



Gruppo di studio 231

L'ORGANISMO DI VIGILANZA: LINEE GUIDA

25.05.2011 - Documento in corso di revisione e lettura.

Con la collaborazione di:

- *Paolo Vernerio Coreferente Gruppo di studio 231*
- *Roberto Frascinelli Delegato dell'ODCEC di Torino Gruppo di studio 231*
- *Massimo Boidi Membro Commissione "Diritto societario" CNDCEC – Coreferente Gruppo di studio 231*
- *Andrea Caretti **
- *Silvia Cornaglia **
- *Leonardo Cuttica **
- *Patrizia Marchetti**
- *Patrizia Provisiero **
- *Annamaria Roncari **
- *Carlo Salomone **

Consulente scientifico del Gruppo di studio 231 ODCEC – Torino:

- *Prof.ssa Alessandra Rossi*

**Coreferente reati presupposto*

INDICE

PREFAZIONE	5
1. PREMESSA: IL MODELLO ORGANIZZATIVO EX D.Lgs 231/2001	8
1.1 <i>Elenco dei reati presupposto</i>	9
1.2 <i>Presupposti della responsabilità diretta dell'ente. Le sanzioni.</i>	11
1.3 <i>Il Codice Etico</i>	12
1.4 <i>Gli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabile</i>	13
1.4.a. Esistenza dell'organigramma	13
1.4.b. Esistenza di procedure	13
1.4.c. Esistenza efficiente sistema di rilevazione contabile	13
1.4.d. Esistenza di un idoneo Modello di organizzazione ex D.Lgs 231/2001	14
1.4.d.i. <i>L'adozione del Modello di organizzazione ex D.Lgs 231/2001</i>	14
1.4.d.ii. <i>Gli elementi caratterizzanti il Modello di organizzazione ex D.Lgs 231/2001</i>	14
1.4. d.iii. <i>L'idoneità del Modello di organizzazione ex D.Lgs 231/2001</i>	15
1.5 <i>La mapping risk</i>	15
1.5.a La valutazione dei rischi	15
1.5.b La tipologia dei rischi	15
1.5.b.i <i>Inventariazione degli ambiti di attività</i>	17
1.5.b.ii <i>Analisi dei rischi potenziali</i>	17
1.5.b.iii <i>Valutazione/costruzione/adeguamento/implementazione del sistema di controlli preventivi</i>	17
1.5.c Il concetto di errore	17
1.5.d L'efficacia del Modello di organizzazione ex D.Lgs 231/2001	18
1.5.d.i <i>Nozione di rischio accettabile</i>	18
1.6 <i>Il controllo interno</i>	19
1.6.a L'affidabilità del Controllo interno	20
1.7 <i>La colpa di impresa/organizzazione</i>	20
1.7.a La struttura organizzativa	21
1.7.b La non idoneità della struttura a prevenire i rischi di reato	21
1.8 <i>Linee operative per la realizzazione di un sistema di controllo preventivo</i>	22
1.9 <i>Il sistema disciplinare</i>	22

2. L'ORGANISMO DI VIGILANZA	24
2.1 <i>Composizione</i>	24
2.1.a Giurisprudenza	25
2.1.b Linee Guida	26
2.1.c Dottrina	28
2.1.d Prassi	32
2.1.e Opportunità/inopportunità della partecipazione all'OdV di membri di organi societari	33
2.1.f Utilizzo di strutture aziendali di controllo esistenti	37
2.1.g Sintesi riassuntive	41
2.2 <i>Attività - requisiti - poteri</i>	42
2.2.a Attività	42
2.2.b Requisiti	46
2.2.b.i <i>Autonomia ed Indipendenza</i>	46
2.2.b.ii <i>Professionalità</i>	48
2.2.b.iii <i>Continuità di azione</i>	49
2.2.c Poteri	50
2.3 <i>Alcuni suggerimenti procedurali</i>	51
3. OBBLIGHI DI INFORMAZIONE DELL'OdV: I FLUSSI INFORMATIVI DA E VERSO L'OdV	53
3.1. <i>Flussi informativi verso l'Organismo di Vigilanza</i>	54
3.1.a Flussi informativi da effettuarsi al verificarsi di particolari eventi	56
3.1.b Flussi informativi periodici	57
3.2. <i>Flussi informativi dall'Organismo di Vigilanza verso il vertice societario</i>	58
3.2.a Informativa su base continuativa all'Amministratore Delegato - Amministratore Unico	58
3.2.b Informativa periodica al Consiglio di Amministrazione	59
3.2.c Informativa immediata al Consiglio di Amministrazione	59
4. SISTEMA DISCIPLINARE	62
5. L'OdV NEI GRUPPI DI IMPRESE	64
6. PROFILI PENALI DELLA RESPONSABILITÀ DELL'OdV	67
7. PROFILI CIVILI DELLA RESPONSABILITÀ DELL'OdV	71
8. TUTELA DEI COMPONENTI DELL'OdV	74

9. SULLA COMPATIBILITÀ DEL COLLEGIO SINDACALE QUALE ORGANISMO DI VIGILANZA	77
10. IL RAPPORTO DELL’OdV CON IL COLLEGIO SINDACALE	82
11. IL REGOLAMENTO CIRCA IL FUNZIONAMENTO E L’ATTIVITÀ DELL’OdV	85
12. ATTIVITÀ DI REPORTING E RELAZIONE SEMESTRALE DELL’OdV	86
13. DEFINIZIONI	87
13.1 <i>Modello di Organizzazione e Gestione (MOG)</i>	87
13.1.a Caratteristiche del MOG	87
13.1.b Obbligatorietà del MOG	87
13.1.c MOG e Codice Etico	88
13.1.d Soggetti attivi (art. 5 D.Lgs 231/2001) – persone fisiche	88
13.1.e Soggetti attivi (art. 1 D.Lgs 231/2001) – persone giuridiche	90
13.1.f Autonomia della responsabilità dell’ente	92
13.2 <i>Interesse e vantaggio</i>	93
13.3 <i>Sistema sanzionatorio</i>	94
13.4 <i>Responsabilità da illecito amministrativo</i>	95
14. TEST E VERIFICHE DELL’OdV PER LE DIVERSE AREE SENSIBILI RELATIVE AI ‘REATI PRESUPPOSTO’	97

ALLEGATI

<i>ALL. A:</i>	<i>quadro di sintesi dei reati presupposto ex D.Lgs 231/2001</i>
<i>ALL. B:</i>	<i>esempio schema flussi informativi periodici verso OdV</i>
<i>ALL. C:</i>	<i>schema sintetico per la stesura della Relazione semestrale OdV</i>
<i>ALL. D:</i>	<i>schema di Regolamento dell’OdV</i>
<i>ALL. E:</i>	<i>reati presupposti/aree sensibili/test OdV</i>

PREFAZIONE

Prima di entrare nel vivo dell'argomento in epigrafe indicato, ci pare interessante allargare l'angolo visuale. Da un punto di vista generale, infatti, il tema della *compliance* aziendale e della responsabilità amministrativa dell'impresa s'inserisce nel più ampio contesto del *Corporate Social Responsibility* (CSR), collegato a prassi e metodologie che appartengono più tipicamente alla cultura economica anglosassone. Solo in periodi relativamente recenti questi temi sono stati introdotti in modo diffuso nel pensiero economico, nella cultura d'impresa e nell'ordinamento del nostro Paese. Sotto questo profilo si rileva che il tessuto imprenditoriale italiano, per lo più formato da PMI a capitale familiare, è per sua natura meno propenso a dare risalto agli argomenti del CSR, intesi quale strumento chiave di successo nella strategia d'impresa. Questa considerazione non deve in alcun modo indurci a conclusioni affrettate circa la poca sensibilità degli imprenditori italiani verso comportamenti indotti dall'attenzione alle esigenze economiche, ambientali e sociali riferite a tutti gli *stakeholders*: siamo il Paese di Adriano Olivetti e, in tempi più moderni di Michele Ferrero, solo per citare due, fra i molti esempi, capitani d'impresa che hanno lavorato con grande attenzione ed operosità a favore degli addetti impiegati nelle loro aziende nonché del territorio su cui esse insistono. E' però vero che la cifra morfologica del nostro mondo imprenditoriale non facilita l'adozione di un CSR, inteso quale corpo di norme, procedure ed attività codificate e di *best practice* riferito al comportamento socialmente responsabile dell'impresa¹.

Non può inoltre sottacersi come la recente introduzione del cosiddetto Testo Unico sulla Sicurezza palesi in tutta la sua drammaticità un antico vizio del Legislatore nazionale circa le modalità con cui vengono introdotte norme così delicate nel nostro ordinamento.

Si tratta di una concezione che potremmo definire '*off-on*' con la quale si presuppone -di fatto- che tutte le imprese, indistintamente, debbano essere automaticamente in regola con le norme che vengono introdotte nel nostro ordinamento, nella fattispecie quelle del D.Lgs 81/2008, per il semplice motivo che la legge è entrata in vigore ad una certa data .

Entrando poi nello specifico dell'argomento in discussione, si rileva un altro fattore critico; la funzione dell'Organismo di Vigilanza di cui all'art.6, comma 1, lett.b) del D.Lgs 231/2001, si innesta su un sistema di controllo interno all'impresa in cui interagiscono molteplici attori con notevole rischio di confusione di ruoli e sovrapposizioni, esemplificativamente:

- l'Alta Direzione, il Comitato per il controllo interno (ove esistente) ed i responsabili delle unità operative aziendali, che rispondono del funzionamento e del miglioramento del sistema di controllo interno a presidio del raggiungimento degli obiettivi di economicità

¹ Val qui la pena di ricordare che la Corte Suprema degli USA riconosce il primo caso di responsabilità degli enti a inizio secolo (1909). In Gran Bretagna, il primo caso indicato in dottrina è del 1842.

delle operazioni, attendibilità del sistema informativo aziendale e conformità alla normativa di riferimento;

- il Controllo di gestione, preposto alla verifica del raggiungimento degli obiettivi di economicità che osserva l'azienda nel suo insieme, monitorando l'operato delle diverse unità organizzative;
- l'*Internal Auditing* (revisione interna) preposto, tra l'altro, al monitoraggio della funzionalità del sistema di controllo interno aziendale;
- la Società di Revisione, fra i cui compiti rientra la valutazione dei controlli interni che presidiano gli obiettivi di attendibilità del sistema informativo aziendale e di monitoraggio dei rischi;
- il Dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari ex art 154-bis T.U.F.², in seguito alla riforma del sistema di tutela del risparmio (legge n. 262/2005);
- il Collegio Sindacale, preposto in generale alla vigilanza sull'adeguatezza del sistema di controllo interno aziendale (oltretutto, in taluni casi, al controllo legale dei conti in luogo della società di revisione).

Per quest'ultimo organo la sovrapposizione assume un certo rilievo se si pensa che l'art. 2403 c.c. nel definire i doveri del collegio sindacale, dispone che lo stesso deve vigilare:

- sull'osservanza della legge e dello statuto;
- sul rispetto dei principi di corretta amministrazione;
- sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento.

Nel merito delle citate previsioni dell'art. 6 del D.Lgs 231/2001 si rileva che lo stesso prevede che la società (ente) possa essere esonerato dalla responsabilità conseguente alla commissione dei cosiddetti 'reati presupposto' se l'organo dirigente ha, fra l'altro:

- a) adottato Modelli di organizzazione, gestione e controllo idonei a prevenire i reati nella specie di quelli verificatisi;
- b) affidato il compito (i) di vigilare sul funzionamento e l'osservanza del Modello di Organizzazione e (ii) di curarne l'aggiornamento ad un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo.

L'affidamento di detti compiti all'Organismo di Vigilanza e quindi il corretto ed efficace espletamento degli stessi, concorrono quali presupposti indispensabili per l'esonero dalla responsabilità dell'ente ex D.Lgs 231/2001, sia che il reato sia stato commesso dai soggetti 'apicali'

² Testo Unico sulla Finanza

(espressamente contemplati dall'art. 6) sia dai soggetti sottoposti all'altrui direzione e vigilanza (di cui all'art. 7).

L'art. 7, co. 4, ribadisce, infine, che l'efficace attuazione del Modello richiede, oltre all'istituzione di un sistema disciplinare, una sua verifica periodica, evidentemente da parte dell'Organismo a ciò deputato.

Da quanto sopra sinteticamente richiamato, si rileva l'importanza del ruolo dell'Organismo di Vigilanza, nonché la complessità e l'onerosità dei compiti che esso deve svolgere.

Per una corretta configurazione dell'Organismo è necessario valutare attentamente le funzioni ad esso espressamente conferite dalla legge, nonché i requisiti che esso deve avere per poter svolgere in maniera adeguata i propri compiti.

Giova infine rammentare che l'entrata in vigore del TUS³ pone il problema del raccordo tra disposizioni più o meno recenti. E' il caso dei Modelli di Organizzazione e di Gestione introdotti con l'art. 6 D.Lgs 231/2001, ai quali si affiancano ora le previsioni 'antifortunistiche' di cui all'art. 30 del TUS. L'interesse del Legislatore comunitario e nazionale per la norma in commento è poi confermato dalla imminente introduzione della responsabilità amministrativa degli enti e società per i cosiddetti delitti in materia ambientale.

Lo sviluppo a cui si è assistito in questo campo del diritto societario, soprattutto a motivo delle richiamate - e relativamente recenti - introduzioni di reati presupposto che hanno ampliato la platea dei soggetti potenzialmente interessati, unitamente all'incremento delle giurisprudenza e della produzione dottrina in materia, rendono quanto mai attuale una revisione se non una vera e propria riforma della legge sulla responsabilità per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato compiuti da enti e società.

³ D.Lgs 81/2008

1. PREMESSA: IL MODELLO ORGANIZZATIVO EX D.Lgs 231/2001

In attuazione della delega di cui all'art. 11 della Legge 29 settembre 2000 n. 300, in data 8 giugno 2001 è stato emanato il Decreto legislativo n. 231, con il quale il Legislatore ha adeguato la normativa interna alle convenzioni internazionali in materia di responsabilità delle persone giuridiche.

Il Decreto, relativo alla "*Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica*", ha introdotto nell'ordinamento giuridico italiano un regime di "responsabilità degli enti - (da intendersi come società, associazioni, consorzi, ecc., di seguito denominati indifferentemente 'enti', 'società', 'enti/società', 'società/enti') - per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato".

Ai sensi dell'art. 5 del Decreto, gli enti sono responsabili per i reati (cosiddetti 'reati-presupposto', sull'elencazione dei quali v. *infra*) **commessi nel loro interesse o a loro vantaggio**:

- da persone (fisiche) che rivestano funzioni di rappresentanza di amministrazione o di direzione degli Enti stessi o di una loro unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale, nonché da persone (fisiche) che esercitino, anche di fatto, la gestione e il controllo degli Enti medesimi (cosiddetti 'soggetti apicali'), ovvero
- da persone (fisiche) sottoposte alla direzione o alla vigilanza dei soggetti apicali (cosiddetti 'soggetti sottoposti').

La responsabilità dell'ente si aggiunge a quella penale della persona (fisica) che ha commesso il reato-presupposto.

Va evidenziato che:

- a) se il reato-presupposto è stato commesso da *un soggetto apicale*, una volta provati, senza inversione dell'onere probatorio, l'interesse o il vantaggio, la colpa di impresa/organizzazione dell'ente è presunta, con conseguente 'automatica' propria responsabilità, a meno che lo stesso (art. 6) fornisca la prova che:
- *l'organo dirigente abbia adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, Modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi;*
 - *il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei Modelli, di curare il loro aggiornamento sia stato affidato ad un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo;*

- *le persone abbiano commesso il reato eludendo fraudolentemente i Modelli di organizzazione e gestione;*
- *non vi sia stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b).*

b) Se invece il reato-presupposto è stato commesso da un soggetto sottoposto, la colpa di organizzazione dell'ente (art. 7) deve essere provata dal Pubblico Ministero, comunque anche in questa ipotesi a seguito di preliminare prova della realizzazione del reato nell'interesse o a vantaggio dell'ente.

L'art. 1, comma 3 del D.Lgs 231/2001 precisa che la norma in argomento non si applica allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici nonché agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale.

1.1 Elenco dei reati presupposto

Qui di seguito viene riportato l'elenco dei reati presupposto di cui si fornirà un quadro sintetico sub ALL. A

LEGGE	D.Lgs 231/01	TIPOLOGIA DI REATO ex. D.Lgs 231/2001	ENTRA IN VIGORE
D.Lgs 231/01	Art. 24	Indebita percezione di erogazioni, truffa in danno dello Stato o di un ente pubblico o per il conseguimento di erogazioni pubbliche e frode informatica in danno dello Stato o di un ente pubblico.	In vigore dal 4 luglio 2001
D.Lgs 231/01	Art. 25	Concussione e corruzione.	In vigore dal 4 luglio 2001
D.Lgs 350/01	Art. 25-bis	Falsità in monete, in carte di pubblico credito, in valori di bollo e in strumenti o segni di riconoscimento.	In vigore dal 15 agosto 2009
L. 61/2002	Art. 25-ter	Reati societari (abrogazione Artt. 2623 e 2624 c.c.; modifiche Art. 2625 c.c.)	In vigore dal 16 aprile 2002

L. 7/2003	Art. 25- quater	Delitti con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico.	In vigore dal 28 gennaio 2003
L. 228/2003	Art. 25- quinqüies	Delitti contro la personalità individuale.	In vigore dal 2 marzo 2006
L. 62/2005 e seguenti	Art. 25- sexies	Abusi di mercato.	In vigore dal 12 maggio 2005
L. 262/2005	Art. 25-ter	Omessa comunicazione del conflitto di interessi	In vigore dal 12 gennaio 2006
L. 7/2006	Art. 25- quarter-1	Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili.	In vigore dal 2 febbraio 2006
L. 38/06	Art. 25- quinqüies	Delitti contro la personalità individuale (Reati di pedopornografia anche a mezzo internet)	In vigore dal 2 marzo 2006
L. 123/2007 e successive modificazioni	Art. 25- septies	Omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro	In vigore dal 25 agosto 2007
D.Lgs 231/2007	Art. 25-octies	Ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita	In vigore dal 29 dicembre 2007
L. 48/2008	Art. 24-bis	Delitti informatici e trattamento illecito di dati	In vigore dal 5 aprile 2008
L. 94/2009	Art. 24 –ter	Delitti di criminalità organizzata	In vigore dal 8 agosto 2009
L. 99/2009	Art. 25-bis. 1	Delitti contro l'industria e il commercio	In vigore dal 15 agosto 2009
L. 116/2009	Art. 25- novies	Delitti in materia di violazione del diritto d'autore	In vigore dal 15 agosto 2009
L. 116/2009	Art. 25- novies	Induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci alla autorità giudiziaria	In vigore dal 15 agosto 2009
Direttiva 2008/99/CE	Art. 3	Reati ambientali	In via di emanazione

1.2 Presupposti della responsabilità diretta dell'ente. Le sanzioni.

Affinché si realizzi la fattispecie prevista dal D.Lgs 231/2001 devono sussistere contemporaneamente i seguenti elementi:

- a) i soggetti collettivi coinvolti devono essere individuati tra quelli indicati nell'art. 1 del Decreto;
- b) il reato-presupposto deve essere commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente⁴;
- c) l'autore del reato-presupposto deve avere una relazione qualificata con l'ente, come previsto nell'art. 5 del D.Lgs 231/2001 (su cui v. *ante*).

In sintesi, il sistema sanzionatorio è costituito da:

- **sanzioni pecuniarie:** determinate con il sistema delle quote previsto dall'art. 11 del Decreto; le quote possono variare da un minimo di 100 ad un massimo di 1.000; il valore di ogni quota può variare da un minimo di Euro 250,23 ad un massimo di Euro 1.549,37;
- **sanzioni interdittive:** elencate al comma 2 dell' art. 9 e regolamentate dagli artt. 13 e 14 del D.Lgs 231/2001;

sono previste:

- l'interdizione dall'esercizio dell'attività;
 - la sospensione o la revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito;
 - il divieto di contrarre con la Pubblica Amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio;
 - l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi;
 - il divieto di pubblicizzare beni o servizi;
- **confisca** (con la sentenza di condanna è sempre disposta la confisca del prezzo o del profitto del reato, salvo che per quella parte che può essere restituita al danneggiato);
 - **pubblicazione della sentenza** (può essere disposta quando nei confronti dell'ente viene applicata una sanzione interdittiva).

⁴ Secondo il combinato disposto degli artt. 5 e 12 del D.Lgs 231/2001, l'ente non risponde se l'autore del reato-presupposto ha agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi; la sanzione pecuniaria è ridotta se l'autore del reato-presupposto ha commesso il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi e l'ente non ne ha ricavato vantaggio o ne ha ricavato un vantaggio minimo.

Va evidenziato che l'intervento del legislatore non è soltanto quello di prevedere una responsabilità diretta per gli Enti, ma anche e soprattutto quello di indurli a dotarsi di una effettiva *governance* che sia efficace contro i reati-presupposto realizzati nel loro interesse o a loro vantaggio: ciò avviene attraverso l'adozione del Modello di Organizzazione e gestione, inteso così anche quale prevenzione del rischio penale, adottato prima del compimento del reato-presupposto ed efficacemente attuato. Con ciò perfezionandosi le condizioni per l'esenzione della responsabilità prevista dal D.Lgs 231/2001.

L'adozione del Modello dovrebbe quindi rispondere allo scopo primario di prevenire il compimento dei reati-presupposto, oltre, ovviamente, a quello di ottenere l'esonero da responsabilità per l'ente, nel caso in cui fossero stati commessi reati-presupposto.

1.3 Il Codice Etico

Il Codice Etico può definirsi come “*l'insieme dei diritti e dei doveri morali di ciascun soggetto che partecipa all'organizzazione aziendale*”. Avendo la finalità di orientare tutti i soggetti a vario titolo partecipi nell'ambito della organizzazione aziendale ad assumere una posizione attiva nei riguardi delle leggi per consentire all'ente di perseguire i valori della legalità, esso:

- costituisce la ‘carta costituzionale’ dell'ente e ne definisce la responsabilità etico-sociale;
- esprime gli impegni e le responsabilità etiche nella conduzione degli affari e delle attività aziendali assunti da tutti i soggetti operanti nell'ambito societario, siano essi amministratori, dipendenti o terzi in rapporto (contrattuale) con l'ente;
- definisce le linee guida e le norme alle quali attenersi per il rispetto dei principi generali e per prevenire il rischio di comportamenti ritenuti non etici.

Il Codice Etico *deve contenere il richiamo:*

- ai principi etici generali;
- agli ‘*standard*’ etici di comportamento, racchiusi nei principi di legalità; equità ed eguaglianza; tutela della persona umana; tutela ambientale; diligenza, trasparenza, onestà, riservatezza, imparzialità;
- al sistema di monitoraggio circa l'effettiva attuazione dei richiamati principi e alle modalità di attivazione del sistema di segnalazione in caso di accertamento di violazioni;
- alle misure sanzionatorie applicabili in caso di sua violazione.

1.4 Gli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili

Con la riforma del diritto societario vengono previsti - per i componenti dell'organo amministrativo/gestorio⁵ e per i componenti dell'organo di controllo⁶ - nuovi doveri e responsabilità, tra i quali figurano l'obbligo di valutare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società, nonché di vigilare sul rispetto del principio di corretta amministrazione.

L'organo amministrativo/gestorio è tenuto a definire le linee di indirizzo del sistema di controllo interno affinché i principali rischi siano correttamente identificati ed adeguatamente misurati, gestiti e monitorati, determinando i criteri di compatibilità di tali rischi con una sana e corretta gestione dell'impresa.

Solo in presenza dell'individuazione di linee di responsabilità chiare e precise, presupposto della organizzazione interna dell'impresa, l'assetto può definirsi adeguato.

Ciò si verifica quando, all'interno dell'impresa:

- 1.4.a. esiste un idoneo e dettagliato organigramma della società con l'indicazione delle funzioni, dei poteri e delle deleghe di firma (adeguato assetto organizzativo);
- 1.4.b. esistono processi formalizzati, ovvero procedure, volte ad assicurare il corretto ed ordinato svolgimento delle attività aziendali e delle sue singole fasi (adeguato assetto amministrativo);
- 1.4.c. esiste un efficiente sistema di rilevazione contabile: vengono ad esempio redatti budget o piani previsionali, viene periodicamente effettuato un controllo di concordanza tra saldi contabili e la relativa documentazione a supporto (adeguato assetto contabile), in modo tale da assicurare il raggiungimento dei seguenti obiettivi comuni ad ogni impresa:

- **obiettivo di economicità**: inteso come mantenimento delle condizioni di efficacia ed efficienza della gestione e quindi come capacità di remunerare i fattori produttivi salvaguardando il Patrimonio aziendale;
- **obiettivo della attendibilità delle informazioni**: inteso come comunicazione di informazioni attendibili e tempestive;
- **obiettivo di conformità**: inteso come osservanza delle norme e dei regolamenti che caratterizzano il settore in cui opera l'impresa.

⁵ Art. 2381 – terzo comma del Codice Civile: “...Il Consiglio di Amministrazione (omissis) sulla base delle informazioni ricevute valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società ...”

⁶ Art. 2403 – primo comma del Codice Civile: “...Il Collegio sindacale vigila sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento...”

1.4.d è stato adottato ed efficacemente attuato un Modello di Organizzazione e gestione, elaborato secondo quanto previsto dagli artt. 6 e 7 del D.Lgs 231/2001 ed idoneo.

1.4.d.i L'adozione del Modello di Organizzazione ex D.Lgs 231/2001

L'adozione del Modello è da considerarsi come un incentivo teso ad una più efficiente riorganizzazione interna dell'ente, con l'ulteriore obiettivo di miglioramento della *governance* e di vigilanza della gestione.

Il Modello esprimerà il massimo beneficio qualora riesca a raccordare le strutture organizzative già adottate dalla società con la 'standardizzazione' dei processi specifici finalizzati al contrasto del 'rischio reato'.

1.4.d.ii Gli elementi caratterizzanti il Modello di Organizzazione ex D.Lgs 231/2001

Possono così ricondursi:

- riferimenti legislativi;
- individuazione e specificazione dei *rischi di reato* derivanti dalla gestione aziendale, con mappatura dei processi e delle attività sensibili, con rilevazione del loro grado di priorità e con graduazione;
- elenco dei reati - presupposto rilevanti per l'azienda;
- redazione di un sistema di *protocolli* relativi ai diversi processi sensibili individuati nell'attività di mappatura, atti a prevenire efficacemente le possibilità di commissione di illeciti;
- attribuzione del grado di responsabilità organizzativa e dei riferimenti funzionali ai processi e alle attività sensibili;
- predisposizione di flussi informativi e di indicatori atti ad evidenziare, in un ambiente di prevenzione, i rischi di reato;
- predisposizione di un sistema disciplinare e la previsione di un'attività formativa/informativa del personale;
- definizione delle modalità e dei flussi di comunicazione del Modello Organizzativo;
- modalità di revisione ed implementazione del Modello.

1.4.d.iii L'idoneità del Modello di organizzazione ex D.Lgs 231/2001

In sintesi, il Modello, per essere considerato idoneo, deve:

- evidenziare gli esiti dell'analisi dei rischi, in modo tale da individuare le attività dell'ente che possano dare origine alla commissione dei reati-presupposto;
- indicare le misure di prevenzione riguardanti le modalità di svolgimento dell'attività e controllo, che devono essere svolte dall'OdV;
- prevedere obblighi di informazione ed un sistema disciplinare in grado di sanzionare il mancato rispetto delle misure organizzative e delle procedure interne;
- prevedere l'attività di aggiornamento.

L'organo amministrativo è tenuto a definire le linee di indirizzo del sistema di controllo interno affinché i principali rischi siano correttamente identificati nonché adeguatamente misurati, gestiti e monitorati, determinando i criteri di compatibilità di tali rischi con una sana e corretta gestione dell'impresa.

1.5 La mapping risk

1.5.a La valutazione dei rischi

I rischi, pur potendo avere diversa natura, hanno come comune denominatore, qualora si concretizzassero, quello di poter costituire un danno dell'azienda.

La presenza ineludibile dell'elemento rischio nell'ambito dell'attività aziendale comporta necessariamente la sua gestione per il perseguimento dei fini aziendali.

1.5.b La tipologia dei rischi

Appare di tutta evidenza il ruolo centrale che il legislatore ha assegnato al controllo sull'adeguatezza dell'assetto⁷ organizzativo, amministrativo e contabile della società.

⁷ Per assetto adeguato si può – in sintesi – intendere un sistema integrato e coordinato di attività, procedure, processi ecc..., in grado di assicurare – attraverso i poteri di gestione degli amministratori – risultati gestionali idonei a ridurre la possibilità che si verifichino errori. L'evidenza dell'assetto organizzativo è rappresentata dall'organigramma che indica le funzioni, i poteri e le deleghe di firma: si è così in grado di individuare le responsabilità nei vari processi che sono formalizzati in un coordinato e corretto svolgimento delle attività di impresa (organizzazione dell'impresa). Tale sistema consente inoltre una verifica a monte in termini di efficienza ed efficacia delle scelte gestionali. Le NORME DI COMPORTAMENTO DEL COLLEGIO SINDACALE emanate dal CNDCEC il 15.12.2010 ed in vigore dal 01.01.2011 suggeriscono che in via generale “un assetto organizzativo può definirsi adeguato quando presenta i seguenti requisiti, in relazione alle dimensioni della società, alla natura e alle modalità di perseguimento dell'oggetto sociale:

- redazione di un organigramma aziendale con chiara identificazione delle funzioni, dei compiti e delle linee di responsabilità;

Ne consegue che la disciplina dei controlli risulta sempre più caratterizzata da un approccio economico-aziendalistico, specie con riferimento alla costante valutazione dei rischi aziendali⁸. Ogni impresa deve affrontare ipotesi di rischio che possono pregiudicare la continuità di rimanere sul mercato; tali ipotesi di rischio possono riguardare la capacità dell'impresa di competere o di mantenere gli equilibri economico-finanziari indispensabili per una gestione economica, oppure possono riguardare la sua immagine sul mercato o la qualità dei suoi prodotti o servizi.

Compito degli amministratori è quindi quello di definire il livello di 'rischio accettabile' e di dimostrare l'impegno profuso per mantenerlo nei livelli definiti.

Nel documento LA RELAZIONE SULLA GESTIONE ART.2428 Codice Civile, emanato dal CNDCEC il 14 gennaio 2009, viene suggerita una metodologia circa la valutazione dei RISCHI, cui si rimanda, e dove in sintesi si sottolinea come il RISCHIO, inteso come evento che può produrre effetti negativi, può essere distinto in:

- RISCHIO ESTERNO provocato da eventi esogeni all'azienda, quali ad esempio la competizione, il contesto socio-economico e geo-politico, il contesto normativo e regolamentare, gli eventi naturali etc.
- RISCHIO INTERNO che dipende da fattori endogeni, quali la strategia aziendale, i Modelli organizzativi e di *governance* ed in generale collegati alle azioni poste in essere dall'azienda per il perseguimento dei propri obiettivi.
- RISCHIO INERENTE è il rischio ipotizzabile in assenza di qualsiasi attività di controllo della gestione del rischio stesso.
- RISCHIO RESIDUO è il rischio che rimane in capo all'impresa successivamente alla messa in atto delle azioni mitigatrici.

-
- *esercizio dell'attività decisionale e direttiva della società da parte dei soggetti ai quali sono attribuiti i relativi poteri;*
 - *esistenza di procedure che assicurino la presenza di personale con adeguata competenza a svolgere le funzioni assegnate;*
 - *presenza di direttive e di procedure aziendali, loro aggiornamento ed effettiva diffusione.*

Ai fini della valutazione dell'assetto organizzativo notevole importanza assume la verifica della rispondenza fra la struttura decisionale aziendale e le deleghe depositate presso il registro delle imprese."

⁸ *"L'eventualità che, non verificandosi una determinata ipotesi, si abbiano conseguenze sfavorevoli per il soggetto che l'ha formulata, può essere intesa come sinonimo di rischio, nella più ampia accezione del termine. In pratica, si ha il rischio ogni qualvolta, di un certo evento, può essere razionalmente formulata una prospettiva di danno. Nel concetto di rischio è presente l'azione di agenti esterni ad un determinato soggetto, sia che questo compia delle azioni sia che resti inerte. Nel primo caso, potendo l'attività essere programmata, l'idea del rischio è associata alla eventualità di uno scostamento dei dati reali da quelli ipotizzati, nel secondo, alla possibilità di una sopravvenienza negativa. Il rischio scaturisce dall'accostamento di due fenomeni, oggettivo il primo, soggettivo il secondo: il mutevole manifestarsi degli eventi e l'incapacità umana di prevedere mutamenti. Esso si fonda generalmente su una duplice possibilità: a) che un certo fenomeno si manifesti; b) che, manifestandosi, non abbia i requisiti ipotizzati in sede di formulazione di piani. Presenta pertanto una problematica complessa nella quale si compendiano elementi di opposta natura".*

U. Bertini, Introduzione allo studio dei rischi nell'economia aziendale, Giuffrè. 1987, pag. 10.

Una corretta amministrazione (e di conseguenza il sistema dei controlli⁹) dovrà in sintesi:

- comprendere ed analizzare il contesto in cui si opera;
- identificare i rischi inerenti o potenziali;
- valutare i rischi;
- individuare le azioni di mitigazione.

Pertanto per la realizzazione di un efficace sistema di gestione del rischio occorre prevedere le seguenti attivazioni:

1.5.b.i Inventariazione degli ambiti di attività: mappa delle aree aziendali a rischio.

Gli approcci possibili per lo svolgimento di tale processo sono diversi, ad esempio per *attività*, per *funzioni*, per *processi*;

1.5.b.ii Analisi dei rischi potenziali: mappa documentata delle potenziali modalità attuative degli illeciti nelle aree a rischio individuate al punto precedente.

L'analisi dei rischi potenziali deve aver riguardo alle possibili modalità attuative dei reati nelle diverse aree aziendali;

1.5.b.iii Valutazione/costruzione/adequamento/implementazione del sistema di controlli preventivi: descrizione documentata del sistema dei controlli preventivi attivato, riportante il dettaglio delle singole componenti del sistema e gli adeguamenti eventualmente necessari.

Si tratta, in sostanza, di progettare quelli che il D.Lgs 231/2001 definisce “*specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire*”.

1.5.c Il concetto di errore

L'errore è un'inesattezza od un'omissione di valori o di informazioni qualitative che si distingue dalla frode per la natura non intenzionale.

L'errore diventa significativo quando, a causa dell'ampiezza di una omissione o di una inesattezza contenuta nelle informazioni, alla luce delle circostanze, diventa probabile che il

⁹ Il Revisore Legale deve operare richiamandosi ai Principi di Revisione n. 315 (La comprensione dell'impresa e del suo contesto e la valutazione dei rischi di errori significativi) e n. 330 (Le procedure di revisione in risposta ai rischi identificati e valutati).

giudizio di una persona ragionevole che si affida a tali informazioni possa cambiare o venga influenzato dall'omissione o dall'errore.

L'errore diventa evidente quando si esprime sulla base o dei dati contabili o di tutte le informazioni probatorie a supporto dei controlli svolti; l'evidenza sufficiente e adeguata si ottiene attraverso processi di indagine, osservazione, ricerca e conferma.

Gli strumenti a tal fine utilizzati consistono esemplificativamente in:

- esame fisico;
- ricalcoli;
- esame della documentazione;
- conferme;
- verifiche di coerenza;
- colloqui con le maestranze o con i *managers*;
- osservazione.

1.5.d L'efficacia del Modello di Organizzazione ex D.Lgs 231/2001

In sintesi la definizione del Modello efficace ed efficiente è da intendersi quale processo di *risk management* consistente nel monitoraggio continuo dei rischi aziendali relativi all'attività svolta in correlazione con l'efficace attuazione dei protocolli previsti dal Modello.

Il D.Lgs 231/2001, introducendo la responsabilità amministrativa delle società con la previsione di un sistema sanzionatorio estremamente severo, enfatizza il concetto di *rischio accettabile* che diventa il fattore primario per la determinazione dei limiti (sia quantitativi che qualitativi) delle misure di prevenzione da introdurre nel sistema dei controlli atti ad evitare la commissione dei reati-presupposto.

1.5.d.i Nozione di rischio accettabile

La nozione in epigrafe indicata consente di determinare il limite quantitativo/qualitativo delle misure di prevenzione da introdurre per evitare la commissione dei reati considerati.

In sintesi il rischio accettabile è ritenuto tale nella misura in cui i controlli aggiuntivi non si manifestano economicamente più costosi della risorsa da proteggere e finché si riesce ad istituire od implementare un sistema di prevenzione efficace ed efficiente, tale cioè da non poter essere aggirato se non intenzionalmente, fraudolentemente eluso

Detto 'sistema' deve quindi essere in grado di *escludere che qualunque soggetto operante all'interno della organizzazione possa giustificare la propria condotta adducendo l'ignoranza delle direttive aziendali*¹⁰.

In conclusione il trattamento del 'RISCHIO' può così ricondursi:

- rischio trasferibile: mediante assicurazioni o con il ricorso a clausole contrattuali specifiche per trasferirlo a soggetti terzi;
- rischio eliminato: si sono rimosse le cause del rischio stesso;
- rischio gestibile: si sono adottate misure o attuati sistemi che permettono un monitoraggio costante dello specifico rischio.

1.6 Il controllo interno

Nelle definizioni più attuali, viene sottolineata l'esigenza di collegare la funzione di controllo con la creazione di un sistema che consenta il conseguimento/miglioramento degli obiettivi aziendali e l'attuazione/miglioramento degli 'strumenti gestionali' predisposti per la loro realizzazione (strategie, politiche, procedure, regole, piani, budget e programmi), il tutto nel rispetto dei principi di *governance*.

In altri termini il 'sistema di controllo interno' consiste nel meccanismo mediante il quale gli amministratori ed i *managers* creano le condizioni strutturali e di funzionamento adatte per fronteggiare adeguatamente le responsabilità istituzionali, in modo tale da:

- a) conseguire e migliorare gli obiettivi aziendali, nella tempistica programmata;
- b) attuare e migliorare gli 'strumenti gestionali' volti alla realizzazione degli obiettivi;
- c) assicurare il rispetto dei principi di correttezza delle operazioni di gestione e di trasparenza delle informazioni interne ed esterne nell'ambito dell'organizzazione.

Il controllo rappresenta una essenziale funzione del *management*, il quale può essere inteso come un processo organico costituito dalle attività di:

- *planning* (sistema di decisioni volto a determinare gli obiettivi aziendali e gli strumenti gestionali per realizzarli);
- organizzazione (struttura organizzativa, sistema informativo e procedure operative);

¹⁰ Sull'argomento e per una visione aziendalistica della problematica si rinvia a "Il modello di prevenzione del rischio da reato nell'ambito del sistema di controllo interno" dott.ssa A. R. Carnà – Rivista Italiana di Ragioneria e di Economia Aziendale- luglio-agosto 2005, pag. 433 e seg.

- controllo (monitoraggio dell'attività, confronto con quanto stabilito in sede di programmazione, individuazione degli scostamenti, analisi delle cause e proposta di messa in atto di correzioni per mantenere la gestione sui livelli di efficacia ed efficienza preventivati).

In conclusione al controllo interno è quindi affidato il compito - attraverso un organizzato e sistematico monitoraggio delle procedure e dei sistemi di controllo - di una costante attività di valutazione dei rischi e della loro gestione, al fine di salvaguardare il patrimonio della società.

1.6.a L'affidabilità del Controllo interno

L'affidabilità del sistema di controllo interno dipende:

- dall'esistenza di procedure appropriate;
- dall'esecuzione delle procedure da parte delle persone a tal fine individuate;
- dalla corretta applicazione delle stesse.

Devono essere sottoposti a controllo:

- i dati di ingresso;
- l'elaborazione dei dati;
- i risultati ottenuti.

1.7. *La colpa di Impresa/Organizzazione*

*“I sistemi organizzativi consistono nella definizione di una architettura dei ruoli e delle responsabilità ... all'interno della quale attuare - con modalità sia formali e procedurali che informali - dei processi decisionali di correzione e miglioramento ... di incentivo e di sanzione: si tratta di assetti e meccanismi organizzativi volti ad assicurare un ordine all'interno dell'azienda ed un aggiustamento reattivo e proattivo alla luce di modificazioni dell'ambiente di riferimento”.*¹¹

La 'colpa di organizzazione' è da intendersi come l'omessa o l'insufficiente regolamentazione e/o vigilanza dei processi che possono costituire la base per la realizzazione dei reati-presupposto ex D.Lgs 231/2001.

¹¹ “L'autoregolamentazione delle Aziende per il fronteggiamento della corruzione tra privati”. Relazione di P. Bastia. Università di Macerata Convegno di Jesi – aprile 2002 pag. 7.

Per individuare la responsabilità dell'ente si utilizza il termine 'ORGANIZZAZIONE' in quanto l'ente viene inteso come un aggregato di individui 'organizzati' in grado di fronteggiare le situazioni 'complesse'.

1.7.a La struttura organizzativa

La struttura organizzativa riguarda:

- gli organi tra i quali risultano suddivise funzioni assegnate (sistema di procedure, direttive, deleghe, attribuzioni di responsabilità);
- le relazioni tra i diversi organi (gerarchia).

L'assetto organizzativo costituisce una variabile di notevole impatto per l'ambiente di controllo e deve essere sufficientemente formalizzato, specialmente per:

- l'attribuzione delle responsabilità;
- l'evidenza della dipendenza gerarchica e l'evidenza dei limiti delle competenze e della responsabilità decisionale;
- la descrizione delle funzioni che devono risultare separate e in un contesto effettivo di regole funzionali al controllo;
- l'evidenza del processo aziendale di formazione e di attuazione delle decisioni.

1.7.b La non idoneità della struttura a prevenire i rischi di reato

La 'colpa di organizzazione' si incentra sulla scorretta individuazione dei processi organizzativi che condizionano le decisioni gestionali, nel senso che la autonoma colpevolezza dell'ente si apprezza in termini di inidoneità della sua struttura a prevenire i rischi da reato, stante una dimostrata carenza od un dimostrato difetto di controllo.

Essa si evidenzia come deficit di controllo e può riscontrarsi:

- in strutture aziendali articolate, costituenti l'assetto organizzativo aziendale, dove i processi decisionali sono gestiti da più soggetti;
- allorché si verifichi la violazione del sistema dei controlli organizzativi posti in essere per fronteggiare i rischi di commissione di reati;
- oppure quando la società non ha predisposto un efficace sistema organizzativo teso alla prevenzione del rischio presupposto del reato.

L'adozione del Modello è condizione necessaria anche se non sufficiente, affinché la società possa sostenere la presunzione di non aver agevolato il compimento del reato.

In sostanza il legislatore riconosce che la rilevazione e l'organizzazione sono aspetti fondamentali della vita dell'impresa, indispensabili all'attività di gestione.

Il tutto è in sintonia con l'art. 2428 comma 1 del Codice Civile che prevede nella relazione degli amministratori delle società, oltre al già operante obbligo di fornire informazioni sulla prevedibile evoluzione della società, anche quello di descrivere i rischi e le incertezze cui l'impresa è esposta.

1.8 Linee operative per la realizzazione di un sistema di controllo preventivo

In conclusione i controlli da attuare ai sensi del D.Lgs 231/2001 richiedono un sistema di prevenzione articolato in modo tale da non poter essere aggirato se non fraudolentemente.

Si tratta quindi di porre in essere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire.

La realizzazione di un efficace sistema di controllo preventivo implica l'esistenza dei seguenti elementi:

- Codice Etico: principi di carattere generale che devono contenere, assieme al Modello, un sistema di misure disciplinari/ contrattuali;
- adeguato Sistema Organizzativo che preveda la formalizzazione dell'attribuzione di responsabilità, le linee di dipendenza gerarchica e l'attribuzione di compiti (organigramma/funzionigramma);
- procedure (manuali e informatiche) per la regolamentazione dello svolgimento delle attività;
- poteri autorizzativi e di firma, sistema di responsabilità e evidenza dei poteri di spesa;
- Sistema di Controllo di Gestione organizzato in modo tale da permettere l'immediata segnalazione dell'insorgere di criticità;
- Sistema Informativo del personale e sua formazione: sono considerati requisiti fondamentali per un corretto funzionamento del Modello.

1.9 Il sistema disciplinare

Il D.Lgs 231/2001 fa riferimento al sistema disciplinare all'art. 6 co. 2 lett. e) e all'art. 7 co. 4 lett. b), senza fornire ulteriori indicazioni.

Ne conseguono le seguenti osservazioni:

a) Il Sistema Disciplinare ex D.Lgs 231/2001:

- costituisce un atto interno all'azienda ad integrazione delle norme di legge e dei regolamenti interni;
- si aggiunge al sistema sanzionatorio esistente e quindi la violazione delle procedure previste dal Modello (e, se previsto, delle norme del Codice Etico) deve prevedere l'applicazione di sanzioni disciplinari indipendentemente dall'eventuale instaurazione di un giudizio penale nei casi in cui il comportamento costituisce reato;
- deve essere compatibile con il Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro applicabile e deve rispettare i limiti del potere sanzionatorio imposti dalla legge 300/1970, ove applicabili;
- deve assicurare il diritto alla difesa del lavoratore con il rispetto:
 - del principio del contraddittorio;
 - del principio della immutabilità della contestazione;
- le sanzioni devono rispettare il principio di proporzionalità rispetto alla gravità dell'infrazione;
- i soggetti destinatari delle misure/sanzioni disciplinari di cui al Modello sono i soggetti apicali, i dipendenti legati alla società da un rapporto di lavoro subordinato e presumibilmente anche i lavoratori parasubordinati, nel quadro dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa senza vincolo di subordinazione.

2. L'ORGANISMO DI VIGILANZA

Per un'analisi approfondita del principale argomento di questo libro, si è ritenuto opportuno esaminare l'OdV sotto i seguenti profili:

2.1 Composizione

2.2 Attività – requisiti - poteri

2.3 Suggerimenti procedurali

2.1 *Composizione*

La disciplina in esame non fornisce indicazioni circa la composizione dell'Organismo di Vigilanza (OdV); ciò consente di optare per una composizione sia mono che plurisoggettiva.

Nella composizione plurisoggettiva possono essere chiamati a far parte dell'OdV componenti interni ed esterni all'ente, purché in possesso dei requisiti indicati dalle Linee Guida elaborate dalle Associazioni riconosciute dal Ministero della Giustizia (Confindustria, ABI, ANIA, API, ANCE, ecc).

Sebbene in via di principio la composizione appaia elemento irrilevante per il legislatore, la scelta tra l'una o l'altra soluzione deve tenere conto delle finalità perseguite dalla legge e quindi assicurare l'effettività e l'efficacia dei controlli in relazione alla dimensione ed alla complessità organizzativa della società/ente.

Con riferimento alle imprese di piccole dimensioni, si deve ricordare che l'art. 6 co. 4 consente all'organo dirigente di assolvere i compiti dell'OdV.

Questa impostazione è stata confermata dalla giurisprudenza, che ha ribadito l'esigenza di scegliere il tipo di composizione anche in relazione alle dimensioni aziendali. Dunque, in via di prima approssimazione, si può ritenere che nelle realtà di piccole dimensioni che non si avvalgono della facoltà di cui al comma 4 dell'art. 6, la composizione monocratica ben potrebbe garantire le funzioni demandate all'Organismo, mentre in quelle di dimensioni medio grandi sarebbe preferibile una composizione di tipo collegiale, al fine di garantire una maggiore effettività dei controlli demandati dalla legge all'Organismo.

Entrando quindi nel merito della composizione dell'OdV, è opportuno evidenziare che, fatta eccezione per i casi sopra evidenziati, la necessità di disporre di diverse professionalità porta a privilegiare il ricorso a una composizione collegiale dell'OdV declinata nella ricerca del giusto equilibrio tra professionalità esterne all'ente, in grado di conferire autorevolezza ed indipendenza all'Organismo e soggetti interni. Questi ultimi, per inciso, sono sovente gli unici in grado di assicurare (i) l'approfondita conoscenza dei profili organizzativi e gestionali dell'ente e (ii) la

continuità d'azione richiesta dalla norma e dalla prassi. In sintesi, la composizione 'ideale' dell'OdV vede la compresenza di professionalità diverse (ai fini dell'efficacia dell'azione) e di componenti esterni ed interni (per contemperare indipendenza e continuità d'azione).

In termini di composizione dell'OdV, con particolare riferimento ai requisiti di autonomia ed indipendenza, è opportuno rilevare che:

- giurisprudenza,
- Linee Guida delle diverse associazioni di categoria ex art. 6, 3^a comma D.Lgs 231/2001,
- dottrina in materia,
- prassi aziendale 'sul campo'

non sono concordi nell'affermare se detti requisiti debbano essere riferiti (i) all'Organismo nel suo complesso ovvero (ii) ai suoi componenti singolarmente considerati ciò a maggior ragione e nell'evenienza della partecipazione all'OdV di soggetti che potrebbero essere considerati 'apicali' (o apici) quali i cosiddetti amministratori indipendenti.

2.1.a Giurisprudenza

Circa la presenza di soggetti appartenenti agli organi sociali parte della giurisprudenza sostiene che:

(i) “[...] *l'Organismo di controllo, per essere funzionale alle aspettative, deve necessariamente essere dotato di indispensabili poteri di iniziativa, autonomia e controllo. Evidente, infatti, che, al fine di garantire efficienza e funzionalità all'Organismo di controllo, quest'ultimo non dovrà avere compiti operativi che, facendolo partecipe di decisioni dell'attività dell'ente, potrebbero pregiudicare la serenità di giudizio al momento delle verifiche. Al riguardo appare auspicabile che si tratti di un Organismo di Vigilanza formato da soggetti non appartenenti agli organi sociali, da individuare eventualmente ma non necessariamente, anche in collaboratori esterni, forniti della necessaria professionalità, tali da comporre quell'Organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo*”¹².

(ii) La giurisprudenza ha anche affermato l'incompatibilità per la qualifica di componente dell'OdV, di soggetti finanche non apicali, pur tuttavia coinvolti in processi decisionali all'interno dell'ente:

“...l'inidoneità dell'indicazione del (omissis) quale componente dell'organo di controllo, considerato che questi, essendo deputato a compiti di controllo interno, in quanto responsabile delle procedure del sistema ISO 9002 e della sicurezza all'interno della principale società operativa, potrebbe non possedere quei requisiti di autonomia e di indipendenza che

¹² G.i.p. Trib. Roma, 4 aprile 2003, in cass. Pen. 2003, 2803 ss.

dovrebbero caratterizzare l'Organismo di Vigilanza. Vi è un'indubbia commistione tra il ruolo di vigilanza impostogli dalla partecipazione all'organo di controllo e un ruolo di amministrazione attiva, quale deriva dalla concorrente situazione di responsabile della sicurezza e del sistema ISO 9002...". Né si concorda con il perito che la circostanza che sia stato previsto un organo collegiale, costituito oltre che dal [...], da altro professionista esterno al gruppo, sia di per sé sufficiente ad escludere pericoli di interferenza tra organo di controllo e società controllata. Si consideri che nelle linee guida fissate in sede di codice comportamentale predisposto dall'Ance (Associazione Nazionale Costruttori Edili, ndr) viene evidenziata la necessità di assicurare "sempre la separazione e l'indipendenza gerarchica tra coloro che elaborano la decisione, coloro che la attuano e chi è tenuto a svolgere i controlli"¹³".

2.1.b Linee Guida

Va subito detto che, in genere, le Linee Guida delle Associazioni di cui all'art. 6, 3^a comma D.Lgs 231/2001¹⁴ ammettono, nel caso di un organismo collegiale, la presenza nell'OdV di membri degli organi sociali. Qui di seguito riportiamo il parere in merito dettato da due fra le più autorevoli associazioni di categoria: Confindustria e ABI.

Le Linee Guida di Confindustria ammettono a tale riguardo la presenza di un amministratore indipendente o di un sindaco o, ancora, del responsabile della funzione legale, come ritengono plausibile assegnare le funzioni dell'Organismo al Comitato di Controllo Interno (*Audit Committee*) in seno al Consiglio di Amministrazione.

D'altra parte le Linee Guida ABI addirittura auspicano una composizione -dell'OdV- 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.

¹³ Nicola Pisani in Rivista 231 n,1/2008 - Trib. Roma, GIP, ord. 4-14 aprile 2003, in Impresa, 2004, pp. 92 ss..

¹⁴ Art. 6, 3^a comma, D.Lgs 231/2001: "... I Modelli di organizzazione e di gestione possono essere adottati, garantendo le esigenze di cui al comma 2, sulla base di codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti, comunicati al Ministero della giustizia che, di concerto con i Ministeri competenti, può formulare, entro trenta giorni, osservazioni sulla idoneità dei Modelli a prevenire i reati...".

In specie:

(i) *Confindustria*

Con riferimento all'OdV a composizione plurisoggettiva [...] nel caso di composizione mista [...] 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.

[...] I requisiti di autonomia, onorabilità e professionalità potranno anche essere definiti per rinvio a quanto previsto per altri settori della normativa societaria. Ciò vale, in particolare, quando si opti per una composizione plurisoggettiva dell'Organismo di Vigilanza ed in esso vengano a concentrarsi tutte le diverse competenze professionali che concorrono al controllo della gestione sociale nel tradizionale modello di governo societario (es. un amministratore non esecutivo o indipendente membro del comitato per il controllo interno; un componente del Collegio sindacale; il preposto al controllo interno). In questi casi l'esistenza dei requisiti richiamati viene già assicurata, anche in assenza di ulteriori indicazioni, dalle caratteristiche personali e professionali richieste dall'ordinamento per gli amministratori indipendenti, per i sindaci e per il preposto ai controlli interni.¹⁵

(ii) *ABI*

[...] si ritiene possa essere coerente con lo spirito della legge creare una funzione ad hoc costituita sia da professionalità interne alla banca (come legali, esperti contabili, di gestione del personale, di controllo interno nonché, ad esempio, un membro del collegio sindacale, che esterne ad essa (consulenti, esperti di revisione, ecc.), con la presenza di uno o più amministratori non esecutivi (o indipendenti) che diano garanzia di effettività sul controllo dell'alta amministrazione e di omogeneità di indirizzo.¹⁶

[...] Il decreto non enuncia criteri di indipendenza o professionalità, anche minimali, di cui i singoli membri dell'Organismo devono essere dotati, precisando solo, relativamente all'Organismo nel suo complesso, che esso deve avere autonomi poteri di iniziativa e controllo. La valutazione di adeguatezza deve essere, quindi, effettuata in relazione alla autonomia dell'Organismo nel suo complesso, autonomia dunque che dipende non solo dalle caratteristiche personali dei singoli componenti, ma anche dai poteri ad essi in concreto attribuiti in qualità di componenti dell'Organismo.

Nella logica che i membri dell'Organismo possano costituire un riferimento credibile per la specifica attività che essi devono svolgere è opportuno individuare, in capo ad essi, alcuni

¹⁵ Linee Guida Confindustria (*refresh* 2008) paragrafo 2.2. Compiti, requisiti e poteri dell'Organismo di Vigilanza. Autonomia e indipendenza/Continuità di azione.

¹⁶ Linee Guida ABI, paragrafo 2.3

requisiti; detti requisiti si atteggianno, ovviamente, in modo diverso a seconda della 'provenienza' (nel senso del ruolo) della persona fisica cui si abbia riguardo.

Facendo, quindi, riferimento alle opzioni sopra descritte relativamente alla composizione dell'Organismo di Vigilanza, si osserva quanto segue.

Avendo riguardo al sindaco membro dell'organismo di controllo, si ritiene che i compiti e le caratteristiche che, in via generale, il codice civile attribuisce a tale figura siano già di per sé una sufficiente garanzia di terzietà ed indipendenza dalla società e dai suoi amministratori; deve, inoltre, essere considerato che specifici requisiti di professionalità e di onorabilità sono previsti, anche per i sindaci, dalle Istruzioni di Vigilanza della Banca d'Italia (Titolo II, cap. 2).

Ove un amministratore sia nominato membro dell'Organismo di Vigilanza, si ritiene opportuno che questi sia un consigliere non esecutivo ovvero non esecutivo indipendente. In aggiunta, quindi, ai requisiti di professionalità e di onorabilità previsti, per tutti gli amministratori, dalla legislazione speciale dettata dalle richiamate Istruzioni di Vigilanza della Banca d'Italia, detto amministratore non esecutivo indipendente dovrà:

- *non intrattenere, direttamente, indirettamente, relazioni economiche (quali ad esempio, oltre a quelle di cui al punto successivo, l'aver intrattenuto prestazioni professionali nell'anno in corso e nel precedente; l'aver rapporti di natura commerciale nell'anno in corso e nel precedente, ecc.) con la società, con le sue controllate, con gli amministratori, esecutivi, con l'azionista o gruppo di azionisti che controllano la società, di rilevanza tale da condizionarne l'autonomia di giudizio, valutata anche in relazione alla condizione patrimoniale soggettiva della persona fisica in questione;*
- *non essere titolare, direttamente o indirettamente, di partecipazioni azionarie di entità tale da permettergli di esercitare il controllo o una influenza notevole sulla società;*
- *non sia stretto familiare di amministratori esecutivi della società o di soggetti che si trovino nelle situazioni indicate nei punti precedenti.*

2.1.c. Dottrina

Come detto, anche e soprattutto in dottrina, si confrontano tesi divise sull'interpretazione circa la sussistenza o meno dei requisiti d'indipendenza riferita all'Organismo nel suo complesso ovvero ai singoli componenti, quando ad esso partecipano soggetti considerati 'apicali' (o apici) quali i cosiddetti amministratori indipendenti.

(i) Tesi 'restrittiva'

Con riferimento alla composizione dell'OdV ed ai relativi riflessi sulla autonomia ed indipendenza dello stesso, la dottrina assertrice della tesi sulla presunta incompatibilità di soggetti appartenenti agli organi sociali è ben rappresentata dal Prof. Avv. Pisani¹⁷ il quale evidenzia che il comma 1 dell'art. 6 apre con un *incipit* significativo: “...se il reato è stato commesso dalle persone indicate nell'art. 5, comma 1, lett. a), l'ente non risponde se prova che...”.

Ed è palese che i soggetti ai quali fa riferimento la norma sono i componenti degli organi 'apicali' e cioè, ai sensi dell'art. 5, comma 1, lett. a), le “*persone che rivestono funzioni di rappresentanza, amministrazione, direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso*”.

Dunque, la norma in questione definisce i criteri d'imputazione, in dipendenza di reati commessi da soggetti apicali. Da ciò discende che la funzione propria dell'Organismo di Vigilanza si esprime, proprio, nella vigilanza sull'attività degli organi 'di apice'. Sicché, è fondamentale, ai fini dell'effettività del controllo demandato a tale Organismo, che il 'controllante' sia estraneo rispetto all'area di competenza funzionale 'istituzionale' dello stesso soggetto 'controllato'. Detto in altri termini, il requisito di autonomia (e indipendenza) dell'OdV, rispetto alla sfera dei soggetti che possono impegnare la responsabilità dell'ente, commettendo reati presupposto nell'interesse o a vantaggio dell'ente stesso, appare coesistente all'attività - istituzionalmente affidatagli - di vigilanza sulla conformità al Modello dell'operato degli organi apicali¹⁸.

Fatte queste preliminari osservazioni, Pisani prosegue rilevando:

“... Ciò detto, è opportuno chiedersi se l'ufficio di vigilanza sia compatibile con la qualità di membro del consiglio d'amministrazione privo di deleghe operative. Sul punto occorre distinguere l'Organismo di Vigilanza a struttura unipersonale da quello a struttura collegiale. (omissis) Occupandoci dell'OdV a struttura collegiale, è dibattuta la questione se possa ammettersi un Organismo di Vigilanza a struttura cosiddetta mista, nel quale siedano amministratori privi di delega o amministratori indipendenti, in ipotesi dotati dei requisiti di autonomia ed indipendenza previsti per le società quotate dagli artt. 147- quater e 147-

¹⁷ Prof. Nicola Pisani, opera citata.

¹⁸ La giurisprudenza (come abbiamo sopra riportato) sul punto si è spinta anche oltre, affermando l'incompatibilità con l'ufficio di componente l'OdV di soggetti non “apicali”, i quali siano coinvolti però in processi decisionali all'interno dell'ente (Es. responsabile procedure ISO 9002); vedasi precedente nota 12.

quinquies del Testo Unico della Finanza. E' da segnalare, in via preliminare, che optano per una composizione mista le principali Linee Guida di categoria. Tuttavia, sussistono a mio avviso diversi motivi per ritenere la soluzione 'mista' non rispondente allo spirito del D.Lgs 231/2001. E infatti, gli amministratori indipendenti nel sistema monistico, in quanto 'gestori' della società a tutti gli effetti, dall'attuale disciplina non sono esonerati dai doveri di amministrazione, essendo previsto un loro diritto di voto in seno al consiglio d'amministrazione ed il dovere di vigilanza 'sull'adeguatezza della struttura organizzativa della società' (v. art. 2409-octodecies, comma 5, lett. b), c.c.). Ma anche all'interno del sistema tradizionale, gli amministratori senza delega conservano compiti, in seno all'organo amministrativo collegiale, proprio in tema di valutazione dell'adeguatezza dell'assetto organizzativo dell'impresa (v. art. 2381, comma 3, c.c) e sono chiamati, alla luce del combinato disposto degli artt. 2392, comma 2, e 2381, comma 3, c.c. ad un controllo sul generale andamento della società, sia pur attraverso il prisma dell'adeguatezza organizzativa.

...Da ciò deriva che, qualora sedesse nell'Organismo di Vigilanza, il consigliere privo di delega sarebbe tenuto a vigilare sull'adeguatezza a prevenire reati, proprio di quegli assetti organizzativi che egli stesso abbia concorso a deliberare all'interno dell'ente. Inoltre, quanto alla posizione del singolo all'interno dell'organo di amministrazione collegiale, occorre riflettere sul fatto che il consigliere senza delega potrebbe essere chiamato a rispondere penalmente, per effetto dell'art. 40, comma 2, c.p. per l'omesso impedimento di reati commessi dagli amministratori delegati, essendo il cosiddetto amministratore non esecutivo, per consolidato orientamento, destinatario di una 'posizione di garanzia' avente ad oggetto l'attività degli organi delegati. In tale ipotesi, il membro dell'Organismo di Vigilanza potrebbe trovarsi nella duplice veste, di 'autore' del fatto di reato-presupposto, e di 'vigilante' sull'attività dell'organo apicale (omissis).... Le considerazioni appena svolte consentono di rispondere in senso negativo al quesito se, considerata la natura collegiale dell'Organismo di Vigilanza, sia sufficiente che i requisiti di indipendenza ed autonomia siano posseduti dalla maggioranza dei suoi componenti e se quindi, in tale ipotesi, sarebbe ugualmente preservata l'idoneità dell'OdV (ad esempio, in presenza di uno solo dei componenti coinvolto in scelte di gestione dell'ente). In proposito, a prescindere dalla collegialità delle decisioni dell'Organismo, assunte a maggioranza, non può non considerarsi che, ai fini della valutazione dell'effettività della vigilanza dell'Organismo nel suo complesso, assumono un rilievo decisivo proprio le iniziative ispettive rimesse ai singoli membri dell'OdV. Per conseguenza logica, è senz'altro preferibile che i requisiti di indipendenza ed autonomia siano posseduti da ciascun membro dell'OdV.

In conclusione, alla luce delle considerazioni svolte, deve ritenersi non pienamente conforme allo spirito ed alla ratio del sistema della responsabilità da reato dell'ente l'assunzione della funzione di membro dell'OdV da parte di un soggetto che sia, al contempo, componente del Consiglio di Amministrazione - ancorché sprovvisto di deleghe - della medesima società; realizzandosi in tale ipotesi una sia pur parziale coincidenza tra 'soggetto passivo' ed attivo della vigilanza preventiva dell'Organismo.

Ad avviso di chi scrive non può, dunque, configurarsi un vero e proprio motivo di incompatibilità a rivestire la carica di componente l'OdV per l'amministratore non esecutivo...(omissis). Tuttavia, la composizione mista dell'OdV, con la presenza al suo interno di un membro del consiglio d'amministrazione della società, rischia di integrare un vulnus all'autonomia ed indipendenza dell'Organismo di Vigilanza nel suo complesso esponendo a rischio di ineffettività il sistema di prevenzione della responsabilità da reato dell'ente".

(ii) Tesi 'estensiva'

La dottrina che considera la sussistenza del requisito d'indipendenza riferito all'Organismo nel suo complesso ed ammette la partecipazione all'OdV di componenti di organi societari (sindaci o amministratori indipendenti) è autorevolmente rappresentata dal Prof. Avv. Paolo Montalenti; sul tema egli rileva che¹⁹:

"...Quanto alla composizione è da preferirsi, a mio avviso, la composizione mista di inside (amministratore indipendente o sindaco o responsabile del controllo interno) e di esterni (consulenti).

La composizione mista di interni (preferibilmente 'indipendenti') e di esterni consente, a mio parere, di raggiungere un equilibrio attuale tra conoscenza dell'impresa – e quindi maggiore idoneità ad individuare e controllare le aree di rischio più rilevanti – e indipendenza dalla struttura che rafforza l'autonomia e l'imparzialità dei controlli e dei giudizi.

Deve escludersi l'idoneità a farne parte degli amministratori esecutivi o di dipendenti in staff all'amministratore delegato. Ma non pare neppure adeguata, in linea di principio, fatte salve realtà particolari, ad esempio di enti con dimensioni ridotte, la soluzione di OdV composti totalmente da consulenti esterni: l'intraneo, se dotato di sufficiente grado di indipendenza, è anche più avvertito della realtà aziendale e maggiormente in grado di focalizzare le aree di rischio.

L'indipendenza, a mio parere, deve essere caratteristica dell'Organismo nel suo complesso, non necessariamente di ogni suo componente, come qualcuno ha sostenuto.

¹⁹ Prof. Avv. Paolo Montalenti, «Organismo di Vigilanza 231 e ordinamento societario: spunti di riflessione sul sistema dei controlli» convegno Assonime – Milano 31 marzo 2009.

Nessun indice normativo specifico autorizza una lettura così restrittiva, anche perché il concetto di indipendenza è, nel nostro sistema, nozione polisemica quanto meno nella diversa declinazione che essa assume con riferimento ai sindaci, da un lato, agli amministratori dall'altro lato.

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)...”.

2.1.d Prassi

Sempre in tema di 'tesi estensiva' non può sottacersi la situazione di fatto rilevata nella prassi delle società che hanno adottato il Modello 231.

Nel maggio 2009, infatti, nel corso del Convegno tenutosi presso il Circolo della stampa di Milano, a cura dell'autorevole Associazione AOdV²³¹, Associazione dei componenti degli Organismi di Vigilanza ex D.Lgs 231/2001²⁰, è stato presentato il quadro di sintesi di alcune indagini relative alla composizione dell'OdV compiute in epoche diverse e su differenti ma significativi campioni di società.

RICERCHE	ANNO	TIPO CAMPIONE	INTERNAL AUDIT E PREPOSTI AL CONTROLLO INTERNO	AMMINISTR. INDIPENDENTI ANCHE COMPONENTI CCI	COMPONENTI COLLEGIO SINDACALE	UFFICIO LEGALE	FUNZ. PERSONALE	CONSUL. 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%
PWC	2008	quotate	58%		23%			32%
AOdV	2008	quotate	59%	61%	23%	21%	6%	37%

²⁰ Tratto da un documento frutto di un Gruppo di lavoro in seno all'Associazione AOdV²³¹, approvato dal Direttivo della stessa in data 27.11.2009 e divulgato nell'ambito della Relazione di Silvio de Girolamo (Chief Audit & CSR Executive Autogrill SpA), al Convegno tenutosi presso il Circolo della stampa di Milano, maggio 2009.

In specie la ricerca AOdV²³¹, svolta nel 2008, ha rilevato una presenza elevata di amministratori indipendenti, pari al 61% del campione; la categoria degli *Internal Auditors* 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 AIIA²¹ 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 Auditors* negli OdV risultano altresì confermati dalla ricerca PWC²² svolta nel 2008, risultando pari al 58%. Anche la ricerca PWC, così come quella svolta dalla AOdV²³¹, evidenzia una presenza dei 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.

2.1.e Opportunità/inopportunità della partecipazione all'OdV di membri di organi societari

Venendo al merito specifico e quindi alla opportunità/inopportunità della partecipazione all'OdV di membri di organi societari (organi di gestione e/o di controllo, in specie consiglieri ovvero sindaci²³), si osserva quanto segue.

La tesi secondo la quale detta presenza non è da considerarsi coerente con lo spirito della legge si fonda in estrema sintesi:

a) sulla considerazione per cui l'Organismo di Vigilanza deve essere un soggetto 'indipendente' e pertanto 'terzo' proprio rispetto a coloro che rappresentano il volere sociale, quindi gli amministratori;

²¹ Associazione Italiana Internal Auditors.

²² Pricewaterhouse Coopers è un network internazionale specializzato nella consulenza alle imprese in materia fiscale, di revisione di bilancio, di outsourcing contabile e legale.

²³ In merito alla carica di sindaco si veda quanto evidenziato al Paragrafo 9 che segue.

b) sulla circostanza che gli apici possono essere soggetti attivi di alcuni reati rilevanti per la 231 - ad esempio nei reati societari - ed è quindi non opportuno che tali soggetti possano essere, contemporaneamente, i ‘controllori’ ed i ‘controllati’.

Preliminarmente è necessario sfatare un equivoco in cui è talvolta caduto qualche commentatore. Ci riferiamo alla considerazione che il sindaco di società non può considerarsi ‘apicale’ in linea con quanto specificato nella Relazione Ministeriale al decreto in argomento²⁴ che in merito rileva “...*resta, perciò, escluso dall'orbita della disposizione l'esercizio di una funzione di controllo assimilabile a quella svolta dai sindaci. Costoro non figurano nel novero dei soggetti che, formalmente investiti di una posizione apicale, possono commettere illeciti che incardinano la responsabilità dell'ente*”²⁵.

Sempre in via preliminare, pur condividendo la tesi del Prof. Avv. Paolo Montalenti esposta sub 2.c.3. ii), è opportuno segnalare come l’ambito degli Amministratori senza deleghe vada ulteriormente circoscritto distinguendo fra:

- gli indipendenti veri e propri;
- coloro che sono in qualche modo ‘correlati’ con la società (ad esempio dirigenti delle capogruppo o delle società partecipate etc.).

Si ritiene infatti che il requisito dell’indipendenza da parte dell’amministratore senza deleghe è integrato e soddisfatto solo nel primo caso (cosiddetti indipendenti veri e propri).

Detto ciò, le suddette motivazioni sinteticamente esposte sub a) e b) non appaiono condivisibili, per diverse ragioni di cui daremo conto qui appresso.

- L’idea della indipendenza, così come sopra sintetizzata, risulta fuorviante nella misura in cui considera il Consiglio di Amministrazione come un ‘monolite’, espressione univoca di un unico soggetto. La realtà risulta, come noto, ben diversa, caratterizzata da strutture societarie organizzativamente complesse, il cui *management* non si sviluppa più e solo secondo un modello rigidamente verticistico.

Il Consiglio di Amministrazione è la sintesi di anime diverse, portatrici di interessi, visioni, professionalità tra loro differenti; il consiglio, soprattutto nei casi di deleghe di funzioni, finisce con l’acquisire il ruolo di organo intermedio tra l’assemblea dei soci e l’organo

²⁴ Ministero della Giustizia, Relazione Ministeriale al D.Lgs 231, paragrafo 3.2. , segue “I criteri di imputazione sul piano oggettivo”.

²⁵ Vedasi sul punto l’intervento del Prof. Dott. Massimo Boidi al Convegno ODCEC di Torino presso il centro Incontra della CCIAA di Torino: “D.Lgs 231/2001”, 25 marzo 2010, pubblicato sul sito dell’ODCEC di Torino. Nello stesso l’autore sostiene altresì la compatibilità di attribuzione della funzione di Organismo di Vigilanza al Collegio sindacale nel suo complesso, pur riconoscendo che, nelle realtà di grandi dimensioni, detta circostanza risulta più teorica che pratica.

gestorio, che sono il comitato esecutivo ovvero gli amministratori delegati. In questo contesto, quando si fa riferimento - quali possibili componenti dell'OdV - ai cosiddetti amministratori indipendenti, a maggior ragione, non può essere messo in discussione che si tratti di soggetti che per natura, funzione (statutaria ovvero normativa), vocazione, costituiscono un'interfaccia dialettico all'interno del consiglio.

Si ritiene pertanto che la presenza di amministratori indipendenti nell'OdV, secondo l'accezione prima richiamata, anziché essere considerata quale ostacolo ovvero limitazione alla indipendenza dell'Organismo - garantita dalla collegialità e eterogeneità dei soggetti che vi partecipano - ne accresca la forza, l'autorevolezza, la capacità di conoscere ed accedere, senza ostacoli, alle attività della società.

- Circa l'altro argomento assunto a sostegno della tesi sull'inopportunità della partecipazione di 'apici' all'OdV, ossia quello secondo cui detti soggetti possono essere autori di reati rilevanti per la '231', non può non rilevarsi che proprio la visione complessa del fenomeno societario cui si accennava, porta necessariamente ad escludere l'idea secondo cui i comportamenti delittuosi eventualmente tenuti da soggetti di vertice possano essere rappresentativi, sempre, della volontà della società in quanto tale.

Se così non fosse, si arriverebbe a mettere in discussione lo stesso meccanismo/paradigma di colpevolezza per i vertici che, invece, il legislatore, faticosamente, ha messo in piedi nel decreto '231'. Meccanismo che, come noto, fa sì che l'adozione di un sistema di prevenzione (leggasi Modello Organizzativo su cui vigila un OdV, con le caratteristiche del caso), la cui effettività trova il limite solo nella elusione fraudolenta, rende non rimproverabile all'ente il reato posto in essere da un soggetto formalmente deputato ad incarnare la politica di quella impresa^{26 27}.

- La stessa norma di legge attribuisce una particolare dignità alle Linee Guida elaborate dalle associazioni di categoria ed 'omologate' dal Ministero Giustizia: l'art. 6 comma 3 del D.Lgs 231/2001 stabilisce infatti che *"I Modelli di organizzazione e di gestione possono essere adottati, garantendo le esigenze di cui al comma 2, sulla base di codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti, comunicati al Ministero della giustizia"*

²⁶ Vedasi sul punto anche: Avv. Chiara Mancini Settore Ordinamento finanziario – ABI in Rivista 231, n.2/2009.

²⁷ Tribunale di Milano - Ufficio del Giudice per le indagini preliminari - Sentenza 17 novembre 2009 in cui si evidenzia che la tempestiva adozione del Modello Organizzativo comporta l'assoluzione dell'ente in forza del riconoscimento della forza esimente per aver adottato ed efficacemente attuato il Modello Organizzativo ex D.Lgs 231/2001, benché lo stesso sia stato eluso dagli autori del reato: Presidente e AD della società, poi condannati.

che, di concerto con i Ministeri competenti, può formulare, entro trenta giorni, osservazioni sulla idoneità dei Modelli a prevenire i reati”.

Se è quindi fuori di dubbio che l’elaborazione di un *compliance* sulla base delle linee contenute in un codice di comportamento approvato non è di per sé idonea a produrre per la società gli effetti ‘esimenti’²⁸, è altrettanto vero che è la stessa norma di legge ad attribuire valenza di ‘format organizzativo’ (se non di fonte normativa) ai codici di comportamento considerandoli parametri utili a definire l’idoneità dei Modelli adottati. Allora, se le Linee Guida delle associazioni categoriali hanno passato il vaglio del Ministero di giustizia, le indicazioni di metodo e le esemplificazioni in esse contenute, ivi incluse quelle sopra citate in tema di composizione dell’OdV, non debbono essere deliberatamente sconosciute .

Dunque se è vero che è solo il PM il soggetto titolato a valutare le conseguenze dell’interazione dei Modelli organizzativi con la responsabilità della società, è altrettanto vero che lo stesso dovrà però procedere nella sua disamina alla luce dei parametri fissati dagli artt. 6 e 7 del D.Lgs 231/2001 (ivi incluso il comma 3 dell’art. 6, dianzi citato).

Non a caso la stessa Confindustria²⁹, alla luce delle evoluzioni giurisprudenziali che in tema di composizione e caratteristiche dell’Organismo di Vigilanza sottolineano “...l’importanza di prevenire i conflitti di interesse, evitando che nell’OdV siedano esponenti aziendali che possano, per la loro posizione all’interno dell’ente, porre in essere uno dei reati suscettibili di determinare la responsabilità ex D.Lgs 231/01 e che, contestualmente, si trovino a dover vigilare sulla effettività e adeguatezza dei Modelli organizzativi ...”, ha espressamente deciso di non prendere posizione in maniera vincolante circa la composizione dell’OdV e quindi di non recepire, nei vari *refresh* succedutisi nelle proprie Linee Guida, gli esiti di tali interpretazioni; ciò anche -e soprattutto- in considerazione “[...] del rilievo che le Linee Guida Confindustria hanno assunto, nel tempo, quale parametro di riferimento per le decisioni e gli orientamenti dei giudici[...]”.

- Giurisprudenza e dottrina non possono non considerare il contesto sociale ed imprenditoriale in cui si trovano ad operare, rilevando che la presenza di amministratori indipendenti (e di componenti del collegio sindacale) emerge in termini decisamente significativi dalle ricerche menzionate sub 2.1.d.

²⁸ Sul punto è però opportuno segnalare la proposta di modifica della “L.231” approvata dall’AREL e sostenuta come valida iniziativa dal Ministro Alfano che, fra l’altro, prevede l’introduzione di Modelli “certificati” atti a invertire l’onere della prova, sulla scorta dell’esperienza di quelli previsti dall’art.30, D.Lgs 81/2008 (TUS) in materia di sicurezza.

²⁹ Confindustria. Gruppo di lavoro “Responsabilità Amministrativa delle Persone Giuridiche”. Resoconto della riunione del 14 febbraio 2007, pubblicato su sito Confindustria il 1 marzo 2007.

- Questa circostanza è da porre in relazione:
 - sia alle indicazioni contenute nei format organizzativi elaborati dalle associazioni di categoria ed approvati dal Ministero Giustizia;
 - sia ai notevoli benefici offerti dalla possibilità di scambio di informazioni ed efficienza operativa;
 - sia alla struttura morfologica del tessuto imprenditoriale italiano, per lo più formato da aziende di ridotte dimensioni.

In sostanza, in coerenza con la figura di consulenti d'impresa assunta sempre più dai Dottori Commercialisti e dagli Esperti Contabili, pare corretto propendere per le tesi sovraesposte tese a superare pregiudizi legati alla singola funzione e ad apprezzare invece la composizione dell'Organismo in primo luogo nella sua dimensione pragmatico-operativa. A titolo esemplificativo pare indubbio che un Organismo caratterizzato dalla presenza di amministratori indipendenti (e/o di componenti del collegio sindacale), che fungono da *trait d'union* con il *board* ³⁰, di consulenti esterni scelti in base alle loro caratteristiche di professionalità e competenza specifica, di membri dell'organizzazione interna che ben conoscono la realtà aziendale, non può che massimizzare e contemporaneamente valorizzare i profili di autorevolezza e autonomia, professionalità e continuità d'azione dell'OdV.

In ogni caso, nel suggerire eventuali soluzioni circa la composizione dell'Organismo di Vigilanza che contempli la presenza di amministratori indipendenti (o non esecutivi) è opportuno portare a loro conoscenza la posizione (seppur anacronistica e poco in linea) che evidenzia il rischio che questa soluzione possa “*integrare un vulnus all'autonomia ed indipendenza dell'Organismo di Vigilanza nel suo complesso esponendo a rischio di ineffettività il sistema di prevenzione della responsabilità da reato dell'ente*”³¹.

2.1.f Utilizzo di strutture aziendali di controllo esistenti

Sul punto è opportuno precisare che le Linee guida di Confindustria³², in relazione alle attività da svolgere ed ai principali requisiti che l'OdV deve possedere, precisano che occorre accertare se, in prima approssimazione, alcune funzioni o strutture aziendali già esistenti possano risponderci: in tal senso l'attenzione va prioritariamente alle funzioni

³⁰ Si pensi alla funzione positiva che l'amministratore non delegato e indipendente può offrire -anche in qualità di membro dell'OdV- per assicurare un esauriente flusso di informazioni propedeutiche alle attività proprie dell'Organismo di Vigilanza ovvero intervenendo in sede di riunione di CdA per porre in discussione -con la presenza dei sindaci- questioni relative e/o connesse alle funzioni ed alle incombenze dell' OdV.

³¹ Prof. Nicola Pisani, opera citata.

³² Confindustria, opera citata.

Personale e Organizzazione, Legale, Amministrazione e controlli gestionali e, per la salute e sicurezza sul lavoro, servizio di prevenzione e protezione.

Con riguardo alle prime tre funzioni, si ravvisano almeno due elementi che sconsigliano questa opzione. In primo luogo le stesse mancano delle figure professionali in possesso delle tecniche e degli strumenti appena descritti; secondariamente, trattandosi di funzioni a cui sono attribuiti importanti poteri decisorii e deleghe operative, potrebbero, singolarmente considerate, difettare dell'indispensabile requisito dell'indipendenza ed obiettività di giudizio sull'iter di un processo o di un atto o sull'operato di un dipendente.

Analogamente, è da escludere, relativamente alla prevenzione dei reati di omicidio colposo e lesioni personali colpose commessi con violazione delle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro, la conferibilità del ruolo di Organismo di controllo al 'responsabile del servizio di prevenzione e protezione' di cui al D.Lgs 81/2008. Tale figura, sia essa interna o esterna (consulente) all'organizzazione aziendale, è dotata di autonomi poteri di iniziativa e controllo che esplica, con continuità di azione, nel modo di volta in volta ritenuto più opportuno attraverso ispezioni, richieste di chiarimenti, controlli *in loco*, verifiche delle procedure di sicurezza e/o aggiornamenti delle stesse, ecc., avvalendosi di un appropriato bagaglio di strumenti e tecniche specialistiche (professionalità). È, però, indubbio come lo stesso soggetto svolga un ruolo operativo e sia quasi sempre inserito all'interno di precise gerarchie aziendali dalle quali dipende o, quando esterno all'azienda, vincolato da rapporti contrattuali con esponenti delle predette gerarchie aventi ad oggetto le attività di controllo in parola.

Diversa, invece, la valutazione relativa a quelle funzioni ed organi (il riferimento è al Comitato per il controllo interno ed alla funzione di *Internal Auditing* o Revisione Interna³³) istituiti - soprattutto negli enti di dimensioni medio-grandi, quotati e non - con il compito di vigilare sul complessivo Sistema di Controllo Interno e di gestione dei rischi, del quale, come si è osservato, il Modello Organizzativo è una parte.

L'istituzione di tali organi/funzioni si va sempre più diffondendo a seguito sia delle indicazioni provenienti dalle discipline in materia di organizzazione aziendale, che dei sempre più frequenti riferimenti normativi o regolamentari da parte del legislatore italiano o di Autorità di vigilanza che invitano, ed in alcuni casi addirittura obbligano, all'istituzione di organi ed unità preposti alla verifica dei Sistemi di Controllo Interno.

³³ Diverso è il caso del Collegio sindacale, sulla cui compatibilità con le funzioni dell'OdV viene dedicato il successivo Paragrafo 9.

In specie:

- Comitato di controllo interno

Per quanto riguarda il Comitato per il controllo interno, le società che ne siano dotate possono conferire a tale organo il ruolo di OdV. Il Comitato, infatti, presenta una serie di caratteristiche che lo rendono idoneo a svolgere i compiti che il decreto 231 attribuisce all'OdV.

In primo luogo, il Comitato per il controllo interno è dotato di un certo grado di autonomia ed indipendenza in quanto deve essere composto, secondo le indicazioni del Codice di autodisciplina per le società quotate, da amministratori non esecutivi, la maggioranza dei quali indipendenti. Inoltre il Comitato per il controllo interno svolge un ruolo in parte assimilabile a quello richiesto all'OdV. Esso, infatti, presiede al sistema di controlli interni dell'impresa in quanto: assiste il Consiglio di Amministrazione nella fissazione delle linee di indirizzo e nella verifica periodica della loro adeguatezza e del loro effettivo funzionamento, assicurandosi che i principali rischi aziendali siano identificati e gestiti in modo adeguato; valuta il piano di lavoro preparato dai preposti al controllo interno e riceve le relazioni periodiche degli stessi; valuta, unitamente ai responsabili amministrativi della società ed ai revisori, l'adeguatezza dei principi contabili utilizzati e, nel caso di gruppi, la loro omogeneità ai fini della redazione del bilancio consolidato; valuta le proposte formulate dalle società di revisione per ottenere l'affidamento del relativo incarico, nonché il piano di lavoro predisposto per la revisione e i risultati esposti nella relazione e nella lettera di suggerimenti; riferisce al Consiglio, almeno semestralmente, in occasione dell'approvazione del bilancio e della relazione semestrale, sull'attività svolta e sulla adeguatezza del sistema di controllo interno; svolge gli ulteriori compiti che gli vengono attribuiti dal Consiglio di Amministrazione, particolarmente in relazione ai rapporti con la società di revisione.

Nelle realtà aziendali che decidano di attribuire il ruolo di Organismo di Vigilanza al Comitato per il controllo interno, quest'ultimo potrà avvalersi anche dell'*Internal Auditing* per lo svolgimento delle attività di vigilanza. È, infatti, proprio grazie all'attività dei preposti ai controlli interni che può essere garantita la continuità d'azione richiesta all'OdV.

- Internal auditing

Le società che siano sprovviste del Comitato per il controllo interno, potrebbero in alternativa decidere di attribuire il ruolo di Organismo di Vigilanza alla funzione di *Internal Auditing*. Questa funzione è richiamata dal D.Lgs n. 58/1998 (T.U.F.) che, all'art. 150, prevede la figura di 'colui che è preposto ai controlli interni'; dalle istruzioni di vigilanza per le banche della Banca d'Italia, pubblicate sulla G.U. n. 245 del 20 ottobre 1998; dai

regolamenti emessi nei confronti degli intermediari autorizzati delle società di gestione del risparmio e delle SICAV dalla Banca d'Italia e dalla Consob, che obbligano questi soggetti all'istituzione di 'un'apposita funzione di Controllo Interno', da assegnare 'ad apposito responsabile svincolato da rapporti gerarchici rispetto ai responsabili dei settori di attività sottoposti a controllo'. Anche il Codice di Autodisciplina fa riferimento alla figura del preposto (cfr. i Criteri applicativi 8.C.5. e, in particolare, 8.C.6.) ed alla funzione di *Internal Auditing* (cfr. i Criteri applicativi 8.C.7. e 8.C.8).

Sulla base di queste indicazioni, nonché della più evoluta dottrina aziendalistica, la funzione in esame viene spesso collocata, nell'organigramma, alle dirette dipendenze del vertice esecutivo aziendale (il Presidente esecutivo o l'Amministratore Delegato o figure analoghe), giacché deve operare, come chiarisce il CoSO³⁴ *Report*, in supporto ad esso ed a tutto campo sul monitoraggio del Sistema di Controllo Interno, che ha, tra i suoi obiettivi, anche quello di assicurare l'efficienza e l'efficacia non solo dei controlli, ma anche delle attività operative aziendali (le cosiddette *operations*).

Peraltro, avuto riguardo a quella parte di attività di tipo ispettivo (il cosiddetto *compliance and fraud auditing*) che la vigilanza sul Modello comporta, viene stabilito anche un canale di comunicazione o una linea di riporto verso il Consiglio di Amministrazione o il Comitato per il controllo interno, ove esistente. A proposito di tali attività, che richiedono la raccolta di evidenze amministrative all'interno dell'ente, è opportuno evidenziare il ricorso da parte delle più evolute realtà aziendali a strumenti di *security* o di *forensic account*, quali la *business intelligence*.

In definitiva a questa funzione già oggi viene attribuito, oltre al compito di effettuare indagini di carattere ispettivo, anche quello di verificare l'esistenza ed il buon funzionamento dei controlli atti ad evitare il rischio di infrazioni alle leggi in generale, tra cui, ad esempio, quelle sulla sicurezza, sulla protezione dell'ambiente ed in materia di *privacy*.

Trattasi di verifiche che riguardano anche i comportamenti quotidiani di chi svolge mansioni operative in questi ambiti e che attengono, quindi, *lato sensu*, anche all'etica individuale ed aziendale.

Queste ulteriori considerazioni consentono di meglio comprendere come la funzione di *Internal Auditing* - se ben posizionata (secondo la definizione delle Linee Guida di Confindustria) e dotata di risorse adeguate - potrebbe, teoricamente, essere idonea a fungere da Organismo *ex* D.Lgs 231/2001. Peraltro, nei casi in cui si richiedano a questa funzione

³⁴ *Committee of Sponsoring Organization.*

attività che necessitano di specializzazioni non presenti al suo interno, nulla osta a che essa si avvalga di consulenti esterni ai quali delegare circoscritti ambiti di indagine. Con ciò si evita di istituire ulteriori unità organizzative che, indipendentemente da considerazioni economiche, rischiano di ingenerare sovrapposizioni o eccessive parcellizzazioni di attività. Proprio tornando sul concetto di ‘idoneo posizionamento’ soprarichiamato, ci sembra di poter esprimere qualche dubbio sulla possibilità di attribuire alla funzione di *Internal Auditing* anche la veste di OdV, dubbio già sottolineato dall’uso del condizionale.

Ad avviso di chi scrive va infatti attentamente verificata l’effettiva indipendenza della funzione (coessenziale, oltre alla necessaria dotazione di risorse adeguate): occorre in particolare verificare se vi sia un’effettiva emancipazione dell’*auditing* interno dalle dipendenze della direzione, che lo faccia assurgere a organo di staff dei comitati di controllo interni all’organo amministrativo o dei collegi sindacali³⁵; al contrario, se, come normalmente avviene, la funzione di *Internal Auditing* riferisce ed è gerarchicamente sottoposta all’Amministratore Delegato o alla Direzione Generale, è da ritenere che questa sia inidonea a svolgere il ruolo di OdV per difetto dei necessari requisiti di indipendenza.

2.1.g Sintesi riassuntive

Sulla base di quanto affermato nei paragrafi precedenti, le opzioni possibili per l’ente al momento dell’individuazione e configurazione dell’OdV, anche alla luce delle citate ‘Norme di Comportamento per il Collegio Sindacale’ emanate dal CNDCEC, come meglio evidenziato nel successivo cap.9, possono essere così riassunte:

- attribuzione del ruolo di OdV al Comitato per il controllo interno, ove esistente, purché composto esclusivamente da amministratori non esecutivi o indipendenti;
- attribuzione del ruolo di OdV alla funzione di *Internal Auditing*, ove esistente, a condizione che esista un’effettiva indipendenza dall’Alta Direzione (che la comune esperienza sembra escludere);
- attribuzione del ruolo di OdV al Collegio Sindacale, possibilità che, nelle realtà di medio-grandi dimensioni, risulta peraltro più teorica che pratica;
- creazione di un organismo *ad hoc*, a composizione monosoggettiva o plurisoggettiva, costituito, in quest’ultimo caso, da soggetti dell’ente (es. responsabile dell’*internal audit*, della funzione legale, ecc., e/o amministratore

³⁵ Come auspicato da N. Abriani “Dal caso Parmalat alle nuove regole a tutela del risparmio”, in “Società”, 2004.

non esecutivo e/o indipendente e/o sindaco³⁶) e/o da soggetti esterni (es. consulenti, esperti, ecc.);

- per le PMI, attribuzione del ruolo di Organismo di Vigilanza all'organo dirigente o all'organo di controllo o a un componente di quest'ultimo.

2.2 Attività - requisiti - poteri

Nel dettaglio, le attività che l'Organismo è chiamato ad assolvere, anche sulla base delle indicazioni contenute negli artt. 6 e 7 del D.Lgs 231/2001 e nelle Linee Guida delle Associazioni di categoria, possono così schematizzarsi:

2.2.a Attività

2.2.a.i disamina in merito all'**adeguatezza del Modello**, ossia della sua reale (e non meramente formale) capacità di prevenire i reati ed i comportamenti non voluti;

2.2.a.ii qualora il Modello non sia stato adottato con la collaborazione del nominando/nominato OdV, è opportuno che questi ripercorra nella sua fase di *start-up gli steps* che hanno comportato la **definizione delle aree sensibili** e, quindi, i relativi 'reati-presupposto', al fine di verificarne la corretta individuazione e, quindi, l'adeguatezza del Modello.

Trattasi in specie delle seguenti fasi:

2.2.a.iii **As-Is Analysis**: analisi della situazione corrente, funzionale alla rilevazione dei processi aziendali da un punto di vista informativo e organizzativo, attuata attraverso il previo esame della documentazione aziendale (organigrammi e funzionigrammi, mansionari, procedure, principali processi operativi, verbali Consiglio d'Amministrazione, procure, bilancio, ecc.). Tale attività viene condotta al fine di identificare in quali processi aziendali e secondo quali modalità si possono potenzialmente realizzare i reati. Ne deriva una rappresentazione dei Processi Sensibili, dei controlli già esistenti e delle relative criticità, con particolare 'focus' sugli elementi di 'compliance' e controllo specifici per soddisfare i requisiti del Modello. Sulla base della mappa preliminare dei Processi Sensibili viene inoltre condotta una serie

³⁶ Confindustria, opera citata.

d'interviste con i soggetti chiave in essi coinvolti nell'ambito della struttura aziendale; le stesse sono mirate all'approfondimento ed al controllo dei Processi Sensibili (procedure/prassi esistenti; verificabilità, congruenza e coerenza delle operazioni; separazione delle responsabilità; documentabilità dei controlli, ecc.).

- 2.2.a.iv **Gap Analysis**: approfondimento circa le eventuali aree critiche con evidenziazione per ciascuna di esse delle soluzioni per i Gaps rilevati; in specie vengono individuate le azioni di miglioramento del sistema di controllo interno (processi e procedure) e dei requisiti organizzativi essenziali per la definizione di un modello 'specifico' di organizzazione, gestione e controllo coerente con la norma di riferimento.
- 2.2.a.v vigilanza sull'**effettività** del Modello, che si sostanzia nella verifica della coerenza tra i comportamenti concreti ed il Modello istituito;
- 2.2.a.vi esame circa la sussistenza, l'**efficiente funzionamento** e la completezza dei **flussi informativi** dalle Aree sensibili e dagli Organi sociali verso l'OdV e viceversa; eventuali interventi correttivi/integrativi;
- 2.2.a.vii analisi circa il **mantenimento** nel tempo dei requisiti di solidità e funzionalità del Modello;
- 2.2.a.viii cura del necessario **aggiornamento** in senso **dinamico** del Modello nell'ipotesi in cui le analisi operate e/o modifiche normative rendano necessario effettuare correzioni ed adeguamenti. Tale cura, di norma, si realizza in due momenti distinti ed integrati:
- presentazione di **proposte di adeguamento** del Modello verso la Direzione aziendale / Organi delegati;
 - **follow-up**, ossia verifica dell'attuazione e dell'effettiva funzionalità delle soluzioni proposte.

La vigilanza circa (i) la effettività del Modello, (ii) il suo mantenimento nel tempo in termini di efficienza e funzionalità e (iii) le modalità di aggiornamento del Modello, comporta lo svolgimento di un'attività specialistica, prevalentemente di controllo, che presuppone la conoscenza, o comunque l'utilizzo, di tecniche e strumenti *ad hoc* nonché una continuità di azione elevata.

Essa deve rivolgersi, a titolo esemplificativo:

- ❖ al campionamento statistico;
- ❖ alle tecniche di analisi e valutazione dei rischi;
- ❖ alle misure per il loro contenimento dei rischi (procedure autorizzative, meccanismi di contrapposizione di compiti, ecc.);
- ❖ al *flow-charting* di procedure e processi per l'individuazione dei punti di debolezza;
- ❖ alle tecniche di intervista e di elaborazione di questionari;
- ❖ ad elementi di psicologia;
- ❖ alle metodologie per l'individuazione di frodi, ecc.

In dottrina è stata posta l'attenzione sulla circostanza che l'applicazione del decreto 231 ai delitti colposi pone un problema di rapporti tra:

- il piano della sezione di Modello relativo alla sicurezza -*ex* art.30, D.Lgs 81/2008- e quello del Modello Organizzativo - *ex* art.6 D.Lgs 231/2001-
- e
- le attività dei soggetti responsabili dei controlli in materia di salute e sicurezza³⁷ sul lavoro e l'Organismo di Vigilanza.

Sul punto pare opportuno evidenziare che l'autonomia di funzioni proprie di questi organi non consente di ravvisare una sovrapposizione dei compiti di controllo, che sarebbe quindi tanto inutile quanto inefficace. D'altra parte, deve essere chiaro che i diversi soggetti deputati al controllo svolgono i propri compiti su piani differenti.

In specie si rileva che compito dell'OdV non è quello di vigilare sulla condotta dei soggetti apicali e/o degli addetti sottoposti alla altrui direzione e vigilanza, ma sul rispetto dei Modelli di organizzazione e gestione, che risultassero essere stati elusi.

A sua volta, con l'istituzione dell'Organismo *ex* D.Lgs 231/2001, il massimo vertice societario (es. Consiglio di Amministrazione) mantiene invariate tutte le attribuzioni e le responsabilità previste dal Codice Civile alle quali si aggiunge oggi quella relativa all'adozione ed all'efficacia del Modello, nonché alla nomina dell'Organismo (art. 6, co. 1, lett. *a*) e *b*). Su questo punto si veda Tribunale di Milano, Sezione VIII civile del 13.02.2008 n. 1774³⁸.

³⁷ Leggasi: Datore lavoro (DL), Responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione (RSPP), Addetto al Servizio di Prevenzione e Protezione (ASPP), Rappresentanti dei Lavoratori per la Sicurezza (RLS), Medico Competente, ecc.

³⁸ In detta sede l'organo giudicante ha infatti ritenuto che l'adozione di un Modello Organizzativo idoneo a prevenire il rischio-reato all'interno della società è una decisione amministrativa che, seppur rimessa alla discrezionalità dell'organo dirigente, può evitare l'insorgere della responsabilità amministrativa dell'ente e, di conseguenza, l'applicazione delle

I due profili impongono però un necessario raccordo fra i Modelli di Organizzazione e di Gestione introdotti dall'art. 6 D.Lgs 231/2001 ed il decalogo del Modello 'antifortunistico' di cui all'art. 30 D.Lgs 81/2008³⁹.

Sul punto è auspicabile che, soprattutto nelle realtà industriali, l'OdV presenti al suo interno almeno un soggetto in possesso di capacità e requisiti professionali adeguati al monitoraggio ed alla rilevazione dei rischi presenti sul luogo di lavoro e delle concrete attività lavorative svolte. A tale ultimo riguardo, se è vero che nulla vieta che i componenti dell'OdV 'mettano il casco' e si rechino nell'unità produttiva per verificare le concrete condizioni di lavoro, è però da escludere che il sopralluogo possa tradursi in direttive immediate al Datore di lavoro e/o all' RSPP che a loro volta non sono tenuti a raccoglierle.

Un tale dinamismo dell'Organismo di Vigilanza trova già la sua sede istituzionale nella verbalizzazione della ricognizione e nella doverosa informativa alla Direzione aziendale/Organi delegati. Sarà invece compito di questi ultimi chiamare a raccolta i diversi responsabili del Servizio Sicurezza e, ricorrendone le condizioni, promuovere le riunioni straordinarie di cui all'art. 35 TUS. Infatti, ai diversi interlocutori/attori del Servizio Sicurezza, RSPP in testa, - che si rapporta con il datore di lavoro, di cui può essere definito 'ausiliario' - si possono e si devono chiedere indiscussa competenza tecnica e continuità di interventi; all'OdV -che si rapporta con la Direzione aziendale/Organi delegati- viene richiesta un'attività di *follow-up*, ossia di verifica dell'attuazione e dell'effettiva funzionalità delle soluzioni proposte⁴⁰.

relative sanzioni; d'altra parte la mancata adozione di un adeguato modello organizzativo ai sensi del D.Lgs 231/2001 può quindi determinare la responsabilità civile degli amministratori nei confronti della società per mala gestio (art. 2392 c.c.).

³⁹ Art. 30, D.Lgs 81/2008, 1 ^ co., lett. da a ad h. Il modello di organizzazione e di gestione idoneo ad avere efficacia esimente della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, deve essere adottato ed efficacemente attuato, assicurando un sistema aziendale per l'adempimento di tutti gli obblighi giuridici relativi:

- a) al rispetto degli *standard* tecnico-strutturali di legge relativi a attrezzature, impianti, luoghi di lavoro, agenti chimici, fisici e biologici;
- b) alle attività di valutazione dei rischi e di predisposizione delle misure di prevenzione e protezione conseguenti;
- c) alle attività di natura organizzativa, quali emergenze, primo soccorso, gestione degli appalti, riunioni periodiche di sicurezza, consultazioni dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza;
- d) alle attività di sorveglianza sanitaria;
- e) alle attività di informazione e formazione dei lavoratori;
- f) alle attività di vigilanza con riferimento al rispetto delle procedure e delle istruzioni di lavoro in sicurezza da parte dei lavoratori;
- g) alla acquisizione di documentazioni e certificazioni obbligatorie di legge;
- h) alle periodiche verifiche dell'applicazione e dell'efficacia delle procedure adottate.

⁴⁰ Prof. Vittorio Masia, Magistrato Ordinario e Professore a Contratto Di Diritto Penale Amministrativo nella Facoltà di Giurisprudenza dell'università Statale di Bergamo, "Servizio prevenzione protezione e Organismo di Vigilanza (OdV), tra obbligatorietà ed autodeterminazione dell'ente nella nuova dimensione prevenzionale", in Rivista 231, n.1/2009 (Cit.).

2.2.b Requisiti

Appare ora opportuno riassumere sinteticamente quelli che costituiscono i principali requisiti dell'Organismo, cui si è già fatto cenno sub 2.1 in tema di composizione dello stesso.

2.2.b.i *Autonomia ed Indipendenza*

Preliminarmente è opportuno rilevare che il requisito di *autonomia* non deve essere confuso con quello dell'*indipendenza*, anche se i due aspetti presentano talune similarità.

Mentre il primo è esplicitamente richiamato dal Legislatore, che all'art 6 del Decreto prevede che l'OdV deve essere dotato di '*autonomi poteri di iniziativa e di controllo*', il secondo non è contemplato espressamente dalla legge, ma si evince in via interpretativa dal principio di effettività del controllo: condizioni necessarie perché il controllo dell'OdV possa dirsi efficace ai fini del D.Lgs 231/2001 saranno infatti l'assenza (*i*) di vincoli rispetto ai vertici dell'ente e (*ii*) di funzioni operative connesse con l'attività aziendale.

La dottrina intende l'autonomia da un lato quale libertà di azione e di autodeterminazione, dall'altro lato quale attribuzione all'Organismo di poteri autonomi. In effetti, mentre il requisito dell'indipendenza attiene 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.

L'interpretazione di questi requisiti ha determinato non pochi dubbi e perplessità. È chiaro che, ad esempio, il pagamento di un compenso alla persona, interna od esterna all'ente, per l'attività in argomento non costituisce causa di 'dipendenza'.

I requisiti vanno intesi in relazione alla funzionalità dell'OdV ed, in particolare, ai compiti che la legge assegna allo stesso (sui requisiti dei singoli componenti si dirà tra breve).

Si ritiene opportuno richiamare quanto recita il D.Lgs 231/2001 in ordine alla citata esigenza di autonomia: l'art. 6, comma 1, lett. b) prevede proprio che "*...il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei Modelli e di curare il loro aggiornamento*

venga affidato ad un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controlli...”.

Secondo Confindustria “...la posizione dell’OdV nell’ambito dell’ente deve garantire l’autonomia dell’iniziativa di controllo da ogni forma d’interferenza e/o di condizionamento da parte di qualunque componente dell’ente (ed in particolare dell’organo dirigente). Tali requisiti sembrano assicurati dall’inserimento dell’Organismo di Vigilanza come unità di staff in una posizione gerarchica elevata, prevedendo il ‘riporto’ al massimo Vertice operativo aziendale ovvero al Consiglio di Amministrazione nel suo complesso...”

Per assicurare la necessaria autonomia di iniziativa ed indipendenza è poi indispensabile che all’OdV non siano attribuiti compiti operativi e/o gestori che, rendendolo partecipe di decisioni ed attività operative, ne minerebbero l’obiettività di giudizio nel momento delle verifiche sui comportamenti e sul Modello.

Partendo dalla considerazione che il Modello Organizzativo è e resta un atto di emanazione dell’organo dirigente dell’ente/società, è opportuno rivolgere l’attenzione sulla circostanza che alcuni Modelli ‘traslano’ il concetto di *emanazione dell’organo dirigente* dal Modello allo stesso OdV; altri (la maggioranza) marcano invece il ruolo autonomo ed indipendente dell’OdV (ivi incluso dall’organo dirigente). Le linee Guida non sono chiarissime sul punto e le due impostazioni sono ‘figlie’ di due diverse interpretazioni ravvisabili sia in dottrina che in giurisprudenza (quest’ultima seppur ancora molto limitata).

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. Richiamando quanto esposto sub 2.1, si ritiene (i) che, con riferimento ai componenti dell’Organismo reclutati all’esterno, i requisiti di autonomia ed indipendenza debbano essere riferiti ai singoli componenti. Al contrario, (ii) 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. In merito si condivide l’opinione del Prof. Avv. Paolo Montalenti :
“...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, nozione polisemica quanto meno nella

diversa declinazione che essa assume con riferimento ai sindaci, da un lato, agli amministratori dall'altro lato... »⁴¹.

Nell'ipotesi di OdV a composizione monocratica, l'assenza di situazioni di conflitto di interessi in capo al componente interno dovrebbe essere attentamente valutata sia con riguardo alla titolarità di compiti operativi sia di eventuali funzioni di controllo già esercitate nell'ambito dell'ente.

2.2.b.ii Professionalità

Questo requisito si riferisce al bagaglio di strumenti e tecniche che l'Organismo deve possedere per poter svolgere efficacemente l'attività assegnata. Si tratta di tecniche specialistiche proprie di chi svolge attività di controllo, ma anche consulenziale di analisi dei sistemi di controllo e di tipo giuridico e, più in particolare, penalistico.

Si tratta di tecniche che possono essere utilizzate *a posteriori*, per accertare come si sia potuto verificare un reato delle specie in esame e chi lo abbia commesso (approccio ispettivo); oppure *in via preventiva*, per adottare - all'atto del disegno del Modello e delle successive modifiche - le misure più idonee a prevenire, con ragionevole certezza, la commissione dei reati medesimi (approccio di tipo consulenziale); o, ancora, *costantemente* per verificare che i comportamenti quotidiani rispettino effettivamente quelli codificati.

Con riferimento invece alle competenze giuridiche, non va dimenticato che la disciplina in argomento è in buona sostanza una disciplina di matrice penalistica e che l'attività dell'OdV (forse sarebbe più corretto dire dell'intero sistema di controllo previsto dal decreto in esame) ha lo scopo di prevenire la realizzazione di reati.

È dunque essenziale la conoscenza della struttura e delle modalità realizzative dei reati, che potrà essere assicurata mediante l'utilizzo delle risorse aziendali ovvero della consulenza esterna.

Allo scopo di assicurare l'effettiva sussistenza dei descritti requisiti, sia nel caso di un Organismo di Vigilanza composto da una o più risorse interne, sia nell'ipotesi in cui esso sia composto, solo od anche, da più figure esterne, sarà opportuno che i membri possiedano, oltre alle competenze professionali descritte, i requisiti soggettivi formali che garantiscano ulteriormente l'autonomia e l'indipendenza richiesta dall'esercizio della funzione (es. onorabilità, assenza di conflitti di interessi e di relazioni di parentela

⁴¹ Prof. Avv. Paolo Montalenti, opera citata.

con gli organi sociali e con il vertice, ecc.). Tali requisiti andranno specificati nel Modello Organizzativo.

I requisiti di autonomia, onorabilità e professionalità potranno anche essere definiti nel Modello per relazione a quanto previsto per altri settori dalla normativa societaria. Ciò vale, in particolare, quando si opti per una composizione plurisoggettiva dell'Organismo di Vigilanza ed in esso vengano a concentrarsi tutte le diverse competenze professionali che concorrono al controllo della gestione sociale nel tradizionale Modello di governo societario (es. un amministratore non esecutivo o indipendente, membro del Comitato per il controllo interno, membro del Collegio sindacale, ecc.).

Da evidenziare poi, per quanto concerne le tematiche di tutela della salute e sicurezza sul lavoro, che l'OdV dovrà avvalersi di tutte le risorse attivate e disponibili per la gestione degli specifici aspetti (come detto, RSPP - Responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione, ASPP – Addetti al Servizio di Prevenzione e Protezione, RLS – Rappresentante dei Lavoratori per la Sicurezza, MC - Medico Competente, addetti primo soccorso, addetto emergenze in caso d'incendio, ecc.).

2.2.b.iii Continuità di azione

Le linee Guida degli organismi ed Associazioni di categoria abilitate non escludono che alcune funzioni, ruoli e/o organi aziendali già esistenti, possano ricoprire il ruolo dell'Organismo di Vigilanza. D'altra parte si è dianzi ricordato che per le PMI è la stessa legge a prevedere al comma 4, dell'art. 6 che “... *Negli enti di piccole dimensioni i compiti dell' OdV possano essere svolti direttamente dall'organo dirigente...*”.

Si è già detto in precedenza che, in linea di massima, per poter dare la garanzia di efficace e costante attuazione di un Modello così articolato e complesso quale é quello delineato dal D.Lgs 231, soprattutto nelle aziende di grandi e medie dimensioni, si rende opportuna la presenza di un Organismo terzo e di una struttura dedicata in via esclusiva all'attività di vigilanza sul Modello priva, come si è detto, di mansioni operative.

2.2.c Poteri

L'art 6 del D.Lgs 231/2001 prevede per l'OdV "...*autonomi poteri di iniziativa e di controllo ...*".

L'Organismo deve quindi essere dotato di tutti i poteri necessari per assicurare una puntuale ed efficiente vigilanza sul funzionamento e sull'osservanza del Modello Organizzativo adottato dall' ente/società.

Generalmente le Linee Guida non si soffermano sulla descrizione e perimetrazione di detti poteri limitandosi a rilevare che gli stessi debbono essere rispondenti a quanto stabilito dagli artt. 6 e 7 del D.Lgs 231/2001, e quindi correlati all'espletamento dei compiti dell'Organismo di Vigilanza ivi indicati.

I poteri dell'OdV dovranno quindi essere utili e funzionali alla:

- a) verifica dell'efficienza ed efficacia del Modello Organizzativo adottato rispetto alla prevenzione ed all'impedimento della commissione dei reati previsti dal D.Lgs 231/2001;
- b) verifica del rispetto delle modalità e delle procedure previste dal Modello Organizzativo per la rilevazione degli eventuali scostamenti comportamentali che dovessero emergere dall'analisi dei flussi informativi e dalle segnalazioni alle quali sono tenuti i responsabili delle varie funzioni;
- c) formulazione delle proposte all'organo dirigente per gli eventuali aggiornamenti ed adeguamenti del Modello Organizzativo adottato, da realizzarsi mediante le modifiche e/o le integrazioni che si dovessero rendere necessarie in conseguenza di:
 - significative violazioni delle prescrizioni del Modello Organizzativo;
 - significative modificazioni dell'assetto interno della società e/o delle modalità di svolgimento delle attività d'impresa;
 - modifiche normative;
- d) segnalazione all'organo dirigente, per l'assunzione degli opportuni provvedimenti, di quelle violazioni accertate del Modello Organizzativo che possano comportare l'insorgere di una responsabilità in capo all'ente.

Al fine di rendere operativi i poteri corrispondenti ai compiti sopra richiamati, i Modelli di norma prevedono che:

- l'Organismo possa avere libero accesso alle varie aree aziendali della società - senza necessità di alcun consenso preventivo - onde ottenere dai responsabili le informazioni o dati ritenuti necessari per lo svolgimento dei compiti previsti dal D.Lgs 231/2001;

- l'Organismo possa avvalersi, sotto la propria diretta sorveglianza e responsabilità, dell'ausilio di tutte le strutture della società ovvero di consulenti esterni;
- l'Organismo possa proporre all'organo dirigente dell'ente/società l'adozione di interventi correttivi e quindi debba beneficiare di un'adeguata dotazione di risorse finanziarie di cui disporre per ogni esigenza ritenuta necessaria od anche solo utile al corretto svolgimento dei propri compiti (es. consulenze specialistiche, trasferte, ecc.).

Secondo le Linee Guida di Confindustria inoltre: *“...le attività poste in essere dall'Organismo di Vigilanza non possono essere sindacate da alcun altro organismo o struttura aziendale, fermo restando però che la Direzione aziendale/Organi delegati sono in ogni caso chiamati a svolgere un'attività di vigilanza sull'adeguatezza del suo intervento, in quanto agli organi dirigenti rimonta (omissis...) appunto la responsabilità ultima del funzionamento (e dell'efficacia) del Modello Organizzativo...”*.

Questa posizione sembrerebbe evidenziare le contraddizioni, o perlomeno l' 'opacità' indotta dal D.Lgs 231/2001 circa i rapporti fra OdV e organo dirigente (CdA in particolare), a cui si è fatto cenno in precedenza, ciò almeno per quanto si rileva dalla maggior parte delle Linee Guida.

2.3 Alcuni suggerimenti procedurali

La maggior parte dei Modelli suggerisce alcuni elementi di prassi e procedura che saranno oggetto di approfondimento nei paragrafi seguenti. In questa sede ci si limita a segnalare che:

- compito dell'Organismo è quello di valutare sistematicamente la funzionalità ed efficienza dei flussi informativi da e verso le 'Aree sensibili';
- è opportuno prevedere che le riunioni dell'OdV, gli incontri con gli organi societari e le audizioni dei diversi referenti delle aree sensibili siano documentati da verbali datati, sottoscritti e conservati in apposito *Libro delle adunanze dell'Organismo di Vigilanza*;
- é auspicabile che copia della documentazione, delle carte di lavoro ed il suddetto Libro siano custoditi dall'Organismo;
- l'OdV deve curare la predisposizione di periodiche relazioni informative per la Direzione aziendale/Organi delegati (di norma su base semestrale) in ordine alle attività di verifica e controllo compiute ed all'esito delle stesse⁴²; detta relazione dovrà altresì venir trasmessa al Collegio sindacale;
- l'OdV deve accertarsi di possedere ed attivarsi per ottenere la necessaria dotazione finanziaria, punto questo centrale e particolarmente importante che caratterizza anche la

⁴² Vedasi successivo paragrafo 12 e l' ALL. C.

norma in materia di delega di funzioni di cui all'art. 16 del TUS, là dove è previsto l'obbligo di dotare di adeguate risorse finanziarie il soggetto delegato preposto alla gestione od al controllo. Qualora un Organismo di Vigilanza non fosse attrezzato e/o dotato di poteri effettivi di controllo e della necessaria dotazione finanziaria, sarebbe un'entità oggettivamente inidonea a svolgere il compito per il quale è stato istituito⁴³. Le Linee Guida di Confindustria in merito segnalano che “...nel contesto delle procedure di formazione del budget aziendale, l'organo dirigente dovrà approvare una dotazione adeguata di risorse finanziarie, proposta dall'Organismo stesso, della quale (esso) potrà disporre per ogni esigenza necessaria al corretto svolgimento dei compiti (es. consulenze specialistiche, trasferte, ecc.)...”⁴⁴.

- Lo stesso Organismo di Vigilanza dovrà inoltre disciplinare il proprio funzionamento interno. A tale proposito è opportuno che l'OdV formuli un Regolamento⁴⁵ delle proprie attività (determinazione delle cadenze temporali delle proprie riunioni e dei controlli, modalità convocazione e di tenuta delle stesse, individuazione dei criteri e delle procedure di analisi, ecc.).
- Quanto riportato in seguito sub 7 “*Profili civili della responsabilità dell'Organismo di Vigilanza*”, induce poi a ritenere opportuno che l'Organismo di Vigilanza valuti l'adozione di strumenti per mitigare o trasferire i rischi connessi alla responsabilità civile della sua funzione, ad esempio richiedendo alla società/ente di sottoscrivere una specifica polizza assicurativa di responsabilità civile professionale⁴⁶.
- Annualmente (ad esempio in sede di approvazione del Bilancio d'esercizio della Società/Ente) è consigliabile che sia definito un apposito *budget* di spesa specificatamente dedicato all'Organismo di Vigilanza.

⁴³ Atti incontro presso Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, 15 febbraio 2008 a cura del Centro Studi “Federico Stella” sulla Giustizia penale e la Politica criminale (CSGP). QUADERNO N. 245 Associazione per lo Sviluppo degli Studi di Banca e Borsa e Università Cattolica del Sacro Cuore – intervento del Dott. Giuseppe Amato, Procuratore capo della Repubblica presso il Tribunale di Pinerolo.

⁴⁴ Confindustria, opera citata.

⁴⁵ Vedasi successivo paragrafo 11 e l'ALL. D.

⁴⁶ Vedasi successivo paragrafo 8.

3. OBBLIGHI DI INFORMAZIONE DELL'OdV: I FLUSSI INFORMATIVI DA E VERSO L'OdV

Nell'ambito delle Linee Guida per l'Organismo di Vigilanza assumono un ruolo centrale la cura e la gestione del sistema informativo.

Sul punto, l'art.6 , comma 2, lett. d) del D.Lgs 231/2001 richiede che il Modello Organizzativo preveda *"obblighi di informazione nei confronti dell'Organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei Modelli"* ma non introduce regole specifiche in tema di flussi informativi, lasciando ampio spazio all'autonomia privata.

Resta quindi da approfondire il significato concreto della previsione normativa in tema di obblighi di informazione nei confronti dell'Organismo.

Su questo aspetto la Relazione di accompagnamento alla legge non fornisce ulteriori chiarimenti, pertanto si è costretti a procedere empiricamente, tenuto conto della migliore dottrina in materia.

Al riguardo è stato rilevato che *"...l'organo amministrativo dell'ente deve prevedere idonei strumenti, procedure e canali d'informazione che consentano all'OdV di venire tempestivamente a conoscenza di quegli eventi dai quali dipendono i suoi obblighi specifici di attivazione e di avere percezione d'inosservanze di controlli o anomalie o insufficienze..."*.⁴⁷

In linea di massima l'obbligo d'informazione all'Organismo di Vigilanza sembra concepito (a) quale mezzo per incrementarne l'autorevolezza, (b) quale ulteriore strumento per agevolare l'attività di vigilanza sull'efficacia del Modello (c) di accertamento a posteriori delle cause che hanno reso possibile il verificarsi del reato⁴⁸ e (d) quale elemento rafforzativo del principio che considera la carenza di informazioni come un indice di pericolosità attribuendo ad un efficiente flusso informativo una fisiologica capacità di attenuazione dei rischi di reato.

Se questo è lo spirito della prescrizione normativa, allora è da ritenere opportuno che nelle attività di *start-up post nomina*, l'OdV, dopo aver analizzato le Aree ed i Processi Sensibili, esamini con chiarezza le funzioni aziendali a rischio di reato cui dovrà essere in special modo rivolto l'obbligo d'informazione e l'adeguatezza del Modello. Quest'analisi è propedeutica alla verifica puntuale che il Modello Organizzativo contempili in modo dettagliato un'apposita procedura sui flussi informativi, atta a regolare le modalità di circolazione delle informazioni e la loro gestione da parte di specifici soggetti, individuati in particolare tra gli organi dirigenti e la direzione aziendale e, quindi, tra i referenti delle varie funzioni (cosiddetti 'apicali'). D'altra parte lo stesso OdV dovrà provvedere a indicare nel proprio Regolamento (vedasi sub 11 e ALL. D) le modalità di trasmissione dei flussi informativi in armonia con quanto previsto dal Modello Organizzativo .

⁴⁷ Ernst & Young, Incontro di lavoro del gruppo ODV, Roma, 5 maggio 2009, p. 3.

⁴⁸ Confindustria, opera citata.

Schematizzando, è opportuno individuare l'attività informativa riferita all'OdV distinguendo tra⁴⁹:

- 1) *report* verso l'Organismo di Vigilanza da parte dell'organo dirigente, della direzione aziendale e dei referenti delle diverse aree aziendali sensibili come individuate nel MOG, nonché comunicazioni ed informazioni (motivate) verso l'Organismo di Vigilanza da parte di chiunque vi abbia interesse: addetti, collaboratori, ecc.;
- 2) *report* dell'Organismo di Vigilanza: trattasi di informativa (periodica o su richiesta all'evenienza) da parte dell'OdV nei confronti degli organi sociali nonché verso gli stessi organi sociali ed i referenti delle diverse aree sensibili ai fini del MOG.

Al fine di facilitare i flussi informativi e le segnalazioni da e per l'Organismo di Vigilanza e per garantire l'evidenza del buon funzionamento del sistema informativo è opportuno che la società (anche su indicazione dello stesso OdV) istituisca e divulghi l'attivazione di opportuni canali di comunicazione, quali esemplificativamente: casella di posta elettronica dedicata per comunicare via e-mail, ecc. .

Sarà poi cura dello stesso Organismo di Vigilanza selezionare e conservare le informazioni fornite e ricevute in apposito archivio informatico e/o cartaceo.

In questo contesto, fermo restando che l'elaborazione di procedure idonee a rappresentare un sistema di reportistica integrato e funzionale non può prescindere da una attenta ricognizione di ogni singola realtà aziendale, pare utile fornire alcuni spunti, di carattere necessariamente esemplificativo e generale, per meglio connotare le due linee di reportistica sopra evidenziate sub (1) e (2).

3.1 Flussi informativi verso l'Organismo di Vigilanza

L'obiettivo di tale attività di *report* è quello di consentire all'Organismo di Vigilanza di essere informato in ordine a fatti che potrebbero comportare una responsabilità della società ai sensi del D.Lgs 231/2001.

Deve ritenersi che qualunque soggetto, a partire dai componenti degli organi sociali, abbia l'obbligo di fornire tutte le informazioni e le relazioni richieste dall'Organismo di Vigilanza.

Secondo parte della dottrina l'obbligo di informazione coinvolgerebbe infatti non solo i dipendenti ed i membri degli organi sociali della società, ma anche i soggetti interni/esterni ad essa collegati (intendendosi per tali i lavoratori autonomi, i professionisti, i consulenti, i collaboratori, ecc.); sul punto è dirimente quanto previsto dal Modello e, se adottato, dal Codice Etico.

⁴⁹ Spunti da "Regolamentazione dei flussi informativi nel Modello Organizzativo ex D.Lgs 231/2001", Avv. Marcello Malavasi in Rivista 231, n.1 /2010.

In merito, sotto un profilo generale, si ritiene opportuno che il Modello faccia riferimento ai soggetti direttamente interessati dalle previsioni degli Artt. 5 e 6 del D.Lgs 231/2001, mentre nulla vieta che l'eventuale Codice Etico ampli la platea dei soggetti obbligati al rispetto del Modello riferendo le proprie previsioni, ivi incluso l'obbligo d'informazione in argomento, anche a quell'ampia categoria di soggetti che, seppur collegati all'azienda da vincoli contrattuali, non sono riconducibili alle figure degli *apicali o dei soggetti sottoposti all'altrui direzione* (appunto solo i destinatari del Modello).

Da segnalare che la violazione degli obblighi d'informazione verso l'Organismo di Vigilanza dovrebbe essere considerata dal MOG quale illecito disciplinare e quindi adeguatamente sanzionata.

E' comunque da escludersi, nella maniera più assoluta, che tutti i soggetti sopra individuati possano sostituirsi alle *Istituzioni e forze pubbliche* facendosi carico di attività investigative.

Nel disciplinare un sistema di *reporting* efficace sarà necessario garantire la massima riservatezza a chi segnala le violazioni. Interessante sul punto l'indicazione contenuta nelle citate Linee Guida di Confindustria, con particolare riferimento al lavoro dipendente: “...*Occorre sottolineare che l'obbligo di informare il datore di lavoro di eventuali comportamenti contrari al Modello Organizzativo rientra nel più ampio dovere di diligenza ed obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro di cui agli artt. 2104 e 2105...*”.

Allo stesso tempo sarà opportuno prevedere misure deterrenti contro ogni informativa impropria, sia in termini di contenuti che di forma.

La regolamentazione delle modalità di adempimento all'obbligo di informazione ha lo scopo di limitare o di evitare il fenomeno del riporto dei cosiddetti *rumors* interni (*whistleblowing*) consentendo tuttavia all'OdV di venire a conoscenza di fatti e/o comportamenti che potrebbero configurare la realizzazione di reati, bypassando la rigida reportistica in 'linea gerarchica' e garantendo altresì la riservatezza dell'identità dell'informatore per evitare ritorsioni.

In questo senso l'Organismo viene ad assumere anche le caratteristiche dell'*Ethic Officer*, senza però vedersi attribuiti poteri disciplinari che saranno di competenza di un apposito comitato o, nei casi più delicati, del Consiglio di Amministrazione.

L'Organismo di Vigilanza è comunque tenuto a valutare con attenzione le segnalazioni ricevute, ascoltando eventualmente l'autore della segnalazione, il responsabile della presunta violazione e le persone a conoscenza dei fatti ed acquisendo i documenti considerati rilevanti. Lo stesso riferirà al vertice della società l'esito delle proprie verifiche proponendo gli eventuali provvedimenti.

In linea di massima è quindi opportuno che il Modello preveda che il vertice aziendale, o una funzione a ciò delegata, informi correttamente e tempestivamente l'Organismo di Vigilanza di ogni variazione della struttura organizzativa, dei mutamenti intervenuti nelle aree di attività dell'ente, di

ogni variazione che possa coinvolgere le aree sensibili e/o i relativi soggetti referenti in rapporto ai reati considerati potenziale presupposto per l'attribuzione della responsabilità amministrativa della società.

L'attività di *report* sopra riassunta può essere distinta fra:

- 3.1.a flussi informativi da effettuarsi al verificarsi di particolari eventi

e

- 3.1.b flussi informativi periodici.

3.1.a Flussi informativi da effettuarsi al verificarsi di particolari eventi

Nel Modello Organizzativo è opportuno prevedere l'obbligo di trasmettere immediatamente all'Organismo di Vigilanza le informazioni concernenti:

- ogni fatto o notizia relativi ad eventi che potrebbero, anche solo potenzialmente, determinare la responsabilità della società ai sensi del D.Lgs 231/2001;
- provvedimenti e/o notizie o comunque l'avvio di procedimenti da parte di organi di polizia giudiziaria, o da parte di qualsiasi altra autorità, dai quali si evinca lo svolgimento di indagini, anche nei confronti di ignoti, per gli illeciti ai quali è applicabile il D.Lgs 231/2001, qualora tali indagini coinvolgano la società o suoi dipendenti od organi societari o collaboratori o comunque la responsabilità della società stessa;
- le richieste di assistenza legale inoltrate dai dirigenti e/o dai dipendenti nei confronti dei quali la Magistratura procede per i reati previsti dalla richiamata normativa;
- le violazioni del Modello o del Codice Etico e i comportamenti che possano far sorgere il sospetto di commissione di un atto illecito o comunque ad una condotta non in linea con i principi, le procedure e le regole prefissate nell'ambito del Modello o del Codice Etico;
- le anomalie o le atipicità rispetto ai principi delineati nel Modello (un fatto non rilevante se singolarmente considerato, potrebbe assumere diversa valutazione in presenza di ripetitività od estensione dell'area di accadimento);
- secondo quanto esposto al punto precedente appare quindi imprescindibile la previsione nel MOG secondo cui ciascuna area aziendale alla quale sia attribuito un determinato ruolo in una fase di un processo sensibile debba segnalare tempestivamente all'Organismo di Vigilanza:
 - a) comportamenti significativamente difforni da quelli descritti nel MOG e le motivazioni che hanno reso necessario od opportuno tale scostamento;
 - b) eventi che potrebbero, anche solo potenzialmente, determinare la responsabilità della società ai sensi del D.Lgs 231/2001, quali esemplificativamente: infortuni

sul lavoro, notizie relative a commesse attribuite da enti pubblici, richiesta e/o erogazione ed utilizzo di finanziamenti pubblici, decisioni di procedere ad operazioni comportanti modifiche dell'assetto societario, eventuali operazioni da ritenersi 'sensibili' ai fini delle fattispecie delittuose di ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita, ecc.;

- le notizie relative ai procedimenti disciplinari avviati o archiviati in relazione alle violazioni del Modello Organizzativo, specificando il tipo di sanzione applicata o i motivi dell'archiviazione. Di norma le sanzioni disciplinari applicate al personale dipendente verranno comunicate all'OdV dall'Amministratore Delegato che dovrà segnalare altresì le iniziative assunte verso collaboratori, consulenti o altri soggetti terzi collegati alla società da un rapporto contrattuale non di lavoro dipendente. Qualora le iniziative e/o i provvedimenti riguardino i componenti di organi sociali si ritiene che la comunicazione all'Organismo di Vigilanza debba essere fatta dal Consiglio di Amministrazione.

3.1.b Flussi informativi periodici

Per quanto riguarda i flussi informativi periodici, si ritengono utili le seguenti considerazioni.

All'Organismo di Vigilanza devono pervenire i flussi informativi periodici da parte di tutti i soggetti coinvolti con funzioni di responsabilità e controllo nei processi 'sensibili', come definiti nel Modello Organizzativo. In particolare, devono essere comunicate all'OdV (a seconda dei casi con cadenza mensile, trimestrale, semestrale o annuale) le risultanze periodiche dell'attività di controllo posta in essere dai soggetti a tal fine individuati nel Modello Organizzativo adottato.

Pertanto tali soggetti devono attestare periodicamente:

- il livello di attuazione del Modello;
- il rispetto dei principi di controllo e comportamento;
- le eventuali criticità nei processi gestiti, gli eventuali scostamenti rispetto alle indicazioni dettate dal Modello o più in generale dall'impianto normativo;
- le variazioni intervenute nei processi e nelle procedure.

Inoltre, in base alla natura e specificità della singola realtà aziendale e quindi al particolare rilievo delle diverse aree sensibili, dovranno essere individuate le informazioni, i dati da fornire all'OdV e le cadenze temporali dello scambio di informativa⁵⁰.

⁵⁰ Vedasi sul punto ALL. B quale esempio di schema sintetico di flussi informativi periodici dalle aree sensibili verso OdV.

Ad esempio si può ritenere che per un'azienda dotata di componente produttiva sia opportuno che l'OdV riceva periodicamente un *report* da parte dei responsabili del sistema di sicurezza (Datore di Lavoro e/o RSPP) e salute sul luogo di lavoro. Lo stesso potrà comprendere:

- informativa periodica sulla corretta attuazione delle disposizioni contenute nel Documento di Valutazione Rischi e negli eventuali Documenti Unici per la Valutazione dei Rischi da Interferenza in relazione alle attività appaltate a terzi;
- segnalazione delle incoerenze e dei problemi riscontrati;
- informativa periodica sullo stato di attuazione delle diverse fasi di implementazione del programma di SGS (eventualmente finalizzato alla certificazione);
- informativa periodica sulla programmazione ed attuazione dei corsi di formazione e aggiornamento ai dipendenti in merito al SGS;
- informativa periodica sugli infortuni o circostanze che possano minare la salute degli addetti sul luogo di lavoro (naturalmente escludendo quelle fattispecie che costituendo reato rientrano nella casistica precedente, sub. 3.1.a);
- altri.

3.2 Flussi informativi dall'Organismo di Vigilanza verso il vertice societario

Si è avuto modo di rilevare in precedenza che l'Organismo di Vigilanza è sostanzialmente una *unità di staff in posizione gerarchica elevata* che riporta al massimo vertice operativo aziendale ovvero al Consiglio di Amministrazione nel suo complesso.

Pare quindi condivisibile la classificazione segnalata in dottrina circa l'assegnazione all' Organismo di Vigilanza di tre linee di *report* verso il vertice societario, così sintetizzabili:

3.2.a Informativa su base continuativa all'Amministratore Delegato/Amministratore Unico
Tale flusso rappresenta l'informativa costante circa l'attività esercitata dall'OdV. Essa consente di mantenere uno stretto contatto fra l'Organismo di Vigilanza ed il vertice operativo della la società.

A sua volta l'Amministratore Delegato informerà il Consiglio di Amministrazione.

Si può ritenere che, nell'ambito di tale reportistica, rientrino anche due particolari tipi di attività svolta dall'Organismo di Vigilanza:

(i) le informative di aggiornamento in relazione alla formazione del personale su argomenti rilevanti in tema di responsabilità amministrativa degli enti

e

(ii) informative circa l'evoluzione della normativa di riferimento con particolare riguardo al monitoraggio per il *refresh*/implementazione del Modello Organizzativo.

3.2.b Informativa periodica al Consiglio di Amministrazione

Trattasi del *report* periodico al Consiglio di Amministrazione riguardante, in via esemplificativa:

- su base semestrale: una relazione informativa sulle attività di verifica, sui test effettuati e sul loro esito. Tale comunicazione deve contenere in dettaglio i controlli compiuti, specificando le eventuali problematiche riscontrate e l'indicazione sulle opportune misure da adottare (vedasi sul punto l'ALL C)
- all'inizio di ogni esercizio (o al termine di quello precedente): il piano delle attività che si intende svolgere nel corso dell'anno, con specificazione della cadenza temporale e dell'oggetto della verifica che si intende compiere (ad es. verifica della mappatura delle aree a rischio, del sistema delle procure, dell'adeguatezza e del rispetto del Modello, dell'adozione di opportune iniziative per la formazione del personale). Questa relazione può anche essere parte della relazione semestrale di cui al punto precedente (normalmente quella relativa al II semestre di ciascun anno);
- annualmente/semestralmente: una relazione informativa (eventualmente integrata in quella indicata al punto che precede) sullo stato dell'attuazione del Modello da parte della società. Tale comunicazione consente di rendere noto all'Organo amministrativo della società il livello di osservanza delle procedure adottate con il Modello.

3.2.c Informativa immediata, all'Amministratore Delegato/Amministratore Unico/Consiglio di Amministrazione

La stessa ha per oggetto informazioni, fatti o eventi di notevole gravità, emersi nel corso dell'attività svolta e riferita ad eventuali comportamenti od azioni non in linea con le procedure aziendali e tali da esporre la società al rischio di essere esposta a responsabilità e sanzioni amministrative conseguenti alla commissione, anche solo potenziale, di reati presupposto di cui al D.Lgs 231/2001.

Detta informativa riguarderà anche fatti o comportamenti come sopra evidenziati che coinvolgono direttamente componenti degli organi sociali e/o eventuali ritardi o inerzie del vertice aziendale a fronte di segnalazioni ricevute dall'OdV, qualora i fatti ad essi sottesi esponano la società al rischio di responsabilità e sanzioni amministrative conseguenti alla commissione, anche solo potenziale, di reati presupposto di cui al D.Lgs 231/2001.

Nei tre casi precedenti esposti sub 3.2a), 3.2b) e 3.2c) si ritiene opportuno che l'informativa venga altresì portata a conoscenza del Collegio Sindacale.

Naturalmente all'Organismo di Vigilanza può comunque essere richiesto dal Consiglio di Amministrazione di dare comunicazioni o presentare relazioni in merito a specifiche attività svolte o che, rientrando nel novero delle sue incombenze, gli si chiede di svolgere..

Oltre alla delineata reportistica dell'OdV verso gli organi sociali, l'Organismo, nel corso dello svolgimento delle proprie attività istituzionali comunicherà con i relativi responsabili delle aree sensibili identificate nel MOG, richiedendo informazioni, anche attraverso la compilazione di apposite *check-lists*, notizie su fatti, eventi, adempimenti, ecc. nonché per ricevere la documentazione di supporto alle richieste di delucidazione formulate.

Si ritiene interessante infine esporre di seguito la sintesi schematica di un'indagine sui flussi dall'OdV relativi alle società quotate⁵¹, dalla quale emerge che:

- i flussi informativi provenienti dall'OdV sono pianificati nel 46% dei casi attraverso la stesura di un piano a cadenza annuale (36%). I contenuti riguardano essenzialmente la programmazione delle attività di controllo e verifica tipiche dell'organismo;
- la rendicontazione dell'attività svolta viene eseguita nell'88% dei casi con cadenza semestrale e riguarda lo stato di avanzamento delle attività dell'OdV rispetto al piano di programmazione (67%), lo stato di attuazione del MOG⁵² (58%), l'evidenza di problematiche particolari inerenti la normativa *ex* D.Lgs 231/2001 (65%) ed infine l'esito degli accertamenti nel 61% dei casi;
- fra i flussi informativi che dall'OdV sono indirizzati agli organi sociali, assumono particolare significato le segnalazioni delle infrazioni. Fra esse, l'inosservanza del MOG (53%) e le variazioni eseguite sulla documentazione di base del Modello stesso (55%) rappresentano quelle più citate dal campione esaminato;
- i flussi informativi in uscita sono in forma scritta nel 54% dei casi e si indirizzano principalmente verso il CdA (87%) ed il Collegio Sindacale (55%). Hanno un ruolo comunque di rilievo quale destinatari dei flussi informativi anche l'Amministratore Delegato (17%) ed il presidente del CdA (13%), oltre al Comitato di Controllo Interno (20%);
- i flussi informativi generati verso l'OdV hanno ad oggetto soprattutto gli indizi di reato (90%), le notizie provenienti dagli organi giudiziari (68%), i procedimenti disciplinari intrapresi verso i dipendenti (59%) e le relazioni dei responsabili di funzione (57%). A

⁵¹ Fonte: Elaborazione AODV²³¹ su dati Borsa Italiana, Relazione di Angelo Piazzolla (OdV Fondazione MPS) al Convegno tenutosi presso il Circolo della Stampa Milano, 20 maggio 2009.

⁵² Modello Organizzativo Gestionale

ciò si aggiungono le richieste di assistenza legale (51%) ed i cambiamenti organizzativi e societari (33%);

- gli strumenti di informativa sono rappresentati, fra gli altri, dalle *check-lists* che l'OdV circolarizza fra gli apicali ed i loro sottoposti (26%), dalle comunicazioni anonime (18%), nonché dalle sessioni info-formative con il personale.

4. SISTEMA DISCIPLINARE

Le valutazioni sul tema in oggetto vanno lette richiamando quanto accennato sub 2.2.b Requisiti, in merito alla relazione fra: l'Organismo di Vigilanza come una emanazione della Direzione aziendale/Organi delegati e contemporaneamente come Organismo dotato di propria autonomia ed indipendenza.

Mentre infatti per la dottrina e la prassi dominante (Confindustria, API, ecc.) l'OdV deve limitarsi alla segnalazione all'organo dirigente (Direzione aziendale/Organi delegati) per l'assunzione degli opportuni provvedimenti, di quelle violazioni accertate del Modello organizzativo che possano comportare l'insorgere di una responsabilità in capo all'ente, per altri autorevoli cultori della materia⁵³ la previsione di un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate dal Modello appartiene a quello che può essere definito il 'contenuto minimo' di un Modello Organizzativo, essendo previsto come requisito della efficace attuazione del Modello sia dall'art. 6 comma 2 lett. e) - che si riferisce alle ipotesi in cui il reato sia stato commesso da soggetti collocati in posizione apicale nell'ente - sia dall'art. 7 comma IV lett. b) -che si riferisce alle ipotesi in cui il reato sia stato commesso da soggetti sottoposti alla altrui direzione e vigilanza.

Si è già fatto ampio cenno nel precedente capitolo sub 1.9, circa la caratteristica del sistema sanzionatorio, inteso come uno dei cardini su cui poggia l'efficace attuazione del Modello Organizzativo che, per esplicita previsione legislativa, deve presentare il requisito della idoneità. La correlazione biunivoca tra idoneità del sistema disciplinare ed efficacia del Modello Organizzativo impone, ai fini di un'ottimale interazione tra Modello Organizzativo e sistema di responsabilità degli enti, che il sistema disciplinare non sia *flatus vocis*, ma che sia caratterizzato da misure concrete, idonee a renderlo efficiente; gli stessi sostenitori di questa tesi sostengono in genere l'opportunità che in tema di sistema disciplinare e sanzionatorio il Modello preveda un potere d'iniziativa autonomo ed indipendente dell'OdV (almeno di fronte all'inerzia dell'organo dirigente).

Sul punto, nello spirito della norma, si ribadisce quanto evidenziato sub 3.1, Flussi informativi verso l'Organismo di Vigilanza: l'OdV assume le caratteristiche dell'*Ethic Officer*, senza però vedersi attribuiti poteri disciplinari e sanzionatori. Gli stessi sono infatti di competenza dell'Organo amministrativo, il quale, a sua volta, potrà delegare queste incombenze ad uno o più dei suoi componenti o, nei casi più delicati, ad un apposito comitato.

Il procedimento disciplinare può quindi essere avviato su 'impulso' dell'OdV in base alle segnalazioni ricevute od alle violazioni rilevate direttamente nel corso delle attività di controllo; in

⁵³ Dr. Paolo Ielo, Giudice per le Indagini Preliminari Tribunale di Milano, *compliance programs: natura e funzione nel sistema della responsabilità degli enti; Modelli organizzativi e D.Lgs 231/2001*, in Rivista 231, n.1/2006.

tal caso l'Organismo dovrà essere coinvolto in ogni fase successiva del processo sanzionatorio e disciplinare per quanto riguarda la verifica della corretta attuazione dei protocolli e la loro efficacia.

5. L'OdV NEI GRUPPI DI IMPRESE

Un cenno meritano anche le complesse problematiche che il D.Lgs 231/2001 può presentare nell'ambito dei gruppi di imprese.

Come noto, i gruppi di imprese sono spesso caratterizzati dalla tendenza a centralizzare presso la Capogruppo alcune funzioni (acquisti, gestione amministrativo-contabile, finance, ecc.) allo scopo di conseguire sinergie nonché disporre di leve gestionali dirette per orientare il gruppo verso le politiche e le strategie decise dal vertice della *holding*.

Anche le funzioni di controllo, ed in particolare quella di *Internal Auditing*, non sfuggono a questa tendenza, sicché - soprattutto nei gruppi con controllate non quotate o di medio - piccole dimensioni - si riscontra spesso l'istituzione di una funzione di revisione interna presso la Capogruppo che esplica pertanto le proprie attività sia all'interno della medesima, sia presso le controllate dove la funzione è assente o con organici ridotti.

Un assetto organizzativo di questo tipo, o assetti analoghi, sono volti al raggiungimento di due principali obiettivi: realizzare economie in termini di risorse assegnate e creare un'unica struttura che assicuri un migliore livello qualitativo delle sue prestazioni grazie alle maggiori possibilità di specializzazione, aggiornamento e formazione. Il tutto, ovviamente, deve avvenire salvaguardando l'autonomia e le responsabilità dei vertici delle singole società controllate, i quali devono poter disporre di questa leva gestionale per essere garantiti del buon funzionamento dei rispettivi sistemi di controllo interno.

Soluzioni organizzative di questo genere possono conservare la loro validità anche con riferimento alle esigenze poste dal Modello (di ciascuna società) delineato dal D.Lgs 231/2001, purché siano rispettate le seguenti condizioni:

- a) in ogni società controllata deve essere istituito l'Organismo di Vigilanza *ex art. 6, co. 1, lett.*
- b), con tutte le relative attribuzioni di competenze e responsabilità, fatta salva la possibilità di attribuire questa funzione direttamente all'organo dirigente della controllata, se di piccole dimensioni, così come espressamente previsto dall'*art. 6, co. 4, D.Lgs 231/2001*;
- b) l'Organismo della controllata potrà avvalersi, nell'espletamento del compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza del Modello autonomo e proprio della stessa società controllata, delle risorse allocate presso l'analogo Organismo della Capogruppo, sulla base di un predefinito rapporto contrattuale con la stessa;
- c) i dipendenti e collaboratori della Capogruppo (e quindi in senso lato del relativo OdV) nella effettuazione di controlli presso le società del gruppo, assumono nella sostanza la veste di 'consulenti esterni' che svolgono la loro attività nell'interesse della controllata stessa,

riportando le informazioni raccolte all'Organismo di Vigilanza di quest'ultima, con i vincoli di riservatezza propri del consulente esterno.

Una soluzione organizzativa di questo tipo potrebbe, invece, risultare inadeguata nei gruppi con controllate quotate (per le quali il T.U.F. già prevede l'esistenza del preposto ai controlli interni) o di grandi dimensioni; ciò a causa della complessità che in queste realtà inevitabilmente assume il Modello previsto dal D.Lgs 231/2001 e, conseguentemente, l'attività di vigilanza sulla sua effettiva efficacia.

L'ingente mole di controlli da svolgere costantemente su tutta l'organizzazione e la frequente necessità di adeguamento del Modello in occasione di ristrutturazioni interne, inducono a ritenere indispensabile l'istituzione, nelle società controllate di questo tipo, di un Organismo di Vigilanza dotato di risorse adeguate, fatta sempre salva la possibilità di 'commissionare' verifiche a forte contenuto specialistico sul funzionamento del Modello a figure professionali esterne, siano esse appartenenti a società di consulenza o all'omologo Organismo della Capogruppo.

Nel concreto, comunque, le soluzioni al problema del migliore assetto organizzativo delle funzioni di controllo e, quindi, dell'Organismo *ex* D.Lgs 231/2001 nell'ambito dei gruppi, possono essere diverse e rimesse, nei limiti delle disposizioni normative esistenti, alla specificità del gruppo.

Infine, sempre in tema di gruppi di imprese, un cenno specifico meritano le problematiche relative ai gruppi di imprese in cui la capogruppo sia una società di diritto straniero e che, a loro volta, si qualificano ai fini del diritto italiano come soggetti alla normativa del D.Lgs 231/2001: negli stessi, peraltro, le affiliate possono a volte essere esse stesse capogruppo in Italia (in quanto, ad esempio per settori di business diversi, siano previsti gruppi societari anche a livello nazionale).

Tali gruppi di imprese multinazionali presenti ed operanti sul territorio italiano - specie se di matrice statunitense - sono già da tempo tenuti al rispetto di codici di condotta e di procedure interne di controllo dell'attività e della gestione da parte della controllante estera. In questo caso, occorre precisare che, laddove il Modello di Organizzazione, gestione e controllo già attuato dalla controllante ai sensi di pratiche e norme straniere risponda altresì ai requisiti previsti dal D.Lgs 231/2001, esso può ritenersi valido.

Secondo il Prof. Avv. Paolo Montalenti, nei gruppi è necessaria “...*la previsione di procedure di raccordo tra OdV delle capogruppo e OdV delle controllate. Per le società di gruppi di minori dimensioni possono anche contemplarsi organi monocratici, eventualmente composti dal medesimo soggetto, ma un'articolazione di gruppo – così come avviene per gli organi societari di controllo – pare necessaria per impedire possibili rimproveri di inidoneità del Modello per un eccesso di*

concentrazione di poteri che aumenta i rischi di ‘cattura’ dei controllori e di default nei controlli...”⁵⁴.

⁵⁴ Prof. Avv. Paolo Montalenti, opera citata.

6. PROFILI PENALI DELLA RESPONSABILITÀ DELL'OdV

Fermo restando il generale dovere di vigilanza sull'attuazione e sul funzionamento del Modello dell'Organismo e l'impossibilità per l'ente di beneficiare dell'esonero dalla responsabilità nel caso in cui sia stata omessa tale specifica vigilanza da parte dello stesso Organismo, sembra opportuno effettuare alcune considerazioni relative all'eventuale insorgere di una responsabilità penale in capo all'Organismo di Vigilanza in caso di commissione di illeciti da parte dell'ente a seguito del mancato esercizio del potere di vigilanza.

La fonte di detta responsabilità potrebbe essere individuata nell'art. 40, co. 2, cod. penale e, dunque, nel principio in base al quale 'non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo'. Sulla base di questa impostazione, l'Organismo di Vigilanza potrebbe risultare punibile a titolo di concorso omissivo nei reati-presupposto commessi dai soggetti di cui all'art. 5, lett. a e b. del D.Lgs 231/2001 nell'interesse o a vantaggio dell'ente, a seguito del mancato esercizio del potere di controllo sull'agire 'illecito' di detti soggetti.

Al riguardo, però, è opportuno tenere presente che l'obbligo di vigilanza sull'attuazione e sul funzionamento del Modello – obbligo appunto incumbente sull'Organismo di Vigilanza - non comporta di per sé l'obbligo di impedire il reato-presupposto: esso, con la responsabilità penale che ne deriva ai sensi del citato art. 40, co. 2, cod. penale⁵⁵, sussiste solo quando il destinatario è posto nella posizione di garante del bene giuridico protetto.

Dalla lettura complessiva delle disposizioni che disciplinano l'attività e gli obblighi dell'Organismo di Vigilanza si evince che ad esso siano devoluti compiti di controllo non in ordine alla realizzazione dei reati, ma al funzionamento, alla potenzialità preventiva, alla tenuta ed all'osservanza del Modello da parte dei destinatari dello stesso, curandone, altresì, l'aggiornamento e l'eventuale adeguamento ove vi siano modificazioni degli assetti aziendali di riferimento, non competendo però appunto ai *compliance officers* funzioni operative effettive o potenzialità concrete 'di contrasto' circa la realizzazione dei reati-presupposto alle quali possano ricollegarsi poteri di intervento tali da fondare una posizione di garanzia e da consentire ai componenti del medesimo di disporre di un reale potere di ingerenza-interferenza nella condotta criminosa altrui.

A differenza di altri organi sociali⁵⁶, i compiti dell'Organismo si caratterizzano per una sostanziale assenza di poteri impeditivi, non ultimo evidenziandosi come l'Organismo non possa neppure

⁵⁵ Art. 40 Codice Penale, Rapporto di causalità: "...Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento (1) dannoso (2) o pericoloso, da cui dipende la esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione od omissione (3). Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo..."

⁵⁶ Cfr. Sentenza Corte di Cassazione, II sezione penale n.20515 del 15 maggio 2009: "...i sindaci debbono rispondere a titolo di concorso commissivo ed omissivo, in quanto titolari di una funzione di controllo, e, in tale qualità devono

modificare, di propria iniziativa, i modelli esistenti, assolvendo, invece, un compito consultivo della Direzione aziendale/Organi delegati cui compete il potere di modificare i modelli.

Tale situazione non muta con riferimento ai delitti colposi realizzati con violazione delle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro. Anche in questo caso l'Organismo di Vigilanza non ha obblighi di controllo dell'attività, ma doveri di verifica della idoneità e sufficienza dei Modelli organizzativi a prevenire i reati.

Giova infine rilevare che laddove il Modello Organizzativo non esista o comunque non sia stato adottato in maniera efficace, configurandosi come un'entità meramente fittizia, e, come tale, inidonea a creare obblighi in capo a coloro che sono tenuti a vigilare sul suo rispetto, non sussisterebbe alcun profilo di responsabilità dell'Organismo di Vigilanza.⁵⁷

Da notare l'opinione del Dr. Ciro Santoriello, sostituto procuratore della repubblica di Pinerolo, in tema di responsabilità penale dell'OdV connessa ai reati previsti dal Testo Unico sulla sicurezza, secondo il quale in base al combinato disposto di cui agli artt. 25-septies D.Lgs 231/2001, 589 e 590 c.p., 30 D.Lgs 81/2008 *"...i componenti dell'Organismo di Vigilanza devono operare per garantire e controllare il corretto funzionamento del modello societario di organizzazione e gestione per la prevenzione dei rischi contro la salute e la sicurezza nei luoghi di lavoro: tuttavia, se non adempiono a tale obblighi e si verifica un infortunio a carico di uno dei dipendenti dell'impresa, nei loro confronti può maturare una ipotesi di responsabilità civile nei confronti dell'ente collettivo nel cui ambito operano, ma nessuna contestazione di violazione delle previsioni penali di cui agli artt. 589 e 590 c.p. può essere loro mossa..."*⁵⁸.

Chiaramente la circostanza che i componenti dell'Organismo di Vigilanza non rivestano la qualifica soggettiva richiesta dalle singole fattispecie penali come individuate da ciascun reato-presupposto, non esclude che costoro possano concorrere nel reato commesso dagli amministratori e/o dai dirigenti dell'ente/società, quando abbiano intenzionalmente favorito la condotta delittuosa di questi ultimi. In tali casi, infatti, il/i componente dell'Organismo di Vigilanza, pur non rivestendo la qualifica soggettiva richiesta dalle singole fattispecie penali, coopera fattivamente nell'azione criminosa con altro soggetto che risulta titolare di quella qualifica giuridica e dunque partecipa, in

ritenersi obbligati *ex lege* a impedire la commissione di un reato secondo l'espressa previsione dell'art. 40, 2°co. Codice Penale. Né dubbi possono sussistere in ordine all'ammissibilità astratta del concorso di un componente del collegio sindacale con l'amministratore di una società: la struttura unitaria del reato trae origine dal concorso materiale o morale, non preclude, ma consente di considerare l'*extraneus* compartecipe nel reato proprio..."

⁵⁷Responsabilità e D.Lgs 231/2001, banca dati Dossier LEX 24, Aggiornamento: marzo 2008 www.lex24.ilsole24ore.com.

⁵⁸La responsabilità dei componenti dell'Organismo di Vigilanza, in Rivista 231, n. 2/2009, Avv. Alessandro Baudino e Dr. Ciro Santoriello, Sostituto Procuratore della Repubblica di Pinerolo.

qualità di cosiddetto *extraneus*, alla violazione dei precetti di cui agli artt. 317 ss. c.p. e di tali reati dovrà rispondere.⁵⁹

Ed in effetti, il D.Lgs 231/2001 non attribuisce all'Organismo di Vigilanza poteri di intervento impeditivi nei confronti di comportamenti irregolari o illeciti e poteri disciplinari e sanzionatori diretti, che presuppongono l'esercizio di un'autorità sui comportamenti altrui all'interno e all'esterno dell'impresa, ma si limita ad indicare le modalità organizzative e le condizioni in presenza delle quali la società può andare esente da responsabilità amministrativa, nel caso di commissione di un reato presupposto da parte di un suo amministratore o dirigente.

Va dunque ribadito che l'Organismo di Vigilanza non ha alcun compito di impedire i reati, ma quello di concorrere a realizzare i presupposti per la sussistenza della condizione esimente di cui all'art.6 D.Lgs 231/2001: prima con la sua nomina e quindi con il monitoraggio circa l'adeguatezza, il funzionamento, l'osservanza e l'aggiornamento del Modello di cui è sostanzialmente parte integrante⁶⁰.

In sintesi: l'omessa o la carente vigilanza sul modello da parte dell'organismo di vigilanza, pertanto, se, come già affermato, determinerà l'impossibilità per l'ente di beneficiare dell'esonero da responsabilità alla stregua del diritto punitivo degli enti, non renderà comunque punibili i suoi componenti a titolo di concorso omissivo nel delitto presupposto.

A nostro parere non può mutare tale assetto neppure la disciplina delineata dal D.Lgs 21 novembre 2007, n. 231 e succ. mod. in materia di prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio. Infatti, se anche l'art. 52, 1° comma, di detto testo normativo investe l'organismo di vigilanza degli enti rientranti nell'applicabilità del decreto operativo dell'obbligo di vigilare sull'osservanza delle disposizioni nello stesso contenute, ciò non sembra comportare la creazione di una posizione di garanzia (del tipo di controllo) dell'impedimento dell'altrui attività criminosa in riferimento alle ipotesi previste dal decreto antiriciclaggio, poiché detto obbligo andrà sempre considerato e valutato nel contesto generale (di cui all'art. 6 D.Lgs 231/2001) dei poteri/doveri che connotano la figura operativa dell'organismo di vigilanza, nel quadro del rapporto modello-controllo del rispetto delle regole dello stesso appunto ascrivibile all'organismo di cui è causa.

Avvalorata questa considerazione proprio il dato normativo e specificamente l'asserzione che i differenti organi di controllo indicati nell'art. 52, 1° comma vigilano sull'osservanza delle norme *“ciascuno nell'ambito delle proprie attribuzioni e competenze”*. Che appunto per i componenti dell'OdV consistono nel 'seguire' il Modello nell'ambito dell'antiriciclaggio. E non altro!

⁵⁹ Le violazioni delle norme antinfortunistiche e reati commessi nell'interesse o a vantaggio della società, in Rivista 231, n. 1/2008, p. 161, Dr. Ciro Santoriello, Sostituto Procuratore della Repubblica di Pinerolo.

⁶⁰ Convegno AODV 231, 20.05.2009, Milano Circolo della Stampa, relazione del Prof. Avv. Alessio Lanzi, Ordinario Diritto penale, Università degli Studi Milano-Bicocca.

Ferma restando l'ipotesi omissiva propria penalmente rilevante che è ascrivibile all'organismo di vigilanza (comunque sempre e soltanto degli enti rientranti nell'applicabilità del decreto medesimo) a seguito del combinato disposto degli artt. 52, 2° comma⁶¹, e 55, 5° comma, D.Lgs 231/07⁶², posto che il testo unico antiriciclaggio elenca una (nutrita) serie di specifici adempimenti in punto comunicazioni, l'inottemperanza ai quali costituisce appunto ipotesi omissiva propria.

⁶¹ Art.52 D.Lgs 231/2007 : "...1. Fermo restando quanto disposto dal codice civile e da leggi speciali, il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza, il comitato di controllo di gestione, l'organismo di vigilanza di cui all'articolo 6, comma 1, lettera b), del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, e tutti i soggetti incaricati del controllo di gestione comunque denominati presso i soggetti destinatari del presente decreto vigilano sull'osservanza delle norme in esso contenute.

2. Gli organi e i soggetti di cui al comma 1:

- a) comunicano, senza ritardo, alle autorità di vigilanza di settore tutti gli atti o i fatti di cui vengono a conoscenza nell'esercizio dei propri compiti, che possano costituire una violazione delle disposizioni emanate ai sensi dell'articolo 7, comma 2;
- b) comunicano, senza ritardo, al titolare dell'attività o al legale rappresentante o a un suo delegato, le infrazioni alle disposizioni di cui all'articolo 41 di cui hanno notizia;
- c) comunicano, entro trenta giorni, al Ministero dell'economia e delle finanze le infrazioni alle disposizioni di cui all'articolo 49, commi 1, 5, 6, 7, 12,13 e 14 e all'articolo 50 di cui hanno notizia;
- d) comunicano, entro trenta giorni, alla UIF le infrazioni alle disposizioni contenute nell'articolo 36 di cui hanno notizia..."

⁶² Art.55 D.Lgs 231/2007 5°comma, "...Chi, essendovi tenuto, omette di effettuare la comunicazione di cui all'articolo 52, comma 2, e' punito con la reclusione fino ad un anno e con la multa da 100 a 1.000 euro..."

7. PROFILI CIVILI DELLA RESPONSABILITÀ DELL'OdV

Nel nuovo quadro normativo già richiamato, gli artt. 2381 e 2403 c.c. (come riformulati dal D.Lgs 6/2003 di riforma del diritto societario) hanno creato, in sostanza, la saldatura tra il sistema della responsabilità esterna (e cioè della società nei confronti del mondo esterno, per i reati commessi dai suoi amministratori) ed il sistema della responsabilità interna (degli amministratori nei confronti della società e degli altri soggetti danneggiati dai predetti comportamenti). E' infatti incontestabile che l'applicazione di una sanzione conseguente all'accertamento di una responsabilità dell'ente, in caso di commissione di uno dei reati presupposto previsti dal D.Lgs 231/2001, costituisce una lesione degli interessi della società e dei soci (e, potenzialmente, anche dei creditori sociali e dei terzi, nel caso in cui, per esempio, la società sia sottoposta a pene interdittive dell'attività, o addirittura alla liquidazione coattiva). Ne consegue che l'applicazione della sanzione comporterà la necessità di valutare se il danno derivato alla società (nonché ai soci, ai creditori, ecc...) sia imputabile (sotto il profilo causale) ad un inadempimento, da parte degli amministratori e dei sindaci, ai doveri di controllo loro attribuiti dagli artt. 2381 e 2403 c.c. sopra richiamati: si tratterà cioè di valutare se il danno sia conseguente ad una carente ed errata valutazione in ordine all'adeguatezza ed all'efficienza del sistema organizzativo adottato ed alla sua idoneità a consentire l'esonero dell'ente dalle responsabilità per gli illeciti commessi dai suoi dirigenti o dai loro sottoposti. E, ove siano ravvisabili carenze od errori di valutazione, sarà giustificabile la proposizione di azione di responsabilità nei confronti degli amministratori e dei sindaci che, violando i loro obblighi di controllo, abbiano omesso di adottare le misure che avrebbero consentito di evitare il danno^{63 64}.

In questo contesto va collocata la disciplina della responsabilità civile dell'OdV.

E' infatti opinione maggioritaria⁶⁵ che l'ente condannato *ex* D.Lgs 231/2001 per responsabilità 'da reato' possa esperire azioni civili intese a conseguire, da coloro che ne hanno creato i presupposti, il risarcimento del danno economico conseguente alla condanna; fra questi soggetti, oltre agli amministratori, i sindaci e gli altri organi sociali deputati alla gestione ed al controllo, si può

⁶³ Avv. Alessandro Baudino e Dr. Ciro Santoriello, opera citata.

⁶⁴ In questo senso: M. ARENA, G. CASSANO, La responsabilità da reato degli enti collettivi, Milano 2007, p. 212. Nello stesso senso: D. GALLETTI, I Modelli organizzativi nel D.Lgs. 231 del 2001: le implicazioni per la corporate governance, in Giur. Comm., 1-2006, p. 126, per il quale "può seriamente prospettarsi l'eventualità che la mancata adozione di un Modello, specialmente nel quadro di un'organizzazione imprenditoriale particolarmente esposta al rischio di incorrere nella stigmatizzazione penalistica rilevante ai sensi del Decreto, possa concretizzare responsabilità soprattutto per gli amministratori delegati, i quali sono onerati *ex* art. 2381, comma 5, c.c. di curare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo ed amministrativo alla natura ed alle dimensioni dell'impresa, ma anche per l'organo gestorio nel suo complesso, chiamato a valutare in seconda battuta tale adeguatezza ai sensi dell'art. 2381, comma 3". BARTOLOMUCCI, Amministratore diligente e facoltativa adozione del *compliance program ex* D.Lgs 231/2001 da parte dell'ente collettivo, in *Le Società*, 12-2008, p. 1508.

⁶⁵ Fra gli altri vedasi Unione Fiduciaria Spa (società fiduciaria e di servizi delle banche popolari italiane), Roma 15 ottobre 2008.

annoverare l'Organismo di Vigilanza qualora sia provato che lo stesso non ha vigilato in modo diligente sul funzionamento e sull'osservanza del Modello di Organizzazione e gestione.

Dunque anche all'infuori dei casi di dolo e di colpa grave, può sussistere una responsabilità civile dell'Organismo di Vigilanza per condotta omissiva o comunque non diligente.

La natura delle obbligazioni dei componenti dell'Organismo di Vigilanza va individuata nell'ambito della qualificazione delle prestazioni dedotte in contratto e ricondotta alla fattispecie dell'obbligazione di mezzi (e non come obbligazione di risultato). Dal dettato normativo emerge infatti in modo assolutamente chiaro ed inequivocabile che l'Organismo di Vigilanza non è tenuto a garantire un risultato utile, consistente nell'impedire che, attraverso la vigilanza sul funzionamento, l'osservanza e l'aggiornamento del Modello, gli amministratori ed i loro sottoposti commettano illeciti; né l'OdV è tenuto a garantire (come risultato atteso) che il Modello Organizzativo, sul cui funzionamento, osservanza ed aggiornamento l'Organismo deve vigilare, regga alle censure del Tribunale. Da ciò consegue che la responsabilità dei componenti dell'OdV è di tipo schiettamente contrattuale essendo *-per relationem-* il contratto rappresentato dal Modello; da quanto precede si può quindi rilevare:

- che l'unico soggetto deputato ad esperire l'eventuale azione di risarcimento danni per responsabilità civile dei componenti dell'OdV è l'ente/società: solo quest'ultimo ha infatti la legittimazione attiva ad esercitare l'azione di inadempimento e risarcimento danni nei confronti dei componenti dell'OdV, in quanto creditore della prestazione (di vigilanza) in base al rapporto contrattuale di affidamento del relativo incarico;
- la non configurabilità di una responsabilità extracontrattuale verso i terzi in genere, ivi inclusi i creditori.⁶⁶

Sotto altro aspetto è importante segnalare che anche l'omessa predisposizione di un adeguato Modello Organizzativo e gestorio è stata recentemente ritenuta un valido presupposto per la condanna dell'amministratore di società a risarcire *"...dei danni da quest'ultima subiti in connessione con l'omessa adozione di un adeguato Modello Organizzativo ..."*⁶⁷.

L'argomento è ripreso anche dal Prof. Avv. Paolo Montalenti che evidenzia sul punto come *"...l'art. 2381 impone agli amministratori di dotare la società di assetti organizzativi adeguati: là*

⁶⁶ A. SCAFIDI, S. ANNOVAZZI, in Rivista 231, n. 3-2007, pp. 111 ss., 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, parte 2. Nello stesso senso vedasi, Convegno AODV²³¹, 20.05.2009, Milano Circolo della Stampa, relazione del Prof. Gaetano Presti, Ordinario di diritto commerciale, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

⁶⁷ Vedasi sentenza del Tribunale di Milano sezione 8° civile - (udienza 13 febbraio 2008) n. 1774, responsabilità concorrente dell'amministratore per omessa predisposizione di un adeguato modello organizzativo e gestorio ai sensi del D.Lgs 231/2001.

*dove il rischio da reato, e quindi il rischio di sanzione per la società, non sia insignificante, la mancata predisposizione del Modello costituisce anche un inadempimento agli obblighi degli amministratori di predisporre assetti organizzativi adeguati...”*⁶⁸

⁶⁸ Prof. Avv. Paolo Montalenti, opera citata.

8. TUTELA DEI COMPONENTI DELL'OdV

Circa il delicato profilo della tutela dei componenti dell'Organismo di Vigilanza contro le responsabilità derivanti dallo svolgimento di tali funzioni, il sistema di controlli proposto ed illustrato nei paragrafi precedenti può presentare alcune lacune. La pratica aziendalistica insegna infatti che un sistema efficiente di gestione dei rischi (quale appunto quello che il legislatore mirava ad attuare con la disciplina introdotta dal D.Lgs 231/2001 e dal D.Lgs 6/2003 di riforma del diritto societario) presuppone che anche il margine di rischio che sfugge al controllo possa essere gestito, ricorrendo al rimedio assicurativo⁶⁹. In merito si rileva che mentre la prassi conosce ed impiega una vasta gamma di polizze volte ad assicurare la responsabilità di amministratori, sindaci e revisori legali, a tutt'oggi sono molto limitati sia i casi di inserimento nelle normali polizze di RC professionale dei rischi derivanti dall'incarico di componente dell'Organismo di Vigilanza sia di specifici prodotti assicurativi volti a coprire in via esclusiva i suddetti rischi.

Peraltro, le riflessioni e gli approfondimenti svolti in precedenza sub 6 e 7, hanno consentito di ricostruire la responsabilità dei componenti dell'OdV nell'ambito della responsabilità professionale, individuandone i confini.

D'altra parte si è già avuto modo di osservare come il fatto che il D.Lgs 231/2001 non attribuisca all'Organismo di Vigilanza una posizione di garanzia né conferisca poteri di intervento ai fini della prevenzione/ impedimento di comportamenti irregolari o illeciti da parte degli amministratori o degli altri destinatari del Modello, ma si limiti ad indicare le modalità organizzative e le condizioni in presenza delle quali la società può andare esente da responsabilità amministrativa, consente di affermare che il perimetro dei danni risarcibili è molto più ristretto di quello entro il quale sono chiamati a rispondere i componenti dell'organo amministrativo e dell'organo di controllo: nel senso che tale perimetro risulta circoscritto al solo pregiudizio subito dall'ente a seguito delle sanzioni (pecuniarie ed interdittive) applicate di fronte alla commissione del reato presupposto: poiché solo tale pregiudizio si pone in correlazione causale immediata e diretta con inadempimento.

A ciò aggiungasi che tale responsabilità non potrà mai essere attribuita su basi puramente oggettive, ma dovrà essere fondata, da un lato, sull'accertamento di un inadempimento (consistente in una violazione dell'obbligo di diligenza nello svolgimento delle funzioni di vigilanza di cui i componenti dell'Organismo di Vigilanza sono contrattualmente investiti), e d'altro lato sull'accertamento della sussistenza di un nesso di correlazione causale tra l'inadempimento ed il danno.

⁶⁹ Avv. Alessandro Baudino e Dr. Ciro Santoriello, opera citata.

Inoltre, la responsabilità dei componenti dell'Organismo di Vigilanza non potrà mai essere affermata sulla base di una valutazione di inadeguatezza o di inefficacia del Modello Organizzativo effettuata nel giudizio penale, ma potrà essere accertata e dichiarata solo all'esito di un giudizio civile promosso dall'ente nei loro confronti, e sempreché in tale giudizio l'ente dia la prova dell'inadempimento dei componenti dell'Organismo di Vigilanza ai loro obblighi e della sussistenza del nesso di consequenzialità causale tra l'inadempimento ed il danno (consistente, quest'ultimo, nella sanzione applicata dal giudice penale).

Alla luce delle considerazioni che precedono sembra pertanto ragionevole concludere che, sebbene ai componenti dell'Organismo di Vigilanza sia imposto un elevato grado di diligenza nell'esecuzione della prestazione (in ragione della natura professionale dell'incarico), nella pratica la dimostrazione dell'inadempimento (e cioè della violazione dell'obbligo di diligenza) e della sua correlazione causale con il danno non saranno così agevoli. Con la conseguenza che le ipotesi di attribuzione di una responsabilità risarcitoria in capo ai componenti dell'Organismo di Vigilanza dovrebbero rimanere necessariamente (e ragionevolmente) circoscritte ai soli casi in cui siano accertate gravi negligenze, e a tali negligenze si possano ragionevolmente imputare l'inadeguatezza o la mancata attuazione del Modello Organizzativo.

Ciononostante, si è già rilevato come, ad oggi, le compagnie assicurative non offrano prodotti specifici volti ad assicurare la responsabilità dei componenti dell'Organo di Vigilanza.

Dunque nel caso in cui le funzioni di Organismo di Vigilanza siano affidate a soggetti legati alla società/ente da un rapporto di lavoro subordinato ovvero siano affidati a consulenti esterni, legati all'ente da un rapporto di prestazione d'opera professionale⁷⁰, poiché il rischio derivante da tale attività non rientra normalmente nella descrizione dei rischi assicurati contenuta nelle consuete polizze di assicurazione della responsabilità professionale e della responsabilità dei lavoratori autonomi e subordinati, la soluzione oggi preferibile pare essere quella di ricorrere alla stipulazione di una polizza D&O⁷¹, integrata - nelle condizioni particolari - con l'inclusione della copertura dei rischi derivanti dalla funzione di componente dell'Organismo di Vigilanza⁷².

In ogni caso si suggerisce ai professionisti componenti di OdV di valutare l'inserimento nella propria RC professionale dei rischi derivanti dai suddetti incarichi con una clausola del tipo : *'...la compagnia si obbliga a tenere indenne l'assicurato di quanto questi sia tenuto a pagare, quale*

⁷⁰ In merito si rileva che il comma 4 dell'art. 6 D.Lgs 231/2001 stabilisce che negli enti di piccole dimensioni le funzioni di vigilanza possono essere svolte dall'*organo dirigente*: e quindi, secondo l'orientamento preferibile, da un componente dell'organo amministrativo collegiale, investito di una specifica delega delle funzioni di controllo. Ne consegue che, in questo caso, le responsabilità dell'amministratore investito di funzioni di Organismo di Vigilanza ai sensi D.Lgs 231/2001 rientreranno a pieno titolo nella copertura assicurativa della polizza D&O eventualmente stipulata dalla società/ente senza che -ad avviso degli autori citati alla successiva nota 73- l'assunzione di tale carica costituisca una variazione del profilo di rischio e richieda una specifica comunicazione alla Compagnia da parte di chi già disponga di una tale polizza.

⁷¹ *Director's and Officer's*

⁷² Avv. Alessandro Baudino e Dr. Ciro Santoriello anticipazioni n. 2 Rivista 231, aprile - giugno 2011.

civilmente responsabile a sensi di Legge, a titolo di risarcimento (capitali, interessi e spese), per danni involontariamente cagionati a terzi, in conseguenza di un comportamento colposo, cioè qualsiasi atto od omissione, errore, imperizia, negligenza o imprudenza commessi dall'assicurato stesso nello svolgimento dell'attività di componente dell'Organismo di Vigilanza di cui all'art. 6, l^aco. lett.b, D.Lgs 231/2001, nonché per spese legali e costi di difesa...'.⁷³

⁷³ Fonte: Convenzione fra l'Associazione dei componenti dell'Organismo di Vigilanza ex D.Lgs 231/2001 -AODV ²³¹ e Zurich Insurance plc.

9. SULLA COMPATIBILITÀ DEL COLLEGIO SINDACALE QUALE ORGANISMO DI VIGILANZA

Questo tema ha da sempre visto contrapporsi due tesi, ovviamente una positiva e l'altra negativa, in relazione alla possibilità che il Collegio Sindacale potesse, nella sua totalità, essere investito dell'ulteriore funzione di controllo propria dell'Organismo di Vigilanza ex D.Lgs 231/2001, mentre, in ordine alla possibilità che i singoli componenti del collegio sindacale⁷⁴ potessero far parte dell'OdV, è stato evidenziato nei precedenti capitoli che nulla sembra impedire ai sindaci l'assunzione di tali incarichi, in considerazione del fatto che il sindaco è soggetto in possesso *ex lege* dei requisiti di onorabilità e professionalità richiesti ai componenti dell'OdV dai codici di comportamento redatti, a 'sensi di legge', dalle associazioni di categoria. Sul punto le Linee Guida di Confindustria rilevano che in caso di composizione plurisoggettiva dell'OdV, ove "*...in esso vengano a concentrarsi tutte le diverse competenze professionali che concorrono al controllo della gestione sociale nel tradizionale modello di governo societario (es. un amministratore non esecutivo o indipendente membro del comitato per il controllo interno; un componente del Collegio sindacale...)*", l'esistenza dei suddetti requisiti è assicurata, anche in assenza di ulteriori indicazioni, dalle caratteristiche personali e professionali richieste dall'ordinamento per tali soggetti.⁷⁵

Da segnalare sul punto la già citata posizione del Prof. Avv. Paolo Montalenti che rileva "*...quanto alla composizione è da preferirsi, a mio avviso, la composizione mista di interni (amministratore indipendente o sindaco o responsabile del controllo interno) e di esterni (consulenti)... (omissis)*".

Secondo l'opinione prevalente l'indipendenza deve essere caratteristica dell'Organismo nel suo complesso, non necessariamente di ogni suo componente, come qualcuno ha sostenuto.

*"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)..."*⁷⁶

Tornando invece al punto più controverso, è da evidenziare l'opinione contraria del Prof. Dott. Massimo Boidi che sostiene la compatibilità dell'attribuzione della funzione di Organismo di Vigilanza al Collegio Sindacale nel suo complesso⁷⁷; tale tesi è risultata minoritaria sino

⁷⁴ Vedasi sul punto l'intervento del Prof. Dott. Massimo Boidi al Convegno ODCEC di Torino citato.

⁷⁵ Confindustria, opera citata.

⁷⁶ Prof. Avv. Paolo Montalenti, opera citata.

⁷⁷ Vedasi sul punto l'intervento del Prof. Dott. Massimo Boidi al Convegno ODCEC di Torino citato.

all'emanazione, da parte del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, in data 15 dicembre 2010 e con decorrenza 1 gennaio 2011, delle *'Norme di Comportamento del Collegio Sindacale'*, le quali, al punto 5.5, trattano espressamente dei *'Rapporti con l'Organismo di Vigilanza'*, così argomentando:

Criteri applicativi

“In presenza dell'Organismo di Vigilanza e nel caso in cui esso non sia formato in tutto o in parte da componenti del collegio sindacale, il collegio sindacale acquisisce informazioni al fine di verificare gli aspetti inerenti all'autonomia, all'indipendenza e alla professionalità necessarie per svolgere efficacemente l'attività ad esso assegnata. Il collegio sindacale deve quindi acquisire dall'Organismo le informazioni relative al Modello Organizzativo adottato dalla società ed al suo funzionamento per valutare l'operatività dell'Organismo di Vigilanza e la congruità delle valutazioni e l'adeguatezza delle indicazioni da quest'ultimo adottate. Il collegio sindacale può stabilire con l'Organismo di Vigilanza termini e modalità per lo scambio di informazioni rilevanti concordando, eventualmente, un programma di incontri nel corso dell'anno.

Nel caso in cui, viceversa, la società non abbia fatto tale scelta è comunque opportuno che il collegio sindacale solleciti una adeguata riflessione in merito.

E' opportuno altresì che il Modello Organizzativo preveda obblighi di informazione del collegio sindacale nei confronti dell'Organismo di Vigilanza, nonché modalità di informazione, da parte dell'Organismo di Vigilanza, verso gli organi dirigenti e di controllo dell'ente in merito all'adeguatezza del Modello ed alla sua efficace attuazione”.

Commento

“Nelle società che abbiano adottato un Modello Organizzativo per la prevenzione dei reati ai sensi del D.Lgs 231/2001, l'Organismo di Vigilanza a tal fine istituito costituisce un interlocutore di primaria importanza per il collegio sindacale. Ciò in quanto il Modello Organizzativo, soggetto alle attività di verifica di detto Organismo di Vigilanza, è parte del sistema di controllo interno di cui il collegio sindacale valuta l'adeguatezza.

La necessità che il collegio sindacale verifichi la corretta adozione del Modello Organizzativo e l'effettiva operatività dell'Organismo di Vigilanza è determinata, fra l'altro, dalla severità del sistema sanzionatorio previsto dal D.Lgs 231/2001 che, con diverse misure, potrebbe compromettere le prospettive di continuità aziendale.

Nel caso in cui l'Organismo di Vigilanza sia costituito in tutto o in parte dai membri del collegio sindacale tale flusso informativo acquisisce, evidentemente, migliore diffusione e maggiore tempestività”.

Si deve quindi favorevolmente prendere atto che secondo il CNDCEC il Collegio Sindacale possa, con tutti i distinguo del caso, come vedremo in seguito, fungere anche da Organismo di Vigilanza, partendo dal presupposto di base che il Collegio Sindacale, ai soli fini del D.Lgs 231/2001, non deve essere considerato tra i soggetti in posizione apicale e, come tale, non può essere annoverato tra i soggetti attivi nella commissione dei reati previsti dal Decreto in esame.

Si è già avuto modo di rilevare in precedenza, in specie sub.2.1, che tale affermazione si desume con chiarezza dalla Relazione ministeriale al decreto, che esclude il Collegio Sindacale dal novero dei soggetti in posizione apicale, e che quindi consentirebbe tale possibilità.

Al punto 3.2 del citato documento è dato infatti testualmente leggere:

“...Si osserva innanzitutto che la lettera e) dell’art.11, comma 1, richiama i soli reati commessi (dalle persone fisiche) a vantaggio o nell’interesse dell’ente. La formula è stata testualmente riprodotta, e costituisce appunto l’espressione normativa del citato rapporto di immedesimazione organica. E’ appena il caso di aggiungere che il richiamo all’interesse dell’ente caratterizza in senso marcatamente soggettivo la condotta delittuosa della persona fisica e che ‘si accontenta’ di una verifica ‘ex ante’; viceversa, il vantaggio, che può essere tratto dall’ente anche quando la persona non abbia agito nel suo interesse, richiede sempre una verifica ‘ex post’.

Quanto alle categorie di persone che vengono in rilievo, l’articolato riprende la distinzione tra soggetti in posizione apicale (lett. a) e soggetti in posizione subordinata (lett.b), apportando poche modifiche rispetto alla delega. Come si avrà modo di sottolineare in seguito, la distinzione riverbera effetti di non poco momento sul complessivo assetto di disciplina.

Let. a). L’utilizzazione di una formula elastica è stata preferita ad una elencazione tassativa di soggetti, difficilmente praticabile, vista l’eterogeneità degli enti e quindi delle situazioni di riferimento (quanto a dimensioni e natura giuridica), e dota la disciplina di una connotazione oggettivo- funzionale; ciò vale sia in relazione all’ipotesi in cui la funzione apicale sia rivestita in via formale (prima parte della lettera a), sia in rapporto all’ ‘esercizio anche di fatto’ delle funzioni medesime (seconda parte della lettera a). A questo proposito, si noti che, ricalcando testualmente la delega, tale locuzione è stata riconnessa alle funzioni di gestione e controllo; esse devono dunque concorrere ed assommarsi nel medesimo soggetto, il quale deve esercitare pertanto un vero e proprio dominio sull’ente. Resta perciò escluso dall’orbita della disposizione l’esercizio di una funzione di controllo assimilabile a quella svolta dai sindaci. Costoro non figurano nel novero dei soggetti che, formalmente investiti di una posizione apicale, possono commettere illeciti che incardinano la responsabilità dell’ente: a maggior ragione, quindi, non è pensabile riferire una responsabilità all’ente per illeciti relativi allo svolgimento di una funzione, che si risolve in un controllo sindacale di fatto (ciò a tacere dei dubbi che sussistono in ordine alla stessa configurabilità di una simile forma di controllo). In definitiva, la locuzione riportata nello schema

di decreto legislativo è da proiettare solo verso quei soggetti che esercitano un penetrante dominio sull'ente (è il caso del socio non amministratore, ma detentore della quasi totalità delle azioni, che detta dall'esterno le linee della politica aziendale e il compimento di determinate operazioni). Un'interpretazione difforme si sarebbe scontrata contro un eccesso di indeterminatezza della nozione di controllo di fatto”.

Si può ipotizzare che le contrarie opinioni, sia in dottrina che in giurisprudenza, non abbiano tenuto in debito conto questo importante passaggio, per cui nel corso degli anni si sia cristallizzato, come visto non correttamente, tale negativo orientamento.

Il Collegio Sindacale è quindi in possesso, per effetto dei requisiti di tutti i suoi componenti, delle caratteristiche per poter utilmente svolgere tale ulteriore funzione di controllo, che possiamo quindi così sintetizzare:

- in caso di composizione monosoggettiva dell'OdV non si può escludere la possibilità per il membro del Collegio Sindacale di ricoprire tale incarico, non difettando, per quanto detto in precedenza, del requisito dell'indipendenza (i sindaci sono indipendenti per definizione);
- in caso di composizione plurisoggettiva dell'OdV, del pari, non si può escludere a priori che lo stesso si possa identificare *tout court* con il Collegio Sindacale, che avrebbe certamente, in primo luogo, il requisito dell'indipendenza. Non si comprende per quale motivo il Collegio Sindacale non dovrebbe vedersi attribuire tale funzione, considerato che non ha nulla di meno del Comitato per il controllo interno del sistema monistico e del Consiglio di sorveglianza del sistema dualistico. Inoltre sarebbe contraddittorio ammettere che il Comitato per il Controllo Interno (composto da amministratori sicuramente non più indipendenti dei sindaci) possa fungere da OdV e negare invece tale eventualità per il Collegio Sindacale. A questo proposito non pare altrettanto condivisibile la posizione di coloro che sostengono che al Collegio Sindacale difetterebbe il requisito della 'continuità d'azione', visto che la stessa rappresenta un elemento plasmabile in relazione alle possibilità personali ed alle necessità operative. L'ovvia conseguenza è rappresentata dall'esigenza di poter contare sulla dotazione di adeguate risorse e sulla determinazione di un adeguato compenso aggiuntivo, così che il Collegio Sindacale possa svolgere in modo idoneo e professionale anche questa nuova funzione, riconducibile al ruolo, proprio, di dialettico coordinatore dei controlli nel loro complesso e di baluardo all'etica del dissenso del comportamento illecito; se quanto sin qui detto può considerarsi logico sotto il profilo teorico, sotto il profilo pratico la scelta andrà attentamente valutata in presenza di realtà di dimensioni medio- grandi, mentre minori problemi dovrebbero sorgere nelle PMI, visto che la funzione di OdV è addirittura attribuibile all'organo dirigente, meno indipendente, sempre per definizione, del Collegio Sindacale;

- ancora, dal punto di vista dei requisiti soggettivi, è ormai pacifico che, in una composizione plurisoggettiva dell'OdV, uno dei sindaci possa essere chiamato a farne parte. Come più volte ribadito, nessuna obiezione può sussistere in ordine al fatto che, *ex lege*, il sindaco sia in possesso dei requisiti di onorabilità e professionalità richiesti ai membri dell'OdV. Ma vi è di più: anche dalla analisi delle più volte citate linee guida dettate dagli organismi di categoria⁷⁸ è dato da leggere che *“i requisiti di autonomia, onorabilità e professionalità potranno anche essere definiti per rinvio a quanto previsto per altri settori della normativa societaria. Ciò vale, in particolare, quando si opti per una composizione plurisoggettiva dell'OdV ed in esso vengano a concentrarsi tutte le diverse competenze professionali che concorrono al controllo della gestione sociale nel tradizionale modello di governo societario (es. un amministratore non esecutivo o indipendente membro del Comitato per il controllo interno; un componente del Collegio Sindacale; il preposto al controllo interno). In questi casi l'esistenza dei requisiti richiamati viene già assicurata, anche in assenza di ulteriori indicazioni, dalle caratteristiche personali e professionali richieste dall'ordinamento per gli amministratori indipendenti, per i sindaci e per il preposto ai controlli interni.”*

⁷⁸ Confindustria, opera citata.

10. IL RAPPORTO DELL'OdV CON IL COLLEGIO SINDACALE

Nei paragrafi precedenti ci si è soffermati in più occasione sui rapporti fra OdV e la Direzione aziendale e/o gli Organi sociali. In questa sede anche per la specificità della professione di dottore commercialista ed esperto contabile si ritiene opportuno effettuare un focus dedicato al rapporto in epigrafe indicato.

Il Modello Organizzativo ex D.Lgs 231/2001 sulla cui osservanza e funzionamento vigila l'Organismo di Vigilanza, è parte del sistema di controllo interno di cui il Collegio Sindacale deve valutare l'adeguatezza, in ragione dell'obbligo di vigilare sull'osservanza della legge e dello statuto e sul rispetto dei corretti principi di amministrazione cui è chiamato.

La necessità che il Collegio Sindacale verifichi l'efficacia e l'effettiva operatività del Modello Organizzativo è inoltre motivata dalla rilevanza del sistema sanzionatorio previsto dal D.Lgs 231/2001, che potrebbe generare perdite a danno della gestione fino a comprometterne le prospettive di continuazione aziendale (cosiddetti *going concern*). Il sistema sanzionatorio del D.Lgs 231/2001 prevede infatti quali sanzioni interdittive di cui all'art. 9 che possano essere operati: l'interdizione dall'esercizio dell'attività, la sospensione o la revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni, il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e revoca di quelli concessi ed il divieto di pubblicizzare beni o servizi. Ragioni queste che, nel caso in cui gli amministratori abbiano deciso di non adottare la prevenzione dei rischi ex D.Lgs 231/2001, impongono al Collegio Sindacale di verificare che gli amministratori, nell'assumere tale decisione, abbiano analizzato l'esposizione della società al rischio di commissione dei reati previsti dal D.Lgs 231/2001 ed abbiano opportunamente considerato l'eventualità riconosciuta agli enti di piccole dimensioni di attribuire direttamente all'organo dirigente i compiti dell'Organismo di Vigilanza (art. 6, comma 4, del D.Lgs 231/2001).

Si rimanda a quanto già evidenziato nel precedente capitolo 8 relativamente alle nuove '*Norme di comportamento del Collegio Sindacale*', con particolare riguardo al punto 5.5, che espressamente tratta dei rapporti fra questi organi, qualora entrambi esistenti.

In presenza dell'Organismo di Vigilanza il Collegio Sindacale deve prima di tutto acquisire le informazioni al fine di verificare gli aspetti inerenti all'autonomia, all'indipendenza e alla professionalità necessarie per svolgere efficacemente l'attività ad esso assegnata. Successivamente deve acquisire, sempre dall'OdV, le informazioni relative al Modello Organizzativo adottato dalla società ed al suo funzionamento, per valutare l'operatività dell'Organismo di Vigilanza e la congruità delle valutazioni e l'adeguatezza delle indicazioni da quest'ultimo adottate. A tal fine è

necessario concordare con l'Organismo di Vigilanza i tempi e le modalità con cui devono avvenire gli incontri.

Salvo casi specifici che richiedano incontri più frequenti, è opportuno che il collegio sindacale incontri almeno due volte nel corso dell'esercizio l'Organismo di Vigilanza e si assicuri di ricevere dallo stesso le Relazioni informative periodiche (di norma predisposta semestralmente).

Come dianzi rilevato, ogni incontro deve essere oggetto di specifica verbalizzazione; il verbale deve essere trascritto sul libro delle adunanze e delle deliberazioni del collegio sindacale⁷⁹ e sottoscritto dagli intervenuti (art. 2403 bis, comma 3, c. c.). Dallo stesso si devono evidenziare:

- le informazioni ricevute dall'Organismo di Vigilanza;
- le richieste di informazioni fatte all'Organismo di Vigilanza e le risposte da questo ricevute, anche se negative.

Le informazioni avranno ad oggetto:

- il Modello Organizzativo adottato dalla società ed in particolare:
- le modalità con cui viene condotta l'identificazione e la valutazione dei rischi di commissione dei reati;
- le misure con cui sono gestiti e coperti i rischi di commissione dei reati e le linee di condotta previste;
- il sistema di diffusione delle informazioni rilevanti alle persone che operano per la società,
- il controllo sull'efficace applicazione delle misure indicate dal Modello Organizzativo;
- il sistema dei flussi informativi verso l'Organismo di Vigilanza;
- il sistema disciplinare con cui è sanzionato il mancato rispetto delle misure indicate dal Modello Organizzativo;
- il piano di vigilanza sul funzionamento e l'osservanza del Modello Organizzativo e l'attività svolta dall'Organismo di Vigilanza;
- le violazioni alle prescrizioni previste dal Modello Organizzativo;
- i mutamenti nell'assetto organizzativo dell'attività e le modifiche normative che interessano il Modello Organizzativo;
- gli adeguamenti e gli aggiornamenti del Modello Organizzativo;

⁷⁹ Oltreché sul Libro delle adunanze dell'Organismo di Vigilanza (che si è prima suggerito d'istituire sub 2.3).

- le relazioni informative periodiche inviate agli amministratori;
- le altre informazioni e comunicazioni afferenti al Modello Organizzativo ed al suo funzionamento indirizzate agli amministratori, alla società di revisione, al preposto al controllo interno ed ai responsabili delle funzioni aziendali;
- ogni altra informazione ritenuta rilevante od utile per lo svolgimento dell'attività di vigilanza.

Si raccomanda infine che il Collegio Sindacale, qualora la società non abbia posto in essere, in tutto o in parte, gli adempimenti previsti dal Decreto in commento, come già sottolineato in precedenza, solleciti, nell'ambito della Relazione al bilancio, *ex art. 2429 c.c.*, un'adeguata riflessione in merito, soprattutto ai fini delle responsabilità che potrebbero derivare da un non corretto adempimento dei doveri previsti dall'art. 2403 c.c., a cui si correla la più pregnante diligenza professionale nell'espletamento dell'incarico.

11. IL REGOLAMENTO CIRCA IL FUNZIONAMENTO E L'ATTIVITÀ DELL'OdV

In genere le Linee Guida, elaborate delle Associazioni di categoria, segnalano l'opportunità che l'Organismo di Vigilanza formuli un regolamento delle proprie attività; non è, invece, ritenuto necessario che tale regolamento sia redatto ed approvato da organi societari diversi dall'OdV, di cui ci occupiamo, giacché questo potrebbe far ritenere violata l'indipendenza dello stesso.⁸⁰ In estrema sintesi e senza alcuna pretesa di completezza, detto documento dovrà disciplinare:

- scopo ed ambito di applicazione;
- durata in carica e cessazione;
- cause d'ineleggibilità;
- funzioni e compiti;
- riunioni e modalità di funzionamento;
- collaboratori interni ed esterni;
- risorse finanziarie;
- modifiche del Regolamento.

In ALL. sub D si riporta uno schema di regolamento dell'OdV⁸¹.

⁸⁰ Confindustria, opera citata.

⁸¹ Redatto in collaborazione con l'Avv. Alberto Cirillo di K Studio Associato – Consulenza legale e tributaria, di Torino.

12. ATTIVITÀ DI *REPORTING* E RELAZIONE SEMESTRALE DELL'OdV

Come si è accennato sub 3.2.b e sub 10, rispettivamente in tema di informativa periodica al Consiglio di Amministrazione ed al Collegio sindacale le Linee Guida prevedono generalmente che l'Organo di Vigilanza curi la predisposizione di una relazione informativa, “...*su base almeno semestrale, per l'organo dirigente ...(omissis)... in ordine alle attività di verifica e controllo compiute ed all'esito delle stesse; detta relazione dovrà altresì essere trasmessa al Collegio sindacale...*”: la Relazione in oggetto rappresenta di fatto uno dei principali strumenti attraverso cui l'OdV fornisce evidenza e riscontro della propria attività.⁸²

E' inoltre consigliabile che i verbali delle riunioni dell'OdV vengano di volta in volta trasmessi per conoscenza alla Direzione aziendale e/o agli Organi delegati .

In ALL. sub C viene accluso uno schema sintetico da cui prendere spunto per la stesura della relazione semestrale.

Resta comunque salva la facoltà di operare, in circostanze particolari, con tempistiche differenti rispetto a quelle dianzi suggerite, oltre alla facoltà dei singoli organi societari di convocare autonomamente l'Organismo di Vigilanza. In ogni evenienza è opportuno che anche gli incontri con gli organi cui l'OdV riferisce vengano verbalizzati. Qualora l'Organismo di Vigilanza rilevi criticità riferibili a qualcuno dei soggetti referenti é opportuna la corrispondente segnalazione da destinarsi prontamente ad uno degli altri soggetti sopra indicati.

⁸² Confindustria, opera citata.

13. DEFINIZIONI

13.1 Modello di Organizzazione e Gestione (MOG)

13.1.a Caratteristiche del MOG

Adeguatezza - condizione di coerenza degli strumenti (preventivi) da adeguarsi alle dimensioni e alle caratteristiche di complessità operativa dell'ente e come rispondenza reale alla natura delle problematiche e del perimetro dei rischi che contraddistinguono la specifica azienda;

predittività - concerne la finalità preventiva del Modello, con predisposizione di meccanismi anticipatori basati su modalità di segnalazione precoce dei fenomeni, su simulazioni e su valutazioni ipotetiche, in grado di fornire al management elementi di controllo *ex ante*; precisazione dei contenuti in ordine al perseguimento degli obiettivi di prevenzione dei reati oggetto della mappatura del rischio;

efficacia - rispondenza del modello alla soluzione delle problematiche di rischio di reati nelle condizioni di specificità dell'impresa;

articolazione - scomposizione analitica dei processi e delle aree di responsabilità aziendali, con un livello di dettaglio consono alle caratteristiche dell'ente, al fine di localizzare e moltiplicare le informazioni, i presidi e gli attori dei controlli;

rilevanza - pregio dei flussi informativi che interessano l'azienda nel suo complesso, con il processo, l'area di responsabilità, la funzione, variamente individuati nella progettazione dell'articolazione del Modello stesso;

responsabilizzazione formale - impegno organizzativo da parte del management, attraverso la formale attribuzione di responsabilità e di poteri di controllo sui rischi di reato, con un chiaro, esplicito e codificato riferimento a soggetti individualmente identificati;

dinamicità - atta ad una verifica periodica della validità del Modello; doverosa riprogettazione del modello, che dovrà essere implementato in rispondenza ad interventi normativi ed evolversi in base alle modifiche organizzative o a quelle riguardanti la sfera di attività della persona giuridica.

13.1.b Obbligatorietà del MOG

L'elaborazione e l'adozione del MOG non sono qualificate dalla legge come obbligatorie, ma la predisposizione del MOG viene incentivata dal legislatore fino a promettere l'esclusione della responsabilità dell'ente allorquando elaborato nel rispetto dei requisiti normativi per esso previsti e concretamente adottato.

Anche il contenuto dell'art. 30 del D.Lgs 81/2008 e succ. mod., in relazione alla parte di Modello oggetto di sua considerazione, non si caratterizza per costituire un obbligo normativo di adozione

della sezione del modello considerata, ma costituisce sempre un onere organizzativo: l'ente che voglia esimersi da responsabilità nel caso dei reati considerati dall'art. 25 *septies* del D.Lgs 231 del 2001 dovrà dotarsi di apposita sezione del modello che assicuri l'adempimento delle regole operative indicate.

13.1.c MOG e Codice Etico

Il Modello va distinto dal Codice Etico, il quale, non coperto dalle regole del D.Lgs 231, ha la diversa funzione di recare la carta dei valori dei quali il singolo ente si fregia; il Codice Etico ha come destinatari i medesimi soggetti destinatari del Modello, ma altresì, in ragione della diversa funzione, i *partners* contrattuali (mandatari/procuratori, agenti, clienti, fornitori, consulenti), dai quali l'ente si attende che i relativi canoni di comportamento siano condivisi come uno *standard* di *best practice* nella gestione degli affari.

13.1.d Soggetti attivi (art. 5 D.Lgs 231/2001) – persone fisiche

La responsabilità dell'ente viene connessa alla posizione funzionale dei soggetti attivi dei reati-presupposto: coloro che, in posizione apicale, rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione, di direzione dello stesso o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria o funzionale, ovvero coloro che ne esercitano, anche di fatto, la gestione od il controllo, ovvero, ancora, coloro che sono sottoposti alla direzione o alla vigilanza di chi gestisce o controlla l'ente.

A) Soggetti apicali:

Funzioni di rappresentanza – svolte dai legali rappresentanti della persona giuridica, legittimati ad emettere o ricevere dichiarazioni negoziali in nome e nell'interesse della stessa.

Funzioni di amministrazione – attribuite a coloro che esercitano concretamente la gestione della società, con il relativo potere (di gestione) che si scompone in potere di iniziativa, esecutivo, gestionale in senso stretto, rappresentativo. Sono tali gli amministratori nel sistema di governo societario 'classico' e monistico ed i consiglieri di gestione nel sistema di governo societario dualistico.

Funzione di direzione - si riferisce in prima istanza alla figura del direttore generale. E' controversa la rapportabilità alla categoria dei soggetti apicali dei direttori esecutivi/di settore.

Sono soggetti apicali coloro che svolgono funzioni di rappresentanza, amministrazione e direzione in una unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale; il riferimento è particolarmente importante nel caso del cosiddetto direttore di stabilimento.

Sono considerati soggetti apicali non solo coloro che formalmente sono investiti delle funzioni avanti indicate, ma altresì chi di fatto eserciti le medesime.

Il richiamo al 'controllo' si riferisce al 'dominio' sull'ente e non comporta l'inserimento dei sindaci tra i soggetti apicali, stante l'impossibilità di equiparare il valore del concetto di controllo assunto nell'art. 5 con i contenuti del 'controllo' proprio del collegio sindacale. Si rinvia all'art. 25 *ter*.

Si discute circa la qualificazione di soggetti apicali dei componenti del consiglio di sorveglianza, nel sistema di governo societario dualistico, o dei componenti del comitato interno per il controllo sulla gestione, nel monistico. Quale regola di cautela, nella predisposizione di un MOG in una società che avesse adottato il sistema dualistico, nel generale quadro di evidenziazione dei soggetti apicali potenzialmente 'a rischio reato', potrebbe essere opportuno l'inserimento anche dei componenti il consiglio di sorveglianza, stanti le caratteristiche operative che li connotano. La considerazione non si estende per il sistema monistico.

B) Soggetti sottoposti alla direzione e vigilanza degli apicali;

Rientrano in questa categoria i lavoratori subordinati. Nella dottrina e nella giurisprudenza giuslavoristiche il requisito della 'direzione e vigilanza' corrisponde biunivocamente al carattere della subordinazione; il requisito fondamentale del rapporto di lavoro subordinato, ai fini della sua distinzione da rapporto di lavoro autonomo, è il vincolo di soggezione del lavoratore al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro, potere dal quale discende l'emaneazione di ordini specifici, oltre che l'esercizio di una assidua attività di vigilanza e controllo dell'esecuzione delle prestazioni lavorative.

Vanno considerati anche i lavoratori parasubordinati, nel quadro dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa senza vincolo di subordinazione, di cui all'art. 409, n. 3 c. p. c.

Maggiori problemi concerne l'estensione della portata dell'art. 5, 1° comma, lett. b) - e quindi dell'art. 7, 4° comma, lett. b) D.Lgs 231- anche ai collaboratori esterni, che si trovino in qualche modo a dismettere parte della loro autonomia a favore dell'ente, come agenti, concessionari di vendita, *franchisees*, ovvero fornitori o altri soggetti – ad esempio, consulenti esterni - aventi rapporti contrattuali con l'impresa. Va dato atto che l'indirizzo dottrinale maggioritario non esclude la rilevanza di situazioni in cui un incarico particolare sia affidato a collaboratori esterni, tenuti ad eseguirlo sotto la direzione o il controllo di soggetti apicali dell'ente. Opinione contraria sostiene invece che il richiamo all'attuazione ed all'effettività del modello può dimostrare come il legislatore del decreto abbia voluto escludere l'operatività della responsabilità degli enti in relazione ai soggetti collaboratori esterni, che non si potrebbero controllare efficacemente, né sarebbero sottoponibili a verifiche dirette sul proprio operato da parte dell'Organismo di vigilanza. Secondo tale linea, essi,

benché non destinatari del MOG, potrebbero essere però convenzionalmente assoggettati ad un apposito sistema di regole prevenzionistiche, recate dal codice etico, con clausole penali *ex art.* 1382 c. c. e/o clausole risolutive espresse *ex art.* 1456 c. c., proporzionalmente riferite a specifiche ipotesi di violazione di regole etiche.

13.1.e Soggetti attivi (art. 1 D.Lgs 231/2001) – persone giuridiche

L'ente collettivo deve essere portatore di un proprio interesse e deve essere dotato di un patrimonio (o di un fondo comune) e di una organizzazione autonomi.

Destinatari sono le persone giuridiche private (enti ed associazioni forniti di personalità giuridica), ivi comprese le fondazioni, le società di capitali e quelle cooperative, gli enti (società di persone ed associazioni) anche sprovvisti di personalità giuridica, gli enti pubblici economici che agiscono *iure privatorum*.

Risultano invece espressamente 'immuni' lo Stato, gli enti pubblici territoriali, le pubbliche amministrazioni, gli enti pubblici non economici e gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale.

A) Destinatari - le società per azioni (non però quelle in formazione), le società in accomandita per azioni, le società a responsabilità limitata, anche con un unico socio, le società per azioni con partecipazione dello Stato o di enti pubblici, le società pubbliche, le società estere con sede secondaria nel territorio dello Stato, le società di intermediazione mobiliare, le imprese di investimento di capitale variabile, le società di gestione di fondi comuni di investimento, le società sportive, le associazioni temporanee di imprese; inoltre le società cooperative e le mutue assicuratrici; ed ancora le società semplici, le società in nome collettivo, le società in accomandita semplice.

Il riferimento è anche alle società di fatto e, più in generale, alle società irregolari (cfr. la loro equiparazione alle società in nome collettivo ed in accomandita semplice, operata dagli artt. 2297 e 2317 c. c. e la circostanza che si tratta di società che originano da comportamenti concludenti dai quali traspaiono le componenti tipiche della fattispecie societaria, tanto sul piano dei conferimenti, quanto su quello dei requisiti funzionali di cui all'art. 2247 c. c.).

Inoltre: i consorzi con attività esterna, anche non costituiti in forma societaria, nei quali l'autonomia patrimoniale è palese e specificamente regolata dall'art. 2615 c. c.;

enti pubblici economici, ovverosia quelle persone giuridiche pubbliche create per la gestione di un'impresa industriale o commerciale, le quali operano in regime di diritto privato; l'ente pubblico economico ha ad oggetto esclusivo o prevalente l'esercizio di un'attività di produzione e/o scambio di beni e/o servizi gestiti in forma imprenditoriale (cfr. gli artt. 2083, 2195, 2093 e 2221 c. c.);

le associazioni non riconosciute, alle quali si rapportano una serie di soggetti privi di personalità giuridica che svolgono un'attività non determinata da fini di profitto;

le società cosiddette miste, il cui capitale è costituito da conferimenti provenienti contestualmente da soggetti pubblici e privati;

le fondazioni. Sono ricomprese anche le fondazioni bancarie: soluzione, questa, che, tra il resto, appare implicitamente data 'per scontata' da una circolare dell'ACRI. E così, seppur, come noto, le fondazioni bancarie nacquero come 'enti pubblici' e pur dopo essere state formalmente privatizzate con il D.Lgs 17 maggio 1999, n. 153, esse continuarono a risultare riconducibili alla categoria degli 'organismi di diritto pubblico'.

Come espressamente indicato a livello normativo (in virtù del combinato disposto dell'art. 1 e dell'art. 6, 4° comma D.Lgs 231), seppur il sistema sanzionatorio introdotto dal decreto qui allo studio sia improntato su un modello di ente complesso, a cosiddetta 'base manageriale orizzontale', comportante in quanto tale una frammentazione dei poteri amministrativi ed una pluralità di centri decisionali, tuttavia la normazione è applicabile anche agli 'enti di piccole dimensioni', quale categoria specifica riconducibile al più generale contesto degli enti collettivi.

B) Enti esclusi - Tra i soggetti a qualificazione privatistica erano considerati esclusi dall'operatività del decreto le imprese individuali e l'impresa familiare (anche considerato che la stessa viene comunemente ricompresa nella categoria delle imprese individuali).

Con la sentenza numero 15657 del 20 aprile 2011, la sezione terza della Cassazione ha invece ampliato anche alle imprese individuali gli adempimenti previsti dal D.Lgs 231/01.

In caso di commissione di reato ex 231 le stesse saranno quindi oggetto di sanzioni amministrative connesse con i reati d'impresa. L'imprenditore, in quanto persona fisica, sarà ovviamente oggetto di sanzioni penali, laddove previste, e la sua impresa di sanzioni amministrative del D.Lgs 231/01.

Non possono qualificarsi enti quelle 'aggregazioni' di persone in cui non si pervenga alla concreta individuazione di un soggetto giuridico distinto dalle persone fisiche che ne fanno parte, quali le associazioni in partecipazione.

Non può parlarsi di enti collettivi destinatari della disciplina del decreto neppure con riferimento ai consorzi con attività interna, nei quali l'organizzazione in comune ha rilevanza limitata alla regolamentazione (interna) dei rapporti tra i consorziati, essenzialmente in punto assunzione di obblighi.

Non sono inoltre enti collettivi quelle 'forme' giuridiche che, seppur caratterizzate dall'esistenza di un patrimonio separato, non acquistano tuttavia una distinta soggettività giuridica e, soprattutto, quale punto di particolare valore nel contesto della materia qui all'esame, sono privi di una

autonoma organizzazione strutturale: così, per fornire qualche esempio, il fondo patrimoniale tra coniugi, il trust costituito in Italia, l'eredità giacente.

Vanno escluse le società apparenti, proprio nuovamente per la mancanza di un'organizzazione 'da rimproverare' e nei cui confronti rivalersi, nonché le società occulte .

Tra i soggetti a qualificazione pubblicistica sono esclusi lo Stato e gli enti pubblici territoriali, gli enti pubblici non economici, le singole pubbliche amministrazioni aventi pubblici poteri e gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale (con riferimento principale ai partiti politici ed ai sindacati), gli enti a soggettività pubblica non esercitanti pubblici poteri.

Nella fascia degli enti a soggettività pubblica che non esercitano pubblici poteri si annoverano diversificate tipologie di enti. Ad esempio, le Agenzie Pubbliche, i Consorzi, gli svariati enti strumentali delle Regioni e degli enti locali territoriali (quali gli enti di sviluppo industriale, di sviluppo agricolo, gli enti minerari, gli enti dei trasporti, ecc.), le Aziende pubbliche per la gestione di servizi pubblici (speciali, di Stato, locali, regionali, provinciali, consorziali, municipalizzate), gli enti pubblici che perseguono fini ed interessi propri dello Stato (quali, ad esempio, l'INPS, l'INAIL, il CNR, la CRI, le Università statali, ecc.), gli enti ausiliari (quali il CONI, l'ACI, le Università libere di diritto pubblico), ovvero gli enti di ambito locale (come gli Ordini ed i Collegi professionali, gli enti lirici, gli enti parco). Tra questi 'particolari' enti si devono altresì annoverare le Aziende sanitarie locali in un con le Aziende sanitarie ospedaliere

Per ciò che concerne le società pubbliche (a capitale, cioè, interamente pubblico) va posto all'attenzione che, fermo il silenzio normativo, alcune di esse hanno comunque optato per l'adozione dei Modelli organizzativi, sul presupposto della loro sottoposizione appunto al decreto (un esempio interessante è fornito da ENAV s.p.a. Società Nazionale di Assistenza al Volo).

13.1.f Autonomia della responsabilità dell'ente

Per il disposto di cui all'art. 8 del D.Lgs 231, la responsabilità della persona giuridica sussiste anche qualora il soggetto attivo del reato a monte non sia stato identificato, ovvero non sia imputabile, o, ancora, il reato-presupposto si estingua per causa diversa dall'amnistia, con la clausola di salvezza - e quindi con nuova esclusione della responsabilità, salvo per espressa diversa disposizione di legge - per i casi in cui l'imputato abbia rinunciato all'intervenuta amnistia. Rinuncia in ogni caso riconosciuta all'ente.

Rispetto alla situazione della mancata identificazione dell'autore del reato, nella Relazione al decreto 231 si asserisce che quello della mancata identificazione della persona fisica che ha commesso il reato è un fenomeno tipico nell'ambito della responsabilità di impresa, di modo che la sua omessa disciplina si sarebbe tradotta in una grave lacuna legislativa, suscettibile di infirmare la ratio complessiva del provvedimento. E tale scelta non incontra alcun ostacolo dal punto di vista del

sistema, poiché sia in caso di identificazione dell'autore del reato a monte, con tale soggetto però risultato non imputabile, sia in caso di mancata identificazione del medesimo, ci si troverebbe comunque di fronte a un reato completo di tutti i suoi elementi (oggettivi e soggettivi) e giudizialmente accertato sebbene il reo, per l'una o l'altra ragione, non risulti punibile.

Sennonché, non pare giuridicamente esatto affermare ciò, posto che

l'accertamento del dolo o della colpa in relazione al fatto può essere effettuato soltanto con riferimento a una persona determinata, previa la sua identificazione;

Il disposto normativo al riguardo può mettere in discussione l'accertamento dei criteri dell'interesse e del vantaggio, di cui all'art. 5;

la posizione della persona fisica autore del reato a monte nell'organigramma della persona giuridica costituisce il nucleo attorno al quale ruotano i punti centrali della responsabilità dell'ente, con le diversificazioni tra 'apicali' e 'sottoposti', con le differenziazioni all'interno del modello ed i connessi, ma opposti momenti probatori.

Non sembra, di conseguenza, comprensibile come in concreto l'organo giudicante potrà mai giungere alla comminatoria della sanzione all'ente nell'ipotesi in parola. E ciò si segna come un dato positivo nella sua sostanziale forza limitatrice e 'di sbarramento' della formale scelta del legislatore.

Per contro, del tutto sottoscrivibile appare la restante parte dell'art. 8, in riferimento alla autonomia della responsabilità dell'ente nel caso - assai raro, comunque - che l'autore del reato-presupposto non sia imputabile.

Forte valorizzazione dell'autonomia della responsabilità dell'ente, infine, si evince nella già ricordata previsione (art. 8, 1° comma, lett. b) della irrilevanza delle cause di estinzione del reato a monte, eccezion fatta per l'amnistia propria, ferme restando le possibilità per il 'legislatore dell'amnistia' di provvedere in senso espresso differente. Si dovrà trattare, comunque, di situazioni nelle quali il soggetto attivo risulti 'identificato', con la responsabilità dell'ente che si svincola da quella delle persone fisiche per quanto concerne, appunto, le cause di estinzione del reato, sicché un reato a monte estinto, per citare un caso tipico, per decorso del termine di prescrizione nei confronti della persona fisica, non lo sarà necessariamente nei confronti dell'ente.

13.2 *Interesse e Vantaggio*

La persona giuridica è responsabile 'per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio'.

La persona giuridica non risponde qualora i soggetti di riferimento abbiano 'agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi' (art. 5, 2° comma D.Lgs 231).

Tra i due requisiti (dell'interesse e del vantaggio) deve presentarsi indefettibile soltanto il primo, considerato che determinerà semplicemente una riduzione della risposta sanzionatoria comminabile

alla persona giuridica l'eventualità che l'autore del reato abbia commesso 'il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi e l'ente non ne abbia ricavato vantaggio o ne abbia ricavato un vantaggio minimo' (art. 12, comma 1°).

L'accertamento del requisito dell'interesse è preliminare ad ogni successiva verifica della responsabilità della persona giuridica e non è sottoposto alle regole relative all'inversione dell'onere della prova di cui all'art. 6 D.Lgs 231. Non sarà quindi la persona giuridica che dovrà provare l'assenza di interesse al reato presupposto, ma saranno applicabili le disposizioni processuali conferenti di rito (di cui al codice di procedura penale e del D.Lgs 28 luglio 1989, n. 271).

Reato- presupposto doloso - l'interesse dell'ente caratterizza in modo essenzialmente soggettivo la condotta della persona fisica (quale 'dolo specifico' ovvero 'movente del reato') e si accerta *ex ante*;

il vantaggio va interpretato in un'accezione oggettiva e implica l'effettivo conseguimento di un risultato da verificarsi *ex post*.

Reato- presupposto colposo - la nozione soggettiva dell'interesse risulta incompatibile con un reato-presupposto di tal genere, non essendo questi coperto da finalità soggettiva. Occorre interpretare oggettivamente il concetto, da intendersi quale 'centro di interessi' della persona giuridica, con copertura da parte di questa sull'inadempimento produttore dell'evento negativo, come estrinsecazione delle scelte proprie dell'ente medesimo; è necessaria una anticipata valutazione dell'interesse, da riferirsi alla condotta inottemperante del soggetto attivo e non al reato-presupposto;

il vantaggio si apprezza sul risparmio di spesa.

13.3 *Sistema sanzionatorio*

A) La sanzione base si identifica con la sanzione pecuniaria.

Viene applicata sulla valutazione 'della gravità del fatto, del grado della responsabilità dell'ente nonché dell'attività svolta per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto e per prevenire la commissione di ulteriori illeciti', con parametrizzazione in base alle 'condizioni economiche e patrimoniali dell'ente allo scopo di assicurare l'efficacia della sanzione' (art. 11, 1° e 2° co.) e con 'possibilità' normativizzate (nell'art.12) di riduzione della sanzione stessa, dell'obbligazione per il pagamento della quale, come di nuovo specificamente indicato a livello normativo (art. 27), 'risponde soltanto l'ente con il suo patrimonio o con il fondo comune'.

B) Sanzioni interdittive - interdizione dall'esercizio dell'attività, sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito, divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio, esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi ed eventuale revoca di quelli già concessi, il divieto di pubblicizzare beni o servizi.

Sono applicabili congiuntamente alla pena pecuniaria, soltanto in relazione a fattispecie di reato che espressamente ne determinino l'operatività e quando ricorrano particolari condizioni: l'ente abbia tratto dal reato-presupposto un profitto di rilevante entità ed il reato sia stato commesso da soggetti in posizione apicale ovvero da soggetti sottoposti, ma detta realizzazione sia stata determinata o agevolata da gravi carenze organizzative; in ipotesi di reiterazione degli illeciti.

L'art. 14 delinea i criteri di scelta sia di tipologia, sia di durata al giudice, seppur nella obbligatorietà della irrogazione delle sanzioni stesse in presenza dei presupposti applicativi. Sul versante della durata, il trend ordinario prefigurato è quello della temporaneità.

C) Nel contesto della disciplina sulle sanzioni interdittive si segnala la figura del commissario giudiziale. Detta figura opera in ipotesi di inapplicabilità delle sanzioni medesime, con l'opzione sulla prosecuzione dell'attività la cui gestione viene però sottratta ai vertici interni e demandata al commissario giudiziale, per un periodo pari alla durata della pena interdittiva che in concreto sarebbe stata da comminare. Ciò qualora l'ente svolga un pubblico servizio od un servizio di pubblica necessità la cui interruzione possa provocare un grave pregiudizio alla collettività ovvero l'interruzione dell'attività possa determinare, tenuto conto delle dimensioni dell'ente e delle condizioni economiche del territorio in cui è situato, rilevanti ripercussioni sull'occupazione. Sul piano strutturale, il commissariamento si caratterizza ulteriormente per la previsione che il profitto derivante dalla prosecuzione dell'attività debba essere confiscato.

D) L'apparato sanzionatorio è completato dalla pubblicazione della sentenza e dalla confisca.

13.4 Responsabilità da illecito amministrativo

Ai sensi dell'art. 187 *quinquies* D.Lgs 58/1998 e succ., sussiste una forma di responsabilità dell'ente conseguente alla realizzazione degli illeciti amministrativi di abuso di informazioni privilegiate di cui all'art. 187 bis e di manipolazione del mercato di cui all'art. 187 *ter*, da parte di soggetti che vengono normativamente individuati sulla base delle indicazioni soggettive di cui all'art. 5 del D.Lgs 231/2001: persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria o funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione o il controllo dello stesso e persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti apicali avanti indicati. In punto

sanzione per l'ente, viene stabilita l'irrogazione di una sanzione fissata nella somma pari all'importo della sanzione amministrativa irrogata per gli illeciti indicati.

La costruzione del paradigma di questa forma di responsabilità dell'ente si fonda sulle opzioni che determinano la responsabilità dell'ente da reato: la necessità della presenza dell'interesse o del vantaggio per l'ente coinvolto, laddove l'ente non risponderà allorquando i soggetti attivi degli illeciti presupposto abbiano agito nell'esclusivo interesse proprio o di terzi; sarà doverosa la redazione dei Modelli organizzativi di cui agli artt. 6 e 7 del D.Lgs 231/2001; è prevista l'operatività dell'art. 8, nonché dell'art. 12 sempre del decreto in parola: queste norme infatti vengono espressamente richiamate, in quanto compatibili.

Circa la sanzione per l'ente, è controverso se il riferimento sia alla sanzione irrogabile nei suoi limiti edittali legislativi e quindi, con il supporto dei principi generali indicati nel D.Lgs 231/2001 per la individualizzazione della sanzione per la persona giuridica a seguito della responsabilità conseguente a reato, questa venga poi in concreto comminata dalla Consob, quale autorità amministrativa competente, alla persona giuridica stessa, ovvero se, dato valore imperativo al termine 'irrogata' volutamente usato dal legislatore per evocare una operazione già avvenuta in concreto ed anche considerata la mancata specifica individuazione della sanzione pecuniaria dell'ente attraverso il sistema per quote, il legislatore abbia invece inteso quantizzare la sanzione dell'ente al medesimo valore della pena pecuniaria in concreto comminata ai soggetti attivi degli illeciti amministrativi-presupposto.

14. TEST E VERIFICHE DELL'OdV PER LE DIVERSE AREE SENSIBILI RELATIVE AI 'REATI PRESUPPOSTO'

Definite le aree sensibili ed i relativi reati presupposto (di cui si fornisce un quadro di sintesi in ALL. sub A si passa alla disamina delle verifiche e test che è opportuno vengano definiti nel programma di lavoro dell'OdV (ALL.E).

Al fine di rendere più agevole ed efficace il lavoro di controllo che deve essere svolto dall'Organismo di Vigilanza, il Gruppo di lavoro 231 ha predisposto una serie di schede che possono costituire un pratico strumento per l'individuazione del rischio di commissione delle più rilevanti tipologie dei reati presupposto della responsabilità degli Enti contemplati nel D.Lgs 231/2001.

La suddivisione delle singole schede in quattro settori (Reati presupposto, Soggetti attivi, Aree a rischio, *Tests* e controlli OdV), consente all'OdV di condurre, sia in fase di start up che a regime, una serie di verifiche e test per individuare l'area di rischio, il reato presupposto potenzialmente commissibile od effettivamente commesso ed i soggetti direttamente interessati nell'ambito dei limiti della norma specifica.

Sono stati poi evidenziati dei 'mementi specifici' riconducibili alle singole fattispecie di reato presupposto, per consentire l'immediata individuazione dei soggetti che possono essere direttamente coinvolti.

Il Gruppo di Lavoro 231 svolge in modo costante il lavoro di aggiornamento delle schede che potranno essere ulteriormente approfondite nei contenuti o ampliate nel loro numero in occasione dell'introduzione di nuove tipologie di reato presupposto.

Si segnala che i reati ambientali presto diventeranno 'reati presupposto' ai fini del D.Lgs 231/2001. Lo stabilisce la legge comunitaria n. 96 del 4 giugno 2010 che in buona sostanza impone agli stati membri di adottare norme a tutela dell'ambiente anche rivolte a sanzionare amministrativamente le società ed enti . Si è quindi ritenuto utile integrare l'ALL E con una scheda del tutto provvisoria sulle fattispecie giuridiche, relativi soggetti attivi, aree sensibili e test OdV riferiti alla materia dei reati ambientali.