

Rf. 131/17 T.R.



**TRIBUNALE DI SANTA MARIA CAPUA VETERE  
SECONDA SEZIONE PENALE - COLLEGIO D**

Il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, Seconda Sezione Penale - Collegio D, riunito in camera di consiglio, con l'intervento dei signori Magistrati :

dott. Massimo Urbano

Presidente est.

dott. Francesco Balato

Giudice

dott. Giorgio Pacelli

Giudice

ha deliberato la seguente

**ORDINANZA**

nel procedimento di riesame iscritto al n. 131/17 TRIB promosso da [REDACTED] e [REDACTED] avverso il provvedimento, emesso in data 1.03.2017 dal GIP presso il Tribunale, di sequestro preventivo finalizzato alla confisca delle somme di denaro nella disponibilità della [REDACTED] s.r.l. in liquidazione fino alla concorrenza di € 365.274,24; esaminati gli atti del procedimento;  
sentito il difensore;  
sentito il Giudice relatore,

**OSSERVA E RILEVA**

Il riesame proposto nell'interesse di [REDACTED] e [REDACTED] è fondato a va, pertanto, accolto.

I due ricorrenti rispondono del reato di cui all'art. 10-bis D. LGS. 74/2000 perché, il primo nella qualità di amministratore fino al 20.7.2015 ed il secondo di liquidatore da quella data della [REDACTED] s.r.l., avrebbero omesso di versare nel termine di legge le ritenute dovute nella qualità di sostituti di imposta per un ammontare di € 180.564,50 per l'anno di imposta 2013 e di € 184.709,66 per l'anno 2014.

Il Gip, investito della relativa richiesta, ritenendo sussistente il fumus dei reati contestati disponeva il sequestro diretto del profitto conseguente ed in caso di insufficiente disponibilità liquide in capo alla società, il sequestro per equivalente ed in misura della differenza dei beni nella disponibilità dei due indagati, ciascuno per la propria parte.

Il sequestro veniva eseguito sulle somme presenti sul conto corrente n. 1000/590010 intestato al Concordato preventivo n. [REDACTED] s.r.l., avente

un saldo contabile al momento della esecuzione di € 1.119.874, fino alla concorrenza di € 365.274,00.

Con i motivi di impugnazione la difesa degli indagati fa valere le seguenti doglianze:

la non sequestrabilità delle somme in presenza di un concordato preventivo sulla base di una lettura costituzionalmente orientata delle norme che ne disciplinano il funzionamento;

l'insussistenza del fumus commissi delicti in ordine al reato contestato al capo b) per l'anno di imposta 2014;

l'assenza del profitto di reato in quanto le somme sequestrate provenivano da finanza esterna;

la illegittimità costituzionale dell'art. 10-bis d lgs 74/2000 per irragionevolezza in relazione all'art. 10-ter stesso decreto.

Giova premettere che, con ricorso depositato presso la cancelleria della sezione fallimentare di questo Tribunale, la [REDACTED] Srl in liquidazione chiedeva l'ammissione alla procedura di concordato preventivo ex art. 161 L.F. con riserva di presentare la proposta ed il programma di liquidazione.

Medio termine Equitalia Sud S.p.a. presentava ricorso per la dichiarazione di fallimento che veniva allegata al fascicolo del procedimento di concordato preventivo per essere trattata congiuntamente.

Il Tribunale, con decreto del 28.5.2015, concedeva termine fino al 27.7.2015 per la presentazione della proposta nominando un Commissario giudiziale. Dopo una proroga di 60 giorni la [REDACTED] srl presentava la proposta contenente il piano e la documentazione necessaria riformulata a seguito delle osservazioni del Commissario ed il 17.12.2015 il Tribunale dichiarava aperta la procedura di concordato preventivo che si chiudeva con il decreto di omologa del 13 luglio 2016. 

I reati contestati ai ricorrenti riguardano uno l'anno di imposta 2013 che si sarebbe consumato in data 19 settembre 2014, e l'altro l'anno 2014 che si sarebbe consumato il 21 settembre 2015.

Quanto a quest'ultimo reato, contestato al solo [REDACTED] perchè a quella data subentrato all'amministratore come rappresentante legale della società già posta in liquidazione, non ricorrono i presupposti per la sua configurabilità.

Invero, ai sensi dell'art. 168 L.F., dalla data di presentazione del ricorso e fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo, i creditori per titolo o causa anteriore al decreto non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive sul patrimonio del debitore. Mentre a mente del precedente articolo 167, relativo alla gestione dei beni ed all'esercizio dell'impresa in pendenza di procedura, gli atti eccedenti 



l'ordinaria amministrazione, tra cui rientra sicuramente il pagamento dei debiti, devono essere compiuti previa autorizzazione del giudice delegato, pena la non opponibilità ai creditori anteriori al concordato.

Ne consegue che, come meglio si dirà più in avanti, il debitore non può distrarre di iniziativa risorse finanziarie per pagare debiti già maturati alla data di presentazione del ricorso. Né quello erariale può ritenersi, ai fini di una possibile estinzione in via anticipata, un credito strategico ai fini dell'esercizio o conservazione dell'impresa.

Poichè alla data del 21 settembre 2015, termine ultimo per l'adempimento del relativo obbligo, la procedura si trovava già in una fase interlocutoria, nel senso che risultava presentata una domanda di concordato sul cui esito il Tribunale non si era ancora pronunciato pur avendo provveduto a nominare un commissario giudiziale, l'allora liquidatore non poteva di certo provvedere al pagamento delle ritenute di imposta maturate dall'Erario nell'ultimo anno di imposta.

Da qui la insussistenza del reato concorrendo un vero e proprio divieto di legge a tenere quella stessa condotta censurata da un punto di vista penale.

Resta, quindi, il solo reato di cui al capo a), relativo all'anno di imposta 2013, che si sarebbe consumato il 19 settembre 2014, data di presentazione della dichiarazione da parte della società, periodo che non risulta coperto dalla pendenza del procedimento concordatario.

Anche alla luce delle argomentazioni difensive e dell'invito a leggere la normativa di riferimento in un'ottica di sistema in cui vengono in rilievo più istituti appartenenti a diversi settori del diritto, e vengono coinvolti molteplici interessi, anche di rilievo costituzionale (lo stesso concetto di conservazione dell'azienda e del suo valore alla luce di tutta la normativa più recente può ritenersi un interesse costituzionalmente garantito), occorre a questo punto svolgere alcune considerazioni in ordine alla possibilità, sia in astratto che in concreto, di ritenere azionabile lo strumento del sequestro finalizzato alla confisca di beni che allo stesso tempo siano interessati da una procedura concorsuale.

Il sistema economico, nell'epoca attuale, per effetto della globalizzazione, subisce profondi mutamenti, spesso repentini e, comunque, frequenti.

Le tecnologie conoscono cambiamenti radicali in tempi brevissimi e la domanda di beni e servizi, provenendo da realtà sociali ed economiche diversissime tra loro, è soggetta a metamorfosi continue.

In un contesto economico di questo genere, i rischi per le imprese aumentano in modo esponenziale per cui occorre individuare strumenti giuridici che, pur assicurando la tutela dei creditori, non disincentivino le attività imprenditoriali.







Per questo motivo il legislatore italiano ha modificato la disciplina del fallimento.

Questo cambiamento della normativa è avvenuto poiché il legislatore nazionale ha dovuto adeguarsi alla disciplina comunitaria più orientata verso il salvataggio e la ristrutturazione dell'impresa insolvente che alla sua liquidazione. Tale orientamento nasce dalla constatazione che la crisi dell'impresa priva il sistema economico di una potenziale fonte di creazione di ricchezza e che quindi è interesse di tutti che ciò non si verifichi. La crisi dell'impresa, infatti, oltre ad avere conseguenze per l'imprenditore e per i suoi creditori, si ripercuote anche sui lavoratori subordinati dell'imprenditore.

In questa direzione va tutta la legislazione più recente in tema di crisi di impresa di cui il concordato preventivo è solo uno degli strumenti per la risoluzione dei relativi problemi.

Nell'affrontare nella sua richiesta la problematica della confiscabilità di somme provento di reato ai danni di società ammesse alla procedura di concordato preventivo, il Pubblico Ministero ha evidenziato come la giurisprudenza sia orientata a considerare comunque prevalente la natura e la ratio del sequestro preventivo, finalizzato alla confisca obbligatoria, rispetto alla ratio del concordato preventivo, attesa, in quest'ultimo caso, *"la sua natura negoziale che, per tali ragioni, è suscettibile sempre di risoluzione per inadempimento"*. Nè, continua l'Ufficio richiedente il provvedimento impugnato, *"varrebbe opporre a garanzia dell'adempimento, l'avvenuta omologazione da parte del Tribunale, atteso che non rientra nel perimetro di controllo (di legittimità sostanziale), demandato al Tribunale. Pertanto, fino all'adempimento integrale dell'obbligazione tributaria, permarrrebbe in capo all'agente un profitto da reato e, quindi, la giuridica possibilità di confisca e sequestro dei beni nella misura equivalente"*. (Cass. 30140/12 e Cass. 24185/13).

Questo Collegio, tuttavia, non è dello stesso avviso, come peraltro già sostenuto in Giurisprudenza.

Invero, il concordato preventivo, pur originandosi da un impulso del debitore, come sottolinea Cass. sez. 3 , 14 maggio 2013 n. 44283, non è confinato in un dispositivo privatistico, governato esclusivamente dalle parti (debitore e creditore) dei negozi coinvolti in quell'inadempimento complessivo che integra lo "stato di crisi" (L.F., articolo 160, comma 1) o addirittura "lo stato di insolvenza" (articolo 160, u.c.), bensì attinge alla soglia pubblicistica, si snoda in un percorso giurisdizionalmente disegnato e vigilato, per ricevere, infine, una ratifica di quanto deliberato dai creditori sulla proposta del debitore da parte dell'organo giurisdizionale che non può ritenersi irrilevante ai fini delle conseguenze penali della condotta conforme al deliberato accordo.

Si possono assai sinteticamente evidenziare questi aspetti, osservando anzitutto che nel momento stesso in cui accede alla relativa procedura il debitore passa dalla gestione autonoma e quindi "privata" dei suoi debiti, a uno strumento il quale, pur dando spazio agli interessi privati per conformarsi in concreto, è qualificabile come pubblico, come emerge chiaramente dalla legge fallimentare che lo disciplina.

L'accesso, appunto, può essere chiesto dall'imprenditore che si trova in stato di crisi, anche nel senso di insolvenza, sulla base di un piano che propone ai creditori (v. articoli 160 e 161), il cui contenuto non solo è assoggettato ad una parziale predeterminazione normativa (v. ancora articolo 160), ma, soprattutto, dà luogo ad una vera e propria procedura giurisdizionale: comunicata la domanda di concordato al pubblico ministero (articolo 161, u.c.) il Tribunale, dopo le necessarie verifiche (che possono sfociare anche nella dichiarazione di inammissibilità della proposta di concordato ed eventualmente, altresì, nella dichiarazione di fallimento: articolo 162), "dichiara aperta la procedura di concordato preventivo", delegandovi un giudice e nominando un commissario giudiziale che esplicherà funzioni di pubblico ufficiale (articoli 163 e 165).

Per tutto il periodo che intercorre tra la domanda di concordato pubblicizzata nel registro delle imprese e il conclusivo decreto di omologazione, a dimostrazione ulteriore della natura pubblicistica dell'istituto, di cui gode già prima dell'ammissione operata dall'organo giurisdizionale, la tutela diretta dei singoli creditori per titolo o causa anteriore è in buona parte "congelata" (v. articoli 168 e 169, e articolo 55, comma 1; e cfr. articolo 169 bis); e durante la procedura di concordato la gestione da parte del debitore dei suoi beni e della sua impresa è a sua volta imbrigliata dalla vigilanza del commissario giudiziale e dalla necessità di autorizzazione del giudice delegato (articolo 167).

Il conclusivo provvedimento di omologazione gode di un indiscutibile spessore giurisdizionale potendo essere preceduto, nel caso di opposizione, da una vera e propria fase istruttoria (articolo 180); e dal diniego di omologazione conclusiva, se ne sussistono i presupposti, su istanza creditoria o del PM, si passa direttamente alla sentenza dichiarativa di fallimento, "emessa contestualmente al decreto" che "respinge il concordato", il quale, in ultima analisi, può qualificarsi peculiare domanda giurisdizionale, alternativa a quella di dichiarazione di fallimento (cfr. articolo 180, u.c., ma anche articolo 162, comma 2, e articolo 160, u.c.).

Se, dunque, la dilazione del pagamento del debito erariale (dilazione compensata dalla non elisione di interessi e sanzioni amministrative, atteso che nel caso di specie è previsto il pagamento in misura integrale) rientra nell'ambito del piano concordatario e se il concordato preventivo non è una

manifestazione di autonomia negoziale, bensì un istituto prevalentemente pubblicistico (che poi il suo stesso accesso sia libera scelta da parte dell'imprenditore in crisi è vero fino a un certo punto, poichè l'alternativa, perlomeno quando la situazione di crisi coincide con lo stato di insolvenza, è il fallimento), è più che illogico considerare ciò tamquam non esset ai fini penali, dissociando settori parimenti pubblicistici dell'ordinamento, ovvero consentendo da un lato al giudice fallimentare di ammettere al concordato preventivo l'imprenditore che nel suo piano progetta di commettere un reato e poi di omologare la deliberazione con cui i creditori hanno approvato (anche) un siffatto progetto criminoso, e dall'altro al giudice penale di sanzionare il soggetto che ha eseguito un accordo omologato (la cui relativa domanda era stata, tra l'altro, ab origine comunicata al pubblico ministero) condannandolo per il reato di cui al Decreto Legislativo n. 74 del 2000, articolo 10-bis (cfr. Cass. 15853/2015).

Questa evidente e insostenibile frattura ordinamentale, d'altronde, nulla ha a che fare con l'autonomia che intercorre tra il processo tributario e il processo penale, più volte riconosciuta dalla giurisprudenza nomofilattica (nel Decreto Legislativo 10 marzo 2000, n. 74, articolo 20, si ravvisa un vero e proprio principio di reciproca indipendenza: cfr. Cass. sez. 2 , 22 novembre 2011-28 febbraio 2012 n. 7739, in motivazione) ma è relativa all'accertamento della sussistenza dell'evasione non esistendo alcun vincolo del giudice penale rispetto all'accertamento tributario e, al contrario, spettando esclusivamente al giudice penale di accertare e determinare l'importo della imposta evasa ai fini di valutare la concreta configurabilità del reato tributario (sulla inesistenza della pregiudiziale tributaria v. pure Cass. sez. 3 , 15 luglio 2014 n. 37335; Cass. sez. 3 , 4 giugno 2014 n. 38684; Cass. sez. 3 , 7 ottobre 2011 n. 36396; Cass. sez. 3 , 18 maggio 2011 n. 36396; Cass. sez. 3 , 28 maggio 2008 n. 21213; e sulla non incidenza anche dell'accertamento concordato con l'Autorità finanziaria v. Cass. sez. 3 , 2 dicembre 2011-14 febbraio 2012 n. 5640): diverso, infatti, è il caso in cui nulla vi è da accertare sul piano fattuale, essendo indiscussa la condotta dal punto di vista storico, e la questione verte sul dato che detta condotta rientra nel contenuto di un istituto prevalentemente pubblicistico realizzato sotto una governance giurisdizionale, dal quale, logicamente, non può trarre una liceità relativa esclusivamente all'ambito di detto istituto, ovvero una liceità cui il diritto penale rimane impermeabile al punto che il giudice fallimentare avrebbe ricevuto dal legislatore il potere di ammettere la proposta prima, e omologare poi una condotta penalmente illecita.

Una siffatta intersecazione tra le norme penali e le norme concorsuali non può, pertanto, svuotare di contenuto queste ultime, relativizzandone gli effetti di

applicazione; un imprescindibile coordinamento dovrà dunque riflettersi non solo sull'elemento soggettivo che anima la condotta, bensì, a priori, sulla sussistenza dell'elemento oggettivo di illecito penale, nel senso di escluderla (cfr. sempre Cass. 15853/15 nel caso sottoposto al suo vaglio che era relativo al pagamento dell'Iva in un momento successivo all'ammissione al concordato).

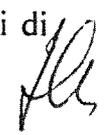
Nel caso di specie, la proposta di concordato contenente il piano e la documentazione ai sensi dell'art. 161, commi 2 e 3, L.F., contemplava un debito tributario complessivo di € 6.087.667,76, comprensivo di debiti erariali non iscritti a ruolo, debiti erariali già passati in capo agli Agenti della riscossione, e tributi locali. Tra i primi due rientrano, come da prospetto contenuto nella proposta, anche le ritenute da lavoro autonomo e dipendente che, nel secondo caso, risultavano da un estratto di ruolo dell'8.5.2015 e, quindi, comprensivo anche dell'anno di imposta 2013, che è quello che residuerebbe come reato nel caso di specie.

Il sequestro è intervenuto a concordato già omologato ed ha riguardato somme giacenti sul conto corrente intestato alla procedura.

Orbene, la proposta concordataria, che ha avuto prima il consenso dei creditori, e, quindi, anche dell'Agenzia delle Entrate che con i suoi rappresentanti ha partecipato alla relative adunanze senza esprimere alcun dissenso rispetto alla proposta di estinzione del proprio credito in misura del 100%, e, successivamente, l'imprimatur del Tribunale, prevede, nell'ordine: il pagamento integrale delle spese di procedura e funzionamento della società; il pagamento integrale dei debiti in prededuzione; il pagamento dei debiti dei creditori privilegiati, tra i quali, lavoratori dipendenti ed autonomi e, per l'appunto, l'Erario.

Il fabbisogno concordatario si fonda sulle seguenti operazioni liquidatorie: cessione di un asset aziendale; incasso di crediti ed incasso di nuova finanza per € 2.000.000. Al momento della presentazione le disponibilità liquide della società ammontavano a soli € 5.141,74.

Da quanto esposto consegue che le somme sequestrate sono quelle provenienti dalla nuova finanza e quindi, nella esclusiva disponibilità della procedura concordataria e non della società che si è arricchita del provento del reato, per cui la loro apprensione, essendo diretta, da un lato, inciderebbe su risorse che provengono da soggetti terzi alla società che si è avvantaggiata dalla commissione del reato e, soprattutto, che hanno un vincolo di destinazione predeterminato ed assentito giudizialmente; dall'altro, sottrarrebbe risorse agli altri creditori che vengono prima dell'Erario come classe di credito, creando potenzialmente, le condizioni, in caso di infruttuosa conclusione della procedura liquidatoria, per una bancarotta preferenziale con danno degli altri creditori di



grado superiore.

Una lettura costituzionalmente orientata delle disposizioni in esame, quindi, consente di escludere, quantomeno nel caso di specie, la possibilità di un sequestro finalizzato alla confisca obbligatoria e, quindi, non giustifica il mantenimento del sequestro.

Da qui l'accoglimento della richiesta di dissequestro.

**P.Q.M.**

letto l'art. 324 c.p.p.;

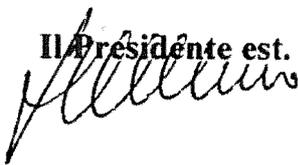
accoglie il riesame e, per l'effetto, dispone la restituzione dei beni all'avente diritto.

Delega per l'esecuzione la P.G. che ha eseguito il sequestro.

Manda alla cancelleria per i relativi adempimenti e per le comunicazioni di rito.

Così deciso in S. Maria Capua Vetere, in data 13.4.2017

**Il Presidente est.**



**Il Giudice**



**Il Giudice**



DEPOSITATO IN CANCELLERIA  
IL 21/4/17  
IL FUNZIONARIO

