

Rischio (penale) d'impresa e sistemi di controllo

Enterprise (criminal) risk and monitoring systems

Maurizio Riverditi *

ABSTRACT

Il contributo analizza il ruolo dei sistemi di controllo interno al fine di verificare l'adeguatezza degli assetti previsti dall'art. 2086 c.c., esaminandone le ricadute sull'individuazione delle responsabilità degli amministratori e dei sindaci derivanti dalla posizione di garanzia (art. 40, cpv., c.p.) dagli stessi ricoperta nell'ambito della società.

PAROLE CHIAVE: rischio d'impresa – sistemi di controllo – adeguati assetti.

The contribution analyses the role of the internal control systems in order to ensure the adequacy of the arrangements in accordance with Article 2086 of the Italian Civil Code, examining its consequences on the identification of the responsibilities of directors and mayors deriving from the position of guarantee (art. 40, cpv., c.p.) covered by them within the company.

KEYWORDS: enterprise risk – monitoring systems – appropriate arrangements.

* Professore Associato di diritto penale presso l'Università di Torino.

SOMMARIO:

1. L'immane presenza dei fattori di rischio. – 2. Ruolo e limiti dei controlli esterni. – 3. Sistema di controllo interno e gestione dell'impresa: quali rapporti? – 4. Il sistema di controllo interno nella prospettiva del *risk-based thinking*. – 4.1. I sistemi di controllo interno quali strumenti di (corretta) gestione dell'impresa. – 5. Il ruolo dei controlli interni nella dinamica della responsabilità. – 6. Scenari evolutivi e spunti per una ricerca.

1. L'immane presenza dei fattori di rischio

L'emergenza sanitaria, oltre a mettere in evidenza l'intrinseca fragilità delle apparenti certezze a cui eravamo affezionati, ha esaltato un aspetto della realtà che non possiamo dimenticare: viviamo in una società in cui la dimensione del rischio è onnipresente e pervade ogni ambito della nostra esistenza.

Pur essendone intimamente consapevoli, l'abitudine a convivere con una condizione di costante precarietà, gestita con il supporto del progresso tecnologico, ci ha portato a sottovalutarne gli aspetti più insidiosi, nascosti nelle pieghe dell'organizzazione quotidiana. Per rendersene conto, è sufficiente pensare a quanti incidenti stradali sono dovuti all'abitudine alla guida e alla sottovalutazione dei pericoli per la fiducia illimitatamente riposta nelle nostre capacità e, soprattutto, nei sistemi di sicurezza di cui sono dotate le nostre autovetture.

L'emergenza Covid e, ancor prima, le tragedie che hanno richiamato l'attenzione sulla fragilità delle infrastrutture del nostro Paese ci costringono, tuttavia, a ripensare, con rinnovato e disincantato interesse, alla necessità di monitorare i fattori di debolezza che pervadono la rete economico-sociale del nostro tempo.

La dimensione del rischio, infatti, solitamente percepita maggiormente là dove le conseguenze degli eventi dannosi che si possono manifestare sono più terrificanti, lambisce tutte quelle situazioni in cui ci si confronta con variabili che sfuggono al controllo di chi è chiamato a presidiarne i risultati.

L'attività imprenditoriale ne è uno degli esempi più evidenti: dalla prevenzione degli infortuni sul lavoro alla pianificazione delle linee di sviluppo di un settore commerciale; dalla predisposizione di idonee cautele per la tutela ambientale alla gestione del rischio-reato secondo le scadenze del d.lgs. n. 231/2001, l'elemento costante è costituito dall'impossibilità di eliminare l'incertezza che caratterizza il contesto operativo di riferimento e che contraddistingue il c.d. rischio d'impresa.

Questa consapevolezza, peraltro, non solo non è di per sé risolutiva, ma,

anzi, fintanto che non si trasforma in elemento propulsivo per la predisposizione di regole cautelari ad essa coerenti, può costituire il primo punto di ancoraggio del rimprovero in caso di verificazione di quegli eventi lesivi che siano la concretizzazione del pericolo oggetto di rappresentazione, secondo il paradigma tipico della responsabilità penale colposa¹.

2. Ruolo e limiti dei controlli esterni

Per questa ragione, considerata l'importanza degli interessi affidati alla cura dell'imprenditore, sono proliferati i controlli esterni sui coefficienti di adeguatezza delle soluzioni organizzative adottate per fronteggiare l'imponderabilità delle varie forme di emersione del rischio d'impresa. Su questo terreno, infatti, si confrontano sindaci, revisori contabili, componenti dell'organismo di vigilanza *ex d.lgs. n. 231/2001* e le Autorità di Vigilanza di volta in volta competenti.

L'intento preventivo in tal modo perseguito dal legislatore è chiaro e, di per sé, condivisibile: attivare un presidio autonomo da chi ha la responsabilità del processo decisionale per verificare che questo sia sempre coerente (non solo con il fine dell'impresa, ma anche) con l'esigenza di governare i fattori di rischio con cui deve confrontarsi.

Tuttavia, pur riconoscendo l'importanza dell'apporto degli organi di controllo nel contribuire, in modo propulsivo, all'innescò di un dinamismo virtuoso per la creazione ed il mantenimento di un elevato *standard* di rispetto della legge e delle *best practices* operative, semplici considerazioni di buon senso (prim'ancora che di corretta tecnica aziendalistica) ne evidenziano l'intrinseca insufficienza rispetto alla portata del risultato perseguito. Sta nella logica delle cose, infatti, che fino a quando l'attività di controllo rimane estranea all'organizzazione, senza condizionarne, dall'interno, l'architettura che la sorregge, è destinata ad assumere una funzione correttiva, *ex post*, degli effetti negativi dalla stessa prodotti; mentre un'attività realmente preventiva dovrebbe intercettare e correggerne le cause *in itinere*.

In ogni caso, per quanto gli organi di controllo possano spingersi in profondità nelle valutazioni e nelle analisi di loro competenza, da un lato, non potrebbero comunque sormontare o, addirittura, anticipare e sostituire l'esercizio

¹ Al riguardo, è sufficiente ricordare che il rimprovero colposo (art. 43 c.p.) si fonda sul duplice requisito della prevedibilità dell'evento e della sua evitabilità mediante il rispetto di regole cautelari, generiche o specifiche.

dei poteri gestori affidati ai responsabili dell'attività d'impresa; dall'altro, e di conseguenza, non potrebbero interferire (quantomeno non in modo attivo) con le strategie di sviluppo che concorrono a selezionare, a monte, i fattori di rischio da presidiare. Ad impedirlo, infatti, è l'ontologica separazione tra doveri di gestione e obblighi di controllo, il cui equilibrio è plasticamente rappresentato, in linea generale, dagli artt. 2381, 2403 e 2409 c.c., che, nel loro convergere, traducono in chiave operativa l'archetipo del modello societario desumibile dagli artt. 2, 3 e 41 Cost., che garantisce la libertà dell'organizzazione imprenditoriale nei limiti segnati dal rispetto dell'utilità sociale, della sicurezza, della libertà e della dignità umana.

3. Sistema di controllo interno e gestione dell'impresa: quali rapporti?

In questa logica s'inserisce a pieno titolo la riforma dell'art. 2086 c.c., che estende a tutti gli imprenditori che operano in forma societaria l'obbligo di «istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa»².

Al riguardo, è stato condivisibilmente enfatizzata la stessa “collocazione topografica” della riforma, che vale a veicolare un messaggio chiaro: «l'obbligo degli assetti adeguati è intestato direttamente all'imprenditore (collettivo), in piena coerenza con la legge delega», rafforzando «in modo consistente il nucleo di norme dedicate ai profili organizzativi dell'impresa (collettiva)» ed affiancando ai doveri già enucleati «il nuovo comma 2 dell'art. 2086 c.c. che sembra definitivamente dar ragione alla peculiarità del contratto di società ovvero alla “sua natura tipicamente organizzativa”»³.

Se, dunque, la funzione gestoria si estrinseca – anche nella visione legislativa – nell'adozione di adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili ovverosia nella predisposizione di un «complesso di direttive e procedure stabilite per garantire che il potere decisionale sia assegnato a un appropriato

² Sulla portata della riforma, v. per tutti M. IRRERA, *La collocazione degli assetti organizzativi e l'intestazione del relativo obbligo (tra codice della crisi e bozza di decreto correttivo)*, in questa *Rivista*, n. 2/2020, 115.

³ M. IRRERA, *La collocazione degli assetti*, cit., 122. Dove si pone altresì in evidenza che questa riforma pone definitivamente in evidenza che il dovere di corretta amministrazione orienta l'attività gestoria in via generale ed ha come tratto tipico e distintivo la predisposizione di assetti adeguati. In argomento v. anche N. ABRIANI-ANT. ROSSI, *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, in *Le Società*, n. 4/2019, 395.

livello di competenza e responsabilità»⁴, v'è da chiedersi, nella particolare prospettiva che qui interessa: a) se il giudizio di *adeguatezza* degli assetti presupponga anche l'attivazione di sistemi di controllo interni⁵, giacché, in caso affermativo, l'estensione dell'obbligo di adozione dei primi implicherebbe l'automatica generalizzazione del dovere di predisposizione dei secondi; e, di conseguenza, b) quali effetti ne potrebbero derivare, sul piano delle responsabilità (anche) penali, in caso di verifica di eventi negativi che avrebbero potuto essere intercettati mediante l'attivazione di quei controlli.

4. Il sistema di controllo interno nella prospettiva del *risk-based thinking*

È noto che rispetto a talune categorie di rischio, il legislatore, indipendentemente dalla tipologia societaria e dal contesto di riferimento, non solo pretende l'attivazione di protocolli e procedure di prevenzione, ma individua anche specifici obblighi di monitoraggio per intercettarne l'eventuale scostamento dalla valutazione originaria al fine di consentire l'adozione tempestiva delle azioni correttive più appropriate.

⁴ Questa è la definizione di *assetto organizzativo* fornita dalle *Norme di comportamento del collegio sindacale per le società non quotate*, versione 2015, elaborate dal CNDCEC (Norma 3.4). In argomento, v. recentissimo, anche V.C. BUONAURA, *Corretta amministrazione e adeguatezza degli assetti organizzativi nelle Società per azioni*, in *Giur. comm.*, 1° aprile 2020, 439 ss., che evidenzia che «il termine “assetti organizzativi”, per il modo con cui è stato trasfuso nel codice civile sulla base dell'influenza esercitata dalla regolamentazione introdotta nelle discipline settoriali, non va inteso come riferito all'intera organizzazione imprenditoriale, ma in un'accezione più limitata a quelle procedure e a quelle prassi operative tramite le quali assicurare l'affidabilità delle informazioni e dei dati aziendali sulla base dei principali rischi connessi all'attività esercitata, una chiara individuazione delle gerarchie, competenze e responsabilità delle diverse funzioni aziendali».

⁵ Secondo la definizione fornita dal *Codice di Autodisciplina per le Società Quotate* (c.d. Codice Preda), redatto dal *Comitato per la corporate governance presso Borsa Italiana*, versione aggiornata al luglio 2018, il sistema di controllo interno e di gestione dei rischi è «costituito dall'insieme delle regole, delle procedure e delle strutture organizzative volte a consentire il monitoraggio dei principali rischi» ed «è integrato nei più generali assetti organizzativi e di governo societario adottati dall'emittente e tiene in adeguata considerazione i modelli di riferimento e le *best practices* esistenti in ambito nazionale e internazionale» (art. 7.P.1). Lo stesso Codice, nella nota di commento operativo, precisa che «un sistema dei controlli, per essere efficace, deve essere “integrato”: ciò presuppone che le sue componenti siano tra loro coordinate e interdipendenti e che il sistema, nel suo complesso, sia a sua volta integrato nel generale assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società».

Si pensi, per esempio, alla normazione in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, che impone sia il censimento e la valutazione iniziale di tutti i rischi insiti nell'organizzazione lavorativa e la conseguente predisposizione delle necessarie procedure cautelari; sia l'obbligo di garantire la perdurante idoneità/efficacia delle stesse al fine di assicurare il mantenimento nel tempo del livello di sicurezza perseguito e, ove possibile, il suo miglioramento.

Ampliando il raggio di attenzione, si scorge che il c.d. *risk approach*, lungi dall'essere confinato ad alcuni contesti tipici dell'impresa, sta, pian piano, coinvolgendo tutti gli ambiti in cui la stessa si snoda, tanto che si è assistito alla creazione di una funzione aziendale *ad hoc*, incaricata di gestire i fattori di criticità che si possono presentare nel corso dell'attività: si tratta del *risk management*, che rappresenta «un'innovazione manageriale il cui ruolo si concretizza nel garantire la protezione del “sistema azienda” dagli eventi sfavorevoli e dai loro effetti»⁶.

A questo modello, espressione del c.d. *risk-based thinking*⁷, possono essere ricondotti, ad esempio, i sistemi di gestione ambientale, che assegnano un ruolo fondamentale non solo alla pianificazione e all'attuazione dei processi necessari per garantire il raggiungimento dei livelli di *compliance* normativamente imposti (*planning e doing*), ma anche alla predisposizione di specifici processi di verifica, volti a monitorare e misurare i processi in tal modo attivati (*check*)⁸; nonché l'intera disciplina della protezione dei dati personali, incentrata sul concetto di *accountability* e sulla doverosità dell'adozione di comportamenti proattivi, funzionali a garantirne l'attuazione⁹.

⁶R. FRASCINELLI-P. VERNERO, *Prefazione*, in M.F. ARTUSI-C. SANTORIELLO, *Rischi penali nell'attività di impresa*, Eutekne dottrina, 2018, 11.

⁷In argomento, v. ancora R. FRASCINELLI-P. VERNERO, *Prefazione*, cit., 11 e 12. Gli Autori, dopo aver ricondotto questo paradigma comportamentale all'avvento della nuova norma ISO 9001, rilevano che esso va «molto al di là delle azioni preventive, perché prevede l'analisi del contesto e dei processi per identificare i rischi, prenderne nota e programmare azioni volte ad eliminarli o a gestirli, riducendo la probabilità che si verifichino».

⁸Chiaro, sul punto, è l'approccio della Norma ISO 14001. In argomento, v. A. QUARANTA, *Che cos'è il “Contesto” e perché è importante una sua precisa individuazione? Quali sono le modalità per auditare questo sistema di gestione?*, in *Ambiente & Sviluppo*, n. 3/2020, 270, dove si evidenzia che «la inevitabile mutevolezza del contesto deve essere monitorata, per adeguare, di conseguenza, tutto il sistema di gestione, pena la mancata gestione appropriata dei rischi».

⁹Cfr. artt. 23 e 25 del Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR). In argomento, G. AMORE, *Fairness, Transparency e Accountability nella protezione dei dati personali*, in *Studium Iuris*, n. 4/2020, p. 414, dove si sottolinea che «la vera rivoluzione, legale e al tempo stesso culturale, è avvenuta con la tipizzazione del principio c.d. di *accountability*, alla luce del quale il

La predisposizione di sistemi di osservazione costante del rischio, inoltre, assume un'importanza esiziale nell'impianto del Codice della Crisi e dell'Insolvenza, a partire dalla prospettiva tracciata proprio dall'art. 2086 c.c., che, già oggi, impone di orientare gli assetti dell'impresa alla «rilevazione tempestiva della crisi»; obiettivo che, per essere raggiunto, da un lato richiede un'azione prospettica fondata sulla predisposizione di *business plan* affidabili e, dall'altro, necessita dell'introduzione «di un controllo di gestione atto a consentire un ordinato e efficace processo di redazione del piano per il monitoraggio dell'andamento aziendale dei flussi finanziari»¹⁰ per intervenire e correggere prontamente la rotta ove necessario¹¹, nel quadro della visione prospettica che caratterizza l'essenza dell'attività di controllo a tal fine allestita¹².

Alla stessa logica, rispondono anche i recenti interventi normativi adottati per fronteggiare il rischio di contagio da Covid-19 negli ambienti di lavoro. Tralasciando la diatriba sulla collocazione dei *Protocolli* condivisi dalle parti sociali (e richiamati dal DPCM del 26 aprile 2020)¹³ rispetto alla disciplina prevista dal d.lgs. n. 81/2008, in questa sede interessa porre l'accento sull'obbligo di costituire «in azienda un Comitato per l'applicazione e la verifica delle regole del protocollo di regolamentazione con la partecipazione delle rap-

GDPR ha modificato il sistema della *privacy*, precedentemente basato su un modello “autorizzatorio” da parte dell'Autorità di controllo e ora invece imperniato sul principio di “responsabilizzazione” del titolare del trattamento», tenuto non solo a rispettare le norme legali e tecniche relative alle modalità e alle finalità del trattamento, ma anche alla «dimostrazione della tutela dei dati».

¹⁰ *Relazione sul governo societario contenente programma di valutazione del rischio di crisi aziendale (ex art. 6, co. 2 e 4, D.Lgs. 175/2016)* del CNDCEC e della FNC (marzo 2019).

¹¹ *Relazione sul governo societario*, cit., 10, dove si osserva che «il piano costituisce insomma il più efficace assetto organizzativo di governo finanziario dell'impresa e di tempestiva rilevazione del rischio di crisi aziendale. Di modo che è opportuna l'introduzione di un controllo di gestione atto a consentire un ordinato ed efficace processo di redazione del piano per il monitoraggio dell'andamento aziendale e dei flussi finanziari; mentre per il monitoraggio degli aspetti finanziari (rendiconto) e dei flussi di cassa di breve periodo è utile l'impiego di un *budget* con orizzonte temporale annuale e piani di tesoreria».

¹² Sull'importanza del *business plan* ai fini indicati nel testo, v. per tutti, A. ARONNE-R. FRASCINELLI, *Il business plan nelle società a partecipazione pubblica*, in AA.VV., *Predisposizione e ruolo del business plan nell'ambito della gestione delle PMI. Guida operativa per commercialisti e imprenditori*, Eutekne, 2018, 234.

¹³ Si fa riferimento al *Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro*, siglato il 24 aprile 2020 ed espressamente richiamato dall'art. 2, comma 6, DPCM 26 aprile 2020.

presentanze sindacali aziendali e del RLS»¹⁴. Anche in questo caso, infatti, la “tenuta” delle scelte organizzative è affidata all’attivazione di uno strumento di presidio interno a cui è affidato il compito di monitorare il permanere delle condizioni di validità delle soluzioni di contrasto allestite nelle singole realtà lavorative.

Altrettanto dicasi – spostandosi verso la dimensione più propriamente organizzativo-gestionale – per quanto concerne i modelli organizzativi ex d.lgs. n. 231/2001, i quali, per rispondere alle finalità di esonero da responsabilità dell’ente, necessitano di costante verifica e aggiornamento dei protocolli di cui si compongono; il che presuppone l’attivazione di un programma di controllo che assicuri la capacità di intercettare il mutamento delle condizioni di contesto in cui gli stessi si inseriscono¹⁵.

Infine, uscendo dal panorama tipicamente imprenditoriale, un esempio significativo della necessità di ancorare la gestione del rischio a modelli organizzativi incentrati sul costante monitoraggio dei fattori che ne condizionano l’esistenza è fornito dal Codice di Protezione Civile¹⁶, che, dopo aver assegnato un ruolo prioritario alla «identificazione e allo studio, anche dinamico, degli scenari di rischio possibili»¹⁷, allo scopo di «evitare o ridurre la possibilità che si verifichino danni conseguenti a eventi calamitosi»¹⁸, espressamente richiede la predisposizione di un sistema di allertamento costituito dagli strumenti, dai metodi e dalle modalità operative funzionali a «sviluppare e acquisire la conoscenza, le informazioni e le valutazioni, in tempo reale, relative, ove possibile, al preannuncio in termini probabilistici, al monitoraggio e alla

¹⁴ Art. 13, *Protocollo*, cit.

¹⁵ Al riguardo, è qui sufficiente ricordare che all’O.d.V. spetta il compito valutare se il modello conservi nel tempo i requisiti di funzionalità e, laddove ciò non accada, di curarne l’aggiornamento mediante la presentazione di apposite osservazioni agli organi aziendali, cui compete il concreto aggiornamento del modello stesso (cfr. la norma 2.3, dei *Principi consolidati per la redazione dei modelli organizzativi e l’attività dell’organismo di vigilanza e prospettive di revisione del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, approvati dal CNDCEC il 19 febbraio 2019).

¹⁶ D.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1.

¹⁷ L’art. 2, secondo comma, del d.lgs. n. 1/2018 definisce l’attività di previsione come l’insieme delle attività, svolte anche con il concorso di soggetti dotati di competenza scientifica, tecnica e amministrativa, dirette all’identificazione e allo studio, anche dinamico, degli scenari di rischio possibili, per le esigenze di allertamento del Servizio nazionale, ove possibile, e di pianificazione di protezione civile.

¹⁸ L’art. 2, terzo comma, del d.lgs. n. 1/2018 definisce l’attività di prevenzione come «l’insieme delle attività di natura strutturale e non strutturale, svolte anche in forma integrata, dirette a evitare o a ridurre la possibilità che si verifichino danni conseguenti a eventi calamitosi anche sulla base delle conoscenze acquisite per effetto delle attività di previsione».

sorveglianza in tempo reale degli eventi e della conseguente evoluzione degli scenari di rischio al fine di attivare il Servizio nazionale della protezione civile ai diversi livelli territoriali»; ed impone la predisposizione di «modelli organizzativi che consentano di assicurare la necessaria continuità nello svolgimento delle diverse fasi di attività»¹⁹.

4.1. I sistemi di controllo interno quali strumenti di (corretta) gestione dell'impresa

Tratto comune e caratterizzante degli esempi citati è l'ancoraggio della gestione del rischio (indipendentemente dalla sua origine e natura) alla predisposizione di un *adeguato* sistema di monitoraggio, che diventa parte integrante e costitutiva dell'assetto organizzativo a tal fine predisposto, condizionandone l'efficacia e, ove prevista, l'idoneità "esimente". In tutti questi casi, dunque, si può affermare che «l'intento del legislatore è quello di passare dall'accezione tradizionale di un controllo *ex post* verso un controllo preventivo e/o *work in progress* dell'attività d'impresa»²⁰.

Del resto, è nuovamente e anzitutto il buon senso a sottolineare l'importanza e, anzi, la complementarietà dei sistemi di controllo rispetto alle strategie di sviluppo dell'attività imprenditoriale: siccome il dovere, *lato sensu*, organizzativo è ontologicamente finalizzato a pianificare un'ordinata successione delle decisioni funzionali al raggiungimento di un determinato scopo²¹, la predispo-

¹⁹ Cfr. art. 17, d.lgs. n. 1/2018. Sicché, in quest'ottica, la progettazione e la realizzazione di un adeguato sistema di allertamento deve tradursi nella predisposizione di un «*modello organizzativo*» in grado di assicurare: a) la selezione di apparecchiature e la predisposizione di procedure che rispondano agli *standard* necessari per il raggiungimento del fine perseguito; b) un programma di periodica valutazione del grado di obsolescenza degli impianti, delle tecniche e delle metodiche in uso rispetto alle acquisizioni della miglior scienza ed esperienza di riferimento e, in ogni caso, c) la predisposizione di un piano di manutenzione che assicuri il mantenimento in buono stato di efficienza delle apparecchiature impiegate.

²⁰ R. FRASCINELLI-P. VERNERO, *Prefazione*, cit., 16. Gli Autori evidenziano altresì come, già nell'ambito della riforma del diritto societario del 2003, questa impostazione rappresentasse «una evoluzione della sua tradizionale concezione di "costo" a quella di "controllo come opportunità"».

²¹ Sul punto si richiama l'efficace definizione di "assetti adeguati" fornita da M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005, 76, dove si pone in evidenza che con tale espressione, nel contesto della costante "procedimentalizzazione" che caratterizza tutta la più recente legislazione d'impresa, si intende «la realizzazione di un sistema integrato e coordinato di operazioni tra loro correlate idoneo ad assicurare risultati "soddisfacenti", riducendo – grazie alla suddivisione per fasi dei diversi processi – le possibilità di errore».

sizione di un efficiente sistema di raccolta delle informazioni sul grado di rispondenza dei dati di contesto a quelli preventivati (e, dunque, sull'incidenza del fortuito sugli scenari programmati) riveste un'importanza fondamentale per consentire al "decisore" di determinarsi nel modo più efficiente verso il risultato perseguito.

In effetti, rispondendo al primo degli interrogativi sopra enunciati, pare che il buon senso trovi adeguato riscontro nell'impianto codicistico che, all'art. 2086 c.c., affida la valutazione sulla corretta gestione al parametro dell'*adeguatezza*²² degli assetti rispetto alla natura e alle dimensioni dell'impresa.

Per rendersi conto della portata di questa innovazione è utile richiamare quanto in origine affermato per le sole società quotate ed oggi riferibile, per via del nuovo art. 2086 c.c., a tutte le forme imprenditoriali esercitate in forma societaria, ovverosia che «segmento e fulcro degli assetti organizzativi adeguati è il sistema di controllo interno, che costituisce lo snodo cruciale dell'articolazione del potere d'impresa e delle regole di responsabilità»²³. Come è stato condivisibilmente sottolineato, infatti, la previsione dell'obbligo circa il rispetto dei principi di corretta amministrazione «consente, in primo luogo, che il criterio della diligenza torni ad essere unicamente il metro di valutazione del comportamento degli amministratori e non, invece, un obbligo autonomo» e costituisce «certamente un principio generale pienamente idoneo a descrivere e tipizzare il contenuto di una prestazione»²⁴, il cui oggetto si estende «dai controlli interni fino alla *compliance* e oltre, dove il vero riferimento dell'*adeguatezza* sembrerebbe essere dato *ex ante* dalla natura e dalle dimensioni dell'impresa»²⁵; tanto che il dovere di correttezza si atteggia a fonte di

²² In argomento, v. G. MERUZZI, *L'adeguatezza degli assetti*, in M. IRRERA (diretto da), *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, Bologna, 2016, 41 ss.

²³ P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni tra codice civile e ordinamento bancario*, in *Banca Borsa titoli di Credito*, n. 6/2015, 707.

²⁴ M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati*, cit., 61.

²⁵ M.S. SPOLIDORO, *Note critiche sulla «gestione dell'impresa» nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, in *Rivista delle Società*, n. 2/2019, 253. La premessa da cui l'A. prende le mosse è costituita dal richiamo dei principi civilistici in forza dei quali, per valutare la correttezza della prestazione resa dal debitore, non basta prendere atto dell'adempimento di per sé considerato, ma occorre, altresì, valutare se lo stesso sia conforme ai criteri di diligenza ed alle modalità che il creditore ha diritto di aspettarsi; tanto che, osserva, pur se «il rapporto tra adempimento e modalità dell'adempimento è discusso dal punto di vista giuridico», tuttavia la distinzione conserva una sua utilità (almeno pratica), giacché «le modalità dell'adempimento si valutano sulla base del contesto, normalmente *ex post*». Il che significa che per affermare se il risultato perseguito sia stato raggiunto occorre porsi *ex post*, «quando

obblighi rispetto ai quali «è ben possibile e pienamente coerente l'esperimento di un'azione di risarcimento dei danni in caso di loro violazione»²⁶.

Ebbene: l'estensione dell'obbligo di istituire *assetti organizzativi* e la centralità del sistema di controllo per il giudizio circa la relativa adeguatezza alle caratteristiche (per attività e dimensione²⁷) dell'impresa inducono a ritenere che la istituzione dei secondi dovrebbe essere valutata al fine di verificare l'adempimento dell'obbligo di corretta gestione incombente sugli amministratori²⁸; tanto da poter affermare che, proprio in ragione del grado di complessità della società, il sistema di controllo interno è da considerare quale specifico «presupposto dell'adeguatezza degli assetti»²⁹.

Anzi, a ben riflettere, poiché anche un eventuale giudizio di inutilità del sistema di controllo interno implicherebbe la necessità di escludere che l'impresa sia esposta a fattori di rischio da monitorare, la stessa possibilità di pervenire a questa conclusione (che comunque costituirebbe una scelta gestoria ben precisa, a sua volta fonte di specifiche responsabilità per chi la compie) sarebbe subordinata alla permanenza dei presupposti che ne legittimano il fondamento.

In definitiva, la scelta rimessa all'imprenditore che operi in forma societaria sembra ricadere non tanto sul *se* adottare (in assoluto) un sistema di controllo interno; quanto, piuttosto, sulla *tipologia* degli strumenti operativi a tal fine predisposti, secondo il criterio di *proporzione* rispetto alla natura e alle dimensioni dell'impresa che, dunque, costituisce il paradigma interpretativo del requisito di *idoneità* imposto dall'art. 2086 c.c.

qualcuno si farà avanti per contestare l'inadeguatezza degli assetti, nel contesto di un'indagine penale, di un'ispezione amministrativa o giudiziaria, di una procedura concorsuale e così via».

²⁶ M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati*, cit., 63.

²⁷ Sull'impatto della dimensione dell'impresa anche sulla valutazione dell'adeguatezza della *governance* societaria v. O. CAGNASSO, *Tipi societari, categorie, "varianti" e la rilevanza delle dimensioni dell'impresa. Il "caso" del bilancio informa abbreviata*, in *Giur. it.*, 2016, 2527 ss. e, in particolare, pp. 2535 e 2536, dove si sottolinea che: «tenuto conto che la creazione degli assetti adeguati viene qualificata dal legislatore come un fondamentale principio di corretta amministrazione e che questi ultimi hanno un carattere aperto, risulta evidente la rilevanza delle dimensioni dell'impresa al fine di individuarli e applicarli nei singoli casi concreti».

²⁸ Cfr. R. FRASCINELLI-P. VERNERO, *Prefazione*, cit., 17, dove si osserva che «nelle imprese moderne di medio/grandi dimensioni il sistema dei controlli, ed i flussi informativi che ne rappresentano il principale strumento, costituiscono l'asse portante di un adeguato assetto organizzativo e della *governance*».

²⁹ M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati*, cit., 72.

5. Il ruolo dei controlli interni nella dinamica della responsabilità

Muovendo da questa conclusione è possibile rispondere anche al quesito circa le conseguenze che ne derivano sul piano prettamente sanzionatorio.

Tirando le fila del ragionamento, infatti, non sembra azzardato affermare che, poiché la *gestione dell'impresa* comprende l'attivazione di un sistema di controllo proporzionato alla natura e alle dimensioni della stessa, anche quest'ultimo adempimento rientra nel contenuto della posizione di garanzia (*ex art. 40, cpv., c.p.*)³⁰ dei componenti degli organi societari, secondo il modello tracciato, anche sul versante penalistico, dagli artt. 2381 e 2403 c.c.³¹, che non solo esaltano l'obbligo degli organi delegati di *curare* l'adozione di assetti adeguati, ma, altresì, quello dell'intero consiglio di *valutarne l'adeguatezza* e quello del collegio sindacale di *vigilare*³² sull'osservanza della legge e, quindi, anche dell'art. 2086 c.c.³³

Al riguardo, invero, pare sufficiente ricordare che, nell'economia dell'art. 2381 c.c., tutti «gli amministratori sono tenuti ad agire in modo informato»³⁴, sicché a ciascuno compete l'obbligo di «chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione dell'impresa»³⁵ e,

³⁰ Per la ricostruzione della portata penalistica degli obblighi sanciti dall'art. 2392 c.c., v. A. ROSSI, *Reati ed illeciti amministrativi societari*, in F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. I, XV ed., a cura di C.F. Grosso, Milano, 2018, 60 ss.

³¹ Per tutti, v. P. MONTALENTI, *I controlli societari: recenti riforme, antichi problemi*, in *Banca Borsa titoli di Credito*, n. 5/2011, 535.

³² Cfr. ancora i puntuali rilievi di M. IRRERA, *Aspetti organizzativi adeguati*, cit., 245 circa la distinzione tra gli obblighi di valutazione e quelli di vigilanza. Tra il resto, infatti, si sottolinea che un tratto differenziante è «rappresentato dall'elemento “temporale”», giacché la valutazione appare «come un giudizio che si esprime prevalentemente *ex post*»; mentre la vigilanza «si esplica soprattutto “durante” e non “dopo”; osservare come sinonimo di vigilare è un'attività che si svolge prima, durante e dopo, senza – cioè – distinzione di tempi».

³³ Per una ricostruzione dello stato dell'arte della giurisprudenza in merito alla responsabilità penale dei sindaci, v. M.F. ARTUSI-C. SANTORIELLO, *Rischi penali*, cit., 95 ss.

³⁴ Obbligo da cui deriva la centralità – anche e soprattutto ai fini del ragionamento che ci interessa – del «flusso informativo dai delegati al consiglio e ciò con determinate modalità e con un contenuto determinato; flusso su cui l'organo delegante fa affidamento al fine di esercitare i suoi poteri» (M. IRRERA, *Aspetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005, 241).

³⁵ Al riguardo, v. ancora A. ROSSI, *Reati*, cit., 65, dove si sottolinea che «la correttezza della condotta dell'amministratore si scinderà allora in due momenti: il primo atterrà al quesito se egli, rispetto all'azione che si apprestava a compiere, risultava sufficientemente informato *ab origine* ovvero abbia successivamente acquisito un grado di informazione adeguato in forza

dunque, per quanto qui interessa, anche sulle ragioni che consentono considerare adeguati/proporzionati gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili della società.

Com'è noto, infatti, in base a tali disposizioni, la giurisprudenza di legittimità (formatasi prevalentemente in materia di violazione delle norme sull'igiene e la sicurezza dei luoghi di lavoro) ha individuato, accanto alla responsabilità dell'amministratore delegato, una concorrente responsabilità dei consiglieri non operativi per gli eventi lesivi discendenti dall'inadeguatezza degli assetti organizzativi, della quale gli stessi siano stati a conoscenza o (vertendosi in materia colposa) della quale avrebbero potuto e dovuto essere consapevoli, in forza del ricordato dovere di agire informati³⁶.

Si tratta di una conclusione a cui si è pervenuti non già a fronte di qualsivoglia violazione degli obblighi riferibili all'organo delegato, bensì per le ipotesi di significative carenze strutturali dell'organizzazione (intese come disfunzioni non occasionali, bensì di sistema), tali da ricondurre gli eventi lesivi alle scelte di politica aziendale di competenza dell'intero consiglio di amministrazione³⁷.

Del resto, trattandosi di scelte organizzative che costituiscono espressione della politica aziendale, le stesse possono essere sindacate esclusivamente dal punto di vista della *razionalità/proporzionalità* della soluzione adottata rispetto al contesto di riferimento, nel rispetto del confine segnato dalla c.d. *business judgement rule*³⁸. In particolare, richiamando gli insegnamenti della giu-

dell'attività istruttoria esplicita una volta percepita l'insufficiente conoscenza della situazione di fatto; il secondo, che, riferito allo sforzo complessivo prestato dall'amministratore, atterrà al giudizio di diligenza».

³⁶ Sulle responsabilità del consigliere privo di delega, v. M.F. ARTUSI-C. SANTORIELLO, *Rischi penali*, cit., 36.

³⁷ Si allude, in particolare, alle note conclusioni cui è pervenuta la Suprema Corte con la c.d. prima Sentenza Montefibre, secondo la quale, in presenza di strutture aziendali complesse, «anche in presenza di una delega di funzioni ad uno o più amministratori (con specifiche attribuzioni in materia di igiene del lavoro), la posizione di garanzia degli altri componenti del consiglio non viene meno, pur in presenza di una struttura aziendale complessa ed organizzata, con riferimento a ciò che attiene alle scelte aziendali di livello più alto in ordine alla organizzazione delle lavorazioni che attingono direttamente la sfera di responsabilità del datore di lavoro» (Cass. pen., Sez. IV, 10 giugno 2010, n. 38991).

³⁸ Cfr. P. MONTALENTI, *I controlli societari*, cit., 535: «le operazioni gestorie degli amministratori non sono sindacabili, né dal collegio sindacale, né dal comitato *audit*, né dai revisori, né dal giudice se non in caso di *manifesta irrazionalità* oppure *palese assenza di procedimenti di valutazione* dei profili economici, finanziari, tecnici dell'operazione» (ma allora, a rigore, per violazione delle regole di corretta gestione). Per un inquadramento complessivo della pro-

risprudenza civile, è bene rammentare che un conto è il sindacato sulla scelta *in quanto tale*, altro è il sindacato sul *modus decidendi* dell'organo gestorio e sul *modus vigilandi* dell'organo di controllo: «è solo l'eventuale omissione, da parte dell'amministratore, di quelle cautele, di quelle verifiche o di quelle informazioni preventive normalmente richieste per una scelta di quel genere che può configurare la violazione dell'obbligo di adempiere con diligenza il mandato di amministratore e può quindi generare una responsabilità contrattuale verso la società»³⁹.

Paradigmatica, al riguardo, è la decisione resa dalla Suprema Corte in relazione ad una fattispecie in cui si discuteva della responsabilità (penale) per la morte di un bambino nato prematuro cagionata dal malfunzionamento dell'incubatrice in cui era stato adagiato. In quell'occasione, i giudici di legittimità confermarono la condanna del direttore generale e del direttore sanitario della struttura ospedaliera «per aver deliberato e consentito il mutamento del sistema di manutenzione con uno di minor affidabilità (da periodico a semplice chiamata; nella specie, l'ultimo controllo risaliva a quattro anni addietro)» e del dirigente dell'unità operativa del reparto pediatrico «per aver tollerato l'uso dell'incubatrice malgrado l'inidoneo sistema di manutenzione contrastante altresì con le modalità previste dalla casa costruttrice»⁴⁰. Ad essere censurata, infatti, è stata la scelta di mutare il regime di manutenzione del macchinario, prediligendo una soluzione meno costosa a discapito di quella più efficace; un'opzione giudicata irrazionale oltre che espressiva di una ben determinata politica aziendale.

L'insegnamento che se ne può trarre è suscettibile di applicazione anche nella materia che ci occupa: poiché la predisposizione di un adeguato/proporzionato sistema di controllo interno costituisce l'espressione di una ben precisa scelta di politica aziendale, funzionale all'adempimento del dovere imposto dall'art. 2086 c.c., nell'ipotesi in cui la sua mancata predisposizione assumesse valenza causale rispetto alla verificazione di un evento penalmente sanzionato, potrebbe discenderne la responsabilità, anzitutto, in capo agli amministratori, in termini di *mancato impedimento dell'evento*, e, a cascata, nei confronti dei componenti del collegio sindacale secondo le cadenze scandite dagli artt. 2381 e 2403 c.c. e 40, cpv., c.p.; sempreché, ovviamente, vengano rispettati i principi che regolano materia penale per quanto concerne sia l'accer-

blematica, v. C. AMATUCCI, *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e business judgement rule*, in M. IRRERA (diretto da), *Assetti adeguati*, cit., 999 ss.

³⁹ Cass. civ., Sez., I, 28 aprile 1997, n. 3652.

⁴⁰ Cass. pen., Sez. IV, 5 dicembre 2007, n. 15553.

tamento del nesso causale tra l'omissione e l'evento⁴¹, sia il giudizio di colpevolezza, di volta in volta, coniugato in termini di dolo o di colpa a seconda della fattispecie presa in considerazione.

In conclusione, ad essere valorizzata è, anzitutto, la centralità dello scambio informale che permea la dinamica degli obblighi tracciati dall'art. 2381 c.c., tanto più alla luce degli insegnamenti forniti dalla giurisprudenza di legittimità a proposito dei criteri di ricostruzione del dolo eventuale⁴² che, come noto, per le ipotesi delittuose, salvo che sia espressamente prevista la rilevanza della colpa, segna il limite della responsabilità penale.

Nel tracciare il confine tra dolo e colpa, infatti, la Suprema Corte ha sottolineato l'importanza di valutare, unitamente ad altri indici⁴³, la «distanza tra il comportamento tenuto e quello doveroso», e, dunque, indirettamente, la centralità delle regole di condotta alla luce delle quali compiere un simile accertamento. Semplificando al massimo il ragionamento, si potrebbe dire che tanto più quella distanza è marcata, quanto più è ipotizzabile (all'esito di un giudizio necessariamente più complesso) l'esistenza degli indici rivelatori del dolo eventuale nel singolo caso esaminato.

In questa prospettiva, anche al fine di porsi al riparo da possibili rilievi in sede penale, appare, dunque, determinante sia la dimostrazione dell'appropriatezza delle valutazioni poste a fondamento delle scelte organizzative confluite nell'adozione degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili della società e, dunque, anche del relativo sistema di controllo interno; sia l'informativa al riguardo fornita all'intero consiglio di amministrazione e al collegio sindacale. Ebbene: in entrambi i casi la possibilità di uscire indenni da censure appare tanto maggiore quanto più si potrà argomentare la rispondenza del pro-

⁴¹ Secondo la più famosa sentenza emessa dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione sul punto (c.d. sentenza Franzese), l'accertamento del nesso causale deve essere accertato «alla stregua di un giudizio di alta probabilità logica, sicché esso è configurabile solo se si accerti che, ipotizzandosi come avvenuta l'azione che sarebbe stata doverosa ed esclusa l'interferenza di percorsi causali alternativi, l'evento, con elevato grado di credibilità razionale, non avrebbe avuto luogo ovvero avrebbe avuto luogo in epoca significativamente posteriore o con minore intensità, lesiva» (Cass. pen., Sez. Un., 10 luglio 2002, n. 30328).

⁴² Cass. pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343.

⁴³ Tra i quali assume importanza dell'indice relativo alla personalità e alle pregresse esperienze dell'agente: «La personalità, esaminata in concreto e senza categorizzazioni moralistiche, può mostrare le caratteristiche dell'agente, la sua cultura, l'intelligenza, la conoscenza del contesto nel quale sono maturati i fatti; e quindi l'acquisita consapevolezza degli esiti collaterali possibili. Insomma, essa ha un peso indiscutibile, soprattutto nell'ambito del profilo conoscitivo del dolo».

prio operato alle indicazioni, normative e tecniche, di riferimento, in tal modo evidenziandone la ragionevolezza nello specifico contesto di volta in volta esaminato. Informazioni, dunque, che non solo è bene che vengano fornite, ma di cui è altresì auspicabile che venga offerto congruo riscontro nei verbali del consiglio e nelle carte di lavoro del collegio sindacale.