AODV 231 Associazione dei Componenti degli Organismi di Vigilanza ex D.Lgs. 231/2001

BOZZA 15 NOVEMBRE 2009

"Requisiti e composizione dell'Organismo di Vigilanza"

Il documento è stato elaborato da un Gruppo di Lavoro, coordinato da Giovanni Maria Garegnani, composto dai seguenti associati all'AODV[231]: Silvio De Girolamo, Alfonso Dell'Isola, Lorenzo Gelmini, Bruno Giuffrè, Ahmed Laroussi, Giovanni Ponti, Massimo Rotondi, Andrea Scafidi, Giorgio Silva, Maria Celeste Vettese, Guido Zanardi. E' stato approvato dal Consiglio Direttivo dell'AODV[231] in data 27 novembre 2009. Hanno collaborato alla stesura il prof. Alessio Lanzi ed il dott. Massimo Livatino.

Indice

1. Premessa
2. Il requisito di onorabilità
3. Il requisito di professionalità
4. Professionalità e composizione dell'OdV, nel rispetto di indipendenza e continuità d'azione
5. Le indicazioni della prassi circa la composizione dell'OdV
6. Indipendenza, durata dell'incarico e possibilità di revoca dell'OdV
7. Indipendenza e compenso da riconoscere all'OdV
   7.1. I professionisti esterni
   7.2. Il compenso da corrispondere ad amministratori indipendenti e sindaci che ricoprono il ruolo di componente dell'OdV
   7.3. Il compenso da corrispondere ai dipendenti
8. Autonomia e budget dell'OdV

1. Premessa

L'art. 6 del D.Lgs. 231/2001 (in seguito, il "Decreto") prevede, quale requisito di efficacia del modello di organizzazione, gestione e controllo adottato a fini di prevenzione dei reati (in seguito, il "Modello"), che l'Ente non risponde se prova che *"il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e curare il loro aggiornamento è stato affidato ad un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo"* [comma 1, lett. b)] e che non si sia verificata "*omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo*" *de quo* [comma 1, lett. d)].

Il ruolo assegnato all'Organismo di Vigilanza (nel seguito anche "Organismo" o "OdV") risulta pertanto rilevante ai fini della definizione della portata esimente del Modello; il mancato o inefficiente adempimento dei propri compiti da parte dell'OdV (così come, a maggior ragione, la mancata nomina di un OdV a presidio del Modello) renderebbe inefficace il Modello medesimo, anche qualora quest'ultimo risultasse adeguato e completo sotto ogni altro punto di vista.

Scopo del presente documento è approfondire i requisiti che norma, prassi e giurisprudenza richiedono per l'OdV; per ovvie ragioni di carattere sistematico occorre peraltro, in primo luogo, declinare sia pure in massima sintesi i compiti di

- vigilanza sull'*osservanza* del Modello,
- supervisione sul *funzionamento* del Modello,
- attivazione in merito all'*aggiornamento* del Modello

assegnati all'Organismo dalla norma. A tal fine il riferimento ad un *benchmark* appare indispensabile, attese complessità ed ampiezza dei compiti in parola. La scelta, in tal senso, del c.d. *CoSO Report*[1] sembra appropriata, in quanto il *CoSO Report* rappresenta il più diffuso modello di riferimento per l'impostazione, gestione e valutazione del sistema di controllo interno, di cui l'impianto indicato dal Decreto può essere considerato un sottoinsieme, afferente principalmente all'ambito *compliance*.

Come è stato osservato nel *Position Paper* dell'Associazione Italiana Internal Auditors (AIIA)[2], *"i cinque componenti (…) in cui si articola il modello di controllo interno proposto dal CoSO sono, di fatto, ripresi nei modelli proposti dalle FSG* (*Federal Sentencing Guide-*

[1] Nel 1992 il CoSO *(Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission)* pubblicava un documento denominato *Internal Control – Integrated Framework*, conosciuto come *CoSO Report*, nel quale venivano definiti i componenti base e le linee guida dei sistemi di controllo interno. Lo stesso organismo ne ha pubblicato nel 2004 una versione evoluta, pubblicata in Italia come *CoSO*, *ERM – Enterprise Risk Management: modello di riferimento e alcune tecniche applicative,* Il Sole 24Ore 2006,

[2] ASSOCIAZIONE ITALIANA INTERNAL AUDITORS, *Position paper D.Lgs. 231/2001, responsabilità amministrativa delle società; modelli organizzativi di prevenzione e controllo,* 2001, pag. 31 e ss.

lines, ndr[3]*), nonché dalla dottrina in materia di efficacia dei codici di comportamento"*; vi è quindi un riconoscibile *fil rouge* che, con l'interposizione delle *Federal Sentencing Guidelines*, collega il modello proposto dal *CoSO Report* al Modello introdotto dal Decreto[4].

In effetti, l'attuazione delle attività di *compliance* secondo la declinazione proposta dal *CoSO Report* si presenta sovrapponibile rispetto alle esigenze del Modello e compatibile con le finalità perseguite dal Decreto, con l'evidente vantaggio, per l'OdV, di poter fruire della solida base concettuale e delle esperienze attuative maturate in merito nel tempo.

L'approccio unitario del sistema di controllo interno proposto dal *CoSO Report* – i cui componenti, pur differenziati, sono avvinti da reciproche interrelazioni – presuppone che anche le attività di controllo dell'OdV siano svolte in termini integrati, lungo le componenti del sistema. A ben vedere:

- l'attività di controllo sull'*internal environment* si rivolge, per quanto afferisce più strettamente all'ambito *compliance,* alle verifiche circa l'esistenza ed osservanza di un adeguato codice etico e di un sistema disciplinare, l'ordinata declinazione del sistema organizzativo in termini di struttura e di attribuzioni di poteri/responsabilità, il coinvolgimento del *management* nell'ambito della diffusione delle prescrizioni del Modello;
- l'attività relativa a *event identification, risk assessment* e *risk response* si esplicita in: controllo dei processi di identificazione dei rischi, definizione delle attività sensibili in relazione alla probabilità di commissione dei reati, definizione delle strategie di risposta;
- la verifica delle *control activities* comporta l'analisi dell'adeguatezza dei controlli preventivi, e quindi degli *standard* generali e degli *standard* specifici (definiti in termini di principi di comportamento e procedure, manuali ed informatiche) in relazione alle singole attività sensibili;
- il controllo sulle attività di *information and communication* comporta l'analisi dell'efficienza dei canali di comunicazione interni aziendali, con particolare riferimento a quelli in relazione ai quali l'Organismo assume una posizione di centralità e di raccordo tra organizzazione e *top management*;
- il *monitoring* si esplica nell'attività di verifica sull'adeguatezza di progettazione, aggiornamento e operatività del Modello organizzativo.

L'attività dell'OdV è quindi pregnante in termini di verifica sulle attività di predisposizione ed *assessment* dei sistemi di controllo interno, per la parte di essi che riguarda la *compliance* e, più in particolare, la prevenzione del rischio di commissione dei reati pre-

[3] Le *Federal Sentencing Guidelines* statunitensi, al *Chapter Eight – Sentencing of Organizations* – disciplinano il sistema sanzionatorio penale degli Enti, trattando – tra l'altro - il tema del *compliance program*, inteso quale strumento che, se efficacemente disegnato ed attuato, può costituire circostanza attenuante della responsabilità dell'Ente medesimo.

[4] Cfr. sul punto V. GENNARO, *Gli attributi dei protocolli di controllo ed il compliance audit: il concetto di verificabilità del funzionamento e dell'osservanza del modello,* in "La responsabilità amministrativa delle società e degli enti", n. 2/2007, pag. 169 e ss.

supposto, ai sensi del Decreto, della responsabilità penale dell'Ente. È peraltro da sottolineare che tale compito, di verifica e *assessment* degli strumenti di prevenzione, è ben diverso dalla diretta prevenzione della commissione di reati, compito questo che non può essere in alcun modo ricompreso tra quelli dell'OdV.

Se l'OdV deve poter svolgere efficacemente i compiti attribuiti dalla norma, così declinati attraverso il modello valutativo rappresentato dal *CoSO report*, è evidente che, come anche sottolineato dalla giurisprudenza, deve disporre di reali poteri di *"iniziativa, autonomia e controllo"*, e *"non dovrà avere compiti operativi che, facendolo partecipe delle decisioni dell'ente, potrebbero pregiudicarne la serenità di giudizio al momento dell'effettuazione delle verifiche"*[5].

È poi del tutto condivisibile che, come affermato in giurisprudenza, l'Organismo debba essere formato da soggetti – anche, ma non necessariamente, esterni – forniti della necessaria *professionalità*; ed altresì che l'Organismo, come pure affermato dalla giurisprudenza, debba essere in grado di assicurare *"continuità d'azione"*.

Indipendenza, autonomia, professionalità, onorabilità e continuità d'azione sono quindi, in definitiva, i requisiti richiesti all'OdV, oggetto di analisi del presente documento.

Giova sottolineare che, ai fini del giudizio di efficacia del Modello, la sussistenza dei requisiti in esame deve essere verificata sia sotto il profilo formale che sostanziale; deve essere, in altri termini, sia palese dalla lettura del Modello, sia in essere *de facto* nell'ambito dell'operatività dell'Organismo. In effetti,

- un giudizio sui requisiti dell'OdV basato sulla mera lettura del Modello, senza alcun riscontro sul concreto operato dell'OdV, rischia a tutta evidenza di sortire un giudizio astratto di efficacia o inefficacia allo stato potenziale;
- d'altro canto, la non corretta declinazione in termini formali di una realtà anche sostanzialmente corretta
    - espone al rischio di successive deviazioni verso soluzioni meno accettabili;
    - rende aleatoria la verifica "esterna" da parte del giudice penale.

È peraltro da osservare che la concreta sussistenza dei requisiti dell'OdV non può che comportare l'efficacia (almeno sotto quel profilo) del Modello al momento dell'analisi, a prescindere dall'eventuale necessità, per prevenire disfunzioni future, di una miglior formalizzazione.

2. Il requisito di onorabilità

Il "requisito" di onorabilità dei componenti dell'OdV non è esplicitamente previsto dal Legislatore; peraltro, esso si impone per motivi ovvi (anche solo di credibilità del Modello). In effetti, le indicazioni giurisprudenziali rilevano come sia imprescindibile la verifica,

[5] Cfr. ordinanza del Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Roma, 4-14 aprile 2003.

in concreto, della *"[..] sussistenza dei requisiti di indipendenza, autonomia, onorabilità e professionalità dei suoi membri [..]"*[6].

Il requisito in parola è noto all'ordinamento; in effetti, l'onorabilità è richiamata dal codice civile e dalle leggi speciali nei seguenti casi:

- carica di amministratore, che potrebbe essere subordinata, ai sensi di statuto, al possesso – tra l'altro – di speciali requisiti di onorabilità, anche con riferimento a quanto previsto da codici di comportamento redatti da associazioni di categoria o da società di gestione di mercati regolamentati (art. 2387 c.c.);
- carica di amministratore nel modello monistico (art. 2409-*noviesdecies* c.1 c.c.);
- carica di componente del comitato per il controllo sulla gestione nel modello monistico (art. 2409-*octiesdecies* c.2 c.c.);
- carica di componente del consiglio di gestione nel modello dualistico (art. 2409-*undecies* c.1 c.c.);
- carica di componente del consiglio di sorveglianza nel modello dualistico (art. 2409-*duodecies* c.6 c.c.);
- carica di sindaco (art. 2397 c.2 c.c.);
- carica di amministratore e sindaco nelle società che svolgono attività bancaria e di intermediazione finanziaria (artt. 26 e 109 del D.Lgs. n. 385/1993, che richiamano il DM 30 dicembre 1998, n. 516);
- carica di sindaco nelle società quotate (art. 148 c. 4 del D.Lgs. n. 58/1998, che richiama il DM 30 marzo 2000, n. 162).

Ai fini che qui interessano, il requisito di onorabilità potrebbe essere definito secondo le modalità già individuate dal nostro Legislatore per tali ruoli; incrociando le relative prescrizioni, e scegliendo comunque le statuizioni più severe, ne discende che l'ordinamento non riconoscerebbe *lato sensu* i requisiti di onorabilità, ad esempio, a coloro che:

1. si trovano in stato di interdizione temporanea o di sospensione dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese;
2. si trovano in una delle condizioni di ineleggibilità o decadenza previste dall'art. 2382 del codice civile;
3. sono stati sottoposti a misure di prevenzione ai sensi della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 o della legge 31 maggio 1965, n. 575 e successive modificazioni e integrazioni, salvi gli effetti della riabilitazione;
4. hanno riportato condanna, anche se con pena condizionalmente sospesa, salvi gli effetti della riabilitazione,
    - per uno dei delitti previsti dal regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 (legge fallimentare);

[6] Cfr. ordinanza del Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Napoli, 26 giugno 2007.

- per uno dei delitti previsti dal titolo XI del Libro V del codice civile (società e consorzi);
- per un delitto non colposo, per un tempo non inferiore a un anno;
- per un delitto contro la pubblica amministrazione, contro la fede pubblica, contro il patrimonio, contro l'economia pubblica;
- per uno dei reati previsti dalle norme che disciplinano l'attività bancaria, finanziaria, mobiliare, assicurativa e dalle norme in materia di mercati e valori mobiliari, di strumenti di pagamento.

Anche le Linee Guida di Confindustria[7] confermano che i requisiti *"[..] di onorabilità [..] potranno anche essere definiti per rinvio a quanto previsto per altri settori della normativa societaria [..]"*, anche se, naturalmente, possono essere definiti profili di onorabilità anche differenti da quelli sopra indicati; una soluzione del genere, in effetti, è coerente sia con il dettato del codice civile in materia di sindaci (art. 2387 c. 1 c.c., peraltro richiamato anche per tutte le altre figure professionali prima citate), secondo il quale: *"[..] lo statuto può subordinare l'assunzione della carica di amministratore al possesso di speciali requisiti di onorabilità [..]*", sia con le Linee Guida di Confindustria, per cui la disciplina del requisito di onorabilità può essere prevista mediante rinvio allo statuto sociale.

Alcune pronunzie giurisprudenziali sembrano considerare con particolare severità i contorni del requisito di onorabilità[8], che verrebbe meno anche a seguito di condanna non passata in giudicato; osservano i Giudici che, diversamente operando, un soggetto condannato in primo grado, ad esempio, per corruzione, potrebbe far parte di un OdV, ed è in tal senso che apparirebbe *"veramente eccessivo pretendere [..] che la sentenza sia diventata irrevocabile"*.

Tale indirizzo confligge, a tutta evidenza, con la presunzione di innocenza vigente nel nostro ordinamento; peraltro, poiché il contorno del requisito di onorabilità non è imposto dalla norma, nulla vieta (tenuto conto anche degli attuali orientamenti giurisprudenziali) che i Modelli prevedano requisiti rigorosi quale, appunto, la ineleggibilità/decadenza immediata anche a fronte di una sentenza non definitiva, emessa a fronte della commissioni di reati che prevedano la perdita dell'onorabilità nelle fattispecie disciplinate dalla legge, e comunque (laddove non siano in esse ricompresi) per i reati presupposto della responsabilità degli enti ai sensi del Decreto.

Previsioni siffatte sembrano – a ben vedere – opportune; se da un lato è improbabile che un soggetto già condannato per un reato che comporta la perdita dell'onorabilità (o per un reato che presuppone la responsabilità dell'Ente), sia chiamato a far parte di un OdV, è meno di scuola il caso di una sopravvenuta condanna. La previsione da parte del Modello di un meccanismo, in tale caso, di automatica decadenza, consentirebbe di evi-

[7] Così come nel seguito, il rinvio è a *Linee Guida per la costruzione dei Modelli di Organizzazione, Gestione e controllo ex D.Lgs. 231/2001,* disponibili in www.confindustria.it.

[8] Cfr. ordinanza del Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Napoli, 26 giugno 2007 e ordinanza del Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Milano, 20 settembre 2004.

tare situazioni di disagio reputazionale (e anche possibili malfunzionamenti) per l'OdV, nonché di imbarazzo per l'Ente.

Fermo restando che, è appena il caso di sottolinearlo, la mera sottoposizione di un soggetto ad indagini non può avere rilevanza con riferimento al profilo qui in esame.

3. Il requisito di professionalità

Anche il "requisito" di professionalità dei componenti dell'OdV non è esplicitamente richiamato dal Legislatore; peraltro, in sede giurisprudenziale è stato chiaramente affermato[9] che un Modello è carente se *"[..] non vi è alcuna indicazione sulla professionalità richiesta ai membri del OdV. In particolare non è richiesto che i medesimi abbiano precipue competenze di attività ispettiva, consulenziale ovvero la conoscenza di tecniche specifiche, idonee a garantire l'efficacia dei poteri di controllo e del potere propositivo ad esso demandati [..]*".

Similmente, le Linee Guida di Confindustria individuano – quale connotato precipuo dell'OdV – proprio la professionalità, intesa come il *"[..] bagaglio di strumenti e tecniche che l'Organismo deve possedere per poter svolgere efficacemente l'attività assegnata [..]".*

Occorre quindi chiedersi quale sia il bagaglio professionale richiesto all'OdV, chiamato ad interpretare sul piano aziendale fenomeni, transazioni, comportamenti ecc., regolati (anche) da norme penali: in effetti, gli ambiti disciplinari interessati spaziano dai profili organizzativi e di controllo interno aziendale, a profili giuridici (soprattutto, ma non soltanto, penalistici), a profili infine tecnici di diversa natura.

In merito, la sempre maggiore varietà delle fattispecie normative potrebbe portare come conseguenza la necessità di un elevato numero di componenti, al fine di poter assicurare un presidio accurato e competente; è evidente che si porranno sempre più, in futuro, scelte di non agevole soluzione in relazione al *trade-off* tra la necessità di assicurare un'azione di vigilanza tecnicamente competente e l'esigenza di non togliere snellezza e operatività all'OdV.

In effetti, a ben vedere, l'OdV deve possedere le necessarie competenze per poter mettere in atto molteplici attività: di campionamento statistico, in termini di analisi e valutazione dei rischi; di apprezzamento delle misure per il contenimento dei rischi medesimi; di analisi di *flow-charting* di procedure e processi; di disamina delle tecniche di intervista e di elaborazione dei questionari; di apprezzamento delle metodologie poste in essere per l'individuazione di frodi.

Rilevanti, naturalmente, sono anche le competenze di natura giuridica richieste all'OdV, se si considera, come osservato nelle Linee Guida di Confindustria, che la disciplina del Decreto è *"[..] in buona sostanza una disciplina penale e che l'attività dell'OdV (ma forse*

[9] Cfr. ordinanza del Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Napoli, 26 giugno 2007.

sarebbe più corretto dire dell'intero sistema di controllo previsto dal decreto in parola) ha lo scopo di prevenire la realizzazione dei reati [..]".

Un profilo che sta assumendo una rilevanza crescente, da ultimo, sembra essere quello della *expertise* tecnica, in ragione delle sempre più "mirate" tipologie di reato che il Legislatore intende colpire con la responsabilità amministrativa.

4. Professionalità e composizione dell'OdV, nel rispetto di indipendenza e continuità d'azione

Quanto dianzi osservato con riferimento alla necessità di disporre di diverse professionalità, porta a privilegiare il ricorso a una composizione collegiale dell'OdV.

La composizione collegiale deve poi essere declinata nella ricerca del giusto *mix* tra professionalità esterne all'Ente, in grado di conferire autorevolezza ed indipendenza all'OdV, e soggetti interni (ma avulsi dall'operatività gestionale dell'Ente), questi ultimi gli unici, a ben vedere, in grado di assicurare, da un lato, approfondita conoscenza dei profili organizzativi e gestionali dell'Ente, dall'altro lato la continuità d'azione richiesta dalla norma e dalla prassi.

Ne discende che la composizione ideale dell'OdV vede la compresenza di professionalità diverse (ai fini dell'efficacia dell'azione) e di componenti sia esterni che interni (per contemperare indipendenza e continuità).

In termini di composizione dell'OdV, dalle considerazioni fin qui svolte sembrerebbe discendere l'indicazione dell'*internal auditor* quale componente d'elezione dell'Organismo; il suo posizionamento in *staff* ne assicura l'indipendenza e, per definizione, il suo ruolo è tale da escludere compiti operativi. Il requisito della professionalità è garantito *in re ipsa*, così come quello della continuità d'azione[10].

In materia di composizione degli OdV, in termini più generali, si può affermare che ciascuna delle altre figure di volta in volta individuate dagli interpreti quali possibili componenti dell'OdV sembra garantire pienamente il soddisfacimento (soltanto) di alcuni requisiti richiesti a quest'ultimo nel suo complesso, evidenziando per altro verso l'opportunità che gli ulteriori requisiti vengano presidiati da figure aventi caratteristiche

[10] A tale riguardo occorre ricordare che le disposizioni regolamentari emanate dalle Autorità di Vigilanza (Banca d'Italia, Consob, Isvap) in tema di funzione di conformità alle norme prevedono una nuova figura preposta al presidio del rischio di *compliance*, inteso come il rischio di incorrere in sanzioni giudiziarie o amministrative, perdite finanziarie rilevanti o danni di reputazione in conseguenza di violazioni di norme imperative (di legge o di regolamenti) ovvero di autoregolamentazione (es. statuti,codici di condotta, codici di autodisciplina. Sulla base di tali responsabilità istituzionali, in linea evolutiva, la Funzione di *Compliance* potrà assumere un ruolo diretto e preminente anche nell'ambito dell' "impianto 231", che, a ben vedere, costituisce parte integrante del più ampio sistema di controllo interno sotto il profilo delle regole, degli attori e dei processi aziendali.

diverse; quantomeno per gli enti di medio-grande dimensione, la necessità della forma collegiale e la compresenza di componenti esterni ed interni sembra discendere necessariamente.

In merito, le indicazioni delle Linee Guida di Confindustria ammettono, nel caso di un organismo collegiale, la presenza di un amministratore indipendente o di un sindaco, o ancora del responsabile della funzione legale, oppure ancora ritengono plausibile assegnare le funzioni dell'Organismo al Comitato di Controllo Interno (*Audit Committee*) in seno al consiglio di amministrazione.

Sul punto vi è copiosa dottrina, alla quale si rinvia[11]; pare del tutto condivisibile, in merito, quanto espresso nelle Linee Guida ABI, che auspicano una composizione in grado di esprimere le diverse competenze di provenienza interna (ad esempio legale, di controllo interno, di gestione del personale) unitamente alla presenza di uno o più amministratori indipendenti che *"diano garanzia di effettività sul controllo dell'alta amministrazione e di omogeneità di indirizzo"* e di esperti esterni che assicurino un qualificato apporto in termini di professionalità.

L'obiezione circa la (possibile) mancanza di indipendenza di taluni dei componenti risulta superata, nella visione dell'ABI, dal giudizio di indipendenza dell'organismo nel suo insieme: *"la collegialità della funzione e la provenienza dei suoi componenti dalle diverse "anime della società" (la base, il vertice, il controllo) possono costituire elementi che favoriscono la dialettica interna e l'indipendenza dei suoi membri dalle singole aree di appartenenza".* Parimenti, le linee guida di Confindustria osservano sul punto che *"Con riferimento all'OdV a composizione plurisoggettiva ci si deve chiedere se i requisiti di autonomia ed indipendenza siano riferibili all'Organismo in quanto tale ovvero ai suoi componenti singolarmente considerati. Si ritiene che con riferimento ai componenti dell'Organismo reclutati all'esterno i requisiti di autonomia ed indipendenza debbano essere riferiti ai singoli componenti. Al contrario, nel caso di composizione mista dell'Organismo, non essendo esigibile dai componenti di provenienza interna una totale indipendenza dall'ente, il grado di indipendenza dell'Organismo dovrà essere valutato nella sua globalità".*[12]

---

[11] Cfr., *ex multis*, P. BASTIA, *I modelli organizzativi,* in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di G. LATTANZI, Giuffrè, Milano, 2005, pag. 162; R. ROSATO, *Il controllo interno nel D.Lgs. 23172001: la configurabilità del Collegio sindacale quale organismo di vigilanza*, in "Auditing", n. 47/2003, pag. 54 e ss.; A. SCAFIDI – S. ANNOVAZZI, *Il ruolo del Collegio Sindacale nell'ambito dei modelli organizzativi ex D.Lgs. 231/2001 ed i suoi rapporti con l'Organismo di Vigilanza e Controllo*, in "La responsabilità amministrativa delle società e degli enti", n. 2 /2007, pag. 109 e ss. e n. 3/2007 pag. 103 e ss.; A. DE VIVO – L. MARTINO, *L'Organismo di Vigilanza,* in AA.VV. *I Modelli Organizzativi ex d.lgs. 231/2001*, Giuffrè, Milano, 2006, pag. 179 e ss.; F. SANTI, *La responsabilità delle società e degli enti*, Giuffrè, Milano, 2004, pag. 317 e ss.; A. GARGANELLA MARTELLI, *op. cit.*; P. MONTALENTI, *op. cit.*.

[12] Osserva sul punto P. MONTALENTI, *op. cit.*, pag. 653/I, che "*L'indipendenza, a mio parere, deve essere caratteristica dell'organismo nel suo complesso, non necessariamente di ogni suo componente, come qualcuno ha sostenuto. Nessun indice normativo specifico autorizza una lettura così restrittiva, anche perché il concetto di indipendenza è, nel nostro sistema, è nozione polisemica quantomeno nella diversa declinazione che essa assume con riferimento ai sindaci, da un lato, agli amministratori dall'altro lato*". Esprime opinione contraria A. GARGARELLI MARTELLI, *op. cit*., pag. 771/I.

La posizione delle linee Guida di ABI e Confindustria, in altri termini, è chiara nell'invito a superare pregiudizi legati alla singola funzione, e ad apprezzare invece la composizione dell'organismo in primo luogo nella sua dimensione operativa; ad esempio, è indubbio che un organismo caratterizzato dalla presenza di amministratori indipendenti a fungere da *trait d'union* con il *Board*, di consulenti esterni scelti in base alle loro caratteristiche di professionalità e competenza specifica, di membri dell'organizzazione che ben conoscono la realtà aziendale, non può che massimizzare e contemporaneamente valorizzare i profili di autorevolezza e autonomia, professionalità e continuità d'azione. E' parimenti indubbio, a ben vedere, che l'obiezione circa la (possibile) mancanza di indipendenza del singolo viene, nel caso di specie, a perdere di pregnanza[13].

La possibile eccezione, dianzi in parte esaminata, alla prassi che vede sempre più sovente Organismi collegiali è quella relativa agli enti di piccole dimensioni, per i quali la norma consente che i compiti dell'Organismo siano assunti dall'organo dirigente (par di comprendere al massimo livello); in tali circostanze, in effetti, l'unico scopo del Modello non può che essere quello di esimere l'Ente da responsabilità per i reati commessi dai sottoposti, essendo di fatto impossibile disgiungere la volontà dell'Ente da quella dell'organo dirigente (nelle imprese di piccole dimensioni spesso identificato con la proprietà).

5. Le indicazioni della prassi circa la composizione dell'OdV

È sempre più diffuso – sia per quanto riguarda la dottrina economico aziendale che per quanto riguarda gli studi di matrice giuridica – il convincimento che indicazioni importanti per evidenziare tendenze, e proporre ragionatamente affermazioni non meramente assertive, provengano non solo da analisi speculative ma anche dall'esame di significativi correlati empirici. In merito, da un lato i profili relativi a *tipologia* e *composizione* dell'OdV sono stati sovente oggetto di analisi[14]; dall'altro lato, la numerosità dei cam-

[13] In tal senso A. DE VIVO – L. MARTINO, *L'Organismo di Vigilanza,* in AA.VV. *I Modelli Organizzativi ex d.lgs. 231/2001*, *cit*., pag. 176; osserva condivisibilmente sul punto P. MONTALENTI, *op. cit.*, pag. 653/I, che " *L'espressione «organismo dell'ente» non legittima, a mio parere, l'identificazione dell'ODV con un organo societario, collegio sindacale, o comitato audit, dovendosi propendere per un organismo distinto ancorché formato anche con la partecipazione di componenti di organi societari (sindaci o amministratori indipendenti*)"; esprime opinione contraria, con specifico riferimento al caso degli amministratori non esecutivi, N. PISANI, *I requisiti di autonomia ed indipendenza dell'Organismo di Vigilanza istituito ai sensi del d.lgs. 231/2001,* in "La responsabilità amministrativa delle società e degli enti", n. 1/2008, pag. 155 e ss.

[14] I dati esposti nelle tabelle che seguono traggono origine dai seguenti lavori di ricerca: AIIA - UNIVERSITÀ DI PISA, *La responsabilità amministrativa delle società. Un'indagine sull'adozione del modello organizzativo previsto dal D.Lgs. 231/2001 nelle società quotate*, 2004; AIIA, *Benchmark D.Lgs. 231/01 nei diversi settori economici*, aprile 2006; AIIA – CONFINDUSTRIA, *La Responsabilità Amministrativa delle Società. Un'indagine sull'adozione del modello organizzativo previsto dal D.Lgs. 231/01 nelle società non quotate*, gennaio 2007; ASSONIME, *Indagine sull'attuazione del decreto legislativo 231/2001*, maggio 2008; PWC, *Decreto Legislativo 231/2001. Indagine nell'ambito delle società quotate*, 2008. La ricerca S&P MIB

pioni esaminati consente di discernere convergenze circa il miglior modo di assicurare, tramite la ricerca dell'ottimale composizione, efficienza ed efficacia agli OdV. Dal ciò è possibile ricercare uniformità relative e – quindi – indicazioni significative in termini prescrittivi.

Le tabelle che seguono riassumono i risultati delle ricerche condotte nel tempo sul punto[15], tra le quali quella svolta direttamente dalla AODV[231] in occasione della predisposizione del presente documento. La prima tabella si sofferma sulla scelta operata in termini di tipologia di OdV (monocratico o collegiale), la seconda sulla composizione

RICERCA	ANNO	CAMPIONE	MONOCRATICO	COLLEGIALE
AIIA - UNIVERSITA' PISA	2004	società quotate italiane	32%	68%
AIIA	2006	società quotate e non	29%	71%
CONFINDUSTRIA - AIIA	2007	società non quotate	40%	60%
ASSONIME	2008	società di capitali quotate e non	16%	84%
ANALISI S&P MIB	2008	società S&P MIB	12%	88%
PWC	2008	società quotate	6%	94%
AODV	2008	società quotate	8%	91%

RICERCHE	ANNO	TIPO CAMPIONE	INTERNAL AUDIT E PREPOSTI AL CONTROLLO INTERNO	AMMINISTRATORI INDIPENDENTI ANCHE COMPONENTI CCI	COMPONENTI COLLEGIO SINDACALE	UFFICIO LEGALE	FUNZIONE PERSONALE	CONSULENTI ESTERNI
AIIA - UNIVERSITA' PISA	2004	quotate	75%	39%	18%	19%	7%	12%
AIIA	2006	quotate e non	75%	64%	35%	25%	7%	36%
CONFINDUSTRIA - AIIA	2007	non quotate	60%	26%	13%	31%	9%	22%
ANALISI S&P MIB	2008	S&P MIB	80%	49%		49%		26%

è contenuta in GIOVANNI MARIA GAREGNANI, *Etica d'Impresa e responsabilità da reato. Dall'esperienza statunitense ai "modelli organizzativi di gestione e controllo"*, Giuffrè, Milano, 2008, pag. 221-222.

[15] Nella prima tabella le percentuali sono state calcolate considerando solo le società che hanno adottato il modello sul totale del campione preso in esame da ciascuna ricerca. Nella seconda tabella, invece, le percentuali sono state calcolate con modalità almeno in parte differente. Nella ricerca AIIA – Università di Pisa 2004, Confindustria – AIIA 2007, nell'analisi S&P MIB e nella ricerca AODV[231] le percentuali sono state calcolate tenendo in considerazioni l'intero campione delle società che hanno adottato il Modello (sia con organismo collegiale che monocratico); nella ricerca AIIA 2006 le percentuali sono state calcolate considerando le sole società con un Organismo di Vigilanza di tipo collegiale (71% del campione di società che hanno adottato il Modello); per gli Organismi di Vigilanza di tipo monocratico la ricerca informa solo che esso coincide spesso con il responsabile Internal Audit o raramente con un amministratore indipendente o un consulente. Nella ricerca PWC 2008 le percentuali relative ai consulenti esterni ed ai componenti del Collegio Sindacale sono state calcolate sul numero delle società del campione di cui è nota la composizione dell'Organismo di Vigilanza (200), mentre la percentuale *dell'Internal Audit* è originariamente riferibile al numero di società che hanno adottato il Modello (234) ma è stata, in questa sede, ricalcolata ai fini di omogeneizzarne l'informazione (quindi utilizzando il campione di 200 società).

PWC	2008	quotate	58%[16]		23%			32%
AODV	2008	quotate	59%	61%	23%	21%	6%	37%

Per quanto riguarda il primo profilo, fin dalle prime ricerche condotte è emersa la tendenza a privilegiare, nelle società di dimensioni medio – grandi, l'adozione di un OdV di tipo collegiale rispetto ad un organismo monocratico; tale scelta ha trovato sempre più conferma nel tempo. Nelle società più piccole, in particolare nelle società non quotate, l'adozione di un organismo monocratico pare invece più diffusa.

Dalla ricerca svolta nel 2004 da AIIA e Università di Pisa è emerso che 39 società (il 68% del campione), sulle 57 società quotate che avevano formalmente adottato il Modello, avevano optato per un organismo collegiale, le restanti 18 (il 32% del campione) per un organismo monocratico. Lo studio condotto da AIIA nel 2006 su 72 società quotate e non, operanti in vari settori, conferma la prevalenza della scelta della forma collegiale (71%) rispetto al modello monocratico (29%). Una recente analisi svolta con riferimento alle società componenti l'indice S&P MIB ha confermato, in base alle informazioni presenti nelle relazioni sulla *corporate governance,* la netta prevalenza dell'adozione di un Organismo in forma collegiale rispetto alla forma monocratica; delle 34 società per le quali l'informazione è disponibile, solo 4 società (il 12% del campione) hanno optato per l'organismo unipersonale mentre 30 società (e quindi l'88% del campione) hanno scelto un organismo collegiale, nella maggior parte dei casi formato da tre membri. La ricerca Assonime, basata su un campione misto, riporta una percentuale di adozione di un Organismo collegiale pari all'84%. La ricerca condotta da AIIA nel 2007 sulle società non quotate conferma l'orientamento, anche se in questo caso (come era ragionevole attendersi) la scelta dell'organismo collegiale ha un peso meno preponderante (circa il 60%). Le ricerche svolte nel 2008 da PWC e AODV[231] su un campione composto da tutte le società quotate italiane per le quali sono pubblicamente disponibili le relative informazioni evidenziano, infine, che la composizione collegiale è prescelta in nove casi su dieci.

Per quanto riguarda la composizione dell'Organismo, nel caso di organismo monocratico, tutte le ricerche hanno evidenziato la prevalenza della scelta di attribuire l'incarico all'*Internal Auditor.*

Per quanto riguarda invece la scelta circa la composizione nel caso di organismo collegiale, la ricerca AIIA / Università di Pisa del 2004 ha rilevato la presenza dell'*Internal Auditor* nel 75% dei casi, seguita da quella di amministratori indipendenti (39% dei casi); meno frequente è apparsa la presenza di membri del collegio sindacale e dal responsabile dell'ufficio legale e solo in pochi casi, infine, risultava presente il responsabile della

[16] Il dato deriva dalla Ricerca PWC del 2008 ed è il risultato della somma (sul campione di 200 società che hanno fornito dati, anche parziali, sulla composizione dell'Organismo di Vigilanza) delle società in cui il Responsabile *Internal Audit* fa parte dell'OdV, (pari a 81), in cui l'OdV coincide con la funzione stessa di *Internal Audit* (pari a 3) ed che presentano il Preposto al Controllo Interno nell'Organismo di Vigilanza (pari a 32), dato quest'ultimo non presente nella Ricerca ma fornito direttamente da PWC stessa.

funzione risorse umane. Nel 12% dei casi, inoltre, è stata riscontrata la presenza di componenti esterni.

La ricerca AIIA del 2006 ha sostanzialmente confermato tali indicazioni, rilevando peraltro una più marcata presenza di componenti esterni, presenti nel 36% dei casi; anche la ricerca AIIA / Confindustria del 2007, che differenziava l'analisi per settore, concludeva rilevando che le figure maggiormente ricorrenti negli Organismi sono l'*Internal Auditor,* componenti indipendenti del consiglio di amministrazione e consulenti esterni, rilevando peraltro una significativa presenza del responsabile dell'Ufficio Legale.

L'analisi svolta nel 2008 sulle società dello S&P MIB ha confermato le evidenze mostrate nelle precedenti ricerche; l'*internal audit* è presente nelle società del campione nell'80% dei casi e gli amministratori indipendenti nel 49% delle fattispecie esaminate; molto elevata è la presenza del responsabile della funzione legale, anche in questo caso presente nel 49% dei casi. L'analisi conferma la crescente presenza dei professionisti esterni, presenti nel 26% degli Organismi delle società del campione.

La ricerca AODV[231], svolta nel 2008, ha rilevato una presenza elevata di amministratori indipendenti, pari al 61% del campione; la categoria degli *Internal Auditor* è anch'essa presente in misura rilevante, nel 59% dei casi, mentre i componenti del collegio sindacale sono presenti nel 23% degli OdV; elevata è anche la presenza dei consulenti esterni pari al 32% del campione (valore coerente con quelli evidenziati dalle ricerche AIIA 2006 e PWC 2008). Le percentuali di presenza, negli OdV, dei responsabili dell'Ufficio Legale e della funzione Personale risulta sostanzialmente confermata rispetto alle ricerche realizzate negli anni 2004, 2006 e 2007 da AIIA, e AIIA – Confindustria.

I dati relativi alla presenza dell'*Internal Auditor* negli OdV risultano altresì confermati dalla ricerca PWC svolta nel 2008, risultando pari al 58%. Anche la ricerca PWC, così come quella svolta dalla AODV[231], evidenzia una presenza del componenti del collegio sindacale pari al 23% delle società considerate e dei consulenti esterni pari al 32%.

Naturalmente, trarre indicazioni circa la composizione "ideale" dell'OdV dall'analisi svolta è compito complesso, e non scevro dal rischio di forzature. Peraltro, alcune considerazioni possono essere senz'altro svolte.

In primo luogo, la presenza di componenti del collegio sindacale e di amministratori indipendenti, spesso oggetto di dibattito, è stata rilevata in termini significativi dalle ricerche nel loro complesso. In effetti, e a ben vedere, nel caso in cui un sindaco o un amministratore indipendente facciano parte di un OdV composito l'obiezione basata sul possibile conflitto "controllore/controllato" ha scarso pregio; ben maggiori risultano essere i benefici dati dalla possibilità di scambio di informazioni ed efficienza operativa. Diversa è la situazione se (come risulta peraltro in pochi casi) l'OdV risulta composto esclusivamente da componenti gli organi sociali (ad esempio se si identifica con il Comitato Controllo Interno); anche se tale soluzione è prevista dalle Linee Guida di Confindustria, è stato autorevolmente osservato che l'espressione «organismo dell'ente» legittima l'identificazione *tout court* dell'ODV con un organo societario (collegio sindacale o Comitato Controllo Interno); invece – come già rilevato – non sembrano fondate le critiche

rivolte alla partecipazione all'OdV di componenti di organi societari (sindaci o amministratori indipendenti)[17].

Tra l'altro, il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili (C.N.D.C.E.C.) si è espresso sul discusso tema della compatibilità fra l'incarico di sindaco di società e l'incarico di componente dell'Organismo di Vigilanza, osservando che l'art. 6 del D.Lgs. 231/2001 nulla dispone circa la composizione dell'Organismo di Vigilanza, limitandosi a stabilire che i membri siano dotati di requisiti di autonomia, indipendenza, professionalità e continuità d'azione, requisiti che, a parere del C.N.D.C.E.C. contraddistinguono anche la figura del sindaco[18]. Né il ricoprire entrambi gli incarichi, secondo il C.N.D.C.E.C., porterebbe a pregiudicare *ex* art. 2399 del codice civile l'indipendenza del sindaco. Concludendo, pertanto, il C.N.D.C.E.C. osserva che "*sembra doversi escludere qualsiasi incompatibilità fra l'incarico di sindaco e quello di membro dell'Organismo di Vigilanza*".

È poi da rilevare la significativa presenza di professionisti esterni negli OdV; in merito, peraltro, è opportuno sottolineare che l'apporto dei medesimi è effettivamente contributivo se trattasi di soggetti dotati di effettiva competenza ed esperienza professionale in tema di *compliance,* controllo interno e relativi profili giuridici. La mera appartenenza a categorie professionali che, pur astrattamente, contemplano tali competenze nel bagaglio professionale dei propri iscritti, non appare invero sufficiente.

Amministratore indipendente o sindaco, professionista esterno, *internal auditor* sono dunque le figure che ricorrono maggiormente nelle analisi sopra citate; in effetti, la composizione di un OdV i cui componenti si identifichino nelle figure citate sembra ottimale, comprendendo e massimizzando snellezza operativa, indipendenza, professionalità e continuità d'azione.

La presenza nell'OdV di altre figure professionali provenienti dall'interno dell'azienda, purché non direttamente coinvolte nella gestione del *business*, può arricchire la competenza e l'efficacia di azione dell'OdV; in tal senso, e con le limitazioni citate, sono da condividere le risultanze delle ricerche svolte, laddove hanno evidenziato che, spesso, sono chiamati a far parte dell'OdV i responsabili degli uffici legali, così come componenti della funzione personale. Parimenti, pare apprezzabile la presenza negli OdV dei responsabili di funzioni professionalmente dedicate alla gestione dei rischi aziendali ed in particolare a quelle dedicate a profili di *compliance* (quali il responsabile della funzione di conformità, prevista per le aziende operanti nel settore dell'intermediazione creditizia, assicurativa e dei servizi di investimento).

[17] In tal senso cfr. P. MONTALENTI, *op. cit.*, pag. 653/I.

[18] Lettera del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili (C.N.D.C.E.C.) – Ufficio Relazioni Istituzionali e Coordinamento Ordini Territoriali al Consiglio dell'Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Treviso in data 16 febbraio 2009, in risposta ad un quesito.

6. Indipendenza, durata dell'incarico e possibilità di revoca dell'OdV

La composizione dell'Organismo non è, d'altra parte, l'unico fattore che può influenzarne l'indipendenza; rilevanti, a tal fine, sono anche le previsioni che devono essere necessariamente contenute nel Modello circa la durata dell'incarico e la possibilità di revoca.

Il punto relativo alla durata dell'incarico, come è naturale, riguarda principalmente (se non esclusivamente) i componenti esterni: per quanto riguarda i componenti interni, infatti, dovrebbero far parte dell'Organismo le persone che *pro tempore* rivestono la relativa posizione organizzativa individuata dal Modello. In merito, è da condividere l'orientamento, spesso indicato dalla prassi applicativa, in ragione del quale la durata dell'incarico non deve essere breve; un utile riferimento, a tal fine, potrebbe essere la durata in carica del collegio sindacale, salvo prevedere che, naturalmente, ove nell'OdV siedano componenti degli organi sociali, questi decadano in caso di cessazione dalla relativa carica[19].

La possibilità di revoca di un componente dell'Organismo, o dell'Organismo *in toto*, non è stata disciplinata dal legislatore; la delicatezza dell'argomento avrebbe fatto preferire la soluzione opposta[20]. Appare pertanto opportuno che l'argomento sia oggetto di trattazione nel Modello, che – ai fini di tutelare il requisito dell'indipendenza – dovrebbe prevedere la possibilità di revoca di un componente dell'Organismo, o dell'Organismo nel suo complesso, in ben precise e delimitate circostanze; tra queste, ad esempio, la perdita dei requisiti di onorabilità, oppure la conclamata mancanza di impegno e continuità d'azione nello svolgimento dei compiti istituzionali; la revoca o sostituzione

[19] Osserva sul punto P. MONTALENTI, *op. cit.*, pag. 654/I, che " *Per quanto riguarda la durata in carica è preferibile la nomina per un periodo temporale determinato, ad esempio per un triennio o comunque per un periodo pari alla durata in carica dell'organo gestorio*".

[20] In merito, è stato affermato che *"ove si ritenesse di applicare analogicamente le norme relative al contratto d'opera intellettuale o al contratto d'opera o all'appalto di servizi, si dovrebbe concludere nel senso che l'ente ha diritto di recedere unilateralmente dal contratto, anche in assenza di giusta causa, corrispondendo spese e compenso maturato (arg. ex art. 2237, art. 2227 e art. 1671 cod. civ.). Si potrebbe però fare riferimento al contratto di mandato sostenendo che, ma l'illazione non pare così agevole, dalla natura del rapporto deve evincersi l'irrevocabilità dell'incarico, in applicazione analogica dell'articolo 1723 cod. civ., fermo restando che la revoca dell'incarico sarebbe pur sempre legittima anche se in concreto prevenuta dal deterrente, per il vero non particolarmente grave, della responsabilità per danni, salvo che ricorra una giusta causa. Si potrebbe anche tentare di sostenere che il mandato è stato in questo caso conferito non tanto nell'interesse del mandatario (tesi che sembra davvero improponibile) bensì nell'interesse di terzi, e cioè i partecipanti dell'ente, i creditori, i terzi in generale e che quindi la revoca del mandato ex art. 1723, comma 2, può avvenire soltanto per giusta causa. Questa interpretazione potrebbe essere corroborata in base all'argomento che gli organi societari di controllo sono revocabili solo per giusta causa anche se, come è noto, ciò vale per il collegio sindacale (art. 2400, comma 2, cod. civ.) ma non per il consiglio di sorveglianza per cui è prevista soltanto la maggioranza qualificata (art. 2409 duodecies comma 5°) e neppure per il comitato per il controllo sulla gestione".* Cfr. P. MONTALENTI, op. cit., pag. 654/I.

dell'Organismo potrebbero essere previste – ma la fattispecie assume contorni di maggiore delicatezza – anche nel caso di imperizia.

Ulteriore problema, di non facile soluzione, è definire quale sia l'organo che può esercitare la revoca dell'Organismo, o di componenti del medesimo; si dovrebbe ipotizzare che sia il medesimo che ha provveduto alla nomina, e quindi – in linea di massima – al Consiglio di Amministrazione. In merito, appare ovviamente opportuna la previsione, delle soluzioni più garantiste e maggiormente volte a minimizzare il rischio di revoche strumentali.

7. Indipendenza e compenso da riconoscere all'OdV

Il Decreto non detta alcuna disposizione in materia di compenso da riconoscere ai componenti dell'OdV; il tema non risulta essere stato ancora preso in esame né in giurisprudenza né, se non per sommi cenni, in dottrina. Si tratta peraltro di un tema di notevole rilevanza, per le sue implicazioni riguardanti i profili di indipendenza dell'OdV medesimo e dunque, più in generale, il giudizio di idoneità del Modello.

Il primo punto da esaminare, a tale proposito, è la debenza o meno (*an*) del compenso in parola.

In merito, pare si possa affermare che per un incarico quale quello di componente dell'OdV dovrebbe essere comunque prevista una remunerazione. Da un lato, lo svolgimento di attività che esulano rispetto ai compiti istituzionali, suggerisce *ex se* l'attribuzione di un compenso; dall'altro lato, l'esecuzione di attività di controllo che potrebbero anche rientrare nei compiti istituzionali non giustifica necessariamente la gratuità dell'incarico, in ragione delle accresciute responsabilità che, *ceteris paribus*, il componente dell'OdV assume con la nomina.

Tanto premesso, motivi di convenienza economica potrebbero essere collegati alla nomina, all'interno dell'OdV, di soggetti eventualmente già legati all'Ente da rapporti di lavoro autonomo (per esempio: componenti del Collegio Sindacale) o dipendente (per esempio l'*Internal Auditor*), cioè di soggetti che in qualche modo già operano – istituzionalmente – in materia di controlli dell'Ente medesimo. E' innegabile, a tale riguardo, che la scelta di tali soggetti potrebbe avere il vantaggio di ridurre i costi legati ai compensi dell'OdV.

7.1. I professionisti esterni

L'opportunità di riconoscere un compenso ai professionisti esterni chiamati a far parte di un OdV è certamente pacifica, e questo per almeno tre ordini di motivi.

In primo luogo, la disciplina del codice civile in materia di compenso dei sindaci rappresenta un importante punto di riferimento; in effetti, secondo l'opinione comune, il tema del compenso dei sindaci è un aspetto saliente della loro disciplina, dal momento che "*la preparazione professionale e l'impegno esigibile dai sindaci sono e restano strettamente legati anche alla corresponsione di un giusto compenso*"[21].

In altri termini, il principio dell'onerosità della carica sindacale[22] è funzionale a "*garantire alle funzioni di controllo interno una certa serietà ed indipendenza, essendo ben noti i pericoli di dequalificazione legati al carattere meramente onorifico di certe cariche, pubbliche o private che siano*"[23]; altresì, i principi di necessaria predeterminazione e invariabilità del compenso dei membri del Collegio Sindacale sono opportunamente volti ad "*evitare variazioni della retribuzione in funzione del tipo di controllo esercitato e, quindi, collusioni con gli amministratori*".[24]

Tali principi (onerosità dell'incarico, predeterminazione ed invariabilità del compenso), giustamente considerati cardini essenziali della indipendenza e autonomia dei sindaci e, di conseguenza, dell'efficiente e corretto funzionamento dell'organo di controllo, sembrano bene applicabili anche ai componenti esterni degli Organismi di Vigilanza.

In secondo luogo, è un principio generale del nostro ordinamento quello secondo cui la gratuità di una funzione giustifica il suo svolgimento con un grado di diligenza "debole": basti pensare alla norma dell'art. 1710 del codice civile in tema di mandato; *a contrario,* quindi, l'onerosità dell'incarico a beneficio dei professionisti esterni imporrebbe loro una più intensa responsabilità con riferimento alla diligenza richiesta per l'espletamento dell'incarico.

Infine, l'onerosità o meno della carica inciderebbe con tutta probabilità anche sulla pronunzia giudiziale circa l'idoneità del Modello adottato dall'Ente a prevenire i reati-presupposto.

Se l'erogazione di un compenso a beneficio dei professionisti esterni (*an*) è pertanto necessaria, occorre ora riflettere sulle concrete modalità di determinazione dello stesso (*quantum*). Sul tema, un valido supporto potrebbe rinvenirsi nella Tariffa dei Dottori Commercialisti (D.P.R. 645/94), nella parte in cui viene determinato il compenso dovuto per l'esercizio delle funzioni di sindaco; il parallelo pare ragionevole per la similarità tra l'incarico in esame e quello del collegio sindacale.

Altresì, nel caso in cui il Consiglio di Amministrazione oppure l'Organismo (in composizione collegiale) elegga tra i propri membri un presidente, e attribuisca allo stesso specifici poteri aggiuntivi rispetto agli altri membri dell'OdV, appare del tutto legittima, come

[21] G. CAVALLI in G.E. COLOMBO – G.B. PORTALE (diretto da), "*Trattato delle società per azioni*", "*I sindaci*", p. 34.

[22] Principio sancito dall'art. 2402 cod. civ., secondo cui "*la retribuzione annuale dei sindaci, se non è stabilita dallo statuto, deve essere determinata dall'assemblea all'atto della nomina per l'intero periodo di durata del loro ufficio*".

[23] G. CAVALLI, *citato*, p. 33.

[24] P. MAGNANI in P. MARCHETTI (diretto da), "*Commentario alla riforma delle società*", "*Collegio sindacale, controllo contabile*", p. 156.

nel caso del Collegio sindacale, la prassi di remunerare il presidente in misura superiore rispetto ai semplici componenti; in materia è la stessa Tariffa dei Dottori Commercialisti che, all'art. 37 co. 5, stabilisce che "*qualora il dottore commercialista abbia la carica di presidente del collegio i compensi di cui ai commi 2 e 3 siano maggiorati del 50%*".

7.2. Il compenso da corrispondere ad amministratori indipendenti e sindaci che ricoprono il ruolo di componente dell'OdV

Ci si chiede ora se ad altre figure professionali che possono far parte degli Organismi di Vigilanza – in particolare i sindaci e gli amministratori indipendenti – siano applicabili, con riferimento al tema dei compensi, le riflessioni sopra proposte con riguardo ai professionisti esterni.

In merito, come dianzi accennato, non vi è dubbio che sia per i sindaci, sia per gli amministratori indipendenti, l'assunzione di un nuovo incarico comporta lo svolgimento di nuove attività di controllo e, comunque, l'assunzione di nuove responsabilità; è pertanto opportuno che il compenso come componente dell'OdV, spettante al sindaco o all'amministratore indipendente, non venga "assorbito" da quello spettante per gli altri incarichi istituzionali nell'Ente.

Dovrebbero pertanto escludersi sia la soluzione più estrema, che considera il compenso attribuito in qualità di componente dell'OdV già integralmente coperto da in quello corrisposto in forza della carica di sindaco o di altre funzioni già remunerate, sia soluzioni "ibride", secondo cui – al fine di garantire la distinzione tra i due compensi – venga prevista la semplice corresponsione di "gettoni presenza" per ogni partecipazione alle riunioni dell'OdV, senza alcuna previsione di un compenso *ad hoc* per questa funzione.

Peraltro, sia nel caso dei sindaci, sia nel caso degli amministratori indipendenti, il tema dell'indipendenza non può essere disgiunto dall'ammontare dei compensi ricevuti dall'Ente per cariche diverse; in altri termini, se è certamente opportuno, da un lato, che esistano meccanismi di remunerazione che prevedano compensi adeguati all'impegno e alle responsabilità dell'incarico, è altrettanto pacifico che gli stessi non possano essere tali da compromettere l'indipendenza del controllore.

Al riguardo, in effetti, sia il D.Lgs. n. 58/1998 (art. 148), sia il Codice di Autodisciplina (per esempio, punto 3), sia alcune normative specifiche (per esempio: la normativa in materia di società iscritte al segmento STAR di Borsa Italiana) prevedono l'incompatibilità tra le funzioni di controllore (sindaco o amministratore indipendente) e lo svolgimento di attività professionali in grado di comprometterne l'indipendenza.

Il compenso, quindi, è legittimamente dovuto e deve "remunerare" le nuove attività e responsabilità derivanti dalla nomina a componente dell'OdV; trova però il suo limite invalicabile nel mantenimento, in capo al controllore, dell'autonomia di giudizio e

dell'indipendenza, le quali possono essere compromesse nel caso di fissazione di un compenso eccessivo.

7.3. Il compenso da corrispondere ai dipendenti

Ragionamenti almeno parzialmente differenti devono essere condotti nel caso di dipendenti (diversi dall'*Internal Auditor* e dagli amministratori esecutivi) chiamati a comporre l'OdV.

Dato per scontato che l'attività in parola si configuri quale prestazione di lavoro subordinato[25], si tratta ora di comprendere se la partecipazione del dipendente all'OdV – in termini di un ampliamento delle sue mansioni – comporti l'aumento della sua retribuzione, anche in considerazione del fatto che il compenso non avrebbe la finalità di "remunerare" l'indipendenza del componente medesimo.

In merito, è indubbio che l'attribuzione di tale carica ad un dipendente richiederebbe lo svolgimento di mansioni diverse ed ulteriori da quelle da lui già svolte, ovvero, in ogni caso, un ampliamento dei profili di responsabilità; appare pertanto del tutto legittima la corresponsione di un compenso ulteriore rispetto alla retribuzione, da realizzare attraverso un'integrazione del contratto di lavoro, finalizzata a retribuire il dipendente a fronte dei maggiori volumi di attività e/o delle maggiori responsabilità.

Anche all'*Internal Auditor,* qualora nominato componente dell'OdV, dovrebbe essere corrisposto un distinto ed autonomo compenso per le funzioni così esercitate, e questo per il già sottolineato ampliamento di funzioni e responsabilità conseguenti al nuovo incarico. Come già osservato, la diversa tesi per la quale il controllo esercitato sulla concreta attuazione del Modello potrebbe essere considerato, *latu sensu*, tra i compiti istituzionali affidati alla funzione, non convince; anche a prescindere da un accrescimento nella latitudine delle attività dell'Organismo, infatti, l'assunzione dell'incarico medesimo comporta per se stessa un ampliamento delle responsabilità del soggetto, che dovreb-

[25] Sul punto, una giurisprudenza risalente – ma tutt'oggi condivisa - ammette che tra lavoratore e datore di lavoro possano intercorrere contemporaneamente un rapporto di lavoro subordinato e uno autonomo; condizioni essenziali per la sussistenza di entrambe le tipologie contrattuali sono che le prestazioni non siano *uguali,* non siano *strumentali* tra loro e non abbiano tempi di esecuzione *coincidenti.* Con riferimento alla prima condizione, pare pacifico che l'attività del dipendente in quanto tale e quella svolta come componente dell'OdV non siano "uguali". Peraltro, le prestazioni sono certamente tra loro strumentali; un dipendente di una società, infatti, viene generalmente chiamato a far parte dell'OdV proprio perché soggetto "interno" all'ente medesimo, e quindi dotato di tutto un patrimonio di conoscenze della realtà aziendale di cui, fisiologicamente, un professionista "esterno" non può disporre. Anzi, è proprio il suo essere dipendente dell'ente che giustifica e rende opportuna la sua presenza all'interno dell'OdV, al fine di implementare l'efficienza delle funzioni di controllo sui Modelli e sulla loro concreta attuazione. Poi, in linea di principio pare ragionevole presumere che le riunioni dell'OdV e tutte le relative attività di controllo si svolgano durante il normale orario di lavoro, risultando quindi le stesse – di fatto – coincidenti temporalmente. Pertanto, pare probabile che nella maggior parte dei casi l'attività del dipendente di un Ente – che partecipa all'OdV proprio in ragione della sua appartenenza all'Ente medesimo – si configuri come attività di lavoro subordinato.

bero essere remunerate, esplicitamente e specificamente, attraverso la previsione di un compenso *ad hoc*.

8. Autonomia e budget dell'OdV

Il requisito di *autonomia* non deve essere confuso con quello dell'*indipendenza*, anche se i due aspetti presentano talune similarità; in effetti, mentre il requisito dell'indipendenza pertiene maggiormente all'attitudine mentale e alla *forma mentis* del componente dell'OdV, il requisito dell'autonomia si concretizza piuttosto nella messa a disposizione dell'Organismo degli strumenti necessari al suo efficace funzionamento.

Nel caso dell'indipendenza, dunque, si è di fronte alla relazione psicologico-intellettuale che si instaura tra soggetto controllore e soggetto controllato; nel caso dell'autonomia, invece, ci si riferisce piuttosto alle modalità tecniche di espletamento dell'incarico.

Il requisito in parola è esplicitamente richiamato dal Legislatore nel Decreto, ai sensi del quale (art. 6) l'OdV deve essere dotato di "*autonomi* poteri di iniziativa e di controllo". Nell'ermeneutica di tale requisito, la dottrina intende l'autonomia[26] da un lato quale libertà di azione e di autodeterminazione, dall'altro lato quale attribuzione all'Organismo di poteri autonomi.

Con riferimento al primo punto, l'Organismo deve avere piena libertà nella definizione del proprio regolamento operativo e del piano di *audit*, nella selezione delle attività di verifica e nell'organizzazione, in generale, del proprio lavoro.

Il secondo punto, invece, fa riferimento alla necessità – per l'Organismo – di essere dotato di poteri effettivi di ispezione e di controllo, di avere pieno accesso ai dati e alle informazioni aziendali rilevanti, di avere a disposizione un *budget* adeguato (anche in funzione della propria composizione e delle esigenze della società), di poter disporre della professionalità e dei supporti tecnici dell'*Internal Audit* e delle altre funzioni di controllo interno[27].

Dato per scontato che un OdV che non abbia piena libertà d'azione, nel senso sopra descritto, non può essere considerato autonomo, resta da approfondire il tema del *budget* da assegnare all'OdV, in relazione al quale il Decreto non fornisce indicazioni esplicite; la necessità di disporre di un *budget* rientra, peraltro, nell'ottica di garantire e rendere concreta l'autonomia finanziaria dell'Organismo e deriva dall'attribuzione allo stesso dei "poteri di iniziativa e di controllo" di cui all'art 6, comma 1, lett. b) del Decreto. E' difficile, infatti ipotizzare una reale attuazione di un potere di controllo senza la possibilità di "attivazione", da parte dell'Organismo, di un autonomo utilizzo di una dotazione economica, soprattutto laddove le strutture interne aziendali risultino insufficienti o inadatte.

[26] AA.VV., *I modelli organizzativi ex d.lgs. n. 231/2001: la responsabilità amministrativa delle imprese*, Giuffrè, Milano, 2007, pag. 174 e ss.
[27] P. BASTIA, *I modelli organizzativi*, pag. 162.

Per tale motivo, pur in mancanza di una esplicita disposizione normativa, anche le associazioni di categoria, nella stesura delle proprie linee guida per l'adozione dei Modelli, riportano riferimenti puntuali all'effettività dell'autonomia finanziaria. A titolo esemplificativo, le Linee Guida di Confindustria precisano che, durante la pianificazione del *budget* aziendale, l'organo dirigente dovrà assegnare all'Organismo una dotazione adeguata di risorse finanziarie, sulla base di una proposta formulata dall'Organismo stesso, per ogni esigenza necessaria al corretto svolgimento dei suoi compiti.

Pertanto, il Modello deve prevedere che sia attribuito all'OdV – in prima battuta all'atto di nomina e successivamente con cadenza almeno annuale – un *budget* di spesa adeguato per lo svolgimento dell'azione di vigilanza e di controllo, in coerenza con le dinamiche e le dimensioni dell'organizzazione aziendale di riferimento. Le modalità di utilizzo del *budget* da parte dell'Organismo andranno per contro previste nel regolamento di funzionamento di quest'ultimo.

All'OdV deve essere poi attribuita la facoltà di richiedere l'ampliamento del *budget*, per specifiche esigenze prospettate di volta in volta, allo scopo di essere sempre nella condizione di svolgere i propri compiti in piena autonomia economica e gestionale.

La quantificazione della somma da mettere a disposizione dell'Organismo è stata spesso oggetto di discussione; possibili soluzioni sono la definizione in una percentuale delle spese di consulenza o una percentuale dei compensi assegnati ai membri dell'Organismo. Tali soluzioni, peraltro, si rivelano apodittiche, in quanto slegate dall'analisi delle ragioni che possono risultare alla base della necessità, per l'Organismo, di fruire degli importi resi disponibili.

In effetti, occorre distinguere le previsioni aziendale di costo relative al funzionamento del Modello *lato sensu,* e disponibilità il cui utilizzo è a insindacabile discrezione dell'OdV (il *budget* dell'Organismo dovrebbe identificarsi con queste ultime). L'Ente, in altri termini, deve porre l'OdV nelle condizioni di poter svolgere la sua attività ordinaria, altresì consentendo allo stesso l'elasticità di spesa necessaria per interventi di carattere straordinario.

Ad esempio, spesso (in assenza della funzione di *Internal Audit* nell'ambito di una struttura organizzativa) è previsto l'affidamento in *outsourcing* del compito di svolgere verifiche ispettive sul funzionamento del Modello secondo metodologie tipiche della revisione interna; il relativo costo rientra indubbiamente nelle previsioni aziendali di spesa relative al funzionamento del Modello medesimo. Peraltro, anche in tali casi dovrebbe essere pur sempre prevista un'autonoma, ulteriore possibilità di spesa da parte dell'Organismo, che potrebbe ad esempio riguardare specifiche indagini da affidare, in circostanza particolari, a soggetti esterni dotati delle competenze tecniche necessarie.

Naturalmente, la quantificazione della parte "discrezionale" del *budget* risulta in sé problematica, quale che sia la soluzione prevista (non prevedere alcun limite di spesa; prevedere un limite, con possibilità di sconfinamento notiziandone – anche *ex post* – l'organo amministrativo o, se del caso, il collegio sindacale; prevedere dei limiti rigidi). Occorre comunque relazionare la scelta al contesto aziendale di riferimento, con particolare attenzione al grado di esposizione di quest'ultimo al rischio di commissione di re-

ati rilevanti ai sensi del Decreto, nonché all'eventuale pregresso accadimento, in tale contesto, di specifici episodi penalmente rilevanti che accrescano la necessità di interventi dell'Organismo di natura straordinaria.

La definizione dell'ammontare del *budget* dell'OdV può essere altresì sensibilmente influenzata, come già in precedenza osservato, dalla presenza di specifiche professionalità già all'interno dell'OdV; un'armonica e variegata composizione del medesimo, funzionale al perseguimento del requisito di professionalità, può consentire di evitare / ridurre notevolmente la necessità di ricorrere a prestazioni o consulenze esterne.

Alla luce di queste precisazioni circa l'utilizzo di risorse finanziarie aziendali da parte dell'OdV, risulta evidente come un giudizio di non efficacia del Modello che si fondasse unicamente sulla mancata utilizzazione del *budget* da parte dell'Organismo risulterebbe quantomeno affetto da un eccesso di semplificazione.