafia” importati dal d.lgs. n. 14 del 2019 informano alla prevalenza assoluta del procedimento di prevenzione i rapporti misura penale liquidazione giudiziale (pendente o aperta medio tempore), i margini entro cui il creditore prelatizio potrà far pesare il proprio rango ed escutere la garanzia saranno circoscritti da una norma-chiave - l’art.52 -contenente una deroga vistosa ai principi civilistici: il titolare della pretesa dovrà dimostrare la propria buona fede e non potrà limitarsi, come il diritto delle obbligazioni consentirebbe, a fare ostensione del diritto di garanzia, dovendolo colorare con la prova dello stato soggettivo che l’accompagna.

Ora, è nota la portata generale (non limitata all’istituto del possesso in relazione al quale è enunciato: art. 1147 c.c.) del principio di presunzione di buona fede; la presunzione legale, peraltro, non è vinta dall’allegazione del sospetto di una situazione illegittima essendo, invece, necessario che il dubbio promani da circostanze serie, concrete, non meramente ipotetiche, la cui prova dev’essere fornita da colui che intenda contrastarla¹⁰⁹. Proprio sulla portata da attribuire al requisito soggettivo in parola risalterà un dislivello interpretativo già in atto: la giurisprudenza è, infatti, divisa tra un orientamento che stima sufficiente per il creditore garantito la dimostrazione d’aver osservato le comuni regole e prassi bancarie (anche riguardo alla normativa antiriciclaggio¹¹⁰, ed un orientamento che non si contenta del rispetto delle procedure operative interne per l’erogazione del credito, esigendo dal finanziatore una “approfondita ed autonoma valutazione delle caratteristiche soggettive e patrimoniali dei soggetti coinvolti, con particolare riferimento alla capacità finanziaria e reddituale e dalle condizioni patrimoniali del debitore e dei suoi familiari”, che può aprire l’ermeneutica del caso concreto a scenari cangianti¹¹¹.

¹⁰⁹ Cass. 22maggio2000, n. 6648, in *Pluris*.

¹¹⁰ Cass. Pen.10 settembre 2015, n. 36690, in *Pluris*.

¹¹¹ Cass.P en.27f ebbraio 2017, n. 9677, in *Pluris*

Su questo orizzonte sfocato si rifletterà l'avvenuta modifica dell'art. 52, d.lgs. n. 159 del 2011 in senso peggiorativo della condizione deficitaria del creditore. Secondo la norma novellata, l'antiorità del diritto rispetto al sequestro preordinato alla confisca e la non strumentalità del credito all'attività illecita non sono sufficienti, dacché la confisca non pregiudica la situazione soggettiva **“sempre che il creditore dimostri la buona fede e l'incolpevole affidamento”**.

La criticità della prova attiene al contenuto dell'onere: sarà d'uopo dimostrare un requisito in più rispetto a quello già sdruciolevole della buona fede; detto nuovo requisito combacia con l'incolpevole affidamento, di cui è persino ostica una concettualizzazione alternativa rispetto a quella buona fede di cui pare rappresentare un corollario. Senza trascurare che se un credito non è strumentale all'attività illecita, la prova della buona fede e dell'incolpevole affidamento è disagevolmente suscettibile di essere fornita sul piano ontologico, ove si consideri che, in assenza del nesso in questione, la concessione del credito si mostra ab origine intrinsecamente legittima.

L'oggetto della prova è, in definitiva, tutt'altro che intelligibile, salvo non si voglia perorare l'assenza della buona fede per il solo fatto della contiguità operativa del creditore al “proposto”, quindi al sodalizio criminale: talché, più che una *probatio diabolica*, parrebbe trattarsi di una sorta di presunzione di mala fede, di dubbia compatibilità con il principio del giusto processo ex art.111 Cost.

La dottrina¹¹² ha più volte mostrato perplessità anche sul tema della “forfettizzazione” del soddisfacimento che il “Codice antimafia” contempla: i creditori che somministrino la difficile prova che li grava, si appagano nei limiti del sessanta per cento del valore dei beni confiscati. L'art. 53, d.lgs. n. 159 del 2011 non stabilisce questo tetto massimo in relazione alla capienza del patrimonio confiscato, il che stride con i principi elaborati dalla Corte CEDU in materia di tutela piena del diritto di proprietà, la cui nozione ricomprende sia i beni che i valori patrimoniali, ergo i crediti¹¹³. Sul legittimo affidamento nella proprietà del

¹¹² S. LEUZZI, I rapporti fra misure ablative penali e liquidazione giudiziale nel CCII, in *Il Fallimento*, fasc. 12/2019

¹¹³ R. CONTI, Diritto di proprietà e CEDU. Itinerari giurisprudenziali 2012

credito la legge spiega incidenza travolgente¹¹⁴ e anziché risolvere in prospettiva i problemi connessi alla tutela dei terzi, finisce per sfibrarne i diritti, ingrossando a dismisura l'ambito di applicazione degli strumenti preventivi, quasi attraverso una sorta di chiamata in corresponsabilità morale o sociale per coloro che hanno avuto la ventura di immettersi nel traffico giuridico con l'imprenditore destinatario della misura ablatoria. Ne viene fuori una specie di area di rischio penale poco acconcia alle categorie dogmatiche e ai principi costituzionali.

L'entrata in vigore del CCII consentirà la salvaguardia omogenea dei creditori concorsuali e la rimozione del doppio statuto di tutela che permea il sistema vigente. La tutela dei diritti dei creditori, provvisti o meno di ipoteca sul bene oggetto della cautela penale, sarà invariabilmente realizzata nelle forme e con le garanzie del contenitore procedimentale degli artt. 52 ss. del "Codice Antimafia": per la prima volta è la legge stessa a stabilire che i diritti di credito dei terzi vanno garantiti e a precisare come farlo; si punta su un criterio generale netto: la misura ablativa penale 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 collaudate del D. Lgs. n.159 del 2011.

2.4 L'art. 104 bis disp. att. c.p.p. e la novella del CCII: aggravati i dubbi e i problemi interpretativi precedenti

Abbiamo visto come 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 confisca del prezzo o profitto del reato, ovvero dell'equivalente, alla confisca

¹¹⁴ L'affidamento in parola è testimoniato da innumerevoli incidenti di esecuzione sollevati dai creditori privilegiati in tutte le sedi giudiziarie della penisola al fine di ottenere, dal giudice penale, l'accertamento della sussistenza dei presupposti di opponibilità europei, 2012.

in casi particolari ai sensi dell'art. 240-bis c.p., alla confisca misura di prevenzione.

All'interno di questo complesso quadro normativo si colloca la riforma fallimentare del 2019 che è di nuovo intervenuta sul testo dell'art. 104-bis, lasciando immutato il suo bacino applicativo, ma operando alcune limitazioni di disciplina.

È bene sottolineare, innanzitutto, che l'art. 373, d.lgs. n. 14 del 2019, nell'intervenire di nuovo sull'art. 104 bis disp. att. c.p.p., appare non del tutto coerente con la finalità espressa nella rubrica di "coordinamento con le norme di attuazione del codice di procedura penale", a fronte del criterio direttivo dell'art. 373, attuato nel titolo VIII del codice della crisi di impresa agli artt. 317-321 c.p.p.

Sembra, piuttosto, che il legislatore abbia colto l'occasione della riforma "fallimentare", per ovviare anche ai dubbi e ai problemi interpretativi creati proprio dalle interpolazioni del 2017 e del 2018 all'art. 104 bis disp. att. c.p.p., con risultati, però, che non sempre soddisfano¹¹⁵.

Tra gli effetti di questo intervento, si segnalano, da una parte, l'esclusione, dall'insieme di norme applicabili, dell'art. 38 del codice antimafia (che assegna importanti funzioni di gestione dei beni sequestrati all'ANSBC); dall'altra, l'impossibilità di applicare la disciplina di cui al capo 3, titolo III, libro 1 del codice antimafia (anch'essa esclusa dal richiamo), concernente la destinazione dei beni sequestrati.

In effetti, la prima delle due limitazioni sembrerebbe corrispondere ad una scelta consapevole del legislatore delegato, il quale, nelle diverse ipotesi di sequestro previste dal co. 1-quater, ha invece espressamente conferito poteri e funzioni all'ANSBC.

¹¹⁵ In questo senso, G. VARRASO, Esecuzione del sequestro preventivo, amministrazione giudiziaria dei beni e tutela dei terzi. Una riforma "senza fine" dell'art. 104 bis disp. att. c.p.p., Diritto penale e processo, speciale Crisi d'Impresa, 10/2019.

In effetti, l'intervento operato dall'art. 373, d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14¹¹⁶ sostituisce, in primo luogo, l'art. 104 bis, comma 1 bis, disp. att. c.p.p., relativo ai sequestri e alle confische per reati "comuni" (si pensi ai reati tributari), ossia per i casi non compresi negli artt. 240 bis c.p. e 51, comma 3-bis, c.p.p., confermando regimi differenziati¹¹⁷.

Il nuovo comma 1 bis stabilisce che *"si applicano le disposizioni di cui al Libro I, titolo III, del codice di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, e successive modificazioni nella parte in cui recano la disciplina della nomina e revoca dell'amministratore, dei compiti, degli obblighi dello stesso e della gestione dei beni"*¹¹⁸.

È chiaro il primo obiettivo della novella.

La disposizione *de qua*, per lo meno per i sequestri e le confische estranei all'ambito di applicabilità dell'art. 240 bis c.p. e dell'art. 51, comma 3 bis c.p.p., non contiene più un rinvio aperto al titolo III del libro I del Codice antimafia.

Con l'intento dichiarato nei lavori preparatori di escludere per i reati "comuni" ogni competenza dell'Agenzia Nazionale¹¹⁹ e di conseguenza i tentativi dottrinali e giurisprudenziali di interpretazioni "estensive" del ruolo dell'Agenzia medesima si richiamano solo le norme in tema di nomina e revoca dell'amministratore giudiziario, obblighi e compiti dello stesso, nonché di gestione dei beni¹²⁰.

¹¹⁶ Cfr. G. VARRASO - B. ROMANELLI, sub art. 104 e 104 bis disp. att. c.p.p., cit., 1349 ss.; A. RUGANI, I rapporti tra misure cautelari reali e procedure concorsuali nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, in Leg. pen., 6 maggio 2019, 6 ss.

¹¹⁷ P. FLORIO - G. BOSCO - L. D'AMORE, Amministratore giudiziario, cit., 716, parlano di 1° binario per i sequestri e le confische di prevenzione; di 2° binario per i sequestri e le confische penali ex art.240bis c.p. e di 3° binario per tutti gli altri sequestri e confische. V. anche G. VARRASO - B. ROMANELLI, sub art. 104 e 104 bis disp. att. c.p.p., cit., 1352 ss.

¹¹⁸ Cfr. L. PARLATO, L'amministrazione giudiziaria ex art. 104-bis disp. att. c.p.p., cit., 183 ss.

¹¹⁹ Relazione illustrativa allo schema di decreto - codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155, in www.giustizia.it.

¹²⁰ G. VARRASO - B. ROMANELLI, sub art. 104 e 104 bis disp. att. c. p.p., cit., 1352. M. BONTEMPELLI - R. PAESE, La tutela dei creditori di fronte al sequestro e alla confisca, cit., 127; L. D'AMORE - P. FLORIO, Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, cit., 2; L. PARLATO, L'amministrazione giudiziaria ex art. 104-bis disp. att. c.p.p., cit., 183; A. RUGANI, I rapporti tra misure cautelari reali e procedure concorsuali, cit., 7.

Il che consente di ribadire come la preoccupazione più significativa della riforma del 2019 è stata di ridurre i compiti dell’Agenzia nazionale dei beni sequestrati e confiscati, in caso contrario destinata ad ancora maggiori difficoltà operative rispetto ad una situazione attuale contraddistinta da penuria di risorse personali, strutturali ed economiche.

Risulta così avallata l’opzione volta ad escludere, in uno con la competenza dell’Agenzia in materia, l’applicazione delle norme in tema di destinazione contenute nel capo III del titolo III del d.lgs. n. 159 del 2011¹²¹. Il rinvio testuale è al capo I (artt. 35- 39) attinente alla nomina e revoca, nonché agli obblighi e ai compiti dell’amministratore giudiziario¹²² e al capo II (artt. 40-44) attinente alla gestione dei beni sequestrati e confiscati.

Alla luce di quanto evidenziato, il legislatore di riforma ha differenziato, sul piano della disciplina, le ipotesi di sequestro di cui all’art. 104-bis co. 1 (per le quali si assiste ad una limitazione delle disposizioni applicabili, con sottrazione, in particolare, di funzioni gestionali all’ANSBC) e, viceversa, quelle previste dal co. 1-quater, per le quali non risulta analoga limitazione.

Se è vero che l’Agenzia è espunta del tutto dalla disciplina di cui al comma 1 bis e ricompare nel solo comma 4 bis¹²³, è innegabile ormai sostenere, creandosi un’aporia sistematica tutt’altro che di poco conto, un distinguo: da un lato, nel caso di sequestri e di confische ai sensi dell’art. 240 bis c.p. e 51, comma 3 bis, c.p.p. la competenza funzionale alla liquidazione dei beni e al pagamento dei creditori **spetta secondo la disciplina di riferimento degli artt. 60 e 61, D.Lgs. n. 151 del 2011 proprio all’Agenzia¹²⁴.**

Dall’altro lato, per tutti gli altri sequestri preventivi ex art. 321, comma 2, c.p.p. e le confische, la competenza alla liquidazione, essendosi escluso l’intervento

¹²¹ M.BONTEMPELLI - R. PAESE, La tutela dei creditori di fronte al sequestro e alla confisca, cit., 127; A. RUGANI, I rapporti tra misure cautelari reali e procedure concorsuali, cit., 8.

¹²² L. PARLATO, L’amministrazione giudiziaria ex art. 104-bis disp. att. c.p.p., cit., 189 ss.

¹²³ A. RUGANI, I rapporti tra misure cautelari reali e procedure concorsuali, cit., 8.

¹²⁴ L. D’AMORE - P. FLORIO, Il codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza, cit., 4.

dell’Agenzia, non può che **spettare al giudice che ha disposto il sequestro**, salvo creare anche in questo caso un’impasse insormontabile¹²⁵.

Nonostante l’opinione contraria del legislatore delegato¹²⁶, in questa disparità di trattamento, recenti commenti¹²⁷ hanno individuato una disciplina irragionevole, poiché si differenziano ipotesi di sequestro, che in realtà – in quanto a funzione – debbono ritenersi omogenee

La scelta, a parere di molti, non risolve ed anzi aggrava le perplessità del tutto condivisibili già espresse prima della riforma, perpetuando un equivoco di fondo e portando a risultati privi di coerenza.

Nel tentativo ispirato a indubbie ragioni pratiche di deflazionare il carico di lavoro dell’Agenzia Nazionale che ha risorse limitate, con una delimitazione dei compiti e degli ambiti di intervento, si continua a non prestare attenzione alla circostanza che, stante la proiezione alla futura destinazione della gestione del bene sequestrato, il Codice Antimafia lega in modo indissolubile i due momenti disciplinati dal capo II e dal capo III, quest’ultimo testualmente escluso da qualsiasi possibilità di applicazione¹²⁸.

Si conferma, da un lato, un rinvio parziale al codice antimafia di dubbia giustificazione sistematica.

Dall’altro lato, si continua ad assumere quale termine di riferimento, per tutti i casi estranei all’art. 240 bis c.p. e 51, comma 3 bis, c.p.p., la scarna disciplina in

¹²⁵ Cfr. in questa direzione già prima della riforma C. FORTE, Il nuovo codice antimafia e la tutela dei terzi, cit., mp. 154. In caso contrario, debbono valere le considerazioni di L. D’AMORE - S. CAVALIERE, sub art. 38, cit., 1413, secondo i quali si ha un corto circuito nel sistema ablativo dei sequestri penali e la disciplina della tutela dei terzi sarà inapplicabile.

¹²⁶ Cfr. la Relazione Illustrativa allo Schema di decreto legislativo recante il codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155 (versione gennaio 2019), che afferma, con tono critico ed alludendo alla necessità di un intervento correttivo, come «con la legge n.161 del 2017 si (sia) estesa l’intera disciplina dell’amministrazione (titolo III del d.lgs. n.159/2011) a questa categoria di sequestri (quelli di cui all’art. 104-bis co. 1 disp. att. c.p.p., n.d.a.), sebbene il richiamo integrale sia incongruo, nella misura in cui il titolo III regola anche le attribuzioni dell’Agenzia dei beni confiscati, estranee a tali sequestri».

¹²⁷ L. D’AMORE, P. FLORIO, Il codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza: l’attuazione della legge delega in materia di sequestri penali ovvero un “*monstrum iuris*”, in Giurisprudenza Penale Web, 2019

¹²⁸ L. D’AMORE - S. CAVALIERE, sub art. 38, cit., 1413 ss.; L. D’AMORE- P. FLORIO, Il codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza, cit., 3-4.

tema di destinazione dei beni contenuta nell'art. 76 disp. att. C.p.p., pensata nel codice di rito del 1989 che nella sua versione originaria prevedeva una applicabilità alquanto limitata del sequestro a fini di confisca¹²⁹.

Per superare l'impasse, davvero paradossale, l'unica possibilità sembrerebbe essere quella di prefigurare una ultrattività "forzosa" della competenza dell'amministratore giudiziario fino all'esecutività della confisca¹³⁰.

O si affida alla stessa Agenzia il compito esclusivo di occuparsi della destinazione dei beni, oppure si continueranno a perpetrare difficoltà operative che finiscono per incidere sulla funzionalità stessa dell'intero sistema.

¹²⁹ G. VARRASO, Il sequestro a fini di confisca: dalle scelte del codice del 1988 al d.lgs. n. 21/2018, cit., 361 ss.

¹³⁰ Cfr. P. FLORIO - G. BOSCO - L. D'AMORE, Amministratore giudiziario, cit., 723

CAPITOLO CINQUE

CRITERI INTERPRETATIVI DEI RAPPORTI TRA MISURE REALI PENALI E DI PREVENZIONE E PROCEDURA CONCORSALE NEL NUOVO CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA: PREVALENZA E INTERFERENZE

Sommario: 1. Premessa. – 2. I rapporti tra liquidazione giudiziale, sequestro preventivo “impeditivo” e sequestro conservativo. – 3. I rapporti tra misure ablatorie e liquidazione giudiziale: i criteri di prevalenza. – 4. Le condizioni della prevalenza dei diritti di credito dei terzi sulle misure cautelari reali. – 5. Interferenze e precedenze: possiamo ancora parlare di bilanciamento degli interessi? – 6. La legittimazione del curatore a impugnare il provvedimento cautelare

1. Premessa

Il nuovo Codice della Crisi e dell’Insolvenza ha posto in luce come uno dei temi cruciali per una sua efficace introduzione nel sistema complessivo delle misure da adottare nei confronti delle imprese in crisi e che abbiano compiuto degli illeciti è costituito principalmente dalla risoluzione del criterio con cui applicare il “**principio di prevalenza**” tra misure di prevenzione, penali cautelari reali e rapporti con le procedure concorsuali.

In ragione dell’impossibilità di immaginare la coesistenza sugli stessi beni delle misure di prevenzione, misure cautelari penali e della sottoposizione alla procedura concorsuale, il tema più delicato della materia, per quanto qui di

interesse, concerne la necessità di individuare una soluzione per risolvere il problema delle **interferenze tra misura di prevenzione e procedura concorsuale**, per stabilire se i beni del fallimento possano essere sottratti al sequestro o meno e se sia possibile, dunque, per i creditori concorsuali poter soddisfare le proprie ragioni sull'attivo.

In sostanza, come ha efficacemente chiosato autorevole dottrina, di fronte alla coesistenza di numerose e variegata forme ablativo dei patrimoni illeciti si crea un vero e proprio traffico delle precedenze tra processo penale, cautelare, di prevenzione¹³¹ e fallimentare per risolvere il quale è stato predisposto un semaforo i cui criteri, però, sembrano cambiare a seconda del 'tipo' di misura e della 'quantità di mafiosità' dell'impresa. A ciò si deve aggiungere il variegato panorama delle confische che compone l'universo penalistico e la differente ratio loro sottesa.

Partendo dalla premessa per la quale il problema dei rapporti tra sequestri penali e procedura di liquidazione giudiziale è destinato a porsi allorché le misure cautelari abbiano ad oggetto i beni indicati dall'art. 142, d.lgs. n. 14/2019, occorre prendere le mosse dall'esordio del Titolo VIII del Codice della Crisi d'Impresa, ovvero dall'affermazione normativa del principio di prevalenza dei sequestri rispetto alla procedura concorsuale.

L'obiettivo di sancire la "prevalenza" delle misure reali penali sul patrimonio del debitore rispetto ai vincoli derivanti dalla liquidazione giudiziale costituiva, come abbiamo visto, uno dei criteri direttivi dettati dalla legge delega (art. 13, comma 1, L. 19 ottobre 2017, n. 155), proprio a causa degli "*esiti pratici non soddisfacenti*" scaturiti sino ad allora dall'esistenza di un panorama normativo lacunoso o poco chiaro.

Con il nuovo Codice della Crisi d'Impresa si vanno a delineare i rapporti tra il nuovo istituto (nuovo rispetto alla vecchia procedura liquidatoria del fallimento) della liquidazione giudiziale con le misure cautelari penali. Non a caso le disposizioni penali si aprono (artt. 317-321) con le norme disciplinanti i rapporti

¹³¹ In argomento, ex professo, nella manualistica, cfr. di recente FEBBO, I codici antimafia, in Corso di diritto penale dell'impresa, a cura di Manna, II, Milano, 2018, 1133 ss., part. 1143 ss.

(anche di prevalenza) tra disposizioni dettate nell'ambito delle procedure concorsuali e quelle che governano l'emissione delle misure cautelari reali contenute nel codice di rito. **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 scavalciamento" prive di una logica, ancor prima di descrivere tutte le fattispecie incriminatrici di cui si dota il nuovo sistema penale-fallimentare.**

Prima di procedere nell'analisi, appare necessario approfondire cosa debba intendersi esattamente per "prevalenza", concetto che postula la concorrenza di due diverse tipologie di vincoli, gravanti sullo stesso bene per distinte finalità.

In altri termini, la questione che il legislatore delegato è stato chiamato ad affrontare è stata quella di individuare delle regole chiare per disciplinare i casi in cui uno stesso cespite venga sottoposto a misura cautelare reale nell'ambito di un procedimento penale e risulti compreso, altresì, all'interno del patrimonio di un soggetto (persona fisica o giuridica) nei cui confronti intervenga, o sia intervenuta in precedenza, dichiarazione di fallimento (in futuro, venga aperta liquidazione giudiziale).

Al riguardo, si avrà modo di illustrare come proprio il legislatore delegato abbia enucleato situazioni (sequestro finalizzato alla confisca del bene) nelle quali le esigenze di salvaguardia degli interessi più propriamente penalistici sono destinate a prevalere, distinguendo al contempo le ipotesi (applicazione di sequestro preventivo "impeditivo" e conservativo) nelle quali le misure adottate in ambito penale sono suscettibili di degradare rispetto alle dinamiche della procedura concorsuale.

Una volta operata questa prima distinzione, comunque, anche per i casi di sequestro finalizzato alla confisca l'enunciazione del criterio della "prevalenza" è stata mitigata dal richiamo di ben precise norme procedurali attraverso le quali garantire le pretese dei terzi. Ci si riferisce alle previsioni contenute all'interno del c.d. Codice Antimafia, originariamente formulate per regolamentare i rapporti

tra misure di prevenzione reali e tutela dei terzi titolari di diritti sui beni sottoposti alle stesse.

Con l'impiego delle chiavi interpretative appena riepilogate vanno lette le nuove disposizioni, rammentando comunque che fino al 15 agosto 2020 sarà ancora onere dell'interpretazione giurisprudenziale tessere le fila di questo complesso sistema di rapporti.

2. I rapporti tra liquidazione giudiziale, sequestro preventivo “impeditivo” e sequestro conservativo

Come già accennato, uno dei meriti che vanno riconosciuti allo sforzo del legislatore delegato è stato quello di sottolineare in prima battuta come ogni discussione sui rapporti (di prevalenza o meno) tra procedura concorsuale e misure cautelari reali non può prescindere da una netta distinzione tra le diverse tipologie di sequestro.

Il comma 1, art. 317, d.lgs. n. 14 del 2019, infatti, delimita l'operatività del criterio della prevalenza, “facendo salvo” quanto previsto negli artt. 318, 319 e 320. Tali disposizioni hanno proprio ad oggetto la disciplina dei rapporti tra procedura di liquidazione giudiziale e sequestro preventivo “impeditivo” (art. 318) nonché sequestro conservativo (art. 319).

Per lo scopo che tali misure reali sono destinate a realizzare, esse si distinguono infatti dal sequestro finalizzato alla confisca, disciplinato dall'art. 321, comma 2, c.p.p.

Come abbiamo già detto, il sequestro preventivo di cui al comma 1, art. 321 c.p.p. viene disposto allorché vi sia la necessità di evitare 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”. Presupposti applicativi della misura, in un'ottica squisitamente cautelare, sono stati tradizionalmente individuati in ambito interpretativo nel *fumus* del reato per cui si procede e nel

*periculum*¹³². Proprio valutando quest'ultimo elemento, secondo la linea di pensiero sposata dal legislatore delegato, va sottolineato come attraverso l'apertura della liquidazione giudiziale (oggi con la dichiarazione di fallimento) il debitore perda quella "libera disponibilità" dei propri beni - ivi compresi quelli qualificabili come "cose pertinenti al reato" suscettibile di aggravare, protrarre o favorire la commissione di illeciti.

Per questa ragione, nel rapporto tra procedura concorsuale e sequestro impeditivo, quest'ultimo è destinato a venir meno: come precisa il nuovo art. 318, d.lgs. n. 14/2019, la misura non può essere disposta dal giudice penale allorché penda una procedura di liquidazione giudiziale. Ai sensi del comma 2 dello stesso art. 318, poi, se la gestione concorsuale riguardasse un bene già in precedenza assoggettato a vincolo penale, quest'ultimo dovrebbe essere revocato dietro richiesta del curatore, con restituzione delle cose in favore della procedura.

La nuova normativa ha quindi comportato un netto superamento dell'impostazione in precedenza seguita dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, la quale aveva operato un'attenta disamina del concetto di "spossessamento" del patrimonio del debitore inseguito all'apertura del fallimento, evidenziando come questo passaggio non provocasse automaticamente il venir meno del sopra menzionato *periculum*. Secondo la Suprema Corte¹³³, in particolare, l'assoggettamento di beni sequestrati a una procedura concorsuale non farebbe cessare automaticamente le esigenze cautelari che avevano giustificato l'applicazione della misura, in quanto lo "spossessamento" dei beni del debitore all'interno della procedura fallimentare non coincide, di per sé, con la perdita della titolarità degli stessi da parte del fallito, sino alla loro vendita. Ne conseguiva che solo il giudice penale avrebbe potuto accertare, caso per caso, la persistenza del presupposto del *periculum*, compiendo una "*valutazione di bilanciamento...del motivo della cautela e delle*

¹³² Tra i numerosi scritti sull'argomento si veda, anche per i precisi richiami bibliografici, F. VERGINE, Il "contrasto" all'illegalità economica, Padova, 2012, 320 ss.

¹³³ V. in particolare Cass., SS.UU., 24 maggio 2004, Fall. in c. Focarelli, cit.

*ragioni attinenti alla tutela dei legittimi interessi dei creditori, anche attraverso la considerazione dello svolgimento in concreto della procedura concorsuale*¹³⁴.

Prospettiva che appare quindi mutata nel nuovo panorama normativo, tendente ad assimilare la privazione di disponibilità dei beni conseguente all'apertura della liquidazione giudiziale alla perdita della proprietà degli stessi¹³⁵, quanto meno ai fini della definizione dei rapporti tra sequestro preventivo di cui all'art. 321, comma 1, c.p.p. e procedura concorsuale.

Nell'ottica di enucleare gli adempimenti procedurali suscettibili di condurre alla revoca del sequestro preventivo, l'art. 318, comma 3, d.lgs. n. 14 del 2019 stabilisce che è onere del curatore comunicare all'autorità giudiziaria che aveva disposto (o richiesto) il sequestro la dichiarazione dello stato di insolvenza e di apertura della liquidazione giudiziale, l'eventuale provvedimento di revoca o chiusura della suddetta liquidazione, nonché l'elenco delle cose non liquidate e già sottoposte a sequestro.

A chiusura del sistema delineato per il sequestro preventivo, l'art. 318, ultimo comma, chiarisce che le precedenti disposizioni non si applicano (con permanenza, dunque, della misura reale penale) nei casi concernenti le cose di cui all'art. 146, d.lgs. n. 14/2019 non suscettibili di liquidazione, per disposizione di legge o per decisione degli organi della procedura concorsuale.

Per quanto concerne **i rapporti tra sequestro conservativo e liquidazione giudiziale**, l'art. 319, comma 1, d.lgs. n. 14/2019 è perentorio nell'affermare che in pendenza della procedura concorsuale tale misura cautelare non può essere disposta. Quando il sequestro conservativo sia stato adottato prima dell'apertura della liquidazione, il curatore deve ritenersi legittimato ad impugnare la misura reale per chiederne la revoca, al fine di ottenere la restituzione in favore della procedura delle cose sequestrate.

¹³⁴ Cfr. Cass., SS.UU., 24 maggio 2004, Fall. in c. Focarelli, cit

¹³⁵ Orientamento che ha un certo seguito anche in giurisprudenza: v. ad esempio Cass., Sez. III, 29 maggio 2018, n. 45574, E. P., in Fall., 2019, I, 21, con nota di F. CERQUA, La dichiarazione di fallimento quale limite al sequestro preventivo

Lo scopo delle previsioni così dettate è quello di evitare l'applicazione o il mantenimento di una misura posta a tutela di determinate categorie di creditori del debitore (danneggiati dal reato e lo Stato per le sanzioni pecuniarie) rispetto agli altri, tenuti a concorrere sul suo patrimonio secondo il principio della *par condicio*¹³⁶.

3. I rapporti tra misure ablatorie e liquidazione giudiziale: i criteri di prevalenza

Il CCII regola i rapporti tra ablazioni penali e liquidazione giudiziale all'art. 317, comma 1, rubricato "*Principio di prevalenza delle misure cautelari e tutela dei terzi*": vale il primato dello strumento penale sulla gestione concorsuale ogni qualvolta un sequestro preordini una confisca. La misura ablatoria spiega effetti sulle utilità del patrimonio della massa, indicato mediante l'onnicomprensivo riferimento all'art. 142 CCII sullo "*spossessamento*".

L'art. 317 recepisce quindi il sistema della prevenzione antimafia, basato sul principio della prevalenza del sequestro (e della confisca) sul fallimento dichiarato successivamente o anteriormente alla misura patrimoniale¹³⁷. Essa prevale nel senso che 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 antimafia¹³⁸.

¹³⁶ Questa conclusione, in realtà, era già stata raggiunta in sede giurisprudenziale, ove si era chiarito come il sequestro conservativo previsto dall'art. 316 c.p.p. - in quanto strumentale e prodromico ad una esecuzione individuale nei confronti del debitore ex delicto - rientrasse, in caso di fallimento dell'obbligato, nell'area di operatività del divieto di cui all'art. 51, R.D. 16 marzo 1942, n. 267, per il quale dal giorno della dichiarazione di fallimento nessuna azione individuale esecutiva può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nel fallimento. V. sul tema Cass., SS.UU., 24 maggio 2004, Fall. in c. Focarelli, cit.

¹³⁷ Per una recente analisi della disciplina in discorso, v. R. PERONI RANCHET, Sub artt. 63-64 d.lgs. n. 159/2011, in Codice delle confische, cit., pp. 1467 ss.

¹³⁸ 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

Pertanto, non sembra azzardato parlare di resistenza, invece che di cedevolezza, dei diritti di credito di fronte al sequestro preventivo finalizzato alla confisca¹³⁹.

Inoltre, i sequestri funzionali alla confisca sono evocati con rinvio testuale, ex art. 317, comma 2, CCII, all'art. 321, comma 2, c.p.p., e vedono la propria attuazione disciplinata dall'art. 104 bis disp. att. c.p.p., anch'esso novellato.

Il d.lgs. n.14 del 2019 segue il solco di interventi normativi recenti: la L.161 del 2017 e il d.lgs. n. 21 del 2018 avevano allargato l'ambito applicativo delle disposizioni in punto di amministrazione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati e di tutela dei terzi ed esecuzione del sequestro previste nel "Codice Antimafia". Come giustamente rilevato¹⁴⁰, *"l'art. 317 assume portata precettiva globale, erigendo le regole di quest'ultimo a paradigma totalizzante"*.

Come abbiamo visto per "la tutela dei terzi", il regime che verrà va visto alla luce dell'art. 104 bis, comma 1, quater disp. att. c.p.p., che, nel nuovo testo, prevede l'applicazione ai sequestri e alle confische delle disposizioni del "Codice antimafia" riguardanti anche "i rapporti con le procedure concorsuali".

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)¹⁴¹:

1) 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);

prevalente su beni giuridici a caratura parzialmente privatistica fondata principalmente sulle ragioni creditorie ai sensi dell'art. 2740 c.c.».

¹³⁹ 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.

¹⁴⁰ S. LEUZZI, I rapporti fra misure ablatorie penali e liquidazione giudiziale nel CCII, in *IFallimento*, fasc. 12/2019

¹⁴¹ 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 DPC, 11 gennaio 2019

2) 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)¹⁴²;

3) 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. 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

¹⁴² 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.

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”).

Come abbiamo visto, 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 obbligatoria¹⁴³, 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. 231/2001¹⁴⁴.

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*

¹⁴³ Cass., Sez. Un., 9 luglio 2004, n. 29951, cit., par. 4.2.a motivazione.

¹⁴⁴ 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).

motivatamente conto della prevalenza delle ragioni sottese alla confisca rispetto a quelle attinenti alla tutela dei legittimi interessi dei creditori nella procedura fallimentare»¹⁴⁵.

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.

È possibile quindi affermare che **l’ambizione della novella è di disegnare un regime unitario delle sovrapposizioni** in cui la disciplina generale di riferimento per i rapporti tra sequestro preventivo a fini di confisca e dichiarazione di liquidazione giudiziale sarà quella contenuta negli artt. 63 ss., D. Lgs. n. 159 del 2011¹⁴⁶.

È evidente l’accantonamento dello schema di coesistenza misura ablatoria-procedura concorsuale: il segno è la inequivocabile preferenza per la disciplina penalistica, a prescindere dalla declinazione dello strumento.

Sotto il profilo procedimentale, senza che rilevi la data di apertura della liquidazione giudiziale, chi intenderà trovare soddisfazione su beni investiti da una confisca quale che sia (o da un sequestro preordinato) dovrà farlo secondo i dettami di sede e di tempo che il “Codice Antimafia” enuclea.

Sotto l’aspetto sostanziale, varranno una serie di regole precise e chiare:

- qualora il sequestro funzionale alla confisca preceda la liquidazione giudiziale, i beni attinti dal vincolo penale saranno esclusi dalla massa attiva concorsuale (art. 63, comma 4);

¹⁴⁵ Questo il principio di diritto enunciato sul tema dalla pronuncia citata.

¹⁴⁶ M. BONTEMPELLI - R. PAESE, La tutela dei creditori di fronte al sequestro e alla confisca, cit., 126-127.

- qualora sia l'apertura della liquidazione a precorrere il sequestro, i beni che ne sono oggetto saranno separati dalla massa attiva liquidabile e consegnati all'amministratore giudiziario (art. 64, comma 1);
- ove il patrimonio della liquidazione racchiuda esclusivamente beni già in precedenza sequestrati ai fini della successiva confisca, il tribunale dell'insolvenza, sentiti curatore e comitato dei creditori, chiuderà la procedura concorsuale (art. 63, comma 6);
- del pari, ove sequestro o confisca intercettino, aperta la liquidazione, l'intera massa di questa, il tribunale dichiarerà chiusa la procedura concorsuale (art. 64, comma 7);
- qualora la misura penale antecedente alla liquidazione venga revocata, il curatore apprenderà i beni che ne sono stati oggetto, subentrando all'amministratore giudiziario nei rapporti processuali, sicché il tribunale riaprirà la procedura concorsuale, ancorché siano trascorsi cinque anni dalla chiusura (art. 63, comma 7);
- allo stesso modo, se la misura penale posteriore alla liquidazione dovesse essere revocata prima della chiusura di quest'ultima, i beni vincolati saranno ex novo inglobati nella massa attiva del concorso e l'amministratore giudiziario li consegnerà al curatore (art. 64, comma 10).

Il primato dello strumento penalistico varrà anche nelle ipotesi in cui il tribunale "fallimentare" dovesse emettere provvedimenti cautelari idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della sentenza che segna l'avvio della liquidazione giudiziale (art. 54 CCII); non è accidentale il riferimento alla "gestione concorsuale" contenuto nell'art. 317 CCII, più dilatato di quello all'apertura della liquidazione.

4. 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”*¹⁴⁷; *“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 1bis n. att. c.p.p. rende più gravoso l'accertamento della

¹⁴⁷ 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.

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. 231/2001¹⁴⁸ .

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»¹⁴⁹. 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*». 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

¹⁴⁸ 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.

¹⁴⁹ Cass., Sez. Un., 17 marzo 2015, n. 11170, cit., par. 6.3 motivazione

attribuiva al giudice fallimentare il compito di tutelare i diritti dei terzi¹⁵⁰, ed aveva individuato nell'incidente di esecuzione «la sede adeguata ove far valere» tali diritti¹⁵¹.

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 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).

5. Interferenze e precedenze: possiamo ancora parlare di bilanciamento degli interessi?

L'analisi della disciplina contenuta nei predetti articoli del CCII rende possibile desumere che il nuovo codice della crisi e dell'insolvenza, chiamato, più che a introdurre disposizioni sostanziali significativamente differenti, per sostanza e descrizione, rispetto a quelle del regime previgente, **sembra piuttosto teso a rinvenire un coordinamento tra misure, sulla linea di quanto stabilito dal codice antimafia.**

Non a caso la parte relativa al sistema delle disposizioni concernenti le previsioni in materia penale, intesa in senso ampio comprendente anche le regole processual-penalistiche tese ad applicare le singole incriminazioni, si apre con le norme relative ai rapporti tra la liquidazione giudiziale (che evidentemente prende

¹⁵⁰ Cass., Sez. Un., 17 marzo 2015, n. 11170, cit., par. 6.3 motivazione

¹⁵¹ Cass., Sez. Un., 17 marzo 2015, n. 11170, cit., par. 7 motivazione

il posto del fallimento al centro delle procedure concorsuali) e le misure cautelari penali (artt. 317-321) prima che vengano dettate le disposizioni penali intese in senso stretto (artt. 322 e ss.).

Giova anche sottolineare che la ricognizione sinora svolta nei capitoli precedenti evidenzia come la vera sede di coordinamento tra la disciplina del codice antimafia e le disposizioni dettate in materia di sequestro in funzione di confisca sia assicurata attraverso un rinvio al testo dell'art. 104-bis disp. att. c.p.p.

Si possono, pertanto, condividere le parole del legislatore di riforma, secondo il quale, l'art. 317 CCII svolgerebbe **una sola funzione ricognitiva della disciplina esistente**¹⁵², poiché «*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*»¹⁵³.

Volendo individuare una casistica per la quale l'art. 317 CCII svolga una funzione autenticamente normativa e non meramente ricognitiva, si dovrà pensare alle fattispecie di sequestro in funzione di confisca, non ricomprese nel bacino applicativo dell'art. 104-bis cit.

In particolare, l'attenzione cadrà sulle ipotesi, per vero residuali, nelle quali la misura ablatoria abbia “colpito” beni diversi da aziende, società o altre cose di cui sia necessario garantire la gestione (escluse, pertanto, dall'ambito applicativo dell'art. 104bis co. 1) e non sia, al contempo, qualificabile come confisca “per sproporzione” ex art. 240-bis c.p. né disposta in relazione ai gravi delitti di cui all'art. 51 co- 3-bis c.p.p. (escluse, quindi, dall'ambito applicativo dell'art. 104-bis co. 1-quater).

Si può quindi affermare che il CCII¹⁵⁴ ha evidenziato la necessità di assicurare il già citato criterio di prevalenza dei sequestri rispetto alla liquidazione giudiziale,

¹⁵² Del resto, è lo stesso legislatore, nella Relazione Illustrativa (versione novembre 2018), cit., 312, a sottolinearlo: «la norma ha un contenuto essenzialmente ricognitivo».

¹⁵³ Cfr. la Relazione Illustrativa (versione novembre 2018), cit., 312.

¹⁵⁴ L. MILANI, sub art. 321, in G. CONSO – G. ILLUMINATI, Commentario breve al codice di procedura penale, II ed., Padova, 2015.

ma ha altresì sottolineato come debbano essere parimenti salvaguardati gli interessi dei creditori nelle procedure concorsuali: d'altronde, lo stesso art. 13, della legge delega n. 155/ 2017, al comma 2, sottolineava espressamente come rispetto alle ragioni dei terzi titolari di diritti sui beni sequestrati vada assicurato il *“principio di prevalenza del regime concorsuale, salvo che ricorrano ragioni di preminente tutela di interessi di carattere penale”*.

Il quadro che si delinea a fronte di questo duplice impiego del concetto di “prevalenza”, apparentemente foriero di fraintendimenti, è interpretato da alcuni autori come **un tentativo di bilanciamento tra i valori in campo**¹⁵⁵.

Al riguardo, bisogna rammentare come proprio il legislatore delegato abbia enucleato situazioni (sequestro finalizzato alla confisca del bene) nelle quali le esigenze di salvaguardia degli interessi più propriamente penalistici sono destinate a prevalere, distinguendo al contempo le ipotesi (applicazione di sequestro preventivo “impeditivo” e conservativo) nelle quali le misure adottate in ambito penale sono suscettibili di degradare rispetto alle dinamiche della procedura concorsuale.

Una volta operata questa prima distinzione, comunque, anche per i casi di sequestro finalizzato alla confisca l'enunciazione del criterio della “prevalenza” è stata mitigata dal richiamo di ben precise norme procedurali attraverso le quali garantire le pretese dei terzi.

6. La legittimazione del curatore a impugnare il provvedimento cautelare

In ambito interpretativo, il tema della legittimazione del curatore fallimentare a proporre riesame, appello o ricorso per cassazione avverso le ordinanze in tema di misure cautelari reali **ha rappresentato il terreno di scontro fra opposte concezioni dei rapporti tra procedure concorsuali e procedimento penale.**

¹⁵⁵ A. RUGANI, I rapporti tra misure cautelari reali e procedure concorsuali nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. 12 gennaio 2019 n. 14), in Leg. pen., 2019, 6 maggio 2019, 5.

In proposito, l'approdo raggiunto dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nel 2004¹⁵⁶ fissava importanti punti di equilibrio, stabilendo una differenza tra sequestri finalizzati all'applicazione di confisca obbligatoria e i casi di confisca facoltativa.

In prima battuta, infatti, con la pronuncia *Focarelli* era stato sancito in termini generali la legittimazione del curatore, previa autorizzazione del giudice delegato per la procedura, a proporre sia istanza di riesame o di revoca della misura, sia ricorso per cassazione ex art. 325 c.p.p.

In proposito, l'approdo raggiunto dalla predetta pronuncia fissava importanti punti di equilibrio, stabilendo una differenza tra sequestri finalizzati all'applicazione di confisca obbligatoria e i casi di confisca facoltativa. Ancorché con riguardo al sequestro finalizzato alla confisca ex art. 240 c.p., si esprimeva il principio per il quale il sequestro prodromico alla confisca obbligatoria “*deve ritenersi assolutamente insensibile alla procedura fallimentare*” in quanto “*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 principale conseguenza di simile impostazione risiede nella preclusione per il curatore fallimentare verso l'impugnazione di provvedimenti concernenti questo genere di sequestro, in quanto non vi sarebbe comunque modo di salvaguardare gli interessi dei creditori, sempre recessivi rispetto a quelli dello Stato in tale materia. Nel caso, invece, di sequestro finalizzato all'applicazione della confisca facoltativa il giudice penale potrebbe essere chiamato ad accertare se vi sia il pericolo che il prolungato possesso da parte del reo delle cose che sono servite a commettere il reato o che ne costituiscono il prodotto o il profitto possa agevolare la commissione di altri illeciti. In queste ipotesi, allorché i beni oggetto di sequestro risultino compresi all'interno del patrimonio fallimentare, il curatore deve ritenersi legittimato ad impugnare il relativo provvedimento applicativo, previa autorizzazione del giudice delegato (del fallimento).

¹⁵⁶ Cass. pen., SS.UU., sent. 9 luglio 2004, n. 29951, cit

Questo orientamento era stato messo in discussione da successive pronunce giurisprudenziali, le quali avevano sottolineato come, in realtà, non tutti i beni assoggettati per previsione normativa a confisca obbligatoria possono considerarsi intrinsecamente pericolosi, arrivando ad estendere il potere del giudice penale (e, come conseguenza, la facoltà del curatore fallimentare di presentare impugnazione cautelare reale) di sindacare la pericolosità delle cose sottoposte a sequestro finalizzato alla confisca¹⁵⁷.

Poco più di dieci anni più tardi, le Sezioni Unite pervenivano alla soluzione opposta, con riguardo ad un sequestro ex art. 53 d.lgs. 231/2001 eseguito anteriormente alla dichiarazione di fallimento¹⁵⁸. La pronuncia è peraltro espressiva di un principio generale, operante anche oltre il micro-sistema della responsabilità da reato degli enti: si esclude l'esistenza di una legittimazione del curatore fallimentare a proporre tali iniziative giudiziali in ambito penale poiché, pur trattandosi di organo della procedura concorsuale operante per salvaguardare interessi pubblicistici, egli non avrebbe comunque la possibilità di avvantaggiare i creditori con la propria impugnazione, in quanto solo a conclusione della procedura fallimentare sarebbe possibile tutelare effettivamente le ragioni dei creditori, previo riconoscimento delle prerogative spettanti allo Stato sugli stessi beni. Del resto, secondo la Suprema Corte, è ben possibile che su uno medesimo *asset* concorrano due vincoli, viste le finalità differenti che gli stessi mirano a garantire.

Il difetto di legittimazione del curatore è comunque desunto dalla ritenuta coincidenza tra legittimazione a impugnare e titolarità di un diritto reale sul bene in sequestro.

In tal senso, si muove dall'affermazione per cui la confisca penale – e il sequestro preventivo ad essa finalizzato – non può investire beni appartenenti a terzi

¹⁵⁷ V. in proposito Cass., Sez. V, 9 ottobre 2013, Fall. in c. Infrastrutture e servizi, in CED, 257553, la quale parla di curatore fallimentare come “terzo in buona fede” legittimato a proporre istanza di revoca avverso il provvedimento applicativo di sequestro finalizzato all'applicazione della confisca per equivalente del profitto del reato ai sensi dell'art. 19, d.lgs. n. 231/200

¹⁵⁸ Cass. Pen. SS.UU., sent. 17 marzo 2015, n. 11170, Uniland S.p.a., cit.

estranei al reato (art. 240, comma 3, c.p.): secondo un assunto tradizionale¹⁵⁹, ad essere salvaguardato è dunque soltanto il diritto di proprietà o altro diritto reale del terzo sul bene, non invece il diritto di credito.

Il curatore – in quanto soggetto gravato da un *munus* pubblico, di carattere prevalentemente gestionale – non vanta però alcun diritto reale sul bene in sequestro, posto che il fallimento priva il fallito dell'amministrazione e della disponibilità dei beni, ma non della proprietà. Né il curatore potrebbe agire in rappresentanza dei creditori, i quali in corso di procedura non sono parimenti titolari di alcun diritto sui beni, e dunque non vantano alcun titolo restitutorio.

In aggiunta, sarebbe contestabile la stessa sussistenza di un suo interesse concreto ed attuale a contestare il provvedimento di sequestro. Quest'ultimo, infatti, non pregiudicherebbe l'integrità della massa fallimentare, in quanto “*lo Stato [...] potrà far valere il suo diritto sui beni sottoposti a vincolo fallimentare, salvaguardando i diritti riconosciuti ai creditori, soltanto a conclusione della procedura*”.

Questo orientamento del massimo organo di nomofilachia, tendente ad escludere la legittimazione del curatore ad impugnare i provvedimenti in tema di misure cautelari reali,

a) da un lato è stato esteso da alcune pronunce a tutte le tipologie di sequestro: *la giurisprudenza di legittimità, maturata specialmente in tema di sequestro finalizzato alla confisca tributaria, ha prevalentemente prestato osservanza al dictum delle Sezioni Unite Uniland nei casi di anteriorità del sequestro rispetto alla dichiarazione di fallimento*¹⁶⁰;

b) dall'altro è stato messo in discussione da recenti decisioni, che sono tornate a porre l'accento sul fondamento dei doveri del curatore in ordine ai beni

¹⁵⁹ Cass. pen., S.U., sent. 8 giugno 1999, n. 9, Bacherotti, in Foro it., 1999, 10, p. 571 ss.; Cass. pen., S.U., sent. 18 maggio 1994, n. 9, Comit Leasing s.p.a. in proc. Longarini, in Cass. pen. 1995, p. 525 ss.

¹⁶⁰ Cass. pen., sez. III, sent. 7 giugno 2017, n. 28090, DeJure; Cass. pen., sez. III, sent. 25 ottobre 2016, n. 44936, in ilfallimentarista.it, 16 novembre 2016

facenti parte del compendio fallimentare: ¹⁶¹ *in caso di posteriorità del sequestro il potere di disposizione e gestione della massa fallimentare in capo al curatore (cfr. artt. 31,42,43 l. fall.) fonderebbe la sua legittimazione ad impugnare, trattandosi di “persona a cui le cose sono state sequestrate” ex art. 322 c.p.p.*

Inoltre, un recente filone giurisprudenziale ha riconosciuto la legittimazione del curatore fallimentare a prescindere dal requisito della posteriorità della cautela reale rispetto alla dichiarazione di fallimento. La disponibilità e i poteri di gestione della massa fallimentare attribuiti al curatore (artt. 31,42,88 l. fall.) varrebbero infatti a qualificarlo come soggetto avente diritto alla restituzione dei beni, ai sensi degli artt. 322, 322-bis e 325 c.p.p.¹⁶².

Infatti, anche qualora il vincolo penale intervenga per primo, la curatela sarebbe comunque legittimata ad impugnare, atteso che, secondo la costante giurisprudenza formatasi in materia, è ammissibile il gravame proposto da chiunque sia in grado di dimostrare che il provvedimento cautelare o ablativo ha prodotto una lesione nella sua sfera giuridica o che, comunque, lo scopo perseguito consiste in un risultato giuridicamente favorevole. Applicando tale principio all'ipotesi di riesame, appello ovvero ricorso proposto dal curatore, è agevole osservare come questi, pur non essendo titolare di un diritto sui beni del fallito, sia sicuramente investito della custodia degli stessi e del loro impiego per le finalità della procedura, «*sicché può vantare un titolo giuridico, peraltro correlato all'esercizio di una funzione pubblicistica, che gli attribuisce un diritto alla restituzione dei beni indebitamente sottoposti a sequestro preventivo*»¹⁶³.

Si è così pervenuti alla recentissima ordinanza **Cassazione penale, 16 aprile 2019, n.22602, sez. III**, che ha deciso di rimettere alle Sezioni Unite la questione

¹⁶¹ Cass. pen., sez. III, sent. 10 ottobre 2018, n. 45574, CED Cass. n. 273951, in motivazione; nonché, obiter, Cass. pen., sez. III, sent. 12 luglio 2016, n. 42469, CED Cass. n. 268015; in dottrina, D. Pagani, La legittimazione del curatore fallimentare ad impugnare il provvedimento di sequestro, in Arch. pen., 2017, 1, p. 1 ss.

¹⁶² Cass. pen., sez. III, sent. 29 aprile 2019, n. 17749, DeJure; Cass. pen., sez. III, sent. 10 ottobre 2018, n. 45578, in *ilsocietario.it*, 25 gennaio 2019, con nota di C. Santoriello, Titolarità del diritto di querela nel delitto di infedeltà patrimoniale; Cass. pen., sez. III, sent. 27 luglio 2017, n. 37439, in Fall., 2018, 2, p. 187 ss. con nota di F. Tetto

¹⁶³ P. DI GERONIMO, La confisca del profitto del reato, tra responsabilità da reato delle società ed esigenze di garantire il soddisfacimento dei creditori nella procedura fallimentare, in Cass. pen., 2015, n. 9., pag. 3048.

«se il curatore fallimentare sia legittimato a chiedere la revoca del sequestro preventivo ai fini di confisca e ad impugnare i provvedimenti in materia cautelare reale, quando il vincolo penale sia stato disposto prima della dichiarazione di fallimento».

L'ordinanza rimette la decisione del ricorso alle Sezioni Unite, auspicando un superamento dei principi Uniland, in linea con le perplessità già emerse sul punto in dottrina¹⁶⁴ in considerazione del fatto che appare ravvisabile tanto la legittimazione quanto l'interesse del curatore ad impugnare i provvedimenti di sequestro a fini di confisca, anche anteriori rispetto al fallimento.

Sotto il primo profilo, si afferma che la legittimazione ad impugnare – contrariamente a quanto presupposto dalla sentenza Uniland – **non postula necessariamente la titolarità di un diritto reale sul bene in sequestro.**

Tanto si ricava da un'analisi delle disposizioni del codice di rito, che legittimano all'impugnazione cautelare non soltanto l'imputato e il suo difensore, ma anche *“la persona alla quale le cose sono state sequestrate e quella che avrebbe diritto alla loro restituzione”*¹⁶⁵ (artt. 322,322-bis, 325 c.p.p.).

Si evocano in tal modo due figure distinte, atteso che non sempre la persona avente diritto alla restituzione coincide con quella cui le cose sono state sequestrate. Né l'una né l'altra, poi, si identificano necessariamente con il proprietario della res, essendo sufficiente qualsiasi altro titolo giuridicamente idoneo a fondare il diritto alla disponibilità di questa. Sulle stesse basi, del resto, la giurisprudenza ha riconosciuto la legittimazione del conduttore dell'immobile sequestrato¹⁶⁶.

¹⁶⁴ cfr. M. BONTEMPELLI, Sequestro preventivo a carico della società fallita, tutela dei creditori di buona fede e prerogative del curatore, in Arch. pen., 2015, 3, p. 1 ss.; A. DELLO RUSSO, Rapporti tra confisca per equivalente e procedura fallimentare, ivi, 2015, 1, p. 1 ss.; P. DI GERONIMO, La confisca del profitto del reato, tra responsabilità da reato delle società ed esigenze di garantire il soddisfacimento dei creditori nella procedura fallimentare: pregi e limiti della soluzione prospettata dalle Sezioni Unite, in Cass. pen., 2015, 9, p. 3031 ss.

¹⁶⁵ L'espressione tra virgolette è tratta da Cass. Pen., Sez. III, sent. 21 giugno 2016 ud. (dep. 25 ottobre 2016), n. 44936

¹⁶⁶ Cass. pen., sez. III, sent. 9 luglio 2010, n. 26196, CED Cass. n. 247693-01

Se così è, il curatore vanta un titolo giuridico alla restituzione della res, che ne fonda la legittimazione in sede cautelare. Tanto discende dai poteri, attribuitigli dalla legge fallimentare, di amministrazione e disponibilità dei beni del fallito, oltre che di recupero dei beni oggetto di disposizione anteriormente all'apertura del fallimento.

Più nello specifico, egli ha l'amministrazione del patrimonio fallimentare (art. 31 l. fall.): il fallito viene infatti privato dell'amministrazione e della disponibilità dei suoi beni (art. 42 l. fall.), presi in consegna dal curatore man mano che ne fa l'inventario (art. 88 l. fall.). Correlativamente, il curatore sta in giudizio in tutte le controversie, anche in corso, relative a rapporti patrimoniali compresi nel fallimento (art. 43 l. fall.). La sussistenza di un titolo restitutorio è ricavabile poi dal potere del curatore di riprendere le cose sottoposte a pegno o privilegio, previo pagamento del creditore e autorizzazione del giudice delegato (art. 53 l. fall.); nonché dall'acquisizione o restituzione al patrimonio del fallimento dei beni alienati in pregiudizio dei creditori anteriormente alla procedura concorsuale (artt. 64 e 70 l. fall.).

La disponibilità giuridica dei beni da parte del curatore, con conseguente diritto alla loro restituzione in caso di cessazione della cautela reale, è poi confermata dalla disciplina dei rapporti tra fallimento e sequestro di prevenzione (artt. 63 e 64D.lgs. 6 settembre 2011, n. 159), fra l'altro applicabile anche ai sequestri penali a fini di confisca allargata e nei procedimenti ex art. 51 comma 3-bis c.p.p. (art. 104-bis, comma 1-quater, disp. att. c.p.p., introdotto dal d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21). In particolare, in caso di dichiarazione di fallimento successiva al sequestro, ove quest'ultimo sia revocato, il curatore procede all'apprensione dei beni (art. 63, comma 7). In caso poi di anteriorità del fallimento rispetto al sequestro, la revoca di quest'ultimo implica la consegna dei beni al curatore ad opera dell'amministratore giudiziario (art. 64, comma 10).

Sotto il secondo profilo, sussiste un **concreto interesse del curatore ad impugnare**, dato **dall'eliminazione di un vincolo reale preclusivo della soddisfazione dei creditori in seguito al riparto dell'attivo**. Come evidenziato in dottrina, infatti, il sequestro impedisce la liquidazione dei beni della massa, o

l'assegnazione ai creditori dei beni non necessitanti di liquidazione, come il denaro¹⁶⁷.

I creditori, del resto, non sono essi stessi legittimati ad impugnare, non vantando in corso di procedura diritti sul bene sequestrato. Il che, ove si negasse la legittimazione del curatore, li priverebbe di una tutela effettiva, in tutti i casi in cui difettino i presupposti per il sequestro a fini di confisca: quest'ultimo potrebbe infatti non essere contestato dall'indagato-imputato, ove non ne abbia interesse a cagione delle enormi passività di cui è gravato¹⁶⁸.

In conclusione, le **Sezioni Unite**¹⁶⁹, pronunciatesi poche settimane orsono, hanno accolto gli auspici della Corte, formulando il seguente principio di diritto: *“Il curatore fallimentare è legittimato a chiedere la revoca del sequestro preventivo ai fini di confisca e ad impugnare il provvedimento in maniera cautelare reale”*.

La Corte Regolatrice richiama proprio gli argomenti sui quali la giurisprudenza di legittimità ha superato la sentenza Uniland. Le Sezioni Unite, infatti fanno capo proprio agli artt. 322, 322-bis e 325 c.p.p., osservando come la *“persona alla quale le cose sono state sequestrate”* e *“quella che avrebbe diritto alla loro restituzione”* siano due soggetti diversi e non coincidenti: se la prima è identificata in base ad una circostanza di fatto, la seconda è titolare di un'autonoma posizione giuridica rispetto al bene, consistente in una situazione (anch'essa) di fatto, ma comunque tutelata dall'ordinamento. Una disponibilità della res rispondente a queste ultime caratteristiche – si osserva in motivazione – *“è senza dubbio esistente in capo al curatore rispetto ai beni del fallimento”*. Infatti, ai sensi dell'art. 42, comma 1 l. fall., la sentenza dichiarativa di fallimento conferisce alla curatela la disponibilità di tutti i beni del fallito esistenti alla data del fallimento stesso e, quindi, anche di quelli già sottoposti a sequestro; ciò è

¹⁶⁷ M. BONTEMPELLI, Sequestro preventivo a carico della società fallita, tutela dei creditori di buona fede e prerogative del curatore, cit., p. 14 ss.; P. DI GERONIMO, La confisca del profitto del reato, tra responsabilità da reato delle società ed esigenze di garantire il soddisfacimento dei creditori nella procedura fallimentare: pregi e limiti della soluzione prospettata dalle Sezioni Unite, cit., p. 3047-3048

¹⁶⁸ P. DI GERONIMO, La confisca del profitto del reato, tra responsabilità da reato delle società ed esigenze di garantire il soddisfacimento dei creditori nella procedura fallimentare: pregi e limiti della soluzione prospettata dalle Sezioni Unite, cit., p. 3049

¹⁶⁹ Cass., SS. UU., dep. 13 novembre 2019, n. 45936

confermato, del resto, dalla giurisprudenza civilistica, che qualifica esplicitamente il curatore come “detentore” dei beni della procedura¹⁷⁰.

Abbiamo ritenuto di dar conto del dibattito dottrinario e dell’evoluzione giurisprudenziale sul tema, pur consapevoli che il nuovo **Codice della Crisi d’Impresa** e dell’insolvenza prevede espressamente - in un quadro di generale rimeditazione dei rapporti tra sequestri e fallimento – **all'art. 320 la legittimazione del curatore fallimentare a proporre riesame, appello e ricorso per cassazione contro i decreti di sequestro e le ordinanze in materia di sequestro**, così statuendo *«contro il decreto di sequestro e le ordinanze in materia di sequestro il curatore può proporre richiesta di riesame e appello nei casi, nei termini e con le modalità previsti dal codice di procedura penale. Nei predetti termini e modalità il curatore è legittimato a proporre ricorso per cassazione»*.

Nondimeno, la disposizione in esame è destinata ad entrare in vigore soltanto dal 15 agosto 2020, per cui non si applica ai giudizi pendenti: da qui l’evidente rilevanza della pronuncia (la terza sulle medesime questioni) delle Sezioni Unite e della precedente evoluzione giurisprudenziale.

¹⁷⁰ cfr. Cass. Civ., Sez. II, sent. 11 agosto 2005, n. 16853

CAPITOLO SEI

PROFILI CRITICI DEI RAPPORTI TRA MISURE REALI PENALI E DI PREVENZIONE E PROCEDURA CONCORSALE

Sommario: 1. La “prova” della buona fede e dell’*incolpevole affidamento* e la pregiudiziale pretermissione dei diritti dei terzi. – 2. L’art. 373 del nuovo CCII e la disparità di trattamento tra i sequestri finalizzati alla confisca. – 3. Prevalenze e precedenza tra misure ablatorie e liquidazione giudiziale: quale il metro di giudizio? - 4. Le ragioni della prevalenza.

1. La “prova” della buona fede e dell’incolpevole affidamento e la pregiudiziale pretermissione dei diritti dei terzi

L’entrata in vigore del CCII ha confermato che la tutela dei diritti dei creditori, provvisti o meno di ipoteca sul bene oggetto della cautela penale, sarà invariabilmente realizzata nelle forme e con le garanzie del contenitore procedimentale degli artt.52 ss. del “Codice antimafia”.

I creditori, però, ricevono tutela ex art. 52 d.lgs. n. 159 del 2011, quand’anche provvisti di garanzie reali, solo qualora esibiscano diritti consacrati in atti di data certa anteriori al sequestro preordinato e provino, ad un tempo, la propria buona fede e l’incolpevole affidamento¹⁷¹.

¹⁷¹ L’art. 52, comma 3, d.lgs. n. 159 del 2011, ai fini dell’accertamento del predetto stato soggettivo, ha il vantaggio di fornire elementi di riferimento utili, quali le condizioni delle parti, i rapporti personali e patrimoniali tra le stesse, il tipo di attività svolta dal creditore, la sussistenza di particolari obblighi di diligenza nella fase pre-contrattuale, nonché, in caso di enti, la dimensione degli stessi.

Abbiamo visto¹⁷², che grazie alle modifiche introdotte con la legge n. 161 del 27 settembre 2017 all'art. 52 del Codice Antimafia, la buona fede del terzo creditore è configurabile solo nel caso in cui risultino, avendo riguardo alla particolare attività svolta dal medesimo:

- a) l'estraneità a qualsiasi collusione o compartecipazione all'attività criminosa;
- b) l'inconsapevolezza credibile rispetto alle attività svolte dal soggetto pericoloso;
- c) un errore scusabile sulla situazione apparente del prevenuto.

La modifica dell'art. 52, d.lgs. n. 159 del 2011 è quindi indirizzata in senso peggiorativo della condizione deficitaria del creditore. Secondo la norma novellata, l'antioriorità del diritto rispetto al sequestro preordinato alla confisca e la non strumentalità del credito all'attività illecita non sono sufficienti, dacché la confisca non pregiudica la situazione soggettiva "**sempre che il creditore dimostri la buona fede e l'incolpevole affidamento**".

La novella del 2017 ha, di fatto, trasformato in cumulativi i presupposti per l'opponibilità del credito verso lo Stato che, ai sensi della previgente formulazione dell'art. 52, lett. b), erano invece previsti come alternativi. Si è anche osservato che la disposizione appare non in linea con gli approdi giurisprudenziali e dottrinali in materia di tutela dei creditori in quanto, richiedendo come condizioni cumulative per l'opponibilità del credito nei confronti dello Stato sia la mancanza di strumentalità del credito all'attività illecita (o a quella che ne costituisce il frutto o il reimpiego), sia la sussistenza della buona fede e dell'affidamento incolpevole, escluderebbe che possa accedere alla tutela il creditore che abbia ignorato in buona fede l'esistente nesso di strumentalità tra il credito e l'attività illecita del debitore.

Ne consegue che la sussistenza del nesso di strumentalità parrebbe oggi escludere di per sé l'opponibilità del credito nei confronti dello Stato, anche qualora il creditore sia stato in buona fede, buona fede del creditore che si profila, in

¹⁷² Vedi dietro, cap. 3, "La difficile regolamentazione della tutela dei terzi", par. 2 "Le varie riforme che si sono susseguite nel tempo."

conclusione, quale preconditione fondamentale per il riconoscimento del suo diritto. Anzi, seguendo l'orientamento giurisprudenziale secondo cui spetta al creditore provare l'insussistenza del nesso di strumentalità, sarebbe sufficiente a elidere l'opponibilità del credito nei confronti dello Stato il mancato convincimento del giudice in ordine alla insussistenza del nesso, che è cosa diversa rispetto al convincimento in ordine alla sua sussistenza. Al fine di delineare l'onere in capo al terzo, la legge precisa che nella valutazione della buona fede il tribunale tiene conto delle condizioni delle parti, dei rapporti personali e patrimoniali tra le stesse, 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.

L'intenzione del Legislatore parrebbe essere quella di evitare il sacrificio dei diritti dei soli terzi incolpevoli ed estranei ai propositi delittuosi o all'agire *contra legem* del titolare del patrimonio, giacché l'effettività delle confische verrebbe vanificata dall'applicazione tout court del criterio cronologico, che svilirebbe in ragione del fattore tempo la funzione statutale connessa all'ablazione¹⁷³. Si può, quindi, affermare che la tutela dei terzi incolpevoli è marcatamente recessiva rispetto all'esigenza espropriativa, il che, se ben s'intende nel contrasto alla mafia (per l'imprescindibilità della sottrazione dei beni al suo circuito), trova ragione fragile per le confische d'altra indole, ove la compressione dei diritti dei terzi rimane asimmetrica e sproporzionata rispetto alle urgenze special-preventive.

Vi è poi da sottolineare che il creditore prelatizio potrà far pesare il proprio rango ed escutere la garanzia entro i margini del citato art.52, contenente una deroga vistosa ai principi civilistici: **il titolare della pretesa dovrà dimostrare la propria buona fede** e non potrà limitarsi, come il diritto delle obbligazioni

¹⁷³Vedi in proposito, in questo elaborato, il precedente cap. 4 "*Misure cautelari reali e procedure concorsuali: il nuovo Codice della Crisi d'Impresa*", par. 4.2.3 "*I limiti della tutela dei terzi rispetto alle misure di prevenzione antimafia.*"

consentirebbe, a fare ostensione del diritto di garanzia, dovendolo colorare con la prova dello stato soggettivo che l'accompagna.

Come abbiamo già visto, la criticità della prova attiene al contenuto dell'onere: occorrerà dimostrare un requisito in più rispetto a quello già sdrucchiolevole della buona fede.

Detto nuovo requisito combacia con l'incolpevole affidamento, di cui è persino ostica una concettualizzazione alternativa rispetto a quella buona fede di cui pare rappresentare un corollario. L'oggetto della prova è, in definitiva, tutt'altro che intelligibile, salvo non si voglia perorare l'assenza della buona fede per il solo fatto della contiguità operativa del creditore al "proposto", quindi al sodalizio criminale: talché, più che una *probatio diabolica*, parrebbe trattarsi di una sorta di presunzione di mala fede, di dubbia compatibilità con il principio del giusto processo ex art. 111 Cost.

Questa specifica problematica relativa all'onere della prova si innesta in quella più generale collegata all'applicazione a tutti i sequestri a fini di confisca delle disposizioni del "Codice Antimafia" in punto di tutela dei terzi e rapporti con le procedure concorsuali che comporterà il superamento degli approdi tradizionali della giurisprudenza che, a fronte di misure ablatorie penali, ha variamente calibrato la coesistenza fra queste e il fallimento.

Affiora, invece, un approccio in cui l'urgenza di soddisfazione delle istanze di matrice penalistica relega sullo sfondo la considerazione delle pretese creditorie.

Va da sé che entro i confini frastagliati degli strumenti ablatori l'unico metodo di affronto delle interferenze rispetto alle procedure concorsuali rimane la graduazione dei valori in gioco inevitabilmente saldata al caso di specie.

L'equilibrio fra interessi dissonanti postula lo scarto di criteri aprioristici e l'imbocco della via - elusa dal CCII - dell'approfondimento volta per volta della natura giuridica della singola espropriazione penale; occorre avere riguardo alla concreta incidenza di essa, nella prospettiva di tener ferme le finalità statuali senza tutelare al ribasso o a forfait le ragioni dei creditori. Quando lo scopo della confisca sta nel privare il reo di utilità economiche di provenienza illecita, esso

non può dirsi pregiudicato dall'apprensione delle stesse alla procedura concorsuale, vieppiù qualora il passivo superi cospicuamente l'attivo e non consti possibilità di retrocessione di alcunché al debitore una volta soddisfatti i creditori insinuati¹⁷⁴. Il curatore nella cui disponibilità affluiscano proventi di un'attività criminosa è un terzo, che non usa i beni illeciti facenti parte dell'attivo, ma svolge un *munus publicum* che comprende la sua amministrazione per soddisfare i creditori, a loro volta portatori di un diritto alla conservazione dei beni appresi alla massa nel proprio interesse, non certo nell'interesse del reo. **La finalità pubblicistica sottesa alle confische non giustifica, pertanto, la pretermissione in via pregiudiziale dei diritti dei terzi di buona fede**, la cui posizione “è da ritenere protetta dal principio dell'affidamento incolpevole, che permea di sé ogni ambito dell'ordinamento giuridico”¹⁷⁵.

La supremazia dell'interesse statale – almeno quando la confisca assume dimensione sanzionatoria - trova giustificazione costituzionale soddisfacente solo in rapporto ai diritti del condannato, non certo con riferimento alle situazioni giuridiche di estranei al reato (se non addirittura al suo quadro indiziario), connotandosi una diversa soluzione come discorde rispetto ad un elementare principio di giustizia distributiva. Inoltre, **il sacrificio del diritto d'impresa e della proprietà privata (pure del credito) non è ammissibile tout court, ma va giustificata sul piano dell'utilità generale e delle esigenze di sicurezza** (art. 41, comma 2, Cost.) **ovvero della funzione sociale** (art. 42, comma 2, Cost.), il che trova un suo razionale convincente **solo a fronte di impellenze di contrasto della criminalità organizzata, non in rapporto a contingenze rispetto alle quali il piano delle garanzie dei creditori dell'impresa è meno suscettibile d'affievolimento**.

Il CCII registra allora un'affermazione preconcepita di misure direttamente ablatorie di beni, che diventano indirettamente espropriative dei crediti e delle garanzie. Non esigui sono i dubbi sotto vari versanti:

¹⁷⁴ C. BEVILACQUA, Revoca della confisca in fase esecutiva su iniziativa del curatore fallimentare, in Arch. pen., 2017.

¹⁷⁵ Corte Cost. 19 gennaio 1997, n. 1, in *Pluris*

- il primo riguarda la conciliabilità della scelta con la giurisprudenza della Corte EDU¹⁷⁶;
- il secondo attiene alla fragilità del congegno scelto rispetto al principio di ragionevolezza, parendo venir meno l'adeguato soppesamento tra interesse dello Stato a sottrarre la disponibilità del bene al "proposto" e interesse del creditore a realizzare il proprio diritto, soppesamento già evocato dalla Corte Costituzionale, che ne aveva valorizzato la centralità in relazione alla pregressa formulazione dell'art. 52 "Codice antimafia", censurando la disciplina in tema di misure preventive patrimoniali sul presupposto della sua ingiustificatezza in una prospettiva di ponderazione degli interessi e stigmatizzando il fatto che "non di bilanciamento si tratta, ma di un sacrificio puro e semplice dell'interesse contrapposto"¹⁷⁷;
- il terzo concerne la probabile violazione del principio di determinatezza declinato in ambito contiguo dalla CEDU, che ha disapprovato l'impiego di strumenti preventivi contrassegnati da un eccesso di discrezionalità per chi li dispone e da un profilo di non prevedibilità per chi li subisce¹⁷⁸.

Un ventaglio di interessi così composito corre anche un pericolo connesso all'organizzazione efficiente della giustizia e di riflesso all'effettività dei diritti, posto che la tenuta del sistema invoca inevitabilmente la costruzione ex novo di una professionalità specifica di magistrato che sappia coniugare, nel contesto dei procedimenti penali, la comprensione delle esigenze di matrice penalistica con la "sensibilità" propria del giudice dell'esecuzione individuale o concorsuale.

Un ultimo rischio è sociologico, culminando nella possibile compromissione dell'operazione culturale collegata al primato delle misure ablatorie e alla riaffermazione della legalità violata, imponendo la soluzione preconfezionata un sacrificio avvertito come arbitrario delle ragioni dei terzi, privati del diritto a

¹⁷⁶ Solo laddove lo scopo perseguito coincida con la prevenzione della criminalità, la misura di prevenzione e il suo statuto procedimentale sono proporzionati, dovendo il legislatore nazionale disporre in materia di un ampio margine di manovra, come riconosciuto anche dalla Corte EDU: v. Corte EDU 5 gennaio 2010, Bongiorno c. Italia; Corte EDU 26 luglio 2011, Pozzi c. Italia.

¹⁷⁷ Corte EDU 17 giugno 2014, Cacucci c. Italia.; Corte cost. 28 maggio 2015, n. 94, in Pluris.

¹⁷⁸ Corte EDU De Tommaso c. Italia, Application no. 43395/09: "*le misure di prevenzione possono essere applicate, ma a patto che la legge fissi in modo chiaro le condizioni, per garantirne la prevedibilità e per limitare un'eccessiva discrezionalità nell'attuazione*".

regolare in par condicio la soddisfazione delle pretese e, comunque, svuotati di parte di esse. L'incognita è nella percezione del tragitto come espediente: il legislatore risolve a vantaggio dello Stato una pluralità di controversie che lo vedono coinvolto. A uscirne è un'immagine alterata dell'ordinamento statale, che invece, tanto più nella materia de qua, deve ergersi a garante dei diritti di tutti.

2. L'art. 373 del nuovo CCII e la disparità di trattamento tra i sequestri finalizzati alla confisca

Rammentiamo che l'art. 373, d.lgs. n. 14 del 2019, è intervenuto di nuovo (dopo le interpolazioni del 2017 e del 2018) sull'art. 104 bis disp. att. c.p.p.: l'art. 373, collocato al Capo VI dedicato alle "*disposizioni di coordinamento della disciplina penale*", reca espresse modifiche agli artt. 104-bis disp. att. c.p.p. e 240-bis c.p.p.

Dalla lettura della relazione illustrativa del CCII emerge come il legislatore, nell'adottare disposizioni di coordinamento, abbia voluto "*stabilire condizioni e criteri di prevalenza non dissimili da quelle dettate dal citato decreto legislativo [codice antimafia], 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*" ... "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.159/2011 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".

Dalla disamina della relazione illustrativa al citato codice della crisi di impresa e dell'insolvenza emergono le seguenti coordinate ermeneutiche:

1. La prevalenza della misura è prevista non già per tutte le forme di sequestro disciplinate dall'art. 321 c.p.p., ma esclusivamente per quelle di cui al comma 2° (c.d. sequestro preventivo facoltativo strumentale alla confisca), restando pertanto escluso il sequestro obbligatorio o impeditivo (art. 321, co. 1 c.p.p.);

2. Laddove trova applicazione la prevalenza (in quanto trattasi di sequestro penale ex 321, co. 2 c.p.p. finalizzato alla confisca), la nuova formulazione dell'art. 104-bis, co. 1-bis disp. att. c.p.p. implica due conseguenze:
 - il rinvio alle norme del titolo III del Testo Unico è limitato giacché si applicano (soltanto) le disposizioni che attengono alla nomina e revoca dell'amministratore, ai compiti e agli obblighi dello stesso nonché alla gestione dei beni mentre **quelle in materia di Agenzia dei beni confiscati sono ritenute "estranee" ai sequestri penali;**
 - ai fini della tutela dei terzi e nei rapporti con la procedura di liquidazione giudiziaria si applicano, inoltre le disposizioni di cui al titolo IV del Libro I del Testo Unico (art. 52 e ss);
3. Ai casi di sequestro e confisca in casi particolari previsti dall'art. 240-bis c.p. o dalle altre disposizioni di legge che a questo articolo rinviano, nonché agli altri casi di sequestro e confisca di beni adottati nei procedimenti relativi ai delitti di cui all'art. 51, co. 3-bis c.p., trovano applicazione tutte le norme del Testo Unico in materia di gestione e amministrazione dei beni sequestrate e confiscati e di esecuzione del sequestro. In tali casi l'Agenzia dei beni confiscati coadiuva l'autorità giudiziaria nell'amministrazione e nella custodia dei beni sequestrati, fino al provvedimento di confisca emesso dalla corte di appello e, successivamente a tale provvedimento, amministra i beni medesimi secondo le modalità previste dal codice antimafia.

Il legislatore della crisi di impresa, pertanto, nel ritenere incongruo l'integrale richiamo che la legge n. 161/2017 effettua(va) al Titolo III del codice antimafia, ha ritenuto dover specificare che **ai sequestri preventive penali ex art. 321, co. 2 c.p.p. si debbano applicare soltanto le norme in materia di nomina e revoca dell'amministratore, di compiti dello stesso e di poteri di gestione, mentre quelle dedicate all'ANBSC debbano essere escluse giacché ritenute "estranee a tali sequestri"**.

Paradossalmente poi, il medesimo legislatore della crisi di impresa applica a dette fattispecie di sequestro la disciplina in materia di tutela dei terzi di cui agli artt. 52 e ss del codice antimafia, addirittura mediante un rinvio testuale volto (si legge nella relazione illustrativa) "a fugare ogni dubbio".

Il rinvio generalizzato, seppure in ipotesi specifiche, in pratica all'intero titolo III del libro I del d.lgs. n. 159 del 2011 nella versione vigente dell'art. 104 bis disp. att. c.p.p. lascia irrisolta una questione di fondo: **quale ruolo attribuire dell'Agenzia Nazionale dei Beni Sequestrati e Confiscati.**

Mentre, infatti, per i soli sequestri e confische ex artt. 240 bis c.p. e 51, comma 3 bis, c.p.p., l'Agenzia è chiamata a svolgere le proprie tipiche funzioni di ausilio all'autorità giudiziaria fino alla confisca di secondo grado, e di amministrazione e destinazione dei beni nella fase successiva, come confermato dall'art. 110, comma 2, lett. c) ed e), d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (che individua le competenze istituzionali dell'Agenzia)¹⁷⁹, **al risultato opposto** e, quindi, all'esclusione di qualsiasi competenza in materia della medesima Agenzia deve pervenirsi in tutti i casi residui¹⁸⁰.

Tale risultato svislisce, peraltro, una lettura attenta e combinata del codice antimafia a cui si rinvia e del dato sistematico¹⁸¹.

Da un lato, non può non evidenziarsi che è frequente il richiamo ad un ruolo attivo dell'Agenzia in molte norme di cui ai capi I e II del codice antimafia (cfr. artt. 35, commi 2 ter e 7; 36, comma 3; 38; 40, commi 1 e 3 ter; 41, commi 1, 1-sexies, 2 ter; 41 bis, commi 6 e 8; 41-ter c. 1 lett. b) ed e), nonché c. 2 lett. a); 41-quater c. 1, 3 e 6; 43, commi 3 e 5 bis; 44). In particolare, è già l'art. 38, comma 1 ad attribuire alla stessa Agenzia un ruolo di ausilio e di supporto all'autorità giudiziaria fino alla confisca di secondo grado. Ed il comma 3 prevede in che *“con il provvedimento di confisca emesso in giudizio di appello l'amministrazione dei beni è conferita all'Agenzia, che ne cura la gestione fino all'emissione del provvedimento di destinazione ...”*. Parimenti, in tema di gestione, l'art. 44, comma 1 dispone, in via generale, che *“l'Agenzia gestisce i beni confiscati anche in via non definitiva dal decreto di confisca della corte di appello [...]”*. In stretta connessione, non può trascurarsi un'altra circostanza indubitabile.

Le disposizioni del Codice antimafia in tema di gestione contenute nel capo II - testualmente richiamate in toto dall'art. 104 bis, comma 1 bis, disp. att. c.p.p. -

¹⁷⁹ Cfr., per tutti A. BASSI, Sequestri preventivi a fini di confisca, cit., 1221.

¹⁸⁰ In questa direzione v. F. MENDITTO, Le misure di prevenzione e la confisca allargata (l. 17 ottobre 2017, n. 161), cit., 128.

¹⁸¹ In questo senso, condivisibilmente, P. FLORIO - G. BOSCO - L. D'AMORE, Amministratore giudiziario, cit., 717.

appaiono necessariamente proiettate verso la futura assegnazione definitiva a fini sociali del bene confiscato, che risulta invece in linea di principio preclusa, in quanto contenuta nell'art. 48 codice antimafia, parte integrante del capo III non richiamato per i soli beni non rientranti nelle confische disposte ai sensi dell'art. 240 bis c.p. e per i reati elencati nell'art. 51, comma 3 bis c.p.p.¹⁸².

Si pensi, del resto, alla possibilità di concedere in comodato i beni immobili agli enti territoriali ex art. 48, comma 3, lett. c) (art. 40, comma 3 ter); all'affidamento dei beni mobili sequestrati ad enti statali o territoriali (art. 40, comma 5 bis); alla possibilità di affittare o concedere in comodato l'azienda agli enti o associazioni ex art. 48, comma 3 lett. c), alle cooperative ex art. 48, comma 8, lett. a), o agli imprenditori ex art. 48, comma 8 ter (art. 41, comma 2 ter). Da un lato, chi valorizza gli evidenziati dati formali e sistematici e la natura aperta del rinvio dell'art. 104 bis, comma 1 bis, disp. att. c.p.p. all'intero titolo III del Codice antimafia propone di applicare a tutti i sequestri preventivi di cui all'art. 321, comma 2, c.p.p. e alle confische la disciplina in tema di amministrazione, gestione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati del codice antimafia¹⁸³.

Dall'altro lato, bisogna, peraltro, prendere atto della tesi più aderente al dato normativo e alla volontà del legislatore¹⁸⁴. Al di fuori dell'ambito della confisca allargata di cui all'art. 240 bis c.p. e dei reati di cui all'art. 51 bis c.p.p., la destinazione dei beni definitivamente confiscati - salvo diversa previsione di leggi speciali - dovrebbe rimanere disciplinata dall'art. 86 disp. att. c.p.p., norma non modificata dai recenti interventi legislativi e la quale prevede la vendita dei beni medesimi a cura della cancelleria del giudice dell'esecuzione. Per i reati "comuni" non si applicherebbe, dunque, l'articolato regime di prioritaria destinazione del bene a fini sociali, con provvedimento dell'Agenzia, mediante acquisizione al patrimonio dello Stato o degli enti territoriali (art. 48), con risultati differenziati che non paiono presentare una reale giustificazione.

¹⁸² In senso contrario, F. MENDITTO, Le misure di prevenzione e la confisca allargata (l. 17 ottobre 2017, n. 161), cit., 129

¹⁸³ In questa direzione, P. FLORIO - G. BOSCO - L. D'AMORE, Amministratore giudiziario, cit., 717-718; nonché, volendo G. VARRASO, Il sequestro a fini di confisca: dalle scelte del codice del 1988 al d.lgs. n. 21/2018, cit., 383 ss.

¹⁸⁴ Cfr. M BONTEMPELLI - R. PAESE, La tutela dei creditori di fronte al sequestro e alla confisca, cit., 126

È noto che tale funzione “simbolica” della destinazione dei beni sequestrati e confiscati si fonda su di una ratio ben precisa¹⁸⁵. *“La restituzione alle collettività territoriali - le quali sopportano il costo più alto dell’emergenza mafiosa - delle risorse economiche acquisite illecitamente dalle organizzazioni criminali rappresenta, infatti, uno strumento fondamentale per contrastarne l’attività, mirando ad indebolire il radicamento sociale di tali organizzazioni ed a favorire un più ampio e diffuso consenso dell’opinione pubblica all’intervento repressivo dello Stato per il ripristino della legalità”*¹⁸⁶.

A giustificare il regime differenziato, non sembra sufficiente affermare l’omogeneità dell’istituto di cui all’art. 240 bis c.p. e dei reati oggetto dell’art. 51, comma 3 bis, c.p.p. con i fenomeni di pericolosità sociale sottesi al D.Lgs. n. 159 del 2011, risultando “coinvolti” condotte e persone legate alla criminalità organizzata.

L’elenco estremamente variegato dei reati compresi nell’art. 240 bis c.p. e soprattutto nell’art. 51, comma 3 bis, c.p.p. nulla ha a che vedere ormai con la sola criminalità organizzata e mafiosa.

Non si comprende, quindi, il perché per tali ultimi reati debba comunque essere garantita la destinazione sociale, esclusa a priori per i reati non rientranti in tale elenco.

C’è chi¹⁸⁷ si è spinto a ritenere che l’art. 373 del nuovo CCII abbia creato un vero e proprio “*monstrum iuris*” destinato, così gli auspici, ad essere superato in conseguenza di un successivo emendamento legislativo successivo.

In effetti con questa legislazione, è stato fatto notare, vengono calpestati i principi basilari sui quali si fonda la legislazione antimafia “dimenticando” che le norme in materia di nomina e revoca dell’amministratore, dei compiti dello stesso e dei poteri di gestione, non possono essere applicate disgiuntamente alle disposizioni in materia di Agenzia giacché detto ente, nella logica del codice antimafia, prosegue senza soluzione di continuità nella gestione a decorrere dalla confisca

¹⁸⁵ Tra i tanti, F. Brizzi, L’amministrazione, la gestione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati - Note introduttive, in G. SPANGHER - A. MARANDOLA (a cura di), Commentario breve al codice antimafia e alle altre procedure di prevenzione, cit., 184.

¹⁸⁶ Così Corte Cost. n. 335 del 1996.

¹⁸⁷ L. D’AMORE – P. FLORIO, Il codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza: l’attuazione della legge delega in materia di sequestri penali ovvero un “*monstrum iuris*”, in Giurisprudenza Penale Web, 2019, 1

di secondo grado (eventualmente facendosi supportare da un coadiutore) e alla stessa Agenzia si applicano molte delle norme in materia di gestione.

Ma vi è di più: il legislatore della crisi di impresa dimentica che a seguito della legge n. 161/2017, l'Agenzia assume un ruolo centrale anche nella disciplina di cui al Titolo IV, essendo chiamata, tra l'altro, a procedere alla liquidazione dei beni definitivamente confiscati onde soddisfare le ragioni creditorie accertate secondo i canoni degli artt. 52 e seguenti del Testo Unico nell'ambito del sub-procedimento di verifica all'uopo avviato dopo la confisca di primo grado.

In altri termini il legislatore della crisi di impresa pur ritenendo estranee ai sequestri penali in argomento le norme dedicate all'ANBSC, richiama la disciplina del Titolo IV ove l'Agenzia, invero, assolve il ruolo centrale di ente di chiusura del procedimento, essendo deputata a liquidare (vendere) i beni onde soddisfare i creditori in buona fede.

Oltre a ciò, la disciplina della crisi di impresa, per come congegnata in *subiecta materia*, ripropone l'annosa problematica della disciplina del c.d. terzo binario: escludendo espressamente l'applicazione delle norme in materia di ANBSC ai sequestri penali di che trattasi, il rischio è di arrivare alla confisca dei cespiti in assenza di un soggetto istituzionalmente deputato alla gestione post confisca e destinazione dei beni (nonché, come già detto, alla liquidazione dei beni per soddisfare i terzi creditori in buona fede).

In definitiva, a seguito della pubblicazione del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, i rapporti tra misure ablative e sistema della crisi di impresa vengono così disciplinati:

1. viene prevista la prevalenza del sequestro penale preventivo ex 321, co. 2 c.p.p. sul fallimento;
2. la disciplina in materia di diritti dei terzi (art. 52 ss del codice antimafia) e "parte" della disciplina in materia di gestione dei beni (artt. 35-51 del codice antimafia) viene estesa al sequestro penale preventivo ex 321, co. 2 c.p.p.;
3. per il sequestro penale preventivo ex 321, co. 2 c.p.p., viene esclusa l'applicazione della disciplina in materia di Agenzia dei beni confiscati.

Quest'ultima previsione (che crea di fatto una “**Agenzia ad intermittenza**”) determina un **cortocircuito nel sistema ablativo dei sequestri penali**¹⁸⁸ giacché:

1. a seguito della confisca di secondo grado non ci sarà più un soggetto competente per legge a gestire (l'amministratore giudiziario cessa ma non c'è alcuna Agenzia che subentra);
2. dopo la confisca definitiva non ci sarà un ente istituzionalmente deputato alla destinazione dei beni (i quali anche nel sequestro preventivo penale vengono confiscati e dovrebbero, a rigore, essere destinati al pari di quelli confiscati nella prevenzione o nelle confische ex art. 240-bis c.p.);
3. la disciplina della tutela dei terzi sarà inapplicabile atteso che, dopo la verifica dei crediti, non ci sarà l'ente deputato istituzionalmente a liquidare e soddisfare i creditori in buona fede (appunto l'ANBSC).
4. si crea un **sistema disarticolato di sequestri e confische** di “serie A” (quelli di prevenzione o penali ex art. 240-bis c.p. ai quali si applica tutta la disciplina in materia di gestione e destinazione dei beni dettata dal codice antimafia) e di “serie B” (i sequestri preventivi penali ex art. 321, co. 2 c.p.p.) ai quali si applica solo la disciplina in materia di gestione e tutela dei terzi (peraltro monca per l'assenza dell'ANBSC) e non anche in materia di destinazione dei beni. Ci si trova quindi al cospetto di una **evidente disparità di trattamento** censurabile davanti alla Consulta giacché **di fronte alla medesima ratio** (richiamata anche dal legislatore del codice della crisi di impresa) essendo tutte le misure ablative finalizzate alla confisca del bene, ci si troverebbe di fronte ad una **disciplina ingiustificatamente differenziata**.

Una conferma di tale situazione si è avuta di recente con la sentenza della Cassazione Penale n. 40394/2019, depositata il 2 ottobre 2019, la quale ha annullato senza rinvio una sentenza della Corte di Appello di Milano relativa a beni (complessi aziendali e immobili) confiscati per effetto di una sentenza di condanna passata in giudicato, per i reati di omessa dichiarazione e distruzione o occultamento di documenti contabili (artt. 5 e 10 D.lgs. n. 74/00).

La Corte territoriale ha individuato l'ANBSC quale soggetto competente a provvedere in ordine alla gestione e liquidazione dei beni oggetto di confisca definitiva anche per i reati tributari. La predetta Agenzia ha invece negato la

¹⁸⁸ In tal senso L. D'AMORE – P. FLORIO, Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: l'attuazione della legge delega in materia di sequestri penali ovvero un “monstrum iuris”, cit.

propria competenza, e quindi ha deciso di portare il caso dinanzi alla Corte di Cassazione, la quale, in effetti, ha riscontrato, nell'ordinanza impugnata, un palese errore d'interpretazione della normativa di riferimento.

In particolare, gli Ermellini hanno affermato che il richiamo al Codice antimafia (d.lgs. n. 159 del 2011) da parte dell'art. 104-bis, disp. att. c.p.p., deve intendersi limitato solo alle procedure e non alla competenza dell'Agenzia.

I Massimi giudici ritengono che questa interpretazione trovi conferma, contrariamente a quanto sostenuto dalla Corte territoriale, nella nuova disposizione del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. n. 14 del 2019), in vigore dal 15 agosto 2020, “in quanto la norma conferma l'interpretazione contraria a quella sostenuta nel provvedimento impugnato, ovvero si chiarisce che le norme del Codice Antimafia sono richiamate solo per i compiti, la nomina e la revoca dell'amministratore giudiziario e non anche per la competenza dell'Agenzia.” Perciò va escluso che l'ANBSC abbia competenza generalizzata in ambito di beni oggetto di confisca definitiva; e del resto un'estensione delle sue competenze sarebbe “irrazionale”, senza prima un intervento volto ad aumentare i mezzi e il personale.

I Massimi giudici, quindi, nell'annullare l'ordinanza impugnata, hanno affermato il seguente principio di diritto: «Il rinvio al d.lgs. 159/2011, dell'art. 104 bis, comma 1 bis, secondo periodo, disp. att. cod. proc. pen., risulta solo per la procedura e non già per la competenza, dell'Agenzia Nazionale per l'Amministrazione dei beni confiscati alla Criminalità organizzata, che resta regolata dall'art. 110, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011».

3. Prevalenze e precedenze tra misure ablatorie e liquidazione giudiziale: quale il metro di giudizio?

Abbiamo parlato dell'evoluzione, anche giurisprudenziale, e dell'approdo cui si è pervenuti con l'emanazione del Nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza in tema di rapporti tra le misure ablatorie (sequestri e confische) e liquidazione giudiziale illustrando prevalenze e precedenze ora dell'uno ora dell'altro.

Il sequestro e la confisca si sono rivelate lo strumento più incisivo di contrasto all'economia mafiosa: il ricorso alla misura preventiva è estremamente utile in quanto risponde ad evidenti ragioni di celerità: prima ancora che il procedimento approdi ad una sentenza penale irrevocabile in grado di stabilizzare gli effetti della misura ablatoria¹⁸⁹, la confisca di prevenzione comporta la devoluzione allo Stato di beni appartenenti al prevenuto.

Ma di fianco alle misure ablatorie già analizzate, il Codice Antimafia, soprattutto dopo la novella del 2017 – nel confermare che il criterio seguito nell'applicazione delle misure preventive debba essere quello della gradualità dell'intervento statale nel tessuto economico-sociale - ha ampliato il novero di misure a disposizione dell'autorità giudiziaria, confezionando un armamentario variegato di strumenti patrimoniali, capaci di intercettare le condotte illecite in ogni loro forma, dalla più invasiva alla più tenue. Sul punto, è opportuno rammentare il ruolo centrale affidato al nuovo controllo giudiziario di cui all'art. 34-bis. Tale disposizione sembra assurgere al rango di «*norma di chiusura del sistema degli interventi preventivi*», e ciò non solo sotto un aspetto sistematico, ma anche dalla funzione a cui risulta preordinata.

Abbiamo già parlato del “traffico di precedenze” tra misure di prevenzione, misure cautelari penali e procedure concorsuali e lo abbiamo fatto analizzando il dato normativo, l'evoluzione giurisprudenziale e gli approfondimenti dottrinari.

Pare, ora, utile approfondire la tematica con riferimento al **profilo dell'interesse sotteso**. Si tratta di indagare se la preferenza dipenda dal prevalere di interessi pubblicistici su quelli privatistici, quali la tutela della par condicio creditorum, come sostenuto in un recente passato dalla giurisprudenza, o dal fatto che la priorità vada rintracciata nel contrasto all'attività imprenditoriale caratterizzata dall'utilizzo del metodo mafioso o dagli effetti sulle imprese dell'infiltrazione mafiosa.

Una condivisione su quali siano in effetti gli interessi contrapposti in campo potrà contribuire alla soluzione univoca delle diverse fattispecie che potranno presentarsi all'interprete o allo studioso.

¹⁸⁹ S. ROMANÒ, Gli strumenti di contrasto all'economia mafiosa, in Rivista di studi e di ricerche sulla criminalità organizzata, 2 aprile 2016, 160.

Per affrontare il tema, pare utile partire da una breve analisi del fenomeno dell'impresa mafiosa.

3.1 L'impresa mafiosa

È un dato oramai acquisito dell'esperienza comune che il mafioso moderno non sfoggia più il vestito del "picciotto", ma indossa piuttosto gli abiti azzimati dell'imprenditore e, al posto della lupara, armeggia denaro che ricicla in imprese apparentemente lecite. È il senso dei tempi, dove appare sempre più evidente la capacità camaleontica della criminalità organizzata di insinuarsi nei varchi lasciati aperti dal tessuto socio-economico per orientare il corso dei flussi economici e finanziari dell'economia asseritamente "pulita" verso circuiti criminali complessi e mimetizzati. In cui la connessione teleologica che avvince le singole vicende criminose consente di far sparire le tracce, anche le più impercettibili, dell'illecito compiuto. Una sofisticazione del fenomeno criminale gestito da autentiche organizzazioni complesse di per sé illecite, che perseguono scopi altrettanto illeciti (i delitti scopo che costituiscono anche vasti programmi criminosi) che si fa molta fatica a ricostruire.

È di palmare evidenza come i gruppi mafiosi abbiano assunto carattere economico-patrimoniale, rivelando i connotati di vere e proprie multinazionali del crimine, di organizzazioni strutturate e ramificate sull'intero territorio nazionale, capaci di operare nel mercato legale insieme alle realtà imprenditoriali sane, nelle quali sono andati gradualmente a mimetizzarsi.

Sicché il legislatore, come un moderno segugio – se è consentita la metafora – fiuta e va alla ricerca del profitto predisponendo misure di contrasto che possano far conseguire il *freezing* dell'indebito arricchimento, interrompendo il flusso illecito dei capitali frutto di reati, colpendo in prima battuta principalmente gli enti coinvolti direttamente o compiacenti, e lasciando al diritto criminale tradizionale il compito di prevenire e reprimere i comportamenti dei singoli protagonisti delle vicende criminose.

Quest'ultima frontiera, spesso intempestiva e ritardata dalle lungaggini della gestione della giustizia penale, di rado riesce a portare a compimento il percorso intero dell'accertamento della responsabilità e della conseguente esecuzione della pena e, quindi, anticipa essa stessa i propri più tipici effetti afflittivi in sede

cautelare. L'effetto di anticipazione che si ottiene con l'applicazione delle misure di prevenzione antimafia.

Non può stupire, dunque, che la capacità di sconfinamento della misura consequenziale "a tenaglia" sequestro-confisca venga, oggi, vista non solo dal legislatore nazionale, ma in una dimensione europea come il mezzo più efficace di contrasto che possa "prevalere" su qualsiasi altra possibile alternativa che il sistema nel suo complesso possa predisporre.

L'obiettivo pare chiaramente visibile: è quello di inseguire il profitto, intercettarlo, "congelarlo" con la misura cautelare del sequestro ed infine acquisirlo in via definitiva con la misura ablatoria della confisca. Pertanto, questa moderna fisionomia della giustizia penale (o più genericamente amministrativo-sanzionatoria), anche molto preventiva, che va alla "caccia del profitto", sembra paradossalmente disinteressarsi pure delle vicende personali della punibilità degli autori (persone fisiche) del reato, ma anche delle stesse vittime, visti i trend giurisprudenziali che poco o nulla concedono alle ragioni ed ai diritti dei terzi in buona fede, i quali subiscono in concreto le conseguenze di queste misure di acquisizione forzata del profitto illecito senza distinzione di sorta tra le pur varie posizioni.

Come noto, peraltro, allorché si parla di criminalità d'impresa, occorre distinguere tra quella caratterizzata dal perseguimento del medesimo fine di massimizzazione del profitto tramite lo svolgimento di attività imprenditoriali tipiche apparentemente o parzialmente lecite – che svolgono lecitamente l'attività economica - e l'impresa *stricto sensu* criminale che, viceversa, si contraddistingue per il ricorso al crimine come strumento ordinario di svolgimento della propria attività economica. Altrimenti detto, le organizzazioni (o imprese) criminali "professionali". Come contraltare del "delinquente professionale" (qualificato).

Da questo punto vista, di decisivo rilievo è il riferimento al concetto di «occasionalità», contenuto in una disposizione-chiave dell'intero architrave su cui si poggia tutto il sistema dei meccanismi di contrasto della criminalità organizzata del profitto: l'art. 34-bis del d.lgs. n. 159/2011. Su questo crinale si consuma tutta la questione del trattamento riservato all'impresa criminale, che richiama in sé la necessità di poter far ricorso alle misure di prevenzione che fanno prendere all'intero sistema preventivo-repressivo una strada a sé stante,

rispetto agli altri comparti economici che, pur se si possono saltuariamente considerare contigui al fenomeno mafioso, non ne fanno parte "a pieno titolo" e quindi rimangono estranei allo speciale statuto previsto per i primi.

Rebus sic stantibus, dall'urgenza della suesposta distinzione consegue la necessità di discernere anche le diverse modalità d'infiltrazione criminale nell'economia lecita e nell'imprenditoria, allo scopo di evitare il potenziale rischio di confondere le due nozioni di impresa criminale e di impresa lecita «occasionalmente delinquente»³.

Come abbiamo visto, l'impresa criminale c.d. *stricto sensu*, è quella in cui, lo svolgimento di attività imprenditoriali lecite rappresenta, in realtà, una schermatura rispetto alla commissione continuativa e sistematica di reati di varia natura. Sono quelle imprese che nascono *ab origine* come frutto di proventi illeciti, ancorché eventualmente esercitino attività formalmente lecite; ovvero di imprese strumentali al riciclaggio e al reimpiego di capitali; ovvero ancora di imprese che, pur inizialmente operanti in modo legale, sono state successivamente risucchiate da una compenetrazione di interessi con i gruppi mafiosi tale da rendere il loro fatturato o il loro patrimonio in tutto o in parte frutto o reimpiego di attività illecite. In quanto caratterizzate da una genesi criminale o comunque da una sopravvenuta commistione con interessi mafiosi, la dottrina¹⁹⁰ parla di **imprese mafiose o colluse**.

Questa tipologia d'impresa, la più pericolosa d'altronde, sopravvive nel contesto economico lecito in virtù di un (*sui generis*) circuito criminale 'chiuso' che continua a perseguire il proprio fine di massimizzazione del profitto tramite il ricorso ad un meccanismo "triangolare" che, combinando tra loro delitti di natura diversa, riesce a raggiungere perfettamente il risultato ultimo dell'inabissamento del profitto stesso operando in tal modo una vera e propria commistione tra economia lecita ed illecita. Sistema triangolare che inizia con l'accantonamento di fondi illeciti (fondi neri) occultati da reati di falso in bilancio, ulteriormente corroborato da indebiti risparmi d'imposta sul versante penale tributario, che orientano il denaro verso le più disparate forme di corruzione che, alterando, a loro volta, il regolare svolgimento di gare e appalti pubblici fa conseguire un profitto illegale che viene fatto scomparire mediante condotte di autoriciclaggio

¹⁹⁰ In tal senso C. VISCONTI, Strategie di contrasto dell'inquinamento criminale dell'economia: il nodo dei rapporti tra mafie e imprese, in Riv. it. dir. proc. pen., 2, 2014, 705 e ss.

(al giorno d'oggi più probabili, se iscritte in una complessiva attività di organizzazioni complesse specializzate) o riciclaggio.

3.2 Il contesto normativo

In tale contesto, è emerso il valore strategico di un intervento statale incentrato sulla sfera patrimoniale, finalizzato cioè ad aggredire in maniera puntuale e, ove possibile, definitiva le ricchezze accumulate dai gruppi criminali. Oltre agli strumenti “tradizionali”, di consolidata acquisizione, quali il sequestro e la confisca, nella loro forma penale e preventiva, le tendenze normative più recenti hanno potenziato quelle misure di tipo alternativo al paradigma confiscatorio, enfatizzandone un'attitudine di pari grado nel neutralizzare i condizionamenti criminali sulle realtà economiche¹⁹¹.

Il legislatore antimafia, intervenendo in maniera incisiva con la legge del 17/10/2017 n. 161, ha modificato l'impianto codicistico antimafia preesistente, introducendo nuovi strumenti non ablativi e ammodernando quelli già presenti, con il precipuo fine di arginare in maniera risolutiva l'insediamento del fenomeno criminale di stampo mafioso nel tessuto economico e sociale. In particolare, tra le novità approntate dalla l. n. 161/2017 si evidenziano le modifiche all'istituto dell'amministrazione giudiziaria, di cui **all'art. 34** del d.lgs. 159/2011, e l'introduzione ex novo del controllo giudiziario delle imprese a rischio di infiltrazione mafiosa **all'art. 34-bis** dello stesso codice, collocati, non a caso, nella sezione del codice antimafia che disciplina le misure di prevenzione diverse dalla confisca.

Si tratta di misure con le quali si autorizza un'ingerenza da parte dello Stato all'interno delle aziende che fiancheggiino o siano a rischio contaminazione con le organizzazioni mafiose, senza disporre, però, una totale estromissione dei soggetti titolari dalla gestione delle attività economiche. Si garantisce, così, un duplice risultato: da un lato, quello di salvare le realtà imprenditoriali che rivelino un'insufficiente attitudine nel difendersi dai tentativi di commistione criminale e,

¹⁹¹ In tal senso L. PERONACI, Dalla confisca al controllo giudiziario delle aziende: il nuovo volto delle politiche antimafia. I primi provvedimenti applicativi dell'art. 34 bis D.lgs. 159/2011, in www.giurisprudenzapenale.it, che sottolinea come il ricorso alle misure patrimoniali ablatorie ha assestato un duro colpo alle consorterie criminali, e ciò sulla base del dato incontrovertibile secondo il quale sottrarre ai gruppi mafiosi i propri patrimoni vuol dire prima di tutto privarli di potere e capacità di condizionamento dei territori.

dall'altro, quello di fornire un apporto concreto nel ripristino della legalità, garantendo altresì all'impresa la continuità aziendale. Il minimo comune denominatore di tali strumenti è rappresentato dalla condotta indirizzata ad agevolare gli interessi mafiosi. Tale concetto è stato diversamente declinato nell'uno e nell'altro caso. Secondo quanto dispone la norma che disciplina l'amministrazione giudiziaria, al fine di evitare una sua eccessiva operatività, il requisito dell'agevolazione è stato fortemente circoscritto grazie ad un'interpretazione rigorosa, secondo la quale per condotta agevolatrice debba intendersi quell'attitudine comportamentale atta a rivelare un'«obiettiva commistione di interessi tra le attività delittuose dell'agevolato e l'attività dell'impresa agevolante»¹⁹². Nel controllo giudiziario, la condotta di agevolazione presenta contorni meno stringenti, in quanto l'art. 34-bis la correla **all'elemento dell'occasionalità.**

Il contributo illecito, dunque, **sarà sanzionabile alla luce della nuova disposizione qualora si mostri soltanto episodico, differenziandosi, in questo modo, da quello stabile e continuativo richiesto dall'art. 34.**

L'art. 34 del Codice Antimafia ha definitivamente contribuito a ridisegnare i confini della misura preventiva, accentrando le novità su due poli tematici. In primo luogo, si è scelto di formulare in modo preciso i presupposti applicativi dell'istituto; in secondo luogo, con la riforma del 2017 il legislatore ha chiarito i rapporti non solo con l'istituto della confisca – come già tratteggiati nella previgente formulazione – ma, soprattutto, con il recentissimo controllo giudiziario di cui all'art. 34-bis.

In merito al primo aspetto, la disciplina dell'art. 34 delinea una misura patrimoniale di carattere preventivo che consente all'autorità giudiziaria di intervenire sulle imprese e, più in generale, nell'ambito di qualsiasi attività economica, che rivelino situazioni di infiltrazione e di contiguità con le consorterie mafiose tali da danneggiare il regolare e libero esercizio dei ruoli imprenditoriali. Dunque, aziende che mostrino una spiccata attitudine nel

¹⁹²M. BIFFA, Confische, commissariamenti, interdittive, provvedimenti di straordinaria amministrazione e gestione: l'impresa è oggetto di misure dai non chiari confini, in La responsabilità amministrativa delle società e degli enti, 2016, 1, 228, il quale precisa che si è così escluso sia un coinvolgimento diretto dell'impresa agevolante, sia una sua soggezione, scevra da colpe, nei confronti del soggetto beneficiario dell'agevolazione.

fiancheggiamento di contesti delinquenti, senza essere (ancora) qualificabili come “imprese mafiose”.

La disciplina dell'art. 34 determina la sospensione temporanea dell'amministrazione dei beni (attraverso lo spossessamento gestorio dell'azienda o di una parte di essa) disposta dal Tribunale della prevenzione quando ricorrono sufficienti elementi di fatto per ritenere che l'esercizio di determinate attività economiche o imprenditoriali oggettivamente agevoli l'attività delle organizzazioni mafiose. Non v'è dunque una finalità preventivo-repressiva volta a colpire il vantaggio economico conseguito dall'impresa contigua alla mafia, quanto piuttosto ci si trova in presenza di un intervento spiccatamente preventivo finalizzato a controllare giudiziariamente attività economico-imprenditoriali di per sé sane ma condizionate dal crimine organizzato, con l'obiettivo di sottrarle all'infiltrazione inquinante.

La misura di prevenzione patrimoniale di cui all'art. 34-bis ha ad oggetto il controllo giudiziario delle aziende ed è destinata a trovare applicazione in luogo della misura dell'amministrazione giudiziaria di cui al precedente art. 34, qualora il presupposto cardine dello strumento preventivo, vale a dire l'agevolazione degli interessi mafiosi, risulti di tipo “occasionale” e emergano indizi rivelatori di pericoli concreti di infiltrazione criminale “non stabile”

il legislatore del 2017 ha indicato il presupposto centrale di carattere oggettivo della misura patrimoniale di cui si discorre, vale a dire l'agevolazione occasionale. L'indirizzo di politica criminale seguito dal legislatore, improntato a un carattere più incisivo rispetto al passato, impone, cioè, di intervenire nelle situazioni di infiltrazione che si collocano in uno stadio anteriore rispetto a quelle idonee ad integrare i presupposti applicativi dell'amministrazione giudiziaria, del sequestro di cui all'art. 20 o della confisca ex art. 24, ancora prima, dunque, che si manifestino quelle avvisaglie di condizionamenti criminali che pregiudichino la sostanziale integrità e salvezza dell'azienda.

Prescindendo dagli elementi probanti di un contagio capillare, l'interprete può così “accontentarsi” anche solo di uno stadio embrionale di inquinamento. Il requisito dell'appoggio occasionale da parte delle cosche mafiose è affiancato da un'ulteriore condizione. La norma richiede la sussistenza di circostanze di fatto da cui desumere l'esistenza di un pericolo concreto di contaminazione criminale, idonea a condizionare l'attività economica.

Si richiede, inoltre, che il rischio per l'attività economica di subire condizionamenti sia reale, tangibile, e non soltanto un fumus astratto. In questo modo, seppur in presenza di un'anticipazione della rilevanza penale delle condotte stigmatizzabili, si è scelto di ancorare l'intervento statale a dati fattuali, ponendo le basi per un'applicazione diffusa dell'istituto.

3.3 Confisca, amministrazione giudiziaria e controllo giudiziario

L'analisi relativa al grado d'intensità dell'inquinamento mafioso permette di collegarsi al tema attinente ai rapporti con le altre misure ablativo e non ablativo contenute nel codice antimafia, tra tutte, la confisca e il controllo giudiziario delle aziende.

A ben vedere, nonostante l'autonomia assunta dall'amministrazione giudiziaria, si tratta pur sempre di un istituto a carattere temporaneo¹⁹³. Infatti, il comma 6 statuisce una condizione alternativa: precisa, cioè, che una volta spirato il termine di efficacia - qualora non si sia proceduto al rinnovo - si possa procedere o alla sua revoca, con contestuale applicazione della nuova misura del controllo giudiziario di cui all'art. 34-bis, oppure alla confisca di quei beni che «*si ha motivo di ritenere che siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego*». L'opzione è, così, duplice: **procedere con la misura preventiva più blanda del controllo giudiziario oppure espropriare definitivamente**¹⁹⁴.

Con tale impianto normativo si è espressamente cristallizzato il rapporto di continuità che lega gli strumenti dell'amministrazione giudiziaria con quello del successivo controllo giudiziale. La legge ad oggi prevede la possibilità di revocare il provvedimento ex art. 34 e persistere nel perseguire analoghe finalità con l'applicazione della misura preventiva più tenue. In questo modo si prolunga l'effetto di bonifica dello strumento non ablatorio, garantendo al tempo stesso

¹⁹³ Così C. SANTORIELLO, Le misure di prevenzione patrimoniali diverse dalla confisca, in *Misure di prevenzione*, (a cura di) S. FURFARO, Milano, 2013, 509 ss il quale riporta la posizione assunta dalla Cass., Sez. II, 16 febbraio 2006, C.A. in CED Cass, rv. 234748., dove si è affermato lo stretto legame dell'allora sospensione temporanea con la misura preventiva della confisca: «*la confisca di beni che si abbia motivo di ritenere siano il frutto di attività illecite o ne costituiscono il reimpiego, non può essere disposta se non sia stata preceduta dal provvedimento di sospensione temporanea dell'amministrazione degli stessi beni previsto dall'art. 3-quater, comma terzo, della legge anzidetta*».

¹⁹⁴ In merito all'accentuazione della autonomia dell'amministrazione giudiziaria rispetto alla misura della confisca, operata dall'ultima riforma, si veda M. BONTEMPELLI, L'accertamento penale alla prova della nuova prevenzione antimafia, in *Dir. pen. cont.*, 11 luglio 2018.

continuità aziendale. In definitiva, nel bilanciamento dei diversi obiettivi sottesi alle misure patrimoniali antimafia, si offre al giudicante la possibilità di prediligere una misura meno incisiva rispetto alla confisca nel tentativo di risanare l'impresa. Tramite monitoraggio dei flussi economici dell'azienda, si garantisce l'ingerenza costante dell'autorità giudiziaria pronta ad intervenire qualora riemergano contaminazioni criminali¹⁹⁵.

Qualora invece non si riesca a risollevere l'impresa in crisi, il Tribunale procederà all'applicazione della misura ablatoria.

Qualora si passi da una situazione soltanto indiziaria a un'effettiva agevolazione nella commissione di reati presupposto da parte dell'azienda o della società, nel senso che siano emersi elementi tali da far ritenere che quei beni siano frutto, diretto ed immediato, di attività illecita è doveroso procedere all'applicazione della confisca, per garantire gli effetti di un vero e proprio mezzo ablatorio definitivo, idoneo a fronteggiare un contagio criminale più intenso.

In conclusione, l'esito della procedura di amministrazione giudiziaria non è più soltanto quello "scontato" della confisca, ma anche la possibilità di disporre il controllo giudiziario secondo le modalità previste all'art. 34-bis. L'alternativa inserita dall'art. 10 della l. 161/2017 rafforza l'autonomia delle misure patrimoniali non ablatorie, che per la prima volta vengono equiparate a quelle ablatorie quanto a capacità di neutralizzazione dei contesti criminali.

Considerando presupposti e finalità applicative del complesso di misure preventive patrimoniali antimafia, emerge il carattere sussidiario o, per dire meglio, ausiliario, del controllo giudiziario, idoneo ad autorizzare l'intervento statale alla presenza di un'agevolazione soltanto occasionale. In altri termini, se la condotta dell'agevolante non è così grave né consolidata, al punto da giustificare l'applicazione dell'amministrazione giudiziaria, l'autorità giudiziaria avrà a disposizione lo strumento più lieve - comunque pregnante - del controllo giudiziario. In questo modo, il legislatore del 2017 è andato a "coprire" tutti i segmenti comportamentali che il soggetto criminale può porre in essere per

¹⁹⁵ F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali: la confisca ex art. 12-sexies l. n. 356/92*, Milano, 2012, 642 ss., il quale precisa che, già prima della riforma del 2017, fosse prassi consolidata procedere all'applicazione del controllo giudiziario qualora non potessero del tutto escludersi pericoli di agevolazione

acquisire potere e consensi, soprattutto nelle trame più fragili della realtà imprenditoriale.

Inoltre, il legislatore sembra aver preso atto di come la confisca sia ormai un istituto non esclusivo nella materia del contrasto alla criminalità organizzata di stampo mafioso. Da agente catalizzatore delle politiche antimafia, lo strumento ablatorio, pur mantenendo la sua indiscussa efficacia e centralità, sembra aver perso il tradizionale primato nell'azione di disinquinamento delle aree colpite dall'aggressione criminale. Va in questa direzione, d'altronde, la scelta di potenziare le misure patrimoniali non ablatorie esaminate fin qui, con la consapevolezza che queste aggiungano alla capacità di aggredire i nuclei di economia illegale, quella di reinserire i patrimoni depurati nel circuito della legalità.

Infatti, diversamente da quel che accade qualora all'amministrazione giudiziaria segua l'irrogazione della confisca, l'applicazione dell'art. 34 raggiunge il suo perfezionamento, senza fermarsi al mero tentativo: la funzione positiva di bonifica è compiutamente realizzata e gli effetti della misura di prevenzione non ablatoria sono prolungati con la previsione di una misura dello stesso calibro, confermando la concreta validità di tali strumenti nel rimuovere le cause che alimentano l'espansione della criminalità organizzata.

3.4 L'amministrazione ed il controllo giudiziario in opposizione alla confisca ed al sequestro: luci ed ombre

La finalità principale sottesa alle scelte del legislatore che ha riformato l'art. 34 e 34 bis può essere riassunta nella volontà di stigmatizzare condotte potenzialmente criminose, espandere il controllo sull'area grigia di contiguità mafiosa, e, allo stesso tempo, farlo con strumenti meno invasivi rispetto a quelli tradizionali ablatori, più aggressivi e incapaci di preservare l'integrità aziendale.

Ciò trova la propria giustificazione in un dato allarmante di politica criminale. Negli ultimi anni si è registrato un elevato grado di infiltrazione dei fenomeni delinquenziali nell'ambito di diversi settori dell'economia, a tal punto che l'intensità del legame intercorrente tra il mondo economico e quello mafioso ha raggiunto caratteri tali da disvelare una reale sovrapposizione dei due fenomeni, spesso risultata di difficile delineazione.

Bisogna quindi considerare che espandere l'ambito soggettivo della misura in esame anche a delitti che esulano da quelli strettamente propri della criminalità organizzata di stampo mafioso, vuol dire cominciare ad ampliare il raggio di azione di siffatte misure, nonché di favorirne il ricorso in ottica giudiziaria.

È importante ricordare che la scelta di ampliare l'applicazione delle misure non ablatorie in esame anche a delitti variegati e soprattutto radicalmente diversi da quelli tipici posti in essere dai gruppi mafiosi ha suscitato numerose critiche. L'argomentazione di fondo è stata che, da misure in origine destinate ad ostacolare il nodo mafie-imprese, ora, di fatto, possono operare in situazioni oltremodo varie così da fare apparire davvero snaturate funzione, *policy e mission* originarie del Codice antimafia, sino a far divenire le misure in esso previste strumenti di intromissione nelle mani dell'Autorità Giudiziaria. In sostanza, questa corrente dottrinarica rileva che dall'iniziale, condivisibile, intento «antimafia» si è passati alla vasta congerie di reati ora presi in considerazione quale presupposto per l'applicazione di misure di prevenzione patrimoniali.

Di stampo analogo le critiche circa l'introduzione stessa della norma di salvaguardia di cui all'art. 34-bis d.lgs. n. 159 del 2011, laddove si tratti di impresa occasionalmente mafiosa.

Sottolineato che il sequestro e la confisca costituiscono lo strumento più incisivo di contrasto all'economia mafiosa, fondamentali per il raggiungimento dell'obiettivo di rimuovere dalla disponibilità delle Mafie i beni e le ricchezze illecitamente acquisite, si è fatta rilevare l'estrema difficoltà nella delimitazione certa del quantum di infiltrazione occorra accertare per poter configurare un'impresa come mafiosa rispetto a quando l'intervento della mafia nelle organizzazioni imprenditoriali è da considerarsi solo occasionale.

Il *discrimen* non è di poco conto: ne va della destinazione del patrimonio di imprese che in entrambi i casi, sono state toccate dai tentacoli della criminalità organizzata.

Se i terzi in buona fede possono passare in secondo piano per un interesse dello Stato alla realizzazione dell'ordine pubblico messo in pericolo dalle organizzazioni mafiose, tale interesse dovrebbe essere preminente in ogni caso: anche se si tratta di infiltrazioni in imprese che sembrano mantenere una parvenza di legalità.

Diventa, allora, in tale prospettiva, decisivo stabilire quando ricorra «*l'agevolazione occasionale*» di persone per le quali è stata proposta o applicata una misura di prevenzione.

La norma, secondo questa tesi, presenta evidenti profili di criticità per la sua permeabilità a possibili forme di accertamento eccessivamente discrezionale o presuntivo che possano indurre soluzioni di tipo casistico, come tali suscettibili di applicazioni disomogenee per due ordini di ragioni.

Il primo riguarda, sul piano strettamente semantico, il significato della stessa locuzione di «*agevolazione occasionale*» in cui si combinano due termini endemicamente propizianti chiavi di lettura molto variegata. Il concetto di agevolazione, perché richiama un certo nesso di causalità condizionalistica tra impresa e soggetto preposto di ardua verificabilità, se non in caso di prove certe di forme di contiguità costanti e rilevanti dell'imprenditoria alla consorteria criminale. Il secondo, in quanto ruota su di un concetto di misurabilità sia qualitativa che, forse a maggior ragione, quantitativa dei rapporti impresa/consorteria ancora una volta di difficile decifrazione.

Il secondo concerne la prova, che il giudice deve fornire, della sussistenza di circostanze di fatto da cui si possa desumere il pericolo di infiltrazioni mafiose idonee a condizionarne l'azione.

Giudizio a “triplice grado probabilistico” perché fondato su di un percorso:

- a) di tipo deduttivo;
- b) di prognosi postuma fondata sul pericolo;
- c) basato sull'idoneità condizionante dell'organizzazione criminale rispetto all'attività dell'impresa “in odore di...”. Il che equivale ad affermare che, oltre che di tipo predittivo, il giudizio concerne accertamenti riguardanti la causalità psichica. Di un feedback negativo che s'instaura tra i componenti le strutture mafiose e i rappresentati del management dell'impresa implicata.

Il rischio che il tutto si fondi sull'esame (più o meno stringente) di indizi da cui si possa ricavare tale supposto collegamento con un grado di probabilità, non di alta frequenza e molto lontanamente accostabile ad un certo grado di credibilità razionale o di elevata probabilità logica, è più che plausibile. E trattandosi di misure di prevenzione, a carattere fortemente anticipato del loro momento d'intervento, è altrettanto verosimile che si possa verificare una decisa sterzata su

parametri sintomatici propri di un certo tipo di autore (il preposto, il quasi-preposto, l'occasionalmente condizionato/possibile preposto).

Inoltre, dal momento che la disposizione dell'art. 34-bis fa esplicitamente rinvio al precedente art. 34 per qualificare tali condotte di agevolazione, se ne desume da tale ultima disposizione che esse si riferiscono non all'attività dell'associazione intesa nella sua interezza di ente criminale, quanto piuttosto a condotte di agevolazione delle «attività delle persone», vale a dire dei singoli individui che la compongono. Il che rende plausibile che debba trattarsi di un'azione di determinazione causale, sia pure solo di agevolazione, di tipo psichico, che, in quanto tale, richiede complessi accertamenti in sede di verificabilità processuale. Questi ultimi, infatti, come tutte le ipotesi di causalità psichica vanno misurate sull'osservazione delle modificazioni dei comportamenti delle persone cui il contegno agevolatorio è destinato. Indi gli stessi componenti dell'organizzazione criminale. Prova che potrebbe presentare notevoli margini di ardua difficoltà.

Infine, l'espressa dizione secondo la quale l'agevolazione debba essere «occasionale» implicherà l'impiego di parametri, per valutarla, più di tipo quantitativo, nel senso di «episodico», «eccezionale», «discontinuo», o potrà anche involgere disamine di tipo qualitativo, come quelli inerenti all'«importanza», «rilievo», «significatività», delle caratteristiche del contributo agevolatorio stesso? Questa seconda prospettazione interpretativa sembra preclusa dall'argomento a contrario della sua assenza dal testo della norma dell'art. 34-bis; circostanza, questa, che potrebbe rendere ancor più impervia la prova della sussistenza dei requisiti per dimostrare l'esistenza non di un'associazione tout court mafiosa ai sensi del fatto tipico di cui all'art. 416-bis, quanto piuttosto dell'impresa «occasionalmente» infiltrata dal sodalizio mafioso.

Il riferimento al pericolo concreto che si verifichi detta infiltrazione, inteso in termini di prognosi rispetto alle caratteristiche comportamentali dei soggetti coinvolti, non fa che aumentare il timore si possa trattare dell'espressione di un diritto criminale di stampo sintomatologico.

3.5 Le ragioni della prevalenza

Abbiamo visto come la regola generale è che le disposizioni antimafia 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.**

Viceversa, le deroghe a questo rapporto “di forza” iniziale sono indicate nelle disposizioni degli artt. 318-320, così come stabilito nell'ultima parte dell'art. 317 con l'inserimento della clausola di riserva («salvo quanto previsto dagli articoli 318, 319, 320»).

Ed in tal caso le regole di precedenza letteralmente si ribaltano.

Infatti, già nell'art. 318, che prevede il sequestro preventivo, si stabilisce che se pende la procedura di liquidazione giudiziale non può essere disposto sequestro preventivo ai sensi dell'art. 321, co. 1, c.p.p. sulle cose di cui al precedente art. 142, a meno che la loro detenzione o alienazione non venga consentita con autorizzazione amministrativa. Dirimente la previsione del co. 2 dell'art. 318 che consente la revoca del sequestro su richiesta del curatore se è dichiarata l'apertura della liquidazione giudiziale.

Ancora più radicale risulta la previsione del successivo art. 319 che, a proposito del sequestro conservativo, esclude senz'altro che possa essere disposto se è pendente la procedura di liquidazione giudiziale. A prescindere dal fatto che il sequestro conservativo segua (co. 1 dell'art. 319) o preceda (co. 2 stessa disposizione) la procedura di liquidazione giudiziale

Se così è, entra immediatamente in crisi l'affermazione appena adombrata più sopra, per cui si desumerebbe dal carattere prettamente “pubblicistico” degli interessi in campo il metro di giudizio con cui misurare le ragioni della prevalenza delle misure da adottare, perché è proprio la previsione “di prevalenza” contenuta nelle norme che regolano la liquidazione giudiziale rispetto alle ragioni che si possono far valere in sede cautelare reale nel processo penale che smentisce in pieno tale conclusione. E la prospettiva di queste ultime misure è anch'essa di evidente caratura pubblicistica della tutela.

Pertanto, **le ragioni della prevalenza tra misure non possono essere in alcun modo rintracciate sul crinale pubblico/privato, perché ciò è smentito apertamente delle nuove disposizioni sul Codice della crisi**¹⁹⁶.

Ciò vale anche in caso di liquidazione coatta amministrativa rispetto ai rapporti con le misure di prevenzione, come si evince dalla norma interpretativa 'estensiva' (della disciplina) di cui all'art. 321 CCII.

Anzi, tutt'al contrario **la sequenza delle precedenze sembrerebbe disporsi secondo la seguente cadenza:**

- I. misure di prevenzione antimafia;
- II. misure concernenti le procedure concorsuali;
- III. misure cautelari reali.

A conferma di tale impostazione è stata anche richiamata l'attenzione sulla evidente **differenza tra la nuova disciplina e il coordinamento previsto dal codice antimafia.**

Mentre quest'ultimo prevede la prevalenza del procedimento di prevenzione limitatamente ai beni dell'attivo fallimentare colpiti da misura di prevenzione precedente o successiva alla procedura fallimentare e stabilisce la chiusura del fallimento solo ove tutti i beni dell'attivo siano sottoposti a sequestro di prevenzione, le nuove disposizioni del codice antimafia riconoscono una prevalenza generale al sequestro e alla confisca di prevenzione prevedendo in entrambi i casi la chiusura della procedura. Nei rapporti tra interesse pubblico dello Stato a perseguire associazioni mafiose imprenditorialmente organizzate attraverso l'ablazione dei patrimoni illeciti e *par condicio creditorum*, viene, dunque, accordata preferenza generale all'interesse pubblico. Ed in questi termini si era già espressa la giurisprudenza di legittimità con la sentenza Tanzarella secondo la quale, lungi dal verificarsi un'indebita compromissione dei diritti dei terzi, «*sulla procedura fallimentare deve prevalere la procedura preventiva, sia quando il fallimento sia stato dichiarato prima del sequestro preventivo, sia - a fortiori - quando sia stato dichiarato successivamente alla sottoposizione del bene a vincolo reale. Tale priorità è ispirata dall'esigenza di privilegiare l'interesse pubblico perseguito dalla normativa antimafia, rispetto all'interesse*

¹⁹⁶ E. MEZZETTI, Codice antimafia e codice della crisi e dell'insolvenza: la regolazione del traffico delle precedenze in cui la spunta sempre la confisca, in *Archivio Penale*, 2019

meramente privatistico della “par condicio creditorum” perseguito dalla normativa fallimentare»¹⁹⁷.

Ma, ed anche questo risulta parimenti chiaro, come abbiamo già detto, **ciò non vale nei rapporti tra procedure concorsuali e misure cautelari reali penali ordinarie contenute nel codice di rito.**

Se ne desume che **è dalla “mafiosità” dei titoli che legittimano le misure, piuttosto che dal carattere pubblicistico o meno degli interessi in gioco, che si decide il funzionamento del principio di prevalenza.**

La conclusione cui si perviene è, pertanto, che **detta preferenza non sia desumibile dal prevalere di interessi pubblicistici su quelli privatistici, quali la tutela della *par condicio creditorum*, quanto dal fatto che la priorità vada rintracciata nel contrasto all’attività imprenditoriale caratterizzata dall’utilizzo del metodo mafioso o dagli effetti sulle imprese dell’infiltrazione mafiosa.**

Sarà, pertanto, dirimente un’interpretazione corretta della norma di cui all’art. 34 bis cod. antimafia per stabilire l’esatto regime cui un’azienda o impresa debba essere sottoposta. Specialmente nei casi che si collocano in una sorta di “zona grigia” tra imprese mafiose tout court ed occasionalmente considerate tali.

Come abbiamo visto, infatti, la disciplina degli articoli 34 e 34 bis (come sostituiti dall’art. 10 della l. 161/2017) consentono all’autorità giudiziaria di intervenire sulle imprese e, più in generale, nell’ambito di qualsiasi attività economica, che rivelino situazioni di infiltrazione e di contiguità con le consorterie mafiose tali da danneggiare il regolare e libero esercizio dei ruoli imprenditoriali. **Dunque, aziende che mostrino una spiccata attitudine nel fiancheggiamento di contesti delinquenziali, senza essere (ancora) qualificabili come “imprese mafiose”.** Con l’applicazione del provvedimento ivi previsto si sottrae temporaneamente alla società di riferimento il controllo aziendale per attribuirlo, in un primo momento, al tribunale, e, in una seconda fase, a un soggetto terzo, preventivamente individuato, ossia l’amministratore giudiziario, a cui sono riconosciute «tutte le facoltà spettanti ai titolari dei diritti sui beni e sulle aziende oggetto della misura»¹⁹⁸.

¹⁹⁷ Cfr., Cass., Sez. I, 22 marzo 2011, Tanzarella, in Cass. pen., 2012, 2638.

¹⁹⁸ Così dispone il co. 3 dell’art. 34, precisando le funzioni dell’amministratore giudiziario, precisando che qualora si tratti di «*imprese esercitate in forma societaria, l’amministratore*

CONCLUSIONI

Con il nostro lavoro siamo arrivati alla conclusione che il funzionamento del principio di prevalenza non sia ispirato dal prevalere di interessi pubblicistici su quelli privatistici, quali la tutela della *par condicio creditorum*, quanto dal fatto che la priorità vada rintracciata nel contrasto all'attività imprenditoriale caratterizzata dall'utilizzo del metodo mafioso o dagli effetti sulle imprese dell'infiltrazione mafiosa.

Possiamo certamente dire che il sistema italiano della prevenzione antimafia è considerato, oramai non più solo in ambito europeo, come la forma di legislazione più avanzata ed efficace per il contrasto alla criminalità organizzata ad alta redditività, non solo di tipo mafioso, ma si tratta di un sistema che pone un problema di "sostenibilità" in periodi di congiunture economiche sfavorevoli in e, in particolare, rispetto a un tessuto economico e imprenditoriale indebolito da deficit strutturali endemici e dalla crisi economica come si registra nel Sud del Paese.

Si tratta di fattori che possono favorire l'infiltrazione della criminalità organizzata nelle aziende e indurre gravi alterazioni nel sistema economico, nelle dinamiche del libero mercato e della concorrenza.

La crisi economica amplifica il bisogno di liquidità delle imprese e le rende più vulnerabili rispetto alla ciambella di salvataggio rappresentata dal denaro di provenienza illecita in cerca di partenogenesi. Viceversa, la criminalità organizzata considera la crisi economica una ghiotta opportunità per riciclare denaro, fagocitare aziende e un potente volano di consenso sociale sospinto dalla creazione – spesso illusoria e di breve durata – di posti di lavoro o dalla chimera del mantenimento dei livelli occupazionali.

Il corpus normativo di contrasto alle mafie ed alla criminalità organizzata (il d.lgs. n. 159 del 2011, c.d. "Codice Antimafia") è stato sottoposto a tre diversi interventi

giudiziario può esercitare i poteri spettanti agli organi di amministrazione e agli altri organi sociali secondo le modalità stabilite dal tribunale, tenuto conto delle esigenze di prosecuzione dell'attività d'impresa, senza percepire ulteriori emolumenti».

di riforma negli ultimi tre anni (Legge n. 161 del 17 novembre 2017, il decreto 113/2018 e il CCII del 2019) con un legislatore che prova ad inseguire le criticità che via via emergono e che hanno trovato soluzioni nella fertilissima prassi delle misure di prevenzione patrimoniale, instancabile laboratorio di soluzioni sempre più raffinate.

Sorge quindi il dubbio se il legislatore, che periodicamente interviene sul corpus normativo, sia in grado di cogliere tutti i segnali che arrivano dal sistema e se la direzione in cui si muove il corpo legislativo sia quella giusta.

Il tema appare vieppiù rilevante alla luce del nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza che introduce una disciplina ad hoc dei rapporti fra misure ablatorie penali e liquidazione giudiziale, che segna (*rectius* segnerà) il superamento degli approdi giurisprudenziali di legittimità, eleggendo le disposizioni del d.lgs. n. 159 del 2011 (c.d. "Codice Antimafia") a modello regolatore delle interferenze fra confische e procedure concorsuali e a paradigma di tutela dei terzi.

La disciplina introdotta dal CCII in merito ai rapporti tra la nuova liquidazione giudiziale (rispetto alla vecchia procedura liquidatoria del fallimento) e misure cautelari reali fa emergere come lo stesso, pur rafforzando la tutela dei terzi attraverso l'estensione delle norme previste dal codice antimafia, non intacchi la generale prevalenza della confisca, e del correlato sequestro preventivo, rispetto alle procedure concorsuali. Tuttavia, facendo salve le ipotesi nelle quali opera l'opposto principio della preferenza per le ragioni creditorie ed eccettuati i casi di sequestro "impeditivo" e conservativo, cedevoli di fronte alla liquidazione giudiziale, non pare potersi escludere un interesse del curatore ad impugnare i provvedimenti di applicazione del vincolo penale, allorquando la doglianza verta sulla mancanza dei presupposti per confiscare il bene (e, quindi, sequestrarlo), l'accoglimento della quale comporterebbe – tra l'altro – l'impossibilità di escludere o separare il bene medesimo dalla gestione concorsuale.

È evidente come la partita si giochi per lo più (come, del resto, è accaduto sinora) sul terreno della nozione di "profitto" oggetto di ablazione e delle caratteristiche dell'impresa mafiosa.

Il che fa rientrare in gioco in maniera prepotente il ruolo dell'interprete ... infatti, già dai primi commenti sulla novella del 2019 è emerso un corposo orientamento

che, partendo dalla constatazione dei confini frastagliati degli strumenti ablatori, postula che l'unico metodo di affronto delle interferenze rispetto alle procedure concorsuali rimane la graduazione dei valori in gioco inevitabilmente saldata al caso di specie. L'equilibrio fra interessi dissonanti postula lo scarto di criteri aprioristici e l'imbocco della via – peraltro, elusa dal CCII - dell'approfondimento volta per volta della natura giuridica della singola espropriazione penale.

Come abbiamo visto, nonostante il CCII registri un'affermazione preconcepita di misure direttamente ablatorie di beni, che diventano indirettamente espropriative dei crediti e delle garanzie, è stato fatto rilevare che la supremazia dell'interesse statale – almeno quando la confisca assume dimensione sanzionatoria - trova giustificazione costituzionale soddisfacente solo in rapporto ai diritti del condannato, non certo con riferimento alle situazioni giuridiche di estranei al reato (se non addirittura al suo quadro indiziario), connotandosi una diversa soluzione come discorde rispetto ad un elementare principio di giustizia distributiva.

Inoltre, il sacrificio del diritto d'impresa e della proprietà privata (pure del credito) non è ammissibile tout court, ma va giustificata sul piano dell'utilità generale e delle esigenze di sicurezza (art. 41, comma 2, Cost.) ovvero della funzione sociale (art. 42, comma 2, Cost.), il che trova un suo razionale convincente solo a fronte di impellenze di contrasto della criminalità organizzata, non in rapporto a contingenze rispetto alle quali il piano delle garanzie dei creditori dell'impresa è meno suscettibile d'affievolimento.

Un ventaglio di interessi così composito corre anche un pericolo connesso all'organizzazione efficiente della giustizia e di riflesso all'effettività dei diritti, posto che la tenuta del sistema invoca inevitabilmente la costruzione ex novo di una professionalità specifica di magistrato che sappia coniugare, nel contesto dei procedimenti penali, la comprensione delle esigenze di matrice penalistica con la "sensibilità" propria del giudice dell'esecuzione individuale o concorsuale.

Un ultimo rischio è sociologico, culminando nella possibile compromissione dell'operazione culturale collegata al primato delle misure ablatorie e alla riaffermazione della legalità violata, imponendo la soluzione preconfezionata un sacrificio avvertito come arbitrario delle ragioni dei terzi, privati del diritto a regolare in par condicio la soddisfazione delle pretese e, comunque, svuotati di parte di esse. L'incognita è nella percezione del tragitto come espediente: il

legislatore risolve a vantaggio dello Stato una pluralità di controversie che lo vedono coinvolto. A uscirne è un'immagine alterata dell'ordinamento statale, che invece, tanto più nella materia *de qua*, deve ergersi a garante dei diritti di tutti.

BIBLIOGRAFIA

- P. ABBADESSA, Osservazioni sul problema della rilevanza della buona fede dei terzi di fronte al vincolo di indisponibilità fallimentare, in Riv. dir. civ., 1968
- V. F. BALATO, sub art. 21, in G. SPANGHER - A. MARANDOLA (a cura di), Commentario breve al codice antimafia e alle altre procedure di prevenzione, Padova, 2019, p.113
- A. BARAZZETTA, La confisca allargata. Commento agli artt. 240 bis c.p., 578 bis c.p.p., 104-bis e 183-quater att. c.p.p., in Epidendio - Varraso (a cura di), Codice delle confische
- A. BARGI, “Processo al patrimonio” e principi del giusto processo, in La giustizia patrimoniale penale, a cura di A. Bargi – A. Cisterna, I, Torino, 2011
- A. BASSI, Sequestri preventivi a fini di confisca
- C. BEVILACQUA, Revoca della confisca in fase esecutiva su iniziativa del curatore fallimentare, in Arch. Pen., 2017
- M. BIANCA, Vincoli di destinazione e patrimoni separati, Padova, 1996
- T. BENE, L’esecuzione del sequestro preventivo e l’amministrazione dei beni sequestrati, in Sequestro e confisca, a cura di M. Montagna
- E. BETTI, in Teoria generale del negozio giuridico, 2002
- M. BONTEMPELLI, Sequestro preventivo a carico della società fallita, tutela dei creditori di buona fede e prerogative del curatore
- M. BONTEMPELLI - R. PAESE, La tutela dei creditori di fronte al sequestro e alla confisca
- F. BRIOLINI, Vincoli sui titoli di credito, Torino, 2002
- 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

- F. BRIZZI, L'amministrazione, la gestione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati - Note introduttive, in G. SPANGHER - A. MARANDOLA (a cura di), Commentario breve al codice antimafia e alle altre procedure di prevenzione
- F. BRIZZI - G. CAPECCHI - G. FICHERA, Misure di prevenzione patrimoniali e tutela dei terzi, Torino 2013
- A. CAIRO - C. FORTE, Codice delle misure di prevenzione, *NelDiritto*, 2014
- M. CERESA-GASTALDO, Garanzie insufficienti nella disciplina del sequestro preventivo, in Cass. Pen., 2010
- P. CHIARAVIGLIO, in Osservazioni penalistiche a "prima lettura" sul progetto di codice della crisi e dell'insolvenza, in DPC 5/2018
- R. CONTI, Diritto di proprietà e CEDU. Itinerari giurisprudenziali, 2012
- P. CORVI, La confisca in casi particolari, alias la confisca "allargata", in *dirittopenalecontemporaneo*, fasc. 2/2019
- P. CORVI, La confisca nei reati di criminalità organizzata, in *Sequestro e confisca*, a cura di M. Montagna
- L. D'AMORE, P. FLORIO, Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: l'attuazione della legge delega in materia di sequestri penali ovvero un "*monstrum iuris*", in *Giurisprudenza Penale Web*, 2019
- R. DEL COCO, L'esecuzione della confisca e la gestione dei beni, in M. MONTAGNA (a cura di), *Sequestro e confisca*, Torino, 2017
- A. DELLO RUSSO, Rapporti tra confisca per equivalente e procedura fallimentare, 2015
- DI GERONIMO P., La confisca del profitto del reato, tra responsabilità da reato delle società ed esigenze di garantire il soddisfacimento dei creditori nella procedura fallimentare, in Cass. Pen., 2015
- R. DI LEGAMI - G. CHINNICI, Amministrazione giudiziaria e tutela dei terzi nel codice antimafia. Aggiornato con il commento alla legge 24 dicembre 2012 n. 228 (legge di stabilità 2013), *Pisa University Press*

- M. FABIANI, Misure di prevenzione patrimoniali e interferenze con le procedure concorsuali, in *Fallimento*, 1998
- FEBBO, I codici antimafia, in *Corso di diritto penale dell'impresa*, a cura di Manna, II, Milano, 2018
- L. FERRI, Trascrizione immobiliare in SCIALOJA-BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, 2^a ed., Bologna-Roma, 1964
- L. FILIPPI, *Il procedimento di prevenzione patrimoniale*, Padova 2002
- S. FINOCCHIARO, “La riforma del Codice Antimafia (e non solo): uno sguardo d’insieme alle modifiche appena introdotte”, in *dirittopenalecontemporaneo*, fasc. 10/2017
- L. FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale «moderno»*, Padova, 1997
- C. FORTE, *Il codice della legge antimafia e la crisi dell'impresa sottoposta a misure di prevenzione patrimoniali: analisi della nuova disciplina dei rapporti tra gli strumenti di intervento ablativo statale e le procedure concorsuali*, in www.ilcaso.it
- G.L. GATTA, *Approvato il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: scompaiono i concetti di 'fallimento' e di 'fallito'*, in *DPC*, 11 gennaio 2019
- F. GIUNCHEDI, *La tutela dei diritti patrimoniali e personali e nella custodia dei beni sequestrati e nella gestione dei frutti*, in A. BARGI - A. CISTERNA (a cura di), *La giustizia penale patrimoniale*, II, Torino, 2011
- G. GRASSO, Artt. 199-240 in M. Romano, G. Grasso, T. Padovani, *Commentario sistematico al codice penale*, Milano 2011
- P. GUALTIERI, sub art. 321, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda – G. Spangher, II, Milano, 2017.
- F.M. IACOVIELLO *Fallimento e sequestri penali*, in *Fall.*, 2005
- S. LEUZZI, *I rapporti fra misure ablatorie penali e liquidazione giudiziale nel CCII*, in *IFallimento*, fasc. 12/2019

- A. MACCHIA, Le diverse forme di confisca: personaggi (ancora) in cerca d'autore, in Cass. Pen., 2016
- V. MANES, L'ultimo imperativo della politica criminale: *nullum crimen sine confiscatione*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2015
- F. MASSARI, Note minime in materia di sequestro probatorio sui beni del fallito, in Giur. It., 2005
- A. MAUGERI, Le moderne sanzioni patrimoniali fra funzionalità e garantismo, Giuffrè, 2001
- F. MAZZACUVA, in “Le sezioni unite riconoscono la legittimazione del curatore fallimentare ad impugnare i provvedimenti cautelari reali.”, commento a Cass. SS. UU., dep. 13 novembre 2019, n. 45936, in *rivistadirittotributario.it*
- F. MENDITTO, Le misure di prevenzione personali e patrimoniali. La confisca allargata (art. 240 bis c.p.)
- F. MENDITTO, Le confische di prevenzione e penali. La tutela dei terzi, Milano, 2015
- F. MENDITTO, Confisca di prevenzione e tutela dei terzi creditori. Un difficile bilanciamento di interessi in *dirittopenalecontemporaneo.it*, 2015
- E. MEZZETTI, Codice antimafia e codice della crisi e dell'insolvenza: la regolazione del traffico delle precedenze in cui la spunta sempre la confisca, in Archivio Penale, 2019
- L. MILANI, sub art. 321, in G. CONSO – G. ILLUMINATI, Commentario breve al codice di procedura penale, II ed., Padova, 2015.
- G. MINUTOLI, Codice antimafia: il rapporto tra misure di prevenzione, fallimento e tutela dei terzi, in *Il Fallimento*, 2011
- M. MONTAGNA, Sequestro e confisca, Torino, 2017
- M. MONTAGNA, I sequestri nel sistema delle cautele penali, Padova, 2005.
- G. NICASTRO, L'Amministrazione e la destinazione dei beni, in AA. VV. Le Misure patrimoniali contro la criminalità organizzata, Orientamenti di Merito, Milano, 2010

- M. ORLANDO, La procedura prefallimentare e i reati fallimentari problematiche vecchie e nuove. Il rapporto tra i provvedimenti ablativi di natura penale (sequestri, misure di prevenzione, confisca) ed i processi esecutivi individuali/concorsuali: esigenze di tutela dei terzi, Incontro di studio CSM, Milano 2012
- A. NOSENZO, sub art. 52 d.lgs. n. 151 del 2011, in T.E. Epidendio - G. Varraso (a cura di), Codice delle confische, cit., 1435-1436
- V. PACILEO, Sui rapporti tra procedimento penale e procedura fallimentare, in Cass. Pen., 2005, fasc. 7-8, p. 2437 ss.
- F. PEDOJA, La guerra dei Roses ovvero conflitto di competenza tra giudice penale e giudice fallimentare in ipotesi di misura di prevenzione ex d.lgs. n. 159/2011, in www.fallimentoesocietà.it
- R. PERONI RANCHET, Sub artt. 63-64 d.lgs. n. 159/2011, in Codice delle confische
- M. PETRINI, La prevenzione patrimoniale: la tutela dei diritti terzi, in La Giustizia patrimoniale penale, I, Torino, 2011
- M. PETRINI, La tutela dei terzi, in Le misure di prevenzione, a cura di S. FURFARO, Torino, 2013
- S. ROMANÒ, Gli strumenti di contrasto all'economia mafiosa, in Rivista di studi e di ricerche sulla criminalità organizzata, 2 aprile 2016
- A. RUGANI, I rapporti tra misure cautelari reali e procedure concorsuali nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, in Leg. pen., 6 maggio 2019
- C. SANTORIELLO, Le misure cautelari reali nel processo penale. Considerazioni generali, in G. Spanghere, C. Santoriello (a cura di) Le misure cautelari reali, Torino, 2009.
- A. SCALFATI, L'ombra inquisitoria sul sequestro preventivo in funzione di confisca, in Proc. Pen. e Giust., n. 3, 2016.
- P. SPAGNOLO, Sequestro, confisca e diritti dei terzi: c'è un giudice a Berlino?, in Proc. Pen. e Giust., n. 2, 2018

- G. TONA, Gestire o liquidare: i dilemmi dell'amministratore giudiziario e le aspettative dei creditori nei grovigli del Codice Antimafia, in *Leg. pen.*, 2012
- G. TORIELLO, L'amministrazione dell'azienda sottoposta a sequestro preventivo, tra prassi applicative e prospettive di riforma, in *Cass. Pen.*, 2017, 3416 ss
- R. DI TORREPADULA, in A. JORIO (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario*, Bologna, 2006
- F. TETTO, *Sequestri penali, confische e fallimento*, id., 2018
- P. TROISI, Adprehensio rei e buona fede del terzo, in *processopenaleegiustizia.it*, fasc. 6/2018
- E. TURCO, sub art. 321, in *Codice di procedura penale*, a cura di G. Canzio – R. Bricchetti, I, Milano, 2017.
- E. SELVAGGI, sub art. 104 disp. att., in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, I, La normativa complementare, coordinato da M. Chiavario, Torino, 1992
- G. VARRASO, Esecuzione del sequestro preventivo, amministrazione giudiziaria dei beni e tutela dei terzi. Una riforma “senza fine” dell'art. 104 bis disp. att. c.p.p., *Diritto penale e processo*, speciale Crisi d'Impresa, 10/2019.
- G. VARRASO, Il sequestro a fini di confisca: dalle scelte del codice del 1988 alla legge n. 161 del 2017, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017
- G. VARRASO, Sentenza di condanna alla confisca e tutela dei terzi, in *Giur. Cost.*, 2017
- G. VARRASO – B. ROMANELLI, art. 104 bis decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271. In D. Castronuovo, G. De Simone, E. Ginevra, A. Lionzo, D. Negri, & G. Varraso (a cura di), *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, 2019
- F. VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, rist. 1960
- F. VERGINE, *Confisca e sequestro per equivalente*, Padova, 2009
- F. VERGINE, *Il “contrasto” all'illegalità economica. Confisca e sequestro per equivalente*, Padova, 2012.

