



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

2021 / 1-BIS

Vent'anni di Decreto 231 e di cambiamenti epocali nel diritto societario: consiglieri di sorveglianza, amministratori indipendenti (e sindaci) di fronte al rischio 231.

di Antonio Morello

Abstract

Il ruolo del consiglio di sorveglianza (nel sistema dualistico) e del comitato per il controllo sulla gestione (nel sistema monistico) nel governo dei rischi 231 presenta ancora molti punti interrogativi: la risposta non può essere ricavata, automaticamente, da quanto in questi vent'anni è stato detto e scritto sul ruolo del collegio sindacale. Questo vale, in particolare, in tema di nomina dell'OdV, di vigilanza sulle scelte organizzative del consiglio di amministrazione e di soggetti del reato presupposto.



As to the crime risk governance, the role of the Supervisory Board (Italian two-tier system) and the Management Control Committee (Italian one-tier system) raises a lot of questions: the answers cannot be automatically found in all that has been said and written during the past twenty years on the role of the Board of Statutory Auditors ("traditional" system). This is particularly true for the appointment of the Surveillance Body (under Decree 231), the supervision of the organizational decision of the Board of Directors and the identification of the author of "231 crime".

Sommario

1. I vent'anni del Decreto 231. – **2.** A diciotto anni dall'avvento di due sistemi di amministrazione e controllo "alternativi". – **3.** L'organo di controllo di fronte alle scelte degli amministratori in ambito 231. – **4.** Sistema tradizionale, dualistico e monistico: rilevanti differenze. – **5.** La nomina dell'organo di controllo quale OdV: la posizione del sindaco. – **6.** La diversa posizione del consigliere di sorveglianza e del membro del comitato per il controllo sulla gestione. – **7.** Segue. Correttivi e mitigazioni, anche de iure condendo. – **8.** Note minime sui flussi informativi, anche nei gruppi. – **9.** MOG "inidonei", per il Decreto 231, e assetti "inadeguati", per il Codice Civile: note minime sulla colpa organizzativa. – **10.** Sulla obbligatorietà dei MOG, da una angolazione lievemente diversa. – **11.** L'organo di controllo tra i soggetti "finali" della sanzione 231, nelle società di capitali. – **12.** Organo di controllo e soggetti del reato presupposto – **13.** Lo svolgimento "di fatto" di funzioni "apicali" quale clausola di chiusura del sistema. – **14.** La permanente neutralità del Decreto 231: punto di partenza e linee evolutive.

1. I vent'anni del Decreto 231.

Nessun ente collettivo può permettersi di agire disorganizzato; se ad essere collettiva è una impresa - e dunque quando l'ente collettivo è personificato da una società - l'organizzazione è, da un lato, elemento costitutivo perché l'impresa, anche quella individuale, è attività necessariamente organizzata e cioè attività che vede la collaborazione tra più soggetti "attuantesi sulla base di un principio organizzativo [e quindi] se manca ogni e qualsiasi organizzazione non vi è impresa"¹; dall'altro, nell'impresa societaria l'organizzazione rappresenta il termine oggettivo di riferimento di un dovere di condotta che impegna gli

amministratori: le società vedono infatti la propria organizzazione al centro di un articolato sistema di norme ai quali l'azione degli amministratori deve sempre conformarsi e che di quella organizzazione fissano i principi di riferimento.

Entro questa cornice si colloca il D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231 ("Decreto 231") il cui varo ha rappresentato una novità di assoluto rilievo per il nostro ordinamento: agli enti collettivi – fino a quel momento visti come *persona ficta* incapaci di delinquere – il Decreto 231 ha infatti dedicato una responsabilità chiamata, riduttivamente, "amministrativa"; prima di questa svolta epocale, solo autorevoli esperimenti².

In questi vent'anni i contributi della giurisprudenza

teorica e pratica sono stati fondamentali nel dare forma, identità e sostanza a questo nuovo titolo di responsabilità a cominciare dalla sua natura (penale)³ e dai profili soggettivi: è stato così precisato che il Decreto 231 si rivolge anche agli enti di diritto straniero⁴; che restano sostanzialmente ai margini del perimetro applicativo le società unipersonali⁵; che l'ente quando delinque va trattato alla stregua di una persona "vera" fino al punto di ammetterne, secondo un (contrastato) orientamento della giurisprudenza, la messa alla prova⁶, e così via dicendo.

Non meno importanti i chiarimenti sui presupposti applicativi: si tratta di una responsabilità legata alla commissione da parte dell'ente di un illecito che non si identifica nel - ma *presuppone* un - "altrui" reato, sebbene bisogna fare molta attenzione al significato che si assegna al lemma "presupposto": non si dimentichi, infatti, che la sanzione 231 può essere irrogata pur di fronte alla prescrizione del reato nel misurare la quale la speciale tenuità di quest'ultimo è irrilevante⁷; la responsabilità dell'ente sussiste anche quando non è stato possibile identificare o non è imputabile l'autore del reato presupposto e permane anche quando questo reato si estingue per cause diverse dall'amnistia⁸; la natura colposa del reato presupposto non esclude affatto il vantaggio o l'interesse dell'ente⁹; ed è sempre nel solco di questa persuasiva ricostruzione che in un certo senso autonomizza la responsabilità dell'ente che la vicenda processuale contro quest'ultimo e quella contro l'autore del reato presupposto possono imboccare due strade differenti oppure: come accaduto in un recentissimo caso che ha visto l'archiviazione del procedimento penale a favore dell'ente pur di fronte alla condanna per corruzione di alcuni suoi esponenti¹⁰.

In questo quadro che vede associazioni (riconosciute e non), enti di volontariato, fondazioni, enti filantropici e di promozione sociale, enti pubblici economici, società, etc. *delinquere (et puniri) potest* c'è un dato che fa spicco che introduce quanto sarà oggetto di approfondimento: pur a fronte di una capacità applicativa formalmente e quindi potenzialmente illimitata, in questi vent'anni operatori ed interpreti del sistema 231 hanno concentrato sforzi applicativi e meditazioni teoriche non già sul "microcosmo" degli enti collettivi-non societari ma sull'"universo" degli enti-*societari*: da sempre, cioè, il campo di elezione nell'applicazione del sistema 231 e cioè il laboratorio italiano della disciplina sulla responsabilità amministrativa degli enti è rappresentato dalle società e nemmeno da tutte ma principalmente dalle società *di capitali*: specie quelle aventi grandi dimensioni o - se permessa la semplificazione - grandi problemi

organizzativi¹¹.

Sebbene e come noto esistano enti collettivi non societari che hanno scelto di rendersi "231 compliant" ad esempio nominando un OdV¹², sin da quando ha cominciato a muovere i primi passi nell'ordinamento italiano "la 231" è stata percepita dai più - e non si dice "da tutti" solo per conservare il beneficio del dubbio - come una disciplina diretta principalmente a prevenire e sanzionare la criminalità nelle imprese aventi forma societaria: o più precisamente l'incapacità delle società di prevenire la commissione al suo interno di reati.

Una conferma, sebbene in chiave patologica, proviene dal riscontro giurisprudenziale che in questo ambito appare più rilevante del solito in quanto la prassi applicativa è andata evolvendosi sul sentiero tracciato dalle sentenze di condanna (le cui massime hanno trovato nella "rete" una fondamentale cassa di risonanza): i repertori giurisprudenziali censiscono bensì casi di enti collettivi diversi dalle società cui è stata comminata una sanzione 231 ma si tratta di assolute rarità¹³. Ed allora si continui pure a dire che in ambito 231 sono stati fatti passi da gigante ma il periodo di osservazione è sufficientemente lungo (venti anni) per riconoscere che il banco di prova del sistema 231 o, come si diceva, il laboratorio dove sono stati sperimentati schemi generali e varianti di "*modelli di organizzazione e di gestione*" (MOG) non sono stati ne francamente si prevede che negli a venire possano essere gli enti collettivi in generale ma le società di capitali: quelle stesse società che, anche in considerazione del loro "statuto legale", hanno provveduto a pubblicare sul sito *internet* istituzionale i propri MOG così inconsapevolmente contribuendo alla creazione di *standard* redazionali che circolando pubblicamente (e cioè in maniera incontrollata) sono stati troppo spesso oggetto di acritico tramandamento (con buona pace dell'art. 6, comma 1, lett. a) e b), Decreto 231).

In sostanza, è nelle società di capitali - specie quelle azionarie o comunque facenti parte di importanti gruppi industriali - che la "cultura 231" si è diffusa o, per lo meno, ha mostrato di attecchire più facilmente; come noto a chi ha esperienza pratica della materia, la decisione se adottare o meno un MOG preoccupa non tanto - per dirla con le parole del Decreto 231 - il "rappresentante", il "soggetto apicale", l' "organo dirigente", etc. dell'ente collettivo in generale quanto e specificamente gli amministratori di società di capitali e, aggiungasi, di quanti vigilano sul loro operato: non appena si completa l'insediamento degli organi (fase costitutiva) o non appena la società comincia ad assumere dimensioni importanti (sul piano organizzativo, del fatturato, dell'estensione

territoriale, etc.) diventa un passaggio ineludibile per l'organo amministrativo decidere se rendersi o meno "231 compliant"¹⁴ e nella generalità dei casi il dubbio - "giusto per non sbagliare"¹⁵ - viene sciolto in senso affermativo.

Il riscontro bibliografico è in linea con questo dato di tendenza: i tantissimi studiosi che in questi vent'anni, si sono occupati di responsabilità 231 - il più delle volte per chiarirne natura, criteri di imputazione, profili soggettivi e condotte vietate (limitando l'elenco ai temi più in auge) - hanno, pressoché tutti, più o meno consapevolmente, concentrato l'attenzione su quanto accade nelle società e non negli enti collettivi in generale: non si tratta di una semplice casualità ed anzi la centralità fenomenologica delle società di capitali, come si proverà a dimostrare in questo contributo, è un dato decisamente razionale anche sul piano del ragionamento giuridico.

2. A diciotto anni dall'avvento di due sistemi di amministrazione e controllo "alternativi".

Si tratta allora di vedere se il Decreto 231 (che compie vent'anni) e la riforma di diritto societario (che si appresta a diventare maggiorenne) siano cresciuti assieme e nei limiti di una risposta negativa comprendere se tra questi due autentici pilastri del panorama normativo italiano possa oggi stabilirsi una sorta di "trova maestra" di cui, nei termini che si diranno, sarebbe proprio il sistema 231 a potersi giovare; nodi importanti da sciogliere particolarmente ove ci si collochi nella seguente prospettiva: lo statuto legale delle società di capitali esistente al momento del varo del Decreto 231 era sensibilmente diverso da quello attuale e lo era con riferimento a tematiche nevralgiche anche da una prospettiva 231 quali la *governance* societaria ed in particolare gli assetti di controllo interno in quanto quella riforma ha aperto le porte del nostro ordinamento a due organi di controllo alternativi al collegio sindacale e cioè il consiglio di sorveglianza ed il comitato per il controllo sulla gestione nell'ambito dei cosiddetti, rispettivamente, sistema dualistico e sistema monistico.

La domanda non è originale ed anzi ha già ricevuto risposta negativa: non è infatti sfuggito all'esame attento della dottrina che "il diritto delle società, da un lato, e il sistema della prevenzione dei reati, dall'altro, hanno continuato a scorrere lungo percorsi tra loro paralleli"¹⁶; nel solco di questa persuasiva ricostruzione c'è allora un punto problematico da segnalare: l'impianto del Decreto 231 notoriamente ruota attorno al concetto di organizzazione e precisamente di organizzazione

"idonea" in quanto effettivamente capace di prevenire - secondo la tipica logica della prevenzione *indiretta*¹⁷ - la commissione di reati del genere di quelli cosiddetti "presupposto": nelle società di capitali l'organizzazione è nella mani dell'organo amministrativo che nel modellarla opera sotto la vigilanza dell'organo di controllo: la prevenzione di quella *species* di "rischio legale" che va sotto il nome di "rischio 231" si atteggia però in maniera differente a seconda del sistema di *governance* nel quale si ricade e cioè i poteri ad esercizio per lo più doveroso e quindi le responsabilità si distribuiscono diversamente tra amministratori e sindaci (sistema tradizionale), tra amministratori esecutivi e membri del comitato per il controllo sulla gestione (sistema monistico), tra consiglieri di sorveglianza e di gestione (sistema dualistico). In questi vent'anni, grazie al contributo di commentatori, operatori, regolatori di vario grado e giudici per lo più penali è stato possibile chiarire, tutto sommato con soddisfacente analiticità (anche se le zone d'ombra non mancano), quale deve essere il ruolo del collegio sindacale anche nel rapporto con l'OdV: come si distribuisce, nel sistema monistico ed in quello dualistico, la responsabilità di assicurare che strutture, processi e protocolli siano "idonei" a prevenire la commissione di reati presupposto rappresenta invece una questione ancora irrisolta là dove, scendendo ancora più a fondo, il nodo interpretativo principale riguarda, proprio ed appunto, il ruolo dell'organo di controllo monistico, *sempre che si tratti di un organo*¹⁸, e di quello dualistico.

Complice, forse, la marginalità numerica in Italia delle società monistiche e di quelle dualistiche (ma il dato statistico non può vincolare il ragionamento giuridico), la questione non è stata ancora trattata con quella profondità di analisi che forse meriterebbe: non è questa la sede per farlo anche considerando il settore scientifico di appartenenza della rivista che ospita questo contributo; ci sono però alcuni aspetti che si devono affrontare perché rispetto ad essi anche il giudice penale - in ipotesi titolare di un "fascicolo 231" - non può rimanere indifferente: si guardi, ad esempio, al tema della nomina quale OdV dell'organo di controllo, tema che trova oggi nella legge una risposta chiara ma, nei termini che si diranno, tutt'altro che tranquillizzante nella prospettiva di dover giudicare l'idoneità del MOG di una società con *governance* monistica o dualistica: fino a che punto, cioè, quel genere di società possono valersi dell'opzione offerta dall'art. 6, comma 4-*bis*, Decreto 231? Ed ancora, quale genere di vigilanza ci si deve attendere da sindaci, consiglieri di sorveglianza e amministratori indipendenti sulle

scelte organizzative in tema di prevenzione del rischio 231 e, in stretta relazione con questo tema, quale genere di relazione intercorre tra l'organo di controllo, nelle sue tre diverse configurazioni, e l'OdV? Temi, questi, che si ricongiungano ad uno di vertice: la facoltatività (asserita) dei MOG.

Non si tratta di agitare questioni di coerenza sistematica di disposizioni del Decreto 231 – come quella sulla nomina dell'OdV – frutto di vere e proprie scelte di campo operate dal legislatore che hanno oramai placato il dibattito accademico ma di avere chiaro, nella prospettiva che un reato presupposto venga commesso, quali sono i riflessi che alcune *legittime* scelte organizzative possono sortire sul giudizio di idoneità del MOG a prevenire quel reato e quindi sulla responsabilità dell'ente: si cercherà quindi di offrire “a legislazione vigente” spunti di riflessione ma anche vagamente operativi in tema di governo del rischio 231, soffermandosi sui profili di ordine sistematico nei limiti strettamente necessari a tratteggiare possibili linee evolutive del “diritto 231”.

3. L'organo di controllo di fronte alle scelte degli amministratori in ambito 231.

La prevenzione del rischio penale nell'impresa e dunque, quando quel rischio assume le sembianze del “rischio 231”, l'adozione di un MOG idoneo nell'accezione dell'art. 6, comma 1, lett. a), Decreto 231 costituiscono tasselli indispensabili del sistema di controllo interno e più comprensivamente dell'assetto organizzativo dell'impresa societaria: non solo nei fatti (e cioè per le leggi dell'economia e la scienza aziendale) ma anche per il diritto atteso che l'adeguatezza degli assetti organizzativi rappresenta il termine oggettivo di riferimento di precisi doveri che impegnano i vertici della società e cioè: ad un titolo, l'amministratore delegato (o l'eventuale comitato esecutivo), ad altro titolo, l'organo amministrativo nella sua composizione plenaria (Cda, nel sistema tradizionale e monistico; consiglio di gestione in quello dualistico) e ad altro titolo ancora l'organo di controllo (Collegio sindacale-sindaco unico, consiglio di sorveglianza, comitato per il controllo sulla gestione); a questa triade di soggetti-organi compete infatti e rispettivamente, il compito di *curare* l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, di *valutarlo* e di *vigilare* sul suo concreto funzionamento.

A sancirlo – per richiamarsi alle disposizioni principali - sono gli artt. 2086, comma 2, 2380-bis, 2381, comma 5 e 2403 c.c. dalla cui lettura combinata emerge che è dovere *esclusivo* degli amministratori organizzare adeguatamente

processi, assetti, organigrammi, etc. sotto la vigilanza dell'organo di controllo: anche da una angolazione di diritto penale, l'adozione di un MOG e, in questo ambito, l'istituzione di un OdV rappresenta allora “una delle modalità organizzative dell'ente attuata dall'organo amministrativo ex art. 2381, comma 3, c.c.”¹⁹.

Avuto specifico riguardo all'organo di controllo, l'adozione - ed il suo eventuale *upgrade* - di un MOG idoneo o per meglio dire, di un MOG che appaia obiettivamente idoneo, entra, in quanto parametro *legale* di corretta amministrazione, nella vigilanza di consiglieri di sorveglianza, amministratori indipendenti membri del comitato per il controllo e di sindaci: non nel senso che la mancata adozione del MOG debba presuntivamente intendersi espressione di *negligente* amministrazione perché questo potrà semmai essere l'esito quel concreto giudizio *post factum* tipico dei procedimenti 231 e non la premessa di un ragionamento teorico; ma nel senso che il controllo di legalità vertendo anche sull'adeguatezza degli assetti organizzativi e sul loro concreto funzionamento finisce inevitabilmente con l'incrociare le valutazioni che gli amministratori compiono in merito all'eventuale adozione di un MOG.

Ancora più esplicitamente, se la premessa maggiore – ugualmente valida dinanzi al giudice penale (procedimento 231) e civile (artt. 2392 e ss.) - è che la società non possa permettersi di agire disorganizzata, l'organo di controllo deve occuparsi (*vigilanza valutativa*) delle scelte organizzative assunte dagli amministratori in ordine alla legalità aziendale a cominciare dal governo del rischio 231 e se ne deve occupare soprattutto quando l'organo amministrativo decida, in linea di principio legittimamente, di non adottare un MOG: di fronte a questa scelta l'organo di controllo si deve infatti interrogare sui razionali che la sorreggono e se questi razionali *non* sono noti o *non* persuadono deve ritornare sull'organo amministrativo al fine di ottenere da questo adeguati e soddisfacenti ragguagli: se il confronto prima e durante i consigli di amministrazioni non porta i frutti auspicati, la relazione al bilancio (art. 2429, c.c.) è la sede deputata ad accogliere i rilievi critici dell'organo di controllo formalizzando i quali l'organo di controllo investe formalmente della questione il consiglio di amministrazione (sistema tradizionale e monistico) o il consiglio di gestione (sistema dualistico) di fronte, aggiungasi, all'assemblea dei soci.

A sospingere il ragionamento verso questa direzione che vede l'organo di controllo in prima linea nel vigilare sulle scelte organizzative anche in ambito 231 si pone una ulteriore considerazione riguardante l'atto di nomina dell'OdV: costituire

un OdV e, più comprensivamente implementare un MOG è, da qualunque angolazione la si osservi, una decisione attratta nel perimetro di competenza – che il recente Codice della Crisi ci ricorda essere esclusiva – dell’organo amministrativo (artt. 2380-*bis* e art. 2086, comma 2, c.c.), una decisione che quindi si colloca naturalmente e cioè già in linea di principio al di là delle competenze assembleari. In definitiva, il rischio legale *deve* essere correttamente presidiato già ai sensi della “disciplina comune”; quando poi l’organo di controllo ritenga che tra tutti i rischi legali quello 231 assume un certo peso alla luce delle peculiarità operative ed organizzative della società è dovere di quell’organo richiamare formalmente l’attenzione dell’organo amministrativo, un richiamo di attenzione necessario in quanto oggetto di un dovere che non discende dal Decreto 231 ma dal Codice Civile; la disciplina di diritto comune si pone così al servizio di quella “speciale” dettata dal Decreto 231: regole e principi di regolazione civilistici lasciando quindi intravedere profili di una certa obbligatorietà del sistema 231, quella obbligatorietà che il legislatore storico del Decreto 231 ha scelto di non declamare per esplicito ed in via di principio, scelta che in occasione dei successivi interventi riformatori che si sono avuti in questi vent’anni il legislatore non ha “osato” revocare.

4. Sistema tradizionale, dualistico e monistico: rilevanti differenze.

È dovere dell’organo di controllo vigilare sull’adeguatezza ed anzi, per dirla col Decreto 231, sulla *idoneità* di processi e presidi organizzativi a prevenire illegalità ed illeciti *anche* del tipo dei reati presupposto: la vigilanza (come pure l’amministrazione), già per la descrizione che ne offre astrattamente il Codice Civile, si atteggia però in maniera sensibilmente diversa nel sistema tradizionale, dualistico e monistico essendo, i rispetti organi di controllo, muniti di differente capacità operativa ed essendo, in via di conseguenza, gravati da responsabilità altrettanto differenti: i membri dell’organo di controllo monistico, accanto al controllo di legalità, svolgono un *preventivo* controllo di “merito”; quelli dell’organo di controllo dualistico arrivano a nominare gli amministratori ed approvare il bilancio; l’incarico di sindaco è irrevocabile salvo ricorra una giusta causa da accertare in giudizio, solo per citare gli aspetti salienti.

Postula dunque poteri di “impulso e reazione” di differente portata la vigilanza tradizionale, monistica e dualistica sulle decisioni a rilievo organizzativo che assumono gli amministratori,

tra cui la decisione “madre”: se adottare o meno un MOG.

Pur muovendoci in un contesto – almeno formalmente – di facoltatività giuridica, non è improprio ritenere il merito di quella decisione suscettibile di un sindacato da parte certamente dei consiglieri di sorveglianza e degli amministratori indipendenti membri del comitato per il controllo sulla gestione e, entro certi termini, da parte dei sindaci.

Partendo dal sistema monistico, per il membro del comitato per il controllo sulla gestione la decisione circa l’adozione o meno di un MOG ricade direttamente e *non* per il tramite del dovere di vigilanza sotto la propria responsabilità: differentemente da quanto possa dirsi per i modelli “*dual tier*” – nei quali andrebbe incluso il sistema c.d. tradizionale e cioè il dualistico “atipico” o “all’italiana” – il controllore monistico assume, assieme agli altri consiglieri di amministrazione, la paternità giuridica di quella decisione: i componenti del comitato per il controllo sulla gestione in quanto amministratori hanno cioè titolo per approvarla come pure per contestarla e questo vale ovviamente per ogni scelta organizzativa che il consiglio, nel suo *plenum*, intende assumere e di cui l’organo delegato si fa il più delle volte promotore.

Per il consigliere di sorveglianza il discorso è lievemente diverso ma gli esiti non variano di molto: la decisione organizzativa è del consiglio di gestione ma non può negarsi che la possibilità per il consiglio di sorveglianza di essere parte attiva nella definizione delle politiche di alta amministrazione impedisce di vedere nel controllore dualistico un soggetto completamente “estraneo” all’amministrazione e cioè del tutto terzo come invece è il sindaco: diversamente infatti da quanto possa dirsi per quest’ultimo, è riduttivo e forse anche semplicistico considerare il consigliere di sorveglianza alla stregua di un soggetto che si limita a controllare la legalità delle scelte del consiglio di gestione in ordine alla adozione o meno di un MOG se ci si colloca nella prospettiva che è nella mani del consiglio di sorveglianza la definizione delle linee di indirizzo generali sul governo del rischio “legale” tra cui quello 231 alle quali linee le scelte del consiglio di gestione devono conformarsi.

In definitiva, per i controllori monistici si può parlare di un coinvolgimento formale (strutturale) e sostanziale (funzionale) nella amministrazione mentre per quelli dualistici di un coinvolgimento unicamente – che non significa marginalmente – sostanziale.

Nessun coinvolgimento invece per i sindaci che operano in una posizione di formale e sostanziale terzietà salvo puntualizzare un aspetto che

accorcia, senza annullarla, la distanza del sindaco rispetto all'amministrazione: sebbene i sindaci non siano tenuti a sindacare il merito delle decisioni degli amministratori, non è precluso loro – ed anzi darebbero prova di scrupolosa vigilanza – formulare inviti e raccomandazioni all'organo delegato finalizzati a sensibilizzare quell'organo e l'intero CdA ad adottare formalmente un MOG o comunque a munire l'impresa di assetti organizzativi sostanzialmente “231 compliant” apprestando presidi organizzativi adeguati ed idonei.

C'è tuttavia un punto da segnalare che marca appunto la differenza tra il controllo di legalità nel sistema tradizionale rispetto a quello monistico o dualistico, differenza che vale anche in ordine alle scelte di governo del rischio 231 tra cui, come si vedrà nel paragrafo seguente, la nomina dell'OdV: ove ci si collochi nella prospettiva che l'organo delegato ritenga di non conformarsi (caso raro ma giammai di scuola) alle indicazioni dell'organo di controllo, il collegio sindacale potrà reagire solo nei limiti entro cui quella decisione pone – o fondatamente sospetti possa porre – un problema *stricto sensu* di legalità dell'azione amministrativa e dunque, in prospettiva, di potenziale pregiudizio per gli interessi, anche economici, della società: e comunque nelle reazioni che il collegio sindacale può mettere in campo non rientrano certo la revoca del consigliere di amministrazione (potere invece attribuito ai consiglieri di sorveglianza rispetto ai consiglieri di gestione) ovvero la revoca delle deleghe all'AD (revoca che invece può essere sollecitata – “messa ai voti” – su impulso interno degli amministratori membri del comitato per il controllo sulla gestione).

È su queste basi di ragionamento – che vedono i componenti del comitato per il controllo sulla gestione occuparsi *a pieno titolo* del merito delle scelte di *compliance 231* assunte dall'organo amministrativo, ed i consiglieri di sorveglianza occuparsene per così *preventivamente* e nei termini detti *dall'alto* – che ogni accostamento tra questi ed i sindaci finisce con l'essere improprio, almeno se operato in automatico.

5. La nomina dell'organo di controllo quale OdV: la posizione del sindaco.

Alla luce delle considerazioni che precedono richiamarsi alla disciplina del collegio sindacale per completare in via interpretativa o addirittura per scrivere la disciplina del consiglio di sorveglianza o del comitato per il controllo sulla gestione è bensì possibile ma dietro attenta valutazione di compatibilità e cioè regole e principi di regolazione

dettati per l'organo di controllo tradizionale sono applicabili ma solo “*in quanto compatibili con le specificità*” degli organi di controllo alternativi: a sancirlo per esplicito è l'art. 223-*septies*, disp. att., c.c., che detta quindi una regola la quale se vale in generale a più forte ragione deve valere in un ambito, come quello 231, dove, in considerazione del genere di interessi tutelati, occorre sempre assecondare letture sostanzialiste: in sostanza, da giudici, operatori pratici ed interpreti chiamati ad individuare la *regola iuris* applicabile per colmare una eventuale lacuna deve pretendersi massima attenzione al dato reale e cioè alle reali dinamiche societarie che vedono l'organo di controllo interagire con quello amministrativo.

Vi è allora da chiedersi, venendo ad una disposizione della cui centralità nel sistema 231 alcuno può dubitare, se l'introduzione ad opera delle Legge di stabilità 2012²⁰ nell'art. 6 Decreto 231 del comma 4-*bis* risponda a questa logica allorquando stabilisce che il consiglio di sorveglianza, il comitato per il controllo sulla gestione ed il collegio sindacale “*possono svolgere le funzioni dell'organismo di vigilanza*”: la risposta è negativa e questo, rammentando la necessità di stabilire un certo dialogo tra sistema 231 e innovazioni di diritto societario, è quasi un paradosso.

La disposizione in esame degna bensì di menzione speciale gli organi di controllo “alternativi” così dando l'impressione di muoversi nella più volte auspicata direzione ma lo fa per dettare una disciplina assai discutibile: in sostanza, qui il paradosso, l'unica disposizione del Decreto 231 che, considerando *apertis verbis* gli organi di controllo dualistico e monistico, mostra una certa sensibilità verso le innovazioni introdotte dalla riforma societaria del 2003 appare viziata da una sorta “peccato originale” perché nel momento in cui ammette “semplicemente e puramente” – e cioè senza operare distinguo – che il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza ed il comitato per il controllo sulla gestione possono essere nominati OdV trascura le rilevanti differenze che connotano in termini peculiari struttura e funzionamento di quegli organi, differenze di cui si è già cominciato a parlare nel paragrafo precedente e che ad un così rilevante fine quale la nomina dell'OdV si devono (si sarebbero dovute) tenere in considerazione; e si badi a non considerarlo, da una angolazione di diritto penale, un peccato “veniale” perché anche in nome di quelle istanze di politica criminale che, sin dal suo varo, accompagnano il Decreto 231 sarebbe stato opportuno collocare su due piani il collegio sindacale ed gli organi di controllo a questo alternativi.

Partendo dal primo, affidare al collegio sindacale la

funzione di OdV non solo non appare problematico, là dove ad attestare la linearità di una simile scelta organizzativa è un'esperienza ventennale; ma da quella scelta la vigilanza 231 sembra addirittura uscirne rafforzata ed è di questo che si deve ora occupare.

Il fulcro della vigilanza che compete all'OdV risiede, essenzialmente, nello svolgimento di indagini e verifiche anche di rilievo ispettivo, nella prestazione di veri e propri supporti consulenziali come pure nella promozione di iniziative formative: pur a fronte di una vigilanza che può dunque assumere una molteplicità di sfumature concrete²¹ l'OdV non dispone di poteri per così dire impeditivi, di reazione ed intervento anche di natura sostitutiva perché, anche su questo punto, il silenzio serbato dal legislatore non è segno di lacuna ma di volontaria omissione: risponde cioè ad una precisa scelta normativa non estendere ai componenti dell'OdV i poteri del sindaco individualmente o del collegio sindacale nel suo complesso come pure manca in capo all'OdV una potestà sanzionatoria invece attribuita all'organo dirigente.

Non si possono tacere i riflessi sul piano delle responsabilità (anche) penali: mancando i riferiti poteri quella dei componenti dell'OdV non è una posizione di garanzia alla cui stregua immaginarsi una loro incolpazione *ex art. 40 c.p.*.

Si può allora essere dell'avviso che il sindaco che entra in OdV "porta in dote" una serie di importanti prerogative individuali, quelle che appunto gli competono quale sindaco e che invece non ridondano in capo al "semplice" componente dell'OdV esterno al collegio sindacale: nominare OdV il collegio sindacale pone dunque le premesse per innalzare la qualità della vigilanza 231 fermo ovviamente restando – almeno una volta per *incidens* va detto – che le buone premesse vengono tradite o confermate a seconda di come la "persona" del sindaco-OdV intende concretamente il suo "doppio ruolo".

Questo ovviamente non significa che l'OdV composto interamente da sindaci sia un "super-OdV" in quanto formalmente munito di poteri aggiuntivi rispetto a quelli caratteristici (ma non tipizzati) che ricavano implicitamente dal Decreto 231 ma soltanto che il singolo componente dell'OdV qualora riscontri *in quanto membro dell'OdV* fatti censurabili, è nella condizione di attivare gli strumenti di azione e reazione *in quanto sindaco*²²; e può farlo *pleno iure* perché, come si ricordava, la vigilanza 231 è uno dei profili della vigilanza sull'adeguatezza degli assetti e quindi del controllo sulla legalità aziendale.

Sul piano delle responsabilità, ne vengono a discendere una serie di importanti corollari:

l'inadempimento dei doveri di vigilanza imposti dalla disciplina 231 può certamente riverberarsi sulla stabilità del rapporto "di sindaco" potendo quindi assurgere a giusta causa di revoca: in particolare, si può essere di questo avviso qualora l'inadempimento fa fondatamente dubitare delle attitudini, della capacità ed in limine della stessa affidabilità del sindaco-OdV; il discorso va spinto sino alle sue estreme, ma coerenti, conseguenze e cioè: non si può escludere in linea di principio che le negligenze del sindaco-OdV nello svolgimento della vigilanza 231 siano di gravità da giustificare un'azione di responsabilità *ex art. 2407 c.c.*

È su queste basi di ragionamento che vedono l'OdV composto da sindaci maggiormente responsabilizzato che allora va salutato con favore il varo comma 4-*bis* dell'art. 6.

6. La diversa posizione del consigliere di sorveglianza e del membro del comitato per il controllo sulla gestione.

La scelta del legislatore della Legge di stabilità 2012 di introdurre il comma 4-*bis* ha posto la parola fine a quel vivace dibattito durato circa un decennio circa la possibilità di convergere per la nomina dell'OdV sul collegio sindacale²³ possibilità appunto oggi ammessa per esplicito dalla disposizione in commento che, come si è appena finito di osservare, merita di essere condivisa; nel momento in cui livella il trattamento dei tre organi di controllo, il comma 4-*bis* apre però un nuovo fronte di discussione e lo apre proprio perché nell'ambito di quel dibattito che il varo di detta disposizione ha contribuito a sopire si discuteva unicamente ed appunto del collegio sindacale. In sostanza, prima dell'introduzione del comma 4-*bis* si questionava della possibilità di nominare OdV il collegio sindacale lasciando sullo sfondo il consiglio di sorveglianza ed il comitato per il controllo sulla gestione: il legislatore della Legge di stabilità 2012 ha (giustamente) optato per la tesi possibilista ma nel formalizzare questa opzione esteso il medesimo trattamento anche agli organi di controllo nel sistema monistico e dualistico.

La norma è chiara e dunque *non fit interpretatio* ma quanti hanno la responsabilità di dotare l'azienda di MOG "a tenuta" e cioè *idonei* non possono comunque distogliere l'attenzione dalle importanti differenze che dividono il collegio sindacale da una parte ed il consiglio di sorveglianza ed il comitato per il controllo sulla gestione perché l'indipendenza, l'autonomia ma anche la "serenità di giudizio" del componente dell'OdV è, nella considerazione del nostro ordinamento 231, un valore "assoluto":

differenze che – è vero - il legislatore della Legge di Stabilità 2012 non ha ritenuto di valorizzare ma che potrebbero validamente motivare, nelle società dualistiche e monistiche, una decisione in deroga rispetto al comma 4-*bis* anche perché – aggiungasi – si sta parlando di differenze “strutturali” che potrebbero invece essere valorizzate da un giudice penale nell’ambito di un procedimento 231 ed in sede di “giudizio di idoneità” del MOG.

Cominciando dal sistema dualistico, il consiglio di sorveglianza, oltre ad approvare il bilancio e nominare gli amministratori, può disporre di poteri di vera e propria alta amministrazione che, se lo statuto lo prevede, possono (addirittura) portare il consiglio di sorveglianza ad approvare operazioni strategiche o piani industriali e finanziari (art. 2409-*terdecies*, lett. *f-bis*, c.c.): la partecipazione attiva alla definizione della politica di impresa fa così essere i consiglieri di sorveglianza soggetti apicali²⁴.

Per il comitato per il controllo sulla gestione – ma il rilievo critico potrebbe riguardare qualunque comitato interno al CdA²⁵ - il discorso è ancora più radicale e per certi versi più semplice perché si riduce ad una constatazione: si tratta, nella sostanza e nella forma, di un *pool* di consiglieri di amministrazione; i controllori monistici partecipano dunque formalmente e sostanzialmente all’amministrazione esercitando appieno tutte le prerogative che questo ufficio implica: i componenti del comitato per il controllo sulla gestione, diversamente da consiglieri di sorveglianza e sindaci, possono votare a favore o contro, partecipano – e non assistono – alle riunioni del consiglio di amministrazione, hanno titolo per indirizzare la discussione ed il confronto consiliare, possono proporre formalmente mozioni e delibere, e così via dicendo.

Ancora un dato riguardante stavolta non il funzionamento ma la stabilità del rapporto con la società: quello di sindaco è un incarico di cui l’assemblea può bensì disporre la revoca ma unicamente per giusta causa e dietro suo positivo accertamento in giudizio; l’amministratore indipendente membro del comitato per il controllo sulla gestione ed il consigliere di sorveglianza sono invece revocabili anche senza giusta causa e dunque senza necessità di ottenerne la convalida in giudizio (salvo, in assenza di giusta causa, il risarcimento del danno).

Porre l’accento su questi aspetti rende allora evidente come la contrarietà all’idea di avere un OdV personificato dal consiglio di sorveglianza o dal comitato per il controllo sulla gestione riposi su ragioni del tutto differenti rispetto a quelle che – prima dell’introduzione del comma 4-*bis* –

una parte della giurisprudenza²⁶ e, soprattutto, della dottrina²⁷ valorizzava per spiegare perché al collegio sindacale non potesse assegnarsi il ruolo di OdV.

Prima di passare alle possibili soluzioni, si deve ricordare, per conclusivo inciso, che la problematicità della questione non sfuma alla luce di quanto previsto – *da sempre*, e cioè sin dal varo del Decreto 231 - dal comma 4 dell’art. 6 per il quale “*Negli enti di piccole dimensioni i compiti indicati nella lettera b), del comma 1, possono essere svolti direttamente dall’organo dirigente*”: quasi a dire, cioè, che siccome il Decreto 231 ammette per esplicito che l’OdV possa essere personificato dall’organo dirigente allora non è un “principio 231” la terzietà dell’OdV rispetto all’organo amministrativo. Dal comma 4 non può infatti trarsi una conseguenza (sistematica) di simile portata trattandosi di una disposizione che codifica un dato normativo decisamente parziale ed anzi ad applicazione residuale: la norma in esame abilita bensì gli enti a convergere sull’organo dirigente non però in via generale ma unicamente se trattasi di enti di “piccole dimensioni” e dunque in presenza di un requisito – vagamente ed apparentemente dimensionale²⁸ – di cui non può tacersi la sfuggevolezza: ancora con altre parole, il comma 4 dell’art. 6 è privo di significatività sistematica sia a causa della sua non perspicua ed anzi equivoca formulazione e sia della sua premessa maggiore che circoscrive ai soli enti di piccole dimensioni il “beneplacito” a nominare OdV l’organo dirigente; in questo quadro, non meno importante è anche l’argomento *a contrario*: se quella disposizione fosse davvero capace di fondare un principio di “*non necessaria terzietà*” dell’OdV allora molte altre – e decisamente più rilevanti - norme del Decreto 231 perderebbero di senso e valore a cominciare proprio dallo stesso comma 4-*bis*.

7. Segue. Correttivi e mitigazioni, anche *de iure condendo*.

Alea iacta est e, quindi, piaccia o no, la possibilità di nominare OdV anche il consiglio di sorveglianza o il comitato per il controllo sulla gestione è legge, una legge che peraltro la prassi applicativa²⁹ come pure la regolamentazione di settore asseconda pienamente³⁰.

Ed allora non resta altro che auspicare un intervento correttivo sul comma 4-*bis* finalizzato a (ri)stabilire una certa “distanza di sicurezza” tra OdV e organo amministrativo in tutti gli altri enti diversi da quelli “di piccole dimensioni” in testa a tutti le società: una sorta cioè di “contro-riforma” del comma 4-*bis* che porti a riscrivere il comma

4-bis limitando il suo raggio d'azione alle sole società con *governance* tradizionale.

Non si può però fare a meno di osservare come una così radicale conclusione collida non solo con il “comune sentire” ma anche, e lo si è visto, con le scelte già operate in alcune società e da alcuni “regolatori”: si deve quindi ammettere che limitare nel senso detto la portata applicativa del comma 4-bis è soluzione eccentrica o in controtendenza visto che la presenza di un consigliere di amministrazione non esecutivo e indipendente nell'OdV ha oramai ricevuto un sigillo regolamentare; senza peraltro dimenticare che l'idea di introdurre – perché di questo, alla fine, si sta parlando - l'incompatibilità tra l'incarico di consigliere di sorveglianza o amministratore (anche indipendente) e quello di componente di OdV stride con la filosofia di fondo del Decreto 231 che considera, ancora oggi, l'istituzione di un MOG atto *formalmente* (e dunque teoricamente) facoltativo.

Quale alternativa riformulazione, si potrebbe allora pensare di lasciare inalterata la scelta di fondo confermando anche per le società “monistiche” e “dualistiche” la possibilità di convergere sui rispettivi organi di controllo, ma chiarendo che di quella possibilità dette società possono valersi in via di eccezione e cioè: nel contesto di una disposizione che preveda esplicitamente che quelle società *di norma* non nominano OdV il consiglio di sorveglianza o il comitato per il controllo sulla gestione specificare che l'organo amministrativo che volesse invece seguire la via “non raccomandata” è tenuto a illustrare le ragioni che spiegano, alla luce delle peculiarità del caso concreto, la scelta di affidare al consiglio di sorveglianza o al comitato per il controllo sulla gestione la funzione di OdV. Nel dare conto di queste peculiarità l'organo amministrativo potrà anzitutto richiamarsi al genere di questioni che sono tradizionalmente e specificamente oggetto del controllo di legalità all'interno della singola realtà aziendale; ma nell'ambito di questa motivazione è soprattutto il MOG a poter giocare un ruolo decisivo e cioè nel MOG l'organo amministrativo potrebbe smussare gli angoli di una scelta organizzativa che, nei termini che si è detto, potrebbe suscitare (anche nel giudice penale) qualche perplessità: in sostanza, per mitigare il rischio che l'OdV personificato dal consiglio di sorveglianza o da amministratori indipendenti venga considerato *non* realmente imparziale, i MOG delle società con sistema monistico o dualistico che optano per un “OdV interno” ex comma 4-bis potrebbero ad esempio riproporre le “guarentigie” legali del sindaco in punto di stabilità del rapporto (giusta

causa per la revoca)³¹; oppure prevedere una composizione “necessariamente” mista dell'OdV e cioè la necessaria presenza di soggetti esterni al consiglio rispettivamente “di amministrazione” o “di sorveglianza”: in sostanza, si a consiglieri di sorveglianza e amministratori indipendenti nell'OdV ma non in via esclusiva; per questa via quel *gap* esistente tra collegio sindacale da una parte e organi di controllo alternativi dall'altro verrebbe accorciato all'interno del MOG così risultando più agevole per gli amministratori assolvere al riferito onere giustificativo.

In definitiva, anziché impedire del tutto alle società con sistema monistico e dualistico di valersi del “beneficio”, si può immaginare un regime di accesso vagamente ispirato alla logica del “*comply or explain*”, come già avviene in ambito bancario avuto specifico riguardo alla scelta dell'organo amministrativo di *non* affidare al collegio sindacale le funzioni di OdV³²; una logica che, si ricordi per conclusivo inciso, ha già guidato la penna del nostro legislatore in altri importanti settori normativi: in tema di organi amministrativi di società a controllo pubblico, società – non si dimentichi – ricadenti nell'ambito di applicazione del Decreto 231, l'art. 11 del D. Lgs. 175/2016 dispone che l'organo amministrativo è composto “*di norma, da un amministratore unico (...) l'assemblea della società a controllo pubblico, con delibera motivata con riguardo a specifiche ragioni di adeguatezza organizzativa e tenendo conto delle esigenze di contenimento dei costi, può disporre che la società sia amministrata da un consiglio di amministrazione composto da tre o cinque membri ovvero che sia adottato uno dei sistemi alternativi di amministrazione e controllo*”. Nel riformulare il comma 4-bis ci si potrebbe dunque ispirare a disposizioni come il citato art. 11.

Si arrivi o meno ad una riscrittura del comma 4-bis, a legislazione vigente, il senso nemmeno tanto nascosto del discorso è questo: per le società monistiche e dualistiche nominare OdV il consiglio di sorveglianza o il comitato per il controllo di gestione non può rappresentare la “prima scelta”; darebbero quindi prova di apprezzabile ed anzi doverosa prudenza quegli amministratori che pur di fronte ad una norma che li abilita *senza riserve* in questo senso *non* nominano membro dell'OdV “uno di loro” (sistema monistico) oppure i soggetti da cui promana la loro nomina (sistema dualistico). O se li nomina, adeguano in via di conseguenza, e nel senso detto, il MOG.

8. Note minime sui flussi informativi, anche nei gruppi.

Si tratta a questo punto di vedere, ove la singola società non si valga dell'opzione offerta dall'art. 6, comma 4-*bis*, c.c. e sempre nella prospettiva di un giudizio di idoneità, quale genere di relazione va stabilita – già all'interno del MOG – tra l'organo di controllo e l'OdV: la relazione sarà anzitutto di ordine informativo.

Il silenzio serbato dal legislatore del Decreto 231 sul tema dei flussi informativi ha portato la prassi applicativa, l'autodisciplina di settore e le norme della deontologia a suggerire convincenti risposte che, in termini semplificati, vedono l'OdV necessariamente destinatario di adeguati flussi in entrata: l'effettività della vigilanza 231 viene inevitabilmente a dipendere dalla quantità, qualità e tempestività delle informazioni a disposizione dell'OdV comprese quelle “create” dallo stesso organismo in quanto frutto di attività valutative compiute nell'esercizio dei poteri di vigilanza.

Esistono naturalmente anche flussi in uscita e non solo, come noto, verso l'organo amministrativo³³ e quello di controllo³⁴ ma anche verso soggetti esterni alla società: si guardi alla disciplina antiriciclaggio che accosta emblematicamente l'OdV al collegio sindacale, al consiglio di sorveglianza ed al comitato per il controllo sulla gestione avuto specifico riguardo all'obbligo di vigilare sul rispetto dei precetti del Decreto 231/2007 e dunque di segnalare *malpractices* o episodi anche solo sospetti³⁵; si tratta di un accostamento che, diversamente da quanto si osservava in precedenza, appare qui indicato: ad esempio, in nome della necessità di avere una prevenzione effettiva ed a larga scala di questo genere di criminalità - effettività che dipende anche dalla tempestività della segnalazione e dalla reattività nella risposta repressiva - il *pool* di amministratori che formano il comitato per il controllo sulla gestione devono disporre di un autonomo potere di iniziativa rispetto al consiglio di amministrazione in composizione plenaria e lo stesso vale per l'OdV rispetto all'organo di controllo e così via dicendo.

Discorso a parte merita un altro genere di relazione tra organo di controllo e OdV che si pone al di là del mero ma significativo scambio di informazioni e cioè il controllo di un organo sull'altro anche in esito a ciò che si apprende dallo scambio di informazioni: trattandosi però di un tema estremamente controverso, di questo genere di controllo vanno precisati presupposti abilitanti e confini.

Anzitutto non possono esservi dubbi sul fatto che il collegio sindacale possa ed anzi debba di

vigilare sulla corretta gestione del *budget* ovvero sul corretto funzionamento dell'OdV anche in considerazione dell'ampiezza del “mandato istituzionale” dell'organo di controllo e cioè del fatto che la vigilanza 231 entra naturalmente nel controllo nel controllo di legalità; a sua volta l'OdV svolge in primo luogo una vigilanza che, in alcune aree tematiche, appare sostanzialmente concorrente rispetto a quella del collegio sindacale³⁶: in secondo luogo ove se tra i soggetti che possono commettere un illecito a rilevanza 231 rientrano anche i sindaci, sotto la vigilanza dell'OdV ricade non può allora che ricadere anche l'operato di questi ultimi; quest'ultimo spunto invita a completare, con una puntualizzazione, il precedente ragionamento circa la possibilità di convergere sull'organo di controllo per la nomina dell'OdV: si è detto che valersi di quella possibilità non presenta significative criticità qualora sia il collegio sindacale a personificare l'OdV; è chiaro però che le criticità affiorano nella prospettiva di una vigilanza dell'OdV anche sull'operato dei sindaci in quanto la decisione dell'organo amministrativo di valersi dell'opzione offerta dal comma 4-*bis* dell'art. 6 finirebbe col delimitare una zona franca dalla vigilanza 231 in quanto non vi sarebbe un organo *altro* organo, diverso dall'organo di controllo tradizionale, incarica di vigilare sull'attività di quest'ultimo.

Passando dalle società “monadi” alle grandi organizzazioni pluri-societarie e cioè i gruppi è di nuovo la nomina dell'OdV ed in particolare l'individuazione dei soggetti che andranno a comporlo a presentarsi problematica.

Sembra anzitutto doversi escludere la possibilità di istituire una sorta di OdV “di gruppo” preliminarmente perché la prevenzione del rischio da reato (presupposto) impegna *individualmente* ciascuna società: l'art. 6 considera l'OdV un “*organismo dell'ente*” e non del gruppo o della rete di imprese cui l'ente appartiene; il tema, tuttavia, non è (soltanto) formale – sebbene l'argomento testuale risulti non superabile - ma decisamente sostanziale e per prenderne coscienza ci si deve sempre collocare nella prospettiva di un possibile procedimento 231 nell'ambito del quale è facile che possa considerarsi inadeguato quel MOG che affidi la vigilanza 231 sulla singola società controllata non già ad un OdV “dedicato” ma ad un OdV istituito “presso” la capogruppo impegnato a vigilare oltre che sulla stessa capogruppo anche su un numero, più o meno esteso, di controllate: si guardi ad esempio a quei gruppi dove le controllate operano in settori industriali che, sebbene complementari, espongono le singole realtà aziendali a differenti (già sul piano qualitativo) rischi 231 e quindi, in

via di ulteriore conseguenza, potrebbero reclamare professionalità o “sensibilità” differenti.

Non meno problematica è la parziale identità, a livello cioè di singoli componenti, tra OdV della capogruppo e OdV delle controllate: sempre nell’ottica di un possibile giudizio di idoneità, è indicato presidiare effettivamente – che in questo caso significa “strutturalmente” – l’autonomia dell’OdV delle singole società facenti parte del gruppo rispetto all’OdV “di vertice” non tanto, si noti, per mitigare il rischio di responsabilità in risalita argomento di cui spesso si abusa e che comunque – a parere di chi scrive – non si mitiga con un mero accorgimento formale (come evitare compresenze nei vari OdV), quanto e piuttosto perché sul monitoraggio e governo del rischio 231 le singole società controllate devono avere la possibilità di interloquire ed in limine contraddire le scelte organizzative che in ipotesi la capogruppo avesse in animo di assumere: nel che non deve ravvisarsi nulla di sovversivo o contraddittorio rispetto all’idea di una direzione unitaria del gruppo: per tutti gli altri aspetti, la direzione infatti può continuare ad essere definita dalla capogruppo “senza contraddittorio” e dunque unilateralmente (ovviamente nel rispetto dell’art. 2497 c.c.) né il fatto di ritagliare un’area – quella del rischio 231 – dove le controllate conservano, anche formalmente, una certa autonomia di azione indebolisce affatto l’unitarietà di quella direzione. Questi spunti incrociano un altro tema nevralgico e cioè la titolarità del potere di nomina: anche su questo piano una lettura sostanzialista di regole e principi di regolazione scongiurerebbe di allocare quel potere in capo alla controllante o almeno in capo al suo *management*³⁷.

Il ragionamento si apre invece a conclusioni diverse avuto riguardo all’eventuale *interlooking* orizzontale che veda gli OdV delle società soggette a comune controllo partecipati, anche in parte, dai medesimi soggetti: si tratta di uno scenario non soltanto ammissibile ma anzi “promettente” nell’ottica di assicurare una efficace vista d’insieme – anche alla “base” e non solo “al vertice” - su quelle operatività che espongono le singole realtà aziendali a rischi comuni particolarmente quando le società di gruppo sono legate da sinergie industriali che vedono alcune società operare al servizio di altre: per questa via, la condivisione di uno o più componenti dell’OdV pone le società controllate e soggette alla medesima direzione unitaria nella condizione di disporre di un quadro informativo tendenzialmente completo, non frammentato e unitario sui rischi per così dire “di gruppo”.

Quando poi al vertice del gruppo vi è una *holding* cosiddetta operativa dare al rischio di gruppo

questo genere di assetto è fondamentale anche in funzione di un corretto – in quanto legale – esercizio della direzione unitaria: diversamente dalle *holding* cosiddette finanziarie, quelle operative non si limitano infatti ad esercitare i comuni poteri di socio ma operano esse stesse sul mercato avvalendosi, nei più diversi modi, dell’attività delle controllate: la collaborazione, nel senso detto, tra OdV delle controllate come pure la loro composizione in parte comune si pone allora al servizio della *legalità* della politica di direzione unitaria attuata dalla capogruppo: assurge cioè a strumento di governo dei rischi di gruppo di cui può utilmente servirsi l’OdV della *holding*.

9. MOG “inidonei”, per il Decreto 231, e assetti “inadeguati”, per il Codice Civile: note minime sulla colpa organizzativa.

Se al centro della “buona” *governance* si pone il dovere di organizzare l’impresa in maniera tale da governare adeguatamente i rischi legali che ad essa pertengono allora il verificarsi di un evento a potenziale rilievo 231 – si arrivi o meno ad accertare la sussistenza di un reato presupposto e la responsabilità dell’ente – è la spia di assetti inadeguati e cioè un “segnali di allarme”: uno di quei segnali sulla cui omessa o ritardata captazione o corretta gestione la giurisprudenza da sempre fonda la responsabilità civile e penale (per concorso) di sindaci e amministratori privi di deleghe³⁸.

Si è già infatti ricordato essere dovere dei sindaci – ma lo stesso vale per consiglieri di sorveglianza ed membri del comitato per il controllo sulla gestione - vigilare “sull’adeguatezza dell’assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento” assetti che l’organo delegato e quello amministrativo in composizione plenaria devono, a loro volta e rispettivamente, curare e preventivamente valutare: i principi di comportamento del collegio sindacale attestano per esplicito l’esistenza di questa relazione tra MOG, assetti organizzativi e, dunque, sistemi di controllo interno³⁹ per tale intendendosi “l’insieme delle direttive, delle procedure e delle prassi operative adottate dall’impresa allo scopo di raggiungere, attraverso un adeguato processo di identificazione, misurazione, gestione e monitoraggio dei principali rischi”⁴⁰, tra cui devono allora includersi anche i rischi 231.

Pertanto, se all’esito di quel giudizio *post factum* caratteristico dei procedimenti 231 dovesse giungersi all’irrogazione di una sanzione 231, la società dovrà guardare a questa responsabilità

come ad una responsabilità non già per fatto altrui e di automatica affermazione⁴¹ ma “propria” in quanto si radica e viene a dipendere da una “sua” – e non di altri – colpa: quella colpa organizzativa che il diritto societario arricchisce di specifici contenuti e che il legislatore del Decreto 231 presuntivamente, di fronte ad un reato presupposto, ravvisa sia pure secondo due diverse gradazioni a seconda che il reato presupposto sia commesso da un apicale o da un “sottoposto”.

Di nuovo, quindi, un elemento peculiare dell’ente collettivo-società (di capitali) ed anzi della sua disciplina legale nel senso che *anche* per il diritto delle società di capitali il reato che viene commesso dall’apicale è un reato direttamente dell’ente e cioè: da un lato, ricadendo nell’art. 5, comma 1, lett. a) e quindi di fronte ad un reato commesso da un apicale, si peccherebbe di riduttivismo se si parlasse di “colpa” dell’ente; dall’altro, il reato commesso dal sottoposto (lett. b), *potrebbe* aver trovato una situazione favorente nell’incapacità del vertice aziendale di organizzare processi, definire organigrammi a tenuta, stabilire regole chiare, e così via dicendo: in somma, di fronte alla commissione di un reato presupposto, il rimprovero che viene mosso alla società è di aver permesso all’autore di agire “indisturbato” grazie ad organigrammi inadeguati (deleghe “finte”, distribuzione irrazionale di ruoli e responsabilità, organigrammi disegnati con cura sulla carta ma privi di “effettività”, etc.), alla mancanza di protocolli organizzativi, processi e regole “a tenuta” ovvero, se le regole esistono, alla loro mancata conoscenza (assenza di formazione) o alla loro mancata effettività (perché la loro inosservanza non è sanzionata per la mancanza di un appropriato sistema di monitoraggio e sanzionatorio).

Ecco perché non può esservi assetto organizzativo “adeguato” anche per gli effetti dell’art. 2086, comma, 2, c.c. in presenza di un MOG giudicato come “*non idoneo*” nell’ambito di un procedimento 231: a sua volta, la prevenzione 231 è effettiva anche in quanto il rispetto formale degli adempimenti o, secondo l’impostazione più liberista, dei “suggerimenti” del Decreto 231 sia preceduto, accompagnato, seguito e cioè avvenga nell’ambito di processi e protocolli correttamente funzionanti di cui la società deve *comunque* munirsi (essersi già munita) nell’ottica non solo di evitare una sanzione ma di salvaguardare la qualità – intesa anche come legalità - dei risultati e delle *performance aziendali*. Del resto, si è già fatto notare in dottrina che i protocolli organizzativi dell’impresa societaria rappresentano un *a priori* della corretta amministrazione in un ambito dove il sistema dei controlli societari svolge una funzione

centrale nella *governance* delle grandi imprese azionarie⁴².

In conclusione, il “criterio di connessione” tra il reato e l’ente risiede nell’incapacità dei massimi vertici aziendali di apprestare un’organizzazione idonea a ridurre quello specifico fattore criminogeno all’origine dello specifico reato presupposto effettivamente commesso: un criterio che va sotto il nome di “colpa organizzativa” e che il diritto societario si occupa di rendere esplicito munendolo di una certa concretezza.

10. Sulla obbligatorietà dei MOG, da una angolazione lievemente diversa.

Si dispone a questo punto di sufficienti elementi per dare alla questione della facoltatività-obbligatorietà dei MOG una, lievemente diversa, impostazione.

Alla luce del fatto che l’*effettività* della “prevenzione 231” e l’*adeguatezza* dell’assetto organizzativo dell’impresa rappresentino, nel senso che si è appena finito di osservare, un tutt’uno, si peccherebbe di riduttivismo ove si continui a porre quella questione in termini astratti e generali: se si rimane ancorati a questa impostazione la risposta sarà infatti sempre la medesima (adottare un MOG non è obbligatorio), salvo ricadere in quegli ambiti dove a pretendere l’implementazione di un MOG è il legislatore speciale⁴³ o lo statuto legale della società assurgendo la necessità di essere *231 compliant* a requisito *obbligatorio* di governo societario⁴⁴.

Quando l’ente collettivo è una società discutere quindi in termini teorici – e cioè di astratta necessità giuridica e con lo sguardo rivolto unicamente al Decreto 231 - dell’adozione di un MOG oltre ad essere inutile (perché, come detto, la risposta non cambia da vent’anni) rischia di risultare anche fuorviante e dunque pericoloso per l’ente: tanto più se si considera come il legislatore del Decreto 231 ha distribuito l’onere probatorio in caso di reato presupposto (in pratica, invertendolo).

I tempi sono allora maturi – ed anzi sono le epocali riforme del diritto di impresa tra cui le recenti in tema di crisi d’impresa ad averli fatti maturare – per inquadrare diversamente il tema della obbligatorietà dei MOG: si deve cioè passare dalla logica che pone in primo piano l’interesse economico della società a prevenire le sanzioni 231 alla logica della legalità quale valore che non solo *conviene* presidiare per evitare una sanzione la quale, si ricordi, può anche essere interdittiva, che non solo trova indiretto ma significativo riscontro in disposizioni normative di vario rango la cui inosservanza espone a responsabilità gli amministratori, ma al quale l’agire di questi ultimi deve *sempre* informarsi per assicurare all’esercizio

dell'impresa un indirizzo virtuoso: è collocandosi da questa prospettiva che emerge chiaramente perché è giusto non far rientrare il rischio di non conformità 231 tra i rischi “accettabili da parte degli amministratori”⁴⁵.

Avanzando nel ragionamento è allora decisiva l'angolazione soggettiva e cioè per evitare conclusioni semplicistiche è sempre indicato precisare “per chi” o, se si preferisce, in nome di quale interesse ci si chiede se l'adozione di un MOG assurga, o meno, a necessità giuridica: spostando invero l'attenzione dalla società – quale soggetto che potrebbe subire la sanzione e per il quale l'adozione del MOG rimane formalmente facoltativa - agli amministratori in quanto gestori di interessi altrui suscettibili, oggi, di considerazione decisamente più lata, appare giuridicamente doveroso se non adottare un MOG quanto meno svolgere una seria attività di *risk assessment*⁴⁶ finalizzata a stabilire se quell'adozione sia necessaria o (anche solo) opportuna, con la precisazione aggiuntiva che gli esiti di questa attività devono poi essere costantemente (di anno in anno) mantenuti.

Dare impulso a quell'*iter* valutativo e dunque al processo decisionale che *potrebbe* portare all'adozione di un MOG assurge così a principio di corretta amministrazione sulla cui osservanza da parte dell'organo amministrativo è chiamato a vigilare l'organo di controllo e di cui, aggiungasi per conclusivo inciso, i soci possono – e se il socio è pubblico *devono* – chiedere conto.

Se poi si sposta l'attenzione dagli amministratori ai vari *stakeholders* che a vario titolo investono nell'impresa il discorso si fa ancora più specifico: avvalorata l'idea che il rischio 231 non rientri tra quelli “accettabili” la scelta del legislatore del Decreto 231 di accompagnare alle sanzioni pecuniarie quelle interdittive aventi “pari dignità” ed anzi potenzialmente più dannose delle prime visto che la loro irrogazione potrebbe finire col compromettere la continuità aziendale: il doppio binario sanzionatorio risponde invero ad una precisa logica e cioè evitare che le sanzioni possano essere considerate alla stregua di un comune – uno tra i tanti – rischi di impresa come tale traslabile sugli *stakeholders*.

Richiamarsi all'adozione del MOG come ad una scelta che risponde all'esigenza di salvaguardare il valore che l'impresa crea per quanti, a vario titolo, in essa investono sollecita allora una conclusiva riflessione su quel sottoinsieme di enti collettivi che sono le società quotate della cui centralità, nella diffusione di *standard* e schemi di riferimento in ambito 231, si è già parlato in apertura: è stato di recente varato il *Codice di corporate governance* di Borsa Italiana che riunisce una serie di principi

(o raccomandazioni) di una buona *governance* che ruotano attorno ad alcuni concetti chiave uno dei quali è quello del “successo sostenibile”: formula dal significato forse elusivo⁴⁷ ma il cui impiego risponde ad una esigenza di fondo: allargare il perimetro degli interessi rilevanti e cioè – stando alla definizione di “successo sostenibile” che ne offre il Codice di *corporate governance* - l'azione gestoria deve puntare alla “creazione di valore nel lungo termine a beneficio degli azionisti, tenendo conto degli interessi degli altri stakeholder rilevanti per la società”; un parametro cui l'azione degli amministratori deve dunque conformarsi quando arriva il momento di definire, nei piani industriali, gli obiettivi strategici dell'impresa e di cui bisogna tenere conto nella definizione della politica per la remunerazione *top management*: ai fini del ragionamento che si viene svolgendo non si può negare come la concreta perseguibilità di questo obiettivo dipenda anche dalla qualità del sistema di controllo interno e di gestione dei rischi⁴⁸ a cominciare dal rischio 231.

È così che nelle società quotate assurge a valore assoluto essere *231 compliant*: il soggetto che investe risorse in quel genere di enti collettivi ha cioè interesse – e dalle considerazioni che precedono si comprende che non è un interesse di fatto - a che la società venga amministrata secondo prestabiliti protocolli organizzativi a tutela della legalità aziendale⁴⁹.

11. L'organo di controllo tra i soggetti “finali” della sanzione 231, nelle società di capitali.

L'idea che l'adozione di un MOG non solo risponda ad interesse di fatto della società (evitare il rischio di pericolosi provvedimenti sanzionatori) ma sia anche giuridicamente doverosa per quanti – all'apice della piramide organizzativa – la personificano, invita a svolgere qualche riflessione intorno all'art. 27, Decreto 231 per il quale “*dell'obbligazione per il pagamento della sanzione pecuniaria risponde soltanto l'ente con il suo patrimonio*”.

Di nuovo una disposizione che presenta non trascurabili peculiarità quando l'ente collettivo condannato in sede 231 sia una società di capitali: in questo caso la relazione che l'art. 27 considera di “esclusività” (“*soltanto*”) tra la sanzione e l'ente va relativizzata fino quasi a perdersi: non perché la sanzione pecuniaria possa essere materialmente pagata da un soggetto diverso dalla società e nemmeno perché una costituzione di parte civile possa condurre ad una condanna risarcitoria “all'interno” del procedimento 231, non essendo anche qui una lacuna il mancato richiamo al citato

istituto di diritto processuale penale⁵⁰; ma perché le conseguenze economiche della sanzione 231 inizialmente applicata alla - e pagata dalla - società potrebbero da questa essere traslate su un soggetto terzo: si allude non solo ed anzi, considerando gli scopi di questo contributo, non tanto all'autore del reato presupposto nei confronti del quale, ed è superfluo ricordarlo, la società può agire in "rivalsa" anche nell'ambito di azioni che seguono liturgie e garanzie dei riti giuslavoristici, quanto e piuttosto a coloro che hanno la responsabilità di organizzare l'impresa in modo tale da prevenire illegalità ed illeciti, soggetti questi che, come si è visto, il diritto societario individua negli amministratori e, nei limiti del difetto di vigilanza, nei sindaci e nei consiglieri di sorveglianza.

Vedere in questi ultimi i soggetti potenzialmente finali di una condanna 231 è il logico corollario del fatto che l'illecito che porta all'applicazione di una sanzione 231 presuntivamente integra o ha dietro di sé uno specifico illecito societario e cioè la violazione del dovere di predisporre assetti adeguati o, come già ricordato in dottrina, l'omessa mappatura dei rischi⁵¹: inadempimenti questi agli apicali.

La società, nell'ambito di una "comune" – per il diritto societario – azione *sociale* di responsabilità, può così trasferire sugli amministratori e per difetto di vigilanza sui sindaci le conseguenze dannose derivanti da una condanna 231: a venire in rilievo sono non solo i danni da pagamento della sanzione pecuniaria ma anche le ulteriori conseguenze pregiudizievoli subite dalla società di cui è allora opportuno occuparsi sia pure per rapidi accenni.

Si cominci col ricordare che la stessa continuità aziendale potrebbe risultare minacciata da alcune sanzioni interdittive previste dal Decreto 231, sanzioni che, come noto, sono principali e non accessorie a quelle pecuniarie e dunque "patteggiabili" (sistema sanzionatorio binario); ma pur senza arrivare ad ipotizzare un così grave (raro ma non di scuola) epilogo, la condanna ed anzi l'avvio stesso di un procedimento 231 potrebbe comunque determinare danni *reputazionali* o competitivi di non scarso momento⁵² come pure rilevanti potrebbero essere i danni legati a risarcimenti eventualmente accordati (nell'ambito di separati procedimenti) alle vittime del reato presupposto

Né, vale ricordarlo *per incidens*, l'eventuale scelta della società di non impugnare la sentenza che ha sancito la sua responsabilità 231 è argomento di cui l'amministratore può servirsi per limitare ed in limine escludere la propria responsabilità, quasi a dire, cioè, che lasciare passare in giudicato una sentenza di condanna 231 è decisione della società

che interrompe il nesso di causalità tra la condotta del suo amministratore (inadempiente rispetto ai doveri *ex art.* 2086, comma 2, c.c.) ed il danno che ne è derivato: sia perché, come detto, tra i danni risarcibili rientrano anche quelli riconducibili al fatto stesso di essere stato fruttuosamente esperito nei confronti della società un procedimento 231; sia perché, nel momento in cui quella sanzione viene irrogata, il danno – compreso quello da sanzione interdittiva (che anzi come detto potrebbe essere quello di maggiore impatto) - si è già concretizzato e cioè è un danno attuale ed esistente di cui la società *ex art.* 2393 c.c. può quindi pretendere ristoro (ovviamente previa prova della sua effettiva sussistenza).

Tirando le fila del discorso, si può allora essere del seguente avviso: come la questione circa la formale facoltatività dei MOG incroci interessi che nella considerazione del nostro ordinamento non possono essere sacrificati e di fronte ai quali serve davvero a poco declamare quella facoltatività, così l'art. 27, comma 1, Decreto 231 cattura il frammento di una ben più complessa realtà perché dei "danni" che un procedimento 231 sortisce nella sfera giuridica della società – di cui la sanzione pecuniaria è unicamente una delle voci (peraltro, in taluni casi, marginale) – possono essere chiamati a rispondere un insieme eterogeneo di soggetti: consiglieri delegati e non delegati (questi ultimi per aver omesso di valutare le scelte dei primi), sindaci e consiglieri di sorveglianza per non aver vigilato sulle decisioni dell'organo amministrativo, quanti altri operano alle dipendenze della società ma all'apice della piramide aziendale a cominciare da direttori generali e loro riporti diretti titolari di funzioni organizzative fino ad arrivare – non lo si può escludere – a quei procuratori speciali (anche esterni alla società) nei cui confronti la società potrebbe agire sulla base delle diverse regole della responsabilità professionale.

In questo quadro, discorso a parte, da mantenere comunque entro lo spazio di un veloce inciso conclusivo, va dedicato ai soci: da un lato, per ricordare che i "danni 231" non abilitano il socio a domandarne il risarcimento *ex art.* 2395 c.c. in quanto la sanzione 231, nel colpire il patrimonio sociale, finisce bensì col danneggiare i soci ma per questi ultimi non si tratterebbe di un danno riflesso e non diretto come invece ed appunto pretende l'art. 2395 c.c.; dall'altro per operare alcune puntualizzazioni sulla posizione di quei soci a favore dei quali lo statuto ritagli peculiari prerogative sulla gestione: nella prospettiva che queste prerogative di derivazione statutaria esistano e siano esercitate verrebbe da credere, sulle prime, che l'inadeguatezza degli assetti organizzativi

come si ascrive agli amministratori così si può ascrivere al socio “di riferimento” munito di un poteri di intervento nell’amministrazione della società; senonché, ad avviso di chi scrive, una simile conclusione proverebbe troppo almeno se prospettata in termini di principio e quindi astratti: rammentando infatti la precisazione operata dal recente decreto correttivo del Codice della Crisi⁵³, il genere di decisioni di cui si sta discutendo ricadono sotto la piena ed esclusiva responsabilità dell’organo amministrativo; e del resto, ben prima di questa comunque utile precisazione normativa, all’esame attento della dottrina non era sfuggito che la nomina dell’OdV non spetta all’assemblea degli azionisti (*ex art 2380-bis, c.c.*)⁵⁴. Naturalmente nel trarre queste conclusioni ci si sta collocando nella prospettiva che il socio faccia legittimo esercizio delle prerogative amministrative che ad esso competono da statuto: ove così non fosse – perché gli atti materialmente compiuti dal socio esorbitino il perimetro dei suoi diritti speciali di derivazione statutaria o perché, ancor peggio, il socio, sebbene privo di qualsivoglia investitura formale, “si atteggi” ad amministratore (*ex art. art. 2639 c.c.*) non v’è ragione alcuna per escludere detto socio dal novero dei soggetti chiamati a rispondere dei danni di cui si sta discutendo.

12. Organo di controllo e soggetti del reato presupposto.

Si è detto che la condanna 231 può innescare un’azione civile di responsabilità contro non solo gli amministratori ma anche, nei limiti di un loro difetto di vigilanza, contro sindaci e consiglieri di sorveglianza.

La posizione del componente dell’organo di controllo merita però un supplemento di riflessione in quanto induce ad alcune considerazioni di carattere generale circa la possibilità di ascrivere a quel soggetto la commissione di un reato presupposto, possibilità che – si dica sin da subito - si tende, da parte di molti, ad escludere sul presupposto che dai sindaci non può promanare alcuna condotta gestoria o direttiva⁵⁵: ed è in particolare nell’ambito di studi di diritto penale sui criteri di imputazione soggettiva della responsabilità 231 che la scelta di non includere nel catalogo degli “apicali” i soggetti investiti della funzione di controllo viene largamente difesa in quanto decisamente razionale ed anzi “politicamente” opportuna⁵⁶.

Anche su questo piano, però, restare ancorati al dato reale e cioè a come vengono tradotte in pratica alcune regole di diritto societario risulta decisivo al fine di inquadrare in termini lievemente diversi questa importante questione.

Conviene partire ricordando chi sono, per l’art. 5 Decreto 231, gli “apicali” della società: si tratta delle “*persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell’ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso*”.

Pur senza tradire la premessa maggiore che vede l’art. 5 rivolgersi *naturalmente* a chi promuove, partecipa, attua, etc. l’amministrazione, stabilire chi è il soggetto al quale riferire – si noti la non perspicua eniadi – l’ amministrazione “o” la direzione (anche “di fatto”) dell’impresa collettiva è questione che non può risolversi “in astratto” ma valutando il sistema di *governance* concretamente adottato e come quel sistema è stato declinato in pratica, visto che l’autonomia, nel conformare i concreti assetti organizzativi, dispone di ampi margini di manovra.

È empiricamente arduo – va ammesso – immaginare un’incolpazione del collegio sindacale per alcuno dei fatti previsti dalla Sezione III, Capo I del Decreto 231⁵⁷, ma questo non autorizza a considerare un’aporia il coinvolgimento diretto del sindaco nell’amministrazione degli affari societari: non si sta pensando a situazioni obiettivamente patologiche che rappresentano, anche per il contenzioso societario, rarità assolute⁵⁸ e nemmeno alla casistica, invece ricorrente nella giurisprudenza penale-fallimentare, del concorso del sindaco nel reato dell’amministratore, ma a situazioni che, pur connotate da indubbia straordinarietà, restano entro il perimetro naturale – in quanto tipizzato – del controllo sindacale e vedono il sindaco chiamato a curare adempimenti ed assumere decisioni che afferiscono *direttamente* l’amministrazione degli affari sociali: si guardi a quell’insieme eterogeneo di poteri sostitutivi nell’esercizio dei quali i sindaci svolgono attività sostanzialmente suppletiva di fronte ad inerzie dell’organo amministrativo ovvero alla sua obiettiva impossibilità di funzionamento⁵⁹, situazioni queste che allora – ove il sindaco faccia uso improprio di detti poteri - potrebbero integrare o quanto meno favorire la commissione di un comportamento penalmente rilevante (anche per gli effetti voluti dall’art. 5, Decreto 231): anzi, il fatto di essere poteri ad esercizio eleva il rischio di responsabilità anche penali alla luce di quella posizione di garanzia che nella spettanza di quei poteri trova il suo implicito presupposto applicativo. Di quel “dogma” ricordato in apertura va allora ripensata la premessa maggiore, non nel senso di considerare il sindaco un *naturale apicale con funzioni gestorie* ma nel senso che un procedimento 231 potrebbe prendere le mosse – e cioè *presupporre*

– anche un comportamento del sindaco: e nel figurarsi questo scenario è chiaro che l'attenzione va principalmente rivolta ai reati contemplati negli artt. 25, 25-ter, 25-quinquiesdecies.

I termini del ragionamento non variano ed anzi ne escono avvalorati quando la società presenti un sistema di *governance* dualistico o monistico: da un lato la “capacità criminale 231” del membro del comitato per il controllo sulla gestione viene a dipendere, semplicemente ma significativamente, dal fatto che la sua “prima” veste non è quella di soggetto che controlla la legalità dell'azione gestoria ma di chi personalmente e direttamente al suo svolgimento (sia pure quale consigliere indipendente) sicché escluderlo dal catalogo dei soggetti capaci di commettere un reato presupposto è semplicemente un errore di “grammatica giuridica”; quanto invece ai consiglieri di sorveglianza la cui peculiare posizione non è sfuggita all'esame attento della dottrina⁶⁰, pur non essendo amministratori, sono comunque investiti di significativi poteri di indirizzo ed approvazione che li pone nella condizione di incidono, preventivamente o successivamente, sull'operato del consiglio di gestione.

In definitiva, i poteri sostitutivi riconosciuti ai sindaci che vedono l'organo di controllo tradizionale intervenire in supplenza degli amministratori, le peculiari funzioni dei consiglieri di sorveglianza che inducono a considerare quello dualistico un sistema basato *soprattutto* sull'organo di controllo e la collocazione strutturale all'interno del consiglio di amministrazione dei membri del comitato per il controllo sulla gestione che rende quello monistico un sistema addirittura privo di un organo esterno di controllo rivelano come all'origine della responsabilità 231 potrebbero esserci atti *tipicamente* ricadenti nel tradizionale campo di azione dell'organo di controllo: senza poi dimenticare che per tutte e tre le categorie di soggetti si potrebbe configurare il concorso.

Rispetto a questi dati normativi il sistema 231 non può rimanere indifferente e ciò anche nella prospettiva di offrire del concetto di “apicale” una più lata ma sempre pertinente considerazione.

In conclusione, anche a voler ammettere che l'intendimento iniziale del legislatore “storico” fosse quello di escludere i sindaci dal novero dei soggetti che possono delinquere *ex art. 5* Decreto 231, oggi – e cioè a distanza di vent'anni – quella *voluntas legislatoris* deve confrontarsi con i profondi cambiamenti intanto intervenuti nella disciplina legale della *governance* societaria a cominciare dall'apertura verso due modelli di amministrazione e controllo non esistenti al momento del varo del Decreto 231: modelli che

vedono l'organo di controllo operare *al di sopra* di quello amministrativo e non “accanto” (sistema dualistico) o addirittura *al suo interno* (sistema monistico).

13. Lo svolgimento “di fatto” di funzioni “apicali” quale clausola di chiusura del sistema.

Per il primo capoverso dell'art. 5. “*L'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio (...) da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso*”. Il richiamo all'esercizio *di fatto* di poteri di gestione e controllo suggerisce che il reato presupposto possa essere commesso da *chiunque* si trovi concretamente ad operare in nome dell'impresa comportandosi da “apicale”, o perché lo è formalmente o perché tale “semplicemente” ma oggettivamente fa in modo di apparire: si tratta in effetti di una conclusione plausibile non solo per eminenti ragioni di ordine testuale ma anche nell'ottica di assicurare una prevenzione *effettiva* ed a larga scala della criminalità d'impresa atteso che ancorare la responsabilità al fatto di essere l'autore del reato presupposto munito di una determinata investitura formale avrebbe aperto il varco ad un fin troppo agevole aggiramento di precetti e responsabilità 231; riconoscere invece centralità allo svolgimento *effettivo* di un determinato ruolo e dunque all'esercizio *effettivo* di una determinata funzione di vertice munisce la disciplina 231 di quel rigore applicativo che la giurisprudenza penale di questi vent'anni ha costantemente ricercato.

Si intravede così la possibilità di far assurgere il richiamo all'esercizio “di fatto” di funzioni di vertice a vera e propria clausola di “chiusura” del sistema che potrebbe addirittura far passare in secondo piano la frase di apertura dell'art. 5, comma 1, lett. a) e cioè il richiamo al fatto di “*rivestire*” l'agente, funzioni o ruoli di rappresentanza o direttivi: in sostanza, “l'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a vantaggio *da chiunque* anche di fatto eserciti la gestione ed il controllo dello stesso”.

La proposizione virgolettata che riporta “concettualmente” ma non testualmente alle scelte operate dal legislatore di altri ordinamenti⁶¹: ove così riformulata la disposizione in esame finirebbe a clausola non già di chiusura ma “di apertura” del sistema 231 ed anzi ad clausola “principale” di imputazione soggettiva del reato presupposto.

Accedere all'idea che il reato presupposto possa essere ascritto a “*chiunque*”, esercitando anche di fatto la gestione o il controllo, agisca perseguendo un *prefigurato* interesse dell'ente (si realizzi o

meno questo interesse) o *procurando* all'ente un - vantaggio concreto (anche non prefigurato) non solo avvalorata, da una angolazione ancora diversa, quanto si è osservato a proposito degli illeciti a rilevanza 231 potenzialmente riferibili al sindaco (ed a più forte ragione ad amministratori indipendenti membri del comitato per il controllo sulla gestione e consiglieri di sorveglianza) ma, allargando la riflessione, permette di riguardare, da una angolazione diversa, gli illeciti commessi da collaboratori esterni e dipendenti o "sottoposti" per i quali ultimi il Decreto 231 pur detta una disciplina *ad hoc* all'interno della lett. b) dell'art. 5, comma 1.

Partendo dai primi va preliminarmente ricordato che il rischio 231 riferibile a consulente esterni, collaboratori, fornitori, etc. già da tempo è stato mappato all'interno dei MOG e la sua principale misura di mitigazione consiste nella definizione di *standard* contrattuali che sanzionano con la risoluzione la commissione da parte del terzo di fatti a rilievo 231⁶²: si tratta di una cautela assolutamente opportuna atteso che la condotta del consulente esterno potrebbe anche finire col ricadere nel campo di applicazione dell'art. 5, comma 1, lett. a) "ultima parte" qualora il contegno assunto dal consulente faccia assumere a questo le sembianze di un amministratore di fatto⁶³.

Tra i "soggetti non apicali" in senso formale rientrano anche quanti operano per conto della società sulla base di procure speciali: teoricamente dovrebbero appartenere alla categoria dei "sottoposti" (lett. b)⁶⁴ a meno che non compiano atti esorbitanti l'investitura formalmente ricevuta finendo con l'assumere *di fatto* la piena gestione o il controllo anche solo di una parte dell'attività di impresa: anche qui, si ricadrebbe *direttamente* (e non per estensione ed ancora meno per analogia, che non sarebbe peraltro permessa) nel campo applicativo della lett. a), ultima parte.

Anche per il dipendente - soggetto formalmente rientrante tra le "*persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza*" - valgono conclusioni sostanzialmente analoghe ed anzi in più di un caso la giurisprudenza ha ravvisato gli estremi dell'amministratore di fatto nella condotta di soggetti formalmente legati alla società da un rapporto di lavoro subordinato, si tratti di un dipendente al quale un ordine di servizio ha assegnato la titolarità di un ufficio, di un dipartimento o di una funzione o di "semplice" dipendente formalmente sprovvisto di investiture o cariche.

La possibilità di trattare il reato presupposto commesso dal dipendente alla stregua di un reato commesso da un "apicale" non è passata inosservata in dottrina: si è infatti osservato che

"*in presenza di doppia qualifica, sia comunque destinata a prevalere quella di soggetto in posizione apicale*"⁶⁵; la conclusione si condivide per una serie di concomitanti ragioni: anzitutto, ritenere prevalente - quasi in via di principio - la qualifica maggiormente responsabilizzante (per l'ente e non per il diretto interessato) - e cioè la qualifica di amministratore - evita che il più rigoroso regime - quello dettato per la fattispecie di reato commessa da apicali - possa essere eluso attraverso l'accorgimento formale che in realtà riflette una prassi diffusa nelle società di capitali di far stipulare all'amministratore un contratto di lavoro dipendente con inquadramento dirigenziale⁶⁶; in secondo luogo, quella conclusione presenta una certa coerenza con la scelta di campo operata dalle Sezioni Unite nella loro storica sentenza del 2017 in ordine alla qualificazione del rapporto tra società ed amministratore⁶⁷.

Si impone però una puntualizzazione: non è infrequente nei gruppi vedere "capi ufficio" della *holding* (anche senza qualifica dirigenziale) sedere (a titolo gratuito) nei consigli di amministrazione delle controllate il più delle volte soggette a direzione unitaria della prima: non può allora escludersi che l'amministratore (della controllata)-dipendente (della *holding*) venga ad assumere una condotta (integrante gli estremi del reato presupposto) che nell'avvantaggiare la *holding* finisce con l'avvantaggiare anche la controllata, condotta - qui il punto - che però il soggetto in questione potrebbe aver assunto unicamente nella veste di - e cioè esercitando le prerogative che ad esso competono quale - dipendente della capogruppo e non quale amministratore della controllata⁶⁸.

In conclusione, la condotta del dipendente o, più comprensivamente, del soggetto "sottoposto" alla vigilanza di un apicale potrebbe sfuggire dal campo applicativo della lett. b) - e cioè la sua sede naturale - per essere attratta in quello della lett. a): l'applicazione del "più mite" (dal punto di vista dell'ente) regime probatorio non deve infatti farsi dipendere unicamente dalla veste formale assunta dal soggetto che ha commesso il reato presupposto ma da considerazioni di ordine decisamente più sostanziale che se valgano in generale devono a più forte ragione valere quando l'ente collettivo è personificato dalla società visto: in sostanza, sarà la società a dover provare l'assenza di colpa organizzativa ovvero l'accusa a dover provare la mancata adozione o attuazione di un MOG idoneo a seconda del genere di comportamento assunto dal sottoposto, comportamento - aggiungasi - che andrà valutato anche in stretta considerazione del contegno tenuto dal medesimo sottoposto prima e dopo la commissione del reato

perché da quel contegno possono trarsi elementi segnaletici o probanti l'esistenza di una possibile "amministrazione di fatto" (come è dato evincere dal contenzioso societario).

14. La permanente neutralità del Decreto 231: punto di partenza e linee evolutive.

Il Decreto 231 non sembra recepire le molto rilevanti differenze che dividono, sul piano della struttura e del funzionamento, il sistema di *governance* tradizionale, dualistico e monistico ed i loro rispettivi organi di controllo; anzi, in relazione ad istituti e tematiche nevralgiche (come la nomina e la conformazione dell'OdV) ha apertamente omogeneizzato la disciplina: la "neutralità [del sistema 231] rispetto ai profili civilistici della struttura organizzativa degli enti"⁶⁹ viene largamente giustificata e difesa negli studi di diritto penale dove anzi al sistema 231 si guarda come ad un microsistema autonomo fatto da un *corpus* di norme che danno vita ad "un vero e proprio codice delle personnes morales"⁷⁰.

Non si può negare che risponde ad una precisa scelta di politica del diritto operata dal legislatore del Decreto 231 predisporre un apparato normativo di contrasto alla criminalità d'impresa rivolto senza differenziazioni di sorta a *qualunque* ente collettivo: da questa angolazione è allora giusto che il Decreto 231 continui a conservare la sua storica equidistanza rispetto allo statuto legale del singolo ente e più comprensivamente rispetto alle tante discipline di settore che, con diversi gradi di analiticità, regolamentano gli assetti organizzativi dei tanti enti collettivi che il nostro ordinamento accoglie.

Pur saldamente ancorati a questa impostazione di fondo non si può però fare a meno di osservare che le società di capitali, in questi vent'anni, hanno mostrato di essere enti collettivi decisamente diversi dagli altri: oltre al dato statistico ricordato in apertura che le vede al centro della giurisprudenza penale sulla responsabilità 231 le società di capitali, non bisogna dimenticarsi della radice culturale del sistema 231 e cioè: pur nel contesto di una disciplina che deve testualmente continuare a rivolgersi agli enti collettivi *tout court*, il sistema 231 ruota attorno al concetto di "colpa organizzativa" (*Organisationsverschulden*) concetto sul quale riposa *l'animus delinquendi* dell'ente: non può allora passare in secondo piano il fatto che il nostro diritto societario accoglie norme che sanciscono *per esplicito* - e non, come fa l'art. 6, Decreto 231, *per implicito* - il dovere di istituire e mantenere assetti organizzati *adeguati*

e del resto è proprio entro questi assetti che i presidi organizzativi 231 trovano la loro naturale collocazione.

Pertanto, pur nell'ambito di una disciplina "della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, della società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica" per dirla con la frase che intitola il Decreto 231 e quindi di una disciplina che *deve* continuare ad essere - nei principi, nell'impostazione generale, nella "rubrica" di capi, sezioni e articoli - una disciplina della responsabilità da reato di *tutti* gli enti collettivi e non solo delle sole società di capitali, a queste società va riconosciuta una sorta di centralità fenomenologica, una centralità che del resto è già attestata dalla giurisprudenza penale.

Nessuna, dunque, superiorità concettuale di un sistema giuridico, quello di diritto societario, sull'altro, quello 231 anche se - va ricordato almeno una volta - quando si tratta di colmare lacune normative in tema di organizzazione e funzionamento di collettività organizzate ovvero di enti dotati di struttura associativa, la giurisprudenza da sempre considera quella societaria come la disciplina di riferimento alla quale attingere⁷¹.

In sostanza sebbene il legislatore del Decreto 231, nel delineare poteri, doveri e responsabilità "231", si sia sforzato di non lasciare fuori "nessun" ente dettando norme di così ampio respiro da (rischiare di) sacrificarne, come si è visto, la certezza applicativa, a distanza di vent'anni si deve prendere atto che gli enti collettivi *non societari* continuano a rimanere ai margini del sistema 231: dal peculiare modo di atteggiarsi di assetti e statuti organizzativi delle società di capitali o, quanto meno, dai relativi principi informatori è decisamente opportuno partire al fine di costruire, per sottrazione o addizione e per non acritica imitazione, assetti e statuti "speciali" degli enti non societari.

Essere dell'avviso che le disposizioni del Decreto 231 che si richiamo alle scelte di *governance* operate dagli amministratori - a cominciare dal comma 4-*bis* dell'art. 6 - sono suscettibili o forse bisognose di una sorta di interpretazione adeguatrice "in chiave societaria" e cioè devono dialogare meglio di come fatto finora con le categorie di diritto societario non significa pretendere che il Decreto 231 consideri partitamente i vari modelli di amministrazione e controllo per dedicarvi regole "su misura" (obiettivo che comunque non appare affatto irragionevole né impossibile) ma che i tre modelli di (amministrazione) e controllo conservino anche in ambito 231 le proprie specificità, almeno quelle fondamentali: appiattare sulla disciplina del collegio sindacale la disciplina del consiglio di

sorveglianza e del comitato per il controllo sulla gestione annulla quelle specificità.

Quelle affrontare sono questioni interpretative ma anche di prospettive di una possibile riforma del diritto penale “degli enti collettivi” alla luce delle già intervenute riforme di diritto societario:

in questo senso, il comma 4-*bis* dell’art. 6, unica disposizione che parla del consiglio di sorveglianza e del comitato per il controllo sulla gestione, rappresenta il punto di partenza di un più coraggioso ammodernamento del sistema 231 che ancora attende di essere compiuto.

1 G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, p. 47.

2 L’art. 6 della L. 24 novembre 1982, n. 689. Più avanti negli anni, con D.M. 1 ottobre 1998 il Ministro della Giustizia (allora, Giovanni Flick) nomina una commissione per la riforma della parte generale del codice penale presieduta dal Prof. Grosso: nella relazione del Progetto Grosso si legge che “*le persone giuridiche, le associazioni non riconosciute, gli enti pubblici o privati, le imprese anche individuali debbono adottare e attuare modelli organizzativi idonei a evitare che vengano commessi reati con inosservanza di disposizioni pertinenti all’attività dell’organizzazione, o comunque nell’interesse dell’organizzazione da persone agenti per essa*”.

3 Sulla natura giuridica della responsabilità 231 la bibliografia è sterminata: *ex multis*, anche per gli ampi riferimenti, AAVV, *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, commentario diretto da M. Levis e A. Perini, Bologna, 2014; sull’idea di un *tertium genus*, A. ALESSANDRI, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, p. 58; D. PULITANO, *La responsabilità da reato degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 419; AMBROSETTI E., E. MEZZETTI, M. RONCO, *Diritto penale dell’impresa*, Bologna, 2016, p. 41. Sul punto, in sede di primi commenti, cfr. G. De Vero, *Struttura e natura giuridica dell’illecito di ente collettivo dipendente da reato. Luci ed ombre dell’attuazione della delega legislativa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, p. 1165 ss.

4 Cass., 7 aprile 2020, n. 11626.

5 GIP Trib. Milano, 16 luglio 2020. Cfr. sul punto, G. MORGESE, *SRL unipersonali e 231: un connubio non sempre possibile*, in questa Rivista, 2018, 12.

6 In senso affermativo, GIP Trib. Modena, Ord. 11 dicembre 2019; di diverso avviso, GIP Trib. Bologna, Ord., 10 dicembre 2020.

7 Cass. pen., 28 febbraio 2018, n. 9072.

8 Come la remissione della querela, la morte dell’autore del reato prima della condanna, il pagamento dell’oblazione, la sospensione condizionale della pena.

9 Lo ricorda di recente, in tema di reati ambientali, Cass. pen. 27 gennaio 2020, n. 3157; cfr. anche Cass. pen. 16 aprile 2018, n. 16713

10 Procura Rep. Como, Decreto di archiviazione *ex art.* 58 del D.Lgs. n. 231/2001 del 9 ottobre 2020.

11 E del resto si vedano le indicazioni offerte da una certa giurisprudenza (Trib. Roma, 4 aprile 2003, in *Cass. pen.* 2003, pp. 2803 ss.) e dalla dottrina (P. MONTALENTI, *Organismo di vigilanza e sistema dei controlli*, in *Giur. Comm.*, 2009, p. 848) in tema di composizione dell’OdV, composizione che si ritiene necessariamente collegiale di fronte a dimensioni importanti, fatturato elevato, complessità delle valutazioni ed elevata quantità: e la complessità delle valutazioni e dunque dell’attività da svolgere può anche dipendere dalla “*ampiezza del perimetro dell’area di rischio da reato*” come osservato, e l’osservazione si condivide, da N. ABRIANI – F. GIUNTA, *L’Organismo di Vigilanza. Compiti e funzioni*, in *Rivista231.it*, p. 23.

12 Fondazione *Johnson & Johnson*; Fondazione Cassa di Risparmio di Perugia; Fondazione FS Italiane; Casa di Industria Fondazione Onlus, solo per citarne qualcuna. Rivolgendo lo sguardo al settore pubblico, si guardi anche alla realtà delle “strutture sanitarie”.

13 Trib. Milano, GIP, 22 marzo 2011: nell’ambito di questo procedimento le parti avevano chiesto ed ottenuto *ex art.* 63 del D.Lgs. n. 231/ 2001, la condanna di un’associazione volontaria di pubblica assistenza (A.N.P.A.) la quale pur agendo formalmente quale ente no profit, svolgeva – si noti - vera e propria attività imprenditoriale nel settore sanitario: e quindi, comunque, anche la forma “non societaria” assume carattere recessivo rispetto allo svolgimento di una attività sostanzialmente imprenditoriale.

14 A parte casi rasi (e virtuosi), è indicativo che la maggior parte degli enti collettivi diversi dalle società di capitali che in questi due decenni hanno implementato un MOG operano nell’ambito (se non anche al vertice) di veri e propri gruppi societari (anche per gli effetti dell’art. 2497 c.c. e ss.) trattandosi dunque di enti aventi grandi dimensioni o comunque operanti in settori altamente regolamentati (come quello bancario): si guardi ad alcune fondazioni bancarie.

15 Sia consentita la colloquialità che riflette, in realtà, il comune sentire e cioè un modo di vedere la disciplina 231 che, va detto apertamente, lascia molto perplessi.

16 N.ABRIANI, *Il modello di prevenzione dei reati nel sistema dei controlli societari*, in *Diritto penale dell’economia*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Torino, 2019, cit., p. 2778.

- 17 C. PEDRAZZI, *Corporate Governance e posizioni di garanzia: nuove prospettive?*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, 2002, II, 1375.
- 18 Sia consentito rinviare a A. MORELLO, *Il comitato per il controllo sulla gestione tra dipendenza strutturale ed autonomia funzionale*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, pp. 740 ss.
- 19 M. CALLERI, *Spunti penalistici per l'indagine e l'accertamento avanti l'organismo di vigilanza*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2010, 3, 73.
- 20 L. 12 novembre 2011, n. 183.
- 21 Per un interessante vista d'insieme, N. ABRIANI – F. GIUNTA, *L'Organismo di Vigilanza*, cit., p. 4.
- 22 Denuncia ex art. 2409 c.c., convocazione dell'assemblea, impugnativa, etc.
- 23 Tra i contrari, C.E. PALIERO, *"Il D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest"*, in *Corr. Giur.*, pag. 848; N. PISANI, *"I requisiti di autonomia ed indipendenza dell'Organismo di Vigilanza istituito ai sensi del d.lgs. 231/2001"*, in *Rivista 231*, 1/2008, pag. 160. L'idea di convergere sul collegio sindacale è stata positivamente considerata da R. RORDORF, *La normativa sui modelli di organizzazione dell'ente*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse*, in *Cass. pen.*, 2003, suppl. al n. 6, pagg. 86-87; M. BOIDI – R. FRASCINELLI – P. VERNERO, *La compatibilità del collegio sindacale quale Organismo di Vigilanza ex D.Lgs. 231/2001*, in *Rivista 231*, 4/2011, pagg. 152 ss.
- 24 N. ABRIANI – F. GIUNTA, *Il sistema disciplinare all'interno del modello di prevenzione dei reati di cui al lgs. n. 231/2001IV*, in *Rivista231.it*, p. 4 al quale si rinvia anche per i riferimenti bibliografici al dibattito dottrinale sul punto (tra cui, A. BERNASCONI e E. BEGHE, *Sistema disciplinare per soggetti apicali, apparato sanzionatorio e stock options: profili problematici*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2007, n. 2, p. 48
- 25 Si vedano, a proposito del comitato controllo interno, i rilievi di S. BARTOLOMUCCI, *Rilevanza del modello societario e dell'assetto di corporate governance nella configurazione dell'Organismo di Vigilanza*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2007, 2, p. 31.
- 26 Trib. Roma, sez. GIP, Ordinanza 4 aprile 2008.
- 27 M. VIZZARDI, *Osservazioni sulla composizione dell'Organismo di vigilanza ex d. lgs. 231/2001*, in *Diritto penale contemporaneo*, 29 ottobre 2010, p. 10; prima dell'introduzione del comma 4-bis nell'art. 6, perplessità in relazione al sindaco-componente dell'OdV sono state sollevate da A. BERNASCONI, *La responsabilità degli enti. Commento all'art. 6 d. lgs. 231/2001*, a cura di Presutti-Bernasconi-Fiorio, 2008, p. 135; C. MANCINI, *I modelli organizzativi ex D. lgs. 231/2001. Etica di impresa e punibilità degli enti*, a cura di Monesi, 2005, p. 445; V. M. CARDIA, *Legge di stabilità 2012 e D. Lgs. 231/2001: riflessioni sulla composizione dell'organismo di vigilanza*, in *Resp. amm. soc. enti*, n- 1, pp. 123 ss..
- 28 A guidare la scelta non possono essere unicamente le "piccole dimensioni" sul rilievo che l'idoneità della prevenzione 231 si valuta in stretta considerazione non già ed anzi non tanto del fatto di essere l'impresa di piccola o grande dimensione quanto e piuttosto di avere l'impresa piccoli o grandi problemi organizzativi.
- 29 Quella di nominare membro dell'OdV qualche amministratore indipendente.
- 30 Si guardi ad esempio alla Raccomandazione n. 33 del recente Codice di *Corporate Governance* per il quale *"Nel caso [l'OdV] non coincida con l'organo di controllo, l'organo di amministrazione valuta l'opportunità di nominare all'interno dell'organismo almeno un amministratore non esecutivo e/o un membro dell'organo di controllo e/o il titolare di funzioni legali o di controllo della società, al fine di assicurare il coordinamento tra i diversi soggetti coinvolti nel sistema di controllo interno e di gestione dei rischi"*.
- 31 Per N. ABRIANI – F. GIUNTA, *Il sistema disciplinare*, cit., p. 22 la sanzione della risoluzione del rapporto dovrebbe essere irrogata "previa predisposizione di una serie di garanzie (ad es. adeguata motivazione del provvedimento, coinvolgimento dell'assemblea dei soci o dell'organo sociale di controllo diverso da quello coinvolto) volte ad evitare ogni un utilizzo strumentale di tali rimedi per rimuovere organi di controllo che, nel diligente svolgimento del proprio compito di vigilanza, risultino "scomodi" ai vertici aziendali".
- 32 Nelle banche dove la "regola" è convergere sul collegio sindacale ai fini della nomina dell'OdV, la Banca d'Italia, con circolare 17 dicembre 2013, n. 285 (11° aggiornamento), richiede una motivazione analitica alle banche che intendano discostarsi da questa raccomandazione di massima. Sul punto, Banca d'Italia, *Il sistema dei controlli interni, il sistema informativo e la continuità operativa*, Nota di chiarimenti del 24 gennaio 2014, aggiornata al 6 giugno 2014 e al 22 luglio 2015
- 33 Il quale *deve* essere reso edotto – nell'ambito della tradizionale (continuativa o episodica) attività reportistica – degli esiti della vigilanza 231.
- 34 Avuto riguardo al collegio sindacale di società non quotate di recentissimo aggiornamento prevedono (5.5) che il collegio sindacale acquisisce informazioni dall'OdV *"in merito alla funzione da esso assegnata dalla legge al fine di vigilare sull'adeguatezza, sul funzionamento e sull'osservanza"* del MOG.
- 35 E nell'operare questo accostamento che riguarda *"tutti i soggetti incaricati del controllo di gestione comunque denominati"* pone in capo all'OdV il dovere di comunicare all'autorità di vigilanza le violazioni riscontrate (art. 52), dovere di rilevanza tale da vedere sanzionato penalmente il suo inadempimento (art. 55).
- 36 E su questi due aspetti si v., per tutti, N. ABRIANI – F. GIUNTA, *L'Organismo di Vigilanza*, cit., p. 19
- 37 Cfr. sul punto N. ABRIANI, *Il modello di prevenzione*, cit., pp. 2798 per il quale il potere di nomina "andrebbe, quanto

meno, sottratto al management della holding, e assegnato a un comitato di amministratori indipendenti interno al consiglio di amministrazione”.

38 Naturalmente non citare gli amministratori muniti di deleghe delegato è una consapevole omissione perché nella generalità delle ipotesi ad “allarmare” – per il tramite dei riferiti segnali di allarme – sono scelte e decisioni ascrivibili agli amministratori delegati.

39 Principio 5.5.

40 Cfr. CNDCEC, *op. cit.*, norma Q.3.5.

41 Lo si ricorda già in Trib. Fermo, 28 febbraio 2017 per il quale la responsabilità dell’ente non è una conseguenza, per così dire, automatica o inevitabile del reato presupposto.

42 N. ABRIANI, *Il modello di prevenzione dei reati*, cit., pp. 2781 ss.

43 Si guardi alla sicurezza sul lavoro (D. Lgs. n. 81/2008) dove, come noto, il legislatore è sceso in profondità nel declinare regole e principi organizzativi che l’imprenditore deve osservare a prevenzione di quel particolare genere di reati presupposti previsti dall’art. 25-septies: è noto, infatti, che bisogna disegnare organigrammi *realmente* a tenuta, articolare processi strutturati e “seri”, munire dipendenti e *managers* di deleghe autentiche ed esercitabili, selezionare “persone” realmente (anche sul piano delle competenze professionali) capaci, formare utilmente la popolazione aziendale e così via dicendo

44 Si tratta delle società che ambiscono alla quotazione sul segmento STAR (Segmento Titoli con Alti Requisiti). Per il Regolamento dei Mercati di Borsa Italiana è infatti un requisito di governo societario necessario al fine di ottenere la qualifica di STAR Mercato MTA di Borsa Italiana, l’adozione di un MOG ai sensi dell’art. 6 Decreto 231.

45 Trib. Milano, 3 novembre 2010: è il caso Italease.

46 Così già. N. ABRIANI, *Il modello di prevenzione dei reati*, cit., pp. 2798 ss.

47 M. VENTORUZZO, *Il nuovo Codice di Corporate Governance 2020: le principali novità*, in *Le Società*, 4/2020, p. 440.

48 Che per lo stesso Codice è rappresentato dall’insieme delle regole, procedure e strutture organizzative finalizzate “ad una effettiva ed efficace identificazione, misurazione, gestione e monitoraggio dei principali rischi, al fine di contribuire al successo sostenibile della società”.

49 Nella generalità delle ipotesi, è proprio lo *stakeholder* diverso dal socio o quanto meno dal socio di controllo o di riferimento che intendere la legalità come strumento al servizio del *business* e dunque come fattore di crescita e stimolo per il raggiungimento, appunto, del successo sostenibile al riparo, aggiungasi, dal rischio che l’azione sociale possa essere condotta nel preminente interesse di “qualcuno” a scapito degli “altri” (leggasi, dietro queste formule, alcuni tipi di reati societari e finanziari rientranti nel catalogo di quelli “presupposto”).

50 Cass. Pen., 27 gennaio 2015, n. 3786; Cass. Pen., 22 gennaio 2011, n. 2251. Contra, C. Ass. Taranto, 4 ottobre 2016. Si ricordi, a conferma dell’orientamento prevalente, la disciplina del sequestro conservativo che ai sensi dell’art. 54 opera, appunto ed unicamente, a garanzia del pagamento della sanzione pecuniaria.

51 N. ABRIANI, *Il modello di prevenzione dei reati*, cit., p. 2803.

52 Contrazione vendite, perdita quote di mercato, discredito tra fornitori, finanziatori, investitori e così via dicendo in conseguenza della notizia del “coinvolgimento” della società in un procedimento 231 (e naturalmente è intenzionale il virgolettato atecnico).

53 Per l’art. 40 del D. Lgs. 26 ottobre 2020, n. 147, “L’istituzione degli assetti di cui all’articolo 2086, secondo comma” spetta esclusivamente agli amministratori.

54 N. ABRIANI – F. GIUNTA, *L’Organismo di Vigilanza*, cit., p. 19.

55 R. RORDORF, *I criteri di attribuzione della responsabilità. I modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire i reati*, in *Soc.*, 2001, p. 1299; G. DE SIMONE, *I profili sostanziali della c.d. responsabilità amministrativa degli enti; la parte generale e la parte speciale del d.lgs. n.8 giugno 2001, n. 231*, in *AA.VV., Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, p. 105; D. PULITANO, *La responsabilità da reato degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 426;

56 C. DE MAGLIE, *L’etica e il mercato*, Milano, 2002, p. 332; O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in *Reati*, (a cura di) G. Lattanzi, Milano, 2010, p. 60; A. FIORELLA, *Principi generali e criteri di imputazione all’ente della responsabilità amministrativa*, in *La responsabilità della società per il reato dell’amministratore*, (a cura di) G. Lancellotti, Torino, 2003, p. 5103; M. PELISSERO, *La responsabilità degli enti*, in *Manuale di diritto penale* di F. Antolisei, *Leggi complementari*, vol. I, 13^a ediz. a cura di C.F. Grosso, Milano, 2007, p. 862.

57 Si v. però i rilievi di C.E. PALIERO, *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione*, in A. ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002, p. 53; DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) d’imputazione*, in *Diritto penale contemporaneo*, ottobre 2012, p. 4.

58 Come il caso – beninteso, raro ma non di scuola né impossibile - del soggetto che pur formalmente nominato sindaco si atteggia, dentro e fuori l’azienda, come amministratore “di fatto”.

59 Qualora venga meno il socio-amministratore unico, il collegio o il sindaco unico di s.r.l. sono investiti delle attribuzioni dell’organo di amministrazione ed in questo caso l’attività suppletiva si sostanzia nel compimento di rilevanti attività non

solo sul piano degli adempimenti pubblicitaria (comunicazioni al registro delle imprese) ma anche *stricto sensu* gestoria assumendo, sia pure transitoriamente, l'amministrazione della società fino al subentro degli eredi (secondo quanto previsto dallo statuto); in caso di omissione da parte degli amministratori, i sindaci, anche individualmente, possono provvedere, in via sostitutiva, iscrizione della nomina e della cessazione dei componenti del collegio sindacale; il collegio sindacale, può procedere in via sostitutiva con la convocazione dell'assemblea (es. *ex art.* 2446, co. 1, c.c.); il collegio sindacale, inoltre, entro quindici giorni dalla data in cui l'assemblea ha deliberato la cessazione anticipata dell'incarico di revisione, si occupa delle relative comunicazioni in caso di inerzia dell'organo amministrativo; il collegio sindacale verifica il deposito da parte degli amministratori dell'attestazione di avvenuta sottoscrizione dell'aumento di capitale ai sensi dell'art. 2444 c.c. e della dichiarazione prevista dall'art. 2343- *quater*, co.3, c.c. provvedendovi in caso di omissione dell'organo amministrativo.

60 Cfr. N. ABRIANI – F. GIUNTA, *Il sistema disciplinare*, cit., p. 7.

61 Art. 121, comma 2, Codice penale Francese.

62 È infatti un "presidio 231" entrato negli *standard* dei MOG prevedere l'introduzione nei contratti che la società stipula con soggetti terzi clausole che sanzionano con la risoluzione automatica del rapporto la commissione di illeciti a rilevanza 231 come pure la violazione del Codice Etico (altro pilastro su cui si regge la legalità aziendale dell'impresa moderna).

63 si può essere di questo avviso quando il soggetto, pur "formalmente" legato alla società da un rapporto di *mera* consulenza, eserciti "anche di fatto, la gestione o il controllo" dell'ente commettendo reati presupposto a vantaggio o nell'interesse dell'ente.

64 O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di G. LATTANZI, Milano, 2009, p. 7.

65 N. ABRIANI – F. GIUNTA, *Il sistema disciplinare*, cit., p. 2.

66 Vi è tuttavia da precisare che "assumere" come dipendente l'amministratore è prassi che viene seguita al diverso fine di innalzare le tutele dell'amministratore e non della società.

67 Cass. SS.UU., 20 gennaio 2017, n. 1545.

68 Si guardi, ad esempio, al capo del dipartimento tesoreria di gruppo che si renda artefice di un grave episodio corruttivo finalizzato alla chiusura di una operazione in derivati come tale rientrante nell'ambito del "day-by-day" management di un qualsiasi operatore di tesoreria.

69 Virgolettato di N. ABRIANI, *Il modello di prevenzione dei reati*, cit., p. 2779.

70 E. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa e nodelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass. Pen.*, 2005, p. 320.

71 In tema di (*prorogatio* di amministratori) di associazioni non riconosciute, si v. ad esempio Cass. ord., 30 settembre 2019, n. 24214.

 **GIURISPRUDENZA PENALE**