

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

2021 / 1-BIS

**Prevenzione della crisi e *compliance* 231: binomio
irrinunciabile per la governance d'impresa.**

di Roberto De Luca

Abstract

Lo studio approfondisce, grazie anche alla ricognizione di contributi dottrinali e giurisprudenziali, i legami esistenti tra alcune novità del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d'ora in avanti anche Codice o CCII) ed il D.Lgs. 231/2001 (d'ora in avanti anche Decreto) in tema di responsabilità amministrativa degli Enti.

In un quadro nel quale il CCII, come il Decreto, ha dichiarate finalità preventive, lo studio intende dimostrare che:

- le disposizioni e le procedure previste dal Modello di organizzazione, gestione e controllo (d'ora in avanti anche Modello o MOGC) sono supporto valido per la costruzione di adeguati assetti organizzativi previsti dalla novella del co. 2 dell'art. 2086 c.c.;
- la *compliance* ex D.Lgs. 231/2001 (d'ora in avanti anche *compliance* 231) è strumento utile ai fini della tempestiva rilevazione della crisi d'impresa;
- la *compliance* 231 e le procedure di allerta del Codice possono definire nuove proficue relazioni tra *governance*, organi di controllo societari e vigilanza;
- la *sinergia* può giovare sia alla *compliance* 231, dunque alle buone prassi e all'esimente dalla responsabilità dell'ente, sia alle procedure di allerta del Codice, grazie al portato esperienziale di 20 anni di vita del Decreto.

Negli anni '70 l'economista americano Larry E. Greiner ebbe il merito di collegare crisi e crescita dell'impresa. Le imprese, sostiene Greiner, crescono attraverso la capacità intrinseca di fornire risposte reali e tempestive alle crisi che inevitabilmente incontrano lungo il loro percorso evolutivo. Capacità vitale e fonte di competitività nel tempo.

Partendo da questa riflessione, lo studio analizza:

- i legami logico-funzionali tra i modelli del Decreto e gli assetti del Codice;
- i collegamenti tra i rischi reato, le sanzioni ex Decreto e la crisi d'impresa;
- il contributo della *compliance* 231 alla rilevazione della crisi d'impresa;
- i rapporti tra *compliance* 231, controllo di gestione e procedure di allerta;
- la proposta di un Modello di prevenzione dei reati presupposto e della crisi.

In questi mesi di straordinario contesto emergenziale, la *compliance* 231 è vivacemente presente nella vita delle imprese. La principale motivazione risiede nella necessaria cautela con la quale occorre tutelare *in primis* la salute dei lavoratori dal contagio del virus e, di riflesso, la "salute" della funzione datoriale e dell'impresa in relazione ai possibili effetti indesiderati in termini rispettivamente di responsabilità civile e penale e di responsabilità amministrativa.

Con lo sguardo rivolto al prossimo futuro, la *compliance* 231, punto di riferimento degli adeguati assetti di cui al co. 2 dell'art. 2086 c.c. e delle procedure di allerta, potrà ricevere ulteriore spinta propulsiva, portare a soluzione alcune evidenti criticità di questi primi vent'anni di vita ed assumere la centralità che merita nella gestione d'impresa.



Thanks to professional and judicial contributes, the survey analyzes connections between some articles of the Code of Crisis (from now on too Code or CCII) and the Decree 231/2001 (from now on too Decree) concerning the so-called company administrative responsibility for crimes commission.

The survey intends to demonstrate that:

- *dispositions and procedures of Model of Organization, Management, Control (from now on too Modello or MOGC) are concrete support to build up organizational structures prescribed by paragraph 2 of article 2086 c.c.,*

- *compliance to Decree (from now on too compliance 231) is helpful to detect company crisis,*
- *compliance 231 and alert procedures are able to define new and more effective relations between corporate governance and control foreseen by Decree,*
- *synergy can be helpful either to compliance 231 or to alert procedures of Code thanks to the 20 years of experience of Decree.*

In the seventies, Larry E. Greiner studied the connection between crisis and business growth. Greiner says companies grow thanks to the inherent ability to give real and quick responses to crisis that are naturally scattered along its evolution process. Vital capacity and source of competitive advantage.

Starting from this thought of the last century, the survey analyzes:

- *connections between Model of Decree and organizational structure of Code,*
- *connections between crime risks, penal sanctions by Decree and crisis,*
- *contributions of compliance 231 to the crisis detection,*
- *connections among compliance 231, management control and alert procedures,*
- *the proposal of a new Model to prevent crimes and crisis.*

In these last months of extraordinary emergency context, compliance 231 is briskly recalled in the company's life.

The main reason is the necessary prevention in the workers' health management field due to pandemic covid and consequentially in the "health" of employers and companies for the unwanted effects in terms of penal, civil and administrative responsibilities.

Compliance 231, point of reference of the adequate organizational structures by art. 2086 c.c. and alert procedures, will likely receive in the next future further propulsive thrust, solve some key-issues of its first twenty years of life and take the right strategic position in the company's management.

Sommario

1. Introduzione - **2.** Assetti organizzativi, crisi e legislazione preventiva - **3.** Relazioni tra modelli del Decreto e assetti del Codice - **4.** Collegamenti tra *compliance* 231 e crisi aziendale - **5.** Principali nodi della *compliance* 231 - **6.** Procedure di allerta e soggetti obbligati tra *governance*, *compliance* 231 e controllo di gestione - **7.** Verso un Modello unico di prevenzione dei reati e della crisi? **8.** Conclusioni

1. Introduzione

Il presente contributo prende spunto dall'emanazione del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza di cui al D.Lgs. 14 del 12 gennaio 2019, modificato dal successivo D.Lgs. 147 del 26 ottobre 2020, che ha rappresentato una riforma organica delle procedure di gestione della crisi d'impresa e della disciplina sulla composizione della crisi da sovraindebitamento nonché di revisione del sistema dei privilegi e delle garanzie. In particolare, il lavoro prende spunto da alcuni articoli del CCII (artt. 1-2-12-13-14-375-377-378-379) che hanno previsto importanti novità finalizzate alla prevenzione della crisi e l'ottimizzazione dell'utilizzo degli strumenti previsti per il suo superamento ed il ripristino della continuità aziendale.

Nell'ambito dell'emergenza sanitaria che stiamo attraversando, con effetti diretti e profondi sulla salute dei cittadini, l'economia e la società, il nuovo Codice è stato oggetto, con l'art. 5 del D.L. n. 23 del 8 aprile 2020 (Decreto Liquidità), di un rinvio al 1° settembre 2021, rispetto alla data iniziale del 15 agosto 2020, della parte non entrata in vigore¹. Ulteriori rinvii si potrebbero registrare nei prossimi

mesi in funzione dell'andamento della pandemia. Scelta comprensibile se si intende evitare, da un lato, di mettere gli operatori davanti a novità giuridiche così importanti in una fase di forte sofferenza economica e finanziaria e, dall'altro, di non esporre il Codice, in questo momento di forte crisi economica, al rischio di mancare il raggiungimento del suo obiettivo. Scelta discutibile se si intende indirizzare la riforma verso un "binario morto", vista anche la valutazione non certamente positiva delle nuove norme di parte del tessuto produttivo² rispetto a contenuti che - quantomeno nella parte che in questa sede si analizzerà - intendono aumentare il livello di consapevolezza e responsabilizzazione degli amministratori rispetto ad un tema che all'imprenditore dovrebbe risultare molto caro ossia la salvaguardia della continuità d'impresa.

Alla luce della sofferenza economica e finanziaria delle imprese di questi anni, sovente degenerate in veri e propri clamorosi dissesti, il legislatore si è orientato verso una finalità di natura preventiva volta ad intercettare con tempestività il fenomeno della crisi, consapevole che la capacità di rilevazione può accrescere le probabilità di risoluzione delle

problematiche aziendali. In questo sforzo, il legislatore ha inteso responsabilizzare *in primis* la funzione di governo dell'impresa, attraverso la sua capacità di auto-organizzarsi per essere in grado di catturare con largo anticipo ed affrontare con risolutezza i primi segnali di crisi, prima che la stessa degeneri e raggiunga stadi patologici irreversibili, privilegiando dunque la prospettiva della continuità aziendale rispetto alle soluzioni liquidatorie³.

In questo sforzo, il CCII è stata l'occasione per porre fine alle stratificazioni normative, rendere più allineati alle esigenze dell'imprenditoria gli strumenti a disposizione per la risoluzione della crisi ed il recupero della continuità aziendale e rivedere in modo meno affrettivo la materia fallimentare con un'organica rivoluzione terminologica e lessicale⁴: sparisce il termine fallimento e con esso lo stigma del soggetto fallito. Si parlerà così esclusivamente di liquidazione giudiziale.

Nel presente lavoro si approfondiscono i legami tra *compliance* 231 e Codice, in particolare il co. 2 dell'art. 2086 c.c. e le procedure di allerta, con focalizzazione sulle segnalazioni all'organo amministrativo, le cosiddette allerte interne, da parte dei soggetti obbligati. Si cercherà di analizzare il contributo che la *compliance* 231 può fornire alla costruzione di adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili, dovere irrinunciabile dell'imprenditore ai sensi della novella civilistica prevista dall'art. 375 del CCII. Come, dunque, la stesura e l'effettiva attuazione del Modello, l'efficace e compiuta vigilanza, la contemporanea costruzione di procedure e solidi legami funzionali tra funzione preposta alla vigilanza, *governance* ed organi di controllo consentano di creare un ambiente organizzativo in grado non solo di prevenire la commissione dei reati presupposto ma anche di incidere sul controllo della gestione e la prevenzione della crisi, supportando così le finalità del CCII.

Si cercherà di comprendere se da questa "unione di intenti" ne possa trarre giovamento non solo il sistema di rilevazione tempestiva della crisi che potrebbe beneficiare del portato esperienziale di 20 anni di vita del Decreto ma anche la stessa applicazione del Decreto, consapevoli delle difficoltà che spesso si incontrano nel tradurre in pratica operativa i propositi formalizzati dal Modello.

L'apporto della *compliance* 231 alla costruzione di adeguati assetti organizzativi era, per la verità, già deducibile alla luce del previgente contesto normativo. Purtuttavia, nel ribadire in modo ancor più esplicito e incisivo l'obbligo in capo agli amministratori, il co. 2 dell'art. 2086 c.c. pone un accento nuovo sulla finalità degli adeguati

assetti, ossia la salvaguardia del principio di continuità aziendale, uscito adesso da un mero piano contabile ancorato alla disciplina di bilancio, per divenire riferimento stabile nella gestione d'impresa, responsabilità esplicita e diretta degli organi sociali⁵. Il tema assumerà ulteriore maggiore rilievo con l'introduzione, attualmente prevista il 1° settembre 2021, delle disposizioni sull'allerta che intrecciandoci con le procedure di *compliance* 231, potranno costruire un "reticolo" di protezione da fattori interni ed esterni all'impresa che ne possono minacciare la "salute".

L'analisi che segue è indirizzata alle società italiane non quotate sul Mercato Telematico Azionario (MTA) gestito da Borsa Italiana le quali rientrano, in gran parte, nell'alveo di applicazione della gestione della crisi e dell'insolvenza⁶.

Per lo sviluppo del presente contributo, si è fatto riferimento, inoltre, ai principi e le raccomandazioni desumibili dal:

- Codice di Autodisciplina del 2018 delle società quotate in borsa, in particolare i nuovi o rinnovati principi di successo sostenibile e indipendenza del nuovo Codice di *Corporate Governance*⁷ che sostituirà l'attuale e troverà applicazione, sempre con carattere di adesione volontaria, dal primo esercizio finanziario successivo al 31 dicembre 2020⁸;
- Codice di Autodisciplina - Principi per il Governo delle Società Non Quotate a Controllo Familiare del 2017⁹.

Il capitolo 2 intende effettuare una panoramica generale delle principali novità normative del CCII di interesse ai fini del presente contributo. Nel capitolo si approfondirà il concetto di crisi e di insolvenza sottolineando l'importanza, anche per i tanti studi sul tema, di considerare la crisi anche come possibile occasione di discontinuità e di apertura verso nuovi scenari di sviluppo.

Il capitolo 3 esamina, invece, le relazioni esistenti tra Modello del Decreto e assetto del CCII con un'analisi di dettaglio che evidenzia come il primo, per le sue finalità di regolazione dei processi decisionali aziendali e di gestione delle risorse finanziarie, rappresenti concreto supporto per la costruzione di adeguati assetti organizzativi di un'impresa o di un gruppo di imprese. Sebbene il Decreto non preveda, in quanto non riconosciuto come autonomo soggetto giuridico, alcuna responsabilità amministrativa del gruppo, la *compliance* 231, nell'intento di limitare i rischi di indesiderate estensioni della responsabilità amministrativa in più società del medesimo gruppo, favorisce la regolazione dei rapporti tra le società, idonea a tenere sotto costante controllo l'andamento di gestione delle singole società e limitare, entro soglie

fisiologiche, il soccorso finanziario e di garanzia della controllata. Aspetto rilevante questo in quanto il D.Lgs. n. 147 di ottobre 2020 ha stretto le maglie sulla responsabilità e presunzione dello svolgimento, da parte di un'impresa, dell'attività di direzione e coordinamento, chiarendo la nozione di gruppo di imprese¹⁰.

Il capitolo 4 analizza i collegamenti logici e funzionali tra la *compliance* 231 e la crisi d'impresa. Analisi che intende evidenziare la capacità delle procedure di *compliance* 231 di intercettare fatti di gestione prognostici di primi indizi di crisi oppure cattive pratiche che, se consolidate nel tempo, possono dare luogo a squilibri economico-finanziari oppure condurre a sanzioni per responsabilità amministrativa, che se incidenti, possono originare vere e proprie crisi dell'impresa. In generale, dunque, di supportare adeguatamente il sistema di prevenzione della crisi.

Il capitolo 5 sintetizza, a vent'anni di vita del Decreto, i principali nodi ancora non sciolti della *compliance* 231 quale base di riflessione non solo per le imprese che hanno adottato il Decreto ma anche per quelle che ancora devono adeguarsi al dettato normativo; aspetti critici che sono il punto di partenza di una riflessione che intende orientare le scelte delle imprese verso soluzioni che integrino la prevenzione dei reati e la prevenzione della crisi. Il capitolo 6 sonda le procedure di allerta interna ed il ruolo dei soggetti obbligati analizzando alcuni principi di fondo, tradizionali della funzione di vigilanza, quali l'indipendenza, la continuità di azione, il dialogo con il governo dell'impresa, l'organizzazione di adeguati flussi informativi, ritenuti indispensabili alla luce del dettato del CCII e della nuova responsabilità in capo ai sindaci ed al revisore legale.

Il capitolo 7, con un titolo suggestivo, propone di organizzare la materia della prevenzione dei reati e della prevenzione della crisi in un Modello unico d'impresa che intende rendere merito ai collegamenti naturalmente esistenti tra i due ambiti, utilizzando, inoltre, nel *set-up* delle procedure di allerta, le prassi in uso ed il portato esperienziale della *compliance* 231.

Il capitolo 8 conclude la monografia con alcune riflessioni finali in ordine ai benefici che si potrebbero trarre da questo binomio che, come il titolo del contributo suggerisce, può rivelarsi prezioso per elevare gli *standard* di *governance*, esaltare il ruolo degli organi di controllo indipendenti e legittimare ulteriormente la funzione di vigilanza, in generale la *compliance* 231. Osmosi auspicabile che si ritiene, a bocce ferme del Decreto, fortemente raccomandata.

2. Assetti organizzativi, crisi e legislazione preventiva

L'obiettivo primario del Codice della crisi d'impresa è la salvaguardia e la conservazione dell'azienda quale centro di interesse economico-sociale e di promozione dello sviluppo del territorio. Questo obiettivo poggia su due principali pilastri:

- gli obblighi organizzativi posti a carico dell'imprenditore (*rectius* amministratori);
- gli obblighi di segnalazione degli organi di controllo societari nell'ambito delle procedure di allerta.

L'art. 375 del Codice della crisi d'impresa, entrato in vigore il 16 marzo 2019, ha introdotto il co. 2 dell'art. 2086 (Gestione dell'impresa) che prevede l'obbligo dell'imprenditore, in forma societaria o collettiva, di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa anche ai fini della rilevazione tempestiva della crisi d'impresa e della perdita della continuità aziendale, e, laddove necessario, la successiva adozione di uno degli strumenti disponibili nell'ordinamento per il superamento della crisi ed il recupero della continuità. Al dettato dell'art. 375, occorre aggiungere l'art. 377¹¹ del CCII che prevede ulteriori modifiche ad alcuni articoli del codice civile con specificazioni che rendono pacifico che l'obbligo dell'imprenditore di cui al co. 2 dell'art. 2086 è in capo agli amministratori della società.

Il concetto di adeguatezza degli assetti organizzativi era già presente nel T.U.F., nella normativa bancaria e assicurativa, nonché nelle società a partecipazione pubblica (D.Lgs. n. 175/2016, come integrato dal D.Lgs. n. 100/2017) e, con la riforma del diritto societario del 2003, medesimo riferimento era esplicitato nell'ambito delle società per azioni¹².

Con il Codice si fa un ulteriore passo in avanti. Da un lato, si estende l'obbligo agli amministratori di qualsiasi impresa che operi in forma societaria o collettiva, novità che intende incidere in modo ampio sul principio di corretta gestione con un orientamento forte ed esplicito all'organizzazione, al controllo gestionale e amministrativo e la *compliance* aziendale, dall'altro, si finalizza la funzionalità degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili anche alla loro capacità di far emergere con tempestività la crisi d'impresa, partendo dalla notazione che prima si rileva il problema, prima si possono rimuovere le cause, evitando che il problema si acuisca e si amplifichi, richiedendo quindi interventi ben più incisivi di recupero della continuità attraverso gli strumenti messi a disposizione dallo stesso CCII o, peggio,

finendo per incidere in modo irreversibile sulla continuità aziendale (*going concern*) ed aprendo così soluzioni liquidatorie. Tempestività e sforzi che non escludono, a priori, che la società possa andare lo stesso incontro alla liquidazione, giudiziale o volontaria che sia, trattandosi di rischio che incombe in modo permanente sull'impresa e l'imprenditore.

Nell'ambito del Codice, si ricordano anche:

- l'art. 378 che al co. 1 ha introdotto nell'art. 2476 c.c. la responsabilità degli amministratori verso i creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale e al co. 2 ha specificato nell'art. 2486 c.c. i criteri di determinazione del danno in caso di responsabilità accertata degli amministratori;
- l'art. 379 che al co. 1 ha sostituito il secondo e terzo comma dell'art. 2477 che definisce i casi di obbligatorietà della nomina dell'organo di controllo o del revisore, in particolare quelli di cui alla lettera c) che, sebbene rinviati causa evento pandemico¹³, fissa le soglie dell'attivo patrimoniale, dei ricavi delle vendite e delle prestazioni e del numero di occupati in media durante l'esercizio¹⁴.

La volontà del legislatore di rendere più cogente l'obbligo degli adeguati assetti in capo agli amministratori e di aumentare il livello di controllo indipendente a garanzia dei creditori va valutata con il combinato disposto degli artt. 12, 13, 14 del Codice¹⁵. Con le nuove disposizioni, il legislatore ha inteso incidere sull'attività di verifica dell'organo di controllo e del revisore legale ponendo a carico di essi l'obbligo di verifica e di segnalazione innanzitutto all'organo amministrativo (allerta interna), laddove si rilevano carenze di valutazione degli assetti ed inerzie di azione da parte di quest'ultimo. Con misure premiali riconosciute nei confronti dell'imprenditore, consistenti nella riduzione degli interessi e delle sanzioni tributarie, nonché nell'esclusione della punibilità per i reati fallimentari, quando il danno cagionato sia di speciale tenuità. Con l'esenzione della responsabilità dei sindaci per i danni causati all'impresa dall'inerzia degli amministratori in caso di azione di segnalazione effettuata.

L'insieme di queste novità normative è finalizzata al precipuo fine di incidere sulla capacità dell'impresa, attraverso la funzione di governo, di intercettare i primi segnali di crisi e di proattivamente adoprarsi, se necessario con lo stimolo dei soggetti obbligati, per fornire risposte veloci ed incisive finalizzate a "spegnere sul nascere l'incendio". Incidendo così positivamente sulla risoluzione della crisi e razionalizzando l'utilizzo degli strumenti di

ripristino della continuità aziendale previsti dal Codice.

Il CCII definisce, per la prima volta nel nostro ordinamento giuridico, la nozione di crisi all'art. 2, lettera a) come "lo stato di 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".

Il Codice definisce all'art. 2, lettera b) l'insolvenza come "lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni".

Può risultare utile il seguente schema di riferimento¹⁶.

Stadi evolutivi della crisi

- Incubazione: segnali (deboli) di declino economico-finanziario

- Maturazione: perdite reddituali e diminuzione del valore del capitale economico

Rischio di declino e insolvenza possibile

Gestione dell'impresa nel suo divenire con controllo e fronteggiamento di situazioni patologiche temporanee

- Crisi acuta: flussi di cassa negativi

- Crisi cronica: deterioramento patrimoniale, perdita di affidabilità, rischio di «avvitamento»

Probabile insolvenza, pre-insolvenza

- Dissesto: crisi irreversibile

Insolvenza

gestione dell'impresa in situazioni emergenziali con controllo e fronteggiamento di situazioni patologiche gravi che mettono in discussione la sopravvivenza.

Gli accademici e gli studiosi di economia e *management* aziendale si sono interessati da sempre ai temi della crescita sostenibile dell'impresa ed alle relazioni tra le diverse determinanti atte a garantire le migliori condizioni di sviluppo dell'azienda nel suo ciclo di vita.

Nelle speculazioni sulle più idonee condizioni di sviluppo dell'impresa, si individuarono nella fase di ricostruzione post-bellica due principali filoni di pensiero organizzativo¹⁷. Coloro i quali tendevano a concepire l'organizzazione come variabile dipendente dell'agire umano, è dunque l'uomo che determina l'organizzazione, e coloro i quali ritenevano, viceversa, che l'uomo fosse una

variabile dipendente dall'organizzazione, ovvero sia è l'organizzazione nelle sue diverse espressioni e funzioni ad indurre l'agire umano. In tale effervescente dibattito, negli anni '70 l'economista americano Larry E. Greiner¹⁸ elaborò un modello di crescita dell'impresa che sembrò trovare il giusto equilibrio tra le due scuole di pensiero, modificando l'antagonismo esistente ed introducendo un modello deterministico con l'interdipendenza delle due variabili.

Alla base del modello di sviluppo di Greiner, l'idea che la crescita aziendale sia caratterizzata dal susseguirsi di fasi di "evoluzione" cui seguono inevitabili momenti di crisi ai quali occorre rispondere con fasi di "rivoluzione" in grado di fronteggiare e risolvere le cause alla base della crisi. Al di là delle tipologie di crisi che Greiner individua, l'aspetto che qui rileva è che con Greiner la crisi diventa elemento funzionale alla crescita dell'impresa. Le imprese, sembra dire Greiner, crescono solo attraverso la capacità di fornire risposte tempestive a fattive alle crisi che puntualmente si verificano. Crescita e crisi diventano un tutt'uno, incastro vitale per l'impresa e fonte di competitività nel tempo.

Pur negli evidenti limiti di un approccio deterministico che non tiene conto, siamo negli anni '70, dell'evoluzione dei settori industriali e degli effetti della saturazione del mercato, della globalizzazione dei mercati e dell'avvento delle nuove tecnologie, dunque di importanti fattori che hanno modificato nel profondo l'organizzazione dell'impresa, Greiner ci aiuta a comprendere il percorso di crescita dell'impresa. Non lineare e predeterminabile bensì fatalmente tortuoso ed articolato, caratterizzato da momenti, decisivi per il futuro, nei quali occorre mettersi in gioco, cambiare direzione e percorrere sentieri nuovi, all'inizio anche sconosciuti, impervi ed accidentati, necessari, anzi inevitabili, se si intende evitare il declino.

Nel quadro della nuova impostazione del Codice, il richiamo al pensiero di un economista di 50 anni fa può aiutare ad aprire nuovi spazi di riflessione. Un'impresa che accetta la crisi quasi come evento probabile, persino fisiologico per la sua crescita, tiene sempre accesi i *radar*, pronti a captare i primi segnali deboli di crisi ed indirizzare le più appropriate e risolutive soluzioni. È, dunque, un'impresa con più *chance* di sopravvivenza in un contesto turbolento e pieno di insidie.

La crisi entra così nel sistema del controllo dei rischi, quale approccio generale alla gestione aziendale, connettendo sempre più, in funzione dell'obiettivo primario, diritto societario, diritto della crisi, temi di *governance*.¹⁹ Con un obbligo ad

intervenire sugli assetti organizzativi delle imprese orientandoli verso modalità operative coerenti alle finalità del Codice.

Il CCII si inserisce nel solco dell'orientamento della legislazione preventiva italiana, anche a seguito del recepimento di importanti Direttive europee:

1. il D.Lgs. 231 del 8 giugno 2001 (Responsabilità amministrativa degli Enti) ha introdotto la responsabilità di derivazione penale a seguito di reati presupposto commessi da amministratori, apicali e loro collaboratori diretti nell'interesse o a vantaggio dell'Ente;
2. il D.Lgs. 231 del 21 novembre 2007 (Decreto Antiriciclaggio) ha recepito la Direttiva 2005/60/CE (c.d. Terza Direttiva Antiriciclaggio) concernente la prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo. Ulteriori rinforzi ed estensioni con il recepimento della Quarta Direttiva del 2015 (D.Lgs. 90/2017) e la Quinta Direttiva del 2019 (D.Lgs. 125/2019);
3. il D.Lgs. 81 del 9 aprile 2008 (Testo Unico sulla Sicurezza) recante le norme in materia di tutela della sicurezza e della salute nei luoghi di lavoro;
4. il D.Lgs. 159/2011 (Codice Antimafia) con le successive modifiche e integrazioni soprattutto del D.Lgs. 161/2017 ha sistematizzato la materia delle misure di prevenzione personale e patrimoniale e delle misure interdittive volte al contrasto dell'infiltrazione della criminalità organizzata nel tessuto economico;
5. la L. 190/2012 ed i Decreti attuativi n. 33 e n. 39 del 2013 (Anticorruzione) hanno inteso promuovere misure di prevenzione della corruzione negli enti economici e non pubblici e nelle società in controllo pubblico.

Gli adeguati assetti organizzativi e le procedure di allerta del CCII richiamano un paradigma già presente nel nostro ordinamento. Ci si riferisce, nello specifico, al D.Lgs. 231/2001 voluto dal legislatore con l'obiettivo di fronteggiare il fenomeno dei reati contro la pubblica amministrazione, in particolare i reati corruttivi²⁰.

Il Decreto è intervenuto, lato operatore privato, con un dispositivo molto innovativo caratterizzato, tra l'altro, da:

1. coinvolgimento dell'ente (responsabilità amministrativa), sulla base di specifici requisiti soggettivi e oggettivi di imputazione, del tutto separato rispetto alle responsabilità penale individuale;
2. possibilità di protezione della società (condizione esimente) grazie all'attuazione di specifici interventi organizzativi di carattere

preventivo;

3. onere della prova a carico dell'impresa nel caso di reati commessi da amministratori e apicali nell'interesse o a vantaggio dell'impresa;
4. non obbligatorietà della norma, applicata dall'ente/società con carattere volontario.

Il co. 1 dell'art. 6 del Decreto specifica che "... l'Ente non risponde della responsabilità se prova che a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi". Il co. 2 dell'art. 6 recita che "... i modelli di cui alla lettera a) del co. 1 devono rispondere alle seguenti esigenze: ... b) prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'Ente in relazioni ai reati da prevenire; c) individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati; d) prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli..."

Se il Codice parla, quindi, di adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili, il D.Lgs. 231/2001 fa esplicito riferimento ai cosiddetti modelli di organizzazione e gestione:

1. il primo ha anche la finalità di rilevare in modo tempestivo i segnali di crisi aziendale e, attraverso interventi immediati ed effettivi oppure attraverso gli strumenti messi a disposizione del Codice, evitare che questi segnali si amplifichino e conducano all'insolvenza;
2. il secondo ha la finalità di prevenire la commissione dei reati presupposto, soprattutto attraverso la regolazione di modalità di formazione delle decisioni aziendali e di gestione delle risorse finanziarie.

Ci troviamo di fronte a due disposizioni di legge che, attraverso il richiamo ad esplicite misure organizzative, intendono proteggere l'impresa da minacce, cattive pratiche e patologie che possono compromettere i suoi parametri vitali, la sua competitività, la sua continuità operativa.

Alla luce del quadro normativo brevemente richiamato, l'analisi che segue cercherà di fornire risposte esaurienti ai seguenti principali quesiti:

- In che cosa si traduce operativamente un assetto organizzativo, amministrativo e contabile? Quando è possibile definire adeguato un assetto organizzativo? Il Modello può contribuire in modo effettivo alla costruzione di adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili?
- La *compliance* 231 può fornire contributi ai fini della prevenzione della crisi, ulteriore

fine di un adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile? L'esperienza di questi vent'anni di vita del Decreto può fornire utili raccomandazioni per l'efficace funzionamento delle procedure di allerta? Come si può immaginare l'integrazione tra *compliance* 231 e procedure di allerta nel nuovo contesto del CCII? L'integrazione può essere utile per la stessa *compliance* 231 e può generare nuovi *standard* di *corporate governance*?

3. Relazioni tra modelli del Decreto e assetti del Codice

Ferma restando la comune finalità di favorire la buona gestione d'impresa²¹, gli adeguati assetti del CCII, da una parte, ed i modelli di cui al Decreto, dall'altra, non possono coincidere integralmente. Ciò nonostante, vista l'esigenza per l'imprenditore di rivedere o rinforzare il proprio assetto organizzativo, analizziamo, in particolare, l'apporto che il Modello può garantire nell'ottica della realizzazione di un'organizzazione nella quale gestione e controlli risultino sempre più integrati e interconnessi in chiave di prevenzione della crisi.

L'analisi semantica dei termini modello e assetti consente di rilevare evidenti collegamenti logici: il modello²² fornisce uno schema di riferimento per creare un **assetto**²³ ossia una disposizione coordinata per lo svolgimento di una determinata operazione. Disegno il modello, sembrerebbe potersi affermare, come condizione necessaria per realizzare un assetto finalizzato all'esecuzione di un'operazione.

La progressiva estensione del catalogo dei reati presupposto registratasi nel corso della lunga vita del Decreto ha comportato un rilevante e vistoso ampliamento delle attività sensibili esposte ai rischi 231. Si va dai reati colposi per violazione della normativa sull'ambiente e sulla sicurezza e salute dei lavoratori ai reati informatici e di trattamento illecito dei dati, dai reati societari ai delitti contro l'industria e il commercio, dai reati di riciclaggio e autoriciclaggio alla violazione dei diritti d'autore, dai delitti di criminalità organizzata ai delitti contro la personalità individuale, in una lista lunga ed articolata, plasticamente rappresentata dalla circostanza che dagli originari artt. 24 e 25 del 2001, i richiamati reati contro la pubblica amministrazione, si è giunti all'art. 24-ter, all'art. 25 *sexiesdecies* e ad oltre 160 reati presupposto.

Benché spesso non vi sia stata univoca valutazione in dottrina e giurisprudenza, alcuni reati hanno, inoltre, particolari caratteristiche che tendono a divenire "porta di ingresso" di ulteriori attività aziendali sensibili, estendendo così l'impatto del

Decreto in azienda.

Associazione per delinquere (art. 416 c.p.): la L. 94/2009, con modifiche dettate dalla L. 69/2015, ha inserito tra i reati presupposto, all'art. 24-ter del decreto, i delitti di criminalità organizzata, tra i quali l'associazione per delinquere. Posto che è pacifica l'interpretazione di gran parte della dottrina e della giurisprudenza a qualificare la responsabilità amministrativa quale colpa dell'organizzazione, la circostanza che il reato associativo sia stato inserito nel catalogo dei reati presupposto non deve stupire. Trattandosi di reato-mezzo per la commissione di un reato-fine si è molto discusso in diritto sul caso di reato associativo finalizzato alla commissione di un reato-fine non inserito nel catalogo 231. Molte le sentenze della Suprema Corte sull'argomento. La recente sentenza del 4 marzo 2020²⁴, che ha respinto il ricorso di una società avverso alla decisione della Corte di Appello di condanna per associazione a delinquere finalizzata alla realizzazione di reati fiscali²⁵, ha sancito un orientamento per i più condivisibile. Pende, quindi, in capo alla società l'onere di valutazione, regolamentazione e vigilanza di attività esposte ad ulteriori condotte illecite rispetto a quelle a catalogo (ad esempio il reato di usura per un istituto bancario oppure un abuso edilizio per un'impresa di costruzioni) che, realizzandosi in forma associativa, potrebbero comportare l'esposizione della società alla responsabilità amministrativa pur essendo il reato-fine non inserito tra i reati presupposto.

Autoriciclaggio (art. 648-ter.1 c.p.): colmando un "vuoto" del nostro codice penale, la L. 186 del 15 dicembre 2014 ha introdotto nel codice penale dal 1° gennaio 2015 il reato di autoriciclaggio. La medesima legge ha previsto l'inserimento del reato nel catalogo dei reati presupposto della responsabilità amministrativa, all'art. 25-octies del Decreto. Il richiamo alla responsabilità dell'ente è stato valutato opportuno in considerazione della circostanza che il delitto in questione può falsare il libero gioco della concorrenza creando irragionevoli differenziazioni di trattamento rispetto ai soggetti

economici e le imprese che devono far ricorso al credito nel libero mercato per finanziare la propria attività. Sull'impatto del reato nel MOGC, i controlli devono essere incentrati soprattutto nella gestione di tesoreria, considerando che l'elemento oggettivo del reato è la realizzazione di condotte idonee ad *ostacolare concretamente l'identificazione della provenienza delittuosa del danaro*. Occorre però che l'analisi dei rischi recepisca anche fattispecie di reato non a catalogo, ad esempio l'usura, la turbativa d'asta, la truffa semplice che possono dare luogo al reato di autoriciclaggio, senza ignorare, in ottica aziendale, i concetti di "mera utilizzazione" o "godimento personale" a cui è collegata la non punibilità²⁶. Valgono le medesime riflessioni effettuate per i reati associativi, seppur con un'evidente differenza temporale: l'autoriciclaggio è il reato che segue temporalmente la commissione di un reato-fonte mentre il reato associativo è il reato-mezzo che temporalmente precede la commissione di un reato-fine.

- Alla luce dell'estensione nel tempo del catalogo dei reati e delle caratteristiche di alcuni di essi, la seguente tabella rappresenta esemplificativamente l'esposizione ai rischi di un'azienda italiana di produzione industriale di medie dimensioni con organizzazione funzionale. Le attività aziendali sono valutate in funzione della tipologia di esposizione al rischio in:
- Attività sensibile diretta: attività aziendale esposta in forma diretta al rischio di commissione del reato presupposto (ad esempio la partecipazione ad una procedura di gara pubblica, attività esposta in forma diretta ai reati di corruzione di un pubblico ufficiale).
- Attività sensibile strumentale: attività il cui svolgimento supporta, a vario titolo, la commissione di un reato presupposto (ad esempio l'assunzione di un parente di un pubblico ufficiale strumentale alla commissione di un reato corruttivo, da intendersi quale "prezzo" pagato per l'assegnazione dell'appalto in una procedura di evidenza pubblica).

Tabella 1: Funzioni dell'impresa e loro esposizione alle attività sensibili ai rischi 231

Funzioni aziendali	Attività tradizionali	Esposizione diretta ai rischi 231	Esposizione strumentale ai rischi 231
Organo amministrativo	Indirizzo e controllo Piano industriale e strategia Operazioni straordinarie Organizzazione e deleghe Bilancio e <i>budget</i>	X	

Funzioni aziendali	Attività tradizionali	Esposizione diretta ai rischi 231	Esposizione strumentale ai rischi 231
Presidente del CdA	Rappresentanza legale Relazioni istituzionali	X	
Amministratore Delegato	Attuazione piano e strategia Sviluppo del <i>business</i> Gestione aziendale Operazioni finanziarie delegate Sicurezza e ambiente	X	X
Collegio Sindacale e Revisore Legale	Controllo di legittimità e dello statuto Revisione legale Verifica adeguatezza assetti organizzativi, amministrativi e contabili	X	
Direzione generale	Coordinamento <i>operations</i> Deleghe operative	X	X
Commerciale/Vendite	Vendite Gestione rete/canali di vendita Ordini di vendita Partecipazione a gare pubbliche Partecipazione a gare private	X	X
Marketing	Relazioni esterne e ufficio stampa Promozione Analisi di mercato Organizzazione eventi Call center e relazione clienti		X
Acquisti	Qualificazione fornitori Valutazione proposte Selezione fornitori Ordini di acquisto Valutazione fornitori	X	X
Amministrazione, controllo e fiscale	Pagamenti ed incassi Crediti e debiti Rapporti bancari e finanziari Registrazioni scritture contabili Formazione bilancio Calcolo e pagamento imposte Formazione piani e budget Rapporti con organi di controllo Gestione consulenti fiscali e contabili	X	X

Funzioni aziendali	Attività tradizionali	Esposizione diretta ai rischi 231	Esposizione strumentale ai rischi 231
Gestione del personale e dell'organizzazione	Budget dei costi del personale Gestione amministrativa Gestione previdenziale Attuazione organizzazione e processi Gestione consulenti del lavoro	X	X
Produzione	Impianti e stabilimenti Linee produttive Ordini di produzione Processi produttivi Protocolli standard produttivi Assicurazione e controlli qualità	X	
Logistica	Materie prime in ingresso Gestione magazzini e piattaforme logistiche Prodotti e semilavorati in uscita <i>Delivery</i> e trasporti	X	
Manutenzione tecnica ordinaria e straordinaria	Interventi tecnici locali, uffici, stabilimenti, magazzini Interventi tecnici impianti Interventi attrezzature Altri interventi di piccola manutenzione	X	X
Sicurezza e ambiente	Gestione sicurezza e tutela della salute dei lavoratori Gestione attività ad impatto ambientale (emissioni, reflui industriali, gestione rifiuti, ...)	X	
Information e Communication Technology	Architettura sistemi informatici Gestione <i>hardware e software</i> <i>Business continuity</i> Gestione sicurezza informatica Gestione client Amministrazione di sistema	X	
Ufficio legale e affari societari	Gestione contrattuale Contenzioso Gestione atti societari	X	X
Compliance e risk management	Analisi evoluzione normativa Valutazione rischi e impatti organizzativi Adeguamento alla normativa Verifiche di secondo livello		X

Funzioni aziendali	Attività tradizionali	Esposizione diretta ai rischi 231	Esposizione strumentale ai rischi 231
Internal Audit	Assurance controllo interno Piani di <i>audit</i> Reportistica all'organo amministrativo e organi di controllo societario		X

Progettare un Modello significa oggi abbracciare l'intero perimetro aziendale, disegnare un "ombrello" operativo e regolamentare in grado di fornire compiute risposte all'esigenza di prevenire e contrastare la commissione di reati perpetrati nell'interesse o vantaggio dell'impresa.

Le linee guida di Confindustria²⁷ e le buone prassi più diffuse hanno consentito di cristallizzare alcuni principi generali per la progettazione di un MOGC (tra parentesi alcune disposizioni coerenti con i principi generali):

1. Regolamentazione dei processi (*manuale delle procedure operative, sistemi informatici di supporto ai processi operativi, certificazioni di qualità, altri sistemi gestionali*).
2. Segregazione del processo di assunzione delle decisioni (*deleghe di responsabilità, poteri di firma adeguati alle deleghe, work flow autorizzativi, conoscenza interna delle deleghe e dei poteri*).
3. Tracciabilità delle operazioni (*sistemi informatici e procedure operative in grado di rendere tracciabile il percorso delle operazioni effettuate*).
4. Controllabilità *ex post* delle operazioni (*archiviazione documentale con il supporto di strumenti elettronici, protocolli in entrata e in uscita della corrispondenza*).
5. Integrazione delle attività di controllo e vigilanza (*disegno ed attuazione di un sistema di controlli interni e gestione dei rischi*).

Partendo da queste considerazioni, di seguito sono dettagliati i principali contenuti operativi aziendali riferibili alla locuzione di cui al co. 2 dell'art. 2086 c.c.²⁸:

Assetto organizzativo: governo, organigrammi, responsabilità chiare e controlli integrati

- *Governance*: sistema di amministrazione della società, organi e deleghe.
- Organi di controllo: collegio sindacale, revisore legale.
- Organigramma: il documento che descrive le relazioni gerarchiche e funzionali, gli uffici e le responsabilità nonché i soggetti identificati quali responsabili degli stessi.

- Deleghe di responsabilità: la descrizione dettagliata delle deleghe di ciascuna funzione e delle rispettive responsabilità.
- Procure: i poteri in capo alle persone di impegnare la società nei confronti dei terzi.
- Sistemi informatici/vi: organizzazione della circolazione dei dati e delle informazioni in azienda finalizzato a consentire l'esercizio della propria funzione, l'assunzione delle decisioni e la funzione di costante valutazione da parte degli organi e organismi preposti.
- Sistema di controllo interno: l'insieme dei controlli di linea (primo livello), di secondo livello (gestione integrata qualità sicurezza e ambiente, *risk & compliance office*, ...), di terzo livello indipendenti (*Internal Audit*) e delle funzioni di *governance* dell'impresa²⁹.
- Pianificazione strategica ed economico-finanziaria: lo strumento che consente di definire il percorso pluriennale dell'azienda valutando la sostenibilità economico-finanziaria futura anche in relazione agli investimenti da effettuare;
- *Budget* e controllo di gestione: procedure che consentono di definire nel dettaglio gli obiettivi annuali coerenti alla pianificazione e di monitorare l'andamento con verifiche infrannuali.
- Sistema di incentivazione del personale: meccanismo di riconoscimento premiale ancorato agli obiettivi raggiunti e valutato secondo *items* solitamente oggettivi e misurabili.

Assetto amministrativo: procedure operative di funzionamento dei processi aziendali e di gestione delle risorse finanziarie

- Ciclo attivo.
- Ciclo passivo.
- Gestione crediti e debiti.
- Gestione amministrativa e previdenziale del personale.
- Gestione affari societari e legali.
- Sistemi informatici, sicurezza dei dati aziendali, *business continuity*.
- Operazioni finanziarie e rapporti bancari.

- Erogazioni liberali, note spese, spese di rappresentanza, sponsorizzazioni.
- Procedure amministrative per la gestione del *business*.

Assetto contabile: procedure integrate, sistemi adeguati, regole di registrazione contabile delle operazioni d'impresa

- Applicativo gestionale per la contabilità generale, contabilità analitica, ciclo passivo, ciclo attivo, gestione amministrativa del personale).
- Tracciabilità delle operazioni nell'applicativo gestionale e nei sottosistemi.
- Integrazione tra processi di *business* ed amministrativi.
- Iter di formazione e approvazione del bilancio.

Confrontando la tabella 1, i principi generali e la lista dei contenuti per tipologia di assetto³⁰, si evidenzia in modo chiaro che le prescrizioni e le disposizioni del MOGC, indirizzando i contenuti degli assetti³¹, forniscono risposte organizzative puntuali per assolvere alle disposizioni di cui al co. 2 dell'art. 2086 c.c.³².

Le finalità di regolazione del Modello di cui all'art. 6 co. 2 lettere b) e c) e il suo ampio raggio di azione, oramai l'intero perimetro dell'impresa, consentono quindi di supportare la costruzione di assetti aziendali attraverso disposizioni e prescrizioni indirizzate, in particolare ai meccanismi di assunzione delle decisioni aziendali, l'utilizzo delle risorse finanziarie, la registrazione ed il controllo delle operazioni, che, se personalizzate alle specifiche esigenze aziendali e di *business*, consentono di garantire l'adeguatezza richiamata dalla novella civilistica. Sul punto, è possibile affermare che esiste unanime convergenza da parte della dottrina.

Se predisposto dopo approfondito e granulare *risk assessment* e, soprattutto, se efficacemente attuato e aggiornato, il Modello rappresenta, dunque, adeguato "scudo preventivo e difensivo" che, attraverso buone pratiche operative, efficaci controlli, comportamenti trasparenti e integri, vigilanza continuativa, consente nella conduzione del *business* la più idonea prevenzione della commissione dei reati presupposto. Nel capitolo successivo vedremo che il Modello consente, sempre se adeguatamente attuato e aggiornato, di intercettare fatti di gestione che possono essere anticipatori di situazioni di squilibrio economico-finanziario.

Pur con i dovuti distinguo, medesima affermazione può essere effettuata laddove si parli, non della singola impresa, bensì degli assetti di un gruppo. Sappiamo che il gruppo è un'aggregazione di imprese assoggettate al potere di direzione e coordinamento

di un soggetto economico controllante. Sebbene assoggettate a tale potere, le società controllate rimangono, comunque, distinte ed autonome dal punto di vista giuridico e patrimoniale.

Il Decreto Legislativo 231/2001, rivolgendosi agli enti singolarmente considerati, non prende in esame il fenomeno dei gruppi e non disciplina le implicazioni sotto il profilo della responsabilità amministrativa da reato. Non essendo un ente, il gruppo non è inquadrabile tra i soggetti indicati all'art. 1 del D.Lgs. 231/2001, quali destinatari della disciplina. Non si può, quindi, parlare di responsabilità del gruppo, bensì di responsabilità nel gruppo.

Nel caso di accertamento di responsabilità a carico di una società facente parte di un gruppo, è però possibile che la responsabilità possa estendersi alla capogruppo e/o ad altre società del gruppo. Sebbene, infatti, il gruppo non possa essere "colpito" dalla responsabilità amministrativa, il suo funzionamento può creare le premesse per indesiderate estensioni della responsabilità amministrativa.

La giurisprudenza ha affrontato più volte il tema e la Corte di Cassazione è intervenuta, tra l'altro, con una sentenza³³ con la quale ha ribadito che affinché vi sia responsabilità di altra società del gruppo occorre che anche in quest'ultima si verifichino i due requisiti (soggettivo e oggettivo) di imputazione³⁴. La Corte di Cassazione afferma così che affinché vi sia responsabilità, in questo caso in capo alla *holding*, è necessario che la stessa abbia perseguito un effettivo interesse o ricevuto un concreto vantaggio dalla commissione del reato di una società controllata e che il soggetto che ha agito per conto della *holding* deve aver concorso effettivamente con il soggetto della controllata, autore del reato. Il riferimento generale al ruolo di direzione e coordinamento che derivi dall'esercizio del potere di controllo non può, quindi, implicare automatica estensione della responsabilità della *holding*.

Orbene, per mitigare il rischio di involontarie e indesiderate estensioni (ascendenti, discendenti o orizzontali) della responsabilità amministrativa in un gruppo, l'attività di *risk assessment* propedeutica alla predisposizione dei Modelli deve analizzare con attenzione il funzionamento del gruppo, in particolare, gli ambiti operativi di ciascuna società, le modalità attraverso le quali si organizzano e regolamentano i rapporti tra le società, i processi di assunzione delle decisioni e la qualificazione dei soggetti che prendono le decisioni in ciascuna società.

Nel rispetto della gerarchia di controllo, occorre porre attenzione soprattutto ai seguenti aspetti

chiave:

- livello di diversificazione del *business* delle società;
- livello di articolazione della *governance* delle società;
- presenza di contrasto di interessi tra i *manager* (amministratori, apicali) delle società.

In un gruppo, ciascuna società deve perseguire scopi sociali diversi e gestire *business* diversificati.

Se in un gruppo, la società A ha come scopo sociale l'erogazione di servizi di manutenzione di mezzi di proprietà della società B la quale organizza servizi di trasporto per il mercato, il reato commesso dalla prima (ad esempio il reato di inquinamento ambientale commesso con lo sversamento illecito di fanghi, liquidi e olii per risparmiare i costi di smaltimento) non comporta verosimilmente alcuna estensione della responsabilità amministrativa alla società B poiché il reato è stato commesso per il perseguimento di un esclusivo vantaggio della società A.

In un gruppo, le società, per mitigare i fenomeni di conflitto di interessi e di amministratore di fatto, devono avere *governance* articolate con deleghe coerenti alla gestione del *business*.

Se in un gruppo, le controllante A e la controllata B hanno amministratori delegati diversi, il reato (corruzione di un pubblico ufficiale per l'ottenimento di un'autorizzazione) commesso dall'amministratore della controllata B non coinvolge la controllante A. La controllante risulterà soggetto danneggiato dall'atto infedele dell'amministratore della controllata, la cui nomina è derivata dai suoi diritti di socio, esercitati in assemblea con l'indicazione fiduciaria dell'amministratore.

In un gruppo, il *management* di ciascuna società deve essere valutato su obiettivi coerenti con le attività economiche delegate, favorendo, nel caso di rapporti infragruppo, obiettivi concorrenti.

Se nel primo caso l'amministratore delegato della società A è valutato, oltre che sugli obiettivi economici, sul numero di non conformità del sistema di certificazione ambientale ed il numero di incidenti occorsi ai dipendenti mentre l'amministratore delegato della società B sulla qualità e la puntualità del servizio reso al cliente, si mitiga il rischio di patto tra i referenti delle due società volto a spuntare prezzi di manutenzione più bassi, grazie ai minori costi di smaltimento, consentendo alla società B di avvantaggiarsi sul

mercato dei trasporti con prezzi più competitivi.

Il corretto assetto e funzionamento del gruppo consente a ciascuna società di funzionare in modo autonomo con un suo specifico e distinto Modello, pur nel rispetto del potere di controllo e dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento della controllante.

La *compliance* 231 stimolando meccanismi virtuosi tra le società supporta gli adeguati assetti del gruppo. La *compliance* 231 isolando e mitigando i rischi reato, soprattutto attraverso linee di demarcazione nette e sana "competizione" tra le società del gruppo, esalta l'autonomia giuridica di ciascuna società. In tale suo sforzo, posto necessariamente "a monte" della progettazione dei Modelli, il Decreto stimola percorsi regolatori e di emersione di disfunzioni gestionali, ad esempio i conflitti di interessi tra le società oppure le "invasioni di campo" della controllante oppure ancora i fenomeni di amministratore di fatto, consentendo una riorganizzazione del gruppo funzionale alla più idonea e puntuale gestione operativa e al più razionale e oculato utilizzo delle risorse finanziarie.

Questi elementi devono essere oggi compiutamente considerati in quanto la nuova disciplina degli assetti voluta dal CCII ha ripercussioni dirette anche in un gruppo contraddistinto da assetti comuni basati sull'impostazione data dalla capogruppo. L'inerenza degli assetti organizzativi delle singole società controllate rispetto all'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, derivata dal potere di controllo, non può del resto essere esclusa a priori. Adeguatezza degli assetti organizzativi significa, dunque, risolvere alla fonte il tema dei conflitti di interessi, delle operazioni infragruppo e con le parti correlate, della gestione della tesoreria unica e della presenza degli stessi amministratori tra le diverse società: il tema dell'adeguatezza degli assetti travalica così il perimetro della singola società, abbracciando gruppi di società riconducibili alla stessa proprietà³⁵.

L'adeguato assetto del gruppo concorre così a determinare specifici ed autonomi centri di profitto che responsabilizzano le singole società ai loro risultati, limitando il "soccorso finanziario e di garanzia" della capogruppo che, se non gestito con le tempestive rilevazioni e le necessarie segregazioni, corre il rischio di attrarre fatalmente la controllante in una crisi, peggio nell'insolvenza, della controllata.

La rivisitazione della rubrica dell'art. 2086 da "Direzione e gerarchia nell'impresa" a "Gestione dell'impresa" voluta dal CCII pone l'accento proprio sugli assetti funzionali alla gestione. L'adeguatezza

degli assetti è, dunque, mezzo al fine per il raggiungimento degli obiettivi dell'impresa. Questa interpretazione è supportata da due elementi:

- il legislatore, proprio al co. 2 dell'art. 2086 c.c. ha formulato il concetto di adeguatezza non in astratto bensì riferendosi alla natura e alla dimensione dell'impresa con ciò volendo ancorare il concetto dell'adeguatezza alla dinamica dell'impresa, alle sue caratteristiche ed alle sue caratteristiche di gestione;
- il co. 1 dell'art. 14 del CCII recita che gli organi di controllo societari "hanno l'obbligo di verificare che l'organo amministrativo valuti costantemente, assumendo le conseguenti idonee iniziative, se l'assetto organizzativo dell'impresa è adeguato, ..." connotando però detta verifica non in astratto bensì all'equilibrio economico finanziario ed al prevedibile andamento della gestione.

La progettazione del Modello può rappresentare, quindi, il punto di partenza di un percorso che da concretezza a contenuti organizzativi che non solo devono essere resi operativi in chiave di contrasto alla commissione dei reati presupposto, bensì in chiave di supporto agli adeguati assetti di cui alla novella civilistica. Oggetto, dunque, di costante valutazione, aggiornamento e adeguamento rispetto alla dinamica della gestione, sottoponendo i contenuti del Modello a specifici *stress test*. Se il Modello rimane statico o, peggio, metaforicamente nel *cloud*, siamo ancora nel limbo delle mere intenzioni. Dunque, adeguatezza degli assetti e adeguatezza dei Modelli non possono prescindere dalla loro effettiva ed efficace attuazione e dinamica evoluzione nel tempo, oggetto di verifica da parte dei soggetti chiamati a vigilare.

La necessaria genericità dell'obbligo di cui al co. 2 dell'art. 2086 trova, quindi, nella *compliance* 231 un importante "ancoraggio". La delibera di adozione del Modello del massimo organo sociale, dunque la declaratoria di volontà di conformare la gestione a determinate disposizioni in chiave di rispetto delle norme e di piena conformità alle leggi ed il correlato impegno assunto dal *management* sull'attuazione ed il rispetto di quei contenuti dispositivi e prescrittivi, unitamente alle successive delibere riguardanti il sistema di *compliance* 231, diventano formidabile "termometro" a disposizione per misurare:

- la cura degli organi delegati chiamati a garantire l'adeguatezza dell'assetto organizzativo attraverso l'attuazione del Modello e le iniziative di suo periodico aggiornamento e sua costante evoluzione;
- la valutazione dell'organo amministrativo sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo,

amministrativo e contabile attraverso l'azione di stimolo verso gli organi delegati all'effettiva attuazione del Modello e al suo costante adeguamento;

- la verifica degli organi di controllo e del revisore legale, soggetti obbligati dal CCII, chiamati a stimolare l'organo amministrativo laddove il Modello non sia effettivamente attuato, non sia adeguatamente aggiornato oppure laddove le raccomandazioni dell'organismo di vigilanza (d'ora in avanti anche OdV) all'organo amministrativo non siano seguite da proattiva iniziativa da parte delle funzioni di riferimento.

Il Modello, nato per assolvere la sua funzione preventiva ai fini del Decreto, può convenientemente supportare gli amministratori nella costruzione di assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati alle caratteristiche dell'impresa, obbligo previsto dall'art. 2086 il cui co. 2 non poteva certamente fornire alcun carattere di obbligatorietà³⁶ ai Modelli del Decreto, in linea del resto con l'impostazione del 2001, né poteva comprimere con eccessi prescrittivi il diritto dell'imprenditore di auto-organizzarsi.

L'obbligatorietà sembrerebbe possa desumersi *de facto* dalla considerazione che la mancata predisposizione del Modello, con la necessaria attività di valutazione dei rischi, potrebbe costituire inadempimento dell'obbligo di predisporre adeguati assetti organizzativi da parte degli amministratori e un'omissione del dovere di vigilanza gravante sul collegio sindacale, qualora non rilevato³⁷. Un'obbligatorietà che deriva dalla diffusa convinzione che, seppur in assenza di obbligo di legge, gli adempimenti del Decreto configurino un dovere dell'ente sia per i richiami dell'art. 30 del D.Lgs. 81/2001 sulla sicurezza e tutela della salute dei lavoratori sui luoghi di lavoro, sia perché, proprio l'adozione del Modello con le sue attività preliminari di valutazione dei rischi, costituisce esplicitazione del dovere di corretta gestione degli amministratori³⁸. Tale impostazione escluderebbe, però, la possibilità che si possa adempiere all'obbligo di cui al co. 2 dell'art. 2086 c.c. senza avere applicato il Decreto, quindi senza avere adottato il Modello che ha sempre nella prevenzione dei reati presupposto la sua principale finalità. Escludendo, quindi, la possibilità che il *set* di organizzazione, procedure, controllo di gestione e flussi informativi dell'impresa possano garantire lo stesso adeguatezza degli assetti qualora gli amministratori, a seguito di specifiche valutazioni di *trade off* costi/benefici, abbiano deciso, per come la norma permette, di non applicare il Decreto, assumendosi così interamente il rischio che la società sia coinvolta ai sensi del Decreto e persino

sanzionata per responsabilità amministrativa. Qualsiasi sia la *nuance* interpretativa alla quale si aderisce, rimane un punto fermo: il Codice rappresenta certamente robusto incentivo verso l'adeguamento alle previsioni del Decreto, forte invito agli amministratori affinché si dotino di auto-organizzazioni in un'ottica *forward-looking*, alla luce dei doveri di corretta gestione che gravano su di essi³⁹.

L'adozione del Modello, attraverso le attività propedeutiche (*risk assessment e risk management*) e la sua effettiva attuazione, costituisce indissolubile pilastro ai fini dell'adempimento dell'obbligo degli amministratori di cui alla novella del co. 2. Assetti necessari per contenere e gestire altre tipologie di rischi tra i quali quelli reputazionali, operativi, di credito, convivendo detti rischi in un tutt'uno logico che da corpo e significato alla locuzione "rischio d'impresa" la cui necessaria gestione e mitigazione, mai totale eliminazione, significa garanzia per l'impresa di *going concern*.

4. Collegamenti tra *compliance* 231 e crisi aziendale

Le disposizioni del Modello, la loro effettiva attuazione e la compiuta vigilanza, più in generale la *compliance* 231, può rivelarsi strumento utile, riprendendo il co. 2 dell'art. 2086 c.c., "...anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale...", soprattutto in chiave di rilevazione di segnali di incubazione della crisi e fatti di gestione che nella loro duratura replicazione potrebbero condurre l'impresa allo stato di crisi.

Nell'ambito delle procedure atte a garantire la *compliance* 231, i Modelli prevedono, quali elementi necessari e imprescindibili ai fini della capacità di vigilanza dell'organismo preposto, l'attivazione di appositi flussi informativi sulle attività sensibili, assicurati in forma periodica oppure *ad hoc* (*flash report*), il potere autonomo di effettuare verifiche di *compliance* (programmate o a sorpresa), l'esame delle segnalazioni riservate di violazioni al Modello con eventuale irrogazione da parte della funzione preposta di provvedimenti disciplinati proporzionali all'entità della violazione nonché le informative periodiche dell'OdV all'organo amministrativo.

Il *mix* di queste attività consente di esercitare la necessaria vigilanza prevista dalla legge ma di rilevare al contempo fatti aziendali che potrebbero essere segnali di malessere dell'impresa, anticipatori persino degli stessi indicatori e indici previsti dal CCII ai fini della gestione dell'allerta. Ecco alcuni esempi:

- Gestione della sicurezza e tutela della salute dei

lavoratori, attività sensibile alla commissione dei reati di omicidio colposo e lesioni colpose gravi e gravissime in violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro (art. 25-septies):

- Flussi informativi all'OdV: si tratta del *report* periodico dell'andamento degli incidenti sul lavoro e dei *near miss* o quasi infortuni - intesi questi ultimi come eventi che avrebbero potuto causare un infortunio, danno alla salute (malattia) o morte ma, solo per puro caso, non verificatisi - e dei *flash report* di non conformità rilevate ad esempio in sede di *audit* del certificatore (ISO 45001), di sopralluoghi del RSPP, di verifiche della funzione di *compliance* (HSE) e di ispezioni degli enti pubblici esterni (Ispettorato del Lavoro, Azienda Sanitaria, ...).

- Verifica dell'OdV: in questo ambito, l'OdV, a seguito del *trend* in crescita degli incidenti, effettua specifiche verifiche atte a comprendere se l'eventuale anomalo andamento degli incidenti o dei *near miss* sia correlato ad una carente o errata gestione della *compliance* alla normativa del D.Lgs. 81/2008; soprattutto, se il *trend* sia correlato o meno a specifiche disposizioni del *top management* di riduzione dei costi oppure a criticità nel rapporto con i fornitori di riferimento per inadempimenti relativi al pagamento delle loro fatture.

- Collegamenti con la crisi: le indicazioni di riduzione dei costi del *management* sui dispositivi individuali o sulle manutenzioni ordinarie e straordinarie di impianti e macchinari oppure le difficoltà di forniture all'impresa per ritardi nei pagamenti dei fornitori, al di là del pericolo sulla sicurezza e la salute dei lavoratori, forniscono primi elementi indiziari di crisi all'orizzonte; in questo caso, gli indici e gli indicatori selezionati dall'impresa potrebbero non rilevare il fenomeno nella sua fase ancora embrionale.

- Gestione dei crediti verso i clienti, attività sensibile strumentale alla commissione dei reati contro la PA (artt. 24 e 25) e di corruzione tra privati o istigazione della corruzione tra privati (art. 25-ter):

- Flussi informativi all'OdV: si tratta del *report* dell'andamento dei crediti aziendali suddiviso in crediti entro i limiti dell'affidamento, crediti valutati critici, crediti con piano di recupero, crediti a contenzioso,

- crediti in procedura fallimentare o concorsuale.
- Verifica dell'OdV: in questo ambito, l'OdV, a seguito dell'andamento crescente e anormale di alcune posizioni debitorie, verifica i rapporti tra la gestione del credito e la funzione commerciale; se, ad esempio, a fronte di una nuova commessa, si pattuisce con il cliente una dilazione dei pagamenti in violazione della *policy* aziendale e del *workflow* autorizzativo, oppure se è direttiva aziendale di continuare a vendere a soggetti che non hanno più merito creditizio o addirittura in posizione di blocco di emissione degli ordini di vendita, bypassando il sistema di gestione aziendale.
 - Collegamenti con la crisi: l'eccessivo e incontrollato credito accordato a clienti non più affidabili può generare nel tempo difficoltà di incassi delle fatture e squilibrio finanziario con refluenze negative sul pagamento dei debiti verso i fornitori, le banche, l'erario; anche in questo caso, gli indici e gli indicatori selezionati potrebbero non rilevare il fenomeno nella sua fase embrionale.

Interessante nei due casi è il rapporto temporale con l'eventuale situazione di crisi. Nel primo caso, la riduzione dei costi della sicurezza può essere l'espressione di primi segnali di difficoltà economico-finanziarie quindi di uno stato di incubazione della crisi mentre nel secondo caso è la violazione della *policy* del credito al cliente che, se perdurante nel tempo, può comportare possibili futuri scenari di squilibrio economico-finanziario. Fanno parte del primo caso le situazioni nelle quali l'azienda sta incontrando delle prime difficoltà e risulta più esposta alla commissione dei reati presupposto⁴⁰. Si pensi all'impresa che:

- in *deficit* di competitività, provi ad aggiudicarsi una gara di appalto con modalità corruttive;
- in presenza di lentezze nella istruttoria bancaria per difficoltà sul merito creditizio, ottenga finanziamenti agevolati e/o contributi pubblici perpetrando una truffa ai danni della pubblica amministrazione oppure utilizzi capitali di provenienza illecita;
- in attesa di future difficoltà finanziarie, limiti le uscite finanziarie riducendo i costi di tutela dell'ambiente oppure violi i diritti d'autore utilizzando applicativi e *software* senza licenza;
- in difficoltà produttiva, utilizzi materie prime qualitativamente inferiori e non consentite dai protocolli produttivi oppure commercializzi prodotti alterati e non genuini oppure ancora falsifichi le caratteristiche organolettiche esposte nel confezionamento dei prodotti;

- in presenza di un bilancio non particolarmente brillante sotto il profilo economico-finanziario e patrimoniale, fornisca informazioni false e più rassicuranti rispetto alla reale situazione.
- Anche i reati tributari, di recente introduzione nel novero dei reati presupposto, possono rientrare in questa categoria, laddove la situazione di criticità aziendale possa indurre la ricerca di "benefici fiscali" in modo fraudolento, ad esempio attraverso dichiarazioni fraudolente oppure l'utilizzo, quale beneficiario, di società "cartiera" costituita *ad hoc* allo scopo di emettere fatture per operazioni inesistenti⁴¹.

Nel secondo caso, rientrano invece quelle cattive pratiche, con violazioni del Modello, che, se persistenti nel tempo, possono condurre a successive situazioni di difficoltà e, addirittura, squilibri economico-finanziari; si fa riferimento, ad esempio, alla gestione del pagamento dei fornitori, attività sensibile strumentale alla commissione dei reati contro la pubblica amministrazione (art. 24 e 25), gli acquisti di servizi di consulenza e la gestione delle assunzioni di personale dipendente, attività sensibili strumentali alla commissione dei reati contro la PA (artt. 24 e 25) e dei reati di corruzione tra privati e di istigazione della corruzione tra privati (art. 25-ter), le operazioni straordinarie, attività sensibili esposte ai reati societari (art. 25-ter), riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita (art. 25-octies). Ritornano in questa casistica i reati tributari che possono generare tensioni finanziarie per il recupero forzoso delle imposte evase sia sul piano penale con il sequestro e la confisca a carico della società sia sul piano amministrativo con l'accertamento e la riscossione dei tributi evasi⁴².

La commissione dei reati presupposto e la crisi risultano, quindi, intimamente collegati. Più incisiva è la percezione di difficoltà dell'impresa, maggiore è l'esposizione ai rischi 231. L'impresa percepisce difficoltà sul mercato, vive una situazione di disagio e non vedendo soluzioni praticabili, cerca scorciatoie, risparmi o altri benefici esponendosi così alla responsabilità amministrativa. Più perdurante e incontrollata è la cattiva prassi posta in essere in violazione di regolamenti aziendali e disposizioni del Modello, maggiore è il rischio che si possa pervenire nel tempo ad una situazione di squilibrio economico-finanziario, dunque, di effettiva crisi. Lo stato di crisi dell'impresa apre poi ulteriori scenari di rischio reato, questa volta associati allo stato di decozione dell'impresa, dunque alle azioni di distrazione e dissipazione del residuo attivo aziendale da parte dell'imprenditore e degli amministratori che si espongono così ai delitti previsti dalla normativa fallimentare.

Esiste, dunque, una relazione forte tra *compliance* 231 e crisi. L'attuazione effettiva delle disposizioni del Modello e la compiuta vigilanza concorrono alla creazione di adeguati assetti anche in funzione della rilevazione tempestiva di indizi di incubazione della crisi, secondo lo schema fornito nel capitolo 2, dunque primi "sentori" di crisi⁴³, o di fatti che se reiterati possono condurre ad uno squilibrio economico-finanziario, contribuendo così in modo proattivo e costruttivo a soddisfare l'obbligo di cui alla seconda parte della locuzione della novella. L'organo amministrativo, facendo sue le evidenze dell'OdV, riceve un concreto supporto alla luce delle sue responsabilità gestionali. Il collegio sindacale, ricevendo le medesime informative dall'OdV, valutando gli esiti dell'attività di vigilanza ed osservando la reazione dell'organo amministrativo può verificare le capacità di reazione dell'impresa. Integrazioni informative che si valutano molto utili rispetto alle incombenze della *governance* e di verifica degli organi di controllo.

In questo contesto, le procedure di allerta si situerebbero logicamente "a valle" dei primi sentori di crisi intercettati dalla *compliance* 231. Del resto, gli indicatori e indici dell'art. 13 del CCII rilevando, pur nella loro periodicità, fatti di gestione avvenuti e proiettandoli sull'andamento gestionale atteso possono ben essere integrati da questi ulteriori elementi informativi che consentono all'organo amministrativo, *in primis*, di assolvere alla sua funzione e all'organo di controllo di assolvere agli obblighi previsti dal CCII in chiave di prevenzione della crisi.

Altra riflessione in ordine alla relazione tra Decreto e crisi deriva dalla circostanza che la *compliance* 231 consente l'esimente alla società, evitando o limitando le sanzioni previste dal Decreto che possono incidere negativamente sulla vita dell'impresa, dando la stura a vere e proprie crisi aziendali. La causa questa volta è la sanzione irrogata all'impresa riconosciuta responsabile ai sensi del Decreto, l'effetto è la crisi nella quale l'impresa si può venire a trovare a seguito, ad esempio, del ritiro di una concessione oppure il divieto temporaneo a contrarre con la pubblica amministrazione. Le sanzioni conseguenti alla condanna di un Ente per responsabilità amministrativa, regolate ai sensi del Capo I Sezione II del Decreto⁴⁴ impattano negativamente sui flussi di cassa, la redditività, il volume di affari, la competitività, la reputazione con possibili effetti negativi sulla continuità operativa.

In conclusione, la *compliance* 231:

- deve considerare la fase di incubazione e di maturazione della crisi dell'impresa come stadio nel quale muta il grado di esposizione

di alcune attività ai rischi di commissione dei reati presupposto, dunque momento nel quale l'impresa è più esposta ai rischi reato;

- è strumento di supporto per la rilevazione di primi segnali di difficoltà e disagio dell'impresa, dunque di preallerta rispetto a possibili squilibri economico-finanziari;
- è strumento che può intercettare cattive pratiche che se replicate possono condurre nel tempo a crisi aziendali;
- permette di evitare crisi indotte dalle inopinate sanzioni irrogate dall'autorità giudiziaria per riconoscimento con sentenza passata in giudicato della responsabilità amministrativa dell'impresa.

In questa naturale correlazione, la sfida della gestione risiede quindi nell'integrazione tra procedure di *compliance* 231 e procedure di allerta del Codice, attraverso modalità operative di consolidamento dei rapporti tra la *governance*, gli organi di controllo e la vigilanza. L'una, la *compliance* 231, a vent'anni dalla sua emanazione contraddistinta ancor oggi da criticità, inerzie e sottovalutazioni che ne limitano il funzionamento e l'efficacia, può beneficiare di nuove relazioni con il sistema impresa, soprattutto la *governance*, indotte dalle innovazioni del CCII, l'altra, le procedure di allerta, può beneficiare dell'esperienza e le prassi della *compliance* 231 per inserirsi rapidamente ed efficacemente nella vita dell'impresa, a beneficio degli amministratori, degli organi di controllo, soggetti obbligati ai sensi del CCII, e dei creditori alla cui tutela deve ricondursi, in ultima analisi, la motivazione principale delle norme in commento.

5. Principali nodi della *compliance* 231

Il Decreto, motivato originariamente dal contrasto ai fenomeni patologici corruttivi, ha coniato la nuova responsabilità amministrativa quale monito all'impresa di ricercare illeciti vantaggi economici e competitivi attraverso la commissione di reati contro la pubblica amministrazione. Nel corso degli anni, ampliato in modo prorompente il catalogo dei reati presupposto, la *compliance* 231 si è dovuta presto confrontare con il nodo del *trade-off* tra competitività e legalità. A vent'anni dall'entrata in vigore del Decreto, la sensazione è che questo nodo non si sia ancora sciolto. Competitività intesa come ricavi, profitti, margini, produttività e legalità intesa come costi, burocrazia, controlli, lentezza dell'organizzazione sono associazioni naturali che influenzano negativamente l'approccio attuativo al Decreto, scontando un portato culturale "allergico"

all'attività di vigilanza e di distorsione del concetto stesso di controllo, fattori questi che corrono il rischio di limitare l'innovazione del co. 2 dell'art. 2086 e l'effettività delle stesse procedure di allerta. Pur consapevoli che il rapporto tra competitività e legalità non può rimanere questione della singola impresa, riguardando infatti il funzionamento di un comparto, di un settore, di un intero sistema Paese, financo delle logiche dei mercati globali, la strenua ricerca della convivenza tra queste due grandezze ha con la *compliance* 231 un obiettivo quantomeno chiaro: la legalità deve divenire fattore chiave di competitività dell'impresa, componente imprescindibile del successo dell'azienda che non può e non deve temere di andare "fuori mercato" laddove osservi le norme e le rispetti anche solo per il timore della pena. Pensiero, per la verità, ancora piuttosto distante dalla realtà se si osservano le diffuse e profonde sacche di illegalità e di competizione sleale che purtroppo contraddistinguono il funzionamento di interi settori e vaste aree del nostro Paese.

Se nel contesto generale di ritardo culturale e di complessità del mercato, la *compliance* 231 finisce sovente per perdere potenza, diventando strumento cosmetico e di mera qualificazione formale dei rapporti commerciali, non può non rilevarsi che la norma, per come è stata pensata dal legislatore, è cosa ben diversa dal "solito" carico normativo-burocratico che ciascuna impresa deve sopportare sulle proprie spalle, a causa di uno Stato troppo spesso distante dalle reali esigenze imprenditoriali. Premesso che l'impianto originario è ancor oggi attuale ed innovativo⁴⁵, trascorsi vent'anni dall'emanazione del Decreto, l'approccio distaccato, talvolta persino insofferente, dell'impresa alla sua effettiva applicazione spegne la "fiamma innovativa" che la norma porta in sé, la sua potenziale onda benefica dettata non solo dalla non obbligatorietà del dettato normativo ma soprattutto dalla genericità dei contenuti prescrittivi che esalta, come non riscontrare in questo il parallelismo con il co. 2 dell'art. 2086, la possibilità dell'impresa di auto-organizzarsi in modo libero, pur nell'intento di sviluppare i necessari "anticorpi" per neutralizzare sul nascere il virus dell'illegalità.

Se si osserva il decreto secondo quest'angolo visuale, si comprende che, pur nell'indubbia valenza di linee guida e buone prassi sviluppatesi nel tempo, esistono ancora oggi ulteriori modalità attuative, soluzioni organizzative, sistemi operativi alternativi che consentirebbero di sciogliere gradatamente quei nodi critici che, ancor oggi, limitano l'efficacia della *compliance* 231.

Il primo nodo riguarda la predisposizione dei

Modelli, documenti corposi che, sebbene strutturati in accordo alle linee guida più diffuse, registrano sovente lacune di impostazione in termini di:

- analisi dei processi e *risk assessment* preliminare, con gestione dinamica dei rischi;
- contestualizzazione dei protocolli e dei codici di comportamento al *business* dell'impresa;
- specificità dei flussi informativi all'OdV;
- descrizione delle procedure di loro attivazione;
- descrizione dei piani di formazione per segmenti di popolazione;
- modalità di coinvolgimento dell'indotto aziendale e degli *stakeholder*;
- descrizione delle violazioni e dei provvedimenti disciplinari da irrogare;
- piani operativi di allineamento organizzativo per l'attuazione delle disposizioni del Modello.

Questi limiti non favoriscono la successiva fase di attuazione, in assenza spesso di funzioni investite della responsabilità di attuarlo e di applicativi *ad hoc* necessari per supportare in modo operativo la vasta materia della *compliance* 231 all'interno dell'impresa.

Il secondo nodo riguarda l'impegno del *management* nell'attuazione effettiva del Modello di cui al co. 1 lett. a) dell'art. 6 del Decreto. Dopo l'adozione del Modello e la coeva nomina dell'OdV, si osserva sovente un'oggettiva difficoltà ad attuarne i contenuti, un comportamento "pigro" degli amministratori e degli apicali che fatalmente deprime la funzione preventiva, lasciando spazio ad un sistema tardivo o reattivo solo nel caso di procedimenti giudiziari notificati per contestazioni di reati presupposto. È, invece, il *management* il responsabile dell'applicazione delle prescrizioni del Modello all'interno dell'impresa. È il *management* che deve garantire la necessaria formazione in azienda, l'applicazione del codice sanzionatorio in caso di violazione, i flussi informativi e le segnalazioni di violazione all'OdV⁴⁶. È sempre il *management* che deve assicurare il rispetto delle disposizioni del Modello consentendo i necessari controlli da parte della vigilanza e favorendo il circolo virtuoso che permette all'ente di prevenire la commissione dei reati presupposto.

Il terzo nodo riguarda la "debolezza" della vigilanza espletata dall'organismo preposto. Sul punto, se può ostare in linea teorica la nomina dell'OdV da parte del CdA, soggetto sottoposto alla vigilanza, le difficoltà di funzionamento dell'organismo sono principalmente dovute al combinato disposto di più fattori:

- l'esercizio dell'autonomo potere di controllo
- i livelli di indipendenza dell'organismo o suoi componenti;
- l'utilizzo del *budget* per l'attività di vigilanza,

- peraltro non sempre messo a disposizione;
- l'approccio metodologico seguito;
- il conformismo sovente presente nei professionisti chiamati a farne parte;
- la legittimazione della funzione di vigilanza da parte del *top management*;
- l'errata percezione della vigilanza all'interno dell'organizzazione aziendale;
- la deriva autoreferenziale delle attività poste in essere.

In questo *mix* di fattori che limita la funzione dell'ufficio di vigilanza, si possono citare poi composizioni dell'organismo da evitare. Casistiche osservate direttamente riguardano la nomina a OdV monocratico di una società del socio di studio di un amministratore, commercialista con servizi contabili erogati alla medesima società attraverso società di servizi a lui riconducibile. Oppure il caso di un commercialista, componente dell'OdV, con servizi di assistenza fiscale alla società stessa. Ancora, di un componente dell'OdV con contratto per servizi di supporto alla gestione del *core business* della società grazie alle sue oggettive competenze tecniche maturate in decenni di attività in società concorrenti. E si potrebbe continuare.

Il quarto nodo riguarda, invece, il dialogo con la *governance*, gli organi di controllo societari e le funzioni aziendali. A tal proposito, si osservano specifici limiti in termini di:

- valutazione dell'organo amministrativo e dei sindaci delle informative dell'OdV;
- partecipazione dell'OdV alle delibere dell'organo amministrativo;
- partecipazione degli amministratori e degli apicali alle riunioni dell'OdV;
- scambio di informazioni con il collegio sindacale ed il revisore legale;
- informative all'OdV degli esiti dei controlli interni di secondo e terzo livello e dei controlli dei soggetti pubblici esterni.

In questo scenario di luci e di ombre, si inseriscono le norme del CCII. Senza considerare modifiche all'attuale impianto normativo del Decreto, una ghiotta occasione per rilanciare la *compliance* 231 e darle quella centralità nella gestione dell'impresa che, per l'ampiezza della sua portata, oggettivamente merita.

6. Procedure di allerta e soggetti obbligati tra *governance*, *compliance* 231 e controllo di gestione

Il Codice nel combinato disposto del co. 2 dell'art. 2086 c.c. e delle procedure di allerta promuove principalmente:

- cultura della prevenzione;
- libera organizzazione dell'impresa adeguata alle sue caratteristiche e dimensioni;
- circolazione mirata, tempestiva e completa di informazioni sull'andamento della gestione attuale e prospettico;
- evoluzione dei rapporti professionali tra *governance* ed organi di controllo
- capacità di tempestiva rilevazione dei segnali di crisi, intervenendo in modo concreto e proattivo per assorbire le criticità e ripristinare la continuità aziendale.

Nella sostanza, i medesimi propositi del Decreto laddove si cambi la finalità e si parli di prevenzione della commissione dei reati presupposto. Con la necessaria notazione che mentre nel Decreto le procedure di *compliance* 231 sono state affidate alle prassi che si sono via via diffuse e consolidate nel corso degli anni, anche grazie alle linee guida confindustriali e delle associazioni industriali di settore, il CCII regola in modo più cogente e specifico le procedure di rilevazione della crisi.

A tal riguardo, l'art. 14 del CCII:

- al co. 1, rende obbligatoria l'attività di verifica degli organi di controllo societari - il collegio sindacale ed il revisore legale - sugli adeguati assetti, la sussistenza dell'equilibrio economico-finanziario e l'analisi del prevedibile andamento della gestione e di segnalazione all'organo in caso di fondati indizi di crisi;
- al co. 2, regola modalità e termini per la segnalazione all'organo amministrativo prima ed eventualmente all'OCRI⁴⁷ dopo, con obbligo di informazione del collegio sindacale al revisore e viceversa;
- al co. 3, prevede che la tempestiva segnalazione all'organo amministrativo del co. 1 "costituisce causa di esonero dalla responsabilità solidale degli organi di controllo societari per le conseguenze pregiudizievoli delle omissioni o azioni successivamente poste in essere dal predetto organo, che non siano conseguenza diretta di decisioni assunte prima della segnalazione, a condizione che, nei casi previsti dal secondo periodo del comma 2, sia stata effettuata tempestiva segnalazione all'OCRI. Non costituisce giusta causa di revoca dall'incarico la segnalazione effettuata a norma del presente articolo". Chiaro, dunque, l'esonero dalla responsabilità da parte degli organi di controllo societari nel caso in cui l'organo amministrativo, a seguito della sollecitazione dei soggetti obbligati, ponga in essere azioni che nulla hanno a che fare con l'oggetto della segnalazione bensì riconducibili ad operazioni distrattive e/o dissipative del

patrimonio aziendale, a condizione però che sia stata effettuata la successiva segnalazione all'OCRI.

Quanto all'allerta, l'art. 13 del CCII, al co. 1, introduce gli indicatori e gli indici di crisi per far emergere la non sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi e l'assenza di prospettive di continuità aziendale per l'esercizio in corso, comunque sempre nei sei mesi successivi in caso di durata residua dell'esercizio in corso minore di sei mesi e, al co. 2, affida al Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili l'elaborazione degli indici con cadenza triennale⁴⁸. Sul punto, da più parti è provenuta la raccomandazione di una loro necessaria contestualizzazione⁴⁹ al settore, le dimensioni ed il ciclo di vita dell'azienda - si pensi al caso di una *start-up* che nei primi anni di vita è in perdita e indebitata - per evitare applicazioni standardizzate che si tradurrebbero in allerte meccaniche con rischi di fenomeni cosiddetti di "falsi positivi" e "falsi negativi"⁵⁰. Un approccio sartoriale per raggiungere l'obiettivo senza "ingessare" l'autonomia imprenditoriale⁵¹. In più, alcuni suggeriscono, in modo condivisibile, che sia opportuno ampliare la base informativa affiancando agli indicatori e indici finanziari ulteriori indici qualitativi (KPI) e di rischio (KRI) a disposizione della *governance* per gestire con responsabilità l'impresa sulla base di scelte strategiche compiute misurando, non solo i valori finanziari rivenienti dai processi contabili, ma anche l'impatto sul capitale umano, sul capitale relazionale, sul capitale intellettuale e strutturale e anche sul livello di fragilità dell'impresa rispetto ad aree di rischio come la sostenibilità ambientale o il livello di perdita di *know-how* per l'uscita di un dipendente⁵² oppure ancora, in un'impresa familiare, la gestione del passaggio generazionale che rappresenta solitamente una fase critica per la vita dell'impresa: si pensi ad esempio alla presenza o meno di un adeguato livello di gestione manageriale dell'azienda oppure alla presenza di conflitti familiari, elementi che, se trascurati, possono generare crisi organizzative e sfociare in crisi finanziarie⁵³.

Proprio la costruzione del *set* di indici più idonei alle caratteristiche, al ciclo di vita ed al *business* dell'impresa richiama l'esigenza che si predispongano opportune procedure contabili ed extra-contabili - riferite alle altre grandezze che si intendono monitorare - in grado di garantire attendibilità, completezza e puntualità delle grandezze che si intendono misurare. Ciò postula l'attivazione di una funzione di controllo di gestione in grado di presidiare la delicata materia ed costante sinergia tra governo dell'impresa e

soggetti obbligati, la cui indipendenza diventa elemento imprescindibile ai fini dell'efficacia della funzione di allerta.

I flussi informativi, attraverso l'opera degli organi delegati, sui quale ricade l'onere di organizzare il controllo della gestione teso ad assicurare costante conoscenza dell'andamento dell'impresa e dei suoi probabili sviluppi, devono pervenire all'organo amministrativo che ha la responsabilità finale di gestione e al collegio sindacale ed al revisore legale, soggetti con la responsabilità di controllo. Questo processo periodico impone aggiornamento immediato delle registrazioni della contabilità generale e di analitica, sistemi gestionali affidabili, moderni e tracciabili, nonché sistemi di reportistica completi, inclusivi di tutte le informazioni e i dati che si intendono monitorare ai fini dell'analisi della situazione e della valutazione prospettica di continuità. Attività che molte aziende eseguono già con periodicità varia, al più semestrale, e che in questa sede assumono ulteriore rilievo visto che questi flussi diventano la "cartina di tornasole" dell'adeguatezza degli assetti organizzativi funzionali alla tempestiva rilevazione della crisi, quindi, del controllo dell'andamento della gestione, della costante valutazione dell'organo amministrativo della situazione, degli interventi correttivi da porre in essere e dei risultati raggiunti nonché di proattiva verifica dei soggetti obbligati sul comportamento generale dell'impresa. In questo, sostanziandosi quell'esigenza di costante sinergia che rafforza la deontologia e le prassi in uso per l'espletamento dei delicati compiti del collegio sindacale e del revisore legale.

Quanto ai soggetti obbligati, sappiamo che il codice civile, agli artt. 2397 e seguenti, disciplina la nomina dei componenti, il funzionamento, i doveri e poteri, gli obblighi e le responsabilità del collegio sindacale. Tra essi, meritano un cenno l'art. 2399 c.c. che descrive particolari cause di ineleggibilità e di decadenza nei casi in cui il sindaco non si trovi in una posizione di indipendenza e l'art. 2403 c.c. che dettaglia i doveri di controllo del collegio sindacale che vigila su:

- l'osservanza della legge e dello statuto;
- il rispetto dei principi di corretta amministrazione;
- l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento.

L'art. 2409 bis c.c. regola, invece, le attività svolte dal revisore legale dei conti o dalla società di revisione legale con previsione statutaria di esercizio della revisione legale allo stesso collegio sindacale per le società non tenute alla redazione del bilancio consolidato. Il D.Lgs. 39 del 22 gennaio

2010 di recepimento della direttiva comunitaria 2006/43 ha riformato la materia attraverso la redazione di un testo unico coordinato, disponendo l'abrogazione di gran parte delle norme del codice civile e delle leggi speciali che risultavano piuttosto frammentate. L'art. 10 del D.Lgs. 39/2010 regola l'indipendenza e l'obiettività del revisore legale e della società di revisione legale e l'istituzione e il funzionamento di procedure idonee a prevenire e rilevare situazioni che possono compromettere l'indipendenza della funzione.

Su questa architettura normativa, il CCII, prevedendo la vigilanza dei soggetti obbligati sugli adeguati assetti organizzativi anche in funzione della tempestiva rilevazione della crisi attraverso una funzione di stimolo agli amministratori (allerta interna) e successivamente, in caso di inerzia o di risposte inadeguate, di attivazione della procedura OCRI (allerta esterna), rilancia il tema dei requisiti di indipendenza e assenza di conflitto di interessi che, dati per acquisiti con le norme di riferimento, lascia talvolta il passo a:

- concomitanti posizioni consulenziali di componenti del collegio sindacale sugli specifici servizi contabili e fiscali, erogati da società di servizi riconducibili al medesimo professionista oppure al suo studio, che, già non opportune ai sensi dell'art. 2403 c.c., lo sono divenute ancor di più dopo l'introduzione dei reati tributari nel novero dei reati presupposto ex Decreto, e adesso dei nuovi obblighi del CCII;
- presenza nel collegio sindacale di professionisti appartenenti al medesimo studio con "effetti leva" sul funzionamento dell'organo per l'implicita delega dell'attività al componente solitamente più giovane;
- posizioni in conflitto di interessi della delicata attività dei revisori legali che, ancorché ridisegnate nel corso degli anni a seguito degli scandali occorsi negli Stati Uniti nei primi anni 2000, possono lasciare ancor oggi margini di manovra per l'oggettiva difficoltà di tenuta delle "paratie" soprattutto nei grandi gruppi internazionali di revisione, consulenza fiscale, legale e direzionale⁵⁴.

Novità di fine 2020, che va nella direzione qui auspicata, si segnalano i "Principi di comportamento del Collegio sindacale di società non quotate" che, a partire dal 1° gennaio 2021, saranno utilizzabili nella versione definitivamente approvata dal CNDCEC. Le norme sono utilizzabili ai fini della relazione rilasciata ai sensi dell'art. 2429 c.c. per l'approvazione del bilancio dell'esercizio 2020. Tra le tante novità, sono stati inseriti 12 nuovi principi, la norma relativa alla vigilanza del collegio sindacale per la rilevazione tempestiva della perdita

di continuità, proprio riferita alle procedure di allerta e la relativa vigilanza dei soggetti obbligati, e l'onere per il collegio sindacale di monitorare, con cadenza al più annuale, eventuali cause di incompatibilità dei suoi membri, in particolare, i requisiti di professionalità ex art. 2397 c.c. e le cause di ineleggibilità e di decadenza ex art. 2399 c.c.⁵⁵.

Il Codice, nel mettere a punto le procedure di allerta, oltre a rafforzare l'esigenza di posizioni fuori da qualsiasi situazione di conflitto di interessi, inserisce quasi surrettiziamente l'ulteriore requisito della continuità dell'attività, attraverso meccanismi di intenso scambio di informazioni, in linea del resto con l'art. 2409-septies che prevede che il collegio sindacale ed il revisore legale dei conti si scambino tempestivamente le informazioni rilevanti per l'espletamento dei rispettivi compiti. Continuità che per la vigilanza di *compliance* 231 è esplicitata dalla lettera d) dell'art. 6 del Decreto che unitamente agli autonomi poteri di iniziativa e controllo della vigilanza della lettera b) del medesimo articolo hanno consolidato nel tempo la necessità e l'opportunità, alla luce delle delicate funzioni da svolgere, che l'organismo sia posto al massimo livello gerarchico aziendale, dunque a riporto diretto dell'organo amministrativo, senza alcuna forma dipendenza o subordinazione gerarchica, con una funzione inserita in forma esplicita nell'organizzazione aziendale.

La possibilità offerta dalla normativa con la Legge di stabilità del 2012 di nominare il collegio sindacale quale organismo di vigilanza ha aperto un ampio dibattito dottrinale su questa opzione, soprattutto nel caso di identità completa tra collegio sindacale e OdV⁵⁶. Parte della dottrina⁵⁷, alla quale si aderisce, ha espresso dubbi in ordine alla sovrapposizione totale dei due ruoli per molteplici ragioni tra le quali la mancanza di continuità d'azione tipica del collegio sindacale – che il Codice imporrà nella pratica di acquisire – l'attribuzione allo stesso organo della funzione di OdV da parte dell'organo amministrativo e non dell'assemblea dei soci che nomina invece il collegio sindacale, il rischio di indipendenza ex art. 2399 c.c., il conflitto di interessi per le attività svolte dal collegio sindacale a rischio reato e la possibile carenza di professionalità specifica⁵⁸.

L'esperienza sul campo ha reso manifesta la convenienza di non sovrapporre le due funzioni⁵⁹, semmai di valutare la possibilità di nominare un componente del collegio sindacale nell'organismo di vigilanza collegiale. Benefici indiscutibili si possono ricavare da questa scelta, quantomeno sul piano dello scambio di informazioni, pressoché automatico, tra soggetti preposti al controllo e tra

organo amministrativo e organismo di vigilanza per il tramite dello stesso collegio sindacale. La nomina renderebbe operativo, inoltre, il flusso di informazioni dalla vigilanza verso l'organo di controllo per gli ambiti di *compliance* 231 sensibili al controllo del collegio sindacale, ed in prospettiva dell'allerta, aprirebbe la possibilità per l'organismo di vigilanza di ricevere informazioni tempestive sulle criticità rilevate in occasione delle verifiche ad esempio trimestrali del collegio oppure a situazioni di difficoltà dell'impresa che, come si è detto in precedenza, determinerebbero profili di rischio più elevati di alcune attività sensibili.

Sinergia che, per la verità, dovrebbe prescindere dalla nomina di un componente del collegio sindacale nell'OdV visto che il collegio sindacale, nell'ambito delle sue prerogative istituzionali relative al controllo di legalità, ha responsabilità in ordine alla formazione del bilancio (attività sensibile ai reati societari di cui all'art. 25-ter), in materia di antiriciclaggio ex D.Lgs. 231/2007 (attività sensibile ai reati di riciclaggio e di impiego di capitali di provenienza illecita di cui all'art. 25-octies), in materia di *privacy* e GDPR (attività sensibili ai delitti informatici di cui all'art. 24-bis), in materia di sicurezza e tutela della salute dei lavoratori di cui al D.Lgs. 81/2008 (attività sensibili ai reati di omicidio colposo e lesioni gravi e gravissime di cui all'art. 25-septies), in materia di tutela ambientale di cui al D.Lgs. 152/2006 (attività sensibili di cui all'art. 25-undecies). Attività che come si è evidenziato sono esposte al rischio di responsabilità amministrativa dell'ente. Sinergia che solitamente risulta ancor più intensa laddove il componente interno, presente nell'organismo di vigilanza, appartenga alla funzione di *internal audit* o, in mancanza, ad una funzione (*risk management & compliance*, legale, qualità, sicurezza e ambiente), deputata tipicamente ai controlli di 2° livello. Elementi questi che si inseriscono nel moderno sistema dei controlli interni, secondo la visione denominata Sistema di Controllo Integrato (SCI).

L'esigenza di massima integrazione dei diversi attori in campo diventa ancor più attuale con le future norme del Codice. Laddove vi sia un sindaco unico oppure un organismo di vigilanza monocratico – si tratta soprattutto di società di piccole dimensioni obbligate all'organo di controllo societario sulla base delle nuove soglie di legge – si dovrà preferibilmente optare per una soluzione separata, preferibile del resto onde evitare concentrazione di funzioni di vigilanza e controllo in capo ad un unico soggetto, obbligato peraltro alla gestione dell'allerta del CCII.

Nel quadro dianzi descritto, i flussi informativi

del controllo della gestione da garantire tempo per tempo all'organo amministrativo ed ai soggetti obbligati diventano il cuore della funzione di allerta. Per sviluppare procedure e modalità operative in grado di assolvere alla delicata funzione, occorrerà certamente uno sforzo organizzativo da svilupparsi secondo quei principi generali che si sono richiamati nell'ambito della *compliance* 231:

- **Regolamentazione:** organizzazione interna del sistema di prevenzione e gestione della crisi con definizione di apposite procedure tra le quali la valutazione periodica del livello di vulnerabilità e sicurezza dei sistemi ai fini della *business continuity*.
- **Segregazione:** presenza di più attori nell'intero processo di prevenzione della crisi avendo attenzione a distinguere tra organi delegati che "curano", organo sociale che "valuta" e soggetti obbligati che vigilano⁶⁰.
- **Tracciabilità dei dati:** presenza di sistemi abilitanti in grado di garantire affidabilità e *track record* delle registrazioni contabili (generali e di analitica) e degli applicativi integrati al sistema gestionale per la produzione degli indici e dei *report* di controllo di gestione ed eventualmente degli altri indici a corollario.
- **Controllabilità *ex post*:** procedure di gestione delle richieste di approfondimento dell'organo amministrativo e dei soggetti obbligati in ordine ai contenuti dei report ricevuti.
- **Integrazione dei flussi informativi:** messa a punto dei flussi provenienti dalle altre funzioni, dalle funzioni di controllo interno di 2° e 3° livello⁶¹ e dalla funzione di vigilanza e definizione dei flussi opposti, ad esempio dall'organo amministrativo e dai soggetti obbligati alla vigilanza, per valutare situazioni aziendali che possano aumentare i profili di rischio, dunque orientare in modo opportuno la vigilanza.

La moltitudine di attori in campo, la complessità organizzativa, l'esigenza di efficienza e razionalizzazione dei processi e la necessaria differenza tra le diverse tipologie di flussi rendono opportuno ipotizzare un coordinamento in cui i "singoli pezzi" vadano a comporre un mosaico unico, il più possibile funzionale ed efficiente per limitare ridondanze, "vuoti", disguidi funzionali rispetto a due materie cardine per la buona gestione, la competitività dell'impresa e la sua continuità operativa.

7. Verso un Modello unico di prevenzione dei reati e della crisi?

Come argutamente osservato da autorevole

dottrina, il Decreto postula un'attività di costante e dinamica valutazione e gestione dei rischi attraverso continue attività di adeguamento organizzativo, evoluzione dei presidi di controllo e di rimodulazione dei comportamenti aziendali.

Per interpretare al meglio i canoni imposti dal Codice, il Modello dovrà valutare l'introduzione di opportuni presidi in grado di garantire la tempestiva trasmissione all'organo amministrativo ed ai soggetti obbligati di quei fatti di gestione, criticità organizzative, inadeguatezze procedurali che per i loro contenuti possono ravvisare l'esistenza di sentori e primi indizi di crisi⁶².

Crisi d'impresa, è bene ripeterlo, che può essere generata non solo da cattive pratiche aziendali ma anche da fattori di mercato, dunque esogeni all'impresa, che nulla hanno a che vedere con i difformi comportamenti gestionali. Sebbene, come detto in precedenza, i fattori esogeni all'impresa possano generare cattive pratiche indotte, financo atti di mala gestio, in un circolo vizioso nel quale le imprese possono avvitarsi pericolosamente.

In questo nuovo contesto, le finalità del Decreto restano immutate e distinte rispetto a quelle del CCI: un doveroso e necessario distinguo che permette però di avvicinare questi "due mondi" e scongiurare confusione di ruoli, indebite sovrapposizioni ed interpretazioni promiscue⁶³.

Pur consapevoli delle difficoltà di interpretazione di alcuni passaggi e dell'altrettanto difficoltosa fase di attuazione, lo spunto dettato dall'esperienza delle società in controllo pubblico che con direttiva ANAC⁶⁴ hanno integrato le misure anticorruzione ex L. 190/2012 e le misure previste dal loro Modello ex Decreto, potrebbe risultare utile.

Per regolare in modo univoco ed integrato l'ampia materia trattata, si suggerisce di inserire nel Modello, un documento integrativo, una Parte Speciale "Prevenzione della crisi d'impresa" nella quale descrivere il sistema organizzativo-aziendale di prevenzione della crisi.

Il Modello di prevenzione dei reati presupposto e prevenzione della crisi intende creare un unico ambiente organizzativo ed operativo in grado di garantire la "rete di protezione" all'impresa costituita dalla collaborazione dei soggetti dell'impresa che hanno ruolo nelle delicate materie per le quali necessitano di continui scambi e informazioni per l'espletamento dei loro compiti istituzionali. Anche al fine di minimizzare il rischio di omissione di "alert" rilevanti quali la revoca di affidamento bancario, la notifica di una messa in mora o di un decreto ingiuntivo piuttosto che il ritardo nel pagamento di imposte, tasse, oneri previdenziali oppure il rischio di alterazione degli indici ed evitare che il dato prognostico risulti "inquinato"

da sottovalutazioni, edulcorazioni ed omissioni. Se la reportistica periodica tramite indicatori e indici selezionati è la base del monitoraggio anticrisi, occorre che il sistema aziendale, attraverso le altre funzioni di controllo e la vigilanza, garantisca all'organo amministrativo ed i soggetti obbligati tutte le ulteriori informazioni a contorno.

La Parte speciale cui si fa riferimento è proposta nella seguente articolazione di massima:

1. Organizzazione per la prevenzione della crisi e la gestione dell'allerta

L'organizzazione deputata alla rilevazione tempestiva dei segnali di crisi e la gestione dell'allerta sarà verosimilmente esplicitata tra le deleghe conferite dall'organo sociale al soggetto delegato, pur ricadendo la responsabilità finale sull'intero organo sociale.

In questa sezione, si dovrà descrivere l'organizzazione che si assume l'onere di garantire il costante di monitoraggio degli indicatori, gli indici e le altre grandezze selezionate ai fini della prevenzione della crisi. L'organizzazione sarà incentrata sulla responsabilità del soggetto delegato e sulle funzioni aziendali le cui responsabilità gestionali sono coerenti con l'obiettivo di:

- produrre ed assicurare i necessari flussi informativi all'organo amministrativo ed ai soggetti obbligati (ad esempio il servizio di controllo di gestione);
- rispondere in modo proattivo alle richieste di approfondimento dell'organo sociale o stimulate dai soggetti obbligati (ad esempio la direzione amministrazione e finanza);
- pilotare l'adeguamento degli assetti organizzativi (ad esempio la direzione organizzazione e personale);
- intercettare i primi "sentori" di crisi (ad esempio la direzione commerciale, la direzione vendita, la gestione del credito, ...).

Il coordinamento e funzionamento del controllo di gestione saranno affidati al soggetto delegato alla gestione (amministratore delegato) e parzialmente devolute a suo eventuale riporto fiduciario (direttore generale).

1. Organismo deputato alla valutazione periodica degli assetti e del funzionamento delle procedure di allerta

In questa sezione, occorrerà descrivere la funzione incaricata di effettuare, con la dovuta periodicità, la valutazione degli assetti organizzativi, la completezza, adeguatezza e affidabilità dei flussi informativi attivati, il funzionamento delle procedure di allerta, informando tempo per tempo l'organo amministrativo degli esiti delle attività svolte e di qualsiasi eventuale criticità, disfunzione, conflitto di interessi che possa

minare l'efficacia del sistema anticrisi. La scelta potrebbe ricadere su un organismo collegiale, ad esempio un comitato composto da soggetti senza deleghe gestionali (amministratori non esecutivi, amministratori indipendenti), referenti di funzioni di controllo (*internal audit*, *compliance office*, *risk manager*), funzioni di staff a riporto del presidente (legale, affari societari) che valuterà con approccio indipendente la capacità dell'impresa di auto-organizzarsi per assicurare le corrette procedure ai fini della prevenzione della crisi.

1. Organizzazione dei flussi informativi

In questa sezione, occorrerà descrivere il *set* di indici e indicatori selezionati per il monitoraggio dell'andamento della gestione dell'impresa con le motivazioni alla base della loro scelta, se del caso supportata da soggetto esterno indipendente, i sistemi operativi in uso per la registrazione dei dati contabili, le procedure contabili di chiusura dei bilanci infrannuali, le modalità di calcolo (contabile o extracontabile) del *set* di indicatori e indici selezionati e le eventuali ulteriori grandezze selezionate (KPI e KRI) per il monitoraggio. Infine, le modalità operative di invio dei *report* periodici all'organo amministrativo ed ai soggetti obbligati. In sostanza, si tratta della descrizione operativa del sistema di *reporting*, il "pannello di controllo" tarato sulla tipologia e dimensione di impresa che consentirà all'organo amministrativo la costante valutazione della situazione e agli organi di controllo la necessaria verifica, dando concretezza così alla qualificazione di adeguatezza degli assetti di cui al co. 2 dell'art. 2086 e delle sue finalità integrative ai fini della prevenzione della crisi⁶⁵.

Al pari di come il MOGC deve fare con i flussi verso l'OdV, questa parte dovrà descrivere le procedure operative per garantire completezza e tempestività dei report all'organo amministrativo ed ai soggetti obbligati. Punto ineludibile di questa parte del documento è la previsione e descrizione di particolari rafforzamenti dei presidi per le registrazioni contabili ed il processo di predisposizione dei bilanci infrannuali e di esercizio, che dovrà tradursi in esecuzione di controlli interni e apposite segregazioni e verifiche da parte dei soggetti obbligati in grado di assicurare veridicità e oggettività dei dati contabili e prudenza delle poste valutative.

1. Organizzazione di ulteriori flussi informativi

In questa sezione, si descriveranno la gestione di flussi informativi integrativi da e verso l'organo amministrativo ovvero sia:

- gli esiti delle attività di *internal audit* e delle funzioni di controllo di 2° livello verso l'organo amministrativo riferiti a criticità che abbiano rilevanza ai fini dell'equilibrio economico-

finanziario;

- i flussi informativi della vigilanza verso l'organo amministrativo riferiti ad anomalie e/o violazioni del Modello che possono rappresentare primi sentori di crisi oppure che possono generare nel tempo squilibri economico-finanziari;
- i flussi informativi opposti, dall'organo amministrativo all'organismo di vigilanza, in ordine a situazioni di crisi in atto per consentire di presidiare attività particolarmente esposte in tempo di crisi e consentire all'organismo preposto di orientare in modo opportuno la vigilanza;
- gli esiti di *audit* specifici condotti ad esempio a seguito di notifiche di procedimenti giudiziari oppure di segnalazioni di violazione al Modello dall'organismo di vigilanza verso l'organo amministrativo che possono intercettare fatti di gestione che, per la loro natura, possono rappresentare indizi di crisi;
- le segnalazioni dei soggetti obbligati di cui all'art. 14 del CCII dall'organo amministrativo verso la vigilanza;
- le segnalazioni dei soggetti obbligati esterni di cui all'art. 15 del CCII dall'organo amministrativo verso i soggetti obbligati di cui all'art. 14 del CCII e la vigilanza.

Nell'ambito della predisposizione del bilancio annuale, la relazione di gestione dovrà indicare l'attività svolta dall'organo amministrativo ai fini del rispetto degli adeguati assetti organizzativi anche in funzione della tempestiva rilevazione della crisi, gli eventuali casi di allerta interna ed esterna, i relativi esiti nonché la valutazione delle prospettive di continuità aziendale. Si tratta del principale flusso informativo verso i terzi che contiene in sé la garanzia per i fornitori, gli istituti bancari, i clienti, i dipendenti, in generale gli *stakeholders*, del livello di affidabilità dell'impresa e delle sue prospettive di effettiva continuità operativa.

Per le imprese che non adottano il Decreto, dunque prive di Modello, si raccomanda la predisposizione di un Modello di prevenzione della crisi *stand alone*, oggetto di apposita deliberazione da parte dell'organo amministrativo, quale atto di assunzione di responsabilità verso le disposizioni del Codice.

La proposta di progettazione di un Modello unico intende consentire, soprattutto nella prima fase di attuazione, di indirizzare convenientemente la materia e limitare al massimo i fenomeni riscontrati nell'applicazione del Decreto quali:

- Inerzia organizzativa.
- Allungamento dei tempi di attivazione delle procedure.

- Difficoltà di ricezione delle informazioni necessarie.
- Deriva burocratica e formale.
- Confusione di ruolo tra soggetti diversi.
- Conflitto di interessi dei professionisti.
- “Crisi di rigetto” delle imprese.

L’attuazione del Modello unico secondo le specifiche progettate consentirà di sviluppare intrinseche e permanenti capacità di *turnaround* nella gestione del *business* dell’impresa, consentendo non solo opportune valutazioni economico-finanziarie e patrimoniali ai fini dell’analisi dell’andamento di gestione e del mantenimento della continuità aziendale ma anche di valutare contesti estremi tramite piani e *stress test*⁶⁶ che consentano all’azienda la predisposizione di piani anticipatori di *recovery* in grado di fornire coerenti e concrete risposte per prevenire la crisi, anche in chiave di correttezza comportamentale e prevenzione della commissione dei reati presupposto.

8. Conclusioni

Nell’ambito del percorso evolutivo tratteggiato, legittime perplessità potrebbero provenire da chi teme di costruire organizzazioni che invece di produrre ricavi, margini e profitti finiscano per occuparsi prevalentemente di prevenire rischi e controllare le attività. Per esorcizzare questi dubbi, peraltro infondati in quanto stiamo parlando sempre di gestione e della sua intrinseca necessità di sviluppare presidi di controllo quale contrappeso del potere decisionale e di utilizzo delle risorse, si suggerisce grande cautela nei processi di cambiamento e intervento sempre caratterizzati da proporzionalità, flessibilità e personalizzazione, messi a fuoco quindi dopo compiute ed approfondite analisi della storia aziendale, dell’organizzazione e della caratteristiche *business*, valutazioni dei rischi, attività di sensibilizzazione e formazione dei livelli apicali.

Pur nella suggestione del titolo del capitolo precedente, a vent’anni dall’entrata in vigore del Decreto e in presenza di un quadro normativo oramai fortemente orientato alla prevenzione di patologie e criticità che possono causare danni all’impresa e distorsioni di mercato, la proposta può non solo facilitare l’attuazione delle nuove norme del CCII ma incidere anche sulla progressiva soluzione degli attuali nodi della *compliance* 231:

1. È probabile, infatti, che nella sinergia tra prevenzione dei reati e prevenzione della crisi si riduca l’utilizzo di Modelli preconfezionati. Il *prêt-à-porter* e l’indulgenza verso Modelli *cut and paste*, orientati al costo più basso e alla minimizzazione dell’impatto

sull’organizzazione, hanno dimostrato i loro limiti ed il nuovo quadro normativo del CCII postula approcci opposti ossia mirati e fortemente personalizzati. Per la verità, chiara a riguardo era la direzione di marcia che l’impresa avrebbe dovuto intraprendere anche con l’emanazione del Decreto e il previgente quadro normativo. Tuttavia, con l’ulteriore scatto in avanti del Codice, la customizzazione diventa elemento indispensabile e decisivo per il governo d’impresa, utile anche per esaltare la funzione educativa e sociale dell’azienda quale volano di sviluppo del territorio. In questo contesto, gli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili per come richiamati dal co. 2 dell’art. 2086 c.c. trovano nelle procedure di *compliance* 231 e le procedure di allerta un binomio quanto mai prezioso anzi, a parere dello scrivente, irrinunciabile.

2. È assai probabile che la suggestione di un Modello unico possa spingere l’organo sociale ad attuare con maggiore convinzione le disposizioni in esso previste, motivato dalla “forza” e l’impatto della normativa sulla prevenzione della crisi. La salvaguardia della continuità aziendale, più vicina alle “corde” degli amministratori e dei soci di quanto non sia il tema della prevenzione dei reati presupposto, può verosimilmente rappresentare nuovo stimolo per sciogliere l’apparente *trade off* tra competitività e legalità ed affrontare con lungimiranza il tema della responsabilità sociale e dello sviluppo sostenibile dell’impresa, fornendo carburante al serbatoio della macchina che deve implementare le disposizioni del Modello.
3. È anche probabile, che in questo rinnovato contesto, la spinta verso gli adeguati assetti organizzativi e le procedure di allerta possano fungere da catalizzatore dell’azione di vigilanza, favorendo l’inserimento dell’OdV nel circuito aziendale anche a garanzia della continuità di azione che il Decreto postula, facendo uscire questo particolare ufficio aziendale dal “limbo” nel quale troppo spesso si trova.
4. È, infine, auspicabile che in questo percorso virtuoso si possa innescare un’osmosi proficua tra i diversi soggetti coinvolti, grazie alla forza insita che i “soggetti obbligati” hanno ed avranno a partire dal 1° settembre 2021.

Alcune ulteriori riflessioni finali:

- *Business judgement rule*: la regola di origine anglosassone secondo la quale l’agire dell’organo sociale si presume corretto e non criticabile sino alla prova contraria di violazione di un *duty of care*, fa da schermo alla

responsabilità degli amministratori laddove le decisioni aziendali siano state prese sulla base di diligenti, prudenti e ragionevoli valutazioni, anche nel caso in cui da tali decisioni ne siano derivati esiti negativi e danni per l'impresa. Non si giudica, dunque, del contenuto della decisione ma solamente del rispetto o meno delle regole di diligenza nell'assumere la decisione e nel perseguire in buona fede il bene della società. Con il richiamo del CCII all'obbligo degli amministratori di garantire adeguati assetti, è dibattuto in dottrina l'impatto della novella sulla responsabilità degli amministratori e la possibilità che si registri una significativa rivisitazione del principio di insindacabilità delle scelte gestionali. Da un lato, chi sostiene che la novella non ha modificato nella sostanza l'impianto giuridico precedente ed il nuovo obbligo accentua il carattere di strumentalità delle scelte organizzative rispetto alla gestione⁶⁷. Dall'altro, chi evidenzia che il principio di adeguatezza potrà essere inteso come limite all'insindacabilità dell'attività gestionale e che, dunque, l'inadeguatezza del sistema organizzativo societario potrà divenire facile mezzo per imputare *ex post* la responsabilità della crisi all'organo gestorio. Se la mancata configurazione di adeguati assetti organizzativi è oggi violazione di un espresso dovere degli amministratori, è indiscutibile che si tratti di elemento ai fini della valutazione della gestione, dunque nella responsabilità degli amministratori⁶⁸. Il discrimine, dunque, risulta tenue visto che le scelte organizzative sono assunte per la gestione e nella gestione, prese in via presuntiva dopo valutazioni attente e ponderate: è il caso, ad esempio, della scelta aziendale di non applicare il Decreto da cui però sia derivato un danno all'impresa per l'irrogazione di una sanzione alla società per riconoscimento della responsabilità amministrativa.

- *Social accountability*: le auspiccate evoluzioni rendono merito ai principi di responsabilità sociale e sviluppo sostenibile oramai in voga nelle imprese che trovano un importante "puntello" in questo sforzo organizzativo preventivo finalizzato a contrastare cattivi comportamenti aziendali, commissione di reati presupposto, sottovalutazioni di indizi di crisi, inerzia aziendale nella gestione della crisi, mancanza di attenzione nei confronti dei creditori aziendali e dell'intero indotto economico.
- Nuovi *standard di governance*: l'auspicio è che la "distanza" tra funzione di governo e controlli

si riduca a favore di funzionalità più pregnanti e controlli più tempestivi ed effettivi, orientati al "cuore" dei problemi aziendali. Laddove ciascuna responsabilità sia inequivoca: agli organi delegati sono affidati i compiti di "cura" degli adeguati assetti in quanto soggetti con attività quotidiana e continua; all'organo amministrativo la costante "valutazione" di adeguatezza degli assetti⁶⁹, anche attraverso le funzioni di controllo di 3° livello (*internal audit*) e di 2° livello; ai soggetti obbligati la "verifica" degli adeguati assetti organizzativi e l'eventuale azione di stimolo attraverso le procedure di allerta e le loro responsabilità di legge.

- Rapporto tra organo amministrativo e funzione di vigilanza: nel circolo virtuoso descritto, si auspica il rinforzo della *compliance* 231 ad esempio con partecipazioni più frequenti alle adunanze dell'organo sociale e con responsabilità delegate ad un amministratore non esecutivo o indipendente per la gestione del rapporto con l'OdV. L'attività di vigilanza che si esplica in una funzione con poteri autonomi di iniziativa e controllo, incentrata sulla costante valutazione dell'applicazione e dell'efficacia di funzionamento del Modello, se calata all'interno della previsione dell'art. 2086, diventa prezioso osservatorio in tempo reale dell'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile dell'impresa. A patto però che le informazioni affluiscano per tempo all'OdV. Pena una vigilanza formale, vuota, asincrona con evidenti conseguenze, tra le quali, la stessa difficoltà di avvalersi dell'esimente previsto dalla normativa. A fronte di raccomandazioni dell'OdV che non hanno seguito, il collegio sindacale dovrà prontamente stimolare l'organo sociale, a maggior ragione qualora le criticità rilevate siano sintomatiche di indizi di crisi oppure dalle criticità rilevate ne derivino rischi di futuri squilibri economico-finanziari. In caso di inerzia dell'organo sociale e dell'organizzazione, il potenziale "atto di accusa" che solitamente rimane "imprigionato" negli stessi verbali dell'OdV, solitamente trascritti in un libro vidimato per dare certezza della data, potrà essere rimosso dalla proattività con la quale i soggetti obbligati reagiranno attraverso le procedure di allerta. Viceversa, quei verbali e quell'inerzia saranno testimonianza dell'inerzia aziendale e oggetto di eventuale esame dell'autorità giudiziaria laddove la stessa sia chiamata a valutare i comportamenti dell'impresa in tema di responsabilità amministrativa.
- Rapporto tra soggetti obbligati e organismo

di vigilanza: collegio sindacale, revisore legale, OdV devono rafforzare il loro rapporto di collaborazione nell'ambito del quale deve prevalere metodo e scambio di informazioni; l'OdV potrà valutare il Modello nell'ottica del dettato del co. 2 dell'art. 2086 e, in una situazione di crisi, vigilare con attenzione sulla violazione del Modello e su eventuali condotte illecite finalizzate a "celare" o "risolvere" la crisi quali, ad esempio, la falsificazione di bilanci, gli illeciti tributari, l'indebita richiesta di contributi o di agevolazioni pubbliche o l'indebito utilizzo delle stesse⁷⁰. I nuovi "Principi di comportamento del Collegio sindacale di società non quotate", recentemente pubblicati dal CNDCEC, disciplinano i rapporti tra collegio sindacale e OdV, nella norma 5.5 "Rapporti con l'Organismo di Vigilanza", che dispone: "Ai fini dello svolgimento dell'attività di vigilanza, il Collegio sindacale acquisisce informazioni dall'organismo di vigilanza in merito alla funzione ad esso assegnata dalla legge al fine di vigilare sull'adeguatezza, sul funzionamento e sull'osservanza del Modello adottato ex D.Lgs. n. 231/2001. Il Collegio sindacale verifica che il Modello preveda termini e modalità dello scambio informativo dell'Organismo di Vigilanza a favore dell'organo amministrativo e dello stesso Collegio sindacale.". Il dialogo saldo e continuo è obbligato ed è vitale che l'impresa benefici dell'attività di questi organi e organismi indipendenti che, pur da angoli visuali diversi, sono accomunati dal medesimo obiettivo di proteggere l'impresa e creare una robusta rete di protezione rispetto a indesiderate derive e criticità di gestione.

Nel nome delle buone prassi di gestione e dell'etica aziendale occorre assumere, soprattutto in situazioni di crisi estrema, comportamenti corretti e trasparenti nell'ambito della direzione e controllo dell'impresa con approcci improntati alla piena responsabilità e all'azione del buon padre di famiglia⁷¹. Il COVID-19, pur nell'enorme impatto negativo sull'economia può fungere, nel medio periodo, da catalizzatore di nuove positive energie per la gestione d'impresa. Si pensi, ad esempio, al rinnovato e obbligato impegno sui temi della sicurezza e della tutela della salute dei lavoratori, dunque l'osservanza del D.Lgs. 81/2008, troppo spesso relegato quale tema per i "soli addetti ai lavori". Il raccordo dei controlli interni diventa fondamentale e prezioso al pari della costante valutazione dei rischi aziendali; occorre sempre di più insistere sul concetto di prevenzione che anche

il Codice intende promuovere, assumendo quale riferimento approcci sistematizzati e strutturati di gestione del rischio e di adeguamento alle normative. Anche i professionisti ed esperti che si occupano di applicazione del Decreto devono fornire il loro contributo; costante aggiornamento professionale, ricerca delle *best practice* e delle misure di controllo più idonee, approcci multidisciplinari (legali, gestionali, tributarie, compliance, tecniche, settoriali) e personalizzati diventano requisiti sempre più stringenti per chi volesse affrontare con metodo la materia e proporsi sul mercato. La customizzazione deve contraddistinguere l'approccio alla *compliance* 231 per ottimizzare l'apporto della consulenza esterna con un percorso attuativo iterativo, di continuo miglioramento rispetto ad una materia divenuta oramai molto complessa e articolata. Il percorso può far compiere un salto di qualità organizzativo e gestionale dell'impresa, un salto di managerialità per coloro che amministrano con piglio, sacrificio e lungimiranza, ma anche con alcune sottovalutazioni rispetto all'apparente dicotomia tra legalità e competitività e ai primi sentori di crisi. La necessità di dotarsi di adeguati assetti organizzativi non comporterà un aggravio di costi: anzi maggiore sarà la personalizzazione e l'attento studio della realtà organizzativa dell'impresa e delle caratteristiche del suo *business* minore sarà nel tempo il costo sostenuto. In più, si privilegerà l'ottica imprenditoriale dell'investimento finalizzato a rafforzare la solidità dell'impresa, grazie alla costruzione di uno scudo di protezione da minacce interne ed esterne che l'azienda incontra nel suo incedere⁷².

Se il presente contributo è condivisibile, ai diversi attori richiamati spetta il compito di approfondire queste proposte. Spetta poi alle imprese il compito della concretezza, con prime esperienze in grado di mettere sul campo ed affinare modelli organizzativi unici e procedure di *compliance* 231 e di allerta integrate, funzionanti ed efficaci, espressione di quella qualificazione organizzativa che è esigenza primaria per il funzionamento dell'azienda, anche quale manifestazione della sua affidabilità nei confronti degli *stakeholder* e, quindi, fonte di competitività sul mercato e di continuità operativa permanente.

Ben lontana, dunque, dalle risposte di minima rispetto a norme di legge vissute come orpelli burocratici. Ben distante dalle risposte cosmetiche vissute come mera polizza assicurativa.

Oggi limiti culturali non più sostenibili.

1 Tra i rinvii, importante da sottolineare che il D.L. del 19 maggio 2020, n. 34 (Decreto Rilancio), convertito in Legge 17 luglio 2020, n.77, ha disposto l'adeguamento alle previsioni dell'art. 2477 c.c., come novellato dal CCII, "entro la data di approvazione dei bilanci relativi all'esercizio 2021, di cui al co. 2 dell'articolo 2364 c.c.". Con rinvio, dunque, al 2022, della verifica dei limiti di obbligatorietà dell'organo di controllo o del revisore legale da effettuarsi in relazione al biennio 2020-2021.

2 S. D'ALESSIO, *La crisi d'impresa è in stallo*, Italia Oggi, 22 settembre 2020

3 Cfr. Relazione illustrativa su Schema di Decreto Legislativo recante "Codice della Crisi di impresa e dell'insolvenza" di novembre 2018: "L'importanza di questo obiettivo è molto evidente poiché le possibilità di salvaguardare i valori di un'impresa in difficoltà sono direttamente proporzionali alla tempestività dell'intervento risanatore, mentre il ritardo nel percepire i segnali di una crisi fa sì che, nella maggior parte dei casi, questa degeneri in vera e propria insolvenza sino a divenire irreversibile."

4 D. MONCALVO, *Il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza – Le procedure di allerta e composizione della crisi ed i possibili effetti in termini di compliance 231*, www.aodv231.it, 27 maggio 2019.

5 M. IRRERA, *La business judgement rule e gli adeguati assetti*, Società e Contratti. Bilancio e Revisione, Giugno 2020.

6 L'art. 2 del CCII definisce l'ambito di applicazione e le tipologie di debitore alle quali si applica la gestione della crisi e dell'insolvenza ed i soggetti cui si applica invece la disciplina del sovraindebitamento.

7 COMITATO CORPORATE GOVERNANCE, *Codice di corporate governance*, Gennaio 2020.

8 G. SPATARO, *La Corporate Governance delle Società Quotate: il nuovo Codice*, www.iusinitinere, 3 marzo 2020.

9 AIDAF, *Principi per il Governo delle Società Non Quotate a Controllo Familiare – Codice di Autodisciplina*, Università Bocconi, Ottobre 2017.

10 M. POLLIO, *Più difficile la crisi d'impresa*, Italia Oggi, ottobre 2020.

11 Art. 2257 c.c., il co. 1 è sostituito dal seguente: "L'istituzione degli assetti di cui all'articolo 2086, secondo comma, spetta esclusivamente agli amministratori. Salvo diversa pattuizione, l'amministrazione della società spetta a ciascuno dei soci disgiuntamente dagli altri." Art. 2380-bis, c.c., al co. 1 è aggiunto, in fine, il seguente periodo: "L'istituzione degli assetti di cui all'articolo 2086, secondo comma, spetta esclusivamente agli amministratori." Art. 2409-novies c.c., al co. 1, dopo il secondo periodo è aggiunto il seguente: "L'istituzione degli assetti di cui all'articolo 2086, secondo comma, spetta esclusivamente al consiglio di gestione." Art. 2475 c.c., il co. 1 è sostituito dal seguente: "L'istituzione degli assetti di cui all'articolo 2086, secondo comma, spetta esclusivamente agli amministratori. Salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, l'amministrazione della società è affidata a uno o più soci nominati con decisione dei soci presa ai sensi dell'articolo 2479."

12 Il co. 3 dell'art. 2381 c.c. prevede, per le società per azioni, che il consiglio di amministrazione sulla base delle informazioni ricevute valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società e al co. 5 che gli organi delegati curano che gli assetti siano adeguati alla natura e alle dimensioni dell'impresa riferendo all'organo amministrativo ed al collegio sindacale sul generale andamento di gestione e sulle sue prevedibili evoluzioni.

13 Cfr. Nota 1 del presente contributo.

14 Co. 2 dell'art. 2477 c.c.: "La nomina dell'organo di controllo o del revisore è obbligatoria se la società: a) è tenuta alla redazione del bilancio consolidato; b) controlla una società obbligata alla revisione legale dei conti; c) ha superato per due esercizi consecutivi almeno uno dei seguenti limiti: 1) totale dell'attivo dello stato patrimoniale: 4 milioni di euro; 2) ricavi delle vendite e delle prestazioni: 4 milioni di euro; 3) dipendenti occupati in media durante l'esercizio: 20.". Co. 3: "L'obbligo di nomina dell'organo di controllo o del revisore di cui alla lettera c) del terzo comma cessa quando, per tre esercizi consecutivi, non è superato alcuno dei predetti limiti."

15 Art. 12 co. 1 del CCII: "Costituiscono strumenti di allerta gli obblighi di segnalazione posti a carico di soggetti di cui agli art. 14 e 15 finalizzati, unitamente agli obblighi organizzativi posti a carico dell'imprenditore dal codice civile, alla tempestiva rilevazione degli indizi di crisi dell'impresa ed alla sollecita adozione delle misure più idonee alla sua composizione." Art. 13 co. 1 del CCII: "Costituiscono indicatori di crisi gli 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, sono indici significativi quelli che misurano la non sostenibilità degli oneri dell'indebitamento con i flussi di cassa che l'impresa è in grado di generare e l'inadeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi. Costituiscono altresì indicatori di crisi ritardi nei pagamenti reiterati e significativi, anche sulla base di quanto previsto nell'articolo 24." Art. 14, co. 1 del CCII: "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."

Art. 14, co. 2 del CCII: “La segnalazione deve essere motivata, fatta per iscritto, a mezzo posta elettronica certificata o comunque con mezzi che assicurino la prova dell’avvenuta ricezione, e deve contenere la fissazione di un congruo termine, non superiore a trenta giorni, entro il quale l’organo amministrativo deve riferire in ordine alle soluzioni individuate e alle iniziative intraprese. In caso di omessa o inadeguata risposta, ovvero di mancata adozione nei successivi sessanta giorni delle misure ritenute necessarie per superare lo stato di crisi, i soggetti di cui al comma 1 informano senza indugio l’OCRI, fornendo ogni elemento utile per le relative determinazioni, anche in deroga al disposto dell’articolo 2407, primo comma, del codice civile e dell’articolo 9-bis, commi 1 e 2, del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 39 quanto all’obbligo di segretezza. Gli organi di controllo societari, quando effettuano la segnalazione, ne informano senza indugio anche il revisore contabile o la società di revisione; allo stesso modo, il revisore contabile o la società di revisione informano l’organo di controllo della segnalazione effettuata.”. Art. 14 co. 3 del CCII: “La tempestiva segnalazione all’organo amministrativo ai sensi del comma 1 costituisce causa di esonero dalla responsabilità solidale per le conseguenze pregiudizievoli delle omissioni o azioni successivamente poste in essere dal predetto organo, che non siano conseguenza diretta di decisioni assunte prima della segnalazione, a condizione che, nei casi previsti dal secondo periodo del comma 2, sia stata effettuata tempestiva segnalazione all’OCRI. Non costituisce giusta causa di revoca dall’incarico la segnalazione effettuata a norma del presente articolo.”. Art. 14 co. 4 del CCII: “Le banche e gli altri intermediari finanziari di cui all’articolo 106 del testo unico bancario, nel momento in cui comunicano al cliente variazioni o revisioni o revoche degli affidamenti, ne danno notizia anche agli organi di controllo societari, se esistenti.”

16 P. BENIGNO, *Relazione al workshop del 27 gennaio 2020*, Centro Studi Borgogna - Milano.

17 Per un’analisi compiuta dell’evoluzione del pensiero su crescita aziendale, crisi e sviluppo dell’organizzazione si rinvia ad autori della seconda parte del secolo scorso, dai precursori BOULDIN, DOWNS, SOTT, LYDEN ai più recenti DOBBS, HAMILTON, RANTALA, PHELPS, ADAMS, HANKS, GRAY.

18 L. E. GREINER (1989), *Evolution and Revolution as Organizations Grow*, Readings in Strategic Management, Macmillan Education UK.

19 P. BENIGNO, *Relazione al workshop del 27 gennaio 2020*, Centro Studi Borgogna - Milano.

20 Il D.Lgs. 231/2001 nella sua originaria formulazione prevedeva gli artt. 24 e 25, reati contro la Pubblica Amministrazione. Oltre ai nuovi reati introdotti nel corso degli anni, i due articoli originari sono stati modificati ed integrati da successivi interventi del legislatore. Gli ultimi in ordine di tempo il “Decreto Spazzacorrotti” di inizio 2019, convertito in L. 3/2019, che ha introdotto il reato di traffico di influenze illecite (art. 346-bis c.p.) ed il D.Lgs. 75/2020 di luglio 2020 che ha introdotto la responsabilità degli enti con riferimento ai reati di frode nelle pubbliche forniture (art. 356 c.p.) e frode in agricoltura (art. 2, L. 898/1986), richiamati dal modificato art. 24, D.lgs. 231/2001, ora rubricato “*Indebita percezione di erogazioni, truffa in danno dello Stato, di un ente pubblico o dell’Unione europea o per il conseguimento di erogazioni pubbliche, frode informatica in danno dello Stato o di un ente pubblico e frode nelle pubbliche forniture*”. Sempre con riferimento ai reati contro la Pubblica Amministrazione, il D.lgs. 75/2020 è intervenuto sull’art. 25, inserendo i reati presupposto di peculato “semplice” (art. 314 c.p.), peculato “mediante l’errore altrui” (art. 316 c.p.) e abuso d’ufficio (art. 323 c.p.).

21 E. DI CARLO, *La carta costituzionale della comunità aziendale*, II Edizione, Novembre 2020.

22 Definizione di modello: oggetto atto a fornire un conveniente schema di punti di riferimento anche ai fini della riproduzione o dell’imitazione, talvolta dell’emulazione. Fonte: www.treccani.it

23 Definizione di assetto: sistemazione o disposizione coordinata allo svolgimento di una determinata operazione o al conseguimento di un certo effetto. Fonte: www.treccani.it

24 Cass. Pen., Sezione 3, 4 marzo 2020, N. 8785.

25 Procedimento giudiziario antecedente all’inserimento nel Decreto dell’art. 25-quinquiesdecies sui reati tributari di cui al D.L. 124 del 26 ottobre 2019 convertito in L. 157/2019 ed entrato in vigore il 25 dicembre 2019, ulteriormente ampliati a seguito dell’entrata in vigore il 30 luglio 2020 del D.Lgs. 75/2020.

26 V. SILVETTI, *Autoriciclaggio e i suoi effetti 231*, www.diritto.it, 2017.

27 Linee guida di Confindustria approvate il 7 marzo 2002 ed aggiornate a marzo 2014, ultima versione disponibile.

28 E. DI CARLO, *Strumenti e persone per diffondere la carta costituzionale aziendale*, I Edizione, Dicembre 2020.

29 L. PALMA, *Ruoli e responsabilità del sistema dei controlli interni nei modelli di amministrazione e controllo delle società*, ODCEC di Roma, Dicembre 2018

30 M. POLLIO, *Battuta di arresto alla responsabilità limitata: le conseguenze della mancata istituzione di assetti organizzativi, amministrativi e contabili*, Crisi Gestione Economico-Finanziaria e Rilancio dell’impresa, Anno 1 Numero 1, Novembre 2020.

31 A. MATTAVELLI, *Nuovo art. 2086 in vigore: analisi di pratica professionale sui processi organizzativi obbligatori*, Crisi Gestione Economico-Finanziaria e Rilancio dell’impresa, Anno 1 Numero 1, Novembre 2020.

32 E. PERUSIA C. SANTORIELLO, *Dal modello organizzativo agli adeguati assetti organizzativi richiesti dal Codice della crisi e dell’insolvenza, Il fallimentarista*, Novembre 2020.

33 Cass. Pen. del 9 dicembre 2016 n. 52316. «È ammissibile la responsabilità, ai sensi d.lgs. 231 del 2001, della società capogruppo per reati commessi nell’ambito dell’attività delle società da essa controllate a condizione che a) il soggetto che

agisce per conto della holding concorra con il soggetto che commette il reato per conto della persona giuridica controllata; b) possa ritenersi che la holding abbia ricevuto un concreto vantaggio o perseguito un effettivo interesse a mezzo del reato commesso nell'ambito dell'attività svolta da altra società.»

34 L'art. 5 del Decreto prevede due requisiti ai fini dell'imputabilità dell'ente:

soggettivo: amministratori, apicali o loro collaboratori diretti abbiano commesso uno o più reati rientranti nel cosiddetto catalogo 231 (reati presupposto);

oggettivo: il reato sia commesso nell'interesse o a vantaggio della società (anche non esclusivo).

35 A. LOLLI E M.G. PAOLUCCI, *L'adeguatezza degli assetti nel codice della crisi dell'impresa*, www.ilcaso.it, aprile 2020.

36 G. BONGIORNO, *Il nuovo Codice della crisi d'impresa e la modifica dell'art. 2086 c.c.: obbligatorietà dei Modelli Organizzativi 231?* www.diritto.it, 2019.

37 E. PERUSIA C. SANTORIELLO, *Dal modello organizzativo agli adeguati assetti organizzativi richiesti dal Codice della crisi e dell'insolvenza*, Il fallimentarista, Novembre 2020.

38 Trib. di Milano, sentenza n. 1774/2008: "l'agire in conformità alla legge è sottratto alla discrezionalità dell'imprenditore ed il rischio di non conformità non può rientrare tra i rischi accettabili da parte degli amministratori".

39 R. BORSARI, *Tra Codice della crisi d'impresa e il decreto 231 un circolo virtuoso che spinge all'auto-organizzazione*, Professionisti 4.0 - Il Sole 24 Ore, 2019.

40 E. PERUSIA C. SANTORIELLO, *Dal modello organizzativo agli adeguati assetti organizzativi richiesti dal Codice della crisi e dell'insolvenza*, Il fallimentarista, Novembre 2020.

41 Cass. Pen. Sez. Pen., 24 novembre 2020, n. 32901.

42 P. BRACCIONI, *Prevenzione dei reati tributari e crisi d'impresa*, Diritto 24 Il Sole 24 Ore, 16 gennaio 2020.

43 M. POLLIO, *Aggiornamento tra pandemia, codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Atti del Convegno Fallimentare, ODCEC di Treviso, 23 ottobre 2020.

44 L'art. 9 prevede le sanzioni a carico della società condannata:

le sanzioni pecuniarie descritte negli articoli dal 10 al 12;

le sanzioni interdittive di cui agli articoli dal 13 al 17:

Interdizione esercizio attività

Sospensione/revoca autorizzazioni, licenze, concessioni

Divieto di contrattare con la pubblica amministrazione

Esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e revoca di quelli concessi

la confisca dell'illecito profitto ex art. 19

la pubblicazione della sentenza ex art. 18

45 R. DE LUCA, *Il D.Lgs. 231/2001 al bivio del vent'anni: è tempo di riflessioni*, www.studiordl.it, luglio 2020

46 La L. n. 179/2017 "Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato" ha previsto l'integrazione nel Decreto di misure volte a tutelare la riservatezza del segnalante, inibire atti di ritorsione o discriminatori, diretti o indiretti, nei confronti del segnalante per motivi collegati alla segnalazione, prevedere sanzioni nei confronti di chi viola le misure di tutela del segnalante, nonché di chi effettua con dolo o colpa segnalazioni che si rivelano infondate e diffamanti.

47 Organismo di Composizione della Crisi d'Impresa disciplinato dal Capo II del Titolo II del CCII.

48 CNDCEC, *Indici di allerta previsti dal Codice della crisi e dell'insolvenza* (co. 2 dell'art. 13 del D.Lgs. 14/2019 sottoposti ad approvazione del M.I.S.E.), ottobre 2019.

49 Il CNDCEC è stato incaricato di elaborare, per ogni tipologia di attività, indici standard, da cui viene presunta la crisi d'impresa. Il singolo imprenditore può, però, in forza dell'art. 13 comma 3 del Codice della Crisi, discostarsi da tali indicatori *standard*, definendo – con l'apporto di un professionista indipendente – indici della crisi personalizzati, calibrati sulle specifiche caratteristiche della propria impresa.

50 P. TETTAMANZI, *Strumenti e limiti della rilevazione tecnica della crisi d'impresa*, Atti del Convegno AODV231 - 3 dicembre 2020.

51 N. LORENZINI, *Codice della crisi d'impresa: riflessioni e prospettive*, Risk & Compliance Platform Europe, 20 settembre 2019.

52 D. VIRGILITTO, *Crisi d'impresa: indicatori e indici dell'allerta alla base delle scelte strategiche aziendali*, IPSOA, 21 ottobre 2020.

53 A. LOLLI E M.G. PAOLUCCI, *L'adeguatezza degli assetti nel codice della crisi dell'impresa*, www.ilcaso.it, aprile 2020.

54 FONDAZIONE TELOS, Centro Studi dell'Ordine dei Commercialisti e degli Esperti Contabili di Roma, *L'indipendenza e la responsabilità del revisore*, 2016.

55 L. DE ANGELIS, *Dal Consiglio nazionale dei dottori commercialisti sì alle norme per i collegi sindacali*, Italia Oggi, 20 dicembre 2020.

56 Cfr. Borsa Italiana, Codice di Autodisciplina di luglio 2018 e Banca d'Italia Circolare del 17 dicembre 2013 n. 285.

- 57 AODV231, *Position Paper del 23 marzo 2013*, Milano.
- 58 G. FURNARI e B. GIUFFRÈ, *L'importanza dell'organismo di vigilanza*, AODV231, 11 gennaio 2021.
- 59 A tale tesi, sembrerebbe aderire per deduzione anche il CNDCEC che nella bozza in pubblica consultazione dei "Principi di comportamento del Collegio sindacale di società non quotate" aveva inserito nella norma 5.5 "Rapporti con l'organismo di vigilanza" la locuzione "*La funzione dell'organismo di vigilanza può essere affidata al Collegio Sindacale.*", non più presente nella versione finale del documento del 18 dicembre 2020 che si applicherà a far data dal 1° gennaio 2021.
- 60 M. IRRERA, *La business judgement rule e gli adeguati assetti*, Società e Contratti. Bilancio e Revisione, Giugno 2020.
- 61 E. LUNGARO e C. PAPA, *La sfida del controllo sostenibile ed efficace – Il ruolo strategico della compliance*, Risk & Compliance Platform Europe, 16 febbraio 2020.
- 62 E. PERUSIA C. SANTORIELLO, *Dal modello organizzativo agli adeguati assetti organizzativi richiesti dal Codice della crisi e dell'insolvenza*, Il fallimentarista, Novembre 2020.
- 63 D. MONCALVO, *Il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza – Le procedure di allerta e composizione della crisi ed i possibili effetti in termini di compliance 231*, www.aodv231.it, 27 maggio 2019.
- 64 Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), *Linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e dagli enti economici*, 15 aprile 2015 - 8 novembre 2017.
- 65 M. GRASSI, *Codice della crisi e dell'insolvenza e nuovi assetti organizzativi, amministrativi e contabili*, www.4clegal.com Opinioni, 19 dicembre 2019
- 66 La pandemia da virus COVID-19 è esempio purtroppo drammaticamente attuale di un contesto estremo che gran parte delle imprese, anche le più attrezzate ed organizzate, non aveva previsto. Aziende, anche tecnologicamente avanzate, si sono trovate di fronte alla difficoltà di attivare velocemente ed in modo massivo il lavoro agile per i segmenti di lavoratori idonei, a causa non solo di limiti strutturali e tecnologici ma anche di assenza di piani di *business continuity* connessi al rischio biologico.
- 67 M. IRRERA, *La business judgement rule e gli adeguati assetti*, Società e Contratti. Bilancio e Revisione, Giugno 2020.
- 68 S. LOCORATOLO, *Gli adeguati assetti organizzativi pesano sulle scelte gestionali*, Il Sole 24 Ore, 2019.
- 69 In tema di adeguatezza degli assetti e sul rapporto tra consiglio di amministrazione, amministratore con delega e direttore generale si rinvia all'articolo di A. LOLLI e M.G. PAOLUCCI, *L'adeguatezza degli assetti nel codice della crisi dell'impresa*, www.ilcaso.it, aprile 2020.
- 70 M. MORETTI P. SILVESTRI G. BELFIORE, *Covid-19 e adeguati assetti organizzativi a presidio della crisi d'impresa*, IPSO, maggio 2020.
- 71 NED COMMUNITY, *Reflection Group "Governance delle PMI*, www.nedcommunity.com, Aprile 2020.
- 72 A. LOLLI e M.G. PAOLUCCI, *L'adeguatezza degli assetti nel codice della crisi dell'impresa*, www.ilcaso.it, aprile 2020.
-

 **GIURISPRUDENZA PENALE**