

## **CONSIGLIERI DI SORVEGLIANZA, AMMINISTRATORI INDIPENDENTI E SINDACI DI FRONTE AL RISCHIO 231**

*Nessun ente collettivo può permettersi di agire in modo disorganizzato. Se a essere collettiva è una impresa, l'organizzazione è anzitutto elemento costitutivo perché l'impresa (anche quella individuale) è attività necessariamente organizzata e cioè attività che vede la collaborazione tra più soggetti attuata sulla base di un principio organizzativo. Quindi, se manca qualsivoglia forma di organizzazione non vi è impresa. In secondo luogo, 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 esperimenti. 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) e dai profili soggettivi: è stato così precisato che il Decreto 231 si rivolge anche agli enti di diritto straniero (cfr. Cass., 7 aprile 2020, n. 11626); che restano sostanzialmente ai margini del perimetro applicativo le società unipersonali (v. GIP Trib. Milano, 16 luglio 2020); 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 prova (cfr. in senso affermativo, GIP Trib. Modena, Ord. 11 dicembre 2019; di diverso avviso, GIP Trib. Bologna, Ord., 10 dicembre 2020), e così via dicendo.

I chiarimenti sui presupposti applicativi non sono meno importanti: si tratta di una responsabilità legata alla commissione da parte dell'ente di un illecito che non si identifica nel "altrui" reato, sebbene sia necessario 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 irrilevante (cfr. Cass. pen., 28 febbraio 2018, n. 9072); 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'amnistia; la natura colposa del reato presupposto non esclude affatto il vantaggio o l'interesse dell'ente; ed è sempre nel solco di questa persuasiva ricostruzione che in un certo senso autonomizza la responsabilità dell'impresa 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 esponenti.

La prevenzione del rischio penale nell'impresa – ossia un rischio che 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. Ciò rileva 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: a un titolo, l'amministratore delegato (o l'eventuale comitato esecutivo), a altro titolo, l'organo amministrativo nella sua composizione plenaria (Cda, nel sistema tradizionale e

monistico; consiglio di gestione in quello dualistico) e a 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..

Avuto specifico riguardo all'organo di controllo, l'adozione – e 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. Al riguardo, la mancata adozione del MOG non deve presuntivamente intendersi espressione di *negligente* amministrazione, in quanto questo potrà semmai essere l'esito quel concreto giudizio *post factum* tipico dei procedimenti 231 e non la premessa di un ragionamento teorico. Il controllo di legalità, invece, 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 e 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 e 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. 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 e interpreti chiamati a 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 a una disposizione della cui centralità nel sistema 231 alcuno può dubitare, se l'introduzione a opera delle Legge di stabilità 2012 nell'art. 6 Decreto 231 del comma 4-bis risponda a questa logica allorché stabilisce che il consiglio di sorveglianza, il comitato per il controllo sulla gestione e 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" che il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza e 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 a 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 e 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 concrete l'OdV non dispone di poteri per così dire impeditivi, di reazione e 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 a 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".

L'OdV composto interamente da sindaci non è un "super-OdV", in quanto formalmente munito di poteri aggiuntivi rispetto a quelli caratteristici (ma non tipizzati) che ricavano implicitamente dal

Decreto 231, ma significa 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*: 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. 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. 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 sindacale 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 e 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 e il comitato per il controllo sulla gestione: il legislatore della Legge di stabilità 2012 ha 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 e il consiglio di sorveglianza e 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 si sta parlando di differenze "strutturali" che potrebbero invece essere valorizzate da un giudice penale nell'ambito di un procedimento 231 e 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 apicali.

Per il comitato per il controllo sulla gestione – ma il rilievo critico potrebbe riguardare qualunque comitato interno al CdA – il discorso è ancora più radicale e per certi versi più semplice perché si riduce a 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 e 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 e 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 giurisprudenza valorizzava per spiegare perché al collegio sindacale non potesse assegnarsi il ruolo di OdV (cfr. Trib. Roma, sez. GIP, Ordinanza 4 aprile 2008).

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 (sistemica) di simile portata trattandosi di una disposizione che codifica un dato normativo decisamente parziale e 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 e apparentemente dimensionale – di cui non può tacersi la sfuggevolezza: ancora con altre parole, il comma 4 dell'art. 6 è privo di significatività sistemica sia a causa della sua non perspicua e anzi equivoca formulazione e sia della sua premessa maggiore che circoscrive ai soli enti di piccole dimensioni il “benplacito” 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*. 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 amministrativo e quello di controllo ma anche verso soggetti esterni alla società: si guardi alla disciplina antiriciclaggio che accosta emblematicamente l'OdV al collegio sindacale, al consiglio di sorveglianza e 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 sospetti; si tratta di un accostamento che, diversamente da quanto si osservava in precedenza, appare qui indicato: per esempio, in nome della necessità di avere una prevenzione effettiva e a larga scala di questo genere di criminalità 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 e 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 sindacale: 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 e 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 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 idoneo quel MOG che affidi la vigilanza 231 sulla singola società controllata non già a un OdV "dedicato" ma a 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 per esempio a quei gruppi dove le controllate operano in settori industriali che, sebbene complementari, espongono le singole realtà aziendali a differenti 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 e 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 a 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*.

Il ragionamento si apre invece a conclusioni diverse avuto riguardo all'eventuale *interlocking* 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 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 a 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*.

Se al centro della “buona” *governance* si pone il dovere di organizzare l’impresa in maniera tale da governare adeguatamente i rischi legali che a 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 deleghe. Si è già infatti ricordato essere dovere dei sindaci 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 interno 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*”, 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 a una responsabilità non già per fatto altrui e di automatica affermazione ma “propria” in quanto si radica e viene a dipendere da una “sua” colpa: quella colpa organizzativa che il diritto societario arricchisce di specifici contenuti e che il legislatore del Decreto 231 presuntivamente, di fronte a 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) e 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 a 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 a 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 nell’ottica non solo di evitare una sanzione ma di salvaguardare la qualità dei risultati e delle *performance aziendali*. Del resto, si è fatto notare 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 azionarie. 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.

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 speciale o lo statuto legale della società assurgendo la necessità di essere *231 compliant* a requisito *obbligatorio* di governo societario. Quando l’ente collettivo è una società discutere quindi in termini teorici dell’adozione di un MOG oltre a 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 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.

E’ 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. 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. Invero, spostando l’attenzione dalla società 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* 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” e anzi potenzialmente più dannose delle prime visto che la loro irrogazione potrebbe finire col compromettere la continuità aziendale: il doppio binario sanzionatorio risponde invero a 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 a 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 elusivo ma il cui impiego risponde a una esigenza di fondo: allargare il perimetro degli interessi rilevanti e cioè 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 rischi 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 a che la società venga amministrata secondo prestabiliti protocolli organizzativi a tutela della legalità aziendale.

L'idea che l'adozione di un MOG non solo risponda a 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 a una condanna risarcitoria *“all'interno”* del procedimento 231, non essendo anche qui una lacuna il mancato richiamo al citato istituto di diritto processuale penale; 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 e 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 e 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 rischi: 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 a ipotizzare un così grave (raro ma non di scuola) epilogo, la condanna e anzi l'avvio stesso di un procedimento 231 potrebbe comunque determinare danni *reputazionali* o competitivi di non scarso momento 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 e 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.) e il danno che ne è derivato.

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 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 – 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 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 e 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 esercitare 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 Crisi, 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.). Naturalmente nel trarre queste conclusioni ci si sta collocando nella prospettiva che il socio faccia legittimo esercizio delle prerogative amministrative che a 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.

15 marzo 2021

A cura di Avv. Bruna Capparelli