

Osservatorio Corte di cassazione

Fallimento

La decisione

Truffa aggravata - Applicazione dell'art. 640-*quater* c.p. - Fallimento - S.r.l. - Confisca per equivalente - Disponibilità - Personalità della responsabilità penale (Cost. art. 27, co. 1; artt. 640-bis, c.p., artt. 640-*quater*, 322-*ter*; d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74).

*È errata la decisione che dispone la sanzione della confisca per equivalente di cui all'art. 640-*quater* c.p. sui beni di una s.r.l. per i reati commessi dall'amministratore unico, in assenza della contestazione del d.lgs n. 231 del 2001. Non può configurarsi la "disponibilità" del bene richiesta ex art. 322-*ter* c.p. nel caso in cui il fallimento della s.r.l. sia avvenuto prima della sentenza di condanna. Il fallimento è quindi opponibile alla confisca per equivalente.*

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONE III, 29 maggio 2014, (ud. 16 gennaio 2015) - TERESI, *Presidente* - SAVINO, *Estensore* - CANEVELLI, *P.m.* - M., *Ricorrente*.

Fallimento pregresso e confisca per equivalente. Quale azione per il curatore?

1. Nel 2006 il Tribunale Civile di Palermo, Sezione Fallimentare, pronunciava sentenza dichiarativa di fallimento della società Alfa s.r.l. operante nel settore alimentare, di cui amministratore unico era il sig. Tizio, e contestualmente disponeva la nomina del curatore fallimentare. Il 28 febbraio 2007, con sentenza del Tribunale di Barcellona Pozzo di Gotto (Me), dopo essere stato sottoposto a procedimento penale, l'imprenditore, ex amministratore unico della società, veniva condannato con altri coimputati per i delitti di cui agli artt. 81, 110, 640-*bis* c.p., nonché 81 c.p., 2 d.lgs n. 74 del 2000, per aver con artifici e raggiri atti a predisporre fatture per operazioni in tutto o in parte inesistenti emesse da varie società di fornitura, documentava investimenti in parte inesistenti, al fine di ottenere fondi di finanziamento da parte del Ministero dell'Industria, alla pena di anni tre e mesi sei di reclusione, unitamente all'applicazione della disposizione di cui all'art. 640-*quater* c.p., consistente nell'immediato sequestro e la confisca (postergata al passaggio in giudicato della sentenza) degli impianti della s.r.l. La condanna veniva confermata dalla Corte di Appello di Messina e dalla Suprema Corte di cassazione, la quale confermava la confisca per equivalente ex art. 640-*quater* c.p. dello stabilimento e dei relativi macchinari della s.r.l., della quale era amministratore unico, nonostante in epoca precedente alla sentenza di primo grado fosse già in-

tervenuta la declaratoria fallimentare della società.

2. La vicenda processuale è stata caratterizzata da un'incongruenza terminologica e, di più, sostanziale, delle decisioni dei due giudici di merito che hanno affrontato il caso: mentre infatti il giudice di primo grado ha comminato «la confisca dello stabilimento e dei relativi macchinari che rappresentano il profitto della truffa», diversamente ha deciso il giudice di appello in ordine alla «confisca dello stabilimento e dei relativi macchinari operato *ex art. 640-quater c.p.*, cioè per equivalente» dovendo ritenersi «che essi coprano per difetto il profitto della truffa».

Il tema, dunque, pone alla luce interessanti spunti sulla differenza tra i concetti di “profitto”, nella confisca, e di “disponibilità” nell’ambito della confisca per equivalente, enumerati *ex art. 322-ter c.p.* sul rinvio operato dall’*art. 640-quater c.p.*, di autonomia patrimoniale delle società di capitali, nonché degli strumenti processuali della curatela: punto focale di tale analisi è comprendere che tipo di intervento possa effettuare il curatore della società (fallita nelle more del procedimento di primo grado, prima della sentenza), a fronte della confisca per equivalente, per tutelare le ragioni dei creditori sociali.

Il giudice di primo grado ha disposto l’applicazione dell’*art. 640-quater c.p.* ordinando «la confisca dello stabilimento e dei relativi macchinari che rappresentano il profitto della truffa». Con un espresso richiamo alla voce “profitto” indicata al primo periodo dell’*art. 322-ter c.p.*, la sentenza del tribunale ha evidentemente rinvio al tipo di confisca regolato dal primo periodo dell’*art. 322-ter c.p.*, considerando gli impianti e i beni della Alfa s.r.l. alla stregua di profitto del reato *de quo*. Così come la norma specifica, per i reati richiamati «è sempre ordinata la confisca dei beni che ne costituiscono il profitto o il prezzo, salvo che appartengano a persona estranea al reato».

In realtà, proprio con riferimento alla fattispecie incriminatrice in esame, la nozione di “profitto”, deve ricollegarsi alla maggiore quota dei fondi non dovuti, nel caso in cui siano rappresentati dal beneficiario operazioni o costi riportati in fatture o relazioni ideologicamente false, dunque, il profitto andrebbe calcolato nella differenza tra quanto l’imprenditore avrebbe legittimamente conseguito dalle erogazioni se la sua condotta fosse stata legittima e quanto ha in realtà percepito grazie alla condotta criminosa¹.

¹ Cass., Sez. III, 4 aprile 2012, Il Mastro Birraio di Calabria S.r.l., in *Mass. Uff.*, n. 252546, ed in *Società*, 2012, 84. La Corte, con riferimento al caso concreto, ha anche specificato che nel reato di truffa in erogazioni pubbliche, l’identificazione del profitto cui ancorare il giudizio circa l’entità del profitto e della confisca, diretta o per equivalente, muta a seconda che mediante la condotta fraudolenta sia stata prospettata all’ente erogante una realtà difforme dal vero che ha consentito il perfezionamento del con-

Nel caso di specie, a causa della falsa fatturazione, così come peraltro accertato in decisione, «gli assegni, uniti alla fatturazione, prima attestavano che gli importi fatturati venivano dalla società pagati e corrisposti al fornitore o al prestatore. Ma l'esame della movimentazione bancaria consentiva di verificare come somme ingenti venissero successivamente erogate da questi *ex* creditori all'imprenditore medesimo o ad altri soggetti comunque a lui legati». Appare chiaro, quindi, che dalla falsa fatturazione derivava una spesa effettiva sopportata dalla società ma fittizia in relazione alla causa; nello stesso tempo, l'importo fatturato e versato ai compiacenti fornitori, sarebbe ritornato nella disponibilità personale dell'imprenditore.

La falsa fatturazione ha, quindi, consentito allo stesso imprenditore un incasso in nero servendosi della società, come mero veicolo attraverso il quale si è sviluppato il transito del denaro. Appare, quindi, chiaro che la società Alfa e gli impianti dello stabilimento non potessero rappresentare il profitto del reato, in quanto tutto quanto realizzato con i finanziamenti comunitari risultava essere lecito e coerente con le finalità del finanziamento, mentre l'ingiusto profitto e il collegato danno per la persona offesa si è sostanziato nella quota del finanziamento che attraverso la falsa fatturazione veniva drenata dalla società e dal suo patrimonio ed in nero veniva distratta in favore dell'imprenditore.

3. Di contro, la Suprema Corte, dichiarando inammissibile il ricorso, ha confermato l'indirizzo complessivo già proposto dalla Corte d'Appello di Messina, la quale aveva più correttamente qualificato la sanzione applicata dal giudice di primo grado come "per equivalente", così concludendo : «quanto alla confisca dello stabilimento e dei relativi macchinari operato *ex art. 640-quater* c.p., cioè per equivalente, deve ritenersi che essi coprano per difetto il profitto della truffa».

Va preliminarmente specificato che il secondo periodo dell'art. 322-ter cui la norma fa rinvio predispone una misura dai confini applicativi evidentemente più estesi di quella relativa al profitto.

Su tale seconda e divergente impostazione decisoria sembrano opportune

tratto e le successive erogazioni, oppure sia stata prospettata una realtà che ha permesso alla società di ottenere in modo indebito erogazioni maggiori di quelle cui avrebbe avuto diritto. Sul punto si veda anche Cass., Sez. II, 20 dicembre 2012, R.G., *in Mass. Uff.*, n. 2012, per cui il profitto del reato soggetto a confisca non coincide a qualsiasi prestazione percepita in esecuzione del rapporto contrattuale ma solo al vantaggio economico derivante dal fatto illecito: nella truffa ai danni dello Stato, in cui l'attività finanziata non sia in sé illecita, il profitto del reato deve essere individuato nel guadagno conseguito per l'esecuzione dell'attività, al netto dei costi e dei benefici che la collettività abbia ricevuto o fruito.

alcune precisazioni. La confisca che è stata introdotta per specifici reati dall'art. 322-ter c.p., può appunto applicarsi non soltanto a quanto direttamente possa ritenersi "il prodotto, il prezzo o il profitto" del reato, ma anche ai beni (chiaramente leciti e legittimi) posseduti dall'imputato o, anche, nella sua diretta disponibilità, per un valore corrispondente a tale prezzo o profitto. Ciò premesso, nella fattispecie in esame si poneva il problema se tale confisca potesse essere efficace anche nei confronti della Curatela della società Alfa; ulteriore questione sopraggiungeva in merito alla potenziale azione riservata alla Curatela per potersi opporre alla confisca per equivalente ed ottenere la restituzione dei beni.

In relazione al primo interrogativo sollevato, si deve subito rilevare che la confisca può essere disposta su beni di proprietà dell'imputato o su beni dei quali lo stesso abbia piena disponibilità. In realtà, per come sarà illustrato, non soltanto l'imputato, già definitivamente condannato, non aveva la proprietà dei beni oggetto di confisca ma non ne aveva neanche la disponibilità né diretta né indiretta.

In prima istanza è necessario sottolineare come la vicenda abbia avuto ad oggetto la confisca per equivalente nei confronti dei beni di una società di capitali, la Alfa s.r.l. È appena il caso di osservare come le società di capitali godano dell'autonomia patrimoniale perfetta, e cioè della totale separazione funzionale e strutturale tra il patrimonio della società ed il patrimonio dei singoli soci che la compongono.

Sul punto, anche al fine di fugare ogni residuo dubbio circa tale regola, la Corte Suprema ha in merito specificato che anche il mero fatto che un socio disponga dell'intero capitale sociale di una società a responsabilità limitata non comporta di per sé coincidenza tra i due soggetti, né la confusione tra il patrimonio personale del socio e il patrimonio della società di capitali che è dotata di autonomia patrimoniale perfetta².

In ragione di ciò, non appare corretto poter applicare la confisca per equivalente alla società caratterizzata dall'esistenza di un patrimonio proprio autonomo e distinto da quello del suo socio, per il reato da quest'ultimo commesso. Un'impostazione che favorisse tale orientamento si renderebbe ancora più

² Cass., Sez. II, 16 novembre 2000, Soc. S. Stefano di Cernobbio immob. e Soc. Santo Stefano di Cernobbio immob. c. Min. fin. e tesoro e Min. fin. e altri, in *Giur. it.*, 2001, 306 e in *Studium juris*, 2001, 592. Sul concetto di autonomia patrimoniale perfetta innumerevoli sono le pronunce della giurisprudenza di legittimità, atte a chiarirne la natura e gli effetti. Fra le tante, Cass., Sez. I, 11 dicembre 2013, C.D. e altri c. U. S.p.A. e altri, in *Fisco*, 2014, 465, e in *Società*, 2014, 229; Cass., Sez. I, 31 gennaio 2008, E.L.E.A. s.p.a. c. E.S.P.I. s.p.a. Ente Siciliano Promozione Industriale, in *Società*, 2008, 569; Id., Sez. I, 10 marzo 1999, Banca pop. Crotone c. Stricagnolo e altri, in *Società*, 1999, 947, con nota di FABRIZIO.

errata se, come da ormai consolidata giurisprudenza, tale tipo di confisca è considerato una vera e propria sanzione penale: nonostante il codice penale ne parli come di una misura di sicurezza patrimoniale, l'effettiva *ratio* della confisca per equivalente è quella di consentire un ampliamento oggettivo delle cose confiscabili per finalità prevalentemente sanzionatorie che, oltre a non avere alcun rapporto con la pericolosità individuale del reo, non hanno un collegamento diretto neppure con il singolo reato ed il cui fine è quello di privare il reo di un qualunque beneficio economico dell'attività criminosa, anche di fronte alla impossibilità di aggredire l'oggetto principale, nella convinzione della capacità dissuasiva e disincentivante di tale strumento³.

Del resto, che tale misura pronunciata dal giudice penale all'esito di un processo abbia natura di vera e propria sanzione penale è affermazione che la Corte Edu ha reso in modo costante quantomeno dagli anni novanta⁴, e che ha trovato ampi e definitivi riscontri anche nel diritto interno, sia nella giurisprudenza della Corte costituzionale⁵ che nelle pronunce dei giudici di legit-

³ Cass., Sez. III, 9 ottobre 2013, P.G. in proc. Cruciani, in *Mass. Uff.*, n. 257616, e in *Fisco on line*, 2013. Sulla natura della confisca per equivalente, in dottrina si vedano i contributi di BALDUCCI, *La confisca per equivalente: aspetti problematici e prospettive applicative*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 232; FIANDACA, *Diritto Penale, Parte generale*, Bologna, 2008, 816; SEMINARA, *La confisca allargata. Caratteristiche e limiti di configurabilità*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 1774; CUOMO, *Problemi di giustizia penale tributaria: la confisca per equivalente del profitto*, in *questa Rivista*, 2014, 1; un ulteriore contributo può trovarsi in VITALE, *Le sezioni unite sulla confisca per equivalente. Reati tributari e 231: una questione ancora irrisolta*, in *questa Rivista*, 2014, 1.

⁴ Corte eur. dir. uomo, Grand Chambre, 9 febbraio 1995, Welch c. Regno Unito, in *cmi-skp.echr.coe.int*, secondo la quale la confisca per equivalente, a prescindere dalla sua mera qualifica formale, si traduce in una vera e propria sanzione patrimoniale di natura repressiva «da parificare alla sanzione penale».

⁵ Corte cost., n. 196 del 2010, in *Dir. pen. e proc.*, 2010, 927, in *Corriere Giur.*, 2010, 1237, in *Foro it.*, 2010, 2306, in *Giur. it.*, 2010, 2405 con nota di ARTUSI, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, 591 con nota di ARATO, in *Giur. it.*, 2010, 2255. In un caso avente ad oggetto l'applicazione retroattiva della confisca in tema di responsabilità da circolazione stradale, il Giudice delle Leggi ha affermato che la confisca in esame, al di là della sua qualificazione formale, ha natura essenzialmente sanzionatoria, e non di misura di sicurezza in senso proprio: essa, infatti, «riveste una funzione meramente repressiva e non preventiva», tale che l'eventuale applicazione retroattiva di una misura propriamente sanzionatoria violerebbe il principio di irretroattività della pena sancito dall'art. 7 Cedu ed esteso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo a tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo. In un precedente caso, la Corte costituzionale aveva altresì affermato come, con riferimento ai reati tributari e all'eventuale applicazione retroattiva della confisca per equivalente, la mancanza di pericolosità dei beni che sono oggetto della confisca per equivalente, unitamente all'assenza di un "rapporto di pertinenzialità" tra il reato e detti beni, conferiscono all'indicata confisca una natura "eminentemente sanzionatoria", che impedisce l'applicabilità a tale misura patrimoniale del principio generale previsto dall'art. 200 c.p., secondo cui le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione, e possono essere, quindi, retroattive. A tale conclusione si giunge sulla base della duplice considerazione che il secondo co. dell'art. 25 Cost. vieta l'applicazione retroattiva di una sanzione penale e che la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto in contrasto con i principi sanciti dall'art. 7 Convenzio-

timità⁶).

La riconosciuta natura sanzionatoria della confisca per equivalente comporta, quale corollario, l'applicazione alla stessa dei principi garantistici previsti in materia di sanzioni penali, tra i quali il fondamentale criterio della personalità della responsabilità penale previsto e tutelato dall'art. 27, co. 1, Costituzione.

In ossequio a tali considerazioni è del tutto evidente come la sanzione della confisca per equivalente, in ragione della perfetta autonomia patrimoniale delle società di capitali, che rende le stesse soggetti giuridici totalmente distinti e separati da qualsiasi altro nell'ordinamento giuridico, non possa essere applicata all'ente societario a fronte della distinta responsabilità penale della persona fisica, anche e a maggior ragione della mancata contestazione delle disposizioni penali in materia di responsabilità degli enti da reato prevista dal d.lgs n. 231 del 2001⁷.

Va aggiunto, inoltre, che la confisca per equivalente è un provvedimento ablativo che può avere ad oggetto denaro, beni o altre utilità di cui l'imputato abbia la disponibilità per un valore corrispondente al prezzo, al prodotto o al profitto del reato, previsto per alcune ipotesi criminose per le quali sia intervenuta una sentenza di condanna o di patteggiamento e sia impossibile identificare fisicamente le cose che di tali reati costituiscono effettivamente il prezzo o il profitto⁸.

Come da norma evincibile, condizione dell'applicabilità della sanzione in esame è la disponibilità del bene in capo al reo. Sul punto deve rilevarsi l'insorgere di problemi applicativi quanto al suo presupposto.

ne l'applicazione retroattiva di una confisca di beni riconducibile proprio ad un'ipotesi di confisca per equivalente (Corte cost., ord., n. 97 del 2009, in *Rass. trib.*, 2009, 863, con nota di ARDITO, in *Corriere trib.*, 2009, 1323, in *Corriere trib.*, 2009, 1780 con nota di CORSO, in *Riv. giur. trib.*, 2009, 481, con nota di FONTANA, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, 413).

⁶ La Suprema Corte ha fatto proprie da tempo le istanze costituzionali e comunitarie sulla natura sanzionatoria della confisca per equivalente. Sul punto vale la pena di ricordare alcune pronunce, tra le quali, Cass., Sez. un., 31 gennaio 2013, A.M. e V.P. in *Mass. Uff.*, n. 255036, in *Fisco on line* 2013; Id., Sez. II, 13 maggio 2010, F.V.D., in *Mass. Uff.*, n. 247115; Id., Sez. feriale, 28 luglio 2009, A.N. e altri, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, 1232.

⁷ Sul punto, un utile riferimento è rappresentato dal contributo di VITALE, *Le Sezioni Unite sulla confisca per equivalente. Reati tributari e 231: una questione ancora irrisolta*, cit.

⁸ A tal proposito, utili riflessioni sul concetto di "confisca-sanzione" e "disponibilità" si rinvencono in alcuni contributi, ex pluribus, SOLDI, *Rassegna di giurisprudenza sul tema del sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente, con particolare riferimento al concetto di "disponibilità" dei beni da parte dell'autore del reato: il caso Unicredit e altri*, in *Riv. dir. trib.*, 2012, 795; ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini, Paliero, III, Milano, 2006, 2129; MANES, *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti in malam partem*, in *Cass. pen.*, 2010, 90; MAZZACUVA, *Confisca per equivalente come sanzione penale: verso un nuovo statuto garantistico*, in *Cass. pen.*, 2009, 3420.

Con la declaratoria fallimentare, intervenuta prima della sentenza di condanna di primo grado, così come previsto dalla Legge Fallimentare, l'imprenditore è stato spossessato della società e del complesso dei beni ad essa afferenti, trasferiti nelle mani del Curatore nelle more della procedura d'insolvenza: il debitore-imprenditore non ha conservato né l'amministrazione né la disponibilità del complesso aziendale, né, a qualsiasi altro titolo, la titolarità degli stessi beni.

Sul termine apparentemente vago di "disponibilità", la dottrina prevalente ha condiviso l'idea dell' "accertamento fattuale", tale che consenta di ritenere che, indipendentemente dalla titolarità formale di diritti sul bene, questo rientri nella sfera di disponibilità dell'autore del reato, il quale, rispetto ad esso, si comporta *uti dominus*, come se alla posizione di fatto corrispondesse una legittima posizione di diritto. Il concetto di disponibilità va dunque inteso come disponibilità di fatto, non bastando il mero animus, ma essendo necessaria altresì la concreta possibilità di esercitare il diritto sul bene, tale da configurarsi alla stregua del "possesso" di cui all'art. 1140 c.c.⁹

Soccorrono, in merito varie pronunce della Corte di cassazione, la quale ha

⁹ Su tale questione si registra un dibattito storico nell'ambito della dottrina penalistica. Secondo una parte dei commentatori il concetto di "possesso" andrebbe analizzato alla luce della concezione panprivatistica così da mantenere, anche in sede penale, lo stesso significato detenuto in sede civile. D'altro lato, i fautori della concezione autonomista hanno sostenuto che il possesso consisterebbe nel potere di disposizione autonoma sulla cosa con l'animo di tenerla presso di sé mentre la detenzione consiste nel potere di fatto sulla res esercitato nella sfera di vigilanza del possessore. Ad esser precisi, va detto che il Legislatore, nella formulazione dell'art. 322-ter c.p., ha evitato di indicare all'interprete posizioni giuridiche soggettive note, riconosciute e descritte dall'ordinamento civile, nonostante alcuni abbiano sostenuto che l'utilizzo delle categorie civilistiche avrebbe costituito una vera e propria interpretazione autentica. Poiché, nonostante ciò, il legislatore significativamente ha preferito utilizzare un termine di "indisponibilità" pare condivisibile l'opinione di quella dottrina (PELISSERO, in *Commento alla L. 29 settembre 2000*, n. 300, in *Leg. pen.*, 2001, 1028) secondo cui la nozione "disponibilità" è determinabile non sulla base di criteri formali di accertamento, ma in ragione di un accertamento fattuale. In tal senso, si parlerebbe di "disponibilità" come della situazione di fatto nella quale il reo, indipendentemente dalla sussistenza di un rapporto giuridico formale (reale o obbligatorio) rispetto alla cosa, è in grado di comportarsi rispetto alla cosa medesima come ne fosse proprietario. Un siffatto indirizzo è rinvenibile anche in Cass., Sez. VI, 14 marzo 2007, Squillante ed altri, in *Mass. Uff.*, n. 238086, in cui la Corte affermò che ai fini del sequestro preventivo (funzionale alla confisca per equivalente di cui all'art. 322-ter c.p.) di un conto bancario cointestato con un soggetto estraneo al reato, la misura preventiva reale si estende ai beni comunque nella disponibilità dell'indagato, senza che a tal fine possano rilevare presunzioni o vincoli posti dal codice civile per regolare i rapporti interni tra creditori e debitori solidali o i rapporti tra banca e depositante. Se ne deduce che le norme di diritto civile non hanno un valore assoluto, ma cedono alla giurisdizione penale: origine ne è il carattere sostanzialistico del diritto penale, che è orientato a giudicare i fatti più nella loro consistenza effettiva che nel loro aspetto formale, per cui la giurisdizione penale può superare (considerare non rilevanti) anche assetti contrattuali pure non impugnabili alla stregua di una rigorosa applicazione della normativa civilistica (BORSARI-BERTOLASO, *Reati tributari e riverberi patrimoniali sui beni della società e dell'amministratore. La confisca per equivalente*, in *Il Fisco*, 2009, 559).

sottolineato che per “disponibilità” debba intendersi, al pari della nozione civilistica del possesso, tutte quelle situazioni nelle quali i beni stessi ricadano nella sfera degli interessi economici del reo¹⁰.

In un tale contesto ermeneutico, non sembra possibile sostenere la tesi della “disponibilità dei beni aziendali” di un imprenditore fallito, tale che gli stessi possano essere sottratti tramite una misura penale all’attivo fallimentare, ravvisandosi inevitabilmente il venir meno del necessario presupposto per l’applicazione della sanzione in esame.

4. Dalle suddette riflessioni se ne trae il seguente corollario: sarà possibile per la curatela fallimentare, intervenire sull’esecuzione del provvedimento penale per chiedere la revoca della sanzione della confisca per equivalente, nell’ottica della gestione e della conservazione del patrimonio della società *de quo*, garanzia presente e futura a che gli interessi creditorii siano tutelati *ex art. 2740 c.c.*

Perfino in un caso in cui è stata espressamente contestata la responsabilità amministrativa dell’ente il curatore fallimentare è stato ritenuto rappresentante di interessi qualificabili come diritti di terzi in buona fede sui beni oggetto di confisca (considerato, dunque, come un garante dei diritti dei creditori), la posizione dei quali deve pertanto essere valutata dal giudice nella prospettiva della prevalenza o meno delle esigenze sottese alla confisca¹¹. Ugualmente, e

¹⁰ Si veda a tal proposito Cass., Sez. III, 8 marzo 2012, C.E., C.C., C.R. e R.A., in *Mass. Uff.*, n. 252378, nella quale si è affermato che il sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente *ex art. 322-ter c.p.* può essere applicato ai beni anche nella sola disponibilità dell’indagato per quest’ultima intendendosi, al pari della nozione civilistica del possesso, tutte quelle situazioni nelle quali i beni stessi ricadano nella sfera degli interessi economici del reo, ancorché il potere dispositivo su di essi venga esercitato per il tramite di terzi.

¹¹ Cass., Sez. V, 9 ottobre 2013, P.G.U., in *Il caso.it*, 2014. Nella fattispecie, la Corte ha affermato che il curatore fallimentare sarebbe legittimato, quale terzo in buona fede, a proporre istanza di revoca del sequestro preventivo disposto, *ex art. 19 d.lgs. n. 231 del 2001*, ai fini di confisca in misura equivalente al profitto derivante dal reato, nei confronti di una società fallita, nella cui disponibilità siano confluiti i proventi di un’attività criminosa. Tale decisione si colloca nella logica per cui 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. Diversamente, con riferimento a una fattispecie nella quale era stata contestata espressamente la responsabilità amministrativa dell’ente ed era stato disposto il sequestro in base alla normativa 231, la giurisprudenza della Suprema Corte, in Cass., Sez. un., 25 settembre 2014, B.E., in *Quotidiano Giuridico*, 2014, con nota di MONTAGNA, ha affermato che il curatore fallimentare non sarebbe legittimato a proporre l’impugnazione contro il provvedimento di sequestro adottato ai sensi dell’art. 19,

ancor di più, è conferente a logica che la stessa posizione di garante possa essere assolta dal curatore nel caso di specie, proprio per la mancata contestazione delle regole di *compliance* degli enti.

In questo senso, è significativo come una pronuncia delle Sezioni unite della Cassazione¹² attribuisse al curatore, nello svolgimento dei suoi compiti di amministrazione del patrimonio fallimentare, la legittimazione a proporre già istanza di revoca e di riesame del provvedimento di sequestro preventivo (propedeutico alla confisca per equivalente) e di ricorrere eventualmente in Cassazione, riconoscendogli la possibilità di agire in giudizio in una posizione diversa da quella del fallito: si tratta di un'azione che ha come obiettivo la reintegrazione dell'attivo a tutela, come si diceva, dei creditori che sono terzi rispetto alle vicende personali del fallito.

Il curatore, quindi, può proporre *ex art. 666 c.p.p.* incidente di esecuzione nei confronti della sentenza penale definitiva, per ottenere la restituzione della cosa sulla quale è stata disposta la confisca per equivalente; come del resto hanno ribadito gli ermellini, in sede di incidente di esecuzione, soltanto il terzo e non il condannato può rivendicare la legittima appartenenza del bene sottoposto a confisca¹³.

Giudice competente sarà il giudice dell'esecuzione. Nella fattispecie, a norma dell'art. 665, co. 2 e 3 c.p.p., si tratta del giudice d'appello, dato che questi ha

d.lgs. n. 231 del 2001 per mancanza di interesse.

¹² Cass., Sez. un., 24 maggio 2004, D., in *Mass. Uff.*, n. 228165, *Arch. nuova proc. pen.*, 2004, 511, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2005, 398, in *Fallimento*, 2005, 1265, con nota di IACOVELLO, in *Riv. pen.*, 2005, 364, in *Giur. it.*, 2005, 1507, con nota di MASSARI, e in *Fisco*, 2004, 7355, con nota di IZZO. Il Supremo consesso, in quell'occasione, si è pronunciato in modo parzialmente contraddittorio. Da una parte si è sostenuta la tesi per cui il curatore del fallimento, nell'espletamento dei compiti di amministrazione del patrimonio fallimentare, ha facoltà di proporre sia l'istanza di riesame del provvedimento di sequestro preventivo, sia quella di revoca della misura, ai sensi dell'art. 322 c.p.p., nonché di ricorrere per cassazione ai sensi dell'art. 325 c.p.p. avverso le relative ordinanze emesse dal tribunale del riesame. La Corte ha precisato che in questi casi il curatore agisca, 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. Per altro verso ha affermato che in tema di sequestro preventivo funzionale alla confisca di beni appartenenti alla società fallita, la curatela fallimentare non può considerarsi "terzo estraneo al reato" (così smentendo, peraltro, alcune precedenti pronunce), in quanto il concetto di appartenenza di cui all'art. 240, co. 3, c.p.p. ha una portata più ampia del diritto di proprietà, sì che deve intendersi per terzo estraneo al reato soltanto colui che non partecipi in alcun modo alla commissione dello stesso o all'utilizzazione dei profitti derivati. (In motivazione la Corte ha precisato che la sentenza che dichiara il fallimento priva la società fallita dell'amministrazione e della disponibilità dei suoi beni esistenti a quella data, assoggettandoli alla procedura esecutiva concorsuale finalizzata al soddisfacimento dei creditori, ma che tale effetto di spossamento non si traduce in una perdita della proprietà, in quanto la società resta titolare dei beni fino al momento della vendita fallimentare).

¹³ Si veda Cass., Sez. VI, 02 luglio 2012, C.C, R.D e S.R., in *Mass. Uff.*, n. 253180.

ARCHIVIO PENALE 2015, n. 1

riformato la sentenza di primo grado in punto di responsabilità.

FRANCESCO VITALE