

ALESSANDRO TRISCORNIA *

Amministrazione straordinaria (o commissariamento) di società *non insolvente*: tratti comuni e problemi ricorrenti di fattispecie eterogenee

SOMMARIO: 1. Una breve premessa — 2. L'interesse pubblico alla conservazione dell'impresa quale tratto caratterizzante delle varie ipotesi di commissariamento societario — 3. (*Segue*): l'evoluzione della specie — 4. Altri elementi comuni alle diverse fattispecie — 5. Articolazione del commissariamento sul piano dei meccanismi societari: l'organo amministrativo — 6. (*Segue*): l'organo di controllo — 7. (*Segue*): l'assemblea e la posizione dei soci — 8. (*Segue*): la pianificazione e il bilancio — 9. Gestione commissariale e responsabilità — 10. Il problema del risultato della gestione coattiva — 11. (*Segue*): imputazione del risultato e limiti costituzionali

1. Quando si discorre di amministrazione straordinaria (o commissariamento) ⁽¹⁾ di società il primo e immediato pensiero va alla disciplina dell'insolvenza delle grandi imprese in crisi, nella duplice declinazione del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270 (la cd. Legge Prodi-*bis*) e del decreto legge 23 dicembre 2003, n. 347 (la cd. Legge Marzano). Tuttavia, il nostro ordinamento, sin dall'adozione dell'attuale codice civile, ma anche prima

(*) Avvocato in Milano.

⁽¹⁾ In questo articolo, per fluidità di lettura, utilizzo i termini "amministrazione straordinaria" e "commissariamento" come sinonimi per descrivere, in via generale, un fenomeno di gestione societaria coattiva, a prescindere dal fatto che la norma eventualmente richiamata faccia uso dell'una o dell'altra espressione; del resto, anche il legislatore nel contesto della medesima disciplina dispone l'« amministrazione straordinaria » di una società, ma designa « commissari straordinari » per gestirla (cfr. ad esempio, rispettivamente gli artt. 70 e 71 del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia — di seguito "TUB"). Inoltre, poiché l'articolo si focalizza non sulla disciplina del commissariamento in quanto tale ma piuttosto sui suoi risvolti societari, alcune generalizzazioni risultano inevitabili nell'economia del testo (ad esempio, allorquando l'amministrazione coattiva dell'impresa è analizzata solo per i suoi riflessi sulla gestione societaria).

con norme speciali di varia natura ⁽²⁾, ha previsto numerose ipotesi di gestione coattiva di società per ragioni diverse dall'insolvenza. In particolare, forme di amministrazione straordinaria o di gestione commissariale, in presenza di irregolarità gestionali o del rischio di gravi perdite, fanno tradizionalmente parte del quadro normativo delle società vigilate (banche ⁽³⁾, assicurazioni ⁽⁴⁾, società di gestione del risparmio ⁽⁵⁾, ecc.), con l'evidente finalità di assicurare all'autorità settoriale di controllo (Banca d'Italia, IVASS, Consob, ecc.) un incisivo potere di intervento che possa dispiegarsi prima che le criticità divengano irreversibili (nella consapevolezza che l'implosione di una banca, di una società di assicurazioni o di una società di ge-

(2) Per un'ampia ricognizione delle fattispecie storiche e attuali di gestione societaria coattiva (e, in generale, per un loro inquadramento sistematico), cfr. G.C.M. RIVOLTA, *Per una riflessione sistematica sulle gestioni coattive dell'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2021, 1 ss.; nonché E. SILVESTRI, *Gestioni coattive*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 681 ss.

(3) L'art. 70, comma 1, TUB prevede che « la Banca d'Italia può disporre lo scioglimento degli organi di amministrazione e di controllo delle banche quando ricorrono le violazioni o le irregolarità di cui all'articolo 69-octiesdecies, comma 1, lett. b) [ossia, gravi violazioni di disposizioni legislative, regolamentari o statutarie o gravi irregolarità nell'amministrazione], oppure sono previste gravi perdite del patrimonio ovvero quando lo scioglimento è richiesto con istanza motivata dagli organi amministrativi ovvero dall'assemblea straordinaria ». L'art. 98 TUB disciplina poi l'amministrazione straordinaria della capogruppo italiana di un gruppo bancario, mentre l'art. 77 estende le previsioni dell'amministrazione straordinaria alle succursali italiane di banche extra-comunitarie. Il complesso sistema della vigilanza bancaria, articolato sul duplice livello nazionale e comunitario, si completa infine con la facoltà riconosciuta alla Banca Centrale Europea di disporre l'amministrazione straordinaria sulle così dette "banche significative" che sono sottoposte alla sua vigilanza diretta; la Banca Centrale Europea, in base al proprio regolamento n. 468/2014, esercita le prerogative di cui al regolamento UE n. 1024/2012, che comprendono i poteri di vigilanza e intervento connessi alle cd. misure di intervento precoce come previste dalle direttive europee e dalle relative norme nazionali di recepimento, tra cui, per l'appunto, per quanto riguarda l'Italia, il potere di disporre l'amministrazione straordinaria ex art. 70 TUB.

(4) In base all'art. 231 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209 (ossia il codice delle assicurazioni private — di seguito "Codice delle Assicurazioni"): « Il Ministro delle attività produttive, su proposta dell'ISVAP, può disporre con decreto lo scioglimento degli organi con funzioni di amministrazione e controllo dell'impresa di assicurazione o di riassicurazione quando: a) risultino gravi irregolarità nell'amministrazione ovvero gravi violazioni delle disposizioni legislative, amministrative o statutarie che regolano l'attività dell'impresa; b) siano previste gravi perdite patrimoniali (...) ».

(5) Ai sensi dell'art. 56 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (ossia il Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria — di seguito "TUF"), « 1. La Banca d'Italia, di propria iniziativa o su proposta della Consob nell'ambito delle sue competenze, può disporre lo scioglimento degli organi con funzione di amministrazione e di controllo delle Sim, delle società di gestione del risparmio, delle Sicav e delle Sicaf quando: a) risultino gravi irregolarità nell'amministrazione ovvero gravi violazioni delle disposizioni legislative, amministrative o statutarie che ne regolano l'attività (...); b) siano previste gravi perdite del patrimonio della società; c) lo scioglimento sia richiesto con istanza motivata dagli organi amministrativi o dall'assemblea straordinaria ovvero dal commissario nominato ai sensi dell'articolo 7sexies ». Analoga procedura è prevista, sempre dal TUF, all'art. 64-quinquies, per le società di gestione del mercato.

stione del risparmio rischia sempre di arrecare un *vulnus* alla stabilità del settore finanziario o di un suo segmento ⁽⁶⁾). Analoga facoltà è conferita dal codice civile all'autorità di vigilanza sulle società cooperative e sui consorzi, che possono essere assoggettati a gestione commissariale in caso di irregolare funzionamento ⁽⁷⁾; e lo stesso art. 2409 c.c., nella parte in cui attribuisce all'autorità giudiziaria il potere, in ultima istanza, di nominare un amministratore giudiziario che sostituisca l'organo amministrativo di società per azioni che siano incorse in gravi irregolarità gestionali rappresenta, sia pur in forma meno invasiva, un'ipotesi di gestione coattiva societaria ⁽⁸⁾.

In tempi recenti, tuttavia, più interventi normativi, alcuni dettati da situazioni contingenti ma altri, invece, di natura strutturale, hanno ampliato in modo significativo il novero delle ipotesi di *gestione coattiva di società non insolventi*, introducendo nuovi paradigmi che si affiancano alla tradizionale finalità del ripristino del regolare funzionamento dell'ente societario. Da un lato, infatti, quale contraltare all'espansione degli strumenti di repressione penale dei fenomeni delittuosi commessi nell'esercizio di una attività di impresa, il legislatore ha avvertito l'esigenza di prevedere, in alternativa alle sanzioni interdittive di cessazione dell'attività aziendale, ipotesi di commissariamento cui subordinare la continuità di quelle società la cui chiusura determinerebbe l'interruzione nell'erogazione di un pubblico servizio o altra forma di danno alla collettività ⁽⁹⁾. Dall'altro lato, il modello

⁽⁶⁾ Come osserva G. PESCATORE, *Art. 56*, in *Commentario T.U.F.*, a cura di F. Vella, I, Torino, 2012, 540, « gli intermediari finanziari condividono con le crisi bancarie la caratteristica di esporre a rischio interessi di carattere generale quali quelli dei clienti-risparmiatori e dei mercati sotto il profilo della loro funzionalità ».

⁽⁷⁾ L'art. 2545-*sexiesdecies* c.c. prevede che « (...) in caso di irregolare funzionamento della società cooperativa, l'autorità di vigilanza può revocare gli amministratori e i sindaci, affidare la gestione della società ad un commissario, determinandone i poteri e la durata, al fine di sanare le irregolarità riscontrate (...) »; analogamente, l'art. 2619 c.c., dopo aver stabilito al comma 1 che l'attività dei consorzi è sottoposta alla vigilanza dell'autorità governativa, dispone, nel successivo comma, che « quando l'attività del consorzio risulta non conforme agli scopi per cui è stato costituito, l'autorità governativa può sciogliere gli organi del consorzio e affidare la gestione a un commissario governativo (...) ». Per un approfondimento in materia, cfr. E. CUSA, *Il controllo amministrativo sulle cooperative*, in *Giur. comm.*, 2012, I, 220 ss. Peraltro, la gestione commissariale ex art. 2545-*sexiesdecies* c.c. è stata recentemente estesa a tutti gli enti privati, societari o meno, che « acquisiscano la qualifica di impresa sociale e incorrano in violazioni della [loro] disciplina specifica » — cfr. G.C.M. RIVOLTA (nt. 2), 6. Diversamente dalle cooperative, la disciplina commissariale dei consorzi è rimasta in realtà inattuata; cfr. R. GERACI - M. CITROLO, *Art. 2575-2642*, in *Commentario del Codice Civile*, diretto da E. Gabrielli, Milano, 2014, 779.

⁽⁸⁾ In questo senso, G.C.M. RIVOLTA (nt. 2), 7 *et passim*. Per un'ampia e recente analisi della gestione coattiva ex art. 2409 c.c., vedi M. COSSU, *L'amministratore giudiziario nel procedimento ex art. 2409 c.c.*, in *Giur. comm.*, 2019, I, 679 ss.

⁽⁹⁾ Il riferimento è, innanzi tutto, all'art. 15 del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 (disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica) secondo cui « se sussistono i presupposti per l'applicazione di una sanzione interdittiva che determina l'interruzione dell'attività dell'ente, il

dell'amministrazione straordinaria è stato utilizzato, tramite il ricorso di provvedimenti normativi *ad hoc* di iniziativa governativa, in relazione a situazioni emergenziali che hanno interessato aziende strategiche imprescindibili per la stabilità del panorama produttivo nazionale ⁽¹⁰⁾. In un certo senso, la gestione coattiva societaria, nella misura in cui il legislatore se ne è

giudice, in luogo dell'applicazione della sanzione, dispone la prosecuzione dell'attività dell'ente da parte di un commissario per un periodo pario alla durata della pena interdittiva che sarebbe stata applicata, quando ricorre almeno una delle seguenti condizioni: a) l'ente svolge un pubblico servizio o un servizio di pubblica necessità la cui interruzione può provocare un grave pregiudizio alla collettività; b) l'interruzione dell'attività dell'ente può provocare, tenuto conto delle sue dimensioni e delle condizioni economiche del territorio in cui è situato, rilevanti ripercussioni sull'occupazione; b-bis) l'attività è svolta in stabilimenti industriali o parti di essi dichiarati di interesse strategico nazionale ai sensi dell'articolo 1 del decreto-legge 3 dicembre 2012, n. 207, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 dicembre 2012, n. 231 ». Una figura di commissariamento societario, ancorché circoscritto ad uno specifico segmento aziendale, è prevista anche dall'art. 32 del decreto legge 25 giugno 2014, n. 90 che, in presenza di determinati illeciti criminali commessi nella sfera di attività un'impresa aggiudicataria di un appalto per la realizzazione di opere pubbliche, servizi o forniture (o in genere per lo svolgimento di attività sanitaria per conto del servizio sanitario nazionale), affida ad amministratori di nomina prefettizia la « straordinaria e temporanea gestione dell'impresa limitatamente alla completa esecuzione del contratto [pubblico] ». Peraltro, anche il commissariamento *ex art.* 15 d.lgs. 231/2001 è potenzialmente a « geometria variabile », atteso che « deve essere limitato, quando sia possibile operare una distinzione, al settore di attività all'interno del quale è stato commesso il reato, non essendovi ragione alcuna perché tale misura debba coinvolgere l'ente nel suo complesso »: cfr. D. RIPAMONTI, *Il 231 nella dottrina e nella giurisprudenza a vent'anni dalla sua promulgazione*, a cura di M. Levis - A. Perini, Milano, 2021, 434. L'interpretazione assolutamente prevalente della norma, infatti, è nel senso che « laddove la struttura societaria si presenti complessa (pluralità di sedi sparse sul territorio, diversificazione dell'oggetto sociale, molteplicità di rami d'azienda) e l'illecito attenga soltanto ad una porzione della vita societaria, le attività che il commissario è tenuto a compiere riguarderanno esclusivamente l'area in cui si è verificato l'illecito, rimanendo per il resto intatto l'organigramma e il funzionamento dell'ente »: cfr. P. VITTORINI, *Le norme sull'esecuzione*, in *Il processo penale* de societate, a cura di A. Bernasconi, Milano, 2006, 412; analogamente, G. GARBAGNATI, *La fase dell'esecuzione*, in *Diritto Penale delle Società*, a cura di G. Canzio - L.D. Cerqua - L. Luparia, II, Padova, 2014, 1570; e, con ampia nota di richiami, F. BORDIGA, *Art. 15, I profili societari*, in *Compliance, responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di D. Castronuovo - G. De Simone - E. Ginevra - A. Lionzo - D. Negri - G. Varraso, Vicenza, 2019, 419: « il commissariamento non fa venir meno la permanenza in carica degli amministratori nominati dai soci, i cui poteri gestori verrebbero automaticamente sospesi con riferimento al ramo di attività oggetto dell'incarico del commissario (per tornare, poi, pieni al termine del commissariamento) e continuerebbero ad essere attivi con riguardo ai settori dell'attività non toccati dalla sanzione interdittiva ».

⁽¹⁰⁾ Nel 2013 con il commissariamento ambientale dell'Ilva ai sensi del decreto legge 4 giugno 2013, n. 61 (Nuove disposizioni urgenti a tutela dell'ambiente, della salute e del lavoro nell'esercizio di imprese di interesse strategico nazionale) (come successivamente convertito in legge e più volte modificato); e ancor più recentemente, a fine 2022, con il decreto legge che ha introdotto la possibilità, poi rimasta inattuata perché nel frattempo superata dagli eventi, di commissariare la società proprietaria degli impianti di raffinazione di Priolo per porre rimedio alla difficoltà di approvvigionamento di petrolio a seguito delle sanzioni nei confronti della Russia (cfr. decreto legge 5 dicembre 2022, n. 187, recante misure urgenti a tutela dell'interesse nazionale nei settori produttivi strategici).

avvalso per salvaguardare la continuità di aziende ritenute importanti per il tessuto economico ed occupazionale italiano, è divenuta anche, sia pure indirettamente, strumento di politica industriale ⁽¹¹⁾.

Naturalmente, l'accresciuto perimetro applicativo dello strumento, per un verso, solleva problemi interpretativi nuovi; per altro verso, offre l'occasione per enucleare, sul piano del diritto societario, i tratti comuni di norme talora eterogenee e spesso frammentarie.

2. Una riflessione ad ampio spettro sull'istituto del commissariamento societario non può che prendere le mosse dall'analisi dell'interesse (pubblico) sotteso al potere di disporre la gestione coattiva, suddividendo le principali fattispecie di commissariamento societario in tre sottogruppi (tendenzialmente) omogenei per facilitare l'indagine:

(a) *amministrazione straordinaria di società soggette a vigilanza*: come è noto, alcune attività economiche hanno un espresso riconoscimento costituzionale in funzione del loro rilievo socio-economico. In particolare, l'art. 47 Cost. assicura la tutela del risparmio e prevede, a questo fine, il co-ordinamento e il controllo degli enti creditizi (cui, in una lettura estensiva del concetto, possono essere equiparati gli intermediari finanziari e le assicurazioni ⁽¹²⁾); analogamente, l'art. 45 Cost. favorisce la mutualità cooperativa, assicurandone, con gli opportuni controlli, il carattere e le finalità. In applicazione delle previsioni costituzionali, il legislatore ha pertanto riservato allo Stato, relativamente alle banche, alle assicurazioni, agli intermediari finanziari e alle cooperative, una funzione di vigilanza, di cui il potere di commissariamento costituisce parte integrante ⁽¹³⁾.

Poiché all'interno di questo sottogruppo l'amministrazione straordinaria delle banche rappresenta, per la maggiore organicità e compiutezza di disciplina ⁽¹⁴⁾, il modello normativo di riferimento, mi pare che una pur breve disamina dei *presupposti e dello scopo dell'amministrazione straordinaria delle banche* possa essere utile per desumerne, in via generale, gli elementi che, nel nostro ordinamento, caratterizzano il potere di commissariamento dei soggetti privati vigilati. Ora, con una formulazione di cui si trova eco (quando non puntuale riferimento o richiamo) nelle analoghe previsioni dettate per assicurazioni, intermediari finanziari e cooperative, l'art. 70 TUB prevede che il Ministero dell'Economia, su proposta di Banca d'Italia, può disporre lo scioglimento degli organi con funzione di ammini-

⁽¹¹⁾ Per una approfondita analisi dei profili giuridici dei differenti strumenti di politica industriale, cfr. E. BRUTI LIBERATI, *Industria*, in *Enciclopedia del Diritto, I Tematici III, Funzioni Amministrative*, diretto da B.G. Mattarella - M. Ramajoli, Milano, 2022, 654 ss.

⁽¹²⁾ Cfr. G. PESCATORE (nt. 6), 540.

⁽¹³⁾ In questo senso, G. AVANZINI, *Il commissario pubblico*, Torino, 2013, 54.

⁽¹⁴⁾ In questi termini, A. NIGRO, *Art. 70*, in *Commentario al Testo Unico Bancario*, a cura di M. Porzio - F. Belli - G. Losappio - M. Rispoli Farina - V. Santoro, Milano, 2010, 623.

strazione e controllo delle banche quando risultino « gravi irregolarità nell'amministrazione ovvero gravi violazioni delle disposizioni legislative, amministrative o statutarie che regolano l'attività della banca » (art. 70, comma 1, lett. a), TUB) ovvero « siano previste gravi perdite del patrimonio » (art. 70, comma 1, lett. b), TUB) ⁽¹⁵⁾. Al ricorrere di uno dei due presupposti, l'autorità di vigilanza nomina uno o più commissari straordinari (art. 71 TUB) che esercitano le funzioni ed i poteri di amministrazione della banca, allo scopo di rimuovere le irregolarità (art. 72 TUB). Già la semplice lettura della norma mostra come la procedura di amministrazione delle banche (ma ciò vale per le analoghe procedure degli altri soggetti vigilati) abbia in principalità ⁽¹⁶⁾ una *funzione di risanamento*: i commissari hanno il compito di gestire la banca, di accertare, in parallelo, le cause e l'estensione delle irregolarità (o la ragione delle perdite previste) e di apprestare gli opportuni rimedi. In relazione a soggetti la cui crisi è suscettibile di mettere a rischio la stabilità del sistema cui appartengono, l'ordinamento agisce, pertanto, su più piani convergenti: affidando alla vigilanza una funzione di costante monitoraggio, con l'obiettivo di intercettare le situazioni di crisi prima che diventino irrimediabili; e delegando la gestione dell'ente societario in crisi a commissari cui spetta il compito di ricondurre la società in normali condizioni di funzionamento, salvo il ricorso alla procedura di liquidazione coatta amministrativa (o alle altre misure di risoluzione previste dalla specifica disciplina settoriale) nel caso in cui la situazione, dopo i necessari approfondimenti, appaia, in realtà, non rimediabile ⁽¹⁷⁾.

(b) *amministrazione straordinaria di società in conseguenza della commissione di reati nella loro sfera di attività*: all'atto dell'introduzione nel nostro ordinamento della disciplina sulla responsabilità delle persone giuridiche per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato ⁽¹⁸⁾, il cui corredo sanzionatorio include la possibilità di interdizione dell'attività economica

⁽¹⁵⁾ Per il vero, l'art. 70, comma 1, TUB prevede anche una terza ipotesi (lettera c — ossia la richiesta motivata degli organi amministrativi o dell'assemblea), ma si ritiene comunemente che la richiesta degli organi della banca « più che assumere il valore di presupposto autonomo, tale cioè da fondare di per sé il provvedimento di amministrazione straordinaria, sembra attenere al piano della legittimazione (a dare impulso al procedimento) » — cfr. A. NIGRO (nt. 14), 626.

⁽¹⁶⁾ Come per tutte le fattispecie complesse accanto alla *ratio* primaria possono rinvenirsi ulteriori finalità, tra cui una funzione sanzionatoria (in presenza delle irregolarità la banca viene sottratta alla gestione ordinaria) e una finalità di prevenzione del *moral hazard* (il rischio di commissariamento è un monito per i soci): cfr. in proposito E. CECCHINATO, *L'amministrazione straordinaria delle banche tra vigilanza prudenziale e gestione della crisi*, in *Riv. dir. bancario*, 2021/2022, 308 ss.

⁽¹⁷⁾ Non a caso la procedura di amministrazione straordinaria delle banche è stata definita « una fune tesa tra vigilanza prudenziale e gestione della crisi »: così E. CECCHINATO (nt. 16), 345.

⁽¹⁸⁾ Il riferimento è ovviamente al d.lgs. 231/2001 (disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di persona-

dell'ente, il legislatore, anche sulla scorta di una prospettiva comparatistica ⁽¹⁹⁾, si è preoccupato di contemperarne gli effetti, disponendo che, in presenza di determinati presupposti, la sanzione interdittiva venga *sostituita* da un regime di commissariamento. Pertanto, nei casi in cui la cessazione dell'attività aziendale per effetto del provvedimento di interdizione possa determinare un grave pregiudizio alla collettività (in ragione dell'interruzione di un servizio pubblico o di pubblica necessità ovvero a causa delle ripercussioni occupazionali conseguenti alla chiusura dell'attività ⁽²⁰⁾), il giudice ne dispone la prosecuzione, da parte di un commissario, per un periodo pari alla durata della pena interdittiva che sarebbe stata altrimenti applicata. Compiti e poteri del commissario sono stabiliti *ad hoc* dal giudice, ma è la stessa norma a precisare che il commissario cura l'adozione di modelli organizzativi e di controllo idonei a prevenire altri reati. Il commissariamento *ex art. 15 d.lgs. 231/2001* ha dunque una *finalità composita*: alla funzione afflittiva (il commissariamento resta misura sanzionatoria, ancorché sostitutiva) si aggiunge infatti uno scopo "rimediale" (la procedura deve assicurare il ripristino delle condizioni di legalità nell'attività dell'impresa) ⁽²¹⁾, frutto di un chiaro indirizzo di politica legislativa di *favor legis* alla continuità aziendale.

Indirizzo che, peraltro, sempre in materia penale, trova conferma in un altro e più recente intervento normativo: l'art. 32, comma 1, d.l. 90/

lità giuridica) e, in particolare, agli artt. 9-14 che disciplinano, tra l'altro, le sanzioni interdittive (tra cui la più grave consiste, per l'appunto, nell'interdizione dall'esercizio dell'attività).

⁽¹⁹⁾ Cfr. A.M. D'ORTA, *Commissariamento giudiziale e governance societaria nel sistema del D.lgs. 231/2001*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, I, 38.

⁽²⁰⁾ Ovviamente, non ogni ripercussione occupazionale rileva ai fini della decisione: la misura sostitutiva del commissariamento è disposta soltanto nei casi in cui le ripercussioni siano significative in relazione alle dimensioni dell'ente e alla sua eventuale collocazione in un territorio in cui l'offerta di lavoro sia "debole". Peraltro, sulla genericità delle formule utilizzate dal legislatore nella definizione dei presupposti per l'applicazione del commissariamento in luogo dell'interdizione, vedi D. RIPAMONTI (nt. 9), 432.

⁽²¹⁾ In relazione alla disciplina "contigua" del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 (codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione), è stato osservato che « una delle principali funzioni della misura è quella di riportare l'impresa nell'alveo della legalità, salvaguardando gli assetti produttivi (...). [L]'esigenza che la società tagli i ponti con il passato, rendendo legale la propria gestione, costituisce senz'altro il necessario presupposto perché possa esistere, poiché nessun fine lucrativo può essere perseguito nell'inosservanza della legge. La procedura deve garantire la continuità aziendale in condizioni di legalità, presupposto di esistenza di una impresa lecita e di qualunque fine lucrativo perseguibile legittimamente. Dove precipuo dell'amministratore giudiziario, presupposto all'assolvimento della gestione della società, è dunque quello di ripristinare condizioni di corretta e regolare gestione, per poi improntare la propria gestione secondo criteri aziendalistici »: cfr. A. PALAZZOLO, *Le società in regime di sequestro o di confisca*, in *Trattato delle società*, diretto da V. Donativi, IV, Vicenza, 2022, 1326 *et passim*. Sulla natura rimediale del commissariamento *ex art. 15 d.lgs. 231/2001*, espressamente D. RIPAMONTI (nt. 9), 435.

2014 ⁽²²⁾ ha infatti attribuito all'autorità prefettizia un potere di commissariamento nei confronti di alcune categorie di imprese titolari di contratti o affidamenti pubblici. Più specificamente, nel caso in cui l'autorità giudiziaria proceda per un delitto contro la pubblica amministrazione oppure emergano « situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite od eventi criminali » relativamente ad una società che, alternativamente, (i) sia aggiudicataria di un appalto pubblico (d'opera o di fornitura), (ii) eserciti un'attività sanitaria per conto del Servizio Sanitario Nazionale ovvero (iii) sia concessionaria di lavori pubblici o contraente generale, si attiva un procedimento amministrativo che, nei casi più gravi, può condurre al commissariamento dell'impresa, con la nomina di amministratori di designazione prefettizia cui è affidata la gestione, straordinaria e temporanea, dell'attività aziendale limitatamente ⁽²³⁾ all'esecuzione del contratto pubblico (di appalto, di concessione, ecc.) interessato dalle problematiche penalistiche. L'interesse pubblico sotteso alla gestione coattiva prefettizia non è dissimile da quello che ispira il commissariamento *ex art.* 15 d.lgs. 231/2001: entrambe le norme consentono la continuità dell'impresa, in un quadro di ripristinata legalità, al fine di evitare il danno che la collettività patirebbe in termini di ritardo o interruzione nella prestazione di un pubblico servizio o

⁽²²⁾ Recante « misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari », convertito con modificazioni dalla legge 11 agosto 2014, n. 114. Per un'ampia disamina sui profili societari della norma, cfr. M. IRRERA, *Il Decreto Anticorruzione e l'amministratore di nomina prefettizia: una complessa sfida interpretativa*, in questa *Rivista*, 2018, 1021 ss.; mentre per le criticità, di ordine sistematico, sul piano penalistico, cfr. F. SGUBBI - T. GUERINI, *L'art. 32 del Decreto Legge 24 giugno 2014 n. 90 Un primo commento*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014, *passim*, disponibile all'indirizzo <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/3296-l-art-32-del-decreto-legge-24-giugno-2014-n-90-un-primo-commento>.

⁽²³⁾ La nomina degli amministratori di designazione prefettizia non comporta l'azzeramento del consiglio di amministrazione nominato dai soci; gli uni e gli altri sono chiamati a convivere in un (inevitabilmente confuso) riparto di competenze, secondo cui gli amministratori nominati dal prefetto andranno a sostituirsi al consiglio di amministrazione soltanto per quanto riguarda l'esecuzione del "contratto pubblico incriminato", mentre la gestione di tutti i restanti affari aziendali rimane affidata agli amministratori di nomina sociale (con la sospensione, tuttavia, dei poteri dell'assemblea dei soci per tutta la durata della misura, dal che conseguirebbe, tra l'altro, il discutibile risultato di impedire ai soci di rinnovare il consiglio di amministrazione in carica all'epoca dei fatti contestati all'ente o di approvare il bilancio annuale pendente la misura, salvo accogliere — come mi sembra inevitabile — un'interpretazione "chirurgica" della norma che ne limiti l'applicazione alle sole decisioni assembleari concretamente suscettibili di incidere sulla gestione del segmento aziendale commissariato). Su questi e altri problemi applicativi della norma, che è contorta e lacunosa, cfr. M. IRRERA, (nt. 22), 1038 ss.; nonché A. PALAZZOLO, *In regime di commissariamento prefettizio tra tutela dell'interesse pubblico e norme civilistiche*, in *Il diritto fallimentare delle società*, 2020, disponibile su https://www.dirittofallimentaresocieta.it/Article/Archive/index_html?ida=227&idn=17&idi=-1&idu=-1.

nella realizzazione di un'opera pubblica ⁽²⁴⁾. Tuttavia, il commissariamento *ex art.* 32 d.l. 90/2014 espande i confini della continuità imposta *ex lege* in una direzione che, come si vedrà in seguito, non è scevra di problemi: la gestione commissariale prefettizia è infatti disposta anche laddove ci sia la consapevolezza che ne possano derivare diseconomie di gestione (ossia perdite) ⁽²⁵⁾, come risulta evidente dalla lettura del quarto comma della norma che, dopo aver sancito che « l'attività di temporanea e straordinaria gestione è considerata di pubblica utilità ad ogni effetto », assolve, *ex ante*, gli amministratori di nomina prefettizia da ogni responsabilità per le eventuali diseconomie dei risultati conseguenti alla loro amministrazione (salvo solo il caso del dolo o della colpa grave).

(c) *commissariamento di società strategiche per il sistema economico nazionale*: il tema delle diseconomie ha, in realtà, un precedente, di poco anteriore, nel d.l. 61/2013 ⁽²⁶⁾ (noto come secondo decreto “salva Ilva”) che mi pare rappresenti la prima ⁽²⁷⁾ fattispecie di gestione commissariale di una società privata in cui, nel quadro del nostro ordinamento d'impresa, l'interesse pubblico alla continuità di un'azienda si spinge sino al punto di imporre la prosecuzione dell'attività produttiva anche, potenzialmente, in assenza del requisito di economicità ⁽²⁸⁾ (come, in punto di fatto, è poi puntualmente avvenuto). Le complesse e tribolate vicissitudini dell'Ilva sono sin troppo conosciute perché sia necessario riassumerle anche solo

⁽²⁴⁾ Oltre che in un'ottica di tutela occupazionale per quanto riguarda l'art. 15 d.lgs. 231/2001.

⁽²⁵⁾ Il termine “diseconomia” è ampiamente utilizzato negli studi aziendalistici riguardanti le scelte di dimensionamento dell'attività. Si parla di economie — e simmetricamente di diseconomie — di scala o di saturazione della capacità produttiva (cfr. G. AIROLDI - G. BRUNETTI - V. CODA, *Corso di economia aziendale*, Bologna, 2005, 365 ss.). Ancora, il termine ricorre in relazione alla formazione del patrimonio intangibile, là dove il riferimento è alle economie (diseconomie) di apprendimento. Si tratta, tuttavia, di un termine che non è univocamente definito e tende assai spesso a configurarsi come una etichetta terminologica intesa a designare gli effetti di decisioni aziendali connotate da una valenza di “disvalore”. E, così, in via esemplificativa generano — e, dunque, costituiscono — una diseconomia l'allocatione non ottimale del capitale nelle gestioni bancarie, il *layout* non efficiente degli impianti nelle aziende produttive, una rete distributiva caratterizzata da una localizzazione non ottimale dei punti venditi per le aziende *retail*. Nella ricostruzione svolta nel testo, il termine diseconomia, secondo il dato letterale costituito dal riferimento alle diseconomie dei risultati, appare sempre evocativo di una perdita di gestione da misurare secondo i principi e le regole di formazione del bilancio d'esercizio.

⁽²⁶⁾ Contenente « nuove disposizioni urgenti a tutela dell'ambiente, dalla salute e del lavoro nell'esercizio di imprese di interesse strategico nazionale » e convertito, con modifiche, in legge 3 agosto 2013, n. 89.

⁽²⁷⁾ Non ho rinvenuto precedenti anteriori.

⁽²⁸⁾ Sul requisito dell'economicità dell'impresa e sulla sua collocazione nel sistema definitorio dell'art. 2082 c.c., vedi le pagine di F. GALGANO, *L'imprenditore*, Bologna, 1989, 40 ss. In una visione ampiamente condivisa del concetto, l'astratta idoneità dell'attività imprenditoriale a coprire i propri costi costituisce un elemento essenziale per « discriminare nettamente l'impresa da altri tipi di attività »: così V. PANUCCIO, *Impresa*, in *Enc. dir.*, Varese, 1970, 620.

sommariamente ⁽²⁹⁾; basti qui ricordare che, in una vicenda punteggiata dal susseguirsi di provvedimenti cautelari di sequestro penale, il legislatore ha più volte rincorso — e per il vero continua a rincorrere ⁽³⁰⁾ — gli eventi nel tentativo di preservare la continuità di un sito produttivo essenziale per l'intera filiera industriale italiana. A questa precisa finalità è infatti ispirato il d.l. 61/2013 che, nel disciplinare, all'art. 1, una fattispecie generale e astratta di commissariamento per gravi inadempienze ambientali di società che gestiscano almeno uno stabilimento industriale di interesse strategico nazionale, estende poi direttamente il commissariamento all'(allora) Ilva S.p.A., presumendo *ex lege* la sussistenza delle violazioni ambientali (senza ricorso, dunque, alla procedura amministrativa di accertamento delle inadempienze dettata in via generale dall'art. 1 ⁽³¹⁾). Lo scopo del commissariamento è illustrato sin dalle premesse del decreto legge, in cui si dà atto della « straordinaria necessità e urgenza di emanare disposizioni che assicurino, mediante la nomina di un'apposita struttura commissariale straordinaria, la continuità produttiva e occupazionale [dell'Ilva] nel rispetto delle norme ambientali e sanitarie »; la gestione commissariale « ha durata di 12 mesi eventualmente prorogabili di 12 mesi fino ad un massimo di 36. La prosecuzione dell'attività produttiva durante il commissariamento è funzionale alla conservazione della continuità aziendale ed alla destinazione prioritaria delle risorse aziendali alla copertura dei costi necessari per gli interventi di [salvaguardia e ripristino ambientale] »; a questi fini, al commissario sono « attribuiti (...) tutti i poteri e le funzioni degli organi di amministrazione dell'impresa ed è sospeso l'esercizio dei poteri di disposizione e gestione dei titolari dell'impresa. [I] poteri dell'assemblea sono sospesi per l'intera durata del commissariamento », ma, soprattutto, « il commissario

⁽²⁹⁾ Per un'ampia disamina del d.l. 61/2013 e per una ricostruzione dei suoi antefatti, vedi comunque, *ex multis*, M. MELI, *Ambiente, salute, lavoro: il caso Ilva*, in *Nuove leggi civ.*, 2013, 1017 ss.; F. SANTONASTASO, *Tutela della salute, tutela dell'ambiente ed evoluzione della "governance" nelle imprese di interesse strategico nazionale (il caso Ilva): un'applicazione dell'art. 41 Cost. per uno "Statuto d'Impresa"?*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, 183 ss.; e G. GUIZZI, *Il commissariamento di società per azioni ai sensi del d.l. 61/2013 tra funzionalizzazione dell'impresa e problemi di tutela costituzionale della partecipazione azionaria. Prime note a margine del (la seconda puntata) del caso Ilva*, in *Corr. giur.*, 2013, 1189 ss.

⁽³⁰⁾ Cfr., da ultimo, l'art. 2 del decreto legge 5 gennaio 2023, n. 2 che dispone misure urgenti per impianti di interesse strategico nazionale, formulato in termini generali e astratti, ma in realtà destinato specificamente all'ex Ilva. Per una incalzante critica all'accresciuta frequenza con cui il legislatore ricorre a norme "singolari", vedi S. CASSESE, *L'amministrazione straordinaria delle società partecipate in base all'articolo 2 del decreto legge 2 del 2023, che dispone misure urgenti per impianti di interesse strategico nazionale*, in *Diritto della Crisi*, 19 gennaio 2023, disponibile su <https://dirittodellacrisi.it/articolo/lamministrazione-straordinaria-delle-societa-partecipate-in-base-allarticolo-2-del-decreto-legge-2-del-2023-che-dispone-misure-urgenti-per-impianti-di-interesse-strategico-nazionale>.

⁽³¹⁾ Recita l'art. 2 d.l. 61/2013: « i presupposti di cui al comma 1 dell'articolo 1 sussistono per la s.p.a. ILVA avente sede a Milano (...) ».

predispone il piano industriale di conformazione delle attività produttive che consente la continuazione dell'attività produttiva nel rispetto delle prescrizioni di tutela ambientale, sanitaria e di sicurezza », con facoltà di aumentare il capitale (anche escludendo il diritto di opzione) al fine di reperire le risorse necessarie per finanziare l'attuazione delle misure ambientali e del piano industriale. In ogni caso, « l'attività di gestione dell'impresa eseguita [nel rispetto dei piani di salvaguardia e ripristino ambientale] è considerata di pubblica utilità ad ogni effetto ed il commissario non risponde delle eventuali diseconomie dei risultati ai sensi dell'art. 2236 del codice civile, tranne che abbia agito con dolo o colpa grave ».

Ora, sebbene il d.l. 61/2013 sia il portato di una situazione contingente ed emergenziale, la scelta di politica legislativa che è stata fatta in quell'occasione sembra aver messo stabili radici nel nostro ordinamento. Lo testimoniano due recenti decreti legge: il primo, il decreto legge 21 giugno 2022, n. 73 ⁽³²⁾, che, all'art. 34, ha disposto il commissariamento della Sogin S.p.A., con l'attribuzione all'organo commissariale, di tutti i poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione della società « in considerazione della necessità e urgenza di accelerare lo smantellamento degli impianti nucleari italiani, la gestione dei rifiuti radioattivi e la realizzazione del deposito nazionale »; il secondo, il d.l. 187/2022 ⁽³³⁾, questa volta formulato in termini generali e astratti ma in realtà specificamente destinato alla società che gestisce l'impianto di raffinazione di Priolo, strategico per l'approvvigionamento nazionale dei derivati da idrocarburi, con cui si è previsto che in presenza « di rischi di continuità produttiva idonei a recare pregiudizio all'interesse nazionale, conseguenti a sanzioni imposte nell'ambito dei rapporti internazionali tra Stati, l'impresa che svolge attività [di raffinazione di idrocarburi] può essere ammessa a procedura di amministrazione temporanea », nel qual caso « l'amministrazione temporanea è disposta per un periodo di massimo 12 mesi, prorogabile una sola volta fino a ulteriori 12 mesi (...) con la sostituzione degli organi di amministrazione e controllo (...) e la nomina di un commissario che subentra nella gestione ». Sia pur nella eccezionalità e singolarità delle fattispecie che precedono, mi pare si vada dunque componendo un quadro normativo ⁽³⁴⁾ di gestione coattiva di società di

⁽³²⁾ Convertito in legge dalla legge di conversione 4 agosto 2022, n. 122.

⁽³³⁾ Convertito in legge con modifiche dalla legge di conversione 1° febbraio 2023, n. 10. L'antefatto del d.l. 187/2022 ha avuto ampia copertura giornalistica sia generalista sia sulle testate specializzate in materia di energia: *ex multis*, cfr. <https://rienergia.staffettaonline.com/articolo/35147/L'embargo+e+la+vicenda+della+raffineria+di+Priolo/Piscitelli>.

⁽³⁴⁾ Sebbene il d.l. 61/2013 sia stato "disegnato" sul caso Ilva, la norma permane nel nostro ordinamento come regola generale e astratta, applicabile, *ex art. 1*, ad ogni situazione di crisi ambientale di società che gestiscano stabilimenti di interesse strategico nazionale; e peraltro, più di un passaggio del d.l. 61/2013 ha ispirato la redazione del (o è stato ripreso *verbatim* nel) successivo art. 32 d.l. 90/2014. Ed anche i più recenti d.l. del 2022, sebbene insuscettibili di concreta applicazione al di fuori delle situazioni per cui sono stati promulgati (il d.l. di com-

interesse nazionale, che si affianca alle tradizionali figure di commissariamento presenti nel nostro ordinamento.

3. Dalla sommaria ricognizione che precede risulta evidente che l'intervento statuale nella gestione delle società private risponde alle specifiche finalità proprie delle singole fattispecie normative di commissariamento (tutela del risparmio, integrità del mercato finanziario, rispetto dei principi mutualistici nel mondo cooperativo, conformità alla normativa ambientale, ecc.). Tuttavia, è altrettanto evidente che tutte le ipotesi di gestione coattiva societaria, per quanto differenti tra loro, perseguono, di fondo, un obiettivo comune. L'ordinamento, infatti, reagisce alle crisi aziendali — siano esse legate ad una irregolarità di funzionamento, a problemi prospettici di sostenibilità economica o sin anche alla violazione di precetti penali — secondo un criterio di proporzionalità, che impone di preservare la continuità dell'ente sin tanto che la crisi (di funzionamento, di sostenibilità o di legalità) appaia rimediabile ⁽³⁵⁾. In presenza di una crisi che, pur originando da un soggetto privato, sia suscettibile di ledere interessi di rango costituzionale o comunque di rilievo collettivo, il potere pubblico non può che intervenire per stabilizzare o ripristinare l'assetto dei valori messi a rischio, ma, nella misura in cui il malfunzionamento dell'ente societario non sia ritenuto irreversibile, l'intervento assume (almeno in una fase iniziale) una veste conservativa; per cui, anziché disporre lo scioglimento coattivo della società problematica, l'ordinamento ne affida (coattivamente, ma temporaneamente) la gestione a soggetti di nomina pubblica, a cui è delegato il compito di traghettare l'ente oltre la crisi. In questo senso, le figure di gestione coattiva societaria, che pure sono modellate sul calco di simili istituti di diritto pubblico ⁽³⁶⁾, hanno un perimetro applicativo più circoscritto rispetto al

missariamento di Sogin S.p.A. perché per l'appunto nominativo e peraltro influenzato dall'essere Sogin società interamente posseduta dallo Stato, sicché il commissariamento è stato disposto con le stesse logiche che avrebbero trovato applicazione per un ente od organismo pubblico; il d.l. 187/2022 perché norma temporanea destinata a trovare applicazione solo nel corso del 2023) confermano, sul piano della politica legislativa, la tendenza a ricorrere al commissariamento societario quale strumento per la soluzione (ma meglio sarebbe dire per la gestione) delle crisi dei grandi plessi produttivi o tecnologici del paese anche laddove il problema non sia di insolvenza.

⁽³⁵⁾ Come osserva G.C.M. RIVOLTA (nt. 2), 64, l'evoluzione normativa sulle gestioni coattive testimonia l'acquisita « consapevolezza che l'impresa, in qualsiasi settore operi ed anche nelle dimensioni più modeste, ha sempre un ruolo sociale non trascurabile. Ruolo che non permette di considerare socialmente indifferente la sopravvivenza o la soppressione dell'impresa stessa come la sua consentita o inibita espansione e, nei casi purtroppo frequenti dell'impresa illecita, il suo convertirsi per operare nella liceità o la sua sanzionatoria cessazione ».

⁽³⁶⁾ Come nota A. NIGRO (nt. 14), 622, con una riflessione che prendendo spunto dalla disciplina dell'amministrazione straordinaria delle banche acquista poi carattere generale: « risulta chiara (...) la strettissima affinità, sul piano strutturale, dell'istituto che stiamo considerando con il modello tipico delle gestioni commissariali degli enti pubblici economici e non

modello di diritto amministrativo cui sono ispirate. Le matrici di commissariamento di natura pubblicistica assolvono, infatti, a più funzioni ⁽³⁷⁾, essendo talvolta finalizzate (come accade per le gestioni coattive societarie) al ripristino della regolarità di funzionamento di un determinato ente (economico e non), ma avendo, altre volte e forse ancor più frequentemente, il diverso compito di sopperire all'inerzia di un organismo pubblico o di accelerarne o comunque renderne più incisiva l'azione. Al più ampio spettro di funzioni, consegue, del resto, anche un diverso assetto di poteri: mentre chi sia chiamato ad amministrare coattivamente una società lo fa sostituendosi agli organi societari nell'esercizio dei loro poteri tipici, nel caso dei commissari di natura pubblica non è infrequente l'attribuzione di poteri straordinari (che si aggiungono ed affiancano a quelli che vengono esercitati in via sostitutiva) ⁽³⁸⁾, proprio con l'obiettivo di consentire al commissario straordinario di realizzare ciò che la gestione ordinaria dell'ente, per inerzia o per difficoltà oggettive, non ha potuto conseguire. La differenza è sostanziale e discende dai limiti che l'art. 41 Cost. pone al potere pubblico allorché il suo esercizio incida sulla libertà dell'iniziativa economica privata. Un conto, infatti, è disporre il commissariamento di una società il cui funzionamento diverga dall'assetto normativo che ne regola l'attività, altra cosa è ipotizzare l'amministrazione straordinaria di un'impresa privata non solo per porre rimedio alle criticità alla base della decisione di commissariamento, ma anche e soprattutto per orientarne le strategie produttive in un'ottica di interesse della collettività. Non c'è dubbio che il legislatore possa apprestare strumenti di commissariamento di organismi pubblici proprio con l'obiettivo di indirizzarne l'azione, ma analoga facoltà, nel vigente quadro costituzionale, non gli è certamente consentita in relazione ad imprese private.

economici: anzi, come si è già avuto modo di sottolineare altra volta, la sua diretta derivazione da quel modello, di cui presenta infatti tutti i connotati essenziali. L'amministrazione straordinaria delle banche, in altri termini, non rappresenta altro che il frutto della trasposizione, nello specifico settore, dello strumento tipico di soluzione di crisi temporanee di enti pubblici, specificatamente di enti pubblici che gestiscono imprese. (...) Analoga trasposizione si è avuta anche in molti altri settori ».

⁽³⁷⁾ Sulla natura polimorfa del commissariamento pubblico, cfr. G. AVANZINI (nt. 13), 2: « il fenomeno, che non è riconducibile ad un disegno complessivo e coerente, riflette esigenze diverse, talvolta improvvise ed eventuali, talvolta ineludibili e fisiologiche nell'ordinamento. Si consideri la necessità di fronteggiare una situazione di crisi, di urgenza, di impossibilità di provvedere dell'amministrazione ordinaria, o l'esigenza di realizzare specifici obiettivi predefiniti dalla legge con rapidità ed efficienza e nel rispetto dei sempre più stringenti vincoli di spesa e di bilancio », sicché ai commissari pubblici, a differenza di quanto accade per i soggetti cui sia affidata l'amministrazione coattiva di società, vengono spesso attribuiti poteri non solo sostitutivi o surrogatori ma anche straordinari, che trascendono l'assetto di poteri e prerogative disponibili a chi amministrava l'ente prima del commissariamento (*ivi*, 68 ss.).

⁽³⁸⁾ Peraltro, come osserva L. TORCHIA, *I nodi della pubblica amministrazione*, Napoli, 2016, 15, l'uso di funzioni commissariali, con poteri sostitutivi e di emergenza, è da tempo una costante nell'ordinamento Italia.

A ben vedere si tratta però di una differenza che tende ad affievolirsi nelle più recenti figure di gestione societaria coattiva. Mentre, infatti, nelle fattispecie più tradizionali di commissariamento (quelle cioè che attengono ai soggetti vigilati), l'amministrazione straordinaria interviene al fine di ripristinare le condizioni di esercizio richieste dalla legge, salvaguardando la continuità aziendale nella misura in cui il risanamento risulti possibile, le più recenti fattispecie di gestione commissariale, sia quelle di impronta penalistica sia quelle apprestate per le imprese strategiche, invertono l'ordine dei fattori, imponendo una continuità coattiva (che è il vero obiettivo della norma), nel corso della quale ristabilire altresì il corretto funzionamento dell'impresa; e, per il vero, quantomeno nell'ipotesi del d.l. 187/2022, il commissariamento delle società prescinde dalla sussistenza stessa di un malfunzionamento dell'ente, avendo invece presupposti del tutto esogeni (le sanzioni internazionali nei confronti della Russia e la conseguente sopravvenuta indisponibilità del petrolio che alimentava gli impianti di Priolo). Ma la tensione rispetto al principio di libertà di iniziativa economica sancito dall'art. 41 Cost. era evidente già nel d.l. 61/2013 ⁽³⁹⁾. Se, infatti, una norma che sottragga temporaneamente alla società e ai suoi soci la facoltà di porre termine all'impresa commissariata può ancora rientrare nei canoni costituzionali di conformazione dell'attività economica privata ⁽⁴⁰⁾, ben più diffi-

⁽³⁹⁾ Dubita della costituzionalità della norma G. GUIZZI (nt. 29), 1192-1193, osservando che « la soluzione accolta dal legislatore, con la sterilizzazione delle competenze dell'assemblea dei soci, mira ad impedire che questi ultimi possano anche eventualmente decidere, di fronte alla magnitudine di nuovi investimenti richiesti per l'attuazione delle misure e delle attività di tutela ambientale e sanitaria (...) di porre termine all'impresa, di cui allora si postula così, implicitamente, una continuazione anche coattiva, contro le stesse eventuali possibili diverse valutazioni di coloro a rischio dei quali l'attività continua ad essere esercitata, e persino come sembra lasciar intendere la formula che si legge al comma 2 quando sottolinea che la prosecuzione dell'attività è funzionale alla conservazione della continuità aziendale là dove i soci dovessero ritenere che l'impresa non sia, invece, più in condizione di conservarsi, in ragione dei maggiori investimenti richiesti, come *going concern*. L'esito che ne discende non può pertanto che lasciare fortemente perplessi specie in relazione al profilo da ultimo descritto, in punto di compatibilità con i principi costituzionali. Per quanto, infatti, sia suscettibile di essere legittimamente conformata, l'iniziativa economica privata è pur sempre espressione di una libertà; e tra i suoi aspetti incompressibili vi è, come ha osservato, seppure incidentalmente, anche la stessa giurisprudenza costituzionale quella di potervi porre fine, non potendo neppure il legislatore obbligare i privati a continuarne purché sia l'esercizio. Insomma, anche se l'obiettivo è rendere compatibile l'esercizio dell'impresa con la realizzazione di fini sociali, e quindi in questo senso conformarne l'attività in modo che essa si atteggi anche come socialmente responsabile, quella prospettiva non può comunque spingersi sino al punto da privare coloro che vi investono, assumendone i rischi, del potere di decidere, in piena autonomia, se essi abbiano o meno ancora interesse ad una sua prosecuzione ».

⁽⁴⁰⁾ Lo sostiene, ad esempio, G.C.M. RIVOLTA (nt. 2), 42: « chi assume l'iniziativa economica deve conoscere i suoi limiti costituzionali e sapere che, se l'iniziativa viola quei limiti e contrasta con l'utilità sociale, non è più nella sua piena discrezionalità la scelta del quando e del come farla cessare. Nel rischio d'impresa liberamente assunto può starci anche la temporanea preclusione della sua dismissione per la tutela dei superiori interessi [collettivi] », non senza

cile è convincersi della costituzionalità di una disposizione legislativa che snatura il concetto stesso di impresa, imponendo la prosecuzione di un'attività imprenditoriale, potenzialmente su un arco temporale pluriennale, in assenza del requisito di economicità ⁽⁴¹⁾. Peraltro, come sempre accade nell'interpretazione dei limiti che la Costituzione pone al legislatore, ciò che assume decisivo rilievo è il bilanciamento complessivo dei contrapposti diritti in gioco ⁽⁴²⁾, sicché il potere conformativo deve essere valutato sia in relazione alla sua concreta incidenza sulla libertà di iniziativa privata, sia in relazione agli interessi collettivi che si intendono proteggere. E se non vi è dubbio che la norma possa legittimamente imporre il rispetto dei più severi standard ambientali e sanitari, questa finalità non può tuttavia divenire strumento per raggiungere un diverso obiettivo — la continuità di un'impresa strategica — che non è ambientale o sanitario, ma di politica industriale, soprattutto qualora, per conseguirlo, si renda inevitabile utilizzare coattivamente, consumandole, risorse private.

Si tratta, in tutta evidenza, di un profilo problematico della recente evoluzione delle fattispecie commissariali che riprenderò nel successivo paragrafo 10, dedicato all'imputazione del risultato della gestione coattiva, mentre vorrei ora proseguire nella ricognizione degli altri elementi che, unitamente alla finalità conservativa dell'impresa, contribuiscono a definire il *genus* dell'amministrazione straordinaria delle società non insolventi.

aggiungere, però, che « ciò non significa che la gestione coattiva dell'impresa, legittimamente iniziata nel segno dei superiori interessi, possa protrarsi ad oltranza, vanificando sine die la libertà dell'imprenditore di (far cessare la) iniziativa economica. Di fronte alle contrapposte tutele costituzionali dei confliggenti interessi a far cessare l'impresa e a continuarla in regime di gestione coattiva, il criterio del ragionato bilanciamento farà prevalere l'una rispetto all'altra tutela, decretando la illegittimità della norma ordinaria o della sua interpretazione che si ponga ad ostacolo della cessazione o, viceversa, della continuazione coatta ». *Contra*, come già rilevato nella nota precedente, G. GUIZZI (nt. 29), 1192-1193; nonché G. OPPO, *Iniziativa economica*, in *Scritti Giuridici*, I, *Diritto dell'impresa*, Padova, 1992, 32. Per un'ampia disamina delle modalità con cui il potere pubblico condiziona e indirizza la libertà di iniziativa economica (seguendo l'evoluzione del fenomeno nel corso delle differenti stagioni di politica economica che si sono succedute in Italia dal dopo guerra ad oggi), cfr. S. DEL GATTO, *Poteri pubblici, iniziativa economica e imprese*, Roma, 2019; il quadro che ne emerge mostra chiaramente come la realtà applicativa del nostro ordinamento non sia sempre riconciliabile con la lettura che F. GALGANO dava dell'art. 41 Cost., quando osservava che « la libertà che il primo comma [dell'art. 41 Cost.] riconosce ai privati è perciò (...) libertà dei privati di decidere che cosa produrre, quanto produrre, come produrre, dove produrre »: in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *Rapporti Economici*, II, artt. 41-44, 4. Di libertà, tutelata dall'art. 41 Cost., nelle scelte di avvio e cessazione dell'impresa, vedi, recentemente, anche E. LOFFREDO, *Attività economica e atti antieconomici nell'esercizio dell'impresa*, in *Rivista ODC*, 2014, 1.

⁽⁴¹⁾ E. LOFFREDO (nt. 40), 4, esattamente sul punto, rileva come sarebbe estranea al paradigma dell'impresa, accolto nell'art. 2082 c.c., una attività che non contempli « la pianificazione dell'azione verso l'obiettivo dell'equilibrio e della continuità aziendale ».

⁽⁴²⁾ Sul punto, G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte Costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, I, 716 ss.

4. Alla natura rimediale e conservativa delle gestioni societarie coattive sin qui esaminate sono collegate due ulteriori caratteristiche: la temporaneità della gestione e la natura non concorsuale. La temporaneità è il naturale portato della finalità rimediale: se, infatti, la gestione coattiva è volta a ripristinare le condizioni di normale funzionamento dell'ente, la gestione coattiva non può che essere temporanea. Le cause del malfunzionamento devono essere rimosse entro un lasso di tempo sufficientemente contenuto, diversamente torna a prevalere nell'ordinamento la necessità di sopprimere gli enti societari il cui comportamento diverga troppo marcatamente dalle regole. La temporaneità è peraltro elemento imprescindibile anche ai fini del giudizio di costituzionalità: una norma che disponga lo spossessamento dell'imprenditore non insolvente, senza prevedere un equo indennizzo, si giustifica, sul piano costituzionale, solo nella misura in cui i suoi effetti siano temporanei. Perché, ovviamente, laddove fossero invece permanenti, si configurerebbe una diversa fattispecie, vuoti di nazionalizzazione (art. 43 Cost.) vuoti di esproprio (art. 42, comma 3, Cost.), sempre possibili nel disegno costituzionale ove ciò sia necessario per perseguire un superiore bene pubblico, ma a condizione che venga previsto un equo indennizzo a beneficio di chi ne patisca le conseguenze sul piano economico. Naturalmente, la concreta declinazione della temporaneità assume aspetto diverso in funzione degli specifici obiettivi delle singole ipotesi normative. In particolare, le gestioni commissariali di impronta penalistica possono dispiegarsi su di un più lungo orizzonte temporale rispetto, ad esempio, al commissariamento di soggetti vigilati, non perché divergano dalla finalità conservativa e rimediale, ma perché hanno anche una concorrente finalità afflittiva (art. 15 d.lgs. 231/2001) o di prevenzione (art. 32 d.l. 90/2014), sicché la durata della gestione coattiva è commisurata all'ulteriore loro funzione. E così, nel disegno dell'art. 15 d.lgs. 231/2001 il commissariamento, che sostituisce la sanzione dell'interdizione, dura quanto sarebbe durata quest'ultima; parimenti, nel caso dell'art. 32 d.l. 90/2014, la gestione coattiva, che tutela l'interesse pubblico alla continuità del contratto pubblico « in regime di "legalità controllata" »⁽⁴³⁾, dura sino alla sua completa esecuzione⁽⁴⁴⁾.

Coerente con la funzione conservativa, di cui anzi costituisce ovvio corollario, è poi la natura non concorsuale delle gestioni coattive societarie di cui questo articolo si occupa. Anche quando, come nel caso di banche, assicurazioni e intermediari finanziari, i presupposti del commissariamento includano la previsione di « gravi perdite del patrimonio », la situazione di crisi su cui la procedura di amministrazione straordinaria si innesta presuppone comunque che l'ente non versi in condizioni di insolvenza, essendo il com-

⁽⁴³⁾ Così, espressamente, Cons. di Stato, Sez. III, 10 gennaio 2018, n. 93 in <https://www.sipotra.it/wp-content/uploads/2019/01/Sentenza-n.-93-del-2018.pdf>.

⁽⁴⁴⁾ Sul punto, M. IRRERA (nt. 22), 1025: « la durata (...) è correlata alle esigenze funzionali alla realizzazione dell'opera pubblica ».

missariamento volto per l'appunto a prevenire che dalla crisi prospettica si giunga ad una effettiva condizione di insolvenza ⁽⁴⁵⁾. In altri termini, la gestione coattiva di società non insolventi ha sempre natura non concorsuale e, come tale, assicura la normale prosecuzione dei rapporti in essere con i terzi in un quadro di continuità della gestione aziendale, poiché il commissariamento incide sulle modalità di funzionamento della società, intervenendo sugli organi ad essa deputati, ma non produce invece effetti sulla posizione giuridica di chi abbia rapporti pendenti, di credito o contrattuali, con l'ente societario commissariato ⁽⁴⁶⁾. Fa eccezione unicamente ⁽⁴⁷⁾, per quanto attiene alla normale prosecuzione dei rapporti pendenti, la facoltà che l'art. 74 TUB (applicabile anche agli intermediari finanziari *ex* art. 56, comma 3, TUF) attribuisce ai commissari di « sospendere il pagamento delle passività di qualsiasi genere da parte della banca ovvero la restituzione degli strumenti finanziari ai clienti » per un periodo complessivamente non superiore a tre mesi (proroghe comprese) qualora ricorrano circostanze eccezionali e la sospensione sia necessaria per tutelare gli interessi dei creditori. Si tratta, ovviamente, di una misura eccezionale, volta a prevenire la corsa agli spor-

⁽⁴⁵⁾ Cfr. A. NIGRO (nt. 14), 627.

⁽⁴⁶⁾ Lo osserva, a proposito degli intermediari finanziari, S. BONFATTI, *La disciplina speciale della crisi dei soggetti abilitati e degli OICR e il sistema di indennizzo*, in *Il Testo Unico Finanziario*, diretto da M. Cera - G. Presti, Bologna, 2020, 879: « la natura della procedura di Amministrazione Straordinaria degli intermediari finanziari (bancari e) non bancari è quella di una procedura non concorsuale, non producendosi in linea di principio nessun effetto speciale sull'esercizio dell'impresa e sui rapporti pendenti, ed essendo assicurata la continuità aziendale e la regolare produzione dei rapporti in essere. Analogamente, per quanto attiene alle banche: « si configura come un particolare e complesso procedimento amministrativo, di natura certamente non concorsuale (non avendo sicuramente come obiettivo e almeno come obiettivo diretto il soddisfacimento dei creditori) (...) si tratta di una gestione coattiva che rileva di regola (salvo, cioè, il caso eccezionale della sospensione dei pagamenti *ex* art. 74) solo sul piano interno alla banca, la cui attività prosegue del tutto regolarmente, e che quindi non ha alcuna diretta incidenza sui rapporti esterni e, in particolare, sui rapporti di debito »: così A. NIGRO (nt. 14), 621.

⁽⁴⁷⁾ Non mi sembra invece costituiscano un'eccezione sistemica al principio della neutralità del commissariamento rispetto ai diritti dei terzi, due peculiari disposizioni contenute nel D.L. Ilva: la prima secondo cui « le linee di credito e i relativi rapporti debitori, concernenti l'attività dell'azienda, oggetto di commissariamento, anche in carico a società del medesimo gruppo, sono trasferite al commissario ai sensi degli articoli 1339 e 2558 del codice civile » (art. 1, comma 3); la seconda che prevede invece la sospensione, pendente il commissariamento, nell'irrogazione delle sanzioni amministrative conseguenti ad atti o comportamenti imputabili alla gestione precedente al commissariamento (art. 1, comma 10). Nel primo caso, infatti, scopo della disposizione è di riportare in capo alla funzione commissariale anche le linee di credito formalmente disponibili in altre società del gruppo, ma in realtà « concernenti l'attività dell'azienda » commissariata (o quanto meno questa pare l'unica lettura possibile per dare un significato ad una disposizione che è stata — giustamente — definita « dubbia, se non addirittura incomprensibile »: cfr. G.C.M. RIVOLTA (nt. 2), 50). Nel secondo caso, la funzione è meramente di moratoria per le responsabilità pregresse, in modo da non « appesantire » la gestione commissariale.

telli da parte dei depositanti di banche o intermediari finanziari assoggettati all'amministrazione straordinaria, che spiega i suoi effetti solo entro un arco temporale limitatissimo ⁽⁴⁸⁾.

5. A differenza di quanto avviene nelle procedure di amministrazione straordinaria per l'insolvenza delle grandi imprese in crisi (Legge Prodi-*bis* e Legge Marzano), che incidono sul doppio versante delle posizioni giuridiche dell'impresa insolvente e dei terzi che abbiano rapporti con essa, le gestioni coattive di società non insolventi dispiegano i propri effetti unicamente sul piano endosocietario, modificando temporaneamente l'assetto organizzativo e di funzionamento dell'ente, senza tuttavia riverberare, salve le limitate eccezioni già segnalate, sulle posizioni dei terzi diversi dai soci.

In particolare, la sostituzione dell'organo gestorio della società commissariata rappresenta ⁽⁴⁹⁾ il filo conduttore di tutte le gestioni coattive *in bonis*. Sebbene gli effetti della sostituzione siano declinati diversamente nelle singole fattispecie — ad esempio, talora limitando i poteri dei commissari all'ordinaria amministrazione, oppure, altre volte, al contrario, aggiungendo funzioni ulteriori, rispetto a quelle proprie di un amministratore di nomina sociale ⁽⁵⁰⁾ —, tutte le ipotesi rinvergono un minimo comune denominatore nel fatto che l'ordinario apparato organizzativo dell'ente viene congelato e sostituito da un diverso assetto incentrato su di un organo straordinario (il commissario o il collegio commissariale) cui è delegata la gestione dell'ente e che è sottoposto, in forme diverse e con diversa intensità, al potere di impulso, indirizzo e controllo dell'autorità pubblica, amministrativa o giudiziaria, responsabile della procedura. Si tratta dunque, come è stato osservato per l'amministrazione straordinaria degli enti vigilati, ma la

⁽⁴⁸⁾ Ne sottolinea la natura eccezionale e quasi teorica S. BONFATTI (nt. 46), 878. Del resto la misura, come osserva A. NIGRO (nt. 14), 655, ha trovato rara applicazione.

⁽⁴⁹⁾ Naturalmente, nei casi in cui, come è previsto per il commissariamento *ex art. 15 d.lgs. 231/2001* ovvero ai sensi dell'art. 32 d.l. 90/2014, la gestione coattiva è limitata ad un segmento dell'attività dell'ente, non si assiste ad uno scioglimento del consiglio di amministrazione della società propedeutico alla sua sostituzione con i commissari di nomina pubblica, ma ad una compressione della sfera di attività degli amministratori di nomina sociale che vengono sostituiti dai commissari limitatamente alle attività aziendali oggetto del commissariamento.

⁽⁵⁰⁾ In numerose fattispecie (amministrazione di banche, assicurazioni e intermediari finanziari) ai commissari sono attribuiti tutti i poteri di amministrazione ordinaria e straordinaria, salvo che sia diversamente previsto dall'atto di nomina; in altri casi, i poteri del commissario sono tassativamente stabiliti dall'autorità responsabile per la nomina (come, ad esempio, accade nel commissariamento delle cooperative o nella gestione coattiva *ex art. 15 d.lgs. 231/2001*) o, ancora, sono comunque limitati, *ex lege*, all'ordinaria amministrazione (cfr. sempre art. 15, comma 3, d.lgs. 231/2001: « [il commissario] non può compiere atti di straordinaria amministrazione senza autorizzazione del giudice ». In talune ipotesi, infine, il provvedimento di nomina può estendere i poteri anche al compimento di atti che sarebbero normalmente riservati all'assemblea dei soci (cfr. art. 245-*sexiesdecies*, comma 1, c.c.); o ancora, è la legge direttamente ad attribuire al commissario una o più prerogative dell'assemblea dei soci (ad esempio, facoltà di aumentare il capitale sociale *ex art. 1, comma 11-bis*, d.l. 61/2013).

conclusione può essere agevolmente estesa alle altre ipotesi di commissariamento *in bonis*, di un fenomeno di gestione sostitutiva di impresa realizzata attraverso la sostituzione coattiva di organi ⁽⁵¹⁾. L'ufficio commissariale non assume, tuttavia, la veste di organo della società in senso proprio, ma svolge piuttosto, sotto la direzione della pubblica autorità ⁽⁵²⁾, una funzione, di natura pubblicistica, surrogatoria e suppletiva dell'ordinario potere gestorio. Peraltro, i commissari, anche quando sono espressamente qualificati come pubblici ufficiali nell'esercizio delle loro funzioni commissariali ⁽⁵³⁾, agiscono sempre, nei confronti dei terzi, *iure privatorum* ⁽⁵⁴⁾. Gli atti che compiono hanno pertanto la stessa natura e gli stessi effetti che avrebbero avuto laddove a compierli fossero stati gli amministratori sostituiti. Un'importante differenza riguarda tuttavia i limiti ai poteri del commissario eventualmente imposti *ex lege* o stabiliti dall'autorità che lo abbia nominato ⁽⁵⁵⁾: mi pare che i terzi non siano protetti dal regime della inopponibilità delle limitazioni come avverrebbe, invece, in forza dell'art. 2384, comma 2, c.c. ⁽⁵⁶⁾, laddove contrattino con un amministratore di nomina sociale. Questa conclusione, pressoché unanime nel caso dell'amministra-

⁽⁵¹⁾ Così, in relazione all'amministrazione straordinaria delle banche, tra gli altri, A. NIGRO (nt. 14), 1189; e F. CAPRIGLIONE, *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. Capriglione, II, Padova, 2012, 892.

⁽⁵²⁾ In questo senso, sempre con riferimento all'amministrazione straordinaria delle banche, R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2007, 782.

⁽⁵³⁾ Nella disciplina di molte delle gestioni coattive esaminate in questo articolo alla figura commissariale viene attribuita espressamente la qualifica di pubblico ufficiale. Tuttavia, anche nei casi in cui manchi l'espressa attribuzione, non per questo se ne può dedurre la natura privata dell'ufficio; osserva infatti G.C.M. RIVOLTA (nt. 2), 55, che « l'enunciazione normativa della qualifica non [è] imprescindibile e la sua mancanza non impedisce di riconoscerla e, di per sé, non comporta conseguenze diminutive: l'analoga delle funzioni legale alla tutela di interessi generali o comunque trascendenti l'interesse dell'imprenditore, consente di riconoscere la qualifica di pubblici ufficiali anche ai preposti a gestioni coattive dell'impresa per le quali manchi un'attribuzione normativa espressa della qualifica. In questo senso resta vero che sono le funzioni a determinare la qualifica e non viceversa ». Debbo peraltro notare che, nel momento in cui comunque si qualificano gli atti commissariali come atti di diritto privato, le conseguenze della qualifica di pubblico ufficiale assumono scarso rilievo sul piano del diritto societario.

⁽⁵⁴⁾ Espressamente in questi termini, a chiusura di una disamina generale sulle gestioni coattive societarie, G. AVANZINI (nt. 13), 57, ove precisa altresì che « si tratta di una figura che si inserisce in un'organizzazione ordinaria, sebbene di natura privata, che viene tuttavia sospesa dall'amministrazione pubblica per il perseguimento di un fine che non coincide necessariamente con quello perseguito dagli organi sociali »; analogamente, con riferimento all'amministrazione straordinaria delle banche, A. NIGRO (nt. 14), 645: « i commissari straordinari (...), pur se svolgono indubbiamente una funzione pubblica, non sono attributari di potestà pubbliche, fatta eccezione per il potere di sospende i pagamenti *ex art.* 74. I loro atti sono comunque atti di diritto comune (...) ».

⁽⁵⁵⁾ Cfr. la precedente nt. 50.

⁽⁵⁶⁾ Come è noto, l'art. 2384, comma 2, c.c. prevede che « le limitazioni ai poteri degli amministratori che risultano dallo statuto o da una decisione degli organi competenti non sono opponibili ai terzi, anche se pubblicate, salvo che si provi che questi hanno intenzionalmente agito a danno della società ».

tore giudiziario *ex art. 2409 c.c.* ⁽⁵⁷⁾, mi sembra possa estendersi, per identità di *ratio*, a tutte le fattispecie di commissariamento. La ragione per cui, nel caso dell'amministratore giudiziario *ex art. 2409 c.c.*, si esclude l'applicabilità dell'*art. 2384, comma 2, c.c.* risiede, infatti, nella diversità della fonte dei suoi poteri rispetto agli amministratori di nomina sociale. Diversità di fonte che rappresenta una costante per tutti gli amministratori straordinari, quale che sia la gestione coattiva cui sono preposti. Talvolta i commissari ricevono i propri poteri da un provvedimento giudiziario ⁽⁵⁸⁾, altre volte da un provvedimento amministrativo ⁽⁵⁹⁾, altre volte ancora dalla legge direttamente ⁽⁶⁰⁾: in ogni caso, mai dallo statuto o da un atto societario interno della società commissariata.

Si contrappongono quindi due modelli gestori: uno, quello proprio dell'ordinario funzionamento dell'ente societario, in cui la legge prevede che il potere di rappresentanza attribuito agli amministratori dallo statuto o dalla deliberazione di nomina è generale (*art. 2380, comma 1, c.c.*), con la possibilità di introdurre limitazioni statutariamente o tramite una decisione degli organi competenti (*art. 2380, comma 2, c.c.*); il secondo, quello proprio delle gestioni coattive, in cui è la fonte, extra sociale, di attribuzione dei poteri che ne detta il contenuto. Le limitazioni eventualmente imposte al commissario o amministratore straordinario nell'atto di nomina non rappresentano dunque la riduzione di un altrimenti più ampio potere di rappresentanza, ma, piuttosto, la puntuale determinazione della delega gestoria ⁽⁶¹⁾.

Un dubbio potrebbe, forse, porsi in relazione alla figura del commissario di banche, assicurazioni e intermediari finanziari perché le norme di legge che disciplinano i suoi poteri ne ricostruiscono l'assetto complessivo in modo non dissimile dall'*art. 2380 c.c.*, delegando all'autorità di controllo, in sede di nomina dei commissari, la possibilità di operare per sottrazione rispetto ad un potere gestorio altrimenti generale per legge: « salvo che non sia diversamente specificato all'atto della nomina, i commissari esercitano tutte le funzioni e tutti i poteri spettanti all'organo di amministrazione della banca ai sensi del codice civile, delle disposizioni di legge applicabili e dello statuto della banca » ⁽⁶²⁾ (*art. 72, comma 1, TUB*). Tuttavia, una lettura sistematica

⁽⁵⁷⁾ Cfr., *ex multis*, S. VANONI, *Denuncia al tribunale, art. 2409*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2017, 183 (ed *ivi* con ampia nota di richiami).

⁽⁵⁸⁾ Così, ad esempio, il commissario giudiziale *ex art. 15 d.lgs. 231/2001*.

⁽⁵⁹⁾ Come nel caso dei commissari di banche, assicurazioni e intermediari finanziari.

⁽⁶⁰⁾ Così, ad esempio, il commissario "ambientale" *ex d.l. 61/2013*.

⁽⁶¹⁾ In questo senso, V. SALAFIA, *Collegio Sindacale, controllo contabile*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti - L. A. Bianchi - F. Ghezzi - M. Notari, Milano, 2005, 323.

⁽⁶²⁾ Identiche disposizioni regolano i poteri dei commissari delle assicurazioni e degli intermediari finanziari.

dell'art. 72 TUB tende a confermare, anche per queste figure commissariali, l'esclusione del regime ordinario di inopponibilità delle limitazioni ai terzi. Il quarto comma della norma prevede, infatti, che, in aggiunta alle eventuali limitazioni dei poteri previste nell'atto di nomina, la Banca d'Italia possa stabilire, anche successivamente alla nomina, con istruzioni impartite ai commissari e al comitato di sorveglianza, che determinati atti dei commissari siano sottoposti all'autorizzazione della Banca d'Italia oppure imporre speciali limitazioni nella gestione della banca ⁽⁶³⁾. Ebbene, mentre l'art. 72, comma 4, TUB stabilisce espressamente che queste prescrizioni « non sono opponibili ai terzi che non ne abbiano avuto conoscenza », analoga precisazione manca per le limitazioni ai poteri di rappresentanza risultanti dall'atto di nomina di cui al primo comma della norma. Mi sembra quindi che una lettura sistematica dell'art. 72 TUB consenta di distinguere tra (i) le limitazioni ai poteri di rappresentanza in senso proprio che sono pubblicate al registro delle imprese ⁽⁶⁴⁾ e sono sempre opponibili ai terzi e (ii) le limitazioni (non ai poteri ma alle modalità del loro concreto esercizio) risultanti da prescrizioni della Banca d'Italia, non soggette ad obbligo di pubblicazione, che non sono invece opponibili ai terzi che non le abbiano conosciute, riconfermando così l'inapplicabilità dell'art. 2384, comma 2, c.c. in tutte le ipotesi di gestione societaria coattiva.

6. Sebbene il fulcro delle gestioni societarie coattive risieda nella sostituzione dell'organo amministrativo, anche lo scioglimento dell'organo di controllo è trasversale a più ipotesi di commissariamento. Tuttavia, rispetto alle funzioni di controllo, il disegno organizzativo delle gestioni coattive non è monolitico. In taluni casi, infatti, la disciplina del commissariamento è puramente ablativa dell'ordinario organismo di controllo, come accade nell'amministrazione temporanea (di società strategiche nel settore della raffinazione di idrocarburi) ai sensi del d.l. 187/2022 o nella gestione commissariale di società cooperative *ex art. 2545-sexiesdecies* c.c. ⁽⁶⁵⁾ o ancora nel commissariamento di Sogin *ex d.l. 73/2022*. In altri casi, se ne prevede, invece, la sostituzione con un organo straordinario con compiti (anche) di controllo, come avviene per l'amministrazione straordinaria delle banche, delle assicurazioni e degli intermediari finanziari, con la nomina di un comitato di sorveglianza che « esercita le funzioni di controllo e fornisce pareri

⁽⁶³⁾ Identica previsione vale per gli intermediari finanziari (art. 56, comma 3, TUF) e per le assicurazioni (art. 234, comma 4, Codice delle Assicurazioni).

⁽⁶⁴⁾ Cfr. art. 71, comma 2, TUB. Analoga disposizione vige anche per le assicurazioni e gli intermediari finanziari.

⁽⁶⁵⁾ Tuttavia, per una prassi ministeriale di revoca talvolta limitata al solo organo gestorio delle cooperative, cfr. E. CUSA (nt. 7), 243.

ai commissari (...) » ⁽⁶⁶⁾. Altre volte l'organo di controllo non viene sciolto, ma piuttosto rimodulato nella composizione; è questo il caso dell'amministrazione straordinaria ambientale nel cui contesto « il Presidente del Consiglio dei Ministri, con decreto motivato, può sostituire fino a due terzi dei componenti degli organi di controllo: il restante terzo è nominato dagli azionisti di minoranza. Tutti i componenti restano in carica per la durata del commissariamento » ⁽⁶⁷⁾. Altre volte, infine, l'ordinario organo di controllo rimane in vita, senza che la disciplina del commissariamento se ne occupi; è questo il caso delle gestioni coattive di impronta penalistica (*ex art. 15 d.lgs. 231/2001 e ai sensi dell'art. 32 d.l. 90/2014*) ⁽⁶⁸⁾.

La minor propensione del legislatore a disciplinare in modo uniforme la sorte dell'organo di controllo nel corso delle gestioni coattive *in bonis* è probabilmente dovuta ad un duplice motivo; da un lato, infatti, l'enfasi della gestione coattiva, anche per la sua temporaneità, cade necessariamente sul solo aspetto gestorio, più che sulla riproduzione di un articolato modello organizzativo dotato degli ordinari meccanismi di *checks and balances*; dall'altro lato, c'è la consapevolezza che l'autorità, amministrativa o giudiziaria, che procede alla nomina dell'ufficio commissariale mantiene comunque un incisivo potere, per l'appunto di indirizzo e controllo, sull'operato dei commissari, anche in ragione del rapporto fiduciario che ne ispira la scelta ⁽⁶⁹⁾. In effetti, la funzione pubblica svolge sempre una autonoma funzione di monitoraggio sulla procedura a prescindere dal fatto che la disciplina preveda lo scioglimento *tout court* dell'ordinario organo di controllo o ne contempli invece la sopravvivenza pendente il commissariamento. Ad esempio, nel caso della gestione commissariale *ex d.l. 73/2022*, che è abla-

⁽⁶⁶⁾ Osserva in proposito A. NIGRO (nt. 14), 645, che le funzioni di controllo esercitate dal Comitato di Sorveglianza « sono quelle proprie e tipiche del normale organo di controllo delle società, cioè il collegio sindacale, al quale, pertanto, il comitato può, per questo aspetto, essere accostato ».

⁽⁶⁷⁾ Cfr. art. 1, comma 4, d.l. 61/2013, con una formulazione per il vero doppiamente infelice sul piano tecnico: da un lato, infatti, la norma non è co-ordinata con il precedente comma che dispone, per tutta la durata del commissariamento, la sospensione dei poteri dell'assemblea, ossia dell'organo che dovrebbe procedere all'elezione del sindaco di nomina non governativa; dall'altro lato, il riferimento agli azionisti di minoranza, come soggetti titolati alla nomina, è semanticamente più sociologico che prescrittivo, presupponendo, peraltro, una situazione di fatto, l'esistenza di un socio di controllo, che stona in una norma che, per quanto disegnata nel caso specifico di Ilva, è almeno potenzialmente di applicazione generale.

⁽⁶⁸⁾ Sul ruolo del collegio sindacale pendente la misura *ex art. 32 d.l. 90/2014*, vedi M. IRRERA (nt. 22), 1043. Conferma la permanenza in carica dell'organo di controllo nel commissariamento *ex art. 32 d.l. 90/2014* il Trib. Palermo, Sez. Imprese, 13 maggio 2019, sentenza commentata da A. PALAZZOLO, *Lo scioglimento per impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale di società in regime di commissariamento prefettizio*, in *RDS*, 2020, 811.

⁽⁶⁹⁾ Si legge espressamente che « la scelta (...) ha natura fiduciaria » nelle Linee Guida di Banca d'Italia per la nomina degli organi delle procedure di gestione delle crisi (amministrazione straordinaria, liquidazione coatta amministrativa) delle banche e degli altri intermediari sottoposti a vigilanza, disponibili sul sito dell'autorità.

tiva del collegio sindacale, l'organo commissariale della Sogin « predispone con cadenza trimestrale una relazione sulle attività svolte » ⁽⁷⁰⁾ destinata al Ministro dell'economia e delle finanze e della Transizione Ecologica, cui è riservato, di converso, un potere di segnalazione di « priorità e attività di particolare rilevanza »; ma, analogamente, nel commissariamento *ex art.* 15 d.lgs. 231/2001, in cui l'organo di controllo permane invece in carica, « il commissario riferisce ogni tre mesi al giudice dell'esecuzione e al pubblico ministero sull'andamento della gestione e, terminato l'incarico, trasmette al giudice una relazione sull'attività svolta nella quale rende conto della gestione (...) » ⁽⁷¹⁾.

7. Ricondurre il fenomeno della gestione coattiva ad un piano squisitamente endosocietario non significa naturalmente circoscriverne la portata al solo profilo gestorio e di controllo, perché, al contrario, le sue conseguenze finiscono sempre per incidere, direttamente o indirettamente, anche sulle relazioni con i soci, le cui prerogative, individuali o assembleari, risultano inevitabilmente compresse, non foss'altro perché, pendente il commissariamento, perdono ogni potere di iniziativa sulla scelta degli organi amministrativi. L'interferenza della gestione coattiva sulla posizione dei soci varia ovviamente in funzione delle singole fattispecie normative: talora la disciplina dell'amministrazione straordinaria prevede la sospensione integrale delle funzioni dell'organo assembleare ⁽⁷²⁾, altre volte si limita a riallocarne parzialmente i poteri o a privare i soci del potere di richiederne la convocazione ⁽⁷³⁾. Ed anche le prerogative dei soci *uti singuli* subiscono spesso una compressione; in particolare, la disciplina dell'amministrazione straordinaria delle banche, degli intermediari finanziari e delle assicurazioni prevede espressamente che « le disposizioni del codice civile, statutarie o convenzionali relative ai poteri di controllo dei titolari di partecipazioni non si applicano agli atti dei commissari » ⁽⁷⁴⁾. E del resto evidente che nelle

⁽⁷⁰⁾ Cfr. art. 34, comma 6, d.l. 73/2022.

⁽⁷¹⁾ Cfr. art. 79, comma 2, d.lgs. 231/2001.

⁽⁷²⁾ Le funzioni dell'assemblea sono interamente sospese nel commissariamento ambientale (cfr. art. 1, comma 3, d.l. 61/2013) e nel commissariamento prefettizio (cfr. art. 32 d.l. 90/2014).

⁽⁷³⁾ In particolare, la gestione commissariale delle cooperative prevede che « al commissario possono essere conferiti per determinati atti anche i poteri dell'assemblea (...) » (art. 2545-*sexiesdecies*, comma 2, c.c.). Sotto altro profilo, nell'amministrazione straordinaria di banche e intermediari finanziari e assicurazioni, il potere di convocare l'assemblea dei soci e di determinarne l'ordine del giorno spetta solo ai commissari; le funzioni assembleari, pendente l'amministrazione straordinaria, sono infatti sospese, salva la facoltà dei commissari di convocare le assemblee previa autorizzazione dell'autorità di controllo (cfr. artt. 70, comma 2, e 72, comma 6, TUB e artt. 231, comma 3, e 234, comma 7, Codice delle Assicurazioni).

⁽⁷⁴⁾ Cfr. art. 70, comma 7, TUB. Analoga disposizione vale per gli intermediari finanziari (art. 56, comma 3, TUF) e per le assicurazioni (art. 234, comma 1, Codice delle Assicurazioni).

procedure di gestione coattiva — che hanno sempre origine da un problema di funzionamento dell'ente societario cui i soci non possono essere ritenuti aprioristicamente estranei, essendo, se non altro, responsabili della scelta dell'organo amministrativo che ha generato (o comunque non ha saputo prevenire) la crisi — mantenere in capo agli azionisti le loro ordinarie prerogative di controllo e impulso potrebbe interferire con i compiti dei commissari, mettendo a repentaglio il tentativo di ripristino del buon funzionamento dell'ente. Nel momento patologico del commissariamento, la disciplina legale della gestione coattiva, pur nella diversità delle singole fattispecie, tende dunque a concentrare i poteri e le competenze dell'ente societario in capo alla funzione commissariale, riducendo in modo significativo (quando non azzerando) lo spazio d'azione normalmente di pertinenza dei soci o della loro assise.

Il commissariamento non incide, invece, sul potere dei soci di disporre della propria partecipazione. Anche in relazione ai soci il *genus* dell'amministrazione straordinaria conferma, dunque, la propria vocazione, uniforme, a dispiegare effetti unicamente sul piano endosocietario; nella logica delle gestioni coattive, la posizione dei soci rileva, del resto, solo nella misura in cui l'esercizio dei loro diritti possa interferire con l'amministrazione commissariale e con le sue finalità. In questo senso, la cessione della partecipazione, pendente il commissariamento, non influisce in alcun modo sullo svolgimento della gestione coattiva, posto che il cessionario subentra nella stessa posizione del cedente, soggiacendo, pertanto, alle limitazioni che la disciplina impone alla generalità dei soci. Un dubbio è stato posto, per il vero, in relazione al contenuto dell'art. 1, comma 3, d.l. 61/2013 in cui si sancisce, tra l'altro, che « è sospeso l'esercizio dei poteri di disposizione e gestione dei titolari dell'impresa », essendo stato ipotizzato che la formulazione, obiettivamente atecnica, sia riferibile ai soci, il cui diritto di cessione della partecipazione sarebbe pertanto paralizzato durante il commissariamento ⁽⁷⁵⁾. L'interpretazione, che non condivido, è conseguenza dell'ambi-

⁽⁷⁵⁾ Questa la lettura di G. GUIZZI (nt. 29), 1195: « ai soci viene, infatti, preclusa non solo la possibilità di avviare il procedimento per realizzare il disinvestimento collettivo — la possibilità di mettere in liquidazione la società, in quanto tipica competenza dell'assemblea, è anch'essa, come detto, sospesa — ma persino il potere di ottenere il disinvestimento individuale attraverso la cessione della partecipazione sul mercato: la sospensione « del potere di disposizione dei titolari dell'impresa » non potendo essere altrimenti intesa, nell'impresa organizzata in forma di società azionaria, e specie nel momento in cui si distingue siffatto potere da quello « di gestione », che con riferimento tanto al potere dei soci di disporre, collettivamente, del valore del patrimonio netto (ma la sospensione di tale potere è già sancita dalla previsione, per così dire onnicomprensiva, della sospensione dei poteri dell'assemblea), quanto al potere di disporre, allora individualmente, della quota parte del valore del netto di propria spettanza, in questo caso appunto attraverso la vendita della partecipazione. Insomma, mi sembra che nella sua concreta articolazione il decreto finisca per incidere, più o meno direttamente, proprio su quella prerogativa che dovrebbe costituire l'essenza della partecipazione sociale, in una considerazione della sua dimensione proprietaria, ossia sul potere dei soci di disporre realizzare, sia

guità della norma che fa ricorso, senza adeguato coordinamento, ai concetti, ovviamente non coincidenti, di “impresa” e “società”. Mi sembra cioè che, con l’espressione “titolari dell’impresa”, il legislatore intenda riferirsi esclusivamente al gestore dell’impresa, prescindendo dalla veste societaria attraverso la quale l’impresa sia eventualmente esercitata. Il comma “incriminato” si compone infatti di due periodi: nel primo, si dispone che « sono attribuiti al commissario tutti i poteri e le funzioni degli organi di amministrazione dell’impresa », sicché, di converso, sono sospesi i poteri del titolare dell’impresa (ossia, dell’imprenditore ⁽⁷⁶⁾), ma anche, per implicita proprietà transitiva, pur nel silenzio del legislatore, di chi amministra l’impresa svolta in forma societaria). Nel secondo periodo, il legislatore coniuga invece più compiutamente la dimensione societaria e l’attività d’impresa, precisando che « nel caso di impresa costituita in forma societaria, [anche] i poteri dell’assemblea sono sospesi per l’intera durata del commissariamento ».

Naturalmente, la facoltà di disporre della partecipazione nella società commissariata, per quanto impregiudicata sul piano giuridico, potrebbe rivelarsi impraticabile nei fatti per la difficoltà di trovare acquirenti disponibili ad accollarsi il rischio di un esito infausto del commissariamento ⁽⁷⁷⁾. Il tema della concreta negoziabilità è peraltro particolarmente sensibile qualora la società sottoposta a gestione coattiva sia quotata in borsa. Sia il Regolamento dei Mercati Organizzati e Gestiti da Borsa Italiana ⁽⁷⁸⁾ sia il TUF ⁽⁷⁹⁾

collettivamente che individualmente il relativo valore ». Peraltro, M. IRRERA (nt. 22), 1039, nel commentare il terzo comma del d.l. 90/2014 che replica *verbatim* la disposizione qui commentata, osserva, invece, che ove l’espressione fosse intesa riferirsi ai soci non sarebbe dato comprendere « di quali poteri di disposizione e gestione dispongano i soci come tali », escludendone quindi un’interpretazione ablativa del diritto di cessione della partecipazione pendente il commissariamento.

⁽⁷⁶⁾ Del resto, lo stesso codice civile, all’art. 2203, comma 1, utilizza il termine “titolare” dell’impresa quale sinonimo di imprenditore: « è istitutore colui che è preposto dal titolare all’esercizio di un’impresa commerciale ».

⁽⁷⁷⁾ Rischio di dispersione aziendale e svilimento dell’impresa che, purtroppo, si registra con frequenza statisticamente rilevante, come nota G.C.M. RIVOLTA (nt. 2), 33.

⁽⁷⁸⁾ Cfr. art. 2.5.1 (Sospensione e revoca). « 1. Borsa Italiana può disporre: a) la sospensione dalle negoziazioni di uno strumento finanziario, se la regolarità del mercato dello strumento stesso non è temporaneamente garantita o rischia di non esserlo ovvero se lo richieda la tutela degli investitori; b) la revoca dalla quotazione e dalle negoziazioni di uno strumento finanziario, in caso di prolungata carenza di negoziazione ovvero se reputa che, a causa di circostanze particolari, non sia possibile mantenere un mercato normale e regolare per tale strumento. 2. Ai fini della sospensione dalle negoziazioni di cui al comma precedente, Borsa Italiana fa prevalente riferimento ai seguenti elementi: a) diffusione o mancata diffusione di notizie che possono incidere sul regolare andamento del mercato; b) delibera di azzeramento del capitale sociale e di contemporaneo aumento al di sopra del limite legale; c) ammissione dell’emittente a procedure concorsuali; d) scioglimento dell’emittente e) giudizio negativo del revisore legale o della società di revisione legale, ovvero impossibilità per il revisore legale o la società di revisione legale di esprimere un giudizio, per due esercizi consecutivi ». Il potere di sospensione regolamentare trae la propria fonte dall’art. 66-ter TUF, secondo cui « (...) il gestore di una sede di negoziazione può sospendere o escludere dalle negoziazioni gli strumenti finanziari che ces-

prevedono, infatti, la sospensione dalle negoziazioni dei titoli delle società quotate che cessino di rispettare i requisiti del sistema; e sebbene le fattispecie di amministrazione straordinaria analizzate in questo articolo non siano assimilabili ad una procedura concorsuale, circostanza che è espressamente contemplata dal Regolamento dei Mercati Organizzati e Gestiti da Borsa Italiana quale ragione di sospensione dalla quotazione, è indubbio che il sopravvenire di una gestione coattiva, per quanto in *bonis*, non può non avere un impatto sull'ordinato svolgimento delle negoziazioni, non foss'altro che per la difficoltà, pendente il commissariamento, di assicurare l'adempimento degli obblighi informativi, nei confronti del mercato, che incombono su ogni società quotata ⁽⁸⁰⁾. È dunque probabile che l'ammissione di un emittente ad una procedura di commissariamento, che abbia ad oggetto l'intero perimetro aziendale e non solo un suo segmento come potrebbe essere nel caso delle gestioni coattive *ex art. 15 d.lgs. 231/2001* o *ex art. 32 d.l. 90/2014*, determini la sospensione dei suoi titoli dalla negoziazione, come anche un recente precedente sembra indicare ⁽⁸¹⁾. Naturalmente, la sospensione dalla negoziazione non impedisce la possibilità di una cessione dei titoli fuori mercato anche tramite gli intermediari ammessi al sistema ⁽⁸²⁾ (così come non determina la perdita, da parte dell'emittente,

sano di rispettare le regole del sistema, a meno che tale sospensione o esclusione non rischi di causare un danno rilevante agli interessi degli investitori o al funzionamento ordinato del mercato ».

⁽⁷⁹⁾ Cfr. art. 66-*quater*, comma 1: « la Consob può sospendere o escludere uno strumento finanziario dalle negoziazioni o richiedere che vin provveda il gestore di una sede di negoziazione (...) ».

⁽⁸⁰⁾ Basti pensare al tema della rendicontazione contabile che per le società quotate ha cadenza semestrale (laddove, ad esempio, la disciplina del commissariamento delle banche prevede la predisposizione di un unico bilancio sino al termine della procedura: cfr. art 75 TUB) o comunque all'esercizio dei diritti dei soci *ex artt. 125 ss. TUF*, che è difficilmente conciliabile con (quando non espressamente escluso da) le regole del commissariamento.

⁽⁸¹⁾ Il riferimento è alla delibera della Consob del 2 gennaio 2019, n. 20772 relativa alla sospensione temporanea delle negoziazioni nei mercati regolamentari e nei sistemi multilaterali di negoziazione italiani relativamente ai titoli emessi o garantiti da Banca Carige S.p.A.; sospensione poi revocata con successiva delibera del 21 luglio 2021, n. 21960 a seguito della chiusura della procedura di amministrazione straordinaria.

⁽⁸²⁾ Vale, per gli intermediari ammessi al sistema, l'art. 3.3.1(e) del Regolamento dei mercati di Borsa Italiana che, nel distinguere tra provvedimenti di sospensione, per così dire tecnici, a tempo determinato (come accade con la temporanea sospensione delle negoziazioni in prossimità di un'operazione *price sensitive* che riguardi l'emittente) e provvedimenti di sospensione a tempo indeterminato (conseguenti ad una condizione problematica dell'emittente), pone un divieto di negoziazione solo per il secondo caso. La sospensione a tempo determinato, infatti, è finalizzata ad escludere l'attività di negoziazione in presenza di asimmetrie informative che potrebbero favorire condotte di *insider trading*. Il ripristino della parità informativa, conseguente alla pubblicazione di un comunicato dell'emittente, determina la riattivazione delle negoziazioni sul titolo, con una sospensione che ha dunque durata limitata nel tempo (poche ore o al massimo qualche giorno). La sospensione a tempo indeterminato è invece volta ad escludere l'attività di negoziazione su titoli emessi da società che attraversino condizioni pro-

dello *status* di società quotata ⁽⁸³⁾), ma limita, ovviamente, la concreta liquidabilità dell'investimento.

8. Se si analizzano gli effetti della gestione coattiva sull'attività aziendale, scomponendola nel suo ciclo tipico di pianificazione, gestione, controllo e rendicontazione, risulta evidente che il commissariamento incide, modificandone profondamente la fisionomia, su ciascuna delle fasi. Lo si è visto nei precedenti paragrafi in relazione ai profili della gestione e del controllo, ma se ne ha conferma anche per la pianificazione e la rendicontazione non appena si sposti l'attenzione dagli organi ai processi aziendali. In particolare, la disciplina dell'amministrazione straordinaria delle banche offre una visione organica dell'attività di pianificazione che ci si attende dai commissari a partire dal momento in cui prendono in consegna l'azienda ⁽⁸⁴⁾. Ora, l'art. 73 TUB, rubricato per l'appunto "Adempimenti iniziali", stabilisce che, all'atto del loro insediamento, « i commissari acquisiscono una situazione dei conti »; non solo: « quando il bilancio relativo all'esercizio chiuso anteriormente all'inizio dell'amministrazione straordinaria non sia stato approvato, i commissari provvedono al deposito presso l'ufficio del registro delle imprese, in sostituzione del bilancio, di una relazione sulla situazione patrimoniale ed economica, redatta sulla base delle informazioni disponibili ». Sebbene, a differenza di quanto avviene per altre fattispecie di gestione coattiva ⁽⁸⁵⁾, la disciplina non preveda obbligatoriamente, tra i

blematiche, è in genere di lunga durata e trae origine proprio dall'incertezza sulle prospettive, economiche e finanziarie, dell'emittente. Il divieto di negoziazione di titoli sospesi è volto a tutelare l'integrità del mercato solo nell'ipotesi di sospensione a tempo determinato, posto che l'esistenza di asimmetrie informative potrebbe favorire illeciti comportamenti speculativi. Nell'ipotesi di sospensione a tempo indeterminato, non essendovi invece rischi di abuso di informazioni privilegiate, non vi è necessità di impedire la libera attività negoziale degli operatori. Peraltro, in aggiunta al trasferimento tramite gli intermediari aderenti al sistema, è sempre possibile procedere al trasferimento tramite il normale circuito bancario.

⁽⁸³⁾ Cfr. M. NOTARI, *Art. 119*, in *La disciplina delle società quotate nel Testo Unico della finanza D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58. Commentario*, a cura di P. Marchetti - L.A. Bianchi, I, Milano, 1999, 762: « per società con azioni quotate devono intendersi le società nei cui confronti è stato emanato il provvedimento di ammissione alla negoziazione in un mercato regolamentato, ad opera della società di gestione del mercato. La mera sospensione della negoziazione delle azioni non fa venir meno la qualifica di azioni quotate, trattandosi di un provvedimento per sua natura temporaneo. Per contro, tale qualifica viene meno in virtù della revoca della quotazione delle azioni e comporta pertanto la disapplicazione degli articoli da 120 a 165, purché ovviamente abbia ad oggetto tutte le azioni della società emittente ».

⁽⁸⁴⁾ Specificamente, G.C.M. RIVOLTA (nt. 2), segnala l'estensibilità, in via analogica, delle ordinarie regole di organizzazione alle gestioni coattive dell'impresa; e lo fa, in particolare, proprio con riferimento all'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile ex art. 2086, comma 2, c.c.

⁽⁸⁵⁾ Il riferimento è, innanzi tutto, all'art. 11, comma 11-bis, d.l. 61/2013 che affida espressamente al commissario straordinario l'incarico di predisporre il piano industriale dell'Illva, declinandone anche le modalità di finanziamento. Una previsione simile è contenuta an-

compiti affidati ai commissari, la stesura di un piano industriale, traspare comunque dall'art. 75 TUB un chiaro disegno di programmazione: i commissari sono tenuti a predisporre una « spalla patrimoniale » che costituisce, evidentemente, il punto di partenza per la pianificazione della successiva attività gestionale. La sequenza è evidente, peraltro, anche nell'art. 72 TUB, secondo cui « ai commissari spettano i compiti di accertare la situazione aziendale, rimuovere le irregolarità e promuovere le soluzioni utili nell'interesse dei depositanti e della sana e prudente gestione ». Le differenze rispetto all'ordinaria fase di pianificazione aziendale sono avvertibili sotto un duplice profilo, giuridico da un lato e fattuale dall'altro: giuridico perché la pianificazione è vincolata all'obiettivo del risanamento; fattuale perché mancano, nella disciplina delle banche ma, in generale, nelle fattispecie di gestione coattiva ⁽⁸⁶⁾, meccanismi di natura finanziaria che possano favorire il risanamento aziendale nei casi in cui la crisi abbia natura economica (e non solo di malfunzionamento dell'ente), sicché la pianificazione tende frequentemente a dispiegarsi non tanto sul versante della costruzione di un normale piano economico-finanziario dell'azienda commissariata *stand alone*, quanto piuttosto a ridisegnarne il perimetro attraverso operazioni straordinarie di aggregazione o “dimagrimento” ⁽⁸⁷⁾. Peraltro, come del resto av-

che all'art. 1, comma 867, legge 28 dicembre 2015, n. 208 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato, ossia la legge di stabilità per il 2016), che, apprendendo il commissariamento della Ferrovie del Sud Est s.r.l., società interamente posseduta dallo stato, così disponeva: « in considerazione della grave situazione finanziaria concernente la società Ferrovie del Sud Est e servizi automobilistici, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, da adottare entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, è disposto il commissariamento della suddetta società e sono nominati il commissario ed eventuali sub-commissari. Il commissario provvede, entro novanta giorni dal suo insediamento, a predisporre un piano industriale per il risanamento che preveda, tra l'altro, la riduzione dei costi di funzionamento ».

⁽⁸⁶⁾ Con alcune eccezioni che si riscontrano negli stessi testi normativi appena sopra citati: (i) la disposizione di commissariamento delle Ferrovie del Sud Est s.r.l. prevede che « nelle more dell'attuazione del predetto piano di risanamento, al fine di assicurare la continuità operativa della predetta società, è autorizzata la spesa di 70 milioni di euro per l'anno 2016 »; (ii) nel commissariamento dell'Ilva le somme sequestrate agli azionisti della società sono state destinate all'attuazione del piano ambientale della società (cfr. art. 1, comma 11, d.l. 61/2013).i

⁽⁸⁷⁾ Con riferimento specifico all'amministrazione delle banche, S. BONFATTI, *L'amministrazione straordinaria delle banche e dei gruppi bancari*, in NDS, 2004, 115 ss., ha osservato che « è (anche) per tali ragioni — la mancanza di agevolazioni o “incentivi” funzionali a favorire il risanamento dell'impresa bancaria in crisi, con deroghe al diritto comune che ne facilitino il ritorno all'equilibrio economico e finanziario compromesso — che la disciplina dell'Amministrazione Straordinaria bancaria si rivela poco efficace in astratto (ed effettivamente raramente funzionale in concreto) a favorire il ritorno dell'impresa bancaria alla gestione ordinaria (c.d. “risanamento diretto”), pervenendo per lo più, invece, a conseguire soluzioni aggregative, attraverso la cessione dell'azienda o dei diversi rami d'azienda ad altri intermediari finanziari; la fusione con imprese bancarie caratterizzate da maggiore solidità patrimoniale ed efficienza; la effettuazione di operazioni di “cessione di attività e passività” (cc.dd. “risanamento indiretto”) ». L'assenza di una disciplina generale di agevolazione non esclude tuttavia l'intervento

viene nell'ordinario funzionamento societario, anche per gli assetti organizzativi della gestione coattiva c'è piena "libertà di forme", nel senso che non esiste un modello normativamente prefissato cui prestare adesione ⁽⁸⁸⁾. L'organo gestorio, ordinario o coattivo, è dunque chiamato ad interrogarsi, secondo un criterio di proporzionalità e nel rispetto delle proprie specificità, su quale sia l'assetto organizzativo più adeguato tra quelli concretamente possibili, con la conseguenza che le scelte, libere e flessibili *ex ante*, saranno poi semmai sindacabili in termini di responsabilità *ex post* ⁽⁸⁹⁾.

Diverso è invece il quadro delle funzioni di rendicontazione, essendo il bilancio societario incardinato all'interno di una disciplina rigidamente prescrittiva non solo per quanto attiene al suo contenuto ma anche per le modalità di formazione e approvazione. Tuttavia, mentre sotto il profilo strutturale il bilancio d'esercizio resta intangibile per contenuto e criteri di

del legislatore con misure *ad hoc* (nella sostanza, ancorché non necessariamente nella forma) per il rafforzamento patrimoniale di singole banche nel contesto della loro amministrazione straordinaria: cfr. il paragrafo 1.2 della relazione al bilancio al 31 dicembre 2020 della Banca Popolare di Bari, disponibile all'indirizzo https://www.popolarebari.it/content/dam/bpb/PDF/01_BILANCIO%20GESCOM%20BPB%2015_10_2020.pdf. Un intervento mirato si riscontra anche nel percorso di commissariamento di Banca Carige: cfr. <https://www.borsaitalia.it/borsa/notizie/price-sensitive/download/215294.html>. Osserva, inoltre, A. NIGRO (nt. 14), 641, che « i commissari straordinari dispongono per l'assolvimento dei loro compiti anche di strumenti del tutto particolari, introdotti proprio al fine di agevolare lo svolgimento ed il buon esito dell'amministrazione straordinaria. Vale a dire: i) la possibilità di ottenere, *ex art.* 10, co. 5 della l. 483/1993, lo svincolo totale o parziale delle riserve obbligatorie, per far fronte a transitorie carenze di liquidità (strumento, evidentemente, alternativo alla sospensione dei pagamenti *ex art.* 74); ii) la possibilità di giovare di interventi, sotto forma di finanziamenti, concessioni di garanzie, partecipazione ad aumenti di capitale, da parte dei sistemi di garanzia dei depositanti ».

⁽⁸⁸⁾ Vedi, sul tema degli assetti organizzativi e, in particolare, sul rilievo dei piani industriali ai fini dell'obbligo di agire informato, P. MONTALENTI, *La corporate governance nella società per azioni: profili generali*, in *Trattato delle Società*, diretto da V. Donativi, II, Vicenza, 2022, 1196.

⁽⁸⁹⁾ Come osserva G. BIANCHI, *Le procedure aziendali*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, a cura di M. Irrera, Bologna 216, 181, relativamente agli amministratori, ma lo stesso vale per chi li sostituisce, « il dovere degli amministratori di prevedere lo sviluppo della gestione e di fissare la strategia per il raggiungimento degli obiettivi aziendali è connaturato ai compiti ad essi affidati dai soci. Tale dovere è stato espressamente previsto dal legislatore dal 3° co. dell'art. 2381 c.c. il quale dispone che l'amministratore « quando elaborati, esamina i piani strategici, industriali e finanziari della società; valuta, sulla base della relazione degli organi delegati il generale andamento della gestione ». Generalmente gli amministratori non provvedono alla stesura dei relativi piani, di cui delegheranno la formulazione, ma si devono riservare di dettare i principi ai quali dovranno corrispondere e il compito della loro verifica. L'inciso, espresso dalla norma « quando elaborati », non sta ad indicare una condizione meramente potestativa: se le condizioni della società lo esigono (per dimensione, importanza, condizioni) dovranno essere obbligatoriamente predisposti. La formazione del documento programmatico si accompagna al dovere del diligente controllo che il piano sia formulato secondo le regole tecniche che ne garantiscono l'affidabilità e che gli andamenti effettivi, sia dei ricavi, che dei costi che dei risultati operativi progressivi, coincidano con le previsioni effettuate ».

redazione quale che sia la gestione coattiva nel corso della quale debba essere predisposto, gli effetti del commissariamento si riverberano, invece, sugli aspetti procedurali. Sotto questo profilo, le gestioni coattive non offrono una panoramica unitaria, poiché in alcuni casi la materia è espressamente disciplinata (talora anche in deroga rispetto alle norme generali), mentre in altri casi il silenzio normativo ingenera dubbi sulla ripartizione delle competenze all'interno di un assetto di amministrazione e controllo che si distacca inevitabilmente, sia pur con diversa intensità in funzione delle differenti fattispecie di commissariamento, da quello ordinario su cui l'*iter* di preparazione e approvazione del bilancio è modellato.

Peraltro, l'unica disciplina che declina un sistema organico è, ancora una volta, quella dettata per l'amministrazione straordinaria di banche, assicurazioni ed intermediari finanziari; e ciò sia in relazione, come si è appena visto, ai profili contabili di apertura della procedura sia, soprattutto, con riferimento alla rendicontazione della gestione svolta dalla procedura. L'art. 75, comma 2, TUB prevede, infatti, una articolata procedura (ripresa fedelmente dalla disciplina delle assicurazioni e degli intermediari finanziari) che si sostituisce integralmente al ciclo ordinario di formazione del bilancio. Il normale percorso viene derogato sia nel postulato dell'annualità del bilancio di esercizio (prevedendo che « la chiusura dell'esercizio in corso all'inizio dell'amministrazione straordinaria è protratta a ogni effetto di legge fino al termine della procedura ») ⁽⁹⁰⁾ sia nel meccanismo assembleare di approvazione, perché se, in una sostanziale mimesi delle ordinarie competenze organiche, la redazione del bilancio è affidata ai commissari, con il concorso del comitato di sorveglianza ⁽⁹¹⁾, la sua approvazione è riservata invece alla Banca d'Italia, senza alcun intervento dei soci (« i commissari redigono il bilancio che viene presentato per l'approvazione alla Banca d'Italia entro quattro mesi dalla chiusura dell'amministrazione straordinaria e pubblicato nei modi di legge »).

Differente è la soluzione apprestata dal legislatore per l'ipotesi del commissariamento ambientale ai sensi del d.l. 61/2013, che attribuisce al commissario il potere di redigere e approvare il bilancio di esercizio e, se ri-

⁽⁹⁰⁾ Sono state proposte più possibili spiegazioni delle ragioni della deroga al principio dell'annualità di esercizio, ma l'unica che appare realmente convincente è quella offerta, tra gli altri, da S. BONFATTI (nt. 46), 883, che osserva come la norma sia conseguenza della « preoccupazione — giustificata dalle esperienze del passato! — che la chiusura regolare dell'esercizio nel quale viene disposto lo scioglimento degli organi di amministrazione e controllo dell'intermediario avvenga quando ancora i Commissari non hanno effettuate (ovvero ultimate) tutte le rettifiche necessarie ad un esame più accurato dei conti. Ciò potrebbe condurre a rilevare un utile di esercizio — come tale soggetto ad imposizione fiscale — destinato a rivelarsi poi inesistente, con conseguente, ingiustificato aggravio del costo economico dell'intermediario (e difficoltà supplementari alla sua ripresa) ». Non a caso la norma prevede che « l'esercizio cui si riferisce il bilancio redatto dai commissari costituisce un unico periodo d'imposta ».

⁽⁹¹⁾ Sebbene la legge non lo precisi, la circostanza è pacifica: cfr. A. NIGRO (nt. 14), 661.

chiesto, il bilancio consolidato. La disposizione è tuttavia lacunosa perché non chiarisce in quali termini temporali il commissario sia tenuto ad approvare il bilancio né quale sia il ruolo del collegio sindacale nell'*iter* di approvazione; nel silenzio normativo, mi sembrerebbe ragionevole risolvere entrambe le questioni sulla scorta delle ordinarie previsioni del codice civile in quanto non espressamente derogate, ponendo dunque un termine finale di approvazione non oltre quattro mesi dalla fine dell'esercizio (ovvero, ricorrendone i presupposti, entro il termine semestrale *ex art. 2364*, comma 2, c.c.) e riconoscendo ai sindaci lo *spatium deliberandi* di trenta giorni, per loro osservazioni, prima della formale approvazione da parte del commissario (*ex art. 2429*, comma 1, c.c.). Non mi sembra sollevino particolari problemi neppure le ipotesi di gestione commissariale delle cooperative *ex art. 2545-sexiesdecies* c.c., di amministrazione temporanea *ex art. 2* d.l. 187/2022 (società titolari di impianti strategici nel settore degli idrocarburi) e di commissariamento della Sogin *ex art. 34* d.l. 73/2022, tutte accomunate dallo scioglimento degli organi amministrativi e di controllo, con sopravvivenza, però, dell'assemblea. Si tratterà dunque unicamente di riportare in capo alla funzione commissariale l'obbligo di redazione del progetto di bilancio da sottoporre poi all'approvazione assembleare nei termini ordinari, pur senza il filtro di verifica del collegio sindacale.

Più problematica è invece la sorte del bilancio d'esercizio nelle due procedure di commissariamento di impronta penalistica (*ex artt. 15* d.lgs. 231/2001 e *32* d.l. 90/2014) in ragione della possibile coesistenza, in entrambe le fattispecie, degli ordinari organi di amministrazione e controllo a fianco del commissario giudiziale (nella prima) e dell'amministratore (o degli amministratori) di nomina prefettizia (nella seconda). Come si è già più volte ricordato, infatti, sia l'una sia l'altra ipotesi di gestione coattiva sono a perimetro variabile, nel senso che, laddove possibile, debbono essere limitate allo specifico segmento aziendale interessato dalle problematiche penali, senza che ciò, tuttavia, escluda, ricorrendone i presupposti, la possibile estensione del commissariamento all'intero ente societario (circostanza che, in effetti, si è concretamente verificata in più occasioni). Ora, nel caso in cui la gestione coattiva (*ex artt. 15* d.lgs. 231/2001 o *32* d.l. 90/2014) sia limitata ad un ramo aziendale, non avrei dubbi sul fatto che la redazione del bilancio di esercizio rimanga prerogativa di esclusiva competenza del consiglio di amministrazione; in questo caso, infatti, l'organo amministrativo non viene sciolto né entra in quiescenza, ma rimane in carica a tutti gli effetti, mantenendo i propri poteri e le proprie funzioni, salvo per quanto attiene alla gestione del ramo commissariato ⁽⁹²⁾. Si assiste, dunque, ad una "convivenza" tra l'organo amministrativo di nomina sociale e gli amministratori

⁽⁹²⁾ Cfr., relativamente alla convivenza del commissario giudiziale e degli amministratori di nomina prefettizia con l'ordinario organo amministrativo, rispettivamente, le precedenti nt. 9 e 23.

di designazione pubblica, con una ripartizione di compiti e poteri che opera per sottrazione, nel senso che gli amministratori nominati dai soci conservano tutti i compiti ed i poteri loro attribuiti per legge e per statuto, ad eccezione del compito di gestire l'attività commissariata e dei poteri che ne conseguono. E proprio perché al commissario sono attribuiti compiti che non riguardano l'ente nel suo insieme ma solo una sua porzione, le funzioni di carattere generale — *in primis*, la redazione del bilancio — non possono che rimanere in capo agli amministratori di nomina sociale, senza che assuma rilievo, ai fini dell'attribuzione del potere/dovere di redigere il bilancio, l'eventuale prevalenza, in termini reddituali o patrimoniali, del perimetro commissariato rispetto a quello libero o viceversa. Certo la soluzione ha l'inconveniente di imporre agli amministratori di nomina sociale l'obbligo di rendicontare una gestione parzialmente altrui, assumendosene le connesse responsabilità, ma, quanto meno nel caso della gestione *ex art.* 15 del d.lgs. 231/2001, soccorre, a parziale mitigazione, la presenza della relazione trimestrale che il commissario deve predisporre ai sensi dell'art. 79 della legge stessa. E infatti opinione condivisa che la relazione abbia (anche) un contenuto propriamente contabile ed economico ⁽⁹³⁾, sicché, relativamente al perimetro commissariato, il progetto di bilancio potrà legittimamente fondarsi su quanto esposto nella relazione e recepirne i dati. Naturalmente, la struttura ed i presupposti del bilancio nel suo insieme rimarranno di piena responsabilità degli amministratori di nomina sociale; e così, ad esempio, la valutazione del requisito della continuità aziendale sarà di loro esclusiva competenza anche quando gli eventuali aspetti critici discendano dall'andamento del segmento aziendale commissariato.

Quid, tuttavia, nel caso in cui il commissariamento si estenda all'intero perimetro aziendale?

Né l'art. 15 d.lgs. 231/2001 né l'art. 32 d.l. 90/2014, infatti, chiariscono se, in questo caso, l'organo amministrativo di nomina sociale mantenga residue (ancorché limitate) funzioni o se, invece, entri in uno stato di completa quiescenza ⁽⁹⁴⁾. Non a caso, due recenti decisioni giudiziali (in sede di applicazione dell'art. 32 d.l. 90/2014) sono giunte a conclusioni di segno opposto: il Tribunale di Agrigento ⁽⁹⁵⁾ ritenendo che sussista un am-

⁽⁹³⁾ Cfr. G.M. SOLDI, *Art. 79*, in *Il 231 nella dottrina e nella giurisprudenza a vent'anni dalla sua promulgazione*, diretto da M. Levis - A. Perini, Bologna, 2021, 1694.

⁽⁹⁴⁾ Osserva F. MUCCIARELLI, *Le sanzioni interdittive temporanee nel D.lgs. n. 231/2001*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini - C.E. Paliero, Milano, 2006, 204, che « non sembra in alcun modo ipotizzabile che la nomina del commissario importi la decadenza o la sospensione degli organi amministrativi della persona giuridica. Una simile conseguenza — destinata a incidere in maniera relevantissima sull'autonomia societaria e sulle libere determinazioni dei soci — non può certo ricavarsi in via interpretativa in assenza di qualunque pur labile appoggio testuale o sistematico. In altri termini sembra doveroso concludere che sul piano formale l'assetto della governance dell'ente rimane invariato (...) ».

⁽⁹⁵⁾ Cfr. Trib. Agrigento, Sez. fall., 11 giugno 2019, sentenza commentata da A. PALAZZOLO (nt. 23), che, in adesione alla linea interpretativa seguita dal Tribunale di Agrigento, ritiene

bito di residue competenze di ordine generale in capo all'organo amministrativo di nomina sociale (pur senza menzionare espressamente tra queste la redazione del bilancio); il Tribunale di Venezia ⁽⁹⁶⁾, al contrario, ritenendo che competa esclusivamente all'amministratore di nomina prefettizia il potere non solo di redigere il bilancio, ma anche di approvarlo senza che l'assemblea dei soci abbia voce in capitolo ⁽⁹⁷⁾. Ora, sebbene logica vorrebbe che ad essere responsabile della rendicontazione debba sempre essere lo stesso organo che ha curato la gestione, mi sembra difficile giungere ad una conclusione unitaria per le due fattispecie di commissariamento penalistico, in ragione della diversa articolazione, non solo letterale, dell'art. 15 d.lgs. 231/2001 rispetto all'art. 32 d.l. 90/2014. Mentre, infatti, nel sistema dell'art. 15 d.lgs. 231/2001 i compiti del commissario sono indicati dal giudice, l'art. 32, comma 3, d.l. 90/2014 prevede, invece, l'attribuzione *ex lege* agli amministratori prefettizi di « tutti i poteri e le funzioni degli organi amministrativi dell'impresa ». Nel caso di quest'ultimi, dunque, quando la misura riguardi l'intero perimetro aziendale, riesce difficile immaginare una residua competenza degli amministratori di nomina sociale in relazione al progetto di bilancio. L'interpretazione "funzionale" ⁽⁹⁸⁾ dell'art. 32, comma 3, d.l.

permangano in capo agli amministratori di nomina sociale tutti i compiti « che non postulano l'impiego dell'azienda, intesa quale complesso di beni, quali determinati adempimenti di legge propri degli amministratori, tra cui ad esempio, la convocazione dell'assemblea, la predisposizione del progetto di bilancio, l'assunzione di provvedimenti sul capitale, la cui deliberazione presupporrebbe l'intervento dell'assemblea, i cui poteri non possono ritenersi anch'essi tout court sospesi ».

⁽⁹⁶⁾ Cfr. sentenza del Trib. Venezia, Sez. Imprese, n. 192/2020 rinvenibile all'indirizzo <https://www.osservatoriodirittoimpresa.it/news/visual.php?num=93513>: « (...) ove si verifichi che il bilancio di esercizio approvato dagli amministratori straordinari è oggetto di iscrizione presso il Registro delle Imprese, senza preventiva delibera assembleare, attenga al rendiconto dell'attività gestoria inerente all'esecuzione della concessione, dovrà reputarsi che la determinazione degli amministratori straordinari sia legittima, non residuando spazi per competenze gestorie o assembleari diverse ». Analoga conclusione, relativamente alla competenza a redigere il progetto di bilancio in caso di commissariamento *ex art.* 15 d.lgs. 231/2001, è accolta da G. CHIAMETTI, *Il Commissario Giudiziale. Suo ruolo e sue competenze*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*. Rivista 231, 2009, 220.

⁽⁹⁷⁾ Questo perché, come si è già ricordato in precedenza, l'art. 32 d.l. 90/2014, a differenza dell'art. 15 d.lgs. 231/2001, sterilizza le funzioni assembleari (« nel caso di impresa costituita in forma societaria, i poteri dell'assemblea sono sospesi per l'intera durata della misura »), anche se, tenuto conto che la gestione coattiva *ex art.* 32 d.l. 90/2014 è sempre espressamente limitata al contratto interessato dalle vicende penalistiche, ha ampio seguito l'interpretazione secondo cui devono in realtà ritenersi sospese unicamente le funzioni assembleari suscettibili di incidere sulla gestione commissariale (così, ad esempio, M. IRRERA (nt. 22), 1039 e A. PALAZZOLO (nt. 23), *passim*).

⁽⁹⁸⁾ Come rilevato, tra gli altri, da A. SALERNO, *Le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio introdotte con l'art. 32 del d.l. n. 90 del 24 giugno 2014*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, 2015, 61, tutto quanto è estraneo all'ambito soggettivo di gestione dell'area commissariata deve ritenersi di competenza esclusiva degli organi societari. In altri

90/2014 — secondo cui i poteri effettivamente attribuiti al commissario sono soltanto quelli necessari per l'esecuzione del contratto oggetto del commissariamento — non è in discussione. Tuttavia, nel momento in cui l'intero spettro di attività dell'ente è oggetto di commissariamento, l'interpretazione funzionale della norma, ovviamente volta ad evitare che una misura di carattere straordinario abbia un effetto espansivo suscettibile di interferire con il perimetro aziendale estraneo alla gestione coattiva, non ha più ragion d'essere, non essendovi, in questo caso, residue attività affidate alla gestione del normale organo amministrativo, sicché, anche sul piano sistematico, risulta preferibile concentrare in capo alla funzione commissariale il compito gestorio e di rendicontazione.

Nel caso dell'art. 15 d.lgs. 231/2001, invece, anche laddove la gestione coattiva sia estesa all'intero compendio aziendale, è impossibile attribuire automaticamente al commissario giudiziale il potere di redazione del progetto di bilancio, posto che i suoi compiti non coincidono con tutti quelli già propri degli amministratori, ma sono definiti e delimitati dal giudice nel provvedimento di nomina. Per quanto, dunque, possa ritenersi logico che a chi abbia amministrato spetti anche l'onere della rendicontazione della propria gestione, sarà in realtà il concreto provvedimento del giudice a stabilire se questo sia effettivamente il percorso; nel silenzio, dovrà invece ritenersi che competa agli amministratori di nomina sociale, quiescenti nel ruolo gestorio ma non spogliati dei compiti amministrativi generali che il giudice non abbia ritenuto di attribuire espressamente al commissario giudiziale, il dovere di predisporre il progetto del bilancio di esercizio, ancorché ciò equivalga a far loro svolgere un ruolo di rendicontazione di una gestione altrui.

9. È opinione diffusa che la diligenza imposta a chi rivesta funzioni commissariali non si discosti dal parametro generale dettato, in materia societaria, dall'art. 2392 c.c., secondo cui « gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge (...) con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico (...) »⁽⁹⁹⁾. Del resto, questa stessa formula è espressamente utilizzata dall'art. 94 disp. att. c.c. ⁽¹⁰⁰⁾, norma che si applica sia agli amministratori giudiziari nominati ai sensi dell'art. 2409 c.c. sia all'organo

termini, i poteri attribuiti al commissario non sono tutti quelli astrattamente propri dell'organo amministrativo, come la lettera del terzo comma, se estrapolata dal contesto complessivo della norma, sembrerebbe indicare, laddove prevede che « per tutta la durata della straordinaria e temporanea gestione dell'impresa sono attribuiti agli amministratori tutti i poteri e le funzioni degli organi amministrativi dell'impresa ». Infatti, come risulta chiaro coordinando il primo e il terzo comma della norma, all'amministratore di nomina prefettizia sono attribuiti soltanto i poteri funzionali all'esecuzione del contratto di appalto oggetto del procedimento penale.

⁽⁹⁹⁾ Cfr. diffusamente sul punto G.C.M. RIVOLTA (nt. 2), 57.

⁽¹⁰⁰⁾ Secondo cui « l'amministratore giudiziario deve adempiere ai doveri del proprio ufficio con la diligenza richiesta dalla natura del proprio ufficio (...) ».

commissariale di cooperative *ex art. 2545-sexiesdecies c.c.* ⁽¹⁰¹⁾. Tuttavia, all'adozione di un parametro di diligenza uniforme, esportabile per analogia anche laddove la norma non lo richiami espressamente, non corrisponde una eguale uniformità del regime di responsabilità dell'organo commissariale nelle varie procedure di gestione coattiva previste dall'ordinamento. In più di una fattispecie, infatti, la disciplina della responsabilità degli amministratori straordinari tende a distaccarsi dalle regole generali applicabili agli amministratori di nomina sociale, tuttavia senza che risulti possibile enunciarne un modello comune. In effetti, ciò che accomuna le singole ipotesi di deroga al regime ordinario è piuttosto una identica finalità di attenuazione della responsabilità dell'organo commissariale, mentre le modalità tecniche con cui l'obiettivo viene perseguito non sono uniformi. C'è, nel legislatore, evidente consapevolezza del fatto che le particolari criticità insite nella gestione di un ente malfunzionante giustificano una maggior tolleranza dell'errore umano rispetto a quanto avviene nell'ordinarietà, sulla scorta, del resto, di quanto l'ordinamento prevede per il prestatore d'opera intellettuale che, quando è chiamato a risolvere problemi tecnici di speciale difficoltà, risponde solo nei casi di dolo o colpa grave ⁽¹⁰²⁾. A ciò si aggiunge, probabilmente, il timore che nelle situazioni davvero problematiche, se così non fosse, il bacino di persone, qualificate, disponibili a rivestire la carica potrebbe ridursi considerevolmente, incidendo, di conseguenza, sul funzionamento di un meccanismo di selezione in cui l'elemento fiduciario riveste un ruolo centrale; per tacere poi del rischio che un regime di responsabilità troppo severo possa indurre i responsabili della gestione a privilegiare scelte connotate da un eccesso di prudenza o persino immobilismo, certo utili a proteggersi da conseguenze patrimoniali sul piano personale ma non necessariamente funzionali agli obiettivi di risanamento della procedura, come ben sa chiunque sia stato chiamato ad occuparsi di situazioni di crisi societaria o abbia potuto anche solo osservarne le dinamiche. Ed è sulla base di questi principi che (a) nell'amministrazione straordinaria delle banche e degli intermediari finanziari ⁽¹⁰³⁾, la responsabilità dei commissari e dei membri del comitato di sorveglianza, per gli atti compiuti nell'espletamento del loro incarico, è limitata ai soli casi del dolo e della colpa grave. Inoltre, azioni civili nei loro confronti sono possibili solo laddove la Banca d'Italia le autorizzi preventivamente ⁽¹⁰⁴⁾ e (b) nel commissariamento ambientale *ex*

⁽¹⁰¹⁾ Per effetto del richiamo disposto dall'art. 106, comma 1, disp. att. c.c.

⁽¹⁰²⁾ Cfr. art. 2236 c.c.

⁽¹⁰³⁾ Mentre non beneficiano di analoga limitazione di responsabilità gli organi dell'amministrazione straordinaria delle assicurazioni.

⁽¹⁰⁴⁾ Cfr., rispettivamente, art. 72, comma 9, TUB per le banche e art. 56, comma 3, TUF per gli intermediari finanziari. Occorre segnalare che si è dubitato della legittimità costituzionale della norma nella parte in cui subordina la possibilità di promuovere azioni civili nei confronti degli organi della procedura e la questione ha in effetti formato oggetto di remissione alla

d.l. 61/2013 e nell'amministrazione straordinaria prefettizia *ex art. 32 d.l. 90/2014* ⁽¹⁰⁵⁾, come si è già osservato in precedenza, il commissario non risponde delle eventuali diseconomie dei risultati della sua gestione, salvo si accerti che ha agito con dolo o colpa grave.

Si tratta, ovviamente, di limitazioni di responsabilità proprie della speciale disciplina in cui sono inserite e insuscettibili di applicazione analogica. L'impossibilità di estenderne l'applicazione per analogia discende peraltro non solo dalla loro eccezionalità, ma anche e soprattutto dalla constatazione che « l'applicazione analogica presuppone necessariamente la carenza di una norma nella indispensabile disciplina di una materia o di un caso, [sicché] non semplicemente perché una disposizione normativa non preveda una certa disciplina, in altre invece contemplata, [si concretizza] una lacuna normativa, da colmare facendo ricorso all'analogia ai sensi dell'art. 12 preleggi. Ciò tanto più quando si tratti di estendere l'applicazione di una disposizione specifica oltre l'ambito di applicazione delineato dal legislatore, ovvero di applicarla analogicamente a vicenda concreta da questi non contemplata ed in presenza di diversi presupposti integrativi della fattispecie » ⁽¹⁰⁶⁾. Ebbene, per quanto attiene agli organi commissariali rispetto ai quali la relativa disciplina nulla disponga in tema di responsabilità, certo non può dirsi che sussista una lacuna normativa da colmare per analogia; i responsabili della gestione coattiva, infatti, svolgono un ruolo surrogatorio dell'ordinario organo amministrativo, sostituendosi agli amministratori di nomina sociale nell'esercizio della loro funzione pubblicistica, sicché, in assenza di diversa specifica previsione normativa, il regime della loro responsabilità (anche relativamente alle azioni sociali esperibili nei loro confronti) resta quello proprio degli amministratori, non già in forza di una applicazione analogica degli artt. 2392 ss. c.c., ma in virtù di una interpretazione estensiva delle disposizioni che, regolando la responsabilità degli amministratori, sono per l'appunto estese anche a chi li sostituisca.

Corte Costituzionale, che tuttavia l'ha respinta, ancorché per ragioni procedurali, senza entrare nel merito; cfr. Corte Cost., 6 luglio-21 ottobre 2021, n. 248, in *Giur. comm.*, 2022, 1275 ss., con nota di F. DIMICHINA che ricostruisce il dibattito sulla costituzionalità della norma. Per il provvedimento di remissione del TAR del Lazio del 10 febbraio 2020, n. 1170 che ha dato origine al giudizio avanti la Corte Costituzionale, vedi A. NIGRO, *L'amministrazione straordinaria bancaria e il problema delle tutele: esiste finalmente "un giudice a Berlino"?*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2021, 131 ss.

⁽¹⁰⁵⁾ La formulazione utilizzata nelle due norme non è esattamente coincidente perché nell'art. 1, comma 10, d.l. 61/2013 la limitazione di responsabilità è qualificata con un richiamo all'art. 2236 (« il commissario non risponde delle eventuali diseconomie dei risultati ai sensi dell'articolo 2236 del codice civile (...) ») che non è invece presente nella (per il resto identica) previsione dell'art. 32, comma 4, d.l. 90/2014.

⁽¹⁰⁶⁾ Cfr. Cass., Sez. Un., 6 dicembre 2021, n. 38596, direttamente reperibile sul sito della Corte all'indirizzo https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/RASSEGNA_MENSILE_DICEMBRE_2021.pdf.

C'è da chiedersi, semmai, se non si possa giungere a circoscrivere la responsabilità degli organi commissariali per altra via. Si è ampiamente discusso, infatti, soprattutto a seguito della riforma del diritto societario del 2003, della possibilità di applicare anche agli amministratori sociali il disposto dell'art. 2236 c.c., che, come è noto, limita ai casi del dolo e della colpa grave la responsabilità del prestatore d'opera che sia chiamato a risolvere problemi tecnici di speciale difficoltà. Senza voler ripercorrere in questa sede le ragioni del dibattito, è sufficiente ricordare che il novellato art. 2392 c.c., avendo espressamente adottato come parametro della diligenza quella connessa alla natura dell'incarico, potrebbe giustificare la possibilità ⁽¹⁰⁷⁾, anche per gli amministratori, di invocare la limitazione di responsabilità accordata al prestatore di opera intellettuale che debba affrontare, nello svolgimento del suo incarico, problemi tecnici di speciale difficoltà. E sebbene, per quanto riguarda gli amministratori, la questione resti controversa, frammenti della disciplina delle gestioni coattive parrebbero invece militare a favore dell'estensione del beneficio dell'art. 2236 c.c. ai componenti degli organi. Da un lato, infatti, l'art. 94 disp. att. c.c. prevede che, quando l'amministratore giudiziario nominato ex art. 2409 c.c. o il commissario di cooperative ex art. 2545-sexiesdecies c.c. rendono il conto della loro gestione,

(107) Evocano questa possibilità, tra gli altri, L. PANZANI, *L'azione di responsabilità ed il coinvolgimento del gruppo di imprese dopo la riforma*, in *Società*, 2002, 1447; M. SPIOTTA, *Art. 2392*, in *Il Nuovo Diritto Societario*, diretto a G. Cottino - G. Bonfante - O. Cagnasso - P. Montalenti, Bologna, 2004, 765; U. DE CRESCIENZO, *La responsabilità*, in *Le nuove s.p.a.*, diretto da O. Cagnasso - L. Panzani, Bologna, 2010, che sottolinea come, alla luce del rapporto di integrazione per complementarietà che sussiste tra gli artt. 1176 e 2236 c.c., sia ben possibile estendere l'applicazione dell'art. 2236 c.c. anche agli amministratori di società di capitali; solo dubitativa, invece, la posizione di F. VASSALLI, in *Società di Capitali*, a cura di G. Niccolini - A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, 681 ed ivi in nota 24, ove osserva che comunque la limitazione di responsabilità ex art. 2236 c.c. potrebbe applicarsi solo all'imperizia e non anche alla imprudenza o alla negligenza). Favorevole, già ante riforma, R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974, 155. *Contra post* riforma del 2003, tra gli altri, A. DE NICOLA, *Art. 2392*, in *Amministratori*, a cura di F. Ghezzi, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti - L. A. Bianchi - F. Ghezzi - M. Notari, Milano, 2005, 556; G. CABRAS, *La responsabilità per l'amministrazione delle società di capitali*, Torino, 2002, 32; nonché, L. RENNA, *Responsabilità degli amministratori di società di capitali*, Bologna, 2021, 92, in particolare, laddove osserva che la giurisprudenza (Cass., ord. 9 gennaio 2019, n. 285) « ancora di recente, ha stabilito che il rapporto che lega l'amministratore alla società non può essere equiparato a quello derivante dal contratto d'opera, intellettuale o non intellettuale ». Sempre di segno contrario, ma ante riforma, l'opinione espressa da M. DELLACASA, *Dalla diligenza alla perizia come parametri per sindacare l'attività di gestione degli amministratori*, in *Contr. e impr.*, 1999, I, 229 secondo cui « l'amministratore non può essere assimilato ad un prestatore d'opera intellettuale, in quanto la gestione di una società non si esaurisce nell'applicazione di precise competenze, ma comprende l'organizzazione dei diversi fattori della produzione, fra cui in primis occorre annoverare il lavoro di terzi ». Infine, sulla possibile applicazione dell'art. 2236 c.c. ai sindaci, cfr. P. BOSTICCO, *La responsabilità degli organi di controllo nelle società di capitali*, Milano, 2009, 55 e F. IOZZO, *Note minime in tema di responsabilità dei sindaci*, in *Giur. it.*, 2005, 1645.

non sono ammesse contestazioni sui criteri tecnici con cui hanno esercitato i poteri loro conferiti ⁽¹⁰⁸⁾, segnalando, in modo inequivoco, come l'attività del commissario — ma l'osservazione può essere estesa anche agli amministratori di nomina sociale — implichi scelte di carattere (anche) tecnico ⁽¹⁰⁹⁾ esattamente nel solco di quanto è contemplato nell'art. 2236 c.c.. Dall'altro lato, come si è appena ricordato, è lo stesso legislatore, nel commissariamento ambientale *ex* d.l. 61/2013, a fondare proprio sull'art. 2236 c.c. l'esclusione di responsabilità del commissario per le diseconomie di gestione che non discendano dal suo dolo o colpa grave: « il commissario non risponde delle eventuali diseconomie dei risultati ai sensi dell'articolo 2236 del codice civile, tranne che abbia agito con dolo o colpa grave » ⁽¹¹⁰⁾.

10. Tutte le fattispecie di gestione coattiva prese in considerazione in quest'articolo sono accomunate dalla perdurante titolarità dell'impresa in capo all'ente societario commissariato. Sebbene solo in pochi casi la normativa si premuri di precisarlo o fornisca indicazioni univoche al riguardo ⁽¹¹¹⁾, si tratta di una conclusione di cui è difficile dubitare ⁽¹¹²⁾, posto che il commissariamento produce effetti unicamente sul piano endosocietario, determinando una sostituzione nel governo dell'impresa, non mutandone in alcun modo la titolarità, ma — come si è visto nel precedente paragrafo 6 — modificando temporaneamente l'assetto organizzativo e di funzionamento dell'ente, senza incidere nei rapporti con i terzi. Gli effetti della gestione commissariale sono dunque imputati alla società esattamente come avverrebbe se l'amministrazione fosse rimasta in capo agli amministratori sociali. All'imputazione del risultato si associa, ovviamente, la responsabilità dell'ente societario per le obbligazioni sorte nel corso della gestione commissariale in conformità con il principio generale del nostro ordinamento, dettato dall'art. 2740 c.c., secondo cui, da un lato, « il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e

⁽¹⁰⁸⁾ Norma che peraltro G.C.M. RIVOLTA (nt. 2), 58, ritiene estensibile a tutte le ipotesi di gestione coattiva.

⁽¹⁰⁹⁾ Come nota R. WEIGMANN (nt. 107), « è indubbio che le più importanti scelte imprenditoriali appaiono particolarmente difficili e comportano l'uso di energia, lungimiranza, esperienza e capacità di attuazione non comuni. Lo stesso impiego delle tecniche più raffinate di previsione e di calcolo per meglio razionalizzare le decisioni richiede un'ardua specializzazione, che certamente non è più facile da conseguire di quanto è indispensabile per diventare un buon medico o un abile avvocato ».

⁽¹¹⁰⁾ Cfr. art. 1, comma 10, d.l. 61/2013.

⁽¹¹¹⁾ Come ad esempio l'art. 1, comma 4, d.l. 187/2022, ove si precisa che « i costi della gestione temporanea restano a carico dell'impresa »; oppure l'art. 32, comma 7, d.l. 90/2014, secondo cui « nel periodo di applicazione della misura di straordinaria e temporanea gestione (...) i pagamenti all'impresa sono corrisposti al netto del compenso riconosciuto agli amministratori [straordinari] e l'utile d'impresa derivante dalla conclusione dei contratti di appalto [oggetto della misura] (...) è accantonato in un apposito fondo (...) ».

⁽¹¹²⁾ Cfr. G.C.M. RIVOLTA (nt. 2), 28 ss.

futuri »; e dall'altro lato, « le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge ». Ne consegue che l'utile o la perdita che maturano durante il commissariamento incidono, con effetto diretto e immediato, sul patrimonio sociale, incrementandolo o riducendolo in misura corrispondente. Il principio della diretta incidenza delle perdite non conosce peraltro eccezioni, non essendoci disposizioni di legge che prevedano una separazione patrimoniale che faccia da spartiacque tra la gestione ordinaria e quella commissariale.

La sorte dell'(eventuale) utile della gestione coattiva non è invece uniforme: nelle fattispecie di impronta penalistica, la normativa, coerentemente con le finalità sanzionatorie che la ispirano, prevede, infatti, la confisca del profitto derivante dalla prosecuzione dell'attività (come avviene nel caso del commissariamento *ex art.* 15 d.lgs. 231/2001 o della gestione straordinaria *ex art.* 32 d.l. 90/2014); in altri casi, invece, la legge, pur non incidendo sulla titolarità del profitto, che rimane dell'ente societario commissariato, gli imprime una destinazione specifica (come accade, ad esempio, nel commissariamento ambientale *ex art.* 1, comma 12, d.l. 61/2013, con la previsione per cui i proventi dell'impresa commissariata restano nella disponibilità del commissario nella misura necessaria al raggiungimento degli obiettivi della procedura). Non attengono, infine, all'incidenza sul patrimonio sociale, ma solo alla relazione tra la società ed i suoi soci, le disposizioni, comuni a più ipotesi di commissariamento, secondo cui gli eventuali utili maturati durante la gestione coattiva non possono essere distribuiti sino al termine della procedura ⁽¹¹³⁾. Tuttavia, anche nei casi in cui la disciplina del commissariamento disponga l'accantonamento e l'eventuale confisca dell'utile, il principio dell'imputazione del risultato alla società commissariata resta impregiudicato; la formazione dell'utile della gestione e la sua confisca costituiscono, infatti, due momenti distinti sia sul piano logico sia sul piano cronologico. Perché possa esserci un utile da confiscare occorre, innanzi tutto, che la gestione esprima, *ante* confisca, un risultato in utile nel contesto dell'ordinaria rendicontazione contabile (sia pure effettuata o sorvegliata dall'organo commissariale); una volta che ne sia stata accertata e contabilizzata l'esistenza, l'utile è sottratto alla disponibilità dell'ente che lo ha generato, ma la confisca incide, ovviamente, non sull'utile, che in quanto tale rappresenta soltanto un'astrazione contabile, bensì su di una somma di denaro di pari ammontare, nella disponibilità della società, che costituisce l'oggetto materiale della confisca. Naturalmente, anche la confisca verrà rilevata contabilmente nel bilancio della società commissariata, ma i due passaggi (rilevazione dell'utile *ante* confisca e contabilizzazione del "costo" rappresen-

⁽¹¹³⁾ Come, ad esempio, accade per l'amministrazione straordinaria delle banche (art. 73 TUB), degli intermediari finanziari (art. 56, comma 3, TUF) e delle assicurazioni (art. 235 Codice delle Assicurazioni) o nell'amministrazione temporanea delle imprese strategiche nel settore della raffinazione (art. 1, comma 4, d.l. 187/2022).

tato dalla confisca di un corrispondente importo in denaro) rappresentano, per l'appunto, due momenti distinti a tutti gli effetti. Né conduce a diverse conclusioni la possibilità, suggerita dall'Anac in relazione al commissariamento *ex art.* 32 d.l. 90/2014 ⁽¹¹⁴⁾, di ricorrere allo strumento del patrimonio destinato *ex artt.* 2447-*bis* ss. c.c. per isolare il ramo commissariato rispetto al restante patrimonio aziendale. Quand'anche fosse questa la strada prescelta ⁽¹¹⁵⁾, non si tratterebbe comunque di un adempimento imposto dalla legge, ma del frutto di una autonoma e discrezionale decisione degli amministratori di nomina prefettizia ⁽¹¹⁶⁾. L'unico obbligo, infatti, che la legge impone agli amministratori di nomina prefettizia è quello di accantonare l'utile d'impresa derivante dal contratto d'appalto "incriminato" in un apposito fondo che, sino all'esito dei giudizi in sede penale, non può essere

⁽¹¹⁴⁾ Cfr. Prime Linee Guida per l'applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione anticorruzione antimafia, disponibili sul sito dell'Autorità, in cui, 8, si legge che: « gli amministratori nominati dal Prefetto sostituiranno i titolari degli organi sociali dotati di omologhi poteri soltanto per ciò che concerne la gestione delle attività di impresa connesse all'esecuzione dell'appalto da cui trae origine la misura. Viceversa, gli organi sociali ordinari resteranno in carica per lo svolgimento di tutti gli altri affari riguardanti lo stesso o altri eventuali settori dell'attività economica dell'azienda. Si realizza in tal modo una forma di gestione separata e a tempo di un segmento dell'impresa, finalizzata esclusivamente all'esecuzione dell'appalto pubblico, le cui modalità di attuazione (...) potranno essere definite anche attraverso il ricorso agli strumenti previsti dall'ordinamento — si pensi ad esempio a quelli regolati dall'art. 2447-*bis* c.c. — che consentono forme di destinazione specifica del patrimonio sociale ad un determinato affare ». Analogamente, nelle Secondhe Linee Guida, 19 s., si legge che: « la necessaria separata gestione pubblicistica della vicenda contrattuale oggetto della misura interdittiva (...) comporta quindi che l'utile del contratto attenga, piuttosto, alla sfera della stazione appaltante, nel cui esclusivo interesse l'amministratore prefettizio opera — conferendo un apporto manageriale autonomo e aggiuntivo — per consentire la realizzazione dei lavori commissionati, attraverso una sorta di gestione separata (ad esempio, patrimonio destinato ad uno specifico affare di cui all'art. 2447-*bis* c.c.) ».

⁽¹¹⁵⁾ Strada che peraltro crea più problemi di quanti non ne risolva: basti pensare alla facoltà di opposizione alla costituzione del patrimonio separato che compete ai creditori della società *ex art.* 2447-*quater*, comma 2, c.c.; o al divieto, dettato dall'art. 2447-*bis*, comma 2, c.c., di costituire patrimoni separati per un valore complessivamente superiore al 10% del patrimonio netto della società; o ancora alla necessità di assicurare al patrimonio destinato adeguate fonti di finanziamento, come sottolinea M. IRRERA (nt. 22), 1041: « in questo quadro il richiamo alla disciplina dei patrimoni separati appare troppo semplicistico e, in qualche modo, ingenuo; una separazione in senso proprio per essere tale deve realizzarsi sul piano sia patrimoniale, sia economico, sia-ancora-finanziario. I profili finanziari sono ancora più problematici: è noto come il cronico ritardo delle amministrazioni pubbliche nel pagamento dei loro debiti: in tale contesto gli amministratori prefettizi dovranno mantenere o ottenere linee di credito autoliquidanti idonee a sostenere il costo del cosiddetto circolante. Laddove ciò non sia possibile, si dovrà con tutta probabilità ipotizzare un sostegno finanziario dell'impresa all'amministrazione separata, con obbligo da parte di quest'ultima di restituire le somme relative ».

⁽¹¹⁶⁾ In questo senso, A. MUTARELLI - M.M. MUTARELLI, *Considerazioni intorno alle possibili ricadute della misura straordinaria ex art. 32 d.l. 90/2014 (debiti pregressi e rapporti di lavoro)*, in *Rass. Avv. dello Stato*, 2017, 258.

distribuito né essere soggetto a pignoramento ⁽¹¹⁷⁾; obbligo che, in realtà, ben potrebbe essere assolto adottando un sistema di contabilità separata per la rilevazione dell'utile, con deposito del relativo ammontare in un apposito conto vincolato. Il nostro ordinamento conosce, del resto, più fattispecie in cui, dovendosi rilevare obbligatoriamente il risultato di distinte attività gestite dalla medesima società, si provvede, per l'appunto, attraverso contabilità separate ⁽¹¹⁸⁾. E peraltro, a ben vedere, anche nell'ipotesi in cui si procedesse con la costituzione di un patrimonio destinato *ex art. 2447-bis c.c.* il principio dell'imputazione della gestione commissariale alla società non ne verrebbe inficiato; l'operazione di creazione del patrimonio destinato, qualora se ne considerino gli effetti non istantanei ma complessivi, si risolve, infatti, in un intervento sull'articolazione organizzativa dell'ente commissariato, ma non determina un'imputazione del risultato (finale) ad un soggetto diverso dalla società. Con la creazione del patrimonio destinato all'esecuzione del contratto d'appalto, il patrimonio sociale verrebbe solo temporaneamente scisso in due componenti (ossia patrimonio generale e patrimonio destinato), ma al completamento dell'esecuzione del contratto d'appalto l'unità patrimoniale verrebbe ricostituita in capo alla società, con gli stessi effetti, sul patrimonio sociale, che si sarebbero avuti laddove il patrimonio separato non fosse stato creato. Infatti, non essendoci apporti patrimoniali di terzi in sede di costituzione del patrimonio separato, il risultato della sua gestione, una volta che si sia concluso lo specifico affare per cui il patrimonio separato è stato apprestato, confluisce integralmente nel patrimonio generale, ricostituendo un'unità (patrimoniale e di imputazione) solo temporaneamente scissa (fatta salva, ovviamente, la detrazione di un importo in denaro corrispondente all'utile che abbia formato oggetto di confisca).

11. Ciò detto, se la conclusione sulla perdurante titolarità dell'impresa commissariata in capo alla società che ne è proprietaria può dirsi pacifica, il tema dell'imputazione del risultato della gestione coattiva resta comunque problematico sotto un diverso profilo. Se, infatti, la responsabilità patrimoniale della gestione commissariale grava sulla società commissariata, si tratta allora di comprendere entro quali limiti possa ritenersi conforme al dettato costituzionale una normativa che, spogliando il titolare dell'impresa del potere di gestirla, pone a suo carico gli effetti di una altrui gestione. Sebbene sia ovviamente impossibile immaginare, in astratto, un

⁽¹¹⁷⁾ Cfr. art. 32, comma 7, d.l. 90/2014.

⁽¹¹⁸⁾ Cfr., ad esempio, l'art. 6, comma 1, decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, secondo cui « le società a controllo pubblico che svolgono attività economiche protette da diritti speciali o esclusivi, insieme con altre attività svolte in regime di economia di mercato, in deroga all'obbligo di separazione societaria previsto dal comma 2-bis dell'articolo 8 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, adottano sistemi di contabilità separata per le attività oggetto di diritti speciali o esclusivi e per ciascuna attività ».

test di costituzionalità sulla cui base sottoporre al vaglio discipline di gestione coattiva così diverse l'una dall'altra, può essere utile, nondimeno, enucleare alcuni canoni interpretativi, specificamente rilevanti nella materia delle gestioni coattive, suscettibili di assumere rilievo nella generalità dei casi ⁽¹¹⁹⁾. Il quadro costituzionale di riferimento è incentrato, innanzi tutto, sull'art. 41 Cost., ossia sui limiti che il legislatore incontra quando incide sulla iniziativa economica privata per conformarne l'azione e renderla coerente con finalità di interesse generale ⁽¹²⁰⁾. Tuttavia, soprattutto ove si

⁽¹¹⁹⁾ Secondo A. MALTONI, *Nuove forme di ingerenza nella gestione di imprese private*, in *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione — Atti di convegno*. Salerno, 14-15 novembre 2014, Torino, 2017, 188, « ciò che deve essere attentamente valutato è se la sospensione dei poteri spettanti all'organo di amministrazione e all'assemblea sociale — che finisce per incidere sul diritto di proprietà di coloro che detengono le partecipazioni societarie, sulle libertà economiche, nonché sui diritti dei creditori della società — possano considerarsi conformi al principio di proporzionalità, nel senso che non intacchino il contenuto essenziale della libertà di iniziativa economica privata e del diritto di proprietà. Tuttavia, il fatto che i titolari delle partecipazioni societarie siano del tutto estromessi dalla gestione dell'impresa — posto che persino i poteri dell'assemblea sono avvocati al commissario straordinario — che nelle ipotesi esaminate siano previste forme di limitazione della responsabilità dei commissari stessi per la gestione dell'impresa e sia imposta la segregazione dei proventi derivanti dall'esercizio dell'attività economica, inducono a dubitare della conformità di dette misure legislative ai tre canoni (idoneità, necessità ed adeguatezza) che connotano il principio di proporzionalità. In particolare, non sembra che detti interventi legislativi siano rispondenti al canone di necessità — che impone di verificare se il mezzo prescelto sia indispensabile per perseguire l'obiettivo di interesse pubblico — e a quello di adeguatezza, che presuppone che sia imposto il minor sacrificio possibile al titolare di interessi, che, in dette ipotesi, come si è sottolineato, hanno rilievo costituzionale ».

⁽¹²⁰⁾ Da un punto di vista generale, la giurisprudenza costituzionale in tema di restrizioni della libertà di iniziativa economica privata ne ha individuato il limite insuperabile nell'arbitrarietà e nell'incongruenza — e quindi nell'irragionevolezza — delle misure restrittive adottate per assicurare l'utilità sociale. La Corte Costituzionale ha, infatti, « costantemente negato che sia “configurabile una lesione della libertà d'iniziativa economica allorché l'apposizione di limiti di ordine generale al suo esercizio corrisponda all'utilità sociale”, oltre, ovviamente, alla protezione di valori primari attinenti alla persona umana, ai sensi dell'art. 41, secondo comma, Cost., purché, per un verso, l'individuazione dell'utilità sociale “non appaia arbitraria” e, “per altro verso, gli interventi del legislatore non la perseguano mediante misure palesemente incongrue” (*ex plurimis*, sentenze n. 247 e n. 152/2010; n. 167/2009) » (così, la sentenza n. 56 del 2015, richiamata *verbatim* dalla Corte nella successiva sentenza del 23 novembre 2021, n. 218; nel medesimo senso, si vedano anche Corte Cost., 29 aprile 2010, n. 152 e Corte Cost., 29 maggio 2009, n. 167). Conformemente ai precedenti prima richiamati, cfr. Corte Cost., 22 maggio 2013, n. 94, secondo cui « in virtù dell'art. 41 Cost., sono ammissibili limiti della libertà d'iniziativa economica privata, purché giustificati dall'esigenza di tutelare interessi di rango costituzionale, ferma quella della congruità e proporzionalità delle relative misure, risultando in tal modo chiara la correlazione esistente tra tale parametro e l'art. 3 Cost. ». In particolare, sul tema della proporzionalità delle misure limitative della libertà di iniziativa economica, la giurisprudenza costituzionale ha desunto, dall'art. 3 Cost., un « canone di “razionalità” della legge svincolato da una normativa di raffronto, rintracciato nell’“esigenza di conformità dell’ordinamento a valori di giustizia e di equità” (...) ed a criteri di coerenza logica, teleologica e storico-cronologica, che costituisce un presidio contro l’eventuale manifesta irrazionalità o iniquità delle conseguenze della stessa » (sentenza n. 87/2012) (*ex multis*, in

consideri l'influenza che la Carta dei diritti fondamentali della UE e la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo ⁽¹²¹⁾ esercitano nell'orientare i canoni di interpretazione della nostra Costituzione, assume non

questo senso, Corte Cost., 10 giugno 2014, n. 162. Il parametro costituzionale richiamato impone, dunque, che il legislatore operi un bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti affinché non si determini « il sacrificio o la compressione di uno di essi in misura eccessiva e pertanto incompatibile con il dettato costituzionale »; in questo senso Corte Cost., 10 giugno 2014, n. 162). E ancora, si veda Corte Cost., 8 luglio 2010, n. 247 secondo cui « in virtù dell'art. 41 Cost., sono ammissibili limiti della libertà d'iniziativa economica privata, purché giustificati dall'esigenza di tutelare interessi di rango costituzionale, ferma quella della congruità e proporzionalità delle relative misure, risultando in tal modo chiara la correlazione esistente tra tale parametro e l'art. 3 Cost. ». In dottrina, con specifico riferimento alla « normativa Ilva », G.C.M. RIVOLTA (nt. 2), 41, ha testualmente affermato « tengo qui a ribadire soprattutto che la titolarità dell'impresa in gestione coattiva, riconosciuta al soggetto « commissariato », comporta la permanenza in capo ad esso del fondamentale diritto d'iniziativa economica privata, riconosciuta dalla costituzione con la formula che la proclama « libera », pur con le note limitazioni. Diritto che quindi non cessa di sussistere e di operare a tutela di quel soggetto, con il livello protettivo assicurato dal riconoscimento costituzionale, e che potrà essere sacrificato soltanto quando confligga con altri diritti protetti da norme dello stesso livello, nel rispetto, secondo ragionevolezza, dei criteri di bilanciamento degli interessi o del temperamento della tutela ». Secondo G. GUIZZI (nt. 29), 1192, « anche nel momento in cui si riconosce la legittimità di interventi normativi di indirizzo, o se si preferisce di concreta conformazione dell'iniziativa economica nella prospettiva di realizzazione di un fine sociale sufficientemente definito (...) l'esercizio dell'impresa, nelle sue complessive modalità di svolgimento, resta però sempre rimesso alla determinazione dei suoi titolari, e soprattutto esso resta — e deve restare — pur sempre libero nell'an. Insomma, se anche la legge indica un obiettivo specifico da realizzare, e anche le modalità concrete cui l'azione imprenditoriale deve attenersi al fine del suo raggiungimento, essa tuttavia non può mai né arrivare ad esautorare del tutto chi è legittimato a gestirla del potere di definire tutte le strategie utili ad assicurare il migliore ritorno sugli investimenti né, meno che mai, obbligare all'esercizio della stessa là dove l'attività, anche eventualmente proprio in considerazione della necessità di realizzare i suddetti fini, non si riveli più essere remunerativa per i soci. Ed invece sono proprio questi i due aspetti su cui la disciplina dettata dal d.l. 61/2013 viene massimamente ad incidere. Da un lato, infatti, diversamente da quanto accade in altre eccezionali ipotesi in cui il legislatore, per reagire a situazioni di gravi irregolarità e violazioni di legge, adotta la soluzione del commissariamento — e il pensiero corre naturalmente all'ipotesi disciplinata dall'art. 15 del d.lgs. 231/2001 — il commissario non si limita ad affiancarsi agli organi preposti alla gestione per provvedere in luogo di questi all'adozione di misure necessarie al ripristino della legalità violata, allora esercitando solo quelle competenze che siano funzionali a tale obiettivo, bensì si sostituisce loro integralmente, esercitandone in maniera pervasiva tutte le attribuzioni ed essendo chiamato a definire lo stesso piano industriale dell'impresa ».

⁽¹²¹⁾ Allo scopo di valutare un'eventuale conformità degli interventi statali attuati per mezzo di leggi-provvedimento ai dettami della CEDU, si tenga conto del cosiddetto *proportionality test*. In particolare, « the purpose of the proportionality test is to establish first how and to what extent the applicant was restricted in the exercise of the right affected by the interference complained of and what were the adverse consequences of the restriction imposed on the exercise of the applicant's right on his/her situation. Subsequently, this impact is balanced against the importance of the public interest served by interference » (si veda al riguardo, *Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights. Protection of property* — Updated on 31 August 2022, 31).

secondario rilievo, ai fini dell'analisi, anche l'art. 42 Cost. ⁽¹²²⁾. Il principio di effettività della tutela sotteso al sistema convenzionale UE e CEDU ⁽¹²³⁾, impone infatti una disamina non solo del disegno formale e astratto della singola normativa di commissariamento, ma anche un'analisi, *ex ante* e dunque prognostica, del suo effetto concreto, sicché una normativa di gestione coattiva che dovesse condurre ad una espropriazione di fatto non dovrebbe poter sfuggire alla sanzione di incostituzionalità per il sol fatto che l'ablazione della proprietà non sia formalmente disposta nella norma ⁽¹²⁴⁾.

⁽¹²²⁾ G. GUIZZI (nt. 29), 1194, con riferimento al d.l. 61/2013, ha sostenuto: « tuttavia anche tenendo conto della descritta peculiarità della “proprietà azionaria”, e delle implicazioni che per tal via ne discendono in punto di maggiori spazi per un intervento conformativo del legislatore, egualmente mi sembra che una soluzione come quella tratteggiata dal decreto sia di dubbia tenuta sul piano della coerenza con il dettato costituzionale, vuoi in relazione all'art. 42, vuoi in rapporto alla norma dell'art. 1 del primo protocollo addizionale CEDU, che, com'è noto, rappresenta oramai pacificamente un possibile parametro del giudizio di costituzionalità ».

⁽¹²³⁾ Gli effetti concreti dell'intervento statuale sono al centro della giurisprudenza della Corte Europea sui Diritti dell'Uomo: « an important consideration which lies at the heart of the Court's interpretation of the Convention, and which is key to realizing its 'object and purpose', is the need to ensure the effective protection of the rights guaranteed. In *Artico v Italy*, the Court stated that 'the Convention is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective » — cfr. D.J HARRIS - M. O'BOYLE - C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2014, 18.

⁽¹²⁴⁾ Secondo Corte Cost., 19 gennaio 1966, n. 6: « si ha espropriazione quando il godimento del bene (nel senso di utilizzazione e di disposizione) sia in tutto o in parte sottratto al titolare del diritto, essendo senza decisiva importanza il fatto che titolare ne resti o no il proprietario. Né ha importanza il fatto che il sacrificio sia imposto direttamente dalla legge o con atto amministrativo in base alla legge, perché non è la forma dell'atto di imposizione quella che dà all'atto stesso la sua caratteristica come atto di espropriazione. E, pertanto, da considerarsi come di carattere espropriativo anche l'atto che, pur non disponendo una traslazione totale o parziale di diritti, imponga limitazioni tali da svuotare di contenuto il diritto di proprietà incidendo sul godimento del bene tanto profondamente da renderlo inutilizzabile in rapporto alla destinazione inerente alla natura del bene stesso o determinando il venir meno o una penetrante incisione del suo valore di scambio (...) Ma questo è un elemento insopprimibile del concetto di espropriazione, intesa non soltanto come trasferimento ma anche come sottrazione o menomazione del godimento del diritto: sottrazione o menomazione che deve essere prevista ed accertata anche in rapporto alla concretezza del sacrificio imposto ». A. MALTONI (nt. 119), 169, nel commentare la normativa riguardante l'Ilva di Taranto ha affermato che « pur senza giungere a concludere che tali disposizioni consentono un'espropriazione di fatto ancorché temporanea, e dunque che con la nomina del commissario si realizza un intervento del Governo sostanzialmente ablatorio, senza che siano rispettate le relative garanzie costituzionali, non può revocarsi in dubbio che l'estensione dei poteri del commissario risulti particolarmente ampia e non sembra agevole ipotizzare che, nella generalità dei casi in cui si disponga il commissariamento di un'impresa esercente uno stabilimento di interesse strategico nazionale, detti poteri siano sempre necessari e proporzionali in senso stretto ad assicurare il soddisfacimento dei fini di interesse pubblico perseguiti. Più precisamente, a destare perplessità non è soltanto l'incisività dei poteri commissariali previsti, ma anche e soprattutto la determinazione in modo fisso dell'estensione dei medesimi (...) per tutte le ragioni indicate non sembra che le previsioni normative circa l'attribuzione di detti poteri al commissario straordinario di imprese esercenti uno stabilimento di interesse strategico nazionale risultino conformi al principio di proporzionalità (...) Peraltro, i summenzionati poteri attribuiti al commissario straordinario, per i descritti ca-

Anche in questo senso, il primo parametro di costituzionalità, come già si è osservato, è rappresentato dalla temporaneità della gestione coattiva. Non esiste naturalmente un termine temporale oltre il quale la legittimità costituzionale del commissariamento venga meno; si tratterà dunque, caso per caso, di verificare se la durata della misura sia, da un lato, coerente con le specifiche finalità di risanamento perseguite con la gestione coattiva e, dall'altro lato, non a tempo indeterminato o comunque eccessiva in sé (si da rivelarsi, nei fatti, l'equivalente di una espropriazione) ⁽¹²⁵⁾. L'aspetto della

ratteri che li connotano non sembrano neppure rispettosi del principio del giusto procedimento, non essendo consentito al titolare dell'impresa o ai soci che detengono il controllo o comunque al legale rappresentante di partecipare o interloquire in modo adeguato, instaurando un vero e proprio contraddittorio, in relazione alle scelte gestionali compiute dal commissario». Sul tema, nella prospettiva della CEDU, può essere richiamato A. Riccio, *Beni giuridici e proprietà*, in *La CEDU e il ruolo delle Corti*, a cura di P. Gianniti, Bologna, 2015, 1341, secondo cui: « in base alla seconda norma contenuta nell'art. 1 Protocollo n. 1 CEDU nessuno può essere privato della sua proprietà, se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. Le privazioni della proprietà possono avvenire sia mediante leggi o provvedimenti individuali di espropriazione, sia mediante leggi o provvedimenti generali di nazionalizzazione. Ai fini di una privazione della proprietà non solo in presenza di un provvedimento formale di esproprio, ma anche e soprattutto in presenza di un esproprio non formale o di fatto (c.d. espropriazione de facto), dove le misure adottate dall'autorità, pur non determinando formalmente un trasferimento della proprietà, interferiscono con il bene in modo tale da poter essere considerate equivalenti ad una espropriazione. La Corte EDU ha più volte statuito che va riconosciuta tutela in tutti i casi, oggi sempre più frequenti, di espropriazioni di fatto, dove si limita il completo godimento del bene oggetto di proprietà, svuotando lo stesso contenuto minimo del diritto di proprietà. La Corte di Strasburgo dà in questi casi attenzione alla situazione sostanziale, rispetto alla situazione formale, proteggendo i diritti « concreti ed effettivi » ».

⁽¹²⁵⁾ Si veda, a questo riguardo, G. Guizzi (nt. 29), 1195, a detta del quale: « il rischio dell'illegittimità costituzionale della soluzione normativa [non può] essere del tutto scongiurato dalla considerazione che il commissariamento ha una durata massima definita nel tempo, sicché i diritti dei soci sono solo temporaneamente sospesi. Una simile circostanza se può forse essere dirimente al fine di escludere un vizio di costituzionalità ove ci si confronti con l'art. 42 Cost., perde di rilievo nel momento in cui si sia chiamati, invece, a valutare la norma interna nella prospettiva tratteggiata dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Gli è, infatti, che l'art. 1 del primo protocollo addizionale accanto alla regola — coerente con quella dettata dalla nostra Carta costituzionale — che impedisce che si possa essere "privati", nel senso allora di essere costretti a subire uno spossessamento definitivo e completo, dei propri beni se non per ragioni di pubblica utilità e con corresponsione di un indennizzo ragionevole e proporzionato al loro valore, sancisce anche una regola più ampia e generale, ossia quella « al rispetto dei propri beni ». Una regola, questa, che comporta, nell'esperienza applicativa della Corte di Strasburgo, non solo (i) che anche una compressione temporanea possa essere considerata come una interferenza illegittima, là dove si accerti che essa non è ragionevolmente proporzionata alla finalità da perseguire, ma anche (ii) la possibilità di considerare pure in questi casi proprio la mancata previsione di un indennizzo alla stregua di un elemento sintomatico dell'assenza di proporzionalità, ossia della mancanza di un giusto equilibrio tra il fine che si intende raggiungere ed il sacrificio imposto al privato nel caso concreto ». Secondo A. Maltoni (nt. 119), 188, « la compressione dei diritti di rango costituzionale di proprietà e di libertà di iniziativa economica, che si determina nelle ipotesi in cui le imprese commissariate, ancorché per un periodo di tempo limitato, finisc[e] per intaccare il contenuto essenziale dei medesimi, dal momento che i titolari

temporaneità offre peraltro soluzione anche al problema della costituzionalità di norme che precludano al titolare dell'impresa il potere di porvi fine, non essendovi ragione, ad esempio, di dubitare della costituzionalità della normativa di commissariamento delle società vigilate per il sol fatto che sia precluso ai soci di liquidare la società in costanza di amministrazione straordinaria. In quel caso, infatti, gli scopi della liquidazione volontaria sarebbero « incompatibili con quelli della gestione commissariale che (...) tende all'eliminazione di irregolarità di funzionamento dell'ente, conservandolo in vita »⁽¹²⁶⁾. Il che equivale a dire, rovesciando la prospettiva, che l'incidenza del potere di conformazione, per i soggetti vigilati, non travalica i confini dell'art. 41 Cost., poiché la continuità è imposta ai (soli) fini del ripristino del regolare funzionamento dell'ente, nel pieno rispetto del rapporto tra mezzo e fine.

Diverso sarebbe, ovviamente, se il commissariamento, oltre ad eliminare le irregolarità, fosse invece finalizzato ad imporre alla società, senza il consenso — ed anzi contro la volontà — dei suoi soci, un piano industriale “trasformativo”, tanto più se, *medio tempore*, il commissario fosse legittimato a gestire l'azienda anche in assenza del requisito di economicità⁽¹²⁷⁾. La neutralità (o reversibilità) della misura di gestione coattiva rappresenta, infatti, un secondo parametro di costituzionalità⁽¹²⁸⁾, nel senso che la normativa deve ritenersi legittima nella misura in cui il commissariamento non esorbits dalla sua funzione conformativa per trasformarsi in uno strumento di indirizzo strategico mascherato⁽¹²⁹⁾. Non solo: la gestione coattiva potrà dirsi neutrale solo se le sue finalità possano essere perseguite senza consumare *ad libitum* le risorse patrimoniali dell'azienda commissariata. La temporaneità del commissariamento, infatti, legittima la compressione del diritto della società di porre termine alla propria intrapresa soltanto qualora, almeno sul piano previsionale, la gestione coattiva mantenga la caratteristica di misura conservativa della continuità di impresa. In questo senso, la previsione, contenuta sia nel d.l. 61/2013 sia nel d.l. 90/2014, che, in buona

di tali diritti sono privali di ogni potere sulla gestione dell'impresa di cui sono proprietari e/o amministratori ».

⁽¹²⁶⁾ Cfr. Cass., 26 febbraio 1960, n. 355, in *Giust. civ.*, 1960, I, 690, citata da E. CUSA (nt. 7), 245.

⁽¹²⁷⁾ Scenario prospettato dal d.l. 61/2013. Sui conseguenti dubbi di costituzionalità della norma vedi la precedente nota n. 39.

⁽¹²⁸⁾ I parametri della temporaneità e della neutralità, specificamente attinenti alla materia delle gestioni coattive, debbono poi essere filtrati attraverso l'applicazione dei canoni interpretativi generali propri del giudizio costituzionale, tra cui, *in primis*, il bilanciamento dei contrapposti valori di rango costituzionale e la proporzionalità dell'intervento normativo.

⁽¹²⁹⁾ Anche G.C.M. RIVOLTA (nt. 2), 44, rileva che non sarebbero conformi al dettato dell'art. 41 Cost. normative che legittimassero l'ufficio commissariale a modificare il perimetro aziendale, ampliandolo o riducendolo, con intensità tale da « trasformare l'impresa commissariata in un'impresa diversa da quella in cui si esprime la libertà di iniziativa dell'imprenditore; diversa da quella il cui rischio è stato da lui liberamente assunto ».

sostanza, preconizza che una gestione commissariale, in quanto « considerata di pubblica utilità », possa dipanarsi anche in assenza di economicità non può non sollevare forti perplessità ⁽¹³⁰⁾; soprattutto quando, come è previsto nel d.l. 61/2013, la funzione commissariale abbia, per espressa disposizione di legge, il potere di ideare, predisporre e attuare, senza il consenso dei soci ed anche contro la loro volontà, un piano industriale trasformativo dell'azienda commissariata.

Un conto, infatti, è l'imposizione di limiti all'attività aziendale per conformarla a finalità di interesse generale, altra cosa è utilizzare coattivamente beni privati per perseguire un fine di pubblico interesse senza riconoscere al suo proprietario un equo indennizzo per la compressione del diritto dominicale ⁽¹³¹⁾. Si ha dunque la sensazione, non solo in relazione al d.l. 61/2013

⁽¹³⁰⁾ Secondo A. MALTONI (nt. 119), 167, « non può non rilevarsi come appaiano particolarmente ampi e pervasivi i poteri attribuiti al commissario straordinario soprattutto dalla normativa successiva a quella richiamata [ossia dal d.l. 61/2013], sottoposta al vaglio di costituzionalità. Ci si riferisce, in particolare, al fatto che, con la nomina di tale commissario, si determina ope legis la sospensione dell'esercizio dei poteri di disposizione e di gestione, dei titolari dell'impresa, nonché l'attribuzione al medesimo commissario di tutti i poteri e le funzioni degli organi di amministrazione e dell'assemblea, al quale spetta altresì il compito di redigere e approvare il bilancio di esercizio ovvero il bilancio consolidato dell'impresa commissariata. Inoltre, il commissario, al quale sono trasferite tutte le linee di credito e i relativi rapporti debitori dell'impresa, può disporre — come si è indicato — un aumento di capitale, mentre l'attività di gestione commissariale dell'impresa svolta nel rispetto dei due Piani sopra richiamati è *ex lege* qualificata come di pubblica utilità, con la conseguenza che il commissario “non risponde delle eventuali diseconomie dei risultati ai sensi dell'art. 2236 del codice civile, tranne che abbia agito con dolo o colpa grave”. Detta qualificazione dell'attività di gestione del commissario è particolarmente rilevante in quanto rende evidente come il legislatore configuri il potere di commissariamento alla stregua di un potere speciale, il quale è esercitabile nei confronti di imprese private in ragione del fatto che l'attività economica svolta è connessa ad interessi generali (...) né, invero, gli incisivi poteri gestionali commissariali dell'impresa testé indicati (...) appaiono bilanciati dalla previsione di robuste garanzie volte ad assicurare un'adeguata tutela degli interessi dei creditori, nonché quelli dei titolari dell'impresa ovvero del socio di maggioranza, i quali, oltre ad essere estromessi completamente, *ex lege*, dalla direzione e dalla gestione dell'impresa commissariata, hanno diritto soltanto ad essere informati sull'andamento della gestione dell'impresa e sulle misure di destinazione delle risorse aziendali e di proroga del commissariamento, nonché a ricevere comunicazione del Piano industriale adottato dal commissario; inoltre, tali soggetti possono soltanto presentare osservazioni di cui il commissario potrà o meno tenere conto ».

⁽¹³¹⁾ G. GUIZZI (nt. 29), 1195, ha affermato: « mi sembra che nella sua concreta articolazione il decreto [ossia il d.l. 61/2013] finisca per incidere, più o meno direttamente, proprio su quella prerogativa che dovrebbe costituire l'essenza della partecipazione sociale, in una considerazione della sua dimensione proprietaria, ossia sul potere dei soci di disporre e realizzare, sia collettivamente che individualmente, il relativo valore. Un esito, questo, che allora appare, quanto meno, di dubbia legittimità in assenza della contropartita di un equo indennizzo. E ciò poi a maggior ragione ove si consideri che le modifiche autoritativamente imposte dal decreto legge in esame ai diritti dei soci non sono, nella sostanza, molto diverse dalle “modifiche dei diritti di voto o di partecipazione” ovvero dalla “introduzione di clausole limitative della circolazione delle azioni”, nella forma di un temporaneo divieto di alienazione; ossia da quelle modifiche che in un fisiologico funzionamento della società azionaria, ove fossero disposte dal-

ma anche rispetto al d.l. 187/2022, di una manifestazione di impotenza del legislatore che, dovendo necessariamente intervenire, per evitare guai peggiori, nelle vicende di imprese strategiche, ma non potendo, per vincoli di bilancio ⁽¹³²⁾ o divieti rivenienti dalla disciplina comunitaria sugli aiuti di stato, mettere in gioco fondi adeguati alla bisogna, ricorre al commissariamento quale strumento per il soddisfacimento di un interesse pubblico. Non so tuttavia quanto sarebbe saggio avventurarsi oltre in questo percorso perché se nella vicenda Ilva i profili espropriativi della disciplina sono rimasti sullo sfondo avvolti nella nebbia della “penalizzazione” dell’intera vicenda, non è detto che il commissariamento possa essere replicato in futuro quale strumento per la gestione della crisi di aziende strategiche senza incorrere in censure alla luce degli artt. 41 e 42 della nostra Carta Costituzionale.

l’assemblea straordinaria attraverso modificazioni statutarie, integrerebbero cause tassative di recesso *ex art.* 2437 c.c., ovvero fatti che in quanto espressivi di radicali modificazioni delle condizioni dell’investimento legittimerebbero il socio dissenziente a monetizzare il valore della propria partecipazione, ponendo il costo del disinvestimento innanzitutto a carico di chi quella modifica ha deciso ».

⁽¹³²⁾ In questo senso, è plastica la differenza rispetto alle modalità con cui il governo tedesco è intervenuto in due vicende del tutto analoghe a quelle che hanno ispirato il d.l. 73/2022; mentre infatti il governo italiano si è limitato a prevedere il commissariamento della società che gestisce l’impianto di raffinazione di Priolo, la Germania, dopo una breve amministrazione fiduciaria, ha nazionalizzato la Securing Energy for Europe e la Uniper, entrambe società strategiche della filiera del gas entrate in crisi a seguito delle sanzioni contro la Russia, ricapitalizzando le aziende e riconoscendo il diritto all’indennizzo a beneficio dei precedenti proprietari. Cfr., rispettivamente, per la Sefe, https://www.corriere.it/economia/finanza/22_novembre_14/berlino-nazionalizza-sefe-ex-gazprom-germania-per-evitare-taglio-gas-fd593dce-642b-11ed-ae97-6a46826173e7.shtml e, per la Uniper, <https://finanza.lastampa.it/News/2022/12/22/la-germania-ha-completato-la-nazionalizzazione-di-uniper/NDdfMjAyMi0xMi0yMl9UTEI>.

