

ATTUALITÀ

ENRICO MEZZETTI

Codice antimafia e codice della crisi e dell'insolvenza: la regolazione del traffico delle precedenze in cui la spunta sempre la confisca¹.

La recente presentazione del nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza ha posto in luce come uno dei temi cruciali per una sua efficace introduzione nel sistema complessivo delle misure da adottare nei confronti delle imprese in crisi e che abbiano compiuto degli illeciti è costituito principalmente dalla risoluzione del criterio con cui applicare il "principio di prevalenza" tra misure di prevenzione, penali cautelari reali e rapporti con le procedure concorsuali. Il contributo offre una chiave di lettura che mette in luce come non sia desumibile detta preferenza dal prevalere di interessi pubblicistici su quelli privatistici, quali la tutela della *par condicio creditorum*, come sostenuto in un recente passato dalla giurisprudenza, quanto dal fatto che la priorità vada rintracciata nel contrasto all'attività imprenditoriale caratterizzata dall'utilizzo del metodo mafioso o dagli effetti sulle imprese dell'infiltrazione mafiosa. Proprio la questione della qualificazione dell'impresa «occasionalmente mafiosa» offre lo spunto per una serie di riflessioni sul contenuto precettivo dell'art. 34-bis cod. antimafia, ritenuta la norma-chiave per la risoluzione di ogni problematica sul tema.

The recent presentation of the new Crisis and Insolvency Code has highlighted how one of the crucial issues for its effective introduction into the overall system of measures to be taken against companies in crisis and which have committed offenses consists mainly in resolving the criteria with which to apply the "principle of prevalence" between preventive measures, criminal real precautionary measures and the relationship with insolvency procedures.

The contribution offers an interpretation that highlights how this preference cannot be deduced from the prevalence of public interests over the private ones, such as the protection of the "par condicio creditorum" (the equal treatment of creditors), as upheld recently in case law, nor by the fact that the priority should be traced in the contrast to the entrepreneurial activity characterized by the use of the mafia method or by the effects of mafia infiltration on companies. Precisely the question as to the qualification of the company as occasionally being mafia-related offers the opportunity for a series of reflections on the preceptive content of article 34-bis of the Antimafia Code, considered the key-rule for resolving every problem on the topic.

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Misure applicabili all'impresa mafiosa: un traffico di precedenze gestito da un semaforo ad intermittenza - 3. Confisca unico presidio antimafia?

1. Premessa

È un dato oramai acquisito dell'esperienza comune che il mafioso moderno

¹ Si tratta del testo, riveduto, aggiornato e corredato da note, della relazione svolta nel Convegno "Verso la riforma della crisi d'impresa e dell'insolvenza" (a cura di Sabino Fortunato ed Andrea Zoppini), il 14 febbraio 2018 presso l'Università degli Studi Roma Tre e dell'intervento «I rapporti delle procedure concorsuali con le misure penali cautelari e di prevenzione e le modifiche al codice civile» svolto il 4 maggio 2018 alla Sapienza - Università di Roma, nel Convegno «La necessaria riforma dei reati concorsuali dopo la legge delega per la disciplina della crisi d'impresa», organizzato in collaborazione con l'Associazione professionale Vassalli, Olivo e Associati.

non sfoggia più il vestito del “picciotto”, ma indossa piuttosto gli abiti azzimati dell’imprenditore e, al posto della lupara, armeggia denaro che ricicla in imprese apparentemente lecite. È il senso dei tempi, dove appare sempre più evidente la capacità camaleontica della criminalità organizzata di insinuarsi nei varchi lasciati aperti dal tessuto socio-economico per orientare il corso dei flussi economici e finanziari dell’economia asseritamente “pulita” verso circuiti criminali complessi e mimetizzati. In cui la connessione teleologica che avvince le singole vicende criminose consente di far sparire le tracce, anche le più impercettibili, dell’illecito compiuto. Una sofisticazione del fenomeno criminale gestito da autentiche organizzazioni complesse di per sé illecite, che perseguono scopi altrettanto illeciti (i delitti scopo che costituiscono anche vasti programmi criminosi) che si fa molta fatica a ricostruire. E l’esempio più eclatante è costituito, di recente, evidentemente dalla capacità d’infiltrazione, con conseguente orientamento distorto rispetto ai normali canali di svolgimento, degli appalti e/o opere pubbliche, in cui si verificano esiziali forme di distorcimento della concorrenza. Il che determina anche una pericolosa concentrazione nelle “mani di pochi” di importanti indotti dell’attività industriale ed economico-finanziaria del Paese.

Sicché il legislatore, come un moderno segugio – se è consentita la metafora – fiuta e va alla ricerca del profitto predisponendo misure di contrasto che possano far conseguire il *freezing* dell’indebito arricchimento, interrompendo il flusso illecito dei capitali frutto di reati, colpendo in prima battuta principalmente gli enti coinvolti direttamente o compiacenti, e lasciando al diritto criminale tradizionale il compito di prevenire e reprimere i comportamenti dei singoli protagonisti delle vicende criminose. Quest’ultima frontiera, spesso intempestiva e ritardata dalle lungaggini della gestione della giustizia penale, di rado riesce a portare a compimento il percorso intero dell’accertamento della responsabilità e della conseguente esecuzione della pena e, quindi, anticipa essa stessa i propri più tipici effetti afflittivi in sede cautelare. In assenza di una prova certa circa la possibilità di ascrivere con certezza il fatto (oltre ogni ragionevole dubbio) al responsabile. Stesso effetto di anticipazione che si ottiene con l’applicazione delle misure di prevenzione antimafia.

Non può stupire, dunque, che la capacità di sconfinamento della misura consequenziale “a tenaglia” sequestro-confisca venga, oggi, vista non solo dal legislatore nazionale, ma in una dimensione europea, sovranazionale e globalizzata, come il mezzo più efficace di contrasto che possa “prevalere” su qualsiasi altra possibile alternativa che il sistema nel suo complesso possa predisporre.

L’obiettivo pare chiaramente visibile: è quello di inseguire il profitto, intercet-

tarlo, “congelarlo” con la misura cautelare del sequestro ed infine acquisirlo in via definitiva con la misura ablatoria della confisca. Pertanto, questa moderna fisionomia della giustizia penale (o più genericamente amministrativo-sanzionatoria), anche molto preventiva, che va alla “caccia del profitto”, sembra paradossalmente disinteressarsi pure delle vicende personali della punibilità degli autori (persone fisiche) del reato, ma anche delle stesse vittime, visti i trend giurisprudenziali – che è quasi ozioso richiamare in questa sede – che poco o nulla concedono alle ragioni ed ai diritti dei terzi in buona fede, i quali subiscono in concreto le conseguenze di queste misure di acquisizione forzata del profitto illecito senza distinzione di sorta tra le pur varie posizioni. Come noto, peraltro, allorché si parla di criminalità d’impresa, occorre distinguere tra quella caratterizzata dal perseguimento del medesimo fine di massimizzazione del profitto tramite lo svolgimento di attività imprenditoriali tipiche apparentemente o parzialmente lecite – che svolgono lecitamente l’attività economica - e l’impresa *stricto sensu* criminale che, viceversa, si contraddistingue per il ricorso al crimine come strumento ordinario di svolgimento della propria attività economica. Altrimenti detto, le organizzazioni (o imprese) criminali “professionali”. Come contraltare del “delinquente professionale” (qualificato).

Da questo punto vista, di decisivo rilievo è il riferimento al concetto di «occasionalità», contenuto in una disposizione-chiave dell’intero architrate su cui si poggia tutto il sistema dei meccanismi di contrasto della criminalità organizzata del profitto: l’art. 34-*bis* del d.lgs. n. 159/2011². Su questo crinale si consuma tutta la questione del trattamento riservato all’impresa criminale, che richiama in sé la necessità di poter far ricorso alle misure di prevenzione che fanno prendere all’intero sistema preventivo-repressivo una strada a sé stante, rispetto agli altri comparti economici che, pur se si possono saltuariamente considerare contigui al fenomeno mafioso, non ne fanno parte ‘a pieno titolo’ e quindi rimangono estranei allo speciale statuto previsto per i primi.

Rebus sic stantibus, dall’urgenza della suesposta distinzione consegue la necessità di discernere anche le diverse modalità d’infiltrazione criminale nell’economia lecita e nell’imprenditoria, allo scopo di evitare il potenziale rischio di confondere le due nozioni di impresa criminale e di impresa lecita «occasionalmente delinquente»³.

² Si veda, per esempio, PERONACI, *Dalla confisca al controllo giudiziario delle aziende: il nuovo volto delle politiche antimafia. I primi provvedimenti applicativi dell’art. 34 bis D.lgs. 159/2011*, in www.giurisprudenzapenale.it; VISCONTI, *Ancora una decisione innovativa del tribunale di Milano sulla prevenzione antimafia nelle attività imprenditoriali*, in www.penalecontemporaneo.it.

³ VISCONTI, *Strategie di contrasto dell’inquinamento criminale dell’economia: il nodo dei rapporti tra*

Si suole evidenziare per l'appunto come, nella categoria di "impresa criminale" è dato inserire tanto l'impresa che, pur svolgendo con modalità lecite il proprio oggetto sociale, costituisce *ab origine* il risultato di un'attività delittuosa consistente ad esempio in riciclaggio e reimpiego di capitali illeciti⁴ - in quanto acquisite tramite il denaro derivante dalla commissione di un delitto presupposto - quanto quella di impresa illecita c.d. *stricto sensu*, ossia quella in cui, lo svolgimento di attività imprenditoriali lecite rappresenta, in realtà, una schermatura rispetto alla commissione continuativa e sistematica di reati di varia natura.

Quest'ultima tipologia d'impresa, la più pericolosa d'altronde, sopravvive nel contesto economico lecito in virtù di un (*sui generis*) circuito criminale 'chiuso' che continua a perseguire il proprio fine di massimizzazione del profitto tramite il ricorso ad un meccanismo "triangolare" che, combinando tra loro delitti di natura diversa, riesce a raggiungere perfettamente il risultato ultimo dell'inabissamento del profitto stesso operando in tal modo una vera e propria commistione tra economia lecita ed illecita. Sistema triangolare che inizia con l'accantonamento di fondi illeciti (fondi neri) occultati da reati di falso in bilancio, ulteriormente corroborato da indebiti risparmi d'imposta sul versante penale tributario, che orientano il denaro verso le più disparate forme di corruzione che, alterando, a loro volta, il regolare svolgimento di gare e appalti pubblici fa conseguire un profitto illegale che viene fatto scomparire mediante condotte di autoriciclaggio (al giorno d'oggi più probabili, se iscritte in una complessiva attività di organizzazioni complesse specializzate) o riciclaggio.

A questo proposito sequestro e confisca si sono rivelate lo strumento più incisivo di contrasto all'economia mafiosa, forse le uniche misure davvero idonee al raggiungimento dell'obiettivo di rimuovere dalla disponibilità delle Mafie i beni e le ricchezze illecitamente acquisite.

Le misure patrimoniali del sequestro e della confisca di prevenzione devono essere intese come dirette a fronteggiare il pericolo di evitare che le ricchezze illecitamente prodotte vengano riutilizzate per alimentare ulteriori attività illecite o reinvestite in attività economiche lecite con conseguente alterazione del funzionamento del libero mercato.

Il ricorso alla misura preventiva è estremamente utile in quanto risponde ad evidenti ragioni di celerità: prima ancora che il procedimento approdi ad una

mafie e imprese, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2014, 705 e ss.

⁴ FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale «moderno»*, Padova, 1997, 92 ss.

sentenza penale irrevocabile in grado di stabilizzare gli effetti della misura ablatoria⁵, la confisca di prevenzione comporta la devoluzione allo Stato di beni appartenenti al prevenuto di cui la persona non possa giustificare la legittima provenienza e di cui, anche per interposta persona, risulti essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito o alla propria attività economica, nonché dei beni che risultino essere frutto di attività illecite o che ne costituiscono il reimpiego.

Trattandosi di “impresa” a tutti gli effetti, anche quella mafiosa può essere destinataria di misure di prevenzione, misure cautelari penali e quelle derivanti dalla liquidazione giudiziale, oggi disciplinata dal nuovo Codice della crisi e dell’insolvenza⁶.

2. Misure applicabili all’impresa mafiosa: un traffico di precedenze gestito da un semaforo ad intermittenza

In ragione dell’impossibilità di immaginare la coesistenza sugli stessi beni delle misure di prevenzione, misure cautelari penali e della sottoposizione alla procedura concorsuale, il tema più delicato della materia, per quanto qui di interesse, concerne la necessità di individuare una soluzione per risolvere il problema delle interferenze⁷ tra misura di prevenzione e procedura concorsuale, per stabilire se i beni del fallimento possano essere sottratti al sequestro o meno e se sia possibile, dunque, per i creditori concorsuali⁸ poter soddisfare le proprie ragioni sull’attivo.

Il rapporto tra misure di prevenzione e fallimento è stato disciplinato solo con il codice antimafia⁹ che ha sancito la prevalenza del procedimento di prevenzione su quello fallimentare distinguendo l’ipotesi in cui la dichiarazione di

⁵ ROMANÒ, *Gli strumenti di contrasto all’economia mafiosa*, in *Rivista di studi e di ricerche sulla criminalità organizzata*, 2 aprile 2016, 160.

⁶ Per un primo commento, CASSELLA, *Prime riflessioni sul codice della crisi e la riforma del procedimento d’insolvenza*, *Il Sole24ore*, 3 ottobre 2018.

⁷ Solo a titolo di esempio, FORTE, *I rapporti tra le misure di prevenzione patrimoniali e le procedure concorsuali*, in *Diritto Penale d’Impresa*, a cura di Parodi, Milano, 2017, 709 ss.; FORTE, *I rapporti tra le misure di prevenzione patrimoniali e le procedure concorsuali*, in *Misure di prevenzione e procedure concorsuali*, a cura di Caiafa, Roma, 2017, 145 e ss.

⁸ RIZZO, *La tutela dei creditori tra procedure concorsuali e misure di prevenzione: alla ricerca del bilanciamento tra interessi divergenti*, in *Dir. civ. cont.*, 3 aprile 2017; PAPAGNO, *Misure di prevenzione. Cosa cambia in materia di tutela dei terzi e rapporti con le procedure concorsuali*, in www.ilpenalista.it.

⁹ Fino alla vigenza della l. n. 575/1965, in mancanza di una analitica disciplina, vi erano orientamenti contrastanti. Uno riconosceva la prevalenza degli interessi dei creditori, l’altro affermava, invece, l’interesse precipuo dello Stato. La giurisprudenza di legittimità riteneva prioritario l’interesse dello Stato di assicurare l’efficienza, efficacia ed effettività al sistema antimafia con ciò enunciando, di fatto, un difetto di legittimazione ad intervenire nel procedimento di prevenzione (Così Cass., Sez. I, 14 febbraio 1987, Nicoletti, in *Cass. pen.*, 1989).

fallimento sia successiva al sequestro disposto su tutti o alcuni beni dell'imprenditore (art. 63 codice antimafia) da quella in cui, invece, la procedura concorsuale sia precedente alla misura di prevenzione (art. 64).

L'art. 63 prevede l'esclusione dei beni sottoposti a sequestro e confisca dalla massa attiva fallimentare e, «se nella massa attiva del fallimento sono ricompresi esclusivamente beni già sottoposti a sequestro, il tribunale, sentiti il curatore e il comitato dei creditori, dichiara chiuso il fallimento» (co. 6). Nel secondo caso il legislatore ha previsto che il giudice delegato, sentito il curatore e il comitato dei creditori, dispone la separazione di tali beni dalla massa attiva del fallimento e la loro consegna all'amministratore giudiziario. Ma, «se il sequestro e la confisca di prevenzione hanno per oggetto l'intera massa attiva fallimentare ovvero, nel caso di società di persone, l'intero patrimonio personale dei soci illimitatamente responsabili, il tribunale, sentiti il curatore e il comitato dei creditori, dichiara la chiusura del fallimento» (art. 64, co. 7).

La l. n. 161 del 17 ottobre 2017¹⁰ ha apportato alcune modifiche al codice antimafia che, con l'introduzione di nuovi soggetti destinatari, ha di fatto sancito una rinnovata fiducia nel sistema di prevenzione anche se l'ha forse in parte privato della sua natura tipica.

L'applicabilità delle misure di prevenzione anche a soggetti indiziati del delitto di cui all'art. 640-*bis* c.p. o del delitto di cui all'art. 416 c.p. finalizzato alla commissione di taluno dei delitti di cui agli artt. 314 co. 1, 316, 316-*bis*, 316-*ter*, 317, 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater*, 320, 321, 322 e 322-*bis* c.p.¹¹ ha notevoli ripercussioni, in particolare a livello di incidenza numerica e qualitativa, nell'ambito della criminalità d'impresa, sulla tutela dei terzi e sul rapporto tra misure di prevenzione e procedure concorsuali.

L'ampliamento dell'efficacia delle misure di cui agli artt. 20 e 24 del codice antimafia non riguarda unicamente il profilo soggettivo, toccando altresì quello oggettivo attraverso l'inserimento nell'art. 24 del co. 1-*bis* che stabilisce che la confisca di prevenzione può estendersi anche ai beni aziendali. Sembra quasi che il legislatore abbia voluto inserire tra i soggetti destinatari delle misure di prevenzione una persona giuridica: l'impresa che, però, non è più impresa necessariamente mafiosa ben potendosi trattare più semplicemente di

¹⁰ Sul punto, tra gli altri, si veda, RAZZANTE, PEZZUTO, *Il nuovo codice antimafia. Commentario aggiornato alla legge 17 ottobre 2017, n. 161*, Pisa, 2018; FINOCCHIARO, *Le riforme del codice antimafia (e non solo): uno sguardo d'insieme alle modifiche appena introdotte*, in *www.dirittopenalecontemporaneo*; LASALVIA, *La riforma del codice antimafia: prime osservazioni critiche*, in *questa Rivista*.

¹¹ Art. 1, lett. i *bis*) del nuovo codice antimafia. La l. n. 161/2017 ha introdotto tra i soggetti destinatari, anche gli indiziati del delitto di cui all'art. 612-*bis* c.p. alla lettera i *ter*) dell'art. 1.

impresa illecita *tout court*. Disposizione questa, tuttavia, che deve essere raccordata con quanto previsto in tema di coordinamento tra “misure penali” e procedure concorsuali dal nuovo codice della crisi e dell’insolvenza dove, invece, l’impresa occasionalmente mafiosa gode di un trattamento di favore rispetto all’impresa sempre mafiosa.

Di fronte alla coesistenza di numerose e variegata forme ablativo dei patrimoni illeciti si crea un vero e proprio traffico delle precedenze tra processo penale, cautelare, di prevenzione¹² e fallimentare per risolvere il quale è stato predisposto un semaforo i cui criteri, però, sembrano cambiare a seconda del ‘tipo’ di misura e della ‘quantità di mafiosità’ dell’impresa. A ciò si deve aggiungere il variegato panorama delle confische che compone l’universo penalistico e la differente *ratio* loro sottesa.

Già le Sezioni unite Focarelli avevano sancito la prevalenza della misura di cui all’art. 240, co. 2 c.p. sulla procedura fallimentare specificando che la *res* doveva considerarsi «pericolosa in base ad una presunzione assoluta e volendo la legge escludere che il bene potesse essere rimesso in circolazione, sia pure attraverso l’espropriazione del reo, sicché non poteva consentirsi che il bene stesso, restituito all’ufficio fallimentare, potesse essere venduto *medio tempore* e il ricavato distribuito ai creditori»¹³.

Del resto, anche in tema di confisca per equivalente - la cui natura sanzionatoria è indiscussa almeno dalla sentenza Lucci - nonché con riferimento alla forma ablatoria prevista dall’art. 19 d.lgs. n. 231/2001 - la Corte Suprema ha riconosciuto la prevalenza delle misure penali rispetto alla procedura fallimentare giacché, se così non fosse, si ammetterebbe in via pretoria una forma di estinzione della sanzione non prevista dal codice. Del resto, secondo i giudici di legittimità, i diritti di credito dei terzi non sarebbero compromessi in quanto non rappresenterebbero un freno nemmeno nella *voluntas* del legislatore che nell’art. 322-ter c.p. ha posto come unico limite l’appartenenza del bene a persona estranea al reato¹⁴.

Nella sua ultima versione, del 5 ottobre u.s., licenziata letteralmente come «Schema di decreto legislativo recante codice della crisi di impresa e dell’insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155», la novella sul nuovo assetto delle procedure in tema di crisi ed insolvenza detta un intero Titolo (l’VIII) a delineare i rapporti tra il nuovo istituto (nuovo rispetto alla

¹² In argomento, *ex professo*, nella manualistica, cfr. di recente FEBBO, *I codici antimafia*, in *Corso di diritto penale dell’impresa*, a cura di Manna, II, Milano, 2018, 1133 ss., part. 1143 ss.

¹³ Cfr. Cass., Sez. un., 24 maggio 2004, Focarelli, in *Mass. Uff.*, n. 228164.

¹⁴ Così Sez. un., 26 giugno 2015, Lucci, in *Mass. Uff.*, n. 264435; Id., Sez. un., 25 settembre 2014, Uniland S.p.a. in tema di confisca per equivalente e confisca ai sensi dell’art. 19 d.lgs. n. 231/2001.

vecchia procedura liquidatoria del fallimento) della liquidazione giudiziale con le misure cautelari penali. Le disposizioni di interesse sono quelle contenute dagli artt. 317 fino al 321, quasi a voler plasticamente dimostrare che le disposizioni penali, non a caso, si aprono con le norme disciplinanti i rapporti (anche di prevalenza) tra disposizioni dettate nell'ambito delle procedure concorsuali e quelle che governano l'emissione delle misure cautelari reali contenute nel codice di rito. Collocazione topografica che tradisce immediatamente la preoccupazione del legislatore di chiarire in modo espresso il regime di prevalenza tra misure che rischiano pericolose sovrapposizioni o, peggio, "forme di scavalco" prive di una logica, ancor prima di descrivere tutte le fattispecie incriminatrici di cui si dota il nuovo sistema penale-fallimentare.

La disposizione-cardine in tal senso è senz'altro quella contenuta nella prima norma indicata: l'art. 317.

Se ne desume, *prima facie*, che il nuovo codice della crisi e dell'insolvenza, chiamato, più che a introdurre disposizioni sostanziali significativamente differenti, per sostanza e descrizione, rispetto a quelle del regime previgente, sembra piuttosto teso a rinvenire un coordinamento tra misure, sulla linea di quanto stabilito dal codice antimafia.

Non a caso la parte relativa al sistema delle disposizioni concernenti le previsioni in materia penale, intesa in senso ampio comprendente anche le regole processual-penalistiche tese ad applicare le singole incriminazioni, si apre con le norme relative ai rapporti tra la liquidazione giudiziale (che evidentemente prende il posto del fallimento al centro delle procedure concorsuali) e le misure cautelari penali (artt. 317-321) prima che vengano dettate le disposizioni penali intese in senso stretto (artt. 322 e ss.).

Lo schema "a scalare" che il legislatore immagina per dirimere la matassa dei rapporti (anche di prevalenza o priorità) tra procedure concorsuali, misure cautelari reali e misure di prevenzione è composto da regole di carattere generale e da norme speciali che individuano deroghe al regime ordinario. La prima disposizione (art. 317), infatti, stabilisce prima di tutto il dogma del principio di prevalenza delle norme dettate dal titolo IV del codice antimafia (principalmente le norme di cui agli artt. 63 e 64) che disciplinano le situazioni speculari, rispettivamente, della precedenza del sequestro rispetto alla dichiarazione di fallimento e del rapporto inverso del sequestro successivo alla dichiarazione di fallimento. Invece, riguardo alla gestione concorsuale vengono introdotte delle nuove eccezioni contenute negli artt. 318, 319 e 320 cod. crisi ed insolvenza. Ciò che statuiscono tali disposizioni (in specie quelle del codice antimafia) è già stato più sopra illustrato e comporta – come rileva-

to - anche la possibile chiusura della procedura concorsuale rispetto a beni sotto sequestro di mafia. Quindi, la regola generale è che le disposizioni antimafia (i sequestri relativi) hanno la precedenza sulle ragioni creditorie, sottolineando ancora una volta la prevalenza di interessi di carattere pubblico su altri beni in gioco, *melius* che la tutela della sicurezza pubblica (ordine pubblico sotteso alle misure antimafia) debba essere giudicata prevalente su beni giuridici a caratura parzialmente privatistica fondata principalmente sulle ragioni creditorie ai sensi dell'art. 2740 c.c.

Viceversa, le deroghe a questo rapporto "di forza" iniziale sono indicate nelle disposizioni degli artt. 318-320, così come stabilito nell'ultima parte dell'art. 317 con l'inserimento della clausola di riserva («salvo quanto previsto dagli articoli 318, 319, 320»).

Ed in tal caso le regole di precedenza letteralmente si ribaltano.

Infatti, già nell'art. 318, che prevede il sequestro preventivo, si stabilisce che se pende la procedura di liquidazione giudiziale non può essere disposto sequestro preventivo ai sensi dell'art. 321, co. 1, c.p.p. sulle cose di cui al precedente art. 142, a meno che la loro detenzione o alienazione non venga consentita con autorizzazione amministrativa. Dirimente la previsione del co. 2 dell'art. 318 che consente la revoca del sequestro su richiesta del curatore se è dichiarata l'apertura della liquidazione giudiziale.

Ancora più radicale risulta la previsione del successivo art. 319 che, a proposito del sequestro conservativo, esclude senz'altro che possa essere disposto se è pendente la procedura di liquidazione giudiziale. A prescindere dal fatto che il sequestro conservativo segua (co. 1 dell'art. 319) o preceda (co. 2 stessa disposizione) la procedura di liquidazione giudiziale.

Se così è, entra immediatamente in crisi l'affermazione appena adombrata più sopra, per cui si desumerebbe dal carattere prettamente "pubblicistico" degli interessi in campo il metro di giudizio con cui misurare le ragioni della prevalenza delle misure da adottare, perché è proprio la previsione "di prevalenza" contenuta nelle norme che regolano la liquidazione giudiziale rispetto alle ragioni che si possono far valere in sede cautelare reale nel processo penale che smentisce in pieno tale conclusione. E la prospettiva di queste ultime misure è anch'essa di evidente caratura pubblicistica della tutela.

Pertanto, le ragioni della prevalenza tra misure non possono essere in alcun modo rintracciate sul crinale pubblico/privato, perché ciò è smentito apertamente dalle nuove disposizioni sul codice della crisi.

Ciò vale anche in caso di liquidazione coatta amministrativa rispetto ai rapporti con le misure di prevenzione, come si evince dalla norma interpretativa 'estensiva' (della disciplina) di cui all'art. 321 cod. crisi ed insolvenza.

Anzi, tutt'al contrario la sequenza delle precedenze sembrerebbe disporsi secondo la seguente cadenza: i) misure di prevenzione antimafia; ii) misure concernenti le procedure concorsuali; iii) misure cautelari reali.

È evidente, infatti, la differenza tra la nuova disciplina e il coordinamento previsto dal codice antimafia. Mentre quest'ultimo prevede la prevalenza del procedimento di prevenzione limitatamente ai beni dell'attivo fallimentare colpiti da misura di prevenzione precedente o successiva alla procedura fallimentare e stabilisce la chiusura del fallimento solo ove tutti i beni dell'attivo siano sottoposti a sequestro di prevenzione, le nuove disposizioni del codice antimafia riconoscono una prevalenza generale al sequestro e alla confisca di prevenzione prevedendo in entrambi i casi la chiusura della procedura.

Nei rapporti tra interesse pubblico dello Stato a perseguire associazioni mafiose imprenditorialmente organizzate attraverso l'ablazione dei patrimoni illeciti e *par condicio creditorum*, viene, dunque, accordata preferenza generale all'interesse pubblico. Ed in questi termini si era già espressa la giurisprudenza di legittimità con la sentenza Tanzarella secondo la quale, lungi dal verificarsi un'indebita compromissione dei diritti dei terzi, «sulla procedura fallimentare deve prevalere la procedura preventiva, sia quando il fallimento sia stato dichiarato prima del sequestro preventivo, sia - *a fortiori* - quando sia stato dichiarato successivamente alla sottoposizione del bene a vincolo reale. 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»¹⁵.

Ma, ed anche questo risulta parimenti chiaro, ciò non vale nei rapporti tra procedure concorsuali e misure cautelari reali penali ordinarie contenute nel codice di rito.

Se ne desume che è dalla "mafiosità" dei titoli che legittimano le misure, piuttosto che dal carattere pubblicistico o meno degli interessi in gioco, che si decide il funzionamento del principio di prevalenza.

Sarà, pertanto, dirimente un'interpretazione corretta della norma di cui all'art. 34 bis cod. antimafia per stabilire l'esatto regime cui un'azienda o impresa debba essere sottoposta. Specialmente nei casi che si collocano in una sorta di "zona grigia" tra imprese mafiose *tout court* ed occasionalmente considerate tali.

Fin qui, dunque, (forse) nulla da osservare se non sulla mancanza di un ombrello in capo ai terzi in buona fede: si potrebbe sostenere la necessità di un

¹⁵ Cfr., Cass., Sez. I, 22 marzo 2011, Tanzarella, in *Cass. pen.*, 2012, 2638.

presidio antimafia che merita di transitare sulla corsia di emergenza.

3. Confisca unico presidio antimafia?

Se la *ratio* della preferenza accordata alla confisca è da rintracciarsi nell'esigenza di istituire un presidio antimafia, non sarebbe ragionevole porre un limite al tipo di misura applicata, né si comprende la ragione della previsione della norma di salvaguardia di cui all'art. 34-bis d.lgs. n. 159 del 2011 laddove si tratti di impresa occasionalmente mafiosa.

Ciò che viene in rilievo, però, sembrerebbe essere un intervento mirato a colpire solo le attività imprenditoriali *in toto* mafiose, davanti alle quali non è neppure opponibile la mancata tutela dei terzi in buona fede.

Tutto ciò presuppone però la delimitazione certa del *quantum* di infiltrazione occorra accertare per poter configurare un'impresa come mafiosa rispetto a quando l'intervento della mafia nelle organizzazioni imprenditoriali è da considerarsi solo occasionale. Il *discrimen* non è di poco conto: ne va della destinazione del patrimonio di imprese che, si badi, in entrambi i casi, sono state toccate dai tentacoli della criminalità organizzata.

Se i terzi in buona fede possono passare in secondo piano per un interesse dello Stato alla realizzazione dell'ordine pubblico messo in pericolo dalle organizzazioni mafiose, tale interesse dovrebbe essere preminente in ogni caso: anche se si tratta di infiltrazioni in imprese che sembrano mantenere una parvenza di legalità.

Diventa, allora, in tale prospettiva, decisivo stabilire quando ricorra «l'agevolazione occasionale» di persone per le quali è stata proposta o applicata una misura di prevenzione¹⁶.

La norma presenta indubbi profili di criticità per la sua permeabilità a possibili forme di accertamento eccessivamente discrezionale o presuntivo che possano indurre soluzioni di tipo casistico, come tali suscettibili di applicazioni disomogenee per due ordini di ragioni.

Il primo riguarda, sul piano strettamente semantico, il significato della stessa locuzione di «agevolazione occasionale» in cui si combinano due termini endemicamente propizianti chiavi di lettura molto variegata. Il concetto di agevolazione, perché richiama un certo nesso di causalità condizionalistica tra impresa e soggetto preposto di ardua verificabilità, se non in caso di prove

¹⁶ Sul punto si v. FINOCCHIARO, *La riforma del codice antimafia (e non solo): uno sguardo d'insieme alle modifiche appena introdotte*, cit., 256 ss.; VISCONTI, *Ancora una decisione innovativa del Tribunale di Milano sulla prevenzione antimafia nelle attività imprenditoriali*, cit., 11 luglio 2016; *Dossier* (a cura di Delfino, Geraci, Rinaldo e Squillaci), *Art. 34-bis d.lgs. 159/2011. Il controllo giudiziario delle aziende*, in *CeRPEC, Centro di ricerca sulle misure di prevenzione e sull'economia della criminalità*, 5.

certe di forme di contiguità costanti e rilevanti dell'imprenditoria alla consorzeria criminale. Il secondo, in quanto ruota su di un concetto di misurabilità sia qualitativa che, forse a maggior ragione, quantitativa dei rapporti impresa/consorzeria ancora una volta di difficile decifrazione.

Il secondo concerne la prova, che il giudice deve fornire, della sussistenza di circostanze di fatto da cui si possa desumere il pericolo di infiltrazioni mafiose idonee a condizionarne l'azione.

Giudizio a "triplice grado probabilistico" perché fondato su di un percorso a) di tipo deduttivo, b) di prognosi postuma fondata sul pericolo e c) basato sull'idoneità condizionante dell'organizzazione criminale rispetto all'attività dell'impresa "in odore di...". Il che equivale ad affermare che, oltre che di tipo predittivo, il giudizio concerne accertamenti riguardanti la causalità psichica. Di un *feedback* negativo che s'instaura tra i componenti le strutture mafiose e i rappresentanti del management dell'impresa implicata.

Il rischio che il tutto si fondi sull'esame (più o meno stringente) di indizi da cui si possa ricavare tale supposto collegamento con un grado di probabilità, non di alta frequenza e molto lontanamente accostabile ad un certo grado di credibilità razionale o di elevata probabilità logica, è più che plausibile. E trattandosi di misure di prevenzione, a carattere fortemente anticipato del loro momento d'intervento, è altrettanto verosimile che si possa verificare una decisa sterzata su parametri sintomatici propri di un certo tipo di autore (il preposto, il quasi-preposto, l'occasionalmente condizionato/possibile preposto).

Il punto è tipico e merita ulteriori approfondimenti.

Il riferimento, difatti, all'agevolazione sembra richiamare quel genere di contributi, di per sé atipici rispetto al tipico contributo concorsuale, che acquista rilievo eziologico solo se lo si misura con il contegno del sodalizio cui esso accede. Perché l'agevolazione appare come un apporto accessorio ad un'attività principale di cui costituisce il completamento "ad intermittenza" che occorre per conseguire vantaggi, rispetto al profitto, più ingenti, più pronti e più sicuri. Inoltre, il contributo agevolatorio qualifica un tipo di apporto che si può bloccare anche alle c.d. condotte di "contiguità" al fenomeno mafioso da parte del ceto imprenditoriale, che, già a far data dalla nota vicenda, avvenuta negli anni '90, dei «cavalieri del lavoro», fa fluttuare il giudizio sulla loro rilevanza giuridico-penale in una zona grigia tra il sostegno effettivo e convinto, ed il comportamento dettato solo da ragioni di convenienza indiretta, se non addirittura compulsato da situazioni di necessità, determinate da un diffuso stato di assoggettamento su di un certo territorio di riferimento alla consorzeria mafiosa vera e propria.

Inoltre, dal momento che la disposizione dell'art. 34-*bis* fa esplicitamente rin-

vio al precedente art. 34 per qualificare tali condotte di agevolazione, se ne desume da tale ultima disposizione che esse si riferiscono non all'attività dell'associazione intesa nella sua interezza di ente criminale, quanto piuttosto a condotte di agevolazione delle «attività delle persone», vale a dire dei singoli individui che la compongono. Il che rende plausibile che debba trattarsi di un'azione di determinazione causale, sia pure solo di agevolazione, di tipo psichico, che, in quanto tale, richiede complessi accertamenti in sede di verificabilità processuale. Questi ultimi, infatti, come tutte le ipotesi di causalità psichica vanno misurate sull'osservazione delle modificazioni dei comportamenti delle persone cui il contegno agevolatorio è destinato. Indi gli stessi componenti dell'organizzazione criminale. Prova che potrebbe presentare notevoli margini di ardua difficoltà.

Infine, l'espressa dizione secondo la quale l'agevolazione debba essere «occasionale» implicherà l'impiego di parametri, per valutarla, più di tipo quantitativo, nel senso di “episodico”, “eccezionale”, “discontinuo”, o potrà anche involgere disamine di tipo qualitativo, come quelli inerenti all’“importanza”, “rilievo”, “significatività”, delle caratteristiche del contributo agevolatorio stesso? Questa seconda prospettazione interpretativa sembra preclusa dall'*argumentum* a contrario della sua assenza dal testo della norma dell'art. 34-*bis*; circostanza, questa, che potrebbe rendere ancor più impervia la prova della sussistenza dei requisiti per dimostrare l'esistenza non di un'associazione *tout court* mafiosa ai sensi del fatto tipico di cui all'art. 416-*bis*, quanto piuttosto dell'impresa «occasionalmente» infiltrata dal sodalizio mafioso.

Il riferimento al pericolo concreto che si verifichi detta infiltrazione, inteso in termini di prognosi rispetto alle caratteristiche comportamentali dei soggetti coinvolti, non fa che aumentare il timore si possa trattare dell'espressione di un diritto criminale di stampo sintomatologico.

A quel punto, il diritto penale del fatto, pur in presenza di misure che possono essere draconiane per l'impresa ed i soggetti che la rappresentano o più semplicemente la compongono, potrebbe essere solo un vago ricordo.