

La discontinuità degli organi come condizione strutturale di efficacia della bonifica nell'amministrazione giudiziaria ex art. 34 D.Lgs. 159/2011: gestione, controllo e compliance alla prova della misura terapeutica.

di **Corrado Ferriani**

Sommario. **1.** Premessa. Dalla logica ablatoria alla logica terapeutica. - **2.** L'oggetto del giudizio nell'art. 34. - **3.** Il presupposto strutturale della bonifica. - **4.** Il piano della gestione: l'inerzia apicale di fronte agli alert. - **5.** La concentrazione monocratica come moltiplicatore della permeabilità: l'inadeguatezza strutturale dell'amministratore unico nelle organizzazioni complesse. - **6.** Il piano del controllo. - **7.** Il piano della compliance. - **8.** La simultaneità della cattura. - **9.** Il paradosso della cattura nell'impresa a partecipazione integralmente pubblica esercente attività protetta e regolamentata. - **10.** La discontinuità come obbligo e non come opzione. - **11.** I limiti: proporzionalità, continuità aziendale e divieto di discontinuità simbolica. - **12.** Conclusioni. La discontinuità come misura della misura.

1. Premessa: dalla logica ablatoria alla logica terapeutica

Vi sono istituti la cui fisionomia si coglie appieno soltanto per contrasto. L'amministrazione giudiziaria di cui all'art. 34 del D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159, appartiene a questa categoria: essa si comprende non per ciò che condivide con la confisca di prevenzione, ma per ciò che da essa la separa. La confisca ablatoria; l'amministrazione giudiziaria cura. L'una recide il rapporto tra il bene e il proposto sottraendo la ricchezza al circuito illecito; l'altra interviene su un'impresa che, per ipotesi, non è essa stessa l'autrice dell'illecito, ma ne è divenuta - per debolezza dei propri presidi - il veicolo agevolatore, e mira a restituirla al mercato una volta depurata dagli elementi inquinanti.

Questa premessa, in apparenza descrittiva, è in realtà il cardine dell'intero ragionamento che segue. Se la misura è terapeutica, allora il suo esito non si misura sul *quantum* sottratto, ma sull'avvenuta rimozione delle condizioni che hanno reso possibile l'agevolazione. E poiché quelle condizioni, nei casi paradigmatici, non risiedono nei muri o nei conti dell'impresa, bensì nel modo in cui i suoi organi hanno omesso di funzionare, la terapia non può che incidere, prima di ogni altra cosa, sugli organi medesimi. La discontinuità - di gestione, di controllo, di compliance - non è dunque un accessorio eventuale della misura, ma la sua sostanza.¹

¹ La distinzione tra finalità ablatoria della confisca di prevenzione e finalità recuperatoria/terapeutica dell'amministrazione giudiziaria è ormai acquisizione consolidata:

Le riflessioni che seguono traggono spunto, e su di esso fondano la propria base fattuale e argomentativa, da un recente provvedimento del Tribunale di Torino, Sezione Misure di Prevenzione, che ha disposto *inaudita altera parte*, ai sensi dell'art. 34 D.Lgs. 159/2011, l'amministrazione giudiziaria di una società a partecipazione integralmente pubblica esercente l'attività - riservata, regolamentata e sottoposta a disciplinare concessorio - di casa da gioco, sul presupposto che il libero esercizio di tale attività avesse colposamente agevolato, per debolezza dei presidi interni di gestione, controllo e compliance, le condotte di riciclaggio, autoriciclaggio, corruzione e associazione per delinquere accertate a carico di taluni funzionari e privati nell'ambito del connesso procedimento penale.

2. L'oggetto del giudizio nell'art. 34

Occorre muovere da un'esatta individuazione di ciò che l'art. 34 chiede al giudice di accertare. La norma non richiede che l'attività economica agevolatrice sia in sé illecita, né che l'imprenditore sia intraneo al sodalizio: richiede che il libero esercizio dell'attività abbia, anche solo colposamente, agevolato l'operare di soggetti pericolosi. Il baricentro del giudizio si sposta, così, dall'autore al contesto; dalla condotta dolosa di taluno all'assetto organizzativo che ha tollerato, alimentato, trascurato o non impedito quella condotta.

È in questo spostamento che si annida la specificità dell'istituto e, insieme, la sua delicatezza. La rimproverabilità che fonda la misura non è quella, piena, del concorso doloso - che apparterebbe al diritto penale sostanziale - ma quella, attenuata, della negligenza organizzativa: l'impresa è "agevolatrice" non perché abbia voluto il fatto altrui, ma perché non si è dotata, o non ha fatto funzionare, gli anticorpi che lo avrebbero intercettato. Il rimprovero, dunque, ha natura modale: investe il come dell'organizzazione, non il se di una volontà criminale.²

3. Il presupposto strutturale della bonifica

Da questa qualificazione discende un corollario rigoroso. Se ciò che ha reso l'impresa permeabile è la disfunzione dei suoi organi - l'inerzia di chi doveva decidere, vigilare, segnalare - allora la bonifica non può limitarsi a riscrivere procedure - su carta o di sostanza - lasciando inalterati i soggetti che quelle procedure hanno disapplicato. Si darebbe, altrimenti, il paradosso di una terapia che agisce sul sintomo documentale e non sull'eziologia soggettiva del male.

La discontinuità degli organi è, in questa prospettiva, un obbligo strutturale di efficacia, non un onere modale né un beneficio premiale. Non si tratta di chiedere all'impresa, in

l'art. 34 non presuppone la compromissione del soggetto agevolatore, bensì la sua permeabilità, e mira a recidere il vincolo agevolatorio restituendo l'impresa, depurata, al libero mercato.

² Sul terreno civilistico, la business judgment rule copre il merito della scelta gestoria discrezionale, non l'omissione degli assetti informativi e di controllo doverosi ex art. 2086, comma 2, c.c.: la diligenza dell'amministratore si misura sull'adeguatezza dell'organizzazione predisposta, non sull'esito.

cambio della revoca della misura, un atto di collaborazione che includa il ricambio delle persone; si tratta di riconoscere che, finché permangono in funzione i medesimi centri di imputazione che hanno reso possibile l'agevolazione, la condizione di permeabilità accertata dal tribunale non è stata rimossa, ma soltanto sospesa. La misura, allora, non avrebbe curato: avrebbe semplicemente vigilato un'infezione lasciandone intatto il focolaio.

L'art. 34, comma 3, conforta questa lettura nella misura in cui consente al tribunale di modulare l'intervento sulla governance senza necessariamente espropriare integralmente i poteri gestori. La modulabilità non è indulgenza: è lo strumento attraverso cui il giudice individua, con precisione chirurgica, quali centri decisionali e di controllo debbano essere rimossi o affiancati affinché la bonifica attinga la causa e non l'effetto.³

4. Il piano della gestione

Sul primo dei tre piani - quello degli organi di amministrazione - la patologia tipica non è la decisione sbagliata, bensì la non-decisione di fronte al segnale. Negli scenari paradigmatici, l'organo apicale è raggiunto da una pluralità di alert - anomalie nei flussi, concentrazioni sospette, reiterate movimentazioni in contante, percezioni interne dell'opacità di taluni rapporti - e tuttavia non assume alcuna iniziativa concreta, limitandosi a controlli più formali che sostanziali, inidonei a recidere il fenomeno.

La fenomenologia che la prassi offre è, sul punto, eloquente. Si pensi all'ipotesi - nient'affatto di scuola - in cui il vertice gestorio venga raggiunto, per il tramite del direttore della funzione amministrativa e di controllo, della segnalazione esplicita della necessità di inoltrare una comunicazione di operazione sospetta nei confronti di un cliente che presenti, in un solo esercizio, un numero anomalo di presenze a fronte di un consistente debito maturato verso l'impresa: e nondimeno, a quella segnalazione non segua alcun atto. O si consideri il caso in cui il medesimo organo apicale, sollecitato a inibire l'accesso di un soggetto notoriamente esposto, receda dalla decisione per effetto dell'intercessione di un dirigente infedele, lasciando che la fonte stessa dell'anomalia continui ad operare indisturbata. In entrambe le ipotesi ciò che colpisce non è l'errore di valutazione, ma l'assenza di reazione a un segnale già percepito: l'organo sapeva, o era posto in condizione di sapere, e non ha agito.

È essenziale qualificare con esattezza questa inerzia. Essa non ricade nell'area protetta dalla *business judgment rule*, la quale immunizza il merito della scelta imprenditoriale discrezionale ma non copre l'omissione degli assetti informativi e reattivi doverosi. Dopo la riscrittura dell'art. 2086, comma 2, c.c., il dovere di istituire assetti organizzativi adeguati - anche in funzione della rilevazione tempestiva di anomalie - è divenuto

³ La base della modulabilità è testuale: l'art. 34, comma 3, prevede che l'amministratore giudiziario possa 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; il comma 2 ancora durata e proroga della misura alla rimozione delle situazioni di fatto e di diritto che avevano determinato la misura.

clausola generale: l'amministratore non risponde dell'esito, ma dell'adeguatezza dell'organizzazione che ha predisposto e fatto funzionare.⁴

Ne segue che l'inerzia apicale di fronte all'alert è vizio dell'assetto, non errore di merito: è esattamente il tipo di disfunzione che l'art. 34 intercetta. E poiché il vizio si è manifestato come *modus operandi* stabile dell'organo - non come episodio isolato - la sua rimozione non è logicamente separabile dalla rimozione di chi quell'organo ha incarnato. La discontinuità gestoria è, qui, la prima linea della terapia.

Quando, come negli scenari evocati, i segnali d'allarme non sono stati né rari né ambigui - ma molteplici, reiterati e percepiti perfino a livello dei quadri intermedi - la qualificazione dell'inerzia come mera negligenza diviene essa stessa benevola: il confine con la tolleranza consapevole si assottiglia, e con esso si rafforza la pretesa di rimozione.

5. La concentrazione monocratica come moltiplicatore della permeabilità: l'inadeguatezza strutturale dell'amministratore unico nelle organizzazioni complesse

Vi è, sul piano della gestione, un profilo che la riflessione tende a trascurare e che merita invece autonoma trattazione, perché non attiene al singolo amministratore ma alla forma stessa dell'organo amministrativo. Si tratta dell'inadeguatezza dell'assetto monocratico - l'amministratore unico - rispetto a imprese di rilevanti dimensioni, articolazione funzionale e complessità operativa.

La questione non è di stile, ma di struttura. L'art. 2086, comma 2, c.c., imponendo assetti organizzativi adeguati alla natura e alle dimensioni dell'impresa, istituisce una correlazione necessaria tra complessità dell'organizzazione e articolazione dell'organo che la governa. Dove l'attività si dipana su una pluralità di direzioni - amministrazione e finanza, personale, operazioni, marketing, funzioni di staff dedicate alla conformità e alla sicurezza - e movimentata flussi ingenti, la concentrazione di ogni potere deliberativo, di rappresentanza e di controllo nelle mani di un unico soggetto non è una scelta di efficienza, ma un fattore genetico di permeabilità.

Le ragioni sono almeno tre. In primo luogo, l'organo monocratico è privo di dialettica interna: non conosce il confronto, il dissenso, la verbalizzazione collegiale che, nell'organo pluripersonale, costringe la decisione a misurarsi con punti di vista diversi e a lasciare traccia di sé. In secondo luogo, esso sovraccarica un solo centro di imputazione di un fascio di funzioni che, per essere effettivamente esercitate, esigerebbero una distribuzione: chi tutto decide non può tutto sorvegliare, e la pretesa di farlo si risolve nel non sorvegliare nulla. In terzo luogo - ed è il profilo più insidioso - la monocrazia rende l'intera tenuta dell'ente dipendente dalla resistenza di un solo individuo alle pressioni esterne: catturato quel vertice, è catturata l'impresa, senza che alcun contropotere interno possa attivarsi.

⁴ L'art. 2086, comma 2, c.c., introdotto dal Codice della crisi, ha elevato a clausola generale il dovere di istituire assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati anche in funzione della rilevazione tempestiva di indici di crisi e, più in generale, di anomalia gestionale.

Negli scenari paradigmatici il punto emerge con nettezza: a fronte di una struttura articolata su due livelli organizzativi, una pluralità di direzioni e funzioni di staff dedicate alla conformità normativa, l'organo amministrativo resta concepito in forma unipersonale, e proprio in quel vertice solitario si concentra - e si arresta - la catena delle decisioni omesse. Le risultanze che restituiscono il vertice mentre dapprima ordina l'inibizione di un soggetto esposto e poi, sotto pressione, vi rinuncia, fotografano esattamente la fragilità della monocrazia: nessun collegio cui rimettere la decisione, nessuna istanza interna cui appellarsi, nessuna traccia deliberativa che documenti il ripensamento.

Ne discende un corollario che si salda alla tesi di fondo. Nelle organizzazioni complesse la discontinuità gestoria non può esaurirsi nella sostituzione della persona dell'amministratore unico: deve investire la forma dell'organo. La bonifica esige il passaggio dalla monocrazia a un organo collegiale, dotato di una distribuzione di deleghe coerente con le dimensioni dell'impresa e di flussi informativi che impediscano il riformarsi di quel punto cieco unitario nel quale la permeabilità aveva trovato la propria sede. Ricostituire l'organo amministrativo significa, qui, ripensarne l'architettura, non soltanto i nomi.

6. Il piano del controllo

Il secondo piano - il collegio sindacale - espone una patologia speculare e, per certi versi, più grave, perché investe l'organo la cui ragion d'essere è precisamente la vigilanza. La degenerazione tipica è quella della vigilanza meramente cartolare: verbalizzazioni regolari, riunioni puntuali, attestazioni di conformità, a fronte di una sostanziale cecità rispetto alle anomalie che pure circolavano nell'organizzazione.

L'ordinamento societario non tollera questa scissione tra forma e sostanza del controllo. Gli artt. 2403 e 2407 c.c. configurano in capo ai sindaci poteri-doveri reattivi - di indagine, di richiesta di informazioni, di sollecitazione degli organi gestori, fino alla denuncia - la cui omissione fonda una responsabilità di natura concorsuale: il sindaco risponde dell'evento dannoso che una vigilanza diligente avrebbe potuto impedire. La diligenza richiesta non è quella del notaio dei verbali, ma quella del controllore che vede e, vedendo, reagisce.⁵

Nei contesti paradigmatici la cecità del controllo si rivela tanto più grave quanto più i segnali erano alla portata di chiunque applicasse una vigilanza non rituale. Quando il dato che avrebbe dovuto allarmare - il numero esiguo di comunicazioni di operazione sospetta inoltrate in un triennio a fronte di una mole imponente di movimentazioni in contante, o l'anomalo gonfiarsi dei compensi riconosciuti a taluni intermediari - non è un dettaglio recondito ma una circostanza percepita nell'ambiente, finanche dai quadri operativi, allora l'organo di controllo che non lo ha colto non ha vigilato male: non ha

⁵ Sul dovere di reazione del collegio sindacale e sui suoi poteri-doveri reattivi, art. 2403 e art. 2407 c.c.; la responsabilità sindacale per omessa vigilanza ha natura concorsuale e si fonda sul nesso tra l'inerzia e l'evento dannoso che una condotta diligente avrebbe potuto impedire.

vigilato affatto. La sproporzione macroscopica tra il rischio in atto e l'esiguità delle reazioni segnaletiche è, di per sé, indice di una vigilanza ridotta a liturgia.

Quando il collegio ha invece operato come organo di mera ratifica, la sua permanenza in carica dopo l'applicazione della misura sarebbe una contraddizione in termini: si manterrebbe al posto di vigilanza l'organo che ha dimostrato, sul campo, l'incapacità o l'indisponibilità a vigilare. La discontinuità dell'organo di controllo non è, perciò, meno necessaria di quella gestoria: è il presupposto perché la seconda linea di difesa torni ad esistere non come finzione, ma come funzione.

7. Il piano della compliance

Il terzo piano - l'Organismo di Vigilanza e le funzioni di *internal audit* - chiama in causa il sistema 231 nella sua promessa più ambiziosa: quella di prevenire il reato attraverso l'organizzazione. Qui la patologia ha un nome preciso: il modello idoneo sulla carta ma smentito dai fatti. L'esimente degli artt. 6 e 7 del D.Lgs. 231/2001 presuppone non un modello esistente, ma un modello *idoneo* ed efficacemente attuato; e il giudizio di idoneità, benché prognostico, si nutre inevitabilmente - *ex post* - della tenuta effettiva del presidio rispetto alla *species* di reato in concreto verificatasi.⁶

L'esperienza applicativa restituisce, su questo terreno, lo scarto più stridente tra l'apparato documentale e la realtà operativa. Si dà il caso di imprese munite di un modello organizzativo formalmente aggiornato, di un codice etico che proclama solennemente il rispetto della normativa antiriciclaggio e il rifiuto di ogni forma di riciclaggio e corruzione, e finanche di un organismo deputato alla vigilanza - a fronte, però, di una prassi quotidiana che di quelle clausole costituisce la sistematica smentita: presidi sul contante elusi per frazionamento, identificazioni della clientela disattese, segnalazioni omesse in via di prassi. Quando le previsioni cardine del modello in punto di legalità e di contrasto al riciclaggio risultano costantemente disattese, il modello non è semplicemente carente: è, sul piano funzionale, inesistente, e la sua persistenza formale aggrava anziché attenuare il giudizio, perché documenta la consapevolezza astratta del rischio e l'inerzia concreta nel presidiarlo.

Un Organismo di Vigilanza privo di reale autonomia, sprovvisto di poteri ispettivi effettivi, non destinatario dei flussi informativi rilevanti, ovvero "catturato" dalla medesima dirigenza che avrebbe dovuto sorvegliare, non è un Organismo carente: è un Organismo inesistente sul piano funzionale, qualunque sia la sua esistenza formale. Lo stesso vale per la funzione di *internal audit* priva di indipendenza dalla prima linea operativa. La continuità di simili presidi dopo la misura non bonificherebbe nulla: perpetuerebbe l'apparenza che ha consentito l'illecito.⁷

⁶ Sull'idoneità ed effettività del modello organizzativo quale presupposto dell'esimente, artt. 6 e 7 D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231; il giudizio di idoneità è prognostico ma si nutre, *ex post*, della tenuta effettiva del presidio rispetto alla *species* di reato verificatasi.

⁷ Sui requisiti di autonomia, indipendenza, professionalità e continuità d'azione dell'Organismo di Vigilanza, e sul vizio genetico dell'Odv. "catturato" o privo di reale potere ispettivo, artt. 6 e 7 D.Lgs. 231/2001.

8. La simultaneità della cattura

La trattazione paritaria dei tre piani non è una scelta espositiva, ma una necessità logica, perché negli scenari paradigmatici la disfunzione non è isolata: è sistemica. Il *three lines model* - gestione operativa come prima linea, compliance e risk management come seconda, *internal audit* come terza - regge sull'indipendenza reciproca delle linee. La sua efficacia preventiva risiede nella ridondanza: ciò che sfugge alla prima dovrebbe essere intercettato dalla seconda e, residualmente, dalla terza.⁸

Quando, invece, tutte e tre le linee collassano sul medesimo punto cieco - l'organo gestorio che non reagisce, il collegio che non vede, l'Organismo di Vigilanza che non ispeziona - il modello a strati si converte in mera apparenza organizzativa, e la ridondanza in vuoto moltiplicato. È questa simultaneità della cattura a fondare l'esigenza di una discontinuità integrale e non selettiva: rimuovere uno solo dei tre centri lascerebbe in piedi il meccanismo collusivo, perché la permeabilità nasce dalla loro convergenza, non dalla loro somma.

Il caso paradigmatico mostra come la convergenza non sia eventualità teorica, ma esito ricorrente. Dove il vertice gestorio recede dalle inibizioni che pure aveva disposto, il controllo amministrativo si limita a sollecitare segnalazioni che poi non vengono inoltrate, e il modello di organizzazione resta lettera morta sul versante del contante e dell'identificazione della clientela, le tre linee non hanno fallito ciascuna per proprio conto: hanno fallito insieme, convergendo sul medesimo angolo cieco. È in questa convergenza - e non nella somma di tre negligenze parallele - che la permeabilità trova la propria radice, e che la discontinuità trova la propria misura: integrale, perché integrale è stata la cattura.

Il rilievo assume peso ulteriore nei settori in cui i funzionari dell'impresa rivestono qualifiche pubblicistiche e maneggiano flussi qualificabili come entrate pubbliche: qui la disfunzione organizzativa non offende soltanto l'interesse privato dell'ente, ma l'interesse pubblico al corretto svolgimento del servizio, e la pretesa di efficacia della bonifica si fa, conseguentemente, più stringente.

9. Il paradosso della cattura nell'impresa a partecipazione integralmente pubblica esercente attività protetta e regolamentata

Quest'ultimo rilievo apre un profilo che merita di essere svolto per intero, perché racchiude il paradosso più acuto dell'intera materia. Vi sono ipotesi in cui l'impresa permeabile non è un'anonima società di capitali esposta al mercato, ma un soggetto a partecipazione integralmente o pressoché integralmente pubblica, esercente un'attività riservata, protetta e minutamente regolamentata, sottoposta a un disciplinare concessorio e a forme di controllo pubblico esterno. La concentrazione di tutte queste garanzie - proprietà pubblica, riserva di attività, vigilanza settoriale, controllo regionale

⁸ Il *three lines model* (gestione operativa quale prima linea, funzioni di *compliance* e *risk management* quale seconda, *internal audit* quale terza) presuppone, per definizione, l'indipendenza reciproca delle linee: la cattura simultanea delle tre converte il modello in mera apparenza organizzativa.



o ministeriale, obblighi di rendicontazione e di riversamento di proventi qualificabili come entrate di diritto pubblico - dovrebbe, in teoria, rendere simili enti i meno permeabili di tutti. E tuttavia è proprio in essi che la cattura, quando si verifica, assume i tratti più gravi e sistemici.

Il paradosso è solo apparente, e la sua spiegazione restituisce una lezione di metodo. La pluralità dei controlli pubblici esterni genera, infatti, una pericolosa illusione di copertura: ciascun livello di vigilanza presume che l'anomalia sia presidiata dall'altro, e il controllo diffuso si risolve in controllo di nessuno. La proprietà pubblica, lungi dal costituire di per sé un anticorpo, può anzi attenuare la pressione del mercato e dei soci verso l'efficienza dei presidi interni, sostituendo alla disciplina del rischio d'impresa una più rilassata logica di appartenenza. E la natura protetta e regolamentata dell'attività - che dovrebbe innalzare gli standard - finisce per offrire una formidabile copertura di legittimità formale alle condotte opache, che si mimetizzano tra le pieghe di procedure autorizzatorie e di flussi documentali apparentemente regolari.

Vi è di più. Quando i proventi gestiti dall'impresa hanno natura di entrate pubbliche e i suoi funzionari rivestono la qualifica di incaricati di pubblico servizio, la disfunzione organizzativa cessa di essere un affare privato dell'ente e si converte in lesione diretta dell'interesse pubblico: il denaro distratto, il controllo eluso, la segnalazione omessa non impoveriscono soltanto un patrimonio sociale, ma sottraggono risorse alla collettività e piegano una funzione pubblica a interessi privatistici. La pretesa di efficacia della bonifica, in questi casi, non è più soltanto societaria: è costituzionale, perché investe il buon andamento e l'imparzialità che presidiano l'esercizio di ogni funzione pubblica.

Da ciò discende un corollario che, lungi dal mitigare l'obbligo di discontinuità, lo esaspera. Si potrebbe obiettare che, trattandosi di ente pubblico, la rimozione degli organi spetti ai meccanismi di nomina e revoca propri dell'azionista pubblico, e che la misura di prevenzione debba arrestarsi sulla soglia dell'autonomia dell'ente. L'obiezione prova troppo. Proprio perché i meccanismi pubblici di nomina e controllo hanno dimostrato, sul campo, la loro inidoneità a intercettare la cattura - anzi, l'hanno talora favorita per quell'illusione di copertura di cui si è detto - la discontinuità imposta dall'esterno, dall'autorità giudiziaria, diviene non un'invasione dell'autonomia dell'ente, ma il rimedio alla dimostrata insufficienza dei suoi presidi interni e dei suoi controllori istituzionali. La misura terapeutica supplisce, qui, a un fallimento che la sola proprietà pubblica non ha saputo né prevenire né correggere.

Né varrebbe invocare, a difesa della continuità, la natura sana e la rilevanza pubblica dell'ente per pretendere un intervento più tenue: è semmai vero il contrario. La rilevanza pubblica dell'attività e la qualità pubblica delle risorse gestite elevano la posta in gioco e, con essa, lo standard di efficacia richiesto alla bonifica. In simili contesti la discontinuità degli organi di gestione, di controllo e di compliance non è soltanto compatibile con la natura pubblica dell'ente: ne è imposta, perché soltanto la ricostituzione di presidi realmente indipendenti può restituire alla collettività un'impresa che torni a servire l'interesse pubblico per il quale è stata costituita.

10. La discontinuità come obbligo e non come opzione

È ora possibile enunciare la tesi nella sua forma compiuta. La discontinuità degli organi non è una conseguenza eventuale, rimessa alla collaborazione spontanea dell'impresa, né un effetto premiale da concedere in cambio di un atto di resipiscenza. Essa è elemento costitutivo dell'efficacia della misura: senza di essa, l'accertata condizione di permeabilità non risulta rimossa, e la misura non ha raggiunto il proprio scopo legale. Ciò impone di distinguere con nettezza la discontinuità dalla mera epurazione. L'epurazione guarda al passato e ne espelle i responsabili; la discontinuità funzionale guarda al futuro e ricostituisce le linee di difesa affinché tornino a operare. La prima si esaurisce nella rimozione; la seconda esige, oltre alla rimozione, la ricostruzione di assetti realmente indipendenti: un organo gestorio dotato di flussi informativi e di poteri reattivi effettivi; un collegio sindacale capace di vigilanza sostanziale; un OdV autonomo e una funzione di audit indipendente. La discontinuità, in altri termini, non si misura sul numero delle teste sostituite, ma sul ripristino della funzione.

Vi è, infine, un profilo che la ricostituzione funzionale degli organi porta con sé e che ne costituisce il presupposto operativo: la qualità della provvista. Affermare che la discontinuità si misura sul ripristino della funzione significa, sul piano concreto, che la funzione non torna a operare per il solo fatto della sostituzione, ma per effetto della qualità di coloro che subentrano. La nomina dei nuovi componenti di ciascun organo e funzione - consiglio di amministrazione, collegio sindacale, organismo di vigilanza, funzioni di internal audit e di compliance - non è atto neutro di rimpiazzo, ma momento qualificante della bonifica: ad essa l'ordinamento affida il compito di tradurre la rimozione in ricostruzione, e la ricostruzione non si dà senza un rigoroso vaglio di professionalità e di specializzazione di chi è chiamato a subentrare.

Questo dovere di selezione qualificata grava su chiunque eserciti il potere di nomina, ma si intensifica fino a divenire vincolo stringente quando il potere appartenga all'azionista pubblico, e raggiunge la sua massima coerenza quando la società attinta dalla misura sia a partecipazione pubblica e, a fortiori, a controllo pubblico. La ragione è coerente con quanto si è osservato a proposito del paradosso della cattura: poiché in tali contesti il fallimento dei presidi è stato anche, e prima di tutto, un fallimento dei meccanismi pubblici di nomina e di controllo, la riparazione non può che passare per un esercizio del potere di nomina di segno opposto a quello che ha consentito l'infiltrazione. L'azionista pubblico che, dopo la misura, tornasse a designare non secondo criteri di altissima professionalità, non bonificherebbe: replicherebbe, sotto altro nome, la condizione che la misura era chiamata a rimuovere.

La professionalità qui richiesta si articola, peraltro, su due ordini distinti e non fungibili. Il primo è la competenza settoriale: la padronanza tecnica del mercato regolato in cui la società opera, indispensabile perché gli organi sappiano riconoscere, nel concreto dell'attività, le anomalie che la prima provvista non aveva saputo né vedere né reagire. Il secondo - ed è il profilo che la prassi tende a obliterare, ma che la natura stessa della misura impone - è la competenza nella procedura di prevenzione medesima: la conoscenza dell'amministrazione giudiziaria, delle sue finalità di bonifica, dei poteri e dei doveri che essa instaura, del rapporto con l'amministratore giudiziario e con il



tribunale. Una società in amministrazione giudiziaria non è un'impresa qualunque: è un'impresa in terapia, e i suoi organi devono saper operare entro le coordinate di quella terapia.

A questi due ordini di competenza se ne aggiunge, peraltro, un terzo, non meno essenziale e che la prassi della provvista tende anch'esso a sottovalutare: la competenza aziendalistica in senso proprio. Là dove la patologia che ha fondato la permeabilità risiede, come si è visto, nell'inadeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili ai sensi dell'art. 2086, comma 2, c.c., la bonifica non può prescindere dalla presenza, all'interno degli organi chiamati a ricostituire la funzione, di un aziendalista esperto - un professionista della gestione e dell'economia d'impresa, padrone delle tecniche di costruzione e di verifica degli assetti, dei sistemi di controllo di gestione, dei flussi informativi e degli indicatori di anomalia. Non è la competenza giuridica, per quanto raffinata, a saper riconoscere se un assetto amministrativo-contabile è realmente idoneo a intercettare il segnale prima che degeneri in illecito: è la competenza aziendalistica a possedere la grammatica di quegli assetti, e dunque a poterli ricostruire in modo che tornino a funzionare. Senza tale presenza, la discontinuità rischia di ricostituire organi formalmente ineccepibili sul piano giuridico ma ciechi sul piano gestionale, ossia esattamente nel punto in cui la cattura aveva avuto origine.

Ne discende che la professionalità imposta dalla misura non è mai monodimensionale, ma necessariamente composita: nessuna delle tre competenze - quella settoriale, quella della procedura di prevenzione e quella aziendalistica - è da sola sufficiente, e ciascuna presidia un versante che le altre non coprono. Di qui l'indicazione, che vale come canone di metodo nella ricostituzione degli organi collegiali di governance: occorre comporre un organo di altissimo livello, concepito non come somma di nomine individuali, ma come collegio nel quale le diverse expertise si integrino e si completino a vicenda, sì che ciò che esula dalla competenza dell'uno sia presidiato da quella dell'altro. È la collegialità qualificata - e non la mera autorevolezza del singolo - a costituire l'anticorpo strutturale contro il riformarsi di quel punto cieco unitario nel quale la permeabilità aveva trovato la propria sede.

Da ciò discende una indicazione operativa di non poco momento: che almeno per una parte dei componenti di ciascun organo - e segnatamente di quelli deputati al controllo e alla compliance - la selezione assicuri la presenza di professionalità specificamente esperte della procedura di prevenzione, e non soltanto del settore economico. Non si tratta di esigere che ogni nominato sia un cultore del diritto della prevenzione, ma di pretendere che l'organo, nel suo complesso, possieda al proprio interno quella competenza, così che la conduzione dell'impresa durante la misura non sia affidata a chi ne ignori la grammatica. È, questa, la forma più alta e insieme più concreta della discontinuità: non la sostituzione di un nome con un altro, ma il subentro di una competenza qualificata dove prima vi era stata l'inerzia, e di una competenza della misura dove prima non ve n'era alcuna.

In questa luce, le prescrizioni con cui il tribunale conforma l'amministrazione giudiziaria - dalla revisione integrale del modello organizzativo al rafforzamento dei presidi di

controllo interno ed esterno, fino alla ricomposizione degli organi di vigilanza - non sono adempimenti accessori, ma la traduzione operativa dell'obbligo strutturale di discontinuità. Esse dicono, in linguaggio prescrittivo, ciò che la natura terapeutica della misura impone in linguaggio concettuale.

11. I limiti: proporzionalità, continuità aziendale e divieto di discontinuità simbolica

La tesi non si rovescia, tuttavia, in un automatismo. Affermare che la discontinuità è obbligo strutturale non significa postulare la sostituzione indiscriminata e totale di ogni organo: significa ancorare l'intervento al principio di proporzionalità, che della misura di prevenzione patrimoniale costituisce il criterio guida. La discontinuità deve essere adeguata - incidere su ciò che ha realmente fondato la permeabilità - e necessaria - spingersi fin dove, e non oltre, occorre perché la bonifica attinga la causa.

Due limiti, in particolare, vanno presidiati. Il primo è la continuità aziendale e la salvaguardia dei livelli occupazionali: la misura cura l'impresa, non la dissolve, e la modulabilità dell'art. 34, comma 3, esiste proprio per consentire la discontinuità degli organi senza la distruzione dell'azienda. Il secondo, speculare, è il divieto di discontinuità simbolica: la sostituzione di facciata, che muta i nomi lasciando intatti i rapporti di forza e le prassi, non soddisfa l'obbligo strutturale, ma lo elude. Tra l'eccesso ablatorio e la finzione del ricambio corre la linea esatta su cui si gioca la legittimità e, insieme, l'utilità della misura.

12. Conclusioni: la discontinuità come misura della misura

L'amministrazione giudiziaria ex art. 34 non punisce un'impresa colpevole: cura un'impresa permeabile. Ma poiché la permeabilità, nei casi paradigmatici, non risiede nel patrimonio bensì nel funzionamento degli organi, la cura non può che incidere sugli organi medesimi. La discontinuità di gestione, controllo e compliance non è, dunque, un'appendice della misura: ne è il contenuto necessario, ciò senza cui la bonifica resta promessa non mantenuta.

È in questa consapevolezza che si misura la maturità dell'istituto. Una discontinuità concepita come epurazione guarderebbe soltanto al passato e si esaurirebbe nel gesto; concepita come ricostituzione funzionale, essa guarda al futuro e restituisce all'impresa, depurata, la capacità di difendersi da sola - che è, in definitiva, l'unico esito che giustifichi una misura che si dichiara, e vuole essere, terapeutica.

La discontinuità è, allora, la misura della misura: il criterio rispetto al quale si verifica se l'amministrazione giudiziaria ha curato o si è limitata a sorvegliare. E poiché alla responsabilità dell'interprete giudiziario si affianca quella del giurista, chiamato a presidiare i confini concettuali degli istituti, anche qui il compito non è invocare più misura, ma misura migliore: una bonifica che attinga la causa e non l'effetto, e che restituisca al mercato imprese non soltanto vigilate, ma realmente risanate.