



**GIURISPRUDENZA PENALE**

**RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI:  
PROBLEMATICHE E PROSPETTIVE  
DI RIFORMA A VENTI ANNI  
DAL D. LGS. 231/2001**

**2021 / 1-BIS**

**Il ruolo dei Modelli di organizzazione e gestione  
nella prevenzione della crisi d'impresa, tra  
prevenzionismo ed obbligatorietà.**

di Dorella Quarto

## Abstract

Il D.lgs. n. 14/2019, nel riscrivere la disciplina delle procedure concorsuali, ha prescritto a carico dell'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, l'adozione di un comportamento proattivo volto ad evitare l'evento "crisi aziendale". Tale scelta è cristallizzata nell'art. 2086, comma 2, c.c., rubricato *Gestione dell'impresa*; la norma, per effetto delle modifiche apportate dall'articolo 375 del Codice della crisi, rende obbligatoria per l'imprenditore l'adozione di un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale.

Di qui l'inevitabile interazione tra le prescrizioni di cui all'art. 2086, comma 2 c.c. – come modificato – ed il D.lgs. n. 231/2001.

Dall'utilizzo della congiunzione "anche" nel testo del novellato art. 2086 c.c., discendono delle riflessioni in ordine alla reale ampiezza applicativa degli adottandi assetti organizzativi. La formulazione della norma lascia intendere che questi ultimi siano finalisticamente protesi al raggiungimento di obiettivi ulteriori rispetto a quelli espressamente menzionati.

È quindi lecito domandarsi se il legislatore abbia voluto inglobare i modelli 231 nella macroarea degli obbligatori assetti organizzativi, di fatto trasformandone la natura giuridica.

Lo scopo del presente contributo è quello di individuare i profili di intersezione tra la disciplina dei Mog ex D.lgs. n. 231/2001 - focalizzando l'attenzione sulla volontarietà di tali strumenti e sui benefici premiali che ne discendono - ed il concetto di "assetto organizzativo" introdotto dal D.lgs. n. 14/2019, valorizzandone l'ispirazione proattiva, prevenzionistica ed il carattere obbligatorio.

*The Legislative Decree n. 14/2019 prescribed for the business owner the adoption of a proactive behavior aimed at avoiding the "corporate crisis". This choice is crystallized in the art. 2086, paragraph 2, Civil Code, entitled Business Management. The rule, as a result of the changes made by article 375 of the Crisis Code, requires the adoption of an organizational, administrative and accounting structure that is adequate to the nature and size of the company, also based on the timely detection of the company's crisis and the loss of business continuity.*

*The interaction between art. 2086, paragraph 2, Civil Code - as amended - and the Legislative Decree n. 231/2001, is not avoidable.*

*The use of the conjunction "also" brings with it some reflections in order to the real applicative amplitude of the adopting organizational structures. The wording of the article suggests that the assets serve to achieve further objectives than those expressly mentioned.*

*We wonder if the legislator wanted to incorporate the "231 models" into the macro-area of the obligatory organizational structures and if he has transformed their legal nature.*

*The purpose of this contribution is to identify the intersection profiles between the Models governed by the Legislative Decree n. 231/2001 - focusing attention on the voluntary nature of these tools and the reward benefits that derive from them - and the concept of "organizational structure" introduced by Legislative Decree n. 14/2019, enhancing its proactive, preventative inspiration and mandatory character.*

## Sommario

**1.** L'ispirazione prevenzionistica del nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.- **2.** Il comportamento proattivo imposto dal D.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14: nuovi oneri nella "Gestione dell'impresa". - **3.** Modelli di organizzazione e gestione nella prevenzione del rischio-reato. - **3.1.** Il

giudizio di idoneità ed efficacia dei modelli di organizzazione, gestione e controllo adottati *ante factum*. - **3.1.1.** Il giudizio di adeguatezza degli assetti organizzativi. - **3.1.2.** (Segue) applicabilità della *Business Judgement Rule*. - **4.** Conclusioni: sussumibilità dei “MOG231” nell’area dei nuovi assetti organizzativi obbligatori. La volontarietà rimeditata dei *compliance programs*?

## 1. L’ispirazione prevenzionistica del nuovo Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza.

La *mission* di un’azienda può essere declinata in sottobiettivi, da intendersi come risultato desiderabile. Lungo il percorso che conduce al raggiungimento del prefissato obiettivo, l’organizzazione aziendale può trovarsi ad affrontare degli ostacoli, più correttamente definiti rischi d’impresa. Il rischio rappresenta l’evento incerto che può fraporsi tra le aspettative iniziale e la *mission* aziendale.

Citando il celebre libro *L’arte della guerra* di Sun Zun, certamente calzante è il passo nel quale si legge “se conosci il nemico e te stesso, la tua vittoria è sicura. Se conosci te stesso ma non il nemico, le tue probabilità di vincere e perdere sono uguali. Se non conosci il nemico e nemmeno te stesso, soccomberai in ogni battaglia”.

Lo stesso accade nell’organizzazione d’impresa.

Il rischio è il nemico; lo si può gestire evitandolo, trasformandolo (naturalisticamente o giuridicamente), accettandolo, mitigandolo o eliminandolo<sup>1</sup>.

Il rischio va studiato attentamente, come si fa con i nemici più temibili, poiché solo la consapevolezza circa la potenziale verificabilità di un evento permette di superarne indenni la concretizzazione. Il rischio, una volta identificato, deve essere sottoposto a valutazione/misurazione e catalogato secondo indici di probabilità – possibilità di verifica dell’evento indesiderato - e di impatto. Rientra tra le attività di controllo qualunque azione in grado di evitare, trasferire, mitigare o eliminare il rischio, agendo sul fronte della probabilità o su quello dell’impatto.

Come anticipato, l’azienda potrebbe anche decidere (più o meno scientemente) di accettare la verifica di un evento dannoso o, più in generale, la concretizzazione di un dato rischio d’impresa.

A che prezzo l’impresa può decidere di ignorare il suo nemico?

Lo studio dei rapporti tra gestione dell’impresa e verifica del rischio reato - come disciplinato dal D.lgs. n. 8 giugno 2001, n. 231<sup>2</sup>, a vent’anni dalla caduta del brocardo *societas delinquere non potest* - ci ha insegnato che, in realtà, è possibile muovere un vero e proprio rimprovero nei confronti dell’ente

che abbia passivamente accettato la possibilità di verifica di comportamenti criminali da parte di un soggetto, apicale o sottoposto, inserito nell’organigramma aziendale.

La disciplina del processo *de societate* ha inserito nel tessuto normativo la responsabilità dell’ente per i reati commessi dai soggetti incardinati nella struttura produttiva, nell’interesse o a vantaggio della persona giuridica; a tale componente oggettiva si affianca la c.d. “colpa di organizzazione”, elemento di riferibilità soggettiva della fattispecie complessa di cui l’ente è chiamato a rispondere. Tuttavia, la semplice commissione del reato - presupposto dell’incolpazione dell’ente - non basta; infatti, il reato commesso dovrà rappresentare la manifestazione di una politica aziendale volta all’illiceità o, quantomeno, derivare da una noncuranza colposa dell’ente<sup>3</sup>.

Il legislatore italiano nel disegnare la responsabilità degli enti dipendente da reato non si è accontentato di un’imputazione meramente oggettiva (una sorta di responsabilità *in re ipsa* che derivasse *sic et simpliciter* dal rapporto di immedesimazione organica tra dipendente-persona fisica ed ente-persona giuridica); piuttosto, ha adattato il principio di colpevolezza ad una struttura non antropomorizzata. Nel dettaglio, si è liberato delle strette di una colpevolezza strettamente psicologica ed ha fatto propria una concezione di riferibilità psicologica in senso normativo, sì da permettere un’imputazione del fatto rispettosa del principio penalistico di colpevolezza.

Come osservato nella Relazione governativa al D.lgs. n. 231/2001<sup>4</sup>, l’attribuzione della responsabilità secondo criteri ispirati al *versari in re illicita* produce spesso un effetto contrario a quello sperato ed, anzi, si traduce in un disincentivo all’osservanza di cautele doverose; è come se l’ente si rassegnasse alla verifica/concretizzazione del rischio - qualunque esso sia - e lo accettasse passivamente considerandolo un costo necessario dell’impresa, un rischio non evitabile ma solo preventivabile a livello economico come costo di bilancio.

Invece, collegare la responsabilità dell’ente alla mancata osservanza di un dovere, di uno *standard* comportamentale, significa motivare l’ente alla loro osservanza. Quello imposto alla persona giuridica non è un generico dovere di vigilanza e controllo; piuttosto «si è preferito riempire tale dovere di specifici contenuti: a tale scopo un modello assai

utile è stato fornito dal sistema dei *compliance programs* da tempo funzionante negli Stati Uniti». Il legislatore del 2001 risponde al rischio-reato suggerendo all'impresa un comportamento proattivo: la predisposizione ed efficace attuazione di un adeguato modello organizzativo, calibrato rispetto all'attività sociale dell'ente ed ai rischi di illecito penale ad essa prevedibilmente connessi, può incidere con efficacia esimente sulla sussistenza della responsabilità dell'ente.

Per vero, il rischio-reato è solo uno dei possibili ostacoli che l'impresa può trovarsi ad affrontare; a questo si accompagnano il rischio di mercato, i rischi ambientali, i rischi reputazionali, i rischi organizzativi da incapacità manageriale, i rischi operativi e finanziari.

La Riforma Rordorf<sup>5</sup>, attuata attraverso il D.lgs. 12 gennaio 2019, n. 19<sup>6</sup>, ha introdotto nel nostro ordinamento il *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*; il testo, oltre a riformare la precedente disciplina sulle procedure concorsuali, sembra imporre un cambiamento culturale nella gestione dell'impresa ispirato al risanamento, alla conservazione del patrimonio aziendale e alla gestione anticipata del rischio.

Tale fenomeno di discontinuità patologica nella vita dell'impresa se individuata tempestivamente può essere convenientemente affrontata. Una indicazione in tal senso si è avuta anche grazie all'influenza del legislatore europeo.

Infatti, il 26 giugno 2019 è stata pubblicata nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea la direttiva (UE) 2019/1023<sup>7</sup> del Parlamento europeo e del Consiglio, riguardante i “quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, nonché le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione”, adottata all'esito dei negoziati intercorsi sulla originaria Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio (COM(2016) 723) riguardante i “quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità e misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza e liberazione dai debiti, e che modifica la direttiva 2012/30/UE”.

Come si legge nella Relazione di accompagnamento alla proposta, la direttiva mira soprattutto a consolidare in tutta Europa la cultura del salvataggio delle strutture produttive; infatti, «le norme sulla ristrutturazione delle imprese e sui diritti degli azionisti contribuiranno principalmente alla “prevenzione”, quelle sulle azioni revocatorie, sugli amministratori delle procedure di insolvenza e sulle autorità giudiziarie o amministrative al “recupero del valore” e quelle sulla seconda opportunità alla “liberazione dai debiti”. Oltre

ai vantaggi economici, si avranno anche ripercussioni sociali positive. Le norme in materia d'insolvenza riguardano una vasta gamma di misure: l'intervento anticipato prima che l'impresa versi in gravi difficoltà, la ristrutturazione precoce per preservare le parti di attività economicamente sostenibili, la liquidazione dell'attivo se l'impresa non può essere salvata in altro modo, fino alla possibilità per l'imprenditore onesto di ottenere una seconda opportunità attraverso la liberazione dai debiti<sup>8</sup>.

La Riforma Rordorf, ponendosi in linea di continuità, mette l'accento sui concetti di prevenzione e controllo finalisticamente orientati alla tempestiva rilevazione della crisi; nel far ciò, impone all'impresa di dotarsi di sistema di allerta della crisi e di assetti organizzativi idonei a prevenire la concretizzazione del rischio-dissesto, sì da consentire una tempestiva ristrutturazione della crisi e della momentanea difficoltà finanziaria. L'idea classica dell'impresa “sulla via del fallimento” intesa come «grave danno per l'economia e come tale da estromettere immediatamente dal sistema<sup>9</sup>» *cede il passo ad una rimeditata idea di recupero*. La connotazione proattiva, volta al recupero ed alla composizione della crisi, si manifesta anche nel cambio terminologico realizzato dal decreto; infatti, il termine «fallimento» viene sostituito con il termine «liquidazione giudiziale». *Altra rilevante novità è l'aver correlato il concetto di insolvenza ad una visione futura della gestione finanziaria; infatti, l'attenzione si sposta dalla figura di capitale sociale come “garanzia per i creditori” verso una valutazione del capitale come “garanzia per la sostenibilità del debito” finalizzata alla continuità aziendale.*

Puntando alla gestione anticipata del rischio, l'imprenditore dovrà dotarsi di adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili e monitorare le situazioni *borderline* attraverso la predisposizione di strumenti di allerta (con obbligo di segnalazione degli indizi e dei “sintomi” della crisi).

Gli adeguati «assetti organizzativi» e gli «obblighi di segnalazione» creano gli strumenti di allerta; questi ultimi, per operare in modo efficiente, devono essere calati nella realtà aziendale. A tal fine soccorrono gli indicatori della crisi di cui all'art. 13 del C.C.I.I.<sup>10</sup> che, riferendosi a condizioni di equilibrio quantitativo, sottendono degli «squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore, tenuto conto della data di costituzione e di inizio dell'attività, rilevabili attraverso appositi indici che diano

evidenza della non sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi e dell'assenza di prospettive di continuità aziendale per l'esercizio in corso o, quando la durata residua dell'esercizio al momento della valutazione è inferiore a sei mesi, nei sei mesi successivi».

A questi fini rilevano inoltre gli indici che misurano la sostenibilità degli oneri dell'indebitamento con i flussi di cassa che l'impresa è in grado di generare e l'adeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi, oltre che reiterati e significativi ritardi nei pagamenti.

Il sistema di allerta disciplinato dagli articoli 14 e 15 del C.C.I.I., si sostanzia in un complesso di obblighi di verifica e segnalazione gravanti sugli organi di controllo della società, sul revisore contabile o sulle società di revisione nonché, eventualmente, sui creditori pubblici qualificati. In particolare, si impone un dovere di monitoraggio costante dell'equilibrio economico finanziario della società volto a valutare il prevedibile andamento della gestione; all'attività di controllo accede il dovere di segnalare all'organo gestorio l'esistenza di fondati indizi della crisi, cosicché possano adottarsi tempestivamente le misure idonee a superarla o a regolarla<sup>11</sup>. Anche la fase della soluzione della crisi vede l'impresa attivarsi in prima persona; il codice ha infatti previsto un apposito Organismo per la Composizione della Crisi di Impresa (O.C.R.I.), il quale, raccolte le segnalazioni oggetto del sistema di allerta, potrà assistere il debitore nell'assunzione delle varie iniziative per il superamento dello stato di crisi<sup>12</sup>.

La crisi attraversa infatti un preliminare periodo di gestazione – momento che la dottrina aziendalistica divide in stadio di incubazione e fase di maturazione - prima di sfociare nell'insolvenza vera e propria.

L'organizzazione *ante factum* – come accade per i Modelli organizzativi “231” nella prevenzione della responsabilità amministrativa dipendente da reato - permette di monitorare il coefficiente di probabilità di crisi, valutarne le cause ed attuare un programma di recupero.

Il codice della crisi tende a privilegiare le procedure che garantiscono la continuità aziendale, in luogo di quelle liquidatorie, in quanto «il legislatore si sta orientando verso una normativizzazione delle *best practices* nel presupposto che una buona organizzazione abbia anche la finalità di condurre l'impresa al miglior risultato prevenendo allo stesso tempo condotte o comportamenti anomali e/o illeciti»<sup>13</sup>.

Il D.lgs. n.14/19 impone all'imprenditore una modalità comportamentale volta ad anticipare, prevenire e contenere le conseguenze dannose del possibile stato di insolvenza dell'azienda.

La massima espressione della scelta operata dal nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza si rinviene nell'art. 375 del decreto rubricato *Assetti organizzativi dell'impresa*; la disposizione modifica la rubrica dell'articolo 2086 c.c. - oggi *Gestione dell'impresa* - ed aggiunge un nuovo comma che, testualmente, dispone «l'imprenditore, che opera in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi di 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».

Si impone un adeguamento della gestione dell'impresa ispirata ai principi di prevenzione e precauzione; si suggerisce un atteggiamento proattivo nei confronti degli eventi dannosi per la continuità aziendale.

Alle medesime logiche si ispirano le disposizioni di cui agli articoli 3 e 14 del D.lgs. n. 14/19.

L'articolo 3, rubricato *Obblighi dei soggetti che partecipano alla regolazione della crisi e dell'insolvenza*, precisa che imprenditore collettivo deve adottare un assetto organizzativo adeguato ai sensi dell'art. 2086 c.c. ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative; in senso speculare, l'art. 14, *Obbligo di segnalazione degli organi di controllo societari*, pone a carico degli organi di controllo societario ovvero dei revisori contabili nell'ambito delle proprie funzioni, «l'obbligo di verificare che l'organo amministrativo valuti costantemente, assumendo le conseguenti idonee iniziative, se l'assetto organizzativo dell'impresa è adeguato, se sussiste l'equilibrio economico finanziario e quale è il prevedibile andamento della gestione, nonché di segnalare immediatamente allo stesso organo amministrativo esistenza di fondati indizi della crisi».

La lettura congiunta delle disposizioni di cui agli artt. 3 e 14 del C.C.I.I. e dell'art. 2086, comma 2 c.c., come novellato dalla riforma, consente di affermare che la gestione preventiva della crisi di impresa - e le declinazioni comportamentali che ne conseguono - rappresentano un obbligo trasversale che coinvolge sia l'organo amministrativo che l'organo di controllo.

L'evento crisi ed il rischio dissesto rappresentano un rischio non trascurabile (neppure colposamente) dall'imprenditore.

## 2. Il comportamento proattivo imposto dal D.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14: nuovi oneri nella “Gestione dell’impresa”

Come premesso, una delle principali novità introdotte dal D.lgs. n. 14/2019 è rappresentata dalla introduzione del principio di gestione integrata dei rischi aziendali, plasmata secondo linee organizzative di carattere amministrativo e contabile<sup>14</sup>.

L’articolo 375 del C.C.I.I. segna una forte svolta ideologica nella conduzione dell’impresa; il legislatore sembra propendere per una gestione consapevole che tenga conto delle peculiarità del complesso aziendale, delle dimensioni, del settore produttivo all’interno del quale l’impresa opera, delle competenze disponibili e, non da ultimo, delle disponibilità economiche che si possono investire nella *compliance*.

Si parte dalla riscrittura della rubrica dell’art. 2086 c.c. - *pre* riforma il testo recava la rubrica *Direzione gerarchia nell’impresa* - che lascia il posto alla locuzione *Gestione dell’impresa* che potremmo definire evocativa delle finalità che ispirano la riforma. Il primo comma viene riprodotto pedissequamente, conservando in capo all’imprenditore la supremazia gerarchica. Tuttavia, a tale potere formale si accompagna al comma 2, un deciso «slittamento dal piano della titolarità formale a quello dell’attività di gestione» attribuendo un sempre maggiore rilievo alla dimensione organizzativa dell’impresa<sup>15</sup>.

Il comma aggiunto pone a carico dell’imprenditore, che opera in forma societaria o collettiva “il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell’impresa, 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”.

La dottrina, in argomento, non ha mancato di osservare che trattasi di una clausola generale, di una nozione a contenuto aperto, trasversalmente applicabile ad ogni tipologia di impresa; cosicché, l’effettiva portata precettiva si manifesta solo a seguito dell’applicazione nei singoli contesti aziendali<sup>16</sup>. Secondo altra prospettiva, gli assetti organizzativi dell’impresa, delineando uno *standard* di condotta dell’imprenditore - non diverso da quello che informa la disposizione codicistica seguente, l’art. 2087 c.c., in tema di gestione tutela della salute e sicurezza sul lavoro,

si ricollegerebbero al criterio di diligenza<sup>17</sup>.

Entrambe le disposizioni presentano una matrice prevenzionistica fondata sulla diagnosi tempestiva dei rischi e sulle successive attività di correzione.

Nell’anticipare gli aspetti di novità introdotti dal codice della crisi d’impresa si è posto l’accento sull’innovatività del contenuto dell’articolo 375 C.C.I.I. In realtà, a ben vedere, si tratta di locuzioni non sconosciute al codice civile e, più in generale, all’ordinamento giuridico italiano.

Il concetto di assetto organizzativo, già richiamato negli artt. 2381 e 2403 c.c.; riceve il suo “battesimo del fuoco” nella materia della responsabilità amministrativa degli enti dipendente da reato. Invero, si è parlato per la prima volta di assetto organizzativo in relazione ai modelli organizzativi disciplinati nel D.lgs. n. 231/2001; successivamente, con la riforma del diritto societario del 2003, l’assetto organizzativo ha trovato applicazione nell’ambito della gestione dell’attività di impresa come fulcro dell’attività degli organi sociali di amministrazione e controllo. In virtù del principio della corretta amministrazione viene introdotto l’obbligo di dotare l’impresa di assetti organizzativi adeguati; ne discende che gli amministratori sono tenuti a rispettare le disposizioni di legge, le clausole degli statuti ed i principi generali di correttezza gestoria.

Così procedendo, le *best practices* aziendali e le regole di *risk governance* si inseriscono nella cultura aziendalistica italiana quali canoni per valutare la capacità decisionale, strategica ed operativa dell’azienda<sup>18</sup>; non a caso «quello di programmazione e controllo non è altro che uno dei cosiddetti sistemi operativi aziendali che, assieme al sistema informativo, al sistema di gestione del personale e al sistema di gestione dei rischi (o di *risk management*), contribuisce al buon funzionamento dell’organizzazione di un’impresa». Il controllo di gestione rende la conduzione dell’impresa più consapevole; tuttavia, nonostante non esista un mezzo universalmente valido per tutte le strutture produttive, uno strumento risolutivo potrebbe essere quello del *risk management*, da intendersi come l’insieme di risorse (umane, tecniche e procedurali) tese a pronosticare, ricercare, individuare, valutare, controllare ed attenuare il rischio d’impresa nelle sue molteplici manifestazioni<sup>19</sup>.

Avremo quindi una serie di azioni in sequenza, attinte dalla medesima finalizzazione. La forza dello strumento risiede proprio nella correlazione tra rischio d’impresa e crisi; difatti «se con il primo si può intendere la possibilità che l’azienda, in relazione al verificarsi di circostanze connesse alla propria attività, possa subire un danno,

appare evidente che il concretizzarsi del rischio sotto forma di danno (economico e/o finanziario) possa innescare una serie di reazioni a catena che potrebbero sfociare in uno stato di declino prima e di crisi poi.

Gestire in modo adeguato i rischi può ridurre la probabilità di incorrere in circostanze negative preludio di uno stato patologico; affrontare il rischio significa mettere l'azienda nelle condizioni di superare l'evento o, quantomeno, di limitarne gli effetti nocivi attraverso la predisposizione di contromisure<sup>20</sup>.

In un'ottica di gestione anticipata del rischio, con un approccio analogo alla disciplina del "sistema 231", si impone all'organo amministrativo delegato di definire un assetto organizzativo, di valutare l'andamento aziendale secondo un approccio prognostico, di scandagliare i documenti contabili al fine di verificare l'equilibrio finanziario e la sostenibilità del debito.

A tale ruolo attivo dell'organo amministrativo si affianca la speculare attività dell'organo di controllo, cui spetta la vigilanza sulle attività. L'art. 14, comma 1, D.lgs. n. 14/19 prevede infatti che «Gli organi di controllo societari, il revisore contabile e la società di revisione, ciascuno nell'ambito delle proprie funzioni, hanno l'obbligo di verificare che l'organo amministrativo valuti costantemente, assumendo le conseguenti idonee iniziative, se l'assetto organizzativo dell'impresa è adeguato, se sussiste l'equilibrio economico finanziario e quale è il prevedibile andamento della gestione, nonché di segnalare immediatamente allo stesso organo amministrativo l'esistenza di fondati indizi della crisi».

Come meglio si vedrà nella parte dedicata alle similitudini fra l'assetto organizzativo per la rilevazione della crisi ed i modelli organizzativi per la prevenzione dei reati, la gestione anticipata del rischio è possibile solo se l'azienda si mostri in grado di gestire in modo efficiente i flussi informativi. Come l'OdV è chiamato a vigilare e monitorare sul rispetto delle disposizioni contenute nel MOG (facendo da tramite tra gli organi di vertice ed i dipendenti), allo stesso modo, si potrà garantire una tempestiva individuazione della crisi solo se l'azienda riesce a garantire un adeguato flusso informativo tra la direzione aziendale – nella persona del titolare del potere di gestione – e gli organi di controllo e revisione.

Si passa quindi da una accezione tradizionale di controlli *ex post* – con riflessi eventualmente punitivi – ad un'idea di controllo preventivo dell'attività imprenditoriale – con risvolti eventualmente premiali.

### 3. Modelli di organizzazione e gestione nella prevenzione del rischio-reato

Il modello organizzativo costituisce la vera architrave del sistema di responsabilità dell'ente, quale meccanismo che consente anche di riempire di contenuti l'evanescente concetto di colpa di organizzazione. Infatti, focalizzando l'attenzione sul legame tra colpevolezza dell'ente modello organizzativo, può fermarsi che «tracciare i contorni delle aree di rischio reato rilevanti e all'evidenza essenziale per mettere l'ente in condizione di approntare, attraverso la predisposizione del *compliance program*, idonei presidi preventivi»<sup>21</sup>.

All'art. 5 del D. lgs. n. 231/2001, «sotto la rubrica "responsabilità dell'ente" sono disciplinati quelli che, secondo un parallelismo con la struttura del reato della persona fisica, sono i criteri di imputazione sul piano oggettivo dell'illecito della società»<sup>22</sup>.

Alla componente oggettiva – l'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio – si affianca quella soggettiva: è necessario che il fatto sia rimproverabile e l'illecito sia soggettivamente attribuibile all'organizzazione aziendale.

Si deduce che, per configurare la responsabilità amministrativa dell'ente la sola commissione del reato presupposto non è sufficiente; l'ente è incolpato per una responsabilità diretta, non subordinata ad alcuna condizione sospensiva, non sussidiaria o alternativa a quella della persona fisica autrice del reato presupposto<sup>23</sup>. La responsabilità dell'ente non dipende *tout court* e non si esaurisce nella commissione del reato presupposto.

L'illecito, piuttosto, si presenta come una fattispecie complessa che include il «rimprovero per l'indifferenza o il disinteresse manifestato dall'azienda in relazione alle tematiche della responsabilizzazione e dell'adozione di contromisure interne al crimine». L'illecito dell'ente include, di certo, la colpa di organizzazione; dunque, la contestazione che si potrà muovere nei suoi confronti dovrà enunciare, in forma chiara e precisa, le forme di manifestazione della colpa concretamente attribuibile all'ente, i contenuti del modello di gestione adottato, l'eventuale richiamo alla sua inidoneità a prevenire delitti del tipo di quelli posti in essere o, ancora, i possibili comportamenti alternativi leciti esigibili. La giurisprudenza, rifiutando forme di responsabilità oggettiva, ha chiarito che «grava sull'accusa l'onere di dimostrare l'esistenza dell'illecito penale in capo alla persona fisica inserita nella compagine organizzativa della *societas*, nonché della carente

regolamentazione interna dell'ente; in particolare, i precisi canali che colleghino teleologicamente l'azione dell'uno all'interesse dell'altro e quindi gli elementi indicativi della colpa di organizzazione dell'ente che rendono autonoma la responsabilità del medesimo, il quale avrà poi ampia facoltà di fornire la prova liberatoria»<sup>24</sup>.

Gli articoli 6 e 7 del decreto differenziano poi i criteri soggettivi di imputazione dei reati presupposto a seconda che gli stessi siano stati posti in essere dai soggetti apicali o dei soggetti sottoposti all'altrui direzione.

Ne deduciamo che «la responsabilità dell'ente si fonda su una fattispecie ascrittiva a struttura complessa che si profila nel combinato disposto degli artt. 5, 6, e 7, D.lgs. 231/2001»<sup>25</sup>.

Analizziamo nel dettaglio i singoli elementi costitutivi.

Sul piano fenomenico la fattispecie complessa della quale l'ente è chiamato a rispondere assume un carattere pluripersonale, di ultra-individualità, che vede il proprio centro focale tra l'agire disorganizzato dell'autore collettivo – quella che abbiamo definito colpa di organizzazione - e la produzione materiale dell'evento reato da parte dell'autore persona fisica<sup>26</sup>.

In ossequio al principio di legalità l'ente non potrà essere ritenuto responsabile per un fatto costituente reato se la responsabilità amministrativa - e le relative sanzioni - non sono espressamente previste da una legge entrata in vigore prima della commissione del reato presupposto.

Anche nel sistema del decreto, la legalità si dipana secondo le tradizionali sotto-articolazioni della riserva di legge, determinatezza, precisione e della tassatività - in forza dell'avverbio «espressamente». L'art. 2 del decreto sottolinea la necessità che il principio di legalità sia rispettato sia per quel che riguarda il reato presupposto, sia in relazione all'apparato sanzionatorio.

La norma tratteggia un doppio livello di legalità, aggiuntivo rispetto a quello posto a presidio della condizione penale della persona fisica.

La punibilità degli enti, nel sistema disegnato dal D.lgs. n. 231/2001, non è indifferenziatamente connessa alla realizzazione di qualsiasi illecito penale, ma è circoscritta ai c.d. reati-presupposto, cioè a quel *numerus clausus* di ipotesi criminose - elencate nel Capo I, Sezione III del decreto - che la legge specificamente ascrive, appunto, alla loro responsabilità. Gli illeciti penali degli enti si caratterizzano pertanto per essere “doppiamente tipici”: in primo luogo, in quanto previsti dalla legge come reati delle persone fisiche e, in secondo luogo, in quanto specificamente ascritti *ex lege* al catalogo dei reati-presupposto delle persone

giuridiche<sup>27</sup>.

Al reato presupposto commesso dalla persona fisica, apicale o sottoposto, si affianca la condotta tipica riconducibile all'ente<sup>28</sup>.

L'ente, senza un substrato fisico, è capace di porre in essere una condotta?

È necessario un adattamento; così, sul punto, si è osservato che l'ente «surroga la sua incapacità naturalistica di azione attraverso una capacità organizzativa»<sup>29</sup>. Una condotta “eticamente” corretta - condotta normativamente intesa - vede l'ente come soggetto «in grado di esercitare una pressione intenzionale sulle attività degli autori materiali»<sup>30</sup>.

L'ente, non osservando il dovere di auto-organizzarsi, contribuisce alla realizzazione del reato presupposto, attraverso una condotta aziendalistica «progettualmente non curante»<sup>31</sup>. La società che consapevolmente rinuncia all'organizzazione, di fatto rinuncia ad una adeguata gestione del rischio, nucleo del disvalore dell'illecito. Il reato presupposto realizzato dalla persona fisica (che tendenzialmente consegue alla sopracitata condizione di disorganizzazione) deve essere causalmente connesso alla condotta illecita dell'ente ed, infatti, «il fulcro dell'illecito - attorno al quale ruota l'intero assetto della responsabilità - si individua nell'inadempimento del dovere di predisporre, ed attuare efficacemente, un sistema preventivo idoneo a diminuire la possibilità di produzione di eventi dannosi o pericolosi»<sup>32</sup>.

La condotta doverosa, se conforme ai modelli virtuosi di organizzazione aziendale, si ritiene possa evitare, o quantomeno rendere più ostica, la realizzazione del reato presupposto.

Per vero, la disorganizzazione aziendale non è una condizione sufficiente per imputare l'illecito all'ente; dovranno altresì ricorrere, in concreto, i criteri oggettivi e soggettivi di ascrivibilità della responsabilità; si tratta di elementi necessari a riempire di contenuto il nesso causale che lega il reato della persona fisica all'illecito della persona giuridica. Come meglio si specificherà, i modelli comportamentali richiesti - ed, in realtà, anche la successiva prova liberatoria che l'ente potrà fornire - varieranno a seconda che il reato sia ascrivibile a persone che rivestono funzioni (di diritto o di fatto) di rappresentanza, amministrazione o direzione dell'ente in virtù di un'autonomia funzionale finanziaria, ovvero a soggetti sottoposti all'altrui direzione o vigilanza<sup>33</sup>.

Individuati i soggetti legittimati ad agire in nome dell'ente, dal punto di vista oggettivo ne impegnano la responsabilità i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio<sup>34</sup>.

Pur necessario, il sopracitato criterio di imputazione

sul piano oggettivo «non esaurisce il carattere personale della responsabilità dell'ente»; è infatti necessario che questo sia rimproverabile.

Il nesso di imputazione soggettiva della responsabilità degli enti è tipizzato agli artt. 6, 7 ed 8, D.lgs. n. 231/2001 e, fundamentalmente, ruota intorno ad un criterio imputativo inespresso - ma comunque *in nuce* nella descrizione normativa dei meccanismi ascrittivi - di «colpa di organizzazione»<sup>35</sup>.

Il modello imputativo non è unitario ma si articola a seconda delle categorie soggettive di appartenenza delle persone fisiche autrici del reato-presupposto. Dirimente sarà il legame funzionale che l'ente l'autore materiale della fattispecie di reato con la struttura organizzativa della società.

I criteri di imputazione soggettiva sono tipizzati negli artt. 6 e 7 del decreto che, di fatto, diversificano due macro categorie di illeciti: gli illeciti espressivi della politica d'impresa - in relazione ai quali le attività criminose corrispondono normalmente a decisioni di vertice e quindi a reati commessi dai soggetti apicali (art. 6) - ed illeciti che costituiscono il risultato della carenza di organizzazione dell'ente che si manifesta in carenza di controlli da parte degli apici o in generale nella disorganizzazione aziendale - in cui i reati sono commessi dai subordinati (art. 7). Si prevede inoltre, all'art. 8, che l'autore del reato possa rimanere ignoto.

La *ratio* è chiara: in aderenza con l'assunto secondo il quale il reato non basta, si richiede un «*quid pluris*, e cioè un comportamento, anche tacito (come è la c.d. politica d'impresa) che dall'interno legittimi, per il singolo reato o per una serie definita di reati, l'azione penalmente illecita della persona-organo che la pone materialmente in essere»<sup>36</sup>.

Secondo una gradazione simile a quella che caratterizza la categoria della colpevolezza, avremo all'apice le imprese intrinsecamente illecite ossia quegli enti utilizzati all'unico scopo di commettere reati. In alternativa, proseguendo secondo un ordine decrescente, le condotte illecite possono rappresentare il sintomo di una diffusa politica criminale. Avremo poi i casi in cui i reati rappresentano il frutto di una disorganizzazione, di una mancanza di controllo, circostanza che può verificarsi quando «la società è fundamentalmente sana ma risultano violate le regole di condotta necessarie all'azzeramento ovvero alla diminuzione del rischio reato»<sup>37</sup>.

La ragion d'essere della rimproverabilità dell'ente si lega alla consapevole noncuranza nei confronti del rischio reato, come una sorta di colpa con previsione, una condizione di tolleranza, disinteresse verso la produzione di fatti illeciti (a suo interesse o a suo vantaggio). Un richiamo alla

«colpevolezza di organizzazione» si rinviene anche nelle disposizioni di cui agli artt. 11, co. 1 e 13, co. 1, lett. a) del decreto. La prima disposizione, infatti, annovera tra i parametri di commisurazione della sanzione pecuniaria anche il «grado di responsabilità dell'ente»; l'articolo 13, invece, in relazione ai presupposti per l'applicabilità delle sanzioni interdittive, richiede che la commissione del reato sia stata determinata o agevolata dalla presenza di gravi carenze organizzative<sup>38</sup>.

Deve osservarsi che, nell'ottica della semplificazione, il legislatore ha fatto ricorso alla tecnica della tipizzazione; anziché optare per una forma di colpa generica, quindi come omessa vigilanza pura e semplice, si è ispirata ad una forma di colpa specifica, «ravvisando il fondamento del rimprovero nell'omesso rispetto di cautele doverose e previamente positivizzate»<sup>39</sup>.

La mancata adozione dei modelli organizzativi, in presenza dei presupposti oggettivi e soggettivi indicati dal decreto, appare sintomatico - seppur non sufficiente - a fondare quella rimproverabilità che dà vita ad una forma nuova (normativa) di colpevolezza per omissione organizzativa e gestionale.

La colpa di organizzazione corrisponde ad un indice di riferibilità soggettiva dell'illecito, latamente riconducibile all'elemento soggettivo della fattispecie criminosa di cui risponde la persona fisica; attraverso la colpa di organizzazione l'ente, componente inanimata, acquista una connotazione soggettivizzata.

Il legislatore ha quindi maturato la fondata convinzione della necessità che qualsiasi complesso organizzativo adottati dei modelli gestionali idonei a prevenire la commissione dei reati<sup>40</sup>. L'adozione dei Mog resta una incoercibile scelta positiva dell'ente ma, ove sussistano situazioni di rischio, non c'è dubbio che sia necessario agire tempestivamente. Il criterio di attribuzione della responsabilità nei confronti dell'ente, proprio perché ontologicamente connesso all'organizzazione, è stato normativamente costruito su base colposa.

Il legislatore, infatti, non ha distinto tra «un'ascrizione dolosa e colposa, stante l'insussistenza, in capo alle persone giuridiche, di quelle connotazioni psicologiche in cui risiede la ragione dell'irriducibilità *ad unum* delle diverse forme di colpevolezza nelle persone fisiche»; così, si è optato per una distinzione fondata solo su l'autore materiale del reato, distinzione che si riverbererà, come già premesso, sul contenuto della prova liberatoria a carico dell'ente<sup>41</sup>.

L'art. 6, per l'ipotesi di reato commesso da un soggetto in posizione apicale, prevede che l'ente possa fornire la prova liberatoria ed andare esente

da responsabilità dimostrando di aver assunto le misure (organizzative, gestorie e di vigilanza) necessarie ad impedire la commissione di reati della specie di quello in concreto consumatosi e che, ciononostante i.c.d. “amministratori infedeli” hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e gestione<sup>42</sup>.

Tali misure sono contenute all’interno di modelli organizzativi d’impresa, veri e propri anticorpi del sistema aziendale<sup>43</sup>.

L’ente dovrà dimostrare di aver adottato, ed efficacemente attuato, prima della commissione del reato dei *compliance programs* idonei e periodicamente aggiornati, oltre che sottoposti a vigilanza costante, effettiva ed adeguata da parte di organismi indipendenti dotati di autonomia gestoria e di spesa.

L’adozione dei modelli organizzativi da parte delle aziende italiane, seppur facoltativa, ha rappresentato una innovazione di portata dirimpente.

Affiorano nuovi valori aziendali nell’ottica di una vera e propria cultura del controllo e della legalità; così, questi modelli devono funzionare in azienda come «sistemi operativi che agiscano da sensori dei rischi di reato, consentendo un’efficace attività di monitoraggio e di segnalazione, attraverso l’attivazione di diversi livelli di controllo integrato»<sup>44</sup>.

Il legislatore «aspirava a creare un sistema di dialogo interattivo ed integrato, in cui il inevitabile compressione della libertà individuale trovasse una contropartita nel massimo spazio concesso alla società stessa nel confronto con organismi pubblici ed indipendenti (prima che giudiziari)»<sup>45</sup>.

Ebbene, quando il delitto commesso nell’interesse o a vantaggio dell’ente sia stato posto in essere da un soggetto apicale si ritiene che, in virtù della teoria dell’immedesimazione organica, sia massima la possibilità che la volontà del singolo apicale corrisponda alle linee di politica aziendale<sup>46</sup>. Trattandosi di una presunzione relativa, si ammette prova liberatoria contraria. In senso critico parte della dottrina osserva che non è corretto affidarsi allo schema della colpa presunta in quanto «non è la prova della mancanza di colpa ad escludere l’applicabilità delle sanzioni amministrative, ma l’accertamento della specifica condotta tenuta da persona che riveste funzioni di rappresentanza, amministrazione o direzione della *societas*». La teoria dell’immedesimazione organica non sarebbe altro che una metafora antropomorfa<sup>47</sup>.

La disposizione di cui all’art. 7 contempla, invece, una presunzione a favore dell’ente, limitandone la responsabilità ai casi di *culpa in vigilando*, per inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza. Scompare inoltre l’esplicito richiamo all’onere

probatorio gravante sull’ente ex art. 6 del decreto. Nell’ipotesi di cui all’art. 7, l’onere probatorio dell’ente sembrerebbe più agevole, dovendo lo stesso dimostrare solo la preventiva adozione – rispetto alla commissione del reato da parte del sottoposto -di un modello organizzativo idoneo.

### **3.1. Il giudizio di idoneità ed efficacia dei modelli organizzativi ante factum**

Al controllo sull’organizzazione demandata agli organismi indipendenti seguirà poi il giudizio di idoneità o inidoneità da parte del giudice.

Infatti, potranno assurgere a condizione esimente della responsabilità solo quei modelli organizzativi in relazione ai quali il giudice esprima una valutazione di adeguatezza.

Quest’ultima dipenderà dal grado di personalizzazione del modello organizzativo; il documento dovrà essere fortemente appropriato al contesto aziendale di riferimento. Affinché l’adozione del modello possa assurgere ad esimente della responsabilità dell’ente è necessario che si rifugga da modelli generici e standardizzati.

Preliminarmente deve procedersi ad una mappatura dei processi aziendali, selezionando tutte le aree maggiormente sensibili alla configurabilità di fattispecie di reato. Seguirà poi la «progettazione, definizione ed implementazione di un modello organizzativo costituito da protocolli, flussi informativi, supporti e meccanismi di controllo»<sup>48</sup> ai quali si accompagnerà un codice etico - inteso come elencazione dei valori e delle prescrizioni sintomatiche della “cultura della legalità d’impresa”. Alla predisposizione in astratto del modello, dovrà seguire l’attuazione in concreto: si procederà approntando un sistema di formazione ed informazione del personale – dagli apicali ai dipendenti – accanto al quale si innesterà un processo di segnalazione periodica delle criticità (inadempimenti, inosservanze o necessità di aggiornamento del modello sulla scorta delle criticità riscontrate).

L’adozione del modello e la sua concreta attuazione saranno poi sottoposti alla vigilanza di un apposito organismo di controllo<sup>49</sup>.

Il dato normativo sembra attribuire all’organo di vigilanza una doppia anima: la prima afferente la funzione di vigilanza ispettiva – parte della dottrina parla anche di funzione di “ispettorato”; la seconda riguarderebbe una funzione di vigilanza informativa e prudenziale – tornerebbe così in luce la vocazione prevenzionistica del sistema 231 – nonché di consulenza interna. L’istituzione dell’organismo di vigilanza rappresenta un atto essenziale ed imprescindibile affinché il modello organizzativo possa assumere efficacia esimente, in quanto

spetterà proprio all'OdV il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza del modello – oltre che curarne l'aggiornamento - secondo il principio di effettività, dovendo l'organismo essere posto nelle condizioni di assolvere effettivamente ed efficacemente i compiti che gli sono attribuiti. Non bisogna dimenticare che «se adeguatezza e adattabilità nel tempo costituiscono i due principali requisiti di progettazione e di correzione del modello organizzativo», ebbene, è proprio sulla costituzione e sulla incisività operativa dell'organismo di vigilanza «che riposano le chances di una efficace attuazione del medesimo», quale condizione imprescindibile per poter invocare poi il modello come esimente.

L'organismo di vigilanza compie un primo vaglio di adeguatezza ed effettività del modello, di fatto anticipando, a livello interno, quello che sarà il compito demandato al giudice. Così, potrà proporre un adeguamento del modello sia nell'ipotesi in cui ne testi l'inadeguatezza sia nel caso in cui vengano scoperte delle significative violazioni delle prescrizioni ovvero sopravvengano mutamenti nell'organizzazione o nell'attività dell'ente. Infine, potrà disporsi un aggiornamento del modello quando siano intervenute delle modifiche al decreto, quali l'introduzione di nuovi reati presupposto o l'abrogazione di fattispecie già previste.

Inoltre, un modello potrà dirsi efficacemente ed effettivamente attuato quando l'ente si curi della sua diffusa comunicazione ai destinatari – oltre che tra i destinatari e l'Organismo di vigilanza (c.d. attività di *report*)<sup>50</sup>.

L'OdV, quale punto di raccordo tra l'organo dirigente ed i soggetti destinatari (interni ed esterni) delle regole della *compliance*, è tenuto a collaborare con il *management* per rendere effettivo il modello organizzativo; e, previa interpretazione delle regole del modello e del codice etico, dovrà contribuire alla diffusione ed alla conoscenza dei contenuti tramite delle sessioni informative e formative.

La concreta formazione ed informazione sono fondamentali: solo conoscendo le condotte conformi al modello questo potrà direzionare le condotte dei destinatari ed eventualmente favorire la segnalazione di violazioni al fine di intraprendere le dovute azioni disciplinari.

Affinché il modello possa assurgere ad esimente è inoltre necessario che i menzionati compiti di vigilanza vengano affidati ad un organismo dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo. Ciò significa che ai componenti dell'OdV dovrà riconoscersi libertà di autodeterminazione nell'espletamento dei propri compiti - intesa come indifferenza rispetto ad interferenze, condizionamenti o pressioni da parte di componenti

dell'ente – oltre che libero accesso a documenti ed informazioni aziendali, indispensabili per espletare al meglio il proprio mandato.

L'effettività del sistema organizzativo si completa attraverso un sistema disciplinare atto a sanzionare comportamenti lesivi del codice etico e di tutte le prescrizioni contenute nel modello organizzativo, sì da creare una deterrenza effettiva. L'efficacia del modello organizzativo poggia imprescindibilmente su un sistema disciplinare volto a punire tutte le operazioni in violazione delle regole precauzionali che, seppur non ancora penalmente rilevanti, risultano potenzialmente prodromiche alla commissione di un illecito<sup>51</sup>.

Il congegno manifesta, ancora una volta, la vocazione precauzionale del sistema 231.

Un modello organizzativo per la prevenzione del rischio reato che presenti tutte queste peculiarità rappresenta per la società un impegno particolarmente gravoso sotto il profilo economico e strutturale.

Evidente appare che è lo sforzo profuso risulterebbe vanificato se dalla verifica di un'ipotesi di reato si deducesse, sempre ed in via automatica, la prova della inidoneità della *compliance*.

È invece opportuno che sia il processo a dimostrare se la commissione del reato sia frutto di una inadeguatezza del modello o se rinvienga la sua ragione in una condotta ingannatoria dei vertici aziendali<sup>52</sup>.

«Perché possa parlarsi di elusione fraudolenta è necessario che gli inganni, gli artifici e i raggiri posti in essere dai soggetti apicali risultino idonei, con una valutazione *ex ante* e in concreto, a frustrare e a rendere inefficaci le misure organizzative e la diligenza che può essere ordinariamente richiesta all'ente collettivo»<sup>53</sup>.

Anzi, la giurisprudenza, in tema di elusione fraudolenta dei modelli di organizzazione e gestione ha affermato che la natura fraudolenta del soggetto apicale costituisce un indice rivelatore della validità del modello, nel senso che, solo una condotta ingannevole, subdola appare idonea a forzarne le misure di sicurezza<sup>54</sup>.

Non si richiede al modello organizzativo di esplicare un effetto impeditivo in termini assoluti della commissione di illeciti aziendali quanto, piuttosto, che lo stesso manifesti la sua vocazione preventiva e precauzionale rendendo più ostica la commissione del reato.

Lo schema delineato dall'articolo 7 del decreto sembra esplicitare in modo più chiaro il concetto di "irresponsabilità organizzativa" attraverso il richiamo ai concetti di vigilanza e controllo. L'ente, nel caso di reato posto in essere da soggetti sottoposti all'altrui direzione, sarà ritenuto

responsabile per illecito dipendente da reato se la realizzazione di quest'ultimo sia stata resa possibile, ovvero agevolata, da un agire negligente della società, "rea" di non aver osservato gli obblighi di direzione e vigilanza.

In ogni caso, la norma specifica che è esclusa l'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza se l'ente, prima della commissione del reato, ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

Il carattere dell'effettività ha richiesto una ulteriore specificazione; come chiarito dal comma 4 dello stesso articolo, l'efficace attuazione del modello richiede, in primo luogo, una verifica costante e periodica di funzionalità del modello oltre che una eventuale modifica delle prescrizioni ivi contenute, determinata dal verificarsi di significative violazioni ovvero per il sopravvenire di mutamenti nell'attività aziendale (c.d. autotrasformazione). In secondo luogo, si richiede che sia stato approntato un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello. Ne discende che, anche in questa ipotesi, così come già osservato per l'articolo 6, l'efficacia scusante del modello - che potremmo definire "modello *in progress*" - è subordinata al ricorrere di determinati requisiti quali l'idoneità *ex ante* del modello<sup>55</sup> (circostanza che ne presuppone la preesistenza rispetto al reato della persona fisica), l'effettività (intesa come attuazione in concreto del modello), ed, infine, la corrispondenza tra il tipo di reato commesso e la sezione special-preventiva del Mog<sup>56</sup>.

L'inidoneità dei modelli di organizzazione e gestione nel ridurre la probabilità di verificazione del rischio-reato non permette all'ente di giovare della causa esimente. Venuta meno la finalità precauzionale, il processo - ove riesca ad offrire la prova dell'illecito dipendente da reato e della sua riferibilità alla condotta colposa dell'ente - non potrà che condurre all'irrogazione della sanzione. Questo ha portato ad un mutamento nel modo di concepire la sanzione con un inevitabile impatto sulla più generale politica sanzionatoria, superando, in tal modo, la pregiudiziale relativa all'insensibilità dell'ente alla pena<sup>57</sup>.

### 3.1.1. Il giudizio di adeguatezza degli assetti organizzativi

Il principio di "organizzazione per la prevenzione" passa attraverso i sopramenzionati assetti organizzativi di cui l'imprenditore, che opera in forma societaria o collettiva, ha il dovere di dotarsi. La nozione di assetto organizzativo, inteso come cristallizzazione sul piano giuridico di tutti gli

elementi acquisiti a livello esperienziale dalle *best practices* aziendali, è protetta da una clausola generale di adeguatezza.

L'adeguatezza dovrà essere vagliata tenendo in considerazione la natura dell'impresa e le modalità di perseguimento dell'oggetto sociale.

Specificando in ordine alle singole declinazioni che gli assetti organizzativi possono assumere, seguendo il *diktat* dell'art. 2086, comma 2, c.c., è possibile individuare un assetto «organizzativo» - di fatto coincidente con l'organigramma aziendale - un assetto «amministrativo» da intendersi come l'insieme delle procedure dirette a garantire l'ordinato svolgimento delle attività aziendali e delle singole fasi nelle quali le stesse si articolano; infine, l'ultima aggettivazione attiene agli assetti «contabili» collegati al sistema di rilevazione della gestione.

Il dovere di adeguatezza che incombe sul titolare del potere gestionale costituisce in realtà una specificazione dell'astratto criterio di diligenza; non si tratta di un concetto estraneo all'organizzazione aziendale essendo già stato utilizzato, in altri ambiti, come canone di valutazione degli *standard* di condotta dell'imprenditore.

Ad esempio, ne troviamo menzione in relazione al dovere di vigilanza del collegio sindacale nelle società quotate ai sensi dell'articolo 149 del Tuf.; ancora, nel menzionato D.lgs. n. 231/2001 come canone di valutazione dei modelli organizzativi (che devono appunto essere valutati dal giudice come idonei ed adeguati alla finalità precauzionale prescritta); infine, negli artt. 2381 e 2403 del codice civile.

La discrezionalità nell'organizzazione dell'impresa, quale connotazione della massima libertà gestionale del titolare, in virtù dell'applicazione dei criteri di ragionevolezza diligenza ed adeguatezza, subisce una inevitabile compressione<sup>58</sup>.

Il vero problema - riscontratosi anche nell'ambito del processo *de societate* in tema di valutazione di idoneità dei modelli organizzativi, adottati in via preventiva o come forma di ravvedimento *post factum* - è riuscire ad elaborare e fornire una nozione univoca di idoneità ed adeguatezza.

L'attività di gestione di un'impresa essendo un "fatto complesso" coinvolge una molteplicità di criteri e di parametri in astratto utilizzabili; inoltre, mancando dei riferimenti normativi specifici sarà necessario effettuare un controllo che, caso per caso, accerti l'adeguatezza degli *standard* organizzativi e di condotta rispetto alla singola attività aziendale.

La dottrina più attenta ha cercato di elaborare dei criteri di massima, volti a fornire una traccia lungo la quale muoversi nell'attività valutativa

di un assetto organizzativo; sostanzialmente si chiede all'impresa di redigere un organigramma aziendale che vada ad identificare chiaramente le funzioni, i compiti e le linee di responsabilità dei singoli soggetti inseriti nella compagine aziendale; si richiede l'esistenza di procedure che assicurino la presenza di personale con adeguata competenza a svolgere le funzioni assegnate; infine, che gli apicali si muovano nell'attività gestoria, fornendo direttive chiare e concordanti secondo procedure aziendali aggiornate ed effettivamente diffuse tra i soggetti sottoposti all'altrui direzione<sup>59</sup>.

Altro indirizzo interpretativo, calando la valutazione di idoneità ed adeguatezza nel contesto della crisi, ritiene che la predetta analisi possa snodarsi lungo cinque direttrici; in primo luogo il rispetto formale di determinati requisiti di legge in merito alla presenza di figure specifiche addette al controllo; l'adozione di un sistema di indicatori qualitativi e quantitativi in grado di segnalare l'insorgenza di un declino o di uno stato di crisi prima che giunga ad uno stadio di vera e propria insolvenza; la presenza di specifiche procedure di monitoraggio dell'andamento della gestione che, in modo automatico, riescano ad accantonare i dati ed informazioni utili allo scopo; l'inserimento nell'organigramma aziendale di figure specifiche atte alla vigilanza (ad esempio un *controller*); infine, una valutazione costi e benefici tra strumenti di allerta/assetto organizzativi/ finalità di continuità aziendale<sup>60</sup>.

Lo *standard* di adeguatezza è ontologicamente un concetto elastico; in primo luogo perché, come premesso, si collega alle caratteristiche variabili delle singole imprese; in secondo luogo perché «rinvia ad una misura di "relazione" con riguardo ad un obiettivo o un fine»<sup>61</sup>.

Invero, il dovere di adeguatezza organizzativa non può ridursi ad una generica pretesa di una condotta virtuosa o ad un'imposizione fine a se stessa. Il legislatore della Riforma non si limita ad imporre un obbligo comportamentale per l'impresa ma, nella stessa disposizione, funzionalizza gli assetti organizzativi finalizzandoli alla «rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale»; al contempo impone all'imprenditore «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».

Il legislatore offre all'impresa in difficoltà una via di fuga.

Come accade nell'ambito della responsabilità amministrativa da reato, in relazione alla quale il legislatore individua nei Modelli organizzativi adottati *ante delictum* una vera e propria forma di

esimente della responsabilità dell'ente, allo stesso modo nel nuovo codice della crisi il legislatore impone l'adozione di assetti organizzativi come strumenti preventivi della crisi e della insolvenza. Questi ultimi, ove adottati in modo efficiente, permetteranno all'impresa di monitorare le attività di gestione, scoprirne tempestivamente le falle, sì da poter adottare le misure *post factum* più adeguate.

L'obiettivo è quello del recupero, del superamento della crisi nell'ottica della continuità aziendale.

Un elemento di sicuro impatto, in termini di innovazione, è l'inserimento nel tessuto dispositivo del codice della crisi di alcune misure premiali. Innanzitutto, viene inserita una causa di non punibilità valevole in relazione ai più importanti reati fallimentari, nell'ipotesi in cui il danno cagionato risulti di particolare tenuità e l'imprenditore abbia presentato tempestivamente istanza all'organismo di composizione assistita della crisi d'impresa ovvero domanda di accesso a una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza.

Inoltre, all'art. 25, comma 2 del C.C.I.I. si prevede una circostanza attenuante ad affetto speciale.

Le condizioni sono, anche in relazione a tale ipotesi, l'aver cagionato un danno patrimoniale lieve ed essersi attivati prontamente per il recupero dello stato di difficoltà economica dell'azienda.

Non possono non notarsi le similitudini con la componente premiale che caratterizza il sistema del processo *de societate*.

Come già osservato, i modelli organizzativi volti a prevenire la commissione di reati possono acquisire sia una valenza esimente, ai sensi dell'art. 6 del decreto nell'ipotesi in cui vengano adottati *ante factum*; che rilevare come circostanze attenuanti nel caso di adozione *post factum*.

In particolare, l'adozione di un Mog potrà rilevare quale attenuante della responsabilità ai sensi dell'art. 12, comma 1, lett. b), - così inibendo l'applicazione di misure interdittive, sia come sanzione che a titolo cautelare - oppure come forma di attenuazione e riparazione delle conseguenze del reato rilevante ai sensi degli artt. 17 e 49 del decreto ai fini della sospensione o della revoca delle misure cautelari; infine, ai fini dell'ottenimento della conversione delle sanzioni interdittive in sanzioni pecuniarie ex artt. 17 e 78.

Ancora, prescindendo dalle ipotesi di rilevanza tipica espressamente previste, l'adozione di un modello organizzativo efficace e specifico può assumere una valenza implicita: dotare l'ente di una nuova struttura organizzativa e di un nuovo modello direttivo rappresenta, indirettamente, una forma di precauzione rispetto al pericolo di recidiva

dell'illecito. Ciò vuol dire che il giudice, nel valutare la sussistenza del *periculum*, pur riscontrando nel caso concreto il ricorrere dei parametri oggettivi soggettivi, potrà desistere dall'applicare la misura cautelare interdittiva in virtù della intervenuta rimodulazione "virtuosa" della struttura organizzativa per l'effetto del Modello organizzativo adottato nelle more dall'ente<sup>62</sup>.

In termini macroeconomici il legislatore del 2001, nello strutturare questa nuova forma di responsabilità, non ha trascurato l'analisi dei diversi rischi d'impresa cui l'ente si espone; il principio ispiratore è quello secondo il quale non tutti i rischi di impresa sono monetizzabili. Ne discende che non è possibile rimediare in modo uniforme alle conseguenze derivanti dalle diverse tipologie di rischio che l'ente si trova ad affrontare. Il legislatore ha quindi voluto responsabilizzare l'ente circa le conseguenze derivanti dalla concretizzazione del rischio-reato; ebbene, per affrontare le conseguenze economiche, e non, che discendono dalla condanna per illecito da reato non sempre è sufficiente attingere alle risorse presenti in bilancio. Il fine ultimo è il raggiungimento di una maggiore legalità dell'azione economica.

Il sistema 231 crea un cono d'ombra che, oscurando la logica repressiva classica, incentiva forme di definizione del procedimento finalisticamente orientate alla collaborazione e all'auto recupero della legalità<sup>63</sup>.

Il decreto valorizza il momento processuale - certamente più attiguo al fatto che alla pena - rendendolo la sede naturale nella quale raggiungere gli obiettivi del c.d. diritto premiale<sup>64</sup>. L'obiettivo è quello di evitare la pena, ridurne l'incidenza anticipando la risposta para-sanzionatoria ed invocando comportamenti attivi dell'ente-imputato che testimonino l'inadeguatezza di una sanzione ormai immeritata.

È inevitabile il confronto ed il raffronto con il principio di non colpevolezza di cui all'art. 27 della Costituzione. Ci si chiede, infatti, come possano legittimarsi delle richieste riparative, conciliative e riorganizzative, alla luce del principio di presunzione di non colpevolezza. Sul punto è possibile affermare che la compatibilità con il referente costituzionale va proprio ricercata nella volontarietà del contegno dell'ente incolpato il quale è posto nelle condizioni di valutare liberamente tra la pena subita ed il processo agito. Il processo non è vissuto passivamente ma viene utilizzato quale antidoto per evitare la risposta sanzionatoria. Il modulo partecipativo mette al centro la responsabilizzazione dell'ente incolpato sia in relazione ai fatti pregressi - richiedendone la riparazione - sia *pro futuro*, individuando ed

edificando una nuova *compliance* volta al rispetto delle regole<sup>65</sup>.

Così ricostruita la *ratio*, il principio di rieducazione di cui all'art. 27 della Costituzione perde la sua connotazione antropomorfa in favore del necessario adattamento richiesto nella legge delega; la *ratio* è chiara: l'accertamento della responsabilità degli enti non può perseguire le stesse finalità alle quali è votato il processo penale ordinario nei confronti della persona fisica.

Nell'ottica della continuità aziendale, sarà preferibile la riconciliazione dell'ente con la legalità dell'agere imprenditoriale.

Il nuovo sistema normativo, in termini di effettiva deterrenza, poggia sulla consapevolezza che colpire in via esclusiva le sostanze economiche dell'ente non basta per ottenere il fine sperato; spesso è più efficace attaccare i centri nevralgici, gli organi vitali dell'ente.

Il rigido dualismo "precepto violato-punizione" cede il passo a logiche variamente alternative, dove la rigidità tipica del diritto penale si stempera nelle finalità fluide proprie del processo penale che, talora accerta per comporre o per riparare «altrove addirittura quasi rinuncia al giudizio a favore di esiti rapidi della vicenda rituale»<sup>66</sup>.

La scelta del processo penale, quale rito deputato all'accertamento della responsabilità dell'ente, non è quindi casuale; il processo penale è incontrovertibilmente dotato di una forza "intimidatrice" rafforzata, tale da incentivare l'ente a ritrovare la legalità perduta.

Nel sistema 231, la presenza di un modello organizzativo efficiente, aggiornato ed idoneo permette all'impresa di andare esente da responsabilità in relazione al reato presupposto posto in essere dall'apicale o dal sottoposto, nell'interesse o a vantaggio dell'ente. Tuttavia, anche nel caso di mancata adozione - o di dichiarazione di inidoneità "in concreto" del modello adottato *ante delictum* - il D.Lgs. n. 231/2001 offre all'impresa degli strumenti sostanziali e processuali per recuperare a questa sua *défaillance*.

La *ratio* è la medesima: permettere all'impresa di uscire dal vortice della illegalità seguendo le *best practices* cristallizzate nel MOG.

### **3.1.2. (Segue) applicabilità della Business Judgement Rule**

Come premesso, l'organo giudiziario è chiamato a compiere una valutazione di adeguatezza degli assetti organizzativi - in relazione all'art. 2086 c.c. come novellato dal D.lgs. n. 14/2019 - ed una valutazione di idoneità dei Modelli organizzativi *ex* D.lgs. n. 231/2001.

Entrambe le valutazioni si sostanziano in esami

prognostici, da compiere *ex ante*, necessariamente condizionate da massime esperenziali; tuttavia, si è già osservato che l'idoneità astratta non basta (si pensi ad esempio ad un ente che, senza compiere un'analisi probabilistica delle aree maggiormente esposte e sensibili al rischio reato, pur di andare esente da responsabilità *ex delicto*, adotti un *pro-forma* di Modello organizzativo).

Il giudice, nel valutare l'idoneità del MOG o l'adeguatezza degli assetti organizzativi, non può limitarsi a prendere atto della verifica del reato presupposto o dell'avanzare della crisi; in questo caso il modello, valutato solo *ex post*, risulterebbe sempre inidoneo ed inadeguato.

L'idoneità e l'adeguatezza sono il riflesso di una clausola generale dell'organizzazione d'impresa<sup>67</sup>. Alcuni interpreti qualificano il giudizio di correttezza idoneità ed adeguatezza come un terzo genere di controllo «accanto alle categorie tradizionali del controllo di merito e di legalità»<sup>68</sup>.

Tuttavia, ci si chiede se il controllo e la sindacabilità involgano l'intera attività gestoria o se, in senso restrittivo, le censure debbano essere circoscritte alla sola valutazione delle finalità espressamente indicate.

Ad avviso di chi scrive, i maggiori dubbi sono innescati dalla congiunzione «anche» inserita nel testo dell'articolo 2086 c.c.

Infatti, se gli aspetti organizzativi diventano strumenti ordinari e generali di gestione aziendale, utilizzabili per organizzare l'impresa a tutto tondo (quindi, potenzialmente anche per prevenire la commissione di reati presupposto della responsabilità dell'ente), ciò vuol dire che la sindacabilità delle decisioni gestorie non può essere circoscritta alle azioni volte al recupero delle criticità aziendali ma, in senso estensivo, abbraccia il merito di ogni decisione imprenditoriale.

Le maggiori difficoltà potrebbero presentarsi se, pur correttamente espletata la fase di studio ed analisi del rischio preliminare all'adozione dei modelli organizzativi, ciononostante, siano state poi adottate delle misure in concreto inadatte.

In tal caso, richiamando la c.d. *business judgment rule*, ci chiediamo quale margine valutativo sia garantito al giudice. La *Business judgment rule* richiama una regola funzionale a garantire che gli amministratori, nel perseguimento dell'interesse sociale, possano esercitare l'attività senza quei condizionamenti che deriverebbero dalla consapevolezza che l'attività gestoria potrà essere sottoposta ad una valutazione *ex post* di convenienza ed opportunità da parte del giudice<sup>69</sup>.

In merito all'applicazione della regola della insindacabilità, dell'opportunità e della convenienza delle scelte manageriali si registrano

sostanzialmente due indirizzi; il primo, facendo leva sulla clausola generale di adeguatezza di cui agli artt. 2086 e 2381 c.c. che, quindi, lascerebbe all'impresa un ampio margine di discrezionalità, si mostra favorevole all'applicabilità della *business judgment rule*<sup>70</sup>. La tesi contraria ritiene che le scelte organizzative degli amministratori non possono essere sempre qualificate come gestorie – riservando tale qualifica solo alle scelte dalle quali discendono riflessi economici<sup>71</sup>.

A parere di chi scrive, ponendo a confronto il D.lgs. n. 14/2019 ed il D.lgs. n. 231/2001, la *business judgment rule* presenta un'applicazione diametralmente opposta.

Quello di cui all'articolo 2086 c.c., come novellato dal nuovo codice della crisi, appare un vero e proprio obbligo gravante sull'imprenditore, sicché la *business judgment rule* potrebbe al più trovare applicazione in relazione al *quomodo* degli assetti organizzativi, non invece in relazione all'*an* della loro adozione.

Diversamente, secondo l'impostazione ancora maggioritaria in ambito processual-penalistico, l'adozione dei modelli organizzativi validi ad escludere la colpa di organizzazione dell'impresa per i reati presupposto compiuti nel suo interesse o a suo vantaggio, conserverebbe il carattere della facoltatività. Ne discende che, in relazione a questi ultimi, il giudizio di idoneità demandato al giudice penale al fine di riconoscere un'esimente per l'ente si fa molto più pregnante; potrà infatti investire in via preliminare "il se" dell'eventuale adozione ed in secondo luogo, l'idoneità in concreto a prevenire reati della stessa specie di quello realizzato (*quomodo* dell'adozione, aggiornamento, implementazione e diffusione secondo trasparenza).

Ebbene, tutto quanto detto è vero a patto che si affermi che il sistema dei modelli organizzativi validi per la prevenzione del rischio reato non abbia subito modificazioni per effetto della riforma dell'articolo 2086 c.c.

#### 4. Conclusioni: sussumibilità dei "MOG231" nell'area dei nuovi assetti organizzativi obbligatori. La volontarietà rimeditata dei compliance programs?

Tutto quanto detto ha certamente permesso di tracciare e rimarcare le forti similitudini esistenti tra gli assetti organizzativi imposti dal nuovo codice della crisi ed i modelli di organizzazione, gestione e controllo volti a presidiare il rischio reato.

Infatti, tanto la recente riforma quanto la normativa del 2001 hanno come presupposto comune la gestione del rischio come paradigma del "fare

impresa”; inoltre, in entrambi gli ambiti – rischio reato e rischio crisi - si ritiene che i modelli e gli assetti, essendo collegati ad azioni umane, non siano in grado di annullare in senso assoluto il rischio ma, al più, possano contenerlo.

Tuttavia, non si comprende il motivo per il quale il legislatore abbia deciso di utilizzare una diversa terminologia (modello ed assetto) per individuare dei fenomeni gestori di fatto sovrapponibili. Volendo segnare una possibile differenza – utile a giustificare il distinguo definitorio - il termine modello evoca la necessità che determinate regole organizzative vengano espressamente formalizzate in un documento avente rilievo processuale e probatorio; l’assetto, invece, ne rappresenterebbe l’attuazione concreta, in termini di funzionalità, potendo anche prescindere da una cristallizzazione formale e documentale. Sicché, l’assetto che venga formalizzato, adottato, implementato, aggiornato e diffuso in modo trasparente ad ogni livello aziendale potrà assurgere a modello organizzativo. Circa il contenuto, la disciplina generale sugli assetti organizzativi, amministrativi e contabili non individua espressamente gli elementi indefettibilmente compresi all’interno dell’assetto affinché quest’ultimo possa superare la prova dell’adeguatezza. Non ravvisandosi un’ontologica differenza tra i due strumenti, potrà seguirsi la via dell’analogia e quindi applicare gli sviluppi interpretativi in tema di contenuto minimo dei “MOG 231”. È come se tra i due strumenti intercorresse un rapporto di genere (assetto) a specie (modello di organizzazione, gestione e controllo).

Depono in tal senso l’inserimento all’interno dell’articolo 2086 c.c., della congiunzione «anche»: oltre alla tempestiva rilevazione dello stato di crisi - che potremmo definire la funzione “minima” demandata a tali assetti - la norma assegna il compito di perseguire anche altri obiettivi.

È quindi possibile una intersezione tra i due strumenti. L’impresa non dovrà duplicare i documenti organizzativi ma, al più, potrà provvedere ad aggiornare ed implementare i modelli organizzativi di cui già dispone (se ne dispone).

E per le imprese che invece, in virtù della natura facoltativa dei MOG, abbiano deciso di non adottare tale strumento preventivo? Posto l’obbligo imposto dall’art. 2086 c.c., l’impresa conserva la libertà di non adottare un modello organizzativo o un assetto?

La definizione di assetto e di modello ci aiuta nella risoluzione del quesito.

Abbiamo premesso che l’assetto organizzativo ed il modello organizzativo sono in rapporto di genere a specie; quindi, l’impresa potrà ottemperare ai doveri imposti dal C.C.I.I. adottando un assetto

organizzativo, amministrativo e contabile che risulti adeguato rispetto all’individuazione dei sintomi della crisi. Ma non solo. La congiunzione “anche” ha messo in luce il carattere di tali strumenti che, quindi, possono essere piegati rispetto alle esigenze più disparate.

Deve però essere chiaro che il Modello valevole come esimente per la responsabilità *ex delicto*, ferme le similitudini, presenta delle caratterizzazioni specifiche ed ulteriori; è una *species* di assetto organizzativo e, soprattutto, per poter assumere tale valore probatorio, deve essere cristallizzato in un documento. Sul punto, invece, la riforma del 2019 nulla specifica ed anzi, richiama un canone valutativo generale - come è quello dell’adeguatezza - null’altro aggiungendo.

In senso contrario, potrebbe invece affermarsi che la congiunzione «anche», nell’imporre l’adozione di un assetto organizzativo avente come contenuto minimo l’adozione di strumenti idonei a rilevare e prevenire lo stato di crisi o dissesto, renda invece obbligatoria per tutte le imprese un Modello organizzativo c.d. integrato. Quest’ultimo dovrebbe quindi riassumere al suo interno gli assetti organizzativi volti alla prevenzione di tutti i rischi ai quali l’impresa si espone (quindi anche rischio-reato e rischio-insolvenza).

Tuttavia, a parere di chi scrive, tale interpretazione non convince.

Conferire ai MOG 231 il carattere della obbligatorietà ne trasformerebbe la natura a livello processual-probatorio. La sola adozione del Modello non vale a scusare l’ente per il reato commesso dalla persona fisica; come osservato è necessario che venga valutato “idoneo” rispetto alle finalità prescritte ed alle peculiarità del caso di specie.

Come si evince già dalla Relazione governativa al decreto del 2001, il legislatore ha informato il processo *de societate* secondo il criterio della premialità.

È necessario che l’impresa non percepisca il rischio-reato come un costo necessario cui far fronte semplicemente attingendo dalle risorse presenti a bilancio.

Il D.lgs. n.231/2001 premia l’impresa che, autonomamente, decida di dotarsi di un modello e quindi di intraprendere una politica aziendale improntata sulla legalità. Il carattere premiale si conserva anche nel caso di Modello adottato *post factum*, come manifestazione del ravvedimento operoso dell’ente, con evidenti incidenze in ambito cautelare ovvero in termini di riduzione della sanzione applicabile.

Riconsiderare la volontarietà dei Modelli di organizzazione, gestione e controllo “231” comprometterebbe l’intera impalcatura del sistema.

1 «Nell'ambito delle *best practices* manageriali assume rilievo centrale il *Risk Management* cioè il processo mediante il quale si identifica, stima e si misura il rischio e si stabiliscono delle strategie per governarlo. Il concetto di rischio è infatti fisiologicamente legato all'attività d'impresa in quanto intimamente connesso alla vocazione ad intraprendere – e quindi a creare – nonché all'aleatorietà degli eventi riferiti al contesto, all'ambiente e al mercato nei quali l'impresa stessa opera. Il *risk approach* consiste in un approccio metodologico che ha lo scopo di individuare e valutare tutte le fonti di rischio legate all'attività d'impresa, per poi trattarle e gestirle attraverso gli strumenti più consoni»; così, P. VERNERO - R. FRASCINELLI, *Gestione dell'impresa: il principio della organizzazione per la prevenzione. Dalla riforma del 2003 al nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Rivista231*, 2020, 1, p. 233-234.

2 Decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, *Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300*, in G.U. Serie Generale n.140 del 19 giugno 2001.

3 Per uno studio sulla tematica della responsabilità amministrativa degli enti dipendente da reato si vedano, *ex multis*, A. ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti. D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Ipsoa, 2001, p. 36; ID., *Reati di impresa e modelli sanzionatori*, Giuffrè, 1984, p. 58; G. AMARELLI, *Profili pratici della questione della natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 151 ss.; ID., *Crisi del diritto penale societario e prospettive di riforma: la responsabilità (penale?) delle persone giuridiche*, in G. AMARELLI - M. D'ALESSANDRO - A. DE VITA (a cura di), *Il nuovo sistema sanzionatorio del diritto penale dell'economia: decriminalizzazione e problemi di effettività*, Jovene, 2002, p. 301 ss.; G. AMATO, *Un regime diversificato per reprimere gli illeciti*, in *Guida dir.*, 26, 2001, p. 67; B. AMBROSIO, *La rappresentanza dell'ente nel processo*, in *Giur. pen. web*, 2018, 4, p.8; E. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 320; A. ASTROLOGO, «Interesse» e «Vantaggio» quali criteri di attribuzione della responsabilità dell'ente nel D.lgs. 231/2001, in *Ind. pen.*, 2003, p. 649; A. ASTROLOGO, «Interesse» e «Vantaggio» quali criteri di attribuzione della responsabilità dell'ente nel D.lgs. 231/2001, in *Ind. pen.*, 2003, p. 649; R. BRICCHETTI, *Società al debutto nel registro degli indagati*, in *Guida dir.*, 2001, 26, p. 110; M. CAGOSI, *Nuove prospettive per le vittime di reato nel procedimento penale italiano. Prime annotazioni al D.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212 (Attuazione della direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI)*, in [www.penalcontemporaneo.it](http://www.penalcontemporaneo.it), 19 gennaio 2016; M. CERESA-GASTALDO, *Procedura penale della società*, Giappichelli, 2017; ID., *Garanzie insufficienti nella disciplina del sequestro preventivo*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 4439 ss.; ID., *Processo penale e accertamento della responsabilità amministrativa degli enti: una naturale ibridazione*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 232; M. CHILOSI, *La responsabilità dipendente da reato e il modello 231 nelle piccole imprese. pro e contro e prospettive di riforma*, in *Rivista 231*, 1, 2018, p. 291; C. DE MAGLIE, *In difesa della responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Leg. pen.*, 2003, p. 349 ss.; ID., *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Giuffrè, 2002, p. 377; ID., *La disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni. Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1349; G. DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la "parte generale" e la "parte speciale" del D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in G. GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Cedam, 2002, p. 107; G. DE VERO, *La responsabilità, penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, 2008, p. 225; G. FIDELBO, *L'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo in sede giudiziale*, in A.M. STILE (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal D.lgs. 231/2001. Problemi applicativi e prospettive di riforma*, Jovene, 2013, p.55 ss.; ID., *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Giuffrè, 2010, p. 484 ss.; V. MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d.lgs. 231/2001: una "truffa delle etichette" davvero innocua?*, in *Riv. trim. dir. pen. econom.*, 2001, p. 879 ss.; T. PADOVANI, *Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità "amministrativa" delle persone giuridiche*, in G. DE FRANCESCO (a cura di), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, Giappichelli, 2004, p. 13; C.E. PALIERO, *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione*, in A. ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, Giuffrè, 2002, p. 52; C.E. PALIERO - C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, p. 167 ss.; C. PANSINI, *voce Durata ragionevole del processo (Dir. proc. pen.)*, in S. PATTI (diretto da), *Il diritto. Enciclopedia giuridica, vol. V*, Il Sole 24 ore, 2007, p. 680 ss.; S. PAOLETTI, *Giustizia riparativa: uno strumento per la tutela sostanziale della vittima*, in *Cass. pen.*, 2017, 4, p. 1733B ss.; G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo. Addebiti 'amministrativi' da reato (Dal D.lgs. n. 231 del 2001 alla legge n. 146 del 2006)*, Giappichelli, 2006, p. 210; P.P. PAULESU, *L'accertamento della responsabilità "penale" degli enti: riflessioni in tema di dinamiche probatorie e regole decisorie*, in R.BORSARI (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti. Un consuntivo critico*, UP, 2016, p. 422; C. PIERGALLINI, *Persone giuridiche (responsabilità da reato delle)*, in F. GIUNTA (a cura di), *Dizionario sistematico di Diritto penale*, Giuffrè, 2008, p. 112; D. PULITANO, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, in

*Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 429; B. QUATRARO, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche ex D.lgs.231/2001. Profili societari, penali e processuali integrati con ampi massimari di giurisprudenza*, Pacini Giuridica, 2019; N. TRIGGIANI, *Responsabilità amministrativa degli enti e giudizio abbreviato: dubbi e perplessità tra norme codicistiche e disciplina speciale*, in *Proc. pen. giust.*, 2012, 2, pp. 107-118; G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Giuffrè, 2012; S. VINCIGUERRA, *La struttura dell'illecito*, in S. VINCIGUERRA - M. CERESA-GASTALDO - A. ROSSI (a cura di), *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse (D.lgs. n. 231/2001)*, Cedam, 2004, p. 212.

4 Cfr. Relazione al D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, in *Giuda dir.*, 26, 2001, p. 31 ss.

5 Ci si riferisce a Renato Rordorf, Presidente della Commissione ministeriale alla quale è stato affidato il compito di elaborare i decreti attuativi della Legge Delega n. 155/2017.

Come sottolineato da S. SISIA - C. TREMOLADA, *Il nuovo codice della crisi d'impresa e le sue ricadute sulla disciplina della bancarotta*, in *ilpenalista.it*, focus del 15 febbraio 2019, Il nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza rappresenta un corpus normativo frutto di una elaborazione legislativa complessa, il risultato di un lavoro durato ben tre anni; infatti, il primo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali risale al dicembre del 2015. Il primo schema di decreto legislativo ha poi visto la luce solo nel dicembre del 2017 ed è stato poi corretto nel febbraio del 2018. Il nuovo e definitivo schema di decreto legislativo attuativo della legge delega è stato elaborato nell'ottobre del 2018 e consegnato per i pareri delle competenti Commissioni parlamentari il 14 novembre 2018.

6 Decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155* (19G00007), in G.U. Serie Generale n. 38 del 14 febbraio 2019 - Suppl. Ordinario n. 6. È opportuno segnalare che il Codice della Crisi, la cui entrata in vigore era prevista originariamente per il 15 agosto 2020, è stata prorogata al 1 settembre 2021 a seguito del D.L. 8 aprile 2020, n. 23 (cd. decreto liquidità).

Il Codice della crisi è stato da ultimo sottoposto ad integrazione e correzione ad opera del Decreto legislativo 26 ottobre 2020, n. 147, *Disposizioni integrative e correttive a norma dell'articolo 1, comma 1, della legge 8 marzo 2019, n. 20, al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, recante codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155* (20G00167) in G.U. Serie Generale n. 276 del 5 novembre 2020 (l'entrata in vigore del provvedimento è prevista per il 9 settembre 2021, ad eccezione delle disposizioni di cui agli artt. 37, commi 1 e 2, e 40 che entreranno in vigore il 20 novembre 2020).

Tra le principali novità si segnalano la competenza esclusiva in capo agli amministratori dell'istituzione degli assetti organizzativi dell'impresa, la nuova definizione di crisi d'impresa e dei suoi indicatori nonché l'innalzamento delle soglie rilevanti ai fini dell'attivazione della c.d. allerta esterna da parte dell'Agenzia delle Entrate.

7 Direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, e che modifica la direttiva (UE) 2017/1132 (direttiva sulla ristrutturazione e sull'insolvenza), in G.U. dell'Unione Europea - del 26 giugno 2019, L 172/18-55.

Sul punto in dottrina cfr. A. NIGRO, *La proposta di direttiva comunitaria in materia di disciplina della crisi delle imprese*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, p. 201; L. PANZANI, *La proposta di Direttiva della Commissione UE: early warning, ristrutturazione e seconda chance*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2017, 2, p. 129; L. STANGHELLINI, *La proposta di direttiva UE in materia di insolvenza*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2017, 39, p. 873.

8 In argomento si veda "Indagine conoscitiva in merito all'esame della Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità e misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza e liberazione dai debiti, e che modifica la direttiva 2012/30/UE (COM (2016) 723 final)" del 24 maggio 2017, Legislatura XVII-Commissioni permanenti- Indagini conoscitive in [www.camera.it](http://www.camera.it)

9 Cfr. E. PERUSIA - C. SANTORIELLO, *La valutazione dell'idoneità del modello organizzativo alla luce delle innovazioni in tema di crisi di impresa*, in *Rivista231*, 2019, 3, p. 18.

10 L'art. 3 del D.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147 ha sostituito la rubrica della norma, ora *Indicatori e indici della crisi*, ed ha sostituito i commi 1 e 3.

11 Il codice ha il pregio di riscrivere in modo organico la disciplina delle situazioni di crisi; nel farlo, pone l'accento sulle diversità ontologiche, oltre che strettamente definitorie, tra stato di crisi e situazione di insolvenza. Per crisi si intende lo stato di difficoltà economico-finanziaria (per effetto dell'art. 1 del D.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147, le parole: «difficoltà economico-finanziaria» sono sostituite dalle seguenti: «squilibrio economico-finanziario») che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate. Gli strumenti di prevenzione e di allerta mirano ad evitare le situazioni di insolvenza, intese come «lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrano che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni».

12 In argomento si veda F. MANCA, *Assetti adeguati e indicatori di crisi nel nuovo codice della crisi d'impresa: la visione aziendalista*, in *Giur. comm.*, 2020, 3, p. 629 ss.; P. RIVA - A. DANOVÌ - M. COMOLI - A. GARELLI, *Gli attori della governance nelle fasi dell'allerta e gli indici della crisi secondo il nuovo C.C.I.*, in *Giur. comm.*, 2020, 3, p. 594 ss.; C. SANTORIELLO, *Codice della*

crisi. *Vecchie e nuove ipotesi di responsabilità penale degli amministratori e sindaci*, in *ilpenalista.it*, focus del 2 settembre 2019; ID., *D.lgs.14/2019. Come cambiano le disposizioni penali nel nuovo codice della crisi d'impresa*, in *ilpenalista.it*, focus del 2 settembre 2019.

13 Testualmente, P. VERNERO - R. FRASCINELLI, cit., p. 239.

14 Sul punto F. MANCA, cit., p.631, nell'analizzare l'espressione «assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato» contenuta nell'art. 375 del Codice della crisi e dell'insolvenza, puntualizza che «le aggettivazioni toni, ossia “amministrativo” e “contabile” servono a completare il concetto di “assetto adeguato”, posto che a dare ordine e logica alla conduzione di un'azienda concorrono non solo le procedure amministrative e gli aspetti formali, giuridici e burocratici, che possono aiutare il management non farsi travolgere dagli infiniti problemi di varia natura che quotidianamente si presentano; ma anche gli strumenti contabili, essenziali per quantificare in termini di valore ciò che sta accadendo ma di cui potrebbe sfuggire la dimensione e di conseguenza la criticità: cosa che non avverrebbe se si utilizzassero dei sistemi di indicatori, proprio come quelli previsti dal legislatore del Codice».

15 Così, P. TULLINI, *Assetti organizzativi dell'impresa e poteri datoriali. La riforma dell'art. 2086 c.c.: prima lettura*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, 2, p. 135. L'autrice non manca di manifestare il suo stupore in ordine alla mancata abrogazione del comma 1 che, infatti, mantiene intatta la proiezione autoritaria dei rapporti tra imprenditore e soggetti dell'impresa. Pur manifestando le sue perplessità in ordine alla possibilità di raccordare questo «detrito normativo» con il nuovo contenuto organizzativo imposto dalla norma e, più a monte, con la stessa rubrica dell'articolo 2086 c.c., cerca di offrire una spiegazione plausibile all'agere del legislatore e rintraccia un nesso logico tra i due commi, nella possibilità che «improntando la condotta imprenditoriale alla correttezza e alla sostenibilità organizzativa, il principio gerarchico di cui al comma 1, possa rappresentare uno strumento di tutela della relazione fiduciaria con i soggetti inseriti nella compagine aziendale».

16 È intesa come clausola generale, ad es., da P. MONTALENTI, *Diritto dell'impresa in crisi, diritto societario concorsuale, diritto societario della crisi: appunti*, in *Giur. comm.*, 2018, p. 78; S. FORTUNATO, *Codice della crisi e Codice civile: impresa, assetti organizzativi e responsabilità*, in *Riv. soc.*, 2019, p. 960; T. M. CAVALIERE, *Codice della crisi d'impresa e insolvenza. Le modificazioni del codice civile*, in *Giur. it.*, 2019, 8-9, p. 1943; M. CIAN, *Crisi dell'impresa e doveri degli amministratori: i principi riformati e il loro possibile impatto*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2019, p. 1163 richiama la categoria delle «norme in bianco»; R. SACCHI, *Sul così detto diritto societario della crisi: una categoria concettuale inutile o dannosa?*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2018, p. 1286, ci parla invece di un «principio di sistema».

17 Cfr. M.S. SPOLIDORO, *Note critiche sulla «gestione dell'impresa» nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, in *Riv. soc.*, 2019, p. 269 ss., che attribuisce alla riforma dell'art. 2086 c.c. l'obiettivo di individuare i soggetti responsabili «in quanto titolari di una posizione di garanzia, dell'adeguata organizzazione».

18 In senso critico circa la reale portata innovativa del sistema introdotto dalla riforma del 2003 si esprime F. GENNARI, *Modelli organizzativi dell'impresa e responsabilità degli amministratori di s.p.a. nella riforma della legge fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2018, 2, p. 293; l'Autore osserva che «quella che a molti parve una riforma epocale, con ricadute rilevanti anche in tema di responsabilità dei componenti degli organi di amministrazione e controllo, è rimasta, tuttavia, almeno per molti aspetti, un po' sottovalutata, anche, e soprattutto, dalla giurisprudenza. Anche in relazione al complesso della riforma, infatti, si era ipotizzata una rivisitazione del ruolo e delle responsabilità degli amministratori delle società di capitali, che tenesse conto dell'importanza primaria che la società amministrata sia dotata di un assetto organizzativo amministrativo e contabile adeguato alle dimensioni dell'impresa ed all'attività esercitata. In particolare la nuova soluzione, adottata in occasione della riforma, avrebbe potuto portare a tre evidenti benefici: i) valorizzare l'elemento organizzativo come punto centrale dell'attività dell'organo amministrativo, sia nel suo ruolo di organo di supervisione strategica sia in quello di organo gestorio; ii) costituire una nuova e determinante fonte di valutazione della responsabilità dell'organo amministrativo, e dei suoi componenti, responsabilità intesa sia nel significato di compito specifico affidatogli, sia in senso di responsabilità risarcitoria in casi di violazione della norma e di inadempimento dell'obbligo; iii) costituire finalmente uno strumento utile per realizzare più efficacemente la graduazione della responsabilità dei vari soggetti chiamati a partecipare alla governance dell'impresa, tenendo conto del fatto che gli incumbenti vengono separatamente affidati, e con ruoli diversi, ai vari organi sociali, ed ai loro componenti.

Tutto ciò è noto che non si è propriamente realizzato, dato che, soprattutto la giurisprudenza, si è tenuta abbastanza distante da tali input normativi, e la dotazione della società di un adeguato assetto organizzativo amministrativo e contabile non è ancora diventata elemento determinante nella valutazione dell'adempimento degli amministratori e dei sindaci (o degli organi dei sistemi dualistico e monistico di amministrazione e controllo) ai doveri loro imposti dalla legge. Il perché di tale conseguenza, a parte una possibile scarsa sensibilità alle innovazioni, che pure caratterizza il nostro sistema giuridico ed economico, risiede in realtà, come di recente giustamente ricostruito, nello sbiadito confine tra obbligo di legge e discrezionalità amministrativa, insindacabile nelle scelte di gestione, nota come *business judgement rule*».

19 Sui concetti di rischio d'impresa e gestione dei rischi, si vedano S.A. CERRATO, *Impresa e rischio. Profili giuridici del risk management*, Giappichelli, 2019; G.R. CROCE, *I rischi d'impresa. Guida alla loro identificazione, analisi, valutazione e controllo*, Roma, Eurilink, 2012; A. LAI, *Il contributo del sistema di prevenzione e gestione dei rischi alla generazione del valore*

d'impresa, Franco Angeli, 2015; G. LANDI, *Sostenibilità e rischio d'impresa. Evidenze e criticità dei Rating ESG*, Cedam, 2020; O. ROGGI, *Rischio d'impresa, valore e insolvenza: aspetti teorici e processi di gestione del rischio*, Franco Angeli, 2008; P. RIVA, *Ruoli di corporate governance. Assetti organizzativi e DNF*, Egea, 2019; C. ZAGARIA, *Gestione integrata del rischio, profili di comunicazione ed evidenze empiriche*, Giappichelli, 2017; A. ZATTONI, *Corporate governance*, Egea, 2015.

20 Così, F. MANCA, cit., p. 635.

21 Testualmente G. LATTANZI - P. SEVERINO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, Vol. II, Diritto processuale, Giappichelli, 2020, p. XVII.

22 Così, M.H. SCHETTINO - F. LUCARIELLO, *La difesa degli enti e dagli enti nel D.lgs.231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, Giuffrè, 2019, p. 27.

23 Cfr. G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, ed. ETS, 2012, p. 344. In senso contrario M. ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 405; l'autore «esclude che possa parlarsi di un'autentica responsabilità diretta» in quanto nel decreto, a differenza di quanto accaduto nel sistema francese, «la responsabilità verrebbe posta a carico dell'ente, traendola, a determinate condizioni, da quella penale del singolo autore che si trovi in uno speciale rapporto funzionale con l'ente medesimo».

24 Cfr. Cass. Pen., Sez. VI, 16 luglio 2010 (ud.18 febbraio 2010), n. 27735, in *Cass. pen.*, 2011, 5, 1880, con nota di A. AGNESE, *Osservazioni a Cass. pen., sez. VI, 18 febbraio 2010, n. 27735*. L'autrice osserva che «La decisione della suprema Corte fornisce altresì una peculiare valutazione, rispetto a una precedente decisione di merito (Trib. Milano, Ufficio Gup, 17 novembre 2009, n. 2242, in [www.rivista231.it](http://www.rivista231.it)), dell'onere della prova della responsabilità dell'ente, che graverebbe sempre sull'accusa: nel sistema delineato dagli artt. 6 e 7 del D.lgs. 231 del 2001 infatti, il pubblico ministero dovrà sempre provare la sussistenza dell'illecito penale in capo alla persona fisica inserita nella compagine organizzativa della società, il nesso teleologico tra l'azione del soggetto apicale che ha commesso il reato e l'interesse o il vantaggio dell'ente, che rendono automaticamente autonoma la responsabilità di quest'ultimo, e la colpa organizzativa.

Spetterebbe invece all'ente, per andare esente da colpa organizzativa, dimostrare che "l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi" (lett. a) dell'art. 6) e che sulla base di tale presupposto, ricorrono le altre previsioni elencate nelle successive lettere del citato art. 6".

Si ribadisce quindi che nessuna inversione dell'onere della prova è prevista dalla disciplina che regola la responsabilità dell'ente negli artt. 5, 6 e 7 del D.lgs. 231 del 2001 e che pertanto non sussiste alcuna violazione dei principi costituzionali afferenti al diritto di difesa e al principio di uguaglianza».

25 Cfr. G. DE SIMONE, cit., p. 313-314; l'autore puntualizza che «Ancor più complessa risulta essere la fattispecie posta alla base dell'applicazione delle sanzioni interdittive, poiché in tal caso bisognerà tener conto pure degli ulteriori presupposti a cui fa riferimento l'art. 13 (profitto di rilevante entità, il reato commesso da soggetti in posizione apicale ovvero da soggetti sottoposti all'altrui direzione, quando la sua commissione è stata determinata o agevolata da gravi carenze organizzative; reiterazione degli illeciti)».

26 In questi termini E. GRECO, *L'illecito dell'ente dipendente da reato. Analisi strutturale del tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 4, p. 2091.

In ordine al carattere pluripersonale dell' illecito secondo un primo indirizzo, «il contributo dell'ente alla produzione del reato presupposto sembrerebbe potersi, in prima battuta, inquadrare secondo schemi assimilabili a quelli che caratterizzano l'agevolazione colposa, nella forma di un anomalo concorso morale agevolatorio»; di tale avviso C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex D.lgs. 231/2001)*, in *AA.VV., Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, 2011, p. 376.

Una diversa impostazione invece qualifica il fatto dell'ente come «fattispecie a concorso necessario di parte generale» avendo quest'ultima sempre «bisogno dell'apporto materiale della persona fisica». Segue tale impostazione C.E. PALIERO, *Dalla vicarious liability alla colpevolezza d'impresa: tendenze della responsabilità penale degli enti nel panorama giuridico europeo*, in G. BELLANTONI - D. VIGONI (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani. Diritto dell'esecuzione penale, diritto penale, diritto, economia e società*, La Tribuna, 2010, p. 427, che riprende gli studi di E. DELLA TERZA, *Struttura del reato e concorso necessario*, Giuffrè, 1971, p. 69.

27 Così M. SCOLETTA, *Nuove ipotesi di responsabilità amministrativa degli enti*, in S. CORBETTA - G.L. GATTA - A. DELLA BELLA (a cura di), *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, Ipsoa, 2009, p. 371 ss.

Sul principio di legalità nel sistema di responsabilità *ex crimine* degli enti si vedano L. ALIBRANDI, *Art. 2. Principio di legalità*, in A. CADOPPI - G. GARUTI - P. VENEZIANI (a cura di), *Enti e responsabilità da reato*, Giuffrè, 2010, p. 90 ss.; D. BRUNELLI, *Sub Art. 2*, in A. PRESUTTI - A. BERNASCONI - C. FIORIO (a cura di), *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D. Legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, Cedam, 2008, p. 85 ss.; G. LASCO, *Art. 2*, in G. LASCO - V. LORIA - M. MORGANTE (a cura di), *Enti e responsabilità da reato. Commento al D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Giappichelli, 2017, p. 38 ss.; R. LOTTINI, voce *Responsabilità delle persone giuridiche (Sub Art. 2)*, in F. PALAZZO - C.E. PALIERO (diretto da), *Commentario breve alle leggi penali*

complementari, II<sup>o</sup> ed., Cedam, 2007, p. 2294 s.; Id., *La responsabilità da reato degli enti: natura e principi generali*, in A. CADOPPI - S. CANESTRARI - A. MANNA - M. PAPA (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, t. II, Giappichelli, 2016, p. 2383 ss.; M.M. SCOLETTA, *La responsabilità da reato delle società: principi generali e criteri imputativi nel D.lgs. n. 231/2001*, in G. CANZIO - L.D. CERQUA - L. LUPARIA (a cura di), *Diritto penale delle società*, t. I, Cedam, 2014, p. 861 ss.;

28 «L'esigenza di far risaltare il rapporto di immedesimazione con lente, ha suggerito al legislatore delegato l'opportunità di focalizzare l'attenzione sulle connotazioni funzionali dell'agente persona fisica, sconsigliando, dunque, l'elencazione delle qualifiche soggettive»; così O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Giuffrè, 2010, p. 50.

29 Cfr. C. PIERGALLINI, *Colpa di organizzazione e impresa*, in M. DONINI R. ORLANDI (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bononia University press, 2013, p. 166.

30 Cfr. E. GRECO, cit., p. 2093.

31 Cfr. C. PIERGALLINI, cit., p. 161.

32 Cfr. E. GRECO, cit., p. 2093.

33 Sul punto G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, ed. ETS, 2012, p. 367, osserva che «Non vi era alcuna ragione per escludere la responsabilità della *societas* per i reati commessi da tali soggetti e, anche gli obblighi assunti a livello internazionale imponevano una scelta di questo tipo. Ciò che allora assume rilievo è soltanto il fatto che l'ente risulti impegnato dal compimento, da parte del sottoposto, di un'attività destinata a riversarsi nella sua sfera giuridica».

34 In argomento, da ultimo, F. BRIZZI, *Interesse e vantaggio dell'ente e discrezionalità del Pubblico Ministero*, in *ilpenalista.it*, focus del 17 marzo 2020; C. SANTORIELLO, *Responsabilità degli enti. La SC riflette sulle nozioni di interesse e vantaggio*, in *ilpenalista.it*, 20 dicembre 2018.

35 Lo sottolineano, tra gli altri, C. DE MAGLIE, *In difesa della responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Leg. pen.*, 2003, p. 351, C.E. PALIERO, *Dieci anni di "corporate liability"*, cit., p. 8 ss.; C.E. PALIERO, C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, p. 167 ss.; C. PIERGALLINI, *Persone giuridiche (responsabilità da reato delle)*, in F. GIUNTA (a cura di), *Dizionario sistematico di Diritto penale*, Giuffrè, 2008, p. 112; A.F. TRIPODI, *Situazione organizzativa e colpa in organizzazione: alcune riflessioni sulle nuove specificità del diritto penale dell'economia*, in *Riv. trim. dir. pen. econom.*, 2004, p. 483 ss.

36 Si veda O. DI GIOVINE, cit., p. 68.

37 La ricostruzione trova avallo, a livello comparatistico, nel sistema australiano. Il *Criminal Code Act* ricollega la *corporate culpability* alla prova che all'interno della struttura aziendale sia riscontrabile una cultura di impresa che abbia diretto, incoraggiato, tollerato o indotto a non rispettare le prescrizioni etiche o legali, ovvero che la compagine organizzativa di vertice abbia omesso di creare e mantenere una cultura d'impresa finalizzata al rispetto delle prescrizioni imposte. Così, C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Giuffrè, 2002, p. 172 ss.

In argomento O. DI GIOVINE, cit., p. 77, ricostruisce gli aspetti problematici che tale configurazione della colpevolezza dell'ente aveva lasciato irrisolti e puntualizza che «dopo l'emanazione del decreto legislativo ci si è chiesti problematicamente se una siffatta colpa di organizzazione possa davvero integrare la colpevolezza penalistica, seppur in senso normativo». Secondo un primo orientamento l'eccezione normativa della colpevolezza non può costituire la panacea di tutti i mali e quindi non permette di trascurarne gli aspetti psicologici. A tale ricostruzione si è replicato che «la colpa di organizzazione è pur sempre colpa e che nessuno mette in dubbio la possibilità di caratterizzare in senso colpevole i delitti colposi. Certo, residuano elementi di divergenza rispetto al paradigma di responsabilità personale umana». «Non dovrebbe dunque sorprendere negativamente la circostanza che in materia di enti rilievi quella che è stata stigmatizzata come la condotta di vita aziendale. Egualmente, non preoccupa il rischio che per tal via si trascenda in una sorta di diritto penale dell'autore persona giuridica perché questo - sempre per l'assenza di qualunque sostrato naturalistico - non assumerebbe comunque connotati autoritari che, in rapporto alle persone fisiche, ne limitano inammissibilmente gli spazi di libertà».

38 In tal senso si vedano G. DE VERO, *La responsabilità, penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, 2008, p. 225; M. RIVERDITI, *La responsabilità degli enti: un crocevia fra repressione e specialprevenzione*, Jovene, 2009, p. 295.

39 Testualmente O. DI GIOVINE, cit., p. 87.

40 In argomento Cass. pen., 17 settembre 2009 (ud. 9 luglio 2009), n. 36083, in *Rivista231*, 2010, 2, 83, con nota di S. BELTRANI, *Modelli Organizzativi e Gestionali e criteri di imputazione della responsabilità dell'ente (commento a Cass. Pen., Sez. VI, n. 36083/09)*; Trib. Novara, Ufficio Gup., 1 ottobre 2010, in *Corr. mer.*, 2001, 4, 403.

41 «Nelle due ipotesi, i tipi di cautele da rispettare sono parzialmente diversi», sotto altro profilo, nel caso di reato commesso da un apice «ha imposto un irrigidimento nella distribuzione dell'onere probatorio»; così, O. DI GIOVINE, cit., p. 81.

In senso conforme M.H. SCHETTINO - F. LUCARIELLO, cit., p. 27, osservano che «gli artt. 6 e 7 del decreto differenziano i criteri soggettivi di imputazione dei reati presupposto (...) e questa distinzione si riflette nella bipartizione tra illeciti penali che risultano da scelte di politica aziendale assunte dai vertici e quelli derivanti da una colpa di organizzazione, comportando anche una diversa ripartizione dell'onere della prova tra l'accusa e la difesa dell'ente».

42 Sulla tematica della prova dell'elusione fraudolenta del modello si veda A. BERNASCONI, *Sub. Art. 6*, in A. PRESUTTI - A. BERNASCONI - C. FIORIO (a cura di), *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D.Legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, Cedam, 2008, p. 148 ss., l'autore, riprendendo una castica ed isolata critica, osserva che in alcuni contesti aziendali si potrebbe rilevare l'implausibilità empirica della suddetta situazione perché si dovrebbe sostanzialmente immaginare un'impresa caratterizzata da una «condotta di vita ubbidiente, testimoniata dall'adozione ed efficace attuazione in via di principio dei modelli di legalità preventiva, nonché dall'istituzione di un credibile organo di controllo in materia; dall'altro, un vertice mosso da un atteggiamento di tale infedeltà nei confronti del virtuoso ente di appartenenza, da orchestrare una frode raffinata». La situazione così prospettata appare implausibile posto che presuppone da un lato, l'attuazione efficace dei modelli ed un controllo in concreto da parte dell'OdV; ed, al contempo, richiede una condotta in grado di cancellare gli effetti di un congegno preventivo ed un controllo giudicato efficiente. Si tratterebbe di una contraddizione in termini.

43 La dottrina ha spesso ricondotto i fatti descritti nell'art. 6 – i fatti impeditivi della responsabilità dell'ente - nell'alveo delle scusanti o delle cause di non punibilità. Così ragionando, tali elementi risulterebbero avulsi dalla struttura della fattispecie e, di conseguenza, sottratti all'onere probatorio del pubblico ministero. Ne discende una inversione dell'onere probatorio, in virtù della quale sarà l'ente a dover dimostrare la perfetta organizzazione aziendale o la sua fraudolenta elusione.

«L'aver elaborato e adottato un modello idoneo di organizzazione non basta ad esimere la società da responsabilità amministrativa, essendo necessaria l'istituzione di una funzione di vigilanza» in quanto è compiuto dell'organismo di vigilanza quello di «osservazione del funzionamento del modello, al fine di verificarne l'idoneità, rilevarne eventuali deficienze che dovranno essere segnalate all'organo dirigente perché provveda alla loro eliminazione. Detto organismo di vigilanza, in questa attività di osservazione, utilizzerà ogni possibile e legittimo potere, avvalendosi dell'ampia autonomia riconosciutagli dalla legge e di tutte le comunicazioni, relative alle attività aziendali che, a norma del modello, gli vengono trasmesse», così, Corte App. Milano, Sez. II, 21 marzo 2012, n. 1824, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2012, 4, 167 ss., con nota di S. BARTOLOMUCCI, *L'adeguatezza del Modello nel disposto del D.lgs. 231 e nell'apprezzamento giudiziale. Riflessioni sulla sentenza d'appello "Impregilo"*.

44 Cfr. P. BASTIA, *I modelli organizzativi*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Giuffrè, 2010, p. 140.

45 Testualmente O. DI GIOVINE, cit., p. 93.

46 L'inversione di cui all'art.6 del D.lgs. n. 231/2001, appare, *icto oculi*, un'anomalia costituzionalmente sospetta che ben si presta a possibili distorsioni: in caso di difficoltà nell'individuazione dell'autore materiale del reato, l'ente potrebbe cadere nella "trappola del Pm" che potrebbe così sollevare un'imputazione ex art. 6, così da poter sfruttare tale inversione probatoria. La Cassazione ha escluso che in relazione a tale disposizione del decreto possa parlarsi di inversione dell'onere probatorio. Il pubblico ministero dovrà, anche in tale ipotesi, provare la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito penale, quindi anche della condotta negligente (colpa di organizzazione) e della colpevolezza propria dell'ente. Spetterà poi all'ente difendersi, fornendo la propria prova liberatoria.

La formula "se prova che" contenuta nell'art. 6, comma 2, D.lgs. n. 231/2001 non va intesa alla lettera. Nel processo penale non esistono "oneri probatori" in senso tecnico ma situazioni di mero "rischio della mancata prova". Tuttavia, tale rischio non può produrre effetti a detrimento della posizione processuale dell'ente incolpato.

Al giudice sarà consentito procedere alla condanna dell'ente solo ove si raggiunga la prova della colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio.

L'ente per andare assolto dovrà insinuare nel giudice il ragionevole dubbio circa l'adozione e l'efficace impiego di modelli organizzativi idonei a prevenire la verifica di fattispecie di reato della stessa specie di quello verificatosi.

La risposta è nella *ratio* dell'intervento normativo volto a responsabilizzare le aziende ed introdurle al tema della prevenzione del rischio reato. Il "finalismo educativo" rifugge dagli automatismi attributivi della responsabilità; sarebbe un controsenso predicare la responsabilizzazione cosciente dell'ente ed, al contempo, immaginare una forma di responsabilità oggettiva che colleghi l'attribuzione dell'illecito amministrativo alla sola commissione di reato presupposto. È imprescindibile un substrato soggettivo.

47 Radicalmente critico è T. PADOVANI, *Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità 'amministrativa' delle persone giuridiche*, in G.A. DE FRANCESCO (a cura di), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia 'punitiva'*, Giappichelli, 2004, p. 18.

48 Testualmente P. BASTIA, cit. p. 141.

49 Cfr. A. BERNASCONI, cit., p. 133.

50 «A tal fine l'art. 6, comma 2, lett. d) del D.lgs. n.231/2001, nell'elencare i fattori di esonero della responsabilità dell'ente qualora si realizzi un reato presupposto, dispone che all'interno del modello organizzativo siano previsti obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli lasciando, come sempre ampio spazio all'autonomia privata nella regolamentazione dei flussi informativi da e verso l'OdV»; così, M.H. SCHETTINO - F. LUCARIELLO, cit., p. 97.

51 Non può tacersi che la vera difficoltà si manifesta nell'adozione nei confronti degli apicali di un congegno fino ad oggi

concepito, quasi in via esclusiva, per regolamentare, controllare, disciplinare e sanzionare i rapporti di lavoro subordinato. 52 In argomento G. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo. Addebiti 'amministrativi' da reato (Dal D.lgs. n. 231 del 2001 alla legge n. 146 del 2006)*, Giappichelli, 2006, p. 210, puntualizza che tale prassi probatoria potrebbe creare un effetto di distorsione processuale, un vero e proprio circolo vizioso che porti ad identificare nella commissione del reato il sintomo dell'inadeguatezza del modello gestionale adottato.

53 Così, M.H. SCETTINO - F. LUCARIELLO, cit., p. 31. Gli autori osservano che «è solo dopo aver provato l'idoneità del modello dell'ente che per la difesa si pone il problema di giustificarne, nel caso di specie, l'inosservanza da parte degli apicali, dimostrandone l'avvenuta elusione fraudolenta».

Come sottolineato da P. FERRUA, *Procedimento di accertamento e applicazione delle sanzioni. La disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1482, l'ente sembra chiamato ad affrontare una «sfida probatoria davvero impegnativa».

In giurisprudenza, per una definizione di elusione fraudolenta si veda Cass. Pen., Sez. V, 30 gennaio 2014 (ud. 18 dicembre 2013), n. 4677, in *Rivista dei Dottori Commercialisti*, 2015, 1, 169; Trib. Cagliari, Ufficio Gup, 4 luglio 2011, in *Corr. merito*, 2012, 169, con nota di G. GENTILE.

54 Cfr. L. SANTANGELO, *Prevenzione del rischio di commissione di aggio e di "elusione fraudolenta" del modello organizzativo ai sensi del D.lgs. n. 231/01: un'interessante pronuncia della Corte di Cassazione*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 3 marzo 2014

55 Circa l'accertamento dell'idoneità dei modelli organizzativi, *ex multis*, si vedano F. D'ARCANGELO, *I canoni di accertamento dell'idoneità del modello organizzativo nella giurisprudenza*, in *Resp. amm. soc.*, 2011, 2, pp. 129 ss.; T.E. EPIDENDIO, *Il modello organizzativo 231 con efficacia esimente*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2010, 4, p. 149 ss.; G. FIDELBO, *L'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo in sede giudiziale*, in A.M. STILE (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal D.lgs. 231/2001. Problemi applicativi e prospettive di riforma*, Jovene, 2013, p. 55 ss.; G. GARUTI, *Profili giuridici del concetto di "adeguatezza" dei Modelli Organizzativi*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2007, 3, p. 11 ss.; G. LUNGHINI, *L'idoneità e l'efficace attuazione di modelli organizzativi ex D.lgs. 231/2001*, in A. MONESI (a cura di), *Modelli organizzativi ex D.lgs. n.231/2001*, Giuffrè, 2005, p. 251; F. VIGNOLI, *Il giudizio di idoneità del Modello Organizzativo ex D.lgs. 231/2001: criteri di accertamento e garanzie*, in *Resp. amm. soc.*, 2009, 1, p. 7.

56 L'esigenza di verificare la effettività o meglio l'attuazione in concreto del modello mira a scongiurare il rischio che l'azienda possa considerare il modello organizzativo come una "spesa necessaria" solo in termini economici; ossia una esimente preconstituita di natura solo formale e non sostanziale.

In argomento O. DI GIOVINE, cit., p. 115, osserva che «non sfugge il rischio che tale meccanismo possa pagare un prezzo in termini di minor deterrenza, tanto più laddove gli enti prendono ad assolvere ai propri adempimenti organizzativi in modo più fittizio che reale, vale a dire attraverso l'adozione di protocolli generici e di facciata che si traducono soltanto in un fattore di burocratizzazione».

In giurisprudenza di merito si veda Trib. Milano, Ufficio Gup., 17 novembre 2009, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2010, 607, con nota di A. SPINELLI, *Responsabilità degli enti: l'elusione fraudolenta non è una probatio diabolica*; Trib. Napoli, Sez. uff. ind. prelim., 26 giugno 2007, in *Resp. amm. soc.*, 2007, 4, 163, con nota di M. CARDIA.

57 «La politica sanzionatoria degli ultimi trent'anni è stata caratterizzata dal ricorso, in taluni settori (ambiente, territorio, economia, ecc.), a sanzioni pecuniarie dotate di limiti edittali piuttosto elevati, nonché, sul terreno del diritto penale amministrativo, da un ampio ricorso a sanzioni accessorie particolarmente invasive, quali la chiusura dello stabilimento, l'interdizione dallo svolgimento di attività, la sospensione o la revoca di autorizzazioni o licenze, ecc. Questo scenario tramanda la figura di un sistema ventriloquo, che muove formalmente le labbra in direzione della persona fisica (non essendo in alcun modo prevista una responsabilità diretta ed autonoma dell'ente), ma in cui parlare è il ventre della responsabilità sanzionatoria degli enti»; così, C. PIERGALLINI, *Il decreto legislativo di depenalizzazione dei reati minori n. 507 del 1999: lineamenti, problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1394.

58 Sul punto cfr. S. FORTUNATO, cit., p. 953.

59 Cfr. P. VERNERO, R. FRASCINELLI, cit., p. 246; M.S. SPOLIDORO, cit., p. 253 ss.

60 Così, F. MANCA, cit., p. 629 ss.; l'Autore puntualizza che «anche la predisposizione degli assetti adeguati, al pari di ogni altra decisione assunta in ambito imprenditoriale, dovrebbe essere sottoposta alla comparazione fra costi e benefici, con l'avvertenza che non è possibile ridurre simile raffronto ad un mero numero a causa della presenza massiccia di elementi di ponderazione spiccatamente qualitativi; si pensi, per fare degli esempi, alle relazioni con gli stakeholder, alle problematiche organizzative e alla propensione al rischio». In proposito l'autore richiama le parole di C. IBBA, *Codice della crisi e codice civile*, in *ODC*, 2019, 2, p. 243 ss., il quale sottolinea che «innumerevoli sono infatti i livelli organizzativi che possono ipotizzarsi ed il cui grado di complessità (e di onerosità) varia considerevolmente, sicché occorre di volta in volta valutare quale sia in concreto il livello appropriato in relazione alla natura e alle dimensioni dell'impresa e provvedere di conseguenza, sulla base di decisioni che sono espressione di scelte imprenditoriali. Né può pensarsi semplicisticamente di considerare sempre doveroso, fra più livelli organizzativi astrattamente ipotizzabili, quello più elevato: una determinata struttura organizzativa

può risultare “non adeguata” sia perché insufficiente sia perché sovradimensionata, e dunque antieconomica, rispetto a una realtà societaria e aziendale di modesta entità».

61 Testualmente, P. TULLINI, cit., p. 137.

62 Si pensi, ad esempio, alla sostituzione o alla estromissione degli amministratori coinvolti nel reato, alla intensificazione dei controlli o alla implementazione dei poteri dell’OdV. Quanto detto non deve condurre ad equazioni semplicistiche in virtù delle quali la mancata adozione di un modello organizzativo implichi, necessariamente ed automaticamente, una valutazione di pericolosità dell’ente; al contrario, l’adozione del modello organizzativo può rappresentare, un elemento di *favor* nella complessa valutazione prognostica da compiere sulle sorti dell’ente.

63 Cfr. R.A. RUGGIERI, *Le condotte di collaborazione previste nel D.lgs. n. 231 del 2001*, in *Cass. pen.*, 2014, 1, p. 397 ss.

64 In questi termini si esprime H. BELLUTA, *L’ente incolpato. Diritti fondamentali e “processo 231”*, Giappichelli, 2019, p. 111; in argomento si veda inoltre M. RIVERDITI, *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e specialprevenzione*, Jovene, 2009, p. 332 ss.

65 Cfr. H. BELLUTA, cit. p. 113.

66 *Id.*, p. 6.

67 «Il principio di adeguatezza coincidenza senso l’auto con un atteggiamento di prudenza che ha come finalità primaria quella di salvaguardare la compagine societaria di ipotetici rischi derivanti da un adozione incontrollata di decisioni; si parla quindi di uno strumento societario di regolamentazione indispensabile per creare le condizioni di accettabilità sociale del rischio, individuando il c.d. rischio plausibile»; così, D. SCARPA, *Adeguatezza e responsabilità in funzione della corporate social responsibility*, in *ilpenalista.it*, focus del 5 aprile 2017.

68 Cfr. P. MONTALENTI, cit., p. 76.

69 In argomento cfr. F. PICCIONE, *L’applicabilità della Business Judgment Rule alle scelte organizzative degli amministratori. Nota a Trib. Roma, Sez. XVI, 8 aprile 2020*, in *IlSocietario.it*, focus del 22 settembre 2020.

70 Questa tesi è stata sostenuta, da ultimo, da L. BENEDETTI, *L’applicabilità della Business Judgment Rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 2019, p. 413; *ex multis* si vedano anche L. BOGGIO, *L’organizzazione e il controllo della gestione finanziaria nei gruppi*, in M. CAMPOBASSO - V. CARIELLO - V. DI CATALDO - F. GUERRERA - A. SCIARRONE ALIBRANDI (diretto da), *Società, banche e crisi d’impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, Giappichelli, 2014, II, p. 1500; V. CALANDRA BUONAURA, *L’amministrazione della società per azioni nel sistema tradizionale*, in R. COSTI (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Giappichelli, 2019, p. 300.

71 Detta tesi è stata sostenuta da C. AMATUCCI, *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e Business judgment rule*, in *Giur. comm.*, 2016, 1, p. 643; P. MONTALENTI, *La gestione dell’impresa di fronte alla crisi fra diritto societario e diritto concorsuale*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, p. 828; R. SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell’impresa societaria*, in *Giur. comm.*, 2014, 1, p. 304; M. SPIOTTA, *La responsabilità*, in M. IRRERA (diretto da), *Diritto del governo delle imprese*, Giappichelli, 2016, p. 310.

 **GIURISPRUDENZA PENALE**