



45574-18

REPUBBLICA ITALIANA
In nome del Popolo Italiano
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
TERZA SEZIONE PENALE

Composta da

Dott. ELISABETTA ROSI

Presidente

Sent. 1937

Dott. DONATELLA GALTERIO

Consigliere rel

UCC 29/5/2018

Dott. ANTONELLA DI STASI

Consigliere

R.G.N. 2271/18

Dott. STEFANO CORBETTA

Consigliere

Dott. ENRICO MENGONI

Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da

(omissis)

, nato a

(omissis)

n.q. di curatore del fallimento

della (omissis) s.p.a.

avverso la ordinanza in data 30.11.2017 del Tribunale di Napoli
visti gli atti, il provvedimento impugnato e il ricorso;
udita la relazione svolta dal consigliere Donatella Galterio;
udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Generale dott.
Ciro Angelillis, che ha concluso chiedendo l'annullamento con rinvio;
uditi i difensori, avv. ti (omissis) e (omissis), che hanno
concluso per l'accoglimento del ricorso

RITENUTO IN FATTO

1. Con ordinanza in data 30.11.2017 il Tribunale di Napoli, adito quale
giudice di appello, ha confermato il sequestro preventivo funzionale alla confisca
per equivalente disposto fino alla concorrenza di € 3.924.453 sui conti correnti
della s.p.a. (omissis), già dichiarata fallita, e sui beni riferibili al legale
rappresentante (omissis), indagato dei reati ex artt. 10-bis e 10-ter
decreto legislativo 74/2000 per omesso versamento delle ritenute operate alla
fonte quale sostituto di imposta e dell'IVA, entrambe riferite all'anno di imposta

2011, contestualmente rigettando l'istanza di revoca del sequestro dei beni di proprietà della società fallita svolta dalla curatela fallimentare.

Avverso il suddetto provvedimento il curatore fallimentare ha proposto, per il tramite del proprio difensore, ² ricorso per cassazione articolando due motivi di seguito riprodotti nei limiti di cui all'art.173 disp. att. c.p.p..

2. Con il primo motivo deduce, in relazione al vizio di violazione di legge riferito agli artt. 12-bis d.lgs 74/2000 e 42 l.f. e al vizio motivazionale, che i beni attinti dalla misura cautelare successivamente alla dichiarazione di fallimento, ovverosia i conti correnti intestati alla procedura concorsuale su cui era confluita la massa attiva del fallimento, erano ormai nella disponibilità della curatela e non più della compagine fallita, con conseguente inoperatività della confisca, ancorché di natura obbligatoria, disponendo l'art. 12-bis che la misura può essere assunta solo quando abbia ad oggetto beni che ne costituiscono il profitto od il prezzo, ovvero quando ciò non sia possibile, sui beni di valore equivalente di cui il reo abbia la disponibilità. Evidenzia pertanto la contraddittorietà tra l'assunta posizione di terzietà del fallimento rispetto all'autore del reato, tanto da essergli stata riconosciuta la legittimazione alla richiesta di dissequestro, e l'assoggettamento della stessa (omissis), dichiarata fallita il (omissis), al sequestro disposto giusta decreto del 5.4.2017, ovverosia allorquando la società aveva già perso - costituendo la pronuncia di fallimento costituisce il momento in cui la curatela acquisisce la disponibilità dei beni del soggetto fallito - la disponibilità dei propri beni in favore del Curatore, chiamato ad amministrarli e a disporne al fine di soddisfare le ragioni dei creditori concorsuali. Nella specie, secondo la difesa, la misura cautelare non avrebbe potuto assolvere né in astratto ad alcuna finalità sanzionatoria nei confronti dell'autore del reato, cui era rimasta la sola titolarità formale del patrimonio, né avrebbe potuto ricadere in concreto sulle somme di danaro rinvenute sui conti correnti della società che, costituendo il risultato delle attività recuperatorie poste in essere dal curatore, neppure potevano ritenersi ricomprese nella titolarità formale dei beni del debitore. Nel passare in rassegna la giurisprudenza di questa Corte in materia, sottolinea come sia preclusa, secondo quanto affermato già dalla sentenza 10561/2014 (Gubert), la possibilità, se non nell'ipotesi in cui la società sia priva di autonomia rappresentando un mero schermo attraverso cui l'amministratore agisce come effettivo titolare, di procedere a confisca per equivalente nei confronti della persona giuridica per i reati commessi dal legale rappresentante, la quale è passibile di sequestro unicamente nella forma del sequestro diretto, e contesta per altro verso, con riferimento ai precedenti citati dall'ordinanza impugnata, l'applicabilità nel caso di specie dei principi enucleati sia dalla sentenza n. 23907/2016 che riguarda il diverso caso in cui la dichiarazione di fallimento era

stata successiva al disposto sequestro, sia dalla pronuncia n. 28077 del 09/02/2017 afferente alla differente ipotesi di sequestro di beni di una società che aveva richiesto l'ammissione al concordato preventivo, neppure omologato. Neppure appare corretta, ad avviso della difesa, la lettura della sentenza a Sezioni Unite Focarelli, secondo cui allorquando la misura cautelare colpisce un bene intrinsecamente pericoloso il sequestro prevale sempre sullo spossessamento fallimentare, non potendo da tale pronuncia, che ha stigmatizzato ai fini di regolare il rapporto tra misura cautelare reale e "misura civile", non già la natura obbligatoria o facoltativa della confisca, bensì la natura del bene appreso (se cioè pericoloso o meno), trarsi conseguenze diverse da quella secondo cui solo quando si tratti beni oggettivamente pericolosi in ragione della loro pertinenza al reato possa ritenersi l'insensibilità della misura alla procedura concorsuale, mentre, laddove si tratti di beni di valore equivalente, la pretesa dello Stato di effettuare il prelievo di una somma a compensazione di una sottrazione illecita deve trovare tutela nell'ambito della procedura fallimentare.

Conclude sostenendo che il giudice, nel valutare il diritto del curatore all'impugnativa delle misure cautelari debba formulare di volta in volta un giudizio di bilanciamento dei contrapposti interessi anche tenendo conto del principio della prevenzione, di talché, nella specie, l'apprensione delle somme di danaro depositate sul conto corrente intestato alla procedura non realizzerebbe comunque il suo scopo, diretta com'è a colpire un patrimonio separato, definito dalla stessa giurisprudenza come un terzo estraneo al reato.

3. Con il secondo motivo deduce il vizio di illogicità motivazionale insito nell'affermazione che la prevalenza del sequestro sulla procedura fallimentare risiede anche nell'esigenza che il bene, una volta esaurita la procedura, possa ritornare nella disponibilità dell'indagato in caso in cui residui un attivo, atteso che nessun elemento è stato offerto al fine di far valere la preponderanza dell'interesse creditorio rispetto al titolo cautelare. Sostiene, invece, la difesa che la prevalenza della confisca sulle ragioni del fallimento costituisce un'eccezione che il giudice è chiamato a valutare di volta in volta considerando le concrete conseguenze della eventuale restituzione: nella specie la già intervenuta liquidazione di tutto il patrimonio della società fallita impedisce che le somme sottoposte a sequestro possano tornare in suo possesso tenuto conto che l'attivo realizzato consentirebbe unicamente il pagamento dei crediti prededucibili e di parte dei crediti vantati dai lavoratori dipendenti

CONSIDERATO IN DIRITTO



1. Pur avendo riconosciuto la legittimazione del Curatore fallimentare all'impugnativa del sequestro per equivalente disposto nei confronti della società sul presupposto che questo aveva ad oggetto il danaro depositato sui conti correnti intestati alla curatela, il Tribunale del riesame di Napoli nega che questi abbia diritto al dissequestro delle somme attinte dalla misura cautelare in quanto, trattandosi di sequestro finalizzato alla confisca di somme costituenti il profitto o il prezzo dei reati tributari contestati, da identificarsi nel risparmio di spesa derivante dall'omesso pagamento delle somme dovute a vario titolo all'Erario, diventa dirimente ai fini della sua operatività, pur in presenza di crediti vantati sul medesimo bene per effetto della dichiarazione di fallimento, il carattere di obbligatorietà della confisca per equivalente, unitamente alla sua natura sanzionatoria, non commisurata né alla colpevolezza dell'autore del reato, né della gravità della condotta in cui si è concretizzato l'illecito. Prendendo le mosse dalla pronuncia a Sezioni Unite n. 11170 del 25/09/2014, secondo cui la finalità di ristabilire l'equilibrio economico alterato dal reato, perseguita dal legislatore penale, impone che all'affermazione di responsabilità dell'ente debba necessariamente seguire la prevista sanzione (Sez. U, n. 11170 del 25/09/2014 - dep. 17/03/2015, Uniland Spa e altro, Rv. 263681), i giudici partenopei hanno pertanto ritenuto che l'esigenza di inibire l'utilizzazione di un bene in vista della sua definitiva acquisizione da parte dello Stato debba prevalere sull'interesse dei creditori che sono comunque privi di un titolo restitutorio prima della definizione della procedura concorsuale, riaffermando anche in questo caso l'assoluta insensibilità del sequestro preventivo avente ad oggetto un bene confiscabile in via obbligatoria alla procedura fallimentare.

Più d'uno sono tuttavia gli equivoci che si annidano dietro tali argomentazioni.

Quello cui in primis l'ordinanza impugnata omette di conferire il debito rilievo, e che invece costituisce la cifra della diversità delle conseguenze che ne derivano, è che nel caso in esame, difformemente dalla fattispecie all'esame delle Sezioni Unite nella citata sentenza Uniland, il provvedimento di sequestro intervenuto in data 5.4.2017 è successivo alla dichiarazione di fallimento, resa con sentenza del 24.5.2013, a seguito della quale, per effetto dello spossessamento subito dalla società fallita, i suoi beni sono stati già appresi dalla Curatela fallimentare. Sia che lo si qualifichi come un pignoramento generale dei beni del fallito, sia che lo si intenda in termini di patrimonio separato, certo è che la privazione della disponibilità disposta dall'art. 42 l. fall., importa comunque il venir meno del potere di disporre e di amministrare il proprio patrimonio in capo al fallito che passa, per effetto della sentenza dichiarativa di fallimento, in capo al curatore. Se è possibile considerare il vincolo penale insensibile alla successiva dichiarazione di fallimento atteso che è solo con la relativa pronuncia resa dal

Tribunale fallimentare che la Curatela acquisisce la disponibilità del patrimonio del fallito (Sez. 3, n. 23907 del 01/03/2016 - dep. 09/06/2016, P.M. in proc. Taurino, Rv. 266940) non può tuttavia pervenirsi alle stesse conclusioni nel caso contrario, affermando, così come fanno i giudici partenopei, che la sequenza temporale tra i due vincoli sia irrilevante "attesa la diversa finalità cui ognuno di essi è preordinato non essendo i diritti di credito dei terzi insinuatisi al passivo della procedura concorsuale ricompresi nel più ristretto ambito dell'art. 12-bis decreto legislativo 74/2000 dove l'unico limite alla confiscabilità è rappresentato dall'appartenenza del bene a persona estranea al reato".

E' per contro la preesistenza della procedura fallimentare che inverte diametralmente la prospettiva, traducendosi in un ostacolo che relega ad un ruolo del tutto secondario la natura rivestita dalla confisca cui è finalizzato il sequestro successivamente disposto dal giudice penale: l'indisponibilità dei beni in capo al fallito, posta a presidio degli interessi cui la procedura concorsuale è sottesa, che travalicano il profilo squisitamente privatistico dell'insolvenza del fallito nei confronti dei singoli creditori stanti i riflessi pubblicistici correlati alla necessità che il tracollo dell'impresa non si estenda a macchia di leopardo ai soggetti che con questa abbiano avuto rapporti e dunque, in ultima analisi, posti a tutela delle esigenze economiche della collettività implicantì certezza del diritto, non ne consente l'assoggettabilità al vincolo penale per effetto del sequestro finalizzato alla confisca.

Come acutamente argomentato in un recente arresto di questa Corte, il concetto di disponibilità, nel settore delle cautele reali, ivi compresa quella penale ha un contenuto esclusivamente fattuale, corrispondendo in sostanza all'istituto civile del possesso, inteso quale potere di fatto sul bene che ne è l'oggetto. 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 (Sez. 3, n. 42469 del 12/07/2016 - dep. 07/10/2016, Amista, Rv. 268015). Invero, il vincolo apposto sui beni del fallito a seguito dell'apertura di una procedura concorsuale, se da un canto mira a spossessare il fallito o la società fallita dei beni che costituiscono la garanzia patrimoniale del ceto creditorio, dall'altro conferisce al curatore, che ne è insieme al Tribunale e al giudice delegato l'organo, il potere di gestione di tale patrimonio al fine di evitarne il depauperamento ovvero la dispersione e garantire al contempo la par condicio dei creditori, i quali, in virtù

dell'ammissione al passivo, 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 derivante dal concorso, trovano così riconoscimento e tutela.

E ciò riveste profili ancor più accentuati ove si consideri la natura della massa fallimentare su cui, nella specie, la misura reale è caduta, avendo questa attinto le somme in giacenza sui conti correnti intestati alla curatela fallimentare: in essa sono compresi non soltanto i beni facenti parte del patrimonio del fallito, ma altresì, atteso il potere di gestione e di amministrazione demandato alla curatela, i proventi derivati dall'esercizio del suddetto potere che, vuoi per effetto dell'esperimento fruttuoso di azioni revocatorie fallimentari, vuoi attraverso azioni di inefficacia dei pagamenti post-fallimentari, vuoi a seguito di attività strettamente liquidatorie e comunque di tutte le iniziative poste in essere dal curatore al fine di soddisfare le ragioni dei creditori concorsuali, vengono ad accrescere la massa attiva. Trattandosi di somme che costituiscono, come del resto riconosce la stessa ordinanza impugnata, il frutto delle attività recuperatorie poste in essere dal curatore, è evidente che esse non siano più riconducibili alla compagine fallita.

La peculiare natura dell'attivo fallimentare è pertanto di ostacolo all'applicabilità dell'art. 12-bis decreto legislativo 74/2000 che individua quale limite all'operatività della confisca l'appartenenza dei beni che costituiscono il profitto o il prezzo del reato a terzi estranei al reato, ovvero l'indisponibilità dei medesimi in capo al reo e dunque alla persona giuridica rappresentata dall'autore del reato. E' infatti proprio la suddetta previsione normativa che impone di considerare la disponibilità dei beni appresi dalla procedura fallimentare antecedentemente al sequestro come assorbente, trattandosi di un soggetto terzo, rispetto all'elemento della titolarità formale del diritto di proprietà in capo all'indagato/condannato, astrattamente rilevante nel campo penale, in quanto contestualmente privato del potere di fatto sui medesimi beni. Argomento questo che si aggiunge al dirimente rilievo secondo cui la suddetta società, priva per le ragioni esposte di alcun diritto, così come di alcuna disponibilità dei beni appresi dal sequestro, non può comunque essere, in quanto persona giuridica, chiamata a rispondere del reato tributario contestato al suo legale rappresentante ed a fortiori passibile della misura cautelare in esame.

D'altra parte è la stessa legittimazione della curatela all'impugnativa proposta, puntualmente riconosciuta dall'ordinanza impugnata, che portata alle sue naturali conseguenze, conduce a siffatte conclusioni. Se è infatti la disponibilità dei beni è quel che le conferisce la legittimazione (e che trova a ben guardare riscontro negli articoli 322, 322 bis e 325 c.p.p., laddove legittimano a impugnare - infatti distinguendole - non solo la persona "che avrebbe diritto alla



loro restituzione" ma anche la "persona alla quale le cose sono state sequestrate"), non si vede come possa esserle negata nel merito della tutela invocata la posizione di terzietà rispetto al soggetto indagato.

2. Riguardata sotto altro diverso profilo, l'equivocità del ragionamento seguito dal Tribunale del Riesame risulta di palmare evidenza ove si consideri la stessa qualificazione che viene data del sequestro in esame, definito, in conformità al decreto originario del GIP, funzionale alla confisca per equivalente, nonostante costituisca *jus receptum* che questo non possa mai essere consentito nei confronti di una persona giuridica qualora non sia stato reperito il profitto di reato tributario compiuto dagli organi della persona giuridica stessa, salvo che la persona giuridica sia uno schermo fittizio (Sez. U, n. 10561 del 30/01/2014 - dep. 05/03/2014, Gubert, Rv. 258646).

Muovendo dal presupposto che il profitto del reato si identifica nei reati tributari, dove non necessariamente l'operazione posta in essere si concretizza in un incremento patrimoniale del reo, ben potendosi risolvere in un risparmio di imposta e dunque di spesa, con il vantaggio economico derivante dalla commissione dell'illecito, di talché il prezzo o il profitto c.d. accrescitivo derivante dal reato è comunque costituito da denaro, va ribadito, come affermato da questa Corte nel suo supremo consesso nella sentenza appena citata, che, in presenza di reati contestati alla persona fisica corrispondenti a quelli che fungono da presupposto per la responsabilità della persona giuridica, il sequestro disposto sul danaro o su altri beni fungibili dell'ente o della persona giuridica si configura, ove teso a colpire il profitto del reato posto in essere dal legale rappresentante, sempre come confisca diretta, non potendosi considerare la società in tal caso estranea al reato e non necessitando, in considerazione della natura fungibile del bene, della prova del nesso di derivazione diretta tra la somma materialmente oggetto della ablazione e il reato.

Il sequestro per equivalente, invece, è legittimo solo quando il reperimento dei beni costituenti il profitto del reato sia impossibile, sia pure transitoriamente, oppure quando gli stessi non siano aggredibili per qualsiasi ragione. In virtù della stessa natura della confisca per equivalente, non sussiste alcun obbligo di individuare nel decreto di sequestro preventivo o nella confisca i beni su cui porre il vincolo. Una simile indicazione troverebbe la sua giustificazione nell'esistenza di un rapporto strumentale fra il bene da sequestrare, come profitto o prezzo dell'attività criminosa, e il reato; mentre, ai fini della confisca per equivalente, non è necessaria la sussistenza di un rapporto di pertinenzialità fra la res e il reato dal momento che la misura non ricade direttamente sui beni costituenti il profitto del reato, ma ha per oggetto il controvalore di essi. Il giudice che dispone il sequestro o la confisca è solo tenuto, dunque, ad indicare l'importo complessivo da sequestrare e l'individuazione specifica dei beni da



apprendere e la verifica della corrispondenza del loro valore con il quantum indicato nel sequestro, è riservata, infatti, alla fase esecutiva demandata al Pubblico Ministero (Sez. 3, n. 55482 del 20/07/2017 - dep. 13/12/2017, Manzo, Rv. 271987; Sez. 3, 7 maggio 2014, n. 37848; Sez. 2, 21 luglio 2015, n. 36464).

Quindi, se i beni in concreto sequestrati, ovverosia le somme in giacenza sui conti correnti intestati alla curatela, non costituiscono, sulla base delle ragioni sopra evidenziate, profitto diretto dei reati in contestazione, circostanza questa che del resto neppure l'ordinanza impugnata arriva ad affermare, il sequestro per equivalente disposto nei confronti della società fallita deve ritenersi anche sotto tale ulteriore profilo illegittimo.

Ed invero se la confisca che ha ad oggetto somme di danaro riconducibili alla persona giuridica che ha beneficiato dell'illecito è sempre qualificabile come confisca diretta, essendo tesa a colpire il profitto dello stesso reato, che la natura fungibile del denaro consente di confondere con le altre utilità economiche facenti parte del suo patrimonio, ne deriva *a contrario* che la confisca, e per essa il sequestro, disposto su somme di danaro non riconducibili alla società nell'interesse della quale è stato commesso il reato non possa qualificarsi né come confisca diretta, difettando ad esse la caratteristica di profitto, né per equivalente che è, invece, una misura diretta esclusivamente nei confronti degli amministratori, e segnatamente all'apprensione del controvalore dei beni nella titolarità dei medesimi, quando non vengano rinvenuti beni nel patrimonio della società o quando essi non siano, per qualsiasi ragioni aggredibili. Muovendo dal presupposto in forza del quale, nel caso degli enti, il rappresentante che ponga in essere la condotta materiale riconducibile a reati tributari non può che aver operato proprio nell'interesse ed a vantaggio dell'ente medesimo, è in relazione al soggetto fruitore del profitto che si marca la distinzione tra sequestro in forma specifica, avente ad oggetto direttamente il profitto conseguito dall'illecito che ove posto in essere dalla persona fisica in qualità di organo della società non può essere che riferito a quest'ultima, e il sequestro per equivalente, avente ad oggetto i beni della persona fisica che ha agito quale organo della società ma che perciò non è il soggetto che ha conseguito direttamente il profitto conseguente all'illecito.

Ne consegue che la confisca per equivalente nei confronti di una società, così come è avvenuto nel caso in esame, è un'operazione, fuoriuscendosi dall'ipotesi della società-schermo attraverso la quale operano direttamente una o più persone fisiche, anche solo concettualmente indivisibile. Va infatti ribadito, come già chiarito dalle Sezioni Unite dalla sentenza Gubert sopra citata, che il vigente ordinamento non contempla alcuna responsabilità penale degli enti, essendo prevista dal d.lgs. 8 giugno 2001 n.231 solo una responsabilità

amministrativa, che comunque non comprende tra quelli enucleati dagli artt. 24 ss. dello stesso decreto legislativo i reati tributari, sicché la società non è mai il soggetto autore del reato nè concorrente nello stesso. Non sussistendo pertanto una base normativa per la confisca per equivalente in capo alla persona giuridica per i reati tributari commessi dai suoi organi, ne consegue che la s.p.a. (omissis)

(omissis) nei confronti della quale è stato disposto il sequestro per equivalente, così come non può essere chiamata a rispondere dei reati tributari in contestazione, non può comunque essere destinataria della misura cautelare in esame, tanto più che le somme sequestrate, in quanto corrispondenti ad attività recuperatorie poste in essere dal curatore a seguito dell'apprensione dei beni della società fallita nella procedura concorsuale, sono riferibili, come sopra rilevato, esclusivamente a quest'ultima.

Sulla scorta dei sovrastanti rilievi deve quindi concludersi per l'annullamento senza rinvio del provvedimento impugnato, con conseguente inefficacia della misura cautelare reale, restando assorbito ogni ulteriore profilo di doglianza.

P.Q.M.

Annulla senza rinvio l'ordinanza impugnata, dichiara la perdita di efficacia della misura cautelare reale e manda alla Cancelleria per l'immediata comunicazione al Procuratore Generale in sede per quanto di competenza ai sensi dell'art. 626 cod. proc. pen.

Così deciso il 29.5.2018

Il Consigliere estensore
Donatella Galterio

Il Presidente
Elisabetta Rosi

