

XI CONVEGNO ANNUALE DELL' ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI
UNIVERSITARI
DI DIRITTO COMMERCIALE "ORIZZONTI DEL DIRITTO COMMERCIALE"
"ORGANIZZAZIONE, RIORGANIZZAZIONE E RISTRUTTURAZIONE DELL'IMPRESA
NEL DIRITTO INTERNO E NELLA DIMENSIONE TRANSNAZIONALE".
Roma, 14-15 febbraio 2020

ANDREA PALAZZOLO

**La "governance" delle società in amministrazione giudiziaria tra
interesse istituzionale e modello "transtipico".**

SOMMARIO: *Premessa. 1. La gestione delle società sequestrate e confiscate tra interesse sociale e interesse della procedura. 2. Segue: la prospettiva istituzionalistica. 3. Dagli "Oneri Impropri" agli "Aiuti di Stato": la specialità della disciplina del finanziamento. 4. La deroga al regime ordinario dei rapporti obbligatori: la "fallimentarizzazione" della procedura e il confronto tra curatore e amministratore giudiziario. 5. La ripartizione dei poteri tra amministratori giudiziari e amministratori "volontari". 6. L'impresa sequestrata e la concorrenza, una deviazione dalle logiche del mercato? 7. L'emersione di nuovi stakeholders. I tavoli provinciali permanenti sulle aziende sequestrate e confiscate, presso le prefetture-uffici territoriali del Governo 8. L'Agenzia Nazionale dei Beni Sequestrati e Confiscati quale "cabina di regia".9. Dalla "regia" alla "direzione e coordinamento": la nozione di "interesse imprenditoriale" contrapposta a quella di interesse pubblico. 10. Le società sequestrate o confiscate quale tipo societario autonomo o quale "supertipo". Conclusioni.*

Premessa

Le misure di prevenzione patrimoniale, segnatamente il sequestro e la successiva confisca delle partecipazioni sociali e dell'azienda, determinano l'applicazione di un complesso di regole idoneo ad incidere significativamente sui profili dell'organizzazione e della gestione societaria.

In un precedente studio è stato esaminato il regime dell'amministrazione giudiziaria delle partecipazioni ed è stata affermata la specificità di tale regime e la sua parziale diversità rispetto ad ipotesi in cui la gestione delle quote è rimessa ad un soggetto diverso dal suo titolare (usufrutto, sequestro, pignoramento)¹.

Ciò che distingue e connota l'applicazione della disciplina è essenzialmente la diversa finalità dell'intervento di custodia, finalizzato nel regime privatistico a garantire gli interessi patrimoniali (ad es. del creditore pignoratizio), ed orientato, in quello di prevenzione, a sottrarre i beni alla criminalità, per restituire alla collettività il profitto di eventuali reati, garantendo la salvaguardia della continuità produttiva e della relativa occupazione.

Si intende invece in questa sede approfondire le regole della gestione e comprendere, in un'ottica di natura sistematica, se la disciplina speciale possa determinare delle significative deviazioni rispetto al diritto comune,

¹ANDREA PALAZZOLO, *L'amministrazione giudiziaria delle partecipazioni sociali*, in AA.VV. *Studi in onore di Gustavo Visentini*, a cura di A. Nuzzo e A. Palazzolo, Luiss University Press, 2020, Vol. I, 341 -398.

connotando di finalità istituzionali la governance di tali società e modificandone di conseguenza la nozione di interesse sociale quale riferimento dell'azione degli amministratori ed anche quale misura di possibili responsabilità nelle fattispecie, non infrequenti nella pratica, di aziende che abbiano conseguito significative perdite. In sostanza lo status dell'impresa sottoposta a sequestro assurgerebbe a vero e proprio criterio di business judgement per valutare la compatibilità dei comportamenti degli amministratori rispetto alla particolare condizione in cui essa si trova, sia ai fini di accertare eventuali addebiti, che di esimerne.

L'aver individuato delle regole divergenti dal diritto comune, può altresì indurre a ritenere l'esistenza di un nuovo tipo sociale, o di un "sottotipo", sul modello di quanto accaduto nelle ipotesi di "srl semplificata", di "start up innovativa", "società di mutuo soccorso"² o di "società benefit", ovvero comunque condurre a riflessioni sul coordinamento tra disciplina di diritto comune e speciale.

Si premette che le conclusioni raggiunte, così come le analisi presupposte, sono ancora molto provvisorie.

1. *La gestione delle società sequestrate e confiscate tra interesse sociale e interesse della procedura.*

L'amministratore giudiziario è chiamato a gestire i beni sequestrati in una logica conservativa, coerentemente con la natura provvisoria del provvedimento di prevenzione. Nel contesto del procedimento l'interesse dello Stato parrebbe limitarsi ad un interesse "negativo" a che i beni stimati di provenienza illecita non rimangano nella disponibilità del proposto finché non intervenga un provvedimento ablatorio definitivo. Ad esso si contrapporrebbe, naturalmente, l'interesse privatistico del socio prevenuto a vedersi restituito il bene, intatto nel suo valore.

Vista la possibilità di definitiva acquisizione del bene al patrimonio dello Stato, ben si comprende che l'istanza di una gestione che assicuri la conservazione del valore del bene è tema sentito anche dalla parte pubblica coinvolta nel procedimento. È appena il caso di ricordare che il procedimento di prevenzione può avere duplice sbocco: qualora intervenga una revoca della misura, quanto sequestrato dev'essere restituito nei confronti del proposto; alternativamente, allorché la confisca divenga definitiva, può essere incamerato, diventando parte del patrimonio dello Stato.

Pertanto, al pari di quanto accade nel sequestro giudiziale, anche in costanza di un sequestro di prevenzione antimafia si versa in un'ipotesi che la dottrina ha qualificato "gestione per conto di chi spetta"³. L'obbligo di

² Sulla natura di società di diritto speciale si veda Consiglio Nazionale Del Notariato, *Natura giuridica e disciplina delle società di mutuo soccorso* Studio n. 5486/I; G. RACUGNO, *Dagli enti del terzo settore alle società di mutuo soccorso*, Intervento al Convegno "Diritto alla salute e contratto di impresa" - Cagliari, 12-13 ottobre 2018, in *ilnuovodirittodellesocietà.it* Giappichelli, Torino.

³ F. FIMMANÒ - R. RANUCCI, *Sequestro penale dell'azienda e rappresentanza legale della società: la convivenza "di fatto" di amministratori giudiziari delle "res e amministratori volontari delle*

conservazione del valore del bene si tradurrebbe in una modalità di gestione in grado di soddisfare, ad un tempo, la posizione di entrambe le parti - quella privata e quella pubblica - coinvolte nella procedura.

Ciò posto, circoscrivere l'interesse statale alla mera istanza di spossessamento del prevenuto sembrerebbe, alla luce degli indizi che emergono dal dato positivo, piuttosto riduttivo: pare anzi che nelle maglie della disciplina antimafia si possa scorgere la presenza di un autonomo fascio di interessi, imputabili alla amministrazione giudiziaria in quanto tale, rilevanti nella gestione della partecipazione⁴ o dell'azienda.

Dalla lettura del Codice Antimafia, il quale riconosce ampio spazio al tema del reimpiego dei beni confiscati per finalità sociali, traluce la pregnanza della funzione di destinazione dei beni a vantaggio della collettività. La centralità di tale momento è tale che mediante le interpolazioni della normativa più recente se ne è prevista un'anticipazione, consentendo un affidamento provvisorio già durante la fase del sequestro. Del resto, è proprio per assicurare una sollecita e proficua destinazione dei beni confiscati che si è provveduto ad istituire un nuovo organismo specializzato, l'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata (d'ora innanzi l'Agenzia), deputato all'attività di sovrintendenza, di coordinamento e di ausilio delle procedure in una logica di razionalizzazione della fase di destinazione.

È lecito supporre che la rilevanza accordata a tale obiettivo sottenda valutazioni politiche e non sia estranea a logiche di ottenimento del consenso popolare.⁵ Con riferimento alle imprese, poi, è essenziale mirare alla preservazione dei livelli occupazionali - istanza tanto più rilevante se si considera che la gestione dell'azienda è esercitata direttamente dallo Stato.

La gestione coattiva rappresenta dunque l'occasione per procedere

persone giuridiche", in *Dir. pen. impr.*, 21 ottobre 2015, p. 15, disponibile presso <http://www.ilcaso.it/articoli/828.pdf>, in cui si citano anche A. RUGGIERO, *Amministrazione dei beni sequestrati o confiscati*, in *Le misure di prevenzione, Quaderni del C.S.M.*, 12, 1988, p. 47 e M. FABIANI, *Misure di prevenzione patrimoniali ed interferenze con le procedure concorsuali, in Il fallimento*, 1998, p. 329; si veda inoltre C. VISCONTI, *Proposte per recidere il nodo mafie-imprese*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014, p. 19; N. GRAZIANO, *Parte la valorizzazione dei beni sequestrati alla criminalità*, in *Guida al diritto* dossier de Il Sole 24 Ore, numero 1/ gennaio - febbraio 2017, p. 63.

⁴ Per il combinato disposto dei commi 1 ter e 6 dell'art. 41 del d.lgs. n. 159 del 6.09.2011 - Codice Antimafia, nel caso di sequestro di partecipazioni (c.d. "non tombale") l'amministratore giudiziario sarà chiamato ad esercitare i suoi poteri (di socio) nei limiti della quota sequestrata attenendosi alle opportune direttive (comma 1 septies) del Tribunale (ad esempio: sostituzioni amministratori, impugnazione delibere, ecc.). Cfr. G. PISCIOTTA *Le misure patrimoniali antimafia, Interdisciplinarietà e questioni di diritto penale, civile e amministrativo*, Milano, 2010 p. 443.

⁵ È consapevole di tale tematica C. VISCONTI, *Contro le mafie non solo confisca ma anche "bonifiche" giudiziarie per imprese infiltrate: l'esempio milanese (Working Paper)*, 20 gennaio 2012, p. 5 in *Diritto penale contemporaneo*, il quale, a proposito della reale efficacia e delle prospettive applicative dell'art. 34 Codice Antimafia, sottolinea che «è diffuso un modo di pensare secondo cui la lotta contro le infiltrazioni mafiose nell'economia va condotta soprattutto, se non esclusivamente, con l'incameramento statale dei beni ritenuti di illecita provenienza.

ad una bonifica della società in vista del suo reinserimento nel circuito dell'economia legale, consentendo non solo di ripristinare le condizioni di concorrenza nel mercato (prima turbate dalla presenza di un operatore avvantaggiato dall'uso del metodo intimidatorio e dalla facilità nel reperimento di capitali), ma anche di offrire nuove opportunità lavorative.⁶

Dinnanzi a fallimenti del mercato e tematiche sociali, d'altra parte, l'esperienza storica dimostra che lo Stato non ha mai mancato di intervenire, partecipando attivamente alla gestione di complessi industriali anche di grande importanza e ricorrendo ai propri poteri autoritativi per soddisfare prevalenti interessi generali, a costo di comprimere le concorrenti situazioni soggettive dei privati. Non è da escludere, pertanto, che tali interessi accedano nell'assemblea dei soci e condizionino le scelte gestorie nel corso della fase processuale (che ruota attorno all'autorità giudiziaria) e amministrativa (coincidente con la gestione dell'Agenzia). In altre parole, mentre il socio persegue in via esclusiva il proprio interesse, l'amministratore giudiziario è chiamato ad una delicata operazione di bilanciamento tra interessi, come visto, eterodossi – il cui punto di caduta è individuato in primo luogo dall'amministratore giudiziario stesso, insieme con il giudice delegato e il tribunale – ma, come si vedrà nel prosieguo, anche alla luce del coinvolgimento di ulteriori soggetti nel procedimento decisionale.

Quale che sia il contenuto e i confini dell'interesse proprio dell'amministrazione giudiziaria, va richiamato il disposto dell'art. 41 del d.lgs. 159/2011 nella sua versione originaria, che al comma 6, lett. b) – quantomeno formalmente – citava espressamente «gli interessi dell'amministrazione giudiziaria», per salvaguardare i quali l'amministratore giudiziario poteva impugnare talune delibere preventivamente individuate dal legislatore in ragione del loro carattere potenzialmente pregiudizievole. Pare corretto, dunque, ritenere che l'amministrazione giudiziaria di partecipazioni o di aziende non si traduca in una gestione propriamente neutrale.

2. *Segue: la prospettiva istituzionalistica*

Dal Codice Antimafia emerge una concezione "istituzionalistica" della società in amministrazione giudiziaria.

Sono noti i termini del dibattito, qui solo brevemente ripercorsi con riferimento all'individuazione della nozione di "interesse della società", tra una visione contrattualistica ed una istituzionalistica. Secondo i fautori della teoria contrattualistica, l'interesse della società dev'essere rinvenuto all'interno della società stessa, e coincide con l'interesse comune dei soci - unitario e qualitativamente superiore rispetto alla semplice somma delle aspettative di questi ultimi – a cui essi danno rilevanza e forma con la

⁶ La pregnanza di tali istanze è dichiarata dalla vistosa deroga alle norme in materia di scioglimento della società ex art. 2484, comma 1, n. 4, nonché di riduzione di capitale sociale ex artt. 2446, 2447, 2482-bis e 2482-ter c.c., disposta nelle more della valutazione delle possibilità di prosecuzione o ripresa dell'attività sociale e fino all'approvazione del relativo programma, allorché sia stata sequestrata l'azienda.

stipulazione dell'atto costitutivo della società.⁷ La tesi istituzionalistica, per contro, asserisce che l'interesse della società, in quanto soggetto dotato di personalità giuridica autonomo rispetto alle persone dei soci partecipanti, trascenderebbe le aspettative e gli interessi dei soli soci, ricomprendendo anche il complesso degli interessi propri di soggetti estranei alla società, ma comunque a essa collegati a vario titolo (creditori sociali, lavoratori dipendenti, potenziali nuovi soci).⁸

Il Codice Antimafia in molte occasioni sembra anteporre all'interesse dei singoli soci quello della società in quanto tale, soprattutto in relazione al suo potenziale in termini di riutilizzo a fini sociali, in guisa da richiamare alla mente la teoria istituzionalistica che afferma la supremazia dell'interesse dell'impresa in sé su qualunque altro e a questo subordina l'interesse degli stessi soci. Secondo tale teoria, l'impresa (segnatamente quella di grandi dimensioni) assume un rilievo autonomo quale elemento dell'economia collettiva, in quanto - astraendosi dai soci proprietari e dai loro interessi privati - trova le proprie finalità nella produzione di ricchezza per la comunità, nell'offerta di posti di lavoro, nel contribuire al progresso tecnico e scientifico. Secondo tale visione lo scopo lucrativo, elemento tipologicamente essenziale nelle società di capitali, verrebbe significativamente compresso (quando non messo proprio da parte), giusta l'esigenza di destinare gli utili al reinvestimento (piuttosto che alla distribuzione in favore dei soci) per assicurare il miglioramento della produttività.

Lo stesso articolo 35, comma 5 Codice Antimafia prescrive una gestione prima di tutto conservativa dell'azienda, imponendo all'amministratore giudiziario un obbligo di custodia e conservazione dei beni sequestrati; solo in quanto possibile - locuzione alquanto generica - l'amministratore dovrà incrementarne la redditività. La logica eminentemente lucrativa tendente alla produzione di utili da ripartire fra i soci, che ispira la gestione dell'azienda in condizioni fisiologiche, nel contesto della procedura di prevenzione sembra cedere il passo ad una gestione essenzialmente conservativa, tesa a preservare i valori di funzionamento. La massimizzazione della redditività verrebbe quindi relegata ad elemento meramente eventuale, da attuarsi «se possibile». Del

⁷Numerose sono poi le varianti sul tema, fra le quali merita di essere segnalata la tesi per la quale il suddetto interesse non potrebbe essere unitario (salvo aderire alla tesi istituzionalistica), ma andrebbe ravvisato in un qualsiasi interesse del socio che svolga la causa societaria e sia ammesso dalla disciplina del tipo societario. Tali posizioni sono state rappresentate, tra gli altri, in G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale* vol. 2, p. 324; A. MIGNOLI, *L'interesse sociale*, in *Rivista delle società*, 1958, pp. 740 ss.; R. MICCIO, *Interesse sociale e interesse individuale del socio nelle società di capitali*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1953, pp. 92 ss.

⁸ Per una indagine approfondita sulle teorie istituzionalistiche dell'interesse sociale, cfr. P. G. JAEGER, *L'interesse sociale*, Giuffrè, Milano, 1964. Si veda anche A. ASQUINI, *I battelli del Reno*, in *Rivista delle società*, 1959, pp. 618 ss.; G. COTTINO, *Contrattualismo ed istituzionalismo (Variazioni sul tema da uno spunto di Giorgio Oppo)*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 693 ss. F. D'ALESSANDRO, *Il diritto delle società dai «battelli del Reno» alle «navi vichinghe»*, in *Foro it.*, 1988, V, 48,

resto, i profitti conseguiti nel corso dell'esercizio durante la procedura di prevenzione, qualificabili come frutto derivante dall'impiego di capitali illeciti, non andrebbero certamente a beneficio della compagine societaria.

L'opalescenza dello scopo lucrativo nelle società raggiunte dai provvedimenti di prevenzione emerge ulteriormente dal fatto che *ex art. 41, comma 2-ter* Codice Antimafia, anche prima che intervenga una confisca definitiva, l'amministratore giudiziario, previa autorizzazione scritta del giudice delegato, possa disporre l'affitto di azienda o di un ramo di essa nei confronti di enti o associazioni di cui all'art. 48, comma 3 lett. c), ma solo per finalità mutualistiche ovvero sociali. L'attività di supporto e di programmazione spettante all'Agenzia durante la fase giudiziaria può risolversi - come emerge *ex art. 110, comma 2, lett. b)* - anche in una assegnazione provvisoria del bene a soggetti predeterminati, per il soddisfacimento di finalità istituzionali ovvero sociali.⁹

L'attribuzione dell'esercizio dell'attività di impresa a soggetti che per espressa previsione di legge devono improntare la propria gestione a finalità non lucrative pare segnare un cambio di paradigma gestorio, dichiarando peraltro l'anteposizione di interessi generali agli interessi privatistici dei soci. Insomma, il concetto di redditività a cui sembra guardare il legislatore, a ben vedere, non è quello che si configura in senso eminentemente economico e coincidente con la produzione di utili, bensì si esprime nel ruolo servente dei beni oggetto della misura di prevenzione rispetto ai bisogni della collettività.¹⁰

A tradire la perdita di rilevanza non solo dello scopo lucrativo, ma anche dei criteri economicistici allorché la società sia gestita nel corso di una procedura di prevenzione militano poi i dati relativi alla vitalità delle imprese attinte da misura di prevenzione patrimoniale, invero preoccupanti.¹¹ Va considerato che differenziare tra imprese potenzialmente

⁹ Va considerato che le prospettive dell'ablazione definitiva diventano tanto più concrete allorché il provvedimento di sequestro acceda alla confisca di primo grado, e successivamente di secondo grado. L'incertezza rispetto a chi debba considerarsi titolare del bene verrebbe a ridursi con la progressiva stabilizzazione del provvedimento di sequestro in confisca, dimodoché una maggiore compressione delle situazioni soggettive del prevenuto potrebbe sembrare legittima allorché maggiori siano le aspettative di definitiva acquisizione al patrimonio dello Stato. In linea di principio, dunque, la gestione processuale ad opera dell'amministratore giudiziario dovrebbe realizzare un pieno contemperamento degli interessi coinvolti nella procedura, e non anticipare di fatto gli effetti del provvedimento di confisca. Ma proprio in tal ultimo senso sembra orientato il Codice Antimafia, che consente una assegnazione del bene anticipata rispetto all'intervento della confisca definitiva.

¹⁰ S. LO BUE - G. MORABITO - V. D'ALEO - W. VESPERI, *Le imprese sociali e i beni confiscati: il panorama attuale in Italia*, 2015, p. 7.

¹¹ In *Rassegna Economica - Rivista Internazionale di Economia e Territorio*, pubblicazione periodica del centro Studi e Ricerche sul Mezzogiorno, si riporta un tasso di fallimento superiore al 90%, con perdita di oltre 72.000 posti di lavoro. La stima è stata elaborata sulla base del "Rapporto per il Ministero dell'Interno" del Centro Interuniversitario di Ricerca dell'Università Cattolica di Milano *Transcrime*, e per la verità, essendo il prodotto della differenza tra le aziende sequestrate e quelle ancora attive, non è possibile sapere se quelle fallite lo sono per cause imputabili esclusivamente al sequestro.

sane, se sottoposte a bonifica, e imprese illecite (o mafiose¹²), non è così agevole¹³.

La gravidanza dell'istanza in parola parrebbe confermata dal fatto che, in sede di destinazione dell'azienda definitivamente confiscata, l'obiettivo di salvaguardia dei livelli occupazionali assurge a criterio di scelta del migliore affittuario o comodatario alla stregua dell'art. 48, comma 8, lett. a). Le disposizioni del Codice Antimafia richiedono all'Agenzia, pur di assicurare la salvaguardia dei posti di lavoro (c.d. "costi di legalità")¹⁴, di accettare un corrispettivo inferiore per l'affitto dell'azienda, dichiarando manifestamente che le modalità di gestione dell'azienda da parte dello Stato sono tutt'altro che tese alla realizzazione della massimizzazione del profitto. Analoghe riflessioni valgono con riferimento al disposto dell'art. 48, comma 1, lett. b) che ammette la vendita delle partecipazioni societarie totalitarie o maggioritarie solo allorché avvenga secondo modalità che assicurino «la tutela dei livelli occupazionali preesistenti».

Come si è cercato di dimostrare, la massimizzazione del profitto non è tra le priorità della gestione pubblica, del resto, nell'ordinamento attuale lo scopo lucrativo è ormai recessivo. La recente emersione di nuovi modelli

¹² L' 'impresa mafiosa' sussiste quando: "il carattere unitario dell'azienda, che è il risultato combinato di capitali, beni strumentali, forza lavoro ed altre componenti, giuridicamente inglobati ed accomunati nel perseguimento del fine rappresentato dall'esercizio dell'impresa, secondo la definizione civilistica, non consenta di operare scissioni tra la parte lecita e parte illecita, specie quando il consolidamento e l'espansione dell'attività economica siano stati sin dall'inizio agevolati dall'organizzazione criminale (Cass. n. 9774/2015; Cass. n. 16311/2014)" in F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione e la confisca allargata*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 45.

¹³ In F. LA ROSA - S. PATERNOSTRO, *op. cit.*, p. 58, gli autori distinguono aziende "cartiera", il cui unico scopo è quello di emettere false fatture, così da consentire il riciclaggio di denaro; aziende parzialmente operative o "paravento", dedite essenzialmente all'attività di riciclaggio, ma esercenti in modo marginale anche attività produttive; aziende produttive con capitale e *management* "mafioso", le quali svolgono effettivamente attività produttiva, tuttavia con capitali di origine illecita e con coinvolgimento di soggetti direttamente o indirettamente legati all'organizzazione criminale nell'organico aziendale; aziende produttive con il solo "soggetto economico mafioso", nelle quali i capitali sono di provenienza illecita e il soggetto economico di riferimento appartiene al sodalizio criminale, tuttavia all'interno dell'organizzazione, tranne il prestanome a cui è legalmente imputabile l'attività imprenditoriale, non sono presenti soggetti direttamente legati alla criminalità organizzata. Le aziende riconducibili alle prime due categorie, secondo gli autori, sono inevitabilmente destinate alla liquidazione, mentre le restanti sono suscettibili di essere inserite all'interno di un percorso volto alla bonifica e al reinserimento nell'economia legale.

¹⁴ Ci si riferisce al venir meno del c.d. *vantaggio competitivo illecito*, con conseguente incremento dei costi di gestione, probabile calo delle commesse, riduzione delle linee di credito. Per tali ragioni l'art. 41, comma 1 quinquies, come da ultimo modificato dalla l.n. 161/2017, consente all'amministratore giudiziario di rivolgersi al giudice delegato per essere autorizzato a proseguire o sospendere l'attività d'impresa. L'amministratore giudiziario dovrà quindi compiere una valutazione sugli "oneri del processo di legalizzazione dell'azienda". Soprattutto con riguardo alle tutele del lavoro nell'ambito delle imprese sequestrate e confiscate previste dall'art. 41 bis modificato in attuazione del d.lgs. n. 72 del 18 maggio 2018. In dottrina L. D'AMORE, T. DI NARDO E J. NESPOLI, *La tutela dei lavoratori nelle aziende sequestrate e confiscate alla criminalità organizzata*, Fondazione Nazionale dei Commercialisti, doc. n.11. del 15.03.2016.

societari "ibridi", che anche mediante le società di capitali consentono o impongono di perseguire finalità sociali, ridimensionando o escludendo *tout court* lo scopo di lucro non fa che corroborare quanto prospettato già a partire dagli anni settanta in merito ad un presumibile "tramonto dello scopo lucrativo".¹⁵ La società di capitali non costituirebbe più una struttura caratterizzata sul piano causale, ma sarebbe oramai una figura neutra, e quindi un modello organizzativo utilizzabile per il soddisfacimento di qualsiasi tipo di finalità.

È facile il parallelo con il sistema delle partecipazioni statali, nell'ambito di cui venne elaborata la teoria degli "oneri impropri", dove lo Stato poteva investire in realtà imprenditoriali spesso scarsamente competitive e a gestirle prescindendo dai criteri imprenditoriali, dunque anche nella prospettiva di risultati antieconomici, al prioritario fine di assicurare la realizzazione degli interessi della collettività.¹⁶

In breve, alla luce dei dati positivi, da quelli statistici e dell'esperienza pratica, pare potersi ritenere che la gestione dell'impresa nel corso di un provvedimento di prevenzione risulti tesa alla realizzazione di scopi diversi rispetto a quello lucrativo, che tradizionalmente ha caratterizzato le società di capitali, offrendosi piuttosto alle amministrazioni statali quale *instrumentum* per il perseguimento di obiettivi primariamente pubblici¹⁷.

¹⁵ G. SANTINI, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, n. 2, p. 155, secondo il quale «nel moderno sviluppo economico-sociale lo scopo di lucro è venuto affievolendosi come elemento caratterizzante la società, fino a consentire la presenza della struttura societaria anche quando lucro non solo concretamente, ma anche astrattamente, viene dalle parti considerato come meramente eventuale oppure del tutto escluso, nella sostanza o finanche (nelle società calcistiche) nella forma, con apposita clausola statutaria».

¹⁶ A differenza delle imprese private, le imprese che a seguito dell'assunzione delle partecipazioni da parte dello Stato diventavano pubbliche erano in grado di operare con strutture di costo altrimenti insostenibili. Le partecipate statali potevano prescindere dalle più basilari regole di gestione imprenditoriale, e segnatamente dal raggiungimento dell'equilibrio tra costi e ricavi: alle stesse era assicurata un'ampia dotazione finanziaria, che consentisse di tamponare le perdite di gestione che conseguivano all'assunzione di cosiddetti oneri impropri, ovverosia sull'attuazione di scelte gestionali che avessero come obiettivo, piuttosto che un ritorno sull'investimento, la realizzazione di un interesse pubblico e sociale. G. PETRILLI sottolineò gli effetti positivi della "formula IRI" nel suo *Lo Stato imprenditore validità ed attualità di una formula*, Cappelli Editore, Torino, 1967.

¹⁷ Un parallelismo può essere compiuto rispetto alle c.d. *società in house*, particolare 'forma funzionale' (non tipo) di società in mano pubblica. La forma societaria è stata scelta dal legislatore, a scapito di quella di ente pubblico, al fine di consentire la massima valorizzazione economica del patrimonio dello Stato. Il meccanismo organizzativo delle società lucrative (s.r.l., s.p.a.) costituisce quindi il supporto per il perseguimento di uno scopo pubblicistico. Come nel caso di società soggetta a misura di prevenzione antimafia l'oggetto sociale è di rilevanza pubblica ed in caso di confisca definitiva le partecipazioni sono acquisite al patrimonio dello Stato. Tuttavia esiste un elemento che potrebbe differenziare le due esperienze societarie: il "controllo analogo". È la "situazione" in cui l'amministrazione esercita un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e decisioni significative della società. Tale forma di controllo, per la Cassazione a Sez. Unite, squarcia il velo dell'alterità soggettiva. Il risultato è che la società in house è la *longa manus*, della Pubblica Amministrazione ed è soggetta a giurisdizione della Corte dei Conti quando può

3. *Dagli “Oneri Impropri” agli “Aiuti di Stato”: la specialità della disciplina del finanziamento.*

L’operatività di regole differenti emerge altresì dal disposto dell’art. 41-*bis* del Codice Antimafia. Tale norma consente tanto all’amministratore giudiziario, previa autorizzazione del giudice delegato, quanto all’Agenzia, di richiedere l’accesso agli strumenti di finanziamento disciplinati dalla legge 28 dicembre 2015, n. 208 (legge di stabilità 2016), la quale all’art. 1, comma 195 prevede uno stanziamento finanziario al fine di assicurare alle aziende sequestrate e confiscate alla criminalità organizzata la continuità del credito bancario e l’accesso al medesimo, il sostegno agli investimenti e agli oneri necessari per gli interventi di ristrutturazione aziendale, la tutela dei livelli occupazionali, la promozione di misure di emersione del lavoro irregolare, la tutela della salute e della sicurezza del lavoro, etc.

La destinazione di tali finanziamenti alle sole società in amministrazione giudiziaria o a quelle sottoposte alla gestione dell’Agenzia parrebbe dunque corroborare la qualificazione di queste ultime in termini di società differenti rispetto a quelle comuni. Inoltre, il fatto che il legislatore abbia previsto un canale di finanziamento del tutto peculiare per tali ultime società sembra dare maggiore concretezza ai ragionamenti fatti precedentemente in tema di “oneri impropri”, atteso che alla luce delle statistiche di vitalità prima ricordate tali finanziamenti sarebbero, di fatto, a fondo perduto, con ogni implicazione in tema di possibile loro qualificazione quali aiuti di Stato¹⁸.

ritenersi configurabile un danno erariale (Cass. Sez. Unite n. 26283/2013; Cass. Sez. Unite 26806/2009). Per le Sezioni Unite richiamate la pervasività dell’azione della P.A. nella *società in house* è tale da non configurare una “blanda” ipotesi di direzione e coordinamento ex art. 2497 c.c. Nel caso delle società soggette a misure di prevenzione Antimafia, l’amministratore è scelto e seguito nella sua attività da un ‘socio unico’: lo Stato nelle sue espressioni di potere, quali la Giustizia e l’Agenzia – ANBSC. L’azione dell’amministratore è inoltre soggetta a valutazione della Corte dei Conti anche in considerazione del fatto che può trattarsi di un dipendente INVITALIA S.p.a. (Corte dei Conti, Deliberazione 23 giugno 2016, n. 5/2016/G L’amministrazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata e l’attività dell’agenzia nazionale). La vera differenza tra le due forme di società può emergere nella qualità dell’intervento della P.A. nella corporate governance e per l’intervento anche di soggetti esterni (‘eterointegrazione’ - supporto tecnico). Per una analisi più approfondita *infra* nei paragrafi 5 e 6 del testo. Con riguardo alle società in house, tra i molti, si vedano: R. MICCÙ, *Un nuovo diritto delle società pubbliche?* Jovene, Napoli, 2019; C. A. GIUSTI, *La corporate governance delle società a partecipazione pubblica*, Giappichelli, Torino, 2017; A. MALTONI, *Le società in house nel T.U. sulle partecipate pubbliche*, in *Urbanistica e appalti*, 2017, 1 p.7; V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica – Raccolta sistematica della disciplina, commentata e annotata con la giurisprudenza*, Assago, 2016; C. BRESCIA MORRA, G. MEO, A. NUZZO (a cura di), *Le imprese pubbliche. A volte ritornano*, in *Analisi giuridica dell’economia* n.2/2015, dicembre 2015; F. GOISIS *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Giuffrè, Milano, 2004.

¹⁸ Va infatti considerato che un simile trattamento preferenziale non può che sollevare preoccupazioni circa l’integrazione di una ipotesi di aiuto di stato: per questo motivo l’art. 1, comma 197 della legge di stabilità del 2015 richiede che con decreto del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro dell’economia e delle finanze, sentito il Ministro della giustizia, vengano determinati - nel rispetto delle vigenti disposizioni in

4. La deroga al regime ordinario dei rapporti obbligatori: la "fallimentarizzazione" della procedura e il confronto tra curatore e amministratore giudiziario

Ulteriore dimostrazione della peculiarità del fenomeno in esame è ravvisabile nella disciplina relativa all'accertamento dei diritti dei terzi. L'applicazione di un provvedimento di prevenzione patrimoniale si riverbera sia sulla sfera giuridica del prevenuto, che su quella di soggetti diversi, genericamente qualificati come terzi interessati. A tale categoria vanno ascritti coloro che vantano un diritto di proprietà ovvero un diritto reale di godimento sul bene oggetto della misura, nonché gli eredi o aventi causa del proposto – ma soprattutto, per quanto interessa in questa sede, i terzi creditori dell'azienda.

Le situazioni soggettive facenti capo a questi ultimi sono suscettibili di essere pregiudicate dallo spiegarsi degli effetti del provvedimento reale, nella misura in cui viene meno la generica garanzia patrimoniale *ex art.* 2740 c.c. sulla quale essi avevano fatto affidamento¹⁹.

Il Codice ha delineato una disciplina organica, destinata indistintamente ad ogni creditore (ma applicabile ai soli procedimenti di prevenzione iniziati dopo il 13 ottobre 2011),²⁰ con la quale si è disposto che i diritti che i terzi che possono vantare sui beni attinti da misura di prevenzione – nomenclatura in cui vanno ricompresi anche i rapporti giuridici che ineriscono a questi ultimi – debbano essere fatti valere secondo regole singolari. Al fine di evitare che per le vie civilistiche (ad esempio mediante contratti simulati) si potessero preconstituire posizioni creditorie di

materia di aiuti di Stato - i limiti, i criteri e le modalità per la concessione delle garanzie e dei finanziamenti. Si osserva che ove tali finanziamenti ed agevolazioni fossero ritenuti aiuti di stato, questi potrebbero essere ripetibili, in quanto il limite dell' "impossibilità oggettiva" al loro recupero non può avere ad oggetto "difficoltà di ordine giuridico, pratico ed economico". Si veda la decisione della Commissione Europea C(2015) 5549 final del 14 agosto 2015, con commento di C. FIGLIOLIA "Limiti al recupero degli aiuti di stato incompatibili con il mercato interno". Più in generale S. GRASSI, *La disciplina degli aiuti di Stato*, in S. Mangiameli (a cura di), *L'ordinamento europeo. Le politiche dell'Unione*, III, Milano, 2008, p. 298; A. TERRASI, *Aiuti di Stato. La questione del recupero degli aiuti illegalmente concessi*, in *Rivista italiana di diritto Pubblico comunitario*, vol. 12, n. 5

¹⁹In tal senso per quanto non sia oggetto della presente opera indagare i rapporti tra il Codice Antimafia e il nuovo Codice della Crisi, non può farsi a meno di notare che alcune disposizioni dovranno essere applicate conformandosi alla peculiare situazione amministrativa delle società sequestrate o confiscate; si pensi a mò di esempio alla valutazione dello stato di insolvenza e persino al concetto di perdita, che postulano una compiuta esecuzione della fase della verifica del passivo da parte dell'Amministratore Giudiziario secondo criteri che potrebbero portare al disconoscimento di pretese risultanti formalmente nel bilancio societario, così determinando una diversa rappresentazione della posizione finanziaria e contabile della società.

²⁰ Con legge 228/2012 è stata poi estesa analoga disciplina anche per i procedimenti che restavano esclusi dalle modifiche introdotte col Codice Antimafia (e cioè a quelli sorti in data anteriore al 13 ottobre 2011), limitando però la tutela ai soli creditori muniti di ipoteca iscritta anteriormente al sequestro, o che avessero anteriormente iscritto un pignoramento o che nello stesso fossero intervenuti.

comodo,²¹ eludendo così le finalità delle stesse misure di prevenzione,²² si è disposta una automatica sospensione delle azioni esecutive e l'estinzione delle stesse allorché la confisca divenga definitiva, nonché il divieto di intentarne di nuove (art. 55 Codice Antimafia), prescrivendo che le pretese di questi debbano essere canalizzate in un subprocedimento interno alla procedura di prevenzione, nel quale possono trovare accoglimento solo allorché si valuti la sussistenza di specifici presupposti, individuati dal comma 1 dell'art. 52 Codice Antimafia.

Solo alcuni brevi cenni sulla disciplina. E' necessaria la prova dell'antiorità del diritto di credito o del diritto reale di garanzia rispetto al sequestro.²³ Si richiede anche la prova del rapporto fondamentale laddove venga in considerazione una promessa di pagamento, il riconoscimento del debito, oppure un titolo di credito. Bisogna poi dar prova della preventiva escussione del restante patrimonio del proposto, se esistente, e della sua insufficienza a soddisfare il credito, salvo per i crediti assistiti da cause legittime di prelazione su beni sequestrati. È infine richiesta la dimostrazione della "non strumentalità" del credito all'attività illecita²⁴ o a quella che ne costituisce il frutto o il reimpiego, a meno che il creditore dimostri di aver ignorato in buona fede²⁵ il nesso di strumentalità.

Quest'ultimo è uno dei requisiti più difficili da isolare e definire concettualmente²⁶. Il Codice Antimafia al comma 4 dell'art. 52 prescrive che

²¹ P. FLORIO - G. BOSCO - L. D'AMORE, *Amministratore giudiziario*, Wolters Kluwer, 2014, p. 280.

²³ Per il diritto di credito, l'antiorità deve risultare da un atto avente data certa, sicché si può ricorrere alla norma dell'art. 2704 c.c., e se lo stesso credito è assistito da un diritto reale di garanzia, l'antiorità è dimostrabile facendo riferimento alla data di costituzione a norma delle disposizioni del codice civile (artt. 2808 ss. per l'ipoteca; artt. 2784 ss. per il pegno).

²⁴ Consiste quindi nel collegamento funzionale del credito all'attività illecita. A mo' di esempio sarà senz'altro strumentale il credito per l'acquisto di armi o di sostanze per la produzione di stupefacenti, mentre sarà più complessa la verifica in ordine all'acquisto di materiale per la produzione del calcestruzzo, con la cui vendita viene imposto il pizzo. Si veda Cass. Pen. n. 13831/2018: "*Tanto premesso è noto, dunque, che, alla stregua della disciplina applicabile al caso in esame, le due condizioni, della strumentalità del credito e dell'ignoranza in buona fede di detto nesso di strumentalità, si pongono come alternative: la buona fede del terzo creditore è condizione per l'opponibilità di diritti reali di garanzia al provvedimento ablatorio solo nell'ipotesi in cui l'erogazione del credito sia stata strumentale all'attività illecita. I diritti dei terzi creditori, quindi, non sono pregiudicati, salvo che risulti l'eventuale collegamento funzionale del credito all'attività illecita ovvero la sua funzione di mezzo di riciclaggio e, ove la strumentalità emerga, sarà il creditore ad avere l'onere di dimostrare l'ignoranza in buona fede di tale nesso* (Sez. 5, n. 46711 del 03/10/2016, Banca Del Lavoro Del Piccolo Risparmio Spa Gruppo Popolare Pugliese, Rv. 268418)".

²⁵ La "buona fede" e l' "affidamento incolpevole" non sussistono nell'ipotesi in cui il fatto illecito non conosciuto era "conoscibile". Si veda Cass. pen. 08677/2017; Cass. pen. 278057/2015.

²⁶ Talvolta l'espressione buona fede è stata intesa ad indicare la condizione di colui il quale non ha mai avuto alcun contatto con il mafioso; in altre ipotesi, invece, ad alludere alla situazione in cui il titolo del terzo «non è il frutto della collusione con l'indiziato-mafioso», diretta a porre nel «nulla gli effetti di una futura e temuta misura di prevenzione» ovvero per escludere la presenza di una vicenda simulatoria e con essa la "fittizietà" della pretesa

il tribunale «tiene conto delle condizioni delle parti, dei rapporti personali e patrimoniali tra le stesse e del tipo di attività svolta dal creditore, anche con riferimento al ramo di attività, alla sussistenza di particolari obblighi di diligenza nella fase precontrattuale nonché, in caso di enti, alle dimensioni degli stessi».²⁷ Sul punto si è pronunciata la Suprema Corte a Sezioni Unite²⁸, chiarendo che la tutela del terzo creditore è ammessa solo a condizione che esso possa dirsi estraneo al reato, sia pur con delle specifiche rispetto allo stato soggettivo²⁹.

La scelta di ammettere o meno un credito è rimessa al giudice delegato, all'esito di un subprocedimento articolato in plurime fasi, che ricalca da vicino la scansione prevista in ambito fallimentare.³⁰ Anche nel subprocedimento è prevista una domanda di ammissione del credito, la redazione e approvazione dello stato passivo, la liquidazione e il riparto tra i creditori. È prevista la sospensione dell'esecuzione dei contratti pendenti e delle azioni esecutive, l'obbligo per i creditori di far valere le proprie pretese con le modalità previste dagli artt. 57 ss. e limitata inoltre la garanzia patrimoniale per effetto dell'art. 53. Segnatamente, la tutela dei creditori aziendali è attuata innanzitutto attraverso la disciplina sui rapporti giuridici pendenti contenuta nell'art. 56 Codice Antimafia³¹.

creditoria vantata dal terzo. Sul punto si veda A. AIELLO, *Brevi riflessioni sulla disciplina del codice antimafia in tema di tutela dei terzi alla luce dell'ultima proposta di riforma*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, p. 4

²⁷ La verifica, in tali ipotesi, riguarderà l'ossequio delle norme e prassi bancarie in materia, oltre che al disposto del d.lgs. n. 231/2007 e della Legge n. 197/1991 (in materia di antiriciclaggio). L'elaborazione giurisprudenziale ha prodotto numerosi criteri da seguire per asseverare la buona fede degli istituti di credito, quali ad esempio la correttezza del procedimento di concessione del credito e della valutazione sul merito creditizio del destinatario del finanziamento, sulla sua solvibilità e di quella di eventuali fideiussori (cfr. Cass. 2894/2015; 6449/2015; 23299/2015).

²⁸ Cass. pen., Sez. Un., sent. 28 aprile 1999, n. 9, in cui si descrive «l'estraneità del terzo come mancanza di ogni collegamento, diretto o indiretto, con la consumazione del fatto-reato, ossia nell'assenza di ogni contribuzione di partecipazione o di concorso, ancorché non punibile, e, altre volte, nel senso che non può considerarsi estraneo al reato il soggetto che da esso abbia ricavato vantaggi o utilità».

²⁹ A. AIELLO, *op. cit.*, p. 4. Vanno rifuggite indebite estensioni del concetto di ignoranza del nesso di strumentalità - che si ritiene debba intendersi in termini di funzionalità, vale a dire nel senso che l'atto compiuto dal proposto da cui derivi il credito non sia funzionale all'attività illecita o a quella economica che ne costituisce il frutto o il reimpiego - dacché a voler ampliare il concetto di ignoranza in buona fede si finirebbe per coinvolgere anche profili di colpa, a mente dei quali verrebbe privato di tutela il creditore che sapesse o avesse potuto sapere delle vicissitudini giudiziarie sofferte dal proposto (e ciò nonostante il rapporto instaurato non abbia niente a che fare con le attività illecite di questi né comporti il reimpiego dei proventi delle attività illecite).

³⁰ In dottrina si è parlato di una "fallimentarizzazione" della procedura di accertamento dei crediti, cfr. G. MINUTOLI, *Verso una fallimentarizzazione del giudice della prevenzione antimafia*, in *Il Fallimento*, 2011, pp. 1271 ss.

³¹ Prima che al tema si dedicasse una apposita regolamentazione, si riteneva che all'amministratore fosse precluso il ricorso alla disciplina sui rapporti pendenti di matrice fallimentare, né a quella regolata dall'art. 2558 c.c., riguardante il subentro del cessionario di azienda nei contratti in corso. Di fatto, in una condizione di vuoto normativo, alcuni autori ricorrevano ai predetti istituti cosicché l'amministratore giudiziario, sostituendosi

Analogamente, in deroga alla regola del procedimento di formale accertamento dei crediti, l'art. 54-bis Codice Antimafia consente all'amministratore giudiziario di richiedere al giudice delegato di essere autorizzato al pagamento, anche parziale o rateale, dei crediti per prestazioni di beni o servizi, sorti anteriormente al provvedimento di sequestro, nei casi in cui tali prestazioni siano collegate a rapporti commerciali essenziali per la prosecuzione dell'attività.

Infine, sfuggono al congegno di cui agli artt. 57 ss. anche i crediti annoverabili fra quelli prededucibili. Fuori dai casi in cui si continui a dare esecuzione ai rapporti pendenti, si paghino eccezionalmente i debiti prededucibili o quelli anteriori al sequestro, i creditori sono costretti a ricorrere alla tutela - di matrice evidentemente fallimentare (cfr. artt. 72 ss. l. fall.) - di cui agli artt. 57 ss. Codice Antimafia. Non pare peregrino considerare che la scelta di sottoporre le pretese creditorie ad un rigoroso accertamento e di convogliare ogni istanza all'interno di un subprocedimento, sia indice della prevalenza degli interessi della procedura a discapito di quelli dei singoli creditori nonché della certezza e della sicurezza dei traffici giuridici, e richiami da vicino le valutazioni sottese alla teoria anti-indennitaria (ovvero redistributiva) che in materia di revocatoria fallimentare imponeva la revoca di ogni atto, ancorché non pregiudicante la garanzia patrimoniale, pur di assicurare la salvaguardia del principio della *par condicio creditorum*.³² Si manifestava in tal modo l'adesione a un preciso postulato assiologico, poiché dinnanzi ai principi che animavano la procedura fallimentare cedeva finanche l'efficacia di un'obbligazione

nei poteri degli amministratori della società, desse esecuzione ai contratti che l'azienda aveva in corso nel rispetto degli obblighi contrattuali e delle norme civilistiche - e ciò al precipuo fine di consentire la salvaguardia della continuità aziendale. Il ricorso all'analogia rispetto agli artt. 72 ss. l. fall. non era ammesso poiché il legislatore, in altri casi, quando aveva voluto fare riferimento alla legge fallimentare, lo aveva fatto espressamente (per esempio il comma 4 dell'art. 2-sexies, della abrogata legge n. 575/1965, che richiamava l'art. 47 del R.D. 267/1942). Sempre secondo l'autorevole dottrina anche l'applicazione dell'art. 2558 c.c. lasciava perplessi e trovava al massimo applicazione dopo la confisca definitiva quando l'azienda veniva trasferita allo Stato, ma non nella fase antecedente, quando ancora l'amministratore gestisce l'azienda "per conto di chi spetta". Entrambi gli istituti non sembravano, dunque, applicabili.

³² In dottrina come in giurisprudenza, a tale posizione se ne contrapponeva un'altra (la teoria indennitaria) che, nello scorgere una continuità fra la revocatoria fallimentare e quella ordinaria ex art. 2901 c.c., richiedeva la dimostrazione di un *eventus damni*, vale a dire della consapevolezza da parte del contraente *in bonis* di stare arrecando un danno alla garanzia patrimoniale dei creditori dell'imprenditore insolvente. Secondo la teoria indennitaria, pertanto, la revocatoria fallimentare avrebbe funzione risarcitoria, di talché dovrebbero essere revocati soltanto gli atti che pregiudicano le garanzie patrimoniali. La Cassazione, con sentenza a Sezioni Unite 28 marzo 2006, n. 7028 si è schierata a favore della teoria anti-indennitaria, affermando che nella revocatoria fallimentare il danno sarebbe *in re ipsa* e consisterebbe nel fatto stesso della lesione della *par condicio creditorum*, coincidente, per presunzione legale ed assoluta, con l'uscita del bene dalla massa conseguente all'atto di disposizione. D'altra parte, alla teoria indennitaria è stato conferito nuovo vigore dalla sentenza del Tribunale di Milano 26 maggio 2017, che ha ritenuto la revocatoria non esperibile allorché dall'atto o dal pagamento revocabile non sia derivato alcun danno (e per il patrimonio del disponente e per le ragioni creditorie).

legalmente contratta, seppure non pregiudizievole nei confronti degli interessi della procedura e in assenza di *scientia decoctionis*.

La scelta è per certi versi criticabile; si è scelto di applicare una disciplina di matrice marcatamente liquidatoria a un fenomeno affatto diverso. In ambito fallimentare, infatti, l'azienda non può che essere avviata alla liquidazione, essendo ormai decotta: non è un caso che nel nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza al tradizionale *nomen* di «fallimento» si sia sostituito quello, dotato di maggiore evidenza descrittiva, di «liquidazione giudiziale». Per contro, allorché la stessa sia sottoposta a confisca definitiva la situazione di crisi di legalità può essere reversibile: è ben possibile che l'azienda possa continuare ad operare sul mercato, residuando il *going concern*.

È pur vero che non può affermarsi che nella liquidazione giudiziale la situazione sia irreversibile: se è vero che ciò è quanto si verifica nella più parte dei casi, è altresì vero che a mente dell'art. 233 d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza) la procedura concorsuale può chiudersi per vari motivi: in linea teorica, allora, anche la fase della liquidazione giudiziaria - alla luce delle considerazioni in precedenza svolte e chiarita la potenziale reversibilità - potrebbe essere letta come una fase della vita della società.

I poteri dell'organo deputato alla gestione dell'impresa, tuttavia, si connotano in senso differente. Così come delineati nel nuovo testo normativo, infatti, i poteri del curatore nell'ambito della procedura concorsuale sono più ampi di quelli riconosciuti all'amministratore giudiziario: in evidente analogia con quanto disposto dall'art. 92, comma 4 disp. att. (che consente, nelle ipotesi di cui all'art. 2409 c.c., di attribuire all'amministratore giudiziario i poteri dell'assemblea per determinati atti), l'art. 263 codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza stabilisce che il programma di liquidazione possa prevedere - per determinati atti od operazioni - l'attribuzione al curatore dei poteri dell'assemblea, fermo il potere di soci, creditori e terzi interessati di proporre reclamo ai sensi dell'articolo 133 del medesimo codice e ferma l'applicabilità della disciplina dettata in tema di validità delle deliberazioni assembleari di cui agli articoli che vanno da 2377 a 2379-ter e di cui all'art. 2479-ter del codice civile, in quanto compatibile.

Quanto riferito va ascritto a una tendenza, evidente nel tessuto del codice, nel senso della concentrazione di poteri e competenze a vantaggio del curatore nell'ambito della liquidazione giudiziale, dimodoché, pur di metterlo nelle condizioni di poter attuare compiutamente il suddetto piano, gli si consente finanche di incidere sull'organizzazione e sulla struttura finanziaria della società (art. 264, comma 1). Si abbandona pertanto la teoria per la quale l'apertura di una procedura concorsuale deve configurarsi come un evento "neutro" rispetto all'organizzazione dei poteri e alle competenze degli organi della società debitrice in ragione delle proprie funzioni - teoria che invece pare continuare a trovare risonanza nel contesto delle procedure di prevenzione, nella misura in cui l'inderogabilità dello statuto legale della disciplina societaria consente deviazioni dall'ordinario

assetto dei poteri spettanti agli organi sociali da parte dell'amministratore giudiziario solo limitatamente ai casi in cui ciò è consentito da norme che a ciò autorizzino.

Nondimeno, ferme le riflessioni testé effettuate in tema di poteri, a distinguere le due procedure è la radicale differenza in punto di finalità: per quanto siano (paradossalmente) maggiori i poteri ora riconosciuti al curatore rispetto a quelli dell'amministratore giudiziario, la liquidazione giudiziale rimane pur sempre una procedura di stampo prettamente liquidatorio, mentre la gestione coattiva in costanza di sequestro o confisca si connota in senso conservativo. Insomma, sulla scorta di quanto fin qui sostenuto, l'analogia delineata dal Codice Antimafia, pertanto, non solo appare forzata, ma altresì idonea a realizzare risultati in taluni casi divergenti rispetto a quelli a cui mira l'intera normativa di prevenzione antimafia, vale a dire la riutilizzazione ai fini sociali dei beni confiscati - e dunque, per quanto attiene alle aziende, il mantenimento dell'operatività delle stesse al fine di salvaguardarne i livelli occupazionali.³³

Alla luce di quanto esposto finora, la disciplina dettata per la tutela dei creditori anteriori al sequestro nell'ambito di una procedura di prevenzione - eccezion fatta per le regole sui rapporti pendenti di cui all'art. 56 Codice Antimafia, quelle sui debiti anteriori di cui all'art. 54-*bis* e sui crediti prededucibili di cui all'art. 54 - pare suggerire un allontanamento della gestione delle aziende colpite da sequestro o confisca rispetto alle ordinarie logiche di continuità. Rispetto ai creditori di imprese sane, quelli di società le cui partecipazioni e/o aziende sono raggiunte da una misura di prevenzione si trovano in una posizione senz'altro deteriore. Essi sono costretti a oneri probatori ben più significativi, dovendo dimostrare non solo l'esistenza del credito, ma anche di aver contratto in una condizione di buona fede. L'assenza di nesso di strumentalità e la buona fede, allorché intervenga la misura di prevenzione a carico del proposto, finiscono per integrare fatti costitutivi del proprio diritto.³⁴ Diversamente da quanto ordinariamente accade secondo le regole civilistiche, per le quali la buona fede si presume, il diritto della prevenzione impone un rovesciamento

³³ La differenza tra i due procedimenti è evidente: nel procedimento fallimentare interviene una sentenza dichiarativa che spossessa immediatamente il fallito dei beni, con intervento degli organi dello Stato che devono provvedere al soddisfacimento dei creditori (salva la revoca della sentenza); nel procedimento di prevenzione interviene un provvedimento cautelare (sequestro) che gradualmente assume stabilità fino alla confisca definitiva, ma fintantoché non si disponga l'ablazione definitiva l'attività aziendale deve proseguire e la previsione di una procedura così complessa di accertamento del credito - addirittura prima della confisca - potrebbe pregiudicare la continuità aziendale oppure finirebbe per essere superflua, laddove si revocasse la misura.

³⁴ In senso contrario alcuni commentatori, che addossa l'onere probatorio sul pubblico ministero o sul tribunale, anche in considerazione del principio di vicinanza della prova e della estrema difficoltà di dimostrare la estraneità del credito erogato a qualunque attività illecita che ne costituisca il frutto o il reimpiego (tanto che si potrebbe parlare di *probatio diabolica*), atteso che il *thema probandum* atterrebbe a vicende alle quali di regola il creditore è del tutto estraneo.

dell'*onus probandi*³⁵.

4. *La ripartizione dei poteri tra amministratori giudiziari e amministratori "volontari"*

Allorché disposto sulle partecipazioni sociali o sull'azienda, il provvedimento di sequestro è in grado di alterare in maniera più o meno significativa gli equilibri esistenti all'interno della compagine societarie e, soprattutto, di incidere sui profili dell'organizzazione della stessa.

Nel caso di sequestro di azienda, abbinato o meno al sequestro di partecipazioni anche totalitarie, questa viene sottratta alla disponibilità della società ed assegnata, in custodia, all'amministratore giudiziario, il quale dovrà assicurarne una gestione dinamica, vista la natura del bene.

L'art. 2380-*bis* c.c. dispone che nelle società di capitali il potere gestorio - avente ad oggetto le decisioni sullo svolgimento dell'attività di impresa - compete in via esclusiva all'organo amministrativo. Considerato che lo svolgimento dell'attività d'impresa non può che presupporre l'utilizzazione del patrimonio aziendale, coincidente con i beni che all'esercizio della stessa sono strumentali, si potrebbe pensare che privare gli amministratori della disponibilità dell'azienda, affidando la gestione di questa a un soggetto terzo, determini *de facto* la sostituzione dell'amministratore giudiziario agli amministratori *iure privatorum* della società, sicché l'amministratore giudiziario possa considerarsi nuovo amministratore della società³⁶. Nella prassi, avallata dalla giurisprudenza di merito, si era sviluppata in effetti la considerazione che la sostituzione dell'amministratore giudiziario con l'organo amministrativo avvenisse "*di diritto*",³⁷ nonostante la perplessità di parte della dottrina³⁸.

Il legislatore con la l. n. 161/2017, di riforma del Codice Antimafia, non ha accolto l'orientamento appena richiamato ed ha invece previsto - limitatamente all'ipotesi di sequestro di partecipazioni maggioritarie - al comma 1-*ter* ultimo alinea, l'"*eventuale revoca*" dell'organo amministrativo con 'possibile nomina' (in sostituzione) della persona dell'amministratore giudiziario nelle forme di cui al comma 6.³⁹

³⁵ Spetta, infatti, al terzo creditore provare la buona fede. Si veda Cass. pen. n. 10158/20118; Cass. S. U. Civ. 10532/2013

³⁶ A. BURZO, *Il concorso di norme civili, penali e tributarie nella gestione di società di capitali sottoposte a sequestro preventivo antimafia*, in A. BARGI - A. CISTERNA (a cura di), *La giustizia patrimoniale penale*, UTET Giuridica, 2011, p. 1204.

³⁷ Trib. Napoli ud. 29.12.2009.

³⁸ F. FIMMANÒ - R. RANUCCI, *Gazzetta Forense*, 7/15, 26.

³⁹ "Il sequestro (di minoranza e di maggioranza) delle partecipazioni sociali e del complesso aziendale non ha effetto sull'organizzazione corporativistica sicché, al pari della dichiarazione di fallimento, non determina la sostituzione di diritto degli organi della persona giuridica la quale rimane in vita e viene spossessato del patrimonio. Tale conclusione come evidenzia la dottrina (F. FIMMANÒ, R. RANUCCI, *op. cit.* p. 18) non solo è avallata dal dato normativo ma anche da una interpretazione storica [...]. Ne consegue che l'amministratore giudiziario delle partecipazioni sociali e dell'azienda, analogamente al curatore fallimentare, non assume di diritto la legale rappresentanza del compendio attinto del provvedimento di sequestro e tantomeno è il suo nuovo amministratore" in G. SPANGHER, A. MARANDOLA (a cura di), *Commentario Breve al Codice Antimafia e alle altre procedure di prevenzione*, Cedam, Padova, 2019, p. 41.

Quindi pare da condividere la posizione prospettata in dottrina che, distinguendo nell'alveo dei poteri riconosciuti agli amministratori della società poteri che attengono alla gestione dell'impresa sociale (e dunque dell'azienda, in quanto bene strumentale al suo esercizio) e poteri amministrativi (che riguardano la società quale soggetto, non coinvolgendo pertanto la gestione dell'azienda), riconosce i primi all'amministratore giudiziario, mantenendo gli ultimi in capo agli amministratori volontari.⁴⁰ È dunque possibile la coesistenza dell'amministratore volontario e dell'amministratore giudiziario, anche nel caso di sequestro totalitario delle partecipazioni e del relativo complesso aziendale⁴¹. Ipotesi certamente riconducibile al caso della c.d. *gestione congiunta*⁴².

Gli amministratori della società, nel corso della procedura di prevenzione, non vengono pertanto revocati di diritto, più semplicemente, i loro poteri gestori sono neutralizzati o comunque ridotti. Ed infatti anche se la giurisprudenza ha riconosciuto all'amministratore giudiziario la *legitimatio ad processum* in rappresentanza del patrimonio sequestrato,⁴³ consentendogli di promuovere le azioni che attengono alla amministrazione dell'azienda⁴⁴, è agli amministratori volontari della società che deve continuare a riconoscersi il potere di rappresentanza della società in quanto

⁴⁰ Sulla correttezza di tale ipotesi interpretativa si può richiamare, benché non accolta, la proposta della Commissione di Esperti istituita con d.p.r. 19 gennaio 2001 per lo studio di modifiche alla normativa antimafia: in essa si prospettava l'introduzione, in materia di sequestro di partecipazioni sociali (art. 2-*octies* l. 575/1965), di una sospensione della carica degli amministratori volontari della società con contestuale nomina di nuovi amministratori temporanei da parte del giudice delegato. L'opzione suggerita dalla Commissione sottendeva l'assunto dell'inidoneità del sequestro di partecipazioni sociali (ma si deve ritenere anche d'azienda) ad incidere sull'organizzazione della società. Si veda anche M. MEOLI, *Le società non si sequestrano*, in Eutekne.info, 5 maggio 2016.

⁴¹ Cass. civ. n. 24663/2018, nel caso di revoca della misura di sicurezza le spese relative al compenso dell'organo amministrativo gravano sempre sulla società.

⁴² A. POLIGNANO, *Amministrazione giudiziaria e confisca ex lege n. 575/1965: aspetti gestionali, societari ed adempimenti tributari*, in G. ABBATTISTA, V. MONTARULLI, A. POLIGNANO, *i reati associativi e gli strumenti di contrasto patrimoniale alla criminalità organizzata*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 397.

⁴³ In giurisprudenza si veda Cass., 30 maggio 2000, n. 7147, per la quale connessa al potere di custodia ed amministrazione, «nella misura ad esso corrispondente, è la legittimazione ad agire come attore e a stare in giudizio come convenuto, non essendo esso esercitabile nella necessaria pienezza, se fosse esclusa l'azione relativa. Il custode opera in tal caso come rappresentante di ufficio - in quanto ausiliare del giudice - di un patrimonio separato, che costituisce centro di imputazione di rapporti giuridici attivi e passivi, e in tale veste - e dunque solo per la tutela degli interessi che vi si collegano - ha la legittimazione processuale»; Cass. 7354/1991; Cass. 2232/1987; Cass. 381/1974. In dottrina, F. FIMMANÒ - R. RANUCCI, *op. loc. cit.*, p. 40. Del resto, alla perdita della disponibilità sostanziale del proprio patrimonio non può che seguire anche la perdita della legittimazione processuale a tutelare in prima persona i propri diritti. Tale, infatti, è la *ratio* sottesa all'art. 43, comma 1 l. fall., che stabilisce che «nelle controversie, anche in corso, relative a rapporti di diritto patrimoniale del fallito compresi nel fallimento sta in giudizio il curatore».

⁴⁴ *Ibidem*, p. 41: gli autori rilevano che invece sono legittimati al promovimento dell'azione sociale di responsabilità il curatore fallimentare (art. 146 l. fall) e l'amministratore giudiziario (art. 2409 comma 5 c.c.).

tale⁴⁵.

L'applicazione di una misura di prevenzione non produrrebbe invece conseguenze sull'organo di controllo, laddove costituito, rimanendo questo investito delle medesime funzioni di vigilanza di cui è ordinariamente investito. Ugualmente la misura non sarebbe in grado di incidere sull'organo assembleare, se non nella misura in cui alle cure dell'amministratore giudiziario siano affidate anche delle partecipazioni sociali, specie se maggioritarie (o totalitarie). In tal caso, l'amministratore giudiziario potrebbe, esercitando i diritti di voto inerenti alla partecipazione da lui gestita, adottare le deliberazioni assembleari di maggiore rilevanza, ivi compresa quella di approvazione del bilancio di esercizio.

Fatte queste premesse si può passare all'esame delle conseguenze che il sequestro o la confisca di azienda possono avere avendo riguardo alla *governance* della società. Oltre a comportare una singolare convivenza tra amministratore giudiziario e amministratori *iure privatorum*, la procedura di prevenzione apre infatti la gestione della società al coinvolgimento, a vario titolo, di una pluralità di attori, sconosciuti alla disciplina del diritto societario comune (oltre agli organi della procedura Giudice Delegato e Tribunale).

⁴⁵ Il potere dell'amministratore volontario' o c.d. 'civilistico' permarrebbe anche nell'ipotesi limite di concorso della procedura fallimentare (liquidatoria) e del sequestro antimafia. Ed infatti, entrambe le procedure producono l'effetto dello spossessamento dei beni. Si tratta di un effetto patrimoniale per il quale viene meno il possesso dei beni, che sono soggetti a c.d. vincolo di indisponibilità. Il coordinamento delle due misure appare difficile con riguardo al fine per le quali sono state introdotte. Da una parte la liquidazione del patrimonio in favore dei creditori, dall'altra la conservazione del patrimonio. Il sequestro intervenuto durante la procedura liquidatoria avrebbe quindi lo scopo di evitare che i beni possano essere liquidati nei confronti di terzi creditori, in verità prestanomi del sodalizio criminale. Tanto premesso, oggi risulta prevalente l'orientamento a tenore del quale la misura preventiva prevalga sulla procedura concorsuale sia se precedente sia se successiva, quando vi è il rischio che tramite le insinuazioni al passivo fittizie il patrimonio sia liquidato a creditori appartenenti al sodalizio (Cass. Pen. 22.03.2011, n. 16797 in Foro.it; Cass. Pen. 26.05.2006 n. 18955 in Red. Giuffrè; Trib. Roma, 25.03.1985 in Giur. It. "ritenere ostativo del sequestro lo status di fallito, significherebbe vanificare il fine ultimo del provvedimento cautelativo voluto dal legislatore, in quanto la procedura Fallimentare tende, attraverso la soddisfazione della massa dei creditori, alla dispersione dei beni, destinati invece ad essere confiscati"). Secondo un diverso orientamento è necessario dare prevalenza ai diritti dei creditori concorsuali quando il soggetto criminale è stato reso inoffensivo (Cass. n. 1213 del 06.02.1998; Cass. sez. unite n. 2635 del 30.05.1989; Cass. pen. 20.12.1962). Cfr. N. GRAZIANO *Sequestro antimafia e fallimento. Rapporti e conflitti (risolti) tra due vincoli di indisponibilità* in L. DE GENNARO, N. GRAZIANO (a cura di) *Sequestri Penali, misure di prevenzione e procedure concorsuali*, Maggioli Editore, 2018; F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione e la confisca allargata*, Giuffrè, Milano, 2017; ANFUSO, *All'orizzonte una possibile via d'uscita dal dedalo dei rapporti tra misure di prevenzione patrimoniali e fallimento*, in *Fallimento*, 2002, 1276; INZERILLO, *La prevalenza delle misure patrimoniali antimafia sul fallimento*, in *Giur. It.* 1999, 1274; GAITO, *Fallimento in funzione di confisca e tutela dei diritti dei terzi nella repressione del fenomeno mafioso*, in *Giur. It.*, 1985, II, 397; Id., *Sui rapporti tra fallimento e sequestro antimafia in funzione di confisca*, in *Riv. dir. Proc.* 1996, 393.

5. *L'impresa sequestrata e la concorrenza, una deviazione dalle logiche del mercato*

Nella cornice normativa dettata dal Codice Antimafia pare potersi ravvisare nel disposto dell'art. 41-*quater* una ulteriore ipotesi di arricchimento della *governance* dell'impresa sequestrata o confiscata attraverso il coinvolgimento di imprenditori attivi nel medesimo settore o in settori affini a quello in cui opera l'azienda sequestrata o non definitivamente confiscata. Le modalità e i limiti della partecipazione di tali soggetti, invero, non sono state oggetto di specificazione da parte del legislatore. Dalla lettura della disposizione si ricava unicamente la gratuità dell'ausilio offerto dall'imprenditore attivo nel settore, che dovrà svolgersi senza corrispettivo. Del resto, il "supporto tecnico" proficuamente svolto consente all'imprenditore interessato di ottenere un diritto di prelazione in occasione della vendita o dell'affitto dell'azienda attinta dalla misura, nonché la possibilità di accedere ai finanziamenti e alle garanzie summenzionati⁴⁶.

Vista la molteplicità dei settori di cui si compone il mercato, dotati ognuno di proprie peculiarità e di specifici meccanismi di funzionamento, è senz'altro auspicabile richiedere il supporto e l'esperienza di chi di tale settore ha comprovata conoscenza⁴⁷. Gli orientamenti di questi, pertanto, sarebbero idonei ad influenzare le scelte degli organi della procedura. Gli imprenditori di cui si occupa l'art. 41-*quater* del Codice Antimafia, alla luce delle riflessioni testé svolte, parrebbero integrare *de facto* la *governance* dell'impresa sottoposta a misura di prevenzione, nella misura in cui gli interessi ad essi imputabili, per il tramite del supporto prestato alla gestione coattiva dell'impresa, potrebbero trovare spazio in quest'ultima.

Queste conclusioni aprono il fronte di un'altra, rilevante questione problematica, e cioè se l'impresa operi o meno in regime di reale concorrenza, se alla sua gestione devono in qualche modo partecipare proprio i soggetti che competono sugli stessi mercati. Il tema probabilmente è l'indice di un orientamento legislativo volto a favorire l'acquisizione da parte di altre imprese dell'azienda, al fine di reinserirla nel mercato;

⁴⁶ La norma in esame è stata introdotta con la l. 161/2017 con lo scopo di supportare l'attività di gestione dell'impresa nella speranza di evitare il fallimento o la liquidazione aziendale. Non tutti gli imprenditori del settore possono fornire supporto tecnico. È necessario dimostrare il possesso dei requisiti previsti dal d.p.r. 445/2000 con riguardo al rilascio del c.d. *rating di legalità* la cui *ratio* è quella di premiare e promuovere i comportamenti etici aziendali, così da valutare l'affidabilità di una determinata impresa. Così T.A.R. Lazio Roma n. 2324 del 31.01.2018, in *Leggeplus*; il *rating di legalità* ha la finalità: "di promuovere l'introduzione di principi etici nei comportamenti aziendali" (così l'*incipit* dell'art. 5-ter cit.), e mira ad incentivare le imprese che si distinguono nel rispetto della legge e nel perseguimento di obiettivi di legalità e di trasparenza, mediante l'introduzione di un sistema di valutazione dell'affidabilità delle imprese tale da incentivare, in ultimo, una sana e corretta competizione concorrenziale tra le medesime".

⁴⁷ A tal fine è di interesse l'utilizzo del 'contratto di rete', si veda Trib. Roma Sez. Misure di Prevenzione, decreto proc. n. 62/2017 R.G.M.P. del 02.11.2017, sub "art. 41 quater", in G. SPANGHER, A. MARANDOLA (a cura di) *Commentario Breve al Codice Antimafia e alle altre procedure di prevenzione*, Cedam, Padova, 2019, p. 255.

tuttavia è anche vero che molto spesso l'effetto sortito è quello della scomparsa dell'azienda e di una sua sostituzione con quella concorrente, che ne occupa lo spazio. Tale scelta è dunque indice di un tendenziale superamento rispetto alle logiche concorrenziali per favorire piuttosto il perseguimento di obiettivi non di mercato (assorbimento di manodopera).

6. *L'emersione di nuovi stakeholders. I tavoli provinciali permanenti sulle aziende sequestrate e confiscate, presso le prefetture-uffici territoriali del Governo*

I tavoli provinciali sulle aziende sequestrate e confiscate introdotti nel tessuto normativo del Codice Antimafia dall'art. 16 della l. 161/2017, sono organismi fortemente specializzati che hanno il compito di favorire la continuazione dell'attività produttiva e salvaguardare i livelli occupazionali, cui sono chiamati a partecipare numerosi rappresentanti di istituzioni e corpi intermedi, *lato sensu stakeholders*.

Considerata l'ampia platea di partecipanti, i tavoli provinciali sembrano configurarsi come occasioni di incontro e di bilanciamento tra una pluralità di istanze, al fine di formare un *consensus* circa le migliori iniziative da adottare per la proficua e corretta gestione dell'azienda. L'incontro dialettico che dovrebbe aver luogo è preordinato eminentemente all'emersione delle soluzioni più condivisibili ai problemi aziendali. Invero, accanto alle enunciazioni programmatiche di cui alle lett. a) e b) dell'art. 41-ter - che predicano genericamente un'attività di incentivazione della continuazione dell'attività produttiva e della salvaguardia dei livelli occupazionali nonché di ausilio all'amministratore giudiziario o all'Agenzia nella fase della amministrazione, della gestione e della destinazione delle aziende, peccando pertanto di astrattezza circa i concreti interventi da poter adottare - è previsto che il tavolo sia chiamato ad esprimere un parere - espressamente qualificato come non vincolante - sulle proposte formulate dall'amministratore giudiziario e dall'Agenzia.

I loro pareri, ancorché definiti *expressis verbis* non vincolanti, così come le altre posizioni che dovessero emergere in seguito alla dialettica tra i partecipanti al tavolo, non possono che essere tenuti in alta considerazione da parte dell'amministratore giudiziario o dell'Agenzia, vista l'autorevolezza dell'organismo da cui provengono. Si potrebbe quindi pensare che i tavoli provinciali abbiano voce in capitolo nel procedimento di formazione della volontà dell'organo gestore della procedura. Considerate inoltre le rilevanti responsabilità a cui si espone l'amministratore giudiziario, non è assurdo pensare che questi, prima di adottare un atto gestorio di importanza significativa, possa richiedere un parere che illustri il benessere della struttura di supporto in esame, al fine di cautelarsi rispetto ad eventuali future rimostranze. In conclusione, l'intervento del tavolo provinciale, istituzionalizzando la dialettica *impresa-stakeholders*, potrebbe *de facto* integrare una fase procedimentale della formazione della volontà dell'organo preposto alla gestione coattiva dell'azienda sequestrata o confiscata.

7. *L’Agenzia Nazionale dei Beni Sequestrati e Confiscati quale “cabina di regia”*

Le funzioni ed i poteri dell’Agenzia possono dirsi a geometria variabile; diventano tanto più incisivi quanto più diventa concreta la prospettiva della confisca definitiva. In generale, come dichiarato dall’art. 38 Codice Antimafia, l’Agenzia è incaricata dell’«attività di ausilio e supporto all’autorità giudiziaria». Su richiesta degli organi giurisdizionali della procedura l’Agenzia interviene mettendo a disposizione le proprie risorse informative e di *expertise*: su tale apporto può contare tanto il giudice delegato in sede di emanazione delle direttive generali per la gestione dei beni sequestrati (art. 40, comma 1 Codice Antimafia), quanto l’amministratore giudiziario, allorché si trovi a dover verificare la possibilità di prosecuzione o di ripresa dell’attività di impresa (art. 114, comma 4, lett. b Codice Antimafia).

L’Agenzia ha tuttavia anche poteri proattivi, potendo proporre al tribunale «l’adozione di tutti i provvedimenti necessari per la migliore utilizzazione del bene in vista della sua destinazione o assegnazione» (art. 38, comma 2 Codice Antimafia) e potendo adottare le iniziative e i provvedimenti «necessari per la tempestiva assegnazione e destinazione dei beni confiscati, anche attraverso la nomina, ove necessario, di commissari *ad acta*» (art. 110, comma 2, lett. f Codice Antimafia). In particolare, è previsto che, previo parere motivato del Comitato di indirizzo, il Consiglio direttivo dell’Agenzia indichi gli interventi da effettuare con riferimento ai beni aziendali per salvaguardare il valore patrimoniale e i livelli occupazionali.

Alla luce di quanto esposto, deve riconoscersi che sussistano occasioni in cui all’Agenzia, *sua sponte* o su sollecitazione degli organi giurisdizionali, è consentito far valere le proprie determinazioni. Posto ciò, ci si potrebbe chiedere quale valore, sotto il profilo giuridico, debba essere riconosciuto a tale contributo. Qualora le indicazioni espresse dall’Agenzia potessero dirsi vincolanti, infatti, l’intromissione della stessa nella gestione sarebbe tanto incisiva da poter suggerire un suo inquadramento all’interno della *governance* della società.

Nel Codice Antimafia non si riviene alcuna disposizione che autorizzi a qualificare le posizioni dell’Agenzia in termini autoritativi⁴⁸. Del resto, ciò è coerente con la circostanza che nel periodo intercorrente tra l’emanazione del provvedimento di sequestro e la confisca di secondo grado, la gestione della procedura di amministrazione giudiziaria è prerogativa riconosciuta in via esclusiva ad amministratore giudiziario, giudice delegato e tribunale. E a favore della negazione di un loro carattere vincolante deporrebbe anche la considerazione dell’evoluzione storica della disciplina: l’assetto attualmente vigente è il prodotto di più interventi, mediante i quali il legislatore - di volta in volta, tornando su un tema di cui già si era occupato - ha inteso posticipare quanto più possibile l’avocazione

⁴⁸Tra gli sviluppi del presente studio vi è anche un approfondimento della natura di Autorità Indipendente dell’Agenzia.

a sé dei poteri di gestione da parte dell'Agenzia⁴⁹, ridimensionando fortemente il ruolo di quest'ultima nelle fasi meno mature della procedura.⁵⁰

Come dimostrato anche dalle norme di coordinamento tra procedimenti di prevenzione e procedure concorsuali introdotte dal CCI (317/321), alla base della rimodulazione dei tempi e della misura dell'intervento dell'Agenzia nella gestione vi è la volontà legislativa di assicurare il perseguimento prioritario delle finalità connesse alla destinazione dei beni confiscati da parte dell'Agenzia, sollevandola per quanto possibile dagli oneri di una gestione diretta e consentendole di concentrarsi sull'attività di programmazione. Tale ipotesi sarebbe confermata da quanto emerge dalla stessa relazione al decreto legge istitutivo dell'Agenzia, che motiva tale scelta con la volontà di creare «una vera e propria “cabina di regia” diretta ad orientare l'azione di tutti i soggetti istituzionali e della società civile coinvolti nell'aggressione ai patrimoni criminali e nella gestione dei beni sequestrati e confiscati (...) attraverso la costruzione di una efficiente rete di rapporti in grado di assicurare l'unitarietà dei comportamenti e delle attività poste in essere».

Pertanto, anche senza attribuire carattere giuridicamente vincolante alle scelte operate dall'Agenzia, non si può negare che le sue indicazioni

⁴⁹ Nella sua relazione *ex art.* 112 comma 1 CAM sull'attività svolta nel biennio 2013-2014 l'Agenzia lamentava l'inadeguatezza delle poche unità di personale di cui disponeva: ciò, nella mente del legislatore, non avrebbe ostacolato il perseguimento delle finalità dell'Agenzia, essendo previsto che questa si dovesse avvalere della rete istituzionale costituita dai Nuclei di supporto istituiti presso le prefetture. Questi ultimi tuttavia ben presto si sono dimostrati strutturalmente inadatti alla gestione di complesse procedure di amministrazione coattiva. Il potenziamento della dotazione organica, avviato già nel 2012, ma non è stato risolutivo, atteso anche la dispersione del *know how* acquisito dai dipendenti che per un motivo o per l'altro sono tornati alle amministrazioni di appartenenza.

⁵⁰ Se originariamente sia la gestione che la destinazione dei beni definitivamente confiscati spettava all'Agenzia del Demanio⁵⁰, con il c.d. pacchetto sicurezza (legge 15 luglio 2009, n. 94) si scisse la competenza gestoria da quella relativa alla destinazione, stabilendo che la prima rimanesse all'Agenzia del Demanio, mentre la seconda spettasse alle Prefetture competenti per territorio. Istanze di razionalizzazione del sistema - caratterizzato da una rigida dicotomia tra la gestione giudiziale e quella affidata all'Agenzia del Demanio - convinsero il legislatore ad adottare il decreto legge 4 febbraio 2010, n. 4, con il quale si intendeva realizzare un accentramento di competenze, investendo un nuovo ente (l'Agenzia, per l'appunto) tanto del ruolo di amministratore giudiziario, quanto di soggetto competente in via esclusiva alla destinazione dei beni: con il decreto di sequestro, quindi, il tribunale avrebbe dovuto affidare i beni sequestrati all'ANBSC, affinché li gestisse.⁵⁰ I dubbi sulla praticabilità e sull'efficienza di una simile soluzione furono tali che in sede di conversione del decreto legge (avvenuta con l. 31 marzo 2010, n. 50) si decise di ripensare il rapporto tra l'ANBSC e l'autorità giudiziaria, mantenendo in capo a quest'ultima le competenze gestorie fino alla confisca di primo grado⁵⁰. Tale scelta fu poi trasfusa all'interno del d.lgs. 159/2011, c.d. Codice Antimafia. Tuttavia, con la riforma del Codice Antimafia del 2017, si è fatto coincidere il momento di assunzione della gestione diretta da parte dell'Agenzia con l'emanazione del provvedimento di confisca di secondo grado.⁵⁰ Solo a partire da tale provvedimento (e non più da quello di primo grado), l'ANBSC nomina un proprio coadiutore - che nella maggior parte dei casi coinciderà con lo stesso amministratore giudiziario - per l'amministrazione dei beni fino all'emissione del decreto di destinazione.

abbiano una qualche riflesso sulle scelte gestionali degli organi della procedura.

Il rilievo attribuito dall'attuale formulazione del Codice Antimafia al momento della programmazione chiarisce che l'attività dell'Agenzia è in grado di influenzare in maniera determinante l'amministrazione giudiziaria. Da un'analisi sistematica del d.lgs. 159/2011 emerge che la gestione dei beni sequestrati e confiscati non assume rilevanza in quanto tale, come semplice fase della procedura, bensì in quanto finalizzata alla destinazione. L'obiettivo della gestione, pertanto, è quello di preparare, per quanto possibile, il terreno alla futura destinazione. In questa logica, le ragioni della programmazione devono necessariamente trovare spazio all'interno dell'amministrazione giudiziaria, potendo di fatto orientarla. È indizio della funzionalizzazione della gestione alla destinazione e della prevalenza delle istanze di riutilizzazione a fini sociali del bene il fatto che il Codice Antimafia consenta un'assegnazione anticipata, che di fatto segna il passaggio di testimone dalla gestione pubblica alla gestione dell'assegnatario. Alla luce di quanto emerso, non sembra assurdo ritenere che *de facto* l'Agenzia entri a far parte della *governance* della società raggiunta da misura di prevenzione.

8. *Dalla "regia" alla "direzione e coordinamento": la nozione di "interesse imprenditoriale" contrapposta a quella di interesse pubblico*

Il coordinamento fra le varie procedure di prevenzione, pertanto, rientra tra i fini istituzionali propri dell'Agenzia, tanto più che nell'attuale assetto, il legislatore le ha assegnato espressamente anche il compito di creare le condizioni per la realizzazione di virtuose sinergie tra le imprese sequestrate e confiscate, incentivando la collaborazione tra i loro gestori, amministratori giudiziari e coadiutori (art. 112, comma 4, lett. a Codice Antimafia), nonché, auspicabilmente, attraverso la promozione di contratti di rete⁵¹.

Nel paragrafo precedente si è sostenuto che le indicazioni dell'Agenzia possano essere qualificate, sul piano fattuale, alla stregua di direttive, in grado di influenzare in maniera decisiva le scelte gestorie da parte dell'amministratore giudiziario. Ciò premesso - e ferme restando le considerazioni appena fatte - ci si potrebbe ora chiedere se l'attività svolta dall'Agenzia possa qualificarsi come attività di direzione e coordinamento, ai sensi e per gli effetti degli artt. 2497 ss. c.c. la cui principale conseguenza è la responsabilizzazione dell'entità capogruppo.

Il presupposto che consente l'applicazione del peculiare regime di responsabilità è che venga svolta in concreto l'attività di direzione e coordinamento, quale che sia la fonte formale di tale posizione di potere. L'esistenza di un legame partecipativo non è requisito necessario o sufficiente: l'art. 2497-*septies* c.c., dichiara applicabile la disciplina sui gruppi anche allorché l'attività di direzione e coordinamento sia svolta sulla

⁵¹ Si veda la relazione di accompagnamento alla legge di conversione del decr. legge 4 febbraio 2010 n. 4.

base di contratti o di clausole statutarie. L'utilizzo di presunzioni lascia libero il ricorso ad altri indici⁵² e chiarisce come il legislatore, nel dettare la normativa in materia, sia stato guidato dal principio della effettività. Volgendo lo sguardo alla *ratio* della disciplina sui gruppi, che delinea una responsabilità per abuso a danno delle società soggette ad influenza dominante, si comprende come momento centrale della stessa sia l'indagine circa il processo di formazione della volontà della società che si presume sottoposta alla capogruppo.

Se si condividono le riflessioni svolte nel paragrafo precedente, e se dunque si ammette che le funzioni assegnate all'Agenzia, all'atto pratico, le consentono di svolgere un'attività che possa dirsi di direzione e coordinamento⁵³, si dovrebbe allora ravvisare nella stessa una sorta di capogruppo, con conseguente applicazione della relativa disciplina⁵⁴.

⁵² La dottrina e la giurisprudenza hanno elaborato molteplici indici che concorrono ad attestare che ci si trovi in presenza di un fenomeno di gruppo. «Sono indici dell'attività di direzione unitaria il fatto che la capogruppo predisponga, unilateralmente, o come decisione finale di processi di formazione bidirezionali, piani strategici, industriali, finanziari e budget annuali di gruppo; la determinazione da parte della capogruppo delle dimensioni operative delle singole società, subordinando alla sua autorizzazione acquisizioni e dismissioni, concentrazioni o scissioni; l'accentramento delle decisioni in materia di finanziamenti, con l'eventuale adozione di piani di garanzie infragruppo; le policy di gruppo per l'acquisto di beni o servizi sul mercato; la gestione centralizzata dei rapporti con le istituzioni pubbliche e private», cfr. G. SBISÀ, in *Commento all'art. 2497 c.c.*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari, *Direzione e coordinamento di società*, a cura di SBISÀ (artt. 2497 - 2497septies c.c.), Giuffrè, Milano, 2012, p. 28. Riporta Trib. Mantova, 16.10.2014, in *Le Società*, 2015, 12, p.1405, con nota di CORAPI, che «In concreto, dunque, la direzione e coordinamento si potrà ad esempio sostanziare mediante atti formali (delibere del Cda della capogruppo che rechino le indicazioni gestionali da seguire da parte della controllata, a cui la detta delibera sia trasmessa formalmente), atti di indirizzo (quali ordini di servizio, istruzioni, regole di comportamento, parimenti diramati alla società eterodiretta), o ancora mediante la codificazione in appositi patti parasociali o, infine, mediante meri fatti quali incontri sistematici tra i *manager* della capogruppo e di quelle eterodirette o scambi di comunicazioni aventi ad oggetto specifiche richieste e risposte relativamente alle decisioni gestionali di maggior rilevanza della società che si assume sia eterodiretta». E ancora, nell'ordinanza del 20.03.2014 del Trib. Milano, in *Le Società*, 2014, 7, p. 883, si dichiara che «l'attività di direzione e coordinamento è un'attività atipica che può assumere forma orale o scritta e le modalità più svariate - dal colloquio tra presenti, al colloquio telefonico, alla mail, al fax, al verbale di c.d.a. - avente come mittente l'ente dirigente e come destinatario gli amministratori della società eterogestita, consistente nell'espressione di volontà del primo in ordine ad atti gestori che dovranno essere compiuti dai secondi».

⁵³ In dottrina si è sostenuto che svolge attività di direzione l'ente che imponga la propria volontà sostituendola pressoché integralmente a quella degli organi amministrativi delle società controllate, e che elabori programmi finanziari e produttivi di gruppo. Svolge invece attività di coordinamento l'ente che eserciti sulle controllate un'influenza meno penetrante, in quanto limitata ad assicurare che la gestione delle società controllate sia unitaria e coerente.

⁵⁴ Si potrebbe trarre un utile argomento in favore della tesi sull'applicazione della disciplina sulla direzione e coordinamento dall'art. 48 comma 3 del Codice Antimafia, a tenore del quale i beni immobili "sono mantenuti al patrimonio dello Stato" per finalità di servizio pubblico, così da confluire nel bilancio dello Stato. In tal modo si avrebbe una forma di 'bilancio consolidato' tra lo Stato e le imprese in amministrazione giudiziaria.

Senz'altro, infatti, questa si occupa di gestire direttamente le partecipazioni e le aziende, una volta definitivamente confiscate – sicché tale circostanza suggerirebbe la sua qualifica in termini di *holding* (ovvero di ente di gestione delle partecipazioni); durante la gestione imputabile all'autorità giudiziaria, pur non detenendo lo Stato le partecipazioni o le aziende, l'Agenzia disporrebbe di prerogative in grado di incidere in maniera determinante sulla gestione dell'amministratore giudiziario svolgendo quindi una attività ascrivibile a quella di direzione e coordinamento – e ciò benché non abbia potere di nomina né di revoca di quest'ultimo, potendone eventualmente *ex art. 35, comma 7 del Codice Antimafia* proporre la revoca, su cui però decide il tribunale.

Alla luce di quanto esposto, almeno astrattamente l'Agenzia sarebbe soggetta alla disciplina sui gruppi e si esporrebbe al regime di responsabilità ivi previsto.

L'art. 2497 c.c. tuttavia non si limita a richiedere che la capogruppo abusi delle società controllate, ma presuppone che agisca «nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui». Come è stato fatto notare in dottrina, sarebbe proprio la possibilità di identificare questo interesse a caratterizzare la fattispecie, e non l'abuso in quanto tale. Se è vero che si potrebbe ammettere – come si è ipotizzato in precedenza – che nel corso dell'amministrazione giudiziaria venga in considerazione un interesse pubblicistico diverso da quello del socio o della società, che potrebbe trovare forma negli atti di indirizzo provenienti dall'Agenzia, che opererebbe in qualità di *holding*, è pur vero che non si potrebbe dire che tale interesse si connoti in termini imprenditoriali. Del resto, si è voluta delineare una disciplina specifica in tema di gruppi, piuttosto che optare ad un mero rimando a quella generica sul conflitto di interesse, proprio in ragione della peculiare dialettica che nelle aggregazioni di imprese in parola emerge una dialettica fra gli interessi imprenditoriali delle diverse società di cui esse si compongono. L'interesse imprenditoriale, che nelle società partecipate dallo Stato è in via di principio assente, non risulta emergere neppure nel caso di specie. Si è anzi rimarcato come l'interesse sia eminentemente istituzionale e che ciò possa compenetrare la stessa nozione di interesse sociale

A conferma di tale soluzione deve citarsi il disposto dell'art. 19, d.lgs. 1 luglio 2009, n. 78, norma di interpretazione autentica a mente della quale si esclude dall'ambito applicativo dell'art. 2497 c.c. lo Stato e gli altri soggetti collettivi⁵⁵ i quali non «detengono la partecipazione sociale nell'ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di

⁵⁵ Sulla natura dell'Agenzia Nazionale dei beni confiscati e sequestrati alla criminalità organizzata, si osserva che per l'art. 8, comma 1, l. n. 300/1999 «le agenzie sono strutture che, secondo le previsioni del presente decreto legislativo, svolgono attività a carattere tecnico operativo di interesse nazionale, in atto esercitate da ministeri ed enti pubblici. Esse operano al servizio delle amministrazioni pubbliche, comprese anche quelle regionali e locali». Per la giurisprudenza sono «organismi centrali dello Stato», si veda Corte Cost. n. 31/2006, Cons. Stato n. 5198/2001. Per la dottrina si tratta quindi di una c.d. *posizione vicaria* rispetto allo Stato, si veda Cass. n. 6701/2013 con nota di DE FRANCESCO in *D. e giust.*.

natura economica o finanziaria», ipotesi che sembra attagliarsi al fenomeno qui in commento, essendo le finalità perseguite dall'organismo di tutt'altra specie.

9. *Le società sequestrate o confiscate quale tipo societario autonomo o quale "supertipo".*

Occorre ora comprendere se con riferimento alle società sequestrate e confiscate, viste le importanti deviazioni di disciplina che la normativa speciale predica rispetto a quella ordinariamente applicabile, si possa parlare propriamente di un tipo autonomo. Attesa l'ambiguità⁵⁶ di utilizzo di tale termine, occorre preliminarmente chiarire cosa debba intendersi per "tipo" di società - e ciò tanto più che, al netto delle riflessioni prodotte dalla dottrina, è un termine che ricorre nel diritto positivo (si pensi agli artt. 2249, 2473, 2500 c.c.).

La ricostruzione più convincente della nozione di "tipo" pare quella che ravvisa in esso una fattispecie normativa, vale a dire un insieme di elementi essenziali, di tratti caratteristici del fenomeno associativo in questione che fungano da presupposti per l'applicazione della relativa disciplina⁵⁷. La classificazione delle società in ragione dei tipi avrebbe una funzione non già descrittiva (o didattica, che dir si voglia), bensì normativa: la sussumibilità di un determinato contratto di società sotto l'uno o l'altro tipo comporta in via automatica la applicazione di uno specifico regime normativo. Quest'ultimo non necessariamente risulta *tout court* immodificabile, in quanto ad essere presidiati dall'imperatività sarebbero solamente quegli elementi tipologicamente essenziali, vale a dire quelli aventi carattere archetipico, fondamentalmente diretti a distinguere il tipo cui si riferiscono dagli altri.⁵⁸ La restante disciplina rimarrebbe invece derogabile dall'autonomia statutaria, seppur subordinatamente al rispetto dei predetti connotati essenziali del tipo in considerazione. Ciò, del resto, è coerente con il fatto che il nostro ordinamento societario pone un limite all'autonomia privata attraverso la prescrizione di divieti preordinati ad assicurare l'intangibilità dei contenuti tipologicamente essenziali di ciascuna forma societaria, in altre parole, si limita a dichiarare inderogabili singole norme dello statuto legale, per l'appunto quelle tipologicamente caratterizzanti. Per contro, in senso diametralmente opposto, nell'ordinamento tedesco con riferimento alle AktG (società per azioni) sono rese imperative tutte le norme del suo statuto legale che non siano

⁵⁶ P. SPADA, *Autorità e libertà nel diritto della società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, p. 705, il quale chiarisce che talora il vocabolo indica le condizioni necessarie e sufficienti per applicare una data regola o un detto comparto omogeneo di regole, venendo pertanto a coincidere con la nozione di fattispecie (ma v'è chi ha parlato di "tipo ideale"); talaltra, distingue la variante normale di una fattispecie, per tale intendendosi quella prevalente sotto il profilo socio-economico ("tipo reale"), ovvero quella adeguata al modello al quale, sul piano assiologico, si ritengono congrue le norme la cui applicazione dipende dalla fattispecie prescelta.

⁵⁷ P. SPADA, *La tipologia delle società tra volontà e nomenclatura*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, p. 523.

⁵⁸ G. ZANARONE, *Il ruolo del tipo societario dopo la riforma*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da Abbadessa e Portale, vol. I, UTET, 2007, p. 87.

dichiarate espressamente derogabili (§23.5 AktG).

Con la riforma del 2003 l'ordinamento sembra aver fatto proprio il metodo tipologico, venendo in considerazione tanto la categoria di "concetto" quanto quella di "tipo". Nel "concetto" il comune denominatore fra i fenomeni concreti da regolare verrebbe rinvenuto nell'identificazione degli elementi essenziali, caratteristiche minime senza le quali non è data una certa figura giuridica. Nel "tipo", invece, da intendersi in senso socio-economico, il comune denominatore è individuato più come paradigma che come somma definita delle sue componenti, e sarebbe idoneo ad individuare l'esemplare più emblematico della categoria. Il legislatore, facendo riferimento ai "tipi" nell'art. 2249 c.c., alluderebbe allora alla testé richiamata categoria del concetto, mentre con riferimento ai "modelli" avrebbe richiamerebbe quella di "tipo" in senso socio-economico.

In questa logica, per fare un esempio, il concetto di S.r.l. sarebbe definito dall'intento di limitazione della responsabilità da parte di tutti i soci e dall'indivisibilità del capitale in azioni, mentre il modello corrisponderebbe all'insieme dei segni che traducono normativamente l'idea della rilevanza centrale del socio.⁵⁹

Pur ammettendo l'importanza per l'interprete del modello tenuto presente dal legislatore nel dettare una determinata figura societaria, si deve chiarire che l'esistenza di un modello di riferimento, quale sintesi di una o più emersioni empiriche di una data figura societaria, in alcun modo deve ritenersi preclusivo all'introduzione, per via statutaria, di configurazioni che da tale modello di riferimento si discostino. Come ricordato, infatti, ad essere tipologicamente essenziali sono solo quei requisiti indefettibili, senza i quali non potrebbe sussistere una manifestazione di società sotto il *nomen* identificativo di uno specifico tipo, e che pertanto siano contenuti in norme non dispositive. Ne consegue che, alla luce della riforma, quantomeno per le s.r.l. derogabile sarebbe anche l'assetto corporativo dell'organizzazione - requisito considerato dai più come elemento caratterizzante i tipi ricompresi nella categoria delle società capitalistiche - atteso il tenore prevalentemente dispositivo delle norme che tale tipo disciplinano.⁶⁰

È evidente, però, che eventuali deviazioni dal modello rese possibili da norme dispositive non precluderanno la riferibilità della specifica figura societaria al tipo del quale fa propri gli elementi essenziali, sicché se ne può dire una manifestazione, un modello, un diverso atteggiarsi del medesimo fenomeno societario in forza di connotati più o meno differenti rispetto a quelli prescelti dal legislatore in sede di compilazione della relativa disciplina.

Il riconoscimento, da parte della riforma del 2003, di ampi spazi all'autodeterminazione statutaria impone un ripensamento del modo di intendere il principio di tassatività, che pare nuovamente modularsi sull'originaria *ratio*, quella di portare certezza nei traffici giuridici, finalità

⁵⁹ G. ZANARONE, *op. cit.*, p. 90

⁶⁰ G. ZANARONE, *op. cit.*, p. 86

soddisfatta mediante l'individuazione di pochi, essenziali parametri selezionati in base alla significatività esterna (non occorrendo invece una specifica regolamentazione dei rapporti interni). L'utilità del tipo, in effetti, emerge con particolare evidenza nei rapporti della società con i terzi, poiché l'organizzazione di questa e il regime di responsabilità cui essa (*rectius* i suoi soci) soggiace sono immediatamente identificabili per effetto del richiamo di una disciplina certa e stabile, in quanto predeterminata dal legislatore e sottratta all'autonomia privata dei soci.⁶¹ Del resto, oggettivando forme e regole si favoriscono senz'altro i rapporti commerciali.

Ora, se è vero che generalmente il riferimento formale a un modello ha l'effetto di renderne applicabile la relativa disciplina, non può dirsi che, per lo schema di un'operazione societaria, l'adozione di un *nomen* differente rispetto a quello che connota altri modelli vale, per ciò solo, a predicare della stessa una specificità che valga a distinguerla da modelli precostituiti. Se non può dirsi, con riferimento ai tipi societari, che *nuda nomina tenemus*, neppure può tuttavia prescindersi dall'esame delle regole di funzionamento nel concreto, poiché il mero dato formale, a ben vedere, non rileva: è necessario valutare la riconducibilità ad un tipo predeterminato sul piano fattuale, non limitandosi ai rilievi nominalistici. Vi è infatti chi ha preteso di individuare nella prescrizione normativa di adottare una denominazione sociale *ad hoc*, diversa da quella comune, elemento ostensivo del fatto che si sia in presenza di un tipo societario autonomo. Come è noto, infatti, vi sono dei casi in cui l'ordinamento impone di integrare la denominazione di una società: ciò si verifica, in sede di costituzione, con riferimento ad esempio alle società a responsabilità limitata semplificata, alle società sportive dilettantistiche, alle imprese sociali, ma anche le Sgr, le Sim, le Sicav, e le Sicaf, per le quali è prescritto che si debba dare atto di tale qualificazione nella denominazione sociale; in altri casi, invece, viene consentita (ma non imposta) l'integrazione della denominazione sociale - è questa l'ipotesi delle società benefit, le quali possono integrare la denominazione sociale con la dicitura "società benefit" (o, in forma abbreviata SB).

Talora, per la verità, l'adozione di una denominazione particolare è

⁶¹ Si veda M. STELLA RICHTER JR., *L'organizzazione della società per azioni tra principio di tipicità, autonomia statutaria e indicazioni delle autorità di vigilanza*, in *Regole del mercato e mercato delle regole - Il diritto societario e il ruolo del legislatore*, a cura di G. Carcano, C. Mosca e M. Ventoruzzo, pp. 412 ss., per il quale autore le ricostruzioni più convincenti circa le ragioni della tipizzazione degli aspetti organizzativi delle società, in quanto enti dotati di personalità giuridica e autonomia patrimoniale, debbono essere individuate nell'esigenza di definire meccanismi omogenei di imputazione delle situazioni giuridiche alle stesse riferibili, ovvero, per la teoria economica del diritto, nella preoccupazione del legislatore di evitare fallimenti del mercato, scaturente dall'assunto che frequentemente chi partecipa all'impresa non è in grado di regolare da sé i propri interessi in maniera efficiente. La norma imperativa, in questo senso, definisce i tratti tipici dell'organizzazione della società, con l'obiettivo di consentire l'ordine pubblico economico e l'efficienza del mercato. Residuano, purtuttavia, più o meno ampi margini di autonomia in capo agli operatori privati, sì da consentire a questi ultimi di adattare la struttura organizzativa dell'ente societario alle proprie esigenze.

prescritta in un momento successivo alla costituzione, e segnatamente - salvo che intervenga una vera e propria trasformazione - laddove si verificano eventi di particolare rilevanza nella vita di una società, tali da modificarne più o meno significativamente le modalità operative: in simili casi il legislatore esige che di tale mutamento si dia notizia mediante specifici adempimenti pubblicitari, in particolare attraverso l'arricchimento della denominazione sociale. Ciò, ad esempio, avviene con riferimento alle società di capitali in liquidazione, per le quali *ex art. 2487-bis*, comma 2 c.c. «alla denominazione sociale deve essere aggiunta l'indicazione trattarsi di società in liquidazione». Analogamente, per le società ammesse al concordato preventivo l'art. 161, comma 5 l. fall. impone che la domanda di concordato sia pubblicata, a cura del cancelliere, nel registro delle imprese, indicando nella corrispondenza e nella propria denominazione sociale "in concordato preventivo". Tali precetti hanno la funzione di dare contezza del fatto che le società in questione siano coinvolte nelle summenzionate procedure e scontino l'applicazione di un regime normativo particolare.

Ebbene, come è emerso dalla trattazione fin qui svolta, numerose sono le deviazioni dal diritto societario comune allorché una società sia gestita, per conto di chi spetta, da parte dell'amministratore giudiziario o dell'Agenzia, tramite il suo coadiutore. Di tale circostanza, tuttavia, non è richiesto di fare alcuna menzione nella denominazione della società.

Come è stato già ampiamente chiarito in dottrina, contrariamente da quanto sembrerebbe emergere dal dato testuale dell'art. 104-*bis* disp. att. c.p.p., la misura del sequestro (o della confisca) può attingere esclusivamente i beni, gli oggetti, non già i soggetti⁶². Il vincolo di indisponibilità non può insistere su una società, autonomo soggetto di diritto, bensì esclusivamente sui beni societari a questa riferibili - vale a dire le partecipazioni sociali e/o l'azienda. L'espressione "sequestro di società" utilizzata dal legislatore nella disposizione attuativa del codice di rito penale sopra richiamata è quindi oggi pacificamente reputata una terminologia impropria, utilizzata per indicare il sequestro della totalità delle partecipazioni insieme con l'azienda. E allora, avendo il sequestro ad oggetto non la società in quanto tale, ma i beni ad essa riferibili, la pubblicità commerciale riguarda questi ultimi. L'art. 104 disp. att. c.p.p. (applicabile all'ipotesi di sequestro antimafia in virtù del richiamo espresso operato dall'art. 21, comma 1 del codice antimafia) prescrive, ai fini della sua efficacia, l'iscrizione del provvedimento di sequestro dei beni aziendali nel registro delle imprese presso il quale è iscritta l'impresa; il medesimo adempimento (oltre all'annotazione nei libri sociali) è richiesto per il sequestro di partecipazioni. Il medesimo adempimento è prescritto dal Codice Antimafia all'art. 34, comma 4, a mente del quale il provvedimento di amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche e ad aziende «è eseguito sui beni aziendali con l'immissione

⁶² L'art. 104 bis disp. att. C.p.p. in maniera atecnica al comma 1 octies ammette il "sequestro di società". Locuzione interpretata nel senso di non ritenere comunque oggetto di sequestro la persona giuridica, ma solo l'azienda. Conf. Corte App. Napoli sent. 25.01.2016 in *Leggeplus*

dell'amministratore nel possesso e con l'iscrizione nel registro tenuto dalla camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura nel quale è iscritta l'impresa. Qualora oggetto della misura siano beni immobili o altri beni soggetti a iscrizione in pubblici registri, il provvedimento (...) deve essere trascritto nei medesimi pubblici registri». Emerge come il legislatore abbia stimato tali adempimenti sufficienti a rendere i terzi informati del peculiare stato in cui versa la società. Una integrazione della pubblicità, invero, è stata ammessa dalla dottrina in relazione alla annotazione sul registro delle imprese della sospensione dei poteri dell'originario organo amministrativo della società; si tratta tuttavia di una statuizione accessoria, pertanto non obbligatoria, che ancorché non trovi fondamento nella normativa positiva può avere il pregio di fornire ai terzi ulteriori elementi utili.⁶³

Pertanto, in materia di sequestro di prevenzione, non si può derivare dalla prescrizione di una denominazione tipica la qualificazione della società sequestrata o confisca in termini di tipo autonomo. Del resto, inferire l'autonomia di un tipo societario dalla specificità della denominazione sociale appare un'operazione ardita, dal momento che fa leva su rilievi meramente nominalistici.

Nel tentativo di indagare la natura della società a responsabilità limitata semplificata e della società a responsabilità limitata a capitale ridotto (quest'ultima oggi abrogata), la dottrina maggioritaria ritenne per lo più inconferente l'esistenza di un obbligo, per entrambe, di esibire una denominazione sociale *ad hoc*. Si portava infatti l'esempio delle società di capitali in liquidazione, già citate, che per il solo fatto di dover aggiungere alla denominazione sociale l'indicazione del fatto che fossero, per l'appunto, in liquidazione, non potevano dirsi qualcosa di diverso rispetto alle società non ancora disciolte.⁶⁴ Insomma, l'obbligo di adottare una specifica denominazione avrebbe la funzione di pubblicità notizia, simile a quella assoluta dall'indicazione del capitale sociale negli atti e nella corrispondenza della società.⁶⁵

⁶³ F. FIMMANÒ - R. RANUCCI, *Sequestro penale dell'azienda e rappresentanza legale della società: la convivenza "di fatto" di amministratori giudiziari delle "res" e amministratori volontari delle persone giuridiche*, pp. 41 ss., disponibile all'indirizzo <http://www.ilcaso.it/articoli/828.pdf>, commentando la decisione dei tribunali di Napoli e di Novara (rispettivamente 24 aprile 2015 e 29 aprile 2011), con le quali si è ordinato al conservatore del registro della camera di commercio di annotare la sospensione dei poteri degli originari amministratori della società, al fine di portare a conoscenza dei terzi l'effetto del sequestro. L'autore, respingendo una lettura eccessivamente restrittiva del principio di tipicità che regge l'iscrizione nel registro delle imprese, sostiene che la tipicità vada intesa nel senso che possano essere iscritti non già solamente gli atti espressamente contemplati dalla legge, bensì anche altri atti aventi finalità "complementare" rispetto ai predetti atti tipici, attenendo la tipicità agli effetti e non agli atti che determinano gli stessi effetti: pertanto, a giudizio dell'autore, deve ammettersi la legittimità di un'iscrizione "accessoria".

⁶⁴ G. FERRI JR, *Prime osservazioni in tema di società a responsabilità limitata semplificata e di società a responsabilità limitata a capitale ridotto*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, II, pp. 242 ss.; C. A. BUSI, *La nuova Srl semplificata*, p. 3, reperibile all'indirizzo <http://elibrary.fondazione notarariato.it/articolo.asp?art=42/4204&mn=3>

⁶⁵ C. A. BUSI, *op. cit.*, p. 3

Piuttosto, può dirsi ragionevole la qualificazione in termini di tipo allorché si sia in presenza di una disciplina alternativa o suppletiva dotata di sufficiente organicità e coerenza, dimodoché possa dirsi tendenzialmente autosufficiente. Generalmente gli istituti dotati di autonomia concettuale e applicativa ricevono una regolamentazione agevolmente identificabile e isolabile, attraverso l'inserimento di norme che ne regolano i tratti distintivi e il funzionamento in una *sedes* unitaria. Tuttavia, laddove gli elementi caratterizzanti non siano tali da impedire di riferirsi ad un altro istituto, con cui esso condivida tratti distintivi e la cui disciplina possa essere parzialmente presa a modello, il legislatore può adoperare un approccio differente. In questo senso, non sempre il richiamo della disciplina codicistica comune di un determinato tipo societario, effettuato in sede di specificazione del regime applicabile a una società di cui si può supporre la specialità, è ostativo alla qualificazione di quest'ultima in termini di tipo autonomo. Non è infrequente, infatti, che il legislatore, nell'introdurre nuovi istituti, rimandi alle disposizioni vigenti che disciplinano istituti prototipici, dichiarandole applicabili in quanto compatibili.⁶⁶

La scelta di sottoporre la disciplina comune a un sindacato di compatibilità - al fine di valutarne la coerenza con gli elementi tipologicamente caratterizzanti della nuova società - potrebbe suggerire, in effetti, che si tratti di una società con peculiarità tali da integrare un vero e proprio tipo. In quest'ottica, il rinvio avrebbe la funzione di richiamare la disciplina di un modello base, sul quale va nondimeno ad innestarsi una regolamentazione complementare che reca elementi fortemente caratterizzanti, dimodoché - al netto del rinvio - si possa parlare di un tipo autonomo. La clausola di compatibilità assurgerebbe quasi a valvola di sicurezza, idonea ad assicurare che dinnanzi alle finalità che la disciplina del nuovo tipo intende perseguire, la normativa comune debba cedere il passo.

È opportuno ricordare che all'indomani dell'introduzione della società a responsabilità limitata semplificata, la dottrina si è interrogata circa la possibilità di qualificare in termini di tipo il nuovo modello, rilevato - tra le altre cose - il disposto dell'art. 2463-bis, ultimo comma c.c., a mente del quale «salvo quanto previsto dal presente articolo, si applicano alla società a responsabilità limitata semplificata le disposizioni del presente capo in quanto compatibili». Il fatto che fosse prescritto un vaglio di compatibilità non è parso agli autori che si sono esercitati sulla questione un dato decisivo ai fini della dimostrazione che si fosse in presenza di un autonomo tipo. Il fatto che, sempre in materia di liquidazione, il disposto dell'art. 2488 c.c. in tanto prescriva l'applicazione delle disposizioni ordinarie sulle decisioni dei soci, sulle assemblee e sugli organi amministrativi e di controllo anche durante la liquidazione, in quanto esse siano compatibili, di certo non autorizza la configurazione della società di

⁶⁶ La scelta di utilizzare la tecnica normativa del rinvio, d'altra parte, potrebbe essere intesa come mera manifestazione di pigrizia del legislatore, tanto più che se n'è abusato (si pensi alla disciplina della S.r.l., che prima della riforma era modulata, in forza di un rinvio, su quella della S.p.A.).

capitali in liquidazione in termini di autonomo tipo societario.⁶⁷ Si tratterebbe, per l'appunto, di una fase della vita della società, che sotto il profilo tassonomico vede inalterata la propria qualificazione tipologica, ma che riceve l'applicazione di regole parzialmente differenti in ragione del mutamento di paradigma operativo: si passa infatti da una prospettiva di continuità aziendale a una prospettiva liquidatoria, prodromica della cessazione dell'attività. In altre parole, la riserva di compatibilità avrebbe la funzione di consentire l'operatività di quelle regole alternative che presiedono all'attuazione di un nuovo paradigma di attività sociale, indicativo dell'ingresso da parte della società in una nuova e differente fase della sua vita.

Ai fini della nostra analisi, peraltro, va fatta una notazione circa la tecnica per cui si optato in sede di rinvio. L'art. 41, comma 4 del Codice Antimafia stabilisce che «i rapporti giuridici connessi all'amministrazione dell'azienda sono regolati dalle norme del codice civile, ove non espressamente altrimenti disposto». Confrontato con il rinvio subordinato a una verifica di compatibilità, il rinvio operato dal Codice Antimafia, per quanto non diversamente disposto, alla disciplina civilistica, risulta senz'altro meno vigoroso. Il cambio di passo nel dato letterale, ancorché sottile, sembra sottrarre rilevanza alla tesi dell'autosufficienza della speciale normativa che si applica alle società in gestione coattiva in forza di un provvedimento di prevenzione. Le due tecniche di rinvio adottano un punto di vista diametralmente opposto: in materia di srls, si pone l'attenzione sulla disciplina specifica, dichiarando le norme dettate nel codice civile per le S.r.l. ordinarie applicabili a condizione che siano compatibili; il Codice Antimafia, invece, muove dalla disciplina del codice civile, dichiarando possibile uno scostamento dalla stessa solo allorché ciò si autorizzi espressamente.

In altre parole, con riferimento alla disciplina contenuta nel Codice Antimafia da applicare alle società sequestrate o confiscate, il legislatore ha dettato delle regole che si discostano, in maniera più o meno significativa, da quelle che trovano sede nel codice civile, comunque differenti a seconda del tipo di società che viene coinvolta nel procedimento di prevenzione. Per quanto speciale e alternativa, tale disciplina non risulta sufficientemente organica, come già chiarito in dottrina;⁶⁸ né d'altra parte può dirsi

⁶⁷ G. FERRI JR, *supra*.

⁶⁸ A. BURZO, *Il concorso di norme civili, penali e tributarie nella gestione di società di capitali sottoposte a sequestro preventivo antimafia*, in A. Bargi - A. Cisterna (a cura di), *La giustizia patrimoniale penale*, UTET Giuridica, 2011, pp. 1204 ss., secondo il quale, al contrario, l'assenza di una disciplina autonoma e coerente dà adito a un vero e proprio incrocio senza diritto di precedenza tra le istanze di politica criminale e la normativa civilistica in materia societaria. L'autore si dimostra estremamente critico rispetto al fatto che il diritto societario - anche dopo la riforma del 2003 e a oltre cinquant'anni dall'entrata in vigore della legge 575/1965 - non preveda, qualora si versi in uno "stato di amministrazione preventiva penale", una speciale regolamentazione in tema di *governance* della società e di separazione della gestione. Secondo l'autore, la mancata integrazione del diritto societario, con riferimento a tale circostanza, è tanto più grave se si considera che «l'interesse dello Stato a subentrare, seppur temporaneamente, nella gestione dei beni della società in surroga

autonoma, atteso che presuppone – come emerge dall’eloquente rinvio – i meccanismi del diritto societario comune.

Considerando tale disciplina speciale in relazione al contesto in cui se ne ammette l’applicazione, invero, si comprende che si tratta di una normativa suppletiva che interviene in una specifica fase della vita della società, suscettibile, peraltro, di venir meno. Come nel caso di sequestro o confisca di società, anche in occasione, ad esempio, dell’amministrazione straordinaria ovvero del fallimento trovano applicazione delle regole speciali che si occupano di stabilire le modalità di funzionamento della società in una fase in cui la disciplina ordinaria appare inadeguata. Non sembra assurdo, anzi, considerare che in tutti i casi appena menzionati la società si trova ad operare in condizioni di patologia. Il codice civile detterebbe regole al fine di disciplinare il funzionamento e la gestione della società in situazioni fisiologiche; ma allorquando gli ordinari meccanismi dimostrino di aver fallito nell’assicurare una gestione corretta ed equilibrata, o di non potersi applicare, è inevitabile invocare regole differenti, in grado di poter rispondere alle esigenze del caso. Se si vuole, si può considerare che tali regole costituiscano un “diritto della patologia” delle società o, in generale, della crisi: sia essa finanziaria o, come nel caso in esame, di legalità. Al mutamento del paradigma gestorio (da una gestione finalizzata alla massimizzazione del profitto a una gestione conservativa ovvero liquidatoria) si accompagna l’operatività di regole speciali, la cui applicazione è circoscritta alla durata della fase patologica.⁶⁹

Probabilmente, allora, ci sarebbe lo spazio per qualificare il *corpus* normativo contenuto nel Codice Antimafia, nella misura in cui delinea congegni di funzionamento peculiari per la gestione delle aziende sequestrate e confiscate, in termini di modello extracodicistico. Quest’ultimo, tuttavia, sempre un modello rimarrebbe, una sorta di variante sul tema derivante (non dall’esercizio dell’autonomia statutaria riconosciuta attraverso norme dispositive ma) dall’applicazione di regole alternative predeterminate dal legislatore per rispondere a una situazione patologica, che riguardano in particolare (ma non solo) i profili organizzativi. In nessun caso tale modello sarebbe in grado di resecare il suo legame d’appartenenza al tipo del quale esibisce gli elementi essenziali, indefettibili. In definitiva, lo statuto particolare della società sequestrata o confiscata potrebbe qualificarsi come un «modello di mero fatto», in cui la

dell’imprenditore imputato di reati di stampo mafioso, ha una graduazione finanche superiore a quello della surroga, ad esempio, dell’imprenditore fallito. Mentre, infatti, il subentro dell’Autorità Giudiziaria nella gestione dei beni del fallito serve a tutelare l’interesse (collettivo) dei creditori dell’impresa, quello nella gestione dei beni mafiosi, serve a contrastare l’organizzazione criminale e dunque a tutelare l’Ordine Democratico dello Stato». Vista la perenne situazione di incertezza in cui versano gli operatori di settore in occasione di un procedimento di prevenzione, l’autore auspica un organico intervento normativo in questo campo.

⁶⁹ Se si qualificassero le società sequestrate come tipi autonomi, si finirebbe per poter dover ammettere la necessità di una trasformazione allorché la misura di prevenzione patrimoniale venga revocata, restituendo così la società all’applicazione delle regole del diritto societario comune.

fattispecie che attrae lo *ius singulare* contenuto nel Codice Antimafia si differenzia rispetto alla fattispecie che invece richiama l'applicazione del diritto societario comune per mere circostanze estrinseche, consistenti nell'essersi disposto sequestro o confisca su beni societari. Insomma, il tipo, la veste giuridica della società permanerebbe inalterata, e le regole applicabili rimarrebbero quelle tipiche previste per il tipo societario, salve le deviazioni imposte da una normativa preordinata al soddisfacimento di istanze differenti rispetto a quelle accolte fisiologicamente dalle regole civilistiche.

Per completare il ragionamento fin qui svolto e fare ulteriore chiarezza circa la tipicità o meno della fattispecie della società sequestrata o confiscata, vale la pena fare riferimento a una tecnica interpretativa che di recente ha riscosso grande interesse in dottrina e che consente di far luce sul regime disciplinare applicabile ai contratti atipici, segnatamente la tecnica di qualificazione della transtipicità.

Secondo i sostenitori di tale tecnica, nell'ordinamento vi sarebbero delle norme definite transtipiche, il cui ambito di applicazione non è limitato all'area definita dal tipo: sarebbe possibile, quindi, trarre da disposizioni presenti in più discipline legali "principi transtipici" da applicare ai contratti atipici.⁷⁰ Tale ragionamento potrebbe valere anche per le società, la cui fase genetica è pur sempre ascrivibile al diritto dei contratti, ritenendo le norme del Codice Antimafia suscettibili di applicarsi indistintamente a tutti i tipi in cui il fenomeno societario si manifesta e persino alle imprese non aventi forma societaria, stante che ad essere attinto dalle misure, come si è visto, non è il soggetto bensì l'oggetto.⁷¹ Insomma, la normativa antimafia, quale legislazione parziale e settoriale, suscettibile di essere integrata o di integrarsi con quella societaria⁷², assegnerebbe alle società una disciplina talmente speciale da modificarne radicalmente le finalità, che da eminentemente lucrative e privatistiche diverrebbero

⁷⁰ O. CAGNASSO, *Concessione di vendita*, Milano, 1983; M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto civile: 2017*, Giappichelli, p. 664, in cui si ritiene possibile scomporre la disciplina unitaria del tipo in singole norme, il cui ambito applicativo, in quanto principi transtipici, non sarebbe circoscritto alla sola sfera del tipo per la regolamentazione del quale erano state originariamente concepite. In altre parole, tali norme sarebbero dotate di una *vis expansiva*, che ne consentirebbe l'applicabilità – laddove compatibili – a qualsiasi contratto atipico, prescindendo dalla riconduzione al tipo legale e, di conseguenza, evitando il richiamo dell'intera disciplina di quest'ultimo. L'autore ricorda, tra le norme transtipiche che si rinvencono nel codice civile, gli artt. 1453, 1351 e 1483 c.c.

⁷¹ Basti pensare alle profonde ricadute sui profili della ricostruzione concettuale degli istituti determinate dalla modulazione del tipo srl, di per sé ampiamente flessibile, in una serie di varianti, da quella estremamente rigida della srl "semplificata" alla P.M.I. aperta, che supera persino il divieto di collocamento presso il pubblico delle quote (cd. *crowdfunding*), che della srl appariva il tratto fondante, e distintivo, rispetto alla S.p.A. Alcune caratteristiche cessano di connotare in maniera essenziale un determinato tipo societario e assurgono a elementi comuni a più tipi, avendo pertanto natura transtipica.

⁷² P. SPADA, *Tipologia della società e società per azioni quotata*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, 211, ritiene che la nozione di tipo derivi non solo dalla prassi ma anche, come nel caso di specie, dalla produzione normativa.

istituzionali⁷³, delineando pertanto una sorta di modello trans-tipico. Ma in ciò solo si risolve il plesso di regole contenuto nel codice antimafia, vale a dire nell'individuazione di una serie di regole comuni applicabili a modelli diversi. Non si è invece elaborato un sistema disciplinare sulla base di un modello di riferimento, consentendo che eventuali lacune venissero colmate con la normativa propria di quello, né si è concepito un paradigma di *governance* tipico delle società soggette a tali misure, creando gravi problemi con riferimento alla tutela della posizione dei soci di minoranza, allo stato attuale sacrificati sull'altare delle ragioni istituzionali che sostengono la gestione coattiva. Sembra allora che proprio la costruzione della normativa antimafia in termini di transtipicità - nel limitarsi a dettare una regolamentazione che si sovrappone a quella del diritto societario comune, lasciando che di volta in volta la disciplina speciale si adatti allo schema di base - ponga seri problemi di coordinamento tra regole e istanze soggettive, dal momento che non sono presenti criteri di risoluzione dei potenziali conflitti.

Ciò si riflette, in termini di *governance*, specie sul tema della responsabilità degli amministratori, in una forte incertezza circa la natura esimente rispetto a comportamenti apparentemente non improntati ad una "corretta gestione societaria e imprenditoriale", ma tuttavia motivati da ragioni "istituzionali" o ancora più autorizzati da parte di organi pubblici (Tribunale, Agenzia Nazionale).

Conclusioni

Le aziende sequestrate e confiscate assumono dei paradigmi di funzionamento piuttosto singolari. Sul piano organizzativo, si può assistere ad un avvicendamento tra gli amministratori volontari e un amministratore giudiziario, che gestisce l'azienda quale patrimonio separato e ha la legittimazione processuale in relazione ai rapporti giuridici che ineriscono l'azienda. L'amministratore ha il compito di assicurare una gestione conservativa, se possibile incrementativa della redditività della società, tuttavia la gestione è ispirata a logiche tutt'altro che lucrative. Accanto all'estromissione dalla compagine societaria dei soggetti vicini agli ambienti criminali e alla eliminazione dei rapporti contrattuali pericolosi, con l'avvio della gestione pubblica, interviene una modificazione della causa tipicamente societaria, che da lucrativa (o mutualistica) finisce per diventare istituzionale.

L'intromissione dell'interesse pubblico nella compagine societaria, pur preservando la veste giuridica della società e in larga misura la struttura organizzativa, comporta la variazione dell'utile al quale la società pur deve tendere, vale a dire l'utile della collettività.⁷⁴ Per tale via, lo Stato -

⁷³ O. CAGNASSO, *La S.r.l. aperta*, in corso di pubblicazione; P. MONTALENTI, *Persona giuridica, gruppi di società, corporate governance, Studi in tema di società per azioni*, Cedam, Padova, 1999; ID. *L'abuso della personalità giuridica*, in Aa.Vv. *Diritto Privato*, Cedam, Padova, 1997.

⁷⁴ Nel senso che lo stesso T.U.S.P.P. avrebbe tipizzato una nuova tipologia di società, e cioè quella con causa (non già lucrativa, mutualistica o consortile, bensì) pubblica si veda F. CAMPOFILONI, *Interesse pubblico e causa societaria: la difficile riconciliazione tra finalità lucrative*

piuttosto che perseguire esclusivamente l'eliminazione delle componenti illecite nella prospettiva di bonifica e reinserimento della società - utilizza l'azienda attinta dalla misura di prevenzione per ragioni di natura istituzionale.

Ciò ha rilevanti conseguenze rispetto al regime della responsabilità degli organi amministrativi, specie nelle ipotesi che la misura sia revocata e l'impresa torni soggetta ad un normale regime. L'indagine sui profili di responsabilità implica infatti l'esigenza di integrare i tradizionali criteri applicati (violazione di obblighi specifici, dovere generale di agire con diligenza), con gli obblighi particolari posti dalla disciplina del Codice Antimafia (es verifica dei crediti), ma anche di temperare l'applicazione delle normali regole di business judgement con la particolarità della gestione di tali imprese e le finalità ad essa sottese, che si sono sopra esaminate, nonché il particolare regime autorizzativo previsto dalle norme e dalle prassi.

Sono infatti tra gli altri evidenti gli elementi di specialità nella disciplina della tutela dei diritti dei terzi creditori nonché in quella relativa al finanziamento delle società sottoposte a sequestro o confisca, l'una introducendo una procedura di natura liquidatoria di matrice fallimentare nella quale si ribalta l'onere della prova e si rende elemento costitutivo del diritto di credito la prova della buona fede; l'altra ammettendo le società in cui vi è già stata la penetrazione dell'interesse pubblico (e solo quelle) alla fruizione di agevolazioni finanziarie, per tacere delle prassi che impongono autorizzazioni di vario genere rispetto all'attività amministrativa.

In tal senso si è ipotizzata una sorta di etero-integrazione della *governance* delle predette società, posto che il Codice Antimafia offre molteplici occasioni di coinvolgimento di attori terzi, accanto alle tradizionali figure dell'amministratore giudiziario e del giudice delegato, tra cui si sono citati gli imprenditori attivi nel settore, i Tavoli Provinciali e l'Agenzia. Vi sono punti di emersione a livello normativo del fatto che le società in sequestro o in confisca operano al di fuori di un normale regime di concorrenza con altre imprese e siano espressione di nuovi interessi, coerentemente con lo scopo istituzionale di cui sono portatrici.

Dunque, avendo individuato, come sembra, tratti caratteristici del fenomeno delle società sequestrate o confiscate, ci si è chiesti se le stesse possano integrare un autonomo tipo, concludendo in senso negativo, dacché difettano di elementi tipologicamente essenziali; piuttosto, possono dirsi modelli, vale a dire peculiari configurazioni di un tipo che ricevono una disciplina ben identificabile, della quale il presupposto applicativo coincide con il mero fatto che sia stata disposta una misura di prevenzione.

Visti però gli interessi e le istanze pubblicistiche che si agitano nel corso della gestione coattiva delle aziende sequestrate e confiscate, sembra di poter qualificare tale modello quale trans-tipico, e ritenere che esso sia la sintesi di più esigenze e regolamentazioni, suscettibile di applicarsi,

e provenienza pubblica delle risorse, in F. Fimmanò - A. Catricalà (a cura di), *Le società pubbliche*, Giapeto Editore, 2016, p. 379.

trasversalmente, anche oltre i confini tradizionali del diritto societario, stante anche la molteplicità delle forme di organizzazione di impresa esistenti. Una sorta di “supertipo” da sovrapporsi a quelli codicistici, imponendo a ciascun modello una decisa connotazione di stampo istituzionale e imprimendo alla governance delle regole particolari, sia di derivazione specifica che di carattere generale, attraverso cui conformare il normale criterio della diligenza ed individuare nuovi e diversi obblighi, da integrare e coordinare con quelli esistenti.