

IL CODICE DELLE LEGGI ANTIMAFIA E LA CRISI DELL'IMPRESA SOTTOPOSTA A MISURE DI PREVENZIONE PATRIMONIALI: ANALISI DELLA NUOVA DISCIPLINA DEI RAPPORTI TRA GLI STRUMENTI DI INTERVENTO ABLATIVO STATUALE E LE PROCEDURE CONCORSUALI¹

di CORINNA FORTE (*)

Sommario: 1. Il cd. Codice delle leggi antimafia. 2. Le posizioni di dottrina e giurisprudenza prima della novella. 3. La soluzione adottata dal Codice in commento - a) (segue) l'ipotesi della dichiarazione di fallimento successiva rispetto al sequestro di prevenzione. b) (segue) l'ipotesi della dichiarazione di fallimento precedente rispetto al sequestro di prevenzione. c) (segue) il rapporto tra le procedure concorsuali e le misure di prevenzione patrimoniali non ablativo. 4. La crisi dell'impresa sottoposta a misura di prevenzione patrimoniali. a) (segue) la fallibilità dell'imprenditore pericoloso. b) (segue) l'accesso ai cd. ammortizzatori sociali, i rapporti contrattuali pendenti. c) (segue) il trattamento di integrazione salariale. 5. La tutela delle posizioni dei terzi: profili problematici. a) (segue) l'individuazione del giudice competente. b) (segue) il riparto dell'onere della prova della buona fede. c) (segue): la sospensione dell'opposizione all'esecuzione.

1. Sul Supplemento Ordinario n. 214 alla Gazzetta Ufficiale n. 226 del 28 settembre 2011 è stato pubblicato il Decreto Legislativo 6 settembre 2011, n. 159, recante il Codice delle leggi

(*) Magistrato ordinario presso il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, Sezione penale.

¹ Lo scritto è estratto dal Volume "Diritto delle Imprese in crisi e tutela cautelare" a cura di F. FIMMANÒ, Ricerche di law & Economics dell'Università telematica pegaso, Milano, Giuffrè, 2012, 547 s.

antimafia e delle misure di prevenzione, finalizzato per un verso al riordino ed alla risistemazione in un corpus unitario della complessa normativa di settore (anche mediante l'abrogazione, tra le altre, delle leggi fondamentali disciplinanti la materia delle misure di prevenzione, ed in specie della legge 27 dicembre 1956, n.1423, e della legge 31 maggio 1975, n. 575) con il dichiarato scopo di semplificare l'attività dell'interprete, migliorando l'efficienza delle procedure di gestione dei beni in sequestro e di destinazione di quelli confiscati, e, per altro verso, mirante al recepimento, in un testo di rango legislativo, di talune soluzioni operative prospettate nel corso degli anni dalla giurisprudenza di merito e di legittimità².

Il testo in commento, che attua la delega prevista dall'articolo 1 della legge 13 agosto 2010, n.136³(il cd. "Piano

² Peraltro non va taciuto che di recente è stata ulteriormente confermata e ribadita dalla Suprema Corte la compatibilità dell'istituto della confisca di prevenzione con quanto disposto dall'art. 1 del Protocollo n. 1 alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (cfr. Cass. Pen. Sez. V, n. 7880, 17 novembre 2011, Casucci. Il procedimento alla sua emanazione finalizzato non contrasta con l'articolo 4 del prot. N. 7 della CEDU - che riconosce all'imputato di ottenere la riapertura del processo in caso di sopravvenienza di fatti nuovi - perché è garantita dal Codice Antimafia la possibilità di ottenere la revoca ex tunc della misura nel caso in cui si accerti, sulla base di elementi nuovi, l'invalidità genetica del provvedimento irrogativo (in tal senso, Cass. Pen. Sez. I, n. 11548 del 2 marzo 2012, Lipari).

³ Il testo in questione, infatti, conteneva il progetto di risistemazione organica del settore e richiedeva al Governo di disciplinare, tra l'altro, i rapporti tra il procedimento di applicazione delle misure di prevenzione e le procedure concorsuali, al fine di garantire i creditori dalle possibili interferenze illecite nel procedimento di liquidazione dell'attivo fallimentare, prevedendo in particolare: 1) che i beni sequestrati o confiscati nel procedimento di prevenzione siano sottratti dalla massa attiva del fallimento e conseguentemente gestiti e destinati secondo le norme stabilite per il procedimento di prevenzione; 2) che, dopo la confisca definitiva, i creditori insoddisfatti sulla massa attiva del fallimento possano rivalersi sul valore dei beni confiscati, al netto delle spese sostenute per il procedimento di prevenzione; 3) che la verifica dei crediti relativi a beni oggetto di sequestro o di confisca di prevenzione possa essere effettuata in sede fallimentare secondo i principi stabiliti dal decreto legislativo di cui al comma 1; che se il sequestro o la confisca di prevenzione hanno per oggetto l'intero compendio aziendale dell'impresa dichiarata fallita, nonché, nel caso di società di persone, l'intero patrimonio personale dei soci falliti illimitatamente responsabili, alla verifica dei crediti si applichino anche le disposizioni previste per il procedimento di prevenzione; 4) che l'amministratore giudiziario possa proporre le azioni di revocatoria fallimentare con riferimento ai rapporti relativi ai beni oggetto di sequestro di prevenzione; che, ove l'azione sia già stata proposta, al curatore si so-

straordinario contro le mafie”), presenta la peculiarità di un’entrata in vigore differenziata nelle sue singole parti: infatti, mentre in generale, il provvedimento ha acquistato vigenza dal 13 ottobre 2011, invece le norme del Libro II, Capi I, II, III e IV (contenenti Nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia) entreranno in vigore solo decorsi ventiquattro mesi dalla data di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale dell’ultimo dei regolamenti di disciplina della Banca dati nazionale unica della documentazione antimafia, di cui all’art. 99, comma 1, del decreto di cui sopra.

Come si legge nella Relazione Illustrativa al testo in esame, 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 recentemente istituita con il decreto legge 4 febbraio 2010, n. 4”. La complessità e, per gli aspetti che qui interessano, l’assoluta novità dei principi introdotti dalla citata normativa - unitamente alle molteplici novelle intervenute nel corso di oltre cinquant’anni di evoluzione normativa in materia - hanno, pertanto, imposto un complesso lavoro di ricognizione e revisione dell’intera normativa; più specificatamente, i criteri che hanno conformato, in parte qua, l’attività di redazione del codice antimafia sono stati quelli della razionalizzazione, semplificazione e coordinamento della normativa vigente, con l’introduzione nell’ambito del testo delle norme attuative degli ulteriori principi specificamente individuati dal legislatore delegante, se-

stituisca l’amministratore giudiziario; 5) che il pubblico ministero, anche su segnalazione dell’amministratore giudiziario, possa richiedere al tribunale competente la dichiarazione di fallimento dell’imprenditore o dell’ente nei cui confronti è disposto il procedimento di prevenzione patrimoniale e che versa in stato di insolvenza; 6) che, se il sequestro o la confisca sono revocati prima della chiusura del fallimento, i beni siano nuovamente attratti alla massa attiva; che, se il sequestro o la confisca sono revocati dopo la chiusura del fallimento, si provveda alla riapertura dello stesso; che, se il sequestro o la confisca intervengono dopo la vendita dei beni, essi si eseguano su quanto eventualmente residua dalla liquidazione.

condo le modalità di seguito illustrate.

In particolare, il titolo IV dà attuazione alla delega disciplinando la materia dei rapporti dei terzi con il procedimento di prevenzione e, conseguentemente, regolando la disciplina dei rapporti pendenti al momento dell'esecuzione del sequestro.

Il capo III è destinato a disciplinare i controversi rapporti tra misure di prevenzione e fallimento dell'imprenditore i cui beni siano stati attinti da sequestro: in siffatta materia si assiste, come accennato, per la prima volta all'inserimento nella materia delle misure di prevenzione di una disciplina esplicita ed organica delle interrelazioni tra ablazione patrimoniale antimafia e procedure concorsuali.

Il Legislatore, come si vedrà, nel riformare la materia per un verso ha recepito gli orientamenti giurisprudenziali che si erano formati nel corso degli anni per risolvere problemi concreti di coordinamento tra le due procedure in assenza di una regolamentazione espressa di rango legislativo e, per altro verso, ha operato una precisa scelta aderendo alla tesi, prospettata nella giurisprudenza di legittimità penale, della sostanziale prevalenza delle misure di prevenzione patrimoniali del sequestro e della confisca sul fallimento, determinando di fatto il superamento dei contrapposti orientamenti giurisprudenziali e dottrinari che erano giunti, in ordine alla delimitazione di tali relazioni di interferenza, a soluzioni differenti e sovente in contrasto tra loro.

Infatti gli articoli 63-65 contengono la disciplina dei rapporti con le procedure concorsuali, impostata secondo una delimitazione solo in apparenza cronologica: l'articolo 63, infatti, è dedicato alle ipotesi di dichiarazione di fallimento posteriore al sequestro di prevenzione, mentre l'articolo 64 si occupa della fattispecie, speculare alla prima, in cui il sequestro di prevenzione intervenga in un momento successivo rispetto alla pronuncia dichiarativa del fallimento; l'articolo 65 disegna, infine, i rapporti tra le procedure concorsuali e le misure di prevenzione "atipiche" modificate dall'articolo 34, ossia l'amministrazione giudiziaria ed il controllo giudiziario⁴.

⁴ Sul punto, anche C. Forte, *Il codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione: una nuova disciplina dei rapporti tra le misure di prevenzione pa-*

2. Nonostante alcune note critiche in dottrina⁵, che sottolineano le problematiche ascrivibili per un verso all'importazione, nel sistema tipicamente penalistico della prevenzione patrimoniale, di istituti precipi del diritto e della procedura fallimentari e, per altro verso, l'assenza di un'armonizzazione e di un preciso coordinamento del Codice con la normativa europea, non sfugga l'estrema portata innovativa delle citate disposizioni, con le quali si è cercato di regolamentare ex novo le relazioni tra procedure concorsuali e procedimento di prevenzione, colmando in tal modo un vuoto legislativo per porre rimedio al quale si era osservata una molteplicità di orientamenti giurisprudenziali (non solo tra giudici di legittimità e di merito, ma anche tra pronunce della Suprema Corte in sede civile e penale) e dottrinari sovente in contrasto tra loro nel riconoscere di volta in volta prevalenza agli effetti del fallimento⁶, ovvero al giudi-

trimoniali e le procedure concorsuali, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, CEDAM 2012, n. 1, 54 e ss.

⁵ G. Minutoli, *Verso una fallimentarizzazione del giudice della prevenzione antimafia*, *Il Fallimento*, 2011, 11, 1271 e ss. ; A. Cisterna, *L'impegno a varare opportuni testi integrativi fa sperare in un corpus normativo più completo*, in *G. dir.*, 2011, 41, 84-86 e P. Pittaro, *Troppo poche le norme essenziali nel codice: disposto lo stralcio*, in *Il quotidiano giuridico*, <http://dottrinaediritto.ipsoa.it>, 3 ottobre 2011.

⁶ Tale impostazione - sviluppata soprattutto da parte della dottrina al fine di garantire una maggiore tutela delle posizioni dei terzi creditori, di regola sacrificati per la riconosciuta prevalenza delle finalità pubblicistiche del giudizio di prevenzione - si fondava sul rilievo che il fallito è privato della disponibilità dei beni a lui riconducibili e che la dichiarazione di fallimento appariva assimilabile al pignoramento, di talché determinava l'assoggettamento dei beni dell'imprenditore fallito alle pretese di soddisfacimento dei suoi creditori. Sul punto, cfr. G. 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; A. Gaito, *Fallimento in funzione di confisca e tutela dei diritti dei terzi nella repressione del fenomeno Mafioso*, in *Giur. It.* 1985, II, 397; Norelli, *Misure patrimoniali antimafia, tutela esecutiva dei creditori e fallimento* in AA. VV. "Imprenditori anomali e fallimento", Padova, 1997, 343; Fabiani, *Misure di prevenzione patrimoniali ed interferenze con le procedure concorsuali*, in *Il Fallimento*, 1998, 329. In giurisprudenza, in

zio di prevenzione⁷, o, ancora, nell'adottare un criterio di deli-

tal senso Cass. Civ. Sez. I 29. 7. 1997, n. 9078; Trib. Lucca 6 marzo 1992, in *Cass. Pen.* 1993, 696.

⁷ Nella giurisprudenza di legittimità il problema delle interferenze tra sequestro di prevenzione e fallimento concernenti gli stessi beni, sotto il particolare profilo della legittimità dell'intervento del curatore nel giudizio di prevenzione, era stato risolto nel senso che i beni compresi nel fallimento non potessero essere sottratti al sequestro di prevenzione con la conseguenza che la curatela fallimentare non fosse legittimata ad intervenire nel procedimento di cui all'art. 2 *ter* comma quinto non rientrando tra i soggetti cui tecnicamente "appartengono" i beni in sequestro (nozione che riguarderebbe unicamente i titolari formali di diritti sul bene stesso a prescindere dalla possibile situazione di fatto); la Corte aveva anche chiarito che la massa dei creditori non poteva essere qualificata come "titolare" dei beni del fallito, in quanto verso il fallimento, rappresentato dal curatore, vanta solo un diritto di credito, sia che si trattasse di creditori chirografari che privilegiati. Nella stessa pronuncia veniva anche affermato che, qualora il fallimento venisse dichiarato dopo l'esecuzione del sequestro di prevenzione, incomberebbe sul curatore fallimentare l'onere di fornire la prova circa la legittima provenienza dei beni. Cass. Sez. I, 14 febbraio 1987, Nicoletti, in *Cass. Pen.*, 1989, p. 463, n. 467; da ciò consegue che il curatore fallimentare può al massimo proporre incidente di esecuzione ai sensi degli artt. 666 e ss. c. p. p. a tutela delle ragioni della massa, rivendicando la legittima provenienza dei beni in capo al fallito: sul punto, cfr. Cass. Pen. 9 novembre 1997, Nicoletti; Cass. Pen. Sez. V, 30 marzo 2000, n. 1926, Cass. Pen. 18 settembre 2003, n. 38117. In dottrina, la tesi è sostenuta da V. Napoleoni, *Interferenze problematiche tra fallimento e sequestro antimafia*, in *Cass. Pen.* 1989, p. 465; in tal senso anche A. Maisano, *Misure patrimoniali antimafia e tutela dei creditori*, in *Giur. Comm.* 1986, p. 889. L'autore ritiene inammissibile il proposto criterio temporale, trattandosi di misure non omogenee quanto a presupposti, scopi ed effetti, e riconosce, quindi, prevalenza in ogni caso alle misure di prevenzione; in giurisprudenza, il principio è affermato anche in Cass. Sez. I, 20 ottobre 1997, Cifuni, in *Cass. Pen.*, 1998, p. 2119, n. 1228 ed in *Riv. Polizia*, 1999, p. 481 e nello stesso senso Sez. I, 16 aprile 1996, Biron, in *Cass. Pen.* 1997, p. 849, n. 544 e stessa sezione, 27 giugno 1996, Alfieri, in *Cass. Pen.*, 1997, p. 2846, n. 1609; Cass. Sez. I, 23 marzo 1998, Commisso, in *Arch. n. proc. pen.*, 1998, p. 171; Cass. Pen. Sez. I, 26 maggio 2006, n. 18955. Nella giurisprudenza di merito va richiamato l'orientamento espresso dal Tribunale di Roma che, dopo avere dichiarato che ritenere ostativo al sequestro di prevenzione lo *status* di fallito significa vanificare le finalità del provvedimento, evidenzia che il fallito perde la disponibilità e l'amministrazione dei beni, ma non già (fino alla confisca definitiva) la titolarità degli stessi, di talché sarebbe ammissibile il sequestro di prevenzione in ipotesi siffatta, cfr. Tribunale di Roma, 25 marzo 1985, Paziienza, in *Giur. It.*, 1985, II, p. 397. Da ultimo, la regola secondo la quale sulla procedura fallimentare debba prevalere la procedura preventiva, sia quando il fallimento sia stato dichiarato prima del sequestro sia, *a fortiori*, quando sia stato dichiarato successivamente alla sottoposizione del bene a vincolo reale, è stata riaffermata da Cass. Pen. Sez. I, sentenza 22 marzo-2 maggio 2011, n. 16797, ric. Tanzarella ed altri.

mitazione temporale (“prior in tempore, potior in iure”) dell’efficacia delle due concorrenti misure⁸.

Com’è noto, la questione dei rapporti tra fallimento e misure di prevenzione patrimoniali, materia nella quale il presente testo rappresenta il primo tentativo di addivenire ad una disciplina organica che coordini le procedure e componga i contrapposti interessi coinvolti, è stata affrontata dalla dottrina e dalla giurisprudenza sotto diversi profili, sia teorici che operativi, a partire dalla stessa possibilità di configurare la coesistenza sul medesimo bene di entrambe le misure indicate⁹.

Ciò anche in considerazione della circostanza che il fallimento dell’imprenditore spiega effetti giuridico-fattuali ben più ampi rispetto a quelli prodotti dal sequestro di prevenzione e funzionali, di regola, allo spossessamento immediato del bene con finalità preventive ed impeditive e, in prospettiva, alla spogliazione del soggetto sottoposto in favore dello Stato¹⁰.

Giova ricordare, infatti, che in passato autorevole dottrina¹¹

⁹ In specie, si era sostenuto che ove il fallimento intervenisse dopo l’esecuzione del sequestro, il curatore avrebbe potuto proporre incidente di esecuzione per dimostrare la legittima provenienza dei beni; ove il sequestro sopravvenisse, invece, nel corso del giudizio fallimentare, i beni colpiti sarebbero bloccati in funzione della confisca. Nell’ipotesi in cui i beni stessi fossero già stati alienati lo Stato dovrebbe arrestare le proprie pretese e non potrebbe pretendere nulla dagli acquirenti di buona fede (e non fittizi o prestanomi del sottoposto ovviamente), laddove qualora la confisca fosse intervenuta prima della dichiarazione di fallimento i creditori non potrebbero, in alcun modo, far valere le loro ragioni. Alcuni autori, ponendo appunto l’accento sull’elemento cronologico, escludevano ogni possibilità di tutela del creditore (ad eccezione dell’ipotetica istanza di revoca della misura e della preesistenza di diritti reali di garanzia) nell’ipotesi in cui la confisca fosse intervenuta prima della dichiarazione di fallimento. Sul punto, M. Fabiani, *Misure di prevenzione patrimoniali e interferenze con le procedure concorsuali*, in AAVV *Le Misure di prevenzione patrimoniali*, Cacucci, 1998, p. 151 e ss.

¹⁰ Sul punto, cfr. C. Costa, *Il fallimento dell’imprenditore sottoposto a misure di prevenzione*, in *Dir. Fall.*, 1996, I, 10.

¹¹ Per una disamina complessiva delle questioni trattate, cfr. C. Forte, in *Le procedure concorsuali*, a cura di A. Caiafa, Padova, Cedam, 2011, pp. 1667 e ss.

P. V. Molinari, *Le misure di prevenzione nella legge fondamentale antimafia e nella legge anti violenza nelle manifestazioni sportive*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 200.

aveva evidenziato come in giurisprudenza¹² fosse stata ritenuta la configurabilità di un “caso analogo” di conflitto di competenza, ai sensi dell’art. 28 comma 2 c.p.p., nel contrasto tra giudice della prevenzione e giudice fallimentare, ossia tra un giudice in senso lato penale e un giudice civile: si sosteneva sul punto, e in senso critico rispetto al citato orientamento, che i conflitti di competenza attenessero esclusivamente ai contrasti tra organi del processo penale o, in via analogica, tra organi rientranti nel campo penalistico, mentre ne era esclusa la configurabilità nei rapporti tra giurisdizione penale, civile ed amministrativa, regolati da altri istituti, come la pregiudizialità.

Del resto, prima della ricordata evoluzione interpretativa, la giurisprudenza aveva ritenuto, appunto, non configurabile un conflitto siffatto¹³, laddove in seguito il contrasto tra giudice della prevenzione e giudice fallimentare era stato considerato, appunto, astrattamente ammissibile.¹⁴

Oggi la novella in analisi ammette espressamente la possibile e contemporanea coesistenza tra le due misure, preoccupandosi di disciplinare, appunto, le ipotesi di concorrenza tra procedura concorsuale e misura di prevenzione patrimoniale distinguendo a seconda della precedenza dell’una ovvero dell’altra ed a seconda della piena o parziale identità dei beni coinvolti.

Prima della riforma, infatti, in linea teorica laddove fosse stato ordinato il sequestro di prevenzione solo di alcuni dei beni riconducibili al soggetto portatore di pericolosità (in effetti, come si vedrà, il vincolo di prevenzione non ha carattere di universalità e non può attingere indiscriminatamente l’intero patrimonio del proposto ma deve agganciarsi a specifici requisiti normativamente previsti e richiede analitica motivazione da parte del giudice circa le vicende acquisitive di ogni singolo

¹² Cass. Sez. I, 23 marzo 1998, Comisso, in *Cass. Pen.*, 2000, p. 85 n. 65, con nota critica di P. Dell’Anno, *E’ davvero ipotizzabile un’ipotesi di conflitto di competenza tra giudice penale e giudice civile?*

¹³ Cfr. Cass. Sez. I, 2 luglio 1990, Boano, in *Giur. It.*, 1991, II, c. 186 con nota di T. Trevisson Lupacchini; Sez. I, 13 luglio 1977, Passeretti, in *Giust. Pen.*, 1979, III, c. 252 ed in *Cass. Pen.*, 1978, p. 780, n. 717.

¹⁴ Sez. I, 14 febbraio 2000, Frascati, in *Cass. Pen.*, 2000, p. 2767, n. 1572, ed in *Giust. Pen.*, 2001, c. 299.

cespite attinto con la misura di prevenzione¹⁵), la successiva dichiarazione di fallimento del proposto avrebbe avuto invece l'astratta idoneità a determinare la creazione di un vincolo di indisponibilità di tutto il patrimonio del soggetto stesso.

Inoltre, si era acutamente osservato¹⁶, anche nell'ipotesi in cui fosse stato ordinato il sequestro di tutti i beni riconducibili al proposto, la declaratoria di fallimento raggiungeva gli ulteriori obiettivi di consentire le azioni revocatorie, di coagulare gli interessi dei creditori intorno ad un unico soggetto esponenziale, il curatore, nonché di consentire ai creditori stessi di fruire dei relativi benefici fiscali, come, ad esempio, della possibilità di emettere le note di accredito IVA o di porre a perdita in bilancio i crediti inesatti.¹⁷

Vi era poi chi¹⁸, con specifico riferimento alle esigenze di tutela del creditore nell'ambito dell'esecuzione concorsuale, distingueva tra due differenti prospettive che, convenzionalmente, è possibile definire come statica e dinamica¹⁹.

¹⁵ Cass. Pen. Sez. I, 21 gennaio 1991, n. 212, Piromalli, in CED Cass. Rv. 186502 statuisce chiaramente che gli indizi dell'illegittima provenienza dei beni o delle somme impiegate per il loro acquisto devono essere inerenti a ciascuno dei beni sottoposti a vincolo, come pure l'onere di allegazione a carico dell'indiziato circa la genesi lecita degli stessi.

¹⁶ G. Anfuso relazione su *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, relazione all'Incontro di studio CSM, Roma, 15-19 maggio 2006, pagg. 30 e ss.

¹⁷ in tal senso cfr. decreto del Tribunale di Palermo, 1. 2. 2000, est. Anfuso, secondo cui il curatore rappresenta gli interessi dei creditori anche innanzi al giudice della prevenzione.

¹⁸ In tal senso, Luigi Salvato, *Profili problematici del coordinamento della disciplina del sequestro di prevenzione e del fallimento*, Relazione svolta al Convegno "Diritto delle imprese in crisi e tutela cautelare", Napoli, 1° aprile 2011, pagg. 2 e ss.

¹⁹ La definizione è tratta da A. Ajello, *Amministrazione e gestione delle imprese confiscate alla mafia*, in *Contratto e impresa*, 2004, 743, il quale l'ha utilizzata per distinguere l'amministrazione dei beni a seconda che sia diretta alla mera conservazione dei beni sequestrati, ovvero sia svolta in vista del mantenimento nel mercato dell'impresa i cui beni hanno costituito oggetto del sequestro. Questa prospettiva può essere utilizzata anche per l'esame della tutela della congerie di interessi coinvolti dal procedimento di prevenzione. Nel caso in cui il sequestro di prevenzione attinga un'azienda, F. Cassano, *L'amministrazione dei beni in sequestro di prevenzione e la tutela dei diritti dei terzi*, in www.appinter.csm.it/incontri, 14, argomenta di necessità di un «approccio dinamico» alla gestione, che tenga conto dell'oggetto per il cui conseguimento l'impresa è stata costituita ed è esercitata.

Mentre la prima prospettiva (ingenerata dall'assenza di norme di coordinamento tra fallimento e procedimento di prevenzione, causa a sua volta della difficoltà di tratteggiare una netta linea di confine tra competenze del curatore e dell'amministratore giudiziario²⁰) focalizzava l'attenzione sui profili concernenti le condizioni e le modalità necessarie per garantire, a uno stesso tempo, la tutela dei diritti dei terzi, l'efficacia dell'azione di prevenzione e l'esame delle situazioni collegate a tali diritti, secondo modalità in grado di consentire l'irrogazione della misura contestualmente alla consegna alla procedura di beni liberi da vincoli di sorta, così da assicurarne la celere destinazione agli scopi previsti dalla legge.

La seconda prospettiva aveva riguardo, invece, prevalentemente, agli interessi coinvolti dalla misura di prevenzione, qualora questa abbia ad oggetto beni costituiti in azienda e destinati all'esercizio di un'attività d'impresa, e perciò anche ai presupposti e ai limiti della continuazione di tale attività.

Prima dell'intervento legislativo in esame, le numerose e rilevanti questioni che si erano poste in concreto (soprattutto quelle privilegiate dal primo approccio ermeneutico) erano state risolte essenzialmente grazie all'interpretazione giurisprudenziale che, come si vedrà, ha fatto sovente da apripista al Legislatore, il quale è intervenuto in taluni casi assecondando e legittimando ex post siffatte elaborazioni.

La soluzione prospettata nel Codice Antimafia, quindi, per un verso consente espressamente la praticabilità della dichiarazione di fallimento in epoca successiva rispetto al sequestro, ponendo l'iniziativa in tal senso in capo al P.M., ma per altro verso, impedendo la prosecuzione del giudizio fallimentare successivo al sequestro nell'ipotesi di coincidenza totale dei beni colpiti da ablazione patrimoniale rispetto a quelli configurabili come massa fallimentare, indiscutibilmente frustra le suddette esigenze dei creditori, che solo in parte, e a fini più limitati, potranno trovare ingresso nel procedimento di preven-

²⁰ Così, tra i molti, F. Anfuso, *All'orizzonte una possibile via di uscita*, cit. , 1273; F. Cassano, *Il fallimento dell'imprenditore mafioso: effettività della prevenzione patrimoniale e garanzia dei diritti dei terzi di buona fede* (nota a T. Palermo 18 dicembre 1998), in *Fallimento*, 1999, 1355.

zione²¹.

Un primo esame della novella legislativa sembrerebbe lasciare emergere l'accoglimento della tesi da ultimo indicata, volta al riconoscere efficacia discretiva al dato cronologico, ritenuto l'unico idoneo ad assicurare una disciplina "oggettiva" e senza disparità di trattamento; un'analisi più approfondita del testo rivela, invece, a mio avviso, la scelta inequivocabile del Legislatore nel senso della prevalenza, sul fallimento, degli effetti delle misure di prevenzione patrimoniali, con il limite negativo dell'ipotesi in cui il sequestro o la confisca di prevenzione vengano disposti dopo la chiusura del fallimento, alla stregua dell'articolo 64 comma 8, evenienza nella quale l'ablazione in favore dello Stato viene eseguita solo su quanto eventualmente residui dalla liquidazione.

Va comunque sottolineato che la giurisprudenza (almeno quella largamente prevalente) precedente al Codice Antimafia non sembrava dubitare della compatibilità delle due procedure, come invece è stato di recente adombrato²², anche in virtù dell'insuperabile dato normativo emergente in tal senso dall'art. 2, comma 1-bis, del d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270, introdotto dall'art. 1, comma 275, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, che, sia pure in riferimento all'amministrazione straordi-

²¹ Sul punto nella citata Relazione illustrativa si legge che: "Allorché la massa fallimentare sia integralmente costituita da beni sottoposti a sequestro (o confisca), si è ritenuto superfluo mantenere aperte entrambe le procedure. E' infatti prevista un'ipotesi di chiusura del fallimento, essendo rimessa in tal caso al solo giudice della prevenzione l'accertamento del passivo non ancora verificato e la formazione del progetto di riparto tra i creditori insinuati che intendono soddisfarsi sui beni oggetto di vincolo di prevenzione, con applicazione delle disposizioni del capo II. "

²² Il riferimento è a C. Volponi, *Ancora sulla prevalenza del fallimento sul sequestro preventivo ex l. 575/1965* (nota a T. Vibo Valentia, 1° aprile 2009), in *Dir. fallim.*, 2010, II, 387, il quale, nel commentare criticamente la sentenza del Tribunale di Vibo Valentia, che ha dichiarato il fallimento di una società sottoposta a provvedimento di sequestro ex art. 2-bis della legge n. 575 del 1965, seguito da confisca, osserva che «i giudici del vibonese, disattendendo la propria giurisprudenza in linea con il consolidato principio sancito dai giudici di legittimità sulla prevalenza della misura cautelare sul fallimento, sono addirittura andati oltre, pervenendo alla dichiarazione di fallimento di una impresa confiscata», rimarcando che la sentenza verrebbe pertanto così a collocarsi fuori dell'attuale sistema normativo che disciplina la materia.

naria, dispone che a tale procedura possano essere ammesse anche «le imprese confiscate ai sensi della legge 31 maggio 1965, n. 575».

La dottrina²³, in epoca anteriore alla riforma, nell'auspicare una soluzione legislativa del problema dei rapporti tra prevenzione patrimoniale e fallimento, aveva esplorato due possibili soluzioni, a seconda che si intendesse riconoscere prevalenza al sequestro antimafia ovvero al fallimento: a sostegno della prima ipotesi militavano sia l'esigenza di non vanificare le finalità anche sanzionatorie della confisca di prevenzione consentendo il reingresso (magari attraverso creditori prestanome o acquirenti fittizi) del soggetto pericoloso nella disponibilità dei beni già oggetto di ablazione, che l'inopportunità di attribuire a questi un vantaggio patrimoniale discendente dalla possibilità che i creditori potessero soddisfarsi sul valore dei beni in sequestro, con conseguente liberazione, anche parziale, delle relative garanzie²⁴.

Inoltre, si affermava la naturale prevalenza del carattere ablativo della confisca di prevenzione sul fallimento che, invece, incide unicamente sulla legittimità del fallito a disporre dei propri beni.

In concreto sovente accadeva che i tribunali penali impartissero agli amministratori giudiziari direttive finalizzate a impedire che i beni oggetto del sequestro fossero acquisiti alla massa fallimentare e non sono stati infrequenti i contrasti tra giudici della sezione misure di prevenzione e giudici delegati ai fallimenti, ai quali si è cercato di porre rimedio in via giudiziaria, quando non è stato sufficiente il buon senso.

Gli strumenti utilizzati a detto scopo erano, tra gli altri, il reclamo ex art. 26, l.fall., avverso il diniego del giudice delegato al fallimento di consegnare il bene in sequestro, il decreto ingiuntivo per ottenerne la consegna, l'opposizione allo stato

²³ nota alla sentenza innanzi citata, V. Napoleoni, *Interferenze problematiche tra fallimento e sequestro antimafia*, in *Cass. Pen.* 1989, p. 465

²⁴ in tal senso anche A. Maisano, *Misure patrimoniali antimafia e tutela dei creditori*, in *Giur. Comm.* 1986, p. 889. L'autore ritiene inammissibile il proposto criterio temporale, trattandosi di misure non omogenee quanto a presupposti, scopi ed effetti, e riconosce, quindi, prevalenza in ogni caso alle misure di prevenzione

passivo proposta dall'amministratore giudiziario contro il decreto di rigetto della domanda di rivendica, restituzione o separazione, l'opposizione avverso la dichiarazione di fallimento dell'impresa in sequestro e in ultima analisi la proposizione del conflitto di competenza ex art. 28, comma 2, cod.proc.pen.²⁵

La prevalenza del sequestro di prevenzione rispetto ai diritti del creditore del sottoposto-fallito - sul rilievo che costui conserva, comunque, la titolarità dei beni e che l'ordinamento deve impedirgli di trarne vantaggio - era stata chiaramente affermata anche in altre pronunce della Suprema Corte²⁶ e il principio risulta ribadito anche in epoca recente²⁷, fino ad epoca di poco precedente all'approvazione del testo in esame.

Come accennato, la Corte di Cassazione civile²⁸ aveva ritenuto, al contrario, la prevalenza sul vincolo di prevenzione dell'iscrizione ipotecaria anteriore rispetto all'esecuzione del sequestro, assicurando in tal modo tutela effettiva al terzo creditore e prospettando, quindi, la recessività del vincolo antimafia di fronte alla necessità di salvaguardare le istanze del terzo, altrimenti immotivatamente ed eccessivamente compresse. Ciò stante, tra l'altro, il carattere derivativo dell'acquisto del bene confiscato in capo allo Stato, da cui discende la conseguenza della prevalenza dell'iscrizione ipotecaria rispetto al successivo sequestro, allorché, ovviamente, il terzo sia risultato estraneo al giudizio di prevenzione.

E' noto, infatti, secondo l'elaborazione giurisprudenziale²⁹ attualmente prevalente, la confisca di prevenzione configura un'ipotesi di acquisto a titolo derivativo che, come tale, non può pregiudicare i diritti reali di garanzia legittimamente acquisiti dai terzi di buona fede sul bene oggetto di confisca.

Tale decisione si colloca nel solco già tracciato dalla Supre-

²⁵ Così F. Anfuso, *All'orizzonte una possibile via di uscita*, cit. , 1273.

²⁶ Cass. Sez. I, 20 ottobre 1997, Cifuni, in *Cass. Pen.* , 1998, p. 2119, n. 1228 ed in *Riv. Polizia*, 1999, p. 481 e nello stesso senso Sez. I, 16 aprile 1996, Biron, in *Cass. Pen.* 1997, p. 849, n. 544 e stessa sezione, 27 giugno 1996, Alfieri, in *Cass. Pen.* , 1997, p. 2846, n. 1609.

²⁷ Cass. Pen. Sez. I, sentenza 22 marzo-2 maggio 2011, n. 16797, ric. Tanza-rella ed altri, cit.

²⁸ Cfr. Cass. Civ. Sez. III, 5 ottobre 2010, sent. N. 20664, Russo.

²⁹ Cfr. Cass. Pen. SSUU, sentenza n. 9 del 28 aprile 1999.

ma Corte, Sezione Civile³⁰, secondo cui il provvedimento di confisca emesso ai sensi della legge n. 575/65 non può pregiudicare i diritti reali di garanzia costituiti sui beni oggetto dell'ablazione, in epoca anteriore all'instaurazione del procedimento di prevenzione e purché in favore di soggetti estranei alle vicende sintomatiche di pericolosità sociale qualificata del proposto, senza che possa farsi distinzione in punto di competenza del giudice adito tra giudice civile e giudice penale, in quanto il diritto reale limitato si estingue solo per le case indicate nell'art. 2778 c.c. Mentre la Corte Costituzionale, più volte sollecitata, ha sempre negato possibilità di intervento, chiarendo che spetta al legislatore individuare le possibili soluzioni³¹, invece le Sezioni Unite della Corte di Cassazione³² in relazione al sequestro disposto in un processo penale, sembrerebbero avere superato il criterio temporale privilegiando una valutazione in concreto caso per caso, con il limite della confisca obbligatoria.

In specie, si è statuito che è ammissibile il sequestro di beni di pertinenza di un'impresa dichiarata fallita, "a condizione che il giudice penale dia motivatamente conto della prevalenza delle ragioni sottese alla confisca rispetto a quelle attinenti alla tutela dei legittimi diritti dei creditori nella procedura fallimentare". Il sequestro funzionale alla confisca obbligatoria, quale quella di prevenzione, è quindi secondo l'insegnamento della Corte del tutto insensibile rispetto alle vicende del fallimento, posto che la res ablata è considerata pericolosa intrinsecamente, secondo una presunzione non vincibile sulla base delle ragioni riconducibili al fallimento.

3. Tanto premesso, il recepimento della prevalente giurisprudenza di legittimità penale sul punto appare evidente: la priorità delle misure ablative è ispirata all'esigenza di privile-

³⁰ Cfr. le sentenze della Terza Sezione n. 16227 del 29. 10. 2003 e n. 845 del 16. 1. 2007.

³¹ Cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. 190/94.

³² Sentenza 24 maggio 2004, n. 29951, Focarelli, in *Il Fallimento*, 2005, 1265, con nota di M. F. Iacoviello, *Fallimento e sequestri penali*.

giare 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.³³

Tale interpretazione non prescinde, tuttavia, almeno secondo l'intenzione del Legislatore, dal tentativo di perseguire comunque un bilanciamento degli interessi contrapposti in maniera tale che i diritti dei terzi coinvolti, sia pure senza dubbio compressi a causa della concomitante misura di prevenzione, non lo siano, tuttavia, eccessivamente e, soprattutto, indebitamente.

La tesi della confisca di prevenzione come fonte di acquisto del bene a titolo derivativo (che supera la tesi dell'acquisto a titolo originario sostenuta in un precedente orientamento giurisprudenziale³⁴) legittima la soluzione legislativa che mira, comunque, a consentire l'ingresso e la verifica delle ragioni dei terzi creditori nel giudizio di prevenzione al fine di assicurare loro una, sia pur parziale, tutela.

La stessa trova conferma nella funzione dell'atto di ablazione, la cui causa giuridica non è costituita dall'acquisizione del bene al patrimonio dello Stato, con il sacrificio del diritto dei terzi, ma è identificabile, invece, nell'esigenza, tipicamente preventiva, di interrompere la relazione del bene stesso con l'autore del reato e di sottrarlo alla sfera di disponibilità³⁵ di

³³ In tal senso, Cass. Pen. Sez. I n. 16797, cit.

³⁴ Cfr. Cass. Pen. SSUU, n sentenza delle sezioni unite 28. 1. 98, Maiolo.

³⁵ Per la nozione di disponibilità nel giudizio di prevenzione, cfr. Cass. Sez. I, 17 gennaio 2008 n. 6613, Carvelli, in cui chiaramente si afferma che il concetto di disponibilità indiretta di cui all'articolo 2 *ter* previgente non può ritenersi limitato alla mera relazione naturalistica o di fatto col bene, ma va esteso, al pari della nozione civilistica del possesso, a tutte quelle situazioni nelle quali il bene

quest'ultimo³⁶.

Pertanto, l'acquisizione del bene allo Stato è una conseguenza della sottrazione e non già l'obiettivo della confisca, il cui fine primario e immediato è la spoliazione del reo nei diritti che ha sulla cosa, di talché l'acquisto di tali diritti da parte dello Stato costituisce soltanto una conseguenza necessaria di tale spoliazione ed il richiamo al bilanciamento tra interesse pubblico e interesse privato può essere pertinente soltanto nell'ottica della specifica funzione che tipicizza la confisca e, quindi, ha un senso rispetto ai diritti del condannato sulla cosa e non anche riguardo alle situazioni giuridiche soggettive dei terzi.

In effetti, la distinzione, contenuta negli articoli 63 e 64, circa la precedenza del fallimento ovvero dell'esecuzione del sequestro appare dettata da una finalità di impostazione logica del problema e di delimitazione delle differenti categorie di ipotesi che nella prassi potranno verificarsi, anziché dalla volontà di riconoscere importanza specifica al dato temporale ai fini della risoluzione del problema circa i rapporti tra fallimento e misure di prevenzione patrimoniali. In sostanza, quindi, il Legislatore ha tentato di fornire un criterio distintivo tra le varie fattispecie con cui l'interprete dovrà in concreto confrontarsi, ma non ha inteso sancire il principio "prior in tempore, potior in jure" al fine di delimitare la sfera dei rispettivi effetti tra le due procedure in esame.

In ciascuna delle due fattispecie, come si vedrà, sono state affrontate in maniera distinta 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.

stesso ricada nella sfera degli interessi economici del prevenuto, ancorché il medesimo eserciti il proprio potere su di esso per il tramite di altri.

³⁶ Peraltro, di recente la Suprema Corte ha affermato la legittimità del sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente dei beni mobili e immobili dell'unico socio di una società ammessa al concordato preventivo, atteso che il debitore conserva l'amministrazione e la disponibilità dei beni nell'ambito della procedura a differenza di quanto accade con la dichiarazione di fallimento (cfr. Cass. Pen. Sez. III, n. 13996/2012, Verlatò).

In effetti, potrebbe affermarsi che la volontà del Legislatore vada nel senso di distinguere il più possibile gli effetti del fallimento rispetto a quelli delle misure di prevenzione, garantendo gestioni distinte e un soddisfacimento differenziato dei creditori, ciò sia al fine di evitare inutili duplicazioni procedurali sia per scongiurare il rischio di soluzioni contrastanti nell'ambito delle due diverse gestioni.

E' chiaro, tuttavia, che il grosso limite pratico di tale impostazione, in linea teorica assolutamente condivisibile, risiederà nell'estrema difficoltà di ipotizzare, come si chiarirà meglio in seguito, casi di non perfetta coincidenza oggettiva tra i beni colpiti da misure di prevenzione patrimoniali e quelli potenzialmente rientranti nel fallimento.

a) (segue) L'ipotesi della dichiarazione di fallimento successiva rispetto al sequestro di prevenzione.

L'articolo 63 del Codice antimafia si occupa, come accennato, del caso in cui la dichiarazione di fallimento intervenga successivamente all'esecuzione del sequestro di prevenzione, risolvendo alcuni problemi interpretativi che nella prassi si erano posti in ordine alla titolarità del potere di agire per ottenere l'emissione della dichiarazione di fallimento, ma, al tempo stesso, ponendo una serie di questioni ermeneutiche di non scarso momento e potenzialmente cariche di rilevanti conseguenze operative.

Prevedendo, quindi, l'evenienza di una dichiarazione di fallimento successiva all'ablazione cautelare deve ritenersi che il Legislatore abbia sottinteso e dato per scontato che l'imprenditore già attinto dal sequestro sia suscettibile di essere assoggettato anche al fallimento ovvero ad altre procedura concorsuale.

In tal senso, del resto, erano già orientate sia la giurisprudenza di merito³⁷ che la prevalente dottrina, con l'avallo della Cor-

³⁷ In riferimento alla procedura di amministrazione controllata (abrogata dalla riforma del 2006), T. Napoli, 14 aprile 1993, in *Fallimento*, 1994, 63, con nota di G. Rago.

te di legittimità³⁸; né l'assoggettabilità al fallimento dell'imprenditore attinto dal sequestro antimafia sembrava impedita dall'eventuale configurabilità della misura di prevenzio-

Cfr. anche T. Vibo Valentia 1° aprile 2009, cit. ; T. Bologna 27 maggio 2008, n. 43, Reg. ist. fall n. 113/08 (inedita); T. Trapani 8 marzo 2005, in *Giur. merito*, 2005, 1513; T. Palermo, 7 febbraio 2000, cit. ; T. Catania, 14 luglio 1998, in *Giur. comm.*, 2000, II, 47, il quale afferma che «secondo l'orientamento pacifico nella giurisprudenza [...] il sequestro [...] non può impedire la successiva dichiarazione di fallimento»; T. Roma, 30 dicembre 1997, in *Dir. fallim.*, 1998, II, 412, con nota di D. Di Gravio, *L'amministratore giudiziario dei beni sociali non è «interessato» alla revoca del fallimento della società*. Nel senso che la dichiarazione di fallimento non impedisce l'applicabilità della misura di prevenzione patrimoniale, A. Palermo, 14 novembre 1996, in *Cass. pen.*, 1997, 2250; T. Roma 25 marzo 1985, in *Giur. it.*, 1985, II, 397, con nota di A. Gaito, *Fallimento, sequestro in funzione di confisca e tutela dei terzi nella repressione del fenomeno mafioso*. Peraltro, qualche discordanza emerge in riferimento al caso della confisca; T. Bologna 27 maggio 2008, cit., ha affermato, sia pure con un *obiter*, che le due procedure (di prevenzione e di fallimento) «restano autonome nei presupposti e nelle finalità [...] senza una pregiudiziale incompatibilità fra i rispettivi meccanismi, almeno fino all'eventuale confisca di tutti quei beni in via definitiva». Per l'ammissibilità della dichiarazione di fallimento anche nel caso di confisca, v. invece, T. Vibo Valentia 1° aprile 2009, cit. ; T. Trapani 8 marzo 2005, cit. ; T. Palermo, 7 febbraio 2000, cit.

³⁸ Al riguardo, occorre fare riferimento alle pertinenti pronunce sulla questione in esame, evitando di richiamare (come talora, invece, accade) sentenze che non concernono il sequestro disposto ai sensi della legge 31 maggio 1965, n. 575 (quali, ad es., Cass. S. U. pen., 24 maggio 2004, n. 29951, in *CED*, Rv. 228165, e Cass. pen., 16 maggio 2003, n. 24160, *ivi*, Rv. 227480, concernenti il rapporto tra sequestro preventivo e procedura fallimentare, non quello tra sequestro quale misura di prevenzione patrimoniale e procedura concorsuale). Inoltre, nel senso del possibile concorso del sequestro in esame e del fallimento sono le pronunce che hanno avuto ad oggetto sia la regolamentazione dell'interferenza tra la procedura di prevenzione e quella concorsuale (affermando l'insensibilità del sequestro finalizzato alla confisca alla procedura fallimentare precedentemente instaurata, Cass. pen., 7 aprile 2010, n. 16783, in *Rep. Foro it.*, voce *Misure di prevenzione*, 2010, n. 112; Cass. pen., 4 marzo 2008, *ivi*, 2008, n. 79), sia la disciplina dei poteri del giudice delegato (negando che, anteriormente alla riforma della legge fallimentare, il g. d. potesse acquisire con decreto *ex art. 25*, primo comma, n. 2, l. fall., beni sottoposti a sequestro preventivo, Cass. 27 aprile 2007, n. 10095, in *Rep. Foro it.*, voce *Fallimento*, 2007, n. 450; Cass. 6 dicembre 2006, n. 26172, *ivi*, 2006, n. 408). In particolare, anche Cass. 23 marzo 1998, *Commisso*, cit., - talora inesattamente evocata come precedente contrario all'assoggettabilità al fallimento dell'imprenditore, qualora sia in corso la procedura di prevenzione - ha ritenuto ammissibile la coesistenza delle due procedure, benché abbia affermato la prevalenza della seconda, procedendo a stabilire i limiti di competenza degli organi fallimentari in ordine allo svolgimento di attività connesse alle loro funzioni.

ne quale *factum principis* che, eventualmente, potesse costituire proprio essa la causa dell'insolvenza, in quanto ciò che rileva per la legge fallimentare, alla luce del consolidato il principio secondo il quale neppure l'insolvenza incolpevole osta alla dichiarazione di fallimento³⁹, è la situazione oggettiva di impotenza economica dell'impresa, a prescindere dalle ragioni che l'hanno determinata.

Peraltro, nel caso in esame si versa in «un'ipotesi di dissociazione tra titolarità dell'impresa costituita dall'azienda sequestrata e gestione della stessa, perfettamente compatibile con i presupposti soggettivi ed oggettivi per far luogo al concorso collettivo» e, quindi, non sembrano sussistere «valide ragioni d'incompatibilità tra la gestione del patrimonio sottoposto a detta misura cautelare ed il fallimento, tanto più che il primo è assimilabile al sequestro giudiziario»⁴⁰.

È comunque chiaro che il fallimento dell'imprenditore sottoposto a misura di prevenzione non significa e nemmeno implica di per sé fallimento dell'impresa illecita, tenuto conto che quella gestita dall'indiziato non va ineluttabilmente considerata un'impresa illecita⁴¹.

Per completezza giova però evidenziare come della legittimità dell'assoggettamento a fallimento dell'imprenditore individuale sottoposto a misura di prevenzione abbia dubitato, non molto tempo addietro, il Tribunale di Palermo⁴²: i giudici sici-

³⁹ M. Fabiani, *Misure di prevenzione patrimoniali*, cit. , 329; D. Grimaldi, *Misure patrimoniali antimafia e tutela dei creditori*, cit. , 1098. Secondo la consolidata giurisprudenza di legittimità, ai fini della dichiarazione di fallimento, lo stato di insolvenza deve essere valutato secondo dati oggettivi, prescindendo da qualsiasi indagine in ordine alle relative cause, *ex plurimis*, Cass. 13 agosto 2004, n. 15769; in *Giust. civ.* , 2005, I, 1866; 20 giugno 2000, n. 8374, in *Rep. Foro it.* , voce *Fallimento*, 2000, n. 243; 25 settembre 1990, n. 9704, in *Fallimento*, 1991, 265.

⁴⁰ G. Lo Cascio, *Misure di prevenzione antimafia: lo stato attuale dell'interpretazione normativa*, cit. , 437; G. Silvestrini, *La gestione giudiziale dell'impresa*, cit. , 2.

⁴¹ G. Lo Cascio, *Misure di prevenzione antimafia: lo stato attuale dell'interpretazione normativa*, cit. , 437, per l'approfondimento della distinzione tra impresa mafiosa e impresa lecita.

⁴² Sollevando questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, secondo comma, l. fall. , nella parte in cui non esclude l'assoggettabilità a fallimento dell'imprenditore individuale sottoposto ad una misura di prevenzione patrimoniale.

liani hanno, infatti, censurato la legittimità costituzionale dell'art. 1, secondo comma, l.fall. «nella parte in cui non esclude dall'assoggettabilità a fallimento l'imprenditore individuale la cui impresa sia stata oggetto di una misura di prevenzione patrimoniale ex artt. 2-ter e ss della legge 31 maggio 1965, n. 575» e con particolare riferimento alle ipotesi in cui la gestione dell'attività in capo all'amministratore giudiziario si fosse protratta per un apprezzabile lasso di tempo.

La Corte delle leggi ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione, ritenendo riconducibile la denunciata lesione dei parametri costituzionali evocati dal rimettente a un inconveniente di fatto: in specie, siccome l'ordinanza di rimessione indicava che l'imprenditore aveva dedotto di avere cessato l'attività d'impresa da oltre un anno, l'eventuale assoggettamento dell'imprenditore alla procedura concorsuale costituiva «essenzialmente frutto di un inconveniente di fatto, perché conseguente solo alla mancata cancellazione dal registro delle imprese».

La perdurante fallibilità dell'imprenditore era, dunque, dovuta esclusivamente a un'inerzia della parte, la quale avrebbe potuto e dovuto provvedere alla cancellazione del registro delle imprese, una volta che il giudice delegato alla misura di prevenzione aveva anche autorizzato la cessazione dell'attività e la disgregazione dell'azienda.

Problema concreto necessariamente connesso alle tematiche esaminate e, in qualche modo, legittimato dalla testuale previsione di cui all'art. 63 in esame, è quello relativo alla possibilità per l'imprenditore individuale di decidere di cessare lo svolgimento dell'attività una volta che sia stato disposto il sequestro dei beni costituenti l'azienda.

In generale sul punto occorre premettere che il vigente art. 10 l.fall. stabilisce che l'imprenditore individuale può essere dichiarato fallito entro un anno dalla cancellazione dal registro delle imprese, se l'insolvenza si è manifestata anteriormente alla medesima o entro l'anno successivo, e fa salva soltanto per il

niale, ai sensi degli artt. 2-ter e ss della legge 31 maggio 1965, n. 575; la questione è stata decisa nel senso della manifesta inammissibilità da Corte cost. 24 marzo 2011, n. 102.

creditore o per il pubblico ministero la facoltà di dimostrare il momento dell'effettiva cessazione dell'attività da cui decorre detto termine.

La cessazione dell'attività rilevante al fine in esame è, quindi, condizionata all'iscrizione della cancellazione nel registro delle imprese, con la conseguenza che, in difetto di tale adempimento, l'imprenditore non può dimostrare che l'attività era cessata (né ha facoltà di provare la cessazione in un tempo diverso da quello risultante dall'adempimento pubblicitario)⁴³.

Va quindi compreso se, disposto il sequestro antimafia, l'imprenditore possa determinarsi alla cessazione dell'attività provvedendo egli stesso alla cancellazione dal registro delle imprese⁴⁴.

⁴³ Siffatta conclusione, imposta dalla chiara lettera dell'art. 10 l. fall., nel testo modificato dall'art. 2, comma 2, del d. lgs. 12 settembre 2007, n. 169, è stata già affermata dalla giurisprudenza di merito, T. Palmi Ms. 00320 del 19 aprile 2010; App. Reggio Calabria Ms. 00070 del 21 gennaio 2010; T. Palermo Ms. 00102 del 1° dicembre 2009, massime in www.osservatorio-oci.it.

⁴⁴ Il caso è sostanzialmente quello sottoposto dal Tribunale di Palermo alla Corte costituzionale, richiamato nella nota 23. I giudici siciliani hanno dubitato della legittimità costituzionale dell'art. 1, secondo comma, l. fall. «nella parte in cui non esclude dall'assoggettabilità a fallimento l'imprenditore individuale la cui impresa sia stata oggetto di una misura di prevenzione patrimoniale ex artt. 2-ter e ss della legge 31 maggio 1965, n. 575». La Corte delle leggi ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione, ritenendo riconducibile la denunciata lesione dei parametri costituzionali evocati dal rimettente ad un inconveniente di fatto. Secondo l'ordinanza di remissione, il «sospetto di incostituzionalità» della norma denunciata era, infatti, «evidente in tutte quelle ipotesi – come quella oggetto di esame – in cui la gestione dell'attività in capo all'amministratore di nomina giudiziale si protragga per un apprezzabile lasso di tempo». Pertanto, la Corte non ha potuto che prendere atto della circostanza che, siccome l'ordinanza di remissione indicava che l'imprenditore aveva dedotto «di avere cessato l'attività d'impresa» da oltre un anno e che l'amministratore giudiziario aveva precisato «di avere di fatto cessato l'attività a far data dal 14 novembre 2006 (essendo stato autorizzato dal Giudice delegato alla misura di prevenzione a rilasciare l'immobile sede dell'attività ed a licenziare l'unico dipendente dell'impresa)», l'eventuale assoggettamento dell'imprenditore alla procedura concorsuale costituiva «essenzialmente frutto di un inconveniente di fatto, perché conseguente solo alla mancata cancellazione dal registro delle imprese». Independentemente da ulteriori profili di inammissibilità della questione di cui la pronuncia fa cenno (concernenti la compiuta descrizione della fattispecie; la modalità di formulazione del *petitum* ed il contenuto del richiesto intervento additivo), la perdurante fallibilità dell'imprenditore era, dunque, dovuta esclusivamente ad una inerzia della parte, la quale avrebbe potuto e dovuto provvedere

Secondo una prima opzione potrebbe ritenersi che, siccome il sequestro concerne i beni appartenenti all'imprenditore, la misura non può incidere sulla libertà del medesimo di determinarsi in ordine alla cessazione dell'attività che con quei beni egli esercita; dunque, egli avrebbe la facoltà di chiedere la cancellazione dal registro delle imprese, con la conseguenza che il fallimento potrebbe essere dichiarato esclusivamente entro l'anno dalla cessazione dell'attività.

Non sfugge come l'adesione a tale tesi possa comportare in linea teorica l'irreversibile lesione della congerie di interessi coinvolti dalla stessa (dei dipendenti, dei fornitori, del ceto bancario), rimettendo scelta siffatta al soggetto portatore di pericolosità sociale e comportando un effetto definitivo in contrasto il carattere cautelare della misura.

È evidente che tale opzione contrasta nettamente con lo spossessamento generale e immediato, conseguente al sequestro, da parte dell'imprenditore dei beni oggetto di vincolo inaudita altera parte, e che risulta chiaramente sancito dalle norme recepite dal Codice in esame⁴⁵.

In senso contrario non sembrano convincenti le considerazioni secondo le quali l'indiziato rimarrebbe imprenditore in senso meramente formale (perché privato della gestione dei beni) e per altro verso all'insolvenza, eventualmente, potrebbe

alla cancellazione del registro delle imprese, una volta che il giudice delegato alla misura di prevenzione aveva anche autorizzato la cessazione dell'attività e la disgregazione dell'azienda.

⁴⁵ Il comma 8, prevedendo che «l'amministratore ha il compito di provvedere alla custodia, alla conservazione e all'amministrazione dei beni sequestrati anche nel corso dell'intero procedimento, anche al fine di incrementare, se possibile, la redditività dei beni medesimi», depone, infatti, nel senso della negazione della facoltà dell'indiziato di disporre, anche indirettamente, dei beni. Il comma 10 stabilisce, poi, che, quando il sequestro ha ad oggetto un'azienda, l'amministratore giudiziario «deve presentare al tribunale, entro sei mesi dalla nomina, una relazione particolareggiata sullo stato e sulla consistenza dei beni aziendali sequestrati, nonché sullo stato dell'attività aziendale», prevedendo, altresì, che «il tribunale, sentiti l'amministratore giudiziario e il pubblico ministero, ove rilevi concrete prospettive di prosecuzione dell'impresa, approva il programma con decreto motivato e impartisce le direttive per la gestione dell'impresa». Dunque, appare chiaro che, da un canto, la continuazione non è affatto inevitabile; dall'altro, essa è tuttavia riservata alla decisione dell'autorità giudiziaria.

concorrere l'esito della gestione svolta dall'amministratore giudiziario.

Absolutamente prioritaria risultano, rispetto a siffatte argomentazioni, la tutela della molteplice congerie di interessi coinvolti dall'esercizio dell'attività (costituiti dall'interesse generale a evitare la distruzione di ricchezza conseguente alla dissoluzione di un'impresa, se economicamente efficiente; dagli interessi dei lavoratori dell'impresa e di quanti con essa hanno stretto rapporti e da tutti quelli ordinariamente correlati all'esercizio di un'impresa) e per altro verso la considerazione che l'amministrazione giudiziaria è sempre per conto di chi spetta, potendosi concludere la procedura anche con la restituzione dei beni appresi durante la fase interinale.

L'articolo 63 in analisi, al comma primo, affida al pubblico ministero, anche su segnalazione dell'amministratore giudiziario, l'iniziativa per la dichiarazione di fallimento, facendo salve le eventuali attività dei creditori o dello stesso debitore/sottoposto alle misure di prevenzione sul punto, e stabilendo che la disposizione opera nei confronti dell'imprenditore "i cui beni aziendali siano sottoposti a sequestro o confisca"⁴⁶.

Sotto il profilo della legittimazione attiva deve, quindi, osservarsi come vi sia stata una precisa scelta del Legislatore nel voler attribuire all'organo inquirente pubblico, rappresentante dello Stato, il potere-dovere di agire per ottenere una pronuncia declaratoria del fallimento dell'imprenditore pericoloso alla stregua della normativa antimafia: quindi, può dirsi introdotta nell'ordinamento una nuova ipotesi di iniziativa del P.M. in tema di dichiarazione di fallimento, accanto a quelle, tassative,

⁴⁶ Nella richiamata Relazione Illustrativa si osserva che "sono distinte l'ipotesi in cui la dichiarazione di fallimento segua il sequestro già disposto su alcuni o su tutti i beni dell'imprenditore, da quella in cui la procedura concorsuale preceda il vincolo di prevenzione. Nel primo caso è conferita al pubblico ministero specifica legittimazione a richiedere il fallimento dell'imprenditore i cui beni aziendali siano sottoposti a sequestro o a confisca, laddove emerga dalle indicazioni dell'amministratore giudiziario, che gestisce l'azienda sequestrata, la sussistenza di uno stato di insolvenza. Al pubblico ministero è espressamente conferita legittimazione a chiedere al tribunale competente l'emissione del provvedimento di cui all'art. 195 della legge fallimentare ove l'azienda sequestrata riguardi soggetto sottoposto a liquidazione coatta amministrativa con esclusione del fallimento.

già previste dagli articoli 6 e 7 della Legge fallimentare, come innovata sul punto dall'articolo 5 del Decreto Legislativo 9 gennaio 2006, n. 5⁴⁷.

Si è detto⁴⁸ che tale previsione normativa espressa potrebbe considerarsi quale conferma dell'opzione interpretativa che esclude un generale potere di azione del pubblico ministero sul punto⁴⁹.

È stata risolta nel senso indicato la questione operativa, che si era posta nella prassi, circa la titolarità del potere-dovere di agire per la dichiarazione di fallimento in capo agli organi del giudizio di prevenzione: in concreto ci si chiedeva se tale iniziativa spettasse, nel silenzio della legge, al Tribunale competente in tema di misure di prevenzione, ovvero al singolo Giudice Delegato, oppure, ancora, all'amministratore giudiziario, qualora costui ne ravvisasse i presupposti nel corso della gestione.

Il comma 4 dell'articolo 63 stabilisce che, allorché venga dichiarato il fallimento, i beni assoggettati a sequestro o confisca sono esclusi dalla massa fallimentare, di talché i creditori ammessi potranno soddisfarsi soltanto con i beni non colpiti dal vincolo di prevenzione; si persegue l'evidente intento di separare le due gestioni, ciò che appare in concreto possibile solo qualora la misura di prevenzione non abbia attinto l'intero patrimonio del soggetto proposto e residuo, quindi, beni suscettibili di essere ricompresi nella massa fallimentare.

Come accennato, a me pare che siffatta ipotesi sia piuttosto difficile da realizzarsi in concreto, salva l'ipotesi in cui il fallimento possa attingere a beni individuabili ab origine come di legittima provenienza e, pertanto, mai entrati nel giudizio di

⁴⁷ La citata disposizione stabilisce, infatti, che il pubblico ministero possa presentare la richiesta di fallimento solo allorché l'insolvenza risulti nel corso di un procedimento penale, ovvero dalla fuga, dall'irreperibilità o dalla latitanza dell'imputato, dalla chiusura dei locali dell'impresa, dal trafugamento, dalla sostituzione o dalla diminuzione fraudolenta dell'attivo da parte dell'imprenditore, ovvero nell'ipotesi in cui l'insolvenza risulti dalla segnalazione proveniente dal Giudice che l'abbia rilevata nel corso di un procedimento civile.

⁴⁸ Minutoli, op. cit. 1273.

⁴⁹ Minutoli, *Insolvenza dell'impresa in sequestro e rapporto tra amministrazione giudiziaria e fallimento*, in AAVV, *Custodia ed amministrazione giudiziaria dei beni ed aziende sotto sequestro*, Guida teorico-pratica, Napoli, 2010, 11.

prevenzione (perché non proposti o perché la richiesta di sequestro degli stessi sia stata respinta): vale a dire, ad esempio, cespiti di provenienza successoria, ovvero provento di donazioni non "sospette", o beni acquistati con i proventi di lavoro lecito e dimostrato, oppure, ancora, con introiti straordinari (si pensi a vincite al lotto e simili, allorché il giudice della prevenzione non ritenga simulata tale fonte di reddito).

La norma andrà coordinata, per un verso, con l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale non è sufficiente - al fine di giustificare la legittima provenienza del bene - il riferimento a regolari atti di acquisto (si pensi, ad esempio, ad un immobile comprato facendo ricorso ad un mutuo), essendo, viceversa, necessario risalire all'origine dei mezzi finanziari impiegati per l'acquisizione dei predetti beni, il cui valore sia sproporzionato rispetto alle possibilità economiche del soggetto⁵⁰ e, per altro verso, con la necessità di specificare meglio l'ambito di applicabilità del sequestro e della successiva confisca, ed in particolare di comprendere quali beni possono subire tali provvedimenti.

In primo luogo, si è affermato che tali misure ablative non potranno colpire genericamente tutti i beni nel complesso imputabili ad un soggetto del quale è accertata la pericolosità, ma sarà demandata al giudice l'indagine sul nesso tra l'attività illecita del soggetto e l'uso o l'acquisto del singolo bene; la giurisprudenza non a caso parla a tal riguardo di "valenza reale"⁵¹ dell'indizio allorché il compendio sequestrato e poi confiscato risulti acquisito per intero al patrimonio del soggetto per effetto diretto o indiretto di attività illecite compiute dallo stesso.

Infatti, possono essere attinti dal vincolo di prevenzione solo beni per i quali sia dimostrato il nesso di derivazione da un'attività illecita (nel senso che della stessa, anche non necessariamente riconducibile alla partecipazione ad organizzazioni

⁵⁰ In tal senso, Cass. Pen. Sez. V, 3 maggio 2001, n. 27656, Corso (il principio è affermato in tema di confisca *ex art. 12 sexies* della legge n. 356/92, ma mi sembra tranquillamente mutuabile nel sistema della confisca di prevenzione).

⁵¹ L'espressione è usata in Cass. Sez. II Pen. 23 giugno 2004, n. 35628; Cass. Pen. Sez. V, 28 marzo 2002, n. 23041.

criminali⁵², devono costituire reimpiego ovvero provento), lad-dove nel fallimento può rientrare un complesso molto più ampio, in ipotesi, di cespiti.⁵³

Ancora, non può tacersi che la portata dell'articolo 63 comma 4 risulta grandemente ridimensionata, in concreto, dall'orientamento ermeneutico attualmente prevalente presso la Suprema Corte, secondo il quale sono confiscabili e sequestrabili anche i beni acquisiti dal soggetto proposto, direttamente o indirettamente, in epoca antecedente a quella cui si riferisce l'accertamento della pericolosità, perché unico presupposto di legge per l'adozione dei provvedimenti di ablazione è l'inizio di un procedimento nei confronti di una persona pericolosa, che disponga di beni in misura sproporzionata al reddito e di cui non sia provata la legittima provenienza⁵⁴; detto principio di diritto è stato interpretato nel senso che occorre, comunque, che i beni in questione costituiscano presumibile frutto o reimpiego di attività illecite.⁵⁵

La ricostruzione della verosimile epoca di realizzazione o di acquisto (o di ingresso dello stesso nel patrimonio del proposto) del bene sequestrato assume, comunque, rilevanza ai fini della decisione sulla confisca essendosi recentemente affermato un criterio residuale di ragionevolezza nella ricostruzione della correlazione cronologica tra epoca di acquisto-realizzazione dei beni e momento in cui si manifestano gli indizi di appartenenza del proposto a contesti di criminalità organizzata⁵⁶, nel senso di non poter confiscare beni che siano entrati nel patrimonio del proposto in epoca eccessivamente precedente rispetto al mo-

⁵² Cass. Pen. Sez. I, 2 luglio 1998, n. 3964, Arcuri, in CED Cass. Rv. 211329, ha precisato che ai fini della legittimità delle misure di prevenzione di tipo patrimoniale non occorre dimostrare il collegamento causale tra le acquisizioni patrimoniali e la supposta appartenenza ad associazioni di tipo mafioso, richiedendo l'articolo 2 *ter* unicamente il ragionevole convincimento che i beni siano frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego (fattispecie in tema di confisca di beni a sorvegliato speciale di P. S. in relazione, tra l'altro, anche a reati di natura fiscale ed al reato di usura).

⁵³ in tal senso, Grimaldi, *Misure patrimoniali antimafia e tutela dei creditori*, in *Dir. Fall.* 2001, II, 1066.

⁵⁴ In tal senso, Cass. Pen. N. 21717/08 del 29 maggio 2008, Failla.

⁵⁵ Cfr. sul punto, Cass. Sez. I, 5 ottobre 2006 (dep. Il 23 ottobre 2006), n. 35481/06, Gashi ed altri, Rv 234902.

⁵⁶ Cfr. sul punto, Cass. Sez. I, n. 35175/09.

mento in cui si cristallizzano gli indizi di appartenenza nei suoi confronti, ovvero in cui il proposto era troppo giovane in rapporto al ruolo ed alle condotte specificamente attribuitegli in momenti successivi quale appartenente ad un determinato sodalizio criminale.

Infine, problemi di coordinamento potrebbero porsi, in concreto, con la norma recepita nel Codice antimafia all'articolo 25⁵⁷, che consente il sequestro e la confisca per equivalente di beni di legittima provenienza non già precedentemente colpiti da misura di prevenzione allorché il proposto disperda, distrugga, occulti o svaluti i beni al fine di eludere l'esecuzione dei provvedimenti ablativi, ovvero qualora non ne sia possibile la confisca perché detti beni siano stati trasferiti legittimamente, prima dell'esecuzione del sequestro, a terzi di buona fede.

In ultima analisi, tenuto conto dell'estrema ampiezza del novero dei beni suscettibili di ablazione di prevenzione, appare veramente difficile immaginare un effettivo spazio di operatività separata della gestione fallimentare, anche tenuto conto dei limiti oggettivi previsti dall'articolo 46 della Legge fallimentare⁵⁸.

Il quarto comma dell'articolo 63 mira, pertanto, alla separazione dalla massa attiva dei beni attinti da sequestro di prevenzione e la formulazione normativa ("i beni ... sono esclusi dal-

⁵⁷ *Tale strumento è stato di recente qualificato dalla Suprema Corte come vera e propria sanzione, tale da impedire l'applicabilità ad essa del principio generale della retroattività delle misure di sicurezza, sancito dall'art. 200 c. p. ; ciò in quanto essa consente di confiscare beni che oltre a non avere alcun rapporto con la pericolosità individuale del reo, neppure presentano un collegamento diretto con il singolo reato e la sua ratio è invece quella di privare il soggetto pericoloso di un qualunque beneficio economico dell'attività criminosa, anche di fronte all'impossibilità di aggredire l'oggetto principale. Tanto nella convinzione della capacità dissuasiva e disincentivante di tale strumento (cfr. Cass. Pen. Sez. I, n. 11768, 28 febbraio 2012, Barilari). Sempre in ordine alla citata fattispecie, la Suprema Corte ha chiarito che il giudice deve adeguatamente apprezzare il valore dei beni sequestrati al fine di evitare che la misura cautelare del sequestro diventi eccessiva nei confronti del destinatario (Cass. Pen. Sez. III, n. 17465, 22 marzo 2012, Crisci).*

⁵⁸ La norma, com'è noto, qualifica come non compresi nel fallimento i beni strettamente personali del fallito, le *res* definite come impignorabili per legge, gli assegni alimentari e lo stipendio nei limiti del mantenimento ed i frutti derivanti da talune categorie di beni in usufrutto legale.

la massa attiva fallimentare”) sembrerebbe non lasciare al giudice delegato al fallimento alcuno spazio di discrezionalità circa la loro esatta individuazione, dovendosi intendere l’espressione nel senso che tali cespiti, colpiti da misura di prevenzione, non potranno ab origine essere oggetto di apprensione nella massa fallimentare e che il provvedimento in esame non potrà trovare esecuzione nei confronti degli stessi.

Sul punto si è sostenuto⁵⁹ che detta norma demanda la tutela delle ragioni creditorie e dei terzi in genere alla sola procedura di prevenzione, con la conseguenza che, qualora il fallimento intervenga dopo che il giudice della prevenzione abbia già effettuato la verifica dei crediti alla stregua degli artt. 57 e ss. del Codice Antimafia, occorre comprendere quale efficacia possa avere il decreto di esecutività di quello stato passivo considerato che, com’è noto, quest’ultimo ha efficacia solo nei confronti dell’Erario (art. 59 comma 4) e non già nei confronti dei creditori, e che il giudice delegato al fallimento conserverà la propria autonomia valutativa nei confronti dei crediti concernenti beni riconducibili unicamente alla massa fallimentare, pur potendo fare riferimento, anche per economia processuale, agli accertamenti già operati in sede di prevenzione.

Va anche sottolineato che a norma dell’articolo 59 la verifica dei crediti è atto proprio del giudice delegato della prevenzione e che non è espressamente previsto, come invece avviene nell’articolo 95 l. fall., che l’amministratore formuli le sue motivate conclusioni prendendo posizione su ciascuna domanda creditoria; in altre parole, nel Codice Antimafia si è inteso esaltare il ruolo del giudice delegato, ridimensionando parallelamente i poteri-doveri dell’amministratore sul punto, come confermato, altresì, dalla possibilità che il G.D. possa officiosamente assumere informazioni, mentre nella verifica fallimentare è necessaria l’istanza di parte.

Appare inevitabilmente necessario, dunque, che nella prassi si dia vita ad un costante raccordo tra amministratore giudiziario e curatore fallimentare, nonché tra giudice delegato della prevenzione e giudice delegato al fallimento, in prima battuta al fine di individuare con precisione quali siano i cespiti sui

⁵⁹ Minutoli, op. cit. 1274.

quali la dichiarazione di fallimento potrà legittimamente spiegare i suoi effetti e, nel corso della gestione, al fine di consentire un'immediata apprensione del bene nelle ipotesi, ad esempio, di revoca del sequestro o della confisca dello stesso.

Il quinto comma dell'articolo 63 comporta che, nell'ipotesi innanzi delineata di separazione tra i beni ricompresi nella massa fallimentare e quelli colpiti da misure di prevenzione, il giudice delegato al fallimento provvede all'accertamento del passivo e dei diritti dei terzi nelle forme degli articoli 92 e seguenti della Legge fallimentare, verificando, altresì, anche con riferimento ai rapporti relativi ai beni sottoposti a sequestro, la sussistenza delle condizioni di cui all'articolo 52, comma 1, lettere b), c) e d) e comma 3 del testo richiamato.

Trattasi, in specie, del vaglio sulla buona fede del terzo creditore, che viene demandato nel caso in esame al giudice delegato del fallimento⁶⁰, il quale dovrà, in siffatte ipotesi, porre in essere non soltanto l'accertamento del passivo e dei diritti dei terzi nelle forme degli artt. 92 e ss. della Legge fallimentare, ma anche, con riferimento ai rapporti relativi ai beni sottoposti a sequestro, verificare la sussistenza dei seguenti requisiti: 1) che il credito non sia strumentale all'attività illecita o a quella che ne costituisca il frutto o il reimpiego, a meno che il creditore dimostri di avere ignorato in buona fede il nesso di strumentalità; 2) che, nel caso di promessa di pagamento o ricognizione di debito, sia provato il rapporto fondamentale; 3) che, nell'ipotesi di titoli di credito, il portatore del titolo provi il rapporto fondamentale e quello che ne legittima il possesso.

⁶⁰ Nella Relazione illustrativa si legge, sul punto: “*Al di fuori dell'ipotesi ora esaminata di chiusura del fallimento, in attuazione di espressa delega sul punto, è stata definita la disciplina dell'accertamento del passivo rimettendo le operazioni al giudice delegato al fallimento sopravvenuto, il quale è chiamato ad accertare i crediti insinuati al passivo anche alla luce dei criteri e delle condizioni previste dalle disposizioni in materia di prevenzione a tutela dei terzi di buona fede. In altri termini, il giudice delegato al fallimento successivo al sequestro provvederà ad accertare, nelle rituali forme fallimentari, non solo la concorsualità del credito e la sua documentata sussistenza, ma anche, come se fosse il giudice delegato alla misura di prevenzione, le condizioni poste dalle disposizioni precedenti a garanzia della massa dei creditori da possibili interferenze illecite nella formazione dei crediti concorrenti.*”

È testualmente richiamato anche il comma 3 dell'art. 52, a norma del quale nella valutazione della buona fede il tribunale (nel caso in esame, il giudice delegato al fallimento) 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.

Al contrario, l'articolo 63 esclude l'operatività, nelle ipotesi di dichiarazione di fallimento successiva al sequestro di prevenzione, della lettera a) del comma 1 dell'articolo 52, disposizione che, nella differente fattispecie riguardante l'esperibilità di forme di tutela dei terzi che vantino diritti sui beni oggetto di ablazione statutale, subordina la salvaguardia delle posizioni attive degli stessi anche alla condizione che l'escussione del restante patrimonio del proposto sia risultata insufficiente al soddisfacimento del credito, salvo per i crediti assistiti da cause legittime di prelazione sui beni sequestrati.

Detta ultima norma non è richiamata dall'articolo 63 proprio in considerazione dell'intervento della procedura concorsuale e dei relativi meccanismi di tutela dei diritti dei creditori coinvolti, nonché in virtù dei diversi parametri valutativi operanti nell'individuazione del credito da soddisfare e della misura del soddisfacimento legalmente consentito alla stregua della *par condicio creditorum*.

L'area di concreta operatività della disposizione andrà rapportata al citato comma quarto e, quindi, riguarderà sia l'ipotesi di coesistenza sul medesimo bene delle due misure (misura di prevenzione e fallimento) - evenienza nella quale, come si è visto, prevarranno gli effetti del sequestro/confisca e non potrà proprio farsi luogo all'ingresso del cespite nella massa fallimentare - sia quelle in cui si configura l'esistenza del diritto di un terzo (diritto di credito, diritto di garanzia) insinuatosi nel fallimento, sul bene attinto in precedenza dalla misura di prevenzione.

Il sesto comma dell'articolo 63 disciplina la differente fattispecie in cui vi sia perfetta e totale coincidenza tra beni attinti da misura di prevenzione e beni suscettibili di apprensione nel-

la massa fallimentare: in siffatta evenienza la legge riconosce la prevalenza delle misure di prevenzione, disponendo che il tribunale, sentito il curatore ed il comitato dei creditori, dichiari chiuso il fallimento con decreto.

In ordine a tale disposizione, è interessante osservare come il Legislatore abbia opportunamente fatto riferimento al termine “sequestro”, chiarendo in tal modo che il citato effetto di prevalenza sulla successiva procedura concorsuale instauratasi scatta fin dal momento dell'esecuzione della misura di prevenzione interinale, pronunciata inaudita altera parte, senza che occorra attendere l'emissione di un provvedimento di confisca all'esito del giudizio dibattimentale.

Ancora, giova rilevare che il richiamo testuale agli articoli 52 e ss. del testo de quo, operato nell'ipotesi di chiusura del fallimento, comporta l'operatività in siffatte ipotesi del giudizio di accertamento dei diritti dei terzi che la norma demanda al tribunale della prevenzione: in altre parole, essendo preclusa ai creditori del proposto fallito la via della procedura concorsuale, gli stessi potranno far valere le loro posizioni attive mediante il ricorso alle procedure proprie del rito della prevenzione e con i parametri giuridici ivi operanti.

La norma in analisi ha, dunque, introdotto un nuovo caso di chiusura del fallimento, ai sensi e con gli effetti di cui agli artt. 118 e ss. Legge fallimentare, prevedendo, altresì, che qualora sopravvenga la revoca del sequestro o della confisca dopo la citata chiusura, il tribunale possa disporre, anche su iniziativa del pubblico ministero, la riapertura del fallimento alla stregua dell'articolo 121 l. fall.

Non è stato, invece, testualmente previsto che il curatore - nel caso in cui il fallimento sia sopravvenuto dopo il sequestro e residuo dei beni ascrivibili alla massa attiva - possa intervenire nel procedimento di prevenzione in rappresentanza della massa: tale evenienza era, peraltro, esclusa dalla giurisprudenza di legittimità in quanto il curatore non può configurarsi quale terzo cui tecnicamente “appartengono” i beni ai sensi del previgente articolo 2 ter comma quinto della legge n. 575/65⁶¹

⁶¹ In tal senso Cass. Pen. Sez. I, 9. 11. 1987, Nicoletti, in Cass. Pen. 1989, I, 467 e ss. con nota di V. Napoleoni.

(la nozione è stata circoscritta unicamente agli intestatari formali del bene sottoposto al vincolo ed eventualmente diversi rispetto al proposto), di talché egli avrebbe solo l'opportunità di proporre incidente di esecuzione per chiedere la revoca della confisca, dimostrando la legittima provenienza dei beni.

Infine, il comma 8 dell'articolo 63 attribuisce all'amministratore giudiziario nominato nel giudizio di prevenzione la titolarità delle azioni disciplinate dalla sezione III del capo III del titolo II del Regio Decreto 16 marzo 1942, n.267 (quindi, sostanzialmente, dell'azione revocatoria ordinaria) con gli effetti di cui all'articolo 70, ove siano relative ad atti, pagamenti o garanzie concernenti i beni oggetto di sequestro: senza dubbio di grande rilevanza appare siffatta innovazione, con la quale è stato risolto, in senso positivo, il dubbio circa la possibilità che l'amministratore giudiziario operasse nel modo indicato e che va indiscutibilmente nella direzione di un progressivo avvicinamento dei poteri e dei compiti di tale soggetto rispetto a quelli che l'ordinamento già riconosceva al curatore fallimentare⁶².

Il riferimento testuale agli artt. 66 e ss. della Legge fallimentare impone che l'amministratore operi in via revocatoria in presenza dei medesimi presupposti fattuali, giuridici e cronologici stabiliti nella materia fallimentare e non sfugge che le citate disposizioni del Regio Decreto n. 267 andranno coordinate con quelle specificamente previste nella materia della prevenzione dall'articolo 26 del testo in analisi, a norma del quale "quando accerta che taluni beni sono stati fittiziamente intestati o trasferiti a terzi, con il decreto che dispone la confisca il giudice dichiara la nullità dei relativi atti di disposizione". Inoltre, ai fini del citato vaglio, "si presumono fittizi fino a prova contraria: a) i trasferimenti e le intestazioni, anche a titolo oneroso, effettuati nei due anni antecedenti la proposta della misura di

⁶² Sul punto, nella Relazione illustrativa al Codice Antimafia, si legge che: "Viene disciplinata l'ipotesi, espressamente contenuta nella delega, dell'esercizio delle azioni revocatorie e di inefficacia previste dalla legge fallimentare quando esse si riferiscano ad atti, pagamenti o garanzie concernenti i beni oggetto di sequestro. E' data legittimazione esclusiva all'amministratore giudiziario per l'esercizio di dette azioni, il cui effetto è quello di recuperare i beni revocati al patrimonio della misura di prevenzione".

prevenzione nei confronti dell'ascendente, del discendente, del coniuge o della persona stabilmente convivente, nonché dei parenti entro il sesto grado e degli affini entro il quarto grado; b) i trasferimenti e le intestazioni, a titolo gratuito o fiduciario, effettuati nei due anni antecedenti la proposta della misura di prevenzione”.

A fronte della prevista (molto più grave) sanzione di nullità dell'atto, che andrà dichiarata con il decreto di confisca, è evidente che l'area di operatività dell'azione revocatoria ordinaria ad iniziativa dell'amministratore sarà, quindi, circoscritta alle ipotesi residuali rispetto al ricorso dei presupposti di cui al citato articolo 26 ove, pertanto, non si rientri nei casi di presunta fittizietà del trasferimento, ovvero non si riesca a dimostrare il carattere fittizio del trasferimento stesso e ricorrano, invece, i requisiti di cui agli artt. 67 e ss. della Legge fallimentare.

Particolarmente rilevante appare, infine, la previsione contenuta nell'ultima parte del comma ottavo dell'articolo 63, in forza della quale gli effetti del sequestro e della confisca si estendono ai beni oggetto dell'atto dichiarato inefficace: la disposizione amplia normativamente gli effetti della misura di prevenzione estendendoli su beni non compresi nel decreto di sequestro/confisca, allorché si sia conclusa con esito positivo l'azione revocatoria instaurata dall'amministratore giudiziario innanzi ad un organo che non potrà che essere il tribunale fallimentare. In concreto, si pensi ad un bene oggetto di un atto di cessione a titolo oneroso, compiuto dal proposto ed oggetto di revocatoria, sul quale si produrranno gli effetti dell'ablazione di prevenzione in forza di un provvedimento non già emesso dal tribunale della prevenzione, bensì da un organo diverso, ossia dal tribunale fallimentare in sede giudizio sull'azione revocatoria intentata dall'amministratore. È probabile che l'intento del Legislatore sia stato quello di stigmatizzare i comportamenti volti all'elusione delle misure di prevenzione, con una sostanziale equiparazione, quanto agli effetti concreti, tra l'esito dell'azione revocatoria fallimentare ed il giudizio di prevenzione, anche per coerenza, verosimilmente, con il disposto del richiamato articolo 26.

b) (segue) L'ipotesi della dichiarazione di fallimento precedente rispetto al sequestro di prevenzione.

L'articolo 64 del Decreto Legislativo 6 settembre 2011, n. 259, delinea, con una struttura simile a quella del precedente articolo 63, la disciplina operante nelle ipotesi in cui il sequestro di prevenzione intervenga successivamente alla dichiarazione di fallimento: anche in siffatta evenienza, come si vedrà, il Legislatore ha statuito il principio della prevalenza degli effetti della misura di prevenzione rispetto al fallimento, con il limite del sequestro/confisca eseguito dopo la chiusura del fallimento, ed ha inoltre inteso distinguere il caso di perfetta coincidenza quantitativa e qualitativa tra i beni oggetto di misura di prevenzione e del fallimento da quello in cui sia possibile realizzare una distinzione concreta tra le aree di operatività dei due istituti.

Il comma primo concerne, appunto, tale ultima evenienza ed attribuisce al giudice delegato al fallimento, sentito il curatore ed il comitato dei creditori, il potere-dovere di emettere un decreto non reclamabile con il quale ordina la separazione dei beni successivamente colpiti da sequestro di prevenzione dalla massa attiva del fallimento, nonché la loro consegna all'amministratore giudiziario.

Si è osservato⁶³ che il provvedimento in esame rappresenta l'esatto contrario del decreto di acquisizione ex art. 25 l. fall. e che è espressamente individuato come non reclamabile.

Deve ritenersi che, a fronte di una chiara volontà legislativa in tal senso, del tutto marginale risulti il ruolo attribuito agli organi del fallimento; senza dubbio, infatti, nessun potere discrezionale di scelta e nessun sindacato viene riconosciuto al curatore o ai creditori (che pure andranno sentiti) e nemmeno, in sostanza, al giudice delegato al fallimento, il quale non potrà che prendere atto del contenuto del provvedimento di sequestro ed espungere con proprio decreto i beni oggetto di vincolo di prevenzione dalla massa attiva.

Quindi, va affermato che la decisione circa l'apprensione dei

⁶³ Minutoli, op. cit. , 1274.

beni è comunque quella demandata al giudice della prevenzione in sede di delibazione della proposta di sequestro nella fase interinale, e che nessuna specifica facoltà di intervenire sul punto pare rimessa, invece, agli organi della procedura concorsuale.

L'articolo 64, comma 2, prevede che i crediti ed i diritti vantati nei confronti del fallimento, compresi quelli inerenti i rapporti relativi ai beni sottoposti a sequestro, siano sottoposti alla verifica⁶⁴, già innanzi descritta, di cui all'articolo 52 del Decreto Legislativo in analisi (anche qui vengono richiamati il comma 1 lettere b), c) e d) ed il comma 3 sul vaglio della buona fede del terzo), nelle forme, tuttavia, degli articoli 92 e ss. della Legge fallimentare: insomma, si è cercato di trasportare l'accertamento, squisitamente di prevenzione, circa i diritti dei terzi innanzi al giudice fallimentare, onerandolo, in siffatte ipotesi, di un'ulteriore valutazione.

Tale disposizione riserva, quindi, in ogni caso in cui esista una massa fallimentare attiva che ecceda il compendio sequestrato, la verifica delle passività al giudice delegato civile, il quale dovrà, verosimilmente, rivedere l'eventuale verifica già operata alla luce dei criteri dettati dall'articolo 52 del Codice Antimafia.

Ci si è chiesti⁶⁵ se il decreto ex art. 96 l. fall. precluda un'ulteriore rivalutazione di quanto già ammesso a causa del sopravvenire del sequestro di prevenzione e la risposta sembrerebbe essere negativa, in quanto, alla stregua dell'articolo 64 comma 5, alle ripartizioni dell'attivo fallimentare concorrono solo i creditori ammessi al passivo secondo le regole ed i criteri valutativi presi in esame nei commi precedenti, mentre il comma 4 dello stesso articolo attribuisce - allorché il sequestro

⁶⁴ Nella Relazione illustrativa si chiarisce che: “ *Nella diversa ipotesi di fallimento preesistente a sequestro, è mantenuta la competenza del giudice delegato alla procedura concorsuale per la verifica dei crediti, che, ove già effettuata, deve essere riaperta, previa fissazione di apposita adunanza, per i creditori già ammessi. Nei confronti di costoro va accertata l'applicazione anche delle condizioni previste per la verifica della loro buona fede. Analogo accertamento avverrà in caso di insinuazione tardiva al fallimento di imprenditore soggetto a misura di prevenzione e laddove penda impugnazione avverso lo stato passivo già definito*”.

⁶⁵ Minutoli, op. cit. 1275.

sopravvenga durante la pendenza dei giudizi di impugnazione di cui all'art. 98 l. fall. - al tribunale procedente il poterdovere di attuare la verifica di cui sopra, concedendo alle parti un termine perentorio per l'integrazione degli atti introduttivi.

Inoltre, il sopravvenire del sequestro determina la fissazione di una nuova udienza per l'esame dello stato passivo, entro novanta giorni dal sequestro, ma con il limite dell'esclusione dalla verifica di cui sopra - a tutta evidenza inutile trattandosi di crediti che comunque non concorrerebbero alla ripartizione - dei crediti che già non siano stati ammessi al passivo. L'accertamento di cui all'articolo 52 è, invece, richiesto anche per i crediti ed i diritti insinuati nel fallimento dopo il deposito della richiesta di applicazione della misura di prevenzione.

Pertanto, può sostenersi che il sequestro di prevenzione non produca l'effetto di rimettere in discussione la situazione dei crediti fallimentari già esclusi dal passivo, ma unicamente di consentire al giudice delegato al fallimento, al curatore ed anche ai creditori ammessi di verificare quale sia la nuova situazione di fatto e di diritto all'indomani dell'esecuzione della misura di prevenzione.

Interessante è, poi, la circostanza che il Legislatore abbia inteso estendere il vaglio di cui all'articolo 52, e soprattutto quello sulla buona fede, ai crediti insinuati nel fallimento prima del sequestro ma dopo il deposito della relativa proposta; trattandosi di un atto segreto, la norma va probabilmente interpretata nel senso di avere voluto contrastare la possibilità che il proposto, subodorando l'emissione dei suoi confronti di un atto teoricamente "a sorpresa" come il sequestro di prevenzione, si fosse accordato con dei terzi creditori fraudolenti o compiacenti per provocare insinuazioni strumentali nel passivo fallimentare al fine di indebolire la garanzia patrimoniale dei creditori effettivi.

L'importanza del positivo superamento del giudizio di cui all'articolo 52 si apprezza con l'analisi del comma 5 dell'articolo 64, secondo il quale alle ripartizioni dell'attivo fallimentare concorrono, secondo le disposizioni del capo VII del titolo II della Legge fallimentare, i soli creditori ammessi al passivo alla stregua delle disposizioni che precedono: pertanto,

non potrà essere soddisfatto il creditore, che risulti in possesso dei requisiti ai sensi della normativa fallimentare, ma la cui posizione non abbia superato il vaglio secondo i parametri di cui all'articolo 52. Accertamento che, tra l'altro, nell'ipotesi in esame è attribuito al giudice delegato al fallimento ai sensi del precedente comma 2 dell'articolo 64.

Il comma sesto dell'articolo 64 impone, peraltro, un secondo significativo limite alle prospettive di tutela dei creditori del fallito sottoposto al sequestro di prevenzione, stabilendo che i creditori ammessi (ovvero quelli la cui situazione sia conforme al diritto sia alla stregua della normativa fallimentare che ai sensi dell'articolo 52 del Codice antimafia) possono essere soddisfatti sui beni oggetto di confisca secondo il piano di pagamento di cui all'articolo 61, con la precisazione che il progetto di pagamento redatto dall'amministratore giudiziario deve tenere conto del soddisfacimento dei crediti in sede fallimentare.

Dalla lettura, non particolarmente agevole, della norma sembra ricavarsi, quindi, che i creditori ammessi al fallimento possano essere soddisfatti anche sui beni oggetto di confisca, ma non secondo i criteri della normativa fallimentare, bensì alla stregua del progetto di pagamento elaborato dall'amministratore giudiziario della prevenzione e comunque entro il generale limite del 70% del valore dei beni oggetto di confisca di prevenzione. E che, a monte - allorché taluni creditori siano già stati soddisfatti in sede fallimentare ed abbiano fatto valere le proprie pretese anche innanzi al giudice della prevenzione - del citato soddisfacimento debba tenersi conto nella redazione del progetto di pagamento a cura dell'amministratore giudiziario.

La disposizione andrà coordinata con quella di cui al comma 1, che, come si è osservato, postula la tendenziale separazione⁶⁶

⁶⁶ Nella Relazione illustrativa si legge che: *“In entrambi i casi delineati (vale a dire sia nell'ipotesi di precedenza del fallimento che di priorità temporale del sequestro di prevenzione) opera il principio, espressamente indicato dal legislatore delegante, della sottrazione dei beni sottoposti alla prevenzione rispetto alla massa fallimentare. Esso trova attuazione mediante un duplice meccanismo che tiene conto delle cadenze temporali in cui intervengono le diverse procedure: nel caso di dichiarazione di fallimento successiva al sequestro o alla confisca, lo*

dei beni colpiti da sequestro di prevenzione rispetto alla massa attiva del fallimento; l'ipotesi di cui sopra, pertanto, riguarderà in concreto quei terzi che - già insinuatasi nel fallimento ed ivi ammessi in base al doppio vaglio ora delineato - vantano diritti su beni appresi con l'ablazione statutale, sui quali potranno comunque soddisfarsi nonostante detti beni siano stati sottratti, con decreto, alla massa attiva, ma entro i limiti quantitativi e con le modalità di cui sopra.

Tale norma, dunque, tende a garantire una qualche tutela ai terzi titolari di una posizione attiva solida e correttamente accertata, prevedendo testualmente l'accesso al soddisfacimento anche sui beni oggetto di confisca.

Per altro verso, è indiscutibile come la posizione del terzo titolare di un diritto, ad esempio di garanzia, su di un bene colpito da misura di prevenzione e che già si fosse attivato prima del sequestro per insinuarsi nel passivo, sia esposta al rischio di un oggettivo indebolimento conseguente al passaggio del bene in questione sotto la gestione dell'amministratore giudiziario della prevenzione (il quale ben potrebbe, ad esempio, avere idee differenti circa la sorte del cespite rispetto al curatore fallimentare ed al giudice delegato al fallimento) ed alla correlativa sottrazione alla massa attiva. Inevitabilmente, infatti, il sopravvenire del vincolo di prevenzione determina l'operatività di una serie di norme maggiormente restrittive quanto alla posizione dei terzi, sia in ordine ai profili di accertamento dei loro diritti che in riferimento alle concrete possibilità di pieno soddisfacimento degli stessi.

Il settimo comma dell'articolo 64 tratteggia, invece, la diversa ipotesi in cui il sequestro o la confisca abbiano per oggetto l'intero patrimonio personale dei soci illimitatamente responsabili ovvero l'intera massa attiva fallimentare: in tale evenienza la legge stabilisce ancora una volta, in perfetto parallelismo

spossamento dell'imprenditore-proposto è escluso per i beni già sottoposti alla gestione dell'amministratore giudiziario; ove invece la dichiarazione di fallimento preceda l'applicazione della misura di prevenzione su beni dell'imprenditore insolvente, l'ufficio fallimentare è chiamato ad effettuare una operazione di separazione dei beni già acquisiti alla massa per la consegna degli stessi, in quanto attinti da sequestro di prevenzione, all'amministratore giudiziario".

con il richiamato articolo 63 comma sesto, la prevalenza degli effetti delle misure di prevenzione rispetto al fallimento, con la conseguenza che il tribunale fallimentare, sentiti il curatore ed il comitato dei creditori (che, si ripete, ben poco potranno interloquire sul punto), deve dichiarare la chiusura del fallimento con decreto ai sensi dell'art. 119 l. fall.

In dottrina⁶⁷ si è sottolineato che non è chiaro se, in siffatta ipotesi, i creditori debbano, o possano, ripresentare l'istanza di ammissione al giudice delegato alla prevenzione e cosa accada se il loro credito sia già stato definitivamente non ammesso in sede fallimentare.

Unico limite a tale prevalenza è quello delineato dal successivo comma ottavo, a norma del quale allorché il sequestro o la confisca intervengano dopo la chiusura del fallimento, essi possono essere eseguiti solo su quanto eventualmente residui dalla liquidazione: si è, quindi, recepito l'orientamento interpretativo⁶⁸ che già prima della novella individuava proprio nella ripartizione dell'attivo e nella chiusura del fallimento l'argine temporale di fronte al quale dovevano arrestarsi gli effetti dell'ablazione patrimoniale, in quanto in tale situazione i beni, salve le ipotesi di fittizie o fraudolente intestazioni, sono legittimamente fuoriusciti dal patrimonio del fallito.

Senza dubbio siffatta impostazione appare ragionevole, non essendo ammissibile rimettere in discussione la ripartizione operata dagli organi del fallimento (ed il relativo soddisfacimento dei creditori ammessi) in forza del sopravvenire di una misura di prevenzione che, in questo caso, dovrà cedere il passo a fronte delle posizioni soggettive consolidate in capo ai creditori già soddisfatti.

In caso di revoca del sequestro o della confisca prima della chiusura del fallimento, comunque, i beni saranno nuovamente ricompresi nella massa attiva e l'amministratore provvederà a consegnarli al curatore, mentre, qualora la revoca sopravvenga dopo la chiusura del fallimento, il tribunale, da intendersi come

⁶⁷ A. Balsamo - C. Maltese, op. cit. , 75

⁶⁸In tal senso, P. V. Molinari, *Rapporti ed interferenze tra misure di prevenzione patrimoniali e fallimento: un caso analogo di conflitto?* in *Cass. Pen.* 2000, p. 748, n. 509.

quello fallimentare, provvederà ai sensi dell'articolo 121 del regio decreto 16 marzo 1942, n.267, anche su iniziativa del pubblico ministero⁶⁹.

Il comma nono dell'articolo in esame - richiamando l'analogo comma ottavo dell'articolo 63, relativo all'ipotesi, speculare, del fallimento successivo al sequestro - statuisce che, in caso di sequestro intervenuto dopo la dichiarazione di fallimento, la titolarità dell'azione revocatoria ordinaria passa unicamente in capo all'amministratore giudiziario: al fine, evidentemente, di evitare l'inutile duplicazione delle competenze e la possibile confusione tra i ruoli, si è scelto di riconoscere la legittimazione attiva della citata azione (peraltro, come si è visto, d'impostazione squisitamente concorsuale) soltanto all'amministratore giudiziario della prevenzione, il quale addirittura sostituirà il curatore nei giudizi in corso.

Chiaramente, nell'eventualità di revoca della misura di prevenzione si avrà la reviviscenza del potere del curatore nel proporre e proseguire le azioni in questione, alla stregua del citato articolo 64, comma 10.

c) (segue) Il rapporto tra le procedure concorsuali e le misure di prevenzione patrimoniali non ablativo.

Infine, è interessante osservare come il citato effetto di prevalenza delle misure di prevenzione sul fallimento operi unicamente allorché vengano disposte misure patrimoniali connotate da un effetto ablativo (ossia, sequestro e confisca), ma non anche nell'evenienza in cui il tribunale faccia applicazione delle diverse misure dell'amministrazione giudiziaria e del controllo giudiziario, disciplinate, come si è visto, dall'articolo 34.

In tale caso, anzi, la regola è diametralmente opposta e si registra la prevalenza degli effetti del fallimento, nel senso che, qualora sia già stato dichiarato il fallimento, sui beni nello stes-

⁶⁹ Nella Relazione illustrativa al testo in commento è scritto che: *“In caso di revoca del sequestro o della confisca e ove il fallimento sia ancora aperto, si prevede che i beni liberati dal vincolo di prevenzione vengano acquisiti alla massa fallimentare; ove il fallimento fosse stato già chiuso, è prevista la riapertura anche su iniziativa del pubblico ministero”*.

so ricompresi le citate misure non possono proprio essere disposte, mentre, qualora la dichiarazione di fallimento intervenga successivamente rispetto all'irrogazione delle ricordate misure, le stesse cessano (con provvedimento del tribunale) sui beni compresi nel fallimento.

Viene fatta salva la possibilità di applicare le richiamate misure soltanto sui cespiti che eventualmente residuino dopo la chiusura del fallimento, ma sempre che sugli stessi già fossero state ordinate le citate misure e sempre che il collegio ritenga persistenti le esigenze della prevenzione anche all'indomani della chiusura del fallimento.

Se una siffatta impostazione può dirsi prima facie comprensibile, ed anche condivisibile al fine di non comprimere le posizioni giuridiche dei terzi creditori interessati ad insinuarsi nel fallimento al di fuori delle ipotesi di intervento strictu sensu ablativo da parte dello Stato, non sfugge che la disposizione di cui all'articolo 65 si riferisce a misure che, in linea teorica, potrebbero trasformarsi in sequestro (per il controllo giudiziario) ed addirittura in confisca (nell'ipotesi di cui all'articolo 34 comma 7) dei beni che si ha motivo di ritenere siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego, alla scadenza del termine per l'amministrazione giudiziaria.

Tanto imporrebbe, per ragioni di coerenza di sistema, che in tal caso si debba fare applicazione non già dell'articolo 65, bensì degli articoli 63 e 64, a seconda dell'intervento della misura ablativa in epoca precedente o successiva rispetto alla dichiarazione di fallimento.

4. Purtroppo, nonostante gli sforzi dei vari soggetti a vario titolo coinvolti, non è infrequente che le aziende sottoposte a misure di prevenzione patrimoniale attraversino fasi di crisi e, in taluni casi, giungano alla liquidazione.

Di solito siffatte situazioni di difficoltà possono essere semplicemente occasionate dal sequestro, ma legate a fenomeni negativi economico-finanziari preesistenti e indipendenti che riguardano l'impresa la singola impresa o più in generale

l'intero settore e, in tal caso, sarà in primo luogo compito del giudice delegato, dell'amministratore giudiziario e del collegio fare il possibile per salvaguardare i livelli occupazionali e scongiurare la totale decozione.

In altri casi, invece, la crisi dell'impresa oggetto di vincolo antimafia può derivare direttamente dal sopravvenire del sequestro di prevenzione e dal correlativo venire meno del cd. avviamento mafioso: è evidente come in tali ipotesi si possa o cercare di collocare i prodotti/servizi in ambiti territoriali diversi, aggirando in tal modo gli ostacoli legati alla zona di appartenenza del soggetto portatore di pericolosità qualificata, oppure tentare il ricorso allo strumento del'affitto di azienda o quanto meno di singoli rami della stessa. Non sfugge come in entrambi i casi indicati adesso la prospettiva del salvataggio dell'azienda sia certamente di difficile perseguimento, imponendosi la chiusura della stessa qualora nessuna delle strategie poste in essere si rivelasse in concreto fruttuosa.

Gli organi della procedura di prevenzione, nella fase del sequestro, erano e sono chiamati a svolgere quindi una valutazione approfondita diretta ad accertare la vitalità dell'impresa, ma anche a verificare che, in caso di esito positivo di tale indagine, essa non sia riconducibile alla peculiare qualità dell'imprenditore, e cioè alla circostanza che l'impresa si è avvalsa di una illecita posizione di vantaggio (in tal caso dovrebbe, infatti, essere privilegiata la cessazione dell'attività⁷⁰).

Peraltro, se come si è detto pare verosimile che l'azienda, subito dopo il sequestro, possa subire una crisi cagionata dalla misura cautelare, occorre ribadire che l'obiettivo perseguito con la misura di prevenzione è quello di eliminare dal mercato l'imprenditore mafioso, non di vietare la prosecuzione dell'attività d'impresa, poiché il legislatore ha anzi inteso «pri-

⁷⁰ In altri termini, si tratta di accertare se il successo dell'impresa sia dovuto o meno alla sua "mafiosità" e se, ed in quale modo, la recisione dei legami con la criminalità organizzata incidano sull'economicità della stessa; sulle modalità con le quali una tale impresa può avvalersi di illecite condizioni di vantaggio, R. Greco, *Il sequestro e la confisca dei beni alla criminalità organizzata: problemi gestionali e fiscali*, in *Fisco*, 2001, 408; sulle "forme di avviamento" illecite di cui può fruire l'impresa mafiosa, G. Silvestrini, *La gestione giudiziale dell'impresa*, cit. , 19.

vilegiare, ove possibile, l'interesse alla continuità ed alla integrità dell'impresa, vista come fonte di ricchezza, da risanare e da restituire al mercato»⁷¹.

La decisione adottata in una fase cautelare⁷², senza contraddittorio, impone comunque una più che attenta ponderazione allo scopo di scongiurare una irreparabile lesione della congrua di interessi coinvolti dall'esercizio dell'impresa; parimenti occorre nella gestione successiva evitare l'inutile disgregazione dell'impresa, ponderando con congruità i presupposti per la continuazione dell'attività al fine di non far ricadere, irragionevolmente, sull'imprenditore il relativo rischio, con eventuale lesione della sua posizione (nel caso di fallimento) oltre quanto richiesto e imposto dalla misura di prevenzione patrimoniale.

Del resto, già prima della riforma si ammetteva comunemente che il sequestro di prevenzione di un'azienda non impedisse il fallimento del titolare di questa per i debiti da lui assunti: anzi, qualora il sequestro dell'azienda fosse stato revocato o, comunque, avesse perduto efficacia per causa diversa dalla sopravvenuta definitività della confisca, il fallimento del titolare dell'azienda sequestrata sarebbe potuto discendere anche dai debiti assunti, sulla base di atti legalmente compiuti, dall'amministratore dell'azienda sequestrata⁷³.

Chiaramente, in ipotesi siffatta, il curatore del fallimento eventualmente dichiarato non avrebbe potuto apprendere all'attivo fallimentare e liquidare i beni aziendali sequestrati, stante il loro vincolo di destinazione, ma solo far valere le pretese dei creditori del proposto o del terzo intestatario fallito nel sub-procedimento relativo all'amministrazione dei beni seque-

⁷¹ F. Cassano, *L'amministrazione dei beni in sequestro di prevenzione*, cit. , 13.

⁷² La fase è connotata da tale carattere, poiché «il sequestro di prevenzione ha una funzione essenzialmente cautelare, in quanto è diretto ad evitare che nelle more del procedimento i beni di cui il proposto abbia la disponibilità e che si ritiene siano il frutto o il reimpiego di attività illecite vengano sottratti alla confisca. Il sequestro assolve a tale funzione conservativa, privando il proposto della disponibilità giuridica e materiale dei beni oggetto della misura cautelare», G. Silvestrini, *La gestione giudiziale dell'impresa*, cit. , 1.

⁷³ Cfr. P. Celentano, *Misure di prevenzione e rapporti giuridici pendenti: gli effetti civilistici; i rischi per l'impresa connessi all'amministrazione giudiziale e le problematiche relative alla tutela dei terzi*, pag. 20

strati, ovvero nel giudizio di prevenzione o, in ultima analisi e dopo il passaggio in giudicato della confisca, con lo strumento dell'incidente di esecuzione.

Prima della novella, come accennato, era dibattuta la questione circa la legittimazione dell'amministratore nominato dal collegio, nel caso di sequestro di prevenzione di società suscettibili di fallimento, a sollecitare una decisione dei soci, se del caso in forma assembleare, per promuovere azioni di responsabilità o presentare istanza di fallimento.

Invero, le vie percorribili apparivano o quella di promuovere direttamente l'azione di responsabilità ex art. 2476 c.c. (per le s.p.a. l'art. 2393 c.c. legittima l'assemblea dei soci, ma anche per le s.r.l. sembrerebbe necessario il ricorso all'assemblea) ovvero di presentare istanza di fallimento, di talché se ne occupino gli organi fallimentari ex art. 146 L. Fall.

Ancora, si discuteva se l'amministratore potesse chiedere direttamente al collegio di aprire la procedura fallimentare ed in senso positivo a questa tesi si osservava che per le società l'iniziativa spetta per legge al debitore (quindi agli amministratori o all'assemblea) ed oggi il nuovo art. 152 co. 2 lett. b) l. fall. ha trasferito in capo agli amministratori la competenza a deliberare la proposta e le condizioni del concordato preventivo e fallimentare, in passato appannaggio dell'assemblea straordinaria o degli amministratori su delega, di talché poteva farsene discendere il principio secondo cui le decisioni circa l'assoggettamento a procedure concorsuali spettino agli amministratori.

In senso contrario all'attribuzione di un tale potere-dovere all'amministratore militava la considerazione che, nella quasi totalità dei casi, non vi è coincidenza tra amministratore giudiziario e soggetto formalmente titolare dei poteri di amministrazione della società, o legale rappresentante della stessa.

Attualmente, può ritenersi che il Legislatore abbia risolto la questione a monte, riservando tale iniziativa unicamente al P.M.⁷⁴ e ricollegandola alla sussistenza dei presupposti generali per la dichiarazione di fallimento, con l'aggiunta del dato positivo sancito dall'articolo 63, ovvero l'emissione di un provve-

⁷⁴ In tale senso, A. Balsamo-C. Maltese, *Il codice antimafia*, Milano, 2011, 74.

dimento di sequestro o confisca sui beni aziendali dell'imprenditore.

Da ciò può anche ricavarsi la conseguenza che tale potere si radichi in capo alla parte pubblica solo all'indomani dell'emissione del provvedimento di sequestro, e non già in una fase antecedente a tale momento.

Va segnalato che, tuttavia, in dottrina vi è chi⁷⁵ in senso contrario afferma che tale disposizione non avrebbe eliso l'autonoma legittimazione dell'amministratore a proporre a sua volta istanza di fallimento, ovviamente solo nell'ipotesi (assolutamente rara nella prassi) che questi sia anche legale rappresentante dell'impresa in sequestro.

Aderendo alla prima soluzione prospettata, non sfugge il ridimensionamento del novero dei poteri spettanti sul punto all'amministratore giudiziario e, senza dubbio, anche al Giudice Delegato del procedimento di prevenzione, considerato pure che il testo in esame sembra qualificare come non necessaria, né tanto meno vincolante, la segnalazione che l'amministratore eventualmente porti all'attenzione del P.M., il quale potrà liberamente scegliere se prescindere o darvi corso.

Tanto premesso, potrebbe osservarsi un aumento dei casi in cui il P.M., l'amministratore giudiziario, il G.D. ed il collegio raggiungano conclusioni divergenti circa la proponibilità della richiesta di fallimento; a fronte di segnalazioni dell'amministratore (ovvero dei giudici) il pubblico ministero potrebbe scegliere di non agire ai sensi dell'articolo 63, ponendo notevoli problemi all'amministratore, il quale si troverebbe a dover affrontare in prima persona una situazione di decozione di fatto dell'impresa in sequestro senza poter contare sulla presenza degli organi del fallimento e sui criteri di regolamentazione dell'attività sociale che l'apertura di una procedura concorsuale comporta.

In tali evenienze e stante la chiarezza del dato normativo in esame, al più l'amministratore giudiziario potrebbe rappresentare la questione al proprio Giudice Delegato, o all'intero collegio, invitandoli a sollecitare l'iniziativa del P.M. sul punto,

⁷⁵ Minutoli, op. cit. *Verso una fallimentarizzazione...*, 1273.

ma di certo né questi, né gli organi giudiziari del procedimento di prevenzione potrebbero supplire all'inerzia del pubblico ministero.

a) La fallibilità dell'imprenditore pericoloso.

La norma de qua, sotto il profilo soggettivo passivo, fa esplicito riferimento all'imprenditore i cui beni siano stati colpiti da sequestro o confisca; ci si può, a questo punto, domandare se la disposizione riguardi unicamente l'imprenditore persona fisica, portatore di pericolosità sociale alla stregua della normativa antimafia, ovvero più in generale anche le società suscettibili di fallimento e riconducibili a un imprenditore che rivesta tale qualifica soggettiva. E, per conseguenza, se il testo in questione sia frutto di una precisa scelta normativa in chiave restrittiva, ovvero soltanto di una semplificazione concettuale.

Dall'adesione all'una o all'altra tesi discendono alcune importanti conseguenze operative: nel primo caso, infatti, potrà fallire solo l'imprenditore persona fisica qualificabile come "pericoloso", ovvero le società delle quali costui rappresenti l'unico socio, ovvero il dominus occulto, mentre nell'altro caso potrebbe immaginarsi anche il fallimento della singola compagine sociale in sequestro, che si trovi in stato d'insolvenza, in linea teorica prescindendo dalla dichiarazione di fallimento dell'imprenditore proposto/sottoposto alla misura di prevenzione, al quale potrebbero ben essere riconducibili anche altre società nei confronti delle quali non ricorrano i presupposti per l'apertura di una procedura concorsuale.

Potrebbe sostenersi che il Legislatore abbia inteso agganciare la praticabilità della dichiarazione di fallimento, in siffatte ipotesi, al ricorrere dei presupposti soggettivi personali di pericolosità dell'imprenditore mafioso, restringendo l'operatività della norma al solo imprenditore persona fisica portatore di pericolosità sociale qualificata; in senso opposto milita l'argomento secondo il quale, in tal modo, si precluderebbe l'accesso alla tutela concorsuale ai creditori della singola società riconducibile all'imprenditore pericoloso, che si trovasse essa sola in una situazione di insolvenza.

Giova rilevare sotto questo profilo che recentemente la giurisprudenza civile di legittimità⁷⁶ ha incidentalmente chiarito che allorché il provvedimento di confisca di prevenzione faccia testualmente riferimento all'intero capitale di una società, tale nozione vada intesa nel senso di coincidere con la totalità delle quote di partecipazione, senza alcuna possibilità di confusione con il patrimonio della società stessa.

Se è vero, infatti, che la confisca può colpire ogni bene che faccia capo al proposto, lo è altrettanto che la sua identificazione deve essere puntuale e rigorosa e che la essa costituisce il limite oggettivo dell'ablazione, con esclusione di qualsivoglia interpretazione estensiva invocata in base alle "ragioni della prevenzione" che abbraccino "l'intera forma organizzativa attraverso la quale vengano effettivamente esercitati i diritti spettanti ai soci e quindi la persona giuridica stessa".

Ne consegue che in mancanza di una misura che - sul presupposto che il proposto-socio disponga, anche indirettamente e come dominus, dell'intero patrimonio aziendale - si riferisca ad esso esplicitamente, deve ritenersi che i beni aziendali medesimi, cui è impressa la destinazione a creare valore, contribuiscano al più per la loro redditività a costituire il risultato utile dell'attività d'impresa societaria, che unicamente entra nella disponibilità del pericoloso e come tale va confiscata.

Nessuna interferenza, perciò, determina la confisca delle quote rispetto alla fallibilità del soggetto societario, il cui patrimonio non è esente dal dover subire gli effetti della dichiarazione di fallimento pronunciata ai sensi dell'art. 1 della l. fall.

Viceversa, qualora la confisca di prevenzione abbia avuto ad oggetto non solo le quote del capitale sociale di cui era titolare il soggetto pericoloso, ma anche il patrimonio sociale, in esso devono ritenersi compresi anche i diritti di credito eventualmente tutelabili mediante istanza di ammissione al passivo fallimentare: da tanto consegue che per avanzare tale richiesta il soggetto legittimato sarà solo l'amministratore giudiziario - anche qualora egli ricopra la carica di amministratore unico della

⁷⁶ Cass. Civ. Sez. I, n. 8238 del 27 marzo 2012, Sicilcassa s. p. a.

compagine - previa autorizzazione del giudice⁷⁷.

b) L'accesso ai cd. ammortizzatori sociali, i rapporti contrattuali pendenti.

Le citate prospettive di crisi dell'impresa attinta da misure di prevenzione patrimoniali impongono una trattazione, sia pur sintetica, delle questioni concernenti la possibilità di accesso in siffatte ipotesi agli ammortizzatori sociali e al trattamento di integrazione salariale⁷⁸.

Sul punto giova ricordare che in un primo momento l'art. 10 della Legge 223/91 aveva esteso la cassa integrazione guadagni ai lavoratori dipendenti da soggetto la cui attività avesse subito provvedimenti ex lege 575/65; in seguito l'art. 2 della legge 106/96 ha ampliato il trattamento dell'integrazione salariale e il collocamento in mobilità dei lavoratori in caso di sequestro e confisca di prevenzione.

L'art. 10 della legge 23 luglio 1991, n. 223, al primo comma, ha, difatti, previsto l'estensione delle norme in materia di cassa integrazione e trattamenti di disoccupazione per i lavoratori del settore dell'edilizia nell'ipotesi di "provvedimenti dell'autorità giudiziaria emanati ai sensi della legge 31 maggio 1965, n.575 e successive modificazioni e integrazioni".

La norma riguarda il limitato settore dell'edilizia e, in particolare, quello degli appalti di opere pubbliche di grandi dimensioni e le sospensioni imposte ai sensi della legislazione antimafia quando il fenomeno può interessare imprese appartenenti ad altro settore (industriale o commerciale) per essere stata disposta la misura cautelare nell'ambito non già del procedimento penale ma, invece, civile.

Dette disposizioni andranno coordinate con l'articolo 116 del Codice in analisi, in cui si è previsto che dalla data di entrata in vigore del testo i richiami alle disposizioni contenuti nelle

⁷⁷ Il principio è affermato in Cass. Civ. , Sez. I, n. 21240, 20 luglio 2011, Fallimento GE. CO. EN. s. p. a.

⁷⁸ Sul punto più ampiamente C. Forte, *Misure di prevenzione patrimoniali e procedure concorsuali*, in *Le procedure concorsuali*, AAVV a cura di A. Caiafa, Cedam, 2011, 1667 e ss.

leggi n. 1423/56 e n. 575/65 si intendono come riferiti alle corrispondenti norme del decreto n. 159.

Il legislatore, dunque, ha inteso espressamente estendere l'intervento ordinario, che - come noto - opera allorché la contrazione dell'attività sia stata caratterizzata dalla involontarietà, dalla temporaneità e si accompagni, comunque, alla certezza della ripresa del normale ritmo produttivo, pur in presenza di una situazione dovuta ad un evento transitorio imputabile, però, all'imprenditore.

La dottrina⁷⁹ ha osservato che - lasciando inalterato il quadro di riferimento della struttura legale - si è ritenuto di accentuarne la funzione di tutela della disoccupazione consentendo, appunto, il riconoscimento dello specifico trattamento in situazioni non già di emergenza fisiologica, quanto piuttosto determinate dalla stessa adozione della misura cautelare.

Il richiamo normativo accorda il trattamento ordinario "per ciascuna opera, per un periodo complessivamente non superiore a tre mesi" a favore dei lavoratori per i quali sussistano i requisiti indicati al secondo comma dell'art. 10 e prevede, ancora, la possibile proroga "per periodi trimestrali" e, comunque, "per un periodo massimo complessivamente non superiore ad un quarto della durata dei lavori necessari per il completamento dell'opera", così come risultante dalle clausole contrattuali.

Il pagamento del trattamento è previsto che possa essere effettuato, direttamente, dall'istituto previdenziale "su istanza dell'azienda da formularsi contestualmente alle richieste di proroga" (comma 2 bis, dell'art. 10).

Attese le peculiarità della materia in analisi - si è detto che il proposto subisce lo spossessamento dei beni interessati dal vincolo ed è fatto esplicito divieto all'articolo 35 del citato Decreto di nominare costui e i suoi prossimi congiunti quali amministratori giudiziari - non sfugge il carattere certamente singolare della costruita legittimazione in capo all'"azienda".

Siffatta previsione ha indotto autorevole dottrina⁸⁰ a ipotiz-

⁷⁹ A. Caiafa, relazione su *Sequestro di azienda e tutela del lavoratore subordinato* svolta nel corso dell'incontro organizzato dal C. S. M. sul tema "La gestione giudiziale dell'impresa", Roma, 14-16 maggio 2001, pag. 17 e ss.

⁸⁰ Caiafa, op. cit. pagg. 22 e ss.

zare che la titolarità dei rapporti permanesse in capo al proposto titolare dell'azienda nonostante la sostituzione soggettiva derivante dall'adozione della misura cautelare, facendone discendere la possibilità dell'applicazione della disciplina generale di cui all'art. 1 della legge n. 223 del 1991 ed evidenziando che l'assegnatario della gestione sostitutiva, anziché affidarsi agli automatismi propri delle leggi di mercato, potrebbe concordare con il titolare nell'ipotesi di crisi l'adozione di misure alternative sottoponendo, naturalmente, le scelte all'approvazione del giudice della cautela.

Invero, sul punto giova osservare che, recependo lo schema di legge delega n. 136 dell'agosto 2010, l'articolo 56 del Codice Antimafia ha stabilito, in tema di disciplina dei rapporti contrattuali in corso al momento dell'esecuzione del sequestro di prevenzione, una sospensione temporanea di tali rapporti rimettendo all'amministratore (previa autorizzazione del giudice delegato) la decisione circa la risoluzione degli stessi ovvero il suo subingresso in luogo del titolare colpito dal provvedimento di prevenzione, con assunzione dei relativi obblighi.

Tanto salvo che nei contratti a effetti reali sia già avvenuto il trasferimento del diritto.

Il comma secondo consente, tuttavia, al contraente di mettere in mora l'amministratore giudiziario, facendosi assegnare dal giudice delegato un termine non superiore a sessanta giorni, decorso il quale il contratto si intende risolto; il successivo comma terzo prevede invece che, se dalla sospensione di cui al comma 1 possa derivare un danno grave al bene o all'azienda, il giudice delegato può autorizzare entro trenta giorni dall'esecuzione del sequestro la provvisoria esecuzione dei rapporti pendenti.

c) Il trattamento di integrazione salariale.

La legge 7 marzo 1996, n. 109, nel modificare la precedente legge 31 maggio 1965, n. 575, all'articolo 2 ha dettato nuove regole in materia di gestione e destinazione dei beni sequestrati o confiscati estendendo, in particolare, l'applicazione al perso-

nale dipendente di imprese assoggettate a sequestro o confisca le medesime disposizioni dettate dall'art. 3 della legge 23 luglio 1991, n. 223 nell'ipotesi di apertura di una procedura concorsuale (fallimento, concordato con cessione dei beni, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria delle imprese insolventi).

In particolare, difatti, l'art. 5bis espressamente prevede che "l'amministratore dei beni nominato ai sensi dell'art. 2 sexies della citata legge n. 575 del 1965 esercita le facoltà attribuite dal presente articolo, al curatore, al liquidatore ed al commissario nominati in relazione alle procedure concorsuali".

Con siffatto intervento si è consentita l'applicazione nella materia de qua del trattamento di integrazione salariale che - previsto, appunto, per le procedure concorsuali, tipicamente liquidatorie - si configura quale rimedio per realizzare la conservazione dei posti di lavoro mediante l'introduzione di opportuni correttivi e, insieme, strumento in grado di mantenere l'unitarietà aziendale nella prospettiva di una soluzione per agevolare la ripresa produttiva, anche se mediante la previsione di tempi rigidi.

L'evoluzione dell'istituto del trattamento di integrazione salariale straordinaria e la sua collocazione nell'ambito delle procedure concorsuali, nonché l'estensione dello stesso alle vicende cautelari, muovono dal presupposto che i casi considerati non necessariamente devono determinare la cessazione dell'attività di impresa e delle relazioni giuridiche ancora in essere, ben potendo - al contrario - in presenza di determinate condizioni costituire, esse stesse, la premessa di una nuova serie di rapporti, pur nei limiti delle finalità della liquidazione, sì da consentire la permanenza di un'organizzazione di persone, di strutture e di mezzi patrimoniali finalizzata alla migliore realizzazione dell'attivo.

Del resto, si è visto che nel tessuto prima delle più recenti riforme della legge n. 575/65 e del codice in esame da ultimo si è scelto di inserire specifici riferimenti alla salvaguardia dei livelli occupazionali e alle prospettive di continuazione o ripresa delle attività produttive, demandando all'amministratore e al collegio, su relazione di questi, la decisione circa la prosecu-

zione dell'impresa (cfr. art. 2 sexies - recepito dall'art. 41 del Codice Antimafia - nella parte in cui prevede che il collegio decida con decreto motivato sulla continuazione dell'attività approvando il programma stilato dall'amministratore e impartendo le direttive per la gestione dell'impresa).

5. Tutto quanto innanzi analizzato comporta necessariamente un accenno, sia pur breve, ai profili concernenti le prospettive di tutela dei soggetti terzi, a vario titolo coinvolti nelle procedure ablative di prevenzione e le cui posizioni soggettive sono inevitabilmente esposte al rischio di rilevanti sacrifici a fronte del prevalente interesse pubblicistico sotteso alle misure in questione.

Le problematiche prima esaminate in punto di rapporti col fallimento vanno poi coordinate con la previsione dell'articolo 55 del Codice antimafia, a norma del quale che i beni confiscati sono sottratti alle pretese dei terzi, i quali non possono iniziare né proseguire attività esecutive - la procedura esecutiva entra in una fase di quiescenza che con la confisca si estingue oper legis⁸¹ - non possono possederli, detenerli o occuparli cum o sine titolo.

Si è sostenuto⁸² che ciò deponga a favore della qualificazione dell'ablazione statutale conseguente alla confisca in termini di acquisto a titolo originario e che i diritti dei terzi titolari di diritti reali di garanzia e di godimento si estinguano per sopravvenuta incompatibilità; all'estinzione segue la conversione dell'originario diritto del terzo in una pretesa creditoria commisurata alla durata del diritto reale e del contratto costitutivo del diritto personale di godimento, soddisfatta mediante la corresponsione di un equo indennizzo, di ammontare definito per

⁸¹ M. BATTAGLIESE, *Osservazioni alla bozza del decreto attuativo della legge delega per l'emanazione del codice antimafia e delle misure di prevenzione. E le contese sulla confisca non finiscono qui*, in *www.judicium.it*.

⁸² M. Gorgoni, *Spigolature su misure prevenzionali antimafia e tangibilità dei diritti dei terzi (estranei al reato)*, in questo volume, **vd. pagine**

mezzo di un decreto ministeriale (art. 52, comma 5).

Per i diritti di credito e i diritti reali di garanzia la tutela è, in un certo senso, maggiore: la confisca, infatti, non pregiudica né i creditori chirografari né quelli privilegiati che abbiano concesso il credito prima del sequestro.

Va premesso che i crediti non sono lesi dalla confisca in sé e per sé, nel senso che sono pregiudicati indirettamente e solo eventualmente dalla confisca, nella misura in cui la essa riduce la garanzia patrimoniale generica, cioè il patrimonio del debitore su cui esercitare anche future azioni esecutive (art. 2740 c.c.).

In altri termini, non si esclude la possibilità che il terzo creditore si soddisfi su altri beni del debitore diversi da quello oggetto di confisca, stante la permanenza della responsabilità patrimoniale del debitore di cui all'art. 2740 c.c.⁸³ e, quindi, del suo obbligo di rispondere delle obbligazioni assunte «con tutti i suoi beni presenti e futuri». Se ne inferisce che i creditori sono titolari di un interesse giuridicamente apprezzabile e tutelabile in sede giudiziaria all'accertamento del loro diritto di credito, in vista di una sua futura soddisfazione, seppur mediante l'aggressione di beni del debitore diversi da quelli oggetto della confisca⁸⁴.

Non sfuggono, tuttavia, le inevitabili difficoltà di soddisfare in concreto una pretesa creditoria se tutto il patrimonio dell'indiziato è confiscato, ovvero se i beni non confiscati si rivelano incapienti, tanto che lo stesso legislatore ha disposto che il creditore chirografario, il quale abbia infruttuosamente escusso i beni non confiscati, a certe condizioni (quelle di cui all'art. 52, comma 1), abbia diritto al soddisfacimento, nel limite del 70 per cento del valore dei beni sequestrati o confiscati, da parte dello Stato.

I creditori privilegiati, invece, il cui privilegio evidentemente sia costituito proprio sul bene confiscato, non vantando un diritto nei confronti dello Stato subordinato alla preventiva escussione si può dire che perdano l'originario privilegio e finiscano per condividere in qualche modo la sorte dei creditori

⁸³ E. POFI, *Le incertezze*, cit.

⁸⁴ Trib. Bari, 16 ottobre 2000, cit.

con diritto di prelazione, risultando privati tanto dello ius distrahendi quanto dello ius prelationis.

Che l'incidenza delle misure prevenzionali antimafia sui diritti dei terzi estranei al reato sia questione controversa⁸⁵ e che il recente codice antimafia non sia stato forse in grado di fornire un decisivo contributo chiarificatore⁸⁶ è provato anche dalla richiesta di rimessione alle Sezioni Unite disposta da tre ordinanze con identica motivazione provenienti dalla III sezione civile della Corte di Cassazione: le nn. 2338, 2339 e 2340 del 17 febbraio 2012.

Chiamati a occuparsi dei rapporti tra confisca disposta dal giudice di prevenzione e ipoteca iscritta anteriormente all'instaurazione del procedimento - o comunque al sequestro del bene - i giudici di legittimità hanno ravvisato l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale che oppone i giudici civili a quelli penali in ordine alla qualificazione del titolo di acquisto a favore dello Stato, agli effetti e alla prova della buona fede del terzo, all'individuazione del giudice competente.

Le ordinanze di rimessione hanno sottoposto alle Sezioni Unite tre problemi: se la confisca costituisca un modo di acquisto a titolo originario od a titolo derivativo; quali strumenti di tutela abbia il terzo titolare di un diritto reale di garanzia sul bene confiscato; su chi gravi l'onere della prova della buona fede del terzo.

Come si è visto e meglio si chiarirà in seguito, mentre il primo problema è stato ormai superato sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza, invece il secondo vede gravemente divise al proprio interno sia la dottrina che la giurisprudenza e il terzo problema vede concorde la giurisprudenza, ma divisa la dottrina.

In specie, se non sussiste un vero e proprio contrasto circa l'opponibilità allo Stato dell'ipoteca anteriormente iscritta sul

⁸⁵ Sulle norme introdotte dal Decreto in esame, si vedano Giarda, *Un ulteriore sforzo legislativo contro la criminalità organizzata*, in *Corr. Merito*, 2011, 1133; Minutoli, *op. cit.*, 1271.

⁸⁶ Sui limiti del codice antimafia cfr., *ex plurimis*, A. CISTERNA, *Il codice antimafia tra istanze compilative e modelli criminologici*, in *Dir. penale e processo*, 2012, p. 213 ss.; F. MENDITTO, *Le luci e le (molte) ombre del codice c. d. Codice antimafia*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 792 ss.

bene confiscato⁸⁷, opinioni discordi si riscontrano invece in giurisprudenza circa le modalità attraverso le quali il creditore ipotecario può far valere il proprio diritto reale di garanzia nei confronti dello Stato confiscante.

a) Profili problematici: l'individuazione del giudice competente.

Come si è accennato sul punto esistono in giurisprudenza tre orientamenti che, partendo spesso da identiche premesse in diritto, giungono a soluzioni contrastanti.

Secondo una prima linea interpretativa, infatti, la competenza a decidere sulla pretesa del terzo che accampi diritti sul bene confiscato spetta al giudice civile: questo principio si ricava ad esempio implicitamente da una decisione della Suprema Corte⁸⁸ adottata in un caso in cui lo stesso immobile era stato assoggettato sia a espropriazione forzata su impulso del creditore ipotecario, sia a confisca ex lege n. 575/65, con due procedure che si erano ignorate a vicenda. In siffatta ipotesi il Ministero delle finanze - una volta confiscato l'immobile e avendolo trovato occupato dalla persona che se l'era aggiudicato nell'asta pubblica - aveva chiesto al giudice civile la condanna dell'occupante al rilascio, allegando che la confisca era stata trascritta prima dell'aggiudicazione, ma dopo il pignoramento.

Il giudice di merito accolse la domanda dell'amministrazione, osservando da un lato che la trascrizione della confisca era avvenuta prima dell'aggiudicazione e dall'altro che il terzo aggiudicatario avrebbe dovuto far valere il proprio diritto, se intendeva conservarlo, dinanzi al giudice penale attraverso l'incidente di esecuzione.

⁸⁷ Pacifica e reiterata, ad esempio, è l'opinione che la confisca di prevenzione non pregiudichi i diritti dei terzi in buona fede, titolari di diritti reali di garanzia sul bene confiscato: *“nessuna forma di confisca può determinare l'automatica estinzione dei diritti reali di garanzia costituiti sui beni confiscati, in quanto è da escludere che il provvedimento traslativo possa avere ad oggetto un diritto di contenuto diverso e più ampio di quello che faceva capo al precedente titolare”* si legge in Cass. Pen. Sez. I, n. 29378 del 29 aprile 2010.

⁸⁸ motivazione della sentenza pronunciata da Sez. 3, Sentenza n. 845 del 16/01/2007 (Rv. 594197).

Invero, non sfugge una certa singolarità della decisione, atteso che il giudice di merito da una parte affermò la propria competenza a decidere sulla domanda dell'amministrazione di accertamento dell'inesistenza del diritto dell'occupante, e nello stesso tempo ritenne competente il giudice penale a conoscere della domanda di accertamento dell'esistenza del medesimo diritto⁸⁹.

La sentenza fu cassata ribadendo che per un verso l'incidente di esecuzione penale (artt. 665 e ss. c.p.p.) non può mai avere a oggetto l'accertamento dell'esistenza di un diritto altrui su un bene sottoposto a confisca penale, perché ciò esorbiterebbe dai suoi limiti e che, d'altro canto, l'esigenza di contrastare la mafia non può "compromettere il principio della certezza dell'iscrizione di un'ipoteca".

Peraltro si osserva come tale orientamento ermeneutico - che perveniva ad affermare la competenza del giudice civile sulla domanda del terzo che si affermava legittimo aggiudicatario del bene confiscato - pur richiamandosi ai principi affermati dalla Cassazione Penale⁹⁰ sul punto è giunto a risultati diametralmente opposti.

La Suprema Corte, sezione penale, infatti, nella sentenza appena ricordata - chiamata a stabilire se la confisca pregiudicasse i diritti del creditore ipotecario che aveva iscritto l'ipoteca prima della trascrizione del sequestro (e della confisca) - aveva affermato che se è vero che la confisca non pregiudica i diritti dei terzi, tuttavia tali diritti, poiché restano salvi solo se il terzo sia in buona fede, debbono essere accertati dal giudice penale nelle forme dell'incidente di esecuzione.

Ciò perché solo questi può verificare, con gli strumenti d'indagine a lui riservati (e preclusi al giudice civile), se il terzo sia in buona o mala fede, e cioè colluso o no con i mafiosi; in ogni caso "è da escludere che i beni confiscati (...) possano essere oggetto di un'espropriazione forzata immobiliare (...),

⁸⁹ Il principio venne ribadito senza ulteriori approfondimenti da Sez. 3, Sentenza n. 20664 del 05/10/2010 (Rv. 614289), in un caso in cui il Ministero delle finanze aveva proposto opposizione all'esecuzione, ex art. 615 c. p. c., iniziata dal creditore ipotecario in virtù di ipoteca iscritta prima della trascrizione della confisca.

⁹⁰ In specie, Cass. pen. 11. 2. 2005 n. 12317.

ancorché tale procedura sia stata promossa da un terzo in buona fede titolare di credito assistito da garanzia ipotecaria iscritta prima della trascrizione della confisca”, perché tali beni debbono necessariamente essere acquisiti al patrimonio indisponibile dello Stato. E’ dunque agevole rilevare che mentre la prima sentenza citata ebbe a negare sia la competenza del giudice civile a conoscere della domanda di accertamento dei diritti del terzo, sia la legittimità della prosecuzione di una espropriazione forzata del bene confiscato, la seconda, pur richiamandosi alla massima penale, affermò l’esatto contrario, non solo affermando la competenza del giudice civile sulla domanda di accertamento della proprietà proposta dal Ministero delle finanze (confiscante) nei confronti dell’aggiudicatario, ma anche decidendo la questione nel merito (e con ciò mostrando di ritenere implicitamente possibile e legittima l’esecuzione forzata avviata dal creditore ipotecario e proseguita anche dopo la confisca dell’immobile ipotecato).

Quanto alla seconda delle sentenze sopra ricordate, essa si è limitata a richiamare la motivazione della decisione più antica, in una fattispecie concreta tuttavia molto diversa: mentre, infatti, questa sancì la competenza del giudice civile sulla pretesa del terzo che si affermava proprietario del bene confiscato per averlo acquistato all’asta, la più recente affermò un principio identico ma in un caso in cui il terzo era mero creditore ipotecario del prevenuto.

Un secondo orientamento ritiene, invece, che la competenza a conoscere della pretesa del terzo che si affermi titolare di diritti sul bene confiscato possa spettare al giudice penale o civile a seconda dell’esistenza o meno d’un collegamento tra il diritto vantato dal terzo sulla cosa confiscata e l’attività del soggetto colpito dalla misura di prevenzione, ovvero d’una collusione tra i due: in specie, allorché tale collegamento esista, la pretesa del terzo dovrà essere esaminata dal giudice penale, mentre qualora non lo si sia ravvisato la competenza a decidere resterà devoluta al giudice civile.

Non sfugge, tuttavia, l’intrinseca difficoltà di intendere sifatto “collegamento” tra il diritto del terzo e l’attività criminale del soggetto portatore di pericolosità sociale: secondo talune

decisioni⁹¹, infatti, esso vi sarebbe quando il terzo non neghi che il prevenuto avesse la disponibilità del bene confiscato, ma vanta un diritto astrattamente compatibile con tale disponibilità (come appunto un diritto reale di garanzia).

Ricorrendo tale ipotesi, la pretesa del terzo è devoluta alla competenza del giudice penale, mentre essa deve essere azionata dinanzi al giudice civile soltanto allorché il diritto vantato dal terzo preesistesse rispetto al sequestro e il terzo riesca ad allegare che il prevenuto non poteva disporre né direttamente, né indirettamente, del bene sul quale gravava il suo diritto.

Quando, infatti, il terzo non contesti che il prevenuto potesse legittimamente disporre del bene confiscato, egli rientra tra i "terzi" di cui all'art. 2-ter l. 575/65 e in quanto tale deve intervenire nel giudizio di prevenzione o avvalersi dell'incidente di esecuzione ex art. 666 c.p.p., atteso che stabilire quale sia il contenuto e l'estensione del provvedimento di confisca è accertamento che non può essere sottratto al giudice che quella confisca è chiamato a disporre.

Allorché, invece, il terzo neghi che esistessero i presupposti stessi per la confisca, perché il prevenuto non aveva la disponibilità dei beni confiscati, egli rientra non genericamente tra i terzi di cui all'art. 2-ter l. 575/65, ma rientra tra i terzi estranei e cioè coloro che non hanno alcun titolo per partecipare al pro-

⁹¹ Vedasi Cass. Sez. II, n. 6661 del 30 marzo 2005 (Rv. 580252); anche Cass. n. 38294 del 04/06/2003 Cc. (dep. 08/10/2003) Rv. 227133, pronunciata in un caso nel quale un terzo, che aveva acquistato l'immobile confiscato dopo la confisca, aveva proposto incidente di esecuzione ex art. 666 c. p. p. per fare valere la propria buona fede e domandare l'opponibilità del proprio acquisto allo Stato. La sua pretesa venne però ritenuta "inammissibile" dal giudice (penale) di merito, con decisione condivisa dalla S. C. Quest'ultima osservò infatti che: (a) se il terzo si afferma proprietario o titolare di altro diritto reale sul bene sequestrato, egli ha titolo per partecipare al procedimento di prevenzione; ove ne resti escluso, egli potrà ancora proporre l'incidente di esecuzione ex art. 666 c. p. p. ; (b) se invece il terzo non ha titolo per partecipare al procedimento di prevenzione perché non si afferma né proprietario, né titolare di altro diritto reale (ma ad esempio, sia un mero creditore chirografario del prevenuto), egli non ha titolo per partecipare al procedimento di prevenzione, e di conseguenza dovrà proporre la propria domanda dinanzi al giudice civile. Alla medesima conclusione, secondo la sentenza da ultimo ricordata, dovrà altresì pervenirsi quando il terzo si affermi proprietario in base ad un titolo formatosi successivamente alla confisca, perché anche in tal caso al momento dell'introduzione del procedimento di prevenzione non avrebbe avuto alcuna legittimazione ad intervenire.

cesso di prevenzione: in tal caso pertanto la sua pretesa va fatta valere dinanzi al giudice civile. 10.2.2.

In altre decisioni⁹², invece, con più largo metro di giudizio, l'inesistenza del "collegamento" tra diritto del terzo e bene confiscato (e quindi la competenza del giudice civile sulla pretesa del terzo) è stata ritenuta in re ipsa, a prescindere da qualsiasi ulteriore valutazione, per il solo fatto che il terzo vantasse un'ipoteca iscritta prima "dell'inizio del procedimento di prevenzione" (si badi: non prima dell'iscrizione del sequestro o della confisca).

In sostanza, quindi, anche se tali orientamenti partono entrambi dal presupposto dell'esistenza di due categorie concettuali di soggetti terzi tra loro diverse, giungono alla fine a conclusioni divergenti: mentre il primo, infatti, assegna al giudice civile le sole controversie nelle quali il terzo allega che il prevenuto non poteva disporre (né direttamente, né indirettamente) del bene sul quale gravava il suo diritto, il secondo gli attribuisce competenza su tutte le controversie concernenti diritti acquisiti dal terzo sul bene confiscato "senza alcun collegamento con l'attività dell'indiziato o collusione con esso".

La conseguenza, in concreto, è che il primo orientamento attribuisce la competenza a conoscere la domanda del creditore ipotecario al giudice penale, laddove il secondo l'attribuisce al giudice civile. Un terzo⁹³ approccio ermeneutico, infine, per-

⁹² Secondo questo orientamento infatti "non vi sarebbero dubbi" sul fatto che dai terzi di cui è parola nell'art. 2-ter della l. 575/65 debbano essere esclusi "tutti i titolari di diritti che sono sorti sulla cosa senza alcun collegamento con l'attività dell'indiziato o collusione con esso". Sicché, non rientrando tali terzi tra quelli di cui alla legislazione antimafia, le loro pretese sfuggono alle regole procedurali del processo di prevenzione, e sono devolute al giudice civile secondo i principi generali. In applicazione di tali criteri, la S. C. ha rigettato l'opposizione dell'erario all'esecuzione promossa dal creditore ipotecario del prevenuto, garantito da ipoteca sull'immobile confiscato, e fondata sull'assunto che la pretesa del terzo non potesse essere fatta valere in sede esecutiva civile: cfr. Sez. 3, Sentenza n. 16227 del 29/10/2003 (Rv. 567758).

⁹³ Cfr. ad esempio Cass. Pen. Sez. I, n. 12535 del 12 novembre 1999. In altre pronunce si legge che "rientra (. . .) nella competenza del giudice [penale] dell'esecuzione l'accertamento della buona fede del terzo, dato che dall'esistenza o dall'esclusione di tale condizione soggettiva deriva la sopravvivenza o la caducazione del diritto sul bene confiscato", e che "la competenza funzionale del giudice [penale] dell'esecuzione non può non estendersi alla de-

viene a conclusioni diametralmente opposte rispetto a quelle che precedono: partendo dall'idea che la confisca di prevenzione dia vita a un acquisto a titolo derivativo del bene in capo allo Stato e che in quanto tale esso non debba travolgere i diritti dei terzi, tuttavia conclude nel senso che gli stessi non possano che cedere di fronte alla superiore esigenza di contrasto alla criminalità organizzata, inevitabilmente compromessa qualora si consentisse al pericoloso di ricorrere alla costituzione di ipoteche di comodo in favore di terzi proprio al fine di vanificare la successiva eventuale confisca.

Anche qui, peraltro, si afferma con piena ragionevolezza che l'indagine mirante a stabilire se il terzo sia colluso ovvero di buona fede non può che essere devoluta al giudice penale - recite al giudice della prevenzione - o intervenendo nel giudizio ovvero, in seguito, con l'incidente di esecuzione.

Siffatto orientamento è divenuto negli ultimi anni pressoché unanime nella giurisprudenza penale della Suprema Corte; da esso vengono fatti discendere due corollari interpretativi.

Il primo⁹⁴ è che spetta al giudice penale dell'esecuzione, ove il creditore ipotecario non dia prova della sua buona fede, ordinare al conservatore la cancellazione dell'ipoteca.

Il secondo corollario è che, essendo riservato alla competenza "funzionale" del giudice penale dell'esecuzione dell'accertamento circa l'esistenza di iura in re aliena sul bene confiscato, il creditore ipotecario non può avviare alcuna pro-

claratoria della inopponibilità di quei diritti del terzo, nel senso che deve controllarsi se l'atto costitutivo di detti diritti sia del tutto inefficace nei confronti dello Stato cui il bene stesso è stato devoluto in forza della confisca" cfr. Sez. 1, Sentenza n. 29378 del 29/04/2010 Cc. (dep. 27/07/2010) Rv. 247859; Sez. 1, Sentenza n. 12317 del 11/02/2005 Cc. (dep. 31/03/2005) Rv. 23224520; Sez. 5, Sentenza n. 47887 del 19/11/2003 Cc. (dep. 16/12/2003) Rv. 227585.

⁹⁴ *"Se così non fosse - prosegue Cass. 29378/10, appena ricordata - risulterebbero palesi l'irrazionalità e l'incoerenza, oltre che l'incompatibilità con il principio della ragionevole durata del processo, di una normativa che attribuisse, da un canto, al giudice penale il compito di accertare o di escludere la buona fede del terzo e la sopravvivenza dell'ipoteca sul bene confiscato e demandasse, dall'altro, al giudice civile la funzione meramente consequenziale di ordinare la cancellazione dell'onere di cui un giudice diverso ha già dichiarato l'inefficacia" . Nello stesso senso, Sez. 1, Sentenza n. 45572 del 21/11/2007 Cc. (dep. 05/12/2007) Rv. 238144; Sez. 1, Sentenza n. 19761 del 18/04/2007 Cc. (dep. 22/05/2007) Rv. 236825.*

cedura esecutiva con le forme del codice di procedura civile sul bene confiscato.

Egli dovrà, al contrario, chiedere al giudice della prevenzione (ovvero al giudice dell'esecuzione) l'accertamento del proprio diritto reale e una volta ottenutolo "far valere il proprio diritto dinanzi al giudice civile con i residui mezzi di tutela offerti dalla legge", ovvero probabilmente agendo nei confronti dello Stato confiscante che poi, una volta soddisfatto il creditore in buona fede, si surrogherà a questi ex art. 1203 c.c. nei confronti del prevenuto-debitore⁹⁵.

a) Profili problematici (segue): il riparto dell'onere della prova della buona fede.

Occorre infine soffermarsi brevemente - e senza pretese di completezza - sul problema del riparto dell'onere della prova della buona fede del terzo: trattasi di una questione che, invero, non ha destato grandi contrasti in giurisprudenza, anche perché le sezioni civili della Corte di Cassazione non risultano essere state chiamate a pronunciarsi in modo diretto sui criteri di riparto dell'onere della prova tra Stato confiscante e creditore garantito da ipoteca sul bene confiscato.

In talune pronunce, tuttavia, si ritrovano degli accenni o degli obiter dai quali si desume che l'onere di cui si discorre venga pacificamente ritenuto gravante sul terzo creditore⁹⁶.

Le sezioni penali della Cassazione, invece, si sono occupate in numerosissime occasioni del problema del riparto dell'onere

⁹⁵ In tal senso Sez. 1, Sentenza n. 19761 del 18/04/2007 Cc. (dep. 22/05/2007) Rv. 236825; Sez. 1, Sentenza n. 12317 del 11/02/2005 Cc. (dep. 31/03/2005) Rv. 232245 21; nonché, sia pure *obiter dictum*, Sez. 1, Sentenza n. 22157 del 10/05/2005 Cc. (dep. 10/06/2005) Rv. 232102.

⁹⁶ Nella motivazione di Sez. 3, Sentenza n. 845 del 16/01/2007 (Rv. 594197), ad esempio, si è affermato che l'omessa consultazione delle conservatorie dei registri immobiliari prima di acquistare l'immobile confiscato è condotta incompatibile con lo stato soggettivo di buona fede; nondimeno, ove si ammetta che la buona fede del creditore sia condizione per la salvezza dei diritti reali parziari (di godimento o di garanzia) gravanti sull'immobile confiscato, è ineludibile la conclusione che essa sia anche, per ciò solo, un fatto costitutivo della pretesa del terzo, la cui prova ricade perciò su chi quel fatto invoca in giudizio.

della prova tra terzo creditore ipotecario e pubblica accusa, giungendo sempre alla conclusione che non spetti a quest'ultima provare la mala fede del terzo creditore, ma gravi su quest'ultimo la prova di avere acquistato in buona fede i diritti sull'immobile confiscato⁹⁷.

La dottrina, invece, se unanimemente non dubita che il terzo titolare di diritti sul bene confiscato non possa invocare alcuna forma di tutela quando non sia in buona fede, si è invece divisa sia in merito alla delimitazione del concetto di buona fede, sia per quanto concerne il riparto dell'onere di provarla.

Per quanto attiene il primo profilo, infatti, l'orientamento prevalente interpreta in modo assai rigoroso il concetto di buona fede, chiarendo che consiste non solo nell'estraneità del terzo a qualsiasi collusione o compartecipazione all'attività mafiosa, ma altresì nella inconsapevolezza che tali attività fossero svolte dal prevenuto. La buona fede che fa salvi i diritti dei terzi consisterebbe dunque in un atteggiamento soggettivo, individuabile precisamente nell'ignoranza dell'attività del mafioso, analogamente a quanto dettato dall'art. 1147 c.c. in tema di possesso⁹⁸.

A tale tesi restrittiva si è, tuttavia, obiettato che una nozione esclusivamente soggettiva di buona fede restringerebbe ingiustamente l'area dei soggetti meritevoli di tutela: si è addotto al riguardo l'esempio del lavoratore dipendente dell'imprenditore mafioso, il quale pur potendo in teoria essere consapevole della "mafiosità" del proprio datore di lavoro, nondimeno svolge un'attività lecita e vanta nei confronti dell'imprenditore un credito che l'ordinamento non può non tutelare.

⁹⁷ Sez. 1, Sentenza n. 29378 del 29/04/2010 Cc. (dep. 27/07/2010) Rv. 247859; Sez. 5, Sentenza n. 15328 del 18/03/2009 Cc. (dep. 09/04/2009) Rv. 243610; Sez. 1, Sentenza n. 2501 del 14/01/2009 Cc. (dep. 21/01/2009) Rv. 242817; Sez. 1, Sentenza n. 43715 del 13/11/2008 Cc. (dep. 21/11/2008) Rv. 242212; Sez. 1, Sentenza n. 29378 del 29/04/2010 Cc. (dep. 27/07/2010) Rv. 247859 (in motivazione); Sez. 1, Sentenza n. 13413 del 09/03/2005 Cc. (dep. 12/04/2005) Rv. 231263. Il fatto che debba essere il terzo a provare la propria buona fede è stato ritenuto perfettamente compatibile con gli artt. 3, 24 e 47 della costituzione da Sez. 1, Sentenza n. 30326 del 29/04/2011 Cc. (dep. 29/07/2011) Rv. 250910.

⁹⁸ F. Cassano, *Confisca antimafia e tutela dei diritti dei terzi*, in Cass. pen. , 2005, 2155.

Si è perciò proposto di considerare in buona fede tutti i terzi titolari di crediti scaturenti da rapporti che non siano stati ausiliari, strumentali o agevolativi rispetto all'attività criminale⁹⁹.

Con riferimento all'onere della prova della buona fede, analogamente, mentre taluni¹⁰⁰ sostengono che spetti al terzo provare la propria buona fede, in quanto fatto costitutivo della sua pretesa di salvaguardare il proprio credito, altri¹⁰¹ obiettano che in tal modo il terzo titolare di garanzie reali verrebbe a trovarsi in una posizione paradossalmente più difficile di quella in cui si trova la persona proposta per la misura di prevenzione, atteso che solo il primo avrebbe l'onere di provare la propria estraneità all'organizzazione mafiosa.

Si è poi soggiunto che addossare al terzo l'onere di provare la propria buona fede viola il disposto dell'art. 1147 c.c. e lo onera di una prova negativa assai difficile, trasformando il tradizionale principio in dubio pro reo in un inusitato "in dubio pro re publica"¹⁰².

La conseguenza sarebbe, quindi, che l'onere di provare la collusione o la mala fede del terzo spetti sempre alla pubblica accusa, sia nel caso in cui il terzo sia proprietario del bene nella disponibilità del prevenuto¹⁰³ e sia anche nell'ipotesi in cui il terzo sia titolare di un diritto di garanzia, poiché "nessuna norma prevede in capo al creditore l'onere di dimostrare la propria buona fede"¹⁰⁴.

⁹⁹ A. Cairo, *Le misure di prevenzione patrimoniali*, Napoli 2007, 121, e sostanzialmente nello stesso senso Alessi, *Misure patrimoniali di prevenzione e categorie civilistiche*, Palermo 2001, 53.

¹⁰⁰ F. Cassano, *Azioni esecutive su beni oggetto di sequestro antimafia e buona fede dei creditori*, in *Fallimento*, 2002, 661 e ss., Vignoli, *Confisca dei beni «mafiosi» e tutela dei diritti dei terzi: difficili equilibri, controverse soluzioni*, in *Riv. pen.*, 2006, 627 e ss., ma specialmente 634.

¹⁰¹ Russo, *Confisca antimafia e tutela dei terzi: un importante revirement della cassazione che smentisce i giudici di merito*, in *Dir. fallim.*, 2004, II, 1 e ss., ma specialmente 14-15.

¹⁰² P. V. Molinari, *Un passo avanti nella tutela dei terzi di buona fede titolari di un diritto reale di garanzia sui beni oggetto di confisca antimafia*, in *Cass. pen.*, 2006, 643.

¹⁰³ Monteleone, *Effetti "ultra partes" delle misure patrimoniali antimafia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 574 e ss., ma specialmente 587.

¹⁰⁴ Secondo questo orientamento, pertanto, dovrà essere l'amministrazione, ove aggredita *in executivis* dal creditore garantito da ipoteca sul bene confiscato,

b) Profili problematici (segue): la sospensione dell'opposizione all'esecuzione.

In conclusione un brevissimo accenno merita il problema della sospensione dell'opposizione all'esecuzione per pregiudizialità: uno dei quattro ricorsi sottoposti all'esame delle Sezioni Unite proposto era stato, infatti, presentato avverso l'ordinanza con la quale il giudice dell'opposizione all'esecuzione (chiamato a stabilire se il creditore ipotecario avesse o meno la facoltà di aggredire in executivis gli immobili confiscati dopo l'iscrizione dell'ipoteca) aveva disposto la sospensione del giudizio, in attesa della definizione dell'incidente di esecuzione proposto dall'amministrazione ex art. 666 c.p.p. dinanzi al giudice penale e avente a oggetto l'accertamento della buona fede del creditore procedente.

Nella relazione predisposta dal Massimario della Suprema Corte e datata 31 maggio 2012 si chiarisce che su tale questione si rinviene un solo precedente di legittimità¹⁰⁵, ove si era ha escluso che sussistesse una questione di pregiudizialità in senso tecnico tra il giudizio civile e l'incidente di esecuzione in sede penale, negando perciò l'ammissibilità della sospensione necessaria del primo. Ovviamente all'epoca di tale decisione esisteva ancora l'istituto della sospensione necessaria del giudizio civile per pregiudizialità penale, oggi limitato alle residue ipotesi (non ricorrenti nel caso di specie) di cui all'art. 75, comma 3, c.p.p.

Tuttavia, ove si aderisca alla tesi oggi prevalente nella giurisprudenza penale anche di legittimità secondo cui solo il giudice penale dell'esecuzione è titolare del potere di accertare la buona fede del terzo titolare di diritti reali di garanzia sul bene confiscato, la sospensione del giudizio di opposizione all'esecuzione parrebbe correttamente ordinata.

Per contro, ove si condividesse il più recente orientamento

a proporre opposizione ex art. 615 c. p. c. , allegando e dimostrando la mala fede del creditore procedente: Pofi, *Le incertezze della Suprema Corte in materia di confisca. Quale tutela per i creditori?*, in *Giust. civ.* , 2010, I, 2062.

¹⁰⁵ Sez. 3, Sentenza n. 591 del 14/02/1975 (Rv. 373906).

della giurisprudenza civile di legittimità, secondo cui l'incidente di esecuzione ex art. 666 c.p.p. non può essere piegato ad assolvere funzioni che non gli sono proprie - come l'accertamento dell'esistenza e dell'efficacia di iura in re aliena sugli immobili confiscati - si dovrebbe pervenire a conclusioni diametralmente opposte e ritenere illegittima la sospensione, per difetto del requisito della pregiudizialità necessaria.

In conclusione, occorre attendere la pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione e sperare in un intervento chiarificatore e risolutivo dei numerosi e complessi problemi innanzi esaminati.