



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
Cattedra di Diritto delle società

**UNA VISIONE A 360° DELLA MODERNA AMMINISTRAZIONE
GIUDIZIARIA:
DAL CASO “UBER ITALY SRL” ALLA CONVIVENZA CON LA
NUOVA LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE.**

RELATORE

Chiar.mo Prof.
Andrea Palazzolo

CANDIDATA

Ludovica Clara Milani
Matr. 137073

CORRELATORE

Chiar.mo Prof.
Gustavo Visentini

ANNO ACCADEMICO 2020/2021

INDICE

INTRODUZIONE.....	4
CAPITOLO I - L'IMPRESA IN AMMINISTRAZIONE GIUDIZIARIA	
1. L'art.34 D.lgs. n.159/2011: l'effetto di spossessamento dell'azienda o delle quote societarie. Differenze tra impresa individuale e società.....	6
1.1. L'impresa "illecita" sottoposta a misure di prevenzione. Il sequestro e la confisca di prevenzione.....	7
1.2. L'insidiosa natura della confisca di prevenzione.....	9
2. La figura dell'amministratore giudiziario: nomina e doveri dell'incarico.....	13
2.1. L'art.41 del Codice antimafia: la relazione dell'amministratore giudiziario.....	15
2.2. L'operato dell'amministratore giudiziario: scissione o fusione tra amministratore di fatto e amministratore di "diritto"?.....	18
2.3. Brevi cenni sull'irrisolto problema dell'esenzione di fatto da responsabilità per il pubblico ufficiale.....	22
3. La novità dell'art.34 <i>bis</i> nel D. Lgs. N. 159/2011. L'ambito applicativo e le differenze con l'amministrazione giudiziaria.....	24
3.1. Controllo giudiziario e interdittiva antimafia. Il <i>limen</i> tra le prerogative del giudice amministrativo e il giudice della prevenzione.....	26
3.2. Il controllo giudiziario e i mezzi di impugnazione.....	28
CAPITOLO II – NUOVI ORIZZONTI APPLICATIVI DELL'AMMINISTRAZIONE GIUDIZIARIA: IL CASO UBER ITALY SRL.	
1. Amministrazione giudiziaria e controllo giudiziario: una nuova occasione di predisposizione degli strumenti di organizzazione aziendale.....	30
2. Il recente caso Uber Italy s.r.l.....	31
3. Considerazioni generali sulla vicenda.....	34
4. Brevi cenni sul Modello di organizzazione, gestione e controllo.....	38

CAPITOLO III – IL RAPPORTO DI SPECIALITÀ TRA IL CODICE ANTIMAFIA E LA LEGGE FALLIMENTARE.

1. Crisi di impresa e gestione in amministrazione giudiziaria. Codice civile, legge fallimentare e codice antimafia a confronto.....	39
2. La prospettiva delle cariche sociali: la sostituzione degli amministratori.....	40
2.1. L'organo di vigilanza e controllo.....	43
3. La preservazione del <i>going concern</i>	46
3.1. Continuità aziendale e Covid-19.....	50
4. La posizione dei soggetti terzi.....	52
4.1. Focus sui rapporti pendenti.....	57

CAPITOLO IV – AMMISSIBILITÀ DEL FALLIMENTO PER UNA SOCIETÀ SOTTOPOSTA A SEQUESTRO. IL NUOVO CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA.

1. Le procedure concorsuali e la riforma ex D.Lgs. n. 14/2019.....	60
1.1. Le novità dell'aggiornato Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza. La nuova nozione di crisi e i tre stadi prima della dichiarazione di insolvenza.....	61
1.2. La nuova <i>sedes materiae</i> della disciplina penale fallimentare.....	64
1.3. La riforma del diritto penale fallimentare: un'occasione perduta.....	66
1.4. I provvedimenti ablatori nel nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza.....	67
2. Il difficile rapporto tra le misure di prevenzione antimafia e la nuova liquidazione giudiziale.....	70
2.1. La pronuncia della Cassazione n. 1739/2014: un dibattito ancora aperto.....	71
2.2. Il caso: Tribunale di Milano, sezione II civile, n. 947/2019.....	74
2.3. Considerazioni generali ai casi in commento.....	77
3. Il fenomeno del “ <i>workers buyout</i> ”.....	79

3.1. <i>Workers buyout</i> e continuità aziendale.....	81
3.2. L'inchiesta: il c.d. "Frosincoop", il <i>workers buyout</i> che ha salvato una realtà imprenditoriale locale.....	83
4. Altre procedure concorsuali minori richieste dall'amministratore giudiziario.....	85
4.1. Il concordato preventivo e la concorrenza con l'organo amministrativo della società e l'amministratore giudiziario.....	85
4.2. Sequestro preventivo successivo alla domanda di concordato e opponibile ai creditori concorsuali.....	88
CONCLUSIONI.....	90
INDICE BIBLIOGRAFICO.....	95
INDICE DELLA GIURISPRUDENZA.....	100

INTRODUZIONE

Il lavoro di ricerca da me svolto persegue l'obiettivo di analizzare quelli che possono essere i nodi problematici della disciplina riguardante l'amministrazione giudiziaria, offrendo della stessa una visione completa ed un'analisi dettagliata.

Conosciamo l'amministrazione giudiziaria come un istituto giuridico del diritto italiano, previsto per garantire la continuità del ciclo produttivo di beni sequestrati alle criminalità entro un procedimento penale; essa rappresenta una misura di "salvataggio" per l'impresa e per la forza lavoro.

L'amministrazione giudiziaria viene comunemente definita come una "parentesi" del procedimento di espropriazione forzata, in attesa che condizioni positive di mercato possano consentire la vendita del complesso aziendale o il trasferimento delle partecipazioni societarie, così da garantire il soddisfacimento dei creditori attraverso il ricavato.

Le linee guida che regolano l'amministrazione giudiziaria sono contenute nel D.lgs. n.159/2011 (Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione) e delineano la stessa come una forma di gestione dell'impresa per un certo periodo di tempo, entro il quale l'obiettivo massimo del legislatore è quello di preservare soprattutto la continuità aziendale, a condizione che ciò avvenga col pieno ripristino della legalità.

Trattasi di una fattispecie assolutamente peculiare, il cui fine va ben oltre la mera esecuzione di un provvedimento penale; nella stessa procedura si intersecano infatti interessi privati e pubblici, ampie politiche di tutela e protezione degli assetti produttivi.

Con il mio elaborato oltre ad affrontare aspetti noti, mi ripropongo di esaltare anche aspetti nuovi dell'amministrazione giudiziaria e le nuove cornici entro cui possa trovare applicazione. Infatti, negli ultimi anni molti sono stati i casi, anche tra i più recenti, in cui l'autorità giudiziaria abbia dato esecuzione alla misura ex art. 34 D.Lgs. 159/2011 in fattispecie ben lontane dalla criminalità organizzata: è vero che la previsione contenuta nel Codice antimafia nasce come una gestione patrimoniale autonoma entro il processo, affidata ad un ufficio giudiziario, per riportare alla legalità attività economiche influenzate da condizionamenti esterni, intimidazioni, per punire gli enti imprenditoriali rimasti invischiati nell'ambiente mafioso, ma è vero anche che, negli anni, si è assistito ad un'estensione applicativa dell'amministrazione giudiziaria.

A sostegno della mia tesi ho utilizzato, nell'elaborato che segue, l'analisi di un caso pratico, il caso "Uber Italy s.r.l.", che si è chiuso pochi mesi fa e che dimostra come il vestito costruito su misura dal legislatore per l'amministrazione giudiziaria, entro il Codice antimafia, possa ben "calzare" anche in altri settori dell'economia, possa rappresentare la giusta soluzione a fenomeni diversi dal mero e semplice condizionamento mafioso.

La mia tesi vuole però offrire una visione completa della materia, per questo ho avuto premura di analizzare anche i rapporti tra l'amministrazione giudiziaria e le procedure concorsuali,

soprattutto con riguardo alla nuova liquidazione giudiziale (c.d. fallimento) e alle novità del nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza, in vigore dal 1° settembre 2021.

La disciplina regolatrice della materia deve fare i conti con la generale disciplina civilistica e la più approfondita normativa contenuta nella Legge fallimentare, in tema di impresa e regimi societari; gli esiti di suddetta convivenza sono ancora poco chiari, seppur si sia, negli anni, accennato ad un qualche principio di prevalenza della normativa in tema di misure di prevenzione rispetto alla disciplina concorsuale.

A ciò si aggiunge la riforma in vigore con il nuovo Codice della Crisi, il quale rivoluziona l'approccio alla materia concorsuale, partendo dai concetti di "crisi" ed "insolvenza" e massimizzando il principio di continuità aziendale.

Pertanto, tra i miei interrogativi, ho cercato di tracciare i punti di unione tra la procedura in amministrazione giudiziaria e le procedure concorsuali, ma soprattutto quali siano le conseguenze per un'impresa, già sottoposta a sequestro, che si avvii verso lo stato di insolvenza. Al centro della mia analisi anche la figura dell'amministratore giudiziario, assoluto attore nella procedura ex art.34, il quale, nel soddisfacimento delle mansioni a lui rimesse dal Codice antimafia, sembra superare quel sottilissimo *limen* che lo separa e lo distingue da un amministratore ordinario.

Il *file rouge* della mia tesi sarà, come il diritto e la giurisprudenza richiedono, la norma, la disciplina regolatrice, quello che definiremmo essere il "verbo", con tutte le difficoltà che seguono alla sua applicazione, senza dimenticare la realtà che ci circonda e l'applicazione che se ne fa delle fonti.

CAPITOLO I

L'IMPRESA IN AMMINISTRAZIONE GIUDIZIARIA.

1. L'art.34 D.lgs. n.159/2011: l'effetto di spossessamento dell'azienda o delle quote societarie. Differenze tra impresa individuale e società.

Il decreto legislativo n.159 del 6 settembre 2011, Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, aggiornato con le modifiche apportate, da ultimo, dal D.L. 16 luglio 2020, n.76, rappresenta la normativa di riferimento per semplificare l'attività dell'interprete e migliorare l'efficienza delle procedure di gestione, destinazione e assegnazione dei beni confiscati; il testo raccoglie tutta la normativa vigente in tema di misure di prevenzione.

Il Codice antimafia disciplina il sequestro dei beni, tra i quali l'azienda, organizzata per l'esercizio dell'attività d'impresa, o anche il sequestro di partecipazioni, se la fattispecie è propria di una società. L'amministrazione giudiziaria sopraggiunge quando i capitali su cui l'impresa si basa derivano da attività illecite o costituiscono, di tali attività, il reimpiego.¹

L'art.34, sopra citato, entra nel dettaglio della procedura in esame e prevede la privazione, per i soggetti preposti, della disponibilità e della gestione di beni e attività economiche, per bloccare l'espansione del fenomeno mafioso e questa tendenza tipicamente delinquenziale a creare canali di arricchimento.

In passato è spesso risultato difficile individuare gli estremi idonei a giustificare l'applicazione dell'art. 34 D.lgs. n. 159/2011, stante la tendenza, emersa in tali contesti criminali, a lasciare "immacolata" da condizionamenti l'attività imprenditoriale, nel senso di mantenere una piena dialettica tra gli attori imprenditoriali nell'ambito dei rapporti economici con i committenti, al fine di non far insospettare le autorità inquirenti, e propendere, piuttosto, per il ricorso al metodo mafioso in altri settori meno sorvegliati.²

Il "nuovo" art. 34 del Codice Antimafia ha definitivamente contribuito a ridisegnare i confini della misura preventiva, accentrando le novità su due poli tematici.

In primo luogo, si è scelto di formulare in modo preciso i presupposti applicativi dell'istituto; in secondo luogo, il legislatore della riforma ha chiarito i rapporti non solo con l'istituto della confisca, ma, soprattutto, con il recentissimo controllo giudiziario di cui all'art. 34 *bis*, sul quale ci soffermeremo in seguito.

¹ A. Palazzolo, 2020, *"L'impresa in amministrazione giudiziaria tra Stato e mercato"*, Torino, Giappichelli Editore.

² L. Peronaci, *"Dalla confisca al controllo giudiziario delle aziende: il nuovo volto delle politiche antimafia. I primi provvedimenti applicativi dell'art. 34-bis D.lgs. 159/2011."*, 2018, in *Giurisprudenza Penale Web*, www.giurisprudenzapenale.com.

L'effetto di tali misure sull'azienda e sulle quote è quello di sostituire, alla gestione e ai poteri dell'imprenditore o azionista nei confronti dell'impresa, l'amministratore giudiziario, ma solo con certe modalità e per un certo periodo.

L'effetto di spossessamento è disciplinato in maniera specifica a seconda che si tratti di un'azienda o che si tratti di quote di partecipazione nella compagine societaria.

Nel primo caso, nell'ipotesi in cui l'impresa sia costituita sotto forma di ditta individuale, esiste un'azienda, la quale rappresenterà l'oggetto del sequestro, per cui non essendoci interposizione tra persona fisica e azienda (la quale è direttamente nella titolarità della persona fisica), l'amministratore giudiziario si sostituisce direttamente all'imprenditore.

Nel secondo caso, invece, l'impresa è costruita in forma societaria, per cui esiste un'organizzazione rispetto alla quale gli organi amministrativi hanno dei poteri di gestione dell'azienda, ne segue pertanto l'accurata analisi delle modalità in cui la misura di prevenzione incide sull'attività di questi organi, tematica di cui ci occuperemo successivamente.

1.1. L'impresa "illecita" sottoposta a misure di prevenzione. Il sequestro e la confisca di prevenzione.

Come da lettura ed analisi del D.lgs. n.159/2011, la normativa si concentra sul concetto di "impresa illecita". L'attività svolta può dare luogo, come ben sappiamo, alla qualificazione di imprenditore, nel caso in cui l'attività risulti lecita; se, invece, l'attività risulti essere penalmente vietata, essa sarà criminale e non economica (in sé anche illecita), come il contrabbando o la stessa organizzazione di sequestri di persona.

Nelle ipotesi da ultimo menzionate non si ha, però, impresa illecita *tout cour* ma esercizio di un'attività vietata, quindi sottratta all'iniziativa economica privata (ex art. 41 Cost.). Per essere più chiari la commissione di illeciti penali nell'esercizio dell'impresa non è da ostacolo alla qualificazione di imprenditore nella persona dell'autore dei reati: ad esempio il reato di falso in bilancio, l'inquinamento o la frode fiscale.

La linea di confine tra un'impresa illecita *tout cour* e un'impresa criminale (e anche illecita) risiede nella consapevolezza che nel primo caso, nella piena legalità della struttura societaria, viene soddisfatta la commissione di reati nell'esercizio di un'attività pienamente lecita, mentre nel secondo caso vi è il pieno esercizio di un'attività vietata.

Nel Codice antimafia il legislatore ha inserito una disciplina organica, non limitata alla sola verifica delle conseguenze giuridiche di tale fenomeno, ma finalizzata alla regolamentazione dello stesso, alla luce del ripristino della legalità.

Il sequestro è un provvedimento coercitivo di tipo reale che pone un vincolo legale sul bene che vi è sottoposto, sottraendone la libera disponibilità al proprietario o possessore per la

realizzazione di determinate finalità giuridiche. Nel nostro ordinamento possiamo distinguere: il sequestro civile e il sequestro penale³.

Da un lato i sequestri civili⁴ sono posti a tutela della garanzia patrimoniale del creditore, dall'altro i sequestri penali⁵ sono volti alla tutela dell'interesse pubblico alla prevenzione della commissione di reati o alla conservazione della garanzia patrimoniale dello Stato.

Il sequestro e la confisca dei patrimoni illeciti possono essere disposti sia in sede strettamente penale sia in sede di prevenzione, infatti il Codice penale e le altre leggi speciali prevedono la confisca dei beni come misura di sicurezza patrimoniale quando essi siano direttamente o indirettamente collegati al reato per il quale è stata pronunciata condanna o misura di tipo patrimoniale⁶.

Ne deriva pertanto che oltre alla c.d. confisca penale sussiste nel nostro ordinamento la c.d. confisca allargata⁷, ex art.12-sexies della l. n. 356/1992, e la confisca di prevenzione⁸, disciplinata proprio entro il Codice antimafia⁹.

Il sistema delle misure di prevenzione è fondato su principi non sovrapponibili a quelli che operano nell'ambito del diritto penale, il quale si basa su un meccanismo finalizzato ad accertare la responsabilità dell'indagato in ordine alla commissione del fatto-reato.

³ Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, *“Linee guida in materia di amministrazione giudiziaria dei beni sequestrati e confiscati”*, Roma, 2015, pag.6

⁴ Nel nostro ordinamento giuridico, il Codice di procedura civile disciplina due tipologie di sequestro civile: quello giudiziario (ex art.670) e quello conservativo (ex art.671).

⁵ I sequestri penali possono essere di tre tipi: il sequestro conservativo; il sequestro preventivo e il sequestro probatorio.

⁶ Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, *“Linee guida in materia di amministrazione giudiziaria dei beni sequestrati e confiscati”*, Roma, 2015, pag.11

⁷ La confisca allargata (o per sproporzione) si inserisce nell'ambito delle misure di prevenzione patrimoniale disciplinate dal nostro ordinamento per contrastare la criminalità organizzata ed aggredire le ricchezze illecitamente accumulate, le quali potrebbero essere utilizzate anche per la commissione di ulteriori delitti.

In base al comma 2 dell'art. 12 *sexies* della l. n. 356/1992, in caso di gravissimi reati *“è sempre disposta la confisca del denaro, dei beni o delle altre utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica”*. Tale strumento può essere utilizzato nella fase cautelare, con il sequestro preventivo, sulla base di seri indizi di colpevolezza; oppure in seguito a condanna, attraverso la confisca definitiva.

In questa fattispecie, non è richiesta la provenienza illecita del bene, che è invece alla base della confisca di prevenzione disciplinata dall'art. 240 del Codice penale; si pone invece in risalto la sproporzione tra reddito dichiarato e valore dei beni, ponendo a carico del soggetto interessato dell'onere di fornire la documentazione attestante la legittima provenienza del bene stesso.

La legge non fa riferimento alla titolarità formale dei beni, ma alla disponibilità sostanziale degli stessi, perché si vuole evitare che l'effettiva disponibilità del bene sia occultata tramite l'intestazione fittizia ad altri soggetti, qualunque sia la forma adottata: la “disponibilità” del bene può essere infatti “diretta” (titolarità del diritto di proprietà, del diritto reale, del diritto di credito, etc.) o “indiretta” oppure “per interposta persona fisica o giuridica”. Naturalmente, spetta al giudice fornire elementi gravi, precisi e concordanti sull'interposizione fittizia.

In base al comma 2 *ter* dell'art. 12 *sexies*, quando non è possibile procedere alla confisca del denaro e dei beni sopra individuati, il giudice ordina la confisca di altre somme di denaro, beni e altre utilità per un valore equivalente, delle quali il reo ha la disponibilità, anche per interposta persona (c.d. confisca per equivalente).

⁸ Cfr. par. 1.2. del presente capitolo.

⁹ Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, *“Linee guida in materia di amministrazione giudiziaria dei beni sequestrati e confiscati”*, Roma, 2015, pag.11

Nel quadro degli strumenti di prevenzione, il sequestro di prevenzione ha natura cautelare, con carattere strumentale rispetto alla confisca disposta con il decreto conclusivo del procedimento di prevenzione, misura che a sua volta comporta la definitiva devoluzione del bene sequestrato a vantaggio dello Stato.

Per l'applicazione del sequestro preventivo devono ricorrere, da un punto di vista soggettivo, i soli presupposti previsti per l'applicazione delle misure di prevenzione a carattere personale, quindi nello specifico è necessario accertare un legame del soggetto preposto con associazioni di tipo mafioso o l'esistenza di indizi di appartenenza all'associazione (c.d. pericolosità qualificata); ancora, rileva anche semplicemente la condizione per la quale il soggetto non risulti direttamente legato ad associazioni di tipo mafioso ma si abbia la certezza che lo stesso sia dedito alla commissione dei reati (c.d. pericolosità semplice).

Per quanto attiene al presupposto di carattere oggettivo occorre accertare, in riferimento ai beni da sequestrare, la disponibilità degli stessi da parte del preposto e l'esistenza di sufficienti indizi tali da fare ritenere che detti beni siano il frutto di attività illecita o ne costituiscano il reimpiego. La confisca di prevenzione è una misura ablatoria patrimoniale, applicata a prescindere di una previa condanna penale, avente ad oggetto beni che risultino essere il frutto di attività illecite o il reimpiego delle stesse.

Il Codice antimafia prevede all'art.20 il sequestro, strumentale alla successiva misura di confisca, di cui all'art.24; accanto a queste misure, al Capo V, vi sono la cauzione e le garanzie reali, art.31; l'amministrazione giudiziaria dei beni personali, art.33; l'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche e delle aziende, art.34 e il nuovo controllo giudiziario, ex art.34-*bis*.

1.2. L'insidiosa natura della confisca di prevenzione.

La confisca di prevenzione fa ingresso nel nostro ordinamento, con la Legge n.646/1982¹⁰ (c.d. Rognoni – La Torre), implementando e arricchendo il sistema delle misure di prevenzione e affiancando alle misure di carattere personale quelle "patrimoniali" del sequestro e della confisca.

Si era constatato che le organizzazioni criminali di tipo mafioso riuscissero, grazie alle proprie risorse economico-finanziarie e alle proprie elevate capacità di condizionamento, ad infiltrarsi nei più disparati settori dell'economia; pertanto, la confisca dei beni dell'indiziato, appartenente

¹⁰ La legge Rognoni – La Torre, del 1982, introdusse il reato di associazione per delinquere di tipo mafioso nel codice penale italiano. La Torre capì che per dare una svolta alla criminalità organizzata era necessario colpire proprio le ricchezze e i patrimoni accumulati, per indebolire le associazioni criminali, diminuendo il loro prestigio e potere.

ad un sodalizio di stampo mafioso, viene a rappresentare la più energica reazione dello Stato all'accumulazione capitalistica mafiosa.

La confisca ex art.240 c.p. si era rivelata inadeguata, poiché misura di sicurezza patrimoniale collocata tra le sanzioni accessorie *post delictum*, applicate dal giudice a prescindere dall'accertamento del requisito della pericolosità sociale (requisito soggettivo), e ancorate ad una valutazione di pericolosità della cosa legata alla commissione dell'illecito¹¹.

Nella sua versione ordinaria la confisca pretende un nesso di c.d. "pertinenzialità" dei beni destinati a commettere il reato o dei beni che del reato ne rappresentino il prodotto, il profitto o il prezzo, rispetto al fatto commesso.

Già da questo quadro emergono i limiti applicativi di tale misura nelle fattispecie di aggressione dei patrimoni mafiosi, limiti quali: a) lo stesso nesso di pertinenzialità tra la *res* e la fattispecie criminosa; b) il potere di ordinare la confisca, subordinato alla pronuncia di una sentenza di condanna; c) l'espressa previsione della inapplicabilità della misura se la cosa appartiene a persona estranea al reato, il che non agevola l'ablazione di beni formalmente appartenenti a terzi, estranei al reato, ma nella sostanziale disponibilità del condannato.

La confisca di prevenzione supera queste limitazioni non richiedendo il requisito della pertinenzialità per la sua adozione, trattasi infatti di una misura *ante delictum* che prescinde dall'accertamento di uno specifico fatto di reato; come conseguenza logica non si richiede neppure una pronuncia in termini di condanna da parte del giudice.

L'applicazione disgiunta delle misure personali e patrimoniali, che consente di prescindere dall'accertamento della pericolosità del preposto, ha suggerito piuttosto una natura sanzionatoria della misura, e suscitato agli interpreti l'interrogativo circa la legittimità dell'istituto, soprattutto alla luce della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà (c.d. CEDU) fondamentale in materia penale.

Tanto la Corte costituzionale quanto la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo hanno affermato la piena compatibilità e conformità delle misure di prevenzione patrimoniali rispetto ai principi sanciti in Costituzione, con l'evidente sacrificio di un interesse privato, quale la proprietà privata, a vantaggio di un interesse generale, cioè l'esercizio della libertà di iniziativa economica, ex art.41 Cost., in condizioni di legalità.¹²

Quindi resta da chiedersi, qual è la natura della confisca di prevenzione?

Al fine di delinearne inequivocabilmente lo statuto garantistico costituzionale e convenzionale, rispetto a tale confisca di prevenzione sono state prospettate, in dottrina e in giurisprudenza, tesi diverse quanto alla sua possibile natura giuridica.

¹¹ A. Surano, "La Confisca di prevenzione di cui al Codice Antimafia", 2016, Articolo pubblicato su: "FiloDiritto", www.filodiritto.com.

¹² F. Menditto, "Lo Statuto convenzionale e costituzionale delle misure di prevenzione, personali e patrimoniali.", 14 ottobre 2019, in Giurisprudenza Penale Web, www.giurisprudenzapenale.com.

In dottrina gli autori più vicini ai profili di tutela garantistica la riconducono al *genus* sanzionatorio-punitivo.¹³

Analogo orientamento in giurisprudenza, la quale si è trovata, in una nota sentenza, ad affermare la natura “oggettivamente sanzionatoria” della misura di prevenzione.

Possiamo citare in materia il noto giurista Fiandaca, il quale, ancor più radicale, ritiene che tali misure spieghino una natura preventiva, perché evitano l'inserimento, nell'economia legale, di patrimoni di sospetta legittimità e, fungendo da regolatori dell'economia, costituirebbero misure amministrative e non penali, tanto che addirittura potrebbero essere irrogate anche da un'autorità amministrativa.

La Corte costituzionale, nella sentenza n. 24 del 2019¹⁴, arriva a spiegate conclusioni sulla natura giuridica della confisca di prevenzione e sui principi costituzionali e convenzionali che ne giustificano lo statuto di garanzia, aprendo uno scenario che guarda alle norme di diritto privato.

La Consulta esclude che la confisca abbia natura sanzionatoria, afferma che l'ablazione dei beni costituisce la naturale conseguenza della loro illecita acquisizione, quindi la conseguenza del vizio genetico, nella costituzione dello stesso diritto di proprietà, cade in capo a chi ne abbia acquisito la materiale disponibilità.

L'obiettivo primario del sequestro e della confisca non è la punizione della condotta del soggetto, bensì far venire meno il rapporto di fatto del soggetto con il bene, dal momento che tale rapporto si è costruito in modo non conforme all'ordinamento giuridico.

La confisca possiede un carattere meramente ripristinatorio della situazione che si sarebbe creata in assenza dell'illecita acquisizione del bene.

Nell'affermare ciò, la Consulta richiama la giurisprudenza della Corte di Strasburgo che ha sempre escluso la natura penale della confisca di prevenzione, riconoscendo che misure analoghe alla stessa svolgono una funzione compensatoria e preventiva.

¹³ F. Di Paola, “*La natura ripristinatoria della confisca di prevenzione, l'ultima frode delle etichette?*”, 3 giugno 2020, nota a Corte Costituzionale n. 24/2019, in *Diritto di Difesa*, La Rivista dell'unione delle Camere penali italiane, Giuffrè Francis Lefebvre, www.dirittodidifesa.eu.

¹⁴ Oltre ad una pronuncia sulla natura della confisca di prevenzione, nell'ambito di un proficuo “dialogo tra le Corti” e del c.d. costituzionalismo multilivello, la sentenza della Corte Costituzionale n. 24/2019, in attuazione delle indicazioni della sentenza della Corte Edu “*De Tommaso*”, ha dichiarato l'incostituzionalità della categoria dei destinatari di cui all'art. 1, c. 1, lett. a) d.lgs. 159/2011 (“coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi”); la Corte, inoltre contesta la mancanza di ragionevolezza di tale fattispecie, nel senso che ritiene il generico riferimento a traffici delittuosi non idoneo a fondare quella presunzione di illecito arricchimento su cui si fondano le misure patrimoniali.

Il lavoro evidenzia, inoltre, l'apprezzabile e inedito rigore giurisprudenziale nell'accertamento della pericolosità generica, definito dalla Corte Costituzionale sforzo di “tassativizzazione” di carattere processuale, anche se non mancano le ambiguità e i passi indietro, perché le misure di prevenzione rimangono strutturalmente aperte ad abusi applicativi rappresentando il regno dell'indizio, in luogo della prova. Nonostante la Corte Costituzionale, inoltre, distingua nettamente i due profili della tassatività sostanziale e processuale, si evidenziano i legami tra questi due aspetti in quanto il principio di legalità è realmente rispettato solo se i fatti in giudizio sono correttamente provati in un regolare processo e la presunzione d'innocenza, prima ancora di garantire in sede processuale il rispetto del principio di colpevolezza, dovrebbe garantire il pieno rispetto del principio di legalità.

Il sequestro e la confisca di prevenzione incidono pesantemente sui diritti di proprietà e di iniziativa economica, tutelati a livello costituzionale e convenzionale, pertanto devono rispettare le garanzie richieste ex artt. 41 e 42 Cost., quali la previsione attraverso una legge e la “necessarietà” stessa della restrizione, nonché un'applicazione disposta in esito ad un procedimento.

La Corte, nell'intento di evitare che la confisca ex art.24 d.lgs. 159/2011 fosse dichiarata costituzionalmente illegittima ed eliminata, ne individua uno statuto garantistico in chiave civilistica, annoverando la stessa tra gli istituti di diritto privato.

A conclusione di tale ragionamento è bene richiamare la posizione della Corte EDU, la quale si è espressa per la compatibilità Convenzionale della confisca antimafia, argomentando sulla indispensabilità di simili misure, nel quadro delle politiche criminali volte a combattere il fenomeno della criminalità organizzata.¹⁵

Per la Corte, la misura di prevenzione italiana ha una funzione diversa rispetto alla sanzione penale, poiché quest'ultima tende a punire la violazione di una norma penale, ed è subordinata all'accertamento di un reato e alla colpevolezza dell'imputato; mentre la misura di prevenzione non presuppone un reato, piuttosto tende a prevenirne la commissione da parte di soggetti ritenuti pericolosi.

Nonostante i pareri divergenti, che si sono fatti spazio nel quadro giurisprudenziale europeo, diventa fondamentale, a questo punto, l'esame della nota sentenza Engel ed altri c. Paesi Bassi¹⁶, con la quale la Corte europea dei diritti dell'uomo ha elaborato tre distinti criteri utili ogni qualvolta si debba stabilire la natura penale di un procedimento distinguendolo da quelli civili, amministrativi o disciplinari; nonché la nota sentenza Ozturk¹⁷, con la quale si è discusso un caso di illecito amministrativo depenalizzato in materia di circolazione stradale.

La Corte Edu conferisce importanza alle scelte dei singoli Stati di qualificare come “penale” una determinata materia, quindi di ricollegare al relativo procedimento le garanzie tipiche del processo penale previste entro la CEDU (criteri Engel, art.6 e art.7).

Lì dove il singolo Stato ritiene di escludere un determinato procedimento dall'applicazione delle stringenti garanzie penalistiche, la Corte potrà esercitare una valutazione di tipo sostanziale, perché, se così non fosse, si finirebbe col subordinare l'operatività di alcuni dei diritti fondamentali stabiliti dalla Convenzione al mero arbitrio del legislatore nazionale.

I sopracitati criteri Engel, alternativi e non cumulativi tra loro, riconducono inevitabilmente la confisca di prevenzione alla nozione di materia penale: il primo consiste nella qualificazione

¹⁵ F. Di Paola, “*La natura ripristinatoria della confisca di prevenzione, l'ultima frode delle etichette?*”, 3 giugno 2020, nota a Corte Costituzionale n. 24/2019, in *Diritto di Difesa, La Rivista dell'unione delle Camere penali italiane*, Giuffré Francis Lefebvre, www.dirittodidifesa.eu.

¹⁶ Sentenza, già citata, del 8 giugno 1976 Engel ed altri contro Paesi Bassi, serie A n. 22.

¹⁷ Sentenza 21 febbraio 1984 Ozturk c. Germania, serie A n. 73.

giuridica offerta dal diritto interno; il secondo nella natura dell'illecito e il terzo nel grado di severità della sanzione.

Sotto altro profilo l'appartenenza delle misure di prevenzione patrimoniali al novero delle pene discende da un argomento tratto da un importante sentenza della Corte costituzionale italiana, la n. 177/80.

Si evidenzia che se la fattispecie della pericolosità è fatta rientrare nel perimetro garantistico elaborato per il reato, anche la fattispecie della misura di prevenzione deve poter essere annoverata entro la medesima natura della pena.

Infine, quindi, ci si accorge di come il criterio della qualificazione giuridica interna debba inglobare anche argomenti desunti dalla complessiva esperienza dei valori costituzionali dell'ordinamento nazionale.

La valutazione dell'origine illecita del patrimonio, unita al dato della applicazione definitiva della misura e dell'ampiezza della lesione, che può colpire l'intero patrimonio del proposto, devono far propendere per la natura penale e sanzionatoria della confisca di prevenzione.

2. La figura dell'amministratore giudiziario: nomina e doveri dell'incarico.

Nell'ordinamento giuridico italiano la figura dell'amministratore giudiziario svolge un ruolo del tutto peculiare, in quanto dotato di proprie caratteristiche e funzioni che non lasciano spazio ad accostamenti ad altre professionalità.¹⁸

Il Codice antimafia qualifica lo stesso quale "pubblico ufficiale" in virtù della particolare natura dell'incarico svolto; inoltre è prevista l'istituzione di uno specifico albo professionale entro il quale possono iscriversi alcune categorie di soggetti aventi particolari requisiti professionali e morali.¹⁹

La complessità e vastità della materia richiedono una ricca preparazione professionale: l'amministratore giudiziario deve mettere in atto un approccio sistematico e disciplinare nei campi dell'economia, del diritto, ma anche, spesso, nel campo dell'edilizia.²⁰

Il professionista deve conciliare il principio di legalità con le esigenze proprie dell'ambito territoriale in cui è chiamato ad intervenire. La delicatezza stessa della funzione impone una gestione rigorosa, non sprovvisa, come ci è chiaro, di poche responsabilità.

¹⁸ Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, *"Linee guida in materia di amministrazione giudiziaria dei beni sequestrati e confiscati"*, Roma, 2015.

¹⁹ Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, *"Linee guida in materia di amministrazione giudiziaria dei beni sequestrati e confiscati"*, Roma, 2015.

²⁰ Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, *"Linee guida in materia di amministrazione giudiziaria dei beni sequestrati e confiscati"*, Roma, 2015.

I lineamenti di tale figura, in passato poco tracciati e poco chiari, si sono delineati nel tempo grazie ad interventi normativi susseguiti in materia di misure cautelari reali, soprattutto di prevenzione, trovando negli ultimi anni una migliore definizione proprio grazie al D.lgs. n.159/2011 (c.d. Codice antimafia), come riformato con legge n.161/2017.

Norma di riferimento è il dispositivo dell'art.35 Codice antimafia, il quale al comma 1 dispone che, attraverso il provvedimento di sequestro, il tribunale nomina il giudice delegato alla procedura e un amministratore giudiziario. La nomina di quest'ultimo non è numericamente limitata poiché, qualora la gestione dei beni sia particolarmente complessa, il tribunale può nominare più amministratori giudiziari e stabilire se essi possano operare disgiuntamente.²¹

Egli deve costruire un rapporto fiduciario con l'Autorità Giudiziaria procedente, infatti la stessa fase dell'esecuzione del sequestro viene pre-concordata a fronte di quelli che sono i beni colpiti, spesso dislocati in aree territoriali differenti.²²

L'art.35, comma 5, stabilisce che *‘l'amministratore giudiziario riveste la qualifica di pubblico ufficiale deve adempiere con diligenza ai compiti del proprio ufficio. Egli ha il compito di provvedere alla custodia, alla conservazione e all'amministrazione dei beni sequestrati nel corso dell'intero procedimento, anche al fine di incrementare la redditività dei beni medesimi’*.

23

Nell'ambito delle sue funzioni, l'amministratore giudiziario può porre in essere tutti gli atti di ordinaria amministrazione funzionali alla gestione degli *assets* aziendali, mentre, per gli atti di straordinaria amministrazione, necessita della specifica autorizzazione da parte del giudice delegato, come previsto dagli artt.40, comma 3, e 41, comma 2 del Codice antimafia.²⁴

Tali disposizioni consentono una proficua gestione da parte dell'amministratore giudiziario, ma anche di evitare che egli stesso possa porre in essere attività straordinarie, senza il vaglio preventivo del giudice delegato.

In ogni caso trattasi di norme che, seppure in determinate situazioni possano comportare una limitazione ad una tempestiva risposta rispetto alle problematiche di gestione straordinaria, rappresentano pur sempre una salvaguardia per l'amministrazione stessa, in quanto le attività straordinarie, suggerite dall'amministrazione, saranno poi condivise, in sede autorizzatoria, dal giudice delegato, spesso anche con il parere del PM.²⁵

²¹ A. Palazzolo, *‘L'impresa in amministrazione giudiziaria tra Stato e mercato.’*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2020.

²² Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, *‘Linee guida in materia di amministrazione giudiziaria dei beni sequestrati e confiscati’*, Roma, 2015.

²³ D.Lgs. n. 159/2011, art.35, comma 5.

²⁴ Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, *‘Linee guida in materia di amministrazione giudiziaria dei beni sequestrati e confiscati’*, Roma, 2015.

²⁵ Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, *‘Linee guida in materia di amministrazione giudiziaria dei beni sequestrati e confiscati’*, Roma, 2015.

Nell'alveo di doveri rimessi all'amministratore giudiziario è raccomandata una certa prudenza nella gestione dei propri poteri, segnalandosi l'opportunità di una preventiva informativa al giudice delegato²⁶, anche nei casi in cui i poteri attribuiti consentano di porre in essere determinate operazioni.

L'amministratore giudiziario non deve neppure abusare del ricorso alle preventive autorizzazioni da parte del giudice delegato, in quanto, in presenza di una copiosa attività gestionale, il giudice delegato si troverebbe sommerso da un eccessivo numero di richieste.²⁷

In conclusione, la nomina di un amministratore giudiziario, ma più in generale la procedura in amministrazione giudiziaria, comporta un fenomeno di etero-direzione dell'impresa: il *vulnus* dell'attività si svolge nelle mani di un soggetto che nulla ha avuto a che vedere con la vita d'impresa e che si trova, nella particolare situazione creatasi, a dover soddisfare una serie di interessi per il ripristino della situazione quo ante mutata.

2.1. L'art.41 del Codice antimafia: la relazione dell'amministratore giudiziario.

Fra gli obblighi dell'amministratore giudiziario rientra, principalmente, quello di informare costantemente il giudice delegato mediante il deposito di relazioni.

Fondamentali sono le relazioni introduttive: la relazione ex art.36 Codice antimafia che fornisce un quadro sullo stato e la consistenza dei beni sequestrati, e la relazione ex art.41 Codice antimafia che illustra la sussistenza o meno di prospettive di continuazione dell'impresa.²⁸

Tali relazioni, seppure intervengano in due fasi procedimentali diverse, risultano strettamente correlate: infatti il legislatore, nella nuova formulazione dell'art.36, prevede che l'amministratore giudiziario individui i provvedimenti da adottare per la liberazione dei beni sequestrati, in virtù soprattutto degli obiettivi su cui è incentrato il programma di intervento, ai sensi dell'art.41.

Dovendo individuare anche la conseguente redditività, l'amministratore giudiziario è chiamato a compiere scelte non solo di carattere professionale ma anche di tipo manageriale. Questo perché le indicazioni riportate all'interno della relazione saranno prese a base nella successiva fase in camera di consiglio, in cui sarà assunta la decisione di proseguire o riprendere l'attività

²⁶ Il giudice delegato è infatti il principale interlocutore dell'amministratore giudiziario, con il quale intrattiene un vero e proprio rapporto di fiducia, ma rispetto al quale ricopre meramente una generale funzione di direzione dell'amministrazione, attraverso il potere c.d. "autorizzativo", cfr. A.Palazzolo, 2020,, *"L'impresa in amministrazione giudiziaria tra Stato e mercato."*, Torino, Giappichelli Editore.

²⁷ Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, *"Linee guida in materia di amministrazione giudiziaria dei beni sequestrati e confiscati"*, Roma, 2015.

²⁸ Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, *"La riforma del codice antimafia: le problematiche applicative e il ruolo del professionista post-riforma"*, Roma, 2018.

economica, nonché sempre in camera di consiglio verrà discussa la modalità di ripresa e verrà discusso il relativo programma di attuazione.²⁹

La relazione di cui all'art.41 prevede al suo interno: a) ulteriori dati acquisiti, integrativi della relazione già presentata ex art.36; b) l'esposizione della situazione patrimoniale, con lo stato analitico delle attività; c) una dettagliata analisi sulla sussistenza di concrete possibilità di prosecuzione o di ripresa dell'attività, tenuto conto del grado di caratterizzazione della stessa, della natura dell'attività esercitata, delle modalità e dell'ambiente in cui è svolta, della forza lavoro occupata. Nel caso di proposta di prosecuzione o di ripresa dell'attività è allegato un programma contenente la descrizione delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta; d) la stima del valore di mercato dell'azienda; e) l'indicazione delle attività esercitabili solo su autorizzazione.³⁰

Deve indicarsi anche l'elenco dei creditori e di coloro che vantano diritti reali o personali, di godimento o di garanzia, sui beni oggetto di sequestro, con la specificazione dei crediti che originano dai rapporti pendenti ex art.56 del medesimo Codice, dei crediti legati a rapporti commerciali essenziali per la prosecuzione dell'attività e dei crediti che riguardano rapporti esauriti.

Dovrà essere allegato l'elenco nominativo delle persone che risultano prestare o aver prestato attività lavorativa in favore dell'impresa.³¹

Alla luce di quanto appena elencato, mi pare evidente la difficoltà che l'amministratore giudiziario spesso incontra nella stesura della relazione, soprattutto in ordine alla specificità richiesta dalla stessa rispetto al punto inerente all'analisi circa la sussistenza di concrete possibilità di prosecuzione o ripresa dell'attività aziendale.

La legge di riforma ha inserito all'art.41 il comma 1-*sexies*, il quale prevede che il tribunale esamini la proposta di prosecuzione o ripresa alla presenza non solo del PM e dell'ANBSC (Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati), ma anche dei difensori delle parti che vengono sentiti se compaiono.

Così facendo il legislatore ha assimilato il procedimento di prevenzione alle procedure concorsuali, anziché provare a dettare una disciplina peculiare, unicamente indirizzata alla procedura in esame.³²

Particolare attenzione merita la novella dell'ultima parte del punto c) dell'art.41 Codice antimafia. La riforma prevede che il programma, contenente la descrizione analitica delle

²⁹ Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, *“La riforma del codice antimafia: le problematiche applicative e il ruolo del professionista post-riforma”*, Roma, 2018.

³⁰ Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, *“La riforma del codice antimafia: le problematiche applicative e il ruolo del professionista post-riforma”*, Roma, 2018.

³¹ Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, *“La riforma del codice antimafia: le problematiche applicative e il ruolo del professionista post-riforma”*, Roma, 2018.

³² Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, *“La riforma del codice antimafia: le problematiche applicative e il ruolo del professionista post-riforma”*, Roma, 2018.

modalità e dei tempi di adempimento della proposta, debba essere corredato, “previa autorizzazione da parte del giudice”, dalla relazione di un professionista, che attesti la veridicità dei dati aziendali.

Un primo orientamento sarebbe propenso nel prevedere l'obbligatorietà di anzidetta relazione in tutte le ipotesi in cui si prospetti la prosecuzione dell'attività. Un altro orientamento, guardando all'inciso “previa autorizzazione del giudice delegato”, ritiene che spetti allo stesso giudice il potere di decidere se acquisire o meno detta relazione (potere di amministrazione straordinaria).

Una lettura più vicina alle dinamiche della procedura di prevenzione lascia intendere che quest'ultima interpretazione possa essere la più applicata, in quanto la richiesta della relazione di un esperto debba essere limitata alle sole ipotesi di gestione di impresa che coinvolgano un elevato valore economico.

Altra criticità riguarda la consapevolezza che per predisporre il programma di prosecuzione o ripresa dell'attività economica e rilasciare poi l'attestazione, si dovrebbe procedere in primo luogo ad una revisione di tutta la contabilità aziendale, e poi costruire un programma di intervento sulla base dei dati aziendali raccolti. Solo individuando l'obiettivo specifico, l'amministratore giudiziario potrà delineare il percorso tecnico ed economico per arrivare al risultato concordato.³³

In ultimo va stimato il profilo delle responsabilità personali dell'amministratore rispetto al programma e al conseguente raggiungimento dei risultati prefissati: l'esperienza mi fa credere che la giusta soluzione al problema sia che il programma di prosecuzione o di ripresa possa subire un *iter* di molteplici controlli, che fosse più volte approvato in camera di consiglio, così da poter prevedere i necessari aggiustamenti in corso di esecuzione, ed evitando il passaggio “meccanico” che prevede la presentazione al Tribunale e l'approvazione da parte di questo con decreto motivato e indicazione delle direttive per la gestione d'impresa.

Alla luce dei dati normativi sembra che una riforma di questo tipo rischi di aumentare le statistiche di immediata cessazione dell'attività, così generando, in seno all'opinione pubblica, sfiducia nell'intervento di bonifica quale si presenti essere l'amministrazione giudiziaria.

³³ Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, “*La riforma del codice antimafia: le problematiche applicative e il ruolo del professionista post-riforma*”, Roma, 2018.

2.2. L'operato dell'amministratore giudiziario: scissione o fusione tra amministratore di fatto e amministratore "di diritto"?

Risulta lecito aprire il nostro discorso con un quesito: gli amministratori giudiziari, nello svolgimento delle funzioni a loro rimesse, possono considerarsi di fatto equiparabili agli amministratori ordinari della società o dell'impresa coinvolta nella misura ex art.34 CAM?

L'art.104 *bis* disp. att. c.p.p. dispone che, in ipotesi di sequestro preventivo di società, segue la nomina di un amministratore giudiziario, a dimostrazione che l'affidamento della gestione societaria, ad un amministratore giudiziario, sia rimesso alla valutazione discrezionale del giudice.³⁴

Il giudice dovrà vagliare suddetta possibilità tenendo conto delle ragioni di conservazione sottese alla misura e delle esigenze occupazionali e produttive che si prospettino a favore di una continuità dell'attività societaria.

Il sequestro preventivo delle partecipazioni societarie e dell'azienda, inoltre, non incide sull'organizzazione "corporativa" della società, cioè non comporta la sostituzione degli amministratori ordinari con l'amministratore giudiziario, il quale non diviene né imprenditore, né nuovo amministratore, né legale rappresentante della società.³⁵

A sostegno di ciò possiamo citare l'art.2908 c.c., in virtù del quale *"l'autorità giudiziaria può costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici"*, per cui il provvedimento giudiziario inciderà sull'assetto corporativo della società o sugli organi della stessa solo in presenza di espressa previsione in esso contenuta, questo perché ove il legislatore abbia inteso, in passato, conferire al provvedimento un'efficacia sostitutiva degli organi societari lo ha espressamente fatto, senza alcun problema.³⁶

Lo stesso art.2409 c.c., tra le disposizioni generali sulle società, al comma 4, in tema di c.d. sostituzione "gestoria", prevede che il tribunale, accertate le violazioni di cui al comma 1, possa revocare l'organo assembleare e nominare un amministratore giudiziario, che si sostituirà direttamente entro la società, a fronte di gravi irregolarità poste in essere dagli amministratori a danno della società stessa.

Questa disposizione non sortisce, però, l'automatico effetto sostitutivo dell'amministratore giudiziario sull'organo di gestione, ma soprattutto non possiamo parlare di *analogia legis* e richiamare l'art.2409 c.c. dandone applicazione nella fattispecie del sequestro penale, poiché, mentre il sequestro "penale" soddisfa esigenze preventive di tutela pubblicistica proprie

³⁴ Cfr. art. 104 *bis* disposizioni attive al Codice di procedura penale.

³⁵ N. Pisani, *"Responsabilità penali e gestione di impresa in regime di amministrazione giudiziaria"*, in *Diritto Penale Contemporaneo Rivista Trimestrale*, 2016.

³⁶ N. Pisani, *"Responsabilità penali e gestione di impresa in regime di amministrazione giudiziaria"*, in *Diritto Penale Contemporaneo Rivista Trimestrale*, 2016.

dell'ordinamento penalistico, la norma citata persegue una funzione specifica di tutela della struttura societaria o delle società controllate.³⁷

Anzidetto ragionamento mi spinge ad escludere la possibilità di equiparare pienamente l'amministratore giudiziario agli amministratori ordinari della società. Infatti, diversi sono i poteri attribuiti all'amministratore giudiziario, afferenti solo alla gestione dell'impresa societaria, con esclusione dei poteri connessi all'organizzazione della società.

La stessa Corte di Cassazione si è pronunciata, cogliendo la palla al balzo attraverso un caso del 2018³⁸, sulla figura dell'amministratore giudiziario, ufficio di diritto pubblico che si sostanzia in poteri di rappresentanza ed amministrazione ordinaria del bene.

La Cassazione ha però avuto cura di sottolineare che i poteri comunque riconosciuti all'amministratore giudiziario incontrano un limite naturale conformato alla natura del bene sottoposto a vincolo giudiziale, con la conseguenza che, nel caso in cui l'oggetto del sequestro siano beni aziendali e capitale sociale di una persona giuridica, l'amministrazione giudiziaria si affianca e non sostituisce l'organo amministrativo, per preservare la funzionalità della persona giuridica.³⁹ Pertanto, alla custodia statica riconosciuta all'amministratore giudiziario viene a giustapporsi la gestione dinamica dell'impresa al fine della sua conservazione nel mercato.

L'altro profilo rilevante riguarda la tematica della responsabilità civile degli amministratori, le cui norme di riferimento contenute nel Codice civile (artt. 2392, 2393 e 2394 c.c.) sembrerebbero non trovare applicazione nei confronti dell'amministratore giudiziario.⁴⁰

L'art.94 delle disp.att. c.c., in materia di responsabilità dell'amministratore giudiziario nominato ex art.2409 c.c., si limita a prevedere che egli debba adempiere ai propri doveri con la diligenza richiesta alla luce della natura del proprio ufficio, e che possa essere revocato dall'incarico da parte del tribunale su richiesta dei soggetti legittimati a pretenderne la nomina.⁴¹

Vi è però un'ipotesi in cui possiamo parlare di equiparazione dell'amministratore di fatto con l'amministratore "di diritto": quando l'amministratore giudiziario esercita i diritti sociali derivanti dalle quote societarie, oggetto del sequestro, con la conseguente assunzione di tutte le responsabilità proprie del ruolo, egli è responsabile della correttezza della gestione nei confronti

³⁷ La norma persegue un obiettivo di ripristino della legalità e della regolarità della gestione della società. Il giudizio sulla diligenza dell'amministratore nell'adempimento del proprio mandato non può mai investire le scelte di gestione o le modalità e le circostanze di tali scelte, anche se presentino profili di rilevanza economica.

Il procedimento ex art.2409 c.c. Si caratterizza per il requisito della residualità: in particolare, le irregolarità gestionali suscettibili di denuncia devono involgere l'intera attività della società, mentre non assume rilievo l'illegittimità di singoli atti, autonomamente impugnabili. Non può ammettersi l'applicazione di tale disposizione nel caso in cui le irregolarità gestionali denunciate abbiano perso il requisito dell'attualità nel corso del procedimento.

³⁸ Cassazione, sent. n. 24663/2018.

³⁹ A. Villafrate, *"Il ruolo dell'amministratore giudiziario spiegato dalla Cassazione"*, 6 giugno 2018, in Studio Cataldi il diritto quotidiano, www.studiocataldi.it

⁴⁰ N. Pisani, *"Responsabilità penali e gestione di impresa in regime di amministrazione giudiziaria"*, in *Diritto Penale Contemporaneo Rivista Trimestrale*, 2016.

⁴¹ Art. 94 disposizioni attive al Codice civile.

dei soci e dei terzi, secondo le norme sulla responsabilità civile, dettate per gli amministratori di società e contenute nel Codice civile.⁴²

In generale deve dirsi che il mancato rinvio alle norme sulla responsabilità civile esonera l'amministratore giudiziario da qualsiasi responsabilità civile verso i creditori, salvo i casi di dolo o colpa grave; mentre riguardo a quella penale, atteso il principio cardine del nostro ordinamento secondo il quale nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente previsto dalla legge come reato, occorre fare riferimento alla qualifica di pubblico ufficiale dell'amministratore giudiziario ed alle connesse fattispecie tipiche.

Anche a tal proposito, comunque, è fondamentale considerare sempre che l'amministratore giudiziario gestisce, in via sostitutiva, "per conto di chi spetta" ed opera sotto la direzione del giudice delegato, che deve preventivamente autorizzare tutti gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione.⁴³

Da quanto affermato emerge che gli amministratori giudiziari non assumano la qualifica soggettiva contemplata dalla fattispecie di reato societario e fallimentare, poiché le norme contenute nel codice civile, a cui ho fatto poc'anzi cenno, sono funzionali anche alla ricostruzione della responsabilità penale dell'amministratore giudiziario, in quanto ne delimitano l'ambito di estensione della c.d. qualifica soggettiva entro la cornice penale.⁴⁴

Sembrerebbe che, alla luce di quanto ampiamente esposto, possa esaurirsi la trattazione della tematica, avendo escluso la piena equiparazione dell'amministratore giudiziario alla figura di amministratore ordinario, ma in realtà rimane ancora qualcosa da aggiungere.

Nello specifico occorre stabilire se e in che misura l'esercizio dei poteri di gestione dell'impresa societaria, derivanti dalla nomina di amministratore giudiziario, possa comunque integrare la qualifica di amministratore ordinario, quale soggetto formalmente investito dell'incarico, attraverso l'operato del "c.d. soggetto di fatto" (cioè l'amministratore giudiziario).

Caposaldo della disciplina è la dissociazione tra gestione dell'impresa sociale e amministrazione della società, ma frequentemente accade che l'amministratore giudiziario assuma il ruolo di imprenditore.

Nella figura di amministratore possono distinguersi due diversi poteri: da un lato i poteri di amministrazione, che incidono sull'impresa sociale e che appartengono all'amministrazione dinamica dell'azienda; d'altro lato ci sono i poteri amministrativi, che invece attengono alla società come soggetto e alla sua gestione patrimoniale.

⁴² N. Pisani, *'Responsabilità penali e gestione di impresa in regime di amministrazione giudiziaria'*, in *Diritto Penale Contemporaneo Rivista Trimestrale*, 2016.

⁴³ G. Felici, *'L'amministratore giudiziario, un CEO dal munus publicum'*, 9 novembre 2018, Bernoni Grant Thornton, www.bgt-grantthornton.it

⁴⁴ N. Pisani, *'Responsabilità penali e gestione di impresa in regime di amministrazione giudiziaria'*, in *Diritto Penale Contemporaneo Rivista Trimestrale*, 2016.

Solo i poteri amministrativi, in sede di amministrazione giudiziaria, restano in capo agli amministratori ordinari di nomina assembleare (c.d. amministratori di diritto), mentre i poteri di amministrazione, nient'altro che poteri gestori, transitano nella sfera lavorativa dell'amministratore giudiziario, chiamato ad esercitarli secondo le prescrizioni a lui rimesse dall'autorità giudiziaria.⁴⁵

L'amministratore giudiziario non ha il compito della tenuta della contabilità sociale, non soddisfa funzioni relative alla redazione del bilancio; sempre allo stesso non sembrano spettare poteri di disposizione dei beni e poteri di modifica della consistenza patrimoniale, salvo casi eccezionali.

L'amministrazione "ordinaria" della società è caratterizzata da un principio di piena autonomia, che fa da presupposto e fondamento alla responsabilità civile gravante sugli amministratori volontari nei confronti dei soci, dei terzi e dei creditori.

La responsabilità dell'amministratore giudiziario, semmai, ha invece natura extracontrattuale e si collega agli eventuali danni cagionati a terzi nell'esercizio dell'attività a lui rimessa.

Mi sento però di aggiungere che, molto spesso, questa immaginaria linea di demarcazione tra poteri amministrativi e poteri di amministrazione si fa impercettibile, tanto da avvicinare e quasi sovrapporre la figura dell'amministratore giudiziario alla comune qualifica di amministratore ordinario di società.

Resta un ultimo quesito riguardante la possibilità di applicare l'art.2639 c.c. agli amministratori giudiziari, il quale definisce la figura di "amministratore di fatto" e lo assimila alla figura dell'amministratore "di diritto": in particolare occorre stabilire se, per l'equiparazione prevista dalla norma, sia necessario, nella fattispecie in esame, da parte degli stessi, l'esercizio completo dei tipici poteri inerenti alla funzione, oppure sia sufficiente l'esercizio anche solo di una parte di essi.⁴⁶

Secondo un orientamento maggioritario, la clausola di equiparazione ex art.2639 c.c. non dovrebbe trovare applicazione nei confronti di soggetti che svolgano funzioni solo parzialmente riconducibili al modello di amministrazione.

Anche accogliendo la tesi "estensiva", la quale tutela la piena operatività di suddetta clausola, non sono d'accordo nel sostenere una piena equiparazione delle funzioni di amministratore giudiziario a quelle dell'amministratore societario, proprio perché l'amministratore giudiziario esercita solo una parte dei poteri tipici che la legge rimette all'amministratore societario, ossia unicamente i poteri gestori.

⁴⁵ N. Pisani, *"Responsabilità penali e gestione di impresa in regime di amministrazione giudiziaria"*, in *Diritto Penale Contemporaneo Rivista Trimestrale*, 2016.

⁴⁶ N. Pisani, *"Responsabilità penali e gestione di impresa in regime di amministrazione giudiziaria"*, in *Diritto Penale Contemporaneo Rivista Trimestrale*, 2016.

La limitata applicazione della clausola di equiparazione ci porta ad escludere, dalla sfera di rischio penale dell'amministrazione giudiziaria, le fattispecie di reato societarie e fallimentari, in quanto queste ultime pretendono la realizzazione di un abuso nell'esercizio di poteri di amministrazione, il che esorbita dalla sfera di competenza dell'amministratore giudiziario.

2.3. Brevi cenni sull'irrisolto problema dell'esonazione di fatto da responsabilità per il pubblico ufficiale.

L'amministrazione giudiziaria porta inevitabilmente alla creazione di un fenomeno di eterodirezione dell'impresa, ove un soggetto esterno assume le "redini" della gestione per il ripristino di un equilibrio economico e finanziario.

Le conseguenze di tale fenomeno sono due: da una parte troviamo l'esonazione di fatto da responsabilità civile per tutte le operazioni compiute in esecuzione del provvedimento giudiziario; dall'altra parte, la giurisdizione penale cambia sembianze dinanzi all'attività d'impresa.⁴⁷

Ancora, il risultato è quello di provvedimenti giurisdizionali che dettano regole per la gestione dell'impresa, facendosi carico dell'individuazione dell'interesse da tutelare in via prevalente. Si moltiplicano le direttive dell'autorità giudiziaria, le quali danno vita ad un regime di eterodirezione, fondamentale ai fini del giudizio penale sulle pregresse condotte gestorie.

Tutto ciò si riversa inevitabilmente entro il perimetro delle responsabilità penali⁴⁸ connesse all'esercizio dell'attività di impresa.

⁴⁷ N. Pisani, "Responsabilità penali e gestione di impresa in regime di amministrazione giudiziaria", in *Diritto Penale Contemporaneo Rivista Trimestrale*, 2016.

⁴⁸ Nello specifico, in tale caso, possiamo riferire alle ipotesi in cui il rischio di condotta penalmente rilevante in capo all'amministratore giudiziario derivi da un suo comportamento, commissivo od omissivo, che, a prescindere dal connotato del dolo o meno, promani da fatti di cui l'amministratore giudiziario ha concreta potestà.

Ancora, possiamo guardare a situazioni di potenziale illecito penale in cui l'amministratore giudiziario si trova ad operare ineluttabilmente perché nel momento in cui entra nell'azienda "eredita" lo status quo di quest'ultima, il cui esercizio può essere caratterizzato da condotte collaterali di carattere illecito; ovvero, immaginando l'ipotesi più complessa ed impegnativa, ossia quella consistente nella prosecuzione dell'attività d'impresa, si tratta dell'amministratore che nei giorni successivi all'inizio delle sue funzioni apprende della sussistenza di illeciti connessi all'esercizio.

Pur nella consapevolezza che sovente trattasi di "reati propri", la mancanza di responsabilità penale dell'amministratore giudiziario non può essere relegata all'assenza di rappresentanza legale dell'impresa in capo alla sua persona, ma deve trovare asilo nel Codice antimafia.

Apparente baluardo alla responsabilità penale sembrerebbe promanare dall'introduzione dell'art. 35-bis CAM che, al comma 2, prevede che dalla data del sequestro e sino all'approvazione del programma di cui all'articolo 41, comma 1, lettera c) CAM, gli accertamenti sull'azienda sequestrata effettuati da qualsiasi amministrazione dello Stato siano notificati all'amministratore giudiziario e "per un periodo di sei mesi dalla notificazione dell'accertamento è sospesa l'irrogazione delle sanzioni ed entro lo stesso termine l'amministratore giudiziario procede alla sanatoria delle violazioni eventualmente riscontrate, presentando apposita istanza alla pubblica amministrazione interessata, sentito il giudice delegato".

In realtà tale disposizione risulta principalmente riferibile alla responsabilità civile, tuttavia la possibilità prevista dalla norma di sanare alcune violazioni già riscontrate all'atto dell'esecuzione del sequestro consente di evitare l'addebito di talune responsabilità anche penali. Nel momento in cui viene autorizzato il programma presentato dall'amministratore ex art.41 del Codice antimafia, l'amministratore stesso deve ritenersi sollevato da responsabilità penale per quelle situazioni già presenti all'epoca del suo insediamento.

Infatti, il soggetto formalmente responsabile potrebbe trovarsi dinanzi al rischio di un aggravamento della crisi, a seguito di una determinata operazione posta in essere, e decidere comunque di accettarlo.⁴⁹

Nel caso di specie, a fronte di quelle che potranno essere le conseguenze di una simile scelta, a mio avviso parliamo di una situazione psicologica compatibile con il dolo, però dall'altro lato mi chiedo se sia giusto punire l'amministratore per la realizzazione di una condotta rischiosa, da cui derivi il dissesto della società, proprio quando è lo stesso ordinamento a sottrarre, dalla sfera di competenza dell'agente, la gestione e la valutazione di detto rischio d'impresa, come sottolinea l'art.41 del Codice antimafia, secondo il quale il Tribunale di prevenzione, in sede di approvazione della relazione redatta ex art.36 del Codice antimafia, è chiamato ad emettere giudizi sulle concrete prospettive di prosecuzione dell'impresa e, di seguito, è chiamato ad impartire direttive per l'esercizio dell'attività d'impresa.

L'amministratore giudiziario si trova a compiere una serie di operazioni, spesso anche rischiose per le sorti dell'impresa, le quali possono portarlo a fare i conti con uno status di crisi, allora la soluzione più immediata sarebbe quella di riconoscere, in capo allo stesso, la tenuta di una condotta poco attenta e diligente che lo abbia spinto, senza troppa attenzione, verso un punto di non ritorno.⁵⁰

In realtà questa risulterebbe una conclusione affrettata, poiché dall'analisi della normativa e di quanto lo stesso Codice antimafia riconosca far capo all'amministratore giudiziario, quest'ultimo si trova meramente a gestire una realtà imprenditoriale comunque sotto la direzione del tribunale, il quale, attraverso la presa visione della relazione ex art.36, sulla base del programma di gestione redatto dall'amministratore giudiziario, dovrebbe essere in grado di percepire il "rischio" di crisi a cui andrebbe incontro lo stesso amministratore nel suo operato. Quanto appena affermato non vale l'esclusione di una colpa in capo all'amministratore giudiziario, anzi rimane comunque da chiedersi se e in che misura possa rimproverarsi un suo atteggiamento che lo abbia spinto o lo spinga a porre in essere una determinata operazione soprattutto perché spinto da un potere extra societario.

L'apparente notevole autonomia dell'amministratore giudiziario rispetto agli organi delle procedure concorsuali, si traduce paradossalmente in una maggiore esposizione al rischio di incorrere in illeciti di natura penale. Pertanto, sorgono interrogativi in merito al perimetro dell'autonomia dell'amministratore giudiziario per quanto concerne le sue scelte gestionali affinché lo stesso non incorra in rischi di responsabilità penale.

In conclusione, si è pervenuti ad un restringimento dell'arco temporale in cui l'amministratore giudiziario rimarrebbe privo della copertura giudiziaria per fenomenologie e che esulano dalle proprie determinazioni o dai riflessi collaterali di proprie condotte. Nell'arco temporale decorrente dalla data di insediamento ai 30 giorni per conseguire l'autorizzazione ex art.36 del Codice antimafia, la copertura deriverà dal mandato del giudice nel conferimento dell'incarico, sottolineando come l'amministratore giudiziario sia sempre sottoposto alla direzione del giudice delegato. Nella realtà dei fatti è difficile che anzidetto mandato rappresenti una copertura per l'amministratore giudiziario, tanto da evitare il verificarsi di potenziali contestazioni penali a carico dell'amministratore giudiziario.

⁴⁹ N. Pisani, "Responsabilità penali e gestione di impresa in regime di amministrazione giudiziaria", in *Diritto Penale Contemporaneo Rivista Trimestrale*, 2016.

⁵⁰ Altra casistica dalla quale potrebbe sorgere, a carico dell'amministratore giudiziario, una responsabilità penale.

Risposte chiare al nostro quesito non vi sono, per questo mi auguro possa seguire un intervento legislativo che si faccia carico della particolarità della procedura di amministrazione giudiziaria e possa così introdurre una fattispecie di esenzione da responsabilità in favore dell'amministratore giudiziario, il quale si trovi ad aver agito solo in esecuzione ad un provvedimento giudiziario, inerente alla gestione dell'azienda sottoposto a sequestro.

3. La novità dell'art.34-bis nel D.lgs. n.159/2011. L'ambito applicativo e le differenze con l'amministrazione giudiziaria.

La l. n. 161/2017 ha introdotto una nuova misura di prevenzione patrimoniale all'art.34-bis del Codice antimafia. La disposizione ha ad oggetto il controllo giudiziario delle aziende ed è destinata a trovare applicazione in luogo della misura disciplinata ex art.34, nel caso in cui l'agevolazione degli interessi mafiosi risulti "occasionale" ed emergano indizi di una concreta infiltrazione criminale "non stabile".⁵¹

Proprio l'art.34, al comma 8, prevedeva una forma di controllo giudiziario, applicabile solo in caso di revoca dell'amministrazione giudiziaria; l'istituto, scarsamente regolato, aveva un «contenuto prescrittivo molto esiguo», in quanto si limitava ad imporre specifici obblighi informativi per fronteggiare atti in grado di deviare le trasparenti politiche aziendali.⁵²

L'istituto poneva a carico di coloro che godessero della proprietà, dell'uso o dell'amministrazione dei beni una serie di obblighi informativi riguardanti atti di disposizione, di acquisto o altre operazioni, che fossero stati realizzati nell'arco dell'attività d'impresa.

Per un periodo non inferiore a tre anni, questi soggetti dovevano rendere noti al questore e al nucleo di polizia tributaria i movimenti patrimoniali dell'azienda.⁵³

La scarna disciplina risultava priva di ulteriori precisazioni, lasciando residuare in capo all'autorità procedente la piena discrezionalità nel valutare quali fossero le condizioni al verificarsi delle quali dovesse procedersi all'attuazione del controllo. Mancava inoltre la specificazione dei casi nei quali disporre la revoca dell'amministrazione giudiziaria e nei quali invece adottare, contestualmente alla data di scadenza della stessa, il provvedimento ex art.34, comma 8.

⁵¹ L. Peronaci, "Dalla confisca al controllo giudiziario delle aziende: il nuovo volto delle politiche antimafia. I primi provvedimenti applicativi dell'art.34-bis D.Lgs. 159/2011", in *Giurisprudenza Penale Web*, 2018, 9.

⁵² M. BIFFA, G. GRIECO, "Ancora guerra tra imprese e magistratura: la riforma delle misure di prevenzione patrimoniali assegna un preoccupante spazio al nuovo istituto del «controllo giudiziario delle aziende», in *La Responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2016.

⁵³ L. Peronaci, "Dalla confisca al controllo giudiziario delle aziende: il nuovo volto delle politiche antimafia. I primi provvedimenti applicativi dell'art.34-bis D.Lgs. 159/2011", in *Giurisprudenza Penale Web*, 2018, 9.

La riforma operata dalla l. n. 161/2017 ha portato l'introduzione *ex novo* del controllo giudiziario delle aziende, sancendone la totale autonomia.⁵⁴

Il presupposto applicativo di tale istituto è rappresentato dall'occasionalità dell'agevolazione: il legislatore impone di intervenire nelle situazioni di infiltrazione che si collocano in uno stadio anteriore rispetto a quelle idonee ad integrare i presupposti applicativi dell'amministrazione giudiziaria. L'interprete può accontentarsi di uno stato embrionale di inquinamento.

La norma inoltre richiede l'assistenza di circostanze di fatto da cui desumere l'esistenza di un pericolo concreto di contaminazione criminale, contaminazione idonea a condizionare l'attività economica. Si richiede che il rischio per l'attività economica risulti reale e tangibile.

D'altro lato c'è da dire che la norma non subordina più l'applicazione del controllo giudiziario alla revoca dell'amministrazione giudiziaria: il tribunale può disporre l'applicazione del controllo ex art.34-*bis* in via autonoma ed indipendente rispetto a quanto disposto nell'art.34.

55

Circa il profilo soggettivo, l'agevolazione di cui trattasi deve risultare operante a favore dei soggetti nei confronti dei quali si applica l'art.34; si tratta di persone sottoposte ad una misura di prevenzione personale o patrimoniale; oppure di soggetti sottoposti a procedimento penale, nella veste di indiziati per aver commesso uno dei reati tra associazione per delinquere di stampo mafioso, trasferimento fraudolento di valori, assistenza agli associati o ancora reati contro la pubblica amministrazione. Infine, tra i soggetti agevolati vi sono anche coloro che abbiano a carico indizi per la commissione di delitti contro il patrimonio, quali estorsione, usura e riciclaggio.⁵⁶

Il controllo giudiziario, nonostante presenti tratti comuni con l'amministrazione giudiziaria, si distingue nettamente da essa. Infatti, qualora il Tribunale della prevenzione disponesse l'amministrazione giudiziaria, ex art.34, il proprietario dei beni e dell'azienda verrebbe sostituito dal giudice delegato e dall'amministratore giudiziario e verrebbe estromesso, seppur temporaneamente, dall'esercizio dei propri poteri.

Il controllo giudiziario si pone, rispetto all'amministrazione giudiziaria, come una misura meno invasiva poiché presuppone che il giudice delegato e l'amministratore esercitino dei semplici poteri di controllo sull'attività d'impresa.⁵⁷

Il nuovo testo, al comma 2, distingue una duplice facoltà in capo ai soggetti procedenti: infatti l'organo giudicante ha la facoltà di adottare un provvedimento con cui imporre, ai vertici

⁵⁴ L. Peronaci, *“Dalla confisca al controllo giudiziario delle aziende: il nuovo volto delle politiche antimafia. I primi provvedimenti applicativi dell'art.34-bis D.Lgs. 159/2011”*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2018, 9.

⁵⁵ L. Peronaci, *“Dalla confisca al controllo giudiziario delle aziende: il nuovo volto delle politiche antimafia. I primi provvedimenti applicativi dell'art.34-bis D.Lgs. 159/2011”*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2018, 9.

⁵⁶ L. Peronaci, *“Dalla confisca al controllo giudiziario delle aziende: il nuovo volto delle politiche antimafia. I primi provvedimenti applicativi dell'art.34-bis D.Lgs. 159/2011”*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2018, 9.

⁵⁷ M. Coppolino, *“Il controllo giudiziario delle aziende”*, 3 aprile 2021, in *Altalex*, www.altalex.com.

dell'impresa, l'obbligo di comunicare una serie di movimentazioni; il tribunale può adottare uno specifico provvedimento diretto a realizzare un vero e proprio "tutoraggio" entro l'impresa contaminata.⁵⁸

3.1. Controllo giudiziario e interdittiva antimafia. Il *limen* tra le prerogative del giudice amministrativo e il giudice della prevenzione.

L'art.34-*bis* del Codice antimafia, al comma 6, prescrive che il controllo giudiziario può essere richiesto direttamente dalle aziende che siano state destinatarie di interdittive antimafia, di cui all'art.84, commi 3 e 4, d.lgs. 159/2011, purché abbiano proposto l'impugnazione del relativo provvedimento, emesso dal prefetto, davanti al Tar di competenza. Nell'ipotesi in cui il tribunale dovesse accogliere la richiesta, si sospendono gli effetti dell'interdittiva antimafia prefettizia.

Il comma 6 dell'art.34-*bis* ha ampliato l'ambito applicativo del controllo giudiziario; infatti, attraverso la sospensione dell'interdittiva antimafia, si avvia un percorso di recupero dell'attività imprenditoriale. La revoca dell'interdittiva antimafia produce l'effetto benefico di liberare l'impresa dall'invasività del provvedimento prefettizio.⁵⁹

Andando per gradi, è necessario innanzitutto citare una recente pronuncia giurisprudenziale⁶⁰, secondo cui spetta al Tribunale della prevenzione valutare l'ammissibilità o meno al controllo giudiziario di un'impresa che, a sua volta, sia stata destinataria di un'interdittiva antimafia, sempre che vi sia il carattere occasionale dell'influsso mafioso e le imprese abbiano impugnato il provvedimento inibitorio dinanzi al giudice amministrativo.

Nonostante l'ambigua formulazione del comma 6 dell'art.34-*bis* D.Lgs. cit., la Corte di Cassazione⁶¹ ha però precisato che il Tribunale della Prevenzione non ha alcuna competenza rispetto al controllo di legittimità dell'interdittiva antimafia, potere che resta in capo al prefetto. Il giudice della prevenzione ha l'unico compito di valutare l'eventuale occasionalità del condizionamento mafioso sull'impresa, mentre il giudice amministrativo sarà competente a pronunciarsi in ordine alla legittimità del provvedimento prefettizio⁶². Se così non fosse, si verificherebbe una sovrapposizione tra l'autorità amministrativa e quella giurisdizionale.⁶³

⁵⁸ L. Peronaci, "Dalla confisca al controllo giudiziario delle aziende: il nuovo volto delle politiche antimafia. I primi provvedimenti applicativi dell'art.34-*bis* D.Lgs. 159/2011", in *Giurisprudenza Penale Web*, 2018, 9.

⁵⁹ M. Coppolino, "Il controllo giudiziario delle aziende", 3 aprile 2021, in *Altalex*, www.altalex.com.

⁶⁰ Tar Napoli, sentenza n.1588, 29 aprile 2020.

⁶¹ Cassazione Penale, Sez. VI, sentenza n.26342, 9 maggio 2019.

⁶² Cassazione Penale, Sez. Un., sentenza n. 46898, 19 novembre 2019.

⁶³ M. Coppolino, "Il controllo giudiziario delle aziende", 3 aprile 2021, in *Altalex*, www.altalex.com.

Tali principi sono stati ribaditi dalla giurisprudenza amministrativa⁶⁴. In aggiunta, lo stesso Consiglio di Stato, in un recente approdo giurisprudenziale⁶⁵, ha affermato che la decisione statuita nell'ambito del procedimento di prevenzione non assume valenza di giudicato rispetto al provvedimento amministrativo.⁶⁶

Non può condividersi la tesi per la quale venga imposta alla prefettura la rimozione dell'interdittiva, qualora il giudice della prevenzione penale abbia rinvenuto una soglia di infiltrazione inferiore rispetto a quella necessaria per l'ammissione al controllo giudiziario.

È impensabile, da parte del potere prefettizio, un ripensamento del suo antecedente logico, quale l'informazione interdittiva antimafia, a seguito della pronuncia del giudice della prevenzione concernente unicamente la sussistenza dei requisiti che legittimano l'applicazione dell'art.34 *bis* D.Lgs n.159/2011.

Infatti, proprio il Consiglio di Stato ha sottolineato che *“la valutazione del giudice della prevenzione penale si fonda su parametri non sovrapponibili alla ricognizione probabilistica del rischio di infiltrazione, che costituisce invece presupposto del provvedimento prefettizio, e rispetto ad essa si colloca in un momento successivo. Non è pertanto casuale che nella sistemica normativa il controllo giudiziario (e le relative valutazioni: inclusa quella sull'ammissione) presupponga l'adozione dell'informativa: rispetto alla quale rappresenta un post factum.*

Pretendere di sindacare la legittimità del provvedimento prefettizio alla luce delle risultanze della (successiva) deliberazione di ammissibilità al controllo giudiziario, finalizzato proprio ad un'amministrazione dell'impresa immune da (probabili) infiltrazioni criminali, appare dunque operazione doppiamente viziata: perché inevitabilmente diversi sono gli elementi (anche fattuali) considerati – anche sul piano diacronico – nelle due diverse sedi, ma soprattutto perché diversa è la prospettiva d'indagine, id est l'individuazione dei parametri di accertamento e di valutazione dei legami con la criminalità organizzata”.⁶⁷

Alla luce di anzidetti insegnamenti giurisprudenziali, mi sembra chiaro che il procedimento amministrativo e il procedimento di prevenzione siano sorretti da un principio di reciproca autonomia; resta ferma, per le imprese, la piena facoltà di adire, da un lato, il giudice amministrativo per contestare i presupposti al provvedimento prefettizio, e, dall'altro lato, il giudice ordinario per essere ammessi al controllo giudiziario.⁶⁸

⁶⁴ Tar Napoli, 29 aprile 2020, sentenza n.1588; Tar Napoli, sentenza n. 6423, 2 novembre 2018; Cons. St., sentenza n. 3268, 31 maggio 2018.

⁶⁵ Consiglio di Stato, sentenza n. 1049, 4 febbraio 2021.

⁶⁶ M. Coppolino, *“Il controllo giudiziario delle aziende”*, 3 aprile 2021, in Altalex, www.altalex.com.

⁶⁷ Consiglio di Stato, sentenza n. 1049, 4 febbraio 2021.

⁶⁸ M. Coppolino, *“Il controllo giudiziario delle aziende”*, 3 aprile 2021, in Altalex, www.altalex.com.

Alla stessa stregua di quanto affermato sopra, cioè che il *decisum* del giudice di prevenzione non vincola il giudice amministrativo, allo stesso modo il *decisum* di quest'ultimo non vincola il giudice della prevenzione; nulla esclude che i due giudizi possano collidere.

3.2. Controllo giudiziario e mezzi di impugnazione.

Una vicenda meritevole di attenzione riguarda il quesito posto dalla Sesta Sezione della Corte di Cassazione⁶⁹ alle Sezioni Unite, circa la possibilità di proporre ricorso per Cassazione contro il provvedimento con cui il Tribunale di prevenzione nega l'applicazione del controllo giudiziario, ex art.34-*bis* D.Lgs 159/2011, all'impresa destinataria di una interdittiva antimafia. Un primo filone interpretativo voleva un'assoluta risposta positiva ad anzidetto quesito, in quanto il procedimento in camera di consiglio, tipico del ricorso per Cassazione, avrebbe rappresentato mezzo idoneo a contemperare le esigenze di celerità, proprie di un procedimento incidentale, con la necessità di assicurare il controllo di legittimità, imposto dalla interferenza con diritti soggettivi costituzionalmente garantiti, quale la libertà di impresa. La conclusione è la possibilità di impugnare il provvedimento emesso dal tribunale della prevenzione, attraverso ricorso per Cassazione, solo per violazione di legge.⁷⁰

Contrariamente, secondo altro opposto orientamento giurisprudenziale, doveva escludersi qualsiasi possibilità di impugnazione e tale risposta era da rinvenirsi nel rinvio all'art.127 c.p.p., operato in altre norme dello stesso Codice antimafia o con altre equivalenti rispetto alle regole di svolgimento dell'udienza in camera di consiglio. Suddetto rinvio non avrebbe però mai implicato la ricezione completa del modello procedimentale descritto nella norma del Codice di procedura penale, compreso il ricorso in sede di legittimità⁷¹: per cui il rinvio all'art. 127 c.p.p., operato nell'art.34 *bis*, comma 6, del Codice antimafia riguardava solo la forma partecipata del procedimento, il quale coinvolge le parti, altri soggetti interessati e i difensori. Quest'ultimo orientamento muoveva dalla considerazione per cui la disciplina del controllo giudiziario non prevede un mezzo di impugnazione, né contiene un rinvio al procedimento applicativo delle misure di prevenzione personali o patrimoniali o al sistema di impugnazione dei provvedimenti patrimoniali. Inoltre, è del tutto assente una previsione che disciplini uno specifico mezzo di impugnazione.

Il provvedimento ex art.34-*bis*, comma 6, Codice antimafia, non incide sulla libertà personale, ne concerne l'esercizio di diritti di rango costituzionale, per cui non risulta fondato il richiamo all'art.111 Cost.

⁶⁹ Ordinanza n.24661/2019.

⁷⁰ M. Coppolino, *‘Il controllo giudiziario delle aziende’*, 3 aprile 2021, in Altalex, www.altalex.com.

⁷¹ Cass., Sez. Un., n. 17 del 06/11/1992, Bernini ed altri, Rv. 191786

La decisione del Tribunale di prevenzione ha un contenuto provvisorio, sempre rivedibile in forza di elementi nuovi che sopraggiungono fino al momento in cui gli effetti della misura di prevenzione amministrativa si stabilizzano.⁷²

Le Sezioni Unite della Suprema Corte sono intervenute al fine di sciogliere il contrasto, affermando il seguente principio di diritto: *“Il provvedimento con cui il tribunale competente per le misure di prevenzione neghi l'applicazione del controllo giudiziario richiesto ex art. 34-bis, comma 6, del D lgs. 6 settembre 2011, n. 159, è impugnabile con ricorso alla Corte di Appello anche per il merito”*.⁷³

Nell'ambito giurisdizionale di prevenzione il ricorso proposto potrà avere ad oggetto solo la valutazione posta in essere dal giudice della prevenzione, rispetto agli indici sintomatici del pericolo di infiltrazione e dei rischi conseguenti ad un condizionamento mafioso.

Davanti al giudice amministrativo potrà essere proposto ricorso contro il provvedimento con il quale il prefetto abbia ritenuto sussistenti tentativi di infiltrazione mafiosa nell'attività dell'impresa, la quale si trovi ad agevolare le attività criminose (c.d. informazione interdittiva antimafia).⁷⁴

⁷² M. Coppolino, *“Il controllo giudiziario delle aziende”*, 3 aprile 2021, in Altalex, www.altalex.com.

⁷³ Cass., Sez. Un., sent. n. 46898/2019, ric. Ricchiuto.

⁷⁴ M. Coppolino, *“Il controllo giudiziario delle aziende”*, 3 aprile 2021, in Altalex, www.altalex.com.

CAPITOLO II

NUOVI ORIZZONTI APPLICATIVI DELLA AMMINISTRAZIONE GIUDIZIARIA. IL CASO UBER ITALY SRL.

1. Amministrazione giudiziaria e controllo giudiziario: una nuova occasione di predisposizione degli strumenti di organizzazione aziendale.

Le misure disciplinate dagli artt. 34 e 34 *bis* del Codice antimafia, che ho avuto modo di analizzare nel dettaglio nel capitolo precedente, sono oggi estese alle società e ai beni connessi o strumentali a soggetti sottoposti a misure di prevenzione o indagati per una vasta categoria di reati comuni, sulla base del sospetto che ‘*il libero esercizio di determinate attività economiche, comprese quelle di carattere imprenditoriale*’⁷⁵ sia compromesso.⁷⁶

Gli strumenti di ablazione patrimoniale hanno subito, nel tempo, un progressivo ampliamento soggettivo e un processo di emancipazione dalle misure personali, sino all'acquisizione di una propria autonomia, che le ha assimilate ad una vera e propria *actio in rem*, rivolta nei confronti di soggetti meramente indiziati di far parte delle categorie raggruppate ex art.16 del Codice antimafia, i quali potessero disporre direttamente o indirettamente di beni il cui valore risultasse sproporzionato al reddito dichiarato o all'attività economica svolta.

L'obiettivo del legislatore era quello, all'epoca, di dotarsi di strumenti idonei al contrasto dei patrimoni illeciti; la natura special-preventiva delle misure ablativo soddisfa l'interesse pubblico a sottrarre dal circuito economico i beni di provenienza illecita, acquistati da persone pericolose, ciò indipendentemente dalla cessazione della pericolosità, grazie alla possibilità di applicare disgiuntamente le misure personali e quelle patrimoniali.⁷⁷

L'evoluzione del sistema di prevenzione si è mostrato attento all'aggressione dei patrimoni illecitamente accumulati.⁷⁸ Si è passati dall'ablazione di singoli beni appartenenti al proposto, all'apprensione dell'intero complesso aziendale, cercando di indagare sui beni destinati all'impresa o all'attività collettiva, distinguendo tre forme di intervento giudiziario a seconda che il compendio societario fosse direttamente riconducibile al proposto, anche per interposta persona, o fosse da questi ‘influenzato’, anche incidentalmente, o ancora occasionalmente ‘contaminato’.

⁷⁵ Art. 34, comma 1, D.Lgs. n. 159/2011.

⁷⁶ Livia Peronaci, ‘*Dalla confisca al controllo giudiziario delle aziende: il nuovo volto delle politiche antimafia. I primi provvedimenti applicativi dell’art. 34-bis D.lgs. 159/2011*’, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2018, 9

⁷⁷ L. Del Favero – C. Corsaro, ‘*L’estensione delle misure di prevenzione patrimoniale ai reati comuni. Amministrazione giudiziaria e controllo giudiziario quali occasione per la predisposizione degli strumenti di organizzazione, gestione e controllo aziendale.*’, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2021/1-BIS.

⁷⁸ L. Del Favero – C. Corsaro, ‘*L’estensione delle misure di prevenzione patrimoniale ai reati comuni. Amministrazione giudiziaria e controllo giudiziario quali occasione per la predisposizione degli strumenti di organizzazione, gestione e controllo aziendale.*’, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2021/1-BIS.

Negli anni, però, come già evidenziato, si è cercato di dare un'applicazione maggiormente estesa a queste misure, facendo sì che l'obiettivo di bonifica aziendale trovasse massima soddisfazione anche entro realtà imprenditoriali lontane dai contesti delittuosi.

Le misure ex artt. 34 e 34 *bis* hanno una finalità risanatrice, e non punitiva, infatti gli amministratori giudiziari, potendosi sostituire ai vertici aziendali nell'amministrazione della società o anche dell'ente, hanno la concreta possibilità di evitare la confisca dei beni, restituendoli "sani" cioè epurati da qualsivoglia contaminazione.

In virtù di ciò, affianco all'amministrazione giudiziaria e al controllo giudiziario, troviamo il Modello Organizzativo disciplinato dal D.Lgs. 231/2001: con le due misure disciplinate dagli artt. 34 e 34 *bis* condivide l'obiettivo di elidere le contaminazioni, ma la differenza sta nella prospettiva temporale.⁷⁹

Infatti, mentre l'amministrazione giudiziaria e il controllo giudiziario realizzano la rimozione delle situazioni di fatto e di diritto che avevano determinato l'applicazione della misura nell'ambito di un programma di sostegno e di aiuto al soggetto economico, programma a breve termine, al contrario il Modello organizzativo si pone nella prospettiva di lungo termine nella quale si misura la sua idoneità a prevenire i reati e a mitigare i rischi.⁸⁰

L'adozione del Modello si inserisce nel programma di risanamento che, però, inizia con la misura di prevenzione ma si realizza nella fase successiva, quando l'imprenditore dovrà esercitare liberamente la sua attività in maniera corretta e non compromessa.⁸¹

2. Il recente caso Uber Italy s.r.l.

Un chiaro esempio di come, ad oggi, l'amministrazione giudiziaria rappresenti la giusta soluzione anche entro ambiti ben distanti dai contesti mafiosi o di criminalità organizzata è il recente caso giurisprudenziale "Uber Italy s.r.l."

Il Tribunale di Milano, Sezione Misure di Prevenzione, con decreto n.9/2020, aveva disposto la misura di prevenzione dell'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche e delle aziende verso la società a responsabilità limitata Uber Italy. Il caso rappresenta un'occasione per indagare il fenomeno del c.d. sfruttamento digitale, a partire da

⁷⁹ L. Del Favero – C. Corsaro, " *L'estensione delle misure di prevenzione patrimoniale ai reati comuni. Amministrazione giudiziaria e controllo giudiziario quali occasione per la predisposizione degli strumenti di organizzazione, gestione e controllo aziendale.* ", in *Giurisprudenza Penale Web*, 2021/1-BIS.

⁸⁰ F. Menditto, " *La nuova frontiera della bonifica delle aziende coinvolte in contesti illeciti: l'amministrazione giudiziaria (art. 34 d.lgs. n. 159/2011)* ", 24 giugno 2020, *Questione Giustizia*, www.questionegiustizia.it.

⁸¹ L. Del Favero – C. Corsaro, " *L'estensione delle misure di prevenzione patrimoniale ai reati comuni. Amministrazione giudiziaria e controllo giudiziario quali occasione per la predisposizione degli strumenti di organizzazione, gestione e controllo aziendale.* ", in *Giurisprudenza Penale Web*, 2021/1-BIS.

quello che sembra essere un cortocircuito tra gli schemi giuslavoristici e le misure di prevenzione.⁸²

In data 27 maggio 2020 il Tribunale di Milano applicava l'amministrazione giudiziaria, ex art.34, comma 1, d.lgs. 159/2011, nei confronti della società Uber Italy s.r.l., con l'obiettivo di ricostruire i complessi rapporti infrasocietari che legano questa a Uber Eats Italy s.r.l. e a Uber Portier.⁸³

La valutazione da parte del tribunale ha evidenziato la sussistenza di un'attività agevolatrice posta in essere da Uber rispetto al delitto ex art.603 *bis* c.p. (reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro), contestato a cinque manager della stessa, nonché alle società intermediarie Flash Road City e FRC s.r.l. Queste ultime si occupavano della selezione, del reclutamento e della gestione di flotte di *riders* ed erano legate ad Uber da un contratto di prestazione tecnologica⁸⁴.

Nello specifico le consegne da parte dei *riders* avvenivano secondo due distinte modalità: una prima vedeva Uber gestire direttamente i propri *riders*, creandosi così un rapporto contrattuale diretto tra Uber e *riders*; la seconda modalità è stata introdotta successivamente per far fronte all'esigenza palesata da alcune multinazionali di avere a disposizione alcuni *riders* in maniera più stabile. In tale ultimo caso Uber si era rivolta alle società Flash Road City e FRC s.r.l. perché si occupassero del reclutamento e dell'organizzazione delle flotte. In questo caso il rapporto contrattuale tra i *riders* aveva come controparte unicamente le società sopra individuate e non Uber.

Dal quadro delineato all'interno del decreto emergeva come tale reclutamento, nonché la successiva organizzazione del lavoro, avvenisse secondo modalità illecite, integranti condotte di pieno sfruttamento dei *riders*.

Pertanto, il Tribunale di Milano, ritenendo sussistente una condotta agevolatrice di Uber rispetto al reato del caporalato, disponeva la misura di cui all'art.34, comma 1, d.lgs. 159/2011 al fine di consentire il risanamento della compagine societaria e il ripristino della legalità⁸⁵.

Nell'applicazione della misura di prevenzione il Tribunale di Milano ha indagato la condotta agevolatrice di Uber verso Flash Road City e FRC s.r.l. nello sfruttamento dei *riders*: infatti dall'analisi degli elementi probatori raccolti risultava una forte ingerenza dei manager nella gestione dei *riders*. Uber forniva a Flash precise indicazioni sul numero di fattorini cui era consentito lavorare nelle fasce orarie in cui bisognava garantire la presenza di un adeguato

⁸² M.Barberio – V.Camurri, “L'amministrazione giudiziaria di Uber: un possibile cortocircuito tra il sistema giuslavoristico e le misure di prevenzione”, in Giurisprudenza Penale Web, 2020, 7-8.

⁸³ M.Barberio – V.Camurri, “L'amministrazione giudiziaria di Uber: un possibile cortocircuito tra il sistema giuslavoristico e le misure di prevenzione”, in Giurisprudenza Penale Web, 2020, 7-8.

⁸⁴ M.Barberio – V.Camurri, “L'amministrazione giudiziaria di Uber: un possibile cortocircuito tra il sistema giuslavoristico e le misure di prevenzione”, in Giurisprudenza Penale Web, 2020, 7-8.

⁸⁵ M.Barberio – V.Camurri, “L'amministrazione giudiziaria di Uber: un possibile cortocircuito tra il sistema giuslavoristico e le misure di prevenzione”, in Giurisprudenza Penale Web, 2020, 7-8.

numero di *riders* per il successo del servizio, limitando l'accesso alla piattaforma negli *slot* orari meno performanti come la mattina o il pomeriggio, in cui minori sono gli ordini⁸⁶.

Uber partecipava a sanzionare i *riders* nonché incidere pesantemente sui turni di lavoro degli stessi: l'autonomia lavorativa dei *riders* era vincolata e coordinata da Uber che, a seguito del non rispetto delle regole impartite, avrebbe impedito o applicato restrizioni economiche alla Flash Road City e quindi ai lavoratori che intendevano loggarsi sulla piattaforma. Uber indirizzava e limitava le capacità decisionali del subappaltatore con ripercussioni sull'autonomia decisionale dei fattorini in aperta contraddizione con quanto previsto sia nel contratto siglato tra Uber e FRC s.r.l., sia con la natura degli accordi di collaborazione occasionale sottoscritti dalla FRC con i vari *riders*.⁸⁷

Sul piano giuslavoristico è possibile sostenere la ricorrenza di un fenomeno di interposizione fittizia: difatti l'ingerenza di Uber limitava l'autonomia gestionale di Flash, smentendo l'idea per la quale Uber fosse una informale piattaforma con nessun rapporto con i *riders* che si limita a mettere in contatto ristoratori e clienti.⁸⁸

Uber utilizzava i propri *riders* in sostituzione di quelli di Flash, palesando una illegittima commistione tra i lavoratori e determinando in tal senso l'affermazione della non genuinità dell'appalto di servizi, stipulato tra Uber e Flash, con la conseguenza della possibile costituzione di un rapporto di lavoro subordinato dei *riders* alle dipendenze di Uber.

Sul piano penalistico ciò comportava che Uber poteva non considerarsi più terza rispetto alle condotte di sfruttamento perpetrate da Flash. Il requisito soggettivo, per l'applicazione della misura, veniva ricostruito sull'omesso controllo da parte della società o sulla grave deficienza organizzativa realizzata dalla controllata Uber Italy s.r.l. a favore di tutti i soggetti indiziati dei delitti.⁸⁹

La misura di prevenzione si è posta in un rapporto di strumentalità rispetto alla verifica delle posizioni dei dipendenti implicati nella vicenda giudiziaria, nonché centrale per l'accertamento dell'effettivo ruolo giocato da Uber nel reclutamento e nella gestione dei *riders*. Ciò ha comportato l'individuazione di una *culpa in vigilando* solo in capo ai vertici della controllante; mentre rispetto alla società controllata, la piena consapevolezza dei suoi cinque manager non ha consentito di limitare il rimprovero soggettivo entro i limiti della colpa.⁹⁰

⁸⁶ Decreto-legge, n. 9/2020

⁸⁷ G. Stapanoni Bassi, 'Food delivery e sfruttamento dei rider: il provvedimento di revoca della amministrazione giudiziaria disposta nei confronti di Uber', in Giurisprudenza Penale Web, 2021.

⁸⁸ M.Barberio – V.Camurri, 'L'amministrazione giudiziaria di Uber: un possibile cortocircuito tra il sistema giuslavoristico e le misure di prevenzione', in Giurisprudenza Penale Web, 2020, 7-8.

⁸⁹ M.Barberio – V.Camurri, 'L'amministrazione giudiziaria di Uber: un possibile cortocircuito tra il sistema giuslavoristico e le misure di prevenzione', in Giurisprudenza Penale Web, 2020, 7-8.

⁹⁰ M.Barberio – V.Camurri, 'L'amministrazione giudiziaria di Uber: un possibile cortocircuito tra il sistema giuslavoristico e le misure di prevenzione', in Giurisprudenza Penale Web, 2020, 7-8.

La vicenda ha avuto un recentissimo risvolto con il decreto 3 marzo 2021 del Tribunale di Milano, il quale ha disposto la revoca della misura di prevenzione dell'amministrazione giudiziaria applicata nei confronti di Uber Italy s.r.l.

Il tribunale ha evidenziato l'osservanza delle prescrizioni da parte della società, la quale ha manifestato sin da subito un'ampia disponibilità sul piano di una collaborazione positiva, mettendo a disposizione informazioni, documenti ed una flessibilità aziendale in grado di intercettare e realizzare le indicazioni operative prescritte attraverso un programma molto stringente. Tale disponibilità è passata anche attraverso la predisposizione di un sistema strutturato ed organico di prevenzione, dissuasione e controllo per la riduzione del rischio di commissione di reati mediante l'individuazione delle attività sensibili di Uber Italy s.r.l.⁹¹

La società si è dotata di un assetto organizzativo e di organi di controllo nonché di presidi di legalità rafforzati; ha vietato l'adozione di subappaltatori (*fleet partners*) dai quali si era originata la misura; ha adottato tutti i protocolli delle aree sensibili; è stata riammessa all'interno delle associazioni di categoria con ruoli dirigenziali e l'assetto di *compliance* adottato da Uber Italy e dalla cessionaria Uber Eats Italy si è rivelato in grado di intercettare progressivamente focolai di illegalità.⁹²

Il Tribunale di Milano, nel decreto, ha sottolineato come l'applicazione della misura dell'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche abbia determinato concreti effetti sul piano di una consistente bonifica aziendale di Uber Italy s.r.l. e della cessionaria, la quale può presentarsi sul mercato del food delivery, mercato sicuramente ancora caratterizzato da zone di irregolarità, con un nuovo modello di gestione e organizzazione univocamente orientato a favorire situazioni di trasparenza e legalità.

La vicenda ha rappresentato un'occasione per intervenire in un settore di mercato di grande sfruttamento e fragilità soggettiva, al fine di tracciare una strada virtuosa dove promuovere il rispetto di diritti fondamentali dei singoli e il necessario profitto di impresa, quindi in sintesi promuovere un interesse generale a beneficio della collettività.

3. Considerazioni generali sulla vicenda.

Il Tribunale di Milano ha osservato che *“l'applicazione della misura dell'amministrazione giudiziaria ha come presupposto specifico, rispetto all'ipotesi tradizionale di ricorso all'istituto, la ricorrenza di sufficienti indizi per ritenere che il libero esercizio di determinate attività economiche, comprese quelle imprenditoriali, abbia carattere ausiliario ed agevolato rispetto all'attività”*.

⁹¹ G. Stampanoni Bassi, *“Food delivery e sfruttamento dei rider: il provvedimento di revoca della amministrazione giudiziaria disposta nei confronti di Uber”*, in Giurisprudenza Penale Web, 2021.

⁹² Decreto Tribunale di Milano, Sezione Autonoma Misure di Prevenzione, 3 marzo 2021.

L'applicazione della misura non pretende che *“l'attività agevolata presenti carattere illecito, essendo sufficiente che il soggetto agevolato sia anche solo proposto per una misura di prevenzione o sottoposto ad un procedimento penale, né che l'attività economica, avente carattere agevolatorio, venga esercitata con modalità illecite, richiedendo piuttosto che tale attività abbia offerto un contributo agevolatore ai soggetti coinvolti”*.

Secondo il Tribunale di Milano la società *“deve essere soggetto terzo rispetto all'agevolato e le sue attività devono effettivamente rientrare nella sua disponibilità; se così non fosse i suoi beni potrebbero essere immediatamente aggrediti con il sequestro e la confisca di prevenzione”*.

Si legge ancora che *“il soggetto terzo debba porre in essere una condotta censurabile quantomeno su un piano di rimproverabilità ‘colposa’, quindi negligente, imprudente o imperita”*, pertanto resterebbero escluse le ipotesi di concorso doloso e favoreggiamento, ma piuttosto sono valorizzate le violazioni di *“normali regole di prudenza e buona amministrazione imprenditoriale che la stessa società si sia data”*.⁹³

Lo scopo di questo strumento è quello di consentire agli imprenditori, che non siano concorrenti nel reato, di bonificare le proprie strutture societarie: trattasi di una misura dinamica che si plasma, di volta in volta, sulle esigenze della società che ne viene attinta.

Infatti, nel caso di Uber non è stato necessario inserire, entro la *governance* societaria, la figura dell'amministratore giudiziario, il quale ha svolto un ruolo di supervisore e coordinatore, sia perché la misura ha attinto solo un settore (Uber Eats) e non l'intera struttura societaria, sia perché la sostituzione degli organismi avrebbe di fatto comportato una paralisi lavorativa.

Nel panorama imprenditoriale potrebbero emergere fenomeni di contaminazione non così grave, per i quali esistono strumenti meno afflittivi e penetranti, come il controllo giudiziario ex art.34 *bis* del Codice antimafia.⁹⁴

Nel caso esaminato nel precedente paragrafo, come in altre fattispecie, la giurisprudenza di merito si è trovata a modellare, di volta in volta, queste misure, dando nuovo lustro a tali strumenti di bonifica, avendo cura e riferimento dei diversi interessi riguardanti la libertà dell'esercizio del diritto di impresa, avendo cura dell'interesse pubblico ad impedire che circuiti di illegalità possano nutrirsi delle risorse delle attività produttive, il tutto nella necessità che l'attività d'impresa possa proseguire, seguendo un *iter* di rinascita e di salvaguardia dei livelli occupazionali.

⁹³ L. Del Favero – C. Corsaro, *“L'estensione delle misure di prevenzione patrimoniale ai reati comuni. Amministrazione giudiziaria e controllo giudiziario quali occasione per la predisposizione degli strumenti di organizzazione, gestione e controllo aziendale.”*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2021/1-BIS, pag. 6.

⁹⁴ L. Del Favero – C. Corsaro, *“L'estensione delle misure di prevenzione patrimoniale ai reati comuni. Amministrazione giudiziaria e controllo giudiziario quali occasione per la predisposizione degli strumenti di organizzazione, gestione e controllo aziendale.”*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2021/1-BIS, pag.7.

Come hanno sottolineato i legali rappresentati coinvolti nella vicenda, l'azienda ha avuto modo di dotarsi di tutte le prescrizioni formulate e richieste, attuando il Modello Organizzativo ex D.Lgs. 231/2001, finalizzato soprattutto a prevenire eventi-rischio a cui potrebbe essere esposta, *pro futuro*, la società.⁹⁵

La vicenda che ha colpito Uber Italy s.r.l. si inserisce nel solco tracciato dal Protocollo sperimentale, sottoscritto il 6 novembre 2020 da Assodelivery⁹⁶, associazione rappresentativa del food delivery in Italia, tra i cui componenti troviamo Deliveroo, Glovo, Just Eat, SocialFood e Uber Eats.⁹⁷

Tale Protocollo di legalità è stato promosso dal Tribunale di Milano e intende contrastare il caporalato e ogni forma di sfruttamento lavorativo nel settore della delivery, attività attualmente in forte espansione, per dare vita a strumenti efficaci a sostegno dei diritti dei lavoratori e dell'economia legale del settore di riferimento.

Il commissariamento di Uber Italy s.r.l. ha inserito la misura di amministrazione giudiziaria entro un contesto ben diverso e forse anche lontano rispetto alle passate applicazioni dell'art. 34 D.Lgs. 159/2011: si è visto, negli anni, come le misure di prevenzione, da strumenti repressivi di fenomeni di criminalità organizzata e di apprensione dei patrimoni di natura illecita, siano diventate strumento di risanamento aziendale, trovando applicazione entro perimetri ben più vasti.⁹⁸

Il caso Uber, tra i più recenti, fa da esempio di come l'amministrazione giudiziaria possa essere la giusta soluzione entro vicende che nulla abbiano a che vedere con la criminalità di stampo mafioso.

A mio parere, credo si sia trattato di un episodio chiave, che abbia rappresentato un'occasione, vissuta con grande collaborazione da parte delle istituzioni (Prefetto di Milano, Organizzazioni di categoria), per intervenire in un settore di mercato di grande sfruttamento e fragilità soggettiva, sicuramente con l'obiettivo di tracciare una strada virtuosa in cui la logica del servizio, la logica del rispetto di diritti fondamentali dei singoli e la logica del profitto di impresa possano trovare una sintesi necessaria nel legame di legalità.

Nella vicenda in esame i risvolti positivi del provvedimento adottato nei confronti di Uber Eats Italy hanno portato ad un trattamento economico, per i *riders*, ben lontano da qualsiasi logica di sfruttamento, di modo che possa l'offerta di mercato concretizzarsi in un'opportunità di lavoro

⁹⁵ Redazione Web, *“Uber Eats, la verità su amministrazione giudiziaria e accuse di caporalato”*, 17 dicembre 2020, Economy, www.economymagazine.it.

⁹⁶ www.assodelivery.it

⁹⁷ Redazione Web, *“Uber Eats, la verità su amministrazione giudiziaria e accuse di caporalato”*, 17 dicembre 2020, Economy, www.economymagazine.it.

⁹⁸ L. Del Favero – C. Corsaro, *“L'estensione delle misure di prevenzione patrimoniale ai reati comuni. Amministrazione giudiziaria e controllo giudiziario quali occasione per la predisposizione degli strumenti di organizzazione, gestione e controllo aziendale.”*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2021/1-BIS.

pienamente tutelata sul piano del rispetto dei diritti⁹⁹. Infatti, era venuto a galla che i *riders* del servizio venivano “pagati a cottimo 3€ a consegna”, “derubati” delle mance e “puniti” se si ribellavano.

Uber Eats Italy si è mostrata sensibile nell’eliminare ogni forma di caporalato, ha promosso un vero e proprio progresso culturale sia per il miglioramento dell’organizzazione societaria, sia nell’ambito dei rapporti coi *riders*, per la loro tutela e sicurezza.¹⁰⁰

L’applicazione delle misure di prevenzione, nel caso di specie, ha portato inoltre all’adozione, da parte della società, di “tariffe” nel pieno rispetto del contratto nazionale.

Volendo offrire un’osservazione conclusiva, mi sento di sottolineare come tale caso sia stato anche da esempio di quella logica di “contrasto” alla base della stessa procedura di amministrazione giudiziaria, che da sempre la governa e la caratterizza: parlo del contrasto tra interessi prettamente privatistici ed interessi di matrice pubblica, interessi generali, che la annoverano tra le forme di intervento pubblico.

L’amministrazione giudiziaria è nata come una nuova forma di intervento pubblico, non potendo il diritto, nella disciplina dell’economia, limitarsi a predisporre strutture istituzionali e poteri, ma dovendo assicurare soprattutto la legalità del sistema. Per questo motivo l’intervento dello Stato deve sempre centrare una serie di obiettivi, deve farsi da bilancia tra interessi contrapposti, tutelare le logiche del singolo e massimizzare gli interessi della collettività.

Il punto di rottura, rispetto al passato e ai vari interventi statuali che si sono susseguiti, è rappresentato dalla novità e dalla peculiarità operata dal Codice antimafia, il quale non si limita ad intervenire in uno specifico settore ma detta una disciplina generale sì dell’impresa illecita, ma operante in qualsivoglia settore dell’economia, come il caso Uber Italy s.r.l ci ha dimostrato. Quindi, nel confronto-scontro tra interessi privatistici e interessi pubblici, l’esito porta ad un sacrificio degli interessi propri del preposto in virtù di quello che è il fine primario della procedura di amministrazione giudiziaria, cioè la bonifica dell’impresa e il reintegro della stessa nel circuito economico legale.

⁹⁹ di F.Q., “Uber, i giudici revocano l’amministrazione giudiziaria: tracciata strada virtuosa in un settore di grande sfruttamento”, 4 marzo 2021, Il Fatto Quotidiano, www.ilfattoquotidiano.it

¹⁰⁰ Redazione Ansa, “Uber: pm Milano, revocare da subito commissariamento”, 3 marzo 2021, Ansa.it, www.ansa.it.

4. Brevi cenni sul Modello di organizzazione, gestione e controllo.

Lo stesso Modello Organizzativo prevede il divieto di impiego di società terze per la gestione dei riders ed è previsto uno specifico procedimento che coinvolge più organi e funzioni per l'individuazione del partner e per la verifica sui fornitori.¹⁰¹

Il Modello di organizzazione, gestione e controllo ha rappresentato la chiave di volta per contribuire a raggiungere l'obiettivo immediato di rimettere il soggetto economico nelle condizioni di operare in maniera corretta e trasparente, e depurarlo dalla contaminazione che ha determinato l'applicazione della misura.

La costante verifica della rispondenza del modello adottato agli specifici requisiti di efficacia ed effettività, cioè la sua adeguatezza a prevenire la realizzazione di reati, diventa presupposto della verifica in ordine all' incisività dell'azione giudiziaria e della guarigione del soggetto economico.

Come risulta da ultima modifica del Codice antimafia, il tribunale può imporre l'obbligo di adottare misure organizzative, nonché di assumere qualsiasi altra iniziativa finalizzata a prevenire specificamente il rischio di tentativi di infiltrazione o condizionamento mafioso. È da diverso tempo, infatti, che il Tribunale di Milano Sezione Autonoma Misure di Prevenzione ha realizzato un grande progetto riuscendo a riportare realtà societarie nell'alveo della legalità attraverso gli strumenti offerti dalla legislazione in materia di responsabilità amministrativa degli enti.

Il Tribunale di Milano è riuscito a sostenere un'idea innovativa che ha consentito di ottenere un risultato socioeconomico positivo in sostituzione del prevedibile risultato disastroso. È possibile dare vita ad un forte legame tra la prevenzione giudiziaria e la prevenzione aziendale, ricomprendendovi i Modelli ex D.Lgs. 231/2001.

In questa cornice il soggetto economico è chiamato a partecipare al progetto di risanamento per eliminare le contaminazioni e riappropriarsi delle condizioni di legalità e correttezza; rielaborare la gestione del rischio delle attività più sensibili e procedere alla nuova elaborazione delle strategie aziendali finalizzate alla eliminazione, nel breve termine, delle contaminazioni e, nel lungo termine, al controllo del rischio.

Il Modello Organizzativo, con tutte le sue caratteristiche, rappresenta lo strumento principe a disposizione delle misure di prevenzione.

¹⁰¹ L. Del Favero – C. Corsaro, “ *L'estensione delle misure di prevenzione patrimoniale ai reati comuni. Amministrazione giudiziaria e controllo giudiziario quali occasione per la predisposizione degli strumenti di organizzazione, gestione e controllo aziendale.* ”, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2021/1-BIS.

CAPITOLO III

IL RAPPORTO DI SPECIALITÀ TRA IL CODICE ANTIMAFIA E LA LEGGE FALLIMENTARE

1. Crisi di impresa e gestione in amministrazione giudiziaria. Codice civile, Legge fallimentare e Codice antimafia a confronto.

Questo elaborato persegue l'obiettivo di analizzare il rapporto di specialità che lega il Codice antimafia, la Legge fallimentare e il Codice civile, dovendo tenere conto anche di quella che sarà la riforma al Codice della Crisi d'Impresa attraverso il D.Lgs n.14/2019, non ancora in vigore a causa della recente pandemia mondiale.

Volendo preliminarmente offrire delle nozioni generali, ben sappiamo che la crisi d'impresa rappresenta uno *status* di progressivo cambiamento in negativo rispetto ad una situazione antecedente, *status* nel quale si fa esigente e necessaria una decisione, affinché la negatività sopravvenuta possa essere arginata e superata.

Il concetto di impresa, come si apprende dal Codice civile, può essere tanto vasto quanto strettamente limitato alla nozione, *tout cour*, di impresa come attività economica professionalmente organizzata: accogliere un'interpretazione estensiva del termine significa coniugare il termine "impresa" con la nozione di "imprenditore", ma anche con il concetto stesso di "azienda"¹⁰². Il soggetto dell'attività di impresa (imprenditore), l'oggetto dell'attività di impresa (azienda) e l'attività stessa (impresa) costituiscono un *unicum* corrispondente ad un'organizzazione economica complessa, considerata nell'insieme.

La contrapposizione delle espressioni "impresa in crisi" e "crisi d'impresa" segnala che, pur ponendo l'accento su elementi diversi, in entrambe le espressioni l'attività versa in uno stato di crisi, alla luce della scienza aziendale e del diritto d'impresa.¹⁰³

Nella Legge fallimentare ancora oggi in vigore¹⁰⁴, troviamo una disciplina peculiare rispetto a una situazione tipica del diritto privato, quella della crisi di impresa, che sottrae la disciplina dei rapporti giuridici alla disciplina del diritto privato e commerciale generale, per rimetterla alla disciplina della Legge fallimentare. Volendo fare un esempio, non si applica più il sistema di esecuzione tipico dei diritti di credito e non si applica neanche il regime dell'accertamento del diritto se questo è un diritto di credito: coloro che rivendicano un diritto di credito non si rivolgono al giudice secondo un processo di cognizione ordinario ma devono avvalersi dei particolari strumenti previsti all'interno della Legge fallimentare.

¹⁰² G.F. Campobasso, 2013, "Diritto commerciale 1, Diritto dell'Impresa", Utet Giuridica

¹⁰³ Riproduzione riservata, Crisi d'Impresa, sez. I "Crisi d'impresa nella prospettiva economica e giuridica", Enciclopedia del Diritto – Annali V – 2012, Biblioteca LUISS Guido Carli.

¹⁰⁴ Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267 e successive modifiche.

Alla luce della considerazione appena esposta, sicuramente ne desumiamo che la disciplina generale della materia altro non è che la normativa contenuta all'interno del Codice civile, rispetto al quale la Legge fallimentare e il Codice antimafia si pongono in un rapporto di *species ad genus*; ciò che preme in tale sede è analizzare e ben comprendere quali che siano le modalità di comunicazione e, potremmo dire, ‘collaborazione’ tra il Codice civile, il Codice antimafia e la Legge fallimentare.

Il Codice antimafia, riferimento supremo per la procedura in amministrazione giudiziaria, si fa solitamente prevalere rispetto alla Legge fallimentare, pur trattandosi di due leggi ugualmente speciali.

Il Codice antimafia è cronologicamente successivo, almeno per ora, poiché, quando entrerà in vigore il nuovo Codice della Crisi d’Impresa e dell’Insolvenza, vi saranno norme specifiche che regoleranno i rapporti (unicamente in tema di prevalenza delle procedure concorsuali rispetto alle misure di prevenzione e viceversa).

Nei paragrafi successivi verrà analizzato anzitutto legame, specificamente rispetto alla procedura di amministrazione giudiziaria e a quelle che sono le attività tipicamente soddisfatte entro tale cornice.

2. La prospettiva delle cariche sociali: la sostituzione degli amministratori.

Da un lato l’amministrazione giudiziaria e da un altro lato una crisi che preannuncia il fallimento dell’impresa. In una posizione di mezzo potremmo, immaginariamente, collocarvi le cariche sociali, gli organi interni all’impresa, della cui ‘vita’ ne svolgono le funzioni: in particolare la figura degli amministratori, perno della gestione dell’attività d’impresa.

In questo quadro, è lecito chiedersi quale veste ricoprano in pendenza di una procedura di amministrazione giudiziaria e quali siano le differenze rispetto al ruolo assunto durante il fallimento dell’impresa.

Nella prassi applicativa dell’art.34 del Codice antimafia si era arrivati, solitamente, in forza del sequestro delle partecipazioni sociali o dell’azienda, a sostituire l’organo amministrativo della società con l’amministratore giudiziario.

In realtà il sequestro antimafia non incide sull’organizzazione capitalistico-corporativa dell’impresa, per cui il risultato coincide con la conservazione del proprio incarico da parte degli organi societari, anche quando il sequestro dovesse riguardare tutte le partecipazioni sociali o l’azienda per l’intero; piuttosto potremmo dire che l’organo amministrativo dell’impresa subisca un congelamento delle proprie funzioni gestorie.¹⁰⁵

¹⁰⁵ F. Fimmanò – R. Ranucci, ‘Sequestro penale dell’azienda e rappresentanza legale della società: convivenza ‘di fatto’ di amministratori giudiziari delle ‘res’ e amministratori volontari delle persone giuridiche’, 21 ottobre 2015, Diritto penale dell’Impresa da Il Caso, www.ilcaso.it.

In generale, l'obiettivo è quello di ripristinare la legalità nell'amministrazione della società, ma resta controverso se, nella realizzazione di tale obiettivo, l'amministratore giudiziario debba limitarsi ad osservare un ruolo meramente "statico" (nel senso di orientare la sua opera alla mera conservazione della società), o invece debba avere un ruolo più "dinamico" (nel senso di orientare la sua opera allo sviluppo della società).¹⁰⁶

Tesi prevalente vuole che resti immutato lo scopo della società, per cui anche l'amministratore giudiziario è tenuto a perseguire l'interesse sociale, e, soprattutto, la necessità di regolarizzare la società impone che vengano conferiti all'amministratore giudiziario ampi poteri che gli consentano di andare oltre la "normale" amministrazione.

La convivenza e "quasi" coesistenza tra amministratore giudiziario e amministratori ordinari può essere analizzata a fondo partendo dalla lettura della normativa: è lo stesso Codice antimafia che investe l'amministratore giudiziario dei consueti poteri di ordinaria amministrazione¹⁰⁷, laddove invece per gli atti di straordinaria amministrazione dovrà, di volta in volta, richiedere l'autorizzazione del tribunale¹⁰⁸. L'autorizzazione rilasciata dal tribunale non obbliga, comunque, l'amministratore giudiziario al componimento dell'atto.¹⁰⁹

L'amministratore giudiziario divide le sue funzioni tipiche tra i tre concetti di "custodia", "conservazione" e "amministrazione", la cui differenza si scorge sulla base della specifica tipologia di sequestro attuata nella fattispecie in esame e sulla base della tipologia di beni oggetto di sequestro.

Siamo univocamente d'accordo che, pur conservando il proprio assetto corporativo, entro la società si avrà uno spostamento delle funzioni gestorie direttamente in capo all'amministratore giudiziario. Egli non si pone mai come terzo rispetto alla società ed è soggetto, nei limiti della compatibilità con il procedimento, sia ai doveri spettanti agli amministratori ordinari, sia alle disposizioni contenute nel Codice penale, nel Codice civile ed entro la Legge fallimentare.

Fermo restando lo scopo della procedura ed i compiti specifici che gli vengono assegnati dal tribunale con riguardo al singolo caso di specie, l'amministratore giudiziario riveste, in ogni caso, il ruolo di: a) ausiliare del giudice; b) pubblico ufficiale; c) organo legale della società.¹¹⁰

¹⁰⁶ F. Fimmanò – R. Ranucci, *"Sequestro penale dell'azienda e rappresentanza legale della società: convivenza "di fatto" di amministratori giudiziari delle "res" e amministratori volontari delle persone giuridiche"*, 21 ottobre 2015, Diritto penale dell'Impresa da Il Caso, www.ilcaso.it.

¹⁰⁷ Art.35, comma 5, Codice antimafia (D.Lgs. n. 159/2011); cfr. art. 2352 c.c.

¹⁰⁸ Cfr. ipotesi di sequestro di partecipazioni societarie che assicurino le maggioranze necessarie per le legge, ex art.41, comma 6, D.Lgs. n. 159/2011, a tenore del quale l'amministratore giudiziario può, previa autorizzazione del giudice delegato, convocare l'assemblea per la sostituzione degli amministratori.

¹⁰⁹ F. Fimmanò – R. Ranucci, *"Sequestro penale dell'azienda e rappresentanza legale della società: convivenza "di fatto" di amministratori giudiziari delle "res" e amministratori volontari delle persone giuridiche"*, 21 ottobre 2015, Diritto penale dell'Impresa da Il Caso, www.ilcaso.it.

¹¹⁰ Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, *"La riforma del codice antimafia: le problematiche applicative e il ruolo del professionista post-riforma"*, Roma, marzo 2018.

Molteplici sono anche le delibere che l'amministratore giudiziario può assumere nell'esercizio di poteri assembleari a lui rimessi, come la delibera di nomina del revisore contabile o la delibera di distribuzione degli utili, nonché la delibera di aumento o riduzione del capitale sociale ovvero la delibera con cui richiede l'ammissione della società ad una procedura concorsuale.¹¹¹

Le mansioni a lui rimesse devono essere svolte con una diligenza professionale e può essere revocato dal tribunale, in qualunque momento, *'su richiesta dei soggetti legittimati a chiederne la nomina'*.¹¹²

Se ci trovassimo invece a dover fronteggiare una dichiarazione di fallimento per insolvenza dell'impresa, secondo la normativa contenuta entro il Codice civile, gli amministratori ordinari conservano doveri di carattere generale, doveri di buona amministrazione, affianco ai quali però vi sono obblighi specifici, distinguibili in due macro-aree: gli obblighi di controllo legale della correttezza gestionale e gli obblighi di controllo contabile.

Entro questa fattispecie troviamo la figura del curatore fallimentare, anch'egli in veste di pubblico ufficiale, che si trova ad operare in una logica liquidatoria, tesa alla vendita dei beni e alla soddisfazione dei creditori.¹¹³

L'analogia apparente tra le due figure risiede nella *'prevaricazione'* sugli amministratori entro la gestione dell'impresa: rispetto a quest'ultimi tanto l'amministratore giudiziario quanto il curatore fallimentare vi si sostituiscono, lasciando loro un ruolo marginale, privandoli della gestione dei beni e del complesso aziendale, ma soprattutto subentrando completamente nella direzione dell'attività d'impresa.

Alla luce di ciò potremmo essere ingannati da una situazione apparentemente equiparabile, ma questo non può dirsi.

Tra l'attività di amministratore e quella di curatore fallimentare non vi è alcuna analogia: il primo gestisce beni e aziende in una prospettiva di continuità per migliorarne, ove possibile, i risultati economici e mantenerle sul mercato tutelando i posti di lavoro. Il secondo, al contrario, opera in una logica liquidatoria, tesa alla vendita dei beni e alla soddisfazione dei creditori.

L'amministratore giudiziario opera quotidianamente da *manager* aziendale, per sviluppare l'attività, coordinare il personale, trovare clienti e fornitori. Il curatore, esaurita la fase iniziale di inventario, deve gestire al meglio la liquidazione dei beni e la ricostruzione del passivo, proiettando l'attività d'impresa verso la fase di cessazione.

¹¹¹ Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, *'Linee guida in materia di amministrazione giudiziaria dei beni sequestrati e confiscati'*, Roma, ottobre 2015.

¹¹² Art. 35, Codice antimafia (D.Lgs. n. 159/2011).

¹¹³ G.F. Campobasso, 2020, *'Manuale di diritto commerciale'*, Utet Giuridica.

2.1. L'organo di vigilanza e controllo.

Rispetto all'organo di controllo, deve condividersi la medesima osservazione operata per l'organo amministrativo.

L'organo di controllo, al contrario di quanto sostenuto negli anni, non muta la sua natura in pendenza di amministrazione giudiziaria, non diventa un organo deputato a vigilare sull'operato dell'amministratore giudiziario con l'obbligo, poi, di riferire all'autorità procedente, eventuali irregolarità poste in essere.¹¹⁴

L'organo di controllo continuerà a svolgere le funzioni che gli sono proprie, non avrà il potere di censurare eventuali condotte dell'amministratore giudiziario che violino i limiti posti dal giudice all'esercizio dei diritti derivanti dalle partecipazioni sociali.

Il difficile contesto ambientale, culturale ed operativo nel quale si trova ad operare l'amministratore giudiziario dovrebbe suggerire l'utilizzo di "apparati" indipendenti preposti al controllo: quando l'impresa è meritevole di rimanere sul mercato, l'amministratore giudiziario deve assicurare la censura rispetto alla gestione precedente e la continuità operativa attraverso decisioni rapide ed interventi incisivi di ripristino della legalità. Questa operazione, potremmo dire, di discontinuità nella continuità può essere facilitata dall'attivazione di presidi di controllo.¹¹⁵

L'obiettivo potrebbe essere quello di integrare i principi di sana gestione con funzioni di controllo e vigilanza indipendenti, di inserire alcune misure anticorruzione e di operare un'opportuna separazione di poteri.

La *governance* tradizionale di un'impresa lascerebbe spazio, quindi, ad una *governance* di stampo pubblico. Ciò che rimane integro, ad oggi, nel quadro normativo, è la responsabilità gestionale dell'amministratore giudiziario e il potere autorizzativo e di controllo del giudice delegato.¹¹⁶

Da ciò possiamo tracciare un *file rouge* con la disciplina fallimentare, guardando al rapporto tra il curatore fallimentare e lo stesso giudice delegato: quest'ultimo svolge il medesimo ruolo anche nella procedura fallimentare.¹¹⁷

¹¹⁴ F. Fimmanò – R. Ranucci, "Sequestro penale dell'azienda e rappresentanza legale della società: convivenza "di fatto" di amministratori giudiziari delle "res" e amministratori volontari delle persone giuridiche", 21 ottobre 2015, Diritto penale dell'Impresa da Il Caso, www.ilcaso.it.

¹¹⁵ R. De Luca, "Il controllo delle imprese in amministrazione giudiziaria sottoposte a sequestro ex art.20 del D.Lgs. 159/2011", 01 luglio 2017, Advisora, www.advisora.it

¹¹⁶ A.Palazzolo, 2020, "L'impresa in amministrazione giudiziaria tra Stato e mercato", Torino, Giappichelli Editore.

¹¹⁷ D.Lauretta, "Il rapporto tra giudice delegato e curatore fallimentare", 23 gennaio 2021, in Altalex, www.altalex.com

In realtà in ipotesi di fallimento della società, affianco al curatore fallimentare, troviamo non solo il giudice delegato ma anche il tribunale, che emana la sentenza dichiarativa di fallimento, e il comitato dei creditori.

La funzione di vigilanza è soddisfatta dallo stesso tribunale per le controversie inerenti alla procedura e per i reclami contro i provvedimenti del giudice delegato; dal comitato dei creditori, che vigila sull'operato del curatore e ne autorizza il compimento di determinati atti, laddove necessario; e infine dal giudice delegato.¹¹⁸

Se discutiamo in merito alle prerogative di quest'ultimo nella procedura di fallimento, non sembra però facile individuare il confine tra i poteri propri del curatore e i poteri dello stesso giudice: tale difficoltà nasce da due revisioni legislative, quali la riforma Vietti del 2006 e la riforma che entrerà in vigore con il nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza¹¹⁹. Sono questi due interventi normativi che ci permettono, ad oggi, di tracciare il *file rouge* di cui detto poc'anzi.

La riforma Vietti del 2006¹²⁰ ha modificato notevolmente il rapporto tra gli organi del fallimento: il modello piramidale che connotava il rapporto tra gli organi è stato infatti eliminato, a vantaggio di una minore gerarchizzazione volta all'accelerazione nell'esecuzione degli atti procedurali.¹²¹

Tutte le attività di gestione dei beni del fallito sono riservate unicamente al curatore; diversamente il giudice delegato, che prima si occupava dell'amministrazione del patrimonio, detiene un compito di vigilanza sulla procedura fallimentare.

Nel nuovo Codice della Crisi d'Impresa il curatore fallimentare continuerà ad essere l'organo di amministrazione della procedura di "liquidazione giudiziaria" (c.d. fallimento) ed è tenuto a comunicare al giudice delegato una serie di relazioni circa l'accertamento dello stato passivo, così come in relazione all'andamento delle attività compiute; il giudice delegato rimane organo supervisore dell'operato del curatore.

Nonostante le aspettative fossero proiettate su una riforma che avrebbe cambiato in misura molto forte i connotati della procedura concorsuale, il legislatore ha, nella maggior parte dei casi, preferito seguire le direttrici della riforma del 2006.¹²² Ciò non toglie che in alcuni casi si

¹¹⁸ D.Lauretta, *'Il rapporto tra giudice delegato e curatore fallimentare'*, 23 gennaio 2021, in Altalex, www.altalex.com

¹¹⁹ D. Lgs. n. 14/2019, emanato in attuazione della l. n. 155/2017 avente a oggetto la delega al Governo per la riforma della materia, entrerà in vigore il prossimo 1° settembre 2021.

¹²⁰ Operata con d.lgs. n. 5/2006, trattasi di una riforma che modifica notevolmente il rapporto tra gli organi del fallimento, al fine di perseguire una semplificazione e una più rapida conclusione della procedura, nonché una maggiore trasparenza circa gli atti disposti nel corso della stessa. Il modello piramidale che connotava il rapporto tra gli organi viene eliminato, a vantaggio di una minore gerarchizzazione volta all'accelerazione nell'esecuzione degli atti procedurali.

Tutte le attività di gestione dei beni del fallito sono riservate al curatore, motore essenziale dell'intera procedura.

¹²¹ D.Lauretta, *'Il rapporto tra giudice delegato e curatore fallimentare'*, 23 gennaio 2021, in Altalex, www.altalex.com

¹²² D.Lauretta, *'Il rapporto tra giudice delegato e curatore fallimentare'*, 23 gennaio 2021, in Altalex, www.altalex.com

fa evidente l'intento di modificare il ruolo del giudice delegato, che acquista nuovamente centralità in determinate fasi della procedura di liquidazione giudiziale.

Sicuramente dovremo attendere il 1° settembre 2021 per l'entrata in vigore del nuovo Codice, ma ciò che emerge dalle informazioni a nostra conoscenza è la conferma di un ruolo centrale e di una funzione motrice, entro la procedura fallimentare, riconosciuti in capo al curatore fallimentare.

Il giudice delegato rappresenta l'organo della vigilanza sul corretto svolgimento, in termini di legalità, della procedura, a fianco del quale troviamo il comitato dei creditori che rappresenta il vero organo di controllo per quanto riguarda il merito delle decisioni adottate dal curatore.

Le similitudini con la procedura di amministrazione giudiziaria, come è evidente, riguardano la figura del giudice delegato, non anche il comitato dei creditori, che assume altro ruolo nella fattispecie ex art.34 D.Lgs. 159/2011, che avremo modo di analizzare successivamente.

Da ultimo, ulteriore ed interessante elemento di collegamento tra le due procedure è il profilo riguardante proprio il collegio sindacale: ad apertura del paragrafo abbiamo sottolineato che l'organo di controllo, nell'amministrazione giudiziaria, non muta la propria natura, non assume la veste di un organo deputato a vigilare sull'operato dell'amministratore giudiziario, ciò non significa che in pendenza del procedimento debba essere sostituito o revocato, anzi la disciplina lascia spazio ad una pacifica convivenza tra l'amministratore giudiziario e il collegio sindacale.¹²³

Nel fallimento le funzioni del collegio sindacale vengono sospese, il collegio sindacale entra in uno *status* di quiescenza che determina la sospensione delle funzioni. Del pari è sospeso l'esercizio dei poteri di vigilanza e di intervento attribuiti dalla legge al collegio sindacale e ai sindaci individualmente.

Tuttavia, permanendo in carica, il collegio sindacale può essere chiamato a svolgere le proprie funzioni limitatamente all'eventuale attività posta in essere dagli organi sociali che siano da considerarsi compatibili con l'esistenza della procedura fallimentare.

D'altro lato, durante la stessa amministrazione giudiziaria, l'organo di controllo può essere chiamato a censurare il comportamento dell'amministratore giudiziario che abbia compiuto atti in violazione della normativa societaria.¹²⁴

Durante la procedura fallimentare il collegio sindacale rimane in carica, ma entra in uno stato di parziale "quiescenza", nel corso del quale lo svolgimento dell'attività di vigilanza ex art. 2403 c.c. rimane sospeso, in quanto incompatibile con il ruolo svolto dagli organi della procedura, poiché, come già detto, la legge fallimentare affida in via esclusiva al giudice

¹²³ Redazione Altalex, "Amministratori giudiziari: definite le nuove incompatibilità", 31 maggio 2018, in Altalex, www.altalex.com

¹²⁴ F. Fimmanò – R. Ranucci, "Sequestro penale dell'azienda e rappresentanza legale della società: convivenza "di fatto" di amministratori giudiziari delle "res" e amministratori volontari delle persone giuridiche", 21 ottobre 2015, *Diritto penale dell'Impresa da Il Caso*, www.ilcaso.it.

delegato e, in seconda istanza, al Tribunale fallimentare i compiti di direzione e di vigilanza sull'operato del curatore.¹²⁵

In conclusione possiamo affermare che sicuramente esistono delle analogie tra fallimento e amministrazione giudiziaria sotto i profili appena analizzati, ma con particolare riguardo alla figura del giudice delegato è necessario sottolineare come l'interlocuzione tra l'amministratore giudiziario e l'autorità giudiziaria procedente risulti maggiormente incisiva stante il rapporto fiduciario tra le due figure: infatti la fase dell'esecuzione del sequestro viene pre-concordata con il professionista stesso, in quanto è necessario garantire il più possibile la presenza dell'amministrazione giudiziaria nella fase esecutiva.

Questo rapporto, anzi legame, fiduciario non è parimenti riscontrabile tra il curatore fallimentare e il giudice delegato, essendo solo primo l'attore principale sulla scena fallimentare.

3. La preservazione del *going concern*.

La centralità dell'amministrazione giudiziaria risiede nella necessità di garantire all'attività d'impresa una continuità, fare in modo che possa ripristinarsi una condizione di legalità venuta meno a causa di un condizionamento mafioso o a causa di alternazioni interne nella gestione stessa dell'attività¹²⁶ (come si è approfondito nel caso Uber Italy s.r.l.).

Anche in tema di "continuità aziendale" possiamo mettere a confronto la disciplina tipica dell'impresa soggetta a procedura concorsuale con la disciplina prevista per la procedura di amministrazione giudiziaria.

Basti guardare, da ultimo, il contributo del nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza, in virtù del quale assume e assumerà valore giuridico il principio della continuità aziendale, nell'ottica di preservare l'organizzazione dell'impresa entro la prosecuzione dell'attività, come maggiore garanzia patrimoniale per i creditori, anche attraverso il risanamento o il trasferimento a terzi.¹²⁷

La continuità aziendale diviene, nella riforma in vigore dal 1° settembre 2021, il nuovo centro della disciplina in tema di crisi, dissesto e insolvenza dell'impresa; anche nelle fattispecie apparentemente irreversibili, l'obiettivo sarà quello di preservare, per quanto possibile, il valore dell'attività, il prestigio dell'organizzazione, l'importanza della forza lavoro; proprio in

¹²⁵ Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, "Norme di comportamento del collegio sindacale", 2012, testo in www.commercialisti.it

¹²⁶ A. Palazzolo, 2020, "L'impresa in amministrazione giudiziaria tra Stato e mercato", Torino, Giappichelli Editore.

¹²⁷ D. Lgs. n. 14/2019, emanato in attuazione della l. n. 155/2017 avente a oggetto la delega al Governo per la riforma della materia, entrerà in vigore il prossimo 1° settembre 2021.

quest'ottica, il nuovo Codice della Crisi promuove soluzioni maggiormente orientate verso un concordato in continuità piuttosto che verso la liquidazione giudiziale.

Fino a quando, però, il Codice della Crisi non entrerà in vigore il nostro punto di riferimento è la Legge fallimentare, entro la quale il concetto di continuità¹²⁸ proietta l'impresa decotta verso una più florida situazione, di modo che i creditori trovino piena soddisfazione delle proprie pretese.

Già così mi sembra evidente la divergenza di presupposti ma soprattutto di obiettivi: nella procedura fallimentare abbiamo dinanzi a noi una realtà imprenditoriale divenuta insolvente, la quale si trova costretta a soddisfare le pretese creditorie attraverso la liquidazione del patrimonio; il presupposto della procedura è lo stato di insolvenza mentre l'obiettivo da perseguire è l'adempimento delle posizioni debitorie, di cui l'impresa è titolare, con successiva possibilità di ripartizione dell'attivo.

Nell'amministrazione giudiziaria possiamo dire che la continuità dell'attività di impresa si erge ad obiettivo principale della procedura, diventandone contestualmente il fulcro: il presupposto della procedura ex art.34 del Codice antimafia è l'alterazione di una condizione di legalità interna, l'aver posto in essere delle operazioni che hanno influenzato il corretto svolgimento dell'attività d'impresa, mentre l'obiettivo è quello di superare, anzi ripristinare la situazione *quo ante* mutata, tutelando le esigenze occupazionali e produttive.

La continuità aziendale per l'amministrazione giudiziaria è disciplinata all'art.41 del Codice antimafia, il quale conferisce all'amministratore giudiziario la custodia e la gestione dell'azienda; quest'ultimo attraverso la predisposizione di uno specifico programma organizza l'attività di impresa e mette a punto tutti gli strumenti necessari affinché della stessa possa preservarsene, nel tempo, il valore.

La peculiarità del *going concern*, nell'amministrazione giudiziaria, sta proprio nell'evitare che la misura di prevenzione possa congelare il motore dell'impresa, arrecandone ulteriori ed irreversibili danni.

L'amministratore giudiziario può anche affittarla già nel periodo del sequestro, laddove risulti soluzione migliore, ma in via prioritaria a favore di determinati soggetti, quali ad esempio cooperative di lavoratori o enti senza finalità lucrative, costituiti per la gestione di beni sequestrati.¹²⁹

Sono previste discipline speciali attraverso le quali l'istituto del trasferimento e dell'affitto d'azienda devono realizzarsi nell'ambito dell'amministrazione giudiziaria: nello specifico il legislatore ha previsto che l'amministratore giudiziario possa affittare l'azienda solo nei

¹²⁸ G.B.Nardecchia, "La continuità aziendale nelle procedure concorsuali", 2019, in *Questione Giustizia Magistratura Democratica*, www.questionegiustizia.it

¹²⁹ A.Palazzolo, 2020, "L'impresa in amministrazione giudiziaria tra Stato e mercato", Torino, Giappichelli Editore.

confronti di soggetti dotati di determinate caratteristiche, individuati *ex lege*, ma soprattutto lo stesso legislatore stabilisce i criteri attraverso i quali vada gestita un'attività che altrimenti sarebbe di natura privatistica.

L'esigenza, alla base di ciò, sta nella considerazione che spesso le imprese, soggette ad amministrazione giudiziaria, falliscono o perdono progressivamente quote di mercato a favore di altri soggetti, sia per mancanza di capacità imprenditoriale da parte di chi subentra, sia perché perdono contatto con il territorio.¹³⁰

In sostanza, come già sottolineato, nella predisposizione del piano di gestione, l'amministratore giudiziario deve apprestare tutti gli strumenti o gli espedienti necessari affinché vi sia il pieno ripristino della legalità.

Il concetto di continuità che conosciamo nell'ambito di una procedura fallimentare guarda alla prosecuzione dell'attività d'impresa piuttosto come espediente funzionale a determinare un saldo finale positivo, quindi uno strumento utile al soddisfacimento dei creditori, nella prospettiva di un'attività d'impresa che volge comunque alla "conclusione".

Sappiamo bene infatti che, in certi casi, la cessazione dell'attività, a seguito della dichiarazione di fallimento, potrebbe ripercuotersi negativamente sugli stessi creditori o su altri soggetti. In particolare, l'esercizio provvisorio e l'affitto d'azienda consentono la prosecuzione dell'attività d'impresa nonostante la dichiarazione di fallimento.¹³¹

Quando nella sentenza di fallimento o successivamente il giudice delegato autorizza l'esercizio provvisorio, è naturale emergano debiti di massa, debiti prededucibili, debiti che devono essere pagati prima dei creditori concorsuali. Occorre pertanto individuare una marginalità positiva dell'esercizio provvisorio, poiché se la stessa non vi è significa che il valore prodotto dall'esercizio provvisorio è completamente assorbito dalla prededuzione, andando ad erodere l'attivo patrimoniale a danno dei creditori concorsuali.

Nel caso in cui non sia possibile proiettarsi verso una marginalità positiva, è necessario guardare ad un pareggio di bilancio, altrimenti l'esercizio provvisorio non può essere disposto.

Può darsi voce al concetto di continuità anche attraverso l'affitto d'azienda, istituto che trova attuazione tanto nel fallimento quanto nell'amministrazione giudiziaria, fermo restando la divergenza di obiettivi.

Nel fallimento l'azienda è concessa in gestione ad un terzo sotto pagamento di un canone: in questo caso i debiti contratti per la continuazione dell'attività non ricadono sulla massa dei creditori concorsuali perché sono sopportati dal soggetto affittuario¹³².

¹³⁰ A.Palazzolo, 2019/2020, "La prosecuzione dell'attività aziendale", in Diritto delle società, LUISS Guido Carli.

¹³¹ G.F.Campobasso, 2013, "Diritto commerciale 3, Contratti, Titoli di credito, Procedure concorsuali", Utet Giuridica.

¹³² Questa logica contrasta con quella del Codice antimafia in quanto l'applicazione della regola ex art.104 bis comma 6 della Legge fallimentare comporterebbe un serio problema di tutela dei creditori della società in

Nella decisione che il curatore prende assieme agli altri organi del fallimento deve ponderare costi e benefici di un'operazione di questo tipo: la disciplina è contenuta nell'art.104 *bis* l.fall., il quale richiama l'art.107 della stessa l.fall, disposizione che regola le procedure competitive di vendita, precedute dallo svolgimento di una gara e dall'assegnazione al miglior offerente.

Inoltre, la riforma del diritto societario del 2006 ha previsto nella Legge fallimentare, quale ulteriore modalità di liquidazione, la vendita dell'azienda, o dei rami d'azienda e dei beni e rapporti in blocco, nonché il conferimento della stessa azienda in una società. In questo caso la vendita riguarderà solo l'attivo, esulando il cessionario da responsabilità nei confronti dei creditori.

Alla luce di un rapporto di specialità tra la Legge fallimentare e il Codice antimafia non possiamo riscontrare una coincidenza nel concetto di *going concern* e nell'utilizzo che dello stesso fanno le due disposizioni: nel caso di una procedura di amministrazione giudiziaria la prosecuzione dell'attività rappresenta la regola, rappresenta la peculiarità della stessa procedura, con la sola differenza che debba subentrare un amministratore giudiziario, su nomina del tribunale, e assumere le redini della gestione, per un tempo limitato, e ricondurre l'azienda nell'alveo della legalità.

La continuità dell'attività d'impresa invece, in ipotesi di fallimento, è funzionale a garantire maggiormente i creditori di fronte lo stato di insolvenza di un soggetto giuridico (nel caso di società) o dello stesso imprenditore individuale; trattasi di casi eccezionali dove la cessazione dell'attività, a seguito della dichiarazione di fallimento, non rappresenta la giusta risposta a cui dare attuazione.

Bisogna però, ad oggi, considerare il nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza, dalla cui lettura emerge come, nella riformata disciplina, la conservazione delle componenti positive dell'impresa (beni produttivi e livelli occupazionali) costituisca un obiettivo meritevole di tutela entro le procedure concorsuali¹³³. Quest'ultime non sono più considerate unicamente in termini liquidatori, ma piuttosto come finalizzate ad una conservazione dei mezzi organizzativi dell'impresa, assicurando, ove possibile, la sopravvivenza dell'impresa in crisi.

Queste considerazioni nascono dalle diverse riforme susseguitesi negli anni, le quali hanno mostrato e mostrano come vari possano essere gli interessi perseguiti dalle procedure concorsuali, ma allo stesso tempo non tutti possono essere posti sullo stesso piano ed ottenere medesima tutela.

amministrazione giudiziaria, costituendo un *vulnus* per la continuità aziendale. Ne deriva che in caso di cessazione dell'affitto dell'azienda, soggetta ad amministrazione giudiziaria, il soggetto che ne risulta a titolare (l'amministratore giudiziario o in ipotesi lo stesso imprenditore prevenuto che rientra in possesso dell'azienda) deve rispondere dei debiti contratti nel corso del periodo d'affitto.

Analogamente l'imprenditore prevenuto che torna in possesso dell'azienda in ipotesi di cessazione del sequestro deve rispondere dei debiti contratti nel corso della vigilanza della misura.

¹³³ G.B.Nardocchia, *'La continuità aziendale nelle procedure concorsuali'*, 2019, in *Questione Giustizia Magistratura Democratica*, www.questionegiustizia.it

L'esame delle norme contenute nel Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza mette in risalto le misure di allerta, che favoriscono l'emersione tempestiva della crisi e quindi sollecitano alla conservazione del valore aziendale; in ordine a ciò, si fanno evidenti la scelta di privilegiare proposte di concordato in continuità, e la generalizzazione della possibilità, remota nell'attuale Legge fallimentare, di autorizzare l'esercizio provvisorio dell'attività di impresa.¹³⁴

Il vero e proprio presupposto o, potremmo dire, “motore” alla base delle regole sulla crisi d'impresa è proprio la continuità aziendale. Si ha continuità aziendale quando l'impresa, attraverso lo svolgimento dell'attività operativa, è in grado di pervenire ad una soddisfacente condizione di economicità; si ha continuità aziendale quando risulti possibile la remunerazione del capitale di rischio; infine, si ha continuità aziendale quando possa soddisfarsi l'aspettativa degli *stakeholders* aziendali.¹³⁵

Non dilungandoci ancora sulla tematica, possiamo convenire alla conclusione per cui, nonostante le apparenti similitudini, ad oggi non sia possibile coniugare pienamente le disposizioni del Codice antimafia e della Legge fallimentare in tema di *going concern*, manifestandosi *ab origine* una divergenza di priorità; probabilmente ciò potrà accadere con l'entrata in vigore del nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza.

3.1. Continuità aziendale e Covid-19.

La continuità aziendale rappresenta una delle caratteristiche generali alla base della redazione del bilancio d'esercizio; rappresenta inoltre uno dei principi da valutare nell'ambito del monitoraggio continuo, applicando sicuramente il Codice della crisi d'impresa.

A prescindere da che si tratti di una procedura di amministrazione giudiziaria o di una situazione di crisi che proietti all'applicazione di una delle procedure concorsuali, l'attuale emergenza sanitaria da Covid-19 impone di approfondire come tale principio debba essere interpretato in un contesto economico incerto per fattori esogeni e di durata imprevedibile.¹³⁶

In tema di redazione del bilancio, l'articolo 38-*quater* della Legge n. 77/2020 ha introdotto la facoltà di deroga temporanea al principio civilistico di continuità aziendale, al ricorrere di determinate condizioni.¹³⁷

¹³⁴ V.Goldoni, “*Il totem della continuità aziendale nel nuovo codice sulla crisi d'impresa*”, 13 marzo 2019, in Società&Tributi Week, www.societaetributiweek.it.

¹³⁵ V.Goldoni, “*Il totem della continuità aziendale nel nuovo codice sulla crisi d'impresa*”, 13 marzo 2019, in Società&Tributi Week, www.societaetributiweek.it.

¹³⁶ L.Fornaciari, “*Covid-19: bilanci 2019 e 2020 con deroga alla continuità aziendale*”, 6 maggio 2020, in Ipsa (notizie su fisco, lavoro, bilancio e imprese), la Libreria online del professionista www.ipsoa.it.

¹³⁷ C.Paparella, “*Riflessi del Covid nel bilancio 2020: deroga al principio di continuità aziendale*”, 19 marzo 2021, in Fisco Oggi, www.fiscooggi.it

Scopo della norma era evitare che l'applicazione del normale criterio di continuità aziendale potesse enfatizzare gli effetti negativi che l'emergenza in atto stava e sta tuttora comportando. Ben sappiamo che il postulato della continuità (c.d. *going concern*) è sancito dall'art. 2423-bis, comma 1, n.1) del Codice civile e stabilisce che “*la valutazione delle voci deve essere fatta secondo prudenza e nella prospettiva della continuazione dell'attività*”.

In questo scenario, l'azienda costituisce un complesso economico funzionante, destinato alla produzione di reddito, in grado di svolgere la propria attività in un prevedibile futuro e di far fronte alle proprie obbligazioni senza che vi sia necessità o intenzione di cessare l'attività.¹³⁸

Con riguardo ai soggetti, la norma si rivolge esclusivamente alle società che adottano le norme del Codice civile e i principi contabili nazionali.

In base all'interpretazione dell'OIC, il provvedimento nasce anche per i bilanci consolidati, se la capogruppo si avvale della deroga nel proprio bilancio di esercizio. Sono invece da escludere dal perimetro di riferimento le società che adottano i principi contabili internazionali.

Non è possibile esercitare la deroga se nel precedente bilancio approvato la società abbia dichiarato di trovarsi nelle condizioni di continuità aziendale. In altre parole, la deroga permette alle imprese di applicare il principio della continuità ove le stesse avessero avuto tale prospettiva di continuità già prima della crisi.¹³⁹

Nei casi in cui venga adottata la deroga, il bilancio d'esercizio sarà redatto utilizzando i criteri di classificazione e quelli di valutazione previsti in situazioni di accertata continuità aziendale.¹⁴⁰

In ogni caso il bilancio deve sempre assicurare una concreta e corretta valenza informativa nei confronti dei terzi, infatti nella nota integrativa la società deve dare informazione della deroga nella descrizione delle politiche contabili e fornire un quadro aggiornato circa la capacità dell'azienda.

Devono essere fornite le informazioni relative ai fattori di rischio, alle assunzioni effettuate, alle incertezze identificate, nonché ai piani aziendali futuri per far fronte a tali rischi ed incertezze.¹⁴¹

L'emergenza pandemica da Covid-19 ha avuto, e forse ancora ha rilevanti ripercussioni sul tessuto socioeconomico del Paese. I danni a livello produttivo hanno messo e continuano a

¹³⁸ C.Paparella, “*Riflessi del Covid nel bilancio 2020: deroga al principio di continuità aziendale*”, 19 marzo 2021, in Fisco Oggi, www.fiscooggi.it

¹³⁹ L.A.Esposito, “*Riflessi contabili della deroga al principio della continuità aziendale*”, 31 maggio 2021, in Informazione Fiscale, www.informazionefiscale.it.

¹⁴⁰ L.Fornaciari, “*Bilancio 2020: deroga alla continuità aziendale e principio di competenza per i ritorni*”, 01 marzo 2021, in Ipoa (notizie su fisco, lavoro, bilancio e imprese), la Libreria online del professionista www.ipoa.it.

¹⁴¹ C.Paparella, “*Riflessi del Covid nel bilancio 2020: deroga al principio di continuità aziendale*”, 19 marzo 2021, in Fisco Oggi, www.fiscooggi.it

mettere a dura prova grandi e piccole imprese, poiché il periodo in cui la malattia si è diffusa corrisponde con il momento congiunturale della chiusura dei bilanci delle società.

Il ‘Decreto liquidità’¹⁴² ha previsto norme ad hoc in materia di “sospensione” della continuità aziendale per gli esercizi 2019 e 2020, per quelle società “sane” che, in assenza di Covid-19, non avrebbero avuto problemi di *going concern*, ma che allo stato attuale si sono trovate ad approvare il bilancio senza una reale e chiara percezione del futuro.¹⁴³

Gestire il cambiamento, garantire la tempestività dei dati, rilevare le anomalie, creare un sistema predittivo efficace: sono azioni che non possono essere rimandate dalle imprese, anche a causa della crisi da Covid-19. Coloro che si occupano del controllo di gestione devono affrontare gli attuali cambiamenti economici con una preparazione digitale maggiore e più adeguata.

Sono queste le nuove richieste del mercato imprenditoriale, di una realtà d’impresa che, tra le varie novità, continua a dover fare i conti con una pandemia mondiale ancora in atto.

La figura aziendale di chi si occupa di controllo e di gestione è in continua evoluzione; la sua professionalità assume di giorno in giorno un valore crescente, e gli si richiedono *skills* e strumenti tecnologicamente avanzati per dare vita a un processo culturale che tocchi tutte le funzioni aziendali.¹⁴⁴

L’innovazione digitale, unitamente al momento di crisi che si sta vivendo, impone un ripensamento radicale del modo di stare sul mercato da parte di tutte le aziende: le aziende che non riusciranno a prevedere scenari diversi e ad adattarsi rapidamente all’evoluzione dei medesimi, subiranno perdite di competitività tali da mettere a rischio la continuità aziendale.

4. La posizione dei soggetti terzi.

La tutela dei terzi rappresenta una delle tematiche centrali tanto nella disciplina concorsuale quanto nel Codice antimafia, insita nel concetto stesso di continuità dell’attività aziendale, che il legislatore ha cura di preservare e, potremmo dire, conservare nel tempo al fine di massimizzare l’attivo destinato al soddisfacimento dei rapporti contrattuali stipulati e delle obbligazioni assunte dall’impresa.

Come già abbiamo avuto modo di notare, il ceto creditorio, in caso di fallimento, svolge un’importante funzione di controllo e garanzia circa le decisioni di merito assunte dal curatore fallimentare, affinché possano trovare soddisfazione attraverso la liquidazione del patrimonio;

¹⁴² Decreto-legge n. 23/2020.

¹⁴³ Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, ‘L’impatto dell’emergenza sanitaria sulla continuità aziendale e sull’applicazione dei principi contabili nazionali’, 20 aprile 2020, in Il Caso.it, www.news.ilcaso.it.

¹⁴⁴ A.Tullio, ‘Il controllo di gestione al tempo del Covid-19 e la regola delle 3 C’, 8 maggio 2021, in Ipsoa (notizie su fisco, lavoro, bilancio e imprese), la Libreria online del professionista www.ipsoa.it.

ad analoga conclusione non possiamo giungere nel contesto di una procedura di amministrazione giudiziaria, dove i creditori ricoprono una posizione ben diversa.

La riforma del Codice antimafia, avvenuta con l. n.161/2017, ha portato maggior certezza ai creditori delle imprese sequestrate alla mafia: questo uno degli obiettivi della riforma che apre nuovi scenari di tutela per chi intrattiene rapporti commerciali, in buona fede, con persone fisiche e giuridiche colpite da misure di prevenzione patrimoniale¹⁴⁵.

La stessa confisca infatti comporta effetti indesiderati, oltre che per il preposto, anche per i terzi titolari di diritti di credito o titolari formalmente del bene, che vedono pregiudicata la possibilità di ottenere il pagamento del debito contratto con tali soggetti, a loro volta privati del bene perché devoluto allo Stato.

Essendo però diversi i presupposti e gli obiettivi che giustificano ma soprattutto legittimano una procedura ex art.34 D.Lgs. 159/2011 rispetto alla cornice nella quale si inserisce una procedura fallimentare, differente sarà il ruolo svolto dai creditori entro le due fattispecie e differenti saranno gli strumenti di tutela apprestati nei loro confronti.

Sicuramente ciò che vuole garantirsi è la predisposizione di una tutela piena nei confronti di soggetti terzi che abbiano, con la persona fisica (imprenditore) o giuridica (società) in questione, stipulato un rapporto contrattuale, e si siano poi trovati a subire le conseguenze della misura applicata nel caso di specie.

Entro il regime di amministrazione giudiziaria, la procedura da attuare rispetto ai creditori è il regime di verifica dei crediti¹⁴⁶, regime per il quale ciascun soggetto che abbia avuto rapporti con l'impresa, in precedenza gestita dal prevenuto, deve sottostare ad un controllo di estraneità, in quanto tali soggetti potrebbero essere stati, se non dei complici, tuttavia consapevoli del fatto che l'impresa era gestita da un soggetto avente determinate caratteristiche.

¹⁴⁵ C.Forte, *“Il nuovo Codice antimafia e la tutela dei terzi. La novella approvata il 27 settembre scorso risolve un contrasto giurisprudenziale che avrebbe meritato l’attenzione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione”*, 19 novembre 2017, in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it

¹⁴⁶ Nel regime di verifica dei crediti, l’istante deve dimostrare in primis l’ anteriorità del diritto rispetto al sequestro. In caso di diritti di credito, tale requisito deve risultare da atto di data certa, per la cui individuazione la disciplina dell’amministrazione giudiziaria richiama le norme del Codice civile, artt. 2699 e ss.; per i diritti reali di garanzia rileva la data di costituzione secondo le regole civilistiche. Nel caso di promessa di pagamento, per il riconoscimento del debito occorre invece la prova del rapporto fondamentale. In secondo luogo, occorre dimostrare l’ indisponibilità di altri beni su cui lo stesso creditore possa esercitare la garanzia patrimoniale: sul punto ha agito la novella n.161 del 2017, sostituendo il requisito previgente della previa escussione del patrimonio del preposto con la più agevole dimostrazione che quest’ultimo non disponga di altri beni su cui esercitare la garanzia patrimoniale, idonea a soddisfare il credito vantato.

Il terzo, per ottenere la tutela del proprio credito, deve allegare elementi idonei a rappresentare la sua estraneità all’illecito o comunque l’affidamento incolpevole sulla liceità del rapporto, infatti nel procedimento di prevenzione l’onere probatorio grava sul terzo.

Il procedimento di accertamento dei diritti dei terzi e la redazione del programma dei pagamenti in favore dei creditori è disciplinato dagli artt. 57 e ss. del Codice Antimafia.

Il procedimento si svolge sotto la direzione del giudice delegato che si avvale dell’ausilio dell’amministratore giudiziario e si articola in diverse fasi, le quali culmineranno, in caso di esito positivo per i creditori, nel pagamento di questi ultimi.

Il dubbio lecito riguarda la motivazione che giustifichi anzitutto controllo, la causa che porti il contraente a subire gli effetti dell'amministrazione giudiziaria senza essere stato accusato di aver commesso un reato.

La risposta sta nell'inciso "tutto ciò che è frutto del reato ne segue le sorti"¹⁴⁷, al di là che il prevenuto abbia compiuto reati e possano esserci dei soggetti in concorso con lui: non può esistere un'obbligazione valida se questa è illecita.

Non si suppone che i soggetti, che avevano avuto contatti con il prevenuto, fossero dei suoi complici, semplicemente il procedimento di verifica ha ad oggetto l'accertamento della buona fede da parte dei terzi, cioè è necessario valutare se questi abbiano contratto l'obbligazione nella consapevolezza o meno delle sue caratteristiche.

Rispetto a quanto disciplinato nella Legge fallimentare, dove la verifica del passivo¹⁴⁸ è svolta misurando l'esistenza o meno delle prestazioni, nel procedimento di verifica antimafia non è sufficiente dimostrare la propria ragione creditoria e documentarne la congruità, ma bisogna dimostrare la piena buona fede.

La ratio alla base di questa scelta normativa vuole sconfessare l'importanza e il rilievo giuridico dell'obbligazione per non favorire colui che, pur consapevole della condizione del contraente, abbia comunque proceduto a contrarre.

Nel fallimento, la piena soddisfazione delle obbligazioni assunte, nel tempo, dall'imprenditore o dalla società, è il motivo stesso per cui si apre la fase di liquidazione, rappresenta la *ratio* alla base delle scelte assunte dal curatore, l'obiettivo perseguito entro tutta la procedura.

Il curatore percorre ogni strada utile alla copertura delle posizioni creditorie, facendo sì che la liquidazione patrimoniale sia in grado di sanare ogni debito della società; abbiamo anche visto

¹⁴⁷ A.Palazzolo, 2019/2020, "Regime di verifica dei crediti", Diritto delle società, LUISS Guido Carli.

¹⁴⁸ L'accertamento del passivo e dei diritti di terzi sui beni compresi nella liquidazione giudiziale, ha subito modeste modifiche entro il nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza, nel quale ecco ha inizio con l'avviso ai creditori ed agli altri interessati della liquidazione giudiziale al fine di consentire loro di partecipare alla procedura. Il curatore è tenuto a comunicare, senza indugio, l'avviso a coloro che risultano creditori o titolari di diritti reali o personali su beni mobili e immobili di proprietà o in possesso del debitore. I creditori e gli altri soggetti possono presentare una domanda di ammissione al passivo di un credito oppure una domanda di restituzione o rivendicazione di beni mobili o immobili.

Elemento innovativo rispetto al passato e a quanto contenuto nella Legge fallimentare riguarda l'obbligo della presentazione della domanda di partecipazione al riparto delle somme ricavate dalla liquidazione di beni compresi nella procedura e ipotecati a garanzia di debiti altrui.

Gli effetti della domanda di ammissione al passivo sono equiparabili a quelli della domanda giudiziale per tutta la durata della liquidazione giudiziale fino alla definizione dei giudizi e delle operazioni che proseguono dopo il decreto di chiusura della procedura, come previsto dall'art. 202 del codice che ricalca quanto già prescritto nella Legge fallimentare.

Segue poi il progetto di stato passivo da parte del curatore e l'udienza di discussione; il giudice delegato può accogliere in tutto o in parte ovvero respingere la domanda, nonché può dichiarare la stessa inammissibile. Dopo che è stato concluso l'esame delle domande, il giudice delegato procede a formare lo stato passivo che rende esecutivo con decreto depositato in cancelleria, il quale rende esecutivo lo stato passivo e le decisioni assunte dal tribunale all'esito dei giudizi di impugnazione; limitatamente ai crediti accertati ha efficacia endoprocedurale. Il legislatore ha pertanto precisato che hanno efficacia di giudicato soltanto le decisioni sulle domande di rivendica o restituzione.

Il curatore deve avvisare i ricorrenti della dichiarazione di esecutività dello stato passivo e della possibilità di proporre opposizione nel caso di mancato accoglimento della domanda.

che, laddove possa sembrare la soluzione migliore, egli dispone la temporanea continuazione dell'attività d'impresa, che possa contribuire alla formazione di un saldo positivo.

Nel caso, quindi, di liquidazione giudiziale, volendo usare un termine che ricorrerà di frequente nei prossimi mesi, l'obiettivo principale è la piena soddisfazione delle pretese creditorie, ove nell'amministrazione giudiziaria il fine perseguito dall'amministratore giudiziario è quello di "tenere in vita" l'attività stessa, permettendo contestualmente ai terzi creditori di far valere il proprio credito, dovendo però dimostrare la buona fede e l'inconsapevole affidamento.

La sintesi è che, da un lato, i creditori sono attori protagonisti ed è nei loro confronti che muove la procedura, mentre, da altro lato, subiscono il provvedimento di sequestro e confisca, rispetto al quale devono far valere una situazione giuridica soggettiva attiva di cui sono titolari.

Nel fallimento troviamo il soggetto passivo, il debitore, e la massa e gli interessi dei creditori; nello specifico si parla di massa perché coacervo indistinto, cioè massa di crediti.

L'effetto della sentenza dichiarativa di fallimento si traduce in un blocco automatico di tutte le azioni esecutive e cautelari individuali¹⁴⁹, dando vita ad un concorso sostanziale.

Poiché il fallimento costituisce un patrimonio di destinazione, questo non può essere intaccato dalle azioni esecutive o cautelari individuali; pertanto, anzidetta inibizione persegue l'obiettivo di garantire una parità processuale, infatti tutti i creditori hanno eguale diritto di essere soddisfatti sul patrimonio del fallito, secondo il principio della *par condicio creditorum*.¹⁵⁰

¹⁴⁹ Ex art.51 della Legge fallimentare, dal giorno della dichiarazione di fallimento nessuna azione individuale esecutiva (esercitabile dal creditore nei confronti del debitore, sempre che il primo sia munito di titolo esecutivo, facendo leva su metodi esecutivi al fine di ottenere l'adempimento delle pretese creditorie, rispetto alla cui azione però il debitore può fare opposizione) o cautelare (azione che "congela" una situazione giuridica controversa in attesa di una decisione definitiva, entro un procedimento già pendente o che deve essere ancora instaurato), anche per crediti maturati durante il fallimento, può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nel fallimento.

La norma detta il principio di carattere generale dell'universalità soggettiva, la quale dà vita alla soggezione di tutti i creditori alle norme sulla formazione dello stato passivo; pertanto, tutti i creditori sono sottoposti ad un concorso sostanziale favorendo così la realizzazione della *par condicio creditorum*.

Nel divieto sono ricomprese tutte le azioni di carattere esecutivo, sia di pignoramento diretto anche presso terzi sia l'esecuzione per consegna e rilascio; sono ricomprese nel divieto anche la procedura esecutiva fiscale, di cui al Regio decreto n. 639/1910, nonché l'esecuzione speciale prevista per le sanzioni amministrative, di cui alla Legge n. 689/1981 e il c.d. fermo amministrativo. Se ne sottrae invece il sequestro penale volto alla confisca e ciò sia che sia stato disposto prima che dopo il fallimento.

La norma ha un'estensione più ampia di quella ricavabile dalla interpretazione letterale e comporta che, dopo il fallimento, ogni iniziativa diretta alla ricostruzione del patrimonio del fallito deve essere riservata in via esclusiva all'ufficio fallimentare.

Il curatore è l'unico legittimato a proporre le azioni a tutela della massa e, nel caso in cui siano pendenti azioni dirette alla reintegrazione della garanzia patrimoniale del fallito, promosse da singoli creditori, costoro perdono la legittimazione a proseguire, con la possibilità per il curatore di iniziare *ex novo* le stesse azioni, qualora non siano ancora prescritte, oppure di riassumere i giudizi interrotti per la dichiarazione di fallimento del debitore.

A tal proposito, la Suprema Corte ha affermato che "qualora sia stata proposta un'azione revocatoria ordinaria per fare dichiarare inopponibile ad un singolo creditore un atto di disposizione patrimoniale compiuto dal debitore e, in pendenza del relativo giudizio, a seguito del sopravvenuto fallimento del debitore, il curatore subentri nell'azione in forza della legittimazione accordatagli dall'art. 66 l.fall., accettando la causa nello stato in cui si trova, la legittimazione e l'interesse ad agire dell'attore originario vengono meno, onde la domanda da lui individualmente proposta diviene improcedibile ed egli non ha altro titolo per partecipare ulteriormente al giudizio" (Cass. Civ., Sez. Un., 17.12.2008, n. 29420).

¹⁵⁰ Ex art.52 della Legge fallimentare, il fallimento apre il concorso dei creditori sul patrimonio del fallito e che ogni credito deve essere accertato in sede fallimentare, compreso i crediti esentati dal divieto di cui all'art. 511.fall. La norma pone, quindi, il principio della cristallizzazione del passivo e dell'esclusività del concorso formale; ciò allo scopo di realizzare il concorso sostanziale.

L'inibizione dall'esercizio delle suddette azioni fa venire meno la possibilità per i creditori di aggredire il patrimonio di destinazione, ma attraverso il concorso formale potranno poi partecipare alla ripartizione dell'attivo, che avviene quando il curatore fallimentare abbia liquidato l'intero patrimonio e lo abbia trasformato in denaro.

Bisogna anche mettere in conto la naturale tendenza di ciascun creditore ad avvantaggiarsi sugli altri, nelle operazioni di risanamento dell'impresa o comunque di superamento della crisi, il che può renderne difficile la gestione. Ecco allora che il diritto individuale di ogni creditore, di procedere all'esecuzione, e la conseguente realtà del concorso di tutti i creditori sul patrimonio del debitore si rivelano costitutivi dell'interesse a che l'espropriazione e la liquidazione dei beni siano organizzate, non semplicemente in ragione del diritto dei creditori di essere soddisfatti delle proprie pretese, ma anche secondo l'esigenza che tale soddisfazione si realizzi seguendo criteri di ottimizzazione dei risultati della liquidazione.¹⁵¹

Giova riflettere che l'interesse dei creditori al governo della crisi ha natura strumentale rispetto all'interesse finale, individuale, di ciascun creditore alla soddisfazione della pretesa vantata: mentre il primo interesse è comune a tutti i creditori, il secondo interesse è affermato da ciascuno di essi in conflitto con l'interesse di tutti gli altri creditori.

Non per questo motivo l'interesse finale è antieconomico all'interesse individuale; lo sarebbe se non vi fosse la disciplina del concorso che raccorda i due tipi di interesse. Infatti, il principio della *par condicio creditorum* rappresenta il criterio distributivo delle risorse, relativo alla responsabilità patrimoniale del debitore: ogni creditore è interessato alla massimizzazione dei risultati della gestione della crisi d'impresa.¹⁵²

Infine, vi è da considerare un momento specifico in cui non solo le due procedure sembrano intersecarsi ma sorge un interessante dubbio: nel caso in cui vi sia una dichiarazione di fallimento e un provvedimento di sequestro, fattispecie nelle quali troveranno applicazione

Ai sensi dell'art. 52, comma 2, l.fall., il creditore che da concorsuale voglia divenire concorrente deve proporre domanda di ammissione al passivo.

In sede di verifica, il Giudice Delegato deve accertare non solo l'esistenza e l'entità del credito, oltre all'opponibilità alla massa e l'esistenza della causa di prelazione.

Il principio della esclusività del concorso formale determina il necessario trasferimento nella sede speciale di tutte le azioni di accertamento dei crediti concorsuali: il giudice, al quale si è chiesto in sede ordinaria l'accertamento di un diritto di credito contro la massa fallimentare, deve dichiarare non la propria incompetenza ma l'improponibilità della domanda. Dopo la dichiarazione di improcedibilità, il creditore non potrà nemmeno riassumere il giudizio dinanzi al giudice fallimentare, dal momento che la riassunzione è consentita, ai sensi dell'art. 50 c.p.c., a seguito della dichiarazione di incompetenza e non di improcedibilità; pertanto, il creditore dovrà proporre ex novo la domanda di accertamento.

In sintesi, spetta sempre al Giudice Delegato verificare l'effettiva concorsualità del diritto (vale a dire la sua insorgenza in epoca anteriore al fallito), la sua opponibilità alla massa fallimentare (in quanto non suscettibile di declaratoria di inefficacia), nonché l'eventuale riconoscimento in concreto del privilegio con la relativa graduazione.

¹⁵¹ Riproduzione riservata, Crisi d'impresa, sez. III, *Discipline della crisi d'impresa e tutela degli interessi*, Enciclopedia del Diritto – Annali V – 2012, Biblioteca LUISS Guido Carli.

¹⁵² Riproduzione riservata, Crisi d'impresa, sez. III, *Discipline della crisi d'impresa e tutela degli interessi*, Enciclopedia del Diritto – Annali V – 2012, Biblioteca LUISS Guido Carli.

l'art.63 o l'art.64 del CAM, ci si chiede a chi spetti la competenza alla verifica del presupposto del c.d. buona fede del terzo creditore (art.52, comma 1, lett. b, CAM).

Muovendo dalla premessa che il giudice, chiamato a verificare la ricorrenza o meno di tale presupposto, sia il giudice che ha adottato la misura patrimoniale, rimarrebbe da valutare se assegnare allo stesso anche gli altri aspetti della verifica e, quindi, se incaricarlo di un'attività propria degli organi concorsuali, ovvero, in alternativa, se lasciare che il procedimento fallimentare abbia il suo naturale corso innanzi alla sezione civile, con il solo limite della verifica della buona fede.

Nel primo caso, si sovraccaricherebbero le Sezioni di prevenzione dei compiti spettanti al giudice fallimentare, con intuibili problematiche anche di tipo organizzativo. Nel secondo caso, invece, si tratterebbe di andare a coordinare i due procedimenti.¹⁵³

La soluzione maggiormente sposata è la seconda, come ha dimostrato lo stesso orientamento della Commissione Fiandaca del '98.

4.1. Focus sui rapporti pendenti.

Il D.Lgs. n.159/2011 dedica ai rapporti giuridici pendenti alla data del sequestro una specifica disciplina, prevedendo tanto per i beni quanto per le aziende la sospensione automatica dei contratti non interamente eseguiti al momento del sequestro, fino a quando l'amministratore giudiziario, preventivamente autorizzato dal giudice delegato, non dichiara di subentrare nel contratto, assumendone gli obblighi o decidendo di risolverlo.

Questo è il testo dell'art.56, i cui primi due commi appaiono manifestamente mutuati dai primi due commi dell'art.72 della Legge fallimentare.¹⁵⁴

Infatti, alcuni passaggi della norma risultano traslati dalla Legge fallimentare, sebbene in quel contesto il legislatore si sia adoperato nell'elaborazione di una disciplina articolata in funzione delle differenti fattispecie contrattuali ed in vista delle finalità della stessa procedura fallimentare e degli interessi ad essa sottostanti.¹⁵⁵

Il rinvio sembrerebbe giustificarsi al solo fine di disciplinare le conseguenze della cessazione dei rapporti: lo stesso comma 4 rinvia agli articoli da 72 a 83 della Legge fallimentare per le ipotesi di scioglimento del contratto.¹⁵⁶

¹⁵³ A. Aiello, *“Spunti di riflessione in ordine alla tutela dei terzi nel c.d. Codice antimafia”*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org

¹⁵⁴ A. Aiello, *“Spunti di riflessione in ordine alla tutela dei terzi nel c.d. Codice antimafia”*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org; Aiello, *“Brevi riflessioni sulla disciplina del Codice antimafia in tema di tutela dei terzi alla luce dell'ultima proposta di riforma”*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it.

¹⁵⁵ A. Aiello, *“Brevi riflessioni sulla disciplina del Codice antimafia in tema di tutela dei terzi alla luce dell'ultima proposta di riforma”*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it

¹⁵⁶ A. Aiello, *“Spunti di riflessione in ordine alla tutela dei terzi nel c.d. Codice antimafia”*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org

In ordine alla tutela dell'acquirente di un bene immobile, il comma 5 dell'art.54 riproduce la disposizione contenuta al comma 7 dell'art.72 della Legge fallimentare.¹⁵⁷

Fatta eccezione dei contratti i cui effetti si siano già realizzati, la scelta del legislatore antimafia, dunque, è stata quella di prevedere la sospensione indistintamente di tutti i rapporti giuridici, senza tenere conto dei diversi “tipi” e senza contemplare alcuna esclusione da tale meccanismo effettuale. E ciò a differenza della soluzione adottata dal legislatore in sede fallimentare, laddove di contro i rapporti giuridici pendenti sarebbero distinguibili, in ragione della loro sorte, a seconda che a) si sospendano temporaneamente in attesa della scelta del curatore (tra subentrare nel o sciogliersi dal contratto), b) si sciogano per effetto stesso della dichiarazione di fallimento oppure c) proseguano *ope legis* con la massa dei creditori.¹⁵⁸

È di tutta evidenza che il legislatore del 2011 si sia ispirato alla normativa fallimentare, scelta che dà inevitabilmente luogo a motivi di perplessità, considerando che si fa ricorso ad un impianto normativo fondato sullo stato di dissesto dell'impresa per disciplinare situazioni connesse a realtà patrimoniali oggetto di misure di prevenzione.

Innanzitutto, bisogna ribadire che le previsioni normative contenute nella legge fallimentare hanno come fondamento una situazione di dissesto finanziario in cui versa l'impresa dichiarata fallita: trattasi di regole concepite in vista dello scioglimento di un procedimento liquidatorio. Questo non è il caso delle imprese interessate dall'applicazione delle misure di prevenzione, imprese che al momento del sequestro possono risultare pienamente operative e con disponibilità liquide idonee a fronteggiare le obbligazioni assunte.

Sicché, la previsione della sospensione automatica dei rapporti pendenti al tempo di esecuzione della misura cautelare non può giustificarsi su quelle stesse ragioni poste a fondamento delle regole proprie del fallimento. Laddove poi dovesse ricorrere o sopraggiungere lo stato di insolvenza di tali imprese, unitamente ai presupposti ex art.1 della Legge fallimentare, è ovvio che anch'esse dovranno essere dichiarate fallite.¹⁵⁹

Nel caso delle misure di prevenzione bisogna individuare una spiegazione diversa a queste regole, che non sia lo stato di insolvenza dell'impresa.

Questa scelta del legislatore antimafia potrebbe trovare una spiegazione plausibile, non solo in considerazione dell'assoluta differenza che passa tra il contesto patrimoniale interessato dal sequestro di prevenzione e quello che dà luogo al fallimento di un imprenditore, ma in vista dell'esigenza di evitare che, in difetto di idonei elementi conoscitivi da parte dell'amministrazione giudiziaria al momento del sopraggiungere del sequestro, tanto

¹⁵⁷ A. Aiello, ‘Spunti di riflessione in ordine alla tutela dei terzi nel c.d. Codice antimafia’, in Diritto Penale Contemporaneo, www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org

¹⁵⁸ A. Aiello, ‘Brevi riflessioni sulla disciplina del Codice antimafia in tema di tutela dei terzi alla luce dell'ultima proposta di riforma’, in Diritto Penale Contemporaneo, www.penalecontemporaneo.it

¹⁵⁹ A. Aiello, ‘Spunti di riflessione in ordine alla tutela dei terzi nel c.d. Codice antimafia’, in Diritto Penale Contemporaneo, www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org

l'automatica cessazione dei rapporti pendenti tanto la loro prosecuzione possa comportare un pregiudizio per l'integrità del patrimonio oggetto della misura, oltre che motivo di protrazione di potenziali situazioni di illiceità messe in atto (anche a mezzo di quelle vicende contrattuali) prima del procedimento di prevenzione, a tutto discapito dell'effettività dell'eventuale provvedimento di confisca e dello stato di legalità che la stessa presenza dell'amministrazione giudiziaria dovrebbe assicurare.¹⁶⁰

Ancora, nel Codice antimafia una simile disciplina potrebbe trovare fondamento nell'opportunità concessa all'amministratore giudiziario di verificare, nel primo periodo di gestione, la regolarità dei rapporti contrattuali, di modo che la stessa amministrazione giudiziaria possa non essere vincolata da rapporti inopportuni, i quali ostacolino gli obiettivi della procedura stessa.¹⁶¹

La sospensione automatica dei rapporti giuridici pendenti consentirebbe all'amministratore giudiziario di non incorrere nella responsabilità contrattuale in conseguenza della mancata o ritardata esecuzione della prestazione.

Allo stesso modo bisogna però considerare che la sospensione dei rapporti pendenti potrebbe essere di grave pregiudizio per la sorte stessa delle aziende in sequestro, compromettendo ogni prospettiva di prosecuzione delle attività economiche.

In tali evenienze l'amministratore giudiziario, sotto la propria responsabilità, dovrebbe dar corso comunque a quei rapporti e, successivamente, sottoporre il proprio operato alla ratifica del giudice delegato.

In realtà, alla luce di ciò, risulterebbe opportuna l'introduzione di una c.d. 'clausola di salvaguardia' che consenta all'amministrazione giudiziaria di mantenere l'esecuzione di alcuni rapporti senza nessuna interruzione, con la possibilità di procedere in un secondo momento alla loro sospensione in vista delle determinazioni conclusive.

¹⁶⁰ A. Aiello, *“Brevi riflessioni sulla disciplina del Codice antimafia in tema di tutela dei terzi alla luce dell'ultima proposta di riforma”*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it

¹⁶¹ A. Aiello, *“Spunti di riflessione in ordine alla tutela dei terzi nel c.d. Codice antimafia”*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org.

CAPITOLO IV
AMMISSIBILITA' DEL FALLIMENTO PER UNA SOCIETA'
SOTTOPOSTA A SEQUESTRO. IL NUOVO CODICE DELLA CRISI
D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA.

1. Le procedure concorsuali e la riforma ex D.Lgs n. 14/2019.

Il D.Lgs n. 14/2019 ha interamente riscritto la disciplina in tema di procedure concorsuali, dedicando al versante penalistico della materia un'attenzione di scarso rilievo. Accanto ad alcune disposizioni che modificano la formulazione letterale delle norme incriminatrici, compare una previsione in tema di trattamento sanzionatorio da riservare ad imprenditori la cui condotta non abbia determinato conseguenze particolarmente deleterie per gli interessi dei creditori, nonché altre disposizioni volte a coordinare lo svolgimento della procedura di risoluzione della crisi.¹⁶²

La nostra analisi si fa, in questo punto della trattazione, maggiormente specifica, entrando nei dettagli del rapporto tra fallimento e amministrazione giudiziaria; un'analisi mirata allo studio del rapporto tra il sequestro, disposto dall'autorità giudiziaria penale, e il fallimento, allorquando entrambe le procedure si riferiscano alla stessa società.

La peculiarità dell'analisi sta nel dover fare i conti, ad oggi, con il nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza (CCI), emanato con D.lgs. n. 14 del 12 gennaio 2019 in attuazione della L. n. 155/2017, che però entrerà in vigore il 1° settembre 2021 e sostituirà integralmente – per il futuro – la vigente Legge fallimentare¹⁶³.

Ritardare l'entrata in vigore del codice è stata una scelta “forzata”, ma giustificata dal clima di incertezza e di crisi economica derivante da una causa di forza maggiore, avente impatti diversi sui vari settori produttivi; proprio per questo motivo gli ipotizzati indicatori della crisi non potrebbero avere un reale significato, anzi la loro efficacia pregiudicherebbe la *ratio* della riforma, cioè quella di intercettare tempestivamente lo stato di crisi e di intervenire tempestivamente sulla stessa.

L'obiettivo del Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza è quello di aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione preventiva dell'impresa in crisi. Il nuovo codice è maggiormente improntato ad una visione della situazione economico-finanziaria più dinamica

¹⁶² C. Santoriello, “D.lgs. 14/2019. Come cambiano le disposizioni penali nel nuovo codice della crisi d'impresa”, 6 marzo 2019, in *Il Penalista*, www.ilpenalista.it.

¹⁶³ Regio Decreto 267/42.

e prospettica, rispetto a quella troppo statica dell'odierna Legge fallimentare, con il fine di individuare l'eventuale “stato di insolvenza futuro” e consentirne un intervento risolutivo.¹⁶⁴

Negli anni passati, l'abitudine ci ha fatto conoscere le procedure concorsuali come appartenenti allo statuto speciale dell'imprenditore commerciale, il diritto fallimentare era tradizionalmente riferito ad un soggetto: l'imprenditore commerciale.

Con la riforma pronta ad entrare in vigore l'imprenditore, comunque coinvolto nella disciplina, è tolto dal baricentro della crisi, posizione in cui vengono invece collocati il patrimonio e l'attività d'impresa, dando vita ad un'impostazione oggettiva finalizzata alla preservazione dell'attività imprenditoriale nell'interesse prevalente dei creditori.

La riforma consente il salto da un sistema di stampo napoleonico ad un'impostazione di tipo di mercato, in cui si preferisce preservare l'essenza e l'integrità dell'attività e puntare sul valore economico che l'attività può produrre, in quanto si assiste, quotidianamente, sempre di più a fenomeni in cui un patrimonio non vi sia e nei quali il vero valore dell'attività d'impresa è il prodotto.

La *ratio* alla base della riforma è anche soprattutto di matrice europea: assistiamo ad una forte accentuazione della dimensione finanziaria, come diffusione di un fenomeno di “super capitalismo”, che porta alla nascita della c.d. *rescue culture* (cultura del risanamento).

Ciò significa creare e predisporre sistemi normativi propri della disciplina della crisi che consentano un intervento precoce.

In conclusione, possiamo affermare che, se l'idea era quella di un sistema incentrato su una maggiore attenzione all'attività svolta e alla preservazione del valore, non poteva crearsi un sistema che si limitasse a rendere più moderni i settori dell'impresa, ma era ed è stato necessario prevedere un c.d. sistema di allerta.

1.1. Le novità dell'aggiornato Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza. La nuova nozione di crisi e i tre stadi prima della dichiarazione d'insolvenza.

Una delle più importanti novità, che entreranno in vigore nel settembre 2021, attraverso il nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza, è la messa a punto di un sistema di allerta¹⁶⁵, un sistema per la rilevazione tempestiva di una situazione di crisi mediante l'uso di

¹⁶⁴ F. Florio, “Il nuovo Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza: novità, agevolazioni e problematiche degli strumenti di risoluzione della crisi”, 4 giugno 2020, nel Diritto.it, www.diritto.it.

¹⁶⁵ Il rinvio dell'entrata in vigore del nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza, a causa della recente pandemia da Covid-19, deve giustificarsi alla luce della natura stessa del nuovo sistema d'allerta pensato dal legislatore. Tale sistema, infatti, è stato concepito nell'ottica di un quadro economico stabile e caratterizzato da oscillazioni fisiologiche, all'interno del quale la preponderanza delle imprese non venga colpita dalla crisi e sia anche possibile concentrare gli strumenti predisposti dal Codice sulle imprese che presentino criticità. Ora, in una situazione quale quella attuale, il ricorso al sistema di allerta non avrebbe permesso di identificare le reali situazioni di crisi (trattandosi di una crisi generalizzata) né di realizzare una reale selezione tra i soggetti impattati dall'attuale crisi economico-finanziaria e quelli che già versavano in uno stato di crisi.

indici di bilancio¹⁶⁶, sistema che possa aiutare il giurista a prendere o riprendere dimestichezza con nozioni di economia aziendale.

Tale sistema si basa sul principio per cui l'insolvenza è un fenomeno ad eziologia progressiva, che non si realizza in modo istantaneo ma presuppone un processo progressivo di deterioramento dell'attività imprenditoriale, che avviene nel medio lungo periodo.

Sono stati studiati tre stadi: una prima crisi di carattere reddituale, che colpisce il margine operativo lordo, la quale, se non sanata in breve, causerà delle perdite sul patrimonio e porterà ad una crisi patrimoniale; dalla crisi patrimoniale si raggiunge l'ultimo stadio, quello dell'insolvenza, proprio di una crisi finanziaria connotata dalla mancanza di liquidità.

L'amministratore ha il compito, nell'ipotesi in cui percepisca uno *status* di crisi, di attivare il meccanismo di allerta per risanare l'attività d'impresa.

L'importante novità di suddetta riforma ha riguardato il concetto stesso di crisi, il quale rappresenta l'antecedente logico all'insolvenza vera e propria; la riforma ha posto l'attenzione sulla fase che precede l'insolvenza, su uno *status* che evidenzia l'esistenza di una situazione di difficoltà dell'impresa ma che, allo stesso tempo, consente di intervenire per evitare una situazione irreversibile, quale la dichiarazione di fallimento.

Il termine "insolvenza" designa lo stato soggettivo di impotenza di chi, sovraindebitato, non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni (cfr. art. 5 l.fall.); la temporanea

Se fosse entrato in vigore anzitempo, il sistema di allerta avrebbe prodotto un generalizzato effetto sfavorevole, contravvenendo di fatto a quella che è la ratio ispiratrice del Codice della crisi, rinvenibile nel tentativo di salvare le imprese e la loro continuità

¹⁶⁶ Gli indici di bilancio sono gli indici elaborati dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili (CNDCEC), necessari al completamento del sistema di allerta. L'art. 13. co. 2 del Codice della Crisi e dell'Insolvenza d'Impresa assegna al Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili il compito di elaborare gli indici necessari al completamento del sistema dell'allerta, introdotto nell'ordinamento con la Legge delega (19 ottobre 2017, n. 155).

Sulla base dell'art.13, co.1, gli indicatori della crisi rappresentano degli *"squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore, tenuto conto della data di costituzione di inizio dell'attività, rilevabili attraverso appositi indici che diano evidenza della sostenibilità dei debiti per i sei mesi successivi e delle prospettive di continuità aziendale per l'esercizio in corso (...) o per i sei mesi successivi. A questi fini, sono indici significativi quelli che misurano la sostenibilità degli oneri dell'indebitamento con i flussi di cassa che l'impresa è in grado di generare e l'adeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi"*.

L'art.13 è norma centrale, dalla quale si può desumere, attraverso una lettura estensiva della disposizione, che con il termine "indicatori" il codice abbia voluto in realtà offrire una nozione più ampia del concetto di "indici", i quali invece riferiscono a confronti tra grandezze economiche, patrimoniali o finanziarie.

Le condizioni per l'elaborazione degli indici sono sostanzialmente due: in primo luogo, la possibilità di desumere dalle loro risultanze una valutazione unitaria circa la sussistenza di un indizio di crisi. Gli organi di controllo e l'imprenditore, attraverso l'assetto organizzativo, devono essere in grado di valutare le cause e il significato dei segnali provenienti dal complesso degli indici, per individuare un livello di crisi rilevante ai fini della segnalazione. In secondo luogo, gli indici elaborati dal CNDCEC devono contenere quantomeno quelli definiti al co.1 dell'art.13, cioè indici che esprimano *"la sostenibilità degli oneri dell'indebitamento con i flussi di cassa che l'impresa è in grado di generare"* e *"l'adeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi"*.

L'approccio, in materia, è basato sulla compresenza di più segnali di allerta, le relative soglie sono state individuate mediante un approccio quantitativo-oggettivo, ottimizzato sul portafoglio di analisi. La segmentazione settoriale degli indici di allerta è stata ottenuta attraverso un'analisi qualitativa e quantitativa: vi è stata, negli anni, una disgregazione in settori per poi aggregare i settori più simili, al fine di ottenere gruppi omogenei. Il modello di allerta prevede che vengano segnalate le imprese che vanno oltre la soglia criticata per tutti gli indici di bilancio selezionati.

difficoltà di adempiere e il dubbio sull'ammissibilità o meno di un'insolvenza reversibile scandiscono una tempistica antecedente all'insolvenza vera e propria, che il linguaggio giuridico ha definito "crisi".

Il sistema di allerta, novità della riforma, può attivarsi secondo due modalità: da un lato vi è l'allerta esterna¹⁶⁷, che proviene da soggetti titolari di interessi contrastanti con quelli dell'impresa (es. INPS, INAIL), i quali hanno l'obbligo di comunicare al consiglio di amministrazione l'eventuale situazione anomala; da altro lato vi è l'allerta interna¹⁶⁸, la quale pretende un maggiore livello di sofisticatezza della *governance* aziendale, facendo ricadere sugli amministratori un obbligo di predisposizione di adeguati assetti organizzativi.

L'organizzazione della società, attraverso le unità di *business* che misurano il rischio aziendale, può valutare l'esistenza di una crisi e così attivarsi rivolgendosi all'OCRI¹⁶⁹ (Organismo di composizione della crisi d'impresa), oppure se la crisi è particolarmente importante, proiettarsi direttamente verso un concordato preventivo o verso gli accordi di ristrutturazione.

Nello specifico, l'allerta interna si basa sull'articolazione organizzativa e sulla circolazione delle informazioni, sul coordinamento tra la *corporate* e la *internal governance*.

L'organizzazione dell'attività deve essere funzionale e produttiva, deve essere accompagnata da liquidità, in quanto necessaria a massimizzare gli obiettivi dell'attività stessa; da ciò se ne desume che l'imprenditore commerciale vada in fallimento a causa della rottura tra organizzazione e finanza, poiché l'organizzazione non è prevalentemente economica ma prevalentemente finanziaria.

Se l'insolvenza è l'incapacità di adempiere regolarmente, anzidetta incapacità si risolve in una mancanza di liquidità.

In conclusione, la crisi rappresenta un pericolo, concetto declinato nel diritto in base al grado di probabilità di verifica del rischio: tale *status* oggi ha assunto maggiore rilevanza grazie, appunto, al sistema di allerta.

¹⁶⁷ Un fronte del tutto originale, aperto dal Codice della Crisi e dell'Insolvenza, è anche quello della cd. allerta esterna. Sempre al fine di sollecitare l'imprenditore a prendere consapevolezza del proprio stato di crisi, il legislatore italiano ha previsto che determinati enti pubblici (es. INPS o Agenzia delle entrate) segnalino al debitore il superamento di determinate soglie di indebitamento, diversamente individuate in ragione del soggetto segnalante.

¹⁶⁸ B. Ricci, "Gli strumenti di allerta: l'obbligo di segnalazione interna", 27 settembre 2020, in Altalex, www.altalex.com

¹⁶⁹ IPSOA, "Crisi d'impresa: la nuova procedura di allerta", 22 febbraio 2020, www.ipsoa.it. L'obiettivo della nuova procedura è di consentire l'emersione tempestiva della crisi dell'impresa, e la ricerca, con l'ausilio dell'Organismo di composizione della crisi d'impresa (OCRI), istituito presso le Camere di commercio, di una soluzione extragiudiziale alla crisi, mediante l'adozione di misure riorganizzative dell'attività imprenditoriale.

1.2. La nuova *sedes materiae* della disciplina penale fallimentare.

Le novità della riforma operata dal D.Lgs. n. 14/2019 riguardano anche la materia penale, pertanto occorre sottolineare la nuova *sedes* della disciplina della bancarotta e degli altri reati fallimentari, oggi contenuta nel Titolo IX del nuovo Codice, dedicato alle “Disposizioni penali”, anche se i processi pendenti alla data di entrata in vigore del decreto continueranno ad essere pienamente disciplinati dalla Legge fallimentare.

La poderosa riforma della materia fallimentare, nonostante sembri limitarsi all'adattamento linguistico delle vigenti disposizioni penal-fallimentari e alla loro trasposizione nei capi da I a III del Titolo IX entro il Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza, comportano inevitabili ricadute in ambito penalistico, in merito alla disciplina della bancarotta.

Tuttavia, i reati della crisi d'impresa si pongono in linea di sostanziale continuità normativa con le fattispecie penali previste dalla Legge fallimentare.¹⁷⁰

Innanzitutto, in futuro bisognerà abituarsi a declinare in luogo dei concetti di “fallito” e “fallimento” quello di “liquidazione giudiziale”, anche in materia penale. Da qui l'obiettivo di superare l'impronta che da sempre accompagna la figura dell'imprenditore dichiarato fallito, la riforma infatti vuole enucleare procedure e strumenti orientati a privilegiare la composizione della crisi e la prosecuzione dell'attività aziendale piuttosto che la liquidazione del patrimonio dell'impresa.

La nuova denominazione non dà vita però all'abrogazione della precedente disciplina incriminatrice, trattandosi comunque di un'operazione neutra sulla fisionomia delle fattispecie di bancarotta, che continuano ad aver bisogno dell'apertura della procedura concorsuale per arrivare a completa integrazione.

Ulteriore modifica ha a riguardo l'argomento ben noto per cui l'art. 223, comma 2 n. 1 e 2 l. fall., punisce gli amministratori, i sindaci, i direttori generali ed i liquidatori, che cagionino il fallimento della società; infatti, dopo la riforma tale fattispecie è stata parzialmente riscritta, prevedendo in luogo dell'espressione “fallimento” la nozione di “dissesto”, il quale rappresenta l'esito finale della condotta dei dirigenti dell'impresa.¹⁷¹

Anche in questo caso, come nella precedente circostanza, la modifica non ha particolare rilievo: da sempre, infatti, l'espressione “fallimento”¹⁷² non deve essere riferita alla pronuncia giudiziaria che apre la procedura concorsuale, quanto più allo stato di crisi dell'azienda.

¹⁷⁰ C. Santoriello, “Le disposizioni penali nel Codice della crisi”, 20 febbraio 2019, in *Il Fallimentarista*, www.ilfallimentarista.it.

¹⁷¹ C. Santoriello, “Le disposizioni penali nel Codice della crisi”, 20 febbraio 2019, in *Il Fallimentarista*, www.ilfallimentarista.it.

¹⁷² L'espressione “fallimento” comunque denota e denotava uno status di insolvenza, potremmo dire di “dissesto”, che ha portato l'impresa verso l'applicazione della procedura concorsuale. Ad onor del vero, il concetto stesso di “fallimento” non ha mai rappresentato, soprattutto negli ultimi anni, *tout cour* la mera e sola dichiarazione di fallimento che apre la procedura concorsuale.

Il nuovo codice ha abrogato: l'art. 221 l.fall. in merito all'applicazione del rito sommario nel fallimento, fattispecie nella quale le pene per la bancarotta, il ricorso abusivo al credito e la denuncia di creditori inesistenti venivano ridotte di un terzo; l'art. 235 l.fall. relativo all'omessa trasmissione dell'elenco dei protesti cambiari al presidente del tribunale, obbligo non più in vigore; infine ha abrogato il delitto di omissione di beni dell'inventario nella domanda di liquidazione.

D'altro lato sono state introdotte alcune nuove fattispecie di reato, tra cui la sanzione per il debitore incapiente, il quale, per accedere all'esdebitazione, produca documenti falsi o distrugga quelli che consentano la ricostruzione della situazione debitoria, e la disposizione ex art. 345 che sanziona le falsità nelle attestazioni dei componenti degli organismi di composizione della crisi (OCRI), relative ai dati aziendali del debitore.

Un elemento di forte impatto della prospettata riforma è l'introduzione di una causa di non punibilità per i più rilevanti reati fallimentari.

Il comma 2 dell'art.25 del Codice dispone che *“quando nei reati di cui agli articoli 322, 323, 325, 328, 329, 330, 331, 333 e 341, comma 2, lettere a) e b), limitatamente alle condotte poste in essere prima dell'apertura della procedura, il danno cagionato è di speciale tenuità, non è punibile chi ha tempestivamente presentato l'istanza all'organismo di composizione assistita della crisi d'impresa ovvero la domanda di accesso a una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza di cui al presente codice se, a seguito delle stesse, viene aperta una procedura di liquidazione giudiziale o di concordato preventivo ovvero viene omologato un accordo di ristrutturazione dei debiti”*.¹⁷³

In primo luogo, occorre che il debitore si sia mosso tempestivamente, infatti l'istanza di composizione o di altra procedura concorsuale deve essere presentata entro tre mesi (che sono sei nelle altre procedure concorsuali) dal verificarsi di una delle condizioni ex art. 24¹⁷⁴ del Codice. La non punibilità è limitata ai fatti commessi prima della proposizione dell'istanza di composizione assistita o della domanda di accesso ad una delle procedure di regolazione della crisi.

In secondo luogo, nei casi in cui il danno non possa considerarsi di speciale tenuità, ma l'attivo, inventariato alla data di proposizione delle istanze in parola o offerto ai creditori, superi il quinto dell'ammontare dei debiti, la pena per i fatti delittuosi commessi dall'imprenditore sarà

¹⁷³ C. Santoriello, *“Le disposizioni penali nel Codice della crisi”*, 20 febbraio 2019, in *Il Fallimentarista*, www.ilfallimentarista.it.

¹⁷⁴ Ai fini dell'applicazione delle misure premiali di cui all'art.25, la domanda di accesso ad una delle procedure regolate dal Codice deve essere presentata entro lo specifico termine previsto a decorrere da quando si verifica, alternativamente: a) l'esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno sessanta giorni per un ammontare pari ad oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni; b) l'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno centoventi giorni per un ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti; c) il superamento, nell'ultimo bilancio approvato, o comunque per oltre tre mesi, degli indici elaborati ai sensi dell'articolo 13, commi 2 e 3.

ridotta della metà: in tal caso, dunque, non si è più in presenza di una causa di esclusione della punibilità ma di una circostanza attenuante speciale.

Altra norma del nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza, che risulta avere ricadute nel contesto della disciplina penale dell'insolvenza, è quella ex art. 14, comma 3, alla luce del sistema di allerta di cui l'impresa deve dotarsi.

La disposizione prevede che i componenti del collegio sindacale abbiano l'obbligo di vigilare costantemente sull'adeguatezza dell'assetto amministrativo e sull'equilibrio finanziario della società, segnalando all'organo gestorio gli indizi della crisi laddove vi sia fondato sospetto.¹⁷⁵

Possiamo così riassumere le maggiori riforme che entreranno in vigore con il nuovo Codice e che, apparentemente, sembrano non riguardare anche l'ambito penal-fallimentare della materia.

1.3. La riforma del diritto penale fallimentare: un'occasione perduta.

Nell'affrontare i riflessi penalistici entro il nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza va detto che questo poderoso apparato normativo ha reso le fattispecie incriminatrici previste dalla Legge fallimentare, attualmente in vigore, conformi e compatibili con la nuova disciplina civilistica della crisi e dell'insolvenza.

Allo stesso tempo il legislatore delegante non ha assegnato ai compilatori del nuovo codice il compito di ridefinire i contenuti delle fattispecie penal-fallimentari, così come non ha voluto attenuarne il rigore sanzionatorio.

Questo diverso atteggiamento assunto dal legislatore di fronte al fallimento, che ha maturato come risultato un'importante riforma, seppur non ancora in vigore, a mio giudizio poteva essere l'occasione per modernizzare la disciplina della bancarotta fraudolenta, disciplina che mai come oggi rischia di apparire anacronistica.

La crisi economica e finanziaria, ed in generale gli sviluppi di un'economia sempre più globalizzata, documentano come il dissesto dell'impresa non possa ricollegarsi alle sole scelte dell'imprenditore, ma a dinamiche finanziarie non sempre pienamente controllabili.

Se allora appoggiassimo e condividessimo tale tesi, ci sembrerebbe evidente la severità delle sanzioni previste dall'attuale disciplina penalistica dell'insolvenza, rimasta un passo (o forse qualcuno in più) indietro rispetto alle novità che il legislatore dedica unicamente al diritto d'impresa.

Questa riforma mi pare piuttosto un'occasione perduta dal legislatore, un'occasione utile per cercare di trovare o creare un corrispondente logico tra la nuova disciplina della crisi, che fa di

¹⁷⁵ C. Santoriello, *'Le disposizioni penali nel Codice della crisi'*, 20 febbraio 2019, in *Il Fallimentarista*, www.ilfallimentarista.it.

tutto per evitare il dissesto dell'impresa, e una disciplina che cagiona dolosamente l'irreversibile insolvenza, e si mostra noncurante delle finalità di tutela dell'impresa proprie della riforma. La novella, infatti, se da un lato non interviene direttamente sulla struttura tradizionale dei c.d. reati fallimentari, lasciandone inalterate le caratteristiche e ponendosi in linea di continuità con le fattispecie già previste, dall'altro – nel tentativo di prevenire il dissesto economico ed incentivare il più possibile l'imprenditore ad attivarsi per l'emersione anticipata dalla crisi d'impresa – introduce una serie di meccanismi premiali posti a tutela dell'imprenditore¹⁷⁶ ma, allo stesso tempo, potenzialmente idonei ad attenuare la risposta punitiva dell'ordinamento per quei reati normalmente connessi alle situazioni di crisi ed in particolare dei reati c.d. di "bancafallita".

A mio giudizio l'evidente rischio è quello di un meccanismo premiale che si presti ad abusi da parte dell'imprenditore, indebolendo, conseguentemente, la risposta sanzionatoria dell'ordinamento.

In estrema sintesi, sebbene il nuovo Codice della Crisi d'Impresa sembri, *prima facie*, non apportare significative novità alla materia dei reati concorsuali, dall'analisi del combinato disposto di cui agli artt. 24 e 25 del Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza (in materia di misure di attenuazione delle sanzioni previste per i reati di bancafallita), si può invece ipotizzare che, con l'entrata in vigore del nuovo corpo normativo, la repressione dei reati in materia concorsuale sarà sempre più difficoltosa, essendo ipotizzabile che molti dei processi in materia di bancafallita terminerà con sentenze di assoluzione o comunque di riduzione delle relative pene.

Allo stesso tempo la mia può essere una conclusione affrettata, considerato che occorrerà attendere l'entrata in vigore del nuovo Codice, e occorrerà valutare gli effetti della riforma, tanto sul versante civilistico quanto su quello penalistico.

L'impressione è che la riforma contenga gli spunti per una riduzione dell'intervento penalistico nelle procedure concorsuali.

1.4. I provvedimenti ablatori nel nuovo Codice della Crisi e dell'Insolvenza.

Volendo entrare nel dettaglio della tematica, credo che il problema della tutela cautelare meriti di essere affrontato avendo come primario riferimento lo scopo principale del Codice, volto a far sì che le imprese sane in difficoltà finanziaria possano ristrutturarsi in una fase precoce in modo da evitare l'insolvenza.

¹⁷⁶ S. Sisia – C. Tremolada, 'Il nuovo Codice della Crisi e le sue ricadute sulla disciplina della bancafallita', 14 febbraio 2019, in *Il Fallimentarista*, www.ilfallimentarista.it.

Il nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza, a differenza della precedente Legge fallimentare, disciplina in termini unitari il procedimento di accertamento giudiziale della crisi e dell'insolvenza, creando un perimetro processuale entro il quale inserisce le iniziative di carattere giudiziale fondate sul rischio della crisi o sul pericolo dell'insolvenza.

Opportunamente il legislatore ha ritenuto di dover disciplinare alcuni aspetti inerenti ai rapporti tra le procedure concorsuali e le misure cautelari reali, le quali possono essere assunte nell'ambito del procedimento penale o nel procedimento di prevenzione antimafia, di cui al D.Lgs. n. 159/2011; misure cautelari la cui adozione influisce sull'attività di liquidazione dell'attivo, propria della procedura concorsuale.

La riforma dedica al tema le disposizioni ex artt. 317- 321, contenute nel Titolo VIII, le quali dettano una disciplina radicalmente diversa a seconda che il provvedimento cautelare sia assunto nell'ambito di una procedura di prevenzione o di un procedimento penale.¹⁷⁷

Rispetto a questa seconda ipotesi, il principio alla base vuole che siano residuali i casi in cui vengano assunti provvedimenti ablatori, propri del sequestro preventivo e conservativo, nei confronti dei beni del debitore, in quanto si riconosce la prevalenza alle ragioni e alle finalità della procedura concorsuale¹⁷⁸.

Per quanto riguarda il sequestro preventivo sono limitate le possibilità di intervento del giudice penale. Infatti se la procedura è aperta, è possibile applicare il vincolo solo con riferimento ai beni del debitore, la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione e alienazione non costituisca reato e salvo che la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione e l'alienazione possano essere consentiti tramite autorizzazione amministrativa, nonché con riferimento ai beni non suscettibili di essere sottoposti a liquidazione giudiziale; in tutti gli altri casi i beni del debitore devono rimanere a disposizione della procedura concorsuale.

D'altro lato, se i beni sono già sottoposti a sequestro preventivo, prima dell'apertura della procedura, il giudice revoca il decreto di sequestro e dispone la restituzione delle cose in favore del curatore.¹⁷⁹

Per quanto attiene invece al sequestro conservativo, tale provvedimento non trova possibilità applicativa perché non può essere disposto se la procedura di liquidazione giudiziale è aperta; invece, nel caso in cui anzidetta procedura sia successiva all'adozione del sequestro conservativo, opera il divieto di prosecuzione delle azioni esecutive e cautelari individuali ex

¹⁷⁷ C. Santoriello, *'Le disposizioni penali nel Codice della crisi'*, 20 febbraio 2019, in *Il Fallimentarista*, www.ilfallimentarista.it.

¹⁷⁸ Da questo punto di osservazione è evidente come il Codice promuova le prerogative proprie delle procedure concorsuali, sacrificando la *ratio* alla base delle misure di prevenzione; atteggiamento che rema verso una direzione opposta rispetto alla *'prepotenza'* del Codice antimafia che, invece, afferma il principio di prevalenza dei provvedimenti ablatori sulla dichiarazione di fallimento.

¹⁷⁹ C. Santoriello, *'Le disposizioni penali nel Codice della crisi'*, 20 febbraio 2019, in *Il Fallimentarista*, www.ilfallimentarista.it.

art.150 CCII, pertanto il giudice revoca il sequestro conservativo e dispone la restituzione delle cose in suo favore.¹⁸⁰

Vi sono poi altre disposizioni che riconoscono al curatore la possibilità di esperire rimedi giurisdizionali contro sequestri preventivi, adottati nei confronti di beni compresi nell'attivo della procedura (art.320), facendo venire meno l'orientamento maggioritario, da parte delle Sezioni Unite della Cassazione, secondo cui il curatore non potesse impugnare un sequestro di beni compresi nell'attivo fallimentare, in quanto sprovvisto del potere di rappresentanza dei creditori concorsuali.¹⁸¹

¹⁸⁰ C. Santoriello, *'Le disposizioni penali nel Codice della crisi'*, 20 febbraio 2019, in *Il Fallimentarista*, www.ilfallimentarista.it.

¹⁸¹ Il cambio di rotta da parte delle Sezioni Unite è stato evidente, negli ultimi anni, e molte sono le pronunce a conferma di ciò. Nel lontano 2004, una nota pronuncia, nell'individuare i criteri a cui attenersi circa i rapporti tra misure cautelari reali e procedura fallimentare, aveva sancito che il curatore fosse *'sicuramente legittimato'* a proporre sia l'istanza di revoca, sia le impugnazioni ex artt. 322, 322 *bis* e 325 c.p.p. La soluzione si fondava sulla «funzione istituzionale» di tale organo, rivolta alla «ricostruzione dell'attivo fallimentare» e, pertanto, la proposizione dei rimedi processuali veniva giustificata sulla base della finalità di rimuovere un atto pregiudizievole, nella prospettiva della «reintegrazione del patrimonio».

Senonché, a distanza di dieci anni, tale principio veniva sconfessato da una successiva sentenza, nella quale le Sezioni Unite escludevano la legittimazione del curatore fallimentare a proporre impugnazione contro il provvedimento di sequestro preventivo funzionale alla confisca dei beni della società fallita. Si giungeva a tale conclusione alla luce dell'assenza di un diritto reale in capo al curatore fallimentare sui beni del fallito, poiché la dichiarazione di fallimento trasferisce alla curatela esclusivamente l'amministrazione e la disponibilità degli stessi. Parimenti – secondo l'impostazione della Corte – l'organo non avrebbe potuto esercitare diritti, in qualità di rappresentante dei creditori, che, oltretutto, durante l'intero corso della procedura concorsuale, avrebbero vantato una mera pretesa sui beni del fallito. In aggiunta, i Giudici dubitavano dell'esistenza di un interesse concreto del curatore a esperire i rimedi avverso i provvedimenti cautelari, poiché – si sosteneva – la massa fallimentare non avrebbe subito alcun pregiudizio dagli stessi.

Di recente, in questo confuso quadro giurisprudenziale, è intervenuto il legislatore proprio con il D.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, il cosiddetto Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza. In particolare, nel dedicare il Titolo VIII alle relazioni tra «liquidazione giudiziale e misure cautelari penali», è stato espressamente sancito all'art. 320 che *«contro il decreto di sequestro e le ordinanze in materia di sequestro il curatore possa proporre richiesta di riesame e appello nei casi, nei termini e con le modalità previsti dal codice di procedura penale»*. Parimenti, la stessa previsione legittima l'organo a presentare ricorso per Cassazione.

Per pervenire a questa conclusione la Suprema Corte ha anzitutto analizzato la giurisprudenza successiva all'elaborazione delle Sezioni Unite del 2014. Più specificamente, si potevano ravvisare tre diversi orientamenti. Il primo si limitava a ribadire quanto affermato dalla decisione della Suprema Corte, escludendo, in generale, la legittimazione della curatela a promuovere i rimedi avverso i provvedimenti cautelari reali.

Alcune pronunce avevano limitato il campo di applicazione del principio di diritto della Suprema Corte, attraverso una rilevante distinzione tra le ipotesi in cui la dichiarazione di fallimento fosse intervenuta prima del sequestro preventivo e quelle in cui, invece, fosse sopravvenuta. Si escludeva la legittimazione del curatore, qualora il decreto di sequestro preventivo fosse intervenuto prima della dichiarazione di fallimento, poiché, in tale circostanza, «il vincolo penale avrebbe assorbito ogni potere fattuale» sui beni sequestrati. Viceversa, nella situazione opposta – vale a dire nel caso in cui la misura cautelare fosse successiva all'apertura della procedura concorsuale – la facoltà di impugnare sarebbe stata ammessa, avendo la curatela l'effettiva disponibilità dei beni. Infine, il terzo orientamento riconosceva in termini più ampi la legittimazione della curatela a impugnare. Per la verità, va precisato che le pronunce riconducibili a quest'ultima posizione presentavano declinazioni differenti le une dalle altre; nondimeno, il loro comune denominatore poteva essere rinvenuto nel superamento della distinzione effettuata dal secondo indirizzo.

Così, secondo una sentenza non si sarebbe potuto negare o ammettere a priori la facoltà di impugnazione del curatore fallimentare, ma, ai fini del suo riconoscimento, il giudice avrebbe dovuto effettuare una valutazione in concreto sulla base di un «giudizio di bilanciamento» degli interessi in gioco, tenendo in considerazione anche il principio della prevenzione. Pertanto, declinata in questi termini, la legittimazione sarebbe stata ancorata al concreto interesse ad attivare i rimedi processuali avverso i provvedimenti cautelari reali, sulla base di un accertamento rimesso al giudice.

Un'altra pronuncia aveva ravvisato la legittimazione dell'organo in un autonomo e specifico *'diritto alla restituzione del bene come effetto del dissequestro'*.

L'obiettivo della riforma è proprio quello di porre al riparo i beni della procedura fallimentare dall'attività degli organi inquirenti, che molto spesso finiva e finisce per privilegiare le esigenze di sequestro e confisca a discapito dei creditori concorsuali.

Assolutamente diversa, ispirata all'opposto principio della prevalenza della procedura di prevenzione, è la disciplina in tema di rapporti fra fallimento e provvedimenti di sequestro contenuta nel Codice antimafia, che approfondiremo nei successivi paragrafi.

In conclusione, credo che se ci fermassimo e focalizzassimo solo su questo punto di osservazione, sarebbe per chiunque evidente l'intento del legislatore, il quale ha deciso di intervenire sulla materia fallimentare senza ritenere opportuna o necessaria alcuna modifica delle fattispecie penali.

Il nostro punto di osservazione non può essere unico, a mio parere, perché la normativa contenuta nel Codice antimafia esiste e percorre una strada diversa, forse parallela, ed è lecito all'interprete trovarsi in difficoltà.

2. Il difficile rapporto tra le misure di prevenzione antimafia e la nuova liquidazione giudiziale.

Lo speciale rapporto tra il Codice antimafia e la Legge fallimentare, in forza del titolo di "disciplina speciale" appartenente ad entrambe, inevitabilmente si riversa nel rapporto tra le misure di prevenzione e la futura liquidazione giudiziale (ancora oggi nelle vesti di fallimento). Al tempo stesso questo rapporto pare difficile, quasi insidioso, soprattutto quando la fattispecie prospettata lasci la possibilità di dare applicazione tanto al Codice antimafia quanto alla Legge fallimentare: quindi legittimamente può chiedersi se ve ne sia una, tra le due, in grado di prevalere sull'altra o se, ancora di più, sia possibile il fallimento di una società già sottoposta a sequestro.

Negli anni vi sono state molte pronunce giurisprudenziali, spesso in contrasto, le quali prospettano ancora ad oggi un dibattito aperto o comunque propendono per una soluzione c.d. mediana, di convivenza tra i due procedimenti.

Credo che, soprattutto alla luce dell'analisi compiuta nel capitolo precedente, evidenti e molteplici siano le diversità fra le due procedure: il fallimento colpisce gli imprenditori commerciali fallibili, in stato di insolvenza, e colpisce l'universalità dei beni del fallito,

Da ultimo, un'ulteriore decisione sembrava propendere per una generale apertura la facoltà della curatela impugnare, con specifico riferimento al caso in cui i beni fossero stati legittimamente sottratti alla massa fallimentare.

In conclusione, le Sezioni Unite hanno fondato la loro conclusione su un percorso argomentativo che si è discostato, non solo dal precedente arresto del 2014, ma anche da ogni altro indirizzo emerso successivamente. In particolare, la Suprema Corte ha condiviso talune argomentazioni espresse dalla Terza sezione nell'ordinanza di rimessione, per poi svilupparne altre e accantonare il secondo orientamento.

provocando lo spossessamento o l'indisponibilità materiale e giuridica dei beni, ma conservando la loro titolarità in capo al fallito e non provocando il trasferimento della proprietà allo Stato; d'altro lato, le misure di prevenzione antimafia prescindono dalla natura di imprenditore commerciale del soggetto e colpiscono beni particolari o singoli, non necessariamente nella titolarità formale dello stesso imprenditore, ed operano quando il valore dei beni risulti sproporzionato rispetto al patrimonio o al reddito del soggetto, o i beni in questione siano il risultato o il reimpiego di attività illecite.

Ne risulta che le misure di prevenzione prescindano sia dalla natura commerciale dell'imprenditore, sia dal concorso attivo e passivo, caratteristiche peculiari invece nel fallimento, il quale muove dalla necessità di eliminare l'impresa insolvente e dalla necessità di "spalmare" su tutti i creditori le conseguenze dell'insolvenza.

Pertanto, il fallimento persegue finalità non coincidenti con quelle dei mezzi di prevenzione antimafia, in quanto si occupa di imprese commerciali, della loro conservazione in capo all'imprenditore, se sanabili, o della loro inesorabile eliminazione quando la crisi che le colpisce è insanabile.

Al contrario le misure di prevenzione antimafia hanno lo scopo di impedire il perpetuarsi di delitti e il fine di ristorare la collettività attraverso la confisca dei proventi illeciti, possibilmente conservando la capacità produttiva e reddituale dei beni stessi.

Alla luce delle considerazioni appena esposte, non possono però non valutarsi una serie di casi nei quali si arrivi a parlare di "apparente autonomia" delle due procedure. Apparente autonomia perché si creano fattispecie nelle quali il coordinamento sembra necessario, cioè quando il soggetto destinatario della misura di prevenzione sia anche un imprenditore commerciale, che può essere colpito dalle due procedure, con le due amministrazioni in capo ad organi diversi.

Potrà poi capitare che sia colpito da sequestro e confisca un bene di proprietà del fallito e acquisito nella massa attiva fallimentare, assoggettato contemporaneamente alla confliggente amministrazione dell'amministratore giudiziario e del curatore fallimentare; ipotesi quest'ultima dalla quale scaturisce il quesito circa la possibile coincidenza della massa fallimentare e dei beni assoggettati a sequestro.

In questi casi, pertanto, riemerge il quesito sopra esposto, cioè quale delle due procedure sia destinata a prevalere.

2.1. La pronuncia della Cassazione n. 1739/2014: un dibattito ancora aperto.

Volendo ricostruire in ordine cronologico le vicissitudini normative della materia, cercando di riavvolgere il c.d. *file rouge*, il punto di partenza può rinvenirsi in una delle pronunce della

Cassazione, la n. 1739 del 2014, la quale rappresenta una risposta circa il problema della convivenza tra la misura di prevenzione ed il fallimento.

In particolare, con la sentenza in commento, la Corte di Cassazione ha pronunciato, per la prima volta, l'ammissibilità della dichiarazione di fallimento di una società il cui patrimonio era stato oggetto di un sequestro di prevenzione antimafia.

Nella fattispecie in esame la curatela fallimentare ricorreva per Cassazione contro la sentenza della Corte d'appello di Bari, che aveva disposto la revoca della dichiarazione di fallimento di una società sottoposta alla misura ablatoria del sequestro preventivo antimafia. La Corte territoriale aveva osservato come vi fosse una radicale incompatibilità tra il fallimento e il decreto di sequestro preventivo, riguardante l'intera società e tutti i beni facenti parte del suo patrimonio; ne conseguiva un'impossibilità per il curatore fallimentare di procedere ad attività di liquidazione, in quanto alla massa attiva del fallimento non sarebbe residuo alcun bene utile ai fini della ripartizione e del soddisfacimento dei creditori concorsuali.

Il tema centrale è il rapporto tra la misura di prevenzione e il fallimento, due procedure giudiziali basate su presupposti e finalità divergenti, come già approfondito in precedenza.

Nel caso di specie¹⁸², la Corte d'appello aveva revocato il fallimento sull'assunto che la misura di prevenzione, avendo attinto l'intera società, oltre che l'intero complesso patrimoniale, avrebbe determinato non solo la necessità di devolvere l'intera gestione dei beni all'amministrazione giudiziaria, ma si sarebbe anche posta come fattore ostativo alla prosecuzione della procedura concorsuale.

Motivazione quest'ultima non condivisa dalla Cassazione, la quale ha osservato come l'insussistenza di una massa attiva da ripartire tra i creditori concorsuali non sia da ostacolo alla declaratoria di fallimento, per il quale si prevede la chiusura e non la revoca. È lo stesso art.

¹⁸² Cass., sentenza n. 1739/2014.

63¹⁸³ del Codice antimafia a disporre la chiusura del fallimento quando nella massa attiva siano ricompresi beni oggetto della misura preventiva, e analoga disposizione è prevista nell'art.64¹⁸⁴. A sua volta sempre l'art. 63 prevede che quando venga dichiarato il fallimento, i beni già oggetto di sequestro e di confisca siano sottratti alla massa fallimentare; mentre l'art. 64 prevede che, disposto il sequestro, il giudice del fallimento debba disporre con decreto la separazione di tali beni dalla massa attiva del fallimento e la loro consegna all'amministratore giudiziario. Nel caso in esame la Cassazione ha sottolineato come la Corte d'appello di Bari si sia riferita genericamente alla sola circostanza che i beni della massa attiva fossero interamente oggetto del provvedimento di sequestro, non considerando che al curatore spetta la legittimazione attiva all'esercizio di eventuali azioni giudiziarie integrative dell'attivo fallimentare. La stessa Corte sottolinea come la natura provvisoria del provvedimento di sequestro non risulti ostativa ad un concorso con la procedura fallimentare, posto che un'eventuale revoca, anche

¹⁸³ La disposizione in esame disciplina l'ipotesi della dichiarazione di fallimento successiva al sequestro di prevenzione patrimoniale. Oltre ai creditori e allo stesso debitore, il PM, su segnalazione dell'amministratore giudiziario, può richiedere al Tribunale la dichiarazione di fallimento dell'imprenditore, i cui beni siano sottoposti a misura di prevenzione. Una volta dichiarato il fallimento, i beni assoggettati a sequestro o confisca sono esclusi dalla massa attiva fallimentare, per cui la procedura concorsuale acquisirà gli eventuali altri beni dell'imprenditore e potrà porre in essere azioni recuperatorie o risarcitorie volte ad acquisire denaro che confluirà nella massa attiva del fallimento. Nulla toglie che, a tutela dei creditori, il curatore fallimentare possa intentare un'azione di responsabilità nei confronti dell'amministratore giudiziario che abbia male amministrato e aggravato il dissesto dell'impresa.

Prosegue poi la disposizione prevedendo che spetti al giudice fallimentare provvedere all'accertamento del passivo, verificando la sussistenza delle condizioni ex art.52, comma 1, lett. b, c e d) e comma 3.

Inoltre, quando nella massa attiva del fallimento siano ricompresi esclusivamente beni già sottoposti a sequestro, il tribunale dichiara chiuso il fallimento. Infatti, in questo caso spetta al giudice della prevenzione compiere l'accertamento del passivo e la formazione del progetto di riparto.

Il sequestro e la confisca possono anche essere oggetto di revoca. In questa fattispecie il curatore può procedere all'acquisizione dei beni secondo le norme fallimentari; anche nel caso in cui la revoca dovesse intervenire dopo la chiusura del fallimento, il tribunale fallimentare può ordinare la riapertura del fallimento, anche su iniziativa del PM, laddove si dimostri che nel patrimonio del fallito vi siano attività utili alla riapertura della procedura concorsuale. In questo caso, il giudice fallimentare è chiamato ad effettuare una nuova verifica dei crediti, vecchi e nuovi, in forza delle sole norme fallimentari, ed in forza di tali norme dovrà verificare i crediti sorti in pendenza della misura di prevenzione. I creditori già ammessi al passivo, in pendenza del fallimento, dovranno chiedere la conferma del provvedimento di ammissione.

Incertezze permangono rispetto alla sorte delle azioni intraprese dall'amministratore giudiziario nel caso in cui, successivamente, il sequestro fosse revocato. La risposta corretta è che il curatore debba intraprendere una nuova azione, non potendosi sostituire all'amministratore giudiziario.

¹⁸⁴ L'art.64, invece, disciplina il caso del sequestro successivo alla dichiarazione di fallimento. La norma dispone che il giudice fallimentare dichiari, con decreto non reclamabile, la separazione dei beni, sottoposti a sequestro, dalla massa attiva del fallimento e la loro consegna all'amministratore giudiziario. Spetta al giudice fallimentare individuare i beni ad oggetto del solo sequestro.

Tutti i crediti e i diritti vantati nei confronti del fallimento sono sottoposti alle condizioni di verifica ex art.52, comma 1, lett. b, c e d) e comma 3.

Alla ripartizione dell'attivo concorrono solo i crediti ammessi in sede fallimentare, il progetto di pagamento viene però redatto dall'amministratore giudiziario, tenuto conto di quanto già eventualmente ottenuto dai singoli creditori in sede fallimentare.

Nel caso in cui il sequestro e la confisca di prevenzione abbiano per oggetto l'intera massa attiva fallimentare, il tribunale dichiara chiuso il fallimento e alla verifica dei crediti provvede il giudice della misura di prevenzione ex artt.52 e ss.

In quest'ultimo caso vi è il dubbio se i creditori debbano presentare nuovamente la domanda di ammissione al giudice della prevenzione e se possano farlo i creditori il cui credito sia stato definitivamente rigettato in sede fallimentare, viene soddisfatto dalla lettera della norma propendendo per una nuova ed autonoma fase di accertamento del passivo ad opera del giudice della prevenzione.

solo del sequestro, comporterebbe la riapertura del fallimento, consentendo ai creditori di accedere di nuovo alla procedura concorsuale.

La Corte di Cassazione conclude per l'ammissibilità della dichiarazione di fallimento di una società il cui patrimonio sia oggetto di sequestro antimafia.

La particolarità di questa pronuncia sta, però, nel porre la Cassazione in una posizione mediana tra le due procedure giudiziali; infatti, piuttosto che schierarsi a favore della supremazia dell'una o dell'altra, opta per una convivenza tra i due procedimenti.

2.2. Il caso: Tribunale di Milano, sezione II civile, n. 947/2019.

Addentrando ancora di più nell'esame delle già esposte problematiche, ulteriori risposte possono essere offerte dall'analisi di un altro caso pratico¹⁸⁵, più recente, che sembra confermare la posizione della Cassazione nella pronuncia del 2014.

Lo stesso Codice antimafia all'art. 41 prevede che un'azienda sottoposta a sequestro penale possa continuare la propria attività alle condizioni ivi stabilite, ma non esclude affatto che questa impresa, se insolvente, possa essere dichiarata fallita; pertanto, il sequestro penale di un'azienda attiva non le conferisce alcuna "patente di infallibilità", e in mancanza di disposizioni in senso contrario, si ammette il fallimento della stessa.

Nel caso in esame, il Tribunale di Milano chiedeva il fallimento di una società in ragione del debito fiscale, accertato dalla Guardia di Finanza, debito corrispondente all'IVA non versata, con conseguente rilevanza penale della condotta degli amministratori della società insolvente. Durante un procedimento penale pendente presso il Tribunale di Milano era stato contestato agli amministratori di essersi avvalsi di fatture per operazioni soggettivamente inesistenti al fine di evadere l'IVA, per un ammontare complessivo di € 9.419.491, anche omettendo di versare le imposte e i contributi assistenziali e previdenziali. Il procedimento penale si chiudeva con la condanna degli imputati e la confisca diretta del denaro e degli altri beni fungibili della società.

Nel procedimento dinanzi al tribunale fallimentare di Milano, la società convenuta si costituiva sia nella persona del legale rappresentante sia nella persona degli amministratori giudiziari, nominati in forza del provvedimento di sequestro penale emesso dal Tribunale di Bari, nell'ambito di un altro procedimento penale. La stessa società si opponeva alla richiesta di fallimento, eccependone l'inammissibilità ex artt. 41 e 63 del Codice antimafia per difetto di interesse ad agire e di legittimazione attiva del pubblico ministero, in quanto, secondo la resistente, solo il PM di Bari avrebbe potuto contestare la sussistenza dei requisiti per la

¹⁸⁵ Tribunale di Milano, sezione II civile, sentenza n. 947/2019.

continuazione dell'attività di impresa e, in caso di insolvenza, richiedere il fallimento della società.

Inoltre, si contestava l'insolvenza della società, evidenziando come la gestione in amministrazione giudiziaria avesse portato un recupero della legalità dell'impresa.

Il tema della legittimazione del pubblico ministero ad avanzare istanza di fallimento ha portato la giurisprudenza verso un'interpretazione estensiva: infatti la volontà legislativa, che emerge dalle alternative ex art.7, comma 1, n.1, l.fall¹⁸⁶, una volta venuta meno la possibilità di dichiarare il fallimento d'ufficio, è nel senso di ampliare la legittimazione della Procura per la presentazione dell'istanza di dichiarazione di fallimento a tutti i casi nei quali l'organo abbia istituzionalmente appreso la *notitia decoctionis*.

Pertanto, si è affermato che il pubblico ministero è legittimato a richiedere fallimento, non solo qualora apprenda la *notitia decoctionis* da un procedimento penale pendente, ma ogni qual volta la decozione emerga dalle condotte indicate proprio entro l'art.7 della l.fall.

Si è inoltre affermato che il pubblico ministero sia legittimato a chiedere il fallimento dell'imprenditore in tutti i casi in cui abbia appreso istituzionalmente una *notitia decoctionis*, a prescindere dalla circostanza che il tribunale competente per la dichiarazione di fallimento sia diverso da quello presso cui si svolge il procedimento penale.

In pronunce assimilabili al caso in esame, si è poi affermato che il PM sia legittimato a chiedere il fallimento dell'imprenditore anche quando la *notitia decoctionis* sia stata appresa nel corso di un procedimento penale, anche se avviato nei confronti di soggetti diversi dal medesimo imprenditore e conclusosi con esito favorevole per le persone sottoposte alle indagini.

Il ricorso è stato rigettato solo con riferimento al profilo attinente all'insolvenza della società, mentre l'istanza di fallimento, presentata dal pubblico ministero, è stata ritenuta ammissibile.

Infatti, secondo il Tribunale fallimentare di Milano, il giudice delle indagini preliminari presso il Tribunale di Bari ha disposto il sequestro dell'azienda di cui si avanzava istanza di fallimento ex art. 321, comma 1, c.p.p.¹⁸⁷, ragione per cui non avrebbe trovato diretta applicazione il Codice antimafia, quanto più l'art.104 *bis* disp.att. c.p.p., che rimanda alle disposizioni del Codice antimafia limitatamente a quelle indicate al libro I, titolo III e, quindi, alle disposizioni sull'amministrazione, gestione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati.

¹⁸⁶ L'art.7 della Legge fallimentare disciplina l'iniziativa del pubblico ministero alla presentazione dell'istanza di fallimento, in particolare prevede i casi in cui possa egli presentare la richiesta di cui al comma 1 del precedente art.6: 1) quando l'insolvenza risulta nel corso di un procedimento penale, ovvero dalla fuga, dalla irreperibilità o dalla latitanza dell'imprenditore, dalla chiusura dei locali dell'impresa, dal trafugamento, dalla sostituzione o dalla diminuzione fraudolenta dell'attivo da parte dell'imprenditore; 2) quando l'insolvenza risulta dalla segnalazione proveniente dal giudice che l'abbia rilevata nel corso di un procedimento civile.

¹⁸⁷ La norma, rubricata "Oggetto del sequestro preventivo", al comma 1 prevede che: "Quando vi è pericolo che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o protrarre le conseguenze di esso ovvero agevolare la commissione di altri reati, a richiesta del pubblico ministero il giudice competente a pronunciarsi nel merito ne dispone il sequestro con decreto motivato. Prima dell'esercizio dell'azione penale provvede il giudice per le indagini preliminari."

Entro questo quadro normativo deve ritenersi che, disposto un sequestro preventivo, l'azienda debba essere amministrata e gestita dall'amministratore giudiziario secondo il Codice antimafia, pur restando pienamente possibile che la stessa vada incontro a fallimento, anche nel caso in cui l'amministrazione giudiziaria abbia previsto la continuazione dell'attività d'impresa.

Il sequestro penale di un'azienda attiva non conferisce all'impresa il requisito di infallibilità, per cui secondo i giudici milanesi, questa conclusione non presenta alcun profilo di contrasto rispetto alla disciplina fallimentare, posto che anche in ipotesi di fallimento possa essere disposto l'esercizio provvisorio dell'impresa, anzi la salvaguardia dei beni aziendali costituisce, anche entro la legge fallimentare, un profilo importante per le procedure concorsuali.

Nonostante sia confermata la possibilità, anzi la piena legittimazione in capo al pubblico ministero di avanzare un'istanza di fallimento, nel caso di specie il rigetto della stessa è stato determinato dalla mancanza di un effettivo stato di insolvenza della società.¹⁸⁸

La decisione di rigetto richiama il Codice antimafia e la disciplina ivi contenuta fa concludere per il non accoglimento dell'istanza di fallimento del pubblico ministero, nonostante il dissesto dell'impresa.

Il punto di partenza di questo ragionamento è sempre l'art. 41 del Codice antimafia, il quale rimette all'amministratore giudiziario la possibilità di proporre la prosecuzione dell'attività di impresa, corredata dalla relazione di un professionista che attesti la veridicità dei dati aziendali presentati dall'amministratore giudiziario.

Nel tempo necessario per la predisposizione di tali documenti è previsto che non operino le cause di scioglimento e gli obblighi di ricapitalizzazione della società per perdita del capitale sociale.

In questo quadro si pone il problema circa la sorte dei debiti erariali, accertati nel caso in esame con sentenza penale. Infatti, nell'ipotesi in cui tali debiti fossero considerati nel bilancio della società, se di ammontare rilevante sarebbe difficile ipotizzare la prosecuzione dell'attività aziendale, perché potrebbe essere impossibile ricostituire il capitale sociale e l'attività economica, per cui ne deriverebbe l'insolvenza della società.

Il Tribunale di Milano ha affermato che questa conclusione si pone in contrasto con le finalità del Codice antimafia e con l'adozione di sequestri cautelari in via preventiva, poiché durante il sequestro l'azienda risulta amministrata nel rispetto della legalità e sotto la vigilanza di un giudice e, a seguito del sequestro, l'azienda potrà essere confiscata dallo Stato o restituita all'avente diritto.

¹⁸⁸ C. Santoriello, *'Nessuna ragione per escludere il fallimento di una società sottoposta a sequestro preventivo ed amministrazione controllata'*, 7 aprile 2020, in *Il Fallimentarista*, www.ilfallimentarista.it.

Nel caso di confisca da parte dello Stato i debiti erariali si estinguono per confusione, mentre nel caso in cui l'azienda sia restituita all'originario titolare i debiti erariali torneranno ad essere esigibili.

In sostanza secondo il Tribunale di Milano, pur essendovi debiti erariali significativi, gli stessi non sarebbero esigibili e quindi la domanda di fallimento verrebbe rigettata per difetto dello stato di insolvenza.

Nella decisione il giudice milanese ha inteso privilegiare le ragioni della continuità aziendale, sulla circostanza che i debiti erariali, che gravano sull'azienda, possano essere destinati a scomparire per confusione in caso di confisca della società da parte dello Stato o ad essere adempiuti successivamente in caso di restituzione dell'impresa.

2.3. Considerazioni generali ai casi in commento.

I due casi da me citati entro questo elaborato sono, senza dubbio, funzionali a comprendere ed interpretare correttamente la natura del problema, se di problema ancora oggi debba parlarsi.

La pronuncia della Cassazione del 2014 ci porta e mi porta ad affermare che non esista alcuna incompatibilità tra la misura di prevenzione penale, che abbia per oggetto anche tutti i beni del patrimonio sociale, e la dichiarazione di fallimento della società, a sua volta ammissibile anche in mancanza di un attivo aggredibile da parte dei creditori sociali.

Infatti, nell'ipotesi in cui tutti i beni dell'impresa siano già oggetto di sequestro, la soluzione non muove verso la revoca del fallimento quanto più verso una sua chiusura, la quale consentirà al fallimento di riprendere il suo corso una volta venuta meno la misura ablatoria.

È evidente che vi saranno, invece, meno problemi nel caso in cui il sequestro non riguardi tutti i beni dell'impresa, potendo quindi destinarne una parte entro la massa attiva del fallimento.

In ogni caso, non dobbiamo dimenticare gli strumenti che la normativa mette a disposizione del curatore fallimentare, il quale può promuovere azioni revocatorie arricchendo la massa attiva in caso di esito favorevole delle stesse.

Il secondo caso analizzato, invece, superata l'incertezza in merito alla legittimità, per il pubblico ministero, di avanzare istanza di fallimento, ribadisce l'inesistenza di una "patente di infallibilità" per le imprese sottoposte a sequestro, non essendovi alcuna incompatibilità tra le due misure, anzi anche in ipotesi di fallimento abbiamo appreso che possa essere disposto l'esercizio provvisorio dell'impresa per tutelare e salvaguardare soprattutto i livelli occupazionali.

Credo che, al giorno d'oggi, il panorama imprenditoriale si sia evoluto ed abbia lasciato spazio ad una serie di "combinazioni" possibili, se questo è il termine giusto, che portano

inevitabilmente ad una “fusione” tra discipline differenti, la cui *ratio* alla base appaia apparentemente in contrasto.

Non possiamo negare, a mio avviso, che le due procedure si basano su presupposti differenti, tra cui - quanto al fallimento - l’insolvenza, i requisiti soggettivi temporalmente determinati, la non cessazione dell’attività: tutte circostanze il cui accertamento non è ripetibile identicamente in epoche diverse, giudicandosi pertanto irrazionale e, aggiungo, insensata una posticipazione della tutela dei creditori a fronte di un interesse pubblico che, nel frattempo, potrebbe diventare recessivo.

Personalmente mi spingo ad affermare che se la crisi della legalità coincide con l’insolvenza dell’impresa, è logico pensare che le due procedure siano state dichiarate all’unisono, sicuramente con diversi criteri di integrazione per l’ammissione al passivo, nei diversi passaggi ex artt. 63, 64 e 34 D.Lgs. 159/2011, secondo la successione temporale che coinvolge la misura di prevenzione e la declaratoria di fallimento.

Nel caso in cui il sequestro del Codice antimafia verta anche sul patrimonio dell’impresa, e non solo sulle quote sociali, lo stato passivo del fallimento consentirà di determinare i creditori anteriori ad entrambe le due procedure. Pertanto, credo che si avrà, così facendo, un’azienda che prosegue in continuità nella misura di prevenzione, ma si avrà anche uno stato passivo del fallimento che “fotografa” tutti i creditori, che sono gli stessi per ambedue le procedure.

Riagganciandomi a quanto appena detto sopra, il panorama imprenditoriale ma soprattutto l’esperienza maturata nelle aule dei tribunali fallimentari dimostrano come sia emersa, negli anni, una realtà sempre più esigente, nella quale i principi cardine delle due procedure sembrano non essere più sufficienti al perseguimento degli obiettivi prefissati dalle norme.

La stessa continuità aziendale del lungo periodo, necessaria poi alla confisca definitiva, rappresenta attualmente un’illusione, anzi credo che la giusta soluzione possa essere un “*turnaround*”¹⁸⁹ già dai primi mesi delle due procedure, un cambiamento di rotta per salvare l’azienda e i posti di lavoro.

L’unico modo per sradicare il germe della criminalità e dell’inefficienza aziendale è quello di vendere, rapidamente, ad un terzo *competitor*, con procedura competitiva, per innescare una nuova strategia di rilancio e di innovazione aziendale; in questo modo l’azienda riuscirà a reperire slancio e vigoria.

¹⁸⁹ Un progetto di *turnaround* aziendale è un insieme di attività tattiche e strategiche, più o meno forti, per riportare un’azienda in equilibrio economico, finanziario e patrimoniale. Si compone di: attività industriali ed organizzative, per esempio revisione del portafoglio prodotti, cambiamento di strategia commerciale, revisione dei costi, rimodellizzazione dei processi produttivi, riorganizzazione aziendale, dei ruoli e delle responsabilità, efficientamento dei processi amministrativi fino a dismissioni di unità di business; attività di rinegoziazione del debito (rimodulazione, piani di rientro o stralcio) con banche, fornitori, erario con o senza procedure concorsuali (le quali possono essere, in bonis, il concordato liquidatorio o il concordato in continuità).

Ma quali gli aspetti negativi di una mera continuità aziendale? Oltre allo svilimento dell'avviamento, si può citare la perdita di appetibilità del compendio immobiliare, i costi enormi della custodia, gli atti di vandalismo più o meno mirati, il furto, oramai costante, del "rame strappato" dagli impianti aziendali.

I migliori offerenti possono essere, a mio giudizio, le cooperative di lavoratori, che a loro volta beneficiano di norme agevolative, oppure singoli lavoratori che partecipano con società di capitali.

Onesto è però riconoscere che aspetti positivi ve ne sono, anzi abbiamo avuto modo di "conoscerli" attraverso l'*excursus* sulla disciplina compiuto nel primo capitolo del presente elaborato, oltre naturalmente ad avere di riferimento la disciplina fallimentare.

Per questo motivo, ad onore del vero, si ribadisce il concetto che la "blindatura" del fallimento può fortificare il lavoro ed il programma di liquidazione, anche lo stato passivo e l'esercizio provvisorio dell'amministrazione giudiziaria, la quale non rischia, nel caso di revoca della misura di prevenzione, richieste di risarcimento danni poiché lo spossessamento dell'imprenditore è totale.

3. Il fenomeno del "workers buyout".

La situazione imprenditoriale in Italia, come abbiamo avuto già modo di sottolineare, ha risentito e ancora risente dell'emergenza sanitaria da Covid-19, emergenza che rischia di trasformarsi in una altrettanto grave crisi economica, in virtù della quale Stati e imprese sono chiamati ad approntare adeguati strumenti per far fronte agli scenari futuri.

Ad apertura di capitolo, analizzando le novità che entreranno in vigore nel settembre del corrente anno con il nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza, si ha avuto modo di osservare come la riforma abbia rappresentato e rappresenti la giusta opportunità per rimeditare la disciplina concorsuale.

La stessa normativa europea sembrerebbe indicare, per il futuro, una nuova direzione per il diritto concorsuale europeo, in virtù della quale tutte le operazioni di ristrutturazione dovrebbero basarsi su un dialogo con i portatori dei maggiori interessi.

Questo quadro penso rappresenti l'occasione giusta per analizzare il fenomeno del c.d. "workers buyout" (di seguito anche solo "Wbo") quale strumento che risponde sia all'esigenza di intercettare tempestivamente la crisi dell'impresa, preservandone la continuità aziendale ed evitando la dispersione del patrimonio aziendale, sia alla volontà di assicurare un ruolo attivo ai suoi lavoratori dipendenti, nella gestione dell'uscita dell'impresa dalla fase di crisi.¹⁹⁰

¹⁹⁰ E. Pagani, "Il workers buyout quale possibile strumento di risoluzione della crisi della piccola e media impresa italiana", 01 ottobre 2020, in Il Caso, www.ilcaso.it.

D'altronde il ricorso all'anzidetto fenomeno è stato preso in considerazione, di recente, proprio nel "Decreto Rilancio", n.34/2020, il quale ha previsto lo stanziamento di un'ingente somma in favore del *Fondo per la crescita sostenibile*, destinato all'erogazione di finanziamenti agevolati per la costituzione di nuove imprese, anche in forma di cooperative, da parte di lavoratori di imprese in crisi o provenienti da imprese in crisi.

Il fenomeno del "workers buyout" ha preso piede dal 2008, anno di inizio della crisi economica in Italia e non solo, quando le aziende italiane fallite sono state rigenerate dai dipendenti attraverso la trasformazione in cooperative. Suddetto fenomeno coinvolge, ad oggi, più di 8.000 lavoratori e muove un fatturato superiore a 200 milioni di euro.¹⁹¹

Dati statistici dimostrano come il fenomeno dei *Wbo* si sia insediato prevalentemente al nord, con il 43% delle esperienze in atto, seguito dal centro con il 30% e sud e isole al 27%. L'aspetto strabiliante è che più di 8 imprese su 10 riescono a tornare sul mercato e a consolidarsi, in molti casi tornando ad assumere anche personale¹⁹².

Il caso classico è quello di un'azienda in procedura fallimentare dove i lavoratori, messi a dura prova tra cassa integrazione e mobilità, diventano protagonisti, unendosi in cooperativa e mettendo nel nuovo progetto le proprie speranze e i propri risparmi. La nuova cooperativa, con un proprio presidente e un consiglio di amministrazione, segue la procedura di fallimento cercando di recuperare capannoni, attrezzature e macchinari al momento dell'asta, anche dialogando con la precedente proprietà, dove possibile.¹⁹³

Ciascun "worker buyout" ha la sua specificità anche se tutti hanno un unico filo conduttore: la capacità del territorio e delle persone di riorganizzarsi, di trasformare un *default* aziendale in una storia di successo imprenditoriale, di trasformarsi da operaio in imprenditore, e tutto questo è possibile grazie alla formula societaria della cooperativa, la quale esalta la capacità di organizzazione delle persone.

Il rapporto tra società investitrici e *Wbo* è intenso nella prima fase, quella dell'istruttoria fallimentare e della riconversione, per poi diventare, successivamente, meno frequente ma sempre attivo, anche perché, quando la situazione risulta maggiormente florida, la nuova cooperativa può beneficiare di fondi per lo sviluppo imprenditoriale.¹⁹⁴

Ma perché discutiamo del fenomeno dei *workers buyout* a questo punto della trattazione e soprattutto entro un'approfondita analisi di confronto con l'amministrazione giudiziaria?

¹⁹¹ Redazione, "Workers buyout, quando il lavoro nasce da un fallimento", 31 agosto 2018, in Morning Future, www.morningfuture.com.

¹⁹² Il fenomeno dei *workers buyout* nasce soprattutto per tutelare la forza lavoro, ma al tempo stesso mette i lavoratori al centro del fenomeno e li rende protagonisti. Le percentuali citate dimostrano come il fenomeno coinvolga sempre più aziende entro tutto il territorio della penisola italiana.

¹⁹³ Redazione, "Workers buyout, quando il lavoro nasce da un fallimento", 31 agosto 2018, in Morning Future, www.morningfuture.com.

¹⁹⁴ Redazione, "Workers buyout, quando il lavoro nasce da un fallimento", 31 agosto 2018, in Morning Future, www.morningfuture.com.

La risposta è piuttosto agevole, perché al di là che il fenomeno possa rappresentare la giusta chiave di gestione di una situazione di crisi che veda coinvolti direttamente i lavoratori, il “*workers buyout*” è destinato anche alla promozione di società cooperative che gestiscono aziende confiscate alla criminalità organizzata e di cooperative sociali per la salvaguardia dei livelli occupazionali.

Come ben sappiamo, dalla disciplina contenuta nel Codice antimafia, in materia di destinazione aziendale (art.48 e altre norme) già nelle fasi di sequestro è consentito all'amministratore giudiziario di disporre dei beni in favore di soggetti che garantiscano la continuità aziendale, persino attribuendoli a cooperative di lavoratori.

La *ratio* alla base è un problema di natura prettamente politica che colpisce queste realtà: spesso le imprese soggette a tali misure falliscono o perdono progressivamente quote di mercato a favore di altri soggetti, sia per mancanza di capacità imprenditoriale di chi subentra, sia perché perdono il contatto con il territorio di riferimento, oppure subiscono concorrenza sleale da parte di soggetti che prima erano vicini al prevenuto e poi si sono trovati a creare aziende concorrenti, sottraendo al prevenuto parte di mercato.

Per reagire a questo problema il legislatore realizza il fenomeno tipico dei salvataggi aziendali, cioè promuove il fenomeno del c.d. “*workers buyout*”, un’auto-imprenditorialità da parte dei dipendenti, che consenta loro di sviluppare, da soli, l’attività imprenditoriale godendo anche di qualche forma di sostegno.

L'amministratore giudiziario che voglia affittare l'azienda lo fa in base a determinate procedure e solo nei confronti di soggetti con determinate caratteristiche, i quali sono individuati *ex lege*. Inoltre, si aggiunge che in materia di amministrazione giudiziaria, a differenza di quanto disposto nella Legge fallimentare, non c'è un sistema competitivo: la legge non fissa le regole procedurali che l'amministratore giudiziario deve seguire per decidere a chi assegnare l'azienda, ma precisa solo che i criteri ispiratori devono essere quelli volti a garantire i livelli occupazionali.¹⁹⁵

In conclusione, ciò che colgo ad occhio inesperto, è che la legge, in tal caso, persegue una funzione ben precisa che non coincide con l'interesse patrimoniale, anzi l'obiettivo è quello di garantire principalmente la massima occupazione.

3.1. *Workers buyout* e continuità aziendale.

Ritorna prepotente sulla “scena” il principio di continuità aziendale, che rappresenta il motivo per cui il fenomeno in esame sia accompagnato da una prelazione legale a favore delle

¹⁹⁵ A. Palazzolo, 2019/2020, “*La destinazione aziendale*”, in Diritto delle società, LUISS Guido Carli.

cooperative di salvataggio, costituite da lavoratori dipendenti di imprese sottoposte a procedure concorsuali.

Questa stessa continuità aziendale, come ci è ben noto, rappresenta il perno dell'amministrazione giudiziaria e quindi la motivazione per cui si opti per un "workers buyout" anche nella piena operatività dell'art.34 D.Lgs. n.159/2011.

Nei sempre più frequenti casi di rottura di un legame con il territorio e nei casi di evidente incapacità imprenditoriale, se non vi fosse la possibilità di ricorrere all'anzidetto fenomeno, l'amministrazione giudiziaria risulterebbe svuotata di qualsiasi significato e quindi non in grado di ripristinare una situazione *quo ante* mutata, facendo sì che l'impresa possa riconquistare la scena nel mercato imprenditoriale.

Per quanto riguarda il diritto di prelazione a cui ho fatto cenno, la giustificazione deve rinvenirsi, anche per le procedure concorsuali, nell'obiettivo di preservare e conservare la continuità aziendale e i livelli occupazionali, obiettivo comune ad altre note disposizioni della Legge fallimentare e del Codice della Crisi d'Impresa.

Tale obiettivo non sembra però sufficiente per giustificare la scelta di favorire affittuari o acquirenti selezionati sulla base di loro qualità soggettive.

Si ritiene che il diritto di prelazione legale trovi una migliore spiegazione ove letto alla luce del *favor* costituzionale per la cooperazione (art.45 Cost.) e, soprattutto, per la partecipazione e la collaborazione dei lavoratori al capitale e alla gestione delle imprese (artt. 46 e 47 Cost.).¹⁹⁶

A mio avviso, credo che non debba condividersi l'idea secondo la quale il riconoscimento *ex lege* di una prelazione in favore di un soggetto predefinito farebbe venir meno l'interesse di potenziali affittuari o acquirenti a partecipare a procedure competitive, o comporterebbe l'affitto e la vendita del complesso aziendale a un prezzo inferiore a quello che potrebbe essere raggiunto in assenza di prelazione.

Il titolare del diritto di prelazione ha la piena facoltà di decidere se pareggiare o meno la migliore offerta ricevuta all'esito della procedura competitiva, ma soprattutto, una volta esercitata la prelazione, non si potrà procedere a rilanci, in quanto comporterebbero una violazione del diritto di prelazione attribuito dalla legge.

Non posso però non considerare il caso estremo in virtù del quale l'offerente proponga, sin da subito, il prezzo più alto, per evitare che il titolare della prelazione eserciti il proprio diritto: in questo caso si verificherebbe comunque il raggiungimento del miglior prezzo di vendita e il conseguenziale soddisfacimento dei creditori.

Tornando al focus del presente paragrafo, ho l'idea che il vero ed unico *file rouge* tra l'amministrazione giudiziaria e le procedure concorsuali sia il principio di continuità aziendale

¹⁹⁶ E. Pagani, "Il workers buyout quale possibile strumento di risoluzione della crisi della piccola e media impresa italiana", 01 ottobre 2020, in Il Caso, www.ilcaso.it.

letto alla luce del fenomeno dei “*workers buyout*”, entro il quale assume, forse, connotati differenti ed avvicina maggiormente le due procedure.

3.2. L’inchiesta: il c.d. “Frosincoop”, il *workers buyout* che ha salvato una realtà imprenditoriale locale.

A sostegno di quanto esposto nei precedenti paragrafi, per ben comprendere il fenomeno del *workers buyout* la giusta chiave di lettura può essere nient’altro che l’analisi di un caso pratico, tra l’altro un caso che tocca direttamente il mio territorio.

Nella provincia di Frosinone, la Coop locale stava per chiudere e alcuni colleghi, grazie al sostegno di Legacoop, hanno creato una cooperativa che ha rilevato il supermercato. Negli ultimi dieci anni 99 aziende in crisi sono state salvate dai lavoratori riuniti in cooperativa.

Nei fatti il supermercato locale Coop nel giugno 2019 minacciava la chiusura e l’azienda proponeva dei ricollocamenti in altri punti vendita, ma alcuni lavoratori hanno rifiutato e, grazie al sostegno di Legacoop, hanno intrapreso la strada del *workers buyout*.¹⁹⁷

I lavoratori si sono trovati ad investire le proprie risorse (generalmente la Naspi, cioè l’indennità di disoccupazione e il TFR) e a subentrare nella proprietà, dando vita alla neonata cooperativa “Frosincoop”¹⁹⁸, per la quale hanno ottenuto, dalla catena di supermercati, la concessione del *franchising* e, nel luglio 2020, 390mila euro da Cfi (Cooperazione Finanza Impresa).

Quella della Coop di Frosinone è una storia, se è il termine più adatto da assumere, di un gruppo di donne che ha messo insieme le proprie forze¹⁹⁹, ricorrendo ad uno strumento legale pienamente confacente alla fattispecie verificatasi, soprattutto perché ha permesso loro di tutelare e proteggere il territorio, ha concesso la massimizzazione del concetto stesso di cooperazione, unica strada possibile per fronteggiare le nuove esigenze del mercato imprenditoriale, soprattutto alla luce delle difficoltà odierne, provenienti da fattori esterni e non controllabili dall’uomo, come la recente pandemia mondiale ci ha insegnato e continua giornalmente ad insegnarci.

Il caso in esame è uno dei più recenti. Il più antico è quello della Scalvenzi di Brescia, salvata nel 1985 e ancora in attività.²⁰⁰

¹⁹⁷ P. Riva, ‘*Frosincoop, il workers buyout degli ex dipendenti che ha salvato la Coop di Frosinone*’, 23 febbraio 2021, in Corriere della sera, www.corriere.it.

¹⁹⁸ Cooperativa di servizi, nella tipologia di *workers buyout*, nata nel 2020 con undici addetti, impiegati nel commercio al dettaglio di generi alimentari e non alimentari (supermercato).

¹⁹⁹ P. Riva, ‘*Frosincoop, il workers buyout degli ex dipendenti che ha salvato la Coop di Frosinone*’, 23 febbraio 2021, in Corriere della sera, www.corriere.it.

²⁰⁰ La Scalvenzi è il primo caso di successo in Italia di *workers buyout*. Questa cooperativa racconta la storia del “raccolto” fruttuoso di un periodo storico in cui si scelse di investire per mantenere il lavoro sul territorio. La cooperazione fu attrice principale nel far fronte a questo bisogno. La cooperativa Scalvenzi autorizza ancora a credere che la forza lavoro possa organizzarsi e dare continuità alle imprese territoriali.

Dal 1985 ad oggi i *workers buyout* in Italia sono stati almeno 329; significativo è prendere in considerazione l'ultimo decennio nel quale, con il coinvolgimento di oltre 2500 lavoratori, sono state rigenerate 99 aziende.

Il ricorso ai *workers buyout* sta crescendo ed è prevedibile che si rafforzerà con la fine del blocco dei licenziamenti e con la fine della difficoltà di ripresa.

Non possiamo non considerare anche l'apporto positivo da Confcooperative e Legacoop, tra i fondatori di Cfi, ancora oggi presenti nel capitale della partecipata con i rispettivi fondi mutualistici.

Essi credono nei *Wbo* poiché la forma cooperativa si presenta fortemente utile per rispondere alle crisi aziendali, tutelando occupazione, competenze e patrimoni produttivi, come ha sottolineato lo stesso presidente di Confcooperative.²⁰¹

I maggiori protagonisti della scena hanno sempre sottolineato, negli anni, rispetto al fenomeno, che i *workers buyout* non sono assistenzialismo ma autoimprenditorialità, i lavoratori credono nell'impresa cooperativa, arrivando a rischiare in prima persona.

A mio parere, condivido la posizione o comunque l'idea sviluppata in precedenza, anche se i *workers buyout* non rappresentano sempre la soluzione giusta a tutte le crisi aziendali.

Non possiamo non riconoscere che attualmente rappresentino un'esperienza numericamente limitata, soprattutto perché sono realizzabili solo a determinate condizioni, la prima delle quali è la volontà dei lavoratori e l'investimento delle proprie risorse.

Ciò non toglie che rimangano comunque uno strumento con ampi margini di sviluppo, da far conoscere e crescere; anzi proprio in virtù di ciò a gennaio 2021 il Cfi ha siglato un accordo di promozione dei *workers buyout* con le organizzazioni cooperative e sindacali.²⁰²

Credo, quindi, che i *workers buyout* rappresentino un investimento sicuro, sono una politica pubblica ma anche privata consolidatasi negli anni, che affronta un problema sociale diffuso, che realtà medio-grandi come la realtà lavorativa e imprenditoriale della provincia di Frosinone ben sanno.

La storia della Scalvenzi, nata da una vicenda drammatica peraltro, il suicidio dell'imprenditore, insegna molte cose. Il primo insegnamento è che la fabbrica sopravvive se si ha lo sguardo lungo. Se si ha cioè la capacità di cambiare, di innovare, di guardare avanti.

La Scalvenzi faceva macchine agricole ma ha avuto la capacità di cambiare, ha iniziato a guardare al settore dell'ecologia e della raccolta dei rifiuti, oggi addirittura fa anche scooter elettrici. Per cui, valeva nel 1982 e vale forse ancora di più oggi, che bisogna avere la capacità di innovare.

Per innovare, e qui siamo al secondo insegnamento, non basta avere l'idea ma servono soprattutto meno verticalità e più orizzontalità, meno organizzazione del lavoro rigido e verticale dove pochi pensano e tanti eseguono, ma una struttura orizzontale dove in tanti pensano. C'è necessità di capacità ma anche di entusiasmo, capacità di sentirsi parte dello stesso progetto, e proprio per questo motivo, già dal 1985, si è dimostrato come il modello cooperativo fosse la giusta soluzione.

²⁰¹ P. Riva, '*Frosincoop, il workers buyout degli ex dipendenti che ha salvato la Coop di Frosinone*', 23 febbraio 2021, in Corriere della sera, www.corriere.it.

²⁰² Comunicato stampa del CFI, '*Accordo tra Cfi con Cgil, Cisl e Uil Lazio per promuovere i workers buyout*', Roma, 25 gennaio 2021, in www.cfi.it.

4. Altre procedure concorsuali minori richieste dall'amministratore giudiziario.

Nonostante il titolo contenuto nel Codice antimafia, nominato come "Rapporti con le procedure concorsuali", esso non dispone alcuna norma riguardo al concordato preventivo e fallimentare. Duole comunque ricordare che questi due istituti sono accessibili anche alle imprese in amministrazione giudiziaria.

L'amministratore giudiziario, per superare lo stato di crisi dell'impresa, può presentare al tribunale fallimentare un accordo di ristrutturazione dei debiti oppure può predisporre un piano per il risanamento dell'impresa.²⁰³

Lo stesso art.63, comma 2, del Codice antimafia stabilisce che, nel caso in cui l'impresa sequestrata o confiscata sia oggetto di procedura di liquidazione coatta amministrativa²⁰⁴, il pubblico ministero possa chiedere l'accertamento dello stato di insolvenza.

4.1. Il concordato preventivo e la concorrenza con l'organo amministrativo della società, e l'amministratore giudiziario.

La problematica della concorrenza tra l'organo amministrativo della società, l'amministratore giudiziario, nominato in sede penale, e il commissario giudiziale, nominato nella procedura di concordato preventivo in continuità, può essere analizzata immergendoci direttamente nello studio di un caso pratico²⁰⁵.

Nell'ipotesi di coesistenza tra sequestro preventivo finalizzato alla confisca, avente ad oggetto l'azienda, e concordato preventivo con continuità aziendale, l'amministratore giudiziario va considerato come parte integrante della procedura concorsuale, assieme agli organi gestori di amministrazione, nel disegno di esercizio di un'attività di controllo, finalizzata alla conservazione del patrimonio.

Il caso ha coinvolto la Ecologica Falzarano s.r.l., il cui amministratore ha prospettato delle difficoltà operative legate alla problematicità di procedere ad una corretta amministrazione di appalti, nonché delle difficoltà legate alla gestione dell'amministratore giudiziario, il quale deteneva il controllo del conto corrente bancario al fine di verificare, prima di ogni pagamento,

²⁰³ C. Mlatese, "I rapporti tra le misure di prevenzione patrimoniali e la procedura fallimentare nel Codice antimafia", 6 marzo 2012, in *Il Fallimentarista*, www.ilfallimentarista.it.

²⁰⁴ La liquidazione coatta amministrativa è una procedura alternativa rispetto al fallimento, che, da un lato, determina la liquidazione dei beni dell'imprenditore al fine della soddisfazione dei creditori, nel rispetto del principio della *par conditio creditorum*, e, dall'altro, si caratterizza per la finalità pubblicistica, poiché ad essere tutelato, anche prima dell'interesse della classe creditoria, è l'interesse pubblico legato alla natura o all'attività dell'impresa.

Tale procedura è riservata, infatti, a particolari categorie di enti, aziende o società, come quelle assoggettate a controllo pubblico o chiamate a gestire ingenti mezzi finanziari affidati dalla collettività, la cui insolvenza o crisi economico-finanziaria potrebbero compromettere l'interesse stesso dello Stato ad una sana economia.

²⁰⁵ Decreto 23 luglio 2019, Tribunale di Benevento.

l'inerenza e la congruità dello stesso. In aggiunta a ciò, il caso si è occupato anche del pagamento dei crediti anteriori, nonché delle risultanze del verbale di convocazione ex art.161, comma 7 l.fall.²⁰⁶

In questa sede bisogna ricordare l'orientamento della Suprema Corte di Cassazione²⁰⁷, la quale, come già ampiamente approfondito nelle pagine precedenti di questo elaborato, ammette la compatibilità tra dichiarazione di fallimento e assoggettamento a sequestro penale preventivo dei beni della società.

L'amministratore giudiziario non rappresenta un "avversario" nel procedimento prefallimentare, di cui è piuttosto parte necessaria l'amministratore della società, poiché gli organi sociali, a seguito dell'apertura della procedura, non vengono meno, ma conservano la titolarità dei poteri di rappresentanza e delle funzioni gestorie per gli aspetti che non concernono il patrimonio della società.

Questa valutazione è pienamente operativa nell'ipotesi di fallimento, ma diversa analisi va fatta in caso di crisi dell'imprenditore o dell'impresa, laddove vi sia l'accesso ad una procedura di concordato preventivo con continuità aziendale.

La differenza tra i due istituti (fallimento e concordato preventivo) sta nella considerazione che il buon esito del programma concordatario potrebbe essere messo in discussione proprio dall'esecuzione del sequestro su tutti i beni aziendali, destinati a dare attuazione al piano concordatario.

Inoltre, emergono una serie di interessi, nella fattispecie, meritevoli di garanzia: lo stesso concetto di conservazione dell'azienda e del suo valore potrebbe ritenersi un interesse costituzionalmente garantito, desumibile dalla disciplina fallimentare, la quale pare orientata verso il salvataggio e la ristrutturazione dell'impresa in crisi piuttosto che verso la sua liquidazione.²⁰⁸

Ciò è tanto più vero ove si consideri l'imminente entrata in vigore del Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza, il quale ha valorizzato ancor di più l'istituto del concordato preventivo con continuità aziendale.

Tanto premesso, come ritenuto dalla giurisprudenza di merito²⁰⁹ e dalla giurisprudenza di legittimità²¹⁰, *"il concordato preventivo, pur originandosi da un impulso del debitore, non è confinato in un dispositivo privatistico, governato esclusivamente dalle parti [...], bensì attinge alla soglia pubblicistica, si snoda in un percorso giurisdizionalmente disegnato e vigilato, per*

²⁰⁶ R. Ranucci, "Concordato preventivo, spossessamento 'attenuato' e cautela penale", in Il diritto fallimentare e delle società commerciali, le Riviste, Giappichelli Editore, www.dirittofallimentaresocieta.it.

²⁰⁷ Cassazione, Sez. I – sentenza n. 30505 del 23/11/2018.

²⁰⁸ R. Ranucci, "Concordato preventivo, spossessamento 'attenuato' e cautela penale", in Il diritto fallimentare e delle società commerciali, le Riviste, Giappichelli Editore, www.dirittofallimentaresocieta.it.

²⁰⁹ Trib. S.M. Capua Vetere – Sez. Riesame udienza 13.04.2017.

²¹⁰ Cass. pen. Sez. III, del 12.03.2015, n. 15853.

ricevere, infine, una ratifica di quanto deliberato dai creditori sulla proposta del debitore da parte dell'organo giurisdizionale che non può ritenersi irrilevante ai fini delle conseguenze penali della condotta conforme al deliberato accordo”.

Vi sono innumerevoli elementi a sostegno della natura pubblicistica del concordato preventivo, come la predeterminazione del piano concordatario (ex art. 160 l.fall.); la comunicazione al pubblico ministero (ex art. 161 l.fall.); l'apertura della procedura di concordato da parte del tribunale; la presenza di un giudice delegato.²¹¹

Quindi, se ammettiamo la natura pubblicistica del concordato, diventa rilevante il valore proprio della continuità aziendale e diviene necessario individuare il *discrimen* entro le procedure concorsuali, rappresentato dalla provenienza delle risorse utilizzate per il soddisfacimento dei creditori: infatti è un concordato in continuità aziendale il concordato che utilizza, per il soddisfacimento di questi ultimi, in misura prevalente, se non esclusiva, i proventi derivanti dalla prosecuzione dell'attività aziendale.

L'intento del legislatore è quello di incentivare la conservazione del valore di azienda, favorendo la prosecuzione dell'attività di impresa e la salvaguardia dei livelli occupazionali.

Pertanto, risulta evidente come a questo disegno possa essere da ostacolo una procedura di amministrazione giudiziaria, che pregiudica la continuità e la realizzazione del piano concordatario nell'interesse del ceto creditorio.

In quest'ottica si ritiene che la funzione assegnata all'amministratore giudiziario sia quella di essere notiziato tempestivamente e, di conseguenza, di vigilare (analogamente al Commissario Giudiziario), per conto dell'Autorità Giudiziaria, sulla gestione imprenditoriale.²¹²

L'amministratore giudiziario deve consentire l'utilizzo della società e dell'azienda in quanto tali, consentire l'utilizzo delle partecipazioni societarie (titoli azionari o quote), al fine esclusivo di garantire la continuità e lo sviluppo aziendali.²¹³

In conclusione, nel caso di coesistenza delle due procedure, apprendo che l'amministratore giudiziario diventa parte necessaria entro il procedimento gestorio della crisi, vanno a lui riferiti tutti gli atti di amministrazione, ordinaria e straordinaria, posti in essere dalla *governance* della società debitrice, per esercitare un'attività di controllo finalizzata alla conservazione del patrimonio, oggetto della misura reale.

Escludo che gli effetti del sequestro preventivo vengano meno nel caso in cui si perfezioni l'accordo tra indagato-contribuente e amministrazione giudiziaria, in seno a delle procedure concorsuali; piuttosto dovrà esservi una rideterminazione del quantum sequestrato, in misura

²¹¹ R. Ranucci, *“Concordato preventivo, spossessamento 'attenuato' e cautela penale”*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, le Riviste, Giappichelli Editore, www.dirittofallimentaresocieta.it.

²¹² R. Ranucci, *“Concordato preventivo, spossessamento 'attenuato' e cautela penale”*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, le Riviste, Giappichelli Editore, www.dirittofallimentaresocieta.it.

²¹³ Cassazione, III Sez.pen., sentenza n. 6742/ 2018.

corrispondente alle somme versate all' erario, per evitare il rischio di duplicazione della sanzione.²¹⁴

4.2. Sequestro preventivo successivo alla domanda di concordato e opponibile ai creditori.

La Suprema Corte di Cassazione si è occupata della questione se sia giuridicamente fattibile un concordato preventivo ove una parte delle risorse ad esso destinate venga assoggettata, successivamente alla proposizione dell'istanza di ammissione al procedimento concorsuale, a sequestro preventivo di cose destinate alla confisca.²¹⁵

In particolare, la Cassazione statuisce che *“il carattere obbligatorio e sanzionatorio della confisca, diretta o per equivalente, del profitto dei reati tributari, comporta che il sequestro preventivo, ad essa funzionale, benché sopravvenuto rispetto alla posizione di una domanda di concordato preventivo, sia opponibile ai creditori, non potendo invocarsi l'art.168 l.fall, il quale vieta l'inizio delle azioni cautelari in costanza di procedura”*.

In tale sede la Cassazione ha confermato l'impostazione inaugurata nel 2004²¹⁶, secondo cui il sequestro preventivo, strumentale ad una confisca obbligatoria, comporti l'esigenza di inibire l'utilizzazione di un bene ‘pericoloso’, in vista della sua acquisizione definitiva da parte dello Stato, facendo prevalere l'interesse pubblico sugli interessi privati dei singoli creditori.²¹⁷

Tale affermazione rimane valida anche nel caso di sequestro sopravvenuto rispetto alla presentazione di una domanda di concordato, sequestro che rimane opponibile ai creditori nonostante il disposto ex art.168 l.fall.

Infatti, il carattere obbligatorio e sanzionatorio della confisca, diretta o per equivalente, del profitto dei reati tributari²¹⁸, comporta che il sequestro ad essa funzionale, nonostante possa essere sopravvenuto successivamente all'apertura di un concordato preventivo, risulti opponibile ai creditori, non potendosi invocare l'art.168 l.fall.

Quest'ultima disposizione prevede che, dalla data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese e fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato diventi definitivo, i creditori non possano iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore.

La *ratio* di siffatta inibizione è l'interesse generale e pubblico alla repressione dei reati, piuttosto che la conseguenza diretta della potestà cautelare esercitata dallo Stato.

²¹⁴ R. Ranucci, *“Concordato preventivo, spossessamento 'attenuato' e cautela penale”*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, le Riviste, Giappichelli Editore, www.dirittofallimentaresocieta.it.

²¹⁵ Sentenza 3 novembre 2020, n. 24326.

²¹⁶ Sez. Un., 24 maggio 2004, n. 29951.

²¹⁷ in senso conforme anche Cass. pen., Sez. III, 02 ottobre 2019, n. 47103.

²¹⁸ Art. 12 bis, comma 1, D.lgs. n.74/2000.

Infine, la Cassazione rimane conforme all'orientamento secondo cui la confisca non opera per la parte che il contribuente si impegna a versare all'Erario, anche in presenza di un sequestro, precisando che ciò si riferisce esclusivamente alle ipotesi di obbligo assunto in maniera formale e non a mere promesse.

Va da ultimo segnalato che il nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza fornirà una disciplina specifica per la risoluzione dei rapporti tra le procedure esecutive e i sequestri penali: infatti l'art. 317 rimanda al modello già predisposto dal Codice antimafia negli artt. 63 e ss., pur dettando, il Codice della Crisi ex artt. 318 e ss., alcune disposizioni in tema di sequestro preventivo e conservativo, nonché in relazione alla legittimazione del curatore.

CONCLUSIONI

In conclusione del lavoro possiamo affermare che la procedura di amministrazione giudiziaria, più in generale il sistema italiano della prevenzione antimafia è considerato, oramai non più solo in ambito europeo, come la forma di legislazione più avanzata per il contrasto del fenomeno di criminalità organizzata, non solo di stampo mafioso, ma si tratta di un sistema che pone soluzioni al superamento di congiunture economiche sfavorevoli rispetto ad un tessuto economico ed imprenditoriale vasto e variegato, ad oggi indebolito non più solo da una crisi economica ma soprattutto da fattori esogeni che sfuggono al controllo dell'uomo: di recente, la pandemia mondiale da Covid-19.

Una situazione, potremmo dire, "catastrofica" come quella dell'ultimo anno ha completamente ridisegnato le priorità imprenditoriali e non del nostro Paese.

Assumerei un atteggiamento superficiale se mi limitassi a citare, come conseguenza di quanto accaduto, lo slittamento dell'entrata in vigore del nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza, per la cui operatività siamo costretti ad aspettare ancora qualche mese.

Bisogna in realtà fare riferimento ad un più ampio processo di cambiamento, forse anche di crescita, verificatosi negli ultimi tempi, il quale ha ridisegnato la logica alla base di molteplici istituti appartenenti al sistema giuridico italiano.

Sicuramente la situazione post Covid-19 ha evidenziato la necessità di apprestare nuovi strumenti a tutela del principio di continuità aziendale, non potendo dare piena applicazione alle norme contenute, *in primis*, nella disciplina generale del Codice civile, ma anche entro la disciplina speciale del Codice antimafia.

Ciò che però pare evidente è come i recenti accadimenti abbiamo, in realtà, evidenziato un *iter* di cambiamento intrapresi da tempo: all'amministrazione giudiziaria sta stretta la veste, per lei costruita, nell'ormai lontano 2011 dal legislatore entro il Codice antimafia, anzi pare eccessivamente ristretto il solo ambito applicativo entro fattispecie delittuose a stampo mafioso. L'esperienza giurisprudenziale degli ultimi anni ci ha insegnato come "l'abito su misura", costruito dal D.Lgs. n.159/2011 all'art.34, possa ben vestire anche in situazioni lontane dai fenomeni di criminalità organizzata, dalle ipotesi in cui un imprenditore o una società possano subire, nell'esercizio di attività economiche o nella gestione del complesso aziendale, condizionamenti esterni, diretti o indiretti, che valgano a distrarre la conduzione di anzidette attività facendole uscire dall'alveo della piena legalità.

L'amministrazione giudiziaria può essere la risposta a fenomeni ben diversi, come il fenomeno di caporalato, dove l'applicazione dell'art.34 o del recente e innovativo art. 34 *bis* (c.d. controllo giudiziaria) avvenga in termini e modalità, sebbene differenti dall'usuale applicazione, comunque efficaci alla repressione del fenomeno.

Le disposizioni contenute nel Codice antimafia mi insegnano e ci insegnano la c.d. “versatilità” della procedura di amministrazione giudiziaria, la quale è in grado di massimizzare i suoi obiettivi entro i più disparati settori economici, spetterà all’interprete ben adattare la procedura al caso in esame.

Essa nasce come una nuova e diversa forma di intervento statale, portatrice non solo di interessi privatistici, quali gli interessi del preposto che, seppure coinvolto, direttamente o indirettamente, nel gioco di distrazione dell’attività economica ed imprenditoriale da una situazione di legalità, ha comunque interesse a ripristinare la situazione *quo ante* mutata, a riassumere le redini della gestione imprenditoriale, piuttosto che perdere il c.d. avviamento aziendale.

Proprio questo è l’obiettivo dell’amministrazione giudiziaria, tutelare e proteggere la continuità aziendale, non solo però alla luce dell’interesse individuale dell’imprenditore o della società, quanto piuttosto in virtù di un interesse pubblico, strettamente annesso alla legalità che caratterizza il mercato imprenditoriale, la quale, nell’ipotesi in cui dovesse venire meno, avrebbe delle conseguenze non solo sull’attività del preposto ma sul principio stesso di concorrenza e di libertà di iniziativa economica.

L’analisi da me svolta dimostra come la stessa amministrazione giudiziaria si sia evoluta, negli anni, abbia affrontato un percorso di crescita, e sia riuscita ad allontanarsi dal consuetudinario ambito applicativo. Ha rappresentato e rappresenta sempre più una nuova forma di imprenditorialità, che sempre più di frequente costringe l’amministratore giudiziario, già nelle fasi di sequestro, a disporre dei beni aziendali nei confronti di soggetti che possano garantire la continuità aziendale, che non perdano il contatto con il territorio e con la specifica realtà in cui è inserita l’impresa in questione, realtà grazie alla quale l’impresa stessa riesce a svolgere l’attività che la caratterizza.

Nelle pagine del mio elaborato mi sono spinto ad affiancare, grazie allo studio di casi pratici, all’amministrazione giudiziaria il fenomeno dei *workers buyout*, che si fa sempre più preponderante sulla scena e ci insegna come, proprio grazie al coinvolgimento di soggetti più vicini all’attività (quali, per eccellenza, i lavoratori) sia più facile ripristinare, tutelare, massimizzare e conservare la continuità aziendale.

Il punto nevralgico è anche quello di trovare un legame tra la disciplina dettata per l’amministrazione giudiziaria e la disciplina che caratterizza la procedura concorsuale per eccellenza, il fallimento, il quale ben presto dovremo abituarci a rinominare “liquidazione giudiziale”.

In ordine a ciò, il fenomeno dei *workers buyout* può rappresentare proprio un punto di partenza, seppure in costante evoluzione, perché nasce per limare ed evitare il dissesto dell’impresa.

L'apparente autonomia, che sembra tenere ben distanti le due procedure, diventa molto spesso vicinanza, poiché le norme di riferimento sembrano fondersi e trovare applicazione contestualmente, il che complica quanto affermato in merito all'amministrazione giudiziaria.

La crisi economica, le difficoltà, anche estranee ai settori economico-finanziari, che però si riversano negli stessi, amplificano il bisogno di liquidità delle imprese e le rendono più vulnerabili rispetto a quella che possa essere la c.d. "mossa salvataggio" rappresentata proprio dal denaro di provenienza illecita.

L'amministrazione giudiziaria può non bastare, non essere propriamente sufficiente, non essere in grado di tutelare e ripristinare quella continuità aziendale tanto decantata, pertanto da una procedura ex art.34 del Codice antimafia potremmo trovarci dinanzi ad una dichiarazione di insolvenza.

Proprio qui sorge il problema, spesso dimenticato o risolto superficialmente, di come gestire la comunicazione tra le due procedure; il problema sorge *in primis* alla luce dei riferimenti normativi.

Il D.Lgs. n. 159 del 2011, c.d. Codice Antimafia, è stato sottoposto a tre diversi interventi di riforma negli ultimi tre anni (Legge n. 161 del 17 novembre 2017, il decreto 113/2018 e il CCII del 2019), con un legislatore che cercare di cogliere tutti i segnali di cambiamento, lasciando però gran lavoro all'interprete, il quale deve districarsi tra le varie norme, scegliere quelle confacenti al caso di specie e risolvere difficoltà che possano sorgere in ipotesi come quella poc'anzi prospettata, che sbiadisce il *limen* tra amministrazione giudiziaria e fallimento.

La vicenda si fa maggiormente interessante alla luce dell'entrata in vigore del nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza: guardando infatti ai rapporti tra la nuova liquidazione giudiziale e le misure cautelari reali, sembra evidente che la Legge delega 19 ottobre 2017, n. 155 abbia riconosciuto la necessità di definire in via normativa criteri di coordinamento tra le procedure concorsuali e le misure cautelari penali.

In parte il testo normativo sembra prospettare delle conferme di assetti disciplinari già conosciuti e acquisiti, come nel caso delle misure di prevenzione patrimoniale. Per altra parte, accenna al criterio innovativo della prevalenza, seppur non assoluta, del regime concorsuale, come per le misure cautelari ed ablative collegata alla responsabilità amministrativa del reato ex D.Lgs. n. 231/2001.

Dobbiamo infatti ricordare che, allo stesso tempo, il Codice antimafia fissa un principio di prevalenza delle misure di prevenzione che, fino al nuovo Codice, sembrava e sembra non essere mai stato messo in discussione: dalla mia attività di ricerca mi sento di dire che questo quadro non sia radicalmente mutato, ma abbia semplicemente lasciato spazio a nuovi scenari, verificabili alla luce delle nuove esigenze ma anche delle nuove difficoltà imprenditoriali.

Il D.Lgs. n. 14/2019 non ha dato attuazione al secondo dei principi di delega (art. 13, comma 2, legge 155) relativo alla sistemazione delle interferenze tra le misure cautelari adottate sulla base del D.Lgs. n. 231/2001 e quelle adottate in sede concorsuale; ma ha offerto una lettura estensiva delle indicazioni ricevute dalla delega con riferimento ai rapporti tra misure penali e fallimento, affermando la prevalenza delle misure cautelari finalizzate alla confisca ex art. 321, comma 2, c.p.p. rispetto alla gestione concorsuale.

Pertanto, sembra non essere intaccata la generale prevalenza della confisca e del correlato sequestro preventivo, rispetto alle procedure concorsuali. Tuttavia, facendo salve le ipotesi nelle quali opera l'opposto principio di prevalenza delle ragioni creditorie, non credo possa escludersi un interesse del curatore ad impugnare i provvedimenti di applicazione del vincolo penale, accoglimento della quale comporterebbe l'impossibilità di escludere o separare il bene medesimo dalla gestione concorsuale.

Tale assunto sembrerebbe dimostrare come l'unico modo di affrontato delle interferenze tra le due procedure rimanga l'analisi e il bilanciamento dei valori in gioco nel caso di specie. Per essere più chiari, l'equilibrio credo possa e debba trovarsi approfondendo volta per volta la natura giuridica della singola espropriazione penale.

Tutto questo per dire che, ad onor del vero, sono diventate sempre più frequenti le occasioni in cui, prima o dopo l'instaurazione di una procedura concorsuale, vengano assunti vincoli di natura penale su beni suscettibili di integrare la garanzia patrimoniale per i creditori del debitore.

A mio giudizio, credo che un merito del D.Lgs. n. 14/2019 è di avere operato un riconoscimento più articolato dei diritti dei terzi, a prescindere che vi sia stata o meno l'insolvenza del debitore. Concludendo, è dimostrato che istituti di carattere preventivo possano trovare ingresso nell'area del diritto c.d. di "serie A" se maneggiati con cura nel rispetto dei principi generali (costituzionali e sovranazionali).

È proprio questa la "modernità" dell'azione preventiva, opportunamente tipizzata attraverso fattispecie di pericolosità, che si avvicinano a quelle di matrice penale e che ne costituiscono il presupposto applicativo, fondata su fatti e su un grado di attribuibilità alla persona, ma non anche sulla responsabilità perché nel caso di specie non si applica una pena, collocata a pieno titolo nell'area della giurisdizione col riconoscimento delle dovute garanzie.

Attraverso un opportuno bilanciamento di interessi è possibile il ricorso alle diverse misure di prevenzione patrimoniale per ottenere un incisivo intervento nei confronti delle varie forme di criminalità da profitto.

Ben vengano quindi quei provvedimenti, sempre più frequenti nel nostro ordinamento grazie, soprattutto, all'elaborazione giurisprudenziale e agli interventi del legislatore, diretti ad estendere istituti pensati per contenere la criminalità organizzata anche nei confronti di forme

diverse di criminalità da profitto, di modo che possano consentire la bonifica dell'azienda e il suo recupero all'economia legale.

In tal senso l'amministrazione giudiziaria rappresenta utopisticamente un antecedente, un *prius* logico, anzi forse uno mezzo per evitare che l'impresa si affacci, in un momento temporalmente successivo, ad una irreversibile situazione di dissesto, che la lascio poco spazio e una marginale possibilità ad una qualche ripresa.

In ultimo, i miei studi classici mi portano a concludere citando le attualissime parole di Cesare Beccaria nel suo 'Dei Delitti e delle Pene', il quale affermava che '*è meglio prevenire i delitti che punirli. Questo è il fine principale d'ogni buona legislazione, che è l'arte di condurre gli uomini al massimo di felicità o al minimo d'infelicità possibile...*'.²¹⁹

²¹⁹ C. Beccaria, 1764, '*Dei delitti e delle pene*', Livorno, pubblicato da Marco Coltellini, cap.41.

INDICE BIBLIOGRAFICO

A. Aiello, *“Brevi riflessioni sulla disciplina del Codice antimafia in tema di tutela dei terzi alla luce dell’ultima proposta di riforma”*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it.

A. Aiello, *“Spunti di riflessione in ordine alla tutela dei terzi nel c.d. Codice antimafia”*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org.

A. Palazzolo, 2019/2020, *“La destinazione aziendale”*, in *Diritto delle società*, LUISS Guido Carli.

A. Palazzolo, 2020, *“L’impresa in amministrazione giudiziaria tra Stato e mercato”*, Torino, Giappichelli Editore.

A. Palazzolo, 2019/2020, *“La prosecuzione dell’attività aziendale”*, in *Diritto delle società*, LUISS Guido Carli.

A. Palazzolo, 2019/2020, *“Il regime di verifica dei crediti”*, in *Diritto delle società*, LUISS Guido Carli.

A. Surano, *“La Confisca di prevenzione di cui al Codice Antimafia”*, 2016, Articolo pubblicato su: *“FiloDiritto”*, www.filodiritto.com.

A. Villafrate, *“Il ruolo dell’amministratore giudiziario spiegato dalla Cassazione”*, 6 giugno 2018, in *Studio Cataldi – il diritto quotidiano*, www.studiocataldi.it.

A. Tullio, *“Il controllo di gestione al tempo del Covid-19 e la regola delle 3 C”*, 8 maggio 2021, in *Ipsosa* (notizie su fisco, lavoro, bilancio e imprese), la Libreria online del professionista www.ipsoa.it.

B. Ricci, *“Gli strumenti di allerta: l’obbligo di segnalazione interna”*, 27 settembre 2020, in *Altalex*, www.altalex.com

C. Beccaria, 1764, *“Dei delitti e delle pene”*, Livorno, pubblicato da Marco Coltellini, cap.41.

C. Forte, *“Il nuovo Codice antimafia e la tutela dei terzi. La novella approvata il 27 settembre scorso risolve un contrasto giurisprudenziale che avrebbe meritato l’attenzione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione”*, 19 novembre 2017, in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it

- C. Maltese, *“I rapporti tra le misure di prevenzione patrimoniali e la procedura fallimentare nel Codice antimafia”*, 6 marzo 2012, in *Il Fallimentarista*, www.ilfallimentarista.it.
- Comunicato stampa del CFI, *“Accordo tra Cfi con Cgil, Cisl e Uil Lazio per promuovere i workers buyout”*, Roma, 25 gennaio 2021, in www.cfi.it.
- Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, *“Linee guida in materia di amministrazione giudiziaria dei beni sequestrati e confiscati”*, Roma, 2015, pag.6.
- Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, *“La riforma del codice antimafia: le problematiche applicative e il ruolo del professionista post-riforma”*, Roma, 2018.
- C. Paparella, *“Riflessi del Covid nel bilancio 2020: deroga al principio di continuità aziendale”*, 19 marzo 2021, in *Fisco Oggi*, www.fiscooggi.it
- C. Santoriello, *“D.lgs. 14/2019. Come cambiano le disposizioni penali nel nuovo codice della crisi d'impresa”*, 6 marzo 2019, in *Il Penalista*, www.ilpenalista.it.
- C. Santoriello, *“Le disposizioni penali nel Codice della crisi”*, 20 febbraio 2019, in *Il Fallimentarista*, www.ilfallimentarista.it.
- C. Santoriello, *“Nessuna ragione per escludere il fallimento di una società sottoposta a sequestro preventivo ed amministrazione controllata”*, 7 aprile 2020, in *Il Fallimentarista*, www.ilfallimentarista.it.
- D. Lauretta, *“Il rapporto tra giudice delegato e curatore fallimentare”*, 23 gennaio 2021, in *Altalex*, www.altalex.com,
- E. Pagani, *“Il workers buyout quale possibile strumento di risoluzione della crisi della piccola e media impresa italiana”*, 01 ottobre 2020, in *Il Caso*, www.ilcaso.it.
- F. Di Paola, *“La natura ripristinatoria della confisca di prevenzione, l'ultima frode delle etichette?”*, 3 giugno 2020, nota a Corte Costituzionale n. 24/2019, in *Diritto di Difesa*, *La Rivista dell'unione delle Camere penali italiane*, Giuffrè Francis Lefebvre, www.dirittodidifesa.eu.
- F. Fimmanò – R. Ranucci, *“Sequestro penale dell'azienda e rappresentanza legale della società: convivenza ‘di fatto’ di amministratori giudiziari delle ‘res’ e amministratori volontari delle persone giuridiche”*, 21 ottobre 2015, *Diritto penale dell'Impresa da Il Caso*, www.ilcaso.it.

F. Florio, *“ Il nuovo Codice della Crisi d’impresa e dell’insolvenza: novità, agevolazioni e problematiche degli strumenti di risoluzione della crisi”*, 4 giugno 2020, nel Diritto.it, www.diritto.it.

F. Menditto, *“ La nuova frontiera della bonifica delle aziende coinvolte in contesti illeciti: l’amministrazione giudiziaria (art. 34 d.lgs. n. 159/2011)”*, 24 giugno 2020, *Questione Giustizia*, www.questionegiustizia.it.

F. Menditto, *“Lo Statuto convenzionale e costituzionale delle misure di prevenzione, personali e patrimoniali.”*, 14 ottobre 2019, in *Giurisprudenza Penale Web*, www.giurisprudenzapenale.com.

di F.Q., *“Uber, i giudici revocano l’amministrazione giudiziaria: tracciata strada virtuosa in un settore di grande sfruttamento”*, 4 marzo 2021, *Il Fatto Quotidiano*, www.ilfattoquotidiano.it

G.F. Campobasso, 2013, *“Diritto commerciale 1, Diritto dell’Impresa”*, Utet Giuridica

G.F. Campobasso, 2013, *“Diritto commerciale 2, Diritto delle società”*, Utet Giuridica

G.F. Campobasso, 2013, *“Diritto commerciale 3, Contratti, Titoli di credito, Procedure concorsuali”*, Utet Giuridica.

G. Felici, *“L’amministratore giudiziario, un CEO dal munus publicum”*, 9 novembre 2018, *Bernoni Grant Thornton*, www.bgt-grantthornton.it

G.B. Nardecchia, *“La continuità aziendale nelle procedure concorsuali”*, 2019, in *Questione Giustizia Magistratura Democratica*, www.questionegiustizia.it

G. Stampanoni Bassi, *“Food delivery e sfruttamento dei rider: il provvedimento di revoca della amministrazione giudiziaria disposta nei confronti di Uber”*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2021.

IPSOA, *“Crisi d’impresa: la nuova procedura di allerta”*, 22 febbraio 2020, www.ipsoa.it.

L.A. Esposito, *“Riflessi contabili della deroga al principio della continuità aziendale”*, 31 maggio 2021, in *Informazione Fiscale*, www.informazionefiscale.it.

L. Del Favero – C. Corsaro, *“L’estensione delle misure di prevenzione patrimoniale ai reati comuni. Amministrazione giudiziaria e controllo giudiziario quali occasione per la predisposizione degli strumenti di organizzazione, gestione e controllo aziendale.”*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2021/1-BIS.

L. Fornaciari, *“Covid-19: bilanci 2019 e 2020 con deroga alla continuità aziendale”*, 6 maggio 2020, in Ipsoa (notizie su fisco, lavoro, bilancio e imprese), la Libreria online del professionista www.ipsoa.it.

L. Peronaci, *“Dalla confisca al controllo giudiziario delle aziende: il nuovo volto delle politiche antimafia. I primi provvedimenti applicativi dell’art. 34-bis D.lgs. 159/2011.”*, 2018, in Giurisprudenza Penale Web, www.giurisprudenzapenale.com.

M.Barberio – V.Camurri, *“L’amministrazione giudiziaria di Uber: un possibile cortocircuito tra il sistema giuslavoristico e le misure di prevenzione”*, in Giurisprudenza Penale Web, 2020, 7-8.

M. BIFFA, G. GRIECO, *“Ancora guerra tra imprese e magistratura: la riforma delle misure di prevenzione patrimoniali assegna un preoccupante spazio al nuovo istituto del «controllo giudiziario delle aziende”*, in La Responsabilità amministrativa delle società e degli enti, 2016.

M. Coppolino, *“Il controllo giudiziario delle aziende”*, 3 aprile 2021, in Altalex, www.altalex.com.

N. Pisani, *“Responsabilità penali e gestione di impresa in regime di amministrazione giudiziaria”*, in Diritto Penale Contemporaneo Rivista Trimestrale, 2016.

P. Riva, *“Frosincoop, il workers buyout degli ex dipendenti che ha salvato la Coop di Frosinone”*, 23 febbraio 2021, in Corriere della sera, www.corriere.it.

Redazione Ansa, *“Uber: pm Milano, revocare da subito commissariamento”*, 3 marzo 2021, Ansa.it, www.ansa.it

Redazione Web, *“Uber Eats, la verità su amministrazione giudiziaria e accuse di caporalato”*, 17 dicembre 2020, Economy, www.economymagazine.it.

Redazione, *“Workers buyout, quando il lavoro nasce da un fallimento”*, 31 agosto 2018, in Morning Future, www.morningfuture.com.

Riproduzione riservata, Crisi d’Impresa, sez. I *“Crisi d’impresa nella prospettiva economica e giuridica”*, Enciclopedia del Diritto – Annali V – 2012, Biblioteca LUISS Guido Carli.

Riproduzione riservata, Crisi d’impresa, sez. III, *Discipline della crisi d’impresa e tutela degli interessi*, Enciclopedia del Diritto – Annali V – 2012, Biblioteca LUISS Guido Carli.

R. Ranucci, *‘Concordato preventivo, spossessamento 'attenuato' e cautela penale’*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali, le Riviste*, Giappichelli Editore, www.dirittofallimentaresocieta.it.

S. Sisia – C. Tremolada, *‘Il nuovo Codice della Crisi e le sue ricadute sulla disciplina della bancarotta’*, 14 febbraio 2019, in *Il Fallimentarista*, www.ilfallimentarista.it.

V. Goldoni, *‘Il totem della continuità aziendale nel nuovo codice sulla crisi d’impresa’*, 13 marzo 2019, in *Società&Tributi Week*, www.societaetributiweek.it.

www.assodelivery.it

INDICE DELLA GIURISPRUDENZA

Cassazione, I Sezione, sentenza n. 30505 del 23/11/2018.

Cassazione, III Sezione penale, del 12.03.2015, n. 15853.

Cassazione, III Sezione penale, sentenza n. 6742/ 2018.

Cassazione Civile, Sezioni Unite, 17.12.2008, n. 29420.

Cassazione Penale, Sez. VI, sentenza n.26342, 9 maggio 2019.

Cassazione Penale, Sezioni Unite, sentenza n. 46898, 19 novembre 2019.

Cassazione, sentenza n. 24663/2018.

Cassazione, sentenza n. 1739/2014.

Cassazione, Sezioni Unite, n. 17 del 06/11/1992, Bernini ed altri, Rv. 191786.

Cassazione, Sezioni Unite, 24 maggio 2004, n. 29951.

Cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 46898/2019, ric. Ricchiuto.

Consiglio di Stato, sentenza n. 1049, 4 febbraio 2021.

Consiglio di Stato, sentenza n. 3268, 31 maggio 2018.

Decreto-legge, n. 9/2020.

Decreto-legge n. 23/2020.

Decreto Tribunale di Benevento, 23 luglio 2019.

Decreto Tribunale di Milano, Sezione Autonoma Misure di Prevenzione, 3 marzo 2021.

Ordinanza n.24661/2019.

Sentenza 3 novembre 2020, n. 24326.

Sentenza del 8 giugno 1976 Engel ed altri contro Paesi Bassi, serie A n. 22.

Sentenza 21 febbraio 1984 Ozturk c. Germania, serie A n. 73.

Tar Napoli, sentenza n.1588, 29 aprile 2020.

Tar Napoli, sentenza n. 6423, 2 novembre 2018.

Tribunale S.M. Capua Vetere – Sez. Riesame udienza 13.04.2017.