

***La modifica dell'art. 6  
del D.lgs. 231/2001:  
critica ragionata all'attribuzione  
al collegio sindacale della funzione  
di organismo di vigilanza***

---

Edizione 1.0 – 23 marzo 2012

## 1. La proposta del “decreto sviluppo”

Come noto, il D. Lgs. 231/2001, che ha introdotto nell'ordinamento la responsabilità cd. amministrativa degli enti per i reati compiuti dai loro esponenti, rappresenta la risposta legislativa all'esigenza di combattere la criminalità economica; riguarda profili cui tutti siamo sensibili, dalla prevenzione dei fenomeni di corruzione, di criminalità organizzata e riciclaggio, alla sicurezza sul lavoro, alla tutela del patrimonio ambientale.

Nel corso dell'elaborazione del c.d. “decreto sviluppo”, nell'ottobre-novembre 2011, era stata proposta l'introduzione nel corpo dell'art. 6 del D. Lgs. 231/2001 di un comma 4bis del seguente tenore: *“Nelle società di capitali, ove lo statuto o l'atto costitutivo non dispongono diversamente, il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza e il comitato per il controllo della gestione coordinano il sistema dei controlli della società e svolgono le funzioni dell'Organismo di Vigilanza di cui al comma 1, lettera b)”*.

Tale norma avrebbe comportato, di fatto, l'abolizione dell'Organismo di Vigilanza nelle società di capitali con attribuzione delle sue funzioni all'organo di controllo (nella maggior parte dei casi, il Collegio Sindacale), allo scopo dichiarato di ottenere una “concentrazione delle funzioni e conseguenti risparmi di spesa per gli enti destinatari”.

## 2. La reazione e la norma definitivamente approvata

La proposta normativa giungeva del tutto inaspettata in quanto nessuno si era mai spinto ad affermare che potesse esservi una totale coincidenza tra l'Organismo di Vigilanza e gli organi sociali, in particolare di controllo, come il Collegio Sindacale<sup>1</sup>.

---

1 A sostegno di questa tesi, tra gli altri: Giarda A., <<Responsabilità penale>> delle persone giuridiche, Ipsoa, 2007; Sfameni P., *La responsabilità delle persone giuridiche: fattispecie e disciplina dei modelli di organizzazione*, in AA.VV. *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di Alessandri A., Pulitanò D., *La responsabilità da reato degli enti: i criteri di imputazione*, in Riv. it. dir. e proc. pen. 2002, 02, 415; Lanzi A. in atti del Convegno AODV231 20 maggio 2009- Tavola rotonda **“Il complesso rapporto tra OdV e organi aziendali nell'ambito della governance d'impresa”**.

In giurisprudenza si ricorda l'ordinanza del G.I.P. presso il Tribunale di Roma in data 4-4-2003 secondo cui *“Con riferimento all'organismo di controllo, previsto nella più volte menzionata delibera del consiglio di amministrazione, osserva il giudice che tale organismo, per essere funzionale alle aspettative, deve necessariamente essere dotato di indispensabili poteri di iniziativa, autonomia e controllo. Evidente, infatti, che al fine di garantire efficienza e funzionalità l'organismo di controllo non dovrà avere compiti operativi che, facendolo partecipe di decisioni dell'attività dell'ente, potrebbero pregiudicare la serenità di giudizio al momento delle verifiche. Al riguardo appare auspicabile che si tratti di un organismo di vigilanza formato da soggetti non appartenenti agli organi sociali, soggetti da individuare eventualmente ma non necessariamente, anche in collaboratori esterni, forniti della necessaria professionalità, che vengano a realizzare effettivamente «quell'organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e controlli»*”. Del medesimo tenore l'ordinanza del G.I.P. presso il Trib. di Milano in data 20-9-2004, nonché la recente sentenza della Corte di Assise di Torino in data 15-4-2011 riguardo la carenza di autonomia dell'Organismo di Vigilanza, allorché vi sia sovrapposizione tra “controllore” e “controllato”: *“La Corte ritiene che questa circostanza, di per sé sola, induca a ritenere che il modello adottato (...) non poteva essere stato reso (...) efficace, sottolineando che tale organismo deve essere dotato, secondo il citato art. 6, di <<autonomi poteri di iniziativa e controllo>>: non è necessario spendere ulteriori parole sulla <<autonomia>> del controllore quando è la stessa persona fisica del controllato”*.

Del resto, da una recente *survey* condotta da un'autorevole associazione (Assonime, Note e Studi n. 6/2011) l'attribuzione del ruolo di Organismo di Vigilanza al Collegio Sindacale era risultata, non sorprendentemente, una soluzione a dir poco contrastata. *“Secondo la maggior parte delle società questa proposta può contribuire a razionalizzare il sistema dei controlli (nota n. 67: 11 società sono a favore mentre 9 si esprimono in senso negativo). Vengono posti però in luce alcuni profili critici che devono essere presi in considerazione nel declinare questa proposta. Il primo è che essa presuppone una continuità nello svolgimento della funzione che attualmente non caratterizza l'attività del Collegio Sindacale. Il secondo è che tale soluzione potrebbe determinare una diminuzione dell'efficacia dei controlli, per la mancata conoscenza del business specifico della società da parte del Collegio Sindacale. La maggior parte delle società afferma che questa soluzione non porta ad una significativa riduzione dei costi (nota n. 68: 15 società su 20) ma potrebbe comportare un incremento dei compensi corrisposti ai sindaci”* (*ibid.*). In sintesi, nonostante l'attenzione ai profili di semplificazione, la metà delle società interpellate (9 su 20) giudicava la proposta inadeguata, e praticamente tutte ne evidenziavano i gravi svantaggi a fronte di una sostanziale inutilità in termini di risparmio di costi.

La proposta di modifica dell'art. 6 è stata quindi fin da subito oggetto di severe critiche, anche da parte dell'AODV<sup>231</sup> e di Transparency International, l'organismo più autorevole al mondo nel campo della *business ethics*, che ha difeso il ruolo svolto dagli Organismi di Vigilanza nella loro attuale strutturazione, sottolineandone l'assoluta centralità per il funzionamento del modello organizzativo ex D. Lgs. 231/01.

A ben vedere, fino ad oggi l'Organismo di Vigilanza è stato il vero architrave del sistema di prevenzione dei reati, grazie ai caratteri di indipendenza, professionalità e continuità di azione che le migliori prassi aziendali e le indicazioni della giurisprudenza sono venute attribuendogli. In questi primi 10 anni di applicazione del D. Lgs. 231/01, gli Organismi di Vigilanza hanno sviluppato e dispiegano quotidianamente una poliedrica professionalità in materia di prevenzione dei reati, ricca delle componenti giuridiche ed aziendalistiche apportate dai loro componenti, interni ed esterni all'azienda, professionalità che sarebbe andata perduta per effetto dell'introduzione della nuova norma nella versione proposta inizialmente.

Com'è noto, le critiche richiamate sono state in parte accolte e il decreto sviluppo nella sua versione definitiva (D.L. 212/2011) ha aggiunto all'art. 6 del D.Lgs. 231/2001 un comma 4 bis del seguente tenore: *“Nelle società di capitali il sindaco, il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza e il comitato per il controllo della gestione possono svolgere le funzioni dell'organismo di vigilanza di cui al comma 1, lettera b)”*.

### 3. Il comma 4 bis: una possibilità con molti profili problematici

La norma così approvata limita l'originaria portata negativa della proposta; le società vengono lasciate libere di adottare la soluzione di (apparente, come si vedrà nel seguito) semplificazione consistente nell'assegnazione al collegio sindacale della funzione di organismo di vigilanza, ovvero una delle altre soluzioni, scelta tra quelle suggerite dalla giurisprudenza, dalla dottrina e dalle Linee Guida emanate dalle principali associazioni imprenditoriali. Soluzioni tra le quali, è bene ricordarlo, la scelta di affidare *tout court* il ruolo di Organismo di Vigilanza al Collegio Sindacale non è stata mai contemplata, ma al contrario sempre criticata<sup>2</sup>.

Le Linee Guida ABI, ad esempio, osservavano che *“Attesa la configurazione e le funzioni che il decreto attribuisce a tale organismo, non appare coerente una sua identificazione con il collegio sindacale, le cui funzioni sono stabilite dalla legge e che non è fornito, in materia, di quei poteri autonomi di iniziativa e di controllo cui il decreto fa, come visto, espresso riferimento”*. Rilevavano invece le Linee Guida di Confindustria che in capo al Collegio Sindacale *“appare ... arduo riscontrare la necessaria continuità di azione che il legislatore ha inteso attribuire all'Organismo. Va, inoltre, tenuto presente che in molte realtà societarie di minori dimensioni quest'organo non è obbligatorio per legge e, ancora, che l'attività di esso può essere oggetto di controllo (in particolare con riferimento al delitto di false comunicazioni sociali) ai sensi del D. Lgs. n. 231/2001”*.

La semplice previsione nel nuovo comma 4bis della possibilità di assegnare all'organo di controllo le funzioni dell'Organismo di Vigilanza, in un quadro normativo rimasto per il resto immutato, certo non garantisce il superamento delle criticità così significativamente rilevate.

Del resto, di recente è stato autorevolmente osservato (ABI, Circolare 1/2012) che le opzioni tradizionali - come il *mix* di competenze interne ed esterne *“la cui validità non è superata dalle novità normative”* - restano *“coerenti con lo spirito della legge”*.

Non può escludersi, dunque, che l'attribuzione del ruolo di Organismo di Vigilanza al Collegio Sindacale venga fatta oggetto di censure di inadeguatezza nell'ambito dell'analisi del modello. Censure non di principio, si badi bene, in quanto il testo della norma impedisce oggi di considerare il Collegio Sindacale inadeguato in sé, bensì di fatto, poiché tale attribuzione finisce oggettivamente per aggiungere ai numerosi già esistenti, un ulteriore profilo di criticità dei presidi 231 in termini di idoneità e efficacia, destinato come e più degli altri a subire il vaglio severo della magistratura inquirente e giudicante.

\*\*\*

Un primo aspetto problematico attiene alla governance.

La nuova norma crea un inevitabile cortocircuito istituzionale laddove consente l'attribuzione ad un organo sociale nominato dall'assemblea, i cui compiti e responsabilità so-

---

<sup>2</sup> Cfr. nota 1.

no stabiliti dalla legge, di un diverso e ulteriore incarico di natura professionale da parte dell'organo gestorio della stessa società<sup>3</sup>.

Al Collegio Sindacale viene dunque richiesta una sorta di “doppia lealtà” nei confronti dell'assemblea dei soci e del consiglio di amministrazione.

Per l'assemblea esso deve vigilare sull'osservanza della legge e dello statuto e sul rispetto dei principi di corretta amministrazione e, in particolare, sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento, e talora esercitare il controllo contabile (art. 2403 codice civile). Nello svolgimento di tale funzione il Collegio Sindacale può procedere ad atti di ispezione e di controllo anche nei confronti degli amministratori. L'assemblea determina la retribuzione annuale dei sindaci per l'intero periodo di durata del loro ufficio (art. 2402 codice civile) e può revocarli solo per giusta causa.

Dal consiglio di amministrazione il Collegio Sindacale, nell'ipotesi prospettata dal nuovo comma 4 bis, riceve il diverso e ulteriore mandato a vigilare sul corretto funzionamento del modello 231 e, quindi, sulla sua costante idoneità a prevenire la commissione di reati, a riferire al riguardo allo stesso organo gestorio e, in ultima analisi, a consigliare quest'ultimo riguardo a tutte le esigenze di aggiornamento del modello 231<sup>4</sup>.

Nella situazione prevista dal comma 4 bis, dunque, il Collegio Sindacale si trova nella imbarazzante condizione di dover vigilare sull'operato di un organo dal quale dipende e a cui deve riferire.

L'intreccio di compiti e connesse responsabilità che si viene a creare potrebbe portare a risultati paradossali; ad esempio, il Collegio Sindacale che ricopre l'incarico di Organismo di Vigilanza potrebbe risultare responsabile (anche solidalmente con gli amministratori<sup>5</sup>) quando – verificatosi un danno per la società per effetto della commissione di un reato – si accerti poi che tale danno non si sarebbe prodotto se il Collegio medesimo avesse vigilato in conformità ai suoi obblighi (art. 2407 codice civile). Peraltro, in tal caso oggetto della vigilanza del Collegio è l'operato degli amministratori in riferimento all'applicazione del D.Lgs. 231/2001, operato a cui il Collegio “partecipa” come organismo di vigilanza! E' lecito assumere che in tal caso la vigilanza del Collegio potrebbe non essere così incisiva, laddove fosse volta a far emergere sue proprie responsabilità (eventualmente in solido con gli amministratori).

<sup>3</sup> Non essendo in discussione che l'adozione del modello, la nomina dell'organismo di vigilanza, la determinazione del suo compenso e del suo *budget* spettino al consiglio di amministrazione.

<sup>4</sup> Tale mandato è regolato dallo stesso modello 231 (nonché eventualmente da un contratto ad hoc), che determina tra l'altro gli obblighi e le responsabilità dell'organismo di vigilanza, i requisiti, la durata della carica, le cause di cessazione, e deve prevedere un compenso adeguato alla natura dell'incarico.

<sup>5</sup> Cfr. Trib. Milano, VIII Sezione Civile, 13.2.08, n. 1774.. Da tale statuizione può desumersi, ricorrendone i presupposti, la responsabilità tanto del Consiglio, quanto del Collegio Sindacale, ex art. 2407, Il comma, c.c., non solo per l'omessa adozione ma anche per la “cattiva” attuazione del Modello organizzativo. Ove infatti il Collegio Sindacale svolgesse il ruolo di OdV le sue inadempienze potrebbero, dunque, far sorgere una responsabilità sia del CdA che, per assurdo, di se stesso in quanto organo sociale.

Vi è da chiedersi, inoltre, se la situazione descritta non faccia venir meno l'indipendenza, che è un requisito essenziale del Collegio Sindacale, la cui assenza o cessazione è causa di ineleggibilità o decadenza. L'articolo 2399 codice civile, infatti, vieta ai sindaci di intrattenere con la società (e controllate, controllanti e sottoposte a comune controllo) rapporti continuativi di consulenza o di prestazione d'opera retribuita. Anche le norme di comportamento dei dottori commercialisti sul Collegio Sindacale prevedono restrizioni e l'art. 148 TUF pone delle limitazioni in merito ancor più stringenti. In merito, il mandato quale organismo di vigilanza non crea forse un rapporto continuativo di consulenza o prestazione d'opera retribuita, tenuto conto tra l'altro del requisito della continuità di azione unanimemente richiesto allo stesso Organismo? Si pensi che entrambi gli incarichi comportano un impegno elevato: non si è certo nella situazione in cui l'incarico di OdV possa essere considerato come una sorta di appendice o di aggiunta marginale al ruolo di Sindaco. Tale accresciuto impegno, com'è stato da subito sottolineato (cfr. supra, Assonime), comporterebbe oltretutto una corposa crescita dei compensi, inopportuna rispetto a quanto previsto dalla normativa e dalle Linee Guida in termine di indipendenza, sia in relazione al ruolo di Sindaco che a quello di OdV.

Occorre infine rammentare che le norme (per quanto riguarda i sindaci delle società quotate) ed i principi di comportamento (per i sindaci delle società non quotate) prevedono un numero massimo di incarichi allo scopo di assicurare che il sindaco possa dedicare tempo e risorse sufficienti all'espletamento del suo incarico; tenuto conto di quanto è pregnante il ruolo dell' Organismo di Vigilanza, complementare ma non certo sovrapponibile con quello del sindaco nell'ambito dell'architettura dei controlli, è ben lecito ipotizzare che, ai fini del cumulo degli incarichi sopracitato, eventuali fattispecie di "doppio ruolo" debbano trovare maggiore ponderazione.

\*\*\*

Un secondo profilo di criticità è quello del conflitto di interessi intrinseco alla funzione del Collegio Sindacale: come si è osservato, questo svolge direttamente o partecipa ad attività fortemente esposte a rischi di commissione di alcune tipologie di reato<sup>6</sup> ed è per questo a sua volta oggetto di vigilanza da parte dell'Organismo di Vigilanza. Questa semplice considerazione aveva fatto propendere, nelle Linee Guida e nella migliore prassi, ad escludere la piena coincidenza tra Collegio Sindacale e Organismo di Vigilanza e, semmai, a considerare accettabile la presenza nel secondo di un componente del primo, in funzioni di coordinamento e raccordo.

Il semplice fatto che il comma 4bis oggi permetta tale coincidenza non fa venir meno le ragioni che avevano portato a concludere nel senso appena indicato.

\*\*\*

Un terzo argomento è legato alla professionalità del soggetto cui è affidata la vigilanza.

<sup>6</sup> Si pensi ai reati di cui all'art. 25-ter del D.lgs. 231/01. Sul punto, le Linee Guida di Confindustria rilevano che l'attività del Collegio Sindacale "può essere oggetto di controllo (in particolare con riferimento al delitto di false comunicazioni sociali) ai sensi del D.Lgs. n. 231/2001."

Per gli Organismi di Vigilanza è richiesto un *mix* di professionalità, delle quali quelle proprie dei sindaci (nella maggior parte dei casi di tipo economico-aziendale) sono solo una parte. Ci si riferisce alle competenze di natura più squisitamente giuridica e, in particolare, penalistica. Come si legge nelle Linee Guida di Confindustria, la disciplina in argomento è sostanzialmente penalistica e il sistema di controllo previsto dal D.Lgs. 231/01 ha l'unico scopo di prevenire la commissione di reati. La citata Circolare ABI n. 1/2012 ha ben chiaro il problema, laddove sottolinea che l'affidamento delle funzioni di Organismo di Vigilanza al Collegio Sindacale deve passare attraverso la *“valutazione sulle professionalità che il collegio sindacale esprime e, quindi, se del caso, integrarne la composizione con professionalità in grado di meglio assolvere i nuovi compiti attribuiti all'organi/organismo”*.

Esiste dunque un problema di inadeguatezza del Collegio Sindacale, nella sua composizione tradizionale del tutto prevalente, ad esprimere il *mix* di competenze che vengono richieste all'Organismo di Vigilanza.

\*\*\*

Vi è poi un tema, il quarto, legato alla continuità di azione.

Come evidenziato sia nella *survey* di Assonime sopra citata, sia nelle Linee Guida di Confindustria, la frequenza stabilita dal codice civile per le riunioni del Collegio Sindacale (90 giorni - art. 2404) non è certamente idonea ad assicurare tale fondamentale requisito. Si pensi alle segnalazioni di violazioni del modello 231 e ai casi di *“whistleblowing”*, che ovviamente richiedono risposte ed azioni in tempi brevissimi, certamente incompatibili con la cadenza trimestrale. La continuità di azione, invece, è assicurata dagli Organismi di Vigilanza, che si riuniscono con frequenza maggiore e che, secondo le migliori prassi, assicurano una presenza in azienda pressoché costante, grazie ai loro componenti interni.

\*\*\*

Vi è infine il quinto tema, delicatissimo, della responsabilità.

Il Collegio Sindacale riveste una posizione tradizionalmente definita di garanzia propria, che discende dall'obbligo giuridico, su di esso gravante, di impedire gli illeciti, e da cui deriva una responsabilità penale per non averli impediti (art. 40, 2° comma, codice penale).

Ampliare la sfera di azione del Collegio Sindacale alla prevenzione dei reati, assegnandogli la funzione di Organismo di Vigilanza, può far sorgere una sua responsabilità penale per tutti i reati che non sia riuscito a impedire.

Il problema è talmente grave che la citata Circolare ABI 1/2012 afferma che il Collegio dei Sindaci dovrebbe in un certo senso *“sdoppiarsi”*, attuando una sorta di *fictio* giuridica e psicologica che preveda una *“chiara ripartizione delle funzioni ... per evitare che il collegio sindacale che svolge funzioni di organismo di vigilanza sia considerato quale titolare di una posizione di garanzia penalmente rilevante anche in relazione alla materia 231. Il D.Lgs. 231/2001 non attribuisce infatti all'organismo di vigilanza poteri di inter-*

*vento impeditivi nei confronti di comportamenti irregolari o illeciti, che presuppongono l'esercizio di un'autorità sui comportamenti altrui all'interno e all'esterno dell'impresa".*

La soluzione suggerita da ABI - che sostanzialmente ipotizza obblighi e responsabilità diverse a seconda che il collegio sindacale si riunisca ed agisca come tale, ovvero si spogli delle prerogative di organo sociale di controllo per agire unicamente come organismo di vigilanza - è del tutto insoddisfacente e finisce per confermare l'esistenza e l'insolubilità del problema. Non vi è dubbio, infatti, che il Collegio Sindacale non può "azionare un interruttore" per spegnere e accendere i suoi obblighi e le sue responsabilità a seconda della veste in cui opera. Nessun collegio sindacale, pertanto, si assumerà il rischio di omettere la denuncia al tribunale di gravi irregolarità nella gestione ai sensi dell'art. 2409 codice civile di cui abbia avuto conoscenza mentre svolgeva l'attività di Organismo di Vigilanza.

Questa elementare considerazione dimostra che l'attribuzione del ruolo di organismo di vigilanza ad un organo sociale investito di superiori responsabilità di natura pubblicistica e con rilevanza esterna all'ente, finisce per attrarre nella sfera di tali responsabilità anche le funzioni, di rango subordinato e di rilevanza esclusivamente interna all'ente, di Organismo di Vigilanza.

Dal che consegue l'estensione della posizione di garanzia propria del Collegio Sindacale anche alla funzione di Organismo di Vigilanza che dovesse essergli attribuito e il venir meno del vincolo di riservatezza che oggi caratterizza l'Organismo di Vigilanza distinto dal Collegio Sindacale.

#### **4. Il (falso) problema del risparmio dei costi**

Infine, è chiaro che l'opzione di affidare il ruolo di Organismo di Vigilanza al Collegio Sindacale non porterebbe ad un risparmio di costi, per più motivi:

- come è stato immediatamente colto dalle società che hanno risposto alla *survey* di Assonime ricordato in precedenza, non si comprende per quale motivo i componenti dei Collegi Sindacali dovrebbero assumersi nuovi compiti, pesanti responsabilità e rischi rilevanti, senza un'adeguata revisione dei compensi. Tale aspetto è stato sottolineato anche da chi (Gruppo di Studio 231 ODCEC Torino) ha ritenuto la compatibilità tra Collegio Sindacale di Organismo di Vigilanza, ma a condizione di poter contare su risorse adeguate e su un compenso aggiuntivo idoneo a remunerare la nuova attività;
- in molti casi gli Organismi di Vigilanza hanno un solo componente esterno, mentre i componenti interni sono dipendenti della società: questa sarà dunque costretta a remunerare l'intero Collegio Sindacale invece del solo componente esterno come avviene ora;
- a chi obiettasse che il risparmio non è tanto nei costi "diretti" quanto nella semplificazione del sistema dei controlli è agevole rispondere che non si vede il motivo per

cui l'attribuzione ad un solo organo dei compiti oggi previsti per il Collegio Sindacale e l'Organismo di Vigilanza dovrebbe diminuire l'impegno per le aziende in termini di procedure e controlli date le diverse finalità che le due funzioni assolvono. Una reale semplificazione potrà aversi solo a seguito di una razionalizzazione dei processi e di una integrale revisione di procedure e controlli che garantiscano che i processi soddisfino tutti i requisiti di efficienza e conformità senza necessità di duplicazioni di procedure e controlli.

## 5. Conclusioni

---

L'analisi che precede dimostra che il comma 4bis rappresenta una risposta frettolosa e superficiale alle esigenze di semplificazione e di contenimento dei costi manifestate dal mondo delle imprese. Lungi dal soddisfare tali esigenze, la soluzione proposta non dà garanzie sulla tenuta esimente del sistema di prevenzione dei reati e marca una forte e del tutto inopportuna discontinuità con le *best practise* che sono venute consolidandosi in dieci anni di applicazione del D. Lgs. 231/2001. Pone, infine, serie questioni di compatibilità con il sistema di governo societario incentrato sull'organo di controllo, rischiando tra l'altro di ampliare la sfera di responsabilità anche penale di quest'ultimo.

In base a tali considerazioni, l'AODV<sup>231</sup> - che pure ha sempre sostenuto la necessità di adeguare i presidi preventivi alle caratteristiche specifiche, anche dimensionali, di ciascuna azienda - non ritiene di poter raccomandare l'assorbimento della funzione di Organismo di Vigilanza da parte dell'organo sociale di controllo.