

SEMINARIO CORTINA D'AMPEZZO

ISTITUTO CURATORI

24-25-26 MARZO 2017

**L'INSOLVENZA ANNUNCIATA: I PROVVEDIMENTI DELL'A.N.A.C.
IL SEQUESTRO E LA CONFISCA DELLA MASSA FALLIMENTARE
E LA SUA GESTIONE**

di

Francesco Pedoja

I. Premessa. – II. A.N.A.C. – III. Sequestro, confisca e procedure esecutive individuali e concorsuali.

I. PREMESSA. La presente relazione si compone di due parti, peraltro collegate nel tema generale degli interventi pubblicistici sull'azienda, una prima dedicata all'inquadramento dell'Autorità Nazionale Anticorruzione istituita dal D.L. 24.06.2014 n. 90 convertito con L. 11.08.2014 n. 114, e la seconda alle tipologie di sequestro e confisca penale con particolare riferimento ai loro effetti su esecuzioni individuali e concorsuali.

Premetto che l'importanza dei temi in trattazione, deriva dalla sempre maggiore diffusione di reati patrimoniali (bancarotte, riciclaggio, reati societari, ecc.), come risulta dai dati riportati dal Sole 24 Ore di sabato 25.03.2017 che segnala un aumento significativo delle denunce per reati fallimentari dal 2014 al 2016 (sono 4.900, erano 3.700), con conseguenti interventi di carattere amministrativo e penalistico sia preventivi che repressivi ed indifferentemente al Sud come al Nord Italia.

II. A.N.A.C.

L'art. 19 del D.L. n. 90/2014 istituisce l'Autorità Nazionale Anticorruzione per prevenire e contrastare illegalità e corruzione; gli atti emessi da tale Autorità rientrano nella categoria degli atti di regolazione delle Autorità Indipendenti, si tratta di atti amministrativi generali impugnabili avanti al TAR.

L'art. 32 del D.L. citato, in particolare, prevede che nelle ipotesi in cui l'AGO proceda per particolari delitti o ci si trovi in presenza di rilevate situazioni anormali o comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali attribuiti ad impresa aggiudicataria di appalto per Opere Pubbliche, o concessionario di lavori pubblici o contraente generale il Presidente dell'ANAC informi il PM sui fatti e, se in presenza di fatti gravi ed accertati, proponga al Prefetto la rimozione e rinnovazione degli Organi sociali (in ipotesi di soggetti rivestenti la natura societaria) o un provvedimento diretto alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa, limitatamente al completamento dell'appalto.

Il decreto prefettizio contiene la nomina di uno o più Amministratori giudiziari, indicandone la durata al massimo sino al collaudo dell'opera, determinando i poteri e le funzioni e provvedendo a sospendere i poteri dei titolari e quelli dell'Assemblea societaria.

Durante il periodo di amministrazione giudiziaria, i pagamenti verranno effettuati dagli Amministratori al netto del loro compenso e l'utile netto verrà accantonato in apposito fondo non distribuibile e non pignorabile; in ipotesi di fallimento, i beni accantonati non saranno ricompresi nel fallimento secondo le modalità previste dall'art.46 c.1 n.5 L.F. che richiama genericamente tutte le ipotesi previste dalla Legge: si tratterà pertanto di patrimonio separato.

In caso di successiva confisca penale, cesseranno le misure provvisorie assunte dal Prefetto, ma l'AGO confermerà gli Amministratori giudiziari già nominati.

In caso di archiviazione del procedimento penale, cesseranno le misure provvisorie ed i beni torneranno nella disponibilità del soggetto titolare, con possibilità di essere pignorati e ricadendo nella massa fallimentare in caso di precedente o successivo fallimento.

Il T.U. cd. Codice degli Appalti (D.Lgs. n. 50/2016) all'art. 213 amplia i poteri riconosciuti all'ANAC prevedendo da un lato che l'Autorità fornisca linee guida per le Stazioni appaltanti (bandi- tipo, capitolati - tipo, contratti – tipo) e dall'altro al comma 3 che l'Autorità vigili sui contratti, sulla economicità degli stessi e sull'assenza di danno erariale, che segnali al Governo ed al Parlamento fenomeni gravi di inosservanza od applicazione distorta della Legge, vigili sul sistema di qualificazione degli esecutori dei controlli con poteri sanzionatori, sull'assegnazione dei contratti e sulla disciplina derogatoria, controlli preventivamente i contratti per gli affidamenti di particolare interesse, gestisca il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza, nonché la banca dati nazionale dei contratti pubblici e del casellario informatico dei contratti pubblici.

In particolare per quel che qui interessa l'ANAC può disporre ispezioni, anche tramite Organi dello Stato e GdF ed in caso di irregolarità- anche su segnalazione di Terzi se non archiviabile - deve trasmettere gli atti ispettivi agli Organi di controllo, al PM (se in presenza di fatti di rilevanza penale) ed alla Corte dei Conti.

Può infine irrogare sanzioni amministrative pecuniarie, impugnabili avanti al Giudice Ordinario monocratico, se non vengono fornite informazioni, se non vengono adottati i piani triennali di prevenzione della corruzione o di trasparenza e dei codici di comportamento.

Conclusivamente l'ANAC ha ampi poteri di carattere amministrativo sia di segnalazione, sia di irrogazione di sanzioni, sia di carattere programmatico generale.

III. SEQUESTRO, CONFISCA E PROCEDURE ESECUTIVE INDIVIDUALI E CONCORSALE.

Fondamentalmente vi sono due tipi di sequestro: quello penale disposto dal G.I.P. ai sensi dell'art. 240 C.P.P. e quello di prevenzione disposto dal Tribunale collegiale specializzato che ha sede nei capoluoghi di Provincia.

Il sequestro è generalmente finalizzato alla confisca, a sua volta obbligatoria o facoltativa, ma vi può essere un sequestro senza confisca (sequestro provvisorio) che può avere natura impeditiva o conservativa.

Vi è poi un sequestro sanzionatorio (cd. per equivalente), previsto per reati finanziari da norme specifiche e che viene applicato ai sensi dell'art.104 Disp. Att., quale norma di chiusura e che per beni di natura dinamica comporta la nomina di un Amministratore giudiziario. Si tratta di una misura di sicurezza patrimoniale che sfocia in una confisca cd. allargata e prevista dall'art. 12 sexies D.L. n. 306/1992 (conv. con L. n. 356/1992) per il quale non vi è pertinenza tra reato e beni confiscati.

Come ha precisato Cass. Civ.n. 22814/2013 si tratta di una misura atipica con funzione dissuasiva che ha come presupposti che vi sia un condannato per reati gravi, che la provenienza dei beni non sia giustificata e che vi sia sproporzione tra il valore dei beni e il reddito dichiarato ai fini fiscali.

Al contrario il sequestro di prevenzione, previsto dal cd. nuovo codice Antimafia (D.Lgs. n. 159/2011) presuppone un legame tra reato e beni ed è giustificato anche da un solo grave indizio di colpevolezza.

Con il decreto di sequestro il Tribunale nomina uno o più Amministratori giudiziari, con la precisazione che ogni impugnazione del provvedimento va proposta avanti allo stesso Tribunale.

Nei rapporti tra sequestro ed esecuzione civile va segnalato che nel caso di sequestro per equivalente, detto sequestro non impedisce la prosecuzione o l'inizio del procedimento esecutivo, ma solo la confisca produce effetto interdittivo, mentre nel caso di sequestro di prevenzione, il sequestro sospende ex lege l'esecuzione e la confisca comporta l'estinzione della stessa.

La tutela dei Terzi nel sequestro per equivalente è prevista se il creditore ipotecario ha iscritto l'ipoteca anteriormente alla trascrizione del sequestro o se il creditore precedente ha trascritto il pignoramento anteriormente alla trascrizione del sequestro.

Inoltre restano validi i provvedimenti di trasferimento ed aggiudicazione anche solo provvisoria dei beni.

Peraltro il comma 4 bis dell'art.12 *sexies* citato (introdotto con art. 1 L. 24/12/2012 n. 228) ha previsto che a tutti i sequestri successivi al 13 ottobre 2011 si applichino le norme del Codice Antimafia con effetto impeditivo di ogni provvedimento assunto dal G.E..

Per quanto riguarda detta normativa va precisato:

- 1- Se i beni sono assoggettati ad un precedente sequestro penale preventivo assunto ex art.104 bis Disp. Att. Il Tribunale può revocare il sequestro anteriore ai sensi dell'art. 30.
- 2- Come già detto ai sensi dell'art. 55 le esecuzioni sono sospese ex lege con il sequestro, mentre il provvedimento di confisca ne comporta l'estinzione automatica.

3- Nel caso di fallimento, occorre distinguere l'ipotesi in cui il fallimento che colpisce i medesimi beni sia posteriore al sequestro di prevenzione o sia anteriore.

Se posteriore, la relativa dichiarazione può essere presa anche su iniziativa del Pm su segnalazione dell'Amministratore giudiziario ai sensi dell'art. 63 c. 1 – trattasi di un allargamento delle ipotesi previste dall'art. 7 L.F.-. E' evidente che l'Amministratore giudiziario non è facoltizzato a richiedere il fallimento salvo che, nelle more, abbia assunto la funzione di legale rappresentante del titolare - società - dei beni sequestrati.

Nel caso di fallimento anteriore, occorre distinguere se vi sia assoluta coincidenza tra beni sequestrati e beni costituenti la massa fallimentare: nel primo caso, non sarà necessario che il G.D. fallimentare rediga un nuovo stato passivo; nella seconda ipotesi, egli dovrà per la prima volta o in rinnovazione di quello già redatto, predisporre un nuovo stato passivo attuando la verifica dei crediti sulla base non dei criteri di cui all'art. 92 L.F., ma sulla base degli indicatori previsti dall'art. 52, accertando anche la buona fede dei creditori, richiedendo a tal fine informazioni anche al PM della Sorveglianza.

In ipotesi di pendenza di opposizioni allo stato passivo ex art. 98 L.F. le stesse saranno decise ai sensi dell'art. 64 c.4 di ufficio dal Tribunale della prevenzione ex art. 52.

Se ne deduce che in caso di non coincidenza dei beni la fase dell'accertamento dei crediti spetta al Giudice fallimentare, mentre la fase del riparto e dei pagamenti è di competenza dell'Amministratore giudiziario.

Dubbio permane per quanto riguarda la fase della liquidazione dei beni, soprattutto nel caso in cui il Curatore abbia già predisposto gli atti propedeutici alla vendita (bando di vendita e relativa pubblicità).

L'art. 64 impone, infatti, al Tribunale fallimentare di disporre la chiusura del fallimento; trattasi peraltro di ipotesi atipica di chiusura che determinerebbe effetti negativi in ipotesi di fallimento di società di persone soprattutto nell'ipotesi (diversa da quella prevista espressamente dall'art. 64 c. 7 di sequestro sui beni dei soci falliti) in cui il sequestro abbia colpito i beni sociali, ma non i beni personali dei soci illimitatamente responsabili, comportando la chiusura del fallimento della società quello automatico di quello dei soci (vedi sul punto in maniera più diffusa il mio articolo "La guerra dei Roses" su questa rivista).

Altro problema insoluto è quello relativo alla liquidazione e pagamento dei crediti prededucibili sorti durante il fallimento: Chi li liquida e chi li paga? E' evidente che la liquidazione non può non spettare al Giudice fallimentare, mentre per il pagamento opterei comunque per la competenza dello stesso Giudice, atteso che i beni sequestrati successivamente al fallimento non possono che essere depurati delle spese già sostenute legittimamente ai sensi della Legge fallimentare.

In ipotesi di caducazione del sequestro, se il fallimento è aperto, i beni rientrano automaticamente nella massa fallimentare, mentre se il fallimento era già stato chiuso, si tratterà di un caso di sopravvenienza di beni valutabile ex art.121 L.F. ai fini della riapertura del fallimento nel termine quinquennale.

- 4- Nel caso che il sequestro cada su beni oggetto di proposta concordataria preventiva, la recente sent. Cass. Civ. n. 26329/2016 ha ritenuto che il

sequestro abbia natura impeditiva della fattibilità della proposta concordataria e che si tratti di fattibilità giuridica e non economica e pertanto rilevabile dal Tribunale fallimentare.

Va precisato che le SSUU penali con sent. n.11170/2014 hanno stabilito che è di competenza esclusiva del Giudice penale l'accertamento della validità del vincolo disposto con il sequestro in ipotesi di procedimento di domanda di revoca.

Deve osservarsi che l'art. 12 c. 1 del disegno di Legge delega approvato recentemente dalla Camera dei Deputati, conferma e ribadisce espressamente la prevalenza del procedimento penale sul procedimento concorsuale.