

I RAPPORTI FRA MISURE DI PREVENZIONE PATRIMONIALE E PROCEDURE CONCORSALE A SEGUITO DELLA RIFORMA DEL T.U. ANTIMAFIA

di GIUSEPPE BERSANI, Magistrato

1. Premessa: l'evoluzione storica delle misure di prevenzione patrimoniale.

I primi interventi del Legislatore in tema di misure di prevenzione si erano resi necessari in considerazione dell'espansione della criminalità nei mercati economici, con conseguenti pericoli derivanti da un lato dall'accumulazione di ingenti capitali di origine illecita, e dall'altro dal fatto che ciò avveniva anche con l'investimento in complessi aziendali che si collocavano in una situazione di "concorrenza sleale" rispetto a quelli rispettosi delle regole dell'economia legale. La risposta dello Stato è stata, nel corso del tempo, variegata e diversamente efficace; prevenendo un affinamento dell'aspetto sanzionatorio mediante la creazione di "nuovi strumenti" finalizzati alla privazione in capo ai soggetti criminali dei vantaggi economici che tale attività criminosa aveva generato: in particolare la risposta statutale alla criminalità organizzata che inquina le corrette dinamiche del mercato e della concorrenza, si è concretizzata nell'aggressione ai patrimoni sospettati di avere provenienza illecita.

In particolare il Legislatore è passato da una disciplina improntata soprattutto sulla c.d. "prevenzione personale", ad un disposto normativo che prende sempre più in considerazione la ricchezza accumulata con il reato, attraverso un aumento esponenziale delle misure di prevenzione patrimoniali (e di altre

forme di sequestro di stampo penalistico, soprattutto preventivo), finalizzate alla sottrazione ai titolari dell'impresa soggetti ad indagine, attraverso lo spossessamento, delle aziende e dei patrimoni.¹

La creazione di nuovi strumenti ablativi ha – pertanto – avuto un impatto che può definirsi rivoluzionario nella lotta alla criminalità: va infatti evidenziato che se il codice penale del 1930 si limitava a prevedere all'art. 240 unicamente la confisca quale misura di sicurezza patrimoniale dei beni direttamente collegati al reato, con la legge n. 646/1982, (cd. legge Rognoni-La Torre) sono stati introdotti nel nostro ordinamento il sequestro e la confisca (di prevenzione) dei patrimoni d'illecita provenienza (anche nel caso di mera sproporzione tra valore dei beni e redditi dichiarati) nella disponibilità diretta o indiretta (perciò formalmente intestati a terzi) delle persone indiziate (e non condannate) di partecipazione ad associazione di tipo mafioso. Il carattere innovativo della confisca di prevenzione consisteva – pertanto - non solo nel recidere il tradizionale nesso tra commesso reato e ablazione del bene, ma anche (e soprattutto), perché non richiedeva quale presupposto la condanna del proposto.

Questa prima risposta di tipo legislativo è stata poi accompagnata dall'introduzione nell'ordinamento penale della confisca allargata o per sproporzione di cui all'art. 12-sexies d.l. n. 356/92, conv. dalla l. n. 356/928, con cui il legislatore ha fatto venir meno il nesso tra *res* e reato previsto dall'art. 240 c.p.; con tale istituto – in caso di condanna per determinati delitti, progressivamente ampliati nel tempo, che sono rivelatori di un'illecita accumulazione patrimoniale - viene prevista la confisca (obbligatoria) del patrimonio, nella disponibilità diretta o indiretta dell'imputato, che risulti essere sproporzionato rispetto ai redditi dichiarati di cui non si è in grado di giustificare la legittima provenienza.

¹ Sul complesso tema delle misure di prevenzione cfr. Menditto, Le misure di prevenzione personali e patrimoniali, La confisca ex art. 12-sexies l. n. 356/1992, Milano, 2012; Balsamo, Voce Codice Antimafia, in Digesto delle discipline penali-Aggiornamento, Torino, 2014; Basile (a cura di), Dossier Misure di prevenzione, in Giur. It., 2015, 1520, ss; Furfaro, (a cura di), Misure di prevenzione, Torino, 2013.

Un ulteriore ampliamento degli strumenti di contrasto è avvenuto con l'introduzione della confisca per equivalente o di valore, introdotta per determinate ipotesi di reato (a partire dal 1996 con la modifica dell'art. 644 c.p.), anche queste progressivamente ampliate nel tempo. La caratteristica di tale sequestro è data dal fatto che il mancato rinvenimento dei beni soggetti a confisca obbligatoria impone l'ablazione di beni (sebbene di legittima provenienza) nella disponibilità, diretta o indiretta del condannato per un valore corrispondente. Con il d.lgs. n. 231/01 è stata quindi introdotta - per alcune fattispecie di reato e in presenza di determinati presupposti - la confisca (diretta, come sanzione, e per equivalente) ai danni dell'ente al fine di evitare che dell'illecita accumulazione si possa giovare la persona giuridica o anche la mera associazione.

Il particolare e variegato contesto normativo è stato in parte disciplinato con il D. Lgs. 159/2011, con il quale il Legislatore ha voluto mettere ordine alle varie ipotesi di sequestro patrimoniale in materia di misure di prevenzione, prevedendo una disciplina generale che costituisce il paradigma per la corretta gestione anche delle altre forme di sequestro.²

La disciplina del D. Lgs. 159/2011 dopo alcuni anni di applicazione e numerose critiche soprattutto da parte della dottrina³,

² Si legge nella Relazione Illustrativa al testo in esame, che la legge è stata emanata con "il precipuo compito di effettuare una completa ricognizione delle norme antimafia di natura penale, processuale e amministrativa, nonché la loro armonizzazione e coordinamento anche con la nuova disciplina dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata istituita con il decreto legge 4 febbraio 2010, n. 4.

³ Peraltro l'intervento era stato accolto da parte della dottrina in modo prevalentemente favorevole (in tal senso Forte, *Il codice delle legge antimafia e la crisi dell'impresa sottoposta a misure di prevenzione patrimoniali: analisi della nuova disciplina dei rapporti tra gli strumenti di intervento abaltivo statutale e le procedure concorsuali*, in www.ilcaso.it) anche se non erano mancate critiche da parte di coloro che avevano evidenziato come "... il risultato finale, ha in parte deluso le aspettative", in quanto "... nel lodevole intento di dare maggiore tutela a tutti i soggetti coinvolti nelle procedure di prevenzione patrimoniale, si sono "importati" di peso istituti e moduli procedurali dal settore fallimentare che non sempre appaiono conformi al sistema (penalistico) delle misure di prevenzione stesse ed alla ratio che vi sottende (in tal senso cfr. Minutoli, *Codice antimafia: il rapporto tra misure di prevenzione, fallimento e tutela dei terzi*, in *Il Fallimento*, 2011, pag. 1266).

è stata modificata dal legislatore con la legge del 27 settembre 2017.

In un contesto di generale riforma del TU antimafia da parte del Legislatore si è proceduto anche alla revisione di uno degli aspetti che maggiormente aveva ricevuto le critiche degli interpreti⁴ e che aveva ad oggetto i rapporti fra le misure di prevenzione e le procedure concorsuali.

2. I rapporti fra misura di prevenzione patrimoniale e procedura fallimentare: l'evoluzione normativa

Come già anticipato, nell'ambito della più ampia tematica delle misure di prevenzione patrimoniale si collocava il delicato problema dei rapporti di tali forma di sequestro e confisca con la procedura fallimentare.⁵

Peraltro prima dell'emanazione del D.Lgs. 6 settembre 2011 n. 159, c.d. "Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione" mancava una specifica normativa al riguardo con la conseguenza che era controversa la disciplina dell'eventuale rapporto tra misure di prevenzione e fallimento e la soluzione era demandata soprattutto alle soluzioni giurisprudenziali ed alla elaborazione dottrinale.

Dalle differenti - e spesso contrastanti - soluzioni emerse in dottrina ed in giurisprudenza si potevano enucleare i seguenti orientamenti: a) secondo una prima interpretazione doveva affermarsi la netta prevalenza degli effetti del sequestro di prevenzione sul fallimento: tale radicale soluzione muoveva dall'esigenza di evitare che i beni oggetto di sequestro venissero rimessi

⁴ Da parte della dottrina si era parlato di una sorta di "fallimentarizzazione" del giudice della prevenzione, chiamato a utilizzare strumenti processuali e ad applicare norme sostanziali, sovente complesse e tipicamente civilistiche (basterebbe pensare all'articolata tematica dei privilegi), con l'esigenza di una rivoluzione anche di formazione e di sensibilità giuridica".

⁵ In dottrina - solo per citare gli autori più recenti - cfr. Ferri, Misure di prevenzione: il ruolo dell'amministratore giudiziario, in www.ilfallimentarista.it, 21 giugno 2017; Auletta, Misure reali di prevenzione antimafia e procedure esecutive individuali e concorsuali, *ivi*, 8 maggio 2017;

in circolazione a seguito della liquidazione fallimentare, e quindi potessero ritornare nella disponibilità del proposto. Aderendo a tale soluzione al curatore fallimentare era riconosciuto il solo potere di proporre incidente di esecuzione (art. 666 c.p.p.) a tutela delle ragioni della massa, per dimostrare la legittima provenienza dei beni sequestrati, rivendicandone – eventualmente - la titolarità in capo al fallito.⁶

Da parte di un secondo orientamento si affermava – al contrario - la prevalenza del fallimento prendendo le mosse dalla circostanza che a seguito dello spossessamento attuato dalla procedura concorsuale nei confronti del fallito eliminava in radice il possesso del bene in capo al proposto, e quindi, la stessa *ratio* della misura di prevenzione.⁷

A queste prime soluzioni si affiancava una terza interpretazione che riteneva possibile la coesistenza sia della misura di prevenzione che della procedura fallimentare, prevedendo la prevalenza dell'una o dell'altra a seconda di chi giungeva prima alla sua naturale conclusione con conseguente consolidamento degli effetti propri di ciascuna procedura.

La soluzione della sostanziale prevalenza degli effetti della prevenzione penale rispetto alla procedura fallimentare è stata – peraltro – recepita dal legislatore ed utilizzata per giungere alla previgente⁸ disciplina normativa cristallizzata nel Capo III del codice antimafia, ed ha trovato conferma anche nelle modifiche attuate con la legge del 27 settembre 2017.

⁶ In dottrina cfr. Bongiorno, *Tecniche di tutela dei creditori nel sistema delle leggi antimafia*, in Riv. Dir. Proc. 1988, 443 ed anche in *Misure di prevenzione e procedimenti concorsuali: gli ultimi sviluppi della giurisprudenza in Atti incontri di studio del C. S. M. 15-17 febbraio 1999*, Roma; Fabiani, *Misure di prevenzione patrimoniali ed interferenze con le procedure concorsuali*, in *Il Fallimento*, 1998, 329.

⁷ In giurisprudenza cfr. Cass. Sez. I, 14 febbraio 1987, Nicoletti, in Cass. Pen., 1989, p. 463, n. 467; Cass. Pen. 18 settembre 2003, n. 38117; Cass. Sez. I, 20 ottobre 1997, Cifuni, in Cass. Pen., 1998, p. 2119, n. 1228; Cass. Sez. I, 23 marzo 1998, Comisso, in Arch. n. proc. pen., 1998, p. 171; Cass. Pen. Sez. I, 26 maggio 2006, n. 18955; in dottrina cfr. Napoleoni, *Interferenze problematiche tra fallimento e sequestro antimafia*, in Cass. Pen. 1989, p. 465 Maisano, *Misure patrimoniali antimafia e tutela dei creditori*, in Giur. Comm. 1986, p. 889.

⁸ Cfr. in tal senso Forte, op. cit. pag. 8 dattiloscritto.

La lettura degli artt. 63 e 64 dell'originaria versione D. Lgs. 159/2011 portava - infatti - a ritenere che il legislatore aveva (ed ha) ritenuto prioritaria la tutela dell'interesse pubblico rispetto a quello privatistico della *par condicio creditorum* prevedendo – in termini generali – la prevalenza della procedura di prevenzione su quella civilistica del fallimento, ed in particolare sancendo la sottrazione del patrimonio sequestrato alla massa attiva fallimentare.⁹

Gli artt. 63 e 64 del D. LGS. 159/2011 in particolare prevedevano (e prevedono) le due ipotesi della dichiarazione di fallimento, successiva o antecedente all'amministrazione giudiziaria¹⁰, dell'impresa che in modo concomitante risulta sottoposta a sequestro ed è in stato di insolvenza.

3. La dichiarazione di fallimento successiva al sequestro di prevenzione patrimoniale (art. 63 TU)

La fattispecie è disciplinata dall'art. 63 D.Lgs. n. 159 del 2011, rubricato “Dichiarazione di fallimento successiva al sequestro” e prende in considerazione due istituti tipici del diritto

⁹ Cfr. Forte pag. 14 del dattiloscritto, la quale evidenzia come “la priorità delle misure ablativo è ispirata all'esigenza di privilegiare l'interesse pubblico perseguito dalla normativa antimafia rispetto all'interesse meramente privatistico della *par condicio creditorum* perseguito dalla normativa fallimentare. Il superiore interesse di assicurare effettività all'ablazione statutale muove, altresì, dall'esigenza di evitare che il bene venga rimesso in circolazione e men che meno ritorni nella disponibilità del soggetto pericoloso, atteso che se è vero che il fallito perde l'amministrazione e la disponibilità del bene, lo è altrettanto che la titolarità rimane pur sempre in capo suo e che la disponibilità dello stesso può essere riacquistata una volta che risulti un attivo al termine della procedura concorsuale”.

¹⁰ Va peraltro evidenziato come il “dato temporale” sia solo apparentemente rilevante, essendo invece decisivo al fine di stabilire la disciplina processuale ed in particolare l'individuazione del Giudice competente allo svolgimento della c.d. “doppia verifica” sia la coincidenza o meno dei beni sequestrati con l'attivo fallimentare. Nell'ambito degli artt. 63 e 64, infatti, sono state distinte le ipotesi di perfetta coincidenza tra i beni ricompresi nel fallimento ed i beni oggetto di ablazione di prevenzione e quelle in cui si osservi, invece, la possibilità di distinguere i cespiti sui quali opera il procedimento concorsuale da quelli colpiti da sequestro e/o confisca.

fallimentare: l'iniziativa della dichiarazione di fallimento da parte del P.M (art. 63 comma 1 D. Lgs. 159/2011) e la disciplina della revocatoria (art. 63 comma 8 e 64 comma 9 D. Lgs. 159/2011). Tali due fattispecie non hanno subito modifiche a seguito delle modifiche attuate dalla legge di riforma.

Con riferimento al primo di tali istituti la norma individua al primo comma il soggetto che – in presenza di una misura di prevenzione patrimoniale già applicata – potrà essere legittimato a chiedere il fallimento della società oggetto di sequestro, prevedendo che: “Salva l'iniziativa per la dichiarazione di fallimento assunta dal debitore o da uno o più creditori, il pubblico ministero, anche su segnalazione dell'amministratore giudiziario che ne rilevi i presupposti, chiede al tribunale competente che venga dichiarato il fallimento dell'imprenditore i cui beni aziendali siano sottoposti a sequestro o a confisca”.

Appare evidente come il Legislatore abbia aderito alla soluzione - peraltro prevalente in dottrina ed in giurisprudenza¹¹ - che prevedeva che l'imprenditore già colpito dal sequestro potesse essere assoggettato al fallimento.¹²

L'art. 63 citato fornisce anche un chiarimento in ordine ai soggetti legittimati a chiedere il fallimento dell'imprenditore sottoposto a misura di prevenzione patrimoniale, prevedendo in particolare che – oltre al debitore e ai creditori - il pubblico ministero, (anche su segnalazione dell'amministratore giudiziario che ne rilevi i presupposti), può chiedere al tribunale competente che venga dichiarato il fallimento (o la dichiarazione di insolvenza ex art. 195 l.fall. in caso di impresa sottoposta a liquidazione coatta amministrativa cfr. art. 63 comma 2 D. Lgs. 159/2011) dell'imprenditore.

In dottrina si è affermato che la norma citata costituisce una nuova ipotesi di iniziativa del P.M. in aggiunta a quelle tassative già delineate dalla legge fallimentare.¹³ Da parte di altri autori si

¹¹ In tal senso cfr. Trib. Trapani 8 marzo 2005, in *Giur. merito*, 2005, 1513; Trib. Palermo, 7 febbraio 2000, cit. ; T. Catania, 14 luglio 1998, in *Giur. comm.*, 2000, II, 47.

¹² In tal senso Forte, op. cit. pag. 17.

¹³ Cfr. Forte, op. cit. pag. 23.

è invece evidenziato come la previsione della legittimazione attiva del pubblico ministero a chiedere il fallimento del proposto, costituisca una ipotesi speciale e quindi derogatoria rispetto alle regole generali incluse quelle contenute nella legge fallimentare.¹⁴

Si è osservato in dottrina come tale previsione normativa integri significativamente l'art. 7 l.fall. e potrebbe considerarsi quale conferma dell'opzione interpretativa che esclude un generale potere di azione del pubblico ministero; deve pertanto ritenersi che, in presenza di una misura di prevenzione che ha già trovato applicazione l'iniziativa, del Pubblico Ministero debba intendersi "sganciata" dalle ipotesi (tassativamente) indicate dall'art. 7 l.f.¹⁵

La dottrina contraria alla prima soluzione¹⁶ sottolinea – peraltro - come la disciplina "speciale" del D.Lgs. 159/2011 debba considerarsi prevalente su quella generale della legge fallimentare, evidenziando come "... diversamente opinando, si verrebbe a creare una contraddizione ed una disuguaglianza formale e sostanziale tra il regime di tutela dei terzi creditori riguardo alla non esperibilità di azioni esecutive individuali sui beni sequestrati e alla previsione della legittimazione accordata al terzo creditore ai fini di avviare una procedura esecutiva collettiva (qual è appunto il fallimento), quantunque destinata a risolversi in un nulla di fatto ove tutti i beni in astratto passibili di rientrare

¹⁴ In tal senso cfr. Aiello, Brevi riflessioni sulla disciplina del codice antimafia in tema di tutela dei terzi alla luce dell'ultima proposta di riforma, in *www.dirittopenale contemporaneo*, pag. 38. Il citato autore evidenzia come "La soluzione, infatti, di prevedere il fallimento delle imprese i cui patrimoni aziendali sono interessati dal sequestro di prevenzione solamente su impulso del pubblico ministero, risulta pienamente in linea con le regole adottate dallo stesso legislatore del 2011 in tema di effetti delle misure di prevenzione patrimoniali nei confronti dei terzi".

¹⁵ La previsione della segnalazione dell'amministratore giudiziario quale atto di impulso per l'organo della pubblica accusa porta – peraltro - a ritenere preferibile la soluzione che nega una autonoma legittimazione dell'amministratore giudiziario (in quanto Pubblico ufficiale) di proporre a sua volta istanza di (auto)fallimento, parallelamente alla citata segnalazione; diversa - a nostro avviso - sarà la soluzione quando lo stesso amministratore abbia assunto la rappresentanza legale dell'impresa in sequestro e non sia mero amministratore di quote sociali.

¹⁶ Cfr. Aiello, *op. cit.* *pasim.*

nell'attivo fallimentare dovessero essere già sottoposti a sequestro. Ipotesi questa che, nell'esperienza concreta, finisce per costituire la regola e non già l'eccezione, in considerazione del fatto che potenzialmente può ricorrere ogni qualvolta oggetto di misura sia un intero compendio aziendale". Si è inoltre evidenziato che - con riferimento al potere di presentare istanza di (auto)fallimento - la legittimazione possa essere riconosciuta all'amministratore giudiziario nel caso in cui il sequestro di prevenzione riguardi l'intero compendio aziendale in caso di impresa individuale, in quanto egli sostituisce a tutti gli effetti il legale rappresentante nella gestione aziendale.

Da parte della giurisprudenza si è poi precisato che non può considerarsi fattore ostativo alla dichiarazione di fallimento la circostanza che tutti i beni aziendali siano sottoposti a sequestro dall'Autorità giudiziaria penale, in quanto, secondo il sistema delineato dall'art. 63 del D.Lgs. n.159/2011, l'inesistenza di una massa attiva che possa essere attratta alla procedura fallimentare è verificabile solo ex post dagli organi del fallimento, una volta aperto il concorso, non potendo quell'inesistenza essere fatta oggetto di valutazione sommaria in sede prefallimentare. Del resto, tale ipotesi è specificamente disciplinata dall'art. 63 comma 6 D. Lgs. 159/2011 ove si prevede che in tal caso il tribunale dichiara chiuso il fallimento ai sensi dell'art. 119 l.f.

La prevalenza degli effetti della procedura di prevenzione è prevista dall'art. 63 del comma 4 D. Lgs. 159/2011 (oggetto di modifica da parte dell'art. 22 della legge di riforma approvato dal Senato il 27 settembre 2017) secondo cui quando viene dichiarato il fallimento, sono esclusi dalla massa attiva fallimentare i beni assoggettati a sequestro o confisca, con la conseguenza che, se il fallito non ha beni diversi, il tribunale, sentito il curatore ed il comitato dei creditori, non potrà che dichiarare la chiusura del fallimento, secondo la previsione del successivo comma 6 che ha sostituito il previgente commi 6.

Dalla lettura del comma 4 si ricava – come già anticipato – come il legislatore abbia espressamente contemplato il “fallimento dell'imprenditore i cui beni aziendali siano stati preventivamente sottoposti a sequestro o a confisca”, stabilendo che il fallimento debba essere chiuso “se nella massa attiva del falli-

mento sono ricompresi esclusivamente beni già sottoposti a sequestro” ed eventualmente riaperto ai sensi dell’art. 121 l.f. se la revoca del sequestro o della confisca interviene dopo la chiusura del fallimento (comma 7).

La modifica legislativa dell’art. 63 comma 4 D. Lgs. 159/2011 deve essere salutata con grande favore, potando chiarezza in ordine ai soggetti chiamati a predisporre la verifica dei crediti.¹⁷

Le problematiche pratiche ed applicative dell’art. 63 TU antimafia sorgevano, infatti, nei casi di mancanza di coincidenza di beni sottoposti a sequestro e patrimonio del fallito (e tale ipotesi era tutt’altro che infrequente, attesa la natura universale dell’apprensione fallimentare, e la riconducibilità solo alle ipotesi di cui all’art. 23 del D. Lgs. 159/2011 dei beni oggetto di sequestro), con conseguente compatibile coesistenza delle due procedure.

Infatti, se il fallito possedeva anche ulteriori beni diversi da quelli sottoposti a sequestro (o confisca), al giudice delegato del fallimento competeva l’intera procedura di verifica dei crediti e di accertamento dei diritti dei terzi anche con riferimento alla procedura di prevenzione; in particolare il giudice delegato al fallimento doveva verificare (ai sensi dell’art. 52 D. Lgs. 159/2011) che il credito di cui si era chiesta l’ammissione (nell’ambito del procedimento di prevenzione) non fosse strumentale all’attività illecita o a quella che ne costituiva il frutto¹⁸ o il reimpiego¹⁹; qualora ricorresse questa connotazione negativa sul piano oggettivo l’ammissione poteva comunque avvenire a condizione che fosse il creditore a dimostrare il suo stato psicologico di buona

¹⁷ Sul punto, con riferimento alla previgente disciplina cfr. Brunoro – Baratta, L’accertamento dei crediti delle società soggetti a misure di prevenzione, in www.ilfallimentarista, 12 luglio 2017.

¹⁸ La nozione di “frutto” è stata individuata in dottrina con il riferimento alle cose che vengono create, trasformate o acquistate mediante il reato.

¹⁹ Il concetto di “reimpiego” è stato riferito ai beni che presentano una correlazione indiretta con la condotta criminosa.

fede²⁰, e quindi di aver ignorato l'esistenza di questo nesso di strumentalità.²¹

E' di tutta evidenza come tale soluzione portava con sé numerosi problemi pratici, essendo il giudice delegato al fallimento privo del patrimonio conoscitivo (id est atti di indagine) del consentisse di ritenere o meno un determinato credito “strumentale” all'attività illecita, e tale divario rispetto al giudice penale poteva essere colmato solo acquisendo presso il Tribunale della misura di prevenzione o presso il Pubblico ministero, la documentazione relativa. E' evidente come – in caso di procedimenti complessi, ciò comportava un notevole dispendio e dispersione di tempo ed energie, pur essendo tali dati già in possesso del Tribunale che aveva disposto la misura di prevenzione.

La novità rilevante dell'art. 63 comma 4 – così come riformato – consiste pertanto e molto opportunamente - nell'eliminazione dell' eventuale competenza del giudice delegato al fallimento alla verifica dei crediti nel procedimento di prevenzione nel caso (tutt'altro che infrequente nella pratica) in cui non vi sia coincidenza fra beni oggetto della misura di prevenzione e beni

²⁰ Peraltro, l'art. 52 D. Lgs. 159/2011 fornisce utili parametri di valutazione della condotta del creditore, stabilendo che “*nella valutazione della buona fede, il tribunale tiene conto delle condizioni delle parti, dei rapporti personali e patrimoniali tra le stesse e del tipo di attività svolta dal creditore, anche con riferimento al ramo di attività, alla sussistenza di particolari obblighi di diligenza nella fase precontrattuale nonché, in caso di enti, alle dimensioni degli stessi*”. Per la giurisprudenza la buona fede sarà integrata da un “*affidamento incolpevole ingenerato da una situazione di apparenza che rende scusabile l'ignoranza o il difetto di diligenza*” e quindi come “*assenza di condizioni che rendano profilabile un qualsivoglia addebito di negligenza (Cass. pen. Sez. I, 13 giugno 2001, n. 34019. La buona fede - peraltro - non può ritenersi sussistente quando l'ignoranza del nesso di strumentalità tra il credito e l'attività illecita sia dovuta a colpa.*

²¹ Si è affermato da parte di Orlando, Il rapporto tra i provvedimenti ablativi di natura penale (sequestri, misure di prevenzione, confisca) ed i processi esecutivi individuali/concorsuali: esigenze di tutela dei terzi, relazione tenuta all'incontro di studi del 23 gennaio 2012 organizzato dall'Ufficio referenti per la formazione decentrata dei magistrati di Milano pag. 15 del dattiloscritto, che la norma costituisce la traslitterazione di quella che, contenuta nell'art. 20 del Codice, stabilisce i requisiti per sottoporre i beni a sequestro di prevenzione, che è consentito se essi sono di valore sproporzionato rispetto al reddito del proposto oppure “*il frutto di attività illecite o ne costituiscono il reimpiego*”.

ancora sottoposti al vincolo fallimentare; in tal modo è stata eliminata l' incomprensibile (ed irragionevole) competenza del giudice delegato ai fallimenti al quale veniva chiesto – in tali fattispecie di mancata coincidenza dei beni - non solo di formare lo stato passivo anche con riferimento ai beni oggetto della misura di prevenzione, ma – inevitabilmente – anche di conoscere, tutta l'indagine presupposta al fine di correttamente applicare i criteri posti alla base dell'art 52 D. Lgs. 159/2011.

La nuova versione dell'art. 63 comma 4 ha quindi eliminato tale inconveniente, prevedendo che in caso di beni sottoposti a misura di prevenzione e beni che devono rimanere nella disponibilità del fallimento ciascun giudice proceda all'accertamento dei crediti secondo le regole proprie di ciascuna procedura ed evitando, quindi, non solo il necessario travaso di notizie dalla procedura di prevenzione a quella concorsuale, ma anche la decisione di un giudice civile (fallimentare) in un ambito squisitamente penale.

Alla luce dei principi esposti – ribaditi dalla “nuova” configurazione dei rapporti fra misura di prevenzione e fallimento - si deve ribadire - come sopra evidenziato - la netta affermazione di prevalenza degli effetti della prima sulla seconda.

La modifica dell'art. 63 comma 4 appare assai rilevante ed opportuna in quanto – in tal modo - la tutela delle ragioni creditorie e dei terzi in genere è demandata alla sola procedura di prevenzione ed al competente tribunale penale, ai sensi degli artt. 52 e 57 ss. cod. antimafia; al contrario, qualora vengano revocati sequestro o confisca, venendo meno l'ostacolo all'acquisizione, il curatore procederà all'apprensione dei relativi beni. In tal senso è la previsione dell'art. 63 comma 7 D. Lgs. 159/2011, così come riformato dall'art. 22 del testo approvato dal Senato.

In tale ultima ipotesi, nel caso in cui si sia provveduto alla verifica dei crediti da parte del Giudice delegato alla misura di prevenzione si dovrà procedere ad una nuova verifica da parte del giudice delegato al fallimento, in quanto il primo stato passivo sarà stato predisposto tenendo conto della c.d. “doppia verifica” ai sensi dell'art. 52 TU antimafia e degli artt. 92 e ss. L.f. che - vendendo meno la misura di prevenzione - non sarà più necessaria.

In tal caso il giudice delegato al fallimento pertanto procederà nell'ipotesi di cui all'art. 63 comma 7 D. Lgs. 159/2011 alla formazione dello stato passivo secondo i criteri indicati dagli artt. 92 e ss. l.f.

Di notevole rilievo applicativo appare anche la previsione – nell'ambito dell'art. 63 TU antimafia – del comma 8 bis il quale prevede ora la possibilità per l'amministratore giudiziario nel caso in cui siano stati sequestrati complessi aziendali o produttivi o partecipazioni azionarie di maggioranza, prima della definitiva confisca, di presentare domanda di concordato preventivo, accordi di ristrutturazione o di piano attestato, con la contestuale alienazione di beni sequestrati quando tale cessione si inserisca nell'ambito di un piano di ristrutturazione aziendale finalizzato a mantenere i livelli di occupazione e di salvaguardia dell'unità produttiva.

Anche tale nuova previsione legislativa non può che essere vista con favore perché attribuisce all'amministratore giudiziario tutte "le leve operative" di cui può disporre un normale imprenditore nell'ambito della corretta gestione dell'azienda e si inserisce – in modo coerente in una prospettiva sistematica – con le disposizioni in tema di emersione anticipata dell'insolvenza previste dall'art. 4 del disegno di Legge con delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza

4 L'ipotesi del sequestro successivo alla dichiarazione di fallimento (art. 64 TU)

Il D. Lgs. 159/2011 all'art. 64 disciplina il caso contrario e cioè la fattispecie di sequestro di prevenzione che intervenga quando è già stato dichiarato il fallimento.

Anche l'art. 64 comma 1 D. Lgs. 159/2011 prevede – in osservanza al principio generale della prevalenza degli effetti della misura di prevenzione patrimoniale sul fallimento – che in caso di coincidenza dei beni sequestrati con quelli facenti parte dell'attivo fallimentare, il giudice delegato fallimentare, sentito il curatore ed il comitato dei creditori, disponga con decreto la

separazione dalla massa attiva del fallimento dei beni sequestrati e la loro consegna all'amministratore giudiziario.

Come osservato in dottrina, si tratta di un provvedimento che rappresenta l'esatto contrario del decreto di acquisizione ex art 25 l.fall. e che è espressamente dichiarato non reclamabile: si è correttamente evidenziato come si tratta di problemi di tutela dei creditori di fronte ad un'erronea separazione di beni che, invece, non sarebbero dovuti uscire dalla massa fallimentare, residuando, tuttavia, la possibilità di sollecitare comunque il giudice delegato a revocare o rettificare la sua decisione.²²

Con riferimento a tale fattispecie la dottrina²³ aveva posto in luce alcune criticità, evidenziando come il provvedimento di separazione dalla massa attiva appare problematico quanto - nell'ambito fallimentare - abbia già avuto inizio la fase della liquidazione dei beni.²⁴

²² A nostro avviso tale problematica può essere risolta applicando la procedura prevista dall'art. 23 comma 2 TU, anche al curatore fallimentare, nella parte in cui si prevede che "i terzi che risultino proprietari o comproprietari dei beni sequestrati, nei trenta giorni successivi all'esecuzione del sequestro, sono chiamati dal Tribunale ad intervenire nel procedimento con decreto motivato che contiene la fissazione dell'udienza in camera di consiglio"; consentendo la partecipazione del curatore all'udienza lo stesso potrà - in quella sede - evidenziare i beni che pur essendo stati sopposti a sequestro, debbano essere restituiti alla procedura essendo del tutto estranei all'attività criminosa. In tal modo - a nostro avviso - consentendo la partecipazione del curatore fallimentare al procedimento di sequestro, si consente all'organo della procedura di rappresentare le necessarie separazioni o le caratteristiche di beni che - non costituendo profitto o frutto dell'attività illecita, secondo la previsione dell'art. 20 D. Lgs. 159/2011 - dovrebbero rimanere estranei al sequestro. Il rischio è - in caso contrario - che il curatore non possa in alcun modo partecipare al procedimento evidenziando le peculiarità (eventuale) di alcuni beni, ed eventualmente, l'insussistenza dei presupposti legittimanti il sequestro secondo quanto previsto dall'art. 20 comma 1 TU (e successivamente della confisca secondo quanto previsto dall'art. 24 comma 1 TU), o l'estraneità al sequestro.

²³ Cfr. Pedoja, La guerra dei Roses ovvero conflitto di competenza tra giudice penale e giudice fallimentare in ipotesi di misura di prevenzione ex d.lgs. n. 159/2011, in www.fallimentoesocietà.it.

²⁴ Da parte della dottrina da ultimo citata si era prospettata la necessità di individuare con precisione il momento oltre il quale il sequestro non potesse più appuntarsi sul bene in questione, richiamando le soluzioni prospettate in dottrina in ordine al verificarsi dell'effetto traslativo connesso alla liquidazione coattiva conseguente al decreto di trasferimento, quale momento conclusivo del sub procedimento di vendita ovvero (secondo la tesi minoritaria) all'ordinanza di aggiudicazione, ovvero ancora il pagamento del prezzo successivo a tale ordinanza.

Anche con riferimento a tale fattispecie i problemi di tangenza fra le due procedure si risolvono quando vi sia perfetta coincidenza fra compendio fallimentare e beni oggetto di sequestro, in quanto l'art. 64 comma 7 prevede che gli organi concorsuali debbano obbligatoriamente chiudere la procedura, con conseguente attribuzione della procedura di verifica dei crediti ex art. 52 D. Lgs. 159/2011 e 92 e ss. l.f. al giudice penale.

Anche per il caso di sequestro successivo alla dichiarazione di fallimento il Legislatore è intervenuto per regolamentare l'ipotesi che aveva creato maggiori problemi applicativi e cioè il caso di mancata coincidenza fra beni sequestrati e beni che dovevano rimanere nell' attivo fallimentare

Anche per tale fattispecie infatti - e quindi nell'ipotesi in cui esista una massa attiva fallimentare che ecceda il compendio sequestrato - la procedura fallimentare non si chiudeva (e non si chiude), ma la verifica delle passività dell'imprenditore insolvente rimaneva (come già analizzato con riferimento all'art. 63) nell'ambito di operatività del giudice delegato civile, secondo quanto sancito dall'art. 64, comma 2 D. Lgs. 159/2011 nella previgente versione.²⁵

La nuova versione dell'art. 64 comma 2 citato prevede espressamente la competenza del giudice delegato dal Tribunale di Prevenzione per la verifica dei crediti ai sensi dell'art. 52 “*ancorchè già verificati dal giudice delegato del fallimento*”.

Appare dunque evidente che - nel caso in cui la verifica dei crediti da parte del Giudice delegato civile sia già stata iniziata o terminata - tale attività dovrà nuovamente iniziare da parte del giudice delegato dal Tribunale di prevenzione, dovendo tenere conto dei criteri del citato art. 52 D. Lgs. 159/2011.

La modifica – come già osservato a proposito di quella analoga prevista all'art. 63 – appare sicuramente opportuna, facendo venir meno l'inconveniente costituito dal fatto che il Giudice delegato al fallimento appariva gravata da un incumbente non da

²⁵ La norma originaria prevedeva – infatti che i crediti ed i diritti vantati nei confronti del fallimento, compresi quelli inerenti i rapporti relativi ai beni sottoposti a sequestro, fossero accertati secondo gli artt. 92 ss. l. fall., peraltro con la verifica delle condizioni previste dall'art. 52, comma 1, lett. b), c) e d), e comma 3 cod. antimafia.

poco, costituito dal dover applicare criteri e schemi normativi che non gli sono propri, oltre che acquisire d'ufficio gli atti di indagine penali al fine di valutare la sussistenza dei presupposti di cui all'art. 52 D. Lgs. 159/2011.