

LA TUTELA CAUTELARE NEI PROCESSI DI BANCAROTTA¹

FRANCESCO RAFFAELE

Sommario - 1) La tutela cautelare personale e reale. 2) Le misure cautelari personali. 3) La tutela cautelare reale: a) il sequestro preventivo; b) il sequestro preventivo finalizzato alla confisca facoltativa; c) il sequestro preventivo finalizzato alla confisca obbligatoria; d) il sequestro preventivo cd. impeditivo; e) il sequestro conservativo. 4) La tutela cautelare reale prima della sentenza dichiarativa di fallimento.²

1. La tutela cautelare personale e reale costituisce uno degli strumenti di tutela in sede penale delle pretese economiche dei soggetti creditori del fallito, contro atti di varia tipologia che possono pregiudicare i loro interessi economici; atti che comportano una indebita diminuzione del patrimonio dell'imprenditore, e quindi un *vulnus* alle ragioni creditorie, che in sede di distribuzione dell'attivo avranno minori possibilità di essere soddisfatte. In particolare, i beni dell'imprenditore fallito (tra i quali, secondo la Suprema Corte, va compreso anche il cd. "avviamento commerciale") possono essere oggetto di distrazione, occultamento, dissimulazione, distruzione e dissipazione totale o parziale. La "distrazione" viene definita come la estromissione di un bene dal patrimonio dell'imprenditore al di fuori di un rapporto sinallagmatico, ovvero come la destinazione del bene ad uno scopo diverso da quello dovuto; l'"occultamento" consiste nel nascondere materialmente i beni in modo da impedire che essi vengano

¹ Il Testo riproduce il contenuto del saggio del medesimo autore nel Volume collettaneo a cura di F. Fimmanò, *Diritto delle Imprese in crisi e Tutela Cautelare*, Ricerche di Law and Economics dell'Università Telematica Pegaso, n. 5, Giuffrè editore, Milano, 2013.

² Cass. Pen. sez. V n. 8598/1982

appresi dagli organi del fallimento; la “dissimulazione” comporta un occultamento del bene realizzato mediante negozi giuridici simulati o fiduciari, così da sottrarli alla procedura concorsuale; la distruzione consiste nella eliminazione fisica del bene; la dissipazione, infine, si verifica quando il bene viene destinato a scopi totalmente estranei all’esercizio della attività di impresa. Ancora, le ragioni dei creditori possono essere danneggiate dalla esposizione ad opera del fallito di passività inesistenti; in questo caso il fallito denuncia passività non reali, consentendo l’intervento nella procedura di creditori fittizi che rivendicano crediti in realtà inesistenti.

2. Le misure cautelari personali coercitive ed interdittive sono quelle previste dagli artt. 280 e ss. c.p.p.; esse sono tutte consentite, tenuto conto dei limiti di pena previsti dall’art. 216 L.F. in tema di bancarotta fraudolenta patrimoniale e documentale pre/post fallimentare.

In ordine alla loro applicazione si seguono i criteri generali di cui all’art. 272 e ss. c.p.p. (presenza di gravi indizi di colpevolezza – sussistenza delle esigenze cautelari di cui all’art. 274 c.p.p. – rispetto del principio di proporzione ed adeguatezza).

3. La tutela cautelare reale vede tra i suoi strumenti il sequestro preventivo di cui all’art. 321 c.p.p.: esso ha una duplice funzione: a) special preventiva, al fine di evitare l’aggravamento ovvero la protrazione delle conseguenze negative del reato commesso; b) cautelare, al fine di assicurare la fruttuosità pratica della misura di sicurezza patrimoniale della confisca penale, anticipandone al contempo alcuni effetti.

Oggetto di tale forma di sequestro possono essere tutti i tipi di beni, e cioè tutte le utilità piene o parziali, di consumo, di godimento o di scambio, che dalle cose si possono trarre, immediatamente o mediamente. Quindi, i beni immobili, i beni mobili registrati e non, i titoli di credito e di partecipazione, crediti (esclusi quelli alimentari), nonché i beni immateriali nella misura in cui sia possibile una apprensione giuridica, le quote di partecipazione societaria, e, infine, l’azienda. Questa va intesa come il complesso dei beni

eterogenei, anche di proprietà altrui, ma unificati da un legame teleologico funzionale, organizzato dall'imprenditore per l'esercizio dell'attività di impresa, intesa quale attività economica esercitata in maniera organizzata professionalmente dall'imprenditore ai fini dello scambio di beni e/o servizi.

Tutti questi beni possono essere oggetto ad opera del fallito di una attività, come detto, di occultamento, sottrazione, distrazione, dissipazione: dal singolo bene (auto, veicoli commerciali, macchinari, giacenze di magazzino - intese sia come materie prime sia come prodotto finito -, crediti, beni futuri che non siano mere aspettative, avviamento commerciale), fino all'intero "complesso aziendale" quando sia oggetto di complessiva distrazione.

In tali termini la Cassazione ha stabilito che è "*legittimo il sequestro preventivo di una intera azienda quando anche uno solo dei beni aziendali sia utilizzato per la consumazione del reato, a nulla rilevando che l'azienda in questione svolge anche normali attività imprenditoriali*"³.

L'intera azienda è sequestrabile nella misura in cui se ne riesca ad assicurare la sopravvivenza mediante la continuazione della attività imprenditoriale in corso di pendenza della misura; diversamente, se a seguito del sequestro si potrà esercitare una mera custodia del complesso di beni, l'azienda perderà la sua peculiarità (avviamento ed organizzazione). Da qui la necessità della nomina di un amministratore giudiziale per il compimento degli atti di gestione della medesima.

La prova della avvenuta distrazione dell'intera azienda ovvero di un singolo "ramo" di essa è data da una serie di elementi sintomatici: la creazione in data anteriore e prossima al fallimento di una nuova persona giuridica che acquista l'intera azienda, ovvero un singolo ramo (di regola, quello ancora produttivo) ad un prezzo irrisorio, o comunque assolutamente non congruo, tenuto conto del mercato; le modalità di pagamento del prezzo, solo apparente; la coincidenza dell'oggetto sociale, della compagine sociale, degli amministratori; la prosecuzione presso il soggetto acquirente dei rapporti di lavoro subordinato.

Va detto che in alcuni casi il sequestro dei beni del fallito può contrastare con gli interessi della curatela e dei creditori, in

³ Cass. Pen. sez. VI n. 29797/2001

quanto comporta una diminuzione della massa attiva fallimentare. In ordine al rapporto tra i diversi (ed eventualmente contrastanti interessi) della curatela fallimentare da un lato, e della A.G. dall'altro, la soluzione non può essere univoca, ma è necessario distinguere in relazione al tipo di sequestro: da citare la sentenza della SS.UU. n. 29951/2004 che, in materia, ha fissato una serie di principi:

a) il curatore, nell'esercizio dei suoi compiti di amministrazione del patrimonio fallimentare, ha facoltà di proporre istanza di revoca, sia di riesame contro il provvedimento di sequestro preventivo, nonché di ricorrere per Cassazione ai sensi dell'art. 325 c.p.p. contro le ordinanze del medesimo Tribunale del Riesame: sostiene la Corte che in questo caso il curatore agisce, previa autorizzazione del giudice delegato, per la rimozione di un atto che risulta pregiudizievole per la reintegrazione del patrimonio, nella sua funzione istituzionale di soggetto avente il compito di procedere alla ricostruzione dell'attivo fallimentare;

b) in tema di sequestro preventivo funzionale alla confisca di beni appartenenti alla società fallita, la curatela non è terzo estraneo al reato, il quanto il concetto di appartenenza di cui all'art. 240 III co. c.p.p. ha una portata più ampia del diritto di proprietà, per cui deve intendersi terzo estraneo al reato solo chi non partecipa in alcun modo alla commissione dello stesso o alla utilizzazione dei profitti derivati: in questo senso si è detto che la sentenza di fallimento priva la società fallita della amministrazione e disponibilità dei beni, assoggettandoli alla procedura concorsuale finalizzata al soddisfacimento dei creditori, ma lo spossessamento non si traduce in perdita automatica del diritto di proprietà, in quanto la società resta comunque titolare dei beni fino al momento della vendita fallimentare;

c) è legittimo il sequestro preventivo funzionale alla confisca di beni provento di attività illecita ed appartenenti ad una impresa dichiarata fallita, nei cui confronti si sia instaurata la procedura concorsuale, a condizione che il Giudice, nell'esercizio del suo potere discrezionale, dia conto in motivazione della prevalenza delle ragioni sottese alla confisca rispetto a quelle attinenti alla tutela dei legittimi interessi dei creditori.

b) Il sequestro preventivo finalizzato alla confisca facoltativa.

Con riferimento al sequestro preventivo finalizzato alla confisca facoltativa, è sufficiente il nesso strumentale tra la “res” e la perpetrazione del reato, non essendo anche necessario che la cosa sia anche strutturalmente funzionale alla commissione del reato (sia, cioè, specificamente predisposta per l'azione criminosa). In tal caso il sequestro preventivo non svolge alcuna funzione strumentale rispetto al procedimento penale, e, a differenza della confisca obbligatoria, non è finalizzato ad impedire la circolazione di un bene intrinsecamente illecito.

Non si può escludere, pertanto, che la procedura fallimentare frattanto intervenuta possa determinare il venir meno delle condizioni di applicabilità della misura adottata; il medesimo effetto, infatti (evitare che il reo resti in possesso delle cose servite a commettere il reato ovvero che ne sono il prodotto o il profitto) può essere soddisfatto dallo spossessamento derivante dalla dichiarazione di fallimento, assicurando, al contempo, la garanzia dei creditori. In questo caso l'A.G. dovrà di volta in volta accertare in concreto le conseguenze della eventuale restituzione.

c) Il sequestro preventivo finalizzato alla confisca obbligatoria.

Con riferimento al sequestro preventivo finalizzato alla confisca obbligatoria, questo risulta del tutto insensibile alla procedura fallimentare; la finalità di detto strumento è quella di evitare la circolazione di un bene che la legge considera pericoloso in base ad una presunzione assoluta, attraverso la sua definitiva acquisizione ad opera dello Stato; è necessario, quindi, evitare che il bene rientri in circolazione, cosa che potrebbe avvenire con la restituzione dello stesso all'Ufficio fallimentare e la sua successiva vendita. In questo caso le ragioni di tutela dei creditori sono irrimediabilmente destinate ad essere pretermesse rispetto alla tutela della collettività.

d) Il sequestro preventivo cd. impeditivo.

Il sequestro preventivo cd. impeditivo è previsto dall'art. 321 co. I c.p.p., ed è adottato laddove la libera disponibilità della cosa “possa aggravare o protrarre le conseguenze del reato

ovvero agevolare la commissione di altri reati". In questo caso la S.C. perviene ad una soluzione di compromesso, frutto della necessità di composizione di esigenze contrapposte, quella cautelare e gli interessi della procedura.

Il sequestro preventivo cd. impeditivo è però sempre, per sua natura, provvisorio, e non finalizzato alla ablazione del bene sui cui ricade, per cui il contrasto con le ragioni creditorie appare di natura transitoria, essendo lo stesso finalizzato ad evitare il rischio della scomparsa del bene: in tal senso, si osserva infatti che la dichiarazione di inefficacia degli atti di disposizione patrimoniale compiuti dal fallito, laddove il bene sia fisicamente scomparso, non ha più alcuna ragione. In tal senso, il sequestro preventivo costituisce primo strumento volto ad impedire la dispersione dei beni spettanti alla curatela.

La S.C. ha stabilito più volte che, di fronte ad una dichiarazione di fallimento del soggetto cui il bene appartiene, il giudice può disporre il mantenimento o la revoca del sequestro previsto dal co. I dell'art. 321 c.p.p., senza che sia vincolato dagli effetti di cui all'art. 42 L.F..

In tal senso, costituendo il primo strumento idoneo ad impedire la dispersione dei beni spettanti alla curatela, si discute in ordine alla necessità o meno che il giudice motivi rigorosamente in ordine alla esistenza del "periculum in mora"⁴.

Diverso il discorso con riferimento allo strumento reale del sequestro probatorio di cui all'art. 354 e ss. c.p.p., che può legittimamente essere disposto su beni già appresi al fallimento, e, se anteriore alla dichiarazione di fallimento, conserva la propria efficacia, anche in seguito alla apertura della procedura concorsuale, trattandosi di misura strettamente funzionale alle esigenze processuali, perseguendo il superiore interesse della ricerca della verità nel procedimento penale. Di conseguenza, esso rimane fermo fin quando sussistono le

⁴ Sul punto, si veda Cass. Pen. n. 106/2000, secondo cui è ammissibile il sequestro preventivo di quote di società intestate agli indagati quando vi sia motivo di ritenere che esse possano essere utilizzate per sottrarre beni alla curatela, senza che il giudice debba fornire indicazioni di dettaglio sulle condotte distrattive accertate, e sui rischi di aggravamento dei reati commessi; ancora, è legittimo il sequestro preventivo di conti correnti e deposito titoli pertinenti alle vicende di una società fallita, quando il pericolo derivante dalla loro libera disponibilità presenti i requisiti di concretezza ed attualità - Cass. Pen. n. 8468/2005.

esigenze probatorie cui è sotteso; solo allorquando cessano dette esigenze, si potrà procedere alla restituzione del bene in favore del fallimento.

e) Il sequestro conservativo.

Il sequestro conservativo di cui all'art. 316 c.p.p., in quanto strumentale e prodromico ad una esecuzione individuale nei confronti del debitore, rientra, in caso di fallimento del soggetto obbligato, nell'area di operatività del divieto di cui all'art. 51 L.F., secondo il quale, dal giorno della dichiarazione di fallimento, nessuna azione esecutiva individuale può più essere iniziata o proseguita sui beni compresi nell'attivo fallimentare; da qui, da un lato, la inefficacia del sequestro di cui all'art. 316 c.p.p. qualora sia disposto in pendenza di fallimento, anche se il reato è stato commesso prima della apertura della procedura fallimentare; dall'altro, la caducazione di ogni effetto laddove la dichiarazione di fallimento intervenga successivamente.

Appare evidente che non si giustificerebbe il mantenimento di un sequestro conservativo in presenza della acquisizione fallimentare dei beni, che garantisce in ugual misura tutti i creditori, senza compromettere l'interesse dei rivendicanti che potranno far valere i loro diritti nei modi previsti dal procedimento fallimentare (artt. 103 e 24 L.F.).

La situazione dell'imprenditore fallito si pone in rapporto di specialità rispetto a quella dell'imprenditore imputato tenuto alle obbligazioni civili derivanti dal reato, per cui trova applicazione la normativa speciale del fallimento, pur restando fermo, però, il riconoscimento del privilegio previsto dall'art. 316 co. IV c.p.p. per i sequestri eseguiti prima della apertura della procedura fallimentare (in questo caso i crediti saranno ammessi al passivo con privilegio sui beni sequestrati, subordinato però all'intervento della sentenza di condanna irrevocabile a carico dell'imprenditore).

Qualora, però, il sequestro conservativo abbia ad oggetto beni personali dell'amministratore di una società di capitali, non si pongono limiti alla sua adozione.

4. In ordine alla possibilità di adottare misure cautelari personali e reali prima della sentenza dichiarativa di fallimento, l'art. 238 L.F. stabilisce che nei casi di cui all'art. 216 L.F.

l'azione penale è esercitata dopo la comunicazione della sentenza di fallimento (elemento costitutivo del reato). Il co. II della norma prevede però che l'azione possa essere esercitata nei casi indicati dall'art. 7 L.F. e quando sia stata presentata domanda di fallimento; detta ultima norma stabilisce che il pubblico ministero presenta istanza di fallimento quando l'insolvenza dell'imprenditore si manifesti nel corso di un procedimento penale, ovvero risulta dalla fuga, dalla irreperibilità o latitanza del medesimo, dalla chiusura dei locali, dalla diminuzione fraudolenta dell'attivo; ancora, quando risulta dalla segnalazione proveniente dal giudice di un procedimento civile.

Di conseguenza, pur in assenza di una sentenza dichiarativa di fallimento, la sola pendenza della procedura finalizzata alla dichiarazione di fallimento consente non solo l'iscrizione di un fascicolo, ma anche l'adozione di misure cautelari personali e reali. Sul punto, la Cassazione ha stabilito che è possibile l'adozione di misure cautelari⁵.

⁵ Cass. Pen. n. 8363/2006 e n. 43871/2005.