

RIVISTA DI DIRITTO DELL'IMPRESA
3/2018



Edizioni Scientifiche Italiane

Rivista di Diritto dell'Impresa

Fondata da: Franco Di Sabato

Direttore responsabile: Astolfo Di Amato

Direzione: Niccolò Abriani, Carlo Amatucci, Antonio Blandini, Astolfo Di Amato, Daniela Di Sabato, Aurelio Gentili, Vincenzo Meli, Aurelio Mirone, Giuseppe Niccolini, Andrea Paciello, Fabio Padovini, Gianmaria Palmieri, Vincenzo Ricciuto, Renato Santagata, Giuliana Scognamiglio.

Comitato di direzione: Niccolò Abriani, Antonio Blandini, Daniela Di Sabato, Vincenzo Ricciuto, Giuliana Scognamiglio.

Comitato scientifico: Maurizio Ammendola, Amedeo Bassi, Mario Campobasso, Donato Carusi, Andrea Castaldo, Paolefisio Corrias, Raffaele Di Raimo, Giuseppe Fauceglia, Carlo Ibba, Fabiana Massa, Marco Maugeri, Nicola Mazzacuva, Giovanni Perlingieri, Pietro Perlingieri, Nicola Rocco di Torrepadula, Marcella Sarale, Chiara Tenella Sillani, Francesco Tesaurò.

Comitato scientifico internazionale: Josefina Boquera Materradona, Andrey Bushev, Jesús Estruch Estruch, Stefan Grundmann, François Xavier Lucas, Jonathan R. Macey, Andrés Recalde Castells, Michel Verpeaux, Nathalie Voser.

Responsabili della valutazione: Daniela Di Sabato, Renato Santagata.

Comitato di redazione: Ettore Battelli (caporedattore), Giovanni Agrusti, Carlo Bavetta, Clelia Buccico, Ciro Caccavale, Valerio Cintio, Camilla Crea, Oreste De Cicco, Annamaria Dentamaro, Alessio Di Amato, Gennaro Di Martino, Cristiana Fiengo, Sergio Locorotolo, Francesco Longobucco, Francesco Saverio Porcelli, Melania Ranieli, Gabriele Salvi, Carla Solinas.

Osservatorio delle Corti e sulle Autorità indipendenti: Adelaide Amendola, Anna Argentati, Stanislao De Matteis, Giuseppe Dongiacomo, Fabio Miccio, Loredana Nazzicone.

La *Rivista di diritto dell'impresa* subordina la pubblicazione di ogni scritto a una procedura di referaggio che garantisce l'anonimato dell'Autore e dei singoli revisori (c.d. *double blind peer-review*), nonché l'obiettività e la ponderatezza del giudizio. A tal fine la Direzione potrà avvalersi di uno o più Responsabili della valutazione, i quali disgiuntamente sottopongono il contributo ad almeno due *referee* esterni scelti tra i Professori ordinari di prima fascia, italiani e stranieri, in ragione della loro autorevolezza, della competenza specifica richiesta e dell'eventuale natura interdisciplinare del contributo. I *referee* ricevono l'elaborato da valutare senza l'indicazione dell'Autore; all'Autore non viene comunicata l'identità dei *referee*. Il giudizio motivato potrà essere positivo (pubblicabilità); positivo con riserva, ossia con l'indicazione della necessità di apportare modifiche o aggiunte (pubblicabilità condizionata); negativo (non pubblicabilità). Esso sarà trasmesso alla Direzione che, direttamente o tramite un Responsabile della valutazione, provvederà a comunicarlo all'Autore, sempre garantendo l'anonimato dei *referee*. I contributi giudicati meritevoli possono essere oggetto di pubblicazione nella Rivista in base all'insindacabile valutazione della Direzione. Qualora i *referee* esprimano un giudizio positivo con riserva, la Direzione, con la supervisione dei Responsabili della valutazione, autorizza la pubblicazione soltanto a seguito dell'adeguamento del contributo, assumendosi la responsabilità della verifica. Nell'ipotesi di valutazioni contrastanti dei *referee* sarà la Direzione a decidere circa la pubblicazione del contributo, anche affidando l'ulteriore valutazione a terzi. La Direzione può assumere la responsabilità delle pubblicazioni di studi provenienti da autori, stranieri o italiani, di consolidata esperienza e prestigio tali che la presenza del loro contributo si possa reputare di per sé ragione di lustro per la Rivista.

L'accettazione di un lavoro ai fini della pubblicazione implica il vincolo per l'Autore a non pubblicarlo altrove o a non pubblicare parti di esso in altra rivista senza il consenso scritto dell'Editore secondo le modalità concordate con l'Editore stesso.

Tutti i contributi sono pubblicati nel fascicolo secondo i criteri ANVUR.

Le medesime regole valgono anche per i *Quaderni della Rivista di diritto dell'impresa*.

Registrato presso il Tribunale di Napoli al n. 4000 del 6 marzo 1990. Responsabile: Astolfo Di Amato. Copyright by Edizioni Scientifiche Italiane - Napoli.

Periodico esonerato da B.A.M. art. 4, 1° comma. n. 6, d.P.R. 627 del 6 ottobre 1978.

Sommario

SAGGI

- 527 G. NICCOLINI, *Sulla competenza del tribunale delle imprese in materia di contratti di cessione di partecipazioni societarie*
- 543 N. ABRIANI, *Organizzazione dell'impresa societaria e modello di prevenzione dei reati: recenti linee evolutive*
- 587 R.M. AGOSTINO, *Big data e nuovi beni tra modelli organizzativi e controllo dell'impresa*
- 621 M. CIMMINO, *L'inesatta esecuzione del contratto di viaggio turistico tra tutela del consumatore e regolazione del mercato (Appunti sul difetto di conformità e sulla rilevanza contrattuale della qualità del servizio)*
- 671 P. DODARO, *Le garanzie sui diritti d'autore: valorizzazione dell'intangibile tra istanze di sicurezza ed esigenze di circolazione*

CASI E PARERI

- 705 Corte di Appello di Napoli, I sezione civile - sentenza 12 marzo 2016, commento di M. LUBRANO DI SCORPANIELLO, *L'impugnativa della delibera di bilancio ai tempi dell'art. 2434 bis c.c.: «gli orizzonti perduti non ritornano più»*
- 723 Arbitro Bancario Finanziario, Coll. Torino, decisione 8 novembre 2017, n.14168, commento di G. DI MARTINO, *Comunicazioni periodiche della banca alla clientela e trasparenza bancaria*

OSSERVATORIO

- 741 A. FEDI, *Commercial law and corporate aspects of personal data protection*

RECENSIONI

- 769 R. THALER e C.R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile*, Feltrinelli, rist. 2018, (trad. it. di *Nudge Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, Penguin, New York, 2008) [recensione di E. BATTELLI]

Organizzazione dell'impresa societaria e modello di prevenzione dei reati: recenti linee evolutive

di NICCOLÒ ABRIANI

SOMMARIO: 1. Assetti e modelli nel diritto societario del nuovo millennio. – 2. Protocolli organizzativi e *compliance* 231. – 3. Società a partecipazione pubblica e Codice della crisi e dell'insolvenza. – 4. Diritto societario e *risk approach*. – 5. Il modello di prevenzione dei reati come elemento centrale nell'architettura complessiva del sistema di controllo interno delle società. – 6. Evoluzione del diritto societario e responsabilità da reato. Predisposizione del modello di prevenzione e doveri degli organi sociali. – 7. (Segue). Profili di doverosità del modello. – 8. Sulle conseguenze della omessa o inadeguata predisposizione del modello. – 9. Modelli di prevenzione e responsabilità degli organi sociali: ulteriori interferenze. – 10. Sull'attribuzione delle funzioni dell'organismo di vigilanza agli organi societari di controllo. – 11. L'organismo di vigilanza nei gruppi di società. – 12. Tecniche per il rafforzamento dell'autonomia dell'organismo di vigilanza.

1. Tra pochi mesi la disciplina della responsabilità da reato delle persone giuridiche diventerà maggiorenni, celebrando il diciottesimo anno dalla sua introduzione nel nostro ordinamento.

In questo arco di tempo il diritto delle società, da un lato, e il sistema della prevenzione dei reati, dall'altro, hanno continuato a scorrere lungo percorsi tra loro paralleli. L'impressione di una, almeno apparente, reciproca insensibilità dei due sistemi trova conferma nella perdurante assenza di riferimenti agli organismi di vigilanza – e, più in generale, ai modelli di prevenzione – all'interno delle disposizioni del codice civile riscritte in occasione della epocale riforma del 2003 e del più volte novellato Testo Unico della Finanza; e, specularmente, nel mancato adeguamento della disciplina di cui al d.lg. n. 231/2001 alle novità introdotte nell'ordinamento societario da tali riforme, a conferma della originaria (e dichiarata) “neutralità” di tale disciplina rispetto ai profili civilistici della struttura organizzativa degli enti ai quali si rivolge la responsabilità da reato.

Sotto entrambi i versanti si è tuttavia registrato un duplice e

parimenti cospicuo arricchimento normativo che ha determinato una significativa convergenza funzionale dei due alvei regolamentari sul terreno decisivo ed unificante del regime dei controlli interni, contribuendo a rinsaldare i contrafforti sistematici dei ponti che tali corsi sovrastano e permettendo loro di resistere alle autentiche esondazioni prodotte dai più recenti interventi legislativi.

Il fenomeno è particolarmente evidente con riferimento al modello penal-preventivo delineato dal d.lg. n. 231/2001, che ha registrato un costante ampliamento dei reati per i quali è sancita la responsabilità degli enti, tra i quali fa spicco, per lo studioso del diritto societario, la ridefinizione delle false comunicazioni sociali come reato presupposto, ad opera della l. 27 maggio 2015, n. 69, e soprattutto il riciclaggio e l'impiego di denaro e beni di provenienza illecita: ambito, quest'ultimo, nel quale riveste una rilevanza del tutto peculiare il d.lg. 21 novembre 2007, n. 231, di recepimento della c.d. "terza direttiva antiriciclaggio"¹.

Parimenti rilevante, sotto il profilo sistematico, è l'allargamento della disciplina alla materia antinfortunistica, operato dal legislatore italiano con la l. n. 123/2007 ed il testo unico in materia di salute e sicurezza sul lavoro (d.lg. n. 81/2008, oggetto a sua volta dell'intervento correttivo di cui al d.lg. n. 106/2009), che ha implicato la sussunzione nel catalogo dei c.d. "reati presupposto" di fattispecie, quali l'omicidio colposo e le lesioni colpose gravi e gravissime, che risultano profondamente diverse, per natura ed elemento soggettivo, da quelle inizialmente contemplate dal d.lg. n. 231/2001.

Non meno importante è l'inclusione tra i reati presupposto di alcune delle fattispecie delittuose introdotte dalla l. 6 novembre 2012, n. 190 (c.d. "legge anticorruzione"), con i delicati corollari che ne derivano in relazione al necessario raccordo tra i due piani normativi, in primo luogo in punto di collaborazione e reciproca informazione tra organismo di vigilanza e responsabilità dell'anticorruzione².

Tale dilatazione della platea dei reati presupposto ha imposto sostanziali revisioni delle linee guida elaborate dalle associazioni di

¹ Direttiva 2005/60, concernente la prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo. E con riguardo al reato di autoriciclaggio v. la nuova formulazione dell'art. 25-*octies* del d.lg. 231 del 2001, che ha introdotto tra i reati presupposto anche tale fattispecie (l. 15 dicembre 2014, n. 180).

² Sulle interferenze tra organismo di vigilanza e legge anticorruzione v. A. DE NICOLA, *L'organismo di vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino, 2015, 139 ss. (e, con riguardo alle società a partecipazione pubblica, *infra*, al par. 3).

categoria, continui adeguamenti dei modelli di prevenzione già istituiti e, prima ancora, aggiornamenti nella ricognizione delle aree di rischio rilevanti nella prospettiva penal-preventiva; il tutto all'interno di un quadro normativo le cui linee essenziali venivano nel frattempo messe a fuoco, attraverso un progressivo affinamento ermeneutico, da importanti contributi della dottrina penalistica e dalle prime indicazioni offerte (e non più soltanto in sede cautelare) dal formante giurisprudenziale, al quale il legislatore ha assegnato un ruolo decisivo nella verifica dell'idoneità (e dunque dell'efficacia esimente) dei modelli organizzativi diretti alla prevenzione dei reati.

Ancora più significativa è la parallela linea evolutiva tracciata in questi quasi diciotto anni dall'ordinamento societario.

La funzione centrale rivestita dal sistema dei controlli societari nella *governance* delle grandi imprese azionarie rappresenta oggi un dato acquisito nei principali ordinamenti capitalistici e plasticamente scolpito dalla più recente stagione normativa, primaria e secondaria, del nostro diritto societario; ove tuttavia si volga lo sguardo ad un passato ancora prossimo, si deve constatare che alla data di entrata in vigore della disciplina sulla responsabilità penale delle persone giuridiche la "adeguatezza della struttura organizzativa" e del "sistema di controllo interno" era evocata da una sola disposizione, introdotta pochi anni prima dal Testo Unico della Finanza e, come tale, riferita alle sole società quotate: il richiamo è naturalmente all'art. 149, comma 1, lett. *b*), d.lg. n. 58/1998, che includeva (e tuttora include) tra i doveri del collegio sindacale la vigilanza sull'adeguatezza della struttura organizzativa, del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo contabile³.

Sottratto così al limbo della regolamentazione secondaria del settore bancario e finanziario⁴, entro il quale era rimasto sino ad allora relegato, il principio dell'adeguatezza degli assetti organizzativi interni dell'impresa è poi assurto, con la riforma del diritto

³ In argomento, per tutti, G. CAVALLI, *Commento all'art. 149*, in *Testo unico della finanza. Commentario*, diretto da G.F. Campobasso, Torino, 2002, 1239 ss.; F. CORSI, *Il collegio sindacale*, in *La riforma delle società quotate. Atti del Convegno di Santa Margherita Ligure, 13-14 giugno 1998*, Milano, 1998, 219 ss.; S. FORTUNATO, *Commento all'art. 149*, in *Commentario al Testo Unico della Finanza*, diretto da G. Alpa e F. Capriglione, II, Padova, 1998, 1381 ss.

⁴ Per tutti, C. BRESCIA MORRA, *L'impresa bancaria*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, a cura di C. Brescia Morra e U. Morera, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2006. Sull'evoluzione del settore bancario v. *infra*, alle note 15 e 16 e testo corrispondente.

societario del 2003, ad autentico “architrave” della *governance* delle società per azioni⁵.

⁵ Sul punto v., *ex multis*, V. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 5 ss.; R. RORDORF, *La società per azioni dopo la riforma: il sistema dei controlli*, in *Foro it.*, 2003, V, 184 ss.; P. MARCHETTI, *Il potere decisionale gestorio nella s.p.a.*, in *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, a cura di G. Cian, Padova, 2004, 469 ss.; P. FERRO-LUZZI, *L'esercizio dell'impresa tra amministrazione e controllo*, in *AGE*, 2007, 245 ss.; B. LIBONATI, *Noterelle a margine dei nuovi sistemi di amministrazione delle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 2008, 294 ss.; M. LIBERTINI, *Scelte fondamentali di politica legislativa e indicazioni di principio nella riforma del diritto societario del 2003. Appunti per un corso di diritto commerciale*, in *Riv. dir. soc.*, 2008, 232 ss.; G. FERRARINI, *Controlli interni e strutture di governo societario*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Torino, 2007 e in *Riv. soc.*, 1996, 418 ss.; G. FERRI jr, *Brevi osservazioni in tema di impresa e società*, in *Riv. dir. comm.*, I, 2009, 542 ss.; M. IRRERA, *Aspetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005; A. DE NICOLA, *Il diritto dei controlli societari*, Milano, 2010; P. MONTALENTI, *L'amministrazione: vicende del rapporto, poteri, deleghe e invalidità delle deliberazioni*, in *Le società per azioni, Trattato di diritto commerciale*, a cura di N. Abriani, S. Ambrosini, O. Cagnasso, P. Montalenti, diretto da G. COTTINO, Padova, 2010, IV, 629 ss.; ID., *I controlli societari: recenti riforme, antichi problemi*, in *Banca borsa*, I, 2011, 535 ss.; ID., *Società per azioni, Corporate governance, mercati finanziari*, Milano, 2011, 114 ss.; ID., *Struttura e ruolo dell'organismo di vigilanza nel quadro della riforma del diritto societario*, in *I controlli societari*, a cura di M. Bianchini e C. Di Noia, Milano, 2010, 86 ss.; ID., *Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *Riv. soc.*, 2013, 42 ss.; G. OLIVIERI, *Appunti sui sistemi di controllo nelle società per azioni "chiuse"*, in *Il diritto delle società oggi, Scritti in onore di G. Zanarone*, Torino, 2011, 515 ss.; P. BENAZZO, *Controlli interni, autonomia privata e collegio sindacale nelle società chiuse, ibidem*, 381 ss.; M. MAUGERI, *Note in tema di doveri degli amministratori nel governo del rischio di impresa (non bancaria)*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 1, 2014, 9 ss.; C. AMATUCCI, *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e Business Judgment Rule*, in *Giur. comm.*, I, 2016, 643 ss. Con particolare riguardo alla nuova disciplina del collegio sindacale v. G. CAVALLI, *Osservazioni sui doveri del collegio sindacale di società per azioni non quotate*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa, G.B. Portale, Torino, 2007, 3, 58 ss.; G. DOMENICHINI, *Commento all'art. 2403*, in *Società di capitali. Commentario*, II, a cura di G. Nicolini, A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, 748 ss.; N. ABRIANI, *Il ruolo del collegio sindacale nella governance del nuovo millennio*, in *La governance delle società di capitali*, diretto da M. Vietti, Milano, 2013, 329 ss.; N. ABRIANI, *Il modello di prevenzione dei reati nel sistema dei controlli societari*, in *Diritto penale dell'economia*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Torino, 2017, 2302 ss. E v. anche i contributi raccolti in R. ALESSI, N. ABRIANI, U. MORERA (a cura di), *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, Milano, 2007 e in M. IRRERA (a cura di), *Aspetti adeguati e modelli organizzativi*, Bologna, 2016. Con riferimento al modello di prevenzione dei reati, v. R. RORDORF, *I criteri di attribuzione di responsabilità. I modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire i reati*, in *Società*, 2001, 1297 ss.; R. SACCHI, *L'Organismo di Vigilanza ex d.lg. n. 231*, in *Corporate Governance e "sistema dei controlli" nella s.p.a.*, a cura di U. Tombari, Torino, 2013, 90 ss. e in *Giur. comm.*, I, 2012, 855 ss.; D. GALLETTI, *I modelli organizzativi nel d.lg. n. 231 del 2001: le implicazioni per la corporate governance*, in *Giur. comm.*, I, 2006, 129; R. VIGO, *Diligenza e colpa organizzativa in una "fonte privata": i modelli di organizzazione e gestione (d.lg. 8 giugno 2001, 231)*, in *Le fonti private del diritto commerciale*, a cura di V. Di Cataldo e P.M. Sanfilippo, Milano, 2008, 66 ss.; N. ABRIANI, *La responsabilità da reato degli enti: modelli di prevenzione e linee evolutive del diritto societario*, in *Società e modello "231": ma che colpa abbiamo noi?*, a cura di N.

Tale approdo trova la sua consacrazione normativa negli artt. 2381 e 2403 c.c., il primo dei quali impone agli organi delegati di predisporre (“curare”) assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati alla natura e alle dimensioni dell'impresa azionaria, informandone il consiglio di amministrazione, chiamato a sua volta a *valutare* la stessa adeguatezza sulla base delle informazioni ricevute (unitamente ai piani strategici, quando elaborati, e al generale andamento della gestione: così il comma 3); a quest'obbligo di valutazione si affianca il dovere dei sindaci di *vigilare* «sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento».

In queste disposizioni risiede una delle principali novità della riforma del diritto societario, che va colta non solo e non tanto nell'enunciazione del dovere degli amministratori di dotare l'ente di una struttura organizzativa adeguata (già riconducibile al generale obbligo di diligente amministrazione), bensì nella collocazione sistematica di tale obbligo *al vertice dei principi di corretta amministrazione* e nell'attribuzione dello stesso *ex lege* agli organi delegati, con conseguente (almeno, tendenziale) arretramento del ruolo del consiglio, nel suo *plenum*, a una *valutazione* degli assetti dai primi predisposti⁶.

Tale evoluzione si ricollega del resto a un più generale rafforzamento del rapporto tra profilo societario e imprenditoriale, che costituisce uno degli obiettivi dichiarati della riforma del diritto societario (e della più recente disciplina del Codice della crisi e dell'insolvenza) e che si riflette, sul piano dello stesso lessico normativo, nell'inedita ricorrenza del termine “impresa”, un tempo sostanzialmente estraneo alla disciplina delle società e ora variamente declinato in numerose disposizioni novellate⁷. Ed è in questo ambito che si iscrive la sensibile valorizzazione del fenomeno organizzativo della società – immanente, del resto, alle nozioni postulate dagli artt. 2082 e 2555, rispettivamente per l'attività d'impresa in forma societaria e per il complesso aziendale (o i complessi aziendali) di cui l'ente è

Abriani, G. Meo, G. Presti, *AGE*, 2, 2009, 12, ss.; I. KUTUFÀ, *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria, Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber Amicorum Antonio Piras, Torino, 2010, 718 ss.; M. IRRERA, *Il rapporto tra «assetti organizzativi» e «modelli» ex d.lsg. 231/2001*, in *NDS*, 2018, 693 ss.

⁶ P. MONTALENTI, *I principi di corretta amministrazione: una nuova clausola generale, Assetti adeguati e modelli organizzativi*, a cura di M. Irrera, Bologna, 2016, 3 ss.

⁷ Si pensi, oltre al ricordato art. 2381 c.c., al principio enunciato dall'art. 2380-bis c.c. e ai corrispondenti precetti di cui agli artt. 2409-novies e 2409-septiesdecies c.c., alla disciplina della liquidazione delle società di capitali e, soprattutto, dell'attività di direzione e coordinamento di società, sulla quale v., per tutti, U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, 2010.

titolare – destinata ad assumere una più spiccata connotazione nel tipo società per azioni, che nel nuovo contesto normativo viene eminentemente in rilievo quale «organizzazione dell'esercizio, della responsabilità e del finanziamento dell'impresa»⁸.

L'impresa è un'attività organizzata e, come tale, presuppone una struttura organizzativa la cui complessità si accentua, in un *climax* ascendente, dalla impresa individuale sino alla grande impresa azionaria, per culminare nell'organizzazione tipicamente policorporativa che connota i gruppi di società. Il modello di prevenzione dei reati costituisce un aspetto qualificante di questo complesso agire organizzato che caratterizza ontologicamente l'attività d'impresa (art. 2082 c.c.); di qui l'esigenza di una sua collocazione sistematica che, pur senza velarne le peculiarità, lo raccordi sintonicamente con il più ampio novero delle strutture e degli assetti organizzativi di cui l'ente deve dotarsi.

Dall'esame delle regole ora sinteticamente richiamate emergono del resto due profili di indubbia consonanza con la *ratio* ispiratrice e l'impostazione sottesa alla disciplina relativa ai modelli di prevenzione dei reati, alla quale può riconoscersi dunque una funzione anticipatrice della successiva evoluzione del sistema.

Innanzitutto, l'attenzione al “*concreto funzionamento*” dell'assetto, che impone di superare una visione formalista dei modelli per verificarne sul campo l'effettiva ed efficace attuazione da parte dell'ente.

In secondo luogo, e in coerenza con tale premessa, in entrambi i contesti normativi evidente è la consapevolezza che l'adeguatezza degli assetti – da cui dipende il rispetto dei principi di correttezza dell'amministrazione, nella visione generale del codice civile, e l'efficace predisposizione dei meccanismi preventivi dei reati, nella più selettiva prospettiva di cui al d.lg. n. 231/2001 – è un parametro inevitabilmente relativo, destinato a variare in considerazione della

⁸ P. FERRO-LUZZI, *Riflessioni sulla riforma*, I, *La società per azioni come organizzazione del finanziamento di impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, 673 ss. Il profilo è lucidamente colto, con riferimento alle società a partecipazione pubblica, da B. LIBONATI, *I rapporti tra azionista pubblico e società partecipata*, Relazione al Convegno Assonime-LUISS *Le società pubbliche tra Stato e mercato: alcune proposte di razionalizzazione della disciplina*, Roma, 13 maggio, 2009, consultabile al sito: www.assonime.it/AssonimeWeb2/servletAllegati?numero=3182: «L'art. 2381, 5° comma cod. civ. stabilisce che gli amministratori delegati curano l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile affinché sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa; l'art. 2381, 3° comma cod. civ. stabilisce che gli amministratori non esecutivi valutano l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società. Il referente è insomma, per principio, l'esercizio di un'attività di impresa, su cui si commisura l'adeguatezza della struttura della società».

tipologia dell'attività esercitata, della dimensione dell'impresa e dell'articolazione della struttura organizzativa e finanziaria della società.

Ciò comporta, com'è stato felicemente posto in rilievo, che gli amministratori dovranno approntare tutti i sistemi necessari ad assicurare che ogni fase della vita sociale, sia essa attinente al momento decisionale o a quello esecutivo, risulti adeguatamente strutturata al fine di far sì che il risultato prodotto corrisponda ad un parametro di amministrazione ritenuto corretto: da un lato, gli amministratori dovranno curare la predisposizione di un sistema organizzativo adeguato in ogni area dell'attività aziendale (organizzazione, amministrazione e contabilità), che consenta, in quanto tale, di gestire la società secondo canoni di corretta amministrazione; dall'altro, l'organo di controllo interno dovrà vigilare l'adeguatezza dei sistemi introdotti, verificandone il corretto funzionamento⁹.

2. Ulteriori riconoscimenti normativi della centralità dei protocolli organizzativi, quali *a priori* della corretta amministrazione, si possono rinvenire nell'art. 2428 c.c., che, nella versione introdotta dal d.lg. n. 32/2007, impone agli amministratori di indicare, nella loro relazione al bilancio di esercizio, anche «i principali rischi e incertezze cui la società è esposta», precisando altresì – «in relazione all'uso da parte della società di strumenti finanziari», se rilevanti per la valutazione della situazione patrimoniale e finanziaria e del risultato economico dell'esercizio – «le politiche della società in materia di gestione del rischio finanziario, compresa la politica di copertura per ciascuna principale categoria di operazioni previste» e «l'esposizione della società al rischio di prezzo, al rischio di credito, al rischio di liquidità e al rischio di variazione dei flussi finanziari».

Ma si pensi anche, per le società quotate, alla disciplina del preposto al controllo interno (art. 150, comma 4, t.u.f.) e, soprattutto, del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari, il fulcro dei cui compiti viene individuato dall'art. 154-*bis* t.u.f. nella predisposizione delle «procedure amministrative e contabili» per la formazione del bilancio di esercizio, dell'eventuale

⁹ A. TOFFOLETTO, *Amministrazione e controlli*, in AA.Vv., *Diritto delle società, Manuale breve*, Milano, 2012, 213 ss. In argomento, si veda la monografia di M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati*, cit. e, con riguardo all'inerenza tra assetto organizzativo e protocollo informativo, G. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, Milano, 2005.

bilancio consolidato e di ogni altra comunicazione di carattere finanziario, in tal modo proiettando la figura nella sfera gravitazionale dell'art. 2381 c.c.¹⁰.

Un rafforzamento dei presidi organizzativi e procedurali, segnatamente sul fronte del sistema dei controlli interni, è infine imposto dalla disciplina delle imprese operanti in settori vigilati.

Il riferimento è in primo luogo alle società assicurative autorizzate all'esercizio dei rami vita o dei rami danni, che, ai sensi del *Codice delle assicurazioni private*, devono dotarsi di «un efficace sistema di governo societario», il quale deve contemplare, tra l'altro: «a) l'istituzione di un'adeguata e trasparente struttura organizzativa, con una chiara ripartizione e un'appropriata separazione delle responsabilità delle funzioni e degli organi dell'impresa; b) l'organizzazione di un efficace sistema di trasmissione delle informazioni; (...) e) l'istituzione della funzione di revisione interna, della funzione di verifica della conformità, della funzione di gestione dei rischi e della funzione attuariale»¹¹.

In particolare, ai fini del tema in esame, il Codice richiede che le imprese assicurative si dotino di «un efficace sistema di gestione dei rischi che comprende le strategie, i processi e le procedure di segnalazione necessari per individuare, misurare, monitorare, gestire e segnalare, su base continuativa, i rischi a livello individuale ed aggregato, ai quali l'impresa è o potrebbe essere esposta, nonché le interdipendenze tra i rischi»¹² e di un «efficace sistema di controllo interno», che «comprende almeno la predisposizione di idonee procedure amministrative e contabili, l'organizzazione di un adeguato sistema di trasmissione delle informazioni per ogni livello dell'impresa, nonché l'istituzione della funzione di verifica della conformità dell'attività dell'impresa alla normativa vigente, alle direttive e alle procedure aziendali»¹³.

Stringenti doveri di predisposizione di assetti organizzativi e procedurali sono, inoltre, stabiliti per le società bancarie da una pluralità di fonti primarie e regolamentari che si è andata progressivamente arricchendo nel corso di questi ultimi anni. Già le *Istruzioni di vigilanza per le banche* della Banca d'Italia (Circo-

¹⁰ D. SANTOSUOSSO, *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari nell'organizzazione delle società per azioni*, in *Riv. dir. soc.*, 3, 2007, 139 ss. Per un efficace quadro di sintesi, v. ora L. ANTONETTO, *Commento all'art. 154-bis*, in *Code delle società*, diretto da N. Abriani, Torino, 2016, 3493 ss.

¹¹ Così l'art. 30 del d.lg. 7 settembre 2005, n. 209 (c.d. "Codice delle assicurazioni private" - CAP), così come modificato dal d.lg. n. 74 del 2015.

¹² Art. 30-bis CAP.

¹³ Art. 30-quater CAP.

lare n. 229 del 1999) contenevano un apposito capitolo dedicato al “*Sistema dei controlli interni, compiti del collegio sindacale*”, nel quale veniva nitidamente scolpita la centralità del sistema di controllo interno ed è ancor più chiaramente additato come obiettivo principale dello stesso la capacità di assicurare il rispetto della legge, considerata come una delle condizioni essenziali per la «competitività della banca, la sua stabilità di medio e lungo periodo, la possibilità stessa che sia garantita una gestione sana e prudente»¹⁴.

L'essenzialità della funzione di *compliance* trova ulteriore conferma nel passato nella Direttiva MIFID n. 73/2006, nelle *Disposizioni di vigilanza sulla funzione di conformità nelle banche*, emanate dalla Banca d'Italia il 10 luglio 2007 e ancora nelle *Disposizioni della Banca d'Italia sulla governance delle società bancarie* del 4 marzo 2008, che affidano agli organi di controllo interno la responsabilità di vigilare sulla “funzionalità del complessivo sistema dei controlli interni” e di accertare l'efficacia e l'adeguato coordinamento di tutte le funzioni e le strutture aziendali coinvolte in tale sistema¹⁵.

In questo quadro fanno spicco le più recenti *Disposizioni sul sistema dei controlli interni, sistema informativo e continuità operativa* del 2013, inserite nella Circolare n. 263 del 2006, ove si ravvisa icasticamente il principale dovere – e responsabilità – dell'organo di controllo nella «vigil[anza] sulla completezza, funzionalità e adeguatezza del sistema dei controlli interni», nonché del «sistema degli obiettivi di rischio» (“*risk appetite framework*” – “RAF”). Tale normativa è stata successivamente sistematizzata ed è confluita nella Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013 – Titolo IV, Capitolo 3 (*Il sistema dei controlli interni*), Capitolo 4 (*Il sistema informativo*) e Capitolo 5 (*La continuità operativa*)¹⁶.

La disciplina secondaria si colloca peraltro in un inedito quadro di sempre più incisivi interventi sui doveri degli intermediari abilitati all'esercizio dei servizi di investimento, in ordine alla prevenzione e gestione del rischio di inosservanza di leggi e regolamenti, operati da organismi internazionali (documenti del Comitato di Basilea e della IOSCO), dalla disciplina comunitaria (direttive 2006/48 e 2006/49, prima, e 2013/36, poi, per le banche, nonché le direttive GDPR e MAD, ora superata dal Regolamento n. 596/2014, *Market Abuse Regulation* - MAR e la più recente

¹⁴ BANCA D'ITALIA, *Istruzioni di vigilanza per le banche*, Titolo IV, Capitolo 11, 1.

¹⁵ Sul punto v. più ampiamente *infra*, nel testo.

¹⁶ La Circ. n. 285/13 - *Disposizioni di vigilanza per le banche* è consultabile sul sito della Banca d'Italia, www.bancaditalia.it nell'apposita sezione riservata alla normativa.

regolamentazione MiFID 2 e MIFIR di cui alla direttiva 2014/65 e al regolamento n. 600 del 2014) e, in prevalente attuazione di quest'ultima, dal legislatore nazionale (d.l. n. 297/2006, d.lg. n. 164/2007, d.lg. n. 72/15, d.lg. n. 129/2017 e d.lg. n. 107/18).

In quest'ultimo ambito meritano di essere richiamate, da un lato e sul piano eminentemente storico, le disposizioni del Testo unico della finanza, che prevedevano l'emanazione di un regolamento di Banca d'Italia e CONSOB volto a disciplinare congiuntamente, tra l'altro, i requisiti generali di organizzazione, l'organizzazione amministrativa e contabile, compresa l'istituzione della funzione di controllo della conformità alle norme, la gestione del rischio dell'impresa e l'*audit* interno, nonché procedure, anche di controllo interno, per la percezione o corresponsione di incentivi¹⁷; dall'altro e soprattutto il d. lgs. 3 agosto 2017, n. 129, che ha dato attuazione al pacchetto europeo MiFID2/MiFIR, apportando modifiche al Testo Unico della Finanza e al Testo Unico Bancario, e che è destinato ad essere integrato dal nuovo regolamento della Banca d'Italia¹⁸.

3. La rilevanza degli assetti organizzativi trova due riaffermazioni particolarmente significative sul piano sistematico nel Testo Unico delle società a partecipazione pubblica, nel Codice del terzo settore e nella prefigurata riforma del diritto delle crisi d'impresa.

Il primo provvedimento (d.lg. 19 agosto 2016, n. 175) prevede che le società a controllo pubblico siano tenute, da un lato, a predisporre "specifici programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale" e ne informino l'assemblea dei soci nell'ambito di una relazione sul governo societario che sono chiamati a predisporre (art. 6, co. 2 e 3) e, dall'altro, qualora in tale ambito emergano indicatori di crisi aziendale, ad adottare "senza indugio i provvedi-

¹⁷ E v. l'art. 6, comma 2-*bis*, del TUF, sulla base del quale era stato emanato il Regolamento congiunto Banca d'Italia-CONSOB del 29 ottobre 2007; e v. anche l'art. 5, il quale impone una regolamentazione congiunta in ordine all'organizzazione amministrativa e contabile, all'istituzione della funzione di conformità alle norme della MiFID, alla gestione dei rischi di impresa e l'*audit* interno (e v. ora *infra*, alla nota seguente).

¹⁸ Il riferimento è al Documento posto in consultazione nell'agosto del 2018 contenente «uno schema di disposizioni, volte a completare l'adeguamento del quadro normativo italiano al pacchetto MiFID2/MiFIR nelle materie assegnate alla competenza esclusiva della Banca d'Italia», nel quale si legge che «le nuove disposizioni di *governance* dei gestori rispondono (...) alla duplice esigenza di assicurare, da un lato, assetti di governo societario robusti e coerenti con la rilevanza dell'attività svolta da questi intermediari; dall'altro, la complessiva organicità della disciplina di tutti gli intermediari, in un'ottica di parità competitiva e piena tutela dei risparmiatori» (www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/consultazioni/2018/mifid2-mifir/MIFID2-MIFIR.pdf).

menti necessari al fine di prevenire l'aggravamento della crisi, di correggerne gli effetti e di eliminarne le cause, attraverso un idoneo piano di risanamento" (art. 14, co. 2)¹⁹.

L'attenzione assegnata dal Testo Unico delle società a partecipazione pubblica agli assetti della società partecipata vale ad avvalorare ulteriormente la tesi, già prevalente anteriormente alla nuova disciplina, che riconosce l'applicazione anche alle società partecipate pubbliche della normativa di cui al d.lg. n. 231/2001, in quanto enti societari esercenti attività imprenditoriale in base al diritto comune, sebbene preordinata all'erogazione di servizi di rilevanza o interesse pubblico²⁰.

Il silenzio conservato sul punto dal Testo Unico non può evidentemente essere interpretato in senso riduttivo, come ha ben chiarito il Consiglio di Stato nel suo *Parere sullo Schema di Testo Unico*, ove si ribadisce il convincimento in ordine all'applicabilità della disciplina anche alle partecipate pubbliche²¹. In effetti,

¹⁹ Lo stesso art. 14 ha cura di soggiungere che: *i*) in tale situazione la mancata adozione di provvedimenti adeguati da parte dell'organo amministrativo configura una grave irregolarità rilevante ai sensi dell'art. 2409 c.c. (comma 3); *ii*) non costituisce "provvedimento adeguato", ai sensi del comma 2, un ripianamento delle perdite da parte dell'amministrazione o delle amministrazioni pubbliche socie, anche se attuato in concomitanza a un aumento di capitale o a un trasferimento straordinario di partecipazioni o al rilascio di garanzie o in qualsiasi altra forma giuridica, qualora detti interventi non siano inquadrati all'interno di un piano di ristrutturazione aziendale, dal quale risulti comprovata la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività svolte (comma 4). Queste previsioni si ricordano alla disposizione di cui all'art. 6 del d.lg. n. 175/2016, ove si prevede che le società a controllo pubblico, "fatte salve le funzioni degli organi di controllo previsti a norma di legge e di statuto, (...) valutano l'opportunità di integrare, in considerazione delle dimensioni e delle caratteristiche organizzative nonché dell'attività svolta, gli strumenti di governo societario con [...] un ufficio di controllo interno strutturato secondo criteri di adeguatezza rispetto alla dimensione e alla complessità dell'impresa sociale, che collabora con l'organo di controllo statutario, riscontrando tempestivamente le richieste da questo provenienti, e trasmette periodicamente all'organo di controllo statutario relazioni sulla regolarità e l'efficienza della gestione". In argomento v. per tutti F. GUERRERA, *Crisi e insolvenza delle società a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm.*, 2017, I, 374 ss.; F. FIMMANÒ, *L'insolvenza delle società pubbliche alla luce del Testo Unico*, in *Fallimento*, 2017, 181 ss.

²⁰ E v. già P. IELO, *Società a partecipazione pubblica e responsabilità degli enti*, in *Rivista 231*, 2, 2009, 101 ss. Conformi, sul punto, le due note pronunce della Seconda Sezione Penale della Corte di Cassazione n. 28699 del 2010 e n. 234 del 2011 nonché Corte Conti, 23 novembre 2009, n. 651, in *Riv. Corte Conti*, 2009, 6, 112. Per un quadro aggiornato e opportuni riferimenti v. ora C. MANACORDA, *Il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica: quali spazi per il decreto 231?*, in *Rivista 231*, 1, 2017, 77 ss.

²¹ «Se la scelta, per ragioni prudenziali, è quella di non inserire nel Testo unico una norma chiarificatrice, lasciandola a una fonte non delegata, occorre indicare in una disposizione di chiusura, insieme alle esclusioni dal campo di applicazione del Testo unico, quella relativa al d.lg. n. 231/2001, evitando che il silenzio possa ingenerare equivoci sull'applicabilità della responsabilità da reato – di cui il Consiglio di Stato è convinto – per

la generale riconduzione delle partecipate pubbliche al regime proprio del tipo societario utilizzato, da un lato, e la circostanza che nelle società a partecipazione pubblica siano impiegate risorse di provenienza pubblica, dall'altro, convergono verso una soluzione interpretativa volta a determinare un obbligo di adozione dei modelli di prevenzione dei reati non meno esteso rispetto alle società private.

Un generale obbligo per gli enti pubblici di assicurare l'adozione, da parte delle società dagli stessi controllate, del modello di organizzazione e gestione previsto dal d.lg. n. 231/2001 è del resto presupposto dalle determinazioni dettata al riguardo dall'Autorità nazionale anticorruzione, che, in coerenza a tale premessa, ha richiesto la predisposizione di un documento unitario, comprensivo della sezione dedicata alla trasparenza, con il quale sono individuate le misure del "modello 231" e le misure integrative di prevenzione della corruzione²². L'unitarietà del documento richiamato risulta funzionale, non soltanto ad una maggior *compliance* complessiva, ma anche a un adeguato raccordo tra i due ambiti disciplinari, tale da mitigare i rischi di duplicazioni e sovrapposizioni dei rispettivi modelli potenzialmente suscettibili di determinare interferenze, duplicazioni e aggravamenti di procedimenti che risulterebbero incompatibili con il principio dell'efficiente ed economica gestione dell'impresa a controllo pubblico²³.

tutte le società a controllo pubblico che esercitino attività amministrativa» (corsivo aggiunto).

²² In tal senso la nuova versione delle *Linee guida* di cui alla determinazione ANAC n. 1134 dell'8 novembre 2017; e v. già la determinazione ANAC n. 8 del 17 giugno 2015, ove si prevede che le linee guida ivi contemplate («Linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici») muovono dal presupposto fondamentale che le amministrazioni controllanti debbano assicurare l'adozione del modello di organizzazione e gestione previsto dal d.lg. n. 231/2001 da parte delle società controllate.

²³ Sui rischi di duplicazione e sovrapposizione di modelli organizzativi (231 e anticorruzione), con conseguenti possibili sovrapposizioni e indebiti cumuli di sanzioni, v. A. DE NICOLA, *L'organismo di vigilanza 231*, cit., 139 ss. e, più ampiamente, ora R. LOMBARDI, *La nozione di rating di legalità e di rating di impresa nel diritto amministrativo*, Relazione al Convegno AODV, 231 e altri diritti, Milano, 3 ottobre 2018. Sulla rilevanza del modello 231 anche ai fini degli indici reputazionali (*rating* di legalità) individuati come elemento premiale ai fini delle partecipazioni alle gare pubbliche dalla nuova disciplina in materia (*rating* d'impresa), v., da ultimi, R. QUINTANA e F. CANNATA, *Le vicende penali dell'impresa e l'accesso ai contratti pubblici. Qualche riflessione alla luce delle ultime Linee Guida ANAC*, in *Rivista 231*, 1, 2018, 53 ss.; C. MANACORDA, *Le nuove Linee guida dell'ANAC per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici: il ruolo al proposito del decreto 231*, in *Rivista 231*, 2, 2018, 147 ss.

Un'ulteriore consacrazione della rilevanza dei sistemi di controllo interno e, al loro interno, del modello di prevenzione dei reati è operata dal d.lg. 3 luglio 2017 n. 117 («Codice del terzo settore») che impone in tutte le fondazioni e le associazioni, che superino soglie minimali di fatturato e di attivo, la nomina di un organo di controllo, chiamato a vigilare, in particolare, «sull'osservanza della legge e dello statuto e sul rispetto dei principi di corretta amministrazione, anche con riferimento alle disposizioni del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, qualora applicabili, nonché sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile e sul suo concreto funzionamento» (così l'art. 30, comma 6, in attuazione dell'art. 4, comma 1, lett. g) della legge delega n. 106 del 2016; e v. anche la corrispondente disposizione di cui all'art. 10, comma 2, d.lg. 3 luglio 2017, n. 112, con riferimento all'organo sindacale delle imprese sociali).

L'evoluzione normativa volta a riconoscere una centralità all'adeguatezza degli assetti nel sistema del diritto dell'impresa trova infine un ultimo e cruciale momento di emersione nella riforma organica del diritto delle crisi e dell'insolvenza in corso di definitiva approvazione. Il riferimento è, in primo luogo, alla previsione di cui alla lett. b) dell'art. 14 della legge delega per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza (l. 19 ottobre 2017, n. 155, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 30 ottobre, n. 254), ove si contempla il duplice dovere dell'imprenditore e degli organi sociali i) di istituire *assetti organizzativi adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale*, nonché ii) di attivarsi per l'adozione tempestiva di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale.

Si tratta di principi di corretta gestione imprenditoriale, la cui collocazione è significativamente proposta dalla bozza di decreto delegato nella versione novellata dell'art. 2086 c.c., e dunque all'interno dei principi dettati dal codice civile sull'impresa in generale. Più precisamente, il decreto legislativo recante modifiche al codice civile in attuazione della legge delega, e incluso nel medesimo articolato del nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza: i) da un lato, introduce nell'art. 2086 – intitolato «Gestione dell'impresa» e non più «Direzione e gerarchia nell'impresa» – un secondo comma, ai sensi del quale: «L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa» (e ciò «anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della con-

tinuità aziendale»), nonché «di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale» (art. 374); *ii*) dall'altro, modifica gli articoli in tema di amministrazione delle società personali (art. 2257 c.c.), azionarie (art. 2380-*bis* c.c.) e a responsabilità limitata (art. 2475 c.c.), prevedendo che «la gestione dell'impresa si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'art. 2086, secondo comma [e dunque sulla base di un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa]», e spetta esclusivamente agli amministratori» (art. 376).

Con tali disposizioni viene dunque a culminare il percorso normativo avviato dal d.lg. n. 231 del 2001 consacrando la regola di adeguatezza degli assetti organizzativi come principio di corretta gestione imprenditoriale, in quanto tale destinata a valere in tutte le realtà imprenditoriali in forma collettiva o societaria²⁴.

4. Un confronto tra questi ultimi approdi normativi e la disciplina, allora antesignana, di cui al d.lg. n. 231/2001, rivela un duplice elemento di continuità, ma anche un rischio di indebita sovrapposizione degli istituti.

Il primo profilo di continuità si coglie sul piano soggettivo, in quanto entrambi gli assetti prefigurati sono richiesti per le imprese in forma societaria o, comunque, collettiva; dunque per *enti*, siano essi o meno dotati di personalità giuridica, con esclusione delle imprese individuali. Il secondo, meno evidente, riguarda il profilo funzionale sotteso ai due ambiti disciplinari, che configurano in effetti modelli organizzativi finalizzati alla *prevenzione*, rispettivamente, del rischio di commissione dei reati presupposto, da un lato, e del rischio di aggravamento della crisi, dall'altro.

²⁴ Per un primo commento v. ora P. MONTALENTI, *Gestione dell'impresa, assetti organizzativi e procedure di allerta nella riforma Rordorf*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 2018, 951 ss. Nel senso che gli assetti organizzativi e i sistemi di controllo societari devono risultare «adeguati non solo *to a going concern*, ma altresì alla tempestiva rilevazione dello stato di crisi» v. già P. MONTALENTI, *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, 820 ss.; *Id.*, *Diritto dell'impresa in crisi, diritto societario concorsuale, diritto societario della crisi: appunti*, in *Giur. comm.*, I, 2018, 62 ss. In argomento v. anche U. TOMBARI, *Crisi d'impresa e doveri di "corretta gestione societaria e imprenditoriale" delle società capogruppo. Prime considerazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, I, 631 ss.; N. ABRIANI, *Corporate governance e doveri di informazione nella crisi dell'impresa*, in G. GUIZZI, A. PACIELLO (a cura di), *Crisi d'impresa e ruolo dell'informazione*, Milano, 2016, 253 ss. e in *Riv. dir. impr.*, 2016, 233 ss., nonché, nella prospettiva dei gruppi di società, N. ABRIANI e L. PANZANI, *Crisi e insolvenza nei gruppi di società*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, diretto da C. Cagnasso e L. Panzani, Torino, 2016, 2991 ss.

E in quest'ultimo (almeno apparente) comune denominatore si annida il rischio al quale si alludeva. La circostanza che il tema degli assetti abbia trovato, dapprima, la sua emersione nell'ambito della responsabilità penale-amministrativa delle imprese e, da ultimo, la sua consacrazione nella (o, meglio, attraverso la) disciplina della crisi d'impresa, potrebbe ingenerare un equivoco potenzialmente pernicioso, con gravi corollari sul piano applicativo. È invero paventabile il rischio che la giurisprudenza, chiamata a verificare il rispetto da parte degli amministratori del generale principio di adeguatezza organizzativa, sia indotta a trasporre meccanicamente approcci metodologici finora utilizzati e approdi ermeneutici sino ad oggi conseguiti per accertare l'idoneità dei modelli di cui al d.lg. n. 231/2001; pericolo accentuato dalla natura pur sempre preventiva (sia pure di una non tempestiva emersione della crisi) che al protocollo organizzativo parrebbero assegnare anche le nuove disposizioni. A ben vedere, tuttavia, quest'ultima limitazione funzionale è espressamente indicata dalla legge per i programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale introdotti dalla disciplina delle società a partecipazione pubblica; per contro, il principio generale prefigurato dal nuovo art. 2086 c.c. non esaurisce la sua funzione nella «rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale»²⁵, ma ha una portata più ampia, come è reso evidente dall'avverbio “*anche*” contenuto nella norma.

Il protocollo organizzativo richiesto dall'art. 2086 c.c. attinge invero alla natura eminentemente organizzativa di ogni realtà aziendale (art. 2555 c.c.) e, più in generale, di ogni attività imprenditoriale (art. 2082 c.c.), di cui il rischio rappresenta un elemento sostanziale che gli assetti sono diretti non già a prevenire, come avviene per il rischio patologico di commissione dei reati nel sistema della 231, bensì a *gestire efficacemente*, nel presupposto di una sua sistematica *assunzione*, inscindibilmente – e fisiologicamente – correlata alle prospettive di rendimento dell'operazione societaria²⁶.

²⁵ La necessità di rispettare i limiti della delega, che autorizza le modifiche al codice civile «rese necessarie per la definizione della disciplina organica di attuazione dei principi e criteri direttivi di cui alla presente legge» (così il primo comma dell'art. 14 della l. 155/2017).

²⁶ Il punto è stato limpidamente colto, nella nostra dottrina, da M. MAUGERI, *Note in tema di doveri degli amministratori*, cit., 9 ss.; e v. già gli spunti di V. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione*, cit., 7 ss.; M. LIBERTINI, *Scelte fondamentali di politica legislativa*, cit., 235 ss.; nonché, nel solco di quelle indicazioni, C. AMATUCCI, *Adeguatezza degli assetti*, cit., 653 ss. e, da ultimo, L. BENEDETTI, *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, in corso di pubbli-

Non vi è dubbio che presupposto della corretta gestione imprenditoriale sia rappresentato da una puntuale identificazione dei fattori di rischio connessi all'attività d'impresa, di cui l'organo amministrativo deve acquisire preliminarmente consapevolezza per procedere, sulla base di tale ricognizione, a «definire la natura e il livello di rischio compatibile con gli obiettivi strategici dell'emittente, includendo nelle proprie valutazioni tutti i rischi che possono assumere rilievo nell'ottica della sostenibilità nel medio-lungo periodo dell'attività» dell'ente amministrato²⁷. Ma, proprio in quanto si tratta di definire una efficace «politica di gestione dei rischi d'impresa»²⁸, tale attività è destinata a rientrare nell'area di discrezionalità propria delle politiche imprenditoriali: politiche che compete all'organo gestorio definire funzionalmente agli obiettivi strategici dell'impresa, sottoponendole al *monitoring* valutativo dell'organo di indirizzo strategico e alla vigilanza dell'organo di controllo. A questo riguardo, è interessante notare come, mentre nei sistemi di amministrazione e controllo dualistico e monistico i due piani ora evocati (*monitoring* valutativo e della vigilanza) tendono, almeno in parte, a sovrapporsi, nel sistema tradizionale il collegio sindacale è chiamato ad appuntare la sua attività di vigilanza sulla adeguatezza dei processi seguiti nella identificazione e ponderazione dei fattori di rischio e sulla (non ir)ragionevolezza delle politiche di gestione di tali rischi elaborate dall'organo gestorio e valutate dall'organo di indirizzo strategico, con particolare riguardo alla loro compatibilità rispetto alla sostenibilità dell'impresa nel medio-lungo periodo²⁹.

cazione in *Riv. soc.*, 2019. Nella dottrina straniera, v., tra gli altri, S.M. BAINBRIDGE, *Ca-remark and Enterprise Risk Management*, in 34 *J. Corp. L.* 967 (2008-2009), 967; R.T. MILLER, *Oversight Liability for Risk-Management Failures at Financial Firms*, in 84 *S. Cal. L. Rev.* 47 (2010-2011), 86 ss.; L. ENRIQUES, D. ZETTSCHKE, *The Risky Business of Regulating Risk Management in Listed Companies*, in *ECFR*, 2013, 292, ove il rilievo che «risk management is not about avoiding risk altogether and, most importantly, does not necessarily imply even risk mitigation». E v. anche, con riguardo al dovere imposto al *Vorstand* di predisporre un'ordinata organizzazione dell'impresa: N. OTT, *Anwendungsbereich der Business Judgment Rule aus Sicht der Praxis – Unternehmerische Entscheidungen und Organisationsermessern des Vorstands*, in *ZGR*, 2017, 164 ss.

²⁷ In questi termini, con riferimento alle società emittenti titoli quotati, il Codice di autodisciplina di Borsa Italiana, 1.C.1, lett. *b*).

²⁸ Così ancora il Codice di autodisciplina di Borsa Italiana, 6.C.1. Sulla gestione dei rischi nell'organizzazione aziendale v. ora il contributo interdisciplinare di S. CERRATO e G. PEIRA, *Risikogesellschaft e corporate governance: prolegomeni sulla costruzione degli assetti organizzativi per la prevenzione dei rischi*, in corso di pubblicazione in *Riv. soc.* 2019.

²⁹ In generale, per un confronto tra la vigilanza valutativa degli organi di controllo nei sistemi alternativi e la vigilanza avalutativa (o “in purezza”) del collegio sindacale, v. N. ABRIANI, *Il ruolo del collegio sindacale*, cit., 329 ss.

Da tali considerazioni sembra potersi evincere che i doveri organizzativi imposti dalla *compliance* 231 si distinguono dai generali obblighi inerenti alla predisposizione di assetti adeguati: e ciò non soltanto quantitativamente, in quanto rappresentano un sottoinsieme di questi ultimi, ma anche *qualitativamente*. In entrambi i casi, la premessa è la doverosa identificazione dei rischi; una volta operata tale mappatura preliminare, la prospettiva preventiva che connota il d.lg. n. 231 vale a perimetrare il margine di discrezionalità imprenditoriale nell'attuazione (e futuro aggiornamento) del modello in termini significativamente più angusti rispetto alle determinazioni di natura strategica che conducono gli amministratori all'adozione dei più generali assetti organizzativi, amministrativi e contabili, ritenuti, nell'ambito di una consapevole valutazione di costi e benefici, adeguati alle dimensioni e alla natura dell'impresa societaria e alla sua sostenibilità nell'orizzonte temporale di riferimento³⁰.

5. Le precisazioni ora operate non devono peraltro velare la convergente ispirazione di fondo sottesa ai diversi interventi sinteticamente richiamati, i quali rappresentano, come ebbe a rilevare uno dei più autorevoli componenti della Commissione per la riforma del diritto societario, «esempi, momenti, di uno stesso fenomeno e problema di fondo: il corretto esercizio di un potere, svolgimento di una funzione di tutela di interessi altrui, o anche altrui»; ed è a presidio dell'efficiente e corretto esercizio di tale potere che «vengono inseriti nella organizzazione societaria uffici, funzioni, principi di comportamento e regole di controllo; tutti *procedimenti* per garantire un corretto esercizio dell'impresa societaria»³¹.

³⁰ Sul dibattito, acceso anche a livello comparatistico, relativo alla riconducibilità del l'adempimento dell'obbligo prescritto dai commi 3 e 5 dell'art. 2381 c.c. nell'ambito della *business judgment rule*, trattandosi pur sempre dell'adozione di scelte imprenditoriali di natura strategica, v. ora ampiamente L. BENEDETTI, *op. loc. ult. cit.*, ove ampi riferimenti dottrinali.

³¹ P. FERRO-LUZZI, *L'articolo 136, comma 2-bis, del Testo unico bancario*, in *La legge per la tutela del risparmio. Un confronto tra giuristi ed economisti*, a cura di P. Abbadesse, F. Cesarini, Bologna, 2007, 113 ss. E v. anche M. LIBERTINI, *Scelte fondamentali*, cit., 204, ove si ravvisa nel «principio di adeguatezza organizzativa» uno dei «principi fondamentali della materia, idoneo a fondare valutazioni di legittimità o di responsabilità in relazione agli atti compiuti dagli organi societari». Con riferimento ai modelli 231, si vedano R. SACCHI, *L'Organismo di Vigilanza*, cit., 857 s. e D. GALLETTI, *I modelli organizzativi nel d.lg. n. 231 del 2001: le implicazioni per la corporate governance*, in *Giur. comm.*, I, 2006, 129, secondo cui i modelli preventivi contemplati dal d.lg. n. 231/2001 «attengono in realtà all'organizzazione dell'impresa, e non già della società, anche se la normativa si interessa apparentemente soltanto di enti, e dunque traslascia gli imprendi-

Il legislatore ha in tal modo recepito un modello già da tempo affermatosi nelle scienze aziendalistiche che studiano l'organizzazione di impresa, facendo assurgere a parametro normativo il principio per il quale soltanto un sistema integrato di operazioni coordinate è in grado di assicurare un risultato qualitativamente apprezzabile, in quanto, al ridursi della discrezionalità nelle diverse fasi del processo, si riducono parimenti le possibilità di errore³². Questo modello, applicato a tutta l'organizzazione aziendale, presuppone che ogni fase dell'attività sia consacrata in un procedimento decisionale e che questo procedimento sia oggetto di una valutazione preventiva, diretta ad accertarne l'adeguatezza, e di successivi e continui controlli, volti a monitorarne l'efficacia della sua concreta applicazione³³.

Una significativa conferma del generale riconoscimento di tale impostazione metodologica è offerta dall'esperienza autoregolamentare.

Il sistema di controllo e la sua efficiente predisposizione costituiscono infatti, come noto, uno degli aspetti cruciali sui quali interviene il *Codice di autodisciplina delle società quotate*, elaborato da Borsa Italiana ed al quale aderiscono i principali emittenti quotati, al quale si deve, tra l'altro, la più compiuta definizione del "sistema di controllo interno e gestione dei rischi", di cui ogni emittente deve dotarsi, che viene concepito, sul piano strutturale, come «l'insieme delle regole, delle procedure e delle strutture organizzative volte a consentire l'identificazione, la misurazione, la gestione e il monitoraggio dei principali rischi», in funzione di «una conduzione dell'impresa coerente con gli obiettivi aziendali definiti» dall'organo amministrativo e nella prospettiva di «assicurare la salvaguardia del patrimonio sociale, l'efficienza e l'efficacia dei processi aziendali, l'affidabilità delle informazioni fornite agli organi sociali ed al mercato, il rispetto di leggi e regolamenti nonché dello statuto sociale e delle procedure interne»³⁴.

tori individuali ... quanto poi alle persone che non rivestono funzioni apicali, la loro esistenza è comune altresì alla struttura delle imprese individuali».

³² Per tutti E. LAGHI, *Il modello organizzativo e di gestione ex d.lg. 231/2001: un approccio integrato ai sistemi di controllo interno in una logica di risk management*, in *Aspetti adeguati e modelli organizzativi*, a cura di M. Irrera, Bologna, 2016, 825 ss.

³³ A. TOFFOLETTO, *Amministrazione e controlli*, cit., 212. In argomento, v. anche F. CHIAPPETTA, *Il controllo interno tra compliance normative e attività gestionale*, in *Corporate governance e "sistema dei controlli" nella s.p.a.*, a cura di U. Tombari, Torino, 2013, 53 ss.

³⁴ Così l'*incipit* della Norma 7 del Codice di autodisciplina di Borsa Italiana (2018), *Principi 7.P.1 e 7.P.2*, intitolata e interamente dedicata al *Sistema di controllo interno e di gestione dei rischi*. La stessa norma ha cura di sottolineare l'esigenza di continui affina-

E al riguardo si può senz'altro ribadire il rilievo, perspicuamente avanzato già all'indomani dell'introduzione della disciplina della responsabilità da reato degli enti, che «la legge n. 231 ha sicuramente valorizzato il ruolo dell'organizzazione e dunque dei codici» di autodisciplina³⁵.

In una logica del tutto consonante si iscrivono altresì i *Principi di comportamento del collegio sindacale*, elaborati in Italia dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili, le cui più recenti versioni si connotano per l'adozione di un criterio basato sull'analisi del rischio (*risk approach*): un'impostazione metodologica in base alla quale si richiede al collegio sindacale di identificare preliminarmente, con riferimento alla struttura, alle dimensioni e all'oggetto dell'attività sociale, i rischi inerenti all'osservanza della legge e dello statuto e alle altre previsioni di cui all'art. 2403 c.c., per poi valutarne la significatività e accertare, alla luce di tali elementi, se siano disponibili ed eventualmente applicate misure di salvaguardia che consentano di eliminare o ridurre ad un livello accettabile tali rischi, richiedendo all'organo ammi-

menti, integrazioni e messe a punto del sistema, precisando che esso «è integrato nei più generali assetti organizzativi e di governo societario adottati dall'emittente e tiene in adeguata considerazione i modelli di riferimento e le *best practices* esistenti in ambito nazionale e internazionale». Si noti che nell'art. 7 è contenuto l'unico esplicito riferimento operato nel Codice di autodisciplina al d.lg. n. 231/2001 (si tratta della frase conclusiva del Commento, ove si rileva: «Nell'ambito di una razionalizzazione del sistema dei controlli, gli emittenti valutano l'opportunità di attribuire al collegio sindacale le funzioni di organismo di vigilanza ex d.lg. 231/2001»). Ma v. anche le regole enunciate dalla stessa disposizione con riguardo alle funzioni del comitato controllo e rischi, istituito in seno al consiglio di amministrazione, nonché dagli artt. 1, 8 e 10, rispettivamente con riferimento ai compiti del consiglio di amministrazione, del collegio sindacale e degli organi di controllo dei sistemi alternativi di amministrazione e controllo (consiglio di sorveglianza e comitato per il controllo sulla gestione). Sulla centralità del sistema dei controlli nelle ultime versioni del Codice di autodisciplina, v., per tutti, P. MARCHETTI, *Il nuovo codice di autodisciplina*, in *Riv. soc.*, 2012, 37 ss. e P. MONTALENTI, *Società per azioni, corporate governance e mercati finanziari*, Milano, 2011. E v., da ultima, M.L. PASSADOR, *Profili di governance derivanti dal D.lgs.231/2001: autodisciplina ed esperienza comparata*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2, 2015, 97 ss.

³⁵ R. COSTI, *Intervento nel corso dell'Indagine conoscitiva sull'attuazione del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, XIV Legislatura, VI Commissione della Camera, seduta del 5 dicembre 2001, disponibile sul sito: <http://legxiv.camera.it/dati/leg14/lavori/stencomm/06/indag/intermediazione/2001/1205/pdf001.pdf>, 2001. Nell'ultima versione del Codice di autodisciplina è assegnato un risalto ancora più marcato al ruolo di *monitoring* del consiglio di amministrazione in generale e, nel suo ambito, al comitato per il controllo interno, ora ribattezzato comitato controllo e rischi, composto interamente da amministratori non esecutivi e indipendenti; ma una funzione di monitoraggio è svolta, sia pure da una prospettiva peculiare, anche dal comitato per le remunerazioni e, in un'accezione più lata, dal comitato per le proposte di nomina, anch'essi di fonte autoregolamentare.

nistrativo l'attuazione delle opportune azioni di miglioramento e monitorandone la realizzazione³⁶.

6. Il quadro sin qui delineato induce ad alcune considerazioni di carattere generale.

Innanzitutto, sul piano storico, si può rilevare come il d.lg. n. 231/2001, oltre a costituire un elemento centrale nell'architettura complessiva del sistema di controllo interno, abbia indubbiamente anticipato un approccio al governo dell'impresa di assoluta attualità, contribuendo ad assecondare, in punto di controllo dei rischi, quella più generale evoluzione – posta ben in luce da studiosi e giuristi d'impresa – da una visione prevalentemente atomistica del controllo, che affidava a funzioni specialistiche forme d'intervento meramente *re-attivo*, ad una concezione a più ampio spettro del governo dei rischi in termini *anticipatori* e *pro-attivi*, diretta ad un'identificazione degli stessi prima della loro manifestazione e all'assunzione di scelte aziendali che portino ad accettare l'esposizione a rischi governabili, piuttosto che soltanto a ridurre i rischi stessi: un sistema che trova il suo fondamento nella condivisione delle politiche di gestione dei rischi, definite dai vertici aziendali, tra tutti i responsabili, a tutti i livelli e in tutte le articolazioni organizzative³⁷.

³⁶ Il riferimento è al Principio n. 3, ove si precisa che, in tale valutazione dei rischi, il collegio sindacale è chiamato ad esprimere un giudizio professionale sia per i rischi generici che per quelli specifici: tale giudizio – e la più generale valutazione dei rischi – devono essere basati sulla considerazione per la quale un professionista terzo ragionevole e con medesimo grado di informazione trarrebbe la conclusione che con ogni probabilità i rischi verrebbero ad essere eliminati o ridotti a livelli accettabili mediante l'applicazione di tali (necessarie) misure di salvaguardia. Al riguardo va precisato che le *Norme di comportamento del collegio sindacale*, elaborate da una Commissione di esperti della quale l'autore di questo saggio ha l'onore di essere componente, sono canoni deontologici, ovvero linee guida rivolte agli appartenenti all'ordine dei commercialisti che svolgono le importanti funzioni di sindaco nelle società di capitali; esse, dunque, non contengono precetti giuridici bensì criteri e linee di indirizzo da declinare caso per caso in considerazione della vicenda, dell'attività concretamente svolta dall'organo di amministrazione e anche della specificità dell'impresa. Con riferimento a tale ultima circostanza, si segnala che le *Norme* sono indirizzate anche all'organo di controllo in composizione monocratica che costituisce oggi la regola legale (pur derogabile) delle società a responsabilità limitata. La ricordata Commissione ha da ultimo elaborato una nuova versione delle *Norme di comportamento*, relativa al collegio sindacale delle emittenti quotate, approvata nella primavera del 2018 dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili.

³⁷ Per la valorizzazione della disciplina di cui al d.lg. n. 231/2001 come punto di emersione di un generale dovere di auto-organizzazione dell'impresa, v. l'importante pronuncia resa da Trib. Milano, 3 novembre 2010 nel caso Banca Italease, pubblicato in *Riv. dir. soc.*, 2011, con nota di A. POSTIGLIONE. In dottrina v. R. SACCHI, *L'Organismo di Vigi-*

Una seconda considerazione di carattere generale è che nel sistema di controllo interno va ravvisato un profilo centrale e coesistente degli assetti organizzativi, e dunque un elemento intrinseco all'esercizio della funzione gestoria che su tali assetti si fonda³⁸. Tale constatazione, per un verso, conferma un generale dovere degli organi di amministrazione dell'impresa societaria – sia essa autonoma o inserita in una realtà di gruppo – di curare e valutare la predisposizione di assetti organizzativi adeguati e, in quanto tali, idonei ad assolvere alla funzione di presidio avanzato ai fini del rispetto dei principi di corretta amministrazione, assegnata loro dalla legge³⁹; per altro verso, vale a sottolineare l'inerenza del modello di prevenzione dei reati e dell'organismo di vigilanza istituito ai sensi del d.lg. n. 231/2001 a tale complessivo sistema di controllo e, dunque, la sua centralità ai fini della valutazione dell'adeguatezza degli assetti organizzativi dell'impresa: come ha riconosciuto la già richiamata decisione resa dal Tribunale di Milano nel caso *Banca Italease* che, nell'irrogare all'ente pesanti sanzioni ai sensi del decreto in esame, ha nitidamente scolpito, da un lato, il generale «dovere di auto-organizzazione delle società» e, dall'altro, il principio per cui «l'agire in conformità a legge è sottoposto alla discrezionalità dell'imprenditore ed il rischio di non

lanza ex d.lg. n. 231, cit., 93 ss.; C. PECORARO, *Sull'assetto organizzativo dell'impresa: a proposito di un recente révirement della giurisprudenza*, in *Riv. dir. impr.*, 2012, 39 ss.; D. GALLETTI, *I modelli organizzativi*, cit., 129 ss.; N. ABRIANI, *Il modello di prevenzione*, cit., 2316 ss.; L. ANTONETTO, *Il sistema disciplinare*, in *AGE*, 2, 2009 289, ss.; D. GALLETTI, *I modelli organizzativi nel d.lg. n. 231 del 2001*, cit., 129; A.G. MARTELLI, *L'Organismo di vigilanza tra disciplina della responsabilità amministrativa degli enti e diritto societario*, in *Giur. comm.*, I, 2009, 768 ss.; I. KUTUFÀ, *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria*, cit., 718 ss.; G. GUERRIERI, *Il sistema dei controlli societario e l'OdV ex d.lg. n. 231/2001*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1, 2014, 35 ss.; M.L. PASSADOR, *Profili di governance derivanti dal D.lgs.231/2001*, cit., 97 ss.; M. CENTONZE, *D.Lgs. n. 231 e diritto societario. In particolare: l'OdV è ancora una funzione senza disciplina*, in *La responsabilità "penale" degli enti. Dieci proposte di riforma*, a cura di F. Centonze e M. Mantovani, Bologna, 2016, 261 ss. E v. già gli spunti di R. RORDORF, *I criteri di attribuzione di responsabilità*, cit., 1297 ss. ed ora M. IRRERA, *Il rapporto*, cit., 695 ss.

³⁸ P. FERRO-LUZZI, *L'esercizio dell'impresa tra amministrazione e controllo*, cit., 245 ss.; M. STELLA RICHTER jr, *La funzione di controllo del consiglio di amministrazione nelle società per azioni*, in *Riv. società*, 2012, 663 ss.; P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni*, cit., 51 s. E v. anche C. ANGELICI, *Conclusioni*, in *Corporate governance e "sistema dei controlli" nella s.p.a.*, a cura di U. Tombari, 2013, 267 ss., ove, all'esito di una ricostruzione sistematica del significato «positivo dell'"amministrazione" e "controllo"», si ricava la «conferma [del]la loro convergenza al vertice in una dimensione unitaria, quella in definitiva della gestione imprenditoriale e della sua "correttezza"».

³⁹ Per tutti, G. CAVALLI, *Commento all'art. 149 t.u.f.*, cit., 1241; P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni*, cit., 45 s.

conformità non può rientrare tra i rischi accettabili da parte degli amministratori»⁴⁰.

Il modello di prevenzione dei reati si iscrive dunque all'interno del sistema dei controlli interni dell'ente, costituendone un tassello essenziale; e, al contempo, l'organismo di vigilanza rappresenta uno dei protagonisti di tale sistema reticolare e policentrico, nel quale i piani della vigilanza e della valutazione degli assetti organizzativi e le diverse accezioni di controllo si articolano su più livelli, presentando profili di contiguità e di parziale sovrapposizione che inevitabilmente si riflettono nell'imputazione di attività a più organi o funzioni⁴¹. Pluralità di organi e funzioni che assume poi ulteriore complessità nei gruppi di società: in tale ambito i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, ai quali deve ispirarsi l'attività di direzione e coordinamento ai sensi dell'art. 2497 c.c., sembrano legittimare (e finanche imporre) modelli di controllo interno omogenei e coerenti, con un allineamento (o, quanto meno, un adeguamento e adattamento) alle procedure della controllante, in un contesto operativo che segnala il frequente – e opportuno – accentramento di almeno parte delle funzioni di gruppo, quali l'*internal audit*, il *risk management* e la *compliance*, ma talora – e più discutibilmente – anche dell'organismo di vigilanza di cui al d.lg. n. 231/2001⁴².

7. A fianco di queste considerazioni di carattere generale, si pone l'ulteriore, e più delicata, questione relativa ai corollari applicativi della segnalata evoluzione del diritto societario sulla disciplina della responsabilità da reato.

Si tratta, in primo luogo, di verificare se ed in quale misura il

⁴⁰ Così Trib. Milano, 3 novembre 2010, cit., nella cui motivazione parrebbe percepibile la eco di indicazioni dottrinali, con particolare riguardo al dovere di auto-organizzazione che grava sulle società e al rapporto tra modelli organizzativi e le norme di diritto societario: il riferimento è in particolare ai contributi contenuti in *Società e modello "231": ma che colpa abbiamo noi?*, cit. In argomento v. anche N. ABRIANI e F. GIUNTA, *L'Organismo di Vigilanza previsto dal d.lg. n. 231/2001. Compiti e funzioni*, in *Riv. dir. impresa*, 2012, 239 ss.

⁴¹ Così C. ANGELICI, *Conclusioni*, cit., 274 ss. Il rischio che tale sovrapposizione può determinare nella tracciabilità delle responsabilità è ben individuato nelle ricordate «Disposizioni sul sistema dei controlli interni, sistema informativo e continuità operativa», emanato dalla Banca d'Italia nel luglio 2013, ove si raccomanda: «Nel definire le modalità di raccordo, ferme restando le attribuzioni previste dalla legge per le funzioni societarie di controllo, le banche prestano attenzione a non alterare, anche nella sostanza, le responsabilità primarie degli organi aziendali sul sistema dei controlli interni».

⁴² Su quest'ultimo profilo v. più ampiamente *infra*, al par. 11, e già i rilievi critici già espressi in N. ABRIANI e F. GIUNTA, *L'Organismo di Vigilanza previsto dal d.lg. n. 231/2001*, cit., 275 s.

nuovo diritto dei controlli societari si riverbera sulla ricostruzione dei modelli di prevenzione, imponendo di rivedere alcuni degli *idola fori* (o *theatri*) che si sono radicati in sede di prima esegesi della nuova disciplina e che tuttora sembrano condizionare il dibattito dottrinale e, almeno in parte, l'approccio giurisprudenziale.

Il più insidioso tra questi pregiudizi riguarda l'asserita facoltatività della predisposizione del modello e della istituzione dell'organismo di vigilanza. Per quanto tuttora assolutamente prevalente (in particolare nella dottrina penalistica), tale conclusione sembra sottendere una sovrapposizione di piani che vanno tenuti rigorosamente distinti: quello dell'*ente*, da un lato, e quello degli *organismi sociali*, e dei doveri inerenti alla loro corretta amministrazione, dall'altro. Se infatti dal primo angolo prospettico, e dunque per la persona giuridica, l'adozione del modello di prevenzione può tuttora qualificarsi alla stregua un mero *onere* il cui adempimento è funzionale a non incorrere nella responsabilità penal-amministrativa⁴³, il nuovo scenario normativo sopra richiamato sembra indicare chiaramente che gli amministratori non possono sottrarsi all'obbligo di verificare se l'ente da loro amministrato sia esposto al rischio di una propagazione di responsabilità, con i gravi corollari contemplati dal d.lg. n. 231/2001⁴⁴.

Ciò non significa, peraltro, che vi sia un generale obbligo di predisporre il modello di prevenzione e, tanto meno, di istituire l'organismo di vigilanza. Emerge qui infatti un secondo, e parimenti ricorrente, equivoco; o, se si preferisce, una sorta di crisi

⁴³ Per tutti, G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Tra-
tato di diritto penale*, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Magliaro, Milano, 2008 e
P. MONTALENTI, *Organismo di vigilanza e sistema dei controlli*, Relazione al convegno
*Molte regole, nessun sistema: proposte per una razionalizzazione del sistema dei controlli
societari*, organizzato da Assonime a Milano il 31 marzo 2009, pubblicato in *Giur. comm.*,
I, 2009, 643 ss.; in giurisprudenza, per la facoltatività del modello, v. Trib. Milano, 20
marzo 2007, Pres. Gandus, soc. My Chef s.r.l., in *Dir. prat. soc.*, 2007, 71 s. e, sia pure
incidenter tantum, Trib. Roma, 15 dicembre 2017, in *Giur.it.*, 2018, 900. Come si dirà nel
testo, di per sé la tesi della non obbligatorietà in assoluto del modello potrebbe anche
condividersi; salvo però aggiungere che altro è la istituzione del modello, altro è la map-
patura dei rischi, che non può essere omessa e dal cui esito dipende l'obbligatorietà del
modello.

⁴⁴ N. ABRIANI, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., 12 ss. E v. l'interessante ordi-
nanza del G.I.P. Trib. Milano, 9 novembre 2004, in *rivista231.com*, ove si afferma: «L'in-
dividuazione delle attività nel cui ambito possono essere commessi reati presuppone un'a-
nalisi approfondita della realtà aziendale con l'obiettivo di individuare le aree che risul-
tano interessate dalle potenziali casistiche di reato. È altresì necessaria un'analisi delle pos-
sibili modalità attuative dei reati stessi. Questa analisi deve sfociare in una rappresen-
tazione esaustiva di come i reati possono essere attuati rispetto al contesto operativo in-
terno ed esterno in cui opera l'azienda. In questa analisi dovrà necessariamente tenersi
conto della storia dell'ente – cioè delle sue vicende, anche giudiziarie, passate – e delle
caratteristiche degli altri soggetti operanti nel medesimo settore».

logico-normativa. La costruzione del modello di prevenzione dei reati, quale contemplata dal d.lg. n. 231/2001, si sostanzia in un processo di valutazione e gestione dei rischi: un procedimento a formazione successiva che si snoda attraverso più fasi poste in sequenza tra di loro e che vede “a monte” il censimento dei potenziali fattori criminogeni e delle aree di rischio e soltanto “a valle” la predisposizione del modello, con il relativo corredo di sanzioni disciplinari, e l’istituzione dell’organismo di vigilanza.

L’obbligo che propriamente incombe sugli amministratori attiene alla *identificazione dei rischi* in relazione ai reati-presupposto che possono essere commessi a favore dell’ente, attraverso l’analisi delle modalità realizzative degli stessi e una definizione delle aree aziendali, dei processi e dei soggetti maggiormente esposti. Si tratta della c.d. “mappatura dei rischi”, normalmente considerata ai fini della messa a punto in concreto del modello e del suo perimetro applicativo, ma la cui rilevanza si può apprezzare, prima ancora, per definire *se*, con riferimento all’ente in questione, sussista effettivamente l’obbligo di provvedere alla predisposizione dello stesso.

Nelle ipotesi in cui tale (comunque doverosa) attività prope-deutica conduca ad un risultato tranquillizzante, in quanto i rischi suscettibili di determinare la propagazione di responsabilità a carico dell’ente risultino soltanto improbabili, l’organo gestorio potrà limitarsi a prenderne (e darne) atto, senza procedere oltre, salvo operare in futuro nuove verifiche, in relazione, da un lato, alle eventuali modificazioni delle dimensioni, dell’oggetto e della struttura dell’ente e, dall’altro, al sopravvenuto ampliamento normativo dei reati presupposto.

Qualora invece tale ricognizione preliminare riveli l’esistenza di aree di rischio, la predisposizione del modello risulterà ineludibile. E ciò: *a*) in tutti gli enti, e dunque non soltanto nelle società azionarie (o a responsabilità limitata) per le quali è enunciato (e suscettibile di estensione) il ricordato dovere di adeguata organizzazione; *b*) indipendentemente da una valutazione comparativa tra costi-benefici, che non può trovare cittadinanza con riguardo alla prevenzione del rischio di comportamenti illeciti rilevanti ai fini della propagazione della responsabilità dell’ente⁴⁵; *c*) a prescindere dalle dimensioni dell’ente, che rilevano unicamente ai fini dell’articolazione del modello e, in primo luogo, sulla possibilità, accordata appunto agli enti di più piccole dimensioni, di riservare l’e-

⁴⁵ E v. ancora Trib. Milano, 3 novembre 2010, cit.

servizio delle funzioni dell'organismo di vigilanza allo stesso organo dirigente.

8. È peraltro evidente che, se si rigira il tessuto normativo sopra schematicamente riassunto, e se ne riguarda in controluce non “la trama” bensì “l'ordito”, la predisposizione del modello di prevenzione dei reati e l'istituzione di un vero e proprio organismo di vigilanza risulta obbligatoria in tutti gli enti di non piccole dimensioni che, per tipo di attività e struttura finanziaria ed organizzativa, presentino aree di rischio rilevanti ai fini della commissione di reati-presupposto.

Ed è appena il caso di osservare come il progressivo ampliamento di tale categoria di reati, e soprattutto la inclusione in tale ambito dei reati antinfortunistici, imponga ora di estendere la “mappatura dei rischi” alla totalità delle aree ed attività aziendali che coinvolgano processi lavorativi e prodotti a rischio sotto il profilo della prevenzione della salute e sicurezza sul lavoro, così dilatando – e in misura significativa – la sfera degli enti i cui organi dirigenti non possono esimersi dalla predisposizione del modello di prevenzione dei reati.

Sotto altro versante, la stessa disciplina specialistica della responsabilità da reato degli enti sembra segnalare la emersione di inediti profili di doverosità, per lo stesso ente, dell'adozione dei *compliance programs*.

Esemplare è la previsione contenuta nella nuova versione del «Regolamento dei mercati organizzati e gestiti da Borsa Italiana», ove si indica tra i requisiti necessari per ottenere la qualifica “Star” l'«aver adottato il modello di organizzazione, gestione e controllo previsto dall'art. 6 d.lg. 231/2001»⁴⁶. Il quadro è integrato, e completato, dalle «Istruzioni al regolamento» che, sin dalla versione in vigore dal 31.5.2008, precisano che «per ottenere la qualifica Star l'emittente presenta a Borsa Italiana S.p.A. una richiesta firmata dal legale rappresentante alla quale deve essere allegata», tra l'altro, la «dichiarazione sottoscritta dal legale rappresentante della società attestante l'avvenuta adozione del modello di organizzazione,

⁴⁶ Così l'art. 2.2.3, comma 3, lett. *k*). Lo stesso *Regolamento* soggiungeva, nella versione del 2007, che l'emittente è tenuto a comunicare a Borsa Italiana, al 10 settembre di ogni anno, una relazione sul governo societario, nonché l'«attestazione sull'adeguatezza e osservanza del modello di organizzazione, gestione e controllo previsto dall'art. 6 d.lg. 231/2001 da parte dell'Organismo di Vigilanza o dell'organo preposto a tale funzione» (2.13.3, comma 2, che, si osserva per inciso, anticipava, sia pur implicitamente, la possibilità che anche l'organo di controllo possa essere investito della funzione di vigilanza sul modello di prevenzione).

gestione e controllo previsto dall'articolo 6 del d.lg. n. 231/2001 con la descrizione della composizione dell'organismo di vigilanza o indicazione dell'organo equivalente»⁴⁷.

Una certa consonanza con tale impostazione sembra presentare la scelta di talune amministrazioni pubbliche di rendere comunque obbligatorio il modello per le imprese che operano in regime di convenzione, prescrivendo tale requisito nei bandi di gara o generalizzandolo a livello normativo⁴⁸.

Ben più rilevante, per la sua maggior pregnanza e per la generale portata applicativa, si rivela infine il già ricordato Testo unico sulla sicurezza sul lavoro, il quale dispone espressamente che il modello idoneo ad espletare l'efficacia esimente della responsabilità amministrativa dell'ente «*dev'essere adottato ed efficacemente implementato* assicurando un sistema aziendale per l'adempimento di tutti gli obblighi giuridici» in materia di sicurezza sul lavoro, oggetto in tale sede di un'analitica enumerazione (così l'art. 30 del d.lg. n. 81/2008).

Nell'ambito del Modello di prevenzione dei reati di cui al d.lg. n. 231/2001, il legislatore sembra dunque reputare essenziale, e

⁴⁷ Art. IA.2.10.1, comma 1. E v. anche l'art. IA.2.10.2, che, ai fini della verifica dei requisiti per la permanenza sul segmento Star, richiede la «attestazione sull'adozione del modello di organizzazione, gestione e controllo previsto dall'articolo 6 del decreto legislativo 231/2001».

⁴⁸ Com'è avvenuto nella Regione Calabria, con la l. reg. n. 21 giugno 2008, n. 15, il cui art. 54, sotto l'esplicita rubrica «Adeguamento al d.lg. 8 giugno 2001, n. 231», impone a tutte «le imprese che operano in regime di convenzione con la Regione Calabria» di «adeguare, entro il 31 dicembre 2008, i propri Modelli Organizzativi alle disposizioni di cui al d.lg. 8 giugno 2001, n. 231», subordinando a tale adempimento «l'attuazione dei dispositivi contrattuali che regolano l'esercizio di nuove attività convenzionate, ovvero il rinnovo di convenzioni in scadenza». In tal senso v. anche il decreto n. 588/2010 della Regione Lombardia, rubricato «Approvazione dei requisiti e delle modalità operative per la richiesta di iscrizione all'albo regionale degli operatori pubblici e privati per i servizi di istruzione e formazione professionale e per i servizi al lavoro in attuazione del D.G.R. N. VIII del 23 dicembre 2009», che ha richiesto l'adozione del modello organizzativo d.lg. 231/01, nonché la relativa comunicazione alla Regione Lombardia da parte degli enti che svolgono servizi formativi e che intendano contrattare con la stessa, entro il 31 marzo 2011 (e per le strutture di ricovero v. la delibera n. 9114/2009, nonché per l'accreditamento regionale delle unità di offerta socio-sanitaria, la delibera n. 3540/2012). Sulla scia del medesimo indirizzo v. altresì la legge regionale dell'Abruzzo n. 15 del 2011, che impone agli enti dipendenti e strumentali della Regione di dotarsi di un modello organizzativo conforme ai dettami del d.lg. n. 231 del 2001. E v. anche il documento del Ministero dell'Economia e delle Finanze sugli «Indirizzi per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza nelle società controllate o partecipate», che richiede l'adozione del modello di prevenzione – integrato con idonee previsioni in conformità alla l. n. 190/2012 – in tutte le società nelle quali il MEF detenga partecipazioni di minoranza (presupponendo evidentemente, ma implicitamente, che tale modello sussista nelle società controllate: il testo è consultabile all'indirizzo www.mef.gov.it/inevidenza/documenti/Direttiva_23_3_definitiva.pdf, 2015, 3).

dunque indefettibile in tutti gli enti esposti al rischio della commissione di tali fattispecie criminose, la funzione di vigilanza diretta alla prevenzione dei reati antinfortunistici. Si tratta, del resto, di una linea di tendenza che trova ancora una volta significativi precedenti nel settore degli intermediari finanziari, per i quali il d.lg. n. 231/2007 postula chiaramente l'essenzialità della funzione di vigilanza tesa alla prevenzione ed alla scoperta dei fatti di ricettazione, riciclaggio, impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita e autoriciclaggio, chiamando a vigilare sull'osservanza del decreto stesso «il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza, il comitato di controllo di gestione, l'organismo di vigilanza di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), del decreto legislativo 8.6.2001, n. 231, e tutti i soggetti incaricati del controllo di gestione comunque denominati presso i soggetti destinatari del presente decreto» (così l'art. 52, comma 1). È parimenti obbligatoria, per tutti gli intermediari, pare l'adozione di modelli organizzativi e di un organismo di vigilanza che permetta di individuare, prevenire e gestire il rischio di commissione di fatti manipolativi del mercato: come sembra chiaramente desumersi dalle rigorose disposizioni in tema di *market abuse* di cui agli artt. 180 ss. t.u.f., che impongono, tra l'altro, agli intermediari di “segnalare senza indugio alla Consob le operazioni che, in base a ragionevoli motivi, possono ritenersi configurare una violazione delle disposizioni” di cui al Titolo I-bis della Parte V del testo unico⁴⁹.

9. Per quanto eterogenee, le indicazioni legislative e regolamentari ora richiamate sembrano imporre un supplemento di riflessione in ordine alla pretesa facoltatività dell'adozione del modello di prevenzione dei reati per lo stesso ente, avvalorando il ri-

⁴⁹ E v. già l'art. 187-*nonies*, comma 1, t.u.f., integrato dagli artt. 44 ss. del Regolamento Mercati Consob n. 16191/2007: in argomento v., per tutti, A. COLOMBO, *I modelli di organizzazione e l'organismo di vigilanza (D.Lgs. n. 231/2001) nel quadro del sistema dei controlli interni di banche ed altri intermediari finanziari*, in *Banca impresa*, 3, 2008, 407 ss. Le conclusioni indicate nel testo sono confermate – e per alcuni versi avvalorate – dalle novità introdotte al riguardo dal d. lgs. 10 agosto 2018 n. 107 che ha adeguato la normativa nazionale alle disposizioni del Regolamento (UE) n. 596/2014, relativo agli abusi di mercato, che ha sostituito la direttiva 2003/6/CE e le direttive 2003/124/UE, 2003/125/CE e 2004/72/CE (Market Abuse Regulation – MAR). Un possibile (anche se non necessario) approdo del percorso sin qui delicato sarebbe rappresentato dall'eventuale approvazione del disegno di legge presentato al Senato (Atto n. 776 del 30 luglio 2018) ove si propone di «introdurre l'obbligatorietà del citato modello 231 e della nomina dell'organismo di vigilanza di cui all'articolo 6, comma 1, lett. b) del d.lg. n. 231 del 2001 a tutte le società di capitali e cooperative che non rientrino nei limiti dimensionali e reddituali previsti dal art. 2435-*bis*, 1° comma, numeri 1) e 2), del codice civile», comminando sanzioni pecuniarie per le società inadempienti.

lievo di quell'autorevole dottrina penalistica che ha da tempo sottolineato che «tutta la normativa che dà fondamento alla responsabilità amministrativa degli enti si regge su un pilastro finalistico tale da rendere la *societas* destinataria di un vero e proprio obbligo di prevenire i reati», mentre la dimensione dell'onere tende ad esaurire il suo rilievo “solo sul piano processuale”⁵⁰.

Da tali novità escono ulteriormente rafforzate le conclusioni alle quali si è pervenuti, sul versante civilistico, in ordine all'esistenza di un generale obbligo degli amministratori di verificare l'inferenza probabilistica di determinati rischi di reato nell'ambito dell'attività d'impresa esercitata dall'ente da loro amministrato.

Al riguardo va ribadito che l'omessa “mappatura” dei rischi costituisce, di per sé sola, un inadempimento ascrivibile agli amministratori in termini di responsabilità, e, prima ancora, una giusta causa di revoca ex art. 2383 c.c., una grave irregolarità denunciabile ai sensi dell'art. 2409 c.c. e un fatto censurabile suscettibile di essere segnalato all'organo di controllo ai sensi dell'art. 2408 c.c. E parimenti apprezzabile, sotto tutti i profili ora segnalati, è l'omessa o inadeguata predisposizione del modello ove da questa attività prodromica siano (o sarebbero) risultati sussistenti i presupposti che avrebbero imposto di provvedere in tal senso⁵¹.

⁵⁰ E. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale d'impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2005, 322 ss.

⁵¹ Come conferma, in punto di responsabilità, quella giurisprudenza che ha condannato il presidente con funzioni delegate di una società di capitali priva del modello di prevenzione a risarcire all'ente i danni subiti – nella specie, in termini di sanzioni pecuniarie – per effetto della mancata attivazione del presidio penal-preventivo: Trib. Milano, 13 dicembre 2008, n. 1774, in *Società*, 2008, 1507 e in *Giur. comm.*, II, 2009, 177, con nota di V. BUONOCORE. E v. anche Corte Conti, 23 novembre 2009, n. 651, in *Riv. Corte Conti*, 2009, 6, 112, per cui «la responsabilità per illecito produttivo di danno erariale commesso dall'amministratore di una società di capitali, ancorché questi abbia agito con dolo e per interessi suoi personali, si estende alla stessa società, salvo che quest'ultima provi di aver adottato ed efficacemente attuato modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire illeciti della stessa specie». Questione ulteriore è se, oltre a configurare un inadempimento, l'omessa adozione configuri altresì una grave irregolarità rilevante ai sensi dell'art. 2409 c.c.: in senso negativo, v. Trib. Roma, 15 dicembre 2017, cit., per cui «la mancata adozione di un modello ex lege n. 231/2001, attesa la sua non obbligatorietà, non può essere qualificata grave irregolarità ai sensi dell'art. 2409 c.c., ossia irregolarità riferibile a norme civili, penali, tributarie o amministrative, idonea a creare un danno al patrimonio sociale». In dottrina R. SACCHI, *L'Organismo di Vigilanza ex d.lg. n. 231*, cit., 855 ss. e A. DE NICOLA, *L'Organismo di Vigilanza 231*, cit., 4 ss. Un'indicazione in tal senso è rinvenibile, del resto, nella legge delega 29 settembre 2000, n. 300, sulla base della quale è stato emanato il d.lg. n. 231 del 2001, ove si prevedeva espressamente l'automaticità della delibera assembleare di promozione dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori delle società di cui veniva accertata la responsabilità penal-amministrativa (art. 11, comma 1, lett. *u*). In dottrina v. R. SACCHI, *L'Organismo di Vigilanza ex d.lg. n. 231*, cit., 855 ss.; A. DE NICOLA, *L'Organismo di Vigilanza 231*, cit., 4 ss.; N. ABRIANI, *Il modello di prevenzione*, cit., 2319 ss.

In questo quadro, la questione decisiva è non già se il modello di prevenzione risulti o meno obbligatorio, bensì *quando* tale obbligo possa dirsi correttamente adempiuto, così da porre efficacemente la società al riparo dal rischio di una propagazione della responsabilità da reato: questione che attraversa radialmente competenze diverse e sul quale non possono che convergere, con virtuoso approccio interdisciplinare, i contributi dei giuristi, a cominciare naturalmente dai penalisti, ma anche degli studiosi di scienze aziendali⁵².

Si tratta di un profilo evidentemente cruciale anche ai fini della configurabilità di una responsabilità per *mala gestio*, al quale in questa sede non si può che operare un rapido richiamo, per soffermarsi piuttosto sui corollari che la disciplina del d.lg. n. 231 può determinare sulla responsabilità civile degli organi sociali.

L'aspetto più evidente – e noto, anche in chiave comparatistica⁵³ – attiene alla possibile imputazione agli amministratori dei danni derivanti, per l'ente sprovvisto di adeguato modello di prevenzione, dall'applicazione di sanzioni pecuniarie o di misure interdittive.

Al riguardo è opportuno operare alcune precisazioni preliminari.

In primo luogo, va sgombrato il campo da un possibile equivoco: ancorché la responsabilità dell'ente presupponga che il comportamento illecito sia stato realizzato nell'interesse o a vantaggio dell'ente, l'amministratore convenuto nell'azione di responsabilità non potrà far valere la circostanza che i danni sofferti in dipendenza del reato siano stati parzialmente neutralizzati dai vantaggi conseguiti dalla società, in quanto il vantaggio dell'illecito è comunque destinato a essere oggetto di confisca; senza considerare che la società ben potrebbe richiamare il consolidato orientamento giurisprudenziale che, in tali fattispecie, consente di prendere in considerazione unicamente gli effetti patrimoniali vantaggiosi che costituiscano conseguenza diretta e immediata del fatto lesivo.

In secondo luogo va sottolineato che, sebbene la consumazione di una fattispecie delittuosa rilevante ai sensi del d.lg. n. 231/2001 non incida sulla libertà dei soci di deliberare o meno l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori⁵⁴, tale inerzia po-

⁵² E v. da E. LAGHI, *Il modello organizzativo e di gestione ex d.lg. 231/2001*, cit., 825 ss.

⁵³ E v. infatti nella giurisprudenza nordamericana, sia pur incidentalmente, *In Re Caremark International Inc. Derivative Litigation*, 698 A.2d 959, Del. Ch. 1996.

⁵⁴ Né parrebbe legittima una previsione statutaria, e tanto meno nel modello, in tal senso: G. GUIZZI, *La disciplina della responsabilità amministrativa degli enti: alcune im-*

trà indubbiamente costituire un elemento alla luce del quale graduare la misura delle future sanzioni, qualora l'ente dovesse nuovamente incorrere in responsabilità da reato, e potrebbe dunque fondare a sua volta una responsabilità "deliberativa" dei soci⁵⁵.

Sotto opposto versante, la predisposizione del modello permette di circoscrivere la responsabilità dell'organo amministrativo alla omessa verifica della effettiva (ed efficace) operatività dell'organismo di vigilanza oppure, ove l'istituzione di quest'ultimo sia stata demandata all'amministratore delegato (o al comitato esecutivo), per omessa verifica dell'esercizio del dovere di vigilanza da parte dell'amministratore delegato nei confronti dell'organismo⁵⁶.

E parimenti una responsabilità potrà configurarsi nell'ipotesi di mancata adozione – e finanche, com'è talora dato constatare, di mancato riscontro – delle misure sollecitate, sul piano operativo (e in primo luogo, in termini di risorse), dall'organismo di vigilanza al fine dell'efficace applicazione e aggiornamento del modello di prevenzione: profilo sul quale andrà valutata l'effettiva idoneità del modello ad affrancare l'ente e i soggetti che in esso operano (a livello apicale o subordinato) dall'ambigua logica della *fidelitas* aziendale, per radicare e presidiare un'etica della legalità improntata a un radicale dissenso da comportamenti illeciti, ancorché realizzati a immediato beneficio dell'ente stesso.

10. Vi è poi un secondo profilo sotto il quale l'introduzione del modello organizzativo e, nel suo ambito, di procedure che debbono essere osservate anche da parte degli amministratori nell'assunzione delle determinazioni gestorie, sembra destinata ad assumere rilievo: com'è stato infatti osservato, le regole ed i criteri di comportamento delineati *a priori* nel modello organizzativo finiscono inevitabilmente per assurgere a parametro cogente alla stregua del quale valutare la diligenza degli amministratori; regole basilari minime, il cui rispetto non vale di per sé ad escludere il *deficit* di diligenza, ma la cui inosservanza configura una colpa spe-

*plici*zioni civilistiche, Relazione svolta nell'ambito del seminario sulla disciplina del d.lg. n. 231/2001, organizzato da ABI Formazione a Roma il 20 novembre 2004, inedita.

⁵⁵ In argomento è d'obbligo il richiamo a F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, Torino, 2004, *passim*.

⁵⁶ Così P. MONTALENTI, *Organismo di vigilanza e sistema dei controlli*, Relazione al convegno *Molte regole, nessun sistema: proposte per una razionalizzazione del sistema dei controlli societari*, organizzato da Assonime a Milano il 31 marzo 2009, in *Giur. comm.*, 2009, I, 643 ss., sul convincente presupposto che l'adozione del modello possa essere oggetto di delega.

cifica, tale da esporre gli amministratori a responsabilità, senza bisogno di procedere a ulteriori accertamenti⁵⁷.

Nel solco di questa persuasiva ricostruzione si può aggiungere che la violazione delle procedure di cui al modello di prevenzione potrebbe esporre (ancor prima a sanzione disciplinare e quindi) a responsabilità gli organi sociali anche quando non si ravvisino gli estremi di un fatto penalmente rilevante, con conseguente sanzione a carico della società: ciò che assume rilievo, sotto questo profilo, non è infatti l'illecito penale, né la propagazione della responsabilità penal-amministrativa all'ente, ma la mancata uniformazione da parte degli amministratori a quei protocolli, il rispetto dei quali avrebbe conservato la gestione nell'alveo della "corretta amministrazione", prevenendo l'illecito civile.

Sotto una diversa, ma convergente, prospettiva merita infine di essere ricordato che il sistema della prevenzione dei reati attribuisce all'autorità giudiziaria il compito di operare una valutazione in concreto in ordine all'adeguatezza dell'assetto organizzativo e alla sua idoneità a prevenire la commissione degli illeciti: non solo il legislatore non considera tale intervento come un'indebita intrusione nell'attività dell'impresa, ma lo pone come un passaggio ineludibile ai fini dell'applicazione della disciplina in esame e dell'eventuale irrogazione delle sanzioni pecuniarie o interdittive⁵⁸.

Tale rilievo legittima l'interrogativo se un analogo sindacato giudiziale debba riconoscersi, più in generale, per quanto attiene alla valutazione dell'adeguatezza degli assetti strutturali predisposti dagli amministratori delegati ai sensi del comma 5 dell'art. 2381 c.c., che il consiglio è chiamato a valutare collegialmente, ai sensi del terzo comma della stessa norma, e sull'adeguatezza ed effettivo funzionamento dei quali si appunta il controllo del collegio sindacale, ai sensi dell'art. 2403 c.c. Lungo questa linea interpretativa si dovrebbe allora accordare all'autorità giudiziaria il compito di valutare anche altri profili organizzativi, primo tra tutti l'adeguatezza di quel sistema di flussi informativi tra amministratori delegati, da un lato, e consiglio di amministrazione e organi di controllo, dall'altro, che la riforma del diritto societario ha introdotto, così codificando un ulteriore paradigma dell'attività gestionale – il protocollo istruttorio-informativo, appunto – che si affianca al pro-

⁵⁷ G. GUIZZI, *op. loc. ult. cit.*

⁵⁸ In tal senso, G. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori*, cit., 191.

TOCOLLO organizzativo quale duplice premessa della corretta amministrazione delle imprese azionarie⁵⁹.

Resta infine da osservare che la mancata mappatura dei rischi, prima, e l'omessa predisposizione del modello di prevenzione, poi, oltre a costituire un inadempimento agli obblighi degli amministratori di predisporre assetti organizzativi adeguati, potrebbero configurare altresì un'omissione del dovere dell'organo di controllo di vigilare su tali assetti e sul loro concreto funzionamento.

L'inadeguata vigilanza e la mancata attivazione sul punto può pertanto esporre i sindaci a responsabilità e configurare nei loro confronti una giusta causa di revoca. Con riferimento a quest'ultimo profilo – che assume un peculiare rilievo per i membri del collegio sindacale, irrevocabili in difetto di giusta causa (a differenza dei componenti del consiglio di sorveglianza o del comitato per il controllo della gestione) – la deliberazione di revoca potrà trovare fondamento: *a)* nell'omessa sollecitazione dell'attività preliminare di censimento delle aree di rischio; *b)* nella mancata rilevazione della irragionevolezza o incongruità della valutazione tranquillizzante eventualmente data dall'organo gestorio rispetto agli esiti della stessa; *c)* nella omessa sollecitazione dell'adozione del modello di prevenzione, ove risultasse inevitabile alla luce dei risultati della preliminare "mappatura"; *d)* nella omessa verifica dell'adeguatezza del modello stesso e del suo aggiornamento (in particolare ove l'organismo di vigilanza avesse invitato gli amministratori a intervenire sul punto). Sollecitazioni che il collegio sindacale è tenuto a promuovere attivando quei poteri ad esercizio doveroso di intervento che la nuova disciplina accorda in misura sensibilmente rafforzata⁶⁰, tanto più apprezzabili in un contesto normativo, come quello del decreto n. 231/2001, che mira a tutelare la proprietà dalla (e, al contempo, in caso di omissione, a coinvolgerla nella) responsabilità da propagazione di reato.

11. Un ulteriore elemento di raccordo e potenziale interferenza tra il diritto societario e la disciplina della responsabilità penal-amministrativa degli enti è rappresentato dalla possibile attribuzione al collegio sindacale e ai corrispondenti organi di controllo dei si-

⁵⁹ E per uno spunto in tale direzione interpretativa v. già G. ZAMPERETTI, *op. loc. ult. cit.*

⁶⁰ Sui quali v. per tutti R. ALESSI, *Il rapporto dialettico tra collegio sindacale e soci*, in *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, a cura di R. Alessi, N. Abriani, U. Morera, Milano, 2007, 5.

stemi alternativi di amministrazione e controllo della funzione di organismo di vigilanza di cui al d.lg. n. 231/2001⁶¹.

Alla luce di tale espressa indicazione normativa, la scelta di attribuire le funzioni di organismo di vigilanza all'organo sindacale – sino a ieri vista con perplessità dalla maggior parte degli interpreti⁶² – deve oggi ritenersi, in linea di principio, perfettamente legittima e meritevole di attenta considerazione nella prospettiva di razionalizzazione e semplificazione del sistema dei controlli.

Va peraltro immediatamente soggiunto che la nuova disposizione non presuppone – e tanto meno implica – una generalizzata presunzione di adeguatezza del modello che concentri le funzioni proprie dell'organismo di vigilanza in capo al collegio sindacale (oppure, nei sistemi alternativi, al consiglio di sorveglianza o al comitato per il controllo sulla gestione), demandando piuttosto tale valutazione ai competenti organi degli enti, i quali sono pertanto chiamati a verificare se l'attribuzione di tali delicate funzioni all'organo di controllo interno sia compatibile con la complessità dell'impresa e la tipologia dei rischi da reato cui è esposta.

Si impone dunque un attento scrutinio sull'opportunità di accedere alla nuova opzione introdotta dal legislatore, che gli organi sociali devono operare con la massima attenzione avuto riguardo all'efficacia complessiva del modello di prevenzione dei reati e che andrà necessariamente condotto in concreto, alla luce della peculiare configurazione dell'ente, ed eventualmente integrando in sede statutarie la disciplina proposta dal legislatore, in primo luogo al fine di rafforzarne l'autonomia⁶³.

⁶¹ Tale possibilità è riconosciuta dal nuovo comma art. 4-*bis* introdotto nell'art. 6 del d.lg. n. 231/2001 dalla l. 12 novembre 2011, a norma del quale nelle società di capitali le funzioni di organismo di vigilanza possono essere svolte dal collegio sindacale e, nei sistemi alternativi, dal consiglio di sorveglianza e dal comitato per il controllo della gestione. In argomento v. per tutti A. DE NICOLA, *L'organismo di vigilanza*, cit., 50 ss.; P. BALZARINI, *L'organismo di vigilanza*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, a cura di M. Irrera, cit., 447 ss.; M. CENTONZE, *D.Lgs. n. 231 e diritto societario*, cit., 263 ss.

⁶² Per una ricognizione "postuma" degli argomenti che inducevano a dubitare della idoneità del collegio sindacale allo svolgimento delle funzioni di organismo di vigilanza v. V. M. CARDIA, *Legge di stabilità 2012 e d.lg. 231/2001: riflessioni sulla composizione dell'organismo di vigilanza*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2012, n. 1, 123 ss., ove una critica alla soluzione legislativa per le sovrapposizioni nella funzione di controllo che può ingenerare, segnatamente nel settore dei reati societari, posto che i diversi organi possono astrattamente concorrere nel reato societario commesso dagli amministratori. Quanto invece al secondo ordine di motivazioni, fondato sulla pretesa carenza delle professionalità necessarie per un adeguato esercizio della funzione di controllo tipica dell'organismo e della continuità di azione richiesta dal d.lg. n. 231/2001, v. *infra* nel testo.

⁶³ Un supplemento di riflessione sembra invero meritare la tesi secondo la quale il comma art. 4-*bis* introdotto nell'art. 6 verrebbe a sancire, in termini impliciti, una generale compatibilità tra la disciplina dei tre organi di amministrazione e la regolamentazione

Va ancora sottolineato come la nuova regola si ponga su un piano – e rifletta una logica – profondamente diversi rispetto al precetto che immediatamente la precede, ovvero il comma 4 dell'art. 6, d.lg. n. 231/2001, che prevede che «negli enti di piccole dimensioni i compiti [dell'organismo di vigilanza] possono essere svolti direttamente dall'organo dirigente». A differenza di quanto avviene per l'organo gestorio, ai fini della convergenza delle funzioni di organismo di vigilanza nell'organo di controllo non risulta invero dirimente la dimensione dell'impresa: come conferma la possibilità di tale concentrazione di ruoli anche nelle società quotate, espressamente riconosciuta dall'ultima versione del *Codice di autodisciplina*⁶⁴, e la (addirittura tendenziale) immedesimazione postulata per le società bancarie dalle già citate «Disposizioni di vigilanza per le banche»⁶⁵.

Ad assumere un rilievo decisivo è piuttosto l'ampiezza del pe-

dettato nei modelli di prevenzione in ordine all'organismo di vigilanza di cui al d.lg. n. 231/2001 (così M. CENTONZE, *D.Lgs. n. 231 e diritto societario*, cit., 273 ss.). Si tratta di una indicazione ermeneutica importante in quanto induce a superare impostazioni formalistiche, che sino a ieri postulavano una inidoneità a far parte dell'organismo di vigilanza dei componenti dell'organo amministrativo (così, nel caso Impregilo, G.i.p. Trib. Napoli, 26 giugno 2007, con riguardo alla posizione di consigliere di amministrazione di società controllata, in *www.rivista231.it*), desumendosi piuttosto dalla disciplina del sistema monistico una tendenziale compatibilità di tale carica con la posizione di amministratore *indipendente*, dello stesso ente o di società controllate dallo stesso: e v. A. DE NICOLA, *L'organismo di vigilanza*, cit., 65 s. e P. BASTIA, *I modelli organizzativi dei gruppi internazionali, Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lg. 8 giugno 2001, n. 231*, in a cura di G. Lattanzi, Milano, 2010, 137 ss. Al contempo, proprio con riguardo agli organi di controllo dei sistemi alternativi andrebbe attentamente vagliata l'introduzione di regole statutarie che, per garantire una maggior efficacia del modello, limitino – o, quanto meno, procedimentalizzino – la revoca dei componenti dell'organo di controllo che siano altresì investiti della funzione di organismo di vigilanza e comunque escludano la competenza dell'organo amministrativo alla revoca dei componenti del comitato per il controllo sulla gestione del sistema monistico (sul tema v. ora N. ABRIANI, *Indipendenza ed autonomia del comitato per il controllo sulla gestione tra disciplina legale e regole statutarie*, in *AGE*, 2016/1, 145 ss. e B. GIUFFRÉ, *L'organismo di vigilanza ex d.lg. 231 nel sistema monistico*, *ibidem*, 233 ss.).

⁶⁴ Come si è ricordato, l'art. 8 (oggi 7), emanato all'indomani della novella del d.lg. n. 231, demanda agli emittenti, «nell'ambito di una razionalizzazione del sistema dei controlli», la valutazione sulla «opportunità di attribuire al collegio sindacale le funzioni di organismo di vigilanza ex d.lg. 231/2001» (v. *supra* alla nt. 26).

⁶⁵ Nel Titolo IV, Capitolo 3, Sezione II, Paragrafo 4 della Circolare n. 285 del 2013 si dispone quanto segue: «L'organo con funzione di controllo svolge, di norma, le funzioni dell'organismo di vigilanza – eventualmente istituito ai sensi D.lgs. n. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti – che vigila sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di organizzazione e di gestione di cui si dota la banca per prevenire i reati rilevanti ai fini del medesimo legge decreto legislativo. Le banche possono affidare tali funzioni a un organismo appositamente istituito dandone adeguata motivazione» (così la versione definitiva della Disposizione, mentre il testo originariamente posto in consultazione da Banca d'Italia non contemplava l'inciso «di norma» e consentiva l'istituzione di un organismo *ad hoc* soltanto in presenza di «particolari e motivate esigenze»).

rimetro dell'area di rischio da reato e la sua maggiore o minore coincidenza con i profili oggetto della vigilanza istituzionale degli organi sociali deputati al controllo. In questa prospettiva, l'attribuzione delle funzioni dell'organismo di vigilanza al collegio sindacale (e ai corrispondenti organi di controllo interno dei sistemi alternativi) può risultare meno problematica in società operanti nei settori bancari, finanziari ed assicurativi⁶⁶ rispetto ad imprese industriali, nelle quali le aree di rischio decampano largamente dagli ambiti direttamente oggetto del controllo dei sindaci e presentano caratteristiche tali da rendere senz'altro preferibile la configurazione dell'organismo di vigilanza come struttura autonoma e distinta, dotata delle competenze professionali richieste da dottrina e giurisprudenza per lo svolgimento dei relativi compiti⁶⁷.

In ogni caso, l'adozione della nuova opzione offerta dalla legge è destinata a determinare un ampliamento dei poteri ad esercizio doveroso dell'organo di controllo, che non potrà riflettersi anche sulle sue risorse, onde consentire un efficace svolgimento delle funzioni di vigilanza di cui all'art. 6, d.lg. n. 231/2001: in questo qua-

⁶⁶ È del resto significativo che, ben prima del *Documento* (e ora delle *Disposizioni*) di Banca d'Italia di cui alla nota precedente, una delle nostre principali banche, Intesa San Paolo, già prevedesse che «l'Organismo di Vigilanza si identifica con il Comitato per il Controllo» istituito in seno al consiglio di sorveglianza e «composto da cinque membri effettivi in possesso dei requisiti di indipendenza richiesti dal Codice di Autodisciplina di Borsa Italiana S.p.A.» (*Modello di organizzazione, gestione e controllo*, par. 3.2.1. ove si prevede che «il Consiglio di Sorveglianza nomina altresì tre membri supplenti, da individuarsi in tre soggetti esterni alla Banca in possesso dei requisiti indicati» nello stesso *modello*). Non risulta per contro che analoga funzione sia stata attribuita al comitato per il controllo sulla gestione all'esito del passaggio dal sistema dualistico al sistema monistico operato da Intesa Sanpaolo nel corso del 2016. Risulta peraltro che numerose società bancarie hanno proceduto alla concentrazione delle funzioni di *OdV* in capo ai rispettivi collegi sindacali (si veda, ad esempio, la Banca Popolare di Vicenza, dopo il riassetto organizzativo derivante dall'acquisizione nell'estate del 2016 della quasi totalità del capitale da parte del Fondo Atlante).

⁶⁷ E in tal senso v. Confindustria, *Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del d.lgs. 231/2001*, approvate il 7 marzo 2002 ed aggiornate al marzo 2014, ove, all'esito di una illustrazione delle ragioni che inducono a dubitare della opportunità della concentrazione delle funzioni, si rileva conclusivamente che l'opzione «di affidare le funzioni di Organismo di vigilanza al Collegio Sindacale *va valutata caso per caso*» (*Linee Guida*, cit., p. 63, ove l'espresso rilievo che potranno risultare inclini a «percorrere tale opzione organizzativa soprattutto le imprese caratterizzate da una minore complessità strutturale, dove è più sentita l'esigenza di razionalizzazione dei controlli interni, nonché quelle che non presentano specifiche esigenze di articolazione della *governance*, anche in ragione della natura degli *stakeholder* di riferimento»). Occorre peraltro rifuggire da generalizzazioni, ove infatti si consideri come anche nelle società bancarie e finanziarie la partecipazione del responsabile *internal audit* o *compliance* ben potrebbe favorire un più stretto raccordo (in termini di suddivisione di attività e di condivisione di informazioni) con le funzioni di conformità alle norme e di revisione interna, rendendo più incisiva l'attività dell'organismo di vigilanza, che attiene in generale all'adempimento di leggi e regolamenti.

dro, anche i compensi dell'organo di controllo – e soprattutto il *budget* di spesa a sua disposizione – andranno adeguati in ragione dei nuovi compiti e delle nuove responsabilità⁶⁸.

Tale arricchimento di funzioni si riflette, del resto, non soltanto sui requisiti professionali dei componenti del collegio, ma sulla intensità delle sue riunioni: nella prospettiva dell'idoneità del modello di prevenzione andrà infatti garantita la compresenza delle competenze pluridisciplinari e della continuità di azione dell'organo, alla luce delle nuove funzioni che è chiamato a ricoprire nella veste di organismo di vigilanza⁶⁹.

12. Un ulteriore profilo rispetto al quale può risultare proficuo un supplemento di dialogo tra studiosi di diritto penale e di diritto societario attiene ai corollari che i nuovi principi generali in tema di direzione e coordinamento, introdotti dalla riforma del diritto societario negli artt. 2497 ss. c.c., sono destinati a determinare anche sulla disciplina della responsabilità penal-amministrativa degli enti.

Al riguardo, come già ricordato, è opinione prevalente che ad ogni entità che compone il gruppo di società – al vertice, in quanto ente esercente la direzione e coordinamento, ovvero alla base, in quanto società soggetta a tale attività – debba corrispondere un proprio modello organizzativo ed un proprio organismo di vigilanza⁷⁰. Tale conclusione discende dalla constatazione che ogni società del gruppo mantiene da un punto di vista giuridico, una distinta soggettività: premessa confermata dalla disciplina societaria⁷¹; e dalla quale deriva, in mancanza di una diversa presa di posizione del d.lg. n. 231/2001, la necessità che spetti ad ogni singolo ente la prevenzione del rischio reato⁷².

⁶⁸ V.M. CARDIA, *Legge di Stabilità 2012*, cit., 132.

⁶⁹ Su quest'ultimo profilo v. N. ABRIANI, F. GIUNTA, *L'Organismo di Vigilanza previsto dal d.lg. n. 231/2001*, cit., 256 ss.

⁷⁰ V.U. LECIS, *L'organismo di vigilanza nei gruppi di società*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1, 2006, 46; F. ASSUMMA, *La responsabilità amministrativa degli enti nei gruppi di impresa: problemi e prospettive*, *ivi*, 3, 2011, 13.

⁷¹ In argomento v., per tutti, G. SCOGNAMIGLIO, "Clausole generali", *principi di diritto societario e disciplina dei gruppi di società*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2011, 579 ss.; V. CARIELLO, *Sensibilità comuni, uso della comparazione e convergenze interpretative: per una "Methodenlehre" unitaria nella riflessione europea sul diritto dei gruppi di società*, in *Riv. dir. soc.*, 2, 2012, 273 ss.; U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, cit., 33 ss.; M. MAUGERI, *Interesse sociale, interesse dei soci e interesse di gruppo*, in *Giur. comm.*, I, 2012, 72 ss. Per un approfondimento con riguardo al tema delle crisi d'impresa nella dimensione di gruppo, v. ora N. ABRIANI, L. PANZANI, *Crisi e insolvenza nei gruppi*, cit., 2301 ss.

⁷² C. PIERGALLINI, *I modelli organizzativi*, in *Reati e responsabilità degli enti*, a cura

Se tale premessa è tuttora pienamente condivisibile, più controvertibili appaiono ulteriori limitazioni che ne vengono talora desunte in ordine alla composizione degli organismi di vigilanza delle società del gruppo.

È infatti opinione tuttora largamente diffusa che, onde ottenere un presidio rafforzato in termini di autonomia dei singoli organismi e quindi di una maggiore idoneità dei modelli stessi, andrebbe esclusa la nomina dei medesimi soggetti in più organismi, in quanto rappresenterebbe un potenziale *vulnus* all'autonomia degli stessi, determinando il conseguente rischio di una risalita della responsabilità proprio in ragione dell'identità soggettiva degli organismi di controllo; laddove una diversità di composizione varrebbe a garantire un ulteriore livello di controllo e, dunque, un rafforzamento dei meccanismi impeditivi della condotta illecita⁷³.

In questa prospettiva, taluni autori si spingono sino a paventare il pericolo che in presenza di un'identità soggettiva tra gli organismi di vigilanza della controllante e delle controllate, l'attività dell'OdV si trasformi in una inaccettabile intrusione nella vita delle controllate, anche allo scopo di veicolare alla *holding* informazioni

di G. Lattanzi, Milano, 2010, 177 s. Il concetto è stato ribadito all'interno di un procedimento penale nel quale i periti, chiamati a valutare l'adeguatezza del modello, hanno censurato la scelta di creare un unico organismo di vigilanza, funzionante per tutte le società del gruppo: C. PIERGALLINI, P. BASTIA, *Perizia collegiale disposta dal Gip presso il Tribunale di Firenze all'interno del procedimento penale nr. 4559/09*, Firenze, 2011, 283 ss.

⁷³ Per tutti, A. DI AMATO, *I gruppi di società e la responsabilità amministrativa da reato degli enti*, in *La responsabilità da reato degli enti*, a cura di A. D'Avirro, A. Di Amato, Padova, 2009, 276 ss.; U. LECIS, *L'organismo di vigilanza nei gruppi*, cit., 46 ss.; F. ASSUMMA, *La responsabilità amministrativa degli enti nei gruppi*, cit., 13 ss. La eco di queste indicazioni dottrinali si percepisce nitidamente nelle Linee Guida Confindustria, ove si suggerisce che ogni società del Gruppo adotti un proprio modello e nomini «un proprio Organismo di vigilanza, distinto anche nella scelta dei singoli componenti», in quanto non sarebbe «raccomandabile l'identificazione, nell'ambito del Gruppo, di Organismi di vigilanza composti dai medesimi soggetti» (*Linee Guida*, cit., p. 75 ss., nelle quali si osserva che «ciascuna società del gruppo, in quanto singolarmente destinataria dei precetti del decreto 231, è chiamata a svolgere autonomamente l'attività di predisposizione e revisione del proprio Modello organizzativo. Tale attività potrà essere condotta anche in base a indicazioni e modalità attuative previste da parte della holding in funzione dell'assetto organizzativo e operativo di gruppo. Peraltro, ciò non dovrà determinare una limitazione di autonomia da parte delle società controllate nell'adozione del Modello. L'adozione da parte di ogni società del gruppo di un proprio autonomo Modello determina due fondamentali conseguenze: consente di elaborare un modello realmente calibrato sulla realtà organizzativa della singola impresa. Infatti, solo quest'ultima può realizzare la puntuale ed efficace ricognizione e gestione dei rischi di reato, necessaria affinché al modello sia riconosciuta l'efficacia esimente di cui all'articolo 6 del decreto 231; conferma l'autonomia della singola unità operativa del gruppo e, perciò, ridimensiona il rischio di una risalita della responsabilità in capo alla controllante».

interessate così da poter strumentalizzare la stessa gestione del rischio reato⁷⁴.

Tali impostazioni meritano di essere riconsiderate alla luce della disciplina introdotta dalla riforma societaria, che, se riafferma la distinta soggettività ed autonomia patrimoniale delle singole entità, riconosce l'esigenza di coordinamento tra le stesse, legittimando una direzione delle controllate da parte della capogruppo, nella logica economicamente unitaria propria di tale "impresa policorporativa", che connota del resto le principali realtà imprenditoriali in tutti gli ordinamenti avanzati.

In questa prospettiva, è dovere della capogruppo verificare l'adeguatezza degli assetti delle varie realtà del gruppo, sollecitando – e, se del caso, imponendo – modelli di controllo interno omogenei e coerenti, da un lato allineandoli alle procedure della controllante e, dall'altro, adattandoli alle peculiarità di ciascuna controllata.

Nel nuovo contesto normativo, l'istanza prioritaria è rappresentata non già da una autonomia *in vitro* degli organismi di vigilanza, bensì da un loro efficace coordinamento, con l'attivazione in punto di adeguati e costanti flussi informativi ascendenti, funzionale ad una razionalizzazione delle risorse e a una maggior efficienza delle strutture⁷⁵: in una prospettiva nella quale, com'è stato precisato, «l'ODV della capogruppo svolge una fun-

⁷⁴ V. E. SCAROINA, *Il problema del gruppo di imprese*. Societas delinquere potest, Milano, 2006, 267; C. PIERGALLINI, *I modelli organizzativi*, cit., 180.

⁷⁵ In questo senso P. MONTALENTI, *L'Organismo di vigilanza*, cit., 845; A. FRIGNANI, P. GROSSO, *L'organismo di controllo, sua composizione e problematiche*, in *I modelli organizzativi ex d.lg. 231/2001. Etica d'impresa e punibilità degli enti*, a cura di C. Monesi, Milano, 2005, 388. Un riconoscimento alle esigenze di coordinamento, sia pure circoscritto alle ipotesi di attività funzionalmente omogenee, è anche in C. PIERGALLINI, *I modelli*, cit., 179. Sul punto v. ampiamente le *Linee Guida* di Confindustria, cit., p. 77 ss., ove si chiarisce che «nel rispetto dell'autonomia e della riservatezza delle informazioni afferenti alle diverse società del gruppo, può essere valutata l'opportunità di prevedere – anche mediante esplicite formulazioni inserite nei singoli Modelli – l'invio all'OdV della holding da parte degli Organismi di vigilanza delle società del gruppo di: principali verifiche pianificate; relazioni periodiche predisposte dai singoli Organismi di vigilanza per il Consiglio di Amministrazione delle rispettive società, relative alle attività svolte; programmazione annuale generale degli incontri degli Organismi di vigilanza (da intendersi come quadro dei macro-ambiti oggetto di approfondimento nelle riunioni dell'OdV)». Ulteriori canali di contatto e di scambio informativo tra gli Organismi di vigilanza di un gruppo, da utilizzare sempre con le cautele del caso, possono passare attraverso: l'organizzazione di riunioni congiunte con cadenza, ad esempio, annuale o semestrale, anche per la formulazione di indirizzi comuni riguardo alle attività di vigilanza e alle eventuali modifiche e integrazioni da apportare ai modelli organizzativi; la creazione di un *repository* di raccolta e aggiornamento dei modelli organizzativi delle singole società, nonché di ulteriori documenti informativi di interesse (es. analisi delle novità normative; indicazioni giurisprudenziali).

zione di coordinamento ma non in quanto ODV *di gruppo* – qualificazione che urta contro il sistema di soggettività separate su cui si fonda il d.lg. 231/01 – bensì come ODV (della capogruppo) che, in ragione della dimensione del gruppo, opera per il *migliore funzionamento degli ODV delle singole società*» e che può vedersi affidati, in quanto tale, compiti di vigilanza non solo relativi alla capogruppo stessa ma anche relativi ad altre società del gruppo ed al gruppo come insieme. In questo quadro, se per le società di gruppo di minori dimensioni possono anche sperimentarsi soluzioni semplificatorie (come, ad esempio, organi monocratici, eventualmente composti dal medesimo soggetto), per le realtà imprenditoriali di dimensioni maggiori, invece, una articolazione separata della relativa funzione nelle singole entità del gruppo – così come avviene per gli organi societari di controllo – pare necessaria per impedire possibili rimproveri di inidoneità del modello per un eccesso di concentrazione di poteri, che aumenta i rischi di “cattura” dei controllori e di *default* nei controlli⁷⁶. L'esistenza di idonei organismi di vigilanza, pur nell'ambito di realtà opportunamente coordinate e di modelli di prevenzione dei reati connotati da struttura e impostazione in larga misura omogenee, costituisce invero un tassello imprescindibile degli assetti organizzativi e un presupposto coesistente ai fini della loro adeguatezza, anche a livello di gruppo, quale che sia la forma societaria rivestita dalle singole entità che ne fanno parte⁷⁷.

Naturalmente, le prefigurate forme di coordinamento sono funzionali a favorire una “sinergia virtuosa” tra i diversi organismi di vigilanza e non devono sconfinare in forme di ingerenza, posto che ogni organismo è destinato comunque a mantenere la propria autonomia⁷⁸. In quanto tale, il coordinamento deve sostanziarsi, in primo luogo, nello scambio periodico di informazioni, onde fa-

⁷⁶ P. MONTALENTI, *L'Organismo di vigilanza*, loc. ult. cit.

⁷⁷ Conclusione, quest'ultima, destinata ad essere ulteriormente avvalorata dalla imminente introduzione nel codice civile del principio generale di cui al (nuovo) secondo comma dell'art. 2086 c.c. (e alle corrispondenti norme relative all'amministrazione dei singoli tipi sociali), su cui *supra*, al par. 4.

⁷⁸ U. LECIS, *L'organismo di vigilanza*, cit., 49. E v. ancora le *Linee Guida* di Confindustria, cit., p. 78, secondo le quali sarebbe «consigliabile declinare il rapporto tra i vari Organismi di vigilanza in un'ottica di pariteticità, evitando di prevedere poteri ispettivi in capo a quello della *holding*. Essi, infatti, potrebbero indebolire l'indipendenza degli OdV istituiti in seno alle società controllate, rendendo più difficile dimostrare il possesso dei requisiti richiesti dall'articolo 6, comma 1, lett. *b*). In particolare, è preferibile evitare che gli OdV delle controllate chiedano la condivisione di quello della *holding* in ordine all'attività di vigilanza da svolgere o alle misure da adottare in seno alla controllata».

vorire una visione globale dei rischi e delle carenze presenti nel gruppo, consentendo ai singoli organismi di vigilanza di intervenire in modo unitario ed evitando “zone di ombra” nelle quali possano addensarsi fattori di rischio, per mancanza di chiarezza sui rispettivi ambiti di competenza⁷⁹.

In secondo luogo, appare opportuna, se non anche necessaria, la collaborazione tra gli organismi delle controllate e la funzione di *audit* di gruppo, se esistente. In mancanza di quest'ultima, gli organismi delle controllate potrebbero avvalersi dell'OdV della *holding*, e della struttura ad esso facente capo, per l'espletamento del compito di vigilanza sul funzionamento e l'osservanza del modello⁸⁰.

Il coordinamento tra organismi presuppone peraltro il preventivo coordinamento dei modelli delle varie entità cui si compone il gruppo, ciascuno dei quali dovrà contemplare forme di raccordo e flussi informativi, favorendo al contempo l'elaborazione di un efficace programma formativo in grado di trasmettere ai dipendenti delle società del gruppo la filosofia sottesa alla disciplina sulla prevenzione dei reati e i contenuti del modello organizzativo, al pari delle altre comuni regole aziendali⁸¹.

L'attività di direzione e coordinamento è, del resto, destinata ad influenzare la stessa strutturazione del modello organizzativo e la nomina dei singoli organismi di vigilanza. Sebbene infatti la

⁷⁹ In questa prospettiva, si suggerisce, opportunamente, la programmazione di incontri periodici per l'approfondimento di temi di comune interesse F. ASSUMMA, *La responsabilità amministrativa degli enti*, cit., 14.

⁸⁰ Anche in tali ipotesi pare peraltro opportuna la stipulazione di accordi che prevedano, tra l'altro, i livelli di servizio, i flussi informativi e la tutela della riservatezza.

⁸¹ In tale direzione si sono indirizzati alcuni dei principali gruppi di società italiani, i cui modelli organizzativi tendono a prevedere disposizioni dirette a creare forme di collegamento fra i vari organismi di vigilanza della capogruppo e delle controllate. Ad esempio il punto 3.3. del modello di Eni s.p.a. afferma espressamente che all'interno del gruppo viene valorizzata la diffusione e la conoscenza, da parte delle società controllate, della metodologia e degli strumenti di attuazione del modello 231; e a tale scopo sono organizzati incontri appositamente dedicati a esaminare e condividere le esperienze significative maturate. Si prevede altresì che gli organismi delle società controllate possano, ove necessario, ricorrere a risorse esterne, da attingere presso l'OdV della capogruppo, per l'esecuzione dei controlli. Il modello 231 di Eni prevede anche un flusso di informazioni tra i vari organismi delle società in ordine ai fatti rilevati, alle sanzioni disciplinari e agli adeguamenti del proprio modello. L'obbligo di informazione viene previsto anche nel modello organizzativo di Enel, per il quale gli organismi delle società del gruppo devono trasmettere all'organismo di vigilanza della capogruppo, con cadenza almeno annuale, un *report* sull'attuazione del modello e immediatamente le notizie rilevanti di fatti che possono esporre il gruppo al rischio di reati. E v. anche in tal senso il modello di Impregilo (per il quale gli organismi di vigilanza delle controllate devono trasmettere con cadenza semestrale *report* con l'indicazione di eventuali sanzioni disciplinari applicate e modifiche al modello).

competenza al riguardo permanga in capo alle singole controllate, è evidente che l'evoluzione delle procedure di gruppo – e più in generale l'elaborazione operata al vertice in ordine all'aggiornamento del modello – non potrà non avere dei riflessi sui modelli delle singole controllate, sollecitando eventuali interventi correttivi, naturalmente se ed in quanto reputati coerenti e funzionali alla peculiare realtà di ciascuna controllata.

Quanto infine alla nomina, pare evidente che la decisione dei singoli organi amministrativi delle controllate non potrà essere assunta se non in una logica condivisa con i corrispondenti organi della capogruppo. A questo proposito emerge peraltro un problema di carattere generale, che rappresenta un *punctum dolens* dell'intero sistema dei controlli di gruppo, troppo spesso rimosso da studiosi ed operatori ed al quale si intende dedicare una breve riflessione conclusiva.

13. Un tema cruciale, singolarmente rimosso dalle trattazioni in materia, attiene al processo di selezione dei candidati ritenuti più idonei a comporre gli organismi di vigilanza delle società soggette a direzione e coordinamento.

Al riguardo vi è da chiedersi se sia effettivamente conforme alla *best practice* la prassi ricorrente che – pur nel rispetto della formale competenza degli organi di amministrazione delle singole società controllate – conserva in capo al *management* della capogruppo tale selezione e la proposta di nomina al competente organo sociale. Selezione e *nomination* che viene talora operata direttamente dallo stesso CEO, ma più sovente è demandata al *General Counsel*, d'intesa talora con il responsabile delle risorse umane. Con il corollario che si vedono non infrequentemente proposti per la nomina negli organismi delle controllate professionisti (e talora dirigenti delle società del gruppo) che hanno rivestito analoga carica nella controllante o ex sindaci di quest'ultima.

Ora, ben inteso, non si intende qui proporre una estensione a componenti degli OdV (e tanto meno ai sindaci) dei meccanismi di *cooling off* contemplati per i revisori, posto che la valorizzazione delle competenze acquisite in ordine alla realtà del gruppo al vertice del quale hanno svolto le funzioni di vigilanza potrebbe rispondere oggettivamente all'interesse dell'emittente e delle sue controllate. Così come potrebbe risultare opportuno uno speculare percorso ascendente, volto a valorizzare nell'OdV della *holding* le competenze acquisite svolgendo analoga funzione nelle principali società operative di primo livello.

Il problema è però “nel manico”, ovvero nel potere di *nomi-*

nation dei candidati agli organismi delle singole società del gruppo, che andrebbe, quanto meno, sottratto al *management* della *holding*, e assegnato a un comitato di amministratori indipendenti interno al consiglio di amministrazione (ove esistente, ad esempio, al comitato per le proposte di nomina o nel monistico al comitato per il controllo sulla gestione) o finanche riconoscendo un ruolo dell'OdV della controllante in ordine alle proposte di nomina degli organismi di vigilanza che debbano istituirsi, ai sensi del decreto 231, anche in seno alle controllate.

Questa evoluzione procedurale riguarderebbe naturalmente la sola fase di selezione delle candidature e non intaccerebbe la competenza dei singoli consigli di amministrazione: della capogruppo, per quanto riguarda l'OdV della stessa *holding* e in funzione prodromica al voto del rappresentante della stessa in sede assembleare, qualora il modello assegni all'assemblea la competenza in ordine alla nomina dell'organismo di vigilanza; degli organi amministrativi delle partecipate, nella più frequente ipotesi che la competenza alla nomina dell'OdV rientri nelle loro attribuzioni⁸².

Più in generale, anche al di fuori delle realtà di gruppo, parrebbe auspicabile un coinvolgimento dell'organo di controllo interno – e, ove esistenti, degli amministratori indipendenti – nel processo di selezione dei candidati dell'organismo di vigilanza dell'ente, richiedendosi eventualmente dei suggerimenti allo stesso organismo da rinnovare in ordine ai profili e alle professionalità che, all'esito di un'autovalutazione interna, risultassero opportuni ai fini del più efficace svolgimento delle funzioni ad esso attribuite dalla legge e dal modello.

E presidi ulteriormente rafforzati andrebbero previsti per la revoca dei componenti dell'organismo, non soltanto richiedendo a tal fine la sussistenza di una giusta causa, ma prevedendo che la decisione motivata dell'organo competente – sia esso l'organo amministrativo o quello assembleare – presupponga un preventivo parere dell'organo di controllo che, sentito il componente revocando, esprima una propria valutazione in ordine all'effettiva sussistenza della giusta causa.

⁸² In presenza di consiglieri indipendenti all'interno degli organi amministrativi delle controllate, un'ulteriore evoluzione sarebbe rappresentata dall'attribuzione a tali soggetti – eventualmente, ove presente, in raccordo con il collegio sindacale – del compito di selezionare e proporre al consiglio di amministrazione le candidature per l'organismo di vigilanza.

Abstract

Il saggio esamina il ruolo del modello di prevenzione dei reati all'interno del più ampio sistema di controllo delle società, alla luce delle novità legislative entrate in vigore a partire dal 2001 e di quelle ulteriori derivanti dalla imminente riforma del diritto della crisi e dell'insolvenza. La collocazione della disciplina del d.lgs. n. 231 del 2001 nell'ambito del generale dovere di predisposizione degli assetti organizzativi di cui ogni ente deve dotarsi, ai sensi del nuovo art. 2086 del codice civile, consente di mettere meglio a fuoco tanto le reciproche connessioni ed interferenze, quanto le peculiarità che connotano il modello di prevenzione dei reati rispetto ai protocolli organizzativi imposti in generale dal diritto societario. La trattazione muove dal primo profilo, segnalando la convergenza funzionale dei due alvei regolamentari sul terreno decisivo e unificante del regime dei controlli interni, per poi sottolineare le differenze di impostazione esistenti tra le finalità di prevenzione di rischi patologici propria della *compliance* 231 e la prospettiva di gestione di rischi fisiologicamente connessi all'attività imprenditoriale, che ispira gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili dell'ente. Vengono quindi delineati i potenziali corollari, sul versante civilistico, dell'omessa o inadeguata predisposizione del modello, segnatamente in punto di responsabilità degli organi sociali. Il saggio affronta inoltre i temi interdisciplinari di rilevante impatto applicativo, quali la possibile attribuzione delle funzioni dell'organismo di vigilanza agli organi societari di controllo e la peculiare configurazione dei modelli di prevenzione nell'ambito dei gruppi di società. Vengono infine avanzate alcune proposte per un rafforzamento ulteriore, dall'angolo prospettico del diritto societario, dell'autonomia dell'organismo di vigilanza.

The essay examines the role of crime prevention model within the broader corporate governance system, after the legislative news that have come in force since 2001 and the further ones arising from the ongoing reform of Italian insolvency law. The regulation of Legislative Decree no. 231 of 2001 as part of the general duty to build the organisational structures that each company must provide, pursuant to the new art. 2086 of the Civil Code, allows to better focus on mutual connections and interferences, as well as the specific features that characterise the crime prevention model with respect to the organisational protocols imposed in general by company law. The essay starts from the former profile, pointing out the functional convergence of the two rules on the crucial and unifying ground of the internal control framework, to underline afterwards the different perspectives between the prevention of pathological risks of compliance 231 and the risk management physiologically connected to business activity, which inspires the organisational, administrative and accounting structures of the company. The potential consequences of the breach of the duty to set the model are therefore out-

lined, especially in terms of director's liability. The essay also deals with the interdisciplinary issues of significant applicative impact, such as the possible assignment of the functions of the supervisory board to the supervisory board and the peculiar configuration of the prevention models within the group of companies. Finally, some proposals are made for further strengthening, from the perspective of company law, the independence of the members of the Committee pursuant to Legislative Decree no. 231 of 2001.