

# RIFLESSIONI SULLA LIBERTÀ ORGANIZZATIVA DELL'ENTE NELLA NOMINA DELL'ORGANISMO DI VIGILANZA

LUCIO G. INSINGA, Dottore commercialista, Docente a contratto presso l'Università La Tuscia di Viterbo

PAOLO PISANI, Avvocato, Docente a contratto presso l'Università Cà Foscari di Venezia

L'articolo pone una riflessione sulla possibilità per gli enti di nominare quale Organismo di Vigilanza una persona giuridica.

A tale scopo, esamina le normative dettate anche in materia di Gruppi d'impresa, A.T.I., G.E.I.E. e contratti d'impresa, prospettando, per ciascuna fattispecie economica, alcune possibili soluzioni organizzative. Stante l'attuale momento congiunturale di crisi economica e di valori etici, l'obiettivo è tentare di stimolare la creazione di Modelli efficaci ed efficienti, affinché la loro adozione, abbia un impatto economico sulla gestione del rischio d'impresa che ne incoraggi la loro diffusione anche in enti di piccole dimensioni.

## 1. Premessa

Obiettivo del presente articolo è riaprire una riflessione avviata qualche anno fa da altro illustre professionista, in merito all'autonomia che il legislatore ha concesso all'ente che, volontariamente decide di conformarsi alle disposizioni previste dal d.lgs. 231/2001 (più avanti per brevità anche «d.lgs. 231»), di nominare quale organismo deputato alla vigilanza del proprio sistema di controllo, una persona giuridica<sup>1</sup>.

Con il solo fine di offrire ulteriori spunti al dibattito, abbiamo voluto accompagnare queste brevi riflessioni con le risultanze di una ricerca condotta su diverse fonti che, seppur articolata ma certamente non esaustiva, pone il lettore davanti ad alcuni interrogativi sulla questione da noi posta.

Le fonti consultate sono state le seguenti:

- Linee guida, fra quelle emanate dalle più autorevoli associazioni sindacali di categoria;
- orientamenti giurisprudenziali su eventuali casi sottoposti all'esame della magistratura, fra le sentenze rese disponibili nel motore di ricerca del sito internet della rivista che ospita questo intervento ([www.rivista231.it](http://www.rivista231.it)).
- le normative dettate in materia di A.T.I., G.E.I.E e Reti d'impresa;

Come si vedrà in seguito, condividiamo le motivazioni addotte dalle Linee guida e dalla dottrina<sup>2</sup> sul fatto che l'Organismo di Vigilanza debba esprimere una serie di

---

<sup>1</sup> V. articolo CARDANI, *E se l'Organismo di Vigilanza fosse una persona giuridica?*, in questa *Rivista*, 2/2008, 215.

<sup>2</sup> Si veda recentemente per tutti ABRIANI e GIUNTA, *L'Organismo di Vigilanza previsto dal d.lgs. 231/2001. Compiti e funzioni*, in questa *Rivista*, 3/2012, 191.

requisiti soggettivi ed oggettivi (specifiche competenze e conoscenze specialistiche); non ci convincono invece le motivazioni per le quali non si affronti esaurientemente il tema OdV/persona giuridica, visto che i requisiti suddetti, possono essere presenti anche nell'ambito di un *team* interdisciplinare costituito all'interno di una persona giuridica. Circostanza fra l'altro che – come si vedrà – non è vietata e, in talune realtà aziendali, potrebbe portare a notevoli vantaggi per l'ente.

## 2. Il quadro normativo

L'esame del quadro normativo di riferimento non poteva prescindere dall'attenta disamina della Relazione Governativa al d.lgs. 231 e dal disposto dell'articolo 6 del suddetto decreto.

In entrambi i testi il legislatore ha utilizzato volontariamente ed esclusivamente il termine «organismo dell'ente», lasciando al lettore della norma la libera (non arbitraria) interpretazione del significato di detto indirizzo.

Per risalire alla volontà del legislatore, non si può omettere dall'indagare innanzitutto il significato etimologico dei termini utilizzati; quindi, in linea con i migliori insegnamenti ricevuti, provvediamo a riconsultare un noto dizionario<sup>3</sup> cercando la parola «organismo». La ricerca restituisce due opzioni: *la prima* ha carattere scientifico e definisce organismo, ogni essere vivente, in quanto costituito da un complesso di organi vitali... organismo, inteso come corpo, organismo sano, ma anche organismo vegetale ed animale. *La seconda* che più si avvicina al nostro scopo, definisce organismo un insieme funzionale di elementi e strutture che operano per un fine comune: organismo burocratico, amministrativo, organismi politici, sindacali.

Pertanto, possiamo tentare di avanzare una prima ipotesi; se il legislatore, in scienza e coscienza, ha voluto utilizzare un sostantivo dal tale significato, ha voluto indirizzare il lettore verso un'interpretazione che si adattasse tanto ad una struttura personal-soggettiva, quanto ad una struttura più articolata e complessa.

Coerentemente con questa scelta, pare inoltre anche la portata smisurata della norma che, rammentiamo a noi stessi, è «*La Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica a norma dell'art. 11, l. 300/2000*». Il legislatore delegato, nell'intento di estendere ad una platea smisurata di soggetti, una buona pratica e un'adesione volontaria alla norma, si è ben guardato nel corpo normativo di introdurre paletti nella procedura di nomina e composizione dell'Organismo di Vigilanza, lasciando agli enti la necessaria e soggettiva autonomia organizzativa.

Il legislatore, con il d.lgs. 231/2001 da un lato, ha introdotto nell'ordinamento il nuovo principio della responsabilità penal-amministrativa della persona giuridica, dall'altro ha dovuto tener conto del fatto che il tessuto economico italiano è costituito per un suo buon 85% da aziende micro e piccole che dichiarano meno di 15 dipendenti.

Chi meglio dell'imprenditore conosce le proprie esigenze e i propri bisogni organizzativi?

<sup>3</sup> Dizionario Garzanti della Lingua Italiana, [www.garzantilinguistica.it/dizionario](http://www.garzantilinguistica.it/dizionario).

Saranno quindi i soci, l'organo gestorio o l'organo dirigente a, seconda della dimensione aziendale a stabilire quale potrà essere il tipo di OdV (una o più persone fisiche o una persona giuridica) che potrà assicurare all'ente la migliore vigilanza sull'adozione del Modello e la capacità di prevenire la commissione di quei reati identificati nel processo di mappatura.

Esaurita l'indagine e le ragioni sul termine «organismo», ci accingiamo ora ad indagare «dell'ente». Il termine ente non necessita di particolari ricerche, perché esso identifica esattamente il soggetto giuridico che decide di conformarsi al dettato del decreto 231.

Il processo interpretativo complessivo è aiutato dalla preposizione «del» (dell'ente) che certamente restringe l'autonomia imprenditoriale nella scelta dell'OdV. A tale proposito, a nostro avviso, appare pacifica e coerente con le intenzioni del legislatore, un'interpretazione in senso restrittivo; ossia, che ogni ente deve nominare un proprio Organismo di Vigilanza.

Se l'indirizzo suddetto è condivisibile, nei gruppi d'impresa, ad esempio, si dovrebbe prudenzialmente escludere la possibilità che potrà essere nominato un unico Organismo di Vigilanza di gruppo, in luogo di un Organismo di Vigilanza per singola società o ente.

Il gruppo, infatti, giuridicamente non è un ente, ma un insieme di enti nei quali le relazioni contrattuali e le interessenze societarie possono essere le più disparate e solo in certi casi la controllante risponde anche dell'operato delle controllate.

Nella pratica, troviamo a solo titolo esemplificativo:

- gruppi nei quali un ente agisce da controllante o *holding* sulla base del possesso di quote o azioni di altri enti;
- gruppi nei quali sono presenti *holding*, *sub-holding* ed enti controllati e partecipati;
- gruppi nei quali l'ente *holding* detiene partecipazioni di minoranza ma esercita il controllo degli altri enti costituenti il gruppo, in forza di contratti di esclusiva;
- gruppi dalle interessenze eterogenee nei quali convivono tutte le forme su menzionate.

Inoltre, la specificità delle attività che l'organismo è deputato a svolgere in ciascun ente, mal si conciliano con analisi standardizzate che un organismo di gruppo avrebbe la tentazione di prevedere, per razionalizzare il processo di *auditing*, nell'ottica di un'economia dei costi di controllo.

In ogni caso, come vedremo più avanti, in quei gruppi nei quali tutti gli enti svolgono la medesima attività e pur in presenza di più Organismi di Vigilanza, si possono perseguire significative economie di scala.

Considerazioni a parte meritano di esser fatte per le A.T.I.<sup>4</sup> e per le Reti d'impresa.

---

<sup>4</sup> Art. 37, d.lgs. 163/2006, «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE» pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, n. 100, 2 maggio 2006, Supplemento Ordinario 107, «l'associazione temporanea di imprese fu introdotta nella legislazione italiana con la l. 584/1977, con la quale furono recepite nell'ordinamento italiano le direttive comunitarie 304 e 305 del 1971. L'introduzione fu poi confermata dal d.lgs. 406/1991 e dalla l. 109/1994 e s.m.; tali provvedimenti normativi sono stati tutti abrogati dall'art. 256, d.lgs. 163/2006, con decorrenza 1° luglio 2006, ai sensi di quanto disposto dall'art. 257 del medesimo decreto». L. 109/1994 (art. 13, comma 1). «La partecipazione alle procedure di affidamento delle associazioni temporanee e dei consorzi di cui all'art. 10, comma 1, lett. d) ed e), è ammessa a condizione che il mandatario o il capogruppo, nonché gli altri partecipanti, siano già in possesso dei requisiti di qualificazione, accertati e attestati ai sensi dell'art. 8, per la quota percentuale indicata nel regolamento. L'associazione temporanea di imprese non costituisce una particolare figura giuridica a sé stante, né porta alla costituzione di un nuovo ente (mancando di regola qualunque organizzazione o associazione comune), ma si basa essenzialmente sul conferimento a una delle imprese (denominata capogruppo) da parte delle altre di un mandato

Le A.T.I. sono associazioni o raggruppamenti temporanei d'impresa che si costituiscono per fini e tempi stabiliti, nei quali se è vero che ai sensi dell'art. 37, comma 10, «l'inosservanza dei divieti di cui al comma 9 comporta l'annullamento dell'aggiudicazione o la nullità del contratto, nonché l'esclusione dei concorrenti riuniti in associazione o consorzio ordinario di concorrenti, concomitanti o successivi alle procedure di affidamento relative al medesimo appalto», è pur vero che, ai sensi del comma 17 del medesimo articolo si precisa che: «Il rapporto di mandato non determina di per sé organizzazione o associazione degli operatori economici riuniti, ognuno dei quali conserva la propria autonomia ai fini della gestione, degli adempimenti fiscali e degli oneri sociali».

La medesima prospettiva trova, a nostro avviso, applicazione anche per i recenti contratti di rete introdotti dalla l. 122/2010, recante misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica che, all'art. 42, prevede la possibilità di più imprese di stipulare un contratto di rete e di creare un fondo patrimoniale per il raggiungimento di uno scopo comune. Il rapporto di mandato e il fondo patrimoniale non appaiono elementi che possono supportare le ragioni di un OdV unitario e collegiale ma, semmai un OdV che in forza di singoli incarichi, svolga il proprio incarico di vigilanza presso i rispettivi enti costituenti l'A.T.I. o la Rete.

Argomentazione diversa è invece quella applicabile al G.E.I.E.<sup>5</sup>, soggetto autonomo al quale la legge oltre alla tenuta dei registri contabili (Art. 7), prevede l'applicazione di procedure concorsuali e, soprattutto ai fini del nostro esame, che la legale rappresentanza del G.E.I.E. possa esser attribuita ad una persona giuridica<sup>6</sup>. Sembrerebbe quindi non azzardato ipotizzare che un G.E.I.E. che adotti il sistema *ex d.lgs. 231/2001* possa affidare al proprio legale rappresentante (persona giuridica) il ruolo di organismo dell'ente.

### 3. La giurisprudenza

Come anticipato in sede introduttiva e al solo scopo fine di fornire uno spunto a coloro i quali si vorranno appassionare all'argomento, abbiamo effettuato anche una ricerca giurisprudenziale, circoscritta alle società o gruppi, escludendo le altre forme aggregative prima descritte quali le A.T.I., i G.E.I.E. e le Reti d'impresa.

Avvalendoci del motore di ricerca della rivista *www.rivista231.it*, abbiamo digitato una combinazione di parole riguardante l'Organismo di Vigilanza.

La ricerca condotta sulle circa 190 sentenze rese disponibili dal portale, è stata condotta per verificare l'esistenza di procedimenti nei quali l'Organismo di Vigilanza è costituito da una persona giuridica ma non ha restituito alcun risultato.

L'indagine si è estesa ad altri settori professionali utili allo scopo e, con riferimento al nostro tema, appare di estremo interesse il parere motivato, tratto dal sito *internet* del Consiglio Notarile di Milano, in merito alla possibilità riconosciuta dal legislatore

---

collettivo speciale, valevole specificatamente per l'opera da compiere, nonché della rappresentanza di fronte alla stazione appaltante» (Consiglio di Stato, sez. V, 16 aprile 1987, n. 246).

<sup>5</sup> D.lgs. 240/1991: Norme per l'applicazione del regolamento 85/2137/CEE relativo all'istituzione di un Gruppo europeo di interesse economico – GEIE, ai sensi dell'art. 17, l. 428/1990. (Pubblicato nella G.U. 182, 5 agosto 1991).

<sup>6</sup> Art. 5 – Persona giuridica amministratore. 1. Può essere nominato amministratore anche una persona giuridica, la quale esercita le relative funzioni attraverso un rappresentante da essa designato. 2. Nel caso di cui al comma 1, devono essere depositati presso il registro delle imprese la denominazione e la sede della persona giuridica amministratore, nonché il cognome, il nome, il luogo e la data di nascita, il domicilio e la cittadinanza del rappresentante designato. 3. Il rappresentante assume gli stessi obblighi e le stesse responsabilità civili e penali previste a carico degli amministratori persone fisiche, ferma restando la responsabilità solidale della persona giuridica amministratore.

che una persona giuridica possa assumere l'incarico di legale rappresentante di altra persona giuridica.

Il parere così recita: «È legittima la clausola statutaria di s.p.a. o s.r.l. che preveda la possibilità di nominare alla carica di amministratore una o più persone giuridiche o enti diverse dalle persone fisiche (amministratore persona giuridica), salvi i limiti o i requisiti derivanti da specifiche disposizioni di legge per determinate tipologie di società. Ogni amministratore persona giuridica deve designare, per l'esercizio della funzione di amministratore, un rappresentante persona fisica appartenente alla propria organizzazione, il quale assume gli stessi obblighi e le stesse responsabilità civili e penali previsti a carico degli amministratori persone fisiche, ferma restando la responsabilità solidale della persona giuridica amministratore. Le formalità pubblicitarie relative alla nomina dell'amministratore sono eseguite nei confronti sia dell'amministratore persona giuridica che della persona fisica da essa designata<sup>7</sup>».

<sup>7</sup> Amministratore persona giuridica di società di capitali (artt. 2380 *bis* e 2475 c.c.)

MOTIVAZIONE La massima, nell'affrontare il tema dell'amministratore persona giuridica di società di capitali, suggerisce una soluzione sia sotto il profilo dell'ammissibilità, sia sotto quello della disciplina applicabile.

Dal primo punto di vista, risultano convincenti i diversi argomenti e spunti interpretativi che inducono ad affermare, in linea di principio, l'ammissibilità dell'amministratore persona giuridica in tutti i tipi di società di capitali, fatta salva la presenza di specifiche disposizioni normative o regolamentari che, nei confronti di talune tipologie di società, renda tale circostanza del tutto o in parte contraria al sistema normativo (si pensi, ad esempio, alle società con azioni quotate in mercati regolamentati, o alle società operanti in settori soggetti a regolamentazione e vigilanza, con particolari prescrizioni nei confronti degli esponenti degli organi di amministrazione e controllo). Senza poter in questa sede esaurire e trattare in modo sufficientemente approfondito il tema in questione, ci si limita ad esporre in sintesi i principali motivi a sostegno della soluzione sopra sostenuta. Dal punto di vista sistematico, si noti anzitutto che la configurabilità di un amministratore persona giuridica di un altro ente collettivo è espressamente o implicitamente sancita, nel nostro ordinamento, nei confronti di diverse tipologie di enti collettivi, anche di natura societaria: (i) così è per il gruppo europeo di interesse economico, per il quale la disciplina italiana di attuazione del regolamento comunitario (art. 5, d.lgs. 240/1991) espressamente contempla tale ipotesi; (ii) analogamente dicasi per le società di persone, nei confronti delle quali è ormai dato quasi per scontato che l'amministrazione possa spettare anche a persone non fisiche, in virtù del combinato disposto degli artt. 2361, comma 2, c.c., e 111 *duodecies* disp. att. c.c.; (iii) ancor più rilevante, per quanto riguarda le società azionarie e le società di capitali, è infine la norma contenuta nella disciplina della Società Europea (art. 47.1 reg. UE 2157/2001) – che rappresenta, è bene ricordarlo, un tipo sociale appartenente a tutti gli effetti al nostro ordinamento societario, annoverabile nel quadro delle società azionarie, assoggettato ad una disciplina già vigente, in quanto tale, anche nel nostro Paese – la quale, salva una contraria ed espressa norma interna (non esistente in Italia), afferma la possibilità di nominare quali amministratori anche le entità giuridiche diverse dalle persone fisiche. In questo quadro, pur nel silenzio delle norme del c.c. (invero invariate sul punto specifico), sembra sempre meno giustificabile la negazione delle soluzioni positive solo per le società di capitali, o per alcune di esse. Sempre sul piano sistematico, prendendo spunto dalla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche (d.lgs. 231/2001), si è inoltre da taluni affermato che sarebbe contraddittorio che un ordinamento, il quale ha ormai (sostanzialmente) superato la rigorosa preclusione sintetizzata nel brocardo *societas delinquere non potest*, resti ancora chiuso al riconoscimento della piena e 'naturale' compatibilità tra persona giuridica e assunzione della carica di amministratore in una società di capitali. Non mancano poi spunti di rilievo, per quanto indiretti, anche nella disciplina dettata per talune delle società di capitali. In tema di s.r.l., anzitutto, si può osservare che il modello legale prevede che gli amministratori, salva diversa disposizione dell'atto costitutivo, debbano essere soci, potendosi così replicare uno dei ragionamenti che conduce la dottrina quasi unanime ad ammettere l'amministratore persona giuridica nelle società di persone. Sempre per le s.r.l., inoltre, la legge espressamente consente la deroga al principio della competenza dell'assemblea dei soci alla nomina degli amministratori, i quali possono essere nominati da uno solo dei soci, oppure possono anche non essere soggetti a nomina, bensì designati dallo stesso atto costitutivo nella persona di uno dei soci (art. 2475 c.c.); ciò denota un ampio spazio di manovra all'autonomia statutaria in ordine alla struttura organizzativa dell'ente, che può liberamente abbandonare la struttura corporativa per adottare le più variegiate combinazioni in ordine alla struttura ed al funzionamento della funzione gestoria. Anche nella disciplina del tipo della s.a.p.a., del resto, vi sono spunti nel senso qui sostenuto. È infatti noto che, soprattutto sulla base della disposizione contenuta nell'art. 2455, comma 2, c.c., in virtù della quale «i soci accomandatari sono di diritto amministratori e sono soggetti agli obblighi degli amministratori della società per azioni», autorevole dottrina argomenta ed afferma la piena compatibilità della figura dell'amministratore persona giuridica con il tipo dell'accomandita per azioni. Di qui, in considerazione della sua equiparazione agli amministratori di s.p.a., consegue pertanto un ulteriore motivo per sostenere la tesi più «liberale» anche nella figura principale della s.p.a. Infine, anche l'esame comparatistico conforta e conferma quanto affermato nella presente massima. È infatti possibile riscontrare un orientamento complessivamente favorevole all'ammissibilità della figura dell'amministratore persona giuridica, anche in ordinamenti soggetti alle medesime norme contenute nelle direttive comunitarie concernenti la rappresentanza delle società azionarie e la rilevanza a questo fine della pubblicità legale, tramite i registri delle imprese (o istituti equiparabili) dei diversi paesi dell'Unione europea. Due precisazioni paiono comunque opportune con riguardo alla clausola statutaria che prevede la nomina di un amministratore persona giuridica. Anzitutto è a dirsi che quanto sin qui affermato circa la legittimità di tale clausola non è volto a negare di per sé l'ammissibilità della nomina di un amministratore persona giuridica

Quindi, ci potremmo trovare davanti ad una società di capitali (s.r.l. o s.p.a.) che:

- ha nominato quale proprio legale rappresentante altro soggetto giuridico;

in mancanza di siffatta clausola; la questione si pone ovviamente su un piano diverso, che non viene affrontato direttamente nella presente massima, volta principalmente ad individuare un orientamento da applicare in sede di controllo di legittimità dell'atto costitutivo o dello statuto. In secondo luogo, è appena il caso di rilevare che il discorso sin qui svolto, pur essendo riferito genericamente alle società di capitali, assume una valenza diversa con riferimento alla clausola statutaria di s.p.a., nella quale lo stesso atto costitutivo «deve indicare i soci accomandatari» i quali «sono di diritto amministratori» (così il già ricordato art. 2455 c.c.). Una volta affermata la legittimità della clausola statutaria che contempra la nomina dell'amministratore persona giuridica, si deve individuare la disciplina applicabile. A tal proposito, sembra inevitabile, stante la mancanza di disposizioni normative direttamente riferibili alla fattispecie in esame, ricorrere all'applicazione analogica delle due norme già in vigore nel nostro ordinamento, che disciplinano, con principi tra loro identici, l'amministratore persona giuridica in enti collettivi aventi ad oggetto l'esercizio di attività economiche, ossia:

– l'art. 47.1, reg. UE 2157/2001, in tema di Società europea, ove si afferma che la società o altra entità giuridica [nominata membro di un organo della SE] deve designare un rappresentante, persona fisica, ai fini dell'esercizio dei poteri dell'organo in questione»;

– l'art. 5, d.lgs. 240/1991, in tema di Gruppo Europeo di Interesse Economico, ove si afferma che:

«1. Può essere nominato amministratore anche una persona giuridica la quale esercita le relative funzioni attraverso un rappresentante da essa designato. 2. Nel caso di cui al comma 1, devono essere depositati presso il registro delle imprese la denominazione e la sede della persona giuridica amministratore nonché il cognome, il nome, il luogo e la data di nascita, il domicilio e la cittadinanza del rappresentante designato. 3. Il rappresentante assume gli stessi obblighi e le stesse responsabilità civili e penali previsti a carico degli amministratori persone fisiche, ferma restando la responsabilità solidale della persona giuridica amministratore».

Sembra infatti innegabile l'*eadem ratio* di tali norme, rispetto alla questione in esame, posto che, sia nelle ipotesi da esse regolate, sia nel caso di amministratore persona giuridica di società di capitali, la finalità consiste nel consentire lo svolgimento della funzione gestoria dell'ente collettivo, garantendo la soddisfazione delle medesime esigenze, anche di tutela dei terzi e dei partecipanti all'ente, tenute in considerazione dalla disciplina legislativa prevista per gli amministratori persone fisiche. Dalle norme ora citate, pertanto, emergono chiaramente i seguenti principi, applicabili in via analogica anche agli amministratori persone giuridiche di società di capitali (e di società di persone): (a) la necessità della designazione di un «rappresentante persona fisica», che esercita le funzioni di amministrazione; a tal riguardo va precisato che non necessariamente il rappresentante persona fisica deve coincidere con il rappresentante legale della persona giuridica amministratore, posto che altrimenti si tratterebbe di un istituto sostanzialmente privo di senso; nello stesso tempo, sembra ragionevole affermare che la designazione debba riferirsi ad una persona appartenente all'organizzazione in senso lato dell'ente persona giuridica, rientrando cioè nel concetto degli «ausiliari dell'imprenditore», attraverso i quali può essere svolta l'attività (in linea di massima, ma non necessariamente) d'impresa della persona giuridica amministratore; va altresì sottolineato che entrambe le norme citate impongono chiaramente che la designazione abbia ad oggetto una sola persona fisica, rendendosi quindi assai dubbia la compatibilità di una pluralità di «designati» (e la legittimità di una clausola che ciò preveda); si deve comunque ritenere che la designazione, quale atto gestorio della persona giuridica amministratore, sia liberamente modificabile da quest'ultima in qualsiasi momento, senza che ciò debba «passare» da una decisione o deliberazione della società amministrata; del resto, la designazione altro non sarebbe che una semplice «investitura», da parte della persona giuridica amministratore, della funzione e dei poteri di amministrazione e di rappresentanza, in quanto conferiti dalla società amministrata alla persona giuridica amministratore; (b) l'assoggettamento del rappresentante persona fisica ai medesimi obblighi e responsabilità previsti dalla legge nei confronti dell'amministratore persona fisica, in solido con la persona giuridica amministratore; in questo modo, si evita che l'istituto dell'amministratore persona giuridica finisca col divenire una scorciatoia verso forme di esenzione o limitazione dei compiti e delle responsabilità degli amministratori; (c) l'applicazione delle formalità pubblicitarie anche nei confronti del rappresentante persona fisica e conseguentemente l'applicazione anche a tale designazione delle regole di pubblicità legale dettate in tema di rappresentanza delle società di capitali (in particolare in relazione all'opponibilità e ai limiti di rilevanza dei vizi della nomina); al riguardo si può osservare che la designazione del rappresentante persona fisica da parte della persona giuridica amministratore costituisce un atto (gestorio) di quest'ultima, che si affianca, completandola, alla nomina dell'amministratore persona giuridica da parte della società amministrata; di conseguenza, ai fini dell'iscrizione della nomina e della designazione, possono ipotizzarsi le seguenti ipotesi: (i) l'accettazione dell'amministratore persona giuridica e la sua designazione di un rappresentante persona fisica precedono la nomina da parte della società amministrata, la cui deliberazione di nomina recepisce e prende atto sia dell'accettazione che della designazione; (ii) venga prima assunta la deliberazione di nomina dell'amministratore persona giuridica da parte della società amministrata, e poi intervenga l'accettazione dell'amministratore persona giuridica e la sua designazione di un rappresentante persona fisica. Se l'amministratore persona giuridica è una società o un ente di diritto italiano, è plausibile pensare che entrambe le deliberazioni – quella dell'assemblea della società amministrata (nomina) e quella dell'organo amministrativo dell'amministratore persona giuridica (designazione della persona fisica) – siano depositate per l'iscrizione nel registro delle imprese (anche con un'unica domanda) nelle consuete forme (ossia per estratto autentico). Se invece l'amministratore persona giuridica è una società straniera, si deve ritenere che l'atto di designazione della persona fisica, anch'esso da depositarsi in forma di estratto autentico o di scrittura privata autenticata, debba rispettare le norme previste per l'efficacia in Italia degli atti esteri (legalizzazione o apostille, salvi i casi di diretta efficacia dell'atto notarile estero, nonché deposito in atti di notaio ai sensi dell'art. 106, l. not. Fonte: [www.constiglionotariemilano.it/documenti-comuni/massime-commissione-societa/100.aspx](http://www.constiglionotariemilano.it/documenti-comuni/massime-commissione-societa/100.aspx).

- in un momento della sua vita sociale decidere di conformarsi volontariamente alle disposizioni previste dal d.lgs. 231/2001;
- in tale sede nomina il proprio amministratore (persona giuridica) Organismo di Vigilanza.

Nella fattispecie ora illustrata, si dovrebbe poter concludere che detta nomina non è effettuata in violazione delle attuali disposizioni di legge.

#### 4. Le Linee guida delle associazioni di categoria

Con il fine indicato in premessa, abbiamo esteso la ricerca ad alcune fra le più importanti Linee guida illustrative dei codici di comportamento presentate da primarie associazioni di categoria al Ministero della Giustizia.

In particolare ci siamo concentrati sui seguenti settori e relative associazioni:

SETTORI	ASSOCIAZIONI
INDUSTRIALE	CONFINDUSTRIA
BANCARIO/FINANZIARIO	ABI/ASSOSIM ASSIFACT
TRASPORTI	ASSTRA
SANITÀ	ASSOBIOMEDICA

Le Linee guida si concentrano tutte sull'esame dei requisiti oggettivi, quali la continuità d'azione, disponibilità di un *budget*, e *requisiti soggettivi*, quali autonomia, indipendenza, onorabilità, professionalità e conoscenza tecnica in materia di:

- a) campionamento statistico;
- b) tecniche di analisi e valutazione dei rischi, nonché le procedure per il loro contenimento (procedure autorizzative, meccanismi di contrapposizione di compiti, ecc.);
- c) *flow-charting* di procedure e processi per l'individuazione dei punti di debolezza;
- d) tecniche di intervista e di elaborazione dei questionari;
- e) metodologie per l'individuazione delle frodi<sup>8</sup>.

Appare interessante ai nostri fini esaminare la sentenza del Tribunale di Milano del 20 settembre 2004, citata in nota, nella parte dedicata alla nomina e ai poteri dell'Organismo di Vigilanza. Essa così recita: «Per quanto concerne l'Organo di Vigilanza (...) si osserva che, perché questo organo possa adeguatamente ed efficacemente adempiere ai propri compiti, è necessario che ne sia garantita la autonomia, l'indipendenza e la professionalità».

Il Tribunale rinvia a quanto disposto dalle Linee guida prima citate. Poi prosegue, «Sotto questo profilo il Modello appare lacunoso e generico. In punto di autonomia dell'Organo di Vigilanza il Modello si limita a rinviare ai *'curricula* dei singoli

<sup>8</sup> ABRIANI e GIUNTA, *L'Organismo di Vigilanza previsto dal d.lgs. 231/2001. Compiti e funzioni*, in questa Rivista, 3/2012, 205. Queste conclusioni sono state recepite da una decisione della giurisprudenza di merito, che ha fatto proprie le indicazioni contenute nelle Linee guida, riproponendole puntualmente. La sentenza richiamata in nota è Trib. Milano, 20 settembre 2004, in *Foro it.*, 2005, 537 ss.

componenti dell'Organo'. Il Modello non prevede che, necessariamente, i componenti dell'Organo di Vigilanza debbano possedere capacità specifiche in tema di attività ispettiva e consulenziale». In questo tratto il Tribunale deve prendere atto del fatto che è certamente corretto ma solo auspicabile non rigorosamente richiesto che i componenti l'Organismo di Vigilanza debbano possedere capacità specifiche (...) Ci si riferisce al campionamento statistico; alle tecniche di analisi e valutazione dei rischi; alle tecniche di intervista e di elaborazione di questionari, alle metodologie per l'individuazione delle frodi. La composizione dell'Organo di Vigilanza muta nel tempo ed è evidente che un Organo di Vigilanza 'debole' non può adempiere ai propri compiti (...). Se l'Organo di Vigilanza deve, pur se organo interno alla società, essere indipendente ed in grado di (...)».

Altro passo fondamentale ai nostri fini è che il Tribunale ancora una volta nella stesura della sentenza, correttamente non può non far notare la libertà che il legislatore concede all'ente, affermando *«pur se organo interno alla società»*.

## 5. Conclusioni

A nostro modesto avviso le indicazioni che si traggono dalla sentenza in esame, arricchiscono il tema oggetto della presente riflessione; e in particolare:

- l'organo giudicante pone molta attenzione alla capacità di poter incidere sui controlli interni grazie ai requisiti quali l'autonomia, l'indipendenza, la professionalità e la continuità d'azione.
- All'organo giudicante, meno importa, se tali requisiti sono garantiti da una o più persone fisiche o da una persona giuridica che può garantire un *team* interdisciplinare.
- L'obiettivo finale resta combattere la commissione dei reati societari e, nella fase patologica del reato, accertare che la consumazione dello stesso, sia stata effettivamente resa possibile solo per effetti fraudolenti e non agevolata da procedure carenti, protocolli superati, controlli poco frequenti e/o scarsamente incisivi.

Se ciò è condivisibile le caratteristiche individuali e soggettive dell'OdV potrebbero essere perfettamente garantite anche da una società che, ricevuto l'incarico di Organismo di Vigilanza dell'ente, potrebbe anche contrattualmente impegnarsi nei confronti dell'ente a:

- garantire la continuità di azione dei propri *auditors*;
- sostituirli, se nel corso della prestazione dovesse accertare la decadenza di uno di quei requisiti indicati dalla dottrina, dalle Linee guida e fatte proprie dalla Magistratura;
- garantire le necessarie competenze in base all'evoluzione del Modello e/o all'ingresso di nuove fattispecie di reato sensibili per l'ente.

In merito ai requisiti oggettivi, la tesi dell'OdV persona giuridica, presenta ancora più frecce al proprio arco. Non v'è dubbio infatti, che un *network* di professionisti, siano essi in forma associata o societaria, può offrire all'ente un ben più vasto panorama di competenze tecnico-professionali, per misurare la tenuta complessiva del Modello adottato e per poter prevenire la commissione dei reati precedentemente individuati.

Come accennato in precedenza, nei gruppi d'impresa la presenza dell'OdV persona giuridica – a nostro avviso – potrebbe trovare applicazione solo nella

condizione nella quale l'OdV persona giuridica sarà in grado (e risponda) dell'operato di più professionisti organizzati in *team* autonomi per presidiare i singoli enti facenti parte del gruppo.

Ciò potrebbe consentire al gruppo di avere un'unica controparte contrattuale che s'impegna a garantire continuità di azione, indipendenza professionalità e autonomia di ciascun *team* professionale.

In tale fattispecie si giustificano:

- scambi di informazioni fra il *team* della controllante e i *team* dislocati presso le altre entità del gruppo;
- la possibilità di adottare ad esempio un unico codice etico;
- la possibilità di adottare un'unica piattaforma di *e-learning* per la formazione dei dipendenti di tutte le società del gruppo;
- la standardizzazione dei processi di scelta e qualificazione dei fornitori di beni e servizi;
- la standardizzazione delle procedure ispettive per indagare i processi per grandezze e reati. Si pensi ad esempio ad una *holding* di costruzioni le cui controllate, consociate partecipate e collegate sono tutte costituite da società di scopo, per ciascuna lottizzazione. In tali gruppi, le responsabilità sono individuali (ogni società risponde per sé) ma identiche sono le attività (cantiere di costruzione) identici i reati sensibili più frequenti (omicidio colposo, corruzione, concussione, truffa, reati ambientali ecc.).

In tale circostanza l'omogeneità di controlli, seppur autonomi, ma standardizzati secondo gli indirizzi della *holding*, potrebbe portare a delle indubbie economie di scala.

Sulla base delle ricerche effettuate in precedenza illustrate, le società di capitali (s.r.l. e s.p.a) e i G.E.I.E., possono nominare quale legale rappresentante una persona giuridica e di conseguenza in aderenza a quanto disposto dal d.lgs. 231/2001, l'OdV potrebbe essere il legale rappresentante e di conseguenza una persona giuridica.

Abbiamo visto come A.T.I., e le reti d'impresa non presentano a nostro avviso quei requisiti giuridici e pratici per poter concorrere alla nomina di un unico OdV.

Per i gruppi d'impresa, optiamo per una scelta che privilegi OdV per singoli enti.

Auspichiamo che la dottrina, in futuro, vorrà apportare nuovi contributi all'argomento qui affrontato, affinché esso potrà trovare un indirizzo e servire anche da guida per tutti quegli enti che ad oggi non hanno ancora provveduto a conformarsi al d.lgs. 231/2001.

