

29. FALLIMENTO - Effetti per i creditori - Sequestro penale - Disciplina applicabile

Sezione

4

Caso

Quali i rapporti tra sequestri penali e fallimento?

Osservazioni

Quando si parla di rapporti tra sequestri penali e fallimento è evidente che ci addentriamo in materia particolarmente intricata, e ciò a causa della lacunosità del dettato legislativo e della difficoltà del suo oggetto, ai limiti di due branche diverse dell'ordinamento giuridico, quella civile e quella penale, che, al di là della affermazione di principio dell'unitarietà della giurisdizione, risultano essere nella prassi assai più separate e distanti di ciò che la loro reciproca autonomia richiederebbe. In un quadro frastagliato di incertezze e di contrasti giurisprudenziali e dottrinali si iscrive l'autorevole sentenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, 24 maggio 2004, n. 29951, che, in chiave pretoria, stanti le lacune normative, enuclea alcuni principi fondamentali che devono presiedere alla risoluzione delle controversie reali. Le soluzioni prospettate dalla Corte muovono dalla considerazione della priorità degli interessi di volta in volta coinvolti nelle differenti ipotesi in cui ad uno dei tre tipi di sequestro previsti dalla disciplina penalistica (probatorio, conservativo, e preventivo) si sovrapponga una dichiarazione di fallimento, e se, in estrema sintesi, la Corte attribuisce tendenziale prevalenza alle ragioni del penale, nondimeno essa lascia spazio, quanto più possibile, a quelle proprie della procedura fallimentare. In linea con l'insegnamento delle Sezioni Unite si colloca poi la sentenza della Cassazione n. 20443 del 2007 in cui si puntualizzano i contenuti della richiamata sentenza n. 29951/2004 in tema di rapporti tra fallimento e sequestro preventivo finalizzato alla confisca in modo specifico.

Sequestri preventivi e fallimento

La Corte opera una distinzione preliminare tra due diverse ipotesi di sequestro preventivo i cui rapporti con la procedura fallimentare si atteggiano in termini differenti, quella tra sequestro preventivo cosiddetto impeditivo, previsto dal primo comma dell'art. 321 c.p.p., e sequestro preventivo finalizzato alla confisca, di cui al secondo comma dello stesso articolo, rispetto al quale deve operarsi poi una ulteriore suddivisione tra sequestro funzionale alla confisca facolta-

8011

tiva e sequestro funzionale alla confisca obbligatoria, quest'ultima prevista dall'art 240, comma 2, c.p., ovvero da leggi speciali. I casi più interessanti e delicati su cui si è esercitato lo spirito ricostruttivo di sistema della Suprema Corte sono quelli in cui più si manifesta l'interdipendenza tra procedimento penale e fallimento, cioè quelli relativi al sequestro impeditivo di ulteriori reati o dell'aggravio delle loro conseguenze dannose, e del sequestro preventivo finalizzato alla confisca facoltativa. In via generale la sentenza in esame, nel premettere che non può escludersi il rilievo pubblicistico degli interessi perseguiti dalla procedura concorsuale, i quali sovrastano quelli dei singoli creditori, tant'è vero che è la stessa Relazione ministeriale alla legge fallimentare ad evidenziare come tale legge assuma "la tutela dei creditori come un altissimo interesse pubblico", afferma che non necessariamente ed in ogni caso gli interessi pubblici incorporati nei provvedimenti penali debbano prevalere su quelli, ugualmente di rilievo pubblico, cui è diretta la procedura fallimentare (le Sezioni Unite respingono in questo modo quell'orientamento giurisprudenziale che sosteneva una perentoria esclusione del rilievo pubblicistico degli interessi perseguiti dalla procedura concorsuale, i quali sovrastano quelli dei singoli creditori: in tal senso cfr. Cass. civ. 6 febbraio 1998, n. 1213, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 255; Cass. civ. 6 marzo 1995, n. 2570, in *Il fallimento*, 1995, 852; Cass. civ. 27 luglio 1994, n. 7024, in *Giust. civ. Mass.*, 1994, 1016). È il caso in particolare delle due ipotesi sopra menzionate, entrambe, secondo l'insegnamento delle Sezioni Unite, richiedono un accertamento caso per caso da parte dell'autorità giudicante, cui è affidato il potere di compiere un bilanciamento dei valori in conflitto prima di giungere alla decisione sulla controversia concreta. Meno complicata è invece l'ipotesi in cui la procedura concorsuale interferisca con un sequestro preventivo finalizzato alla confisca obbligatoria per intrinseca criminalità del bene. In questo caso il provvedimento penale prevarrà in ogni caso sul fallimento, rispetto al quale è totalmente insensibile, stante che la *res* è considerata pericolosa sulla base di una presunzione assoluta di legge che non può essere in alcun modo superata da valutazioni discrezionali del giudice. Il sequestro impeditivo è previsto dal primo comma dell'art. 321 del codice di procedura penale ed ha finalità di prevenzione speciale: suo scopo precipuo è evitare che la disponibilità di una *res* pertinente ad un reato

possa aggravare o protrarre le conseguenze dello stesso, oppure agevolare la commissione di altri. Presupposto di applicabilità di questa misura cautelare è che la cosa sia nella disponibilità dell'indagato, non occorre invece che essa gli appartenga (com'è invece richiesto per il sequestro funzionale alla confisca). Stante il necessario collegamento tra la misura preventiva e la libera disponibilità della cosa pertinente al reato da parte del reo si è resa necessaria da parte delle Corti una premessa sugli effetti dello spossessamento patrimoniale del fallito ai sensi dell'art. 42 l. fall. (parte della dottrina, qui smentita dalle Sezioni Unite, ha affermato che in caso di dichiarazione di fallimento il sequestro preventivo non sarebbe giuridicamente possibile per mancanza di un suo presupposto essenziale, in quanto lo spossessamento che segue alla procedura concorsuale comporta la sottrazione al fallito della disponibilità del suo patrimonio e la sua devoluzione al pubblico ufficio fallimentare. Cfr. Gaito, *Sui rapporti tra fallimento e sequestro antimafia in funzione di confisca*, in *Studi sul processo penale*, Padova, 1996, 207. In realtà il fallimento toglie la disponibilità giuridica, ma non necessariamente quella materiale, inoltre il sequestro preventivo mira non solo a togliere la disponibilità, ma anche ad impedire riacquisti; cfr. F.M. Iacoviello, *Fallimento e sequestri penali*, in *Riv. fall.*, 2005, 11, 1277). Si è così affermato che questo consiste nella sottrazione della disponibilità dei beni in capo al fallito, senza peraltro che possa derivare da ciò l'annullamento dello stesso presupposto di ammissibilità oggettiva del sequestro preventivo, posto che il fallito ne conserva la proprietà fino alla vendita fallimentare, sebbene il suo diritto reale sia vincolato al soddisfacimento dei creditori. Ma è soprattutto il fatto che il fallito potrebbe rientrare in possesso della *res* dopo la chiusura del fallimento, nel caso di avanzo di attivo, a giustificare l'autonomia funzionale e la piena legittimità della misura cautelare penale anche in costanza di fallimento. Per contro non può escludersi a priori che nella concretezza l'intervenuta procedura fallimentare sia in grado di soddisfare in modo indiretto le stesse ragioni cautelari che giustificerebbero un sequestro preventivo, rendendolo in questo modo ultroneo. Ciò perché la stessa procedura concorsuale realizza interessi pubblicistici e soprattutto perché il fallimento, comportando lo spossessamento del debitore, di fatto produce per sua natura lo stesso effetto che il sequestro preventivo raggiungerebbe dal-

l'esterno: potrà così accadere che nel caso in cui sia già intervenuto un sequestro impeditivo questo possa essere revocato, ed i beni restituiti alla curatela. Il giudice dovrà dunque, secondo l'insegnamento della Corte, decidere caso per caso, effettuando una valutazione di bilanciamento del motivo della curatela e delle ragioni alla tutela dei creditori, tenendo conto del concreto svolgimento della procedura concorsuale, di cui dovrà adeguatamente dare conto nella motivazione della sentenza. Alla stregua di questa valutazione il sequestro potrà essere revocato, ferma restando poi la possibilità di una nuova applicazione della misura cautelare reale quando ritornino attuali i suoi presupposti.

Con riguardo al sequestro funzionale alla confisca, la sentenza in esame, dopo avere premesso che il *periculum* che giustifica il sequestro si ricollega alla confiscabilità del bene, la quale è correlata alla pericolosità sociale della *res* e non a quella dell'agente, afferma che bisogna nettamente distinguere, a seconda delle finalità che essa persegue e della intrinseca natura dei beni da confiscare, due diverse ipotesi di confisca dalle quali discendono effetti diversi relativamente ai rapporti con il fallimento. La prima ipotesi riguarda la confisca di cose aventi di per sé natura intrinsecamente ed oggettivamente pericolosa, come quella prevista dall'art. 240 c.p., comma 2, n. 2, o da leggi speciali che in modo analogo impongono la confisca di altre cose anch'esse intrinsecamente pericolose. In questo caso il sequestro e la relativa confisca trovano fondamento nel fatto che è il bene stesso che rappresenta in sé un potenziale pericolo, sia che rimanga nella disponibilità del reo, sia che si trovi in capo a terzi, pertanto esso non può che essere appreso definitivamente dallo Stato, unico soggetto in grado di neutralizzarne la sostanziale carica criminosa. È la natura intrinsecamente ed oggettivamente pericolosa del bene che determina dunque la previsione della obbligatorietà della confisca, innanzi alla quale la valutazione richiesta al giudice non contiene margini di discrezionalità, in quanto la *res* è considerata pericolosa in base ad una presunzione assoluta di legge. Ciò che si vuole escludere attraverso siffatta previsione normativa è che il bene possa essere rimesso in circolazione, sia pure attraverso l'espropriazione del reo. È chiaro dunque come in questa ipotesi le finalità del fallimento non siano in grado di assorbire la funzione assolta dal sequestro penale, con la conse-

guenza che esso risulta essere totalmente insensibile alla procedura concorsuale, in quanto prevale in questo caso l'esigenza preventiva di inibire l'utilizzazione di un bene intrinsecamente ed oggettivamente pericoloso (è appena il caso di rilevare che, nell'ipotesi in esame, è la natura intrinsecamente ed oggettivamente pericolosa della cosa in sé che determina il carattere obbligatorio della confisca, e non è già la natura obbligatoria della confisca che determina la pericolosità intrinseca ed oggettiva della cosa. Non sposta i termini del problema il fatto che il legislatore, per motivi di politica criminale, possa attribuire natura obbligatoria alla confisca di cose che non sono in sé intrinsecamente ed oggettivamente pericolose (ad es., il prezzo del reato, ex art. 240 c.p., comma 2, n. 1). Questa eventualità non può valere a conferire alla cosa in sé una natura intrinsecamente pericolosa che non ha e nemmeno può valere a far rientrare questo tipo di confisca nella ipotesi che si sta esaminando, a pena di stravolgere il carattere unitario di questa categoria e di rendere evanescente la stessa ratio che la distingue dall'altra). Il secondo tipo di confisca riguarda invece un bene che non è in sé intrinsecamente ed oggettivamente pericoloso, ma la cui pericolosità deriva dal collegamento con il reo o con un determinato reato. In questo caso la confisca ha finalità social-preventiva e, per certi versi, retributiva, mirando, da un lato, a privare il reo del frutto e dei vantaggi del reato e, dall'altro, a sottrargli risorse potenzialmente utilizzabili in ulteriori attività delittuose (le Sezioni Unite hanno specificato che la funzione di questo tipo di confisca è proprio quella 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", sottolineando altresì che per essa non solo non occorre che la cosa sia in sé pericolosa, ma è sufficiente solo l'esistenza di un nesso strumentale tra la *res* e la perpetrazione del reato, non essendo necessario che la cosa sia anche strutturalmente funzionale alla commissione del reato, sia cioè specificamente predisposta, fin dall'origine, per l'azione delittuosa). In sintesi, in questa ipotesi, non essendo il sequestro preventivo finalizzato ad impedire la circolazione di un bene intrinsecamente pericoloso, la confisca a cui esso è funzionale non ha, almeno normalmente, carattere obbligatorio, bensì solo facoltativo, con la conseguenza che al giu-

Sezione

4

3015

dice è attribuito il compito di accertare la sussistenza in concreto delle finalità cui la misura è diretta, ossia che vi sia effettivamente la necessità di evitare che il reo resti in possesso delle cose in questione perché queste potrebbero stimolarlo a perpetrare ulteriori reati. La diversa natura e finalità comporta inoltre che questo tipo di confisca non deve necessariamente realizzarsi attraverso l'eliminazione del bene dalla circolazione attraverso la definitiva apprensione da parte dello Stato, ma è invece perseguita dallo spossessamento del soggetto, ossia dalla sottrazione definitiva del bene alla disponibilità del reo. Tale finalità secondo l'insegnamento delle Sezioni Unite può eventualmente essere conseguita anche mediante lo spossessamento che si verifica in seguito alla declaratoria fallimentare, che potrebbe essere idoneo in alcuni casi a realizzare il medesimo effetto della confisca, facendo quindi venire meno lo stesso motivo della cautela, ed assicurando in più la garanzia dei creditori sul patrimonio dell'imprenditore fallito. Le Sezioni Unite hanno così affermato il principio in virtù del quale è "l'autorità giudiziaria che, caso per caso, deve accertare le concrete conseguenze della eventuale restituzione, tenendo anche presenti le modalità di svolgimento della procedura concorsuale, le qualità dei creditori ammessi al passivo e l'ammontare di questo, al fine di considerare le possibilità che l'imputato, anche qualora abbia agito attraverso lo schermo societario, ritorni in possesso delle cose che costituiscono il prodotto o il profitto del reato", eventualmente consentendo la restituzione con l'imposizione di prescrizioni ai sensi dell'art. 85 disp. att. c.p.p. Il giudice quindi deve opportunamente valutare e conciliare gli interessi connessi alla confisca di questo tipo con quelli della procedura fallimentare e dei creditori e dare motivatamente conto della ritenuta prevalenza degli uni sugli altri, considerando non soltanto la possibilità del ritorno del fallito nella disponibilità dei beni sequestrati alla chiusura del fallimento, ma anche la prospettiva di un eventuale concordato ex artt. 124 e segg. l. fall., "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", come ad esempio "le possibilità di costituzione fittizia di diritti di credito o di diritti reali nei confronti dello stesso fallito" (non sempre evidenziabili attraverso

l'attività di accertamento del passivo e perciò non sicuramente contrastabili con i poteri di scioglimento dei contratti o con le azioni revocatorie e di simulazione, o con altri mezzi propri della procedura fallimentare). La sentenza in esame ha evidenziato poi l'esigenza, pur in mancanza di una espressa previsione legislativa in tal senso, di uno scambio di informazioni e di conoscenze tra l'autorità giudiziaria penale e quella civile, che possano permettere al giudice penale di raggiungere una ragionevole sicurezza che l'eventuale dissequestro non possa essere in alcun modo utilizzato a scopi surrettizi. È questo l'insegnamento e la raccomandazione della Corte, che si inquadra in un'ottica collaborativa che tenda a rinsaldare l'unitarietà della giurisdizione. Le Sezioni Unite svolgono infine alcune considerazioni sull'ufficio del curatore fallimentare al quale è sicuramente riconosciuta la legittimazione a proporre sia l'istanza di riesame del provvedimento di sequestro preventivo, sia quello di revoca della misura, ai sensi dell'art. 322 c.p.p., nonché di ricorrere in Cassazione ai sensi dell'art. 325 dello stesso codice, avverso le relative ordinanze emesse dal tribunale del riesame. Si precisa che in questi casi il curatore agisce, previa autorizzazione del giudice delegato, per la rimozione di un atto pregiudizievole ai fini della reintegrazione del patrimonio, attendendo alla sua funzione istituzionale rivolta alla ricostruzione dell'attivo fallimentare. Viene respinta la tesi, ritenuta indirizzato isolato, che abbracciando una concezione prettamente privatistica della figura del curatore lo considera alla stregua di un rappresentante del fallito (cfr. Cass., I sez. pen., sent. n. 13947/2002, in *Riv. pen.*, 2002, 566; per la quale il curatore, al di fuori dell'esercizio dell'azione revocatoria e della simulazione, nella normalità dei casi si limita ad accentrare in sé la duplice veste di rappresentante della massa dei creditori e del fallito), egli, si dice nella sentenza in esame, è piuttosto "organo che svolge una funzione pubblica nell'ambito dell'amministrazione della giustizia, incardinato nell'ufficio fallimentare a fianco del tribunale e del giudice delegato, quasi ausiliario della giustizia" e conseguentemente terzo rispetto a tutti ed autonomo rispetto al fallito, di cui non può essere considerato rappresentante per la sola ragione che ne tutela indirettamente gli interessi nell'ambito della procedura concorsuale. Viene dunque riconosciuto, in linea con la risalente dottrina maggioritaria (cfr. Quatraro - D'Amora, *Il curatore fallimentare*, Milano,

Sezione

4

8017

1999, 531; Pajardi, *Manuale del diritto fallimentare*, Padova, 1996, 126), il marcato rilievo pubblicistico della procedura fallimentare e come sua conseguenza la natura di organo pubblico del curatore, il quale tutela prima di tutto e soprattutto l'interesse ad un regolare svolgimento della procedura fallimentare. In questo senso egli è terzo rispetto a tutti gli altri soggetti coinvolti nella procedura concorsuale, ivi compreso il fallito. Tuttavia la Corte non attribuisce al curatore anche la qualifica di terzo estraneo al reato ai fini della confisca (in questo senso si condivide invece l'orientamento di Cass., I sez. pen., sent. n. 13947/2002). Nella sentenza in esame la Suprema Corte dispone che "questione ancora differente è il curatore possa considerarsi terzo estraneo al reato, ai sensi e per gli effetti dell'art. 240, comma 3 c.p., il quale sancisce la non confiscabilità dei beni appartenenti a persone estranee al reato". Viene ribadita in questa sede la giurisprudenza costante della Cassazione per cui il concetto di appartenenza di cui all'art. 240 c.p. ha portata più ampia del diritto di proprietà (cfr. secondo un insegnamento costante Cass., III sez. pen., 30 novembre 1978, in *Cass. pen.*, 1981, 42; Cass., I sez. pen., 8 luglio 1991, in *Giust. pen.*, 1992, II, 216), e come "terzo estraneo al reato sia soltanto colui che in nessun modo partecipi alla commissione dello stesso e all'utilizzazione dei profitti che ne sono derivati". Secondo la Corte dunque il curatore fallimentare, quale organo pubblico che dispone dei beni del fallito, non rientra nella nozione di terzo estraneo che non può essere pregiudicato dalla confisca ai sensi dell'art. 240, comma 3, c.p., né egli intrattiene con i beni della procedura un rapporto di appartenenza, con la conseguenza che i beni del fallito possono essere sottoposti a sequestro preventivo e poi eventualmente confiscati senza che la curatela possa agire per ottenere la revoca del provvedimento (alcuni hanno osservato come le argomentazioni della Corte sul punto risultino essere in realtà scarsamente persuasive; una volta che il curatore sia riconosciuto come organo di giustizia occorre necessariamente concludere nel senso che il medesimo ufficio difficilmente potrebbe non reputarsi terzo estraneo al reato: gli organi del fallimento infatti, per definizione, non possono essere coinvolti in alcun modo nel reato commesso. Così Volpe, *Fallimento della società di capitali e revoca della confisca dei beni sociali*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2003, 208).

Sequestro probatorio e fallimento

Il sequestro probatorio è previsto dagli artt. 253 e segg. del codice di procedura penale; esso ha quale finalità fondamentale la tutela delle fonti di prova che devono essere assicurate al processo attraverso l'acquisizione del corpo del reato o di cose comunque pertinenti al reato stesso, necessarie dunque all'accertamento dei fatti. Si tratta evidentemente di una misura strumentale alle esigenze processuali che persegue il superiore interesse della ricerca della verità e che per ciò stesso non può in alcun modo essere vulnerata dalla procedura concorsuale. Essa pertanto può senza alcun dubbio essere disposta su beni già appresi al fallimento, e se anteriore al fallimento, manterrà la propria efficacia anche in seguito alla sopravvenuta apertura della procedura concorsuale ed indipendentemente da questa. L'unico nodo critico prospettabile in questo caso riguarda la necessità di una verifica scrupolosa della reale finalità probatoria del sequestro, che il curatore potrà contestare eventualmente con istanza di revoca del provvedimento o richiesta di riesame dello stesso, oltre che attraverso un eventuale ricorso per cassazione contro l'ordinanza relettiva del tribunale.

Sequestro conservativo e fallimento

Il sequestro conservativo è previsto dall'art. 316 c.p.p. ed è uno strumento cautelare la cui emissione può essere richiesta a tutela delle ragioni creditorie ogni qualvolta sussista una fondata ragione di ritenere che manchino o possano essere disperse le garanzie per il pagamento delle obbligazioni civili derivanti dal reato, la pena pecuniaria, le spese del procedimento od ogni altra somma dovuta dal reo all'erario. Esso è in sostanza una misura prodromica e strumentale ad una esecuzione individuale nei confronti del debitore *ex delicto*, ed in quanto tale ricade nel divieto generale posto dall'art. 51 legge fallimentare per cui dal giorno della dichiarazione di fallimento non possono essere iniziate o proseguite azioni individuali sui beni compresi nel fallimento. Esiste infatti una sostanziale identità funzionale e di presupposti (*periculum in mora*) tra la misura di cui all'art. 316 c.p.p. ed il sequestro previsto in sede civile, che dottrina e giurisprudenza pacificamente ritengono non esperibile in sede di fallimento (Cass. civ., 3 febbraio 1995, n. 1335, in *Il fallimento*, 1995 933; Cass. civ., 18 agosto 1997, n. 7659, in *Gist. civ. Mass.*, 1997, 1438. Viene dunque affermata la completa cedevolezza

Sezione

4

8019

del sequestro conservativo penale alle ragioni concorsuali, con la conseguente caducazione dei suoi effetti qualora la misura cautelare sia eseguita prima del fallimento (salvo il residuo effetto di privilegio sui beni già sequestrati ai sensi dell'art. 316 comma 4 c.p.p. per cui i crediti andranno ammessi al passivo fallimentare con privilegio sui beni sequestrati, in subordine ad una pronuncia irrevocabile di condanna dell'imputato), oppure la sua inefficacia in caso di successiva disposizione.

agosto 2008

Pierpaolo Galimi

**Fonti
normative**

Codice di procedura penale, artt. 253 e segg., 316, 321
Codice penale, art. 240