

CAPITOLO XII

**POTERI DEL COMMISSARIO GOVERNATIVO E
GOVERNANCE SOCIETARIA (CON PARTICOLARE
RIGUARDO AI RAPPORTI CON L'ORGANISMO DI
VIGILANZA PREVISTO DAL D.LG. N. 231/2001)**

ANDREA ZOPPINI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I poteri dell'Organismo di Vigilanza ex d.lg. n. 231/2001. – 3. Commissario governativo e Organismo di Vigilanza. – 4. Conclusioni.

1. Introduzione.

Le «[n]uove disposizioni urgenti a tutela dell'ambiente, della salute e del lavoro nell'esercizio di imprese di interesse strategico nazionale», introdotte con il d.l. 4.6.2013, n. 61 (convertito con l. 3.8.2013, n. 89) stimolano una riflessione sulla posizione assunta, nel complessivo assetto dei rapporti endosocietari, dal Commissario straordinario chiamato a garantire la continuità produttiva dell'impresa che, a seguito di una sistematica violazione delle normative ambientali, abbia cagionato pericoli gravi per l'integrità dell'ambiente e della salute¹.

L'intervento sostitutivo diviso dall'art. 1, d.l. n. 61/2013, nell'escludere ipotesi espropriative o di nazionalizzazione dell'azienda coinvolta², delinea

¹ Per una prima analisi dei presupposti alla base dell'emanazione del d.l. n. 61/2013, cfr. GIAMPIETRO, *Ilva: dalla sentenza della Sovrana Corte n. 8572013 al D.L. n. 61/2013*, in *Ambiente e sviluppo*, 2013, 705 ss.

² Con particolare riguardo alle opzioni di politica economica sottese all'intervento decretale, si v. MASSA, *Il commissariamento dell'ILVA e il diritto delle crisi industriali*, in *Quaderni cost.*, 2013, 617 ss.

una forma di «*spossessamento*» nei confronti dei titolari e degli organi preposti alla gestione dell'impresa interessata, attraverso il trasferimento di tutti i poteri amministrativi e gestionali in capo al Commissario straordinario³, stabilendo, al tempo stesso, la facoltà, per il Presidente del Consiglio dei Ministri, di disporre con decreto la sostituzione dei componenti degli organi di controllo⁴. Sembra quindi rimanere aperta, nelle maglie del dettato normativo, la questione concernente l'incidenza che la nomina di questa figura commissariale assume rispetto al ruolo, e alle condizioni di operatività, dell'Organismo istituito ai sensi dell'art. 6, 1° co., lett. b), d.lg. 8.6.2001, n. 231: di quell'organo, cioè, chiamato a vigilare, e a dare concreta attuazione, al complesso di regole definite in un modello di organizzazione dell'attività aziendale idoneo a prevenire il compimento di particolari fattispecie criminose⁵.

L'interrogativo che in queste pagine si pone è se, ed allora a quali condizioni, a seguito del commissariamento di una società ai sensi dell'art. 1, d.l. n. 61/2013 si determini lo scioglimento dell'Organismo di Vigilanza di cui al d.lg. n. 231/2001, e se, in ogni caso, spettino al Commissario straordinario poteri di revoca dei suoi componenti.

2. *I poteri dell'Organismo di Vigilanza ex d.lg. n. 231/2001.*

È noto che, nel disciplinare la responsabilità amministrativa degli enti per i reati commessi nell'interesse dei medesimi da parte dei propri amministratori e dipendenti, il d.lg. n. 231/2001 ha previsto una particolare esigenza subordinata all'adozione di un adeguato sistema di prevenzione e controllo, attuato mediante: (i) la predisposizione di un insieme coerente di regole organizzative e comportamentali (il c.d. modello organizzativo); e

³ Ai sensi dell'art. 1, 3° co., d.l. n. 61/2013: «Per la durata del commissariamento sono attribuiti al commissario tutti i poteri e le funzioni degli organi di amministrazione dell'impresa ed è sospeso l'esercizio dei poteri di disposizione e gestione dei titolari dell'impresa. Nel caso di impresa costituita in forma societaria, i poteri dell'assemblea sono sospesi per l'intera durata del commissariamento. Le linee di credito ed i relativi rapporti debitori, concernenti l'attività dell'azienda, oggetto del commissariamento, anche in carico a società del medesimo gruppo, sono trasferite al commissario ai sensi degli articoli 1339 e 2558 del codice civile».

⁴ Secondo il dettato dell'art. 1, 4° co., d.l. n. 61/2013, «[i]l Presidente del Consiglio dei Ministri, con proprio decreto, può sostituire i componenti degli organi di controllo, i quali restano in carica per la durata del commissariamento».

⁵ Si rileva, peraltro, che il recente d.lg. 7.7.2011, n. 121, ha esteso il novero delle fattispecie-presupposto rilevanti per la «responsabilità amministrativa degli enti» anche a particolari figure di reati ambientali (v. art. 25-*undecies*, d.lg. n. 231/2001).

(ii) la costituzione di un organismo di controllo preposto a vigilare e garantire l'effettiva ed efficace attuazione del citato modello (l'Organismo di Vigilanza)⁶.

Per quanto in questa sede maggiormente interessa, si rileva che, ai sensi dell'art. 6, 1° co., d.lg. n. 231/2001, mentre la predisposizione del modello organizzativo risulta compito espressamente attribuito all'«organo dirigente» dell'ente, non riceve puntuale regolamentazione l'istituzione dell'Organismo di Vigilanza. E tuttavia, con specifico riguardo all'impresa costituita in forma di società per azioni, pare condivisibile il consolidato orientamento interpretativo che annovera anche tale ultimo compito tra le prerogative di carattere gestionale, come tali rientranti nell'ambito delle funzioni proprie dell'organo amministrativo (consiglio di amministrazione e, nel sistema dualistico, consiglio di gestione)⁷.

Si tratterebbe, in altri termini, di competenza valutabile in piena coerenza con i principi generali della disciplina codicistica, ed in particolare con la norma che affida le funzioni di valutazione e cura dell'adeguatezza dell'assetto organizzativo ed amministrativo della società, rispettivamente, al consiglio di amministrazione e all'amministratore delegato (art. 2381 c.c.). Tutto ciò porta a ritenere che i poteri di vigilanza propri dell'OdV abbiano natura derivata ed il loro esercizio possa essere inteso come implicitamente delegato a tale organismo da parte dell'organo amministrativo – che ne è titolare *ex lege* – mediante l'adozione degli atti necessari alla sua istituzione⁸.

⁶ Per una lettura d'insieme sulla disciplina dell'Organismo di Vigilanza *ex d.lg. n. 231/2001*, cfr. PRESUTTI, BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano, 2013, 141 ss.; e v. anche, tra le più recenti trattazioni sul tema, ABRIANI, GIUNTA, in *L'organismo di vigilanza previsto dal d.lg. n. 231/2001. Compiti e funzioni*, in *Riv. dir. impresa*, 2012, 240 ss.; SACCHI, *L'organismo di vigilanza ex d. lgs. n. 231*, in *Giur. comm.*, 2012, I, 851 ss.; nonché GIAVAZZI, *Poteri e autonomia dell'organismo di vigilanza: prime certezze, nuove incertezze*, in *Soc.*, 2012, 1217 ss.

⁷ Cfr., *ex multis*, MONTALENTI, *Organismo di vigilanza e sistema dei controlli*, in *Giur. comm.*, 2009, 643 ss.; nonché SACCHI, *op. cit.*, 856: «la nomina e la revoca dei componenti dell'organismo di vigilanza spetta agli amministratori, in quanto attiene a materia tipicamente gestionale, quale la determinazione delle strutture organizzative della società»; e da ultimo, v. ISTITUTO DI RICERCA DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI, *Linee guida per l'organismo di vigilanza ex D.Lgs. 231/2001 e per il coordinamento con la funzione di vigilanza del collegio sindacale*, Documento n. 18, maggio 2013, 7.

⁸ Cfr., in questo senso, SFAMENI, *Responsabilità da reato negli enti e nuovo diritto azionario: appunti in tema di doveri degli amministratori ed organismo di vigilanza*, in *Riv. società*, 2007, 154 ss., a 187; nonché BERTI, *Profili di responsabilità civile dell'organismo di vigilanza istituito ai sensi del d.lg. n. 231/2001*, in *Resp. civ.*, 2011, 539 ss., a 540, che proprio sulla scorta della disciplina generale di cui all'art. 2380 c.c. ritiene che «[i]l potere-dovere di vigilanza di cui l'OdV è investito all'atto della nomina pare, dunque, configurarsi quale "potere deri-

Tanto premesso in merito alla natura dell'*OdV* e delle funzioni dal medesimo esercitate, appare ora possibile verificare quali effetti si producano in capo a tale organo in conseguenza dell'apertura del commissariamento di cui all'art. 1, d.l. n. 61/2013.

3. *Commissario governativo e Organismo di Vigilanza.*

In via generale, la configurazione dei poteri dell'*OdV* come facoltà *derivate* da quelle ordinariamente spettanti all'organo amministrativo dell'ente induce a ritenere che lo spossessamento della posizione gestoria attuato con l'intervento commissariale non possa non avere ripercussioni sulla composizione e sul regime di operatività dell'organismo preposto a vigilare e garantire la corretta attuazione del modello organizzativo di prevenzione di condotte illecite nel contesto aziendale. Tali conseguenze, a ben vedere, possono astrattamente articolarsi secondo diverse gradazioni di intensità.

a) Accedendo ad un orientamento più rigoroso, che muove dalla natura dei poteri e delle funzioni dell'*OdV*, (*mi*) pare ragionevole ritenere che tale organismo debba seguire le medesime sorti dell'organo amministrativo dal quale ha mutuato le proprie prerogative.

Invero, discende logicamente da quanto sinora argomentato che l'attribuzione al Commissario straordinario, ai sensi dell'art. 1, 3° co., d.l. n. 61/2013, di tutti i poteri amministrativi e gestionali dell'impresa implichi altresì la caducazione degli organi e degli organismi che di tali poteri erano titolari anteriormente all'apertura del commissariamento, a prescindere dal fatto che la titolarità dei suddetti poteri avesse carattere originario, trovando il proprio fondamento in norme di legge, ovvero derivato.

In quest'ottica, una prima lettura della recente normativa induce quindi a concludere che l'apertura del commissariamento determini la caducazione tanto dell'organo amministrativo, quanto dell'*OdV* dal medesimo istituito.

4
vato", ovvero attribuito dal medesimo soggetto cui tale potere spetterebbe originariamente». In senso analogo, cfr. CONFINDUSTRIA, *Linee Guida per la costruzione di Modelli di organizzazione, gestione e controllo ex d.lgs. n. 231/2001*, del 31 marzo 2008, ove si legge che «al momento della formale adozione del Modello, pertanto, l'organo dirigente dovrà: - disciplinare gli aspetti relativi al funzionamento dell'Organismo (es. modalità di nomina e revoca, durata in carica) ed ai requisiti soggettivi dei suoi componenti; - comunicare alla struttura i compiti dell'Organismo ed i suoi poteri, prevedendo, in via eventuale, sanzioni in caso di mancata collaborazione»; e in giurisprudenza, v. T. Roma, ord. 4.4.2003, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 2005, 45 ss. con nota di MANCINI, *Osservazioni a margine di un'interpretazione giurisprudenziale in tema di responsabilità amministrativa degli enti e modelli organizzativi*.

b) In una diversa prospettiva, pur volendo escludere un'automatica decadenza dell'*OdV*, dovrebbe comunque riconoscersi che l'apertura del commissariamento determini il trasferimento in capo al Commissario straordinario, titolare *ex lege* dei poteri organizzativi e gestionali dell'impresa, di nominare e revocare i componenti di detto organismo, così come di disporre lo scioglimento (assumendo, quindi, le medesime prerogative spettanti, sin al momento della sua nomina, all'organo amministrativo dell'ente).

Tale conclusione trova conferma alla luce delle diverse teorie proposte in dottrina per qualificare il rapporto contrattuale che lega l'impresa ai membri dell'*OdV* dalla medesima istituito.

Secondo un primo, e prevalente, orientamento⁹, il rapporto tra ente e membri dell'*OdV* si riconduce alla fattispecie del contratto d'opera intellettuale di cui all'art. 2230 c.c. Su queste basi, è dunque possibile concludere che la società (e, per quanto qui interessa, il suo Commissario straordinario) sia legittimata a revocare in qualunque momento l'incarico dei componenti dell'*OdV*, recedendo dal relativo contratto e riconoscendo ai medesimi esclusivamente il compenso per l'opera svolta ed il rimborso delle spese sostenute, in conformità a quanto in tal senso disposto dall'art. 2237 c.c.

Con riguardo alla fattispecie in esame, a conclusioni operative non dissimili si dovrebbe logicamente pervenire anche ove si volesse aderire al diverso orientamento interpretativo che qualifica il rapporto intercorrente tra l'ente ed i componenti dell'*OdV* in base al tipo contrattuale del mandato¹⁰.

Ed infatti, anche volendo riconoscere a questa ricostruzione il pregio di garantire una maggiore stabilità della composizione dell'organismo di vigilanza, limitando la possibilità di revoche *ad libitum* dei suoi membri¹¹,

⁹ Sul punto v. MONTALENTI, *Organismo di vigilanza e sistema dei controlli*, cit., 643 ss.; DE STEFANIS, *Profili di responsabilità dell'Organismo di Vigilanza ai sensi del d.lgs. 231/2001*, in *Danno e resp.*, 2010, 329 ss., a 334; ISTITUTO DI RICERCA DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI, *Linee guida per l'organismo di vigilanza ex D.Lgs. 231/2001 e per il coordinamento con la funzione di vigilanza del collegio sindacale*, cit., 7. E v. anche, per la qualificazione dell'incarico ai componenti dell'*OdV* come prestazione d'opera professionale o di collaborazione coordinata, BAUDINO, SANTORIELLO, *La responsabilità dei componenti dell'organismo di vigilanza*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2, 2009, 79 s.; ANTONETTO, *Il regime del rapporto e della responsabilità dei membri dell'Organismo di vigilanza*, ivi, 2008, 78.

¹⁰ In tal senso, v. BERTI, *op. cit.*, 545; e per alcune considerazioni fortemente dubitative, MONTALENTI, *L'organismo di vigilanza (d. lgs. 231/2001): profili di diritto societario*, in *Società per azioni, corporate governance e diritto finanziario*, Milano, 2011, 210.

¹¹ Sottolineano i rischi che una possibile revoca *ad libitum* dei componenti dell'*OdV* si traduca in un forte potere condizionante da parte dei titolari dei poteri gestori dell'ente, ABRIANI, GIUNTA, in *op. cit.*, 273 s. Sul punto, pare comunque condivisibile l'opinione per la quale, in ogni caso, il conferimento dell'incarico ai componenti dell'*OdV* non potrebbe configurarsi come mandato nell'interesse di terzi, essendo quindi astrattamente configurabile

parrebbe comunque indubbio che le particolari condizioni fattuali sottese all'applicazione del d.l. n. 61/2013 integrino gli estremi di una giusta causa di recesso dal rapporto contrattuale, esercitabile da parte del Commissario straordinario senza l'insorgere dell'obbligo di risarcimento del danno previsto dagli artt. 1723 e 1725 c.c.

Tale ultima considerazione trova puntuale conforto in relazione: (i) ai presupposti in base ai quali è disposto il commissariamento di cui al d.l. n. 61/2013, riconducibili, lo si è accennato, al fatto che l'attività produttiva dell'impresa «abbia comportato e comporti pericoli gravi e rilevanti per l'integrità dell'ambiente e della salute a causa dell'inosservanza, rilevata dalle Autorità competenti, dell'autorizzazione integrata ambientale»; (ii) al radicale mutamento dell'assetto organizzativo della società che l'apertura della procedura di commissariamento determina; nonché (iii) agli specifici obiettivi cui è finalizzata la predetta procedura ed al cui conseguimento deve essere informata la gestione dell'impresa in pendenza del commissariamento.

4. Conclusioni.

Provo a sintetizzare quanto sin qui ho argomentato, traendo alcune conclusioni.

La natura derivata dei poteri dell'*OdV*, riconducibili a quelli di carattere organizzativo-gestionale ordinariamente spettanti agli organi amministrativi dell'ente, induce a ritenere che il commissariamento di una società disposto ai sensi dell'art. 1, d.l. n. 61/2013 determini, in uno con la decadenza di quest'ultimi, la caducazione dell'organismo di vigilanza istituito ai sensi dell'art. 6, 1° co., lett. b), d.lg. n. 231/2001.

In ogni caso, a seguito del commissariamento della società, i poteri di nomina e revoca dei componenti dell'*OdV* spettano al Commissario straordinario, il quale può altresì disporre lo scioglimento del medesimo organismo. In quest'ultima ipotesi, ai componenti revocati dall'incarico dovrà essere riconosciuto esclusivamente il compenso per l'attività svolta ed il rimborso delle spese, potendosi invece sostenere che la società non sia tenuta al risarcimento dei danni in conseguenza del recesso, esercitato in condizioni che paiono comunque integrare gli estremi della «giusta causa».

un recesso anche in assenza di giusta causa: cfr. in tal senso SACCHI, *op. cit.*, 858 (che esclude su queste basi l'applicazione dell'art. 1723, 2° co., c.c.).