

IL MODELLO DI ORGANIZZAZIONE E GESTIONE E I NUOVI ONERI NELLA PREVENZIONE DELLA CRISI D'IMPRESA

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

Citando il celebre libro L'arte della guerra di Sun Zun, certamente calzante è il passo nel quale si legge "se conosci il nemico e te stesso, la tua vittoria è sicura. Se conosci te stesso ma non il nemico, le tue probabilità di vincere e perdere sono uguali. Se non conosci il nemico e nemmeno te stesso, soccomberai in ogni battaglia". Lo stesso accade nell'organizzazione d'impresa. Il rischio è il nemico; lo si può gestire evitandolo, trasformandolo (naturalisticamente o giuridicamente), accettandolo, mitigandolo o eliminandolo.

Il rischio va studiato attentamente, come si fa con i nemici più temibili, poiché solo la consapevolezza circa la potenziale verificabilità di un evento permette di superarne indenni la concretizzazione. Il rischio, una volta identificato, deve essere sottoposto a valutazione/misurazione e catalogato secondo indici di probabilità – possibilità di verifica dell'evento indesiderato – e di impatto. Rientra tra le attività di controllo qualunque azione in grado di evitare, trasferire, mitigare o eliminare il rischio, agendo sul fronte della probabilità o su quello dell'impatto. A che prezzo l'impresa può decidere di ignorare il suo nemico? Lo studio dei rapporti tra gestione dell'impresa e verifica del rischio reato, come disciplinato dal D.lgs. n. 8 giugno 2001, n. 231 a vent'anni dalla caduta del brocardo *societas delinquere non potest*, ci ha insegnato che in realtà, è possibile muovere un vero e proprio rimprovero nei confronti dell'impresa che abbia passivamente accettato la possibilità di verifica di comportamenti criminali da parte di un soggetto, apicale o sottoposto, inserito nell'organigramma aziendale. La disciplina del processo *de societate* ha inserito nel tessuto normativo la responsabilità dell'ente per i reati commessi dai soggetti incardinati nella struttura produttiva, nell'interesse o a vantaggio della persona giuridica; a tale componente oggettiva si affianca la c.d. "colpa di organizzazione", elemento di riferibilità soggettiva della fattispecie complessa di cui l'ente è chiamato a rispondere. Tuttavia, la semplice commissione del reato (presupposto dell'incolpazione dell'ente) non basta; infatti, il reato commesso dovrà rappresentare la manifestazione di una politica aziendale volta all'illiceità o, quantomeno, derivare da una noncuranza colposa dell'impresa.

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

Come osservato nella Relazione governativa al D.lgs. n. 231/20014, l'attribuzione della responsabilità secondo criteri ispirati al *versari in re illicita* produce spesso un effetto contrario a quello sperato e, anzi, si traduce in un disincentivo all'osservanza di cautele doverose; è come se l'impresa si rassegnasse alla verifica/concretizzazione del rischio – qualunque esso sia – e lo accettasse passivamente considerandolo un costo necessario dell'impresa, un rischio non evitabile ma solo preventivabile a livello economico come costo di bilancio. Invece, collegare la responsabilità dell'ente alla mancata osservanza di un dovere, di uno *standard* comportamentale, significa motivare l'impresa alla loro osservanza.

Quello imposto alla persona giuridica non è un generico dovere di vigilanza e controllo; piuttosto si è preferito riempire tale dovere di specifici contenuti: a tale scopo un modello assai utile è stato fornito dal sistema dei *compliance programs* da tempo funzionante negli Stati Uniti. Il legislatore del 2001 risponde al rischio-reato suggerendo all'impresa un comportamento proattivo: la predisposizione ed efficace attuazione di un adeguato modello organizzativo, calibrato rispetto all'attività sociale dell'ente e ai rischi di illecito penale a essa prevedibilmente connessi, può incidere con efficacia esimente sulla sussistenza della responsabilità dell'impresa. Per vero, il rischio-reato è solo uno dei possibili ostacoli che l'impresa può trovarsi ad affrontare. Infatti, a questo si accompagnano il rischio di mercato, i rischi ambientali, i rischi reputazionali, i rischi organizzativi da incapacità manageriale, i rischi operativi e finanziari. La Riforma Rordorf, attuata attraverso il D.lgs. 12 gennaio 2019, n. 196, ha introdotto nel nostro ordinamento il *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*. Il testo, oltre a riformare la precedente disciplina sulle procedure concorsuali, sembra imporre un cambiamento culturale nella gestione dell'impresa ispirato al risanamento, alla conservazione del patrimonio aziendale e alla gestione anticipata del rischio. Tale fenomeno di discontinuità patologica nella vita dell'impresa se individuata tempestivamente può essere convenientemente affrontata. Una indicazione in tal senso si è avuta anche grazie all'influenza del legislatore europeo. Infatti, il 26 giugno 2019 è stata pubblicata nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea la direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio, riguardante i «*quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, nonché le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione*», adottata all'esito dei negoziati intercorsi sulla originaria Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio (COM(2016) 723) riguardante i «*quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità e misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza e liberazione dai debiti, e che modifica la direttiva 2012/30/UE*».

Come si legge nella Relazione di accompagnamento alla proposta, la direttiva mira soprattutto a consolidare in tutta Europa la cultura del salvataggio delle strutture produttive; infatti, «*le norme sulla ristrutturazione delle imprese e sui diritti degli azionisti contribuiranno principalmente alla "prevenzione", quelle sulle azioni revocatorie, sugli amministratori delle procedure di insolvenza e sulle autorità giudiziarie o amministrative al "recupero del valore" e quelle sulla seconda opportunità alla "liberazione dai debiti". Oltre ai vantaggi economici, si avranno anche ripercussioni sociali positive. Le norme in materia d'insolvenza riguardano una vasta gamma di misure: l'intervento anticipato prima che l'impresa versi in gravi difficoltà la ristrutturazione precoce per preservare le parti di attività economicamente sostenibili, la liquidazione dell'attivo se l'impresa non può essere salvata in altro modo, fino alla possibilità per l'imprenditore onesto di ottenere una seconda opportunità attraverso la liberazione dai debiti*». La Riforma Rordorf, ponendosi in linea di continuità, mette l'accento sui concetti di prevenzione e controllo finalisticamente orientati alla tempestiva rilevazione della crisi; nel far ciò, impone all'impresa di dotarsi di sistema di allerta della crisi e di assetti organizzativi idonei a prevenire la concretizzazione del rischio-dissesto, da consentire una tempestiva ristrutturazione della crisi e della momentanea difficoltà finanziaria. L'idea classica dell'impresa "sulla via del fallimento", intesa come grave danno per l'economia e come tale da estromettere immediatamente dal sistema, cede il passo a una rimeditata idea di recupero. La connotazione proattiva, volta al recupero e alla composizione della crisi, si manifesta anche nel cambio terminologico realizzato dal decreto; infatti, il termine «*fallimento*» viene sostituito con il termine «*liquidazione giudiziale*».

Altra rilevante novità è l'aver correlato il concetto di insolvenza ad una visione futura della gestione finanziaria; infatti, l'attenzione si sposta dalla figura di capitale sociale come "garanzia per i creditori" verso una valutazione del capitale come "garanzia per la sostenibilità del debito" finalizzata alla continuità aziendale. Puntando alla gestione anticipata del rischio, l'imprenditore dovrà dotarsi di adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili e monitorare le situazioni borderline attraverso la predisposizione di strumenti di allerta (con obbligo di segnalazione degli indizi e dei "sintomi" della crisi). Gli adeguati «*assetti organizzativi*» e gli «*obblighi di segnalazione*» creano gli strumenti di allerta. Questi ultimi, per operare in modo efficiente, devono essere calati nella realtà aziendale; a tal fine soccorrono gli indicatori della crisi di cui all'art. 13 del C.C.I.I. che, riferendosi a

condizioni di equilibrio quantitativo, sottendono degli «squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore, tenuto conto della data di costituzione e di inizio dell'attività, rilevabili attraverso appositi indici che diano evidenza della non sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi e dell'assenza di prospettive di continuità aziendale per l'esercizio in corso o, quando la durata residua dell'esercizio al momento della valutazione è inferiore a sei mesi, nei sei mesi successivi». A questi fini rilevano inoltre gli indici che misurano la sostenibilità degli oneri dell'indebitamento con i flussi di cassa che l'impresa è in grado di generare e l'adeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi, oltre che reiterati e significativi ritardi nei pagamenti.

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

L'organizzazione *ante factum* – come accade per i Modelli organizzativi "231" nella prevenzione della responsabilità amministrativa dipendente da reato – permette di monitorare il coefficiente di probabilità di crisi, valutarne le cause e attuare un programma di recupero. Il codice della crisi tende a privilegiare le procedure che garantiscono la continuità aziendale, in luogo di quelle liquidatorie, in quanto il legislatore si sta orientando verso una normativizzazione delle *best practices* nel presupposto che una buona organizzazione abbia anche la finalità di condurre l'impresa al miglior risultato prevenendo allo stesso tempo condotte o comportamenti anomali e/o illeciti. Il D.lgs. n.14/19 impone all'imprenditore una modalità comportamentale volta ad anticipare, prevenire e contenere le conseguenze dannose del possibile stato di insolvenza dell'azienda. La massima espressione della scelta operata dal nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza si rinviene nell'art. 375 del decreto rubricato *Assetti organizzativi dell'impresa*; la disposizione modifica la rubrica dell'articolo 2086 c.c. – oggi *Gestione dell'impresa* – e aggiunge un nuovo comma che, testualmente, dispone «l'imprenditore, che opera in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi di impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale».

Si impone un adeguamento della gestione dell'impresa ispirata ai principi di prevenzione e precauzione; si suggerisce un atteggiamento proattivo nei confronti degli eventi dannosi per la continuità aziendale. Alle medesime logiche si ispirano le disposizioni di cui agli articoli 3 e 14 del D.lgs. n. 14/19. L'articolo 3, rubricato *Obblighi dei soggetti che partecipano alla regolazione della crisi e dell'insolvenza*, precisa che imprenditore collettivo deve adottare un assetto organizzativo adeguato ai sensi dell'art. 2086 c.c. ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative; in senso speculare, l'art. 14, *Obbligo di segnalazione degli organi di controllo societari*, pone a carico degli organi di controllo societario ovvero dei revisori contabili nell'ambito delle proprie funzioni, «l'obbligo di verificare che l'organo amministrativo valuti costantemente, assumendo le conseguenti idonee iniziative, se l'assetto organizzativo dell'impresa è adeguato, se sussiste l'equilibrio economico finanziario e quale è il prevedibile andamento della gestione, nonché di segnalare immediatamente allo stesso organo amministrativo l'esistenza di fondati indizi della crisi». La lettura congiunta delle disposizioni di cui agli artt. 3 e 14 del C.C.I.I. e dell'art. 2086, comma 2 c.c., come

novellato dalla riforma, consente di affermare che la gestione preventiva della crisi di impresa le declinazioni comportamentali che ne conseguono, rappresentano un obbligo trasversale che coinvolge sia l'organo amministrativo che l'organo di controllo. L'evento crisi e il rischio dissesto rappresentano un rischio non trascurabile (neppure colposamente) dall'imprenditore.

Come premesso, una delle principali novità introdotte dal D.lgs. n. 14/2019 è rappresentata dalla introduzione del principio di gestione integrata dei rischi aziendali, plasmata secondo linee organizzative di carattere amministrativo e contabile. L'articolo 375 del C.C.I.I. segna una forte svolta ideologica nella conduzione dell'impresa; il legislatore sembra propendere per una gestione consapevole che tenga conto delle peculiarità del complesso aziendale, delle dimensioni, del settore produttivo all'interno del quale l'impresa opera, delle competenze disponibili e, non da ultimo, delle disponibilità economiche che si possono investire nella *compliance*.

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

Il comma aggiunto pone a carico dell'imprenditore, che opera in forma societaria o collettiva, il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale. Entrambe le disposizioni presentano una matrice prevenzionistica fondata sulla diagnosi tempestiva dei rischi e sulle successive attività di correzione. Nell'anticipare gli aspetti di novità introdotti dal codice della crisi d'impresa si è posto l'accento sull'innovatività del contenuto dell'articolo 375 C.C.I.I. In realtà, a ben vedere, si tratta di locuzioni non sconosciute al Codice civile e, più in generale, all'ordinamento giuridico italiano. Il concetto di assetto organizzativo, già richiamato negli artt. 2381 e 2403 c.c., riceve il suo "battesimo del fuoco" nella materia della responsabilità amministrativa degli enti dipendente da reato. Invero, si è parlato per la prima volta di assetto organizzativo in relazione ai modelli organizzativi disciplinati nel D.lgs. n. 231/2001. Successivamente, con la riforma del diritto societario del 2003, l'assetto organizzativo ha trovato applicazione nell'ambito della gestione dell'attività di impresa come fulcro dell'attività degli organi sociali di amministrazione e controllo. In virtù del principio della corretta amministrazione viene introdotto l'obbligo di dotare l'impresa di assetti organizzativi adeguati; ne discende che gli amministratori sono tenuti a rispettare le disposizioni di legge, le clausole degli statuti e i principi generali di correttezza gestoria. Così procedendo, le *best practices* aziendali e le regole di *risk governance* si inseriscono nella cultura aziendalistica italiana quali canoni per valutare la capacità decisionale, strategica e operativa dell'azienda; non a caso «*quello di programmazione e controllo non è altro che uno dei cosiddetti sistemi operativi aziendali che, assieme al sistema informativo, al sistema di gestione del personale e al sistema di gestione dei rischi (o di risk management), contribuisce al buon funzionamento dell'organizzazione di un'impresa*». Il controllo di gestione rende la conduzione dell'impresa più consapevole; tuttavia, nonostante non esista un mezzo universalmente valido per tutte le strutture produttive, uno strumento risolutivo potrebbe essere quello del *risk management*, da intendersi come l'insieme di risorse (umane, tecniche e procedurali) tese a pronosticare, ricercare, individuare, valutare, controllare e attenuare il rischio d'impresa nelle sue molteplici manifestazioni.

Avremo quindi una serie di azioni in sequenza, attinte dalla medesima finalizzazione. La forza dello strumento risiede proprio nella correlazione tra rischio d'impresa e crisi; difatti se con il primo si può intendere la possibilità che l'azienda, in relazione al verificarsi di circostanze connesse alla propria attività, possa subire un danno, appare evidente che il concretizzarsi del rischio sotto forma di danno (economico e/o finanziario) possa innescare una serie di reazioni a catena che potrebbero sfociare in uno stato di declino prima e di crisi poi.

Gestire in modo adeguato i rischi può ridurre la probabilità di incorrere in circostanze negative preludio di uno stato patologico; affrontare il rischio significa mettere l'azienda nelle condizioni di superare l'evento o, quantomeno, di limitarne gli effetti nocivi attraverso la predisposizione di contromisure. In un'ottica di gestione anticipata del rischio, con un approccio analogo alla disciplina del "sistema 231", si impone all'organo amministrativo delegato di definire un assetto organizzativo, di valutare l'andamento aziendale secondo un approccio prognostico, di scandagliare i documenti contabili al fine di verificare l'equilibrio finanziario e la sostenibilità del debito.

A tale ruolo attivo dell'organo amministrativo si affianca la speculare attività dell'organo di controllo, cui spetta la vigilanza sulle attività. L'art. 14, comma 1, D.lgs. n. 14/19 prevede infatti che «*Gli organi di controllo societari, il revisore contabile e la società di revisione, ciascuno nell'ambito delle proprie funzioni, hanno l'obbligo di verificare che l'organo amministrativo valuti costantemente, assumendo le conseguenti idonee iniziative, se l'assetto organizzativo dell'impresa è adeguato, se sussiste l'equilibrio economico finanziario e quale è il prevedibile andamento della gestione, nonché di segnalare immediatamente allo stesso organo amministrativo l'esistenza di fondati indizi della crisi*». Come meglio si vedrà nella parte dedicata alle similitudini fra l'assetto organizzativo per la rilevazione della crisi e i modelli organizzativi per la prevenzione dei reati, la gestione anticipata del rischio è possibile solo se l'azienda si mostri in grado di gestire in modo efficiente i flussi informativi.

Come l'OdV è chiamato a vigilare e monitorare sul rispetto delle disposizioni contenute nel MOG (facendo da tramite tra gli organi di vertice e i dipendenti), allo stesso modo, si potrà garantire una tempestiva individuazione della crisi solo se l'azienda riesce a garantire un adeguato flusso informativo tra la direzione aziendale, nella persona del titolare del potere di gestione e gli organi di controllo e revisione. Si passa quindi da una accezione tradizionale di controlli *ex post* con riflessi eventualmente punitivi, a un'idea di controllo preventivo dell'attività imprenditoriale con risvolti eventualmente premiali. Il modello organizzativo costituisce la vera architrave del sistema di responsabilità dell'impresa, quale meccanismo che consente anche di riempire di contenuti l'evanescente concetto di colpa di organizzazione. All'art. 5 del D. lgs. n. 231/2001, sotto la rubrica "responsabilità dell'ente" sono disciplinati quelli che, secondo un parallelismo con la struttura del reato della persona fisica, sono i criteri di imputazione sul piano oggettivo dell'illecito della società. Alla componente oggettiva, dove l'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio, si affianca quella soggettiva: è necessario che il fatto sia rimproverabile e l'illecito sia soggettivamente attribuibile all'organizzazione aziendale. Si deduce che, per configurare la responsabilità amministrativa dell'impresa la sola commissione del reato presupposto non è sufficiente; l'impresa è incolpata per una responsabilità diretta, non subordinata ad alcuna condizione sospensiva, non sussidiaria o alternativa a quella della persona fisica autrice del reato presupposto. La responsabilità dell'ente non dipende *tout court* e non si esaurisce nella commissione del reato presupposto. L'illecito, piuttosto, si presenta come una fattispecie complessa che include il rimprovero per l'indifferenza o il disinteresse manifestato dall'azienda in relazione alle tematiche della responsabilizzazione e dell'adozione di contromisure interne al crimine. L'illecito dell'impresa include, di certo, la colpa di organizzazione; dunque, la contestazione che si potrà muovere nei suoi confronti dovrà enunciare, in forma chiara e precisa, le forme di manifestazione della colpa concretamente attribuibile all'impresa, i contenuti del modello di gestione adottato, l'eventuale richiamo alla sua inidoneità a prevenire delitti del tipo di quelli posti in essere o, ancora, i possibili comportamenti alternativi leciti esigibili. Gli articoli 6 e 7 del decreto differenziano poi i criteri soggettivi di imputazione dei reati presupposto a seconda che gli stessi siano stati posti in essere dai soggetti apicali o dei soggetti sottoposti all'altrui direzione. Ne deduciamo che la responsabilità dell'impresa si fonda su una fattispecie ascrittiva a struttura complessa che si profila nel combinato disposto degli artt. 5, 6, e 7, D.lgs. 231/2001. Analizziamo nel dettaglio i singoli elementi costitutivi.

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

In ossequio al principio di legalità l'impresa non potrà essere ritenuta responsabile per un fatto costituente reato se la responsabilità amministrativa non sono espressamente previste da una legge entrata in vigore prima della commissione del reato presupposto. La punibilità delle imprese, nel sistema disegnato dal D.lgs. n. 231/2001, non è indifferenziatamente connessa alla realizzazione di qualsiasi illecito penale, ma è circoscritta ai c.d. reati-presupposto, cioè a quel *numerus clausus* di ipotesi criminose, elencate nel Capo I, Sezione III del decreto che la legge specificamente ascrive, appunto, alla loro responsabilità. Gli illeciti penali delle imprese si caratterizzano pertanto per essere "doppiamente tipici": in primo luogo, in quanto previsti dalla legge come reati delle persone fisiche e, in secondo luogo, in quanto specificamente ascritti *ex lege* al catalogo dei reati-presupposto delle persone giuridiche. Al reato presupposto commesso dalla persona fisica, apicale o sottoposto, si affianca la condotta tipica riconducibile all'impresa. L'ente, non osservando il dovere di auto-organizzarsi, contribuisce alla realizzazione del reato presupposto, attraverso una condotta aziendalistica progettualmente non curante. La società che consapevolmente rinuncia all'organizzazione, di fatto rinuncia a una adeguata gestione del rischio, nucleo del disvalore dell'illecito. Il reato presupposto realizzato dalla persona fisica (che tendenzialmente consegue alla sopracitata condizione di disorganizzazione) deve essere causalmente connesso alla condotta illecita dell'impresa.

La condotta doverosa, se conforme ai modelli virtuosi di organizzazione aziendale, si ritiene possa evitare, o quantomeno rendere più ostica, la realizzazione del reato presupposto. Per vero, la disorganizzazione aziendale non è una condizione sufficiente per imputare l'illecito all'impresa. Infatti, dovranno altresì ricorrere, in concreto, i criteri oggettivi e soggettivi di ascrivibilità della responsabilità; si tratta di elementi necessari a riempire di contenuto il nesso causale che lega il reato della persona fisica all'illecito della persona giuridica. Individuati i soggetti legittimati ad agire in nome dell'ente, dal punto di vista oggettivo ne impegnano la responsabilità i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio. Il modello imputativo non è unitario ma si articola a seconda delle categorie soggettive di appartenenza delle persone fisiche autrici del reato-presupposto. Dirimente sarà il legame funzionale che l'ente l'autore materiale della fattispecie di reato con la struttura organizzativa della società. I criteri di imputazione soggettiva sono tipizzati negli artt. 6 e 7 del decreto che, di fatto, diversificano due macrocategorie di illeciti: gli illeciti espressivi della politica d'impresa e di illeciti che costituiscono il risultato della carenza di organizzazione dell'ente che si manifesta in carenza di controlli da parte degli apici o in generale nella disorganizzazione aziendale. Si prevede inoltre, all'art.8, che l'autore del reato possa rimanere ignoto. La *ratio* è chiara: in aderenza con l'assunto secondo il quale il reato non basta, si richiede un *quid pluris*, e cioè un comportamento, anche tacito (come è la c.d. politica d'impresa) che dall'interno legittimi, per il singolo reato o per una serie definita di reati, l'azione penalmente illecita della persona-organo che la pone materialmente in essere. La mancata adozione dei modelli organizzativi, in presenza dei presupposti oggettivi e soggettivi indicati dal decreto, appare sintomatico a fondare quella rimproverabilità che dà vita a una forma nuova di colpevolezza per omissione organizzativa e gestionale. La colpa di organizzazione corrisponde a un indice di riferibilità soggettiva dell'illecito, latamente riconducibile all'elemento soggettivo della fattispecie criminosa di cui risponde la persona fisica; attraverso la colpa di organizzazione l'ente, componente inanimata, acquista una connotazione soggettivizzata. Il legislatore ha quindi maturato la fondata convinzione della necessità che qualsiasi complesso organizzativo adotti dei modelli gestionali idonei a prevenire la commissione dei reati. L'adozione dei Mog resta una incoercibile scelta positiva dell'ente ma, ove sussistano situazioni di rischio, non c'è dubbio che sia necessario agire tempestivamente. Il criterio di attribuzione della responsabilità nei confronti dell'impresa, proprio perché ontologicamente connesso all'organizzazione, è stato normativamente costruito su base colposa. Il legislatore, infatti, non ha distinto tra un'ascrizione dolosa e colposa, stante l'insussistenza, in capo alle persone giuridiche, di quelle connotazioni psicologiche in cui risiede la ragione dell'irriducibilità *ad unum* delle diverse forme di colpevolezza nelle persone fisiche; così, si è optato per una distinzione fondata solo sull'autore materiale del reato, distinzione che si riverbererà sul contenuto della prova liberatoria a carico dell'ente. L'art. 6, per l'ipotesi di reato commesso da un soggetto in posizione apicale, prevede che

l'ente possa fornire la prova liberatoria e andare esente da responsabilità dimostrando di aver assunto le misure (organizzative, gestorie e di vigilanza) necessarie a impedire la commissione di reati della specie di quello in concreto consumatosi e che, ciononostante i c.d. "amministratori infedeli" hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e gestione. Tali misure sono contenute all'interno di modelli organizzativi d'impresa, veri e propri anticorpi del sistema aziendale. L'ente dovrà dimostrare di aver adottato, ed efficacemente attuato, prima della commissione del reato dei *compliance programs* idonei e periodicamente aggiornati, oltre che sottoposti a vigilanza costante, effettiva e adeguata da parte di organismi indipendenti dotati di autonomia gestoria e di spesa. L'adozione dei modelli organizzativi da parte delle aziende italiane ha rappresentato una innovazione di portata dirompenente.

17 marzo 2021

A cura di Avv. Bruna Capparelli

prorevi auditing s.r.l.