

IL SEQUESTRO PENALE PREVENTIVO ED IL RAPPORTO CON LE PROCEDURE CONCORSUALI¹

di ALBERTO CAPUANO

Sommario – 1. Il sequestro preventivo ex art. 321 c.p.p.; - 2. Il ruolo del custode-amministratore giudiziario. 3. Il rapporto tra il sequestro preventivo e le procedure concorsuali.

1. Nel corso degli ultimi anni sono aumentati i procedimenti penali aventi ad oggetto reati di criminalità organizzata e di criminalità comune nei quali vengono adottati dall'autorità giudiziaria provvedimenti di sequestro di aziende.

Il codice civile vigente (con l'art. 2555) definisce l'azienda come “ *il complesso dei beni organizzato dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa*”. L'imprenditore è, secondo la definizione contenuta nell'art. 2082 c.c., il soggetto che “ *esercita professionalmente un'attività economica organizzata, al fine della produzione e dello scambio di beni e servizi*”. L'impresa, come indirettamente si desume dallo stesso art. 2082 c.c. è l'attività economica esercitata in maniera organizzata professionalmente dall'imprenditore ai fini della produzione e dello scambio di beni e servizi. La ditta, invece, è per quanto si ricava dall'art. 2563 c.c. la denominazione sotto la quale l'imprenditore esercita la sua attività di impresa.

Ciascuno di questi diversi istituti, collegati concettualmente tra di loro, ha una propria disciplina che non ammette confusioni, sicché, quando si parla di azienda, pur se riferibile alla

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 ss.

impresa di un imprenditore che opera con l'uso esclusivo di una determinata ditta, è soltanto con l'appropriato uso di tale termine che si indica l'oggetto giuridico, costituito da quel complesso di beni eterogenei organizzato dell'imprenditore, oggettivamente distinti, e non di rado anche di proprietà altrui, ma unificati da un legame teleologico-funzionale che avvince gli uni agli altri, formando una universalità di diritto, che in alcuni casi il legislatore prende in considerazione come tale.

Il codice di procedura penale disciplina con l'art. 321 l'istituto del sequestro preventivo. La norma prevede che quando vi è il pericolo che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o protrarre le conseguenze di esso ovvero agevolare la commissione di altri reati, a richiesta del pubblico ministero il giudice competente a pronunciarsi nel merito ne dispone il sequestro con decreto motivato.

Prima dell'esercizio dell'azione penale provvede il giudice per le indagini preliminari.

Il giudice può altresì disporre il sequestro delle cose di cui è consentita la confisca.

Nel corso del procedimento penale relativo a delitti previsti dal capo I del titolo II del libro secondo del codice penale il giudice dispone il sequestro dei beni di cui è consentita la confisca.

Dalla lettura della norma emerge che al sequestro preventivo è assegnata una duplice funzione cautelare: quella, prettamente special preventiva, di evitare l'aggravamento e/o la protrazione delle conseguenze del reato e/o di impedire la commissione di ulteriori reati; e quella, più tipicamente cautelare, di assicurare la fruttuosità pratica della misura di sicurezza patrimoniale della confisca penale, anticipandone, al contempo, taluni degli effetti.

L'art. 321 c.p.p. stabilisce, infatti, che tale misura può essere disposta sia quando vi è pericolo che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o protrarre le conseguenze di esso ovvero agevolare la commissione di altri reati sia su cose di cui è consentita la confisca. Si tratta di due finalità evidentemente atteso che la prima risulta finalizzata ad evitare l'aggravamento e/o la protrazione delle conseguenze del rea-

to o la commissione di ulteriori reati, prevista dal primo comma dell'art. 321 c.p.p.; mentre la seconda risulta essere funzionale alla confisca penale, prevista dal secondo comma dell'art. 321 c.p.p.. Il sequestro preventivo si distingue, pertanto, dal cd. sequestro probatorio, che, essendo disciplinato dagli artt. da 253 a 265 c.p.p. tra i mezzi di ricerca della prova, si ritiene finalizzato esclusivamente ad assicurare al procedimento penale il corpo del reato o le cose pertinenti al reato necessarie per l'accertamento dei fatti, nonché dal sequestro conservativo penale, cui l'art. 316 c.p.p. assegna la diversa funzione di mezzo di conservazione della garanzia patrimoniale dell'imputato per il pagamento delle pene pecuniarie, delle spese del procedimento penale e di ogni altra somma dovuta all'Erario dello Stato e della garanzia patrimoniale dell'imputato e del responsabile civile per il pagamento delle obbligazioni civili derivanti dal reato. Benché il sequestro preventivo sia stato così definito, la formula normativa è apparsa subito scarsamente delimitativa, e sui confini della definizione di "cose pertinenti al reato", si sono registrati in giurisprudenza indirizzi caratterizzati da profonda divergenza; in quanto il rapporto di strumentalità tra il bene in sequestro ed il suo possibile uso criminoso è stato ritenuto affidato ad una valutazione discrezionale del giudice. La giurisprudenza della Corte di Cassazione ha ampliato l'oggetto del sequestro preventivo stabilendo che *“ Oggetto del sequestro preventivo (ar.321 c.p.p.) può essere qualsiasi bene - a chiunque appartenente e, quindi anche a persona estranea al reato - purchè esso sia, anche indirettamente, collegato al reato e, ove lasciato in libera disponibilità, idoneo a costituire pericolo di aggravamento o di protrazione delle conseguenze del reato ovvero di agevolazione della commissione di ulteriori fatti penalmente rilevanti. Ne consegue che è legittimo il sequestro di una intera azienda allorchè vi siano indizi che anche taluno soltanto dei beni aziendali sia, proprio per la sua collocazione strumentale, utilizzato per la consumazione del reato, a nulla rilevando che l'azienda in questione svolga anche normali attività imprenditoriali”*².

² Cass. pen. 20 giugno 2001, n. 29797, in Cass.Pen 2002, 3174.

2. L'art. 259 comma 1 c.p.p. disciplina la nomina del custode giudiziario delle "cose sequestrate". La possibilità di affidare al custode l'amministrazione dei beni sequestrati si desume inequivocabilmente dall'art. 259 comma 1 c.p.p., laddove prevede che il giudice debba determinare le modalità della custodia. E l'art. 259 c.p.p., benché dettato in tema di sequestro probatorio, è indiscutibilmente applicabile anche al sequestro preventivo, in ragione del rinvio contenuto nell'art. 104 disp. att.³ A tale orientamento i Giudici della Suprema Corte ritengono di dovere aderire anche in considerazione della circostanza che l'azienda si caratterizza non già come un semplice insieme di beni ma invece come una entità dotata di una propria autonomia organizzativa ed economica funzionalizzata allo svolgimento di un'attività volta alla produzione di beni o servizi, che lega la sua esistenza alla continuazione dell'attività imprenditoriale. La sostituzione degli amministratori per il tempo in cui opera la misura cautelare tende evidentemente a garantire proprio la corretta prosecuzione dell'attività aziendale.

Proprio per tale motivo deve ritenersi superata la diversa tesi secondo la quale avendo il custode esclusivamente l'obbligo di conservare le cose sequestrate e di presentarle ad ogni richiesta dell'autorità giudiziaria non può essergli imposto dall'autorità giudiziaria l'onere di provvedere ad ulteriori attività di gestione patrimoniale orientamento che, peraltro, alla luce dei principi costantemente affermati dalla Corte di Cassazione e ribaditi anche di recente dalle Sezioni Unite della stessa Corte⁴, in nessun caso comporta l'abnormità del provvedimento di nomina degli amministratori. (C.Cass. sent. n. 043250/2007 CHIODI). Tale considerazione appare necessaria laddove si consideri che il diverso orientamento che riconosce al custode solo l'obbligo di conservare le cose sequestrate non consente di tutelare l'esigenza posta a fondamento dell'applicazione del sequestro preventivo tesa a garantire proprio la corretta prosecuzione dell'attività aziendale.

³ Cass., sez. un., 18 maggio 1994 Soc. Comit leasing; Cass. pen. n. 13509 del 2001 Pane Camillo; Cass. pen. n. 46850 del 2004 Rv. 230444; Cass. n. 34645 2001 Rv. 220207.

⁴ Cass., sez. un., n. 5307 del 2007 Rv. 238240

Sicché, quando si tratti di sequestro preventivo, il giudice deve determinare le modalità di custodia anche in funzione della tutela delle finalità cautelari proprie della misura; ed è evidente che quando oggetto di sequestro sia un'azienda, può risultare opportuno affidarne l'amministrazione al custode. L'art. 12 sexies del d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito con modificazioni nella legge 8 agosto 1992, n. 356, non prevede, perciò, una modalità eccezionale di custodia dei beni sequestrati, ma si limita solo a imporre che, nel caso di sequestro di beni pertinenti a delitti di mafia, ne vada sempre affidata l'amministrazione a un custode, in modo da sottrarla agli ambienti criminali dal quale i beni provengono. Ciò che di regola è solo possibile in ragione di una scelta discrezionale del giudice, diviene così obbligatorio per i delitti di criminalità organizzata”.

Il custode giudiziario nominato con compiti di amministrazione dell'azienda in sequestro dovrà amministrare la stessa "per conto di chi spetta" e, quindi, nel dubbio sul soggetto - Stato o intestatario dei beni - cui dovranno imputarsi atti ed attività, ricorre una tipica finalità conservativa.

Tale considerazione è stata espressamente richiamata da una circolare delle Agenzie delle Entrate relativamente agli obblighi fiscali del custode giudiziario nominato.

In questa circolare⁵ l'Agenzia delle Entrate aveva assimilato il sequestro dei beni disposto a carico dei soggetti indiziati di appartenere ad associazioni di stampo mafioso (articolo 2-ter della legge 31 maggio 1964, n. 575) all'eredità giacente, chiarendo che *"i beni sequestrati...configurano un patrimonio separato, assimilabile per analogia all'eredità giacente disciplinata dall'articolo 131 (ndr oggi 187) del T.U.I.R. e dall'articolo 19 del d.P.R. 4 febbraio 1988, n. 42 (ndr oggi articolo 5-ter del Dpr n. 322 del 1998). In entrambi i casi, infatti, l'amministratore esercita in via provvisoria l'amministrazione di un patrimonio, nell'attesa che lo stesso sia devoluto ad un soggetto che attualmente non è individuato a titolo definitivo e che pertanto non ne ha la disponibilità"*.

Ulteriori delucidazioni sono state fornite con la risoluzione 13 ottobre 2003, n. 195/E, che si è occupata del diverso caso

⁵ Agenzia delle Entrate 7 luglio 2000, n. 156/E,

degli obblighi posti a carico del soggetto nominato custode giudiziario di una parte delle quote di una società a responsabilità limitata. La risoluzione n. 62/E del 2007 va a inserirsi nel solco tracciato dai precedenti documenti di prassi, affermando che *"L'incertezza nell'individuazione del soggetto proprietario e la conseguente indisponibilità dei beni si verificano anche nei casi di sequestro giudiziario e, pertanto, simile deve essere la soluzione da adottare ai fini degli obblighi gravanti sul custode e dell'imputazione del reddito prodotto dall'azienda oggetto del provvedimento cautelare. In questo senso, già con la risoluzione 195/E del 13 ottobre 2001 l'Amministrazione ha riconosciuto l'assimilabilità del sequestro giudiziario al c.d. "sequestro anti-mafia" ai fini dell'applicazione, anche in quel caso, delle disposizioni dell'articolo 187 del T.U.I.R. Nei casi di sequestro giudiziario di azienda, dunque, il custode opera in veste di rappresentante "in incertam personam" curando la gestione del complesso aziendale per conto di un soggetto non ancora individuato. Pertanto...nell'ipotesi prospettata trovano applicazione le regole dettate in materia di eredità giacente dall'articolo 187 del T.U.I.R."*

Il custode giudiziario dovrà, inoltre, rispettare il principio secondo il quale non può essere pregiudicato, attraverso atti di amministrazione, l'esito della pronuncia finale, di confisca o restituzione, il tutto nella prospettiva del mantenimento ed incremento della redditività ex art. 2 *sexies* L. 575/1965.

3. Particolare importanza assume il rapporto tra il sequestro disposto dall'autorità giudiziaria penale ed il fallimento allorché entrambe le procedure si riferiscano alla stessa società.

Anche di recente la Corte di Cassazione ha affermato la prevalenza della procedura preventiva su quella fallimentare⁶. Difatti la stessa corte ha stabilito che sulla procedura fallimentare deve prevalere la procedura preventiva, sia quando il fallimento sia stato dichiarato prima del sequestro preventivo, sia - a

⁶ Cass. n. 16797 del 22 marzo 2011, Rv. 250327, Tanzarella ed altri.

fortiori - quando sia stato dichiarato successivamente alla sottoposizione del bene a vincolo reale (cfr. Cass. sez. prima 26.5.2006, n. 18955). Tale priorità è ispirata dall'esigenza di privilegiare l'interesse pubblico perseguito dalla normativa antimafia, rispetto all'interesse meramente privatistico della "par condicio creditorum" perseguito dalla normativa fallimentare. Il superiore interesse muove altresì dall'esigenza di evitare che il bene venga rimesso in circolazione e meno che meno ritorni nella disponibilità del presunto mafioso, atteso che se è vero che il fallito perde la amministrazione e la disponibilità del bene, è altrettanto vero che la titolarità rimane in capo suo e che la disponibilità dello stesso può essere riacquistata, una volta che risulti un attivo al termine della procedura concorsuale.

Tale interpretazione muove da un equo bilanciamento degli interessi e dunque non si scontra con i diritti dei terzi, sicuramente compressi ma non "indebitamente" come sostenuto dalla difesa; non vale ad opinare diversamente il richiamo alla L. Fall., art. 72 ed agli arresti giurisprudenziali sul punto, con riguardo al contratto preliminare di compravendita in caso di fallimento del promittente venditore, norma che trova applicazione in contesti in cui - come detto - la procedura fallimentare non interferisce con la procedura di prevenzione ex L. n. 575 del 1965.

In relazione al rapporto tra il sequestro preventivo adottato ex art. 321 c.p.p. ed il fallimento nel 2004 sono intervenute le Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁷ al fine di disciplinare il problema della coesistenza tra tali procedimenti. Tale pronuncia riconosce la possibilità di disporre il sequestro preventivo, finalizzato alla confisca facoltativa di beni provento di attività illecite dell'indagato e di pertinenza di un'impresa dichiarata fallita.

In particolare la Suprema Corte ha stabilito, quanto ai rapporti tra fallimento e sequestro preventivo, che non appare esatta una perentoria esclusione del rilievo pubblicistico degli interessi perseguiti dalla procedura concorsuale, che sovrastano quelli dei singoli creditori (in tal senso vedi Cass. Civ.; 6.02.1998, n. 1213; 6.03.1995, n. 2570; 27.07.1994, n. 7024;

⁷ Cass., sez. un., n. 29951 del 2004, ric. Fall. Promodata Italia.

23.10.1992, n. 11572): la stessa Relazione Ministeriale alla legge fallimentare evidenzia che tale legge "assume la tutela dei creditori come un altissimo interesse pubblico".

Le Sezioni Unite affermano che è legittimo il "sequestro preventivo funzionale alla confisca facoltativa, per la quale è sufficiente l'esistenza del nesso strumentale tra la res e la perpetrazione del reato, non essendo necessario che la cosa sia anche strutturalmente funzionale alla commissione del reato, sia cioè specificamente predisposta, fin dall'origine, per l'azione criminosa (Cass., Sez. 6^a, 29.10.1996, n. 3334, Oliverio)... il sequestro non svolge alcuna funzione strumentale rispetto al procedimento penale e, a differenza della confisca obbligatoria, il provvedimento non è finalizzato ad impedire la circolazione di un bene intrinsecamente illecito. Non può escludersi, pertanto, che l'intervento della procedura fallimentare possa costituire fatto sopravvenuto determinante il venir meno delle condizioni di applicabilità della misura. La confisca facoltativa, infatti, postula il concreto accertamento, da parte del giudice, della necessità di evitare che il reo resti in possesso delle cose che sono servite a commettere il reato o che ne sono il prodotto o il profitto, e che quindi potrebbero mantenere viva l'idea del delitto commesso e stimolare la perpetrazione di nuovi reati, ed il medesimo effetto viene realizzato, per altra via, dallo spossessamento derivante dalla declaratoria fallimentare, che potrebbe essere quindi idonea a fare venir meno lo stesso motivo della cautela, assicurando inoltre la garanzia dei creditori sul patrimonio dell'imprenditore fallito. La realizzazione delle medesime esigenze cautelari, tuttavia, non può essere automaticamente affermata e l'Autorità giudiziaria dovrà accertare caso per caso le concrete conseguenze della eventuale restituzione, tenendo anche presenti le modalità di svolgimento della procedura concorsuale, le qualità dei creditori ammessi al passivo e l'ammontare di questo, al fine di considerare le possibilità che l'imputato, anche qualora abbia agito attraverso lo schermo societario, ritorni in possesso delle cose che costituiscono il prodotto o il profitto del reato... D'altra parte la confisca prevista dall'art. 240 c.p. non travolge i diritti di garanzia dei terzi, allorché la presunzione di pericolosità che giustifica la misura di sicurezza inerisca non alla cosa illecita in sé ma alla rela-

zione che la lega al soggetto che ha commesso il reato⁸. Va affermato, in conclusione, il principio di diritto secondo cui: "è consentito il sequestro preventivo, funzionale alla confisca facoltativa, di beni provento di attività illecita dell'indagato e di pertinenza di un'impresa dichiarata fallita, a condizione che il giudice, nell'esercizio del suo potere discrezionale, dia motivatamente conto della prevalenza delle ragioni sottese alla confisca rispetto a quelle attinenti alla tutela dei legittimi interessi dei creditori nella procedura fallimentare".

La Cassazione ha quindi differenziato le varie tipologie di sequestro, precisando che:

- il sequestro probatorio può legittimamente essere disposto su beni già appresi al fallimento e, se anteriore alla dichiarazione di fallimento, conserva la propria efficacia, trattandosi di misura strumentale alle esigenze processuali, che persegue il superiore interesse alla ricerca della verità nel procedimento penale e, quindi, prevale sul fallimento;

- il sequestro conservativo ex art. 316 c.p.p., in quanto strumentale e prodromico ad una esecuzione individuale nei confronti del debitore rientra, in caso di fallimento, nell'area di operatività dell'art. 51 l.fall. secondo cui dal giorno di dichiarazione del fallimento nessuna azione individuale esecutiva può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nel fallimento e, quindi, non può essere disposto e, ove esistente, in caso di fallimento, va revocato;

- il sequestro preventivo c.d. impeditivo, ex art. 321, comma 1, c.p.p. di beni appartenenti ad un'impresa dichiarata fallita è legittimo purché il giudice operi una valutazione di bilanciamento e motivi la prevalenza delle ragioni sottese alla confisca rispetto a quelle attinenti alla tutela dei legittimi interessi dei creditori nella procedura fallimentare;

⁸ Cass, sez. un., n. 9 del 18 maggio 1994, n. 9, Comit Leasing S.p.A. in proc. Longarini (sulla legittimità del sequestro preventivo di cose soggette a pegno regolare) e Cass., sez. un., del 28 aprile 1999, n. 9, proc. Bacherotti (sui rapporti tra la confisca ed il preesistente diritto di pegno costituito a favore di terzi che, pur avendo tratto oggettivamente vantaggio dall'altrui attività criminosa, riescano a provare di trovarsi in una situazione di buona fede e di affidamento incolpevole)".

- il sequestro preventivo avente ad oggetto un bene confiscabile in via obbligatoria prevale comunque sul fallimento, essendo prioritaria l'esigenza di inibire l'utilizzazione di un bene intrinsecamente ed oggettivamente pericoloso in vista della sua definitiva acquisizione da parte dello Stato.

Con tale sentenza, ferma restando la necessità di un intervento legislativo, le Sezioni Unite, nella ricostruzione dei rapporti tra i due istituti, sembrano allontanarsi dal criterio temporale, quale discrimine, privilegiando una valutazione concreta, con il solo limite della confisca obbligatoria ed escludendo un giudizio di prevalenza determinato aprioristicamente tra una procedura e l'altra.