
Il Collegio Sindacale con funzioni di Organismo di vigilanza: profili penalistici (Compliance Normativa n. 2)

By admin

Published: 21/12/2011 - 06:38



di [Maurizio Arena](http://www.reatisocietari.it/), avvocato, curatore del sito <http://www.reatisocietari.it/>

Testo pubblicato con licenza <http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/it>; versione online su <http://www.compliancenet.it/content/collegio-sindacale-con-funzioni-di-o...> e su <http://www.compliance-normativa.it/article/collegio-sindacale-con-funzio...>, data di pubblicazione: **4 dicembre 2011**

Articolo disponibile nelle versioni: [epub](#), [pdf](#), [xhtml](#), [doc](#), [odt](#)

La legge 12 novembre 2011 n. 183 (Legge di Stabilità 2012), all'art 14, dispone l'inserimento di un comma 4-bis nell'art 6 del d.lg. 231/2001, con decorrenza 1 gennaio 2012, che recita:

4-bis. Nelle società di capitali il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza e il comitato per il controllo della gestione possono svolgere le funzioni dell'organismo di vigilanza di cui al comma 1, lettera b).

Non ci si vuole soffermare sulle numerose implicazioni della "riforma" in esame, bene evidenziate in altri documenti (nota 1) e contributi (nota 2).

Piuttosto chi scrive vorrebbe svolgere alcune sintetiche considerazioni squisitamente penalistiche sulla modifica legislativa tra poco in vigore.

I nuovi obblighi e responsabilità dell'Organo preposto alla vigilanza del Modello organizzativo

Se l'Organismo di vigilanza (ODV) dovesse coincidere con il collegio sindacale non pare discutibile l'inaugurazione di una nuova stagione del "Sistema 231".

Nuova non solo rispetto a quanto prefigurato in dottrina e in giurisprudenza, ma, prima ancora, dal Decreto stesso e dalla sua relazione di accompagnamento.

Ci si riferisce all'entrata in scena della responsabilità c.d. omissiva impropria dell'ODV.

Precisamente: l'Organo preposto alla "Compliance 231" – il "nuovo" collegio sindacale - sarebbe senz'altro titolare di una posizione di garanzia rilevante ex art 40 comma 2 c.p..

Di conseguenza lo stesso Organo sarebbe titolare di un obbligo giuridico di impedire il reato altrui (leggasi, in particolare: il reato del soggetto apicale).

Insomma diventerebbe regola quella che sino ad ora è stata ritenuta una (possibile ed eccezionale) "deviazione sistematica" del ruolo e delle responsabilità dell'ODV: ci si riferisce all'art 52 comma 1 della Legge Antiriciclaggio (d.lg. 231/2007), che attribuisce all'ODV l'obbligo di vigilare sul rispetto delle disposizioni della Legge stessa, in tal modo sancendone, secondo taluni (nota 3), la posizione di garanzia.

L'ODV è stato istituito per vigilare sull'attuazione del Modello, per curarne l'aggiornamento: deve effettuare controlli sul rispetto delle procedure e riportare al massimo organo dirigente.

Non gli è stata assegnata – o comunque riconosciuta – una rilevanza esterna (nota 4) né, tantomeno, la titolarità di poteri impeditivi: in particolare, a tal fine non si ritiene sufficiente la fonte privata costituita dal Modello organizzativo (nota 5).

Tale *status quo* è destinato a mutare radicalmente alla luce della possibile attribuzione delle sue funzioni al collegio sindacale.

La posizione di garanzia dei sindaci

La giurisprudenza da tempo individua i sindaci come titolari di una posizione di garanzia che si fonda sugli artt. 2403 e 2407 comma 2 c.c.

I sindaci – sulla base dell'obbligo di vigilare sul rispetto della legge e in ragione della responsabilità civile solidale con gli amministratori – avrebbero, sotto il profilo penale, una *posizione di controllo* che impone loro di impedire che gli amministratori, nell'esercizio delle loro funzioni, compiano atti contrari alla legge o addirittura penalmente sanzionati.

Tale funzione di controllo avrebbe poi *carattere generale*, poiché si estenderebbe ad ogni aspetto dell'attività sociale, in conseguenza degli ampi e penetranti poteri conferiti dalla legge ai sindaci stessi.

In giurisprudenza si è infatti affermato che i sindaci rispondono a titolo di concorso omissivo di *qualsiasi reato che possa essere commesso nell'attività della società*: non solo e tipicamente dei reati societari e fallimentari, ma anche di truffa in danno di risparmiatori (nota 6) e addirittura di costruzione abusiva in assenza di concessione (nota 7).

Si è addirittura sostenuta una posizione di garanzia in materia tributaria, in relazione all'obbligo dei soggetti che esercitano le funzioni di controllo contabile di sottoscrizione della dichiarazione dei redditi delle società di capitali (nota 8).

Seppur sinteticamente deve ribadirsi che:

- la posizione di garanzia dei sindaci è comunque limitata al *controllo sull'attività degli amministratori* (arg. ex art 2407 comma 2 c.c.) (nota 9);

- rientrano tra i reati per i quali sussiste un dovere di impedimento, *oltre a quelli propri dell'amministratore*, anche quelli *comuni posti in essere nell'esercizio dell'attività istituzionale degli amministratori* (che risultano spesso lesivi di interessi patrimoniali della società, dei creditori, dei soci e dei terzi: si pensi all'appropriazione indebita o alla corruzione).

I sindaci sono senz'altro muniti di numerosi poteri di intervento sulla gestione sociale, questa volta disciplinati *ex lege*:

- hanno un potere di ispezione anche individuale (nota 10) e possono chiedere informazioni sulla gestione agli amministratori (art 2403-bis c.c.);
- devono intervenire alle riunioni del consiglio di amministrazione (art 2405 c.c.);
- nelle società quotate i sindaci hanno il potere, *uti singuli*, di convocare il consiglio di amministrazione e il comitato esecutivo (art 151 comma 2 TUF);
- il collegio può impugnare le deliberazioni del consiglio di amministrazione che non sono prese in conformità della legge o dello statuto (art 2388 comma 4 c.c.) o adottate in violazione delle disposizioni sul conflitto di interessi;
- possono, in via eccezionale, convocare l'assemblea (art 2406 c.c.) qualora ravvisino fatti censurabili di rilevante gravità e vi sia urgenza di provvedere;
- possono effettuare la denuncia al Tribunale (art 2409 ult. Comma c.c.), se vi è fondato sospetto che gli amministratori, in violazione dei loro doveri, abbiano compiuto gravi irregolarità della gestione che possono arrecare danno alla società o a società controllate.
- nel TUF (art 149 comma 3) e nel TUB (art 52) è previsto un obbligo di segnalazione di illeciti, rispettivamente, alla Consob e a Bankitalia, presidiato da rilevanti sanzioni amministrative pecuniarie;
- per le società per azioni è previsto che l'azione di responsabilità contro gli amministratori possa essere promossa a seguito della deliberazione del collegio sindacale assunta con la maggioranza dei due terzi (art 2393 comma 5 c.c.).

Pertanto il futuribile Collegio sindacale/ODV (o, magari, "Collegio sindacale di vigilanza") sarà un organo di controllo che – per le quotate e le banche – dovrà segnalare illeciti degli apicali ad Autorità Pubbliche; in generale, per le società di capitali sarà un organo di controllo che potrà "esternalizzare" gli eventuali illeciti dei consiglieri al Tribunale oppure all'assemblea.

La questione, sin troppo chiara ad avviso di chi scrive, può trovare un'incisiva aggiunta, a mò di chiusura, con le parole di chi aveva da tempo evidenziato *gli accresciuti profili di responsabilità di quei soggetti che partecipano all'ODV essendo già muniti di speciale qualifica soggettiva, quali gli amministratori non esecutivi o, appunto, i sindaci*:

"la partecipazione alle funzioni di controllo esercitate anche in seno ad un altro organo, oltre ad ampliare i doveri conoscitivi di tali soggetti, porta inevitabilmente ad una moltiplicazione delle occasioni in cui si attiva, per il garante, un obbligo di impedimento.(nota 11)"

Va infine rilevato che alle medesime conclusioni si dovrebbe pervenire anche in relazione al singolo sindaco membro dell'ODV: costui non smette di essere sindaco per il fatto che è anche componente di altro organo di controllo.

Peraltro avremmo la situazione, inedita e paradossale, di un organo di controllo nel quale solo un membro e non gli altri sarebbero gravati dall'obbligo di impedire reati altrui.

L'impedito controllo del collegio sindacale

Impedire o ostacolare l'attività dell'ODV può integrare un illecito disciplinare (fermo restando che simili condotte indurrebbero il magistrato penale a considerare non effettivamente attuato o addirittura fittizio il Modello stesso).

Ben diversa è l'ipotesi di impedito controllo dei sindaci, il quale, invece, integra un illecito amministrativo ex art 2625 c.c. comma 1 (punito con sanzione pecuniaria fino a 10329 euro).

Il comma 2 prevede una fattispecie delittuosa laddove le condotte di impedito controllo abbiano cagionato danno ai soci (punita con la pena della reclusione fino ad uno anno [nota 12]).

La fattispecie di impedito controllo prende in considerazione condotte di occultamento di documenti o "altri idonei artifici"; è comunque rilevante anche l'ostacolo, con qualsiasi modalità realizzato.

Soggetto attivo del reato è l'amministratore (anche di fatto), anche se, ovviamente, può configurarsi il concorso dell'*extraneus*: si pensi all'agevolazione della condotta criminosa dell'amministratore da parte del direttore finanziario della società.

Non sembra invece particolarmente rilevante ai fini che qui interessano la circostanza che il delitto di cui al comma 2 dell'art 2625 c.c. sia richiamato dall'art 25-ter del d.lg. 231 tra i reati societari imputabili all'ente.

È vero che la sanzione pecuniaria prevista per l'ente è piuttosto rilevante, essendo compresa tra 200 e 360 quote (nota 13): tuttavia la condotta di ostacolo è penalmente sanzionata solo se cagiona danno ai soci.

Appare pertanto difficilmente configurabile la sua commissione al fine di avvantaggiare la società.

Note

1. Associazione dei componenti degli Organismi di vigilanza ex D.lgs. 231/2001, Bozza “decreto sviluppo”, punto 114: abolizione dell'organismo di vigilanza 231 e attribuzione delle funzioni al collegio sindacale, www.aodv231.it, 27 ottobre 2011.

2. De Vivo, *Al collegio sindacale la vigilanza sui modelli organizzativi*, www.eutekne.info, 16 novembre 2011.

3. D'Arcangelo, *Il ruolo e la responsabilità dell'Organismo di vigilanza nella disciplina antiriciclaggio*, Riv. Resp. Amm. Soc. enti, 1/2009, 65 ss. . Contraria sulla titolarità di una posizione di garanzia in capo all'ODV la prevalente dottrina (cfr. Giunta, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, Riv. trim. dir. pen. econ., 2006, 610).

4. Tranne che nella Legge Antiriciclaggio, che impone all'ODV obblighi di comunicazione in favore di Autorità pubbliche (art 52 comma 2).

5. *Contra Gargani, Imputazione del reato agli enti collettivi e responsabilità penale dell'intraneo: due piani irrelati?*, Dir. pen. proc. , 2002, 1061 ss..

6. Trib. Milano, II, 28 novembre 1987.

7. Cass. 31 agosto 1993, Minelli.

8. Padovani, *I soggetti responsabili per i reati tributari commessi nell'esercizio dell'impresa*, Riv. it. dir. proc. pen., 1985, 391: in senso contrario, Pisani, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, Milano, 2003, 28. A prescindere da ogni altra considerazione, tale tesi può riguardare soltanto le ipotesi in cui il controllo contabile sia affidato al

collegio sindacale, altrimenti va inquadrata in altra tematica, non rilevante in questa sede, relativa all'eventuale posizione di garanzia dei revisori.

9. Grasso, *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983, 358.

10. Ad oggi non riconosciuto ai singoli membri di un ODV collegiale.

11. Centonze, *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, 2009, 414, il quale porta ad esempio il caso dell'amministratore indipendente che, in quanto membro dell'organismo di vigilanza, diventi destinatario di una segnalazione anonima relativa ad un illecito *in fieri*: egli dovrà attivarsi con i poteri inerenti alla carica.□

12. La pena è raddoppiata se si tratta di società quotate.□

13. Successivamente al raddoppio operato dalla legge n. 262 del 2005.

Chi è Maurizio Arena?

L'Avv. Maurizio Arena si occupa di diritto dell'economia, con particolare riguardo ai profili penali del diritto societario, del diritto dei mercati finanziari, del diritto dell'informatica, del diritto ambientale e del diritto sanitario.

Curatore della Rivista "I Reati Societari", dedicata al diritto penale d'impresa, con particolare riguardo alla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche.

Presidente dell'Osservatorio sulla Compliance delle aziende farmaceutiche.

Curatore dell'Osservatorio sul diritto penale dell'economia e dell'impresa, ospitato dal Portale giuridico Diritto e diritti (www.diritto.it).

Curatore della Rubrica I Reati Finanziari della Rivista sulle Investor Relations IR TOP, del cui Comitato Scientifico è membro.

Componente del Comitato Scientifico del Portale giuridico Filodiritto.

Componente dal 2003 del Gruppo di Lavoro istituito presso il Consiglio Nazionale Forense in materia di Antiriciclaggio.

Coordinatore del Comitato "Responsabilità persone giuridiche" dell'Associazione Italiana Responsabili Antiriciclaggio (AIRA).

Docente del Corso di specializzazione in Compliance Antiriciclaggio 2009

Docente del Master in Economia e Legislazione Antiriciclaggio dell'Università di Macerata (a.a. 2006-2007).

Docente della Scuola di specializzazione per le professioni legali dell'Università di Tor Vergata (Deontologia forense, a.a. 2006-2007).

Docente della Scuola di specializzazione per le professioni legali dell'Università La Sapienza di Roma (Diritto Commerciale, aa.aa. 2002-2005).

In materia di d.lg. 231/2001 ha pubblicato i seguenti volumi:

- La responsabilità penale delle società (Arena-Graziano), Roma, 2003;

-
- La responsabilità da reato degli enti collettivi (Arena-Cassano), Milano, 2007;
 - La responsabilità degli enti per omicidio e lesioni colpose, Milano, 2009;
 - Normativa antiriciclaggio e responsabilità da reato delle società (Arena-Razzante), Napoli, 2009;
 - La giurisprudenza sul d.lg. 231/2001 - Reati e Modelli organizzativi (Arena-Cassano), Roma, 2010.

Contatti

- Sito web: <http://www.reatisocietari.it/>
- Email: maurizioarena_2000@yahoo.it
- LinkEdin: <http://it.linkedin.com/in/maurizioarena>