

GIUSEPPE BISCARDI

Sequestro preventivo e dichiarazione di fallimento

Estratto dalla *Giurisprudenza italiana*, 2006
pagg. 208-214

UTET
GIURIDICA

GIURISPRUDENZA ITALIANA

GIUSEPPE BISCARDI

Sequestro preventivo e dichiarazione di fallimento

1. Le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno, di recente¹⁾, negato la generalizzata «prevalenza» del sequestro preventivo di cui all'art. 321 c. p. p. sulla dichiarazione di fallimento²⁾ e viceversa, affermando che «il giudice — a fronte di una dichiarazione di fallimento del soggetto cui il bene appartenga — ben può disporre l'applicazione, il mantenimento o la revoca del sequestro...; lo stesso giudice, però, ...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»³⁾. Di contro, detta prevalenza viene affermata in relazione al sequestro a scopo di confisca obbligatoria (artt. 321, 2° comma, c. p. p. e 240, 2° comma, c. p.), in quanto in tal caso il legislatore fissa una presunzione assoluta di pericolosità del bene da sequestrare, in grado di resistere alla successiva

declaratoria fallimentare ovvero di non essere condizionata dal fallimento precedentemente intervenuto⁴⁾. Incidentalmente, le Sezioni unite hanno altresì stabilito che il provvedimento di sequestro probatorio di cui agli artt. 253 e segg. c. p. p. è sempre destinato a prevalere sulla procedura concorsuale⁵⁾ e che, viceversa, quest'ultima prevale sul sequestro conservativo di cui agli artt. 316 e segg. c. p. p., sia questo anteriore o successivo all'apertura del fallimento⁶⁾.

2. Il problema in esame è, indiscutibilmente, di notevole rilevanza. Si fronteggiano, da un lato, l'interesse statale ad impedire conseguenze dannose «da reato» (art. 321, 1° comma, c. p. p.), ovvero ad assicurare il non uso e la non dispersione del bene confiscabile (art. 321, 2° comma, c. p. p.). Dall'altro, l'interesse dei creditori del fallito⁷⁾ alla soddisfazione delle proprie legittime pretese⁸⁾. Si è pertanto al di fuori del canonico contrasto autorità-libertà, che ogni misura cautelare — anche di carattere reale — sottende ed in qualche modo tenta di comporre⁹⁾. Si è, altresì, al di fuori del possibile pregiudizio di diritti costituzionalmente garantiti (art. 42 Cost.) indotto dall'uso dello strumento cautelare¹⁰⁾. Ciò tuttavia non elimina, si ripete, l'enorme rilevanza sociale della questione qui esaminata, spesso troppo disinvoltamente trascurata in ragione, appunto, della mancanza di aspetti attinenti la libertà personale¹¹⁾ e del-

¹⁾ Sez. un., 24 maggio 2004, n. 29951, in *Cass. Pen.*, 2004, 3087 e segg.

²⁾ Quest'ultima può intervenire prima o dopo il provvedimento del giudice penale. Non sembra che la soluzione del problema possa essere influenzata dalla relazione cronologica tra i due fattori. Ciò, nonostante in argomento sia stata propugnata la tesi della prevenzione temporale (v. NAPOLEONI, *Interferenze problematiche tra fallimento e sequestro antimafia*, in *Cass. Pen.*, 1989, 469). Di contro, si è replicato (v. GAITO, *Sui rapporti tra fallimento e sequestro antimafia in funzione di confisca*, in AA. VV., *Studi sul processo penale*, Padova, 1996, 208-209) che differenziare le conclusioni in base a circostanze del tutto accidentali condurrebbe, tra l'altro, a trattamenti discriminatori nei confronti dei creditori del fallimento.

³⁾ Sez. un., 24 maggio 2004, cit., 3092.

⁴⁾ Sez. un., 24 maggio 2004, cit., 3092-3093.

⁵⁾ Sez. un., 24 maggio 2004, cit., 3087.

⁶⁾ Sez. un., 24 maggio 2004, cit., *ibidem*.

⁷⁾ Il credito dovrà avere data certa anteriore alla dichiarazione di fallimento.

⁸⁾ La questione è di massima delicatezza se si ha riguardo alle posizioni creditorie «deboli», ossia non assistite da garanzie reali. V. *infra*.

⁹⁾ In termini DE GREGORIO, *Effetti della dichiarazione di fallimento e misure cautelari disposte sul patrimonio del fallito*, in *Cass. Pen.*, 1993, 699.

¹⁰⁾ BALDUCCI, *Il sequestro preventivo nel processo penale*, 2ª ed., Milano, 1991, 26.

¹¹⁾ Bene di rango sovraordinato, nel tessuto costituzionale, rispetto al patrimonio (MONTAGNA, *I sequestri nel sistema delle cautele penali*, Padova, 2005, 32).

l'asserita assenza di lesione di diritti costituzionalmente protetti¹²⁾-¹³⁾.

3. È noto che il sequestro preventivo costituisce un *novum*, da parte del codice vigente, causato dal recepimento di interpretazioni giurisprudenziali pregresse tese ad attribuire, ad istituti disciplinati dal codice del 1930, finalità extraprocessuali di difesa sociale¹⁴⁾ riassumibili nel concetto di cautela sostanziale¹⁵⁾. Si pensi, in proposito, all'art. 337 c. p. p. 1930¹⁶⁾, ovvero all'art. 219 dello stesso codice¹⁷⁾; disposizioni, appunto, oggetto di utilizzazione atipica ed asservita ad obiettivi di prevenzione speciale.

Ciò premesso, è consueta in argomento l'affermazione per cui l'attuale assetto codicistico contempla tre distinti tipi di sequestro: preventivo (art. 321 c. p. p.), conservativo (art. 316 c. p. p.), probatorio (art. 253 c. p. p.)¹⁸⁾. Peraltro, andrebbe considerato che, come già accennato, nell'art. 321 c. p. p. sono disciplinate due distinte ipotesi: il sequestro preventivo tipico od impeditivo (1° comma) ed il sequestro a scopo di confisca (2° comma)¹⁹⁾. Il primo è consentito a condizione che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato²⁰⁾ crei pericolo di aggravamento o protrazione dello stesso²¹⁾ ovvero possa agevolare la commissione di altri reati²²⁾. Si tratta, all'evidenza, di parametri di preoccupante vaghezza²³⁾, ad oggetto non circoscrivibile²⁴⁾, peraltro non condizionati

dalla sussistenza di gravi indizi di colpevolezza²⁵⁾. Del resto, nel 2° comma dell'art. 321 c. p. p. nessun parametro, seppur vago, viene tipizzato al fine di consentire al giudice l'esercizio del potere discrezionale²⁶⁾. Al riguardo, non è irragionevole sostenere che la figura del sequestro a scopo di confisca presenta elementi caratterizzanti tali da farle assumere marcata autonomia rispetto al sequestro preventivo tipico. Tanto che non pare azzardato riferirsi a quattro, anziché tre, tipologie di misure coattive su beni normativamente disciplinate²⁷⁾. Infatti, il giudice «può» sequestrare beni²⁸⁾ di cui «è consentita» la confisca (art. 321, 2° comma, c. p. p.). Per l'esercizio di tale potere, non è specificamente previsto il necessario impulso del pubblico ministero. Potrebbe trattarsi di omissione innocua, atteso lo stretto collegamento²⁹⁾ con la previsione di cui al comma precedente, nel quale è contemplata la richiesta della parte pubblica. D'altro canto, potrebbe ipotizzarsi un potere-dovere esercitabile d'ufficio. Vero che si tratterebbe di significativo *vulnus* al principio della domanda in materia cautelare³⁰⁾. Ma ciò starebbe proprio a testimoniare l'irriducibilità — *rectius* non omologabilità — della previsione in esame al caso del sequestro preventivo tipico [nonché, ovviamente, del sequestro conservativo³¹⁾]. In essa, infatti, il sequestro è strumentale ad un *dictum* che accede alla condanna³²⁾, per il quale non è necessaria la richiesta del pubblico ministero³³⁾.

¹²⁾ Per un caso interessante di bilanciamento tra valori costituzionali si veda la massima di Cass., Sez. III, 7 luglio 1995, n. 2694, in *Cass. Pen.*, 1998, 235, che risolve nel senso della prevalenza del bene tutelato penalmente anche attraverso strumenti cautelari.

¹³⁾ In argomento, all'urgenza e drammaticità dei fenomeni da regolare corrisponde spesso un arroccamento su sterili formalismi ed istituti ormai obsoleti, come si vedrà anche *infra*, a proposito dell'asserita «resistenza» della confisca al procedimento concorsuale.

¹⁴⁾ MONTAGNA, *I sequestri*, cit., 45.

¹⁵⁾ BALDUCCI, *Il sequestro*, cit., 3.

¹⁶⁾ MONTAGNA, *I sequestri*, cit., 46.

¹⁷⁾ BALDUCCI, *Il sequestro*, cit., 18.

¹⁸⁾ Cfr., in ultimo, Cass., Sez. un., 28 gennaio 2004, n. 2, in *Cass. Pen.*, 2004, 1917 e segg.

¹⁹⁾ *Amplius* GALANTINI, in AMODIO-DOMINIONI, *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, III, 2, Milano, 1990, 272 e segg.

²⁰⁾ Concetto, quest'ultimo, generalmente ritenuto comprensivo del corpo del reato (art. 253, 2° comma, c. p. p.) e suscettibile di ricomprendere tutto ciò che può ritenersi utile all'accertamento del fatto (in ultimo v. Trib. Bari, ord. 27 giugno 2005, in *Dir. e Giust.*, 2005, fasc. 43, 93).

²¹⁾ Occorre quindi non solo che un reato sia ipotizzabile, ma anche che siano configurabili gravi indizi dello stesso: MONTAGNA, *I sequestri*, cit., 98.

²²⁾ GALANTINI, in *Commentario*, cit., 268 e segg.

²³⁾ BALDUCCI, *Il sequestro*, cit., 89.

²⁴⁾ *Supra*, nota 20.

²⁵⁾ MONTAGNA, *I sequestri*, cit., *ibidem*.

²⁶⁾ Come emerge indiscutibilmente dall'uso del verbo potestativo, peraltro contrapposto al tenore letterale dell'art. 321, 2°

comma *bis* c. p. p., dove si prevede che, nei procedimenti relativi a delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, il giudice «dispone» (ossia è obbligato a disporre) il sequestro.

²⁷⁾ Nessuna confusione al riguardo è possibile, come è ovvio, con l'infondato asserto circa la sussistenza di un quarto genere di sequestro da identificare con l'apprensione del corpo del reato, con la conseguenza che il giudice non avrebbe obbligo di motivare detta apprensione (per efficace e definitiva confutazione, in argomento, v. Cass., Sez. un., 28 gennaio 2004, cit., 1918).

²⁸⁾ Mobili, immobili, crediti (cfr. GAITO, *Sui rapporti*, cit., 205). Ma anche aziende e partecipazioni societarie (v. CASSANO, *Confisca antimafia e tutela dei diritti dei terzi*, in *Cass. Pen.*, 2005, 2155 e segg.). Il che pone ulteriormente drammatici problemi di inadeguatezza dell'apparato normativo ad una situazione di fatto in continua evoluzione. Sul sequestro preventivo di azienda quale causa, addirittura, di fallimento v., in ultimo, FERRAIOLI, *Serve un sequestro preventivo a prova di giusto processo*, in *Il Sole-24 ore*, 10 ottobre 2005.

²⁹⁾ Desumibile dall'avverbio «altresì».

³⁰⁾ Cfr. AMODIO, in *Commentario*, cit., 242.

³¹⁾ In quest'ultimo caso, sarebbe all'evidenza inconcepibile un intervento d'ufficio a tutela delle ragioni «finanziarie» di una parte, verificandosi altrimenti lampante violazione dell'art. 111 Cost. Ma anche per il sequestro impeditivo [assimilabile, *mutatis mutandis*, all'ipotesi di cui all'art. 274, lett. c), c. p. p.] le conclusioni non possono cambiare, non comprendendosi come il giudice potrebbe apprezzare la sussistenza dei pericoli paventati in assenza di apposita prospettazione da parte del pubblico ministero.

³²⁾ Addirittura prescindendone in presenza di beni da sottoporre a confisca obbligatoria (art. 240, 2° comma, c. p. p.).

³³⁾ Donde il possibile parallelismo tra la fase «interinale» e quella della decisione sul merito.

Come detto, i beni³⁴⁾ suscettibili di apprensione coattiva sono quelli di cui si consente la confisca. Consentito vuol dire non vietato; ma non può voler dire obbligatorio, altrimenti il legislatore si sarebbe riferito a cose di cui «è prevista» la confisca (tanto obbligatoria che facoltativa). Ne conseguirebbe il paradossale risultato della possibilità di sequestrare solo i beni passibili di confisca facoltativa, e non anche obbligatoria³⁵⁾. Più ragionevolmente, la disposizione di cui all'art. 321, 2° comma, c. p. p. va letta in raccordo — desumibile, si ripete, dall'avverbio «altresí» — con il comma precedente; per cui il giudice potrà sequestrare il «confiscabile», obbligatorio o facoltativo che sia, anche in assenza dei parametri che legittimano l'adozione del sequestro preventivo tipico³⁶⁾. Detta assenza, come detto, è ulteriore elemento caratterizzante il potere di sequestro di cui all'art. 321, 2° comma, c. p. p. Deve escludersi, ovviamente, che la stessa possa legittimare provvedimenti arbitrari o comunque non fondati su specifiche ragioni, pena la palese incostituzionalità della disciplina³⁷⁾. A tal punto, occorre ragionare sulla natura e finalità della misura di sicurezza patrimoniale in argomento. È nota l'evoluzione normativa dell'istituto della confisca: da strumento di recisione del nesso tra condannato e *res* — nesso che permanendo potrebbe stimolare nuovi reati — a mezzo di aggressione/espropriazione dei patrimoni illeciti³⁸⁾. Sotto il primo profilo la confisca — e quindi il sequestro ad essa prodromico — avrebbe natura essenzialmente cautelare³⁹⁾. La giustificazione del sequestro, pertanto, andrebbe cercata in finalità specialpreventive, perseguite prima del definitivo accertamento giurisdizionale sul reato per cui si procede⁴⁰⁾. Sotto il secondo aspetto — confisca quale sanzione — la *ratio* non potrebbe essere rinvenuta che nell'esigenza, naturalmente da suffragare, di evitare la «dispersione» della cosa. Donde l'assimilabilità di tale inquadramento ai canoni del sequestro con-

servativo di cui agli artt. 316 e segg. c. p. p.⁴¹⁾. Sempre in quest'ambito emerge chiara un'altra considerazione: presupposto inderogabile del sequestro, se la confisca è concepita in chiave sanzionatoria, è la sussistenza di gravi indizi di colpevolezza, tali da far ritenere probabile una pronuncia di condanna⁴²⁾. Altrimenti, due sole alternative sono ipotizzabili. O il sequestro *de quo* va qualificato conservativo, con tutto quello che ne consegue, pena la «truffa delle etichette»⁴³⁾; ma ciò non è possibile, pur a fronte dell'assimilabilità innanzi ventilata⁴⁴⁾, attendendosi, se non altro, ai principi di legalità e tipicità delle misure reali⁴⁵⁾. Ovvero, si avrebbe un'anticipazione degli effetti della condanna, mediante uso punitivo e non cautelare della misura coattiva, e pertanto certamente illegittimo. In proposito, sarebbe vano e riduttivo osservare che la presunzione di non colpevolezza (art. 27, 2° comma, Cost.) è principio non operante nel settore delle misure reali⁴⁶⁾. Se la previsione costituzionale opera anche quale regola di trattamento dell'imputato⁴⁷⁾, va bandito qualunque pregiudizio depotenziato (arrecato in assenza) di *fumus* e di *periculum*: se il secondo è agevolmente individuabile nel rischio di dispersione della cosa, il primo non può che rinvenirsi nella valutazione di sussistenza di gravi indizi di colpevolezza.

4. Per quanto concerne lo specifico quesito circa i rapporti tra sequestro preventivo e fallimento, sembra che la soluzione debba ricercarsi nell'esegesi dell'art. 321, 1° comma, c. p. p. in relazione al sequestro impositivo; e nell'interpretazione della norma sostanziale di riferimento (art. 240 c. p.) per quanto riguarda il sequestro a scopo di confisca.

Converrà sgombrare il campo dalle questioni collaterali: le interferenze tra procedura concorsuale e sequestro, rispettivamente, probatorio e conservativo. Il primo è destinato a preva-

³⁴⁾ Per la preoccupante deriva giurisprudenziale in ordine al nesso di pertinenza tra cosa da confiscare e reato, v. Cass., Sez. un., 17 dicembre 2003, n. 920, in *Cass. Pen.*, 2004, 1182 e segg., con nota di FIDELBO, *Sequestro preventivo e confisca ex art. 12-sexies legge n. 356/1992: dall'esclusione del nesso pertinenziale con il reato al rafforzamento dei presupposti*, *ivi*, 1189 e segg.

³⁵⁾ In senso diametralmente opposto DE GREGORIO, *Effetti*, cit., 702, secondo cui, appunto, l'art. 321, 2° comma, c. p. p. è riferito ai soli casi di obbligatorietà della confisca.

³⁶⁾ Peraltro, il sequestro a scopo di confisca delle cose oggettivamente pericolose (art. 240, 2° comma, n. 2, c. p.) non pare, sul piano finalistico, apprezzabilmente discostarsi dal sequestro impositivo, dovendosi, nel primo caso, quasi ritenere *in re ipsa* il pericolo di aggravamento delle conseguenze dannose del reato ovvero di commissione di altri reati. Ciò, salvo quanto si dirà *infra* circa la natura della confisca, e l'eventuale relazione tra il bene ed il condannato.

³⁷⁾ Per violazione degli artt. 41 e 42 Cost., eccettuato il caso di cui all'art. 240, 2° comma, n. 2, c. p., e salva comunque la previsione di cui all'art. 240, 3° comma, c. p. (*infra*).

³⁸⁾ Per una sintesi sulla questione v. MONTAGNA, *I sequestri*, cit., 276 e segg.

³⁹⁾ In termini Cass., Sez. un., 24 maggio 2004, cit., 3094.

⁴⁰⁾ E va quindi ribadito l'accostamento al sequestro preventivo tipico. In quest'ultimo caso, tuttavia, si prescinde dalla relazione

tra cosa ed imputato, potendosi apprendere anche beni nella disponibilità di soggetti non indagati (v., ad es., Trib. S. Maria Capua Vetere, 15 dicembre 2002, in *Giur. napoletana*, 2003, 116 e segg.), nonché in assenza di soggetti formalmente indagati (MONTAGNA, *I sequestri*, cit., 98).

⁴¹⁾ Sul sequestro conservativo penale v., in generale, GALANTINI, in *Commentario*, cit., 246 e segg.

⁴²⁾ In termini, sembrerebbe, DE GREGORIO, *Effetti*, cit., *ibidem*.

⁴³⁾ Eventualità tutt'altro che remota, specie nei rapporti tra sequestro probatorio ed impositivo (cfr. MONTAGNA, *I sequestri*, cit., 171).

⁴⁴⁾ Vero che in entrambi i casi l'apprensione è finalizzata a garantire ragioni *lato sensu* (nel caso della confisca) patrimoniali. Ma le affinità terminano qui. Annettere una determinata cosa al patrimonio pubblico per esigenze cautelari o sanzionatorie è fattispecie marcatamente distinta dal vincolare un bene a tutela di crediti pubblici o privati (art. 316, 1° e 2° comma, c. p. p.).

⁴⁵⁾ Principi certamente perseguiti dal codice di rito vigente, attraverso la tripartizione — *rectius* quadripartizione, *supra* — dei tipi di sequestro.

⁴⁶⁾ Cfr. CASSANO, *Confisca*, cit., 2167, nota 54.

⁴⁷⁾ ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, 15.

lere comunque sul fallimento, potendo essere disposto anche dopo la relativa dichiarazione, e mantenuto fin che permangano le esigenze probatorie. In linea di principio, l'assunto pare ineccepibile⁴⁸⁾. Anche se alcuni problemi, seppure di taglio prettamente operativo, non vanno taciuti. Si pensi, *in primis*, alle note lungaggini del procedimento penale, certamente idonee ad intralciare se non pregiudicare le aspettative della massa dei creditori. Si consideri, inoltre, il già ricordato rischio della «truffa delle etichette», per cui la formale qualificazione del sequestro a fini probatori potrebbe «nascondere» una misura cautelare reale con obiettivi specialpreventivi. Va ribadita, ancora, la necessità che l'apprensione del bene sia effettivamente indispensabile per l'accertamento in sede penale, e non surrogabile con altre modalità ricostruttive del fatto⁴⁹⁾. Ciò, in ossequio ad inderogabili principi di proporzionalità e ragionevolezza delle misure reali⁵⁰⁾.

In senso opposto a quello sinora esplicitato dovrà concludersi circa il rapporto tra dichiarazione di fallimento e sequestro conservativo di cui all'art. 316 c. p. p. Quest'ultimo è destinato a soccombere una volta intervenuta tale dichiarazione; ed a non poter essere disposto se preceduto da quest'ultima⁵¹⁾. L'affermazione è convincente. Il divieto, qualora intervenga fallimento, di azioni esecutive individuali (art. 51 L. Fall.), eviden-

temente finalizzato ad impedire lesioni della *par condicio creditorum*, è ritenuto pacificamente estensibile al sequestro civile di cui all'art. 671 c. p. c.⁵²⁾, in quanto quest'ultimo non può che costituire preludio all'esecuzione forzata. Il sequestro conservativo penale non si discosta, quanto a finalità, dall'omologa misura civile. L'assunto è corroborato dal marcato avvicinamento tra i due istituti indotto dalla disciplina di cui al codice vigente⁵³⁾. Del resto, il sequestro conservativo si converte in pignoramento al passaggio in giudicato della sentenza di condanna (art. 320, 1° comma, c. p. p.), ovvero se viene dichiarata la provvisoria esecuzione della condanna sul capo civile (art. 540, 1° comma, c. p. p.). Si aprirebbe pertanto la strada per un'esecuzione individuale viceversa vietata, come visto, dalla legge fallimentare. Il che avvalorava definitivamente la tesi che nega, nella fattispecie, la possibilità di disporre o mantenere il sequestro⁵⁴⁾.

5. Circa le interferenze tra sequestro preventivo tipico e dichiarazione di fallimento, sembra di tutta evidenza che il punto dirimente debba individuarsi nel testo dell'art. 321, 1° comma, c. p. p., laddove si richiama il pericolo che la «libera disponibilità» del bene possa condurre alle conseguenze *lato sensu* dannose ipotizzate dal legislatore. C'è da chiedersi, come è ovvio, se il concetto in questione possa conciliarsi con la sottoposizio-

⁴⁸⁾ Anche se appare piuttosto tratlucio il richiamo, contenuto in Cass., Sez. un., 24 maggio 2004, cit., 3095, al «superiore interesse», perseguito nel processo penale, che legittimerebbe detta conclusione.

⁴⁹⁾ Ad esempio, mediante filmati, perizie, ecc.

⁵⁰⁾ Cass., Sez. un., 28 gennaio 2004, cit., 1920. Va da sé che la stretta necessità del provvedimento coattivo, ed il suo carattere di *extrema ratio* — ossia, l'impossibilità di assicurare altrimenti l'obiettivo perseguito —, dovranno risultare da adeguata e specifica motivazione.

⁵¹⁾ A tal proposito, Cass., Sez. un., 24 maggio 2004, cit., 3087, afferma la sopravvenuta «inefficacia» della misura cautelare (v. anche DE GREGORIO, *Effetti*, cit., 705, che tuttavia sembra concludere nel senso della sopravvivenza del sequestro conservativo penale alla dichiarazione di fallimento).

⁵²⁾ DAL CERÒ, in PAJARDI (a cura di), *Codice del fallimento*, 4ª ed., Milano, 2001, 361.

⁵³⁾ AMODIO, in *Commentario*, cit., 243.

⁵⁴⁾ L'ipotizzato parallelismo, in argomento, tra processo penale e processo civile sembra tuttavia finire qui. Il sequestro di cui all'art. 316 c. p. p., infatti, rende privilegiati i crediti per i quali è stato disposto (4° comma). Si tratta di privilegio «forte», poiché prevalente su tutti i crediti chirografari di data anteriore e su tutti quelli, anche privilegiati, di data posteriore, ad eccezione dei privilegi previsti a garanzia del pagamento dei tributi (art. 316, 4° comma). Al riguardo, si è esattamente osservato (MONTAGNA, *I sequestri*, cit., 88) che la previsione *de qua* configura l'unico caso in cui viene accordato privilegio prescindendosi dalla natura del credito preteso. È innegabile che, in tal modo, l'asserito depotenziamento dei tratti pubblicistici del sequestro conservativo penale subisce vigorosa smentita.

La conversione del sequestro in pignoramento non estingue l'illustrato privilegio (art. 320, 1° comma, secondo periodo, c. p. p.). Ci si potrebbe domandare, tuttavia, se l'effetto estintivo possa pro-

dursi nel caso di caducazione del sequestro a causa dell'intervenuta dichiarazione di fallimento. Letteralmente, vi sarebbe spazio per la soluzione positiva, laddove, al momento di detta dichiarazione, non sia ancora avvenuta la conversione *de qua*. *Contra* Cass., Sez. un., 24 maggio 2004, cit., 3096, che peraltro precisa esattamente che l'operatività del privilegio è condizionata dall'intervento di sentenza irrevocabile di condanna. Il che, per inciso, non pare propriamente agevole l'attuazione del principio di ragionevole durata della procedura concorsuale (art. 111, 2° comma, Cost., come noto applicabile a tutte le sedi giurisdizionali). Nel senso che il privilegio sopravviva alla caducazione del sequestro causata dall'intervenuto fallimento v. anche NAPOLEONI, *Fallimento e sequestri penali*, in *Fallimento*, Milano, cd-rom, 2. Tale conclusione, si ripete non imposta dal dato testuale, appare sostenibile se si accede alla tesi per cui, in sostanza, il fallimento costituisce un pignoramento (FILIPPI, *Osservazioni* a Cass., Sez. II, 3 giugno 2003, n. 24160, in *Fallimento*, 2004, 1367), seppure finalizzato a tutelare la massa dei creditori anziché uno o alcuni tra essi. Donde si verificherebbe per tal via una «conversione» analoga a quella prevista dall'art. 320, 1° comma, c. p. p. È tuttavia proprio tale prospettiva potrebbe condurre alla soluzione opposta, argomentando che il vincolo fallimentare annullerebbe la tutela individuale sostituendola, per ragioni di *par condicio*, con quella concorsuale. Non senza considerare che la possibile analogia urta con l'assenza, in caso di intervenuto fallimento, delle altre condizioni di cui all'art. 320 cit. (condanna definitiva o provvisoria esecutività delle statuizioni sulle domande civili).

Il preteso danneggiato da reato che agisce in sede penale, quindi, ha la possibilità di munirsi di un robustissimo titolo di prelazione, che non gli spetterebbe coltivando le proprie ragioni in sede civile. È evidente ed innegabile, al riguardo, il contrasto con la pretesa disincentivazione alla costituzione di parte civile, che il codificatore del 1988 avrebbe perseguito (in tal senso v. AMODIO, in *Commentario*, cit., I, 1989, 434).

ne⁵⁵) del bene alla procedura esecutiva speciale⁵⁶) in cui il fallimento si compendia. Pare al riguardo ininfluente il profilo soggettivo della questione, ossia l'individuazione della persona fisica che, al momento della decisione sul sequestro, abbia — appunto — la disponibilità del bene. Come visto⁵⁷), è pacifico in giurisprudenza e dottrina che sequestro possa darsi anche «in danno» di soggetti terzi rispetto all'indagine ed al processo, e persino in assenza di indagati od imputati. Pacifico, e del resto condivisibile: i pur impalpabili parametri di cui all'art. 321, 1° comma, c. p. p. non contemplan una relazione esclusiva tra la *res* ed un determinato soggetto⁵⁸). Vano sarebbe, quindi, affermare la «soccombenza» del sequestro sulla scorta della considerazione per cui la disponibilità in questione passa dal fallito-imputato⁵⁹) agli organi concorsuali e segnatamente al curatore fallimentare. Come pure appare da un lato inutile, dall'altro fuorviante, sostenere in senso contrario la «resistenza» del sequestro al fallimento, giacché quest'ultimo non eliminerebbe in capo al fallito il diritto di proprietà del bene, sottraendogli solo la disponibilità dello stesso⁶⁰). È pressoché certo che tale argomentazione non sia contestabile: se non altro considerando che il fallito può vendere durante il fallimento, anche se tale atto di disposizione è inopponibile a quest'ultimo⁶¹). E che a liquidazione concorsuale ultimata spetta al fallito l'eventuale *surplus*⁶²). Quanto sopra, tuttavia, non incide sulla soluzione del quesito qui esaminato, rispetto al quale il nodo concettuale

decisivo è rappresentato dalla conciliabilità, o meno, tra «libera disponibilità» di cui all'art. 321, 1° comma, c. p. p. e vincolo sul bene derivante dall'apertura del procedimento concorsuale⁶³). A tal proposito, e con franchezza, non si vede come tale conciliabilità possa essere sostenuta. La pronuncia fallimentare esclude la libera disponibilità⁶⁴); almeno nei casi «fisiologici»⁶⁵). La esclude in capo al fallito, certamente privato — appunto — della disponibilità del bene in forza dell'inequivoca previsione di cui all'art. 42 L. Fall.⁶⁶). La esclude, altresì, in capo agli organi concorsuali, e tra questi specificamente il curatore fallimentare, non apparendo opinabile l'inquadramento della procedura *de qua* quale iter processuale⁶⁷) pubblicistico⁶⁸) finalizzato alla liquidazione dell'attivo in favore della massa dei creditori in base al criterio fondamentale della *par condicio*, pur temperato e regolato dall'eventuale sussistenza di legittimi titoli di prelazione⁶⁹). Ciò premesso, in capo agli organi concorsuali potrà ipotizzarsi una disponibilità dei beni del fallito; ma non certo una disponibilità «libera», dovendo necessariamente intendersi l'aggettivo quale facoltà di uso e disposizione tendenzialmente illimitata, salvo il limite del pregiudizio per i terzi. Unica possibile eccezione a quanto sinora sostenuto, secondo la giurisprudenza⁷⁰), è il caso in cui il bene ricompreso nel fallimento sia connotato da oggettiva — *rectius* strutturale — illiceità⁷¹). In tal caso, pur in pendenza di procedura concorsuale, si legittimerebbe un sequestro finalizzato alla prevenzione speciale

⁵⁵) Precedente o successiva al momento in cui il giudice è chiamato a pronunciarsi sulla richiesta di sequestro preventivo.

⁵⁶) RONCOLETTA, in *Codice*, cit., 8.

⁵⁷) *Supra*, nota 40.

⁵⁸) Al contrario di quanto avviene, come visto *supra*, nel sequestro a scopo di confisca.

⁵⁹) È frequentissimo il caso in cui, a fronte dell'imputazione o dell'indagine a carico di una determinata persona fisica, la titolarità del bene da sottoporre a sequestro spetti a società di persone o di capitali assoggettate a fallimento. Secondo Cass., Sez. un., 24 maggio 2004, cit., 3094, la questione sarebbe ininfluente ai fini della sequestrabilità, in quanto «il concetto di "appartenenza" di cui all'art. 240 c. p. ha una portata più ampia del diritto di proprietà... In applicazione di tale principio deve ammettersi la confiscabilità» — e quindi la sequestrabilità — «di beni di persone giuridiche...». Con diverse moventi, ritorna in sostanza il consueto rilievo dell'imputabilità agli enti superindividuali degli stati soggettivi dei loro rappresentanti (v. anche Trib. Lucca, ord. 6 marzo 1992, in *Cass. Pen.*, 1993, 698). A parte quanto si osserverà *infra* circa l'«appartenenza» di cui all'art. 240 c. p., la questione tende inevitabilmente a complicarsi quando il rapporto tra imputato e società fallita non sia riconducibile a schemi di tale linearità: si pensi all'amministratore di fatto. In ogni caso, il tutto ora va necessariamente correlato alle disposizioni di cui al D. Lgs. n. 231/2001, come pure osserva Cass., Sez. un., 24 maggio 2004, cit., *ibidem*.

⁶⁰) Cass., Sez. un., 24 maggio 2004, cit., 3091.

⁶¹) GUIZZETTI, in *Codice*, cit., 281, che tuttavia, giustamente, qualifica tale potere residuale e «quasi platonico»; Cass., Sez. un., 24 maggio 2004, cit., 3091.

⁶²) Cass., Sez. un., 24 maggio 2004, cit., *ibidem*. Il caso di sopravanzo di attività all'atto della chiusura del fallimento è peraltro

storicamente del tutto trascurabile, come esattamente osserva NAPOLEONI, *Interferenze*, cit., 467.

⁶³) Comunque tale vincolo voglia qualificarsi (*infra*).

⁶⁴) In termini GAITO, *Sui rapporti*, cit., 207.

⁶⁵) *Infra*.

⁶⁶) Sul quale v. GUIZZETTI, in *Codice*, cit., 283 e segg. Esattamente NAPOLEONI, *Interferenze*, cit., 468, rimarca l'identità terminologica tra quest'ultima disposizione e l'art. 321, 1° comma, c. p. p.

⁶⁷) RONCOLETTA, in *Codice*, cit., 4.

⁶⁸) Condivisibilmente, Cass., Sez. un., 24 maggio 2004, cit., *ibidem*, diverge dalla concezione eminentemente privatistica del fallimento, visto quale strumento di composizione del conflitto tra creditori e debitore insolvente (sul che v. RONCOLETTA, in *Codice*, cit., 8). Neppure appare sostenibile la tesi dell'interesse privatistico regolato da procedura pubblicistica (sul che pure v. RONCOLETTA, in *Codice*, cit., *ibidem*). Si è infatti esattamente osservato (MONTAGNA, *I sequestri*, cit., 323) che, in questo come in analoghi casi, l'oggetto della tutela è piuttosto da individuare nell'affidamento incolpevole del terzo, principio che certamente trascende le pur legittime pretese del singolo creditore. È appena il caso di osservare che la tesi della natura privatistica del fallimento è servita in passato alla giurisprudenza per affermare la prevalenza del sequestro preventivo su quest'ultimo, prevalenza giustificata dagli interessi certamente pubblicistici perseguiti tramite il processo penale (come rammenta Cass., Sez. un., 24 maggio 2004, cit., 3090).

⁶⁹) Cfr. RONCOLETTA, in *Codice*, cit., 8 e segg.

⁷⁰) Cass., Sez. II, 3 giugno 2003, cit., 1363 e segg.

⁷¹) Ad esempio, impianti, macchinari o materiali inquinanti.

*erga omnes*⁷²). Tuttavia, neppure tale evenienza, di per sé sola, sarebbe sufficiente a far concludere per la prevalenza del sequestro sul fallimento. Quest'ultimo dovrebbe essere caratterizzato altresì dall'esercizio provvisorio dell'impresa (art. 90 L. Fall.); non potendo in tal caso escludersi totalmente la possibile verifica dei fatti «dannosi» di cui all'art. 321, 1° comma, c. p. p. Si tratta, peraltro, di ipotesi statisticamente infrequenti, se non remota. E comunque «rimediabile» senza ricorrere all'opposizione o permanenza di misura cautelare, dovendo quest'ultima qualificarsi come già visto quale *extrema ratio*⁷³).

Alla conclusione della prevalenza della dichiarazione di fallimento sul sequestro preventivo tipico si è soliti obiettare che la sottoposizione a procedura concorsuale non elimina il rischio di un ritorno del bene nella disponibilità del fallito. L'esempio canonico, in tal senso, si avrebbe con la proposta di concordato

⁷² Cass., Sez. II, 3 giugno 2003, cit., 1365. È interessante osservare che tale pronuncia riguarda un caso di asserita «truffa delle etichette» (nella fattispecie, sequestro preventivo disposto per finalità sostanzialmente conservative).

⁷³ Potrebbe trovare spazio il meccanismo della restituzione «condizionata» di cui all'art. 85 disp. att. c. p. p., come noto applicabile anche in ipotesi di sequestro preventivo in ragione del rinvio di cui all'art. 104 delle stesse disposizioni di attuazione (v. in proposito Cass., Sez. un., 24 maggio 2004, cit., 3093, che tuttavia richiama il meccanismo *de quo* in relazione alla distinta ipotesi del sequestro a scopo di confisca). È importante precisare (come fa DE GREGORIO, *Effetti*, cit., *ibidem*) che le prescrizioni di cui all'art. 85 cit. non potrebbero mai spingersi sino al punto di apporre divieti di disposizione della cosa da restituire, pena la creazione di misure anomale e pregiudizievoli.

A «condizioni» cui può subordinarsi l'esercizio provvisorio fa del resto espresso riferimento l'art. 90, 2° comma, L. Fall. Inoltre, il curatore potrebbe attivarsi affermando e documentando l'impegno alla «regolarizzazione» del bene strutturalmente illecito (cfr. NAPOLEONI, *Fallimento*, cit., 3-4, che si riferisce espressamente ad impianti inquinanti). Potrebbe, infine, ricorrersi alla figura, di creazione giurisprudenziale (cfr. Trib. Venezia, 23 aprile 1997, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 1997, 483), del sequestro «condizionato», la cui esecuzione è inibita laddove l'interessato adempia alle prescrizioni imposte dal giudice. In proposito, è garbata ma ferma la critica di MONTAGNA, *I sequestri*, cit., 104, secondo cui la permanente disponibilità della cosa di per sé potrebbe frustrare gli scopi perseguiti dall'art. 321, 1° comma, c. p. p. A parte che nella specifica fattispecie in esame detto pericolo appare remoto, tale posizione appare eccessivamente rigida. L'individuazione di misure non del tutto aderenti al modello legale va certamente censurata laddove si traduca in un pregiudizio, anche solo ulteriore, per l'interessato. Viceversa, tutto ciò che può consentire il raggiungimento degli obiettivi perseguiti, in assenza della misura estrema dell'apprensione coattiva, appare sistematicamente accettabile. Piuttosto, in ipotesi il punto di criticità è costituito dal contenuto delle prescrizioni idonee, a parere del giudice, ad evitare il provvedimento cautelare. È forte il rischio, infatti, della sovrapposizione di competenze in astratto riservate ad organi amministrativi.

Altra eccezione alla tesi, qui patrocinata, della soccombenza del sequestro al fallimento è data, secondo FILIPPI, *Osservazioni*, cit.,

(artt. 124 e segg. L. Fall.), nella quale il bene *de quo* potrebbe non essere vincolato a garanzia dei creditori⁷⁴).

L'obiezione non sembra accettabile. Non pare infatti seriamente contestabile che il «pericolo» di cui all'art. 321, 1° comma, c. p. p., pur in assenza di aggettivi che lo circoscrivano⁷⁵, debba rivestire i connotati, oltre che della concretezza⁷⁶, anche dell'attualità⁷⁷, se non addirittura dell'immediatezza⁷⁸. È quindi logicamente e giuridicamente improprio riferirsi ad eventualità future — in quanto tali mancanti dei requisiti ora richiamati — e meramente ipotetiche, quali la possibilità che il fallimento evolva in forme concordatarie, e che la proposta di concordato abbia esito positivo (v. infatti artt. 139 e segg. L. Fall.)⁷⁹.

Sempre in un'ottica avversa alla soccombenza, nella fattispecie, del sequestro preventivo tipico, si è osservato che nel corso del fallimento potrebbero esporsi passività fittizie, mediante le

1368, dalla misura cautelare disposta per prevenire le conseguenze del reato di bancarotta.

⁷⁴ Cass., Sez. un., 24 maggio 2004, cit., 3095. Curiosamente, si omette in argomento l'ipotesi tipica di ritorno dei beni nella disponibilità del fallito, ovvero la revoca della dichiarazione di fallimento (artt. 19 e 21 L. Fall.). Peraltro, secondo la prevalente impostazione dottrinale e giurisprudenziale, la sentenza di revoca dovrebbe passare in giudicato, al fine del possibile (v. infatti art. 21, 1° comma, L. Fall.) effetto restitutorio: cfr. RONCOLETTA, in *Codice*, cit., 151.

Nella prospettiva di un possibile ritorno del bene nella disponibilità del fallito, quale elemento fondante la legittima permanenza del sequestro a fronte del fallimento, non possono tacersi le innovazioni indotte dalla riforma del diritto fallimentare (legge-delega n. 80/2005; il decreto legislativo delegato è stato di recente approvato dal Consiglio dei Ministri). Non pare infatti dubbio che l'eventualità in questione possa subire un notevole incremento statistico, posto che la riforma *de qua* tende certamente a privilegiare, rispetto all'assetto vigente, la continuità dell'impresa e la persona dell'imprenditore (si pensi, in proposito, alla cosiddetta «esdebitazione»).

⁷⁵ Come rileva BALDUCCI, *Il sequestro*, cit., 145.

⁷⁶ MONTAGNA, *I sequestri*, cit., 102.

⁷⁷ V. ad esempio Cass., Sez. III, 5 maggio 1994, in *Mass Cass. Pen.*, 1994, fasc. 9, 134.

⁷⁸ O imminenza: v. ad esempio Cass., Sez. III, 20 maggio 1997, n. 21113, in *Cass. Pen.*, 1998, 1718 e segg. Peraltro, i concetti in ultimo richiamati sembrano collocarsi su distinti piani logici. L'attualità fotografa la sussistenza, al momento della decisione cautelare, di un iter in grado di produrre le conseguenze di cui all'art. 321, 1° comma, c. p. p. L'immediatezza rappresenta l'impossibilità di interrompere detto iter con mezzi diversi dalla misura coercitiva.

⁷⁹ Anche se la conclusione ora esposta non è certo incentivata dalla giurisprudenza che afferma la legittimità di sequestro preventivo tipico a fronte di immobile abusivo già ultimato (v. ad esempio Cass., Sez. III, 12 giugno 2001, n. 26785, in *Cass. Pen.*, 2003, 564 e segg.), in cui il paventato pericolo si stinge sino a pervenire all'insussistenza.

Inaccettabili le affermazioni di Cass., Sez. III, 27 gennaio 1998, n. 379, in *C.E.D. Cass.*, secondo cui sussiste pericolo anche quando il riacquisto della disponibilità della cosa è virtuale, in quanto il pubblico ministero «non è in grado di conoscere e di controllare

quali sarebbe consentito il ritorno del bene nella disponibilità del fallito⁸⁰). A ciò può obiettarsi che l'accertamento sulla sussistenza e natura dei crediti nei confronti del fallito è sottoposta a procedura di accertamento esclusiva e speciale⁸¹): il fallimento, appunto⁸²).

Altra critica alle conclusioni qui patrocinate è l'affermazione per cui la tesi della soccombenza al fallimento del sequestro impeditivo⁸³ si tradurrebbe in un vantaggio per l'imputato, che per tal via potrebbe vedere estinte le proprie passività ricomprese nel fallimento, o comunque vedere ridotte le stesse⁸⁴), per mezzo di beni che, oltre ad essere pericolosi a norma dell'art. 321, 1° comma, c. p. p., siano anche di presunta origine illecita⁸⁵). Premesso, doverosamente, che l'imputato potrebbe anche non essere condannato, ed i beni in questione non essere di origine illecita, va comunque osservato che si è sostenuto, in modo convincente⁸⁶), che persino la cosiddetta impresa (totalmente) illecita non sfugge al fallimento ed al suo principio in-

formatore, la *par condicio*. E che, pur stando così le cose, non si comprende per quale motivo l'esigenza di neutralizzare tale indebito beneficio⁸⁷), debba essere perseguita a prezzo del sacrificio dei creditori, terzi incolpevoli, in quanto tali meritevoli di pari, se non più ampia, tutela⁸⁸).

In conclusione: il vincolo⁸⁹) sui beni indotto dalla dichiarazione di fallimento inibisce la possibilità di disporre sugli stessi beni sequestro impeditivo⁹⁰), salvo il caso eccezionale dell'esercizio provvisorio dell'impresa⁹¹), giacché tale vincolo preclude la libera disponibilità della cosa, con la conseguenza che nella fattispecie verrebbe a mancare il presupposto che legittima la misura cautelare⁹²). Se le eventualità sopra ipotizzate (concordato, ecc.) dovessero concretizzarsi, concorrendo le altre condizioni di cui all'art. 321, 1° comma, c. p. p., il sequestro, viceversa, potrebbe essere disposto (o ri-disposto)⁹³).

In tale prospettiva, è senz'altro apprezzabile l'auspicio ad uno «scambio di informazioni e di conoscenze tra l'autorità

tempestivamente le vicende dei vincoli civili o amministrativi o processuali che limitano» tale disponibilità. In sostanza, le disfunzioni operative farebbero premio su diritti costituzionalmente garantiti (*sic*).

⁸⁰) Cass., Sez. un., 24 maggio 2004, cit., *ibidem*. Nello stesso senso Cass., Sez. V, 18 settembre 2003, n. 38117, in *La legge*, Milano, cd-rom, 2.

⁸¹) FILIPPI, *Osservazioni*, cit., 1366.

⁸²) Del resto, l'accertamento in sede penale — ad esempio, mediante confessione «riscontrata» — della fittizietà in questione potrebbe di per sé legittimare un provvedimento di sequestro (*infra*).

⁸³) Ma in tal caso il discorso riguarda anche il sequestro a scopo di confisca.

⁸⁴) L'argomento è riportato, tra gli altri, in NAPOLEONI, *Interferenze*, cit., *ibidem*.

⁸⁵) È frequente che l'uso del bene di origine illecita di per sé materializzi il pericolo di cui all'art. 321, 1° comma, c. p. p.: si pensi, ad esempio, al riciclaggio.

⁸⁶) Cfr. GAITO, *Sui rapporti*, cit., 214-215, nota 35.

⁸⁷) Cass., Sez. un., 24 maggio 2004, cit., 3096.

⁸⁸) MONTAGNA, *I sequestri*, cit., 325. Del resto, l'obiezione sinora esaminata è stata elaborata principalmente in tema di rapporti tra fallimento e cosiddetto sequestro «antimafia» di cui alla legge n. 575/1965 e succ. mod. Rapporti non omologabili a quelli tra fallimento e sequestro preventivo tipico, come osserva MONTAGNA, *I sequestri*, cit., 268-269 (anche nota 138).

Ferma restando la non omologabilità tra il caso qui in esame e quello concernente la legislazione antimafia, va tuttavia osservato che in quest'ultima (come ricorda GAITO, *Sui rapporti*, cit., 205-206) è rinvenibile un indice testuale idoneo ad avvalorare indirettamente la tesi della prevalenza del fallimento sul sequestro preventivo tipico. Infatti, l'art. 2 *ter*, 2° comma, legge n. 575/1965 — come introdotto con legge n. 646/1982 — prevede che il sequestro «antimafia» può essere ordinato con salvezza, tuttavia, degli artt. 22, 23 e 24, legge n. 152/1975. Quest'ultimi, a loro volta, prevedono la sospensione provvisoria dell'amministrazione dei beni sequestrati. Con ciò, quindi, il soggetto perde la disponibilità degli stessi, ed a tale perdita è appunto ricollegata l'impossibilità di emissione del provvedimento coercitivo. Nessuno può negare che la perdita di disponibilità conseguente a fallimento è perlomeno

pari, se non superiore, a quella derivante dalla fattispecie ora illustrata.

Ulteriore indice normativo — valevole anche, se non soprattutto, nella distinta ipotesi di sequestro a scopo di confisca — a favore della tesi qui accolta è rinvenibile nella disciplina di cui all'art. 320, 2° comma, secondo periodo, c. p. p. Come è noto, è previsto che all'esecuzione sui beni oggetto di sequestro conservativo segua una distribuzione del prezzo ricavato che impone prioritariamente, rispetto alle spese «di giustizia», la soddisfazione della parte civile. È evidente che debba evitarsi qualunque pericolosa ed inutile confusione concettuale tra gli interessi sottostanti la disciplina dei sequestri di cui all'art. 321 c. p. p. e quelli che fondano la normativa sul sequestro conservativo. E tuttavia, non può negarsi che l'art. 320 cit. esprime una chiara preferenza per le esigenze privatistiche rispetto a quelle statuali (si tratta del resto di disposizione non innovativa in relazione all'art. 191 c. p., come ricorda MONTAGNA, *I sequestri*, cit., 93-94, che tuttavia conclude discutibilmente 75 per l'inversione di tale ordine laddove il sequestro venga richiesto solo dal pubblico ministero). Dal che l'insostenibilità di una posizione volta ad affermare la generalizzata prevalenza del sequestro impeditivo sul fallimento in base esclusivamente agli interessi pubblicistici perseguiti nel processo penale (*supra*).

⁸⁹) Quale che sia la qualificazione giuridica di quest'ultimo. Qualificazione, viceversa, essenziale per la soluzione del rapporto tra fallimento e sequestro a scopo di confisca (*infra*).

⁹⁰) In termini Trib. Lucca, ord. 6 marzo 1992, cit., 696. *Contra* Cass., Sez. V, 18 settembre 2003, cit., *ibidem*.

⁹¹) Cui può aggiungersi l'ipotesi dell'affitto di azienda ricompresa nell'attivo fallimentare.

⁹²) In termini anche NAPOLEONI, *Interferenze*, cit., *ibidem*, limitatamente al sequestro posteriore alla declaratoria fallimentare.

⁹³) Così GAITO, *Sui rapporti*, cit., 213, che, relativamente al caso di sopravanzo dell'attivo, argomenta in base all'art. 120 L. Fall.

Va da sé che non basterebbe il ritorno *in bonis* a legittimare la misura reale. Va ribadito, infatti, che nell'art. 321, 1° comma, c. p. p. si prescinde dalla relazione tra il soggetto e la *res*. Occorrerà, pertanto, ulteriore motivazione sulla circostanza che il ritorno del bene nella libera disponibilità possa condurre alle conseguenze paventate dalla disposizione in esame.

giudiziaria penale e quella civile»⁹⁴). Ma tale auspicio pare inidoneo a mutare le conclusioni qui rassegnate, dovendosi ritenere, si ripete, l'illegittimità della permanenza od apposizione di misura cautelare sulla base di ipotesi che difettino del requisito dell'attualità.

6. Come già accennato, relativamente al rapporto tra sequestro a scopo di confisca (art. 321, 2° comma, c. p. p.) e dichiarazione di fallimento, le cadenze argomentative — seppur brevi, atteso il profilo prevalentemente sostanziale della questione — devono essere altre, e del tutto autonome, rispetto a quelle sinora esposte. Nel caso ora in esame, la chiave di volta è costituita dalla disposizione di cui all'art. 240 c. p. Come è noto, secondo quest'ultimo (3° comma) non è confiscabile — quindi non è sequestrabile a scopo di confisca — ciò che appartiene a terzo estraneo al reato⁹⁵). A tal proposito, le affermazioni dei giudici di legittimità⁹⁶) paiono, da un lato, non del tutto approfondite; dall'altro, contraddittorie. È indiscusso⁹⁷) che il concetto di appartenenza sia più ampio di quello di proprietà. È ampiamente condivisibile che il curatore fallimentare rivesta usualmente⁹⁸) posizione di terzietà⁹⁹) tanto rispetto al fallito quanto rispetto ai creditori, e che solo in casi eccezionali possa essere considerato rappresentante del primo o dei secondi¹⁰⁰). Ciò che nella fattispecie difetterebbe, viceversa, è l'estraneità del curatore al reato¹⁰¹). L'asserto è in contrasto con la più che prevalente giurisprudenza sul punto¹⁰²), secondo cui l'estraneità in questione va desunta dall'assenza — oltre che di partecipazione al reato, come è ovvio — di collegamento diretto od indiretto con il suo autore; collegamento ravvisabile anche nei casi di colpa *in vigilando*. Ciò posto, non si vede quale collegamento possa darsi, nel caso, tra reato¹⁰³) e curatore falli-

mentare. Al quale, del resto, non è neppure imputabile l'addebito (*sic*) di utilizzo dei profitti¹⁰⁴) derivante dal bene confiscabile; essendo indiscutibilmente tale utilizzo «sorvegliato» e finalizzato allo scopo della soddisfazione per quanto possibile della massa dei creditori. Piuttosto, il *punctum dolens* è rappresentato dal concetto di «appartenenza» di cui all'art. 240, 3° comma, c. p. Si è soliti ricomprendere in essa, oltre che il diritto di proprietà, anche i diritti reali di garanzia e di godimento¹⁰⁵), escludendosi, viceversa, che vi possano rientrare i titolari di diritti relativi, *in primis* di credito¹⁰⁶). A tal punto, il problema da risolvere è la qualificazione giuridica del vincolo sui beni derivante dall'assoggettamento a procedura concorsuale. A tal proposito, si tende ad escludere l'assimilabilità al pegno¹⁰⁷), sottolineandosi piuttosto, *mutatis mutandis*, le affinità con il pignoramento¹⁰⁸). Anche così argomentando, tuttavia, appare con chiarezza l'irriducibilità del vincolo *de quo* alla mera titolarità di diritto di credito¹⁰⁹). Tale vincolo, infatti, sottrae il bene al debitore, finalizzandolo alla soddisfazione dei creditori rispetto ai quali, pertanto, il bene stesso costituisce garanzia¹¹⁰). Ora: si comprende l'esigenza di perimetrare in modo univoco l'asserita maggior latitudine del concetto penalistico di appartenenza rispetto al diritto di piena proprietà. Però desumere, per tal via, l'inoperatività della clausola di cui all'art. 240, 3° comma, c. p., appare soluzione del tutto iniqua sotto il profilo funzionale e del bilanciamento di interessi. Non si comprende per quale motivo le ragioni dei creditori «forti», ossia muniti di garanzia reale, dovrebbero essere salvaguardate, travolgendosi viceversa le ragioni dei creditori chirografari ovvero dotati di privilegio inidoneo a resistere alla confisca¹¹¹).

L'insensibilità di quest'ultima¹¹²) — e del sequestro ad essa finalizzato — al fallimento è sostenuta anche affermando la tesi

⁹⁴) Cass., Sez. un., 24 maggio 2004, cit., 3095. È lecito tuttavia esprimere perplessità sulle forme istituzionali in cui tale scambio dovrebbe avvenire (come sembrano riconoscere le stesse Sezioni unite). Se il pubblico ministero potrà ricorrere ai consueti poteri di apprensione di documenti e di acquisizione di sommarie informazioni testimoniali, per gli organi concorsuali, ed *in primis* per il curatore fallimentare, non sembra profilabile sentiero diverso dalla richiesta di copia di atti a norma dell'art. 116 c. p. p., il tutto salva verifica della compatibilità con l'esigenza del segreto investigativo di cui all'art. 329 c. p. p. Per approfondimenti sul tema v. PACILEO, *Sui rapporti tra procedimento penale e procedura fallimentare*, in *Cass. Pen.*, 2005, 2441 e segg.

⁹⁵) Ricorrendo tale ultimo requisito, la non confiscabilità prescinde dalla natura obbligatoria o facoltativa della misura di sicurezza, come opportunamente rammenta MONTAGNA, *I sequestri*, cit., 326, ad eccezione delle cose oggettivamente pericolose (art. 240, 2° comma, n. 2, c. p.), salva comunque la possibile «regolarizzazione» delle stesse (art. 240, 4° comma).

⁹⁶) Cass., Sez. un., 24 maggio 2004, cit., 3094.

⁹⁷) Per tutti v. Cass., Sez. I, 10 giugno 1994, in *Riv. Polizia*, 1996, 103 e segg.

⁹⁸) Per possibili eccezioni v. BOCCHIOLA, in *Codice*, cit., 224 e segg.

⁹⁹) *Contra* Cass., Sez. I, 7 marzo 2002, n. 13947, in *La legge*, Milano, cd-rom, 3.

¹⁰⁰) *Amplius*, BOCCHIOLA, in *Codice*, cit., *ibidem*.

¹⁰¹) In termini anche Cass., Sez. I, 7 marzo 2002, cit., 3-4.

¹⁰²) Tra le ultime v. la massima di Cass., Sez. I, 2 novembre 2001, n. 3792, in *Cass. Pen.*, 2002, 1706.

¹⁰³) La cui accertata commissione dà o può dare luogo a confisca; ovvero la cui ipotizzazione può dare luogo a sequestro prodromico alla stessa.

¹⁰⁴) Cass., Sez. un., 24 maggio 2004, cit., *ibidem*.

¹⁰⁵) Cfr. MONTAGNA, *I sequestri*, cit., 259.

¹⁰⁶) Si veda tuttavia Cass., Sez. I, 7 marzo 2002, cit., 5.

¹⁰⁷) Seppure sostenuta in epoca remota, come rammenta NAPOLEONI, *Interferenze*, cit., 471, nota 21.

¹⁰⁸) FILIPPI, *Osservazioni*, cit., 1367; RONCOLETTA, in *Codice*, cit., 8-9, che insiste tuttavia sulla specialità, nella fattispecie, rispetto all'esecuzione forzata individuale.

¹⁰⁹) La cui soccombenza, peraltro, rispetto alla confisca appare ben lungi dal costituire soluzione politicamente e socialmente accettabile: cfr. CASSANO, *Confisca*, cit., 2156 e segg.

¹¹⁰) GAITO, *Sui rapporti*, cit., 212.

¹¹¹) L'inaccettabilità di tale conclusione, del resto, è presupposta nelle proposte di riforma della normativa vigente elaborate da apposite commissioni e riportate da CASSANO, *Confisca*, cit., 2168 e segg. (seppure relative alla legislazione antimafia).

¹¹²) A tal proposito, non possono condividersi le conclusioni di Cass., Sez. un., 24 maggio 2004, cit., 3092-3093, circa l'automatica prevalenza del sequestro a scopo di confisca obbligatoria sulla dichiarazione di fallimento. Come già precisato, anche in tal caso la

per cui la confisca stessa costituisce un'ipotesi di acquisto a titolo originario¹¹³⁾ da parte dell'ente pubblico. In sostanza, tale acquisto, nonché le cautele ad esso preordinate, sarebbero insensibili all'apertura del fallimento, dovendo il bene confiscabile ritenersi escluso dal patrimonio del fallito¹¹⁴⁾. Più sobriamente, si è osservato¹¹⁵⁾ che l'acquisto a titolo originario si verifica solo con il passaggio in giudicato della sentenza che dispone la confisca. In modo ancora più convincente, la giurisprudenza¹¹⁶⁾ ha ritenuto la misura di sicurezza *de qua* un modo di acquisto a titolo derivativo, in quanto tale soggetto alle rivendicazioni dei creditori (anche del fallito). Altra giurisprudenza¹¹⁷⁾ ha negato che la confisca — e, si ripete, il sequestro ad essa strumentale — travolga irrimediabilmente le ragioni dei creditori, i quali tuttavia dovrebbero attivarsi solo dopo che la stessa sia stata disposta¹¹⁸⁾. Il che condurrebbe, prevedibilmente, all'incremento dell'incertezza e litigiosità in un settore dell'ordinamento già notevolmente tormentato¹¹⁹⁾.

In conclusione, né esegeticamente, né teleologicamente, sono ravvisabili ragioni convincenti per sostenere la prevalenza del sequestro a scopo di confisca sul fallimento¹²⁰⁾. In altri termini, non si riescono a scorgere i motivi per cui l'incameramento del bene nel patrimonio pubblico¹²¹⁾ dovrebbe costituire soluzione preferibile rispetto all'asservimento dello stesso alla liquidazione concorsuale.

7. Come ricordato in apertura, secondo le Sezioni unite della Corte di cassazione spetta al giudice penale il compito di bilanciare gli interessi che sottostanno, rispettivamente, al sequestro

di cui ai commi 1° e 2° dell'art. 321 c. p. p. ed al fallimento. Tale soluzione è senz'altro innovativa, considerando che sino ad oggi la tesi prevalente¹²²⁾ ha affermato l'automatica — e si direbbe acritica — soccombenza del fallimento alla misura cautelare. Innovativa, tuttavia, non vuol dire condivisibile. Non è del tutto chiaro su quali basi logiche possa fondarsi la valutazione discrezionale; né quali elementi di fatto possano supportarla, dal momento che, come visto, ciò che unicamente rileva è, nel sequestro impeditivo, l'attualità del pericolo derivante dalla libera disponibilità del bene e, nel sequestro a scopo di confisca, l'esigenza di interrompere la relazione tra l'imputato e la cosa, ovvero la volontà del legislatore di espropriare patrimoni di cui si ritiene l'illiceità. Estremizzando il ragionamento dei giudici di legittimità, e con riguardo al sequestro a scopo di confisca, il provvedimento del giudice penale potrebbe condurre alla sottrazione del bene dall'attivo fallimentare, con sostanziale lesione della *par condicio creditorum*¹²³⁾. Per tal via, inoltre, potrebbero crearsi problemi delicatissimi in punto di rapporti intergiurisdizionali¹²⁴⁾-¹²⁵⁾. Non senza considerare — infine — che, accedendo alla conclusione giurisprudenziale, alla necessità di conciliare l'obbligo di una motivazione analitica del provvedimento coattivo¹²⁶⁾ con la vaghezza dei presupposti di cui all'art. 321, 1° comma, c. p. p.¹²⁷⁾, si aggiungerebbe l'obbligo di esporre le ragioni della prevalenza, nel singolo caso, della misura cautelare sul fallimento, o viceversa. Con le ovvie conseguenze dell'ulteriore incremento del contenzioso¹²⁸⁾ e del probabilissimo attentato alla stabilità e prevedibilità dei provvedimenti giurisdizionali.

questione dirimente è l'individuazione del concetto penalistico di appartenenza (salvo il caso di confisca obbligatoria di cose intrinsecamente pericolose ed il cui uso non venga legalizzato, art. 240, 2° comma, n. 2, c. p.). L'affermazione avversata è tanto più insidiosa quanto più si consideri il proliferare, nella legislazione speciale, di casi di confisca obbligatoria (NAPOLEONI, *Fallimento*, cit., 4).

¹¹³⁾ V., in termini fortemente critici, CASSANO, *Confisca*, cit., 2157.

¹¹⁴⁾ Anche perché l'effetto ablatorio conseguente alla confisca non può venire meno in ragione di procedure che, come il fallimento, non incidono sul diritto di proprietà (riporta criticamente tale argomentazione GAITO, *Sui rapporti*, cit., 203).

¹¹⁵⁾ Cass., Sez. un., 28 gennaio 1998, n. 2, in *Cass. Pen.*, 1998, 1947 e segg.

¹¹⁶⁾ Cass., Sez. un., 28 aprile 1999, n. 9, in *Dir. Pen. Proc.*, 1999, 961 e segg.

¹¹⁷⁾ Cass., Sez. I, 7 marzo 2002, cit., *ibidem*.

¹¹⁸⁾ La sede di tale eventuale tutela è stata di frequente ravvisata nella fase dell'esecuzione penale, attraverso lo strumento dell'incidente di cui all'art. 666 c. p. p. (cfr. MONTAGNA, *I sequestri*, cit., 272-273), la cui inidoneità, peraltro, alla risoluzione del conflitto in argomento è stata più volte rimarcata dalla giurisprudenza (in ultimo v. Cass., Sez. I, 9 marzo 2005, n. 13413, in *Fisco*, 2005, I, 5536 e segg.).

¹¹⁹⁾ CASSANO, *Confisca*, cit., 2159.

¹²⁰⁾ Eccettuato, come visto, il caso della *res* intrinsecamente pericolosa e non sottoposta o sottoponibile a «purificazione» (art. 240, 4° comma, c. p.).

¹²¹⁾ V., in proposito, Cass., Sez. II, 16 ottobre 1997, n. 5522, in *Cass. Pen.*, 1998, 2049 e segg.

¹²²⁾ Cass., Sez. V, 18 settembre 2003, n. 38117, cit., *ibidem*; ID., 30 marzo 2000, n. 1926, ne *La legge*, Milano, cd-rom, 2.

¹²³⁾ FILIPPI, *Osservazioni*, cit., 1368.

¹²⁴⁾ Se per tali si intende anche il caso in cui un effetto proprio di un determinato provvedimento giurisdizionale produca conseguenze in una controversia devoluta ad altro giudice (ZUMPANO, *Rapporti tra processo civile e processo penale*, Torino, 2000, 2 e segg.).

¹²⁵⁾ V. infatti Cass., Sez. I, 23 marzo 1998, n. 210267, in *Cass. Pen.*, 2000, 85 e segg., che ha ravvisato conflitto analogo, a norma dell'art. 28, 2° comma, c. p. p., tra giudice penale e giudice fallimentare in ipotesi del tutto assimilabile a quella qui esaminata. *Contra*, condivisibilmente, DELL'ANNO, *È davvero ipotizzabile una ipotesi di conflitto di competenza tra giudice penale e giudice civile?*, *ivi*, 90 e segg. Al riguardo, il rilievo decisivo sembra scorgersi nella non assimilabilità, quanto ad identità del fatto di cui all'art. 28, 1° comma, lett. a), c. p. p., tra le situazioni che legittimano misure cautelari reali nel processo penale e lo stato di insolvenza che fonda la procedura concorsuale.

¹²⁶⁾ MONTAGNA, *I sequestri*, cit., 142 e segg.

¹²⁷⁾ Ma anche, per quanto in precedenza osservato, 2° comma.

¹²⁸⁾ Il curatore fallimentare è certamente legittimato a proporre riesame avverso il provvedimento di sequestro di cui all'art. 321 c. p. p. (Cass., Sez. un., 24 maggio 2004, cit., 3093), come senz'altro desumibile dalla lettera del successivo art. 322.