

IL RUOLO DEGLI ORGANI SOCIALI E DELLE AUTORITÀ DI VIGILANZA NELLA COMPLIANCE 231 E I RAPPORTO CON L'ODV

Prof. Avv. Niccolò Abriani

Ordinario di Diritto commerciale nell'Università di Firenze

Partner DLA Piper

INDICE: **1.** Il modello di prevenzione dei reati nel sistema dei controlli societari. – **2.** Assetti e modelli nel diritto societario del nuovo millennio. – **3.** Ulteriori riconoscimenti normativi della centralità dei protocolli organizzativi nel moderno diritto societario. – **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. Il modello di prevenzione dei reati nel sistema dei controlli societari.

Tra pochi mesi la disciplina della responsabilità da reato delle persone giuridiche diventerà maggiorenne, 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: come attesta la perdurante assenza di qualsiasi riferimento 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, il mancato adeguamento della disciplina di cui al d.lgs. n. 231/2001 alle novità introdotte

nell'ordinamento societario da tali riforme, a conferma di una 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.lgs. 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, il riciclaggio e l'impiego di denaro e beni di provenienza illecita: ambito nel quale riveste una rilevanza del tutto peculiare il d.lgs. 21.11.2007, 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 l. n. 123/2007 ed il testo unico in materia di salute e sicurezza sul lavoro (d.lgs. n. 81/2008, oggetto a sua volta dell'intervento correttivo di cui al d.lgs. 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.lgs. 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

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. ora la nuova formulazione dell'art. 25-*octies* del d.lgs. 231 del 2001, che ha introdotto tra i reati presupposto anche tale fattispecie (l. 15.12.2014, n. 180).

go 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 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.

2. Assetti e modelli nel diritto societario del nuovo millennio

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, 1° comma, lett. b), d.lgs. 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.

² Sulle interferenze tra organismo di vigilanza e legge anticorruzione v. DE NICOLA A., *L'organismo di vigilanza 231 nelle società di capitali*, Torino, 2015, 139 ss.

³ In argomento, per tutti, CAVALLI G., *Commento all'art. 149*, in CAMPOBASSO G.F. (diretto da),

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 assurdo, con la riforma del diritto societario del 2003, ad autentico "architave" della *governance* delle società per azioni⁵.

Testo unico della finanza. Commentario, Torino, 2002, 1239 ss.; CORSI F., *Il collegio sindacale*, in A-A.VV., *La riforma delle società quotate. Atti del Convegno di Santa Margherita Ligure, 13-14.6.1998*, Milano, 1998, 219 ss.; FORTUNATO S., *Commento all'art. 149*, in ALPA G.-CAPRIGLIONE F. (diretto da), *Commentario al Testo Unico della Finanza*, vol. II, Padova, 1998, 1381 ss.

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

⁵ Sul punto v., *ex multis*, BUONOCORE V., *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 5 ss.; RORDORF R., *La società per azioni dopo la riforma: il sistema dei controlli*, in *Foro it.*, 2003, V, 184 ss.; MARCHETTI P., *Il potere decisionale gestorio nella s.p.a.*, in *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, a cura di CIAN G., Padova, 2004, 469 ss.; FERRO-LUZZI P., *L'esercizio dell'impresa tra amministrazione e controllo*, in *AGE*, 2007, 245 ss.; LIBONATI B., *Noterelle a margine dei nuovi sistemi di amministrazione delle società per azioni*, in *Riv. società*, 2008, 294 ss.; LIBERTINI M., *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.; FERRARINI G., *Controlli interni e strutture di governo societario*, in Abbadessa P. e Portale G.B. (diretto da), *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Campobasso*, Torino, 2007 e in *Riv. soc.*, 1996, 418 ss.; FERRI jr G., *Brevi osservazioni in tema di impresa e società*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, I, 542 ss.; BIANCHINI M.-DI NOIA C. (a cura di), *I controlli societari*, Milano, 2010, 129 ss.; DE NICOLA A., *Il diritto dei controlli societari*, Milano, 2010; MONTALENTI P., *L'amministrazione: vicende del rapporto, poteri, deleghe e invalidità delle deliberazioni*, in ABRIANI N.-CAGNASSO O.-MONTALENTI P.-AMBROSINI S., *Le società per azioni*, in COTTINO G. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Padova, 2010, vol. IV, t. 1, 629 ss.; ID., *I controlli societari: recenti riforme, antichi problemi*, in *Banca borsa*, 2011, I, 535 ss.; ID., *Società per azioni, Corporate governance, mercati finanziari*, Milano, 2011, 114 ss. Di quest'ultimo A., v., da ultimo, l'efficace quadro di sintesi e le prospettive *de iure condendo* in *Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *Riv. società*, 2013, 42 ss.; OLIVIERI G., *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.; BENAZZO P., *Controlli interni, autonomia privata e collegio sindacale nelle società chiuse*, *ibidem*, 381 ss. Con particolare riguardo alla nuova disciplina del collegio sindacale v. CAVALLI G., *Osservazioni sui doveri del collegio sindacale di società per azioni non quotate*, in ABBADESSA P.-PORTALE G.B. (diretto da), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2007, 3, 58 ss.; DOMENICHINI G., *Commento all'art. 2403*, in NICCOLINI G.-STAGNO D'ALCONTRES A. (a cura di), *Società di capitali. Commentario*, II, Napoli, 2004, 748 ss.; ABRIANI N., *Il ruolo del collegio sindacale nella governance del nuovo millennio*, in VIETTI M. (diretto da), *La governance delle società di capitali*, Milano, 2013, 329 ss.; nonché i contributi raccolti in ALESSI R.-ABRIANI N.-MORERA U. (a cura di), *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, Milano, 2007.

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 3° comma); 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 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 titolare – destinata ad assumere una più spiccata connotazione nel tipo

⁶ E v. da ultimo MONTALENTI P., *I principi di corretta amministrazione: una nuova clausola generale*, in IRRERA M. (a cura di), *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, 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 e, soprattutto, dell’attività di direzione e coordinamento di società, sulla quale v., per tutti, TOMBARI U., *Diritto dei grupPpi di imprese*, Milano, 2010.

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, ed 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.lgs. n. 231/2001 - è un parametro inevitabilmente

⁸ FERRO-LUZZI P., *Riflessioni sulla riforma*, vol. I: *La società per azioni come organizzazione del finanziamento di impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, n. 1, 673 ss. Il profilo è lucidamente colto, con riferimento alle società a partecipazione pubblica, da LIBONATI B., *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: <http://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".

relativo, destinato a variare in considerazione della 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.

3. Ulteriori riconoscimenti normativi della centralità dei protocolli organizzativi nel moderno diritto societario

Ulteriori riconoscimenti normativi della centralità dei protocolli organizzativi, quali *a priori* della corretta amministrazione, si possono rinvenire nel nuovo testo dell'art. 2428 c.c., che, nella versione introdotta dal d.lgs. 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, 4° comma,

⁹ TOFFOLETTO A., *Amministrazione e controlli*, in AA.VV., *Diritto delle società, Manuale breve*, Milano, 2012, 213 ss. In argomento v., per tutti, IRRERA M., *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005.

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 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 operare «con un'ideale organizzazione amministrativa e contabile e con un adeguato sistema di controllo interno», il quale deve contemplare, in particolare, «procedure atte a far sì che i sistemi di monitoraggio dei rischi siano correttamente integrati nell'organizzazione aziendale e che siano prese tutte le misure necessarie a garantire la coerenza dei sistemi posti in essere al fine di consentire la quantificazione e il controllo dei rischi»¹¹.

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 (Circolare 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 «competi-

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

¹¹ Così l'art. 30 del d.lgs. 7.9.2005, n. 209 (c.d. "Codice delle assicurazioni private").

tività della banca, la sua stabilità di medio e lungo periodo, la possibilità stessa che sia garantita una gestione sana e prudente»¹².

L'essenzialità della funzione di *compliance* trova ulteriore conferma nella direttiva n. 73/2006¹³, nelle *Disposizioni di vigilanza sulla funzione di conformità nelle banche*, emanate dalla Banca d'Italia il 10.7.2007 e ancora nelle *Disposizioni della Banca d'Italia sulla governance delle società bancarie* del 4.3.2008, 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 sistema¹⁴.

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 recentemente 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*)¹⁵

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/CE e 2006/49/CE, prima, e 2013/36/CE, poi, per le banche, e direttive MiFID, per i servizi di investimento) e, in prevalente attuazione di quest'ultima, dal legislatore nazionale (d.l. n. 297/2006, d.lgs. n. 164/2007 e d.lgs. n. 72/15).

¹² BANCA D'ITALIA, *Istruzioni di vigilanza per le banche*, Titolo IV, Capitolo 11, 1.

¹³ E nel Regolamento congiunto del 29.10.2006, emanato da Banca d'Italia e CONSOB.

¹⁴ Sul punto v. più ampiamente *infra*, nel testo.

¹⁵ La Circ. n. 285/13 - *Disposizioni di vigilanza per le banche* è consultabile sul sito della Banca d'Italia, all'indirizzo: <https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivio-norme/circolari/c285/index.html> .

In quest'ultimo ambito meritano di essere richiamate le disposizioni del Testo unico della finanza, che prevedono 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 incentivi¹⁶.

La rilevanza degli assetti organizzativi ha trova da ultimo due riaffermazioni particolarmente significative nel Testo Unico delle società a partecipazione pubblica e nella prefigurata riforma del diritto delle crisi d'impresa.

Il primo provvedimento prevede che le società a controllo pubblico siano tenute, da un lato, a predisporre "specifici programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale" (art. 6, co. 2 e 3) e, dall'altro, qualora in tale ambito emergano indicatori di crisi aziendale, ad adottare "senza indugio i provvedimenti necessari al fine di prevenire l'aggravamento della crisi, di correggerne gli effetti e di eliminarne le cause, attraverso un idoneo piano di riferimento" (art. 14, co. 2)¹⁷.

¹⁶ Così l'art. 6, comma 2-*bis*, del TUF, sulla base del quale è stato emanato il Regolamento congiunto Banca d'Italia-CONSOB del 29.10.2007; 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.

¹⁷ L'attenzione assegnata dal Testo Unico agli assetti della partecipata pubblica vale ad avvalorare ulteriormente la tesi, già prevalente anteriormente alla nuova disciplina, che riconosce l'applicazione alle società partecipate pubbliche della normativa di cui al d.lgs. 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 pubblico (e v. già le pronunce della Seconda Sezione Penale della Corte di Cassazione n. 28699 del 2010 e n. 234 del 2011). Sul silenzio conservato sul punto dal TUSP, si veda il *Parere del Consiglio di Stato sullo Schema di Testo Unico*: "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.lgs. 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 tutte le società a controllo pubblico che esercitano attività amministrativa". In effetti, la circostanza che nelle società a partecipazione pubblica siano impiegate risorse di provenienza pubblica risulta suscettibile di determinare un obbligo di adozione dei modelli di prevenzione dei reati, almeno in linea di principio, più esteso rispetto alle società private: E v. al riguardo la determinazione ANAC n. 8 del 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 control-*

Questa prospettiva viene ripresa ed ampliata dalla 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). Il riferimento è alla previsione di cui alla lett. *b*) dell'art. 14, 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, la proposta di decreto legislativo recante modifiche al codice civile in attuazione della legge delega, elaborata contestualmente al nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza (e consegnata al Ministro della Giustizia il 21 dicembre 2017): *i*) da un lato, introduce nell'art. 2086 – intitolato “*Gestione dell'impresa*” e non più “*Direzione e gerarchia dell'impresa*” – un secondo comma, ai sensi del quale: “*L'imprenditore, che operi in forma individuale, societaria o in qualunque altra veste, 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 continuità 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”); *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*”

lati 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.lgs. n. 231/2001 da parte delle società controllate.

Con tali disposizioni viene (*rectius*, verrebbe, in caso di definitivo varo della riforma) dunque a culminare il percorso normativo avviato dal d.lgs. 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, indipendentemente dalla forma giuridica attraverso la quale l'impresa viene esercitata¹⁸.

4. Diritto societario e *risk approach*

Nella prospettiva sin qui delineata è dato cogliere il comune denominatore e la convergente finalità ispiratrice sottesi ai diversi interventi sinteticamente richiamati, i quali rappresentano, come ha rilevato 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»¹⁹.

¹⁸ 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 MONTALENTI P., *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, 820 ss. In argomento v. anche TOMBARI U., *Crisi d'impresa e doveri di “corretta gestione societaria e imprenditoriale” delle società capogruppo. Prime considerazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, I, 631 ss. e, più di recente, nella prospettiva dei gruppi di società, ABRIANI N. – PANZANI L., *Crisi e insolvenza nei gruppi di società*, in CAGNASSO C. – PANZANI L. (diretto da), *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, Torino, 2016, 2991 ss.

¹⁹ FERRO-LUZZI P., *L'articolo 136, comma 2-bis, del Testo unico bancario*, in ABBADESSA P.-CESARINI F. (a cura di), *La legge per la tutela del risparmio. Un confronto tra giuristi ed economisti*, Bologna, 2007, 113 ss.; GALLETTI D., *I modelli organizzativi nel d.lgs. n. 231 del 2001: le implicazioni per la corporate governance*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 129, secondo cui i modelli preventivi contemplati dal d.lgs. 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 tralascia gli imprenditori individuali ... quanto poi alle persone che non rivestono funzioni apicali, la loro esistenza è comune altresì alla struttura delle imprese individuali».

Il legislatore ha in tal modo recepito un modello già da tempo affermato 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 errore²⁰. 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 applicazione²¹.

Una significativa conferma del generale riconoscimento di tale impostazione metodologica è offerto 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, attraverso un adeguato processo di identificazione, misurazione, gestione e monitoraggio dei principali rischi», in funzione di «una conduzione dell'impresa coerente con gli obiettivi definiti» dall'organo amministrativo e nella prospettiva di «assicurare la salvaguardia del patrimonio sociale, l'efficienza e l'efficacia dei processi aziendali, l'affidabilità dell'informazione finanziaria delle informazioni fornite agli organi sociali ed al mercato, il rispetto di leggi e regolamenti nonché dello statuto sociale e delle procedure interne»²².

²⁰ Per tutti LAGHI E., *Il modello organizzativo e di gestione ex d.lgs. 231/2001: un approccio integrato ai sistemi di controllo interno in una logica di risk management*, in Irrera M. (a cura di), *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, Bologna, 2016, 825 ss.

²¹ TOFFOLETTO A., *Amministrazione e controlli*, cit., 212. In argomento, v. anche CHIAPPETTA F., *Il controllo interno tra compliance normative e attività gestionale*, in TOMBARI U. (a cura di), *Corporate governance e "sistema dei controlli" nella s.p.a.*, Torino, 2013, 53 ss.

²² Così l'*incipit* della Norma 7 del CODICE DI AUTODISCIPLINA di Borsa Italiana (2011), *Principi 7.P.1 e 7.P.2*, intitolata e interamente dedicata al *Sistema di controllo interno e di gestione dei rischi*. La

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 autodisciplina²³.

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

stessa norma ha cura di sottolineare l'esigenza di continui affinamenti, 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.lgs. 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.lgs. 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, MARCHETTI P., *Il nuovo codice di autodisciplina*, in *Riv. soc.*, 2012, 37 ss. e MONTALENTI P., *Società per azioni, corporate governance e mercati finanziari*, Milano, 2011. E v., da ultima, PASSADOR M.L., *Profili di governance derivanti dal D.lgs.231/2001: autodisciplina ed esperienza comparata*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2015, 2, 97 ss.

²³ COSTI R., *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.

livello accettabile tali rischi, richiedendo all'organo amministrativo l'attuazione delle opportune azioni di miglioramento e monitorandone la realizzazione²⁴.

5. Il modello di prevenzione dei reati come elemento centrale nell'architettura complessiva del sistema di controllo interno delle società

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

Innanzitutto, sul piano storico, si può rilevare come il d.lgs. 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

²⁴ 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, ancorché nei limiti di compatibilità con quanto disposto nella legislazione speciale, trovano applicazione anche con riferimento alle società quotate e sono indirizzate all'organo di controllo in composizione monocratica che costituisce oggi la regola legale (pur derogabile) delle società a responsabilità limitata.

politiche di gestione dei rischi, definite dai vertici aziendali, tra tutti i responsabili, a tutti i livelli e in tutte le articolazioni organizzative²⁵.

Una seconda considerazione di carattere generale è che nel sistema di controllo interno va ravvisato un profilo centrale e coesenziale degli assetti organizzativi, e dunque un elemento intrinseco all'esercizio della funzione gestoria che su tali assetti si fonda²⁶. 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

²⁵ Per la valorizzazione della disciplina di cui al d.lgs. n. 231/2001 come punto di emersione di un generale dovere di auto-organizzazione dell'impresa, v. l'importante pronuncia resa da Trib. Milano, 3.11.2010 nel caso Banca Italease, pubblicato in *Riv. dir. soc.*, 2011, con nota di POSTIGLIONE A.. In dottrina v. VIGO R., *Diligenza e colpa organizzativa in una "fonte privata": i modelli di organizzazione e gestione (d.lgs. 8.6.2001, 231)*, in AA.VV., *Le fonti private del diritto commerciale*, a cura di Di Cataldo V. e Sanfilippo P.M., Milano, 2008, 66 ss.; ABRIANI N., *La responsabilità da reato degli enti: modelli di prevenzione e linee evolutive del diritto societario*, in ABRIANI N. - MEO G. - PRESTI G. (a cura di), *Società e modello "231": ma che colpa abbiamo noi?*, AGE, 2009/2, 12, ss.; ANTONETTO L., *Il sistema disciplinare*, *ibidem*, 289, ss.; GALLETTI D., *I modelli organizzativi nel d.lgs. n. 231 del 2001*, cit., 129; MARTELLI A.G., *L'Organismo di vigilanza tra disciplina della responsabilità amministrativa degli enti e diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 768 ss.; KUTUFÀ I., *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria*, in AA.VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber Amicorum Antonio Piras, Torino, 2010, 718 ss.; PECORARO C., *Sull'assetto organizzativo dell'impresa: a proposito di un recente révément della giurisprudenza*, in *Riv. dir. impr.*, 2012, 39 ss.; SACCHI R., *L'Organismo di Vigilanza ex d.lgs. n. 231*, in *Giur. comm.*, 2012, I, 855 ss.; GUERRIERI G., *Il sistema dei controlli societario e l'OdV ex d.lgs. n. 231/2001*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2014, I, 35 ss.; PASSADOR M.L., *Profili di governance derivanti dal D.lgs.231/2001*, cit., 97 ss. E v. già gli spunti di RORDORF R., *I criteri di attribuzione di responsabilità. I modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire i reati*, in *Società*, 2001, 1297 ss., nonché, da ultimo, CENTONZE M., *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 Centonze F. e Mantovani M.), Bologna, 2016, 261 ss. .

²⁶ FERRO-LUZZI P., *L'esercizio dell'impresa tra amministrazione e controllo*, cit., 245 ss.; STELLA RICHTER jr M., *La funzione di controllo del consiglio di amministrazione nelle società per azioni*, in *Riv. società*, 2012, 663 ss.; MONTALENTI P., *Amministrazione e controllo nella società per azioni*, cit., 51 s. E v. ora ANGELICI C., *Conclusioni*, in TOMBARI U. (a cura di), *Corporate governance e "sistema dei controlli" nella s.p.a.*, 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"».

avanzato ai fini del rispetto dei principi di corretta amministrazione, assegnata loro dalla legge²⁷; per altro verso, vale a sottolineare l'inerenza del modello di prevenzione dei reati e dell'organismo di vigilanza istituito ai sensi del d.lgs. 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 sottratto alla discrezionalità dell'imprenditore ed il rischio di non conformità non può rientrare tra i rischi accettabili da parte degli amministratori»²⁸.

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 funzioni²⁹. 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

²⁷ Per tutti, CAVALLI G., *Commento all'art. 149 t.u.f.*, cit., 1241; MONTALENTI P., *Amministrazione e controllo nella società per azioni*, cit., 45 s.

²⁸ Così Trib. Milano, 3.11.2010, 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 ABRIANI N. - GIUNTA F., *L'Organismo di Vigilanza previsto dal d.lgs. n. 231/2001. Compiti e funzioni*, in *Riv. dir. impresa*, 2012, 239 ss.

²⁹ Così ANGELICI C., *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».

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.lgs. n. 231/2001³⁰.

6. Evoluzione del diritto societario e responsabilità da reato. Predisposizione del modello di prevenzione e doveri degli organi sociali

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 nuovo diritto dei controlli societari si riverberi 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 *organi 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-amministrativa³¹, il nuovo scenario normativo sopra richiamato sembra

³⁰ Su quest'ultimo profilo v. più ampiamente *infra*, al par. 11, e già i rilievi critici già espressi in ABRIANI N.-GIUNTA F., *L'Organismo di Vigilanza previsto dal d.lgs. n. 231/2001*, cit., 275 s.

³¹ Per tutti, DE VERO G., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Tratatto di diritto penale*, diretto da C.F. Grosso-T. Padovani-A. Magliaro, Milano, 2008 e MONTALENTI P., *Orga-*

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.lgs. n. 231/2001³².

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 logico-normativa. La costruzione del modello di prevenzione dei reati, quale contemplata dal d.lgs. 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 propedeutica 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 dimen-

nismo 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.*, 2009, I, 643 ss.; in giurisprudenza, per la facoltatività del modello, v. Trib. Milano, 20.3.2007, Pres. Gandus, soc. My Chef s.r.l., in *Dir. prat. soc.*, 2007, 71 s.

³² ABRIANI N., *La responsabilità da reato degli enti*, cit. 12 ss.

sioni, 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'ente³³; *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'esercizio delle funzioni dell'organismo di vigilanza allo stesso organo dirigente.

7. (Segue). Profili di doverosità del modello

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.

³³ E v. ancora Trib. Milano, 3.11.2010, cit.

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.lgs. 231/2001»³⁴. 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, gestione e controllo previsto dall'articolo 6 del d.lgs. n. 231/2001 con la descrizione della composizione dell'organismo di vigilanza o indicazione dell'organo equivalente»³⁵.

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 normativo³⁶.

³⁴ Così l'art. 2.2.3, 3° comma, 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.lgs. 231/2001 da parte dell'Organismo di Vigilanza o dell'organo preposto a tale funzione» (2.13.3, 2° comma, 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).

³⁵ Art. IA.2.10.1, 1° comma. 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».

³⁶ Com'è avvenuto nella Regione Calabria, con la l. reg. n. 21.6.2008, n. 15, il cui art. 54, sotto l'esplicita rubrica "*Adeguamento al d.lgs. 8.6.2001, n. 231*", impone a tutte «le imprese che operano in regime di convenzione con la Regione Calabria» di «adeguare, entro il 31.12.2008, i propri Modelli Organizzativi alle disposizioni di cui al d.lgs. 8.6.2001, 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 professio-

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.lgs. n. 81/2008).

Nell'ambito del Modello di prevenzione dei reati di cui al d.lgs. n. 231/2001, il legislatore sembra dunque reputare essenziale, e 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.lgs. 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, 1° comma). E parimenti obbligatoria, per tutti gli intermediari, pare l'adozione di modelli organizzativi e di un organismo di vigilanza che permetta di

nale 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.Lgs. 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). 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.lgs. n. 231 del 2001. E v. ora il recente 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).

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 unico³⁷.

8. Sulle conseguenze della omessa o inadeguata predisposizione del modello

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 rilievo 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"³⁸.

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, una grave irregolarità denunciabile ai sensi dell'art. 2409 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

³⁷ Così l'art. 187-*nonies*, 1° comma, t.u.f., integrato dagli artt. 44 ss. del Regolamento Mercati Consob n. 16191/2007: in argomento v., per tutti, COLOMBO A., *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.

³⁸ AMODIO E., *Prevenzione del rischio penale d'impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2005.

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 senso³⁹.

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 aziendali⁴⁰.

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.lgs. n. 231 può determinare sulla responsabilità civile degli organi sociali.

L'aspetto più evidente – e noto, anche in chiave comparatistica⁴¹ – 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

³⁹ 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, 13.2.2008, n. 1774, in *Giur. comm.*, 2009, I, 177, con nota di BUONOCORE V.; in dottrina SACCHI R., *L'Organismo di Vigilanza ex d.lgs. n. 231*, cit., 855 ss. e DE NICOLA A., *L'Organismo di Vigilanza 231*, cit., 4 ss. Un'indicazione in tal senso è rinvenibile, del resto, nella legge delega 29.9.2000, n. 300, sulla base della quale è stato emanato il d.lgs. 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).

⁴⁰ E v. da ultimo LAGHI E., *Il modello organizzativo e di gestione ex d.lgs. 231/2001*, cit., 825 ss.

⁴¹ E v. infatti nella giurisprudenza nordamericana, sia pur incidentalmente, *In Re Caremark International Inc. Derivative Litigation*, 698 A.2d 959, Del. Ch. 1996.

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.lgs. n. 231/2001 non incida sulla libertà dei soci di deliberare o meno l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori⁴², tale inerzia potrà 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 soci⁴³.

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'organismo⁴⁴.

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 ap-

⁴² Né parrebbe legittima una previsione statutaria, e tanto meno nel modello, in tal senso: GUIZZI G., *La disciplina della responsabilità amministrativa degli enti: alcune implicazioni civilistiche*, Relazione svolta nell'ambito del seminario sulla disciplina del d.lgs. n. 231/2001, organizzato da ABI Formazione a Roma il 20.11.2004, 2004, inedita.

⁴³ In argomento è d'obbligo il richiamo a GUERRERA F., *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, Torino, 2004.

⁴⁴ Così MONTALENTI P., *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 31.3.2009, in *Giur. comm.*, I, 2009, sul convincente presupposto che l'adozione del modello possa essere oggetto di delega.

plicazione 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.

9. Modelli di prevenzione e responsabilità degli organi sociali: ulteriori interferenze

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 specifica, tale da esporre gli amministratori a responsabilità, senza bisogno di procedere a ulteriori accertamenti⁴⁵.

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

⁴⁵ GUIZZI G., *op. cit.*.

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 interdittive⁴⁶.

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 5° comma dell'art. 2381, 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. 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 protocollo organizzativo quale duplice premessa della corretta amministrazione delle imprese azionarie⁴⁷.

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 de-

⁴⁶ In tal senso, ZAMPERETTI G., *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, Milano, 2005.

⁴⁷ E per uno spunto in tale direzione interpretativa v. già ZAMPERETTI, *op. ult. cit.*

liberazione 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 rafforzata⁴⁸, 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.

10. Sull'attribuzione delle funzioni dell'organismo di vigilanza agli organi societari di controllo

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 sistemi alternativi di amministrazione e controllo della funzione di organismo di vigilanza di cui al d.lgs. n. 231/2001⁴⁹.

Alla luce di tale espressa indicazione normativa, la scelta di attribuire le funzioni di organismo di vigilanza all'organo sindacale – sino a ieri

⁴⁸ Sui quali v. per tutti ALESSI R., *Il rapporto dialettico tra collegio sindacale e soci*, in ALESSI R.-ABRIANI N.-MORERA U. (a cura di), *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, Milano, 2007, 5.

⁴⁹ Tale possibilità è riconosciuta dal nuovo comma art. 4-bis introdotto nell'art. 6 del d.lgs. n. 231/2001 dalla l. 12.11.2011, 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 DE NICOLA A., *L'organismo di vigilanza*, cit., 50 ss.; BALZARINI P., *L'organismo di vigilanza*, in Irrera M. (a cura di), *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, cit., 447 ss.; CENTONZE M., *D.Lgs. n. 231 e diritto societario*, cit., 263 ss.

vista con perplessità dalla maggior parte degli interpreti⁵⁰ – 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'autonomia⁵¹.

⁵⁰ Per una ricognizione “postuma” degli argomenti che inducevano a dubitare della idoneità del collegio sindacale allo svolgimento delle funzioni di organismo di vigilanza v. *CARDIA V. M., Legge di stabilità 2012 e d.lgs. 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.lgs. n. 231/2001, v. *infra* nel testo.

⁵¹ 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 dettata nei modelli di prevenzione in ordine all'organismo di vigilanza di cui al d.lgs. n. 231/2001 (così *CENTONZE M., 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, 26.6.2007, con riguardo alla posizione di consigliere di amministrazione di

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 4° comma dell’art. 6, d.lgs. 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*⁵², e la (addirittura tendenziale) immediatezza postulata per le società bancarie dalle già citate *Disposizioni di vigilanza per le banche*⁵³.

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. De Nicola A., *L’organismo di vigilanza*, cit., 65 s. e BASTIA P., I modelli organizzativi dei gruppi internazionali, in Lattanzi G. (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, 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 ABRIANI N., *Indipendenza ed autonomia del comitato per il controllo sulla gestione tra disciplina legale e regole statutarie*, in AGE, 2016/1, 145 ss. e GIUFFRÈ B., *L’organismo di vigilanza ex d.lgs. 231 nel sistema monistico*, *ibidem*, 233 ss.).

⁵² Come si è ricordato, il nuovo art. 8, emanato all’indomani della novella del d.lgs. 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.lgs. 231/2001» (v. *supra* alla nt.).

⁵³ 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”).

Ad assumere un rilievo decisivo è piuttosto l'ampiezza del perimetro 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 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 assicurativi⁵⁴ 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 compiti⁵⁵.

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.lgs. n. 231/2001: in questo quadro, anche i compensi dell'organo di controllo - e soprattutto il *budget* di spesa a sua disposi-

⁵⁴ 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 recentissimo assetto organizzativo derivante dall'acquisizione della quasi totalità del capitale da parte del Fondo Atlante).

⁵⁵ 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.

zione – andranno adeguati in ragione dei nuovi compiti e delle nuove responsabilità⁵⁶.

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 vigilanza⁵⁷.

11. L'organismo di vigilanza nei gruppi di società

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 vigilanza⁵⁸. Tale conclusione discende dalla constatazione che ogni società del gruppo mantiene da un punto di vista giuridico, una distinta soggettività: premessa confermata dalla disciplina societaria⁵⁹; e dalla quale deriva, in mancanza di una di-

⁵⁶ V. CARDIA M., *Legge di Stabilità 2012*, cit., 132.

⁵⁷ Su quest'ultimo profilo sia consentito ancora il rinvio a ABRIANI N.-GIUNTA F., *L'Organismo di Vigilanza previsto dal d.lgs. n. 231/2001*, cit., 256 ss.

⁵⁸ V. LECIS U., *L'organismo di vigilanza nei gruppi di società*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, 1, 46; ASSUMMA F., *La responsabilità amministrativa degli enti nei gruppi di impresa: problemi e prospettive*, *ivi*, 2011, 3, 13.

⁵⁹ In argomento v., per tutti, SCOGNAMIGLIO G., "Clausole generali", *principi di diritto societario e disciplina dei gruppi di società*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2011, 579 ss.; CARIELLO V., *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.*, 2012, 2,

versa presa di posizione del d.lgs. n. 231/2001, la necessità che spetti ad ogni singolo ente la prevenzione del rischio reato⁶⁰.

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 illecita⁶¹.

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 interessate così da poter strumentalizzare la stessa gestione del rischio reato⁶².

273 ss.; TOMBARI U., *Diritto dei gruppi di imprese*, cit.; MAUGERI M., *Interesse sociale, interesse dei soci e interesse di gruppo*, in *Giur. comm.*, 2012, I, 72 ss. Per un approfondimento con riguardo al tema delle crisi d'impresa nella dimensione di gruppo, v. ora ABRIANI N.-PANZANI L., *Crisi e insolvenza nei gruppi*, cit..

⁶⁰ PIERGALLINI C., *I modelli organizzativi*, in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti*, Milano, 2010, 177 s. Recentemente, 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: PIERGALLINI C.-BASTIA P., *Perizia collegiale disposta dal Gip presso il Tribunale di Firenze all'interno del procedimento penale nr. 4559/09*, Firenze, 2011, 283 ss.

⁶¹ Per tutti, LECIS U., *L'organismo di vigilanza nei gruppi di società*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, 1, 46 ss.; ASSUMMA F., *La responsabilità amministrativa degli enti nei gruppi di impresa: problemi e prospettive*, *ivi*, 2011, 3, 13 ss.; DI AMATO A., *I gruppi di società e la responsabilità amministrativa da reato degli enti*, in AA.VV., *La responsabilità da reato degli enti*, a cura di D'AVIRRO A.-DI AMATO A., Padova, 2009, 276 ss.

⁶² V. SCAROINA E., *Il problema del gruppo di imprese*. *Societas delinquere potest*, Milano, 2006, 267; PIERGALLINI C., *I modelli organizzativi*, cit., 180.

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 strutture⁶³: in una prospettiva nella quale, com'è stato precisato, «l'ODV della capogruppo svolge una funzione di coordinamento ma non in quanto ODV *di gruppo* - qualificazione che urta contro il sistema di soggettività separate su cui si fonda il d.lgs. 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

⁶³ In questo senso MONTALENTI P., *L'Organismo di vigilanza*, cit., 845; FRIGNANI A.-GROSSO P., *L'organismo di controllo, sua composizione e problematiche*, in AA.VV., *I modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001. Etica d'impresa e punibilità degli enti*, a cura di MONESI C., Milano, 2005, 388. Un riconoscimento alle esigenze di coordinamento, sia pure circoscritto alle ipotesi di attività funzionalmente omogenee, è anche in PIERGALLINI C., *I modelli*, cit., 179.

concentrazione di poteri, che aumenta i rischi di “cattura” dei controllori e di *default* nei controlli⁶⁴. 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 parte⁶⁵.

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 autonomia⁶⁶. In quanto tale, il coordinamento deve sostanziarsi, in primo luogo, nello scambio periodico di informazioni, onde favorire 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 competenza⁶⁷.

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 modello⁶⁸.

Il coordinamento tra organismi presuppone peraltro il preventivo coordinamento dei modelli delle varie entità cui si compone il gruppo, cia-

⁶⁴ MONTALENTI P., *L’Organismo di vigilanza*, loc. ult. cit.

⁶⁵ Conclusione, quest’ultima, destinata ad essere ulteriormente avvalorata dalla (parrebbe) imminente introduzione nel codice civile del principio generale di cui al (nuovo) secondo comma dell’art. 2086 (e alle corrispondenti norme relative all’amministrazione dei singoli tipi sociali), su cui supra, al par. 4.

⁶⁶ LECIS U., *L’organismo di vigilanza*, cit., 49.

⁶⁷ In questa prospettiva, si suggerisce, opportunamente, la programmazione di incontri periodici per l’approfondimento di temi di comune interesse ASSUMMA F., *La responsabilità amministrativa degli enti*, cit., 14.

⁶⁸ 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.

scuno 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 aziendali⁶⁹.

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 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.

⁶⁹ 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'OdV 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 *OdV* delle controllate devono trasmettere con cadenza semestrale report con l'indicazione di eventuali sanzioni disciplinari applicate e modifiche al modello).

12. Tecniche per il rafforzamento dell'autonomia dell'organismo di vigilanza

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 lascia in mano 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 *nomination*, 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; ferma restando, naturalmente, la necessità di una formale deliberazione finale del consiglio di amministrazione della capogruppo, che andrà comunicata all'organo amministrativo delle partecipate, o prodromica al voto del rappresentante della stessa in sede assembleare, qualora il modello asse-

gni all'assemblea la competenza in ordine alla nomina dell'organismo di vigilanza.

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.