

I RAPPORTI TRA LE MISURE DI PREVENZIONE PATRIMONIALI E LA PROCEDURA FALLIMENTARE NEL CODICE ANTIMAFIA

di *Clelia Maltese*, Magistrato

Sommario: 1. La necessità della tutela dei terzi, la prevalenza della misura di prevenzione rispetto al fallimento e la buona fede del terzo - 2. Dichiarazione di fallimento successiva al sequestro e la verifica della buona fede ad opera del giudice fallimentare - 3. Revoca del sequestro o della confisca e riapertura del fallimento - 4. Sequestro successivo alla dichiarazione di fallimento - 5. Rapporti tra le misure di prevenzione e le altre procedure concorsuali

1. La necessità della tutela dei terzi, la prevalenza della misura di prevenzione rispetto al fallimento e la buona fede del terzo

Il titolo IV (artt.52-65) del D. Lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (comunemente indicato come “**Codice Antimafia**”), relativo alla tutela dei terzi ed ai rapporti fra le misure di prevenzione patrimoniale con le procedure concorsuali, pur avendo il merito di colmare una grave lacuna di disciplina avvertita da più parti, di fatto, prevede una normativa scarna che presenta diversi punti critici ed è fonte di dubbi ermeneutici.

Il principio di fondo è quello che la sussistenza di limiti alla tutela dei terzi è funzionale alla salvaguardia delle finalità proprie della misura di prevenzione antimafia: lo scopo è di **evitare che il mafioso (e, in generale, il proposto) si precostituisca creditori di comodo** al fine di vanificare la misura di prevenzione.

Si tratta di una finalità analoga a quella sottesa alle norme che disciplinano l'accertamento dei crediti nella procedura fallimentare (e in genere, nelle procedure concorsuali); la *ratio* sottesa alle norme che regolano la verifica dei crediti in sede fallimentare è quella di scongiurare il rischio della precostituzione di creditori di comodo ovvero della precostituzione di titoli di preferenza, in violazione della *par condicio creditorum*.

In particolare, i controversi ed intricati rapporti tra le misure di prevenzione patrimoniali ed il fallimento dell'imprenditore i cui beni siano stati attinti (in tutto o in parte) dal sequestro, sono disciplinati in appena due norme: gli artt. 63 e 64.

E' da precisare che possibili interferenze fra il procedimento di prevenzione e la procedura concorsuale possono aversi solo laddove il primo abbia ad oggetto particolari categorie di beni, e segnatamente: aziende; quote di partecipazione al capitale di società di persone o di società a responsabilità limitata; pacchetti azionari di società per azioni.

Nel caso, invece, in cui il sequestro abbia ad oggetto soltanto le quote di partecipazione ad una società di persone o ad una s.r.l., ovvero il pacchetto azionario di una s.p.a., non dovrebbero porsi problemi di conflitto nell'amministrazione del patrimonio, rimasto estraneo al provvedimento di sequestro/confisca, anche se permangono identici i dubbi relativi ai rapporti fra le due procedure in relazione all'accertamento dei diritti dei terzi creditori.

In ogni caso, la scelta del legislatore del 2011 è nel senso della **prevalenza della misura di prevenzione sul fallimento**: nel conflitto fra l'interesse generale sotteso alla procedura concorsuale (che è quello di assicurare la tutela dei creditori, per l'avvertita esigenza di creare un sistema economico affidabile, che incoraggi l'iniziativa imprenditoriale e garantisca soluzioni efficaci alla crisi delle imprese) e l'interesse sotteso alle misure di prevenzione patrimoniali (*id est* l'esigenza di sottrarre alle organizzazioni malavitose la linfa economica che alimenta le iniziative criminali e ne incentiva di nuove, per contenere la prospettiva di un arricchimento ulteriore), deve prevalere il secondo.

Con tre precisazioni:

- 1) non si tratta di una prevalenza di carattere assoluto, ma occorre assicurare protezione ai creditori del fallito e di coordinare le iniziative di gestione o liquidazione dei detti patrimoni;
- 2) non sempre (e comunque non necessariamente) la consistenza della massa attiva fallimentare coincide con i beni oggetto di sequestro;
- 3) nonostante lo stesso codice antimafia abbia previsto una disciplina analoga a quella fallimentare riguardo al procedimento di verifica dei crediti dei terzi e di liquidazione dei beni, i due procedimenti non sono sovrapponibili o intercambiabili.

Più in particolare, il limite alla tutela è rappresentato dalla situazione di “**sostanziale incolpevolezza**” del terzo, situazione in presenza della quale deve arrestarsi l'intervento sanzionatorio dello Stato che altrimenti verrebbe a colpire soggetti che non hanno meritato e non meritano di subirlo.

A tal fine, l'art. 52 enuclea le condizioni in presenza delle quali i diritti di credito dei terzi, anteriori al sequestro e documentati con atto avente data certa, possono ricevere tutela pur in presenza di una confisca definitiva, escludendo che sia sufficiente un controllo meramente estrinseco del diritto (alla luce delle norme civili riguardanti l'esistenza e la validità dell'obbligazione) e rendendo necessario **l'accertamento dell'estraneità del terzo all'attività delittuosa del debitore**.

2. Dichiarazione di fallimento successiva al sequestro e verifica della buona fede ad opera del giudice fallimentare

Il codice antimafia distingue due ipotesi: quella in cui la dichiarazione di fallimento segue il sequestro già disposto su alcuni o su tutti i beni dell'imprenditore (art. 63); quella in cui la procedura concorsuale precede il vincolo di prevenzione (art.64).

L'art. 63 dispone che (oltre ai creditori ed allo stesso debitore) sia il pubblico ministero, su segnalazione dell'amministratore giudiziario che ritenga sussistente lo stato di insolvenza, a richiedere al tribunale la dichiarazione di fallimento dell'imprenditore i cui beni aziendali siano stati sottoposti (in tutto o in parte) a sequestro o confisca.

In sostanza, è venuta meno l'ipotesi della richiesta del fallimento in proprio assunta dall'amministratore giudiziario: il ricorso viene presentato dal pubblico ministero su sollecitazione dell'amministratore giudiziario.

Dichiarato il fallimento (se il tribunale fallimentare ne ravvisa i presupposti e le condizioni), **i beni assoggettati a sequestro o confisca sono esclusi dalla massa attiva fallimentare**.

La procedura concorsuale acquisirà gli eventuali altri beni dell'imprenditore e potrà porre in essere azioni recuperatorie o risarcitorie (ad esempio nei confronti di terzi - azioni di risarcimento danni, di abuso della posizione dominante - o dello stesso proposto - azione di responsabilità quale amministratore della società) volte ad acquisire danaro che costituirà la massa attiva del fallimento.

Nulla vieta, poi, che, a tutela dei creditori, il curatore fallimentare (con le debite autorizzazioni) possa intentare un'azione di responsabilità nei confronti dello stesso amministratore giudiziario che abbia male amministrato o aggravato il dissesto dell'impresa.

Spetta, invece, a norma dell'ultimo comma dell'art. 63, all'amministratore giudiziario la legittimazione a proporre le azioni previste negli artt. 64-67 l. fall., ove siano relative ad atti, pagamenti o garanzie concernenti i beni oggetto di sequestro. In questo caso, "gli effetti del sequestro e della confisca si estendono ai beni oggetto dell'atto dichiarato inefficace".

In caso di dichiarazione di fallimento, **spetta al giudice fallimentare provvedere all'accertamento del passivo**, secondo le disposizioni proprie della legge fallimentare, **verificando**, però, anche con riferimento ai beni sottoposti al sequestro, **la sussistenza delle condizioni di cui al comma 1, lett. b, c e d) e al comma 3 dell'art. 52.**

La norma desta numerose perplessità, sostanzialmente legate alla verifica della sussistenza della buona fede in capo al creditore e della necessità di tale verifica "anche con riferimento ai beni sottoposti al sequestro" e, quindi, anche nell'ipotesi in cui vi sia un attivo fallimentare, poiché non tutti i beni del fallito sono oggetto della misura di prevenzione.

Ma procediamo con ordine.

In primo luogo, il giudice fallimentare deve accertare "che il credito non sia strumentale all'attività illecita o a quella che ne costituisce il frutto o il reimpiego, a meno che il creditore dimostri di avere ignorato in **buona fede** il nesso di strumentalità".

A tal fine, il terzo comma dell'art. 52 (espressamente richiamato dall'art. 63) precisa che "nella valutazione della buona fede, il tribunale (e quindi 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 di dimensioni degli stessi".

Ebbene, quali poteri d'indagine ha a disposizione il giudice fallimentare per poter verificare la sussistenza della buona fede in capo al creditore, anche tenendo conto degli elementi indicati dal terzo comma dello stesso art. 52?

Il giudice fallimentare compie una verifica basata, essenzialmente, sulla documentazione acquisita alla procedura e sugli atti depositati dallo stesso creditore istante. Si tratta cioè, nella maggior parte dei casi, di una **verifica di natura sostanziale ma limitata ai soli documenti (formali) giustificativi del credito**. Il giudice fallimentare non conosce (in quanto non ha gli strumenti per poter conoscere) gli ulteriori rapporti personali e patrimoniali esistenti fra il creditore ed il debitore, la natura dell'attività esercitata dal creditore, se vi sia stata e come si sia svolta una fase precontrattuale.

Un ulteriore dubbio deriva dal fatto che, secondo il disposto letterale dell'art. 63, tale verifica deve essere effettuata dal giudice fallimentare anche laddove la

procedura concorsuale abbia una massa attiva, in quanto non tutti i beni del fallito sono oggetto di sequestro o confisca.

Ci si chiede, allora, se il giudice fallimentare debba verificare la sussistenza della buona fede in capo a tutti i creditori o se, per esempio, laddove il credito sia relativo ad un bene sottratto dalla misura di prevenzione (si pensi alle ipotesi di oneri condominiali su un immobile non oggetto di sequestro ovvero a diritti di credito relativi a tale bene) possa prescindere da tale accertamento.

Nessuna difficoltà deriva, invece, dall'applicazione delle lett. c) e d) dell'art. 52: nel caso di diritto di credito basato su una promessa di pagamento o su una ricognizione di debito ovvero su un titolo di credito non trovano applicazione le norme codicistiche che prevedono, rispettivamente, l'astrazione processuale e sostanziale della causa, ma è onere del creditore che s'insinua al passivo provare il rapporto fondamentale sottostante e nel caso dei titoli di credito anche il rapporto che legittima il possesso del titolo.

Ci si chiede, inoltre, se dovendo il giudice delegato, secondo le norme fallimentari, verificare i crediti precedenti alla dichiarazione di fallimento, debba anche verificare i crediti (prededucibili) sorti in occasione della misura di prevenzione per la gestione dell'impresa.

Viene, poi, disposto che "se nella massa attiva del fallimento sono ricompresi esclusivamente beni già sottoposti a sequestro (o meglio se il fallimento non ha massa attiva), il tribunale, sentito il curatore ed il comitato dei creditori, dichiara chiuso il fallimento".

In questo caso spetta al giudice della prevenzione l'accertamento del passivo non ancora verificato e la formazione del progetto di riparto, secondo le disposizioni del capo II del codice antimafia.

Sembra, però, certo che il tribunale fallimentare possa decidere di mantenere in vita il fallimento al solo fine di intentare azioni per acquisire attivo alla massa fallimentare.

3. Revoca del sequestro o della confisca e riapertura del fallimento

Con una norma di cattiva formulazione, viene disposto che in caso di revoca del sequestro o della confisca, il curatore procede all'apprensione dei beni secondo le norme fallimentari e che se la revoca interviene dopo la chiusura del fallimento, **il tribunale fallimentare, senza limiti di tempo, può ordinare la riapertura del fallimento**, anche su iniziativa del pubblico ministero, laddove risulti che nel patrimonio del soggetto fallito esistano attività in misura tale da rendere utile la riapertura della procedura concorsuale.

Anche tale norma desta dubbi: la procedura fallimentare riprenderà dal punto in cui era giunta al momento del decreto di chiusura o dal momento in cui era giunto l'accertamento del passivo nel procedimento di prevenzione (o addirittura della vendita dei beni e nel pagamento dei creditori)? I creditori già ammessi al passivo dal giudice della prevenzione potranno chiedere la "conferma" del provvedimento di ammissione al giudice fallimentare o dovranno presentare nuova domanda di ammissione? Se la revoca interviene pendenti i termini per l'opposizione allo stato passivo, cosa succede, ed in particolare, qual è organo dell'impugnazione e quali sono le norme che la regolano? Il credito escluso perché ritenuto "strumentale

all'attività illecita o a quella che ne costituisce il frutto o il reimpiego" deve essere riesaminato alla luce delle sole norme della legge fallimentare?

La risposta a tali quesiti non può che partire da tre constatazioni: il venir meno della misura di prevenzione fa venir meno anche le esigenze di verifica della sussistenza della buona fede; l'art. 58, comma 4, D. Lgs. 159/2011 dispone espressamente che "i provvedimenti di ammissione e di esclusione dei crediti producono effetti soli nei confronti dell'Erario"; l'art. 63, comma 7, D. Lgs. 159/2011 richiama espressamente l'art. 121 l. fall. che nella nuova formulazione prevede sostanzialmente la **riapertura del concorso fra tutti i creditori (vecchi e nuovi)**.

In poche battute, il giudice fallimentare è chiamato ad effettuare una nuova verifica dei crediti (vecchi e nuovi) in forza delle sole norme fallimentari, ed in forza di tali norme dovrà verificare anche i crediti sorti in pendenza della misura di prevenzione. I creditori già ammessi al passivo in pendenza del fallimento, devono chiedere la conferma del provvedimento di ammissione.

Dubbi permangono, invece, rispetto al caso in cui la revoca del sequestro o della confisca riguardi non l'intero patrimonio sociale di una società di persone ed il patrimonio di tutti i soci, ma solo i beni personali di un unico socio, che possono essere aggrediti dai creditori sociali (già insinuati nella procedura di prevenzione). In questa ipotesi, il giudice delegato deve verificare la sussistenza della buona fede solo in capo ai creditori sociali?

Ed inoltre, nel caso di revoca del sequestro, quale sorte hanno le azioni intraprese dall'amministratore giudiziario, dal momento che non si può certo affermare che il curatore possa proseguire o riassumere il processo?

La risposta più corretta è che il curatore possa solo intraprendere una nuova azione, avvalendosi, ai fini della prescrizione, del fatto che a norma dell'art. 63, pendente la misura di prevenzione, non era legittimato. L'art. 63, infatti, non prevede (analogamente all'art. 64, comma 9) la sostituzione del curatore all'amministratore giudiziario.

4. Sequestro successivo alla dichiarazione di fallimento

Anche l'art. 64, che disciplina l'ipotesi di sequestro successivo al fallimento, lascia irrisolte diversi questioni.

La norma dispone che qualora il sequestro intervenga dopo il fallimento "il giudice delegato al fallimento, sentito il curatore ed il comitato dei creditori, dispone con decreto **non reclamabile** la separazione di tali beni dalla massa attiva del fallimento e la loro consegna all'amministratore giudiziario".

L'individuazione dei beni oggetto del solo sequestro sembra essere rimessa al giudice fallimentare, la cui decisione prevarrà anche in caso di contrasto con gli organi della misura di prevenzione (che pare non possano adire altro giudice per dirimere la lite).

Disposto il sequestro, inoltre, **tutti i crediti ed i diritti vantati nei confronti del fallimento, salvo quelli che sono già stati definitivamente rigettati in sede fallimentare, sono sottoposti alla verifica delle condizioni di cui all'art. 52, comma 1, lett. b), c) e d) e comma 3**. A tal fine, il giudice fallimentare fissa, nel termine di novanta giorni dal sequestro, una nuova udienza per l'esame dello stato passivo.

Se sono pendenti i giudizi di impugnazione dello stato passivo, il tribunale fallimentare provvede d'ufficio alla verifica della sussistenza delle suddette condizioni, assegnando, a tal uopo, alle parti un termine perentorio per l'integrazione degli atti introduttivi.

Alle ripartizioni dell'attivo concorrono solo i crediti ammessi in sede fallimentare, il progetto di pagamento viene però redatto dall'amministratore giudiziario tenuto conto di quanto già eventualmente ottenuto dai singoli creditori in sede fallimentare (e tenuto conto dei crediti prededucibili sia secondo il codice antimafia sia secondo la legge fallimentare).

Se il sequestro o la confisca di prevenzione hanno per oggetto l'intera massa attiva fallimentare (ovvero nel caso di società di persone, l'intero patrimonio personale dei soci illimitatamente responsabili) il tribunale, sentito il curatore ed il comitato dei creditori, dichiara **chiuso il fallimento** e alla verifica dei crediti provvede il giudice della misura di prevenzione secondo gli articoli 52 e seguenti.

Ci si chiede se i creditori debbano presentare nuovamente la domanda di ammissione al giudice della prevenzione perché questi verifichi soltanto le condizioni di cui all'art. 52, comma 1, lett. b), c) e d) e comma 3. e se possano farlo i creditori il cui credito sia stato definitivamente rigettato in sede fallimentare.

La dizione della norma ("si applicano le disposizioni degli articoli 52 e seguenti del presente decreto") sembra propendere per una "nuova ed autonoma" fase di accertamento del passivo ad opera del giudice della prevenzione.

La norma non prevede l'ipotesi in cui dichiarato chiuso il fallimento venga revocato il sequestro.

Sembra applicabile, in via analogica, la disposizione dell'art. 63 che prevede la possibilità di dichiarare la riapertura del fallimento, anche su istanza del pubblico ministero, con le questioni sopra evidenziate.

Se il sequestro o la confisca intervengono dopo la chiusura del fallimento, essi si eseguono su quanto eventualmente residua dalla liquidazione.

Si prevede espressamente che l'amministratore giudiziario si sostituisca al curatore negli eventuali giudizi da questo proposti in forza degli artt. 64-67 l.fall.

Nulla si dice, invece, per tutti gli altri giudizi in cui la curatela fallimentare è parte (anche convenuta).

Se il sequestro o la confisca sono revocati prima della chiusura del fallimento, i beni sono nuovamente ricompresi nella massa attiva, mediante consegna degli stessi da parte dell'amministratore giudiziario al curatore. Il curatore si sostituisce all'amministratore giudiziario nei procedimenti da questi intrapresi ai sensi degli artt. 64-70 l. fall.

Se il sequestro o la confisca sono revocati dopo la chiusura del fallimento, quest'ultimo può riaprirsi, anche su istanza del pubblico ministero.

5. Rapporti tra le misure di prevenzione e le altre procedure concorsuali

Il capo III del titolo codice antimafia, seppur intitolato "Rapporti con le procedure concorsuali", nulla prevede riguardo al **concordato preventivo e fallimentare**.

Solo in linea generale, si ricorda che questi due ultimi istituti, e soprattutto il primo, sono ben accessibili anche alle imprese in amministrazione giudiziaria, consentendo

di trasformare uno strumento di contrasto della criminalità organizzata in un'opportunità per il risanamento di imprese e di settori economici.

Nulla vieta, poi, che un amministratore giudiziario attento e solerte, al fine di superare lo stato di crisi dell'impresa, presenti al tribunale fallimentare un accordo di ristrutturazione dei debiti o predisponga un piano per il risanamento dell'impresa ai sensi dell'art. 67 l. fall.

L'art. 63, comma 2, D. Lgs. 159/2011 stabilisce che nel caso in cui l'impresa, oggetto di sequestro o di confisca, sia soggetta alla procedura di **liquidazione coatta amministrativa**, il pubblico ministero può chiedere al tribunale competente, l'accertamento dello stato d'insolvenza (ai sensi dell'art. 195 l. fall).

Il pubblico ministero deve, poi, **segnalare alla Banca d'Italia la sussistenza del procedimento di prevenzione** su beni appartenenti ad istituti bancari o creditizi ai fini dell'adozione del provvedimento di **amministrazione straordinaria**.

L'art. 65, infine, disciplina i **rapporti fra il controllo giudiziario e l'amministrazione giudiziaria e il fallimento sancendo la prevalenza di quest'ultimo**.