

VIII CONVEGNO ANNUALE DELL'ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI
UNIVERSITARI
DI DIRITTO COMMERCIALE "ORIZZONTI DEL DIRITTO COMMERCIALE"

*"IL DIRITTO COMMERCIALE VERSO IL 2020: I GRANDI DIBATTITI IN CORSO, I GRANDI
CANTIERI APERTI"*

Roma, 17-18 febbraio 2017

MAURIZIO IRRERA

**Il Decreto Anticorruzione e l'amministratore di nomina prefettizia: una
complessa sfida interpretativa**

1. Considerazioni introduttive.

Con il Decreto Legge 24 giugno 2014, n. 90 (d'ora in poi "Il Decreto 90/2014"), recante *"Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari"*, convertito, con modifiche, dalla Legge 11 agosto 2014, n. 114, il Governo *"ritenuta la straordinaria necessità ed urgenza di introdurre disposizioni volte a garantire un miglior livello di certezza giuridica, correttezza e trasparenza delle procedure nei lavori pubblici, anche con riferimento al completamento dei lavori e delle opere necessarie a garantire lo svolgimento dell'evento Expo 2015"*¹, ha introdotto, tra le altre cose, un complesso articolato di disposizioni in materia di appalti (per la realizzazione di opere pubbliche, servizi o forniture), concessioni di lavori pubblici ed affidamenti ad un contraente generale *ex art. 194 D.lgs. 19 aprile 2016, n. 50 (c.d. Codice degli Appalti)*.

In particolare, l'art. 32 del Decreto 90/2014, rubricato *"misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della*

¹ Così nelle premesse al Decreto 90/2014.

prevenzione della corruzione”, ha determinato un sensibile rafforzamento dei poteri del Presidente dell’Anac² con riguardo agli appalti, alle concessioni ed agli affidamenti sopraindicati³.

L’art. 32, infatti, ha riconosciuto al Presidente dell’Anac, in modo penetrante e peculiare, il potere di richiedere al Prefetto l’adozione di misure dirette ad incidere sui poteri di amministrazione e gestione dell’impresa coinvolta in procedimenti penali per gravi reati contro la pubblica amministrazione (di cui al libro II, titolo II del Codice Penale) o nei cui confronti emergano situazioni di anomalia sintomatiche di condotte illecite o criminali.

I possibili destinatari delle misure previste all’art. 32 del Decreto 90/2014 sono – come espressamente indicato al comma 1 della disposizione in commento – le imprese aggiudicatarie degli Appalti Pubblici, la cui esecuzione non sia stata ancora completamente ultimata⁴. Nella nozione di imprese aggiudicatarie di cui al comma 1 devono essere ricomprese anche le imprese che, in qualità di componenti di A.T.I. o consorzi, abbiano stipulato uno o più Appalti Pubblici⁵. In presenza, infatti, di tali aggregazione di imprese, ciò che rileva è l’attività imprenditoriale complessivamente considerata, talché, in tali fattispecie, l’adozione di una delle misure di cui all’art. 32 prescinde dal dato relativo all’intestazione formale del contratto, per, viceversa, attribuire rilevanza

² L’Anac ed il Ministero dell’Interno hanno adottato tre Linee Guida, con le quali hanno inteso fornire alcuni primi orientamenti interpretativi utili per l’esercizio delle innovative previsioni recate dall’art. 32 del Decreto 90/2014. In particolare, la prime due Linee Guida sono prevalentemente incentrate sull’individuazione delle finalità delle misure nonché sulla natura e sugli effetti delle medesime; le Terze Linee Guida, viceversa, offrono chiarimenti in ordine alla determinazione dei compensi spettanti agli amministratori di nomina prefettizia, attraverso i quali – come si vedrà – si realizza la straordinaria e temporanea gestione dell’attività di impresa. Le Linee Guida sono reperibili sul sito internet: “<http://www.anticorruzione.it>”.

³ D’ora in poi, gli appalti, le concessioni e gli affidamenti presi in considerazione dalla disposizione in esame verranno definiti, per brevità, “Appalti Pubblici”.

⁴ In tal senso, cfr. Prime Linee Guida, *cit.*, p. 6.

⁵ Cfr. Prime Linee Guida, *cit.*, p. 6.

allo svolgimento effettivo di un'attività di impresa ricollegabile al contratto.

In particolare, i tre presupposti al ricorrere dei quali è consentita l'adozione di una delle misure previste all'art. 32 sono alternativamente: *a)* la pendenza di procedimenti penali per reati determinati; *b)* la sussistenza di rilevate "situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o di eventi criminali" attribuibili all'impresa o di "condotte illecite od eventi criminali attribuibili ad un'impresa ovvero ad un concessionario di lavori pubblici"; *c)* infine - ai sensi di quanto previsto all'art. 32, comma 10 - l'avvenuta emanazione di un'informazione antimafia interdittiva di cui agli art. 90 e ss. del Decreto Legislativo 6 settembre 2011, n. 159 (c.d. Codice Antimafia).

Il secondo presupposto previsto, in via sussidiaria, dalla norma⁶ è piuttosto carente sotto il profilo della determinatezza, non essendo chiaro cosa si intenda per "situazioni sintomatiche" o per "eventi criminali attribuibili ad un'impresa". In tal modo, è certo, comunque, essersi riconosciuto al Presidente dell'Anac il potere di richiedere l'adozione di una delle misure previste dalla norma anche prima dell'avvio di un procedimento penale. Infatti, il Legislatore si è premurato di individuare un raccordo tra il procedimento in esame e l'azione penale, avendo - come si è dato conto - stabilito che il Presidente dell'Anac ha il dovere di informare il Procuratore della Repubblica dell'esistenza di elementi che giustificano l'adozione di una delle misure in esame; il che equivale, in sostanza, ad un obbligo di comunicazione di una *notitia criminis*. Le Linee Guida⁷ individuano, quale esempi, di tali "situazioni anomale" fattispecie distorsive della regolarità e trasparenza della procedure di aggiudicazione

⁶ Quello *sub b)*.

⁷ Cfr., in particolare, Prime Linee Guida, *cit.*, p. 7.

(quale, ad esempio, la comprovata sussistenza di collegamenti sostanziali tra le imprese partecipanti alla gara), o la presenza di accordi di desistenza artatamente orientati a favore l'aggiudicazione in favore di un'impresa od ancora l'accertata violazione dei principi che sorreggono la trasparenza delle procedure ad evidenza pubblica. Tali "situazioni anomale" devono essere "sintomatiche di gravi condotte illecite", ovverosia - osservano sempre le Prime Linee Guida - devono essere indicative quantomeno della probabilità dell'esistenza delle predette condotte illecite.

Per quanto riguarda le singole misure di cui all'art. 32, si rileva come il Presidente dell'Anac, al verificarsi di una delle tre ipotesi di cui s'è dato conto, informato, comunque, il Procuratore della Repubblica, "in presenza di fatti gravi ed accertati anche ai sensi dell'art. 19, comma 5, lett. a) del presente decreto", possa proporre al Prefetto competente:

- 1) la rinnovazione degli organi sociali, mediante la sostituzione del soggetto coinvolto nelle indagini penali, o, comunque, nelle situazioni ritenute rilevanti e sintomatiche di "situazioni anomale" o "condotte illecite" ex art. 32, comma 1;
- 2) la straordinaria e temporanea gestione dell'attività dell'impresa aggiudicataria di Appalti Pubblici (misura questa che potrà essere applicata in via diretta, nei casi più gravi o anche nell'ipotesi di inottemperanza all'ordine di rinnovazione degli organi sociali);
- 3) infine, nel caso in cui le indagini, o, comunque, i fatti sintomatici di "situazioni anomale" o "condotte illecite" riguardino soggetti dell'impresa che non sono componenti dell'organo di amministrazione in senso proprio, l'inserimento nell'impresa di un comitato di esperti in un numero non superiore a tre, allo scopo di ricondurre l'attività di impresa su binari di legalità e trasparenza.

La *ratio* degli interventi previsti dal Decreto 90/2014 - come rilevato anche nelle Prime Linee Guida dell'Anac - è quella di garantire "la

continuità dell'esecuzione del contratto pubblico nei tempi previsti"⁸, in presenza di un'indagine su fatti di corruzione, o comunque, di fatti gravi o di gravi elementi sintomatici, che hanno avuto già ricadute sul piano penale o che sono, comunque, in grado di rivelare significativi e gravi scostamenti rispetto agli *standard* di legalità e correttezza. Tale finalità emerge con evidenza da come è normativamente delineata la più penetrante misura della straordinaria e temporanea gestione diretta dell'impresa, laddove si prevede che essa è disposta "*limitatamente alla completa esecuzione del contratto d'appalto, ovvero all'accordo contrattuale o della concessione pubblica*" [(art. 32, comma 1, lett. b)]⁹, e che la durata della medesima è correlata "*alle esigenze funzionali alla realizzazione dell'opera pubblica*" (art. 32, comma 2). In altre parole, quello che il Legislatore intende proteggere è l'interesse pubblico al completamento dell'opera o del servizio, al fine di evitare che la presenza di condotte illecite abbia come effetto gravi ritardi nell'esecuzione dell'opera o del servizio. Non a caso, le ragioni poste dal Legislatore a fondamento dell'adozione del D.L. 90/2014 - come si legge nelle premesse del decreto - erano, tra le altre cose, connesse alla necessità di "*garantire un miglior livello di certezza giuridica, correttezza e trasparenza delle procedure nei lavori pubblici, anche con riferimento al completamento dei lavori e delle opere necessarie a garantire lo svolgimento dell'evento Expo 2015*"¹⁰.

⁸ Cfr. Prime Linee Guida, *cit.*, p. 5.

⁹ In tal senso, cfr. Prime Linee Guida, *cit.*, p. 5:

¹⁰ La prima applicazione dell'art. 32 del Decreto 90/2014 ha riguardato proprio l'appalto ottenuto per le c.d. infrastrutture di servizio della Maltauro S.p.A., in A.T.I. con la società cooperativa CEFLA, nell'ambito delle opere per l'Expo 2015 di Milano, in ragione del fatto che, come si legge nella proposta formulata dal Presidente dell'Anac (consultabile sul sito www.anticorruzione.it), "*può affermarsi con assoluta certezza che l'appalto è stato vinto grazie ad un'attività illecita, come emerge dalla circostanza che Maltauro Enrico, amministratore e dominus indiscusso della società, è stato sottoposto alla misura cautelare della custodia in carcere, fra l'altro, per il delitto di turbata libertà degli incanti ex artt. 363 e 353 bis c.p., proprio con riferimento alla gara poco sopra precisata*". La proposta del Presidente dell'Anac è stata accolta, in data 16 luglio 2014, dal Prefetto di Milano, il quale ha disposto la misura della straordinaria e temporanea gestione della società Maltauro ex art. 32, comma 1, lett. b).

Allorché, in particolare, le misure di cui all'art. 32 del Decreto 90/2014 vengano adottate in presenza di misure antimafia interdittive, "il completamento dell'esecuzione contrattuale o la sua prosecuzione si configura come un mezzo per soddisfare interessi pubblici di rango più elevato tassativamente elencati dalla norma"¹¹, ovvero, come recita il comma in esame:

- "la continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela di diritti fondamentali"¹²;
- "la salvaguardia dei livelli occupazionali"¹³;
- "l'integrità dei bilanci pubblici"¹⁴

Le presenti riflessioni saranno incentrate, in particolar modo, sulla misura che prevede la straordinaria e temporanea gestione dell'impresa. Si tratta, infatti, di una misura che costituisce un *unicum* nell'ordinamento interno, in ragione sia dell'organo competente a disporla; sia, soprattutto, della configurazione e dell'estensione di tale forma di ingerenza nella gestione dell'impresa.

Tali elementi di peculiarità emergono nitidamente attraverso un confronto con le altre misure -che prevedono un'ingerenza nella gestione d'impresa, ovvero, il "commissariamento" disciplinato all'art. 15 del

¹¹ Cfr. Seconde Linee Guida, *cit.*, p. 2.

¹² Le Seconde Linee Guida, *cit.*, p. 2, chiariscono che, in tal modo, "il Legislatore ha voluto far riferimento all'esigenza di evitare interruzioni nell'erogazione di prestazioni che risultano indispensabili per consentire ad una collettività o a tipologie di utenti di poter esercitare diritti primari costituzionalmente garantiti quali la libertà di circolazione, il diritto alla salute ecc".

¹³ Osservano le Seconde Guida, *cit.*, p. 2, che l'espressione "livelli occupazionali" fa riferimento all'esigenza di mantenere in essere un numero consistente di posti di lavoro in un determinato contesto geografico od in un determinato comparto produttivo.

¹⁴ Precisano le Seconde Linee Guida, *cit.*, p. 3 che, in tal modo, il Legislatore non ha inteso salvaguardare la capacità reddituale dell'impresa, bensì un interesse "più qualificato e concreto, consistente nella necessità che l'interruzione di determinate attività implichi un danno diretto ed immediato alle entrate fiscali e quindi alle complessive esigenze della finanza pubblica (si pensi al caso già sperimentato nella pratica di attività di gestione dei giochi leciti sottoposte a concessione dell'Amministrazione finanziaria)".

Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231 (d'ora in poi "il Decreto 231")¹⁵ e l'amministrazione giudiziaria prevista dall'art. 35 del Codice Antimafia, avente ad oggetto i beni o anche – per il profilo che qui più interessa – un'azienda sottoposta a provvedimento di sequestro preventivo disciplinato dagli artt. 20, 21 e 22 del Codice Antimafia medesimo¹⁶.

Rispetto ai due istituti sopraindicati, si rileva come la straordinaria e temporanea gestione di cui all'art. 32 del Decreto 90/2014 costituisca l'unico caso in cui il soggetto competente a decretare l'ingerenza da parte di un soggetto terzo all'impresa nella gestione della medesima non sia un organo giudiziario, bensì un organo di natura governativa, quale, per l'appunto, il Prefetto competente.

Per quanto concerne, invece, il profilo relativo alla configurazione ed all'estensione dell'amministrazione prefettizia attraverso cui si realizza la straordinaria e temporanea gestione, si rileva come le altre fattispecie determinino il completo spossessamento gestionale dell'impresa a seguito della commissione di un fatto di reato¹⁷; l'amministrazione prefettizia, viceversa, determina uno spossessamento gestionale limitato all'attività riguardante l'esecuzione del contratto pubblico "incriminato". Gli

¹⁵ L'art. 15 del Decreto 231 stabilisce che, sussistendo i presupposti per l'applicazione di una sanzione interdittiva nei confronti dell'ente che ne comporti l'interruzione dell'attività di impresa, e laddove l'ente svolga un pubblico servizio, anche non essenziale, o un servizio di pubblica necessità la cui interruzione potrebbe arrecare un grave pregiudizio alla collettività, il Giudice può disporre la prosecuzione dell'attività di impresa, "sostituendo la sanzione inibitoria con la nomina di un commissario giudiziale per un periodo corrispondente alla durata della sanzione stessa"

¹⁶ La figura dell'amministratore giudiziario, come delineata dal Codice Antimafia, è un professionista, di nomina giudiziale, che subentra, per un periodo temporale limitato, nella gestione di un'azienda sottoposta a sequestro preventivo, con il principale scopo di mantenerne, per quanto possibile, inalterato il valore economico, ponendo in essere una serie di attività volte alla conservazione del patrimonio sociale.

¹⁷ Secondo, tuttavia, un indirizzo giurisprudenziale (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 20 maggio 2010, n. 20560), in applicazione del principio di proporzionalità ed adeguatezza, che – ai sensi dell'art. 14, comma 1 del Decreto 231 - deve orientare il Giudice nell'applicazione delle sanzioni interdittive, il commissariamento giudiziale ex Decreto 231 sostitutivo della misura interdittiva potrebbe esplicitare i propri effetti limitatamente al ramo dell'attività in cui si è rigionato l'illecito.

amministratori di nomina prefettizia, infatti, dovranno, comunque, convivere e rapportarsi con gli altri amministratori dell'impresa, i quali potranno continuare ad operare in relazione a tutte le altre commesse diverse rispetto a quella od a quelle per le quali la misura viene adottata.

L'amministrazione prefettizia disciplinata dall'art. 32 del Decreto 90/2014 determina questioni di particolare complessità, che si pongono sul crinale del diritto amministrativo (per i profili riguardanti gli Appalti Pubblici e per i profili giurisdizionali, trattandosi, di una misura adottata dalla P.A.), del diritto penale (in quanto i presupposti applicativi hanno ad oggetto regole di condotta penalmente rilevanti) e del diritto commerciale (per i profili riguardanti l'amministrazione "in condominio" dell'impresa oggetto della misura).

2. La nomina, i requisiti di professionalità ed onorabilità, la durata dell'incarico, la cessazione ed il compenso.

L'art. 32 del Decreto 90/2014 delinea un procedimento articolato in due *step*¹⁸ per l'adozione delle misure *ivi* previste, e, quindi, anche di quella che qui interessa, ossia la straordinaria e temporanea gestione dell'attività di impresa:

- il primo, consiste nella proposta che il Presidente dell'Anac, all'esito di una valutazione delle situazioni emerse, rivolge al Prefetto competente, indicando la misura ritenuta più adeguata;
- il secondo consiste nell'adozione della misura da parte del Prefetto competente.

La disposizione in commento, al comma 2, precisa che il Prefetto, con il decreto che dispone la misura della straordinaria e temporanea gestione, provvede anche alla nomina di nuovi amministratori (fino ad un massimo di tre).

¹⁸ In tal senso, cfr. Prime Linee Guida, *cit.*, p.7.

Il decreto di nomina degli amministratori dovrà necessariamente contenere anche l'indicazione del contratto o dei contratti, in relazione ai quali dovrà essere esercitata la straordinaria e temporanea gestione.

Allorché ricorra, viceversa, un'ipotesi riconducibile all'art. 32, comma 10, il Prefetto competente ad adottare la misura di cui all'art. 32 somma a sé anche il potere di impulso: ai sensi, infatti, dell'art. 92 del ~~c.d.~~ Codice Antimafia (a seguito della modifica ad opera del D.lgs n. 13 ottobre 2014, n. 153), il Prefetto che ha provveduto ad emanare una misura interdittiva antimafia è tenuto altresì a verificare la sussistenza dei presupposti per l'applicazione di una delle misure di cui all'art. 32 del Decreto 90/2014 e, ove la verifica dovesse avere esito positivo, potrà adottare la misura, previa informazione al Presidente dell'Anac ¹⁹.

Per quanto concerne l'individuazione del Prefetto territorialmente competente ad adottare le misure previste all'art. 32, si rileva come il Parlamento, in sede di conversione del Decreto 90/2014, abbia specificato che il Prefetto competente è quello nel cui territorio *"ha sede la stazione appaltante"* (art. 32, comma 1); soluzione questa che, fondandosi sul presupposto per cui il territorio in cui ha sede la stazione appaltante coincide, di regola, con il luogo in cui è avvenuta l'aggiudicazione dell'appalto, è finalizzata a consentire una più agevole verifica sia della sussistenza dei presupposti di illiceità che giustificano l'adozione delle

¹⁹ Ove, viceversa, all'esito di tale verifica, il Prefetto dovesse ritenere che *"la tipologia del contratto, in termini di valore, di caratteristiche della prestazione e/o dell'operatore economico, faccia palesemente escludere la sussistenza delle condizioni per l'adozione della misura"* (così Seconde Linee Guida, *cit.*, p. 14) dovrà darne informazione alla stazione appaltante, la quale potrà decidere se risolvere il contratto o proseguirlo ai sensi di quanto previsto all'art. 94, comma 3, del c.d. Codice Antimafia. Ove la stazione appaltante dovesse decidere di proseguire nel contratto, il Prefetto potrà poi eventualmente procedere a rivalutare la ricorrenza dei presupposti per l'adozione della straordinaria e temporanea gestione dell'impresa destinataria dell'informazione interdittiva (in tal senso, cfr. Seconde Linee Guida, *cit.*, p. 15).

misure, sia un più agevole monitoraggio dell'andamento dell'impresa da sottoporre alla misura della straordinaria e temporanea gestione (o alle altre previste all'art. 32).

Nelle ipotesi riconducibili all'art. 32, comma 10, invece, il Prefetto territorialmente competente all'adozione delle misure è – come esposto - il Prefetto che ha emanato l'informazione interdittiva antimafia, ovverosia – ai sensi dell'art. 92 del ~~e.d.~~ Codice Antimafia – quello nella cui provincia ha sede l'impresa destinataria dell'informazione.

Per quanto concerne la durata in carica degli amministratori di nomina prefettizia, si rileva come l'art. 32 si limiti a prevedere, al comma 2, la durata massima della misura della straordinaria gestione (e, quindi – deve intendersi – anche della durata in carica degli amministratori così nominati), stabilendo che la stessa è collegata alle esigenze funzionali di ultimazione dell'Appalto Pubblico che ne ha reso necessaria l'adozione. La norma non prevede, invece, una durata minima della misura.

Il collegamento, comunque, tra la misura e le esigenze funzionali di ultimazione dell'Appalto Pubblico pone un grave interrogativo circa la legittimità dell'adozione della misura o anche solo della permanenza della stessa, allorché le condotte aventi rilevanza penale o, in ogni caso, ritenute consistenti ai sensi dell'art. 32, comma 1, non abbiano, comunque, incidenza, sotto il profilo operativo, rispetto all'esecuzione del contratto o dell'opera per la quale è stata richiesta – od eventualmente è già stata adottata – la misura della straordinaria e temporanea gestione. In altri termini, ci si domanda se, laddove le condotte ascrivibili all'impresa affidataria – per quanto gravi - non abbiano riflessi sulla tempestività e sulla qualità dell'opera o del servizio offerto alla stazione appaltante, sia legittima l'adozione delle misure in esame che – come si è visto – sono specificatamente dirette a tutelare l'interesse della pubblica amministrazione e, indirettamente, della collettività a che l'esecuzione

dell'Appalto Pubblico non subisca ritardi. Pare corretto ritenere che si tratti di una situazione che deve essere tenuta in adeguata considerazione dall'organo prefettizio sia nell'ambito del potere discrezionale di adozione della misura; sia ancora ed allorché lo stesso, nell'esercizio generale del potere di autotutela disciplinato dall'art. 21 *quinquies* della L. 7 agosto 1990, n. 241, sia chiamato a decidere in ordine alla revoca della misura; sia, da ultimo, dal TAR in sede giudiziaria.

L'art. 32, comma 2, stabilisce specifici requisiti di professionalità ed onorabilità che debbono possedere gli amministratori di nomina prefettizia; il richiamo operato dal Legislatore è al regolamento adottato ai sensi dell'art. 39 del Decreto Legislativo 8 luglio 1999, n. 270 (d'ora in poi "il D.lgs. 270/1999") ovvero il D.M. 10 aprile 2013, n. 60²⁰, che indica, appunto i requisiti di professionalità ed onorabilità dei commissari giudiziali e dei commissari straordinari previsti dalla disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi (D.lgs. 270/1999) e "grandissime" (Decreto Legge 23 dicembre 2003, n. 347, convertito in Legge 18 febbraio 2004, n. 39) imprese in crisi²¹.

²¹ Va peraltro ricordato come, nella perdurante assenza della specifica individuazione dei criteri di scelta dei commissari giudiziali e straordinari di cui al sopracitato art. 39, con l'emanazione del D.L. 3 maggio 2004 n. 119, convertito in Legge 5 luglio 2004 n. 166, recante disposizioni correttive ed integrative della normativa sulle grandi imprese in stato di insolvenza, al fine di dare perlomeno iniziale consistenza ai criteri da adottare per la scelta di tali organi, il Legislatore avesse introdotto, all'art. 38 del D.lgs. 270/1999, il comma 1 *bis* contenente l'indicazione di alcuni requisiti ostativi alla nomina quale commissario straordinario, precisando che non potesse essere nominato commissario straordinario e, se nominato, dovesse decadere dall'ufficio: l'interdetto, l'inabilitato, chi sia stato dichiarato fallito o chi sia stato condannato a una pena che importi l'interdizione, anche temporanea, dai pubblici uffici; il coniuge, i parenti o affini entro il quarto grado dell'imprenditore insolvente; chi, avendo intrattenuto con l'impresa, personalmente o quale socio, amministratore, o dipendente di altra organizzazione imprenditoriale o professionale, rapporti non occasionali di collaborazione o consulenza professionale, abbia preso parte o si sia comunque ingerito nella gestione che ha portato al dissesto dell'impresa.

La disposizione introduceva altresì il principio secondo cui il nominato commissario, nell'accettare la carica, deve dichiarare sotto la propria responsabilità che con la sua nomina non ricorre alcuna delle indicate ipotesi di incompatibilità.

I requisiti di onorabilità applicabili agli amministratori prefettizi sono quelli che l'art. 3 del D.M. 10 aprile 2013, n. 60 prevede tanto per i commissari giudiziali, quanto per i commissari straordinari²²; con riferimento, invece, ai requisiti di professionalità, l'art. 32, limitandosi ad operare un rimando al D.M. 10 aprile 2013, n. 60 (senza riferimenti specifici agli articoli ed ai commi del decreto), non chiarisce se debbano prendersi in considerazione i requisiti previsti per i commissari giudiziali al comma 1 del Decreto Ministeriale citato, o quelli previsti per i commissari straordinari al comma 2 del Decreto. In assenza di precise indicazioni legislative, si ritiene ragionevole applicare anche agli amministratori prefettizi i requisiti previsti per i commissari straordinari all'art. 2, comma 2 del Decreto Ministeriale in esame: ai commissari straordinari, infatti, a differenza che ai commissari giudiziali, è affidata la gestione dell'impresa sottoposta all'amministrazione straordinaria e,

Per quanto concerne, invece, la procedura di amministrazione straordinaria per le "grandissime" imprese in crisi, introdotta con il Decreto Legge 23 dicembre 2003 n. 347 (convertito con la L. 18 febbraio 2004, n. 39), recante "*Misure urgenti per la ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza*", il sopracitato Decreto Legge ha demandato al Ministero delle attività produttive il compito di nominare il commissario straordinario nell'ambito della procedura di amministrazione straordinaria ivi disciplinata, "*con le modalità di cui all'art. 38 del decreto legislativo 270 in conformità ai criteri fissati dal medesimo Ministro*".

Il Ministero delle attività produttive, quindi, con Provvedimento in data 24 dicembre 2003, in attuazione di quanto previsto al sopramenzionato art. 2, comma 2 del Decreto Legge 23 dicembre 2003 n. 347 (articolo che - come rilevato nel premezzo del citato Provvedimento - "*rimette al Ministro delle attività produttive la fissazione dei criteri per la nomina dei commissari straordinari per l'amministrazione straordinaria delle imprese in stato di insolvenza*"), ha espressamente disciplinato i requisiti per la nomina dei commissari straordinari, nell'ambito delle procedure di amministrazione straordinaria per le "grandissime" imprese in crisi.

Il D.M. 10 aprile 2013, n. 60 oggi in vigore ha sostituito, quindi, il provvedimento del Ministero delle Attività Produttive, 24 dicembre 2003, recante "*criteri per la nomina dei commissari straordinari per l'amministrazione straordinaria delle imprese in stato di insolvenza*" ed ha introdotto una disciplina organica applicabile tanto ai commissari giudiziali nominati dal Tribunale con il decreto dichiarativo dell'insolvenza ai sensi dell'art. 8 del D.lgs. 270/1999 quanto ai commissari straordinari nominati nell'ambito dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi di cui al D.lgs. 270/1999, nonché in quella speciale delle "grandissime" imprese in crisi di cui al Decreto Legge 23 dicembre 2003 n. 347.

dunque, sotto questo profilo, essi presentano maggiori punti di contatto con gli amministratori prefettizi *ex art. 32 del Decreto 90/2014*²³.

Si è, inoltre, rilevato che, pur in assenza di una precisa previsione normativa, è opportuno che la scelta degli amministratori venga effettuata *“secondo criteri di rotazione e trasparenza, evitando situazioni di cumulo di incarichi e di conflitto di interessi. Altro fattore da tenere in considerazione potrà essere il background professionale dei possibili candidati all’incarico che dovrà essere adeguato alla complessità dell’azienda da sottoporre alla misura”*²⁴.

L’art. 32 prevede, al comma 5, la cessazione anticipata dall’incarico di amministratore prefettizio, conseguente a provvedimenti sopravvenuti dell’autorità giudiziaria.

In particolare, costituisce ipotesi di cessazione anticipata della misura della straordinaria e temporanea gestione (e, quindi, della carica degli amministratori di nomina prefettizia) l’archiviazione del procedimento penale. Secondo le Linee Guida²⁵, deve equipararsi all’archiviazione del procedimento, l’emanazione di una sentenza di assoluzione “con formula piena” ai sensi dell’art. 530, comma 1, c.p.p. o anche, sotto certi limitati profili, di una sentenza di assoluzione ai sensi dell’art. 530, comma 2,

²³ Secondo tale prospettiva, quindi, i requisiti di professionalità richiesti in capo anche agli amministratori di nomina prefettizia dovrebbero essere: iscrizione da almeno cinque anni negli albi degli avvocati, dei dottori commercialisti, dei ragionieri e dei periti commerciali; possesso di diploma di laurea in materie giuridiche, economiche o ingegneristiche o tecnico – scientifiche, od equipollenti ovvero di diploma di ragioniere e perito commerciale, con la maturazione di un’esperienza complessiva di almeno cinque anni nell’esercizio di funzioni di amministrazione o direzione presso imprese pubbliche o private aventi dimensioni comparabili con quella a cui sono destinati; o di funzioni dirigenziali presso imprese pubbliche o P.A. aventi attinenza con il settore dell’attività di impresa destinataria della misura, od, infine, di funzioni di curatore, commissario giudiziale, commissario liquidatore o commissario straordinario, che hanno comportato la gestione di imprese di dimensioni comparabili con quelle dell’impresa destinataria della misura.

²⁴ In tal senso, Prime Linee Guida, *cit.*, p. 9.

²⁵ Cfr. Prime Linee Guida, *cit.*, p. 9

c.p.c. o di applicazione della pena su richiesta delle parti ai sensi dell'art. 444 c.p.p.²⁶.

Inoltre, l'art. 32, comma 5, prevede, quali ulteriori ipotesi di cessazione anticipata della misura, l'adozione da parte dell'autorità giudiziaria di provvedimenti che dispongono la confisca, il sequestro o l'amministrazione giudiziaria dell'impresa nell'ambito di procedimenti penali o per l'applicazione di misure di prevenzione; provvedimenti che appaiono incompatibili con la permanenza della misura della straordinaria e temporanea gestione dell'impresa, andandosi sostanzialmente a sostituire ad essa. In quest'ultime ipotesi, che si potrebbero definire come "sostitutive" della straordinaria e temporanea gestione, l'autorità giudiziaria - ai sensi di quanto espressamente previsto al comma 5 della disposizione in esame - è tenuta a confermare, ove possibile, gli amministratori nominati dal Prefetto nell'ambito delle procedure dalla stessa adottate.

Il comma 5, dunque, opera uno stretto collegamento tra cessazione anticipata e processo penale; sul punto occorre, peraltro, tener conto che la misura in esame - come si è visto - può essere adottata anche in assenza di un procedimento penale pendente tanto è vero che l'art. 32, comma 1, prevede un obbligo di informativa da parte del Presidente dell'Anac al Procuratore della Repubblica. Qualora quest'ultimo, ricevuta l'informazione (che equivale ad una *notitia criminis*), non abbia provveduto ad esercitare l'azione penale entro un termine ragionevole, ci si domanda se sia legittimo che l'impresa continui ad essere sottoposta alle misure di cui all'art. 32. Il mancato esercizio dell'azione penale non può

²⁶ In queste due ultime ipotesi - osservano le Prime Linee Guida, *cit.*, p. 9 e 10 - la revoca è preceduta da una valutazione discrezionale sviluppata dal Prefetto, d'intesa con il Presidente dell'Anac, volta a valutare "se i provvedimenti sopravvenuti siano in grado di far ritenere che sia venuto meno il profilo di responsabilità addebitabile all'impresa o che esso sia comunque attenuato al di sotto della soglia di certezza o gravità richiesta dal comma 1 dell'art. 32".

che assumere il significato che quelle *“rilevate situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali”* che hanno costituito il presupposto per l'adozione della misura o non esistono o comunque non sono state tali da condurre all'esercizio dell'azione penale.

Per quanto concerne, infine, il compenso spettante agli amministratori di nomina prefettizia, l'art. 32, comma 6, del Decreto 90/2014 stabilisce che, con il decreto di nomina, il Prefetto è tenuto a determinare il compenso *“sulla base delle tabelle allegate al decreto di cui all'art. 8 del decreto legislativo 4 febbraio 2010, n. 14”*; ponendo – come si avrà modo di vedere *infra* – gli oneri relativi al pagamento a carico dell'impresa sottoposta alla misura.

Il rimando operato all'art. 32, comma 6, è, dunque, alle tabelle, contenenti i criteri di determinazione dei compensi per gli amministratori di nomina giudiziaria dei beni sottoposti a sequestro ai sensi del Codice Antimafia: si tratta di criteri che – come emerge dalla loro lettura - non possono essere automaticamente trasposti all'amministrazione prefettizia, in quanto in quest'ultima fattispecie viene in rilievo solamente un *“frammento”* dell'attività di impresa e non, viceversa, la sua totalità, come nell'ambito dell'amministrazione giudiziaria dei beni sequestrati. In considerazione di tale eterogeneità, l'Anac, d'intesa con il Ministero dell'Interno, ha diramato le Terze Linee Guida (*“Terze Linee Guida per la determinazione dell'importo dei compensi da liquidare ai commissari nominati dal Prefetto ai sensi dell'art. 32, commi 1 e 10 del Decreto – Legge n. 90/2014, nell'ambito della prevenzione anticorruzione e antimafia”*), volte a fornire strumenti atti a consentire l'applicazione delle tabelle contenenti i compensi in favore degli amministratori giudiziari dei beni sequestrati alla materia in esame.

3. La struttura e il funzionamento dell'organo amministrativo di nomina prefettizia.

L'art. 32 del Decreto 90/2014, per quanto riguarda la struttura ed il funzionamento dell'organo amministrativo di nomina prefettizia, si limita a prevedere - nel comma 2 - che il Prefetto, con il decreto che dispone la straordinaria e temporanea gestione dell'impresa, provvede anche alla nomina di uno o più amministratori, sino ad un massimo di tre.

In assenza di indicazioni da parte del Legislatore, nonché di specifiche osservazioni contenute nelle Linee Guida, può ragionevolmente ritenersi opportuna la nomina di più di un amministratore nei casi di particolare complessità, legate, ad esempio, alla rilevante dimensione dell'impresa soggetta alla misura della straordinaria e temporanea gestione od alla complessità intrinseca del contratto per la quale è stata disposta la predetta misura od anche eventualmente all'esistenza di più contratti da sottoporre all'amministrazione prefettizia.

La possibilità di nominare più amministratori prevista dalla disposizione in esame è, peraltro, conforme alle scelte operate dal Legislatore in altri contesti, come, ad esempio, nella liquidazione del concordato preventivo²⁷ o nell'ambito dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi²⁸ od, ancora, nella procedura di liquidazione coatta amministrativa²⁹.

²⁷ L'art. 182 l.fall., a seguito della modifica apportata dall'art. 16 del D.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, prevede la possibilità di nominare più liquidatori per l'esecuzione della liquidazione concordataria.

²⁸ Gli artt. 8 e 38 del D. lgs. 270/1999, ad esempio, prevedono la possibilità di nominare commissari giudiziali e commissari straordinari sino ad un massimo di tre

²⁹ L'art. 198 l. fall. riconosce - analogamente - la possibilità di nominare sino a tre liquidatori.

Qualora l'organo amministrativo di nomina prefettizia sia pluripersonale, occorre interrogarsi sulle regole di funzionamento del medesimo.

I modelli configurabili sono perlomeno due:

- a) quello dell'amministrazione congiuntiva o disgiuntiva, ovvero sia il modello tipico delle società di persone³⁰;
- b) quello dell'amministrazione collegiale, ossia il modello delle società di capitali ed, *in primis*, delle società per azioni.

La formula dell'amministrazione disgiuntiva, in astratto possibile, non pare in concreto utile, se non nelle ipotesi in cui il decreto di nomina attribuisca a ciascun amministratore poteri e competenze separate su distinti contratti dell'impresa sui quali dovrà esercitarsi la straordinaria e temporanea gestione; in tali casi è logico e coerente ritenere che ciascun amministratore sia titolare di un autonomo potere di gestione in relazione al singolo contratto od ai singoli contratti per i quali lo stesso è chiamato ad esercitare la misura della straordinaria e temporanea gestione.

Ove, più specificamente, gli amministratori nominati siano due, pare senz'altro preferibile - salva l'ipotesi appena formulata - il sistema dell'amministrazione congiuntiva e non quello dell'amministrazione collegiale. Nulla vieta la costituzione di un collegio costituito da due soli soggetti, come espressamente si ammette nell'ambito delle società per azioni; non si vedono ragioni, peraltro, per una tale scelta in un contesto, ovviamente diverso da quello della società per azioni, in cui - viceversa - la collegialità rappresenta l'unico sistema consentito in caso di amministrazione pluripersonale.

Qualora gli amministratori nominati siano tre, le soluzioni in concreto prospettabili sono quelle dell'amministrazione collegiale o

³⁰ Estensibile anche - com'è noto - alle società a responsabilità limitata: cfr. art. 2475, comma 1, n. 3 c.c.

dell'amministrazione congiuntiva. Nel primo caso, il modello dal quale trarre le regole sarà quello delle società per azioni, ma si dovrà stabilire a chi compete il potere di rappresentanza, che - come noto - non può avere carattere collegiale.

Nel secondo caso le strade percorribili sono almeno due: o quella dell'amministrazione congiuntiva all'unanimità o quella - forse preferibile per la maggior snellezza del funzionamento dell'organo amministrativo - congiuntiva a maggioranza; in entrambi i casi, la regolamentazione e le modalità di esercizio del potere di rappresentanza - come avviene usualmente nell'ambito delle società di persone - potrebbe seguire pedissequamente le regole prescelte per l'amministrazione, ovverosia a maggioranza o all'unanimità.

4. Il ruolo degli amministratori di nomina prefettizia ed il loro rapporto con gli amministratori di nomina societaria.

Il ruolo degli amministratori di nomina prefettizia è descritto nell'art. 32, comma 3, del Decreto 90/2014; ad essi competono *“per la durata della straordinaria e temporanea gestione dell'impresa (...) tutti i poteri e le funzioni degli organi di amministrazione dell'impresa ed è sospeso l'esercizio dei poteri di disposizione e gestione dei titolari dell'impresa. Nel caso di impresa costituita in forma societaria, i poteri dell'assemblea sono sospesi per l'intera durata della misura”*.

Come condivisibilmente rilevato³¹, tale disposizione conferma la natura *ad contractum* della misura in esame: la nomina, infatti, da parte del Prefetto degli amministratori non implica “l’azzeramento” dell’organo amministrativo preesistente, giacché gli amministratori di nomina prefettizia andranno a sostituire i secondi soltanto per ciò che concerne l’esecuzione del contratto o dei contratti da cui trae origine la misura; gli amministratori di nomina sociale resteranno in carica, a pieno titolo, per lo svolgimento di tutti gli altri affari rientranti nell’attività di impresa.

Questa sorta di “convivenza” forzata rappresenta il profilo peculiare della fattispecie; vi sono, peraltro, altri spicchi di disciplina che occorre segnalare al fine di comporre il quadro normativo, prima di tentare di ricostruire una disciplina laddove possibile coerente.

Il primo spicchio è contenuto nel terzo comma appena citato laddove si fa riferimento, *in primis*, ai “titolari dell’impresa” i cui poteri di gestione e di disposizione sono sospesi; appena dopo si specifica che laddove l’impresa sia costituita in forma societaria i poteri dell’assemblea sono sospesi per l’intero corso della misura.

Il secondo spicchio è contenuto nel successivo comma 4 dell’art. 32 del Decreto 90/2004 in tema di responsabilità degli amministratori di nomina prefettizia, ove si specifica che gli stessi rispondono – solo in caso di dolo o colpa grave - delle eventuali diseconomie dei risultati della loro gestione.

L’ultimo spicchio è contenuto nel comma 7 della stessa norma: l’utile d’impresa dei contratti oggetto della misura deve, da un lato, essere determinato dagli amministratori di nomina prefettizia e, dall’altro, accantonato in attesa dell’esito dei giudizi penali o di impugnazione o cautelari concernenti l’informativa antimafia interdittiva. L’utile non può essere distribuito, né è soggetto a pignoramento; quanto alla sorte

³¹ In tal senso cfr. Prime Linee Guida, *cit.*, p. 8.

dell'utile, in attesa dell'esito definitivo della misura, lo stesso va accertato e - recita l'art. 32, comma 7 - accantonato in un fondo a cui va riconosciuta la natura di riserva indisponibile; con riferimento all'impignorabilità, vi è da ritenere che essa riguardi non tanto l'utile che è un dato di consuntivo di un'attività, quanto ai conti correnti su cui confluiscono le rimesse effettuate dall'ente appaltante.

Il quadro che si è appena dipinto pone perlomeno quattro ordini di problemi di incerta soluzione, ovverosia:

- a) l'esatta determinazione dei poteri e delle funzioni degli amministratori di nomina prefettizia;
- b) le modalità attraverso cui si realizza la convivenza tra gli amministratori di nomina prefettizia e gli amministratori di nomina sociale;
- c) le competenze residuali dell'assemblea ed il ruolo del collegio sindacale;
- d) lo svolgimento dei compiti affidati dal Decreto 231 all'organismo di vigilanza e, più in generale, la sorte ed il ruolo del sottostante modello organizzativo³².

Per quanto concerne il profilo indicato *sub* lett. a), si tratta, in primo luogo, di stabilire cosa intenda il legislatore con l'espressione "*tutti i poteri e le funzioni (...)*"; sul punto le Linee Guida non forniscono alcuna precisazione. Con l'espressione "poteri degli amministratori", come è noto, si fa usualmente riferimento alla *summa divisio* tra poteri di gestione e poteri di rappresentanza, mentre con la locuzione "funzioni", che non ha un preciso riscontro nel linguaggio normativo in tema di amministratori, sembrerebbe che il Legislatore abbia inteso soprattutto "rimarcare", in via generale, la piena equiparazione del ruolo degli amministratori di nomina

³² I profili *sub c) e d)* verranno esaminati nei successivi paragrafi 5 e 6.

prefettizia (in relazione, ovviamente, al contratto od ai contratti per i quali è chiamata a realizzarsi la straordinaria e temporanea gestione dell'impresa) rispetto agli amministratori di nomina sociale, fermo restando i diversi ambiti di competenza.

In altre parole, gli amministratori di nomina prefettizia assommano i poteri e le funzioni che competono *ex lege* agli amministratori di nomina societaria, essendo – sotto tale profilo – equiparati ai medesimi, ferma restando la necessità che gli stessi perseguano l'interesse pubblico sotteso alla misura della straordinaria e temporanea gestione che sono chiamati a realizzare.

L'art. 32, comma 3, dopo aver dettato questa sorta di equiparazione, prosegue, sancendo la sospensione dei *“poteri di disposizione e di gestione dei titolari dell'impresa”*. La locuzione *“titolari dell'impresa”* è chiaramente atecnica e desta notevoli perplessità sul piano interpretativo. Essa si dovrebbe riferire ai soci e un indizio in tal senso è fornito dal secondo periodo del citato comma 3 che stabilisce – come si è visto – che *“nel caso di impresa costituita in forma societaria, i poteri dell'assemblea sono sospesi per l'intera durata della misura”*. Ma se così è, non si intende di quali generali poteri di disposizione e gestione dispongano i soci come tali. Forse l'interpretazione preferibile è che il riferimento sia ai gestori dell'impresa (e non ai titolari); ed allora il richiamo all'assemblea, i cui poteri restano sospesi, deve intendersi limitata alle residuali funzioni gestorie in capo all'assemblea. Il legislatore, con tutta probabilità, ha voluto, con una disposizione rafforzativa *ad hoc*, evitare che un'attività di gestione o di disposizione parallela da parte degli amministratori di nomina sociale potesse vanificare nei fatti il ruolo e le funzioni degli amministratori di nomina prefettizia. Si pensi al caso in cui gli amministratori di nomina sociale mantenessero il potere di disporre di beni aziendali funzionali allo svolgimento del contratto per cui la misura è disposta.

Quanto alle concrete modalità attraverso cui può realizzarsi la gestione «separata e "a tempo"»³³ del segmento dell'impresa, finalizzata all'esecuzione del contratto o dei contratti per i quali è stata disposta la misura della straordinaria e temporanea gestione le Linee Guida³⁴ osservano che le modalità di attuazione e di *governance* volte a realizzare tale forma di gestione separata dell'impresa potranno essere definite anche attraverso il ricorso agli strumenti previsti dall'ordinamento, quali, ad esempio, quelli disciplinati dall'art. 2447bis c.c., che consentono forme di destinazione specifica del patrimonio sociale ad un determinato affare.

Il richiamo alla disciplina dei patrimoni destinati è certamente suggestivo, ma pone numerosi interrogativi. *In primis*, occorre rilevare che nel caso di un patrimonio destinato lo stesso viene amministrato dagli stessi soggetti che amministrano il patrimonio generale, mentre nella fattispecie in esame sono destinati a convivere e ad operare, contestualmente, gli amministratori di nomina prefettizia e quelli di nomina sociale.

Soprattutto, e così si viene ad affrontare il profilo *sub b)*, ciò che non appare in alcun disciplinato è proprio la convivenza degli stessi e, in questo contesto, il richiamo alla disciplina *ex art. 2447 bis* e seguenti c.c., mostra - almeno in parte - la sua inadeguatezza.

L'unico indiretto principio che il legislatore pone alla base è quello, come si è visto, contenuto nel successivo comma 4 dell'art. 32 ovvero evitare che l'attività degli amministratori di nomina prefettizia crei "*diseconomie*" all'impresa assoggettata alla misura. Come a dire, al contrario, che il legislatore mette in conto che la compresenza rispetto alla stessa impresa di amministratori di nomina prefettizia e di nomina sociale

³³ Tale definizione è contenuta nelle Prime Linee Guida, *cit.*, p. 8.

³⁴ Cfr. Prime Linee Guida, *cit.*, p. 8; Seconda Linee Guida, *cit.*, p. 6.

possa dar luogo, ad esempio, ad aggravati di costi. Ad onor del vero, la norma parla di diseconomie dei risultati e, dunque, la responsabilità sembrerebbe esser connessa solo – appunto – ai risultati economici del contratto oggetto della misura; sul punto vi è da ritenere, invece, che la responsabilità possa emergere anche quando le diseconomie, per effetto delle scelte effettuate dagli amministratori di natura prefettizia rispetto al contratto, riverberino i loro effetti non tanto e non solo sul risultato economico del contratto stesso, ma su quello dell'impresa nel suo complesso.

La norma lascia comunque ampia autonomia nella definizione delle modalità di attuazione della gestione separata dell'impresa. La “stella polare” che deve orientare le scelte in concreto e che, in qualche modo, funge da limite al potere degli amministratori di nomina prefettizia è l'obbligo di non creare, con dolo o colpa grave, diseconomie.

Le Linee Guida sul punto offrono all'interprete un ulteriore indirizzo; si precisa, infatti, che il modello di *governance*, dell'impresa nel suo complesso, deve essere “definito dagli amministratori nominati dal Prefetto”³⁵. Sarà dunque compito di questi ultimi definire, di comune intesa, peraltro, con gli amministratori di nomina sociale le regole idonee a creare un sistema di governo complessivo dell'impresa che attenui le diseconomie sia relative al o ai contratti affidati alla loro temporanea gestione, sia dell'attività nel suo complesso. In altra parte le Linee Guide³⁶ sembrano prevedere un ruolo specifico da parte del Prefetto chiamato a “conformare i poteri dell'amministratori e/o degli amministratori, dando indicazioni quanto a tempo e modalità di esercizio (...)”; appena oltre, peraltro, le stesse Linee Guida prevedono che il Prefetto possa avvalersi in proposito “del supporto

³⁵ Cfr. Seconde Linee Guida, *cit.*, p. 6.

³⁶ Cfr. Seconde Linee Guida, *cit.*, p. 17.

tecnico e professionale degli stessi amministratori al fine di individuar apposite linee guida", facendo così rientrare - in buona sostanza - dalla finestra quanto era uscito dalla porta.

In questo quadro il richiamo alla disciplina dei patrimoni separati appare troppo semplicistica e, in qualche modo, ingenua; una separazione in senso proprio per essere tale deve realizzarsi sul piano sia patrimoniale, sia economico, sia - ancora - finanziario.

Sul piano patrimoniale occorre individuare i beni e i rapporti giuridici attinenti il contratto affidato alla gestione temporanea, così come prevede l'art. 2447 *ter*, comma 1, lett. *b*), c.c.; già tale profilo manifesta tutta la delicatezza della questione se si pensa, ad esempio, che una stessa immobilizzazione materiale può servire più attività di impresa, così come le giacenze di magazzino. Ancora più complesso è il tema dei rapporti giuridici; il pensiero corre, *in primis*, ai rapporti di lavoro dipendente: ben può capitare, da un lato, che uno stesso lavoratore venga impiegato dall'impresa su più contratti; dall'altro, che vi siano dipendenti che svolgono attività di *staff* che, per loro natura, non riguardano una specifica attività nei confronti dei soggetti appaltanti, ad esempio, la direzione amministrativa, gli uffici legali interni, la direzione del personale. Quale che sia la posizione corretta su tali questioni, l'aver previsto in capo agli amministratori di nomina prefettizia gli stessi poteri e funzioni degli amministratori di nomina sociale comporta che i primi, rispetto ai beni ed ai rapporti giuridici che rientrano nella loro gestione "separata", debbano assumere ogni obbligo in ordini ai medesimi e dunque, sempre a titolo di esempio, ad essi andrà attribuita la funzione di datore di lavoro, la responsabilità ambientale, l'onere di effettuare le manutenzioni anche straordinarie e così via.

Con riguardo agli aspetti economici il tema più delicato riguarda la decorrenza del sistema dei costi e dei ricavi; sul punto, pare ragionevole

che la separazione abbia luogo con riferimento alla data di nomina degli amministratori da parte del Prefetto. Da tale data dovrà essere redatto un conto economico separato, ma ciò implica – nel contempo – che i costi e i ricavi di data anteriore siano di competenza dell'impresa. Una cesoia così netta determina complessità della gestione: sarà, ad esempio, necessario determinare i ratei di competenze già maturati dei lavoratori dipendenti afferenti al contratto in temporanea gestione che dovranno essere “pagati” dall'impresa agli amministratori di nomina prefettizia. Per contro le eventuali rate di *leasing* di beni attinenti al contratto dovranno essere corrisposte dalla gestione separata.

I profili finanziari sono ancora più problematici; è noto come il cronico ritardo delle amministrazioni pubbliche nel pagamento dei loro debiti: in tale contesto gli amministratori prefettizi dovranno mantenere o ottenere linee di credito autoliquidanti idonee a sostenere il costo del cosiddetto circolante. Laddove ciò non sia possibile, si dovrà con tutta probabilità ipotizzare un sostegno finanziario dell'impresa all'amministrazione separata, con obbligo da parte di quest'ultima di restituire le somme relative.

In un tale quadro alcuni elementi della disciplina dei patrimoni destinati possono venire in soccorso; ad esempio, l'art. 2447 *septies*, comma 3, c.c. prevede che la nota integrativa al bilancio debba indicare “i criteri adottati per l'imputazione degli elementi comuni di costo e di ricavo”; trasportando tale norma nel contesto in esame ciò significa che gli amministratori di nomina prefettizia dovranno, d'intesa con gli amministratori di nomina sociale, stabilire criteri condivisi di ripartizione dei costi, ivi compresi quelli di carattere generale.

Ancora più incisivo sembra essere l'art. 2447 *ter*, comma 1, lett. c) c.c. che prescrive l'obbligo di redigere uno specifico “*piano economico-finanziario da cui risulti la congruità del patrimonio rispetto alla realizzazione*”

dell'affare, le modalità e le regole relative al suo impiego (...)" ; un tale piano pare vieppiù indispensabile nella fattispecie in esame, anzi vi è da ritenere che solo attraverso la redazione di un idoneo piano gli amministratori di nomina prefettizia potranno evitare o attenuare le diseconomie a cui, peraltro, è connessa la loro responsabilità.

Infine, la collaborazione tra i due organi di amministrazione dell'impresa consentirà agli amministratori di nomina sociale di redigere il progetto di bilancio annuale dell'impresa che resta unitario, come è desumibile anche dall'art. 2447 *septies* c.c., in tema di patrimoni destinati; il bilancio, peraltro, sempre in forza della norma citata, dovrà contenere un separato rendiconto - ad opera degli amministratori di nomina prefettizia - del contratto soggetto alla misura.

5. Le competenze assembleari.

Secondo l'interpretazione proposta³⁷ la sospensione dei poteri dell'assemblea per l'intera durata della misura, prevista dall'art. 32, comma 3, del D.L. 90/2014, riguarda esclusivamente le deliberazioni (residuali) concernenti la gestione dell'impresa sociale e le attività di disposizione e non tutte indistintamente le attività deliberativa dell'assemblea dei soci. Non si vedono ragioni, infatti, per escludere che l'assemblea dei soci, ad esempio, approvi il bilancio, nomini e revochi gli amministratori (ovviamente non quelli di nomina prefettizia) e il collegio sindacale oppure aumenti il capitale sociale. Sostenere il contrario vorrebbe dire paralizzare l'attività dell'impresa.

Ad essere inibite saranno soltanto le delibere autorizzative di cui all'art. 2366, comma 1, n. 5, c.c. che si riferiscono ad attività di gestione del

³⁷ V., *supra*, par. 4.

contratto oggetto della misura e quelle di competenza dell'assemblea straordinaria anch'esse in grado di interferire sulla gestione del contratto, come ad esempio operazioni di scissione o fusione. In altri termini, è da ritenersi precluso all'assemblea esclusivamente il potere di deliberare quegli atti o quelle operazioni che potrebbero ostacolare l'esecuzione della misura della straordinaria e temporanea gestione e non, viceversa, il compimento degli atti o delle operazioni che non presentino profili di incompatibilità con la misura³⁸. Ovviamente è precluso all'assemblea la revoca degli amministratori di nomina prefettizia, ma non - invece - di deliberare l'avvio di un'azione di responsabilità nella fattispecie prevista dal citato art. 32, comma 4, del D.L. 90/2004 ovvero per il caso di diseconomie dei risultati del contratto oggetto della misura in caso dolo o colpa grave degli amministratori prefettizi, pur se questo non possa comportare la loro revoca.

Nel caso di società a responsabilità limitata - in cui - come è noto - i soci hanno o possono avere competenze gestionali più estese - sarà altresì inibita ogni attività decisionale dei soci, ai sensi dell'art. 2479 c.c., concernente la gestione del contratto oppure atti disposizione di beni e rapporti rientranti nel contratto oggetto della misura.

³⁸ Si tratta di una situazione che, sotto certi profili, può essere accostata alla limitata sospensione dei poteri gestori in capo ai competenti organi sociali ed alla conseguente attribuzione dei medesimi ad un soggetto terzo, a seguito della formulazione da parte dei creditori sociali di una proposta di concordato preventivo "concorrente" ex artt. 163, 165, 172, 175, 177 e 185 l. fall (come riformulati dal Decreto Legge 27 giugno 2015, n.83, convertito, con modificazioni, nella Legge 6 agosto 2015, n. 132) approvata dalla maggioranza dei creditori ai sensi dell'art. 177 l. fall. e non attuata dall'impresa in concordato, allorché il Commissario Giudiziale abbia richiesto ed ottenuto dal Tribunale - ai sensi dell'art. 185 l. fall- l'autorizzazione a darvene esecuzione in luogo del debitore inadempiente.

6. Il ruolo dei controlli: il collegio sindacale e l'organismo di vigilanza.

Nulla dispone il legislatore con riguardo al collegio sindacale.

Nel silenzio della norma e, comunque, in considerazione dell'esplicito riferimento normativo alla sola sospensione dei "*poteri di disposizione e di gestione dei titolari dell'impresa*", nonché dei "*poteri dell'assemblea*" (ove l'impresa sia costituita in forma societaria), deve ritenersi che i sindaci mantengano inalterate le loro funzioni e competenze anche durante la straordinaria e temporanea gestione, seppure in un quadro di *governance* reso più complesso dalla misura adottata.

Il collegio sindacale rimane titolare dei propri doveri di controllo sull'operato dell'organo amministrativo sia di nomina sociale, sia - deve ritenersi - di nomina prefettizia. È certamente ipotizzabile che i sindaci prendano parte anche alle riunioni degli amministratori di nomina prefettizia sia laddove sia nominato un organo collegiale; sia quando - pur in presenza di forme di amministrazione congiuntiva - si svolgano incontri "formalizzati" tra i medesimi; allo stesso modo non pare negabile il diritto dei sindaci a richiedere, anche agli amministratori di nomina prefettizia, notizie relative all'andamento delle operazioni societarie o anche che esercitino poteri di ispezione e controllo sull'attività di quest'ultimi.

Pare, inoltre, potersi correttamente ritenere, che anche l'organo sindacale, al pari - come esposto - dell'assemblea, rimanga titolare del potere di promuovere l'azione di responsabilità (prevista - nell'ambito della disciplina delle società per azioni - dall'art. 2393, comma 3, c.c.) anche nei confronti degli amministratori di nomina prefettizia, ovviamente - anche in questo caso - nei limiti previsti dal citato art. 32, comma 4, del D.L. 90/2004, ovvero per eventuali diseconomie dei risultati del contratto oggetto della misura e solo in caso dolo o colpa grave.

Un ruolo ancor più rilevante che nelle situazioni ordinarie assume l'obbligo del collegio sindacale di vigilare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile e sul suo concreto funzionamento. L'adeguamento della *governance* - di competenza degli amministratori di nomina prefettizia, in stretta collaborazione con gli amministratori di nomina sociale - rende ancor più delicati ed impegnativi i compiti del collegio sindacale che dovrà, da un lato, rendersi parte diligente nel sollecitare le opportune modifiche della citata *governance*; dall'altro, dovrà valutare il concreto ed efficace funzionamento degli assetti così come modificati.

I preesistenti assetti organizzativi dovranno adeguarsi alla nuova fisionomia assunta dall'impresa a seguito dell'applicazione della misura della straordinaria e temporanea gestione (misura, la cui applicazione - come rilevato - avrà, in molte situazioni, rilevanti ripercussioni sul piano patrimoniale, economico e finanziario). Lo stesso bilancio di esercizio, che dovrà recepire l'"andamento" del contratto oggetto della misura, avrà una forma più complessa che senza dubbio si ribalta sugli obblighi relativi in capo al collegio sindacale (ed al revisore legale dei conti).

A ben vedere, il collegio sindacale costituisce, forse senza che sul punto il Legislatore ne abbia mostrato alcuna consapevolezza, un architrave del sistema complessivo conseguente all'adozione della misura della straordinaria e temporanea gestione, giacché lo stesso sarà tenuto a vigilare sull'adeguatezza degli assetti societari anche rispetto - con tutta probabilità - alla concreta attuazione delle specifiche finalità preposte all'applicazione della misura, rappresentando un presidio ancor più fondamentale a tutela della società, essendo tenuto a collaborare strettamente, nell'ambito dell'espletamento dei propri doveri di vigilanza, con i due organi di amministrazione dell'impresa, pur nel rispetto dei diversi ruoli.

Per quanto concerne, infine, il rapporto tra gli amministratori di nomina prefettizia e l'organismo di vigilanza della società di cui al Decreto 231, pare, *in primis*, corretto e ragionevole escludere che la nomina di uno o più amministratori prefettizi faccia venir meno – con riguardo alle attività sottostanti al contratto oggetto della misura – l'opportunità di un modello di organizzazione e gestione, finalizzato alla prevenzione dei reati previsti nel precitato Decreto 231 e del conseguente ruolo svolto dall'organismo di vigilanza.

L'applicazione della misura della straordinaria e temporanea gestione non esclude, infatti, che anche gli amministratori di nomina prefettizia possano eventualmente commettere uno o più dei cosiddetti reati presupposto previsti nel Decreto 231; a maggior ragione, se si considera che alcuni di essi hanno natura colposa (si pensi, ad esempio, ai reati di omicidio colposo e lesioni colpose gravi o gravissime, commessi con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro ed ai reati ambientali).

Il modello organizzativo (parte integrante degli assetti societari) dovrà peraltro essere adeguato alla nuova realtà ed alla compresenza di due organi di amministrazione e rispetto a tale attività il ruolo propulsivo dell'organismo di vigilanza emerge con tutta evidenza.