

[10] Cfr. Corte App., n. 524, cit., p. 9.

[11] Cfr. Cass. pen., III sez., ord. 30 marzo 2016, *Cestari e a.*, n. 28346, § 3.3. del considerato in diritto.

[12] Cfr. Corte. App. Milano, II sez. pen., ord. 18 settembre 2015, Pres. Maiga, Est. Locurto.

* * * * *

I controversi rapporti tra confisca per equivalente e fallimento: legittimazione del curatore ad agire in sede esecutiva e criteri cronologici di prevalenza

Trib. Treviso, ord. 31 marzo 2017, Giud. Vettoruzzo, Ric. cur. fall. P.G.I.E. s.a.s.

di Enrico Basile

1. La pretesa dello Stato di **confiscare beni nell'ambito di procedimenti penali** è spesso destinata a confrontarsi con i **contrapposti interessi di creditori che, sulle medesime res, vantano diritti o mere aspettative**. Una peculiare situazione si configura in caso di **fallimento**, allorché l'imprenditore (individuale o collettivo) perde la disponibilità del compendio patrimoniale dell'impresa e nella gestione subentra il curatore, con il precipuo scopo di accertare lo stato passivo e liquidare l'attivo, per poi ripartirlo in ragione della *par condicio creditorum*.

La pluralità di misure ablatorie penali contemplate dall'ordinamento e la mancanza di una disciplina organica della materia contribuiscono alla complessità del quadro di possibili interferenze tra le confische (ovvero atti prodromici ad esse, come il sequestro ai sensi dell'art. 321, comma 2-bis, c.p.p.) e la posizione dei creditori concorsuali. Da oltre un decennio le problematiche più spinose rimangono prive di soluzioni appaganti, nonostante molteplici interventi della Corte regolatrice, anche a sezioni unite.

L'ordinanza qui commentata si misura con due rilevanti questioni in tema di rapporti tra confisca per equivalente e fallimento: *i) la legittimazione del curatore ad agire in sede esecutiva; ii) la sorte di beni sui quali il vincolo cautelare sia stato apposto successivamente all'apertura della procedura concorsuale.*

2. Prima di addentrarsi nella disamina della parte motiva conviene riepilogare brevemente i **fatti** sottostanti alla decisione.

Nell'ottobre 2013 il Tribunale di Treviso dichiara **il fallimento di una società in accomandita semplice e, per estensione, del socio accomandatario illimitatamente responsabile**. Nel dicembre 2014 quest'ultimo, in veste di indagato, è destinatario di un **sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente, disposto nell'ambito di un procedimento penale per reati tributari** (art. 10-ter d. lgs. 74/2000). Tra i beni sottoposti a vincolo rientrano alcuni immobili già appresi al fallimento, la cui sentenza dichiarativa era stata trascritta nei registri immobiliari *prima* del provvedimento cautelare emesso dal Giudice per le indagini preliminari. Conclusosi nel 2016 il processo di primo grado con l'affermazione di responsabilità dell'imputato, il Tribunale ordina la **confisca** di quanto in sequestro e la relativa decisione diviene irrevocabile.

La pendenza del giudizio penale non aveva ovviamente precluso gli ordinari adempimenti concorsuali: i cespiti sequestrati, in particolare, erano stati alienati all'incanto e **solo all'atto del trasferimento all'acquirente aggiudicatario emergeva la trascrizione della cautela disposta ex art. 321, co. 2-bis, c.p.p.** (dato non ancora presente nei registri immobiliari nel momento di avvio delle procedure di vendita e dunque ignoto al curatore fino alla conclusione dell'asta). Da qui

l'esigenza di promuovere **incidente di esecuzione** per domandare al giudice penale la revoca della confisca (in quanto successiva all'apertura del fallimento), ovvero – in subordine – autorizzare comunque la trascrizione del trasferimento immobiliare all'aggiudicatario e disporre la confisca del ricavato (trattandosi di misura ablatoria indirizzata al *tantundem*).

3. Il **primo snodo problematico** affrontato dall'ordinanza qui commentata attiene alla **legittimazione del curatore fallimentare ad agire in sede esecutiva ai sensi degli artt. 665 ss. c.p.p.** Sotto questo preliminare profilo, il giudicante si trova di fronte a un autorevolissimo precedente, orientato in senso contrario: nel 2014 le **Sezioni Unite**, dirimendo un annoso contrasto giurisprudenziale, hanno infatti **negato recisamente che il curatore possa proporre impugnazioni avverso misure cautelari reali aventi ad oggetto beni appartenenti al fallito**, sul rilievo che l'organo della procedura risulta terzo (estraneo) rispetto al procedimento cautelare e non è titolare di diritti sui beni in sequestro, né può agire in rappresentanza dei creditori, non essendo neanche questi ultimi, prima dell'assegnazione dei beni e della conclusione della procedura concorsuale, titolari di alcun diritto sugli stessi [v. [Cass. pen., sez. un., 25.9.2014 - dep.17.3.2015-, n. 11170, pres. de Roberto, rel. Marasca, ric. fall. U.](#), in *questa Rivista*, 3.4.2015, 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](#)].

Nessun dubbio, peraltro, che la riportata conclusione – riferita a un'ipotesi di confisca-sanzione ex art. 19 d. lgs. 231/2001 – **valga altresì con riguardo a una misura ablatoria per equivalente** ai sensi del combinato disposto degli artt. 322-ter c.p. e 1, co. 143, l. 244/2007 (sostituito, senza soluzione di continuità, dal nuovo art. 12-bis del d. lgs. 74/2000, introdotto dal d. lgs. 158/2015): anche in ambito penal-tributario, infatti, *“la confisca è ordinata salvo che i beni ‘appartengano’ a persona estranea al reato [, dovendosi identificare l'appartenenza come diritto reale, sicché] non essendo i creditori, prima della conclusione della procedura concorsuale e della assegnazione dei beni, titolari di alcun diritto su questi ultimi ed essendo quindi privi di un titolo restitutorio, non solo il sequestro può legittimamente operare ma, ancor prima, il curatore fallimentare è privo di legittimazione all'impugnazione”* (così Cass. pen., sez. III, 1.3.2016, dep. 7.6.2016, n. 23388, pres. Grillo, rel. Andreazza, c. fall. S. in proc. I., in *CED Cass.*, rv 267346).

Le richiamate prese di posizione dei giudici di legittimità accolgono un orientamento restrittivo, che – come osserva il Tribunale di Treviso – era stato in precedenza contraddetto da altre pronunce e dalle stesse Sezioni Unite nel 2004, rilevando che *“il curatore non fa uso dei beni illeciti esistenti nell'attivo fallimentare ma è viceversa incaricato dell'amministrazione di detto attivo e dei beni che ne fanno parte nell'esclusivo interesse dei creditori ammessi alla procedura concorsuale, i quali, d'altro canto, in virtù di detta ammissione, sono portatori di diritti alla conservazione dell'attivo, nella prospettiva della migliore soddisfazione dei loro crediti, che – pur convivendo fino alla vendita fallimentare con quelli di proprietà del fallito e con il vincolo destinato alla realizzazione della ‘par condicio creditorum’ – trovano riconoscimento e tutela, nel corso della procedura, attraverso l'azione del curatore”* [in questi termini Cass. pen., sez. V, 9.10.2013, dep. 5.12.2013, n. 48804, pres. Marasca, rel. Zaza, c. fall. I. e S., in *CED Cass.*, rv 257533; v. inoltre Cass. pen., sez. un., 24.5.2004, dep. 9.7.2004, n. 29951, pres. Marvulli, rel. Fiale, c. fall. P. in proc. F., in *Fallimento*, 2005, 1265 ss., con nota di F.M. Iacoviello, *Fallimento e sequestri penali*].

L'ordinanza in commento aderisce a quest'ultima impostazione – considerandola preferibile rispetto a quella prospettata dalle Sezioni Unite nel 2014 – e ritiene il curatore fallimentare legittimato ad agire (in sede esecutiva), allo scopo di evitare l'*impasse* nel quale – come posto in risalto da attenta dottrina – con il persistere del *“sequestro, i diritti dei creditori risulteranno irrealizzati, non potendosi determinare il presupposto logico del riparto dell'attivo, vale a dire il trasferimento della proprietà dei beni della società fallita attraverso la liquidazione; né potendo essere*



4/2017

assegnati ai creditori, nonostante l'avvenuto riparto, i beni non necessitanti di liquidazione (in quanto già liquidi, come le somme di denaro)" [così M. Bontempelli, [Sequestro preventivo a carico della società fallita, tutela dei creditori di buona fede e prerogative del curatore](#), in Arch. pen., 2015, n. 3, 15].

Il Tribunale di Treviso conclude dunque, senza mezzi termini, per il **riconoscimento della legittimazione attiva del curatore fallimentare a promuovere incidente di esecuzione**.

4. Altrettanto interessante è l'**ulteriore questione** trattata nell'ordinanza in commento, *id est* la **possibile prevalenza dello 'spossessamento' fallimentare** (ex art. 42 r.d. n. 267/1942) **sul sequestro finalizzato alla confisca, qualora quest'ultimo intervenga dopo l'apertura della procedura concorsuale**. La citata pronuncia delle Sezioni Unite emessa nel 2014 non aveva in effetti preso posizione sul punto, occupandosi di una fattispecie nella quale il fallimento era stato dichiarato in un momento successivo alla misura cautelare, quando i beni erano già gravati dal vincolo penale.

Una più recente sentenza di legittimità, pur ponendosi in linea di perfetta continuità rispetto a quanto statuito sul punto dalle Sezioni Unite nel 2014, ha posto in un *obiter dictum* la problematica di interesse, domandandosi espressamente cosa accadrebbe qualora il sequestro preventivo finalizzato alla confisca intervenisse *"essendo già stato dichiarato il fallimento ed avendo già il curatore preso in suo possesso gestorio i beni del fallito"*. In una simile evenienza – osserva la Suprema Corte – la *"mera constatazione dell'obbligatorietà della sanzione penale (...) potrebbe in effetti non essere sufficiente a giustificare, in un'apprezzabile ottica di equilibrio che correli, controbilanciandoli, i valori costituzionali, la totale 'messa da parte' degli interessi tutelati dal fallimento e la paralisi di quest'ultimo provocata svuotandolo del suo attivo – o di una porzione significativa di questo – per farlo confluire tutto in una sanzione penale"* [così Cass. pen., sez. III, 12 luglio 2016 -dep. 7 ottobre 2016-, n. 42469, pres. Ramacci, rel. Graziosi, imp. A., in CED Cass. rv 268015].

Il provvedimento qui commentato si colloca nel solco tracciato da quest'ultima decisione di legittimità e afferma che, nella specifica vicenda scrutinata in sede di incidente di esecuzione, non poteva configurarsi in capo all'(allora) indagato la **disponibilità effettiva** dei beni sottoposti a sequestro preventivo finalizzato alla confisca, attesa l'**anteriorità dello 'spossessamento' fallimentare** conseguente alla dichiarazione giudiziale d'insolvenza (art. 42 r.d. n. 267/1942). Da ultimo il giudicante rileva peraltro, sulla scia dell'esigenza di 'bilanciamento' già prospettata dalle Sezioni Unite nel 2004 (e, come visto, fatta propria dalla Cassazione anche in tempi più recenti), che se precipua finalità della confisca per equivalente è quella di privare il reo delle utilità economiche di provenienza illecita, tale esito non appare certo pregiudicato dall'apprensione delle *res* alla procedura concorsuale, soprattutto quando il passivo supera di gran lunga l'attivo e non vi è quindi la materiale possibilità di retrocedere alcunché al fallito una volta soddisfatti i creditori.

5. Il Tribunale di Treviso dispone pertanto la **revoca della confisca** applicata all'esito del giudizio di cognizione e statuisce altresì la **revoca del sequestro preventivo** eseguito nel corso delle indagini preliminari, ordinando la restituzione dei beni alla curatela del fallimento.

6. Entrambe le tematiche affrontate dall'ordinanza in rassegna sono di notevole spessore e richiederebbero – tanto più alla luce delle nette conclusioni cui perviene il giudicante – approfondimenti non limitati a sintetiche osservazioni come quelle che seguono, da intendere quali meri spunti di riflessione.

7. Sotto il profilo della **legittimazione attiva del curatore fallimentare in sede esecutiva**, si può anzitutto ritenere il *decisum* del Tribunale di Treviso **compatibile** con la tesi da ultimo fatta propria dalla Suprema Corte nella sua più autorevole composizione, per almeno due ordini di ragioni.

In primis, sono le stesse Sezioni Unite a indicare la disciplina contenuta negli artt. 665 ss. c.p.p. quale meccanismo per far valere le prerogative dei creditori, dal momento che “*il legislatore ha demandato al giudice penale (...) l’onere di salvaguardare i diritti dei terzi acquisiti in buona fede [e il giudice dell’esecuzione penale è] chiamato a risolvere, su istanza delle parti interessate, tutte le questioni che attengono alla esecuzione di provvedimenti giudiziari definitivi*” [Cass. pen., sez. un., sent. n. 11170/15, cit.].

In secondo luogo, la platea di soggetti che possono attivare il rimedio in sede esecutiva è certamente *più vasta* di quella dei legittimati a impugnare le misure cautelari, poiché **l’art. 666 c.p.p. menziona chiunque sia “interessato”**. In altri termini, se il curatore fallimentare non è – in base alla giurisprudenza di legittimità *post-2014* – titolare del diritto di impugnazione dei provvedimenti con i quali si impongono cautele reali, il medesimo può senz’altro rientrare nell’ampio novero di coloro che si trovano in “una posizione giuridicamente tutelata sulla quale incide l’esecuzione della sentenza” [così Cass. pen., sez. III, 11 maggio 2010, dep. 21 giugno 2010, n. 23761, pres. Lupo, rel. Squassoni, ric. P.C.M., in *CED Cass.*, rv. 247281] ed è pertanto **abilitato a promuovere incidente di esecuzione** a salvaguardia di diritti della procedura sui beni confiscati.

La soluzione appena illustrata presenta comunque numerose **zone d’ombra**, specialmente perché – in sostanza – impone al curatore fallimentare di *attendere* che la misura ablatoria divenga irrevocabile prima di poter agire in sede esecutiva, il che costituisce una limitazione di non poco conto, considerando la durata media dei procedimenti penali nell’ordinamento italiano. Nella vicenda vagliata dal Tribunale di Treviso, ad esempio, qualora la sentenza di prime cure fosse stata impugnata dall’imputato fino al terzo grado di giudizio, sarebbero verosimilmente trascorsi alcuni anni per ottenere una **pronuncia definitiva** e, in caso di conferma della condanna e della correlata confisca, **solo in quel momento** il curatore avrebbe potuto promuovere incidente di esecuzione. Agevole osservare, per concludere sul punto, che un sistema così congegnato non assicura certo la pacifica coesistenza del vincolo cautelare penale con quello conseguente all’apertura di una procedura concorsuale, postulata invece dalle Sezioni Unite quando affermano che “l’uno non ostacola l’altro”: gli ‘ostacoli’, come visto, non mancano e ancor più problematica appare la **carenza di mezzi rimediali nella fase di cognizione**.

8. Più in generale, le **problematiche connesse ai rapporti tra ablazione disposta in sede penale e procedure concorsuali** risultano difficili (se non impossibili) da risolvere in via interpretativa e, nonostante gli apprezzabili sforzi della giurisprudenza, è il legislatore che deve giocoforza farsi carico delle scelte di fondo in materia e dettare una disciplina *ad hoc*, al limite prendendo spunto dalle apposite previsioni contenute nel c.d. *codice antimafia*, ove si distingue tra le ipotesi di **sequestro anteriore o successivo alla dichiarazione di fallimento** (v., rispettivamente, artt. 63 e 64 d. lgs. 159/2011), ferma in ogni caso la **prevalenza delle finalità di prevenzione** rispetto alla tutela dei diritti dei creditori. D’altra parte, indipendentemente dalla **(in)opportunità** di estendere siffatta soluzione normativa a tipologie di misure ablatorie estranee alla **logica emergenziale** del ‘codice antimafia’, tale comparto della legislazione suscita di per sé non poche riserve sotto il profilo della conformità a Costituzione, nonché sul piano politico-criminale, tanto da aver innescato un serrato dibattito dottrinale e sollecitato l’elaborazione di svariati interventi riformatori [in argomento v. F. Menditto, [Confisca di prevenzione e tutela dei terzi creditori. Un difficile bilanciamento di interessi](#), in *questa Rivista*, 7.7.2015; A. Aiello, [Brevi riflessioni sulla disciplina del](#)



4/2017

codice antimafia in tema di tutela dei terzi alla luce dell'ultima proposta di riforma, in *questa Rivista*, 20.4.2016].