

MISURE DI PREVENZIONE E STRUMENTI PER LA GESTIONE DELLE AZIENDE SEQUESTRATE E CONFISCATE

ALESSANDRO SERVADEI

SOMMARIO: 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 – 2. Gli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili nell'ambito delle misure di prevenzione – 3. Il sequestro dell'intero compendio aziendale o di partecipazioni societarie totalitarie ex art. 20 CAM – 4. L'amministrazione giudiziaria ex art. 34 CAM: la definizione dei poteri attribuiti all'amministratore giudiziario da parte del tribunale – 5. Il controllo giudiziario delle aziende ex art. 34 bis CAM: l'importanza di adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili per la predisposizione di un Modello Organizzativo ex d. lgs. 231/01 efficacemente attuato – 6. Il sequestro di partecipazioni societarie di minoranza ex art. 41, c.1 *septies*, CAM – 7. L'organizzazione aziendale e l'accesso al credito bancario ed agli strumenti finanziari ex art. 41 bis CAM

Abstract: 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.

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

¹ Decreto Legislativo 6 settembre 2011, n. 159, *Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136* – FIANDACA - VISCONTI, *Il codice delle leggi antimafia: risultati, omissioni e prospettive*, Legislazione penale, 2012 - BASILE, *Brevi considerazioni introduttive sulle misure di prevenzione*, in BASILE (a cura di), *Le misure di prevenzione dopo il c.d. codice antimafia. Aspetti sostanziali e aspetti procedurali*, Giurisprudenza italiana, 2015 - PELLEGRINI (a cura di), *Il Circolo della Legalità*, Bononia University Press, 2019

² OIC 11 par. 21: L'articolo 2423-bis, comma 1, n. 1, del codice civile, prevede che la valutazione delle voci di bilancio sia fatta nella prospettiva della continuazione dell'attività e quindi tenendo conto del fatto che l'azienda costituisce un complesso economico funzionante destinato alla produzione di reddito - RICCIARDIELLO, *Sustainability and going concern*, Riv. Soc., 2022, p. 53 ss. – www.ilcaso.it – BASTIA, *Crisi ed insolvenza dopo il codice della crisi*, Ristrutturazioni Aziendali 2022

³ Artt. 2086 – 2257 – 2380 bis – 2409 novies – 2381 - 2475 c.c. – Artt. 3 – 375 - 377 CCI

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*”⁴ 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

⁴ BANERJEE – HOFMANN, *The rise of zombie firms: causes and consequences*, *BIS Quarterly Review*, 2018 – Il Sole 24 Ore, *Cosa sono le imprese zombie e perché forse è giunta la loro ora*, 2020

⁵ Agenzia Nazionale per l’amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata – www.benisequestraticonfiscati.it

⁶ AMBROSINI, *La composizione negoziata compie un anno: breve itinerario fra le prime applicazioni*, *Ristrutturazioni Aziendali*, 2022

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 partecipazioni societarie totalitarie, in applicazione degli art. 36⁸ CAM e art. 41⁹ 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 valore¹⁰⁻¹¹,

⁷ BANCA D’ITALIA, *Circolare n. 139 dell’11 febbraio 1991, 20° aggiornamento ottobre 2021* – Sul tema del monitoraggio e della gestione dei crediti bancari BISSOCOLI – TURCHI, *Il ruolo dei creditori finanziari nella composizione negoziata: opportunità, rischi e proposta di linee guida*, Ristrutturazioni Aziendali, 2022 – www.ilcaso.it

⁸ Art. 36, c. 1, CAM: L’amministratore giudiziario presenta al giudice delegato, entro trenta giorni dalla nomina, una relazione particolareggiata dei beni sequestrati. *Omissis* In particolare, nel caso di sequestro di beni organizzati in azienda o di partecipazioni societarie che assicurino le maggioranze previste dall’articolo 2359 del codice civile, la relazione contiene una dettagliata analisi sulla sussistenza di concrete possibilità di prosecuzione o di ripresa dell’attività, tenuto conto del grado di caratterizzazione della stessa con il proposto ed i suoi familiari, della natura dell’attività esercitata, delle modalità e dell’ambiente in cui è svolta, della forza lavoro occupata, della capacità produttiva e del mercato di riferimento.

⁹ Art. 41, c. 1, lett. c), CAM: una dettagliata analisi sulla sussistenza di concrete possibilità di prosecuzione o di ripresa dell’attività, tenuto conto del grado di caratterizzazione della stessa con il proposto e i suoi familiari, della natura dell’attività esercitata, delle modalità e dell’ambiente in cui è svolta, della forza lavoro occupata e di quella necessaria per il regolare esercizio dell’impresa, della capacità produttiva e del mercato di riferimento nonché degli oneri correlati al processo di legalizzazione dell’azienda. Nel caso di proposta di prosecuzione o di ripresa dell’attività è allegato un programma contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta, che deve essere corredato, previa autorizzazione del giudice delegato, della relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all’articolo 67, terzo comma, lettera d), del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e successive modificazioni, che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del programma medesimo, considerata la possibilità di avvalersi delle agevolazioni e delle misure previste dall’articolo 41-bis del presente decreto.

¹⁰ Art 41, c. 1-septies CAM: qualora il sequestro abbia ad oggetto partecipazioni societarie che non assicurino le maggioranze previste dall’articolo 2359 del codice civile, il tribunale impartisce le opportune direttive all’amministratore giudiziario.

¹¹ Art. 41, c. 6, CAM: nel caso di sequestro di partecipazioni societarie, l’amministratore giudiziario esercita i poteri che spettano al socio nei limiti della quota sequestrata; provvede, ove necessario e previa autorizzazione del giudice delegato, a convocare l’assemblea per la sostituzione degli amministratori, ad impugnare le delibere societarie di trasferimento della sede sociale e di trasformazione, fusione, incorporazione

come pure nelle procedure di amministrazione giudiziale art. 34¹² CAM e di controllo giudiziario art. 34 bis¹³ 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 arrancare¹⁴, 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 consorzierie 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

o estinzione della società, nonché ad approvare ogni altra modifica dello statuto utile al perseguimento degli scopi dell'impresa in stato di sequestro.

¹² Art. 34, c. 3, CAM: con il provvedimento di cui al comma 1, il tribunale nomina il giudice delegato e l'amministratore giudiziario, il quale esercita tutte le facoltà spettanti ai titolari dei diritti sui beni e sulle aziende oggetto della misura. Nel caso di imprese esercitate in forma societaria, l'amministratore giudiziario può esercitare i poteri spettanti agli organi di amministrazione e agli altri organi sociali secondo le modalità stabilite dal tribunale, tenuto conto delle esigenze di prosecuzione dell'attività d'impresa, senza percepire ulteriori emolumenti.

¹³ Art. 34 bis, c. 3, lett. d): con il provvedimento di cui alla lettera b) del comma 2, il tribunale stabilisce i compiti dell'amministratore giudiziario finalizzati alle attività di controllo e può imporre l'obbligo Omissis di adottare ed efficacemente attuare misure organizzative, anche ai sensi degli articoli 6, 7 e 24-ter del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, e successive modificazioni

¹⁴ Centro studi Confindustria, "La riforma della disciplina della crisi di impresa", 2005: *I cambiamenti nel sistema, tuttavia, non dipendono solo dalle leggi, bensì anche e soprattutto dalla loro applicazione pratica. La riforma va da un lato completata e dall'altro seguita nella sua attuazione concreta, nell'interpretazione delle nuove norme e nella prassi dei tribunali fallimentari. L'attuazione della riforma richiede un cambiamento culturale E' necessario quindi accompagnare il cambiamento legislativo con un cambiamento di prospettiva culturale e per dare attuazione alla riforma è essenziale la collaborazione dei giudici e dei professionisti interessati. Questo è il presupposto per dare efficienza alle procedure concorsuali, altrimenti i benefici derivanti dalle nuove norme saranno vanificati*

¹⁵ Atti Parlamentari – Camera dei Deputati n. 3671: ... *emerge un quadro allarmante sull'incapacità delle imprese italiane – per lo più medie o piccole imprese – di promuovere autonomamente processi di ristrutturazione precoce per una serie di fattori che ne riducono la competitività (sottodimensionamento, capitalismo familiare, personalismo autoreferenziale dell'imprenditore, debolezza degli assetti di corporate governance, carenze nei sistemi operativi, assenza di monitoraggio e di pianificazione a breve termine) ... agendo sulle cause endemiche e culturali del ritardo con cui le imprese*

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.

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'insolvenza¹⁸ (CCI), ha trovato dal 2019 un'accelerazione¹⁹ dovuta all'entrata in vigore di alcuni

italiane si attivano per affrontare la crisi ... ciò aiuterà a supplire al deficit di competenza e di organizzazione interna da cui spesso le imprese sono afflitte

¹⁶DM 28 settembre 2021 Ministero della Giustizia e relativo allegato – Check list, paragrafo 1 - UNJONCAMERE, Composizione Negoziata, <https://composizionenegoziata.camcom.it/> - Sul punto anche Tribunale di Bergamo, sentenza del 30/03/2022, RG 1373/2022.

¹⁷ TONA, *Gestire o liquidare? I dilemmi dell'amministratore giudiziario e le aspettative dei creditori nei grovigli del Codice antimafia*, Legislazione penale, 2012

¹⁸ Decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, modificato prima con il c.d. Correttivo (d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147), da ultimo con il d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83, di attuazione della Direttiva UE 20 giugno 2019, n. 1023 (Direttiva Insolvency), entrato in vigore il 15/07/2022 (GU Serie Generale n.152 del 01/07/2022). STANGHELLINI, *Il Codice della crisi dopo il d.lgs. 83/2022: la tormentata attuazione della direttiva europea in materia di "quadri di ristrutturazione preventiva"*, Ristrutturazioni aziendali – www.ilcaso.it; ZANICHELLI, *Commento a prima lettura del decreto legislativo 17 giugno 2022 n. 83 pubblicato in G.U. il 1° luglio 2022* - www.ildirittodellacrisi.it; AMBROSINI, *Il codice della crisi dopo il d. lgs. n. 83/2022: brevi appunti su nuovi istituti, nozione di crisi, gestione dell'impresa e concordato preventivo (con una notazione di fondo)*, Diritto Fallimentare, 2022 – www.ilcaso.it

¹⁹ BASTIA, *Gli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili nelle imprese: criteri di progettazione*, Ristrutturazioni Aziendali, 2021 – PANIZZA, *Adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili: aspetti (teorici ed) operativi*, Ristrutturazioni Aziendali, 2021 – Entrambi www.ilcaso.it

suoi articoli che hanno modificato, tra gli altri, le disposizioni del Codice civile²⁰ in cui sono richiamati detti assetti, contribuendo, unitamente alla novella in tema di responsabilità degli amministratori e dei sindaci²¹, 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 organizzativi²², 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

²⁰ Articoli 375 e 377 CCI che hanno modificato gli articoli 2086, 2257, 2380 bis, 2409 novies e 2475 c.c., entrati in vigore il 16/03/2019 (GU Serie Generale n. 38 del 14/02/2019)

²¹ Art. 2476 e 2486 c.c. – Art. 378 CCI

²² Scuola Superiore della Magistratura, *Gli assetti organizzativi dell'impresa*, Quaderno 18, 2022 – AURELIO MIRONE e opere citate

la “vigilanza” è compito del collegio sindacale (art. 2403, c. 1, c.c.), al quale compete anche la verifica del “concreto funzionamento”²³.

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 amministratori²⁴.

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 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 CAM²⁵, 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

²³ CNDCEC, *Norme di comportamento del collegio sindacale in società non quotate*, 2020 - Norme 3.5 e 3.7

²⁴ *Ibidem* nota 21 – ANTONIO ROSSI, *I soci nella regolazione della crisi della società debitrice*, Quaderni di Ristrutturazioni Aziendali, Fascicolo n. 3/2022

²⁵ *Ibidem* nota 8

practices²⁶ 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*.

4 L’amministrazione giudiziaria ex art. 34 CAM: la definizione dei poteri attribuiti all’amministratore giudiziario da parte del tribunale.

La misura dell’amministrazione giudiziaria disciplinata dall’art. 34²⁷ CAM comporta, nel caso di imprese esercitate in forma societaria, la possibilità da parte dell’amministratore giudiziario di esercitare i poteri spettanti agli organi di amministrazione e agli altri organi sociali secondo le modalità stabilite dal tribunale.

Questo potere si incardina nel comma 3 dell’art. 34²⁸ CAM, dedicato al provvedimento che dispone l’amministrazione giudiziaria e la nomina del

²⁶ CNDCEC, *Principi per la redazione dei piani di risanamento*, 2022 – FNC, *Linee guida per il risanamento delle imprese agricole*, 2021 - FNC, *Principi di attestazione dei piani di risanamento*, 2020 – CNDCEC *Linee guida in materia di amministrazione giudiziaria dei beni sequestrati e confiscati*, 2015

²⁷ La procedura dell’amministrazione giudiziaria si applica quando non ricorrono i presupposti di cui al titolo 2, capo I del Codice Antimafia e sussistono i requisiti previsti dall’art. 34, c. 1, CAM.

²⁸ *Ibidem* nota 11

giudice delegato e dell'amministratore giudiziario, ma non si rilevano motivi ostativi affinché esso venga modificato, integrato o anche richiesto successivamente all'apertura della procedura, allorché se ne ravvisi la necessità.

Facendo specifico riferimento ai "poteri" e non ai "doveri", è quindi necessario inquadrare tali poteri nel contesto della misura e nell'ambito degli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili, ineludibili presidi per evitare l'assoggettamento e/o l'agevolazione di attività criminose.

I tre organi di una società di capitali sono l'assemblea dei soci, l'organo amministrativo ed il collegio sindacale, con poteri differenti in capo ai soggetti che li compongono e con sensibili differenze tra società per azioni e società a responsabilità limitata ed il tribunale, nel provvedimento di nomina, dovrebbe stabilire le modalità di esercizio dei poteri tipizzati dal codice civile.

Ancorché la formulazione del comma 3 dell'art. 34 CAM non sia particolarmente felice nell'individuazione degli organi, qualunque sia la struttura societaria l'amministratore giudiziario avrà sempre un potere di controllo sugli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili, con i fini esposti nel capitolo precedente.

Nella società per azioni l'amministratore giudiziario potrà chiedere agli organi delegati informazioni sulla gestione della società (art. 2381, c. 6, c.c.) ed utilizzare i poteri del collegio sindacale (art. 2403 bis c.c.), con poteri ancora più pervasivi nelle società a responsabilità limitata anche come socio (art. 2476, c. 2 c.c.).

In questo caso il tribunale, nel definire le modalità di esercizio di questi poteri, potrà limitarsi ad un rinvio alle norme del codice civile, con obbligo dell'amministratore giudiziario di riferire (tra gli altri) in merito all'adeguatezza dell'assetto organizzativo.

5 Il controllo giudiziario delle aziende ex art. 34 bis CAM: l'importanza di adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili per la predisposizione di un Modello Organizzativo ex d. lgs. 231/01 efficacemente attuato.

Il controllo giudiziario trova applicazione allorché l'agevolazione²⁹ prevista dall'art. 34, comma 1, CAM risulti occasionale. Il Tribunale, con

²⁹ Ai sensi dell'art. 34, c. 1, CAM l'agevolazione riguarda *l'attività di persone nei confronti delle quali è stata proposta o applicata una delle misure di prevenzione personale o patrimoniale previste dagli articoli 6 e 24 del presente decreto, ovvero di persone sottoposte a procedimento penale per taluno dei delitti di cui all'articolo 4,*

il provvedimento di nomina del giudice delegato, stabilisce i compiti dell'amministratore giudiziario finalizzati alle attività di controllo e può imporre l'obbligo di adottare ed efficacemente attuare misure organizzative³⁰, "anche" per la predisposizione del Modello Organizzativo (MOG) previsto dal decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231³¹ s.m.i.

Il MOG "può" essere adottato su indicazione del Tribunale, mentre un adeguato assetto organizzativo "deve" comunque sussistere sulla base delle norme civilistiche sopra richiamate.

È ormai assodato che per MOG non possa intendersi unicamente il documento di sintesi approvato da parte del consiglio di amministrazione (o dall'assemblea), ma più in generale dovranno essere apprezzati il complesso organico di principi, norme e regole contenuti e disciplinati nelle procedure, nei documenti correlati al sistema organizzativo e nel sistema dei poteri, parte integrante del più ampio sistema dei controlli interni, che possono presentare profili di differente complessità ed articolazione (dal collegio sindacale alle funzioni di compliance, risk management, responsabile della prevenzione della corruzione, dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari, *internal auditing*, comitato controllo e rischi ecc.).

Il tenore letterale della norma lascia ampia discrezionalità al tribunale su quali "misure organizzative" imporre all'esito dell'istruttoria che ha portato al controllo giudiziale, le quali potrebbero riguardare una specifica criticità della struttura aziendale, un'intera area, fino a ricomprendere l'intera organizzazione aziendale allorché il tribunale ritenga anche di obbligare alla predisposizione di un MOG o alla sua verifica ed aggiornamento.

La redazione e/o l'aggiornamento di un MOG viene normalmente demandata a professionisti o a società specializzate ed assai spesso è adottato con una formula aperta a future e necessarie implementazioni: in estrema sintesi, si effettuano la mappatura dei processi, dei rischi e quindi dei reati, si predispongono un organigramma, si redige il codice etico, si valutano le procedure esistenti, si organizza una prima formazione e si adotta il MOG ancorché i presidi non siano completi (dalla segregazione delle funzioni, alle richiamate procedure), con l'impegno a provvedere affinché il MOG diventi un effettivo ed efficace presidio per prevenire i reati presupposto.

comma 1, lettere a), b) ei-bis), del presente decreto, ovvero per i delitti di cui agli articoli 603-bis, 629, 644, 648-bis e 648-ter del codice penale

³⁰ Ibidem nota 12

³¹ Confindustria, *Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo*, 2021

Ma la “efficace attuazione” necessita dell’adozione di procedure e protocolli operativi finalizzati a vincolare le condotte di tutti i componenti dell’organizzazione, con particolare riferimento agli organi di governo ed alla prima linea apicale, definendo le procedure, i protocolli, le funzioni, i compiti e le mansioni (specifiche e non generiche).

A parere di chi scrive se il tribunale ordina l’adozione o l’aggiornamento di un MOG, dovrebbe parallelamente dotare l’amministratore giudiziario di adeguati poteri di controllo in ordine agli assetti organizzativi, amministrativi e contabili, riferendo al giudice delegato, per evitare che il MOG si traduca in un mero esercizio durante il breve periodo del controllo giudiziale, che non può superare i tre anni, affinché oltre alla “adozione” ci sia anche una “efficace attuazione”, come previsto dalla lettera d) dell’art. 34 bis, comma 3.

Nel perimetro dell’art. 34 bis CAM, il Tribunale stabilisce i compiti dell’amministratore giudiziario finalizzati all’attività di controllo anche in funzione degli obblighi da esso imposto, tra cui quelli di cui all’art. 3, lett. b), riguardante la predisposizione del MOG.

In questo caso la riflessione investe il ruolo dell’amministratore giudiziario, il quale non potrà avere come compito il dovere di “curare”, “valutare” o “vigilare” l’assetto organizzativo, amministrativo e contabile, ma quello di monitorare se nel periodo di vigenza della misura ex art. 34 bis CAM gli organi della società applichino i precetti di cui all’art. 2380 bis, 2381, 2475 c.c. (controllo di primo livello) e, nel caso sussistano, valutare sia l’attività di vigilanza imposta al collegio sindacale, sia quella del sistema di controllo interno nelle sue diverse possibili articolazioni (controllo di secondo livello), configurandosi di fatto come un terzo livello.

A tal fine non sono necessari particolari provvedimenti del tribunale, il quale potrà limitarsi a disporre che l’amministratore giudiziario possa partecipare a tutte le riunioni degli organi sociali dove lo ritenga utile, e che predisponga una specifica relazione in ordine agli assetti organizzativi, amministrativi e contabili, con successivi aggiornamenti se necessari, per poi riferire al giudice delegato nelle relazioni periodiche. In caso di palesi inadeguatezze degli assetti, il giudice delegato (o il tribunale) valuteranno se e come intervenire se da tali inadeguatezze possano derivare un comportamento criminoso o una inefficace attuazione del MOG.

Questa attività agevolerà anche l’intervento dell’amministratore giudiziario in ordine all’obbligo di informazione preventiva di cui all’art.3 lett. b),³² che impone al professionista di valutare la singola operazione non

³² Art. 34 bis, c. 3, lett. b) CAM: adempiere ai doveri informativi di cui alla lettera a) del comma 2 nei confronti dell’amministratore giudiziario (quindi gli atti di disposizione, di acquisto o di pagamento effettuati, gli atti di pagamento ricevuti, gli incarichi professionali, di amministrazione o di gestione fiduciaria ricevuti e gli altri atti o contratti

solo in termini quantitativi, ma anche e soprattutto per quanto attiene alla correttezza del procedimento decisionale degli amministratori, i quali devono aver acquisito le necessarie informazioni preventive, posto in essere le dovute cautele ed effettuato le verifiche normalmente richieste in termini di corretta informazione e di ragionevolezza, consapevoli della rischiosità e degli effetti delle decisioni assunte.

Solo la valutazione dell'intero assetto organizzativo, amministrativo e contabile, pertanto, permetterà un migliore controllo dell'amministratore giudiziario, anche in ordine alle operazioni di cui all'art. 2, lett. a).

La verifica degli assetti da parte dell'amministratore giudiziario consentirà anche di apprezzare le modalità di profilazione dei clienti e dei fornitori, intercettando eventuali inquinamenti attraverso degli indicatori di rischio³³ utilizzabili anche da parti private, con un uso delle banche dati e delle informazioni pubbliche indirizzato a questo fine³⁴.

6 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.

indicati dal tribunale, di valore non inferiore a euro 7.000 o del valore superiore stabilito dal tribunale in relazione al reddito della persona o al patrimonio e al volume d'affari dell'impresa).

³³ Banca di Italia – Eurosistema UIF – Unità di Informazione Finanziaria Quaderni dell'antiriciclaggio n. 15 - Dicembre 2020, *Un indicatore sintetico per individuare le società cosiddette cartiere* - GAFI (Gruppo d'Azione Finanziaria Internazionale o Financial Action Task Force – FATF), *Recommendations e best practices*.

³⁴ Unioncamere – Progetto Open Knowledge (OK) – Roma 5 dicembre 2022, *Le analisi ante e post sequestro di società – Analisi quantitative, fondamentali e qualitative*

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 giudiziario³⁵, 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.³⁶ 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..

³⁵ Ibidem nota 23

³⁶ Art. 2364, c. 1, n. 5 c.c.: nelle società prive di consiglio di sorveglianza, l'assemblea ordinaria: omissis delibera sugli altri oggetti attribuiti dalla legge alla competenza dell'assemblea, nonché sulle autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento di atti degli amministratori, ferma in ogni caso la responsabilità di questi per gli atti compiuti

7 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 bancocentrico³⁷ 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

³⁷ FNC – *Non performing loans – NPL*, 2020

³⁸ Sul punto ANDREANI, *Verifica del merito creditizio ed abusiva concessione del credito*, Ristrutturazioni aziendali, 2023, in cui l'autore richiama gli obblighi legali primari di cui all'art. 1176, c. 23, c.c., la disciplina primaria e secondaria di settore e gli accordi e le convenzioni internazionali in materia di credito e di intermediari finanziari, soffermandosi sulle Linee Guida EBA "Orientamenti in materia di concessione e monitoraggio dei prestiti" (Guidelines EBA/GL/2020/06 del 29/05/2020).

³⁹ Cassazione 30 giugno 2021, n. 18610 e Cassazione 14 settembre 2021, n. 24725

⁴⁰ Si tratta del cosiddetto "bonus argentarius" o "comportamento diligente dell'accorto banchiere" - (Cassazione 12 ottobre 1982, n. 5267).

una valutazione *ex ante* di ragionevolezza⁴¹. 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'impresa⁴², 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 risanamento⁴³.

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

⁴¹ Linee Guida EBA, par. 5, c. 129 - *Institutions should ensure that the financial projections used in the analysis are realistic and reasonable. These projections/forecasts should be at least based on projecting historical financial data forward. Institutions should assess if these projections are in line with the institution's economic and market expectations. When institutions have material concerns about the reliability of these financial projections, they should make their own projections of the borrowers' financial position and repayment capacity.*

⁴² Linee Guida EBA, par. 5, c. 144, lett. b) - *analyse the organisational structure, business model and strategy of the borrower, as set out below.*

⁴³ BASTIA – RICCIARDIELLO, *Gli adeguati assetti organizzativi funzionali alla tempestiva rilevazione e gestione della crisi: tra principi generali e scienza aziendalistica*, Banca Impresa e Società, 2020.

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.

⁴⁴ Si tratta di informazioni non pubbliche e non desumibili dalla "Centrale dei Rischi", che possono essere richieste agli istituti di credito.