

PROFILI INTERDISCIPLINARI DELLE MISURE DI PREVENZIONE

Roma 15 ottobre 2018

Sala Casella – Accademia Filarmonica Romana

Misure interdittive antimafia e amministrazione delle aziende sequestrate

A cura dell'Avv. Michele Andreano e dell'Avv. Valeria Nava

con la collaborazione dell'Avv. Giovanni Dolcini

PRIMO MODULO

Presupposti applicativi delle misure di prevenzione

La recente riorganizzazione del sistema delle misure di prevenzione, con contestuale incremento della portata, ne ha conferito il valore di una sorta di **giurisdizione parallela** a quella penale, mediante l'introduzione di proprie scansioni processuali, mezzi investigativi ad hoc, regole specifiche e persino giudici specializzati.

*Dopo la L. 161/2017 il “doppio binario” ha assunto i connotati di un tracciato autonomo e distinto, adoperato dal legislatore come una sorta di “**stato d’eccezione**”, una specie di plesso normativo capillare ed aggressivo da dirigere – a seconda della percezione sociale del momento – verso fenomeni criminali emergenti, **avvertiti come gravi dalla collettività**.*

*Il nuovo catalogo dell’art. 4 del Codice antimafia (che individua i soggetti destinatari delle misure) è la sintesi di una precisa **visione ideologica della società**, in cui la pericolosità sociale promana da reati che, solo pochi anni or sono, non sarebbero mai stati considerati meritevoli dell’intervento personale e patrimoniale regolato dal Codice. L’ergersi della prevenzione, in senso lato ormai, a **strumento autosufficiente della sicurezza pubblica**, utilizzabile a larga banda, tende naturalmente a renderne più vistosa l’indole e l’inclinazione sanzionatoria, soprattutto per quanto concerne la confisca.*

Alberto Cisterna

L'evoluzione storica, anche nell'ordinamento post costituzionale, evidenzia come la caratteristica delle misure di prevenzione sia rappresentata dall'esigenza della tutela della sicurezza, indipendentemente e a prescindere dalla commissione di un fatto criminoso da parte di colui al quale è applicata.

La funzione preventiva e il mancato previo accertamento della commissione di un reato – presupposto invece necessario per le misure di sicurezza, istituito con analoga finalità preventiva – hanno relegato per un lungo tempo, tali misure in un ambito esclusivamente amministrativo.

Con l'entrata in vigore della Costituzione è iniziato un lungo e accidentato percorso verso la "giurisdizionalizzazione" delle misure di prevenzione personali, perseguito dalla più attenta giurisprudenza, che è riuscita a coniugare le esigenze di prevenzione dello Stato con il rispetto dei diritti, riconducendo detta disciplina nell'ambito della tutela dei principi fondamentali riconosciuti dalla Costituzione e dalla Convenzione europea per i diritti dell'uomo (CEDU).

In tale percorso le misure di prevenzione sono divenute anche strumento di contrasto alla criminalità organizzata, se non il più efficiente ed immediato, prima con l'estensione della loro applicabilità agli indiziati di mafia, poi con l'affiancamento delle misure patrimoniali.

I beni nella disponibilità dell'indiziato di mafia sono prima sequestrati e, all'esito del contraddittorio, confiscati non a titolo di sanzione (funzione propria della confisca quale misura di sicurezza applicata unitamente all'accertamento del commesso reato), ma per il solo fatto che, derivando dall'attività illecita, accentuano l'espressione dell'ulteriore pericolosità della persona.

L'intervento sul patrimonio, che influisce solo sul diritto di proprietà (e d'impresa), presenta caratteristiche e presupposti diversi dalle misure personali, limitative della libertà dell'individuo.

Nel procedimento di prevenzione il convincimento del Giudice non si fonda perciò sulla prova di un fatto attribuito ad un soggetto ma sull'indizio o sul sospetto della sua pericolosità. In altre parole, è un giudizio sulla personalità, una valutazione sulla cosiddetta *colpa d'autore* o colpa per il modo d'essere (Taterschuld), nel quale il Giudice non accerta ma valuta soggettivamente l'altrui pericolosità.

Nate con le leggi 1423 del 1956 e 575 del 1965, le misure di prevenzione apparivano quanto mai illiberali e irrispettose dei fondamentali principi di diritto sostanziale e processuale e per tale ragione si è attesa per lungo tempo in una loro riforma adeguatrice ai precetti costituzionali e convenzionali. Le «controriforme» del 2008, del 2009, del 2010 e del 2011, le cui linee portanti sono confluite nel codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, e poi le modifiche degli anni successivi fino al 2017, ne hanno modificato ed ampliato la portata applicativa.

La natura ibrida del sistema di prevenzione è stato più volte sottoposta all'esame sia della Corte costituzionale, sia della Corte europea dei diritti dell'uomo, uscendone però sempre sostanzialmente indenne.

La Grande Camera di Strasburgo, nella sentenza De Tommaso v. Italia (2017), dopo aver preso atto che la **Corte Costituzionale** italiana, con la sent. n. **177/1980**, aveva già considerato **insufficiente il criterio delle “tendenze criminali”** per definire la categoria degli individui ai quali le misure di prevenzione potevano essere applicate, ha osservato che le **previsioni degli artt. 3 e 5 della l. 1423 del 1956** erano scritte in termini **veramente generali** ed il loro contenuto era estremamente vago e indeterminato.

La Corte di Strasburgo aggiunge che l'interpretazione offerta dalla Corte Costituzionale italiana nella sent. n. 282 del 2010 fu susseguente ai fatti della presente causa e fu impossibile per il ricorrente accertare, sulla base della stessa sentenza, il preciso contenuto di qualcuno dei requisiti ai quali egli era stato sottoposto mentre era sotto sorveglianza speciale.

Tali requisiti, in verità, possono dar luogo a diverse differenti interpretazioni, come la stessa Corte Costituzionale italiana aveva ammesso e la Corte Europea conferma, riconoscendo che **tali requisiti sono espressi in termini vaghi.**

TUTTAVIA

Il giudice delle leggi ha più volte riconosciuto la **conformità a Costituzione delle misure di prevenzione, personali** (a partire da Corte Cost. 23 giugno 1956 n. 2) e patrimoniali (Corte Cost. 30 luglio 2012 n. 31).

La Corte Europea ha ripetutamente affermato la **compatibilità delle misure di prevenzione personali con la Cedu**, ritenute limitative (e non privative) della libertà personale, perciò disciplinate dall'art. 2 del protocollo addizionale n. 4 che tutela la libertà di circolazione attraverso una protezione condizionata, consentendo alle autorità statali di porre in essere talune restrizioni (da ultimo Corte Edu, Grande Camera, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia) purché:

- **previste dalla legge**;
- **necessarie ad assicurare la tutela degli interessi elencati nello stesso art. 2 al § 3, tra cui pubblica sicurezza, ordine pubblico, prevenzione dei reati**;
- **proporzionate** (Corte Edu, 22 febbraio 1994, Raimondo c. Italia; 6 aprile 2000, Labita c. Italia).

La confisca di prevenzione è collocata dalla Corte Europea nell'ambito della tutela prevista dall'art. 1 del protocollo addizionale n. 1 (limitazione della proprietà) e non dell'art. 7 della Convenzione (sanzione penale).

L'ingerenza nel godimento del diritto al rispetto dei beni dei privati, garantito dal § 1 dell'art. 1, è consentita dal § 2, che lascia agli Stati il potere di adottare le «leggi che giudicano necessarie per disciplinare l'uso dei beni in relazione all'interesse generale», consistente nell'impedire «un uso illecito e pericoloso per la società di beni la cui provenienza lecita non è stata dimostrata».

L'ingerenza è proporzionata al legittimo scopo perseguito, rappresentato da una politica di prevenzione della criminalità per la cui attuazione il legislatore deve avere un ampio margine di manovra sia sull'esistenza di un problema di interesse pubblico, sia sulla scelta delle modalità applicative di quest'ultima (recentemente, Corte Edu, 26 luglio 2011, Pozzi c. Italia; 17 maggio 2011, Capitani c. Italia).

La materia è disciplinata organicamente dal ***Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione***, introdotto dal **D.LGS 6 SETTEMBRE 2011 N. 159** (*c.d. Codice Antimafia*) più volte modificato, che così si articola:

- **Titolo I**, dedicato alle misure di prevenzione personali;
- **Titolo II**, intitolato alle misure di prevenzione patrimoniale;
- **Titolo III** disciplina l'amministrazione, la gestione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati;
- **Titolo IV** garantisce la tutela dei terzi e i rapporti con le procedure concorsuali;
- **Titolo V** regola gli effetti delle misure di prevenzione;
- **Titolo V-bis** garantisce la trattazione prioritaria del procedimento di prevenzione patrimoniale.

La principale distinzione tra le misure di prevenzione riguarda i diritti coinvolti:

A) LE MISURE DI PREVENZIONE PERSONALI: limitano i diritti di libertà

B) LE MISURE DI PREVENZIONE PATRIMONIALI: limitano il diritto di proprietà e il diritto d'impresa.

Art.1 Soggetti destinatari:

- a) coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, **abituamente dediti a traffici delittuosi;**
- b) coloro che per la **condotta e il tenore di vita** debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono **abituamente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose;**
- c) coloro che per il loro **comportamento** debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto...che siano **dediti alla commissione dei reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni. La sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica.**

MISURE PERSONALI

- foglio di via obbligatorio ed avviso orale, disposti dal Questore;
- sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, eventualmente aggravata dal divieto o obbligo di soggiorno nel comune di residenza o di dimora abituale, disposta dall'Autorità Giudiziaria.

La sorveglianza speciale

L'art. 6 d.lgs. 159/2011 prevede l'applicazione della misura della sorveglianza speciale (semplice) che può essere **“aggravata”** con l'obbligo di soggiorno e/o il divieto di soggiorno.

La sorveglianza speciale (semplice), irrogabile da 1 a 5 anni (art. 8, comma 1. d.lgs. 159/2011), comporta una particolare vigilanza da parte dell'autorità di polizia, consentendo gli opportuni controlli della persona.

Costituisce la misura di prevenzione principale, presupposto per l'applicabilità dell'obbligo e del divieto di soggiorno, che rappresentano un sostanziale aggravamento.

Le prescrizioni obbligatorie, espressamente indicate (art. 8, commi 3 e 4, d.lgs. 159/2011), sono particolarmente afflittive: non rincasare la sera più tardi e non uscire la mattina più presto di una data ora; non allontanarsi dalla dimora senza preventivo avviso all'autorità locale di pubblica sicurezza.

Alla sorveglianza speciale possono essere aggiunti:

- **divieto di soggiorno** in uno o più Comuni o in una o più Province diverse da quelle di residenza o di dimora abituale «ove le circostanze del caso lo richiedano» (art. 8 c. 2 D. Lgs 159/2011). L'aggravamento è consentito solo nei confronti dei c.d. pericolosi qualificati (art. 4 c. 1 lett. a) e b) D. Lgs 159/2011);
- **l'obbligo di soggiorno** nel comune di residenza applicabile nei casi in cui le altre misure di prevenzione non sono ritenute idonee alla tutela della sicurezza pubblica.

MISURE PATRIMONIALI

- Sequestro, anche *inaudita altera parte*, ed eventuale confisca, disposta dall'Autorità Giudiziaria;
- cauzione e garanzie reali;
- misura dell'amministrazione giudiziaria dei beni personali ovvero connessi ad attività economiche e delle aziende;
- misura del controllo giudiziario delle aziende.

Le misure personali: i presupposti

Tre i presupposti di applicabilità delle misure personali:

- a) la riconducibilità della persona a una delle categorie di pericolosità delineate dal legislatore all'art. 4, comma 1, d.lgs. 159/2011;
- b) la pericolosità sociale della persona, richiamata dall'art. 6, comma 1, d.lgs. 159/2011;
- c) l'attualità della pericolosità.

La titolarità della proposta di applicazione

La “novella” ha esteso la titolarità della proposta di applicazione della misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza e dell'obbligo di soggiorno nel comune di residenza o di dimora abituale, che ora può essere avanzata dal Procuratore Nazionale Antimafia e Antiterrorismo, dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale del capoluogo del distretto ove dimora la persona, dal Questore o dal Direttore della Direzione Investigativa Antimafia (DDA).

L'applicazione, invece, delle misure *ante delictum* personali del foglio di via obbligatorio e dell'avviso orale resta, **in via esclusiva**, in capo all'autorità di pubblica sicurezza e solo nei confronti dei soggetti di cui all'art. 1 del codice antimafia e delle misure di prevenzione.

La “novella” stabilisce, ora, che la proposta di misura di prevenzione antimafia debba essere depositata presso le cancellerie delle sezioni o dei collegi specializzati per le misure di prevenzione del Tribunale distrettuale, nel territorio del quale la persona dimora.

α) la riconducibilità della persona a una delle categorie di pericolosità delineate dal legislatore all'art. 4, comma 1, d.lgs. 159/2011 e che possono suddividersi in:

- **pericolosità qualificata**, rappresentata dalle persone *indiziate* di partecipazione ad associazione mafiosa o della commissione di gravi delitti in “materia di mafia” (art. 4. lett. a) e b).

(Non) Occorre la **certezza** della commissione dei **reati indicati** (esistenza di un'associazione di tipo mafioso, con le caratteristiche previste dall'art. 416-bis c.p., o degli altri delitti elencati), secondo il tipico standard penalistico, ma l'utilizzo del termine *indiziati* comporta che nel procedimento di prevenzione, a differenza di quello penale, non si richiedono elementi tali da indurre a un convincimento di certezza, essendo sufficienti circostanze di fatto, oggettivamente valutabili e controllabili, che conducano a un giudizio di ragionevole probabilità circa l'appartenenza del soggetto al sodalizio criminoso o la commissione dei reati previsti (Cass. pen., Sez. I, 3 febbraio 2010, n. 7937; Cass. pen., Sez. II, 30 aprile 2013, n. 26774);

- **pericolosità generica**, costituita principalmente dalle persone che vivono anche in parte di traffici delittuosi e del provento di delitti (artt. 4 lett. c) e 1 lett. a) e b) ovvero che, con continuità, sono aduse a realizzare condotte riferibili a delitti (e non a mere contravvenzioni), seppur non tali da integrare estremi di reati specificamente indicati, (artt. 4 lett. c) e 1 lett. c);

- **pericolosità diretta a prevenire fenomeni sovversivi o di terrorismo** specificata in numerose ipotesi [art. 4, lett. da d) a h)], per le quali la l. 161/2017 ha previsto alcune estensioni;

- **pericolosità diretta a prevenire la violenza nelle manifestazioni sportive** [(art. 4, lett. i)];

- **pericolosità diretta a prevenire fenomeni corruttivi associativi e truffe in pubbliche erogazioni** [(art. 4, lett. i-bis)].

La l. 161/2017 ha previsto queste nuove categorie relative agli indiziati per i delitti di cui all'art. 640-bis c.p. e all'art. 416 c.p. finalizzato alla commissione di alcuni delitti contro la pubblica amministrazione (artt. 316-ter, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322 e 322-bis c.p.);

- **pericolosità diretta a prevenire atti persecutori** [(art. 4, lett. i-bis)]. La l. 161/2017 ha introdotto un'ulteriore categoria di pericolosità che trova origine nell'accresciuta sensibilità per la repressione del delitto di stalking.

*L'appartenenza alle categorie di pericolosità va desunta esclusivamente da “**elementi di fatto**”, vale a dire da circostanze obiettivamente identificabili, controllabili, con esclusione di elementi privi di riscontri concreti, quali meri sospetti, illazioni e congetture (Cass. pen., Sez. II, 28 maggio 2008, n. 25919; Cass. pen. Sez. un., 25 marzo 2010, n. 13426)*

b) la pericolosità sociale della persona, richiamata dall'art. 6, comma 1, d.lgs. 159/2011.

(«Alle persone indicate nell'articolo 4, quando siano pericolose per la sicurezza pubblica può essere applicata [...]»).

Pericolosità intesa **“in senso lato”**, comprendente l'accertata predisposizione al delitto, anche nei confronti di persona verso la quale non si sia raggiunta la prova di reità.

Occorre una valutazione globale dell'intera personalità del soggetto risultante da tutte le manifestazioni sociali della sua vita e in un accertamento di un comportamento illecito e antisociale – persistente nel tempo – tale da rendere necessaria una particolare vigilanza da parte degli organi di pubblica sicurezza (Cass. pen., Sez. VI, 6 febbraio 2001, n. 12511; Cass. pen, Sez. V, 11 luglio 2006, n. 40731).

c) **l'attualità della pericolosità**, non potenziale ma concreta e specifica, desunta da comportamenti in atto nel momento in cui la misura di prevenzione deve essere applicata (Cass. pen, Sez. I, 10 marzo 2010, n. 17932; Cass. pen., Sez. I, 11 febbraio 2014, n. 23641).

In ambito societario, in conclusione, per comprendere quali siano i soggetti coinvolti in materia, occorre sempre tenere conto non solo dell'organizzazione formale che caratterizza il soggetto e quindi l'azienda, ma anche e soprattutto **di quella effettiva.**

Il **principio di effettività** comporta che le diverse figure coinvolte in materia di sicurezza vengano individuate coerentemente con la reale distribuzione di competenze e poteri ed al di là del relativo inquadramento formale.

Ciò significa che l'accertamento della qualifica di datore di lavoro, di dirigente o di preposto non può avvenire in maniera aprioristica, ma deve **necessariamente derivare da un'accurata indagine della realtà concreta.**

Le misure patrimoniali e loro la retroattività

“Nel bene il pericolo”

Il Titolo II del Libro I d.lgs. 159/2011 disciplina le “misure patrimoniali”:

- a) **sequestro e confisca**, cui sono dedicate la gran parte delle disposizioni (artt. 16-30 d.lgs. 159/2011), trattandosi delle “principali” misure patrimoniali;
- b) **cauzione (e garanzie reali)**, con finalità di remora alla violazione degli obblighi di natura personale (artt. 31 e 32 d.lgs. 159/2011);
- c) **amministrazione giudiziaria di beni personali** (art. 33 d.lgs. 159/2011);
- d) **amministrazione connessa ad attività economiche e alle aziende** (art. 34 d.lgs. 159/2011);
- e) **controllo giudiziario** (art. 34-bis d.lgs. 159/2011, introdotto dalla l. 161/2017).

Nonostante opinioni discordanti, in giurisprudenza viene affermata la natura preventiva e la retroattività della confisca (Cass. pen., Sez. unite, 26 giugno 2014, n. 4880): *«la precipua finalità della confisca di prevenzione è, dunque, quella di sottrarre i patrimoni illecitamente accumulati alla disponibilità di determinati soggetti, che non possano dimostrarne la legittima provenienza [...] nel caso di beni illecitamente acquistati, il carattere della pericolosità si riconnette [...] alla qualità soggettiva di chi ha proceduto al loro acquisto. Si intende dire che la pericolosità sociale del soggetto acquirente si riverbera eo ipso sul bene acquistato [...]. Siffatta conclusione discende [...] dalla ragionevole presunzione che il bene sia stato acquistato con i proventi di attività illecita (restando, così affetto da illiceità per così dire genetica o, come si è detto in dottrina, da "patologia ontologica")»*. Ne consegue l'applicabilità non dell'irretroattività della legge penale, prevista dagli art. 25 Cost. e art. 2 c.p., bensì delle norme in materia di misure di sicurezza che, in base al disposto degli artt. 200 e 236 c.p., sono «regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione».

Sequestro e Confisca

Per applicare sequestro e confisca devono ricorrere
presupposti soggettivi e oggettivi.

Art. 16, comma 1, d.lgs. 159/2011

il sequestro e la confisca si applicano nei confronti di **tutti i soggetti che rientrano nelle categorie di pericolosità descritte dall'art. 4.**

L'estensione generalizzata, frutto della scelta operata dalla legge delega 136/2010 sulla base della quale veniva emanato il d.lgs. 159/2011, può destare qualche perplessità con riferimento a categorie di pericolosità in cui l'accumulazione illecita non costituisce una specifica caratteristica (persone dedite alla commissione di reati contro la sicurezza pubblica, sanità e minori, indiziati del delitto di cui all'art. 612-bis c.p.) ma **non per gli indiziati del delitto associativo finalizzato alla commissione di reati contro la pubblica amministrazione, categoria introdotta dalla l. 161/2017.**

La Corte Europea ha riconosciuto la compatibilità convenzionale di misure patrimoniali fondate sull'indizio di commissione di meri delitti di corruzione (non con riferimento ad associazione per delinquere), indipendentemente dal procedimento penale, previste da altri ordinamenti, quadro giuridico internazionale di prevenzione e contrasto alla corruzione (sent. 12 maggio 2015, Gogitidze e altri c. Georgia).

Il presupposto soggettivo, in precedenza andava individuato nell'irrogazione della misura prevenzione personale in virtù del principio di accessorietà. Oggi consiste nella mera "applicabilità" della misura personale, avendo il d.l. 92/2008, conv. dalla L. n. 125/2008* (oggi art. 18 d.lgs. 159/2011), introdotto il principio di applicazione disgiunta.

È stata anche prevista la prosecuzione del procedimento nel caso di morte del proposto e la possibilità di avanzare la proposta nei cinque anni dalla morte di colui che poteva essere proposto.

* *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*

Il nuovo principio consente il sequestro e la confisca in tutte le ipotesi non previste normativamente in cui la misura personale, pur in presenza di una persona pericolosa – perciò rientrante in una delle categorie di pericolosità delineate dal legislatore e di cui risulta accertata la pericolosità sociale a una certa data – non può essere irrogata: per mancanza di attualità della pericolosità (o per altra ragione); per cessazione della pericolosità; per qualunque altra ragione. **Si richiede, dunque, l'accertamento, sia pure incidentale, della pericolosità del proposto (o di chi poteva essere proposto per l'applicazione della misura personale).**

Il principio di **reciproca autonomia** tra le misure personali e patrimoniali: è consentito applicare la confisca prescindendo dal requisito della pericolosità del proposto al momento dell'adozione della misura, ma è comunque **necessario che tale pericolosità sia accertata con riferimento all'epoca dell'acquisto del bene oggetto della richiesta ablatoria** (Cass. S. U. 26.06.2014 Spinelli; Cass. sez. VI 25.09.2014 Di Biase).

PRESUPPOSTI OGGETTIVI DEL SEQUESTRO E DELLA CONFISCA

I presupposti oggettivi per procedere a sequestro (prima) e a confisca (poi) sono delineati dagli artt. 20 e 24 d.lgs. 159/2011:

- A) **DISPONIBILITA'**, diretta o indiretta, del bene da parte del proposto;
- B) **SUFFICIENZA INDIZIARIA** della provenienza illecita.

Il concetto di “Disponibilità” è da intendere in senso sostanziale e occorre la prova della sussistenza della stessa.

- **DISPONIBILITA' DIRETTA:** è costituita dalla formale titolarità del bene.

- **DISPONIBILITA' INDIRETTA:** occorre la prova che il proposto determini la destinazione o l'impiego del bene.

Il proposto deve risultare l'effettivo dominus in quanto il concetto di disponibilità non può ritenersi limitato alla mera relazione naturalistica o di fatto con il bene ma deve essere esteso, al pari della nozione civilistica del possesso chi è, alla necessità che il **bene medesimo ricada nella sfera degli interessi economici del soggetto** in tutte quelle situazioni nelle quali costui eserciti il proprio potere per il tramite di altri che pure ne godano direttamente (Cass. pen, Sez. II, 9 febbraio 2011, n. 6977).

La prova della disponibilità indiretta deve essere rigorosa, anche se può essere fornita sulla base dei requisiti della gravità, precisione e concordanza, che avallino concretamente l'ipotesi del carattere puramente formale dell'intestazione e, corrispondentemente, del permanere della disponibilità dei beni nell'effettiva ed autonoma disponibilità di fatto del proposto, idonei a costituire prova indiretta della disponibilità (Cass. pen., Sez. V, 23 gennaio 2013, n. 14287).

SECONDO MODULO

LA TUTELA DEI TERZI NELL'AMBITO DELLE MISURE DI PREVENZIONE

CENNI ALLE PROCEDURE CONCORSUALI

(tema non approfondito nella giornata odierna)

La S.C. fornisce la definizione del termine “Terzi interessati”, secondo cui devono intendersi come tali: *“i soggetti che possono assumere la qualità di <<terzi>> nel procedimento di prevenzione a seguito dell’applicazione di misura di prevenzione patrimoniale – ai quali la disciplina normativa in materia di misure di prevenzione riconosce legittimazione in varie forme – sono:*

- ***sia i terzi formali intestatari dei beni oggetto del provvedimento di confisca***
- ***sia i terzi che, pur non essendo formalmente titolari del bene, sono interessati dal provvedimento in quanto vantino un diritto reale o personale di godimento, ovvero un diritto di credito sul bene garantito o meno da diritto reale”*** (Cass. Pen. 32396/2014)

I terzi, come definiti dalla Suprema Corte, possono essere suddivisi nelle seguenti categorie:

- a) Terzi formali intestatari dei beni ovvero “**Terzi intestatari**”, titolari del bene ritenuto nella disponibilità indiretta del proposto;

- b) Terzi interessati (diritti reali di godimento, chirografari) dal provvedimento che – senza assumere le qualità di formali intestatari o titolari di un diritto di credito, sono coinvolti per gli effetti che possano derivare dalla confisca definitiva.

La tutela dei terzi nelle procedure di prevenzione patrimoniale e i rapporti con le procedure concorsuali rappresenta, senza ombra di dubbio, una delle **novità più rilevanti della riforma del codice antimafia apportata con la legge 17 ottobre 2017, n. 161.**

Gli articoli che hanno apportato delle sostanziali modifiche al Titolo IV del Libro I del d.lgs. 159 del 2011 vanno dal 20 e al 22 ma non va trascurato anche l'articolo 5 della riforma che ha modificato l'art. 23, comma 4, del suddetto codice in relazione alle prerogative partecipative del terzo interessato, ampliando il ventaglio dei soggetti legittimati ad intervenire nel camera di consiglio.

La giurisprudenza non differenzia la natura dell'onere probatorio nel momento del sequestro o della confisca, pur se in quest'ultima fase, col pieno esplicitarsi del contraddittorio, a fronte della prova offerta dall'organo proponente e ritenuta idonea dal Tribunale in sede di sequestro, **i terzi intestatari (apparenti titolari) possono fornire elementi diretti a inficiare la ricostruzione accusatoria (esercitando la "facoltà di difendersi") attraverso l'introduzione nel procedimento non della prova di elementi a discolta ma di temi o tracce di prova la cui indicazione ritengano utile a fini difensivi** (Cass. pen, Sez. II, 9 febbraio 2011, n. 6977).

“Nel procedimento di prevenzione patrimoniale, il terzo intestatario di un bene sottoposto a confisca che intenda contestare il provvedimento applicativo può limitarsi ad allegare circostanze di fatto tese a dimostrare l'effettivo impiego di risorse economiche proprie nell'acquisto del bene, non rilevando, a differenza dell'onere di allegazione gravante sul terzo creditore, la dimostrazione della sua buona fede al momento dell'acquisto. (La S.C., in motivazione, ha precisato che il fatto in sé dell'acquisto a titolo oneroso spezza il nesso di riferibilità del bene al soggetto pericoloso, persino nel caso di consapevolezza, da parte dell'acquirente, della condizione di costui”

Cassazione penale, sez. I, 18/05/2017, n. 42238

In tema di sequestro e confisca di beni intestati a terzi correlati all'applicazione di misure di prevenzione, incombe sull'accusa l'onere di dimostrare rigorosamente, sulla base di elementi fattuali, connotati dai requisiti della gravità, precisione e concordanza, l'esistenza di situazioni che avallino concretamente l'ipotesi del carattere puramente formale di detta intestazione e, corrispondentemente, del permanere della disponibilità dei beni nella effettiva ed autonoma disponibilità di fatto del proposto.

Cassazione penale, sez. II, 09/02/2011, n. 6977

L'art. 26, comma 2, d.lgs. 159/2011 che ha recepito la modifica del 2008, ha previsto in determinate ipotesi delle presunzioni iuris tantum, riferibili alla tipologia di persone coinvolte nel procedimento di prevenzione o sulla base della natura degli atti, che si presumono fittizi, con conseguente nullità dei relativi atti di disposizione.

In altri casi gli elementi univoci, precisi e concordanti della disponibilità si possono trarre dai rapporti che legano il proposto e l'apparente titolare del bene o dal potere di disposizione/ingerenza del proposto nella gestione dei beni intestati a terzi.

ESEMPIO

E' stata individuata dalla giurisprudenza una presunzione *iuris tantum* per i terzi che abbiano vincoli *lato sensu* di parentela o di convivenza con il proposto verso i quali si possono disporre ai sensi dell'art. 19, comma 3, d.lgs. 159/2011, le indagini patrimoniali ed in particolare:

- coniuge, figli e coloro che nell'ultimo quinquennio hanno convissuto con il proposto;
- Persone fisiche o giuridiche, società, consorzi o associazioni, del cui patrimonio i soggetti.

risultano poter disporre in tutto o in parte, direttamente o indirettamente.

La giurisprudenza, dopo l'introduzione dell'ipotesi legislativa di presunzione d'intestazione fittizia (art. 26 d.lgs. 159/2011), ha confermato il proprio orientamento: il rapporto esistente tra detti terzi e il proposto costituisce, anche fuori dei casi delle presunzioni di cui all'art. 26, comma 2, cit., **circostanza di fatto significativa, con elevata probabilità, dell'apparente formale disponibilità giuridica in capo alle persone di maggior fiducia dei beni dei quali il proposto non può dimostrare la lecita provenienza, laddove il terzo familiare convivente è sprovvisto di effettiva capacità economica** (Cass. pen., Sez. I, 5 marzo 2013, n. 23520; Cass. pen., Sez. I, 7 marzo 2014, n. 17743).

Quanto alla provenienza illecita, occorre accertare l'esistenza di sufficienti indizi, primo tra tutti la sproporzione tra il valore dei beni e i redditi dichiarati o l'attività svolta, tali da far ritenere che i beni stessi siano frutto di attività illecita o ne costituiscano il reimpiego.

Tale requisito presenta uno standard probatorio inferiore alla prova, ed è costituito da quegli indizi che, in misura sufficiente, conducano alla genesì illecita dei beni o al loro reimpiego.

La sufficienza indiziaria è data soprattutto dall'elemento, che non è l'unico ma certamente è il principale, della sproporzione tra il valore dei beni nella disponibilità (diretta o indiretta) del proposto e i suoi redditi e le attività da lui svolte. Il principio, pacifico fino alle modifiche del 2008, poi sottoposto a vaglio critico da parte della dottrina e dalla giurisprudenza, è stato recentemente ribadito (Cass. pen., **Sez. unite**, 26 giugno **2014**, n. 4880).

Occorre l'individuazione di un nesso causale tra condotta di vita (illecita) accertata, che ha consentito di collocare il prevenuto in una delle categorie di pericolosità sebbene anche in termini di non attualità, e illecito profitto (utilizzato per l'acquisto del bene), essendo sufficiente la dimostrazione dell'**illecita provenienza dei beni, qualunque essa sia** (Cass. pen., Sez. I, 17 maggio 2013, n. 39204).

Il proposto (e il terzo) può allegare elementi per giustificare la legittima provenienza del bene sequestrato offrendo elementi precisi e riscontrabili, in primo luogo sulla disponibilità del denaro utilizzato per l'acquisto. Non è, però, idonea la giustificazione fondata sul provento dell'evasione fiscale di attività economica lecita, anche sulla base dell'espressa previsione introdotta dalla l. 161/2017 che ha modificato l'art. 24 d.lgs. 159/2011.

Sono oggetto della misura patrimoniale i soli beni acquisiti nel periodo in cui il proposto ha espresso la pericolosità (c.d. correlazione temporale), trattandosi di conseguenza che deriva dalla natura giuridica della confisca; principio oggi affermato con chiarezza nel caso di c.d. pericolosità semplice e con qualche distinguo per la c.d. pericolosità qualificata (Cass. pen., Sez. un., 26 giugno 2014, n. 4880 e Cass. Sez. Un. 30.9.17 n. 111).

L'accertamento della sproporzione va operato su ogni singolo bene, occorrendo la dimostrazione cronologica e logica della provenienza del bene dall'illecita attività o dal suo reimpiego (Cass. pen., Sez. VI, 17 settembre 2008, n. 37166).

Per le medesime ragioni qualora nel circuito illecito del bene si inseriscano somme di sicura provenienza lecita che arricchiscano il valore del bene (o del suo reimpiego) la confisca potrà riguardare solo quella quota del bene ricollegabile alla provenienza da attività illecita ovvero dal suo reimpiego (Cass. pen., Sez. I, 4 luglio 2007, n. 33479).

Ma non è sempre così, come vedremo.

Per i complessi aziendali la giurisprudenza ritiene che non sia possibile una scissione tra eventuali “componenti sane”, riferibili a lecita iniziativa imprenditoriale, ed apporto di capitali illeciti, dovendo procedersi al sequestro ed alla conseguente confisca dell’intera e complessiva impresa “mafiosa” (Cass. pen., Sez. V, 23 gennaio 2014, n. 16311).

Caso pratico

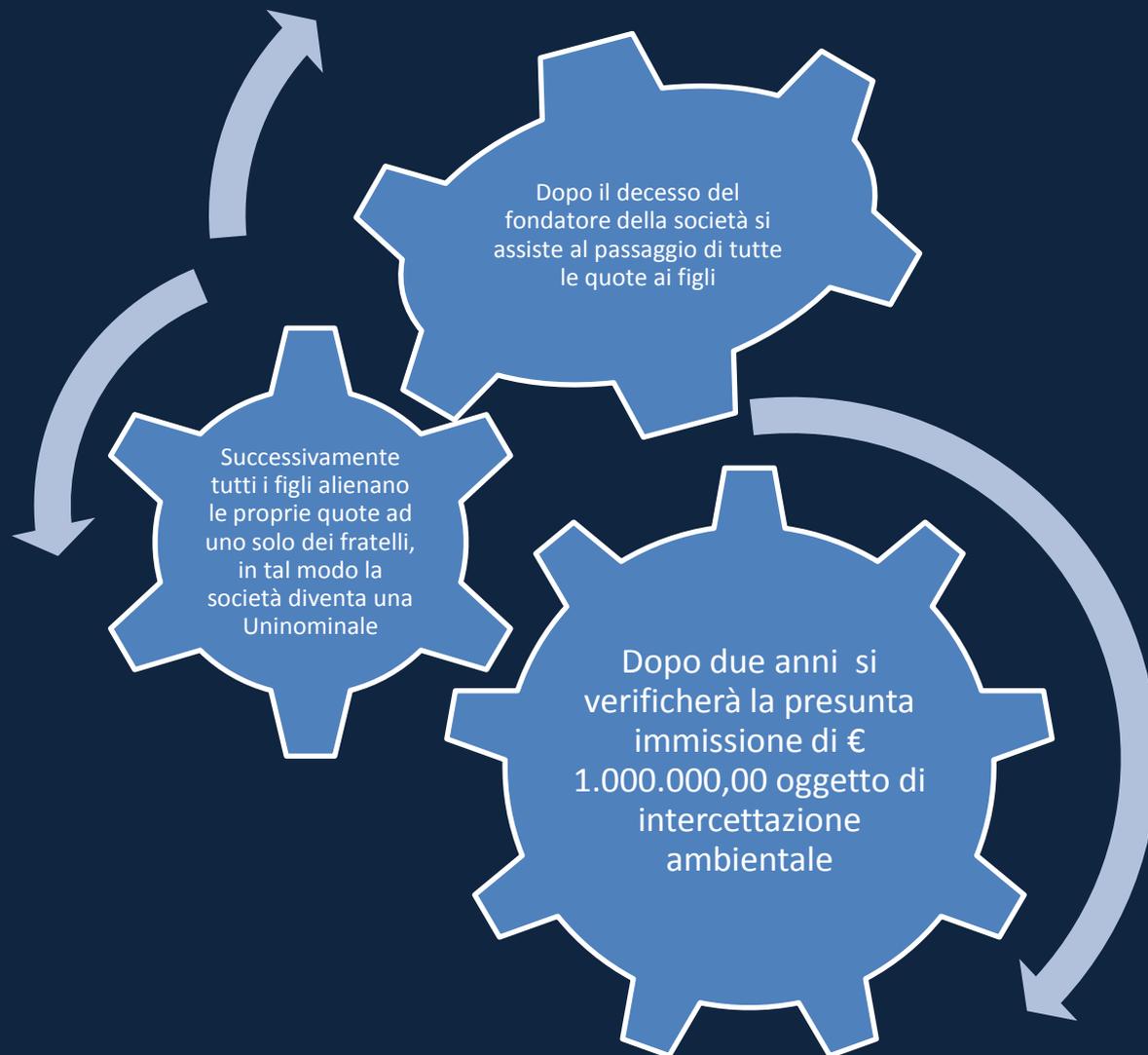
Proposto
"M.A."

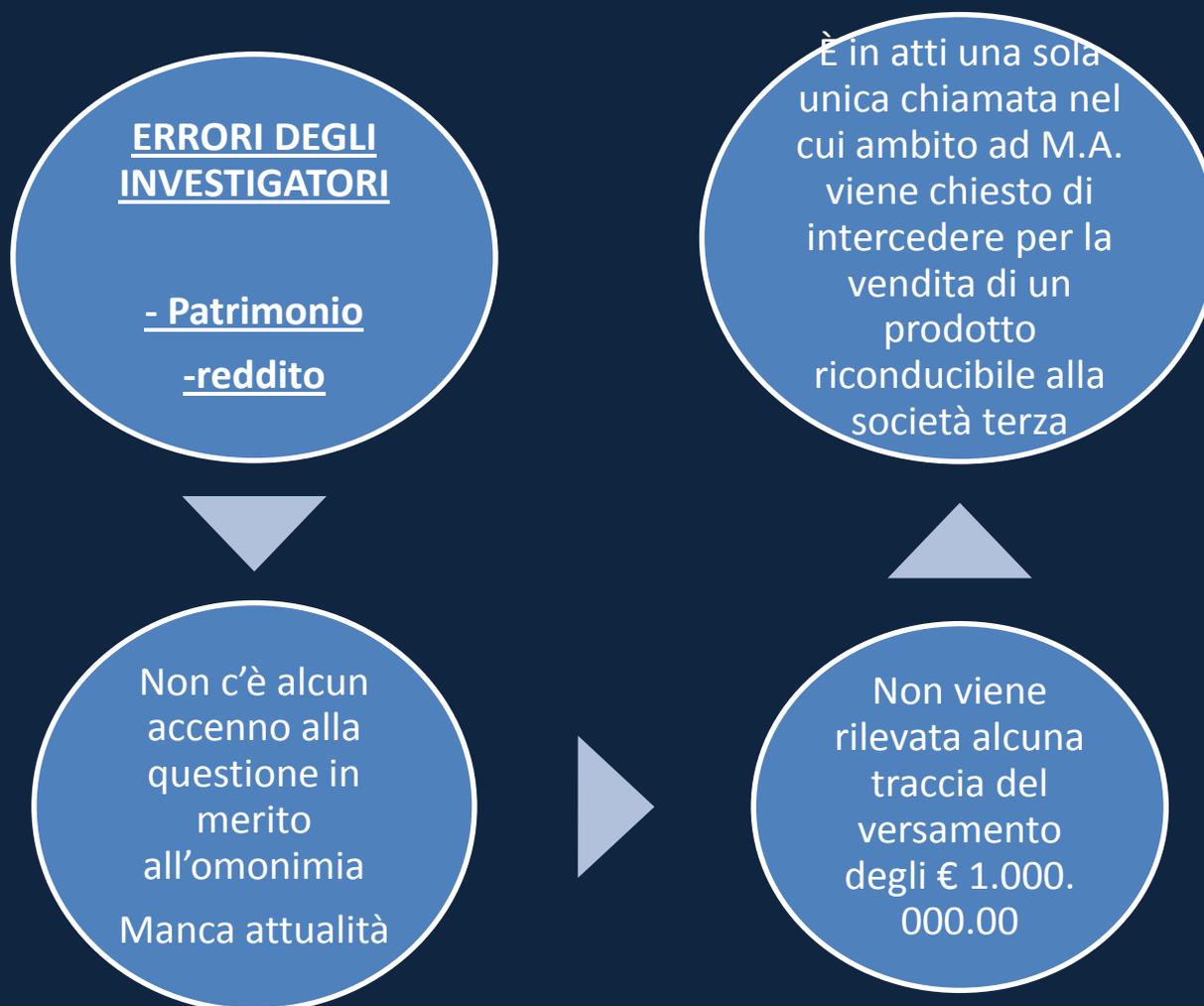
- Numerose dichiarazioni di pentiti che lo inquadravano quale "free lance" di varie bande camorristiche
- Non farebbe parte di una banda armata ma viene qualificato dagli inquirenti come "mente finanziaria"



Nel corso di una conversazione ambientale un soggetto già condannato per fatti di 15 anni fa ex art.416 bis sostiene di avere immesso € 1.000.000,00 in una società acquistando in tal modo il 70 % delle quote

Durante le indagini emerge che CASUALMENTE il fondatore della Società , costituita oltre 20 anni prima, è un omonimo del proposto





MISURE PATRIMONIALI DIVERSE DA SEQUESTRO E CONFISCA

Previste dagli artt. 34 e 34-bis d.lgs. 159/2011 all'esito dell'intervento della l. 161/2017.

Le modifiche all'art. 34 - amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche e delle aziende - e l'introduzione dell'art. 34-bis, d.lgs. 159/2011 - controllo giudiziario delle aziende - trovano origine nella esigenza di intervenire nei confronti delle imprese criminali o contaminate da fenomeni criminali. Si delinea un intervento giudiziario diretto a recidere i collegamenti tra imprese inquinate e criminalità mafiosa.

Art. 5 della riforma

Incrementa le azioni di partecipazione al procedimento del terzo interessato e, in particolare, dei «terzi che vantano diritti reali o personali di godimento nonché diritti reali di garanzia sui beni in sequestro».

Costoro, infatti, al pari dei proprietari o comproprietari dei beni sequestrati, «nei trenta giorni successivi all'esecuzione del sequestro, sono chiamati dal Tribunale ad intervenire nel procedimento con decreto motivato che contiene la fissazione dell'udienza in camera di consiglio».

Vi è, sostanzialmente, una sorta di equiparazione dei titolari di diritti reali o personali di godimento e dei diritti reali di garanzia agli altri terzi interessati, permettendo che anche loro usufruiscano del contraddittorio come forma di garanzia delle proprie ragioni, attesa la possibilità che il provvedimento ablativo possa, potenzialmente, coinvolgere o, meglio, travolgere, le proprie posizioni soggettive.

Relativamente ai giudizi civili di cognizione, trascritti prima che sia intervenuto il provvedimento di sequestro (o qualunque atto che determini la conoscenza ufficiale del procedimento di prevenzione), oltre ad essere prevista la sospensione del relativo procedimento giudiziale civile fino alla conclusione del procedimento di prevenzione, è sancita la **possibilità per il terzo “parte” del suddetto giudizio civile** – a tenore dell'art. 55, comma 3, d.lgs. 159 del 2011, come strutturato a seguito della riforma, di «**intervenire nel procedimento di prevenzione ai sensi degli articoli 23 e 57**».

Deve sul punto tenersi presente come il giudizio di cognizione sia suscettibile di incidere su tutte queste posizioni soggettive, svuotando di contenuto qualsivoglia posizione ritenuta, sotto il profilo civilistico, degna di assoluta tutela

La previsione della sospensione del processo civile, unita alla possibilità per i titolari di queste posizioni soggettive di intervenire all'interno dello stesso procedimento di prevenzione, garantisce in tal modo, il simultaneus processus dinanzi al giudice della prevenzione.

Art. 20 Legge 161 del 2017

Modifica l'art. 52 del codice antimafia, nelle due articolazioni, indicate con le lettere a) e b), ove è indicato il compendio patrimoniale cui il creditore – terzo interessato – potrà soddisfarsi per i crediti vantati nei confronti del proposto.

La disciplina **ante riforma**, per il recupero del credito, presumeva una procedura alquanto contorta e dai risultati ambigui che, spesso, finiva per “sconfortare” il terzo intenzionato a recuperare il proprio credito. Era previsto, infatti, che la possibilità di rivalersi sul patrimonio sottoposto a misura di prevenzione fosse subordinata alla circostanza che «l'escussione del restante patrimonio del preposto sia risultata insufficiente al soddisfacimento del credito».

In precedenza quindi creditore intenzionato a far valere il proprio diritto era oberato di un “**doppio passaggio**”: prima mediante il compimento degli atti esecutivi sui beni del proposto non colpiti dalla misura di prevenzione e, solo dopo aver dimostrato incapienza di tale passaggio, “aggreire” i beni sottoposti a misura di prevenzione.

Tale prerogativa, conosciuta con il termine *beneficium excussionis*, nell'esperienza applicativa si è dimostrata fortemente negativa per le ragioni del creditore laddove, per struttura e natura, il **patrimonio del debitore finisce per essere interamente interessato dalla procedura di prevenzione.**

La nuova enunciazione del dettato normativo ha **rimosso il beneficium excussionis**, prevedendo che *«il proposto non disponga di **altri beni** sui quali esercitare la garanzia patrimoniale idonea al soddisfacimento del credito, **salvo** che per i crediti assistiti da **cause legittime di prelazione** su beni sequestrati»* (art. 52, lett. a), d.lgs. 159 del 2011).

A ben vedere il beneficio in parola non può dirsi integralmente eliminato, bensì **attenuato**, sostituendo all'onere del compimento di atti esecutivi, la **mera prova** circa l'assenza di **ulteriori beni** (rispetto a quelli attinti dalla misura di prevenzione) riconducibili alla garanzia patrimoniale fornita dal debitore.

Notevoli perplessità ha suscitato la modifica introdotta alla lettera b) del medesimo art. 52 Codice Antimafia nella parte in cui è previsto ***che il credito vantato dal terzo, per poter essere opposto ai beni sottoposti a misura di prevenzione «non sia strumentale all'attività illecita o a quella che ne costituisce il frutto o il reimpiego, sempre che il creditore dimostri la buona fede e l'inconsapevole affidamento».***

In primis la nozione di buona fede suscita considerevoli problematiche di natura interpretativa.

In secondo luogo il collegamento, non sarebbe più ostativo, tra l'attività illecita e il credito vantato.

Nel dettaglio si rinvengono i concetti di buona fede e inconsapevole affidamento.

Tali nozioni sono state assimilate nei confini penalistici delineati dall'art. 240 c.p. nel cui ambito è possibile ricavare la rappresentazione giuridica dell'estraneità al reato decodificato come assenza di qualsivoglia vantaggio derivante dall'attività illecita altrui - salvo che - non venga provata la inconsapevolezza assoluta di detta circostanza, nonostante l'uso della normale diligenza.

Ne deriva che il concetto di inconsapevole affidamento andrebbe rinvenuto in un peculiare sviluppo della nozione universale di buona fede.

In tale contesto in conclusione, le maggiori criticità, a questo punto, si incontrano nel momento in cui occorre circoscrivere i **confini** della nozione di buona fede.

Potrà essere valutato come non in buona fede l'individuo che abbia contezza della situazione giudiziaria del proprio contraente?

O siffatta condizione potrebbe raffigurare un serio indice della illiceità del comportamento di quest'ultimo?

Quesiti a cui la riforma non fornisce responsi lasciando gli interpreti in un limbo ermeneutico inidoneo a stabilire un criterio generale capace di indirizzare in modo definitivo i contorni applicativi della norma.

Sistema di tutela dei diritti reali di garanzia

Oltre ai **diritti personali e reali di godimento**, la nuova formulazione dell'art. 52, comma 4, d.lgs. 159 del 2011 aggiunge anche i **diritti reali di garanzia** tra i **contratti suscettibili di scioglimento** una volta giunto il provvedimento di confisca definitiva.

Tuttavia in contrapposizione a dette norma vi è la previsione di cui all'art. 23, comma 4, d.lgs. 159 del 2011 che riconosce il **diritto di costoro** alla **partecipazione** al procedimento di prevenzione.

Ma nel caso in cui il procedimento si concluda con la confisca dei beni del proposto, il **creditore c.d. privilegiato** si troverebbe nelle **stesse condizioni del creditore chirografario**, nonostante dal punto di vista civilistico le due posizioni giuridiche abbiano una disciplina alquanto differente. Ne deriverebbe che il privilegio di questi creditori, nell'ambito del procedimento di prevenzione, andrebbe individuato solo nella possibilità di partecipazione al procedimento stesso e null'altro.

Rapporti tra procedimento di prevenzione e giudizi civili di cognizione

Art. 55, comma 3, d.lgs. 159 del 2011

I **giudizi civili** di cognizione, le cui **domande siano state trascritte prima** del sequestro e che abbiano ad oggetto «il diritto di proprietà ovvero diritti reali o personali di godimento o di garanzia sul bene, il terzo, che sia parte del giudizio» siano «**sospesi sino alla conclusione del procedimento di prevenzione**».

La **logica**, insita nella unitarietà dei procedimenti, va individuata nella necessità di evitare, che tali posizioni **possano formare oggetto di giudizio di altri giudici impegnati in altre giurisdizioni, pregiudicando le ragioni tipiche alla prevenzione**.

Dal punto di vista procedimentale, mentre per le posizioni idonee a ricadere in via indiretta sul compendio patrimoniale oggetto di prevenzione, **spetterà all'amministratore giudiziario**, sostituendosi nelle posizioni attive e soggettive del proposto, per quanto riguarda il requisito della trascrizione, la soluzione va individuata in via sistematica.

Che sia soggetta, o meno, a trascrizione, sta di fatto che la domanda di cognizione civile che possa coinvolgere i beni oggetto di prevenzione deve essere sospesa in attesa di definizione del procedimento di prevenzione.

Nel caso di mancata sospensione, dovrà essere dichiarata l'inefficacia del provvedimento del giudice della cognizione.

Procedimento di prevenzione e procedure esecutive

Art. 55, comma 2, d.lgs. 159 del 2011

*«Le procedure esecutive già pendenti sono **sospese sino alla conclusione del procedimento di prevenzione**. Le procedure esecutive si estinguono in relazione ai beni per i quali interviene **un provvedimento definitivo di confisca**. In caso di dissequestro, la procedura esecutiva deve essere iniziata o riassunta entro il termine di un anno dell'irrevocabilità del provvedimento che ha disposto la restituzione del bene».*

Viene prevista la sospensione delle procedure esecutive già pendenti al momento in cui interviene la misura cautelare di prevenzione, con l'ulteriore previsione della sua estinzione in caso di confisca definitiva; nel qual caso, sulle ragioni del terzo autore della procedura esecutiva provvederà il giudice della prevenzione.

Nell'ipotesi di rigetto della richiesta di confisca con conseguente dissequestro dei beni oggetto della prevenzione patrimoniale, la procedura deve essere riassunta o iniziata.

La finalità è quella di proteggere in qualche modo le situazioni giuridiche sorte in epoca precedente al sequestro rispetto a quelle nate in un momento successivo. Sino alla conclusione del procedimento di prevenzione che assume preminenza e precedenza assoluta rispetto alle altre situazioni.

Del resto risulterebbe inefficace l'esecuzione comunque compiuta sui beni oggetto della misura di prevenzione.

Il destino dei rapporti contrattuali in corso

Art. 56 d.lgs. 159/2011

Detta previsione si occupa dei rapporti contrattuali in essere al momento in cui interviene il sequestro nell'ambito della procedura di prevenzione.

*«Se al momento dell'esecuzione del sequestro un contratto relativo all'azienda sequestrata o stipulato dal proposto in relazione al bene in stato di sequestro deve essere in tutto o in parte ancora eseguito, **l'esecuzione del contratto rimane sospesa fino a quando l'amministratore giudiziario, previa autorizzazione del giudice delegato, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del proposto, assumendo tutti i relativi obblighi, ovvero di risolvere il contratto, salvo che, nei contratti ad effetti reali, sia già avvenuto il trasferimento del diritto.** La dichiarazione dell'amministratore giudiziario deve essere resa nei termini e nelle forme di cui all'articolo 41, commi 1-bis e 1-ter, e, in ogni caso, entro sei mesi dall'immissione nel possesso».*

Anche in tal caso è quindi prevista la sospensione automatica di qualunque rapporto contrattuale al momento dell'esecuzione della misura cautelare del sequestro disposta nel procedimento di prevenzione.

Come visto la norma prevede un **preciso limite temporale** per l'effettuazione della dichiarazione da parte dell'amministratore giudiziario individuabile nel termine di sei mesi; termine che, tuttavia, non prevede alcuna conseguenza di carattere processuale.

L'opinione prevalente in dottrina ritiene che lo scadere del termine di sei mesi, senza la dichiarazione dell'amministratore giudiziario, determini lo scioglimento automatico del contratto ancora in essere e ad esecuzione prolungata.

Sono altresì previste le **modalità specifiche** mediante le quali l'amministratore giudiziario deve rendere la suddetta dichiarazione.

Per quanto concerne il come debba avvenire la dichiarazione dell'amministratore giudiziario, la nuova formulazione della norma in commento rimanda ai commi 1-bis e 1-ter dell'art. 41 della stessa legge, riportandola, sostanzialmente, alla relazione prevista per le aziende sequestrate e, quindi, al momento cardine in cui si fa il "punto" sulla situazione economica e finanziaria dell'azienda sottoposta a sequestro.

RISARCIMENTO DEL DANNO IN FAVORE DEL CONTRAENTE IN BUONA FEDE

Art. 56 d.lgs. 159 del 2011 comma 4

Detta norma, modificata dall'intervento del 2017 oggi prevede che *«la risoluzione del contratto in forza di provvedimento del giudice delegato fa salvo il **diritto al risarcimento del danno** nei soli confronti del proposto e il contraente ha diritto di far valere nel passivo il credito conseguente al mancato adempimento secondo le disposizioni previste al capo II del presente titolo».*

PERTANTO

1. Viene prevista una **responsabilità diretta** in capo al proposto per i danni sofferti dal terzo contraente a seguito del provvedimento del giudice delegato con cui si dichiara risolto il contratto (provvedimento che viene emesso all'esito dell'istanza con cui l'amministratore giudiziario si dichiara contrario al subentro);
2. Vengono **eliminati tutti i riferimenti** dagli artt. da 72 a 83 della **legge fallimentare**, in quanto compatibili, nel caso in cui i contratti in corso di esecuzione siano sciolti al momento del sequestro.

Suscita notevoli perplessità la previsione della responsabilità del proposto per lo scioglimento del vincolo contrattuale disposto dall'amministratore giudiziario, poiché non si comprende la portata e i limiti della responsabilità del proposto per una cessazione del rapporto contrattuale allo stesso non attribuibile.

PROCEDIMENTO DI PREVENZIONE E PROCEDURE CONCORSUALI

Il principio generale è quello dell'esclusione dalla massa attiva fallimentare di tutti i beni sottoposti alla misura patrimoniale di prevenzione, indipendentemente dalla sequenza penale.

Art. 63 d.lgs. 159 del 2011 comma 4

«quando viene dichiarato il fallimento, i beni assoggettati a sequestro o confisca sono esclusi dalla massa attiva fallimentare. La verifica dei crediti e dei diritti inerenti ai rapporti relativi ai suddetti beni viene svolta dal giudice delegato del Tribunale di prevenzione nell'ambito del procedimento di cui agli articoli 52 e seguenti».

Art. 63, comma 7, d.lgs. 159 del 2011

A seguito della riforma tale articolo così recita
«in caso di revoca del sequestro o della confisca, il curatore procede all'apprensione dei beni ai sensi del capo IV del titolo II del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e successive modificazioni. Il giudice delegato al fallimento procede alla verifica dei crediti e dei diritti in relazione ai beni per i quali è intervenuta la revoca del sequestro o della confisca. Se la revoca interviene dopo la chiusura del fallimento, il Tribunale provvede ai sensi dell'articolo 121 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e successive modificazioni, anche su iniziativa del pubblico ministero, ancorché sia trascorso il termine di cinque anni dalla chiusura del fallimento. Il curatore subentra nei rapporti processuali in luogo dell'amministratore giudiziario».

Il rigetto della richiesta di confisca e la conseguente revoca del sequestro determinerebbe quantomeno virtualmente il rientro dei beni nella disponibilità dell'ex proposto nel frattempo interessato dalla procedura concorsuale.

E' stato pertanto eliminato il limite dei cinque anni previsto dall'art. 121 della legge fallimentare, implicando in tal modo la nuova apertura del fallimento alla chiusura del procedimento di prevenzione ed alla sua durata.

Tale previsione costituisce adeguato canone di organizzazione tra le diverse procedure, concorsuale e di prevenzione.

8-bis Art. 63 d.lgs. 159 del 2011

L'amministratore giudiziario, nel caso di sequestro di aziende o di partecipazioni societarie di maggioranza, ha la possibilità di «*presentare al tribunale fallimentare competente ai sensi dell'articolo 9 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e successive modificazioni, in quanto compatibile, **domanda per l'ammissione al concordato preventivo**, di cui agli articoli 160 e seguenti del citato regio decreto n. 267 del 1942, nonché accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'articolo 182-bis del regio decreto n. 267 del 1942, o predisporre un piano attestato ai sensi dell'articolo 67, terzo comma, lettera d), del regio decreto n. 267 del 1942*».

Onde tutelare l'interessa dell'attività e proteggere l'occupazione, la riforma prevede che possa darsi luogo al «l'alienazione dei beni sequestrati anche fuori dei casi di cui all'articolo 48».

Nell'ipotesi in cui il sequestro di prevenzione, ex art. 20 d.lgs. 159 del 2011, intervenga dopo la dichiarazione di fallimento viene prevista la doppia identificazione dei debiti e dei crediti esistenti.

Una prima verifica nel contesto della procedura fallimentare.

Un secondo controllo all'interno del procedimento di prevenzione .

Ciò al fine di avere un corretto inquadramento del reale stato passivo della massa fallimentare oggetto altresì di procedura di prevenzione.

Nel diverso caso in cui il sequestro o la confisca di prevenzione riguardino integralmente l'asset costituente il patrimonio fallimentare – o per le ipotesi inerenti società di persone nel cui ambito sia colpito totalmente patrimonio personale dei soci illimitatamente responsabili – il comma 7 prevede che «*il tribunale, sentiti il curatore e il comitato dei creditori, dichiara la chiusura del fallimento con decreto ai sensi dell'articolo 119 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e successive modificazioni*».

III MODULO (facoltativo) ASPETTI PROCEDURALI DELL'APPLICAZIONE DELLE MISURE DI PREVENZIONE

La fase istruttoria

La disciplina della fase **istruttoria**, quella in cui il P.M. e la polizia raccolgono segretamente le prove, è rimasta **immodificata** rispetto alla novella del 2017.

Sono disciplinate assai diffusamente le indagini “patrimoniali”, stabilendosi che i soggetti titolari dell'azione di prevenzione procedono, anche a mezzo della Guardia di Finanza o della polizia giudiziaria, a indagini sul tenore di vita, sulle disponibilità finanziarie e sul patrimonio dei soggetti destinatari della proposta., ma anche terzi, familiari e non, conviventi, soci, società controllate o collegate . In ogni caso, pur essendo indicate nulla vieta agli inquirenti di disporre accertamenti “atipici”.

Nessuna disposizione regola, invece, le indagini sulla “persona”, che quindi sono tutte e sempre ammissibili senza alcuna indicazione di modalità, tempi, soggetti ed oggetto.

Si ritiene che per entrambi i tipi di indagine, manchino le garanzie difensiva, in contrasto con l'art. 24, comma 2, Cost. e con il principio del **giusto processo** che prescrive il contraddittorio nella formazione della prova (art. 111, comma 4, Cost.), oltre che con le regole **dell'equo processo** sancite dall'art. 6 Cedu, soprattutto perché non si tratta di atti di indagine ma di veri e propri atti istruttori di acquisizione della prova.

Nel procedimento di prevenzione non è prevista la partecipazione della difesa ad alcun atto istruttorio (pur invasivo), né un avviso di conclusione delle indagini, né l'udienza preliminare, per cui manca un preliminare vaglio giurisdizionale sulla fondatezza della proposta di misura di prevenzione, salvi i provvedimenti di urgenza (art.22).

La fase del giudizio

In via generale, si può dire che mancano nel testo normativo le regole generali sulla formazione ed ammissibilità delle prove, nonché divieti probatori che regolano, invece, la materia nel processo penale di cognizione.

In tal modo gli atti d'indagine del pubblico ministero e della polizia, assunti in segreto e unilateralmente, siano destinati ad essere sempre e comunque ammissibili e utilizzabili come prova dal giudice ai fini dell'applicazione della misura di prevenzione.

Non essendo prevista la formazione del fascicolo per il giudizio di prevenzione, quindi, tutti i verbali delle indagini confluiscono nel fascicolo a disposizione del giudice, quali elementi posti a sostegno della proposta, in contrasto con il principio della formazione della prova in contraddittorio, di cui agli artt. 111 c. 4 Cost e 6 CEDU.

IL SISTEMA DELLE IMPUGNAZIONI

La modifica del 2017 ha interessato altresì la disciplina delle impugnazioni contro i provvedimenti che hanno deciso sulle misure di prevenzione personali, ampliando doverosamente la legittimazione al ricorso, sia in appello sia in cassazione, anche **al difensore dell'interessato**.

Non è mutata la disciplina delle impugnazioni ordinarie, articolata sempre nell'appello e nel ricorso in cassazione, contro i provvedimenti che hanno applicato misure di prevenzione personali, è stata invece **modificata quella relativa alle impugnazioni delle misure di prevenzione patrimoniali**, ammettendosi l'impugnazione contro i provvedimenti con i quali il tribunale dispone la confisca dei beni sequestrati, l'applicazione, il diniego o la revoca del sequestro, il rigetto della richiesta di confisca anche qualora non sia stato precedentemente disposto il sequestro ovvero la restituzione della cauzione o la liberazione delle garanzie o la confisca della cauzione o l'esecuzione sui beni costituiti in garanzia. È stabilito che tali provvedimenti sono comunicati senza indugio, ai fini dell'impugnazione, al procuratore generale presso la Corte d'appello, al procuratore della Repubblica e agli interessati, ed ovviamente ai loro difensori. Nelle more del giudizio di cassazione, è possibile sospendere la decisione della Corte d'appello che abbia disposto, in riforma del decreto di confisca emesso dal tribunale, la revoca del sequestro.

Prevenire è meglio che curare. Non si può guarire senza curarsi, ciò è comunemente noto.

La diversa impostazione delle misure di prevenzione (la sottostante ratio legis) fondamentale mira ad eliminare fondi, partecipazioni, aziende, poiché irreversibilmente “malati”. È in questa ottica di inversione “culturale”, o se si preferisce opposta prospettiva, che la lotta non solo alla mafia, ma agli illeciti ritenuti bersaglio delle novelle in materia disciplinata dal codice antimafia, deve, attraverso la prevenzione, non consentire la prosecuzione di fatti illeciti.

Non c'è nulla da curare, nulla da salvare, semmai da bonificare con l'aiuto di specialisti e professionisti come voi commercialisti.

Non rimane altro, per la vostra preventiva pazienza che...

...RINGRAZIARVI PER L'ATTENZIONE