

QUESITI

DAVIDE PAGANI

La legittimazione del curatore fallimentare ad impugnare il provvedimento di sequestro

SOMMARIO: 1. La recente giurisprudenza della cassazione e le Sezioni unite “Uniland”. - 1.1 Introduzione. Il prevalente indirizzo della cassazione. - 1.2 Il principio di diritto ripreso dalla precedente sentenza a Sezioni unite. - 2. Il problema. Una revisione critica dell’orientamento esposto. - 2.1. La violazione del principio di legalità. - 2.2. L’appartenenza e la disponibilità dei beni fallimentari in capo al curatore. - 2.3. Il diritto dei creditori fallimentari e il pregiudizio subito dal provvedimento cautelare. - 3. La legittimazione del curatore ad impugnare il provvedimento. - 3.1. Il ruolo del curatore e il suo interesse ad impugnare. - 3.2. Il fondamento della legittimazione del Curatore. - 3.3. L’*obiterdictum* della sentenza n. 42469/2016.

1. La recente giurisprudenza della cassazione e le Sezioni unite “Uniland”.

1.1. Introduzione. Il prevalente indirizzo della cassazione.

Con due recenti pronunce¹, la Corte di cassazione ha dichiarato l’inammissibilità del ricorso proposto in favore della curatela fallimentare avverso l’ordinanza con la quale il tribunale del riesame competente rigettava l’istanza di riesame del decreto di sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente di una somma di denaro della società fallita.

In entrambi i casi, il provvedimento cautelare veniva disposto per reati tributari previsti dal d.lgs. n. 74/2000 che, come noto, rinviano all’art. 322*ter* c.p. per quel che riguarda l’applicazione della confisca.

La citata giurisprudenza ha fatto proprie le conclusioni affermate da una precedente pronuncia a Sezioni unite²: da una parte estendendo il campo di applicazione del principio *ivi* stabilito e, dall’altra, aggiungendo ulteriori elementi.

Il presente lavoro si propone di effettuare una ricognizione di tale giurisprudenza di legittimità; considerando la possibilità di discostarsi dall’orientamento affermato a Sezioni unite.

Quanto alle recenti pronunce citate, in un caso³ il ricorrente lamentava la mancata tutela del terzo di buona fede nell’ambito del sequestro finalizzato alla confisca obbligatoria di cui all’art. 322*ter* c.p.

¹ Cass., Sez. III, 1 marzo 2016, n. 23388, in *Mass. Uff.*, n. 267346; Id., Sez. III, 12 luglio 2016, n. 42469, *ivi*, n. 268015.

² Si tratta di Cass., Sez. un., 25 settembre 2014, n. 11170, Uniland, in *Mass. Uff.*, n. 263679-680-681-682-684-685.

³ Cass., Sez. III, 1 marzo 2016, n. 23388, cit.

In tale prospettiva, il tribunale avrebbe indebitamente equiparato l'attivo fallimentare al profitto dei reati di evasione, laddove invece le somme sequestrate alla società erano frutto dell'attività recuperatoria del curatore, così negando alla curatela la qualità di soggetto terzo estraneo al reato.

Secondo lo stesso ricorrente, il tribunale avrebbe erroneamente escluso il titolo vantato dal curatore sui beni fallimentari dal novero dei diritti di proprietà sui beni sequestrati, diritti questi ultimi a cui è pacificamente riconosciuta tutela a fronte dell'apposizione del vincolo cautelare.

Infatti la posizione del curatore, avendo ad oggetto la disponibilità dei beni fallimentari, rientrerebbe nella nozione di "appartenenza giuridica" corrispondente al titolo del terzo estraneo al reato a cui è riconosciuta la legittimazione ad impugnare il provvedimento di sequestro.

Nel secondo caso⁴, con motivi in parte analoghi, il ricorrente faceva riferimento alla nozione di "disponibilità" di cui all'art. 322-ter c.p. per fondare la predetta legittimazione del curatore.

Tale nozione sarebbe infatti riferita al profilo sostanziale della titolarità dei beni fallimentari che, distinguendosi da quello formale, non sarebbe interessato dall'apposizione della cautela reale.

In entrambi i casi, pur con differenze dovute al momento di instaurazione della procedura concorsuale e del procedimento cautelare⁵, si chiedeva quindi alla Corte di cassazione che venisse riconosciuta la legittimazione del curatore ad impugnare il provvedimento di sequestro delle somme comprese nella massa attiva, sulla base della sua qualità di terzo estraneo al reato che ha la disponibilità dei beni sequestrati.

Le riportate doglianze sottoposte al vaglio della cassazione non sono state accolte. Tuttavia, le argomentazioni della Corte offrono lo spunto per una revisione critica della questione sottesa.

1.2. Il principio di diritto ripreso dalla precedente sentenza a Sezioni unite.

Le menzionate sentenze hanno affermato, riprendendo una precedente giurisprudenza a Sezioni unite⁶, che il curatore non è legittimato ad impugnare il provvedimento di sequestro dei beni compresi nella massa attiva, né in virtù dell'attività svolta, né in rappresentanza dei creditori fallimentari⁷.

⁴Cass., Sez. III, 12 luglio 2016, n. 42469, cit.

⁵ Differenze sulle quali si tornerà in seguito e che, si ritiene, segnerebbero una distinzione fondamentale ignorata dalla precedente giurisprudenza a Sezioni unite.

⁶ Cass., Sez. un., 25 settembre 2014, n. 11170, Uniland, cit.

⁷ «Il primo principio di diritto che quindi fornisce la sentenza Uniland è proprio nel senso che il curatore fallimentare non è legittimato a impugnare il provvedimento di sequestro d.lgs. n. 231 del 2001, di

Sotto il primo profilo, il curatore sarebbe infatti soggetto estraneo rispetto al procedimento cautelare e quindi privo di diritti sui beni sottoposti a sequestro.

Sotto il secondo profilo, almeno fino alla chiusura della procedura concorsuale, i creditori fallimentari sarebbero titolari di un mero diritto di credito sui beni compresi nella massa attiva e quindi privi di un valido titolo restitutorio in pendenza della procedura.

Tale principio veniva mutuato dalle note Sezioni unite “*Uniland*”⁸ che lo avevano affermato in materia di responsabilità da reato delle persone giuridiche facendo riferimento alla natura dei diritti che possono essere fatti valere dal curatore.

La materia era stata precedentemente regolata dalla risalente pronuncia “*Focarelli*”⁹, sempre a Sezioni unite, che si era occupata dei rapporti tra procedura concorsuale e cautela reale, distinguendo tra confisca facoltativa e confisca obbligatoria.

Quanto alle più recenti pronunce, in un caso¹⁰ la Corte di cassazione ha ritenuto che il principio stabilito dalla sentenza “*Uniland*” in relazione alla confisca del profitto prevista dall’art. 19 del d.lgs. n. 231/2001 dovesse essere applicato anche al sequestro finalizzato alla confisca ai sensi dell’art. 322ter c.p.: quest’ultimo infatti ordina la confisca dei beni «*salvo che appartengano a persona estranea al reato*», utilizzando quindi una dizione maggiormente restrittiva rispetto al primo che fa «*salvi i diritti acquisiti dai terzi in buona fede*».

Nel secondo caso¹¹ i giudici di legittimità hanno rilevato che, nell’impossibilità di riconoscere alla curatela il ruolo di terzo estraneo al reato, la stessa non avrebbe alcuna soggettività giuridica nell’ambito delle cautele penali.

Con la stessa pronuncia, pur manifestando in astratto alcuni dubbi in merito alla soluzione prospettata dalla sentenza “*Uniland*” con riferimento allo specifico caso in cui il provvedimento cautelare segua l’intervento della procedura concorsuale¹², la Corte ha negato in concreto la legittimazione del curatore ad impugnare il sequestro relativo ad un fallimento che seguiva l’apposizione

cui all’art. 19, perché non è titolare di diritto alcuno sui beni, tanto in proprio quanto come rappresentante di terzi, cioè dei creditori del fallito»: Cass., Sez. III, 12 luglio 2016, n. 42469, cit.

⁸ Cass., Sez. un., 25 settembre 2014, n. 11170, cit.

⁹ Cass., Sez. un., 24 maggio 2004, n. 29951, *Focarelli*, in *Mass. Uff.*, n. 228165 che, al termine di un’articolata motivazione, aveva riconosciuto la legittimazione del curatore ad impugnare il provvedimento di sequestro, a certe condizioni e limitatamente alle ipotesi di confisca facoltativa.

¹⁰ Cass., Sez. III, 1° marzo 2016, n. 23388, cit.

¹¹ Cass., Sez. III, 12 luglio 2016, n. 42469, cit.

¹² Come già anticipato, tali dubbi fonderebbero una distinzione che si ritiene fondamentale e sulla quale si tornerà in seguito.

della cautela penale.

In conclusione, sempre facendo riferimento alla sentenza “*Uniland*”, la cassazione ha escluso a più riprese la legittimazione ad impugnare il provvedimento cautelare sia in capo al curatore, che in virtù del suo ruolo pubblico e prevalentemente gestionale non avrebbe alcuna titolarità sui beni della massa attiva, sia in capo ai creditori fallimentari in quanto titolari di un mero diritto di credito.

Si ritiene tuttavia, ed è l’oggetto del presente lavoro, che la legittimazione del curatore ad impugnare il provvedimento cautelare sia connessa alla natura del ruolo svolto, trovando inoltre fondamento nel regime ordinario delle impugnazioni in materia cautelare.

In questo senso deporrebbe la giurisprudenza successiva alla sentenza “*Uniland*” che, lungi dall’appiattirsi su quell’orientamento, quantomeno potrebbe fondare la necessità di un nuovo intervento delle Sezioni unite.

2. Il problema. Una revisione critica dell’orientamento esposto.

2.1. La violazione del principio di legalità.

Si ritiene che le sentenze in esame siano parzialmente contraddittorie laddove, al fine di negare al curatore la legittimazione ad impugnare il provvedimento cautelare, estendono alla confisca di cui all’art. 322^{ter} c.p. un principio stabilito dalla sentenza “*Uniland*” in “materia 231”¹³.

È la medesima Corte infatti ad ammettere che la giurisprudenza richiamata è relativa ad una materia differente¹⁴, salvo poi trarre conseguenze in contrasto

¹³ La sovrapposizione tra confisca ex art. 322^{ter} c.p. e confisca “231” andrebbe in ogni modo scongiurata. Come rilevato da autorevole dottrina, tale operazione si tradurrebbe infatti in una concretizzazione del rischio di duplicazione delle sanzioni. Sul punto v. MEZZETTI, *Profitto e prezzo confiscabili e confisca per equivalente nei reati contro la Pubblica Amministrazione*, in www.penalecontemporaneo.it: «[...] resta invece da stabilire se ed in quale misura, almeno in determinati casi, l’applicazione congiunta della confisca di cui agli artt. 322^{ter} c.p. e 19, d.lgs. n. 231 del 2001, rispettivamente nei confronti delle persone fisiche e degli enti collettivi, possa costituire una “duplicazione” di sanzioni in contrasto col principio del ne bis in idem: vero è, infatti, che si tratta di sanzioni dirette a soggetti diversi e connessi a fatti (illecito penale e illecito amministrativo) comunque scindibili tra di loro; ma è altrettanto vero che, come affermato sempre in giurisprudenza (da ultimo, in tema di reati tributari, Cass., Sez. un., 30.01.2014), il profitto del reato commesso dall’amministratore appartiene all’ente il quale, non potendosi ritenersi “estraneo al reato”, potrebbe subire una doppia ablazione: una volta rispetto al profitto incamerato nelle proprie casse ed ivi versato dall’autore del reato e un’altra volta all’esito della condanna per l’illecito di cui all’art. 25 d.lgs. n. 231 del 2001».

¹⁴ «Questa Corte a Sezioni unite ha affermato, sia pure con riguardo al sequestro preventivo finalizzato alla confisca d.lgs. n. 231 del 2001, ex art. 19, che il curatore fallimentare, soggetto gravato da un munus pubblico, di carattere prevalentemente gestionale, che affianca il giudice delegato al fallimento ed il

con le premesse ed anzi procedendo ad una sovrapposizione dei due campi di disciplina.

Tale sovrapposizione non appare motivata ma, al contrario, sembrerebbe frutto di una mera traslazione.

Sebbene la disciplina concorsuale e quella “231” siano entrambe orientate a ripristinare la legalità di un’attività economica, una è posta a tutela degli interessi dei creditori a fronte di uno stato di insolvenza, mentre l’altra trae origine dalla commissione di un reato nell’interesse o a vantaggio dell’Ente, da ciò nascendo inevitabili interferenze¹⁵.

La differenza tra le due materie avrebbe dovuto condurre a conclusioni opposte, negando un’automatica possibilità di estensione dei principi stabiliti in tema di responsabilità da reato degli Enti al campo dei reati tributari.

Con ciò non si vuol certo negare che il giudice di legittimità sia libero di utilizzare a sua discrezione i principi dallo stesso stabiliti, ma l’autorevolezza di tali principi richiede che gli stessi siano adeguatamente motivati, soprattutto laddove sussista il rischio che si pongano in aperta contraddizione con il dato normativo e, ancor di più, con un principio fondamentale come quello di legalità.

Come noto, infatti, i reati tributari non sono stati inseriti dal legislatore nel catalogo dei reati presupposto di cui al d.lgs. n. 231/2001 e, pertanto, sono esclusi dal campo di applicazione di tale disciplina¹⁶. A meno che non si proceda con quelle “contestazioni indirette” che si sono imposte nella prassi, coinvolgendo tali titoli di reato per il tramite dei reati-mezzo associativi, questi ultimi, sì, previsti nel novero dei reati-presupposto della responsabilità dell’ente.

Nelle citate sentenze, tuttavia, la Corte applica al campo dei reati tributari un principio dalla stessa stabilito in materia di confisca “231”.

In assenza di qualsivoglia motivazione, tale sovrapposizione sembrerebbe quindi risolversi in un tentativo di sostanziale elusione del principio di legalità,

tribunale per consentire il perseguimento degli obiettivi propri della procedura fallimentare, non è legittimato a proporre impugnazione avverso il provvedimento di sequestro preventivo funzionale alla confisca dei beni della società fallita [...]»: Cass., Sez. III, 1 marzo 2016, n. 23388, cit.

¹⁵ Sul punto DI GERONIMO, *Rapporti tra fallimento della società ed accertamento degli illeciti amministrativi dalla medesima commessi: profili problematici in tema di misure cautelari, trasmissibilità delle sanzioni e legittimazione processuale del Curatore nel procedimento a carico della società*, in *Rivista231*, 1, 2011, 147 ss. Inoltre, per un parallelismo tra ruolo della curatela e ruolo del Commissario giudiziario ex art. 15 del d.lgs. 231/2001, BERSANI, *Modelli organizzativi 231/2001 e procedure fallimentari*, in *Rivista231*, 2007, 3, 67 ss.

¹⁶ Per una panoramica sulla disciplina della responsabilità da reato degli Enti, v. AMBROSETTI, MEZZETTI, RONCO, *Diritto penale dell’impresa*, Bologna, 2012.

stabilito all'art. 2 del decreto, al fine di consentire l'applicazione di una sanzione "231" a reati non espressamente previsti.

L'art. 2 citato infatti delimita il campo di applicazione della "disciplina 231", sancendo che l'Ente può essere ritenuto responsabile soltanto in relazione ai reati richiamati dal d.lgs. n. 231/2001¹⁷.

Inoltre, la regola è tenuta ben presente anche dalle stesse Sezioni unite "*Uniland*" che in premessa, relativamente alla possibilità di scomporre un reato complesso per farne derivare le conseguenze consentite solo da una sua porzione¹⁸, affermavano come «*una siffatta operazione [...] si tradurrebbe, invero, nella applicazione di una misura sanzionatoria per una ipotesi criminosa che non la contempla, con conseguente violazione del principio di stretta legalità, che contraddistingue anche l'ordinamento della responsabilità degli enti*».

Per le stesse ragioni, dunque, anche l'applicazione ad un'ipotesi di illecito tributario di un principio stabilito dalla giurisprudenza in relazione alla confisca ai sensi dell'art. 19 del d.lgs. n. 231/2001 potrebbe celare un aggiramento del principio di legalità.

Il risultato sarebbe infatti il medesimo: applicare alle fattispecie di illeciti tributari le conseguenze sanzionatorie previste per la sola responsabilità da reato degli Enti.

Ciò rappresenterebbe un primo vizio nel ragionamento della Corte di cassazione, a monte del mancato riconoscimento di legittimazione in capo al curatore ad impugnare il provvedimento di sequestro di un bene fallimentare.

2.2. L'appartenenza e la disponibilità dei beni fallimentari in capo al curatore.

Come anticipato, la sentenza "*Uniland*" aveva escluso la legittimazione del curatore ad impugnare il provvedimento cautelare negando allo stesso ogni diritto sui beni fallimentari, sia in proprio sia come rappresentante dei creditori concorsuali¹⁹.

¹⁷ Il principio risulta ormai pacifico ed è stato recentemente riaffermato, tra le altre, da Cass., Sez. un., 23 giugno 2011, n. 34476, in *Mass. Uff.*, n. 250347.

¹⁸ In particolare, si trattava della scomposizione di una fattispecie complessa nelle ipotesi di truffa aggravata in danno dello Stato ed evasione fiscale, al fine di far discendere dalla prima l'applicabilità della disciplina prevista dal d.lgs. n. 231/2001, laddove invece la seconda, ritenuta prevalente, non consente tale possibilità.

¹⁹ «*Il curatore [...] è un soggetto gravato da un munus pubblico, di carattere prevalentemente gestionale, che affianca il giudice delegato al fallimento ed il tribunale per consentire il perseguimento degli obiettivi, già indicati, propri della procedura fallimentare. Insomma il curatore non è titolare di alcun diritto sui beni, avendo esclusivamente compiti gestionali e mirati al soddisfacimento dei creditori [...], e non può agire in rappresentanza dei creditori, che a loro volta, prima della conclusione della procedura, non sono titolari di alcun diritto sui beni e sono, quindi, privi di qualsiasi titolo restitutorio sui beni sottoposti a sequestro*»: Cass., Sez. un., 25 settembre 2014, n. 11170, *Uniland*, cit.

In tale prospettiva, la tutela dei terzi di buona fede rispetto al vincolo cautelare finalizzato alla confisca era stata circoscritta al solo diritto di proprietà e agli altri diritti reali²⁰, rimanendo quindi esclusi da tale tutela sia il titolo vantato dal curatore sui beni fallimentari, sia il diritto di credito dei creditori concorsuali sui medesimi beni.

Con specifico riguardo alla posizione del curatore, tale accezione restrittiva del rapporto di titolarità dei beni fallimentari (limitata al diritto di proprietà e agli altri diritti reali), non ha tuttavia trovato unanime conferma nella giurisprudenza successiva.

Da una parte, la sentenza n. 23388/2016 ha dato un'interpretazione restrittiva di tale rapporto di titolarità, applicando alla confisca di cui all'art. 322ter c.p. quanto stabilito dalle precedenti Sezioni unite "Uniland" in materia "231", così estendendo il principio di diritto stabilito da quest'ultima pronuncia.

Nell'effettuare tale estensione, si affermava che la richiamata disciplina codicistica, facendo salvi i soli beni che appartengono a persona estranea al reato, restringesse ancor di più il novero dei diritti tutelati rispetto all'art. 19 del d.lgs. n. 231/2001 che, invece, fa riferimento ai diritti acquisiti dai terzi in buona fede.

In questa prospettiva, l'appartenenza dei beni a persona estranea al reato veniva interpretata esclusivamente come diritto di proprietà o altro diritto reale vantato dalla stessa sui beni medesimi, replicando la soluzione offerta dalla sentenza "Uniland"²¹.

Allo stesso modo, quindi, da tale soluzione conseguiva l'esclusione del curatore dal novero dei soggetti tutelati a fronte dell'apposizione di una cautela reale sui beni compresi nella massa attiva: è infatti agevole negare che la titolarità del curatore sui beni fallimentari corrisponda ad un diritto di proprietà o ad altro diritto reale interpretati secondo il significato conferito loro nel campo del diritto civile.

Dall'altra parte, la sentenza n. 42469/2016 forniva un'interpretazione radicalmente diversa, valorizzando l'ulteriore nozione di "disponibilità" dei beni

²⁰«[...] l'espressione letterale usata dal legislatore e la logica del sistema, che vuole salvaguardare, dal sequestro prima e dalla confisca poi, provvedimenti che intendono ristabilire l'ordine economico turbato dalla illecita attività dell'ente, soltanto i diritti dei terzi gravanti sui beni oggetto dell'apprensione da parte dello Stato, rendono certi che salvaguardato è il diritto di proprietà del terzo acquisito in buona fede, oltre agli altri diritti reali insistenti sui predetti beni, mobili o immobili che siano»: Cass., Sez. un., 25 settembre 2014, n. 11170, Uniland, cit.

²¹«E non a caso, sempre le Sezioni unite ["Uniland"] già citate sopra, hanno affermato che i diritti acquisiti dai terzi di buona fede che, ai sensi dell'art. 19 cit., sono fatti salvi rispetto alla confisca, si identificano nel diritto di proprietà e negli altri diritti reali che gravano sui beni oggetto dell'apprensione da parte dello Stato e non anche dei diritti di credito»: Cass., Sez. III, 1 marzo 2016, n. 23388, cit.

fallimentari di cui al citato art. 322-ter c.p.

In tale pronuncia la Corte si spingeva oltre, distinguendo tra un profilo formale ed un profilo sostanziale di titolarità sui beni fallimentari, in sostanza replicando a fini penalistici la distinzione tra proprietà e possesso propria del diritto civile.

Con riguardo allo specifico settore delle cautele reali, la “disponibilità” veniva quindi equiparata al possesso richiedendo, al fine di fondare il rapporto di titolarità sui beni fallimentari, una concessione col potere di fatto sui beni medesimi²².

L’attribuzione di un significato sostanziale al rapporto di disponibilità dei beni compresi nella massa attiva lasciava intendere che la nozione di “appartenenza” degli stessi beni rimanesse invece collegata alla proprietà e agli altri diritti reali, così specificando ulteriormente il principio affermato dalla sentenza “*Uniland*”.

Il vincolo cautelare riguarderebbe infatti solo il profilo formale della titolarità, senza incidere sulla disponibilità sostanziale del bene fallimentare che quindi dovrebbe essere astrattamente riconosciuta al curatore, così aprendo uno spiraglio al fine di riconoscergli la legittimazione ad impugnare il provvedimento cautelare²³.

Pertanto, nonostante la sentenza “*Uniland*” avesse vincolato la titolarità dei beni fallimentari esclusivamente al diritto di proprietà e agli altri diritti reali sui beni avinti dalla cautela reale, la successiva giurisprudenza sembrerebbe essersi discostata da tale orientamento.

L’approfondimento delle nozioni di “appartenenza” e “disponibilità” di cui all’art. 322ter c.p. ha portato, soprattutto con la sentenza n. 42469/2016, a distinguere l’aspetto formale del rapporto di titolarità dei beni fallimentari da quello sostanziale.

La soluzione esposta appare pienamente condivisibile e, soprattutto, in linea

²²«Il concetto di disponibilità nel settore delle cautele reali, ha un contenuto esclusivamente fattuale, corrispondendo in sostanza all’istituto civile del possesso. Pertanto, pur se chi ha la disponibilità può avere sullo stesso bene anche un diritto reale - nei casi in cui non si sia aperta alcuna discrasia tra forma e fatto -, il diritto comunque non è il presupposto automatico della disponibilità, che in sede penale costituisce proprio lo strumento per contrastare la titolarità di diritti “vuoti” su beni che in realtà sono esclusivamente a disposizione di soggetti diversi da chi ne è il proprietario o comunque è il titolare di un diritto su di essi. La disponibilità nel settore delle cautele reali penali esige quindi l’effettività, ovvero un reale potere di fatto sul bene che ne è l’oggetto [...]»: Cass., Sez. III, 12 luglio 2016, n. 42469, cit.

²³«Ritenere - come ha ritenuto la sentenza Uniland - che sugli stessi beni possano coesistere diversi vincoli, regolandone poi il rapporto (in similitudine a un sistema di privilegi o di garanzie reali) incide esclusivamente sul piano formale, ovvero a livello di diritti, ma non sul potere di fatto, nel senso che questo possa essere condiviso, perché ciò svuoterebbe l’essenza cautelare del primo vincolo»: Cass., Sez. III, 12 luglio 2016, n. 42469, cit.

con le caratteristiche divenute proprie del diritto penale.

La ricerca di un significato sostanziale, legato al reale potere di fatto su un bene, rappresenta infatti una caratteristica diffusa nella giurisprudenza di legittimità, riscontrabile ogni qualvolta la cassazione penale si trova a dover fornire un'interpretazione di istituti e nozioni provenienti dal diritto civile.

D'altronde, non potrebbe essere altrimenti: la materia penale è basata sull'imputazione di un fatto materiale, non potendo prescindere dalla sostanza dei rapporti concreti, anche al di là del dato formale corrispondente alla titolarità di un diritto.

Gli istituti esportati dal diritto civile costituiscono sì un'indicazione per il giudice penale, ma lo stesso è libero di discostarsi dall'interpretazione propria di quel ramo del diritto, soprattutto al fine di ricercare un significato più ampio e maggiormente in linea con la relazione sostanziale sottostante ad un determinato rapporto giuridico.

Il ragionamento effettuato dalla sentenza n. 42469/2016 in relazione alla disponibilità dei beni fallimentari da parte del curatore, che ha distinto tra un profilo formale ed uno sostanziale del rapporto di titolarità su tali beni per conferire rilievo al secondo nello specifico campo delle cautele reali, si pone perfettamente in linea con il modo di procedere della cassazione penale.

La stessa distinzione tra profilo formale e profilo sostanziale di un rapporto giuridico è stata infatti già proposta in giurisprudenza, sempre ai fini della confisca, nell'interpretazione della nozione di "appartenenza giuridica" del veicolo in relazione all'ipotesi di guida in stato di ebbrezza.

Anche in questo caso, infatti, la cassazione penale si è discostata dal significato che il diritto civile attribuisce alla nozione di "appartenenza" (corrispondente al diritto di proprietà), per fornire un'interpretazione più ampia del rapporto giuridico sottostante, così riconducendo quest'ultimo agli istituti sostanziali del possesso e della detenzione²⁴.

Analogamente, in materia di appropriazione indebita, l'altruità della cosa è stata riconnessa alla nozione di "possesso" comprensiva anche della mera "detenzione"; conferendovi un significato ben più ampio rispetto alla nozione civilistica di "proprietà" ed estendendo la portata della tutela penale anche a quei rapporti sostanziali che, non avendo una base formale, ne rimarrebbero altrimenti privi²⁵.

²⁴«La nozione di appartenenza non discende dalla proprietà [...] ma dall'affettivo e concreto dominio sulla cosa, che può assumere la forma del possesso o della detenzione, purché non occasionali»: Cass., Sez. IV, 2 dicembre 2016, n. 3311, in www.iusexplorer.it.

²⁵«Il problema interpretativo di cui si è occupata la sentenza *Li Calzi*, che è ora riproposto alle Sezioni unite, concerne in particolare l'individuazione della portata normativa del termine "altrui" impiegato

2.3. Il diritto dei creditori fallimentari e il pregiudizio subito dal provvedimento cautelare.

La sentenza “*Uniland*” aveva negato la legittimazione del curatore ad impugnare il provvedimento di sequestro, non riconoscendo in capo a quest’ultimo alcuna titolarità sui beni fallimentari né in proprio né in rappresentanza dei creditori.

Si è visto come la più recente giurisprudenza di legittimità abbia sconfessato l’orientamento inaugurato dalle Sezioni unite, riconducendo il rapporto di titolarità del curatore sui beni fallimentari alla disponibilità degli stessi da parte sua.

A tal fine, riprendendo la distinzione tra proprietà e possesso, la giurisprudenza citata ha prospettato la separazione tra titolarità formale e titolarità sostanziale dei beni, escludendo che la cautela reale possa inficiare il profilo fattuale dei poteri del curatore.

L’orientamento espresso dalla sentenza “*Uniland*” appare poi parimenti criticabile anche laddove pone le basi per escludere la legittimazione (e ancor prima l’interesse) del curatore ad agire in rappresentanza dei creditori fallimentari.

A ben vedere, infatti, la Corte sarebbe caduta in errore sia nella definizione del contenuto del diritto riconosciuto ai creditori concorsuali nell’ambito della procedura, sia nell’affermare che l’apposizione di un doppio vincolo (fallimentare e penale) si risolverebbe in un rafforzamento della tutela dei loro interessi.

Quanto al primo profilo, la sentenza “*Uniland*” aveva attribuito ai creditori concorsuali, per tutta la durata della procedura, la titolarità di un diritto di

*nell’art. 646 c.p., per definire l’oggetto della “appropriazione” penalmente rilevante, posta in essere dal “possessore”, su denaro o bene fungibile. Nella struttura della norma la condizione di “altruità” del bene si contrappone dunque a quella di mero “possessore” dell’agente, che, appropriandosene, pone in essere, per usare una definizione usuale, una interversione del possesso. La nozione di altruità non può per conseguenza prescindere, in primo luogo, dalla nozione di possesso. Ora, è osservazione unanime, in giurisprudenza e dottrina, che il termine “possesso” è numerosissime volte adoperato nel codice penale con significato del tutto equivalente a quello di “detenzione”. La promiscuità dell’uso è particolarmente evidente in tutte le disposizioni che si riferiscono ad ipotesi di detenzione o possesso in sé illegali o sanzionati per la provenienza illecita dei beni cui si riferiscono. È egualmente considerazione condivisa che come la sottrazione a chi autonomamente detiene la cosa è elemento costitutivo del furto; così, specularmente, l’autonoma detenzione non derivante da sottrazione integra il possesso rilevante per l’appropriazione indebita. Nella nozione di possesso rilevante per l’appropriazione indebita possono rientrare vari casi di detenzione, ma, per ché resti saldo il confine tra fattispecie, il minimo richiesto è che si tratti di detenzione in nome proprio e non in nome altrui, ossia in virtù di un rapporto di dipendenza con il titolare del diritto [...]»: Cass., Sez. un., 25 maggio 2011, n. 37954, Orlando, in *Mass. Uff.*, n. 250975.*

credito sui beni fallimentari. La tutela nei loro confronti sarebbe stata posticipata al momento della chiusura del fallimento, quando viene accertata in via definitiva l'effettiva consistenza delle loro pretese creditorie e i loro diritti vengono contemperati con le esigenze punitive perseguite attraverso il sequestro/confisca.

Sul punto le Sezioni unite avevano affermato che «è, infatti, evidente che coloro che si insinuano nel fallimento vantando un diritto di credito non possono essere ritenuti per tale solo fatto titolari di un diritto reale sul bene ai sensi e per gli effetti previsti dall'art. 19 del decreto sulla responsabilità degli enti, perché sarà proprio con la procedura fallimentare che, sulla scorta delle scritture contabili e degli altri elementi conoscitivi propri della procedura, si stabilirà se il credito vantato possa o meno essere ammesso al passivo fallimentare».

Quanto al secondo profilo attinente all'asserito rafforzamento della tutela dei creditori concorsuali, secondo le Sezioni unite "Uniland", fino alla chiusura del fallimento il vincolo cautelare non determinerebbe alcun pregiudizio per i creditori o per la curatela, ma si aggiungerebbe al vincolo fallimentare, addirittura rafforzando la tutela dei creditori: «orbene i due vincoli possono coesistere e, se correttamente interpretato il d.lgs. n. 231 del 2001, art. 19, l'uno non ostacola l'altro, anzi, sotto certi profili, si può dire che il sequestro prima e la confisca poi tutelano in misura rafforzata gli interessi del ceto creditore²⁶».

Tale soluzione era stata giustificata sulla base dell'art. 19 del d.lgs. n. 231/2001 che, non ponendo limiti temporali all'acquisizione dei diritti da parte dei terzi di buona fede rispetto all'apposizione della cautela reale, ben potrebbe riferirsi anche ai diritti acquisiti dai creditori concorsuali con la chiusura della procedura²⁷.

Da ciò deriverebbe anche che il curatore e i creditori fallimentari non avrebbero alcun interesse ad impugnare il provvedimento di sequestro di un bene

²⁶ Cass., Sez. un., 25 settembre 2014, n. 11170, Uniland, cit.

²⁷ «È proprio l'art. 19, infatti, che legittima una tale soluzione quando, nel disporre che in caso di confisca debbano essere salvaguardati i diritti dei terzi acquisiti in buona fede, non pone alcun limite temporale alla prova della acquisizione del diritto, nel senso che non è vero che la titolarità del diritto al terzo debba essere riconosciuta prima che venga disposta la confisca; può benissimo accadere, infatti, che al terzo venga riconosciuta l'acquisizione in buona fede del diritto dopo che sia stata disposta la confisca (si veda ad esempio la situazione del terzo che, per ragioni varie, non abbia fatto valere il proprio diritto nell'ambito del procedimento di cognizione e prima che venisse disposta la confisca dei beni dell'ente trattata nei paragrafi precedenti); anche in siffatta situazione deve essere salvaguardato il diritto del terzo. Tale ultima ipotesi è proprio quella che si verifica in caso di apertura della procedura fallimentare, venendo il diritto del terzo riconosciuto soltanto alla chiusura della procedura fallimentare [...]»: Cass., Sez. un., 25 settembre 2014, n. 11170, Uniland, cit.

compreso nella massa attiva: «[...] è assai dubbio anche che il curatore fallimentare possa avere un interesse concreto giuridicamente tutelabile ad opporsi ai provvedimenti di sequestro e confisca, perché la massa fallimentare, la cui integrità il curatore è tenuto a garantire, non subisce alcun pregiudizio da tali provvedimenti, in quanto lo Stato, come si è posto in evidenza, potrà far valere il suo diritto sui beni sottoposti a vincolo fallimentare, salvaguardando i diritti riconosciuti ai creditori, soltanto a conclusione della procedura²⁸».

La ricostruzione esposta non si ritiene condivisibile.

In realtà, i creditori fallimentari non vantano un diritto all'assegnazione diretta dei beni compresi nella massa fallimentare, ma il diverso diritto alla ripartizione *pro quota* dell'attivo realizzato dal curatore a seguito della loro vendita²⁹.

Durante la procedura fallimentare, infatti, i beni compresi nella massa attiva vengono venduti dal curatore, il quale ne ripartisce il ricavato tra i creditori insinuati al passivo sino alla concorrenza dei crediti rispettivamente vantati.

Dunque i creditori concorsuali non acquistano un diritto di proprietà o un altro diritto reale sui beni fallimentari alla chiusura della procedura, ma vengono soddisfatti *pro quota* attraverso la corresponsione di quanto ricavato dal curatore attraverso la vendita dei beni medesimi.

Non si ritiene dunque corretta la soluzione offerta dalla sentenza “*Uniland*” laddove aveva attribuito ai creditori concorsuali la titolarità, fino alla chiusura della procedura, di un mero diritto di credito sui beni fallimentari, facendone derivare la mancanza di interesse ad impugnare il provvedimento cautelare.

Come è stato osservato, quanto affermato dalla sentenza “*Uniland*” in merito alla tutela riconosciuta a favore dei terzi di buona fede dall'art. 19 del d.lgs. n. 231/2001, anziché riferirsi ai creditori fallimentari, si adatterebbe meglio alla posizione dei terzi di buona fede ai quali venga sequestrato un bene, precedentemente acquistato a seguito della vendita disposta dal curatore per ripar-

²⁸ Cass., Sez. un., 25 settembre 2014, n. 11170, *Uniland*, cit.

²⁹ Sul punto, Cass. civ., Sez. I, 3 marzo 2011, n. 5141, Ponzetti, in *Mass. Uff.*, n. 617428, fa riferimento ad una «*comune regola del riparto pro quota e per grado [...] secondo un principio già nel sistema e [...] indicato come criterio ermeneutico di riferimento*».

L'impostazione offerta dalla sentenza “*Uniland*” è criticata anche da DIGERONIMO, *La confisca del profitto del reato, tra responsabilità da reato delle società ed esigenze di garantire il soddisfacimento dei creditori nella procedura fallimentare: pregi e limiti della soluzione prospettata dalle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 2015, 3031 ss., secondo il quale «*[...] atteso che se - come affermato in premessa nella medesima sentenza - la tutela dei terzi concerne la titolarità di diritti reali, mal si concilia tale previsione con la posizione dei creditori ammessi al passivo fallimentare che, anche all'esito del riparto dell'attivo, vantano essenzialmente il diritto a ricevere pro quota l'importo realizzato dal curatore nella fase liquidatoria, ma non certo un'assegnazione diretta dei beni e, quindi, non si comprende come potrebbero ottenere una tutela a fronte della confisca di beni originariamente appartenenti alla società fallita*».

ture il ricavato tra i creditori concorsuali³⁰.

Al di là di tale interpretazione, sembra tuttavia evidente come i creditori fallimentari siano portatori di un interesse ad impugnare il provvedimento cautelare, essendo il loro diritto riferito alla distribuzione *pro quota* dell'attivo fallimentare e ben potendo tale interesse essere rappresentato dal curatore³¹.

A ben vedere, inoltre, l'apposizione della cautela reale determinerebbe una situazione di stallo: se da una parte i creditori concorsuali hanno interesse a soddisfarsi sul ricavato della vendita dei beni della massa attiva; dall'altra, il provvedimento di sequestro priva il curatore della facoltà di gestire il bene avvinto dal vincolo cautelare, impedendogli di procedere alla vendita e senza possibilità di proporre impugnazione³².

Il diritto dei creditori fallimentari dunque, come correttamente ricostruito, verrebbe interamente sacrificato per lasciare spazio esclusivamente agli interessi della cautela reale.

Questo appare uno dei passaggi meno condivisibili della sentenza “*Uniland*”: non si vede proprio come l'apposizione del vincolo cautelare possa, aggiungendosi a quello fallimentare, risolversi in un rafforzamento della garanzia creditoria e privare i creditori di un interesse ad impugnare.

³⁰«A ben vedere, il meccanismo delineato dalle Sezioni unite ben si attaglierebbe ad una fattispecie alquanto peculiare che si realizza qualora il bene sia acquisito alla massa fallimentare e poi ceduto a terzi, per essere solo successivamente attinto dal provvedimento di confisca. Una simile fattispecie [...] consentirebbe effettivamente di ritenere che il soggetto che acquista il bene in sede fallimentare, prima ancora che sia stato imposto anche il vincolo cautelare del sequestro, acquisisce un diritto di proprietà in buona fede che, in quanto tale, è senz'altro suscettibile di tutela in conformità alla previsione dell'art. 19 d.lgs. n. 231/2001»; Di GERONIMO, *La confisca del profitto del reato, tra responsabilità da reato delle società ed esigenze di garantire il soddisfacimento dei creditori nella procedura fallimentare: pregi e limiti della soluzione prospettata dalle Sezioni Unite*, cit.

³¹ Come si vedrà in seguito, il curatore è portatore degli interessi della massa attiva in virtù del suo ruolo gestorio dei beni fallimentari.

³²«Non ci si può perciò esimere dall'osservare che il sistema, così come delineato dalle Sezioni unite della Corte di cassazione, sembra rischiare di poter alimentare una sorta di «circolo vizioso»: l'eventuale applicazione di una misura cautelare reale direttamente sull'attivo della procedura fallimentare potrebbe infatti comportare (addirittura) una vera e propria paralisi del suo fisiologico svolgimento, non potendo il curatore né disporre di quanto sottoposto a vincolo cautelare e neppure legittimamente proporre impugnazione avverso l'intervenuto provvedimento di sequestro. Siffatta situazione di «stallo» comporterebbe l'impossibilità per il curatore di poter procedere alla definizione e quindi alla chiusura della stessa procedura fallimentare, non potendo così i creditori (allo stato solo insinuatisi al passivo della fallita) ottenere quello status di effettivi titolari di un diritto sui beni oggetto del fallimento: status che può essere infatti maturato solo alla fine della procedura fallimentare e la cui sussistenza è necessaria (ad avviso delle stesse Sezioni unite) affinché i medesimi creditori siano legittimati ad adire il giudice della cognizione al fine di poter far valere la loro posizione di terzi in buona fede»; ACCINNI - BIGNAZZI, *Il fallimento della società e la confisca ex art. 19, d.lgs. 231/2001: profili applicativi alla luce anche della recente pronuncia delle Sezioni unite n. 11170 depositata in data 17 marzo 2015*, in *Rivista231*, 2015, 2, 20 ss.

Al contrario, sarebbe invece evidente come il sequestro di un bene compreso nella massa attiva, lungi dal rafforzare la tutela degli interessi dei creditori fallimentari, costituirebbe per gli stessi un pericolo che si risolverebbe in un danno per la mancata disponibilità di quel bene nella fase di gestione del patrimonio fallimentare in loro favore.

A tale danno corrisponderebbe quindi un legittimo interesse ad impugnare il provvedimento di sequestro: interesse che, come si vedrà, sarebbe compreso nei poteri gestori del curatore che agisce nell'interesse del ceto creditorio.

3. La legittimazione del curatore ad impugnare il provvedimento.

3.1. Il ruolo del curatore e il suo interesse ad impugnare.

Oltre a quanto già visto, l'orientamento espresso dalle Sezioni unite “*Uniland*” conterrebbe un ulteriore elemento parimenti non condivisibile, poi ripreso anche dalla sentenza n. 23388/16: il riferimento al carattere pubblico della funzione svolta dal curatore quale presupposto del suo asserito difetto di legittimazione ad impugnare il provvedimento cautelare.

Tale orientamento faceva infatti discendere la mancanza di titolarità del curatore sui beni fallimentari, sia in proprio sia in rappresentanza dei creditori concorsuali, dal *munus* pubblico che grava su di lui, ossia dal carattere gestionale del suo ruolo che è svolto sotto il controllo del tribunale e del giudice delegato³³.

Si ritiene che le pronunce citate non siano condivisibili anche su questo punto: contrariamente a quanto affermato, sarebbero proprio il ruolo svolto dal curatore e le funzioni a questo connesse a fondare la sua legittimazione ad impugnare il provvedimento cautelare.

Tale legittimazione sarebbe infatti collegata a quelli che – come pacificamente riconosciuto – sono i suoi poteri/doveri di gestione e di amministrazione del patrimonio fallimentare, non dovendo essere confusa con il diritto da cui gli deriva la titolarità dei beni del fallimento o con la rappresentanza degli inte-

³³«Il curatore, infatti, [...] è un soggetto gravato da un *munus pubblico*, di carattere prevalentemente gestionale, che affianca il giudice delegato al fallimento ed il tribunale per consentire il perseguimento degli obiettivi [...] propri della procedura fallimentare. Insomma il curatore non è titolare di alcun diritto sui beni, avendo esclusivamente compiti gestionali e mirati al soddisfacimento dei creditori [...] e non può agire in rappresentanza dei creditori, che a loro volta, prima della conclusione della procedura, non sono titolari di alcun diritto sui beni e sono, quindi, privi di qualsiasi titolo restitutorio sui beni sottoposti a sequestro»: Cass., Sez. un., 25 settembre 2014, n. 11170, *Uniland*, cit.

ressi dei singoli creditori.

Il ruolo del curatore ha ad oggetto la gestione dei beni dell'attivo fallimentare nell'interesse della procedura e si svolge sotto il controllo del giudice delegato e del comitato dei creditori, così come stabilito dalla disciplina di riferimento contenuta negli artt. 31 e 43 l. fall.³⁴

Proprio in virtù di tale ruolo, quindi, il curatore può e deve disporre dei beni fallimentari nell'interesse dei creditori concorsuali, ancorché sotto la vigilanza del giudice delegato e del comitato dei creditori.

È fin troppo evidente che nella menzionata amministrazione non può non rientrare anche l'utilizzazione dei beni oggetto di sequestro, soprattutto se questi costituiscono frutto dell'attività recuperatoria svolta dallo stesso curatore nell'ambito dei suoi poteri di gestione³⁵.

L'apposizione del vincolo cautelare sui beni fallimentari, lungi dal rafforzare la garanzia dei creditori, che anzi ne risultano danneggiati, impedisce quindi al curatore lo svolgimento di quella funzione gestionale oggetto del suo ruolo pubblico.

Il sequestro infatti priva il curatore della possibilità di disporre dei beni fallimentari e quindi di amministrare nei termini descritti, così ledendo il suo diritto/dovere di derivazione pubblicistica³⁶.

In questo modo, si ritiene che il curatore verrebbe addirittura meno ai suoi doveri gestori se omettesse di impugnare il provvedimento di sequestro delle somme da lui recuperate a beneficio della curatela.

³⁴L'art. 31 l.fall. stabilisce al co. 1 che «il curatore ha l'amministrazione del patrimonio fallimentare e compie tutte le operazioni della procedura sotto la vigilanza del giudice delegato e del comitato dei creditori, nell'ambito delle funzioni ad esso attribuite». L'art. 42 l. fall. rappresenta invece lo specchio processuale del primo, stabilendo che il curatore sta in giudizio per tutte le controversie relative a rapporti compresi nel fallimento.

³⁵Circostanza ricorrente nella vicenda oggetto della sentenza Cass., Sez. III, 1 marzo 2016, n. 23388, cit.

³⁶Sul punto cfr. DI GERONIMO, *La confisca del profitto del reato, tra responsabilità da reato delle società ed esigenze di garantire il soddisfacimento dei creditori nella procedura fallimentare: pregi e limiti della soluzione prospettata dalle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 2015, 3031 ss., secondo il quale «anche a voler ammettere che, pure a seguito della confisca, residui uno spazio per il concorso tra lo Stato ed i creditori sul medesimo bene, ciò non escluderebbe ugualmente un interesse concreto e giuridicamente rilevante rispetto all'impugnazione da parte del curatore. È di palmare evidenza come l'adozione del sequestro preventivo finalizzato alla confisca imponga sul bene un vincolo aggiuntivo rispetto a quello fallimentare che, pur potendo coesistere, determina ugualmente delle limitazioni considerevoli nella gestione e disponibilità del bene da parte del curatore. Basti considerare che in costanza di sequestro finalizzato alla confisca, certamente non sarà consentito al curatore fallimentare di procedere alla vendita del bene, né si vede come il bene possa essere attratto all'attivo fallimentare. Ne consegue che, una volta disposto il sequestro preventivo, il bene verrà totalmente sottratto alla procedura fallimentare, né è agevole comprendere come si possa addivenire a quella tutela dei terzi in buona fede che pure, secondo le Sezioni unite, dovrebbe costituire il principale strumento per contemperare l'interesse dei creditori con la pretesa punitiva dello Stato».

L'interesse del curatore ad impugnare sarebbe pertanto legato al carattere gestorio del suo ruolo e alla situazione di stallo determinata dall'apposizione del vincolo reale, lesivo del diritto alla ripartizione *pro quota* dell'attivo vantato dai creditori concorsuali.

3.2. Il fondamento della legittimazione del Curatore.

Da quanto esposto in precedenza deriva che l'orientamento giurisprudenziale riferibile alla sentenza "*Uniland*" non riconosceva la legittimazione del curatore ad impugnare il provvedimento di sequestro dei beni fallimentari poiché, si ritiene, avrebbe errato nell'individuazione del fondamento di tale legittimazione.

Secondo quell'orientamento infatti, la mancanza di legittimazione del curatore conseguiva, da una parte, all'attribuzione ai creditori di un mero diritto di credito a cui non corrisponderebbe alcun interesse ad impugnare e, dall'altra, ad una diminuzione del ruolo gestorio rispetto alla sua reale portata.

Diversamente, si ritiene che la legittimazione del curatore troverebbe fondamento proprio nel contenuto gestorio e nella natura pubblicistica della funzione.

Da una parte infatti, il ruolo del curatore comprenderebbe la disponibilità in termini sostanziali dei beni della massa attiva, mentre la cautela reale sarebbe riferibile al solo aspetto formale della titolarità di tali beni.

Il curatore sarebbe poi legittimato ad impugnare il vincolo cautelare anche in rappresentanza dei creditori concorsuali, il cui interesse avrebbe ad oggetto la ripartizione *pro quota* dell'attivo (anziché la proprietà o altro diritto reale sui beni fallimentari) e risulterebbe leso dal provvedimento di sequestro.

In entrambi i casi, il fondamento della legittimazione in questione andrebbe individuato non in una presunta qualità di terzo di buona fede del curatore, così come sostenuto da una certa giurisprudenza³⁷, ma nel precetto dell'art. 322 c.p.p.

La norma ricomprende, infatti, i soggetti che «*avrebbero diritto alla [...] restituzione*» tra quelli legittimati ad impugnare il provvedimento di sequestro, senza alcuna ulteriore specificazione in ordine al titolo che fonda la pretesa restitutoria.

³⁷ Si tratta della pronuncia Cass., Sez. V, 9 ottobre 2013, n. 48804, cur.fall. infrastrutture e servizi, in *Mass. Uff.*, n. 2577553, poi superata dalla sentenza "*Uniland*", secondo cui «*Il curatore ricorrente [...] deve in conclusione essere ritenuto rappresentante di interessi qualificabili come diritti di terzi in buona fede sui beni oggetto di confisca; la posizione dei quali deve pertanto essere valutata dal giudice [...] nella prospettiva della prevalenza o meno, rispetto agli stessi, delle esigenze cautelari sottese alla confisca*».

Per consolidata giurisprudenza, la legittimazione ad impugnare è riconosciuta, oltre che al proprietario del bene, a chiunque dal provvedimento cautelare abbia subito una lesione nella propria sfera giuridica, potendo ottenere dal riesame un risultato giuridicamente favorevole: infatti «*[...]non può comunque essere ritenuta inammissibile la richiesta di riesame del sequestro se vi è un interesse alla pronuncia e l'interesse è sempre ravvisabile per il solo fatto che l'istante consegua un risultato giuridicamente favorevole. Il risultato giuridicamente favorevole può anche prescindere tuttavia dalla diretta restituzione del bene [...]*»³⁸.

Come in precedenza esposto, l'interesse del curatore ad impugnare sarebbe una diretta conseguenza della disponibilità da parte sua dei beni fallimentari: la funzione svolta e la natura del ruolo, per di più di derivazione pubblicistica, esprimerebbero un potere di fatto corrispondente ad una relazione sostanziale sui beni medesimi.

Valorizzando la distinzione tra profilo formale e sostanziale della disponibilità dei beni fallimentari, il curatore, pur non potendo vantare alcun diritto di proprietà o altro diritto reale, potrebbe comunque vantare un titolo idoneo ai sensi dell'art. 322 c.p.p. ad ottenere la restituzione di quanto sottoposto a cautela reale.

Inoltre, sussisterebbero in capo al curatore tutti gli ulteriori requisiti richiesti dalla citata giurisprudenza di legittimità: non potrebbe infatti negarsi che lo stesso, in virtù del ruolo ricoperto, abbia un interesse ad impugnare e che possa ottenere un vantaggio dal riesame del provvedimento di sequestro.

Inoltre, negando al curatore la legittimazione ad impugnare il provvedimento di sequestro, si determinerebbe una carenza di soggetti legittimati e la sottrazione della misura cautelare ad un controllo di legittimità³⁹.

Oltretutto, la soluzione che riconosce al curatore la legittimazione ad impugnare il provvedimento cautelare non costituirebbe una novità assoluta nel panorama giurisprudenziale.

In tempi meno recenti, infatti, seppure con riferimento al sequestro preventivo finalizzato alla confisca di cui all'art. 240 c.p., le Sezioni unite avevano riconosciuto tale legittimazione del curatore ricollegandola proprio alla natura

³⁸ Cass., Sez. III, 3 maggio 2013, n. 29094, in *Mass. Uff.*, n. 257051; Id., Sez. V, 20 dicembre 2004, n. 6151, *iv*, n. 230964.

³⁹ In tal senso cfr. DI GERONIMO, *op. ult. cit.*, secondo il quale «*siffatta impostazione, non consentendo l'impugnazione all'unico soggetto - il curatore - realmente titolare di un interesse giuridicamente rilevante a rientrare nella piena disponibilità del bene, determinerebbe che il sequestro preventivo finalizzato alla confisca ex art. 19 d.lgs. n. 231/2001 adottato nei confronti della società fallita, sarebbe sottratto al controllo sulla legittimità della misura cautelare, circostanza che di per sé denota una qualche incoerenza nella complessiva ricostruzione del sistema».*

pubblica del suo ruolo e alla finalità di ricostruzione dell'attivo fallimentare sotto la vigilanza del tribunale e del giudice delegato⁴⁰, al pari di quanto qui si sostiene.

«Il curatore del fallimento è sicuramente legittimato a 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 a proporre ricorso per Cassazione, ai sensi dell'art. 325 c.p.p., avverso le relative ordinanze emesse dal tribunale per il riesame).

Egli, invero, agisce in tal modo (previa rituale 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 [...].

Il curatore è investito dei propri poteri dalla legge ed è nominato dal tribunale fallimentare, in maniera del tutto autonoma rispetto alla volontà del fallito ed il fatto che tuteli indirettamente anche gli interessi di quest'ultimo, oltre che quelli dei creditori, non può significare che gli si debba riconoscere una funzione di rappresentanza, dal momento che tale tutela è comunque rivolta all'esecuzione forzata del patrimonio sottoposto alla procedura concorsuale. D'altra parte, gli stessi poteri di amministrazione del patrimonio fallimentare (art. 31, co. 1, l. fall.) sono soggetti a specifici controlli e vincoli da parte dell'autorità giudiziaria, che vigila sull'intera attività del curatore (artt. 25, 31 e 35 l.fall.)⁴¹».

Tale soluzione appare maggiormente in linea con la disciplina fallimentare concernente il ruolo del curatore e gli interessi tutelati dalla procedura concorsuale; non si vede quindi perché non debba valere anche per il sequestro finalizzato alla confisca ai sensi dell'art. 322^{ter} c.p. in luogo dell'estensione di un orientamento elaborato in materia "231" e, come è stato sostenuto, già di per sé discutibile⁴².

⁴⁰Cass., Sez. un., 24 maggio 2004, n. 29951, Focarelli, in *Mass. Uff.*, n. 228165.

⁴¹Cass., Sez. un., 24 maggio 2004, n. 29951, Focarelli, cit.

⁴²«Applicando tali principi nei confronti del curatore fallimentare è fin troppo agevole osservare come questi, pur non essendo titolare di un diritto reale sui beni del fallito, è sicuramente investito della custodia degli stessi e del loro impiego per le finalità della procedura, sicché può vantare un titolo giuridico, peraltro correlato all'esercizio di una funzione pubblicistica, che gli attribuisce il diritto alla restituzione dei beni indebitamente sottoposti a sequestro preventivo. Del resto, non va sottaciuto come le stesse Sezioni unite nella richiamata sentenza n. 29951/04 avevano riconosciuto al curatore del fallimento, nell'espletamento dei compiti di amministrazione del patrimonio fallimentare, la 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. [...]. In quell'occasione, la Corte aveva precisato 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, attenendo alla sua funzione istituzionale rivolta alla ricostruzione

3.3. L'*obiterdictum* della sentenza n. 42469/2016.

Le Sezioni unite "Focarelli" avevano distinto nettamente le ipotesi di sequestro a seconda che fosse finalizzato alla confisca obbligatoria o, invece, alla confisca facoltativa.

Nel primo caso, si era detto che la pericolosità intrinseca della cosa impediva al giudice di effettuare un contemperamento tra esigenze della confisca ed esigenze della procedura concorsuale, con netta prevalenza delle prime⁴³.

Tale contemperamento era invece stato rimesso al giudice nei casi di sequestro finalizzato alla confisca facoltativa, consentendogli quindi di bilanciare le opposte esigenze⁴⁴.

Pur condividendosi la soluzione offerta dalla sentenza "Focarelli" in ordine al riconoscimento in capo al curatore della legittimazione ad impugnare il provvedimento cautelare, tale pronuncia aveva preso in considerazione unicamente l'ipotesi di fallimento sopravvenuto ad un vincolo cautelare già disposto.

Diversamente, la successiva (e non condivisa) sentenza "*Uniland*" non aveva effettuato alcuna distinzione temporale tra sequestro intervenuto prima o dopo la pronuncia di fallimento, in ogni caso negando al curatore la legittima-

dell'attivo fallimentare. Orbene, premesso che l'effetto del sequestro preventivo finalizzato alla confisca ex art. 240 c.p., cui si riferisce la predetta sentenza, non è difforme da quello del sequestro preventivo disposto in vista della confisca ex art. 19 d.lgs. n. 231/2001, non si coglie la ragione per negare in quest'ultima fattispecie la legittimazione del curatore a proporre i mezzi di impugnazione»: DI GERONIMO, op. ult. cit.

⁴³«Il sequestro avente ad oggetto un bene confiscabile in via obbligatoria, a giudizio di queste Sezioni unite, deve ritenersi assolutamente insensibile alla procedura fallimentare.

La valutazione che viene richiesta al giudice della cautela reale sulla pericolosità della cosa non contiene margini di discrezionalità, in quanto la res è considerata pericolosa in base ad una presunzione assoluta: la legge vuole escludere che il bene sia rimesso in circolazione, sia pure attraverso l'espropriazione del reo, sicché non può consentirsi che il bene stesso, restituito all'ufficio fallimentare, possa essere venduto medio tempore e il ricavato distribuito ai creditori. Le finalità del fallimento non sono in grado di assorbire la funzione assolta dal sequestro: la vocazione strumentale rispetto al processo è attenuata e prevale l'esigenza preventiva di inibire l'utilizzazione di un bene intrinsecamente e oggettivamente "pericoloso" in vista della sua definitiva acquisizione da parte dello Stato. Le ragioni di tutela dei terzi creditori sono destinate ad essere pretermesse rispetto alla prevalente esigenza di tutela della collettività»: Cass., Sez. un., 24 maggio 2004, n. 29951, Focarelli, cit.

⁴⁴«Non può escludersi, pertanto, che l'intervento della procedura fallimentare possa costituire fatto sopravvenuto determinante il venir meno delle condizioni di applicabilità della misura. La confisca facoltativa, infatti, postula il concreto accertamento, da parte del giudice, della necessità di evitare che il reo resti in possesso delle cose che sono servite a commettere il reato o che ne sono il prodotto o il profitto, e che quindi potrebbero mantenere viva l'idea del delitto commesso e stimolare la perpetrazione di nuovi reati, ed il medesimo effetto viene realizzato, per altra via, dallo spossessamento derivante dalla declaratoria fallimentare, che potrebbe essere quindi idonea a fare venir meno lo stesso motivo della cautela, assicurando inoltre la garanzia dei creditori sul patrimonio dell'imprenditore fallito»: Cass., Sez. un., 24 maggio 2004, n. 29951, Focarelli, cit.

zione in questione per le ragioni in precedenza esposte.

Si ritiene invece che la distinzione tra sequestro di un bene fallimentare e apertura della procedura successivamente al sequestro sia decisiva: il mutare dell'ordine temporale di apposizione dei due vincoli potrebbe influire in maniera determinante sulla legittimazione del curatore ad impugnare il provvedimento cautelare.

Tale soluzione veniva avanzata e argomentata negli *obiterdictum* della citata sentenza n. 42469/2016 in cui, pur non riconoscendosi la legittimazione del curatore ad impugnare il provvedimento di sequestro di un bene successivamente entrato a far parte dell'attivo fallimentare, tuttavia in astratto si manifestava un'apertura in tal senso per il diverso caso di sequestro di un bene già sottoposto alla procedura concorsuale.

Limitatamente a tale ipotesi, infatti, il vincolo reale andrebbe a colpire beni che si troverebbero già nella disponibilità del curatore il quale, come già visto, potrebbe quindi vantare un titolo idoneo ed un interesse ad impugnare il provvedimento cautelare per chiederne la restituzione.

Non potrebbe dirsi lo stesso per la diversa ipotesi in cui il fallimento sia dichiarato successivamente all'emanazione del provvedimento di sequestro giacché, dovendosi escludere che il vincolo fallimentare possa eliminare quello reale, il curatore non acquisirebbe alcun titolo sullo specifico bene già sottoposto a cautela reale⁴⁵.

«Incidentalmente, si rileva da ultimo [...] che il quadro finale avrebbe potuto forse risultare diverso nel caso in cui il sequestro preventivo finalizzato a confisca avesse investito una massa attiva fallimentare - essendo già stato dichiarato il fallimento ed avendo già il curatore preso in suo possesso gestorio i beni del fallito - sulla base del fatto che, come sottolineato dalla sentenza Uniland, il diritto di proprietà dei beni rimane in capo al fallito, invertendosi così la prospettiva. Sarebbe in tal caso da valutare, invero, se la cautela penale, solo in quanto finalizzata a una confisca obbligatoria, ovvero a una sanzione, possa senza alcun ostacolo e alcun limite (e quindi sopprimendo pure ogni conseguenza della disponibilità) far venir meno il vincolo fallimentare - già pienamente concretizzatosi - ed elidere (eventualmente anche paralizzando la pro-

⁴⁵«È quindi evidente che quando i beni furono assoggettati al vincolo della cautela reale penale non vi era alcuna ragione, né di diritto né di fatto, per ritenere che non fossero nella disponibilità dell'indagato [...] o comunque nella disponibilità [della società] quale persona giuridica distinta dalla persona fisica dell'indagato: di certo, invece, non potevano essere inclusi nell'attivo di un fallimento ancora non dichiarato, ovvero inesistente. Non è d'altronde sostenibile che la dichiarazione del fallimento si ripercuota sulle cautele reali penali sradicandone automaticamente il vincolo: di un simile effetto onniprevalente ed estintivo non vi è traccia nella normativa»: Cass., Sez. III, 12 luglio 2016, n. 42469, cit.

cedura civile se l'oggetto del vincolo penale coincide con l'intera massa attiva fallimentare o quasi) ogni tutela a tutti gli interessi che alla procedura concorsuale sono sottesi, e che - come hanno riconosciuto le Sezioni unite sia nella sentenza Focarelli, sia nella sentenza Uniland - si ripercuotono anche sul piano pubblicistico, e quindi non sono soltanto interessi privati dei creditori⁴⁶».

La citata giurisprudenza, lungi dall'appiattirsi sull'orientamento espresso dalla sentenza "Uniland", avrebbe quindi aperto alla possibilità di riconoscere la legittimazione del curatore ad impugnare il provvedimento di sequestro di un bene già entrato a far parte dell'attivo fallimentare.

Limitatamente a tale ipotesi, il curatore sarebbe pertanto legittimato sulla base della disponibilità materiale dei beni fallimentari, non solo in quanto persona che ha diritto alla loro restituzione ma anche, si ritiene, quale persona a cui le cose sono state sequestrate, cumulando su di sé entrambe le qualità di cui all'art. 322 c.p.p.

Infatti, se la cautela reale interviene dopo l'apertura della procedura concorsuale, il curatore ha la disponibilità dei beni fallimentari già prima della pronuncia del provvedimento di sequestro.

Da ciò deriverebbe la sua ulteriore legittimazione come persona a cui le cose sono state sequestrate e ciò è ancor più vero con riferimento a quei beni che siano entrati a far parte della massa attiva per effetto della sua attività recuperatoria poiché, prima dell'apertura del fallimento, gli stessi beni non erano nemmeno parte del patrimonio dell'impresa fallenda.

⁴⁶Cass., Sez. III, 12 luglio 2016, n. 42469, cit.