

DISCIPLINA DELLE SOCIETÀ SOTTOPOSTE AD AMMINISTRAZIONE GIUDIZIARIA

1. Premessa

Con il Decreto Legislativo 6 settembre 2011 n. 159 è stato introdotto nell'ordinamento italiano il codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, recentemente riformato dalla Legge 17 ottobre 2017 n. 161.

L'intento iniziale del Legislatore di riunire in un unico testo l'intera normativa antimafia – penale e delle misure di prevenzione –, rivelatosi nel tempo troppo ambizioso, si è concretizzato nell'emanazione di un codice delle misure di prevenzione che disciplina lo strumento più efficace di contrasto alla criminalità organizzata, ossia il sequestro finalizzato alla confisca dei capitali illecitamente accumulati.

L'intervento legislativo ha, così, riorganizzato una materia estremamente frastagliata, la cui disciplina era, fino ad allora, contenuta in diversi testi, più volte modificati, e spesso indirizzata dalla giurisprudenza che negli anni ha colmato i numerosi spazi lasciati vuoti dalla legge.

L'introduzione del codice antimafia va, dunque, accolto con favore, anche se non ha risolto del tutto le problematiche esistenti.

D'altronde la materia della prevenzione non si presta a semplici soluzioni per una serie di considerazioni. Innanzitutto, per la difficoltà di armonizzare le due finalità del sistema antimafia, ossia l'aggressione dei patrimoni mafiosi mediante lo spossessamento in danno del proposto dei beni illecitamente accumulati, e, nel contempo, la necessità di conservare e dare continuità all'impresa mafiosa per restituirla sul mercato risanata e depurata da quegli elementi di illiceità da cui era viziata.

Inoltre, l'istituto della confisca è sempre stato oggetto di discussione per i diversi motivi di contrasto con i principi costituzionali, con quelli di diritto penale classico, nonché con principi civilistici di antichissima tradizione.

Concentrando l'attenzione esclusivamente sulle misure di prevenzione patrimoniali, il codice ha recepito gli approdi giurisprudenziali volti a riconoscere preminenza all'interesse pubblicistico del contrasto alla mafia rispetto a quelli privatistici di tutela degli interessi dei

terzi, ponendo, in tal modo, prepotentemente l'annosa questione della tutela dei terzi incolpevoli, incisi dalla confisca.

La credibilità dell'intero sistema, infatti, si fonda sulla capacità di coniugare la pretesa ablativa dello Stato con la tutela della collettività meritevole, e ciò non solo sotto il profilo della garanzia e protezione del diritto individuale del terzo di buona fede, ma anche sotto un aspetto più generale di coinvolgimento della società civile, garantendo la valorizzazione e destinazione dei beni confiscati, ma anche una reintegrazione delle risorse pubbliche mediante la riallocazione sul mercato delle aziende confiscate.

Ciò per non perdere (in alcuni casi per guadagnare) quel consenso sociale che fa preferire la via della legalità a quella, a volte più comoda ma certamente perdente, della illegalità.

A partire dalla seconda metà degli anni ottanta si è assistito alla crescita del fenomeno mafioso in particolare sotto il profilo imprenditoriale ed organizzativo. L'apertura ai traffici illeciti internazionali (in particolare con il traffico degli stupefacenti) è stata l'occasione per la criminalità organizzata di dotarsi di una struttura imprenditoriale che ha consentito il reinvestimento dei capitali.

Ciò ha determinato, negli anni, un pericoloso quanto profondo intreccio tra economia e criminalità determinando la complessa situazione per la quale finalità illecite possono affiancare o sostenere o comunque determinare la nascita di realtà produttive formalmente lecite.

Si tratta di un fenomeno relativamente moderno, certamente distante da quella definizione di impresa illecita di cui ne rappresenta una pericolosa evoluzione.

La nozione di impresa illecita risale a prima dell'adozione del codice del 1942 e definisce illecita quell'impresa in cui l'illiceità caratterizza l'attività come tale e, perciò, o il suo oggetto o il fine sono contrari a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume.

Ossia un'impresa con i requisiti di cui all'art. 2082 c.c. ma destinata al conseguimento di uno scopo illecito: secondo autorevole dottrina è illecita l'impresa il cui il risultato complessivo è *contra legem*, nel senso che essa persegue risultati in contrasto con l'ordine pubblico o con norme imperative (impresa illegale), oppure in contrasto col buon costume (impresa immorale).

In merito a tale definizione di impresa illecita si è creato un ampio dibattito tra chi, come illustrato, riteneva ammissibile l'esistenza di un fenomeno imprenditoriale "vestito" con i

requisiti del 2082 e chi riteneva inconciliabile l'applicabilità della disciplina codicistica a realtà caratterizzate dall'illiceità.

L'impossibilità di concepire tale assunto ha spinto la giurisprudenza e diversi autori a considerare l'impresa illecita come inesistente.

Al di là di tali posizioni, si è affermato il principio per il quale l'impresa illecita sia impresa esistente: l'attività umana, coi requisiti di cui all'art. 2082 c.c., accompagnata da determinati fini, anche apparenti, dà luogo all'esistenza di un'impresa, indipendentemente dall'*animus* o dall'intento di frode del suo titolare. Appare allora particolarmente condivisibile quell'opinione che considera l'impresa illecita come un'ipotesi di «dequalificazione della fattispecie a carico dell'autore e del partecipe». Alla stregua di siffatta teoria, l'autore ed il partecipe non potranno invocare a proprio favore la disciplina dell'impresa.

Una particolare forma di impresa illecita è costituita dall'impresa mafiosa.

Per *impresa mafiosa* può intendersi un'attività produttiva, commerciale o finanziaria:

- Riconducibile giuridicamente o di fatto ad un soggetto "mafioso";
- Avente normalmente un oggetto lecito;
- finanziata con l'utilizzo di capitali di provenienza illecita, derivanti dalle attività delittuose dell'organizzazione;
- svolta con metodi illegali o, comunque, con forme non rientranti nella c.d. economia di mercato.

Sul piano fenomenologico, si possono distinguere le "*imprese mafiose in senso stretto*" ovvero quelle costituite (o acquisite) per iniziativa di un'organizzazione criminale che ne ha la gestione oppure quelle gestite (in modo diretto o indiretto) da un singolo criminale mafioso nel proprio esclusivo interesse; e le "*imprese ad infiltrazione mafiosa*", nelle quali l'imprenditore, pure estraneo all'organizzazione criminale, instaura con questa rapporti stabili di connivenza, accettandone i servizi offerti e ricambiandoli con altri servizi ed attività complementari. In quest'ultimo caso, le imprese mafiose entrano in rapporti più o meno stabili con le organizzazioni criminali, pur senza essere inserite o "contigue", solo al fine di concludere affari vantaggiosi.

Con l'espressione "impresa mafiosa" si intendono, dunque, le mafie che assumono la veste formale di imprenditore commerciale.

Ciò che caratterizza l'impresa mafiosa è che, pur operando nei mercati ufficiali con modalità fortemente legali allo scopo di produrre e/o scambiare beni e servizi leciti, essa si avvale nel concreto svolgimento dell'attività di impresa del c.d. *metodo mafioso* e/o costituisce strumento di cui si serve l'organizzazione criminale per conseguire le proprie finalità illecite e mantenere il controllo del territorio.

Essa si presenta sul mercato con tre elementi differenziali specifici, che si traducono in altrettanti vantaggi sul piano della competitività: l'esistenza di un ombrello protezionistico idoneo a scoraggiare la concorrenza; la compressione salariale (mediante il mancato pagamento dei contributi previdenziali ed assicurativi, la pratica del lavoro nero, la mancata retribuzione degli straordinari e in generale la violazione delle norme di tutela del lavoro) e la maggiore fluidità della manodopera occupata; la maggiore solidità ed elasticità finanziaria, data dalla circostanza che i mezzi utilizzati nella gestione dell'impresa sono illeciti.

Di qui l'esistenza di un'apposita disciplina normativa rivolta non solo a punire l'associazione mafiosa di cui quell'impresa è espressione, e perciò il ricorso sistematico alla intimidazione mafiosa come modalità di appropriazione dei beni, ma anche ad impedire l'espandersi dell'attività ed a combattere i processi di riallocazione dei proventi illeciti acquisiti.

Per contrastare il fenomeno criminale è diventato, quindi, necessario aggredire l'attività economica attraverso le *res* produttive strumentali alla stessa, visto che l'attività, in quanto tale, non è assoggettabile a sequestro.

All'interno della categoria dei sequestri penali un ruolo rilevante assume il c.d. sequestro antimafia.

Infatti, questa tipologia di sequestro, anche a seguito della riforma intervenuta con il d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (c.d. codice antimafia), presenta una disciplina organica anche con riferimento al sequestro di azienda e di partecipazioni sociali.

Il sequestro c.d. antimafia era disciplinato dall'art. 2-*ter* della l. 31 maggio 1965, n. 575 e succ. mod., come misura cautelare reale di carattere patrimoniale, prodromica all'eventuale confisca.

Il d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (c.d. Codice antimafia) ha riorganizzato integralmente le misure personali e patrimoniali contro la criminalità organizzata, sostituendo ed abrogando la l. 31 maggio 1965, n. 575 e succ. mod.

Il sequestro di prevenzione patrimoniale antimafia era stato introdotto con la l. 13 settembre 1982, n. 646 (c.d. legge Rognoni-La Torre) con l'intento di colpire in maniera maggiormente efficace le organizzazioni criminali di tipo mafioso prevedendo – unitamente a misure personali – anche misure di carattere economico-patrimoniale. L'allargamento della *prospettiva* costituiva la presa di coscienza, da parte del legislatore, della tendenza – iniziata negli anni '70 – della criminalità organizzata di investire, in attività lecite, proventi di attività illecite.

L'aggressione ai patrimoni illeciti - tramite i fondamentali strumenti del sequestro e della confisca – costituisce oggi un indispensabile mezzo di contrasto alla criminalità organizzata: la grande efficacia di tali strumenti ha reso evidente come essi siano ormai assai più incisivi – nel reprimere e prevenire i fenomeni criminali esistenti – rispetto alle pene detentive inflitte con le sentenze di condanna e la consapevolezza di tale efficacia ne ha determinato una applicazione sempre più diffusa che registra una crescita esponenziale, non solo nei territori dell'Italia del sud d'Italia, noti per la storica infiltrazione criminale nel tessuto sociale.

Se si pone l'accento sull'ultimo quinquennio, emerge chiaramente la crescita esponenziale delle misure di prevenzione adottate dall'autorità Giudiziaria. Rispetto al passato molti passi avanti sono stati compiuti e l'introduzione del Codice antimafia va certamente considerato uno strumento importante che ha acceso un faro nei punti oscuri di una materia che, precedentemente, si reggeva sulla prassi dei Tribunali.

Ma è uno strumento che già nei primi anni di applicazione ha denotato delle lacune, su alcune delle quali si è intervenuti con alcune modifiche al codice antimafia.

2. Tipologie di sequestro ed applicazione della disciplina antimafia

Il nostro codice di procedura penale disciplina tre diverse tipologie di sequestro:

a) il sequestro *probatorio*

b) il sequestro *preventivo*

c) il sequestro *conservativo*

La caratteristica comune ai tre tipi di sequestro è lo spossessamento forzoso del bene sequestrato e la conseguente creazione di un vincolo di indisponibilità sul bene medesimo, del tutto differenti sono invece le finalità di detti sequestri.

Il sequestro probatorio si inserisce in un'ottica di individuazione e preservazione delle prove cioè di reperimento e conservazione di cose mobile o immobili che potrebbero risultare utili ai fini probatori.

Il sequestro conservativo pone un vincolo sulla cosa, al fine di garantire l'adempimento delle obbligazioni civili conseguenti al compimento del reato e al costo del procedimento penale, in quanto evita la dispersione delle garanzie patrimoniali in attesa della condanna definitiva.

Il sequestro preventivo mira ad evitare che le cose pertinenti il reato siano utilizzati per commettere nuovi fatti criminosi o per aggravare le conseguenze di quelli già realizzati. Esso si applica in tre casi:

- quando sorge il pericolo che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o protrarre le conseguenze di esso;
- quando vi è il pericolo che la cosa possa agevolare la commissione di altri reati;
- quando la cosa è pericolosa in sé.

2.1 art. 104 bis delle disp. att. del c.p.p.

Le misure cautelari reali cui si riferisce il rinvio al codice antimafia sono esclusivamente i sequestri preventivi finalizzati alla confisca la cui attuazione è disciplinata dall'art. 104 *bis* att. c.p.p.

Per quanto attiene, invece, i provvedimenti di sequestro preventivo previsti dal primo comma dell'articolo 321 c.p.p. (ovvero finalizzati ad evitare la reiterazione del reato o vietare l'aggravamento e la protrazione delle sue conseguenze), l'art. 318 stabilisce la regola opposta al principio giurisprudenziale che abbiamo ora considerato. La norma stabilisce, infatti, che in pendenza della procedura di liquidazione giudiziale, il sequestro preventivo ai sensi dell'art. 321, comma 1, c.p.p. sui beni che fanno parte dell'attivo fallimentare non possa essere disposto, salvo che la loro fabbricazione, uso, porto, detenzione e alienazione

non costituisca reato eccezion fatta per il caso in cui tali attività siano consentite con autorizzazione amministrativa. Nel caso in cui, disposto il sequestro, segua la liquidazione giudiziale, il sequestro è revocato dal giudice a richiesta del curatore. L'art. 319 prevede che non possa essere disposto il sequestro conservativo sui beni che fanno parte dell'attivo del fallimento. Se disposto, il sequestro è revocato dopo l'apertura della liquidazione giudiziale. Particolare rilievo ha l'articolo 320 che compone i contrasti giurisprudenziali di cui abbiamo fatto menzione attribuendo espressamente al curatore la legittimazione a proporre richiesta di riesame e/o appello contro i provvedimenti in materia di sequestro. Infine l'art. 321 prevede che le medesime regole si applichino in quanto compatibili anche alla liquidazione coatta amministrativa.

Si tratta dunque di disposizioni, quelle contenute nel codice della crisi, che non riguardano direttamente la disciplina delle misure patrimoniali antimafia, ma si riferiscono al sequestro ed alla confisca regolati dal codice di procedura penale.

Su queste norme si è sovrapposto il testo modificato dell'art. 104 *bis* disp. att. C.p.p. come modificato dalla riforma Cartabia del codice di rito (D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 150). La norma in questione ha ripristinato il regime vigente prima dell'approvazione del codice della crisi, riducendo di molto la portata delle modifiche introdotte dagli artt. 318 e ss. del codice stesso.

L'art. 104 *bis*, primo comma, prevedeva già che nel caso in cui il sequestro preventivo avesse per oggetto aziende, società ovvero beni di cui fosse necessario assicurare l'amministrazione, l'autorità giudiziaria dovesse nominare un amministratore giudiziario scelto nell'albo degli amministratori giudiziari previsto dall'art. 35 del codice antimafia. Tale principio viene ribadito e l'incipit della norma viene modificato sostituendo l'espressione "Nel caso in cui ..." con la più ampia formula "In tutti i casi..". Ne deriva che l'apertura della liquidazione giudiziale non può comportare che i beni oggetto di sequestro preventivo finalizzato alla confisca siano amministrati dal curatore, dovendo tale incarico essere affidato all'amministratore giudiziario appositamente nominato.

Il comma 1 *bis* dell'art. 104 *bis* stabilisce che in caso di sequestro disposto ai sensi dell'articolo 321, comma 2, c.p.p. o di confisca, ai fini della tutela dei terzi e nei rapporti con la procedura di liquidazione giudiziale si applicano le disposizioni di cui al titolo IV del Libro I del codice antimafia. Sono le norme che prevedono che i crediti dei terzi

debbono essere accertati secondo la disciplina antimafia e con gli speciali vincoli diretti a limitarli ai casi in cui il creditore sia in grado di dimostrare buona fede ed incolpevole affidamento.

L'art. 104 *bis*, comma 1 *bis*, riguarda anche i rapporti con la procedura di liquidazione giudiziaria. Ritorna quindi il regime degli artt. 63 e ss. della disciplina antimafia, con la prevalenza della procedura di prevenzione sulla liquidazione giudiziale.

Va sottolineato che, poiché il primo comma dell'art. 104 *bis* prevede che l'amministratore giudiziario è nominato dall'autorità giudiziaria che dispone il sequestro preventivo o la confisca di aziende, società o finanche beni di cui è necessario assicurare l'amministrazione, e poiché da tale nomina discende l'applicazione delle disposizioni dei titoli III e IV del libro I del codice antimafia, in tutti i casi in cui vi è un'impresa da gestire (e la liquidazione giudiziale per definizione non può che riguardare un imprenditore) la gestione spetterà all'amministratore giudiziario e non al curatore.

Non solo, ai sensi dell'articolo 104 comma 1 *ter* i compiti del giudice delegato alla procedura ai sensi dell'articolo 35 del Codice Antimafia verranno svolti nel corso di tutto il procedimento dal giudice che ha emesso il decreto di sequestro, ovvero, nel caso di provvedimento emesso da organo collegiale, al giudice delegato nominato ai sensi di tale disposizione.

Infine in caso di sequestro finalizzato alla confisca allargata o per i reati di cui all'articolo 51 comma 3 *bis* c.p.p., trovano applicazione anche le norme del codice antimafia in materia di amministrazione, destinazione dei beni sequestrati e confiscati con la previsione dell'intervento dell'Agenzia nazionale per i beni confiscati chiamata a coadiuvare l'Autorità Giudiziaria sino alla confisca di secondo grado.

Per aziende, società e beni da amministrare- quali potrebbero essere semplici immobili- è stata quindi prevista una disciplina di osmosi progressiva e crescente tra sequestro preventivo, confisca e procedimento di prevenzione.

Di particolare rilievo è l'inserimento della confisca tra i provvedimenti che, ai sensi del nuovo testo dell'articolo 104 *bis* disp. att. c.p.p., impongono la nomina dell'amministratore giudiziario.

Come è stato puntualmente osservato in dottrina, se la confisca è preceduta dal sequestro, l'amministratore giudiziario nominato al momento dell'adozione della misura cautelare

svolgerà la sua attività fino alla confisca definitiva, poiché ai sensi dell'articolo 323 comma 3 c.p.p., in caso di condanna, gli effetti del sequestro permangono, quando sia stata disposta la confisca delle cose sequestrate.

Al contrario, allorché la confisca venga disposta dal Giudice in assenza di un preventivo provvedimento di sequestro, essa non è immediatamente esecutiva, di tal che non si configurerebbe la necessità di nominare un amministratore giudiziario.

L'inserimento del termine confisca al primo comma dell'articolo 104 *bis* att. c.p.p. consentirebbe quindi di assicurare l'amministrazione giudiziaria dei beni confiscati sotto la direzione del giudice dell'esecuzione dal momento in cui il provvedimento ablativo diventa definitivo sino alla vendita dei cespiti *ex art.* 86, comma 1, disp. att. c.p.p. [7]

L'articolo 104 *bis*, comma 1, *quienquies* c.p.p. ha, inoltre, opportunamente stabilito l'obbligo di citazione nel processo di cognizione dei terzi titolari di diritti reali o di godimento sui beni in sequestro di cui l'imputato abbia la disponibilità a qualunque titolo, garantendo di tal modo una immediata possibilità di tutela delle loro ragioni nel procedimento anche prima dell'adozione di una misura loro pregiudizievole e senza i limiti dell'impugnativa avverso i provvedimenti di sequestro e confisca.

*1. Nel caso in cui il sequestro preventivo abbia per oggetto **aziende, società** ovvero **beni di cui sia necessario assicurare l'amministrazione**, esclusi quelli destinati ad affluire nel Fondo unico giustizia, di cui all'articolo 61, comma 23, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, l'autorità giudiziaria nomina un **amministratore giudiziario** scelto nell'Albo di cui all'articolo 2-sexies, comma 3, della legge 31 maggio 1965, n. 575. Con decreto motivato dell'autorità giudiziaria la custodia dei beni suddetti può tuttavia essere affidata a soggetti diversi da quelli indicati al periodo precedente;*

Ai fini dell'amministrazione dei beni sequestrati trova dunque applicazione l'art. 104-bis disp. att. c.p.p., in ragione del quale se il **sequestro preventivo ha per oggetto aziende, società** ovvero beni di cui sia necessario assicurare l'amministrazione, esclusi quelli destinati ad affluire nel Fondo Unico Giustizia, l'autorità giudiziaria nomina un amministratore giudiziario.

Inoltre, più nello specifico, l'art. 12-sexies al comma 4 bis opera un rinvio alle disposizioni in tema di amministrazione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati previste dal c.d. "Codice antimafia", D.lgs. n. 159/2011 novellato con **L. 27 dicembre 2019, n. 160**.

3. L'amministratore giudiziario: poteri , compiti e responsabilità

L'art. 35, comma 5, CAM stabilisce, in generale, che *"l'amministratore giudiziario riveste la **qualifica di pubblico ufficiale** e 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, se possibile, la redditività dei beni medesimi".*

La gestione delle aziende sottoposte a misure di prevenzione sono pertanto gestite dallo Stato con le finalità di conservarne il valore e attraverso la loro amministrazione provvedere anche ad incrementarne valore e redditività se possibile.

Il codice antimafia introduce diversi compiti per l'Amministratore Giudiziario che possono riguardare in particolare quello di:

- *"Custodire"* significa detenere sotto la propria responsabilità, ma normalmente senza necessità di particolari atti (es: custodia di soldi, gioielli ecc.);
- *"Conservare"* è una forma di custodia c.d. "attiva", ossia connotata da saltuari interventi finalizzati ad evitare la dispersione del bene (es: conservazione di un immobile, per il quale è necessario, talvolta, effettuare lavori di manutenzione ordinaria o straordinaria);
- *"Amministrare"* è, invece, un'attività estremamente dinamica (tipico il caso dell'amministrazione di azienda), nel quale si rende necessaria una gestione attiva al fine di tentare di conseguire utili ed incrementare il valore del bene.

L'analisi degli adeguati assetti organizzativi nell'ambito delle procedure del Codice antimafia è diventato un obbligo / dovere ineludibile per l'amministratore giudiziario in applicazione delle modifiche del Codice civile introdotte dal Codice della crisi di impresa e

dell'insolvenza, che si innesta nella più generale analisi della continuità aziendale nel caso di misure applicate ad interi compendi aziendali e/o a partecipazioni societarie. L'amministratore giudiziario può contare su strumenti e linee guida già esistenti, attraverso i quali predisporre le relazioni di sua competenza adeguandole alla novella civilistica, con una corrispondente informativa a favore sia del giudice / tribunale, sia a beneficio di tutti gli stakeholders, tra cui gli istituti di credito, questi ultimi soggetti ad una normativa sempre più stringente in tema di valutazione del merito creditizio. Anche l'accesso agli strumenti finanziari ex art. 41 bis CAM dovrebbe essere basato su concreti e ragionevoli elementi di continuità aziendale, esulando dalla classificazione dei crediti bancari adottata dalle banche.

3.1 Gli obblighi dell'amministratore giudiziario nella verifica della continuità aziendale: il concetto di redditività nelle misure di prevenzione ed il rapporto con l'organizzazione aziendale.

Il Codice antimafia, regolato dal decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159,1 contiene una serie di norme volte a tutelare ed a preservare il valore dei beni oggetto della misura di prevenzione, non solo attraverso una gestione finalizzata alla conservazione e/o al ripristino della legalità, ma cercando dove possibile di incrementarne la redditività (art. 35, c. 5, CAM).

La redditività declinata alle misure di prevenzione applicate a compendi aziendali e/o a partecipazioni societarie si traduce nella "continuità aziendale", come definita dal principio contabile OIC n.112, e nella capacità di produrre flussi di cassa, oggetto di costante monitoraggio da parte dell'organo gestorio (amministratore giudiziario e/o amministratori di nomina giudiziale) attraverso un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, come oggi previsto dal combinato delle norme novellate del Codice civile e del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza³.

L'amministratore giudiziario, sulla base delle norme infra esaminate, dovrebbe pertanto verificare la continuità aziendale (soprattutto in prognosi), non confondendo la "sussistenza" della redditività con il suo "incremento", che permane una mera possibilità. Egli, oltre ad applicare il novellato paradigma codicistico che aspira alla tutela di tutti gli *stakeholders* e del sistema economico, dovrà compiere uno sforzo ulteriore ed una celere

analisi, proponendo al competente giudice delegato o al tribunale di espungere dal mercato il più rapidamente possibile sia le imprese “*cartiera*” o “*buffer*”, sia quelle realtà che all’esito del processo di legalizzazione non hanno alcuna possibilità attuale o prognostica di competere senza la concorrenza sleale di cui hanno beneficiato.

Nei casi di sequestri di compendi aziendali o partecipazioni totalitarie questa attività permetterà di evitare che “*zombie company*” trascinino la loro agonia fino all’ANBSC5, alterando di fatto i dati statistici e alimentando l’uso pretestuoso di informazioni a danno di tutta la filiera della legalità.

La redditività e la produzione di flussi di cassa sono il fondamento ed il presupposto di questa filiera, senza la quale non sarà possibile raggiungere l’obiettivo poliedrico delle misure di prevenzione applicate alle imprese, in quanto tutti i poligoni che lo compongono (tutela del lavoro, bonifica degli elementi criminali inquinanti, riconsegna alla società civile dei beni, processo di legalizzazione, assegnazione dei beni ecc.) non possono prescindere da un’impresa che funzioni autonomamente in un libero mercato ed in una libera concorrenza.

La continuità aziendale, quindi la produzione di reddito, sono strettamente connessi (se non conseguenza) dell’organizzazione aziendale, la quale racchiude in sé un doppio valore tangibile e quantificabile (anche come avviamento).

Il primo valore, quello naturale all’attività di impresa, si traduce nella capacità di produrre ricchezza per (tutti) gli stakeholders nei momenti di prosperità con una competizione ed una concorrenza leali.

Il secondo valore si attiva nei momenti di difficoltà mediante il governo della crisi attraverso l’uso di strumenti sempre più orientati ad un giusto bilanciamento tra gli interessi del ceto creditorio e l’interesse alla conservazione del valore e delle potenzialità reddituali dell’impresa⁶, senza che ciò determini la privatizzazione degli utili e la collettivizzazione delle perdite, come spesso avvenuto nel passato.

Il valore dell’organizzazione aziendale dovrebbe essere specificamente valutato dall’amministratore giudiziario, e portato all’apprezzamento del giudice, in tutte le misure e le procedure previste dal codice antimafia in quanto, con le diverse sfumature che vedremo, solo un’adeguata organizzazione aziendale rende credibile e dimostrabile il mantenimento o il ripristino della continuità aziendale, la bonifica dagli elementi criminali inquinanti e la predisposizione di un “programma di continuità” in grado di soddisfare i sempre più elevati

standard di merito creditizio richiesti dagli istituti di credito, oggetto del paragrafo conclusivo del presente intervento⁷.

L'analisi della continuità aziendale, e quindi degli assetti organizzativi, rientra nei compiti indefettibili dell'amministratore giudiziario nei sequestri ex art. 20 CAM di interi compendi aziendali o di partecipazione societarie totalitarie, in applicazione degli art. 36 CAM e art. 41 CAM.

Nel caso di sequestro di partecipazioni societarie non totalitarie, invece, il codice precisa che sarà il tribunale ad impartire le direttive all'amministratore giudiziario sulle modalità di controllo e sull'esercizio dei suoi poteri, necessariamente finalizzati a preservarne il valore come pure nelle procedure di amministrazione giudiziale art. 34 CAM e di controllo giudiziario art. 34 bis CAM.

L'analisi dell'organizzazione aziendale rileva non solo ai fini della misura di prevenzione, ma può contribuire anche ad avviare il cambiamento culturale nella gestione d'impresa auspicato ormai da tre lustri, ma che purtroppo continua ad arrancare, in quanto non si tratta di uno sterile astrattismo codicistico (artt. 2082, 2086 e 2555 c.c.), ma della ragione stessa che distingue un'impresa sana da un'impresa fragile destinata prima o poi ad entrare in crisi o a subire il fascino delle consorterie criminali, che attende in modo passivo gli eventi e non li prevede e governa.

Organizzare, pianificare e controllare assorbono energia, richiedono metodo e disciplina, con una certa dose di lungimiranza, non sempre portano al successo nonostante gli sforzi, e certamente una dimensione nano – piccola della maggior parte delle imprese italiane, con gestioni solipsistiche non più accettabili¹⁵, non agevola questo processo di transizione che spesso contribuisce all'infiltrazione criminale a causa della fragilità dell'impresa.

Le fattispecie colpose di accettazione del rischio criminale da parte di un imprenditore, infatti, possono derivare dall'incapacità di gestire situazioni complesse o di difficoltà, cercando soluzioni apparentemente più veloci e facili: si pensi ai casi di competizione sleale in cui si preferisca l'ascensore dell'illegalità ad una crescita progressiva più lunga e complicata (costruendo un'adeguata organizzazione) agendo principalmente sulla riduzione illegale dei costi (caporalato, distacchi e appalti non genuini, smaltimento rifiuti, riciclaggio, ecc.), o all'usura nei casi di crisi con infiltrazione nell'azienda sofferente.

L'analisi degli assetti organizzativi può essere effettuata dall'amministratore giudiziario con strumenti già esistenti¹⁶ e di semplice utilizzo, i quali rilevano anche per valutare la continuità aziendale ed i flussi finanziari e quindi decidere se proseguire o liquidare¹⁷.

3.2 Gli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili nell'ambito delle misure di prevenzione.

Il dibattito dottrinale sul tema degli assetti organizzativi, derivante dalle nuove norme del Codice delle crisi di impresa e dell'insolvenza (CCI), ha trovato dal 2019 un'accelerazione dovuta all'entrata in vigore di alcuni suoi articoli che hanno modificato, tra gli altri, le disposizioni del Codice civile in cui sono richiamati detti assetti, contribuendo, unitamente alla novella in tema di responsabilità degli amministratori e dei sindaci, a ravvivare il dibattito e l'approfondimento su articoli risalenti alla riforma del diritto societario del 2003. Pur con i necessari e doverosi distinguo in ragione del contesto in cui trova applicazione il Codice antimafia, appare utile verificare se, e come, la letteratura civilistica e concorsuale possa trovare residenza anche nell'ambito dei sequestri di prevenzione, delle amministrazioni giudiziali e dei controlli giudiziari di interi compendi aziendali e partecipazioni societarie, soffermandosi sulle società per azioni e sulle società a responsabilità limitata, per adattare i risultati della riflessione anche alle imprese minori, dove possibile.

Le norme del CCI possono essere virtualmente suddivise in tre parti: (i) quelle regolanti l'istituzione di adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili, da leggersi in combinato disposto con gli articoli del Codice civile afferenti alla medesima materia, (ii) quelle che attraverso l'organizzazione dell'impresa sono volte ad intercettare preventivamente uno stato di crisi e (iii) quelle che disciplinano gli strumenti utilizzabili per il risanamento o la liquidazione dell'impresa.

In questa sede ci si soffermerà sul primo gruppo di norme afferenti all'istituzione di adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili e come essi possano rilevare sia nei provvedimenti di nomina del professionista incaricato come amministratore giudiziario nell'ambito di un sequestro di prevenzione, di un'amministrazione giudiziaria e di un controllo giudiziario, sia sulla attività di gestione successiva, cercando di comprendere se l'amministratore giudiziario deve "curare", "valutare" o "vigilare" sui richiamati assetti.

Sono infatti ormai sedimentati i concetti di “cura”, “valutazione” e “vigilanza” degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili, ricordando che la “cura” dell’adeguatezza alla natura ed alla dimensione dell’impresa spetta agli organi delegati (art. 2381, c. 5 c.c.), la “valutazione” al consiglio di amministrazione (art. 2381, c. 3, c.c.), mentre la “vigilanza” è compito del collegio sindacale (art. 2403, c. 1, c.c.), al quale compete anche la verifica del “concreto funzionamento”.

L’attuale formulazione degli articoli 2380 bis e 2475 c.c. prevede una competenza esclusiva degli amministratori per l’istituzione degli assetti ex art. 2086, c. 2 c.c., lasciando comunque la possibilità ai soci (ed all’assemblea) di intervenire su questa materia, con una graduazione diversa tra società per azioni e società a responsabilità limitata, senza che ciò incida sul dovere inderogabile in capo agli amministratori.

Il novellato art. 2086 c. 2, c.c. ha aggiunto il termine “istituire” assente nell’art. 2381 c.c., verosimilmente per il fatto che si tratta di un precetto applicabile a tutte le imprese organizzate in forma associata (unendo quindi “cura” e “valutazione”) e con l’intento di una formalizzazione degli strumenti adottati dall’imprenditore per prevenire la crisi.

3.3 Il sequestro dell’intero compendio aziendale o di partecipazioni societarie totalitarie ex art. 20 CAM.

Nel sequestro dell’intero compendio aziendale o di partecipazioni societarie totalitarie, che si estende ex art. 20, c.1, CAM ai relativi beni costituiti in azienda ai sensi degli articoli 2555 e seguenti c.c., l’amministratore giudiziario senza bisogno alcuno di un provvedimento / direttiva del tribunale avrà l’obbligo di entrare nel merito degli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili, con una sua responsabilità diretta.

In questo contesto l’amministratore giudiziario, in ordine al programma di continuità da predisporre ai fini della relazione art. 41 CAM, dovrà compiere una dettagliata analisi degli assetti esistenti al momento dell’immissione in possesso, individuando tutte le criticità in termini di risorse umane e di risorse tecnologico / informatiche, sulle quali dovrà puntualmente soffermarsi nella richiamata relazione dimostrando come addivenire ad una soluzione che porti ad una discontinuità rispetto al passato, anche in ragione dell’eventuale allontanamento del proposto, dei suoi familiari e/o dei sodali, e individuando la fonte delle risorse necessarie per un’eventuale riorganizzazione con i relativi investimenti.

Come anticipato in premessa, il sequestro è una causa di crisi, al che sarebbe opportuno che l'amministratore giudiziario, facendo proprie le *best practices* in materia, inserisca da prima nella relazione art. 36 CAM, poi nella relazione art. 41 CAM, un capitolo sotto forma di "abstract" destinato agli assetti organizzativi, i quali verranno poi specificamente declinati nei vari capitoli del programma (*rectius* piano industriale). Attraverso questo abstract il lettore (giudice delegato, tribunale, pubblico ministero) potrà immediatamente avere un *focus* sulla struttura dell'impresa, apprezzando l'approfondimento, l'analisi e lo "scetticismo professionale" dell'amministratore giudiziario il quale, dopo aver fornito le informazioni base nella relazione art. 36 CAM, dovrà proiettarsi (di fatto) nella relazione art. 41 CAM in un contesto di ristrutturazione aziendale, il cui paradigma sarà influenzato dalle inevitabili rigidità del sequestro, non solo nella fase post immissione in possesso, ma anche nella successiva gestione dell'impresa che non può e non deve determinare un danno al sistema economico: se l'impresa non è in grado di continuare deve cessare, con una prospettiva, come già detto, di minimizzazione dell'impatto sociale. L'amministratore giudiziario non può e non deve cadere nella tentazione del "*gambling for resurrection*", dove i benefici diventano altamente improbabili ed i risultati negativi altamente probabili.

Sarebbe utile che queste analisi siano predisposte con un contenuto ed una struttura già espungibile dalle richiamate relazioni (secretate), rendendole ostensibili agli istituti di credito ed in generale agli *stakeholders*.

3.4 Il sequestro di partecipazioni societarie di minoranza ex art. 41, c.1 *septies*, CAM

Il sequestro totalitario di partecipazioni societarie o di una quota di maggioranza permette all'amministratore giudiziario una penetrante attività di verifica anche degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili, direttamente o attraverso la convocazione dell'assemblea e la nomina dell'organo amministrativo. Il sequestro di partecipazioni societarie di minoranza determina, invece, la necessità che il professionista debba ricevere adeguate direttive da parte del tribunale, come previsto dall'art. 41, c. 1, *septies*, CAM.

Questa circostanza appare particolarmente delicata, in quanto il tribunale dovrà preventivamente valutare se sia utile o meno che l'amministratore giudiziario, nella sua qualità di socio, debba chiedere informazioni in merito agli assetti, per poi valutarli con lo

specifico scopo di difendere la partecipazione sequestrata da scelte gestorie depauperative per colpa o per dolo.

A parere di chi scrive sarebbe opportuno che il tribunale, tra le direttive, inviti l'amministratore giudiziario ad esperire ogni attività utile a conoscere e valutare gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili, utilizzando le norme del codice civile, per poi riferire al giudice delegato.

Appurato che le scelte organizzative non sono impermeabili alla sfera di interesse ed intervento dei soci, l'amministratore giudiziario, dotato di adeguate direttive, potrà utilizzare i poteri che il codice civile assegna ai soci.

Nella società per azioni l'amministratore giudiziario / socio di minoranza non avrà poteri specifici, salva una preesistente potestà prevista dallo statuto ai sensi dell'art. 2364, c. 1, n. 5, c.c. In mancanza, l'amministratore giudiziario potrà sollecitare l'adozione da parte dell'assemblea di "raccomandazioni" che, seppure non vincolanti, imporrebbero all'organo amministrativo di discostarsene solo con una deliberazione motivata, ricordando comunque che in casi estremi il socio di minoranza che rappresenti più di un decimo del capitale sociale potrà sempre procedere con la denuncia ex art. 2409 c.c. dove ne ricorrano i presupposti, ovvero con la denuncia ex art. 2408 c.c. In questo caso la denuncia non riguarderà direttamente gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili, i quali verranno necessariamente investiti in ragione del fatto oggetto di denuncia.

Nelle società a responsabilità limitata permane, anche dopo la novella del CCI, il principio cosiddetto della "competenza legale concorrente", cosicché la regola di esclusività in capo agli amministratori in merito agli adeguati assetti diventa una deroga al sistema legale di ripartizione dei poteri tra organo amministrativo e soci, tanto che questi ultimi possono andare oltre alla mera autorizzazione, e decidere in modo vincolante.

L'amministratore giudiziario, pertanto, oltre ad eventuali materie demandate all'assemblea dallo statuto, potrà avvalersi dei poteri previsti dall'art. 2479, c. 1, c.c. (se la partecipazione è superiore ad un terzo), dall'art. 2476 c. 2 e dall'art. 2408 c.c..

3.5 L'organizzazione aziendale e l'accesso al credito bancario ed agli strumenti finanziari ex art. 41 bis CAM.

Le misure previste dal Codice antimafia sono cause di crisi aziendale pressoché certe (sequestro) o probabili (amministrazione giudiziale e controllo giudiziario), con l'ineludibile conseguenza che il ceto bancario applicherà all'impresa oggetto della misura quelle specifiche cautele a tutela dei propri diritti, anche per evitare di incorrere nell'ipotesi di concessione abusiva del credito.

In un sistema economico bancocentrico l'amministratore giudiziario è tenuto a conoscere la normativa bancaria in materia di valutazione del merito creditizio³⁸ al fine di evitare, se ed in quanto possibile, la revoca degli affidamenti ed il mantenimento delle linee di credito, cercando di non scivolare in sterili doglianze di brutalizzazione del credito senza che sia stato predisposto un adeguato *business plan* o un piano di risanamento se necessario.

In tema di abusiva concessione del credito è intervenuta la Suprema Corte con due (granitiche) sentenze nel corso del 2021³⁹, individuando il paradigma dei controlli *ex ante* che gli istituti di credito devono effettuare per evitare di incorrere in responsabilità per aver mantenuto o esteso i finanziamenti concessi ad un'impresa in situazione di difficoltà.

Il punto fondamentale delle richiamate sentenze ai fini che ci occupano è l'obbligo delle banche di valutare *ex ante* l'adeguatezza di un piano industriale predisposto dall'impresa finanziata utilizzando *standard* di prudenza e diligenza adeguati al loro status professionale⁴⁰, che impongono la severa applicazione delle norme bancarie e delle istruzioni dell'Autorità di Vigilanza, che si traducono in una corretta istruttoria in ordine al merito creditizio.

Secondo gli Ermellini ciò che può determinare la responsabilità della banca non è la situazione di crisi dell'impresa finanziata (e quindi neppure l'origine della crisi), ma la mancanza di fondate prospettive di superamento della situazione di difficoltà o di proficua permanenza sul mercato secondo una valutazione *ex ante* di ragionevolezza. Questa analisi, sulla base dell'attuale normativa e prassi bancaria, consiste principalmente in un approccio valutativo prospettico della capacità di rimborso derivante dalla gestione ordinaria dell'attività (*forward - looking approach*).

L'approccio prospettico, pertanto, impone l'esistenza di piani aziendali da cui emerga non solo la capacità dell'impresa di avere (mantenere) la continuità aziendale e flussi finanziari, ma anche la coerenza tra l'evoluzione economico – finanziaria prospettata e la struttura organizzativa dell'impresa, che si traduce nell'adeguatezza degli assetti organizzativi e

quindi dei soggetti che hanno partecipato a tutti i livelli nella predisposizione della documentazione e delle informazioni utili alla redazione dei richiamati *business plan* o piano di risanamento.

Se l'amministratore giudiziario, con le diverse modalità esposte nei paragrafi precedenti, porterà all'attenzione degli istituti di credito che finanziano l'impresa oggetto di una delle procedure previste dal Codice antimafia tutte le informazioni necessarie per valutare con il giusto "scetticismo" il merito creditizio, sarà nella condizione di avviare un eventuale contraddittorio nel caso di revoca degli affidamenti ed in generale delle linee di credito, anche in via giudiziale se necessario, a tutela del più generale interesse dello Stato affinché permangano in vita aziende meritevoli (quindi con valore), evitando che un eccesso di prudenza delle banche determini l'acuirsi della crisi fino ad arrivare all'insolvenza secondo la "profezia autoavverante".

Il quadro delineato mi permette alcune considerazioni conclusive aventi ad oggetto i finanziamenti previsti dall'art. 41 bis CAM, quindi alle risorse di cui alle lettere a) e b) del comma 196 dell'articolo 1 della legge 28 dicembre 2015, n. 208, le quali prevedono che l'impresa da finanziare non presenti esposizioni classificate come (i) "sofferenze" o (ii) "inadempienze probabili o scadute e/o sconfinanti deteriorate" ai sensi del paragrafo 2, parte B, della circolare n. 272 del 30 luglio 2008 della Banca d'Italia e successive modificazioni e integrazioni, informazioni⁴⁴ che dovrebbero essere inserite nella relazione ex art. 41 CAM la cui approvazione è uno dei presupposti per richiedere i finanziamenti in oggetto.

Sul punto potrebbe essere utile aprire una riflessione sulla necessità di un aggiornamento normativo e di prassi non solo terminologico, ma per modificare l'accesso a questi finanziamenti che non può più basarsi sul *rating* del credito, dalle banche automaticamente classificato in "stage 2 o 3" nel momento stesso di apertura di una misura di prevenzione, ma che dovrebbe essere valutato in ragione del piano di continuità predisposto dall'amministratore giudiziario ai sensi dell'art. 41, c. 1, lett. c) CAM ed oggetto di asseverazione.

3.6 La relazione dell'Amministratore Giudiziario

L'amministratore giudiziario, una volta assunta la gestione aziendale, direttamente o tramite persone di propria fiducia – si ricorda che

- nel caso di **sequestro d'azienda** l'immissione in possesso è diretta ed immediata, mentre,
- nel caso “*di sequestro di partecipazioni societarie che assicurino le maggioranze necessarie per legge, l'amministratore giudiziario può, previa autorizzazione del giudice delegato:*

a) *convocare l'assemblea per la sostituzione degli amministratori*”, che potranno essere anche soggetti diversi dall'amministratore giudiziario, anche se, ovviamente, di fiducia di quest'ultimo.

L'amministratore giudiziario dovrà effettuare una tempestiva analisi dell'azienda e della società titolare della stessa (una sorta di *due diligence*), verificando, tra l'altro:

- L'effettiva operatività;
- I ricavi ed i costi caratteristici;
- L'organizzazione aziendale;
- La regolarità amministrativa;
- L'esistenza di eventuali contenziosi, civili, fiscali, amministrativi etc.;
- I flussi finanziari tipici;
- I rapporti con gli Istituti finanziari;
- Tutte le eventuali criticità;

Fornendo, in ultimo, un giudizio prognostico sulla capacità o meno dell'azienda di proseguire utilmente la propria attività e di rimanere nel mercato, anche in presenza dell'amministrazione giudiziaria.

Si tratta, come è noto, di un giudizio assai difficile e delicato, soprattutto tenuto conto dei cc.dd. “**costi della legalità**” che l'azienda gestita sotto il controllo giudiziario – e, quindi, in un'ottica di totale legalità -, è normalmente destina

L'incremento dei costi, accompagnato dal ricorrente “irrigidimento” da parte di tutti i soggetti, pubblici e privati, che normalmente interloquiscono con l'azienda in amministrazione giudiziaria (clienti, fornitori, istituti di credito, sindacati, pubbliche amministrazioni, ecc.), determina spesso una oggettiva difficoltà a proseguire utilmente la gestione, senza incorrere in uno squilibrio tra costi e ricavi

La relazione dell'amministratore giudiziario deve concludersi con una sorta di **programma operativo**, che, tenendo conto di tutte le criticità riscontrate, individui tutti i possibili accorgimenti funzionali al proseguimento dell'operatività aziendale.

Una volta ricevuta la relazione, il Tribunale, "*sentiti l'amministratore giudiziario e il pubblico ministero, ove rilevi concrete prospettive di **prosecuzione dell'impresa**, approva il programma con decreto motivato e impartisce le direttive per la gestione dell'impresa*" (41, c. 1, ultima parte).

Al riguardo, si evidenzia che spesso il Tribunale, una volta acquisita la relazione dell'amministratore giudiziario, procede al dissequestro delle aziende/società non operative e/o comunque prive di patrimonio utilmente acquisibile dallo Stato, lasciando, quindi, al proposto e/o ai soggetti formalmente titolari di tali beni il sostenimento dei costi di liquidazione.

La relazione dell'amministratore giudiziario deve concludersi con una sorta di **programma operativo**, che, tenendo conto di tutte le criticità riscontrate, individui tutti i possibili accorgimenti funzionali al proseguimento dell'operatività aziendale.

Una volta ricevuta la relazione, il Tribunale, "*sentiti l'amministratore giudiziario e il pubblico ministero, ove rilevi concrete prospettive di **prosecuzione dell'impresa**, approva il programma con decreto motivato e impartisce le direttive per la gestione dell'impresa*" (41, c. 1, ultima parte).

Al riguardo, si evidenzia che spesso il Tribunale, una volta acquisita la relazione dell'amministratore giudiziario, procede al dissequestro delle aziende/società non operative e/o comunque prive di patrimonio utilmente acquisibile dallo Stato, lasciando, quindi, al proposto e/o ai soggetti formalmente titolari di tali beni il sostenimento dei costi di liquidazione.