

- FONDAZIONE CUOA -

“LA LEGGE 231: DALLE REGOLE ALLE OPPURTUNITÀ”

(VICENZA, 17 MARZO 2008)

RELAZIONE:

L'ORGANISMO DI VIGILANZA: STRUTTURA E FUNZIONI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La struttura dell'Organismo di Vigilanza. – 3. Le funzioni dell'Organismo di Vigilanza. – 4. Enti di piccole dimensioni e Organismo di Vigilanza. 5- L'OdV e la l. 3 agosto 2007, n. 123- 6 - La responsabilità penale personale dei componenti dell'OdV anche alla luce del d. lgs. n. 231 del 21 novembre 2007.

1. Premessa.

Come è stato più volte ricordato nel corso di questo incontro, una delle architravi su cui poggia il modello forgiato dal d. lgs. n. 231/2001 per la prevenzione dei reati è rappresentato dall'**Organismo di Vigilanza**, che, a norma dell'art. 6 del d. lgs. 231 del 2001, ha il compito di vigilare sul **funzionamento** e l'**osservanza** del modello e di curarne, al tempo stesso, l'**aggiornamento**.

Si è posto in evidenza, nelle precedenti relazioni, che il modello di prevenzione, espressione di un insieme articolato e proceduralizzato di cautele preventive, richiede, rispetto ai reati riconducibili alle *figure apicali* delle organizzazioni complesse, la creazione di un *organismo interno di vigilanza* (OdV): si tratta di un'assoluta novità nell'ambito dei sistemi di *governance* delle società. Sta di fatto, inoltre, che nella prassi si sta affermando l'idea di 'sfruttare' la funzione di sorveglianza esercitata dall'OdV anche nei confronti degli illeciti dei *dipendenti*: una scelta, questa, che, sebbene normativamente non imposta (arg. *ex art.* 7 d. lgs. 231/01), appare nondimeno espressiva di una apprezzabile volontà degli enti di adeguarsi, *in toto*, alle finalità preventive della riforma.

Se si prova, fin da ora, a raffigurare sinteticamente la funzione dell'OdV, si può immaginare una **stella con tante punte**, che si muovono, continuativamente, a **doppio senso**: per un verso, si proiettano verso i soggetti che presidiano il processo a rischio-reato, per ottenere i *flussi informativi* previsti dal modello; per altro e collegato verso, possono insinuarsi nel processo, come *controllori di secondo grado*, esercitando *poteri ispettivi e di vigilanza*. *Destinatario* dell'attività dell'OdV è, essenzialmente, il *vertice della società*, al quale compete la decisione finale sulle segnalazioni che gli vengono

trasmesse. Va, infatti, sottolineato subito un aspetto fondamentale dell'organismo di vigilanza, desumibile dal dettato normativo: **esso vanta esclusivamente poteri di sorveglianza e di controllo, sì che gli è preclusa qualsiasi attività di gestione, sia essa attiva che impeditiva: tale divieto è funzionale alla salvaguardia e all'implementazione della imparzialità dell'organo, argine indispensabile rispetto alla necessità di evitare insanabili conflitti di interesse¹.**

2. La struttura dell'Organismo di Vigilanza.

Il legislatore del 2001 non ha ritenuto di introdurre una disciplina troppo dettagliata sulla configurazione strutturale dell'organo di cui si discute, anche al fine di consentire che **esso possa essere modulato rispetto al grado di complessità aziendale**, lasciando la più ampia libertà agli operatori del settore.

L'art. 6, comma 1, lett. b), d.lgs. 8.6.2001, n. 231 prevede, infatti, che *“il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei Modelli, di curare il loro aggiornamento”* debba essere affidato *“a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo”*.

L'art. 6, comma 4, del decreto ammette che negli enti di *“piccole dimensioni”* i compiti indicati nella lett. b) del comma 1 possano essere svolti *direttamente dall'organo dirigente*.

La lett. d) del comma 4 dell'art. 6 del decreto sottolinea, inoltre, l'obbligo di controllo dell'organo cui è affidato il particolare compito di *vigilare sul rispetto del Modello 231*: tale Modello può costituire un'esimente da responsabilità solo se l'ente prova che *non vi è stata “omessa” o “insufficiente” vigilanza da parte dell'OdV*. A sua volta, sempre l'art. 6, comma 2, lett. d), prevede che il Modello debba prevedere *“obblighi di informazione” nei confronti dell'OdV*.

La scelta di una disciplina scarna non ha mancato di sollevare, però, una serie di questioni di carattere interpretativo ed applicativo (alcune delle quali ormai sopite ed altre tuttora vive).

A ben vedere, la **ricostruzione della struttura dell'organo**, stante la laconicità della norma, va effettuata alla stregua delle **funzioni** che gli sono state assegnate. Sul piano metodologico, si potrebbe parlare, curiosamente, di un percorso che va *“dalla funzione*

¹ Fatta eccezione, forse, per quanto implicato dall'art. 52 del d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231, con gli obblighi di comunicazione posti in capo *“all'Organismo di Vigilanza”*, nei confronti delle *“autorità di vigilanza di settore”*, del *“Ministero dell'Economia”* e della *“UIF”*, in materia di *“antiriciclaggio”*.

alla struttura”, che, dunque, contravviene al tradizionale metodo di ricostruzione degli istituti giuridici, che, come noto, muove dalla struttura per poi risalire alla funzione. In questa ottica, se la funzione coesistente all’organismo è quella di controllo e di vigilanza, ne deriva che esso dovrà necessariamente atteggiarsi, per ragioni di effettività, come un’istituzione autonoma e imparziale rispetto agli altri organi societari, munita di un ampio corredo di poteri di ispezione e di sorveglianza.

Sulla scorta di questa premessa, **l’indagine della struttura dell’OdV si snoderà attraverso l’esame dei seguenti aspetti: (a) l’istituzione e la nomina; (b) i requisiti** che ne devono marcare l’azione di controllo.

(a) Sul terreno dell’**istituzione**, ci si è interrogati, poco dopo l’emanazione del decreto, sulla necessità di apprestare, all’interno della società, un nuovo distinto organismo o se, per contro, fosse stato compatibile con il dettato e lo spirito della riforma, assegnare la funzione di controllo e di sorveglianza, indicata nell’art. 6, ad uno degli organismi già presenti nel tessuto della *corporate governance*. Le ragioni a favore della istituzione di un **nuovo organismo** sono di intuitiva evidenza. Scorriamole, dunque, rapidamente, anche perché la questione non appare ormai più sul tappeto.

Non è ovviamente possibile demandare la funzione di vigilanza al *Consiglio di amministrazione*: così facendo, si verificherebbe una perfetta coincidenza tra controllante e controllato.

Quanto al *Collegio sindacale*, nelle società in cui è presente, possiederebbe pure la necessaria **professionalità**, ma vi sono, però, almeno due ostacoli insuperabili. Il primo è che il Collegio sindacale non svolge un’azione di vigilanza continuativa, che si richiede, come vedremo tra breve, all’OdV. In secondo luogo, si profila una più radicale incompatibilità funzionale: il Collegio sindacale è impegnato, in prima persona, nello svolgimento di funzioni che impingono su un’importante area a rischio-reato, come quella pertinente alla formazione e alla redazione del bilancio, sottoposta al controllo dell’OdV. Dunque, si innescherebbe un insanabile corto circuito, derivante dalla ‘confusione’ di controllore e controllato.

Ne deriva, logicamente, l’improponibilità del ricorso al *Consiglio di Sorveglianza*, in quanto trattasi di struttura cui si possono muovere le stesse obiezioni mosse al collegio sindacale.

È ancor meno ipotizzabile il ricorso al *Comitato per il controllo sulla gestione*, caratteristico del sistema monistico: stiamo parlando di veri e propri amministratori

(ancorché "non esecutivi" ed "indipendenti") e, perciò, di soggetti che assommerebbero la qualifica di controllori e controllati².

Il discorso è, in parte, diverso per ciò che concerne la funzione di *Internal auditing*. In effetti, quella di *internal auditing* rappresenta una struttura che non svolge compiti operativi e che esercita la propria attività in modo continuativo; inoltre, in diversi casi, è già chiamata a disimpegnare una funzione di *fraud auditing*, ossia di monitoraggio e prevenzione dei reati commessi all'interno dell'azienda. Nondimeno, trattandosi di una struttura situata in dipendenza funzionale dal CdA o dall'amministratore delegato, vanta un ridotto tasso di autonomia rispetto a quello che il decreto richiede per l'OdV: si pensi alla possibilità di esercitare poteri ispettivi in via del tutto autonoma o "a sorpresa", impensabili per una funzione la cui strategia operativa è plasmata dalle decisioni del vertice aziendale.

Quanto alle società quotate, che aderiscono al codice di autodisciplina (il cd. codice Preda), spicca la presenza del *Comitato di controllo interno (Audit Committee)*: esso è parte del CdA e, dunque, soggiace al controllo voluto dal d. lgs. 231/01, sì che non appare possibile alcuna confusione con l'OdV.

In definitiva, **l'OdV si configura come un nuovo ed originale organismo, che si somma agli altri esistenti, e che si contraddistingue per la peculiare e pervasiva funzione di vigilanza che è chiamato a svolgere.**

Un **diverso problema**, che alimenta tuttora il dibattito, è quello relativo alla **composizione dell'organo**, che ci pare destinato a trovare una corretta soluzione in sede di analisi dei suoi requisiti.

(aa) Circa la *costituzione*, è da ritenere che la **natura privatistico-contrattuale dell'organo interno** di controllo legittimi l'introduzione di apposite norme statutarie dirette a disciplinarne le modalità di costituzione e di formazione. In ogni caso, anche in forza del tenore del decreto legislativo, sembra da privilegiare la tesi che incardina nel *vertice* dell'ente (**consiglio di amministrazione**, ecc.) la competenza a nominare l'organo interno. In favore di questa soluzione milita la circostanza che, nell'esercizio delle sue funzioni, l'organismo di controllo è chiamato a "**dialogare**" con il vertice, al quale, oltre ad essere legato contrattualmente, è ovviamente tenuto a riferire sull'attività svolta e sulla presenza di irregolarità o di situazioni a rischio che impongano l'immediato intervento della dirigenza. Per contro, nell'eventualità che l'amministrazione venga esercitata collegialmente, senza ricorrere a deleghe, la nomina

dell'organismo potrebbe anche far capo all'**assemblea**: in questo caso, tuttavia, l'organismo di controllo non potrebbe certo avere come interlocutore l'organo controllato (il consiglio di amministrazione), ma dovrebbe fare riferimento (per la segnalazione di irregolarità o per l'attivazione di procedimenti disciplinari) al collegio sindacale e all'assemblea.

(b) I requisiti di composizione di azione dell'OdV possono essere enucleati e ricostruiti nel modo seguente. **1) indipendenza; 2) autonomia; 3) professionalità; 4) continuità di azione; 5) imparzialità.**

1) L'**indipendenza**, da riferire alle persone che lo compongono, che non devono trovarsi in conflitto di interessi con la società, né appartenere ai vertici della stessa o comunque costituire espressione del gruppo di comando nella società; l'indipendenza dell'organismo andrebbe garantita collocandolo come unità di staff, al di fuori dell'autorità di line: si tratta, infatti, di un organo chiamato a dialogare con il vertice, ma che non ne deve subire il condizionamento. Va ribadito che l'OdV vanta essenzialmente *poteri di sorveglianza*, ai quali sono *estranei* poteri impeditivi e gestionali, che, ove esercitati, finirebbero proprio per pregiudicarne l'indipendenza: **una volta segnalata una violazione, la scelta di correre o non il rischio-reato spetta, in ultima analisi, al vertice della società. Mancano essenzialmente poteri di interferenza-ingerenza in capo al'OdV.**

E' su questo terreno, allora, che va risolto il problema della **composizione dell'organo**. La prima questione concerne la **provenienza dei componenti**: in altre parole, si discute se l'OdV debba avere una conformazione **interna od esterna**, ovvero se sia preferibile una composizione **mista**.

Un OdV, **formato esclusivamente da membri della società** (dunque, a **composizione interna**), denota indiscutibilmente i vantaggi correlati ad una maggiore conoscenza dell'architettura societaria e delle dinamiche strategiche e operative. Nondimeno, una simile scelta incide negativamente sul requisito dell'indipendenza, vanificandolo per ragioni di intuitiva evidenza, legate all'indiscutibile condizionamento che il vincolo societario proietta sull'azione di controllo dell'organismo.

La **composizione interamente esterna** tradisce problemi diametralmente opposti: pur salvaguardando significativamente il requisito dell'indipendenza, rischia, però, di involvere in difficoltà operative derivanti da una insufficiente conoscenza del tessuto societario, sì da scontare l'evenienza di azioni di controllo tardive o, peggio ancora, inefficaci.

Si registra, allo stato, un consenso piuttosto diffuso per una **composizione mista, ritenuta come quella più idonea a coniugare le finalità di indipendenza e di effettività di azione.** Purtuttavia, l'adozione di una simile configurazione non esime dall'affrontare il problema, tutt'altro che marginale, relativo alla **scelta dei componenti interni** da nominare come membri dell'OdV.

E' di intuitiva evidenza che l'opzione per una composizione mista può dirsi davvero tale quando il rapporto tra membri di provenienza esterna ed interna integra un **ragionevole equilibrio.** Inoltre, proprio allo scopo di enfatizzare l'indipendenza dell'OdV, la scelta del **presidente** dovrebbe cadere su un **membro esterno,** anche in ragione dei maggiori poteri che il presidente vanta (formalizzati nel regolamento che disciplina il funzionamento dell'organismo).

Circa la **provenienza dei membri interni,** non appare ammissibile la presenza di componenti del **collegio sindacale** nell'organismo di vigilanza. Prima di tutto perché il collegio sindacale, per quanto "indipendente", costituisce, pur sempre, un organo "endoaziendale", a stretto contatto con la gestione dell'ente, e che risulta comunque espressione del gruppo di comando della società. Inoltre, la presenza di un membro del collegio sindacale può innescare un conflitto di interessi, dovuto al fatto che **entrambi gli organismi svolgono attività di controllo e di vigilanza sulle modalità di svolgimento dei rispettivi compiti.** Si pensi ai controlli che il collegio sindacale è chiamato ad eseguire nei confronti dell'organismo di vigilanza per quanto concerne il rispetto delle prescrizioni regolamentari, il funzionamento dell'organo e la gestione del *budget* assegnato. Specularmente, quest'ultimo esercita controlli su alcuni reati societari, presupposto della responsabilità dell'ente (tra i quali il falso in bilancio), sui quali svolge un'attività di controllo anche il collegio sindacale. Dunque, il collegio può, in taluni casi, diventare esso stesso oggetto di controllo da parte dell'organismo di vigilanza.

A maggior ragione, contrasta irrimediabilmente con le funzioni dell'OdV l'**appartenenza al CdA,** visto che l'attività dell'OdV è prevalentemente orientata proprio a vigilare sull'attività dei soggetti in posizione 'apicale' (v. art. 6 d. lgs. 231/01); vi è, perciò, una chiara ed inammissibile contaminazione tra funzioni di direzione e di controllo, visto che il membro del CdA, anche se indipendente (e sprovvisto di deleghe) costituisce una propagazione, immediata, della struttura direzionale della società.

Parimenti inammissibile appare, poi, la possibilità di nominare, come membri dell'OdV, **soggetti che svolgono funzioni di direzione in aree coinvolte nel rischio-reato:** si tratta, infatti, di soggetti che contribuiscono, in prossimità dei vertici aziendali, a

configurare l'orientamento strategico di fondo dell'impresa, visto che sono chiamati a gestire aspetti tra i più significativi dell'attività aziendale. La concentrazione in capo a tali soggetti di poteri di controllo (di secondo grado, come membri dell'OdV) fomenta una promiscuità che pregiudica l'imparzialità e l'attendibilità dell'operato dell'organismo³.

Un discorso a parte merita l'**area legale**. Buona parte dei Modelli sinora adottati contempla, tra i membri dell'OdV, il responsabile (o un funzionario) dell'area legale, anche allo scopo di assicurare l'indispensabile "sapere giuridico" e le conoscenze in ordine ai rapporti tra le diverse funzioni aziendali. Una simile scelta non sembra esporsi ad obiezioni, a patto, però, che l'area legale non svolga, come talvolta accade, un ruolo attivo (di natura decisionale o consultiva) nelle attività esposte al rischio-reato: in questo caso, si innescherebbe un inammissibile conflitto di interessi.

Non vi sono, invece, ostacoli a che entrino a far parte dell'organismo **membri della funzione di *Internal Auditing***, a condizione che la loro presenza, provvista di indubbi requisiti di professionalità, non finisca per condizionare eccessivamente la strategia operativa dell'organo di vigilanza. Va ricordato, in proposito, che l'*Internal Auditing* è una funzione che si trova in rapporto di dipendenza con il Consiglio di amministrazione (dunque, con i vertici societari), sì che una presenza assorbente o comunque significativa all'interno dell'organismo di vigilanza rischia di minarne irreparabilmente l'indipendenza dal vertice. Sicuramente auspicabile, per contro, è la possibilità che l'organo di vigilanza si avvalga, in funzione ausiliaria, alla stregua di un "braccio armato", dell' *Internal Auditing* per l'esecuzione della sua attività.

2) L'**autonomia** è espressione di effettivi ed incisivi *poteri di ispezione e di vigilanza*; dunque, tali poteri conferiscono all'OdV una funzione di controllo anche *proattiva*, potendo lo stesso attivarsi, *motu proprio*, per prevenire possibili violazioni.

3) La **professionalità** è un requisito di natura soggettiva, che riguarda i soggetti inseriti nell'organismo. Questi debbono possedere *competenze specifiche* in tema di attività di controllo, da intendersi però in senso lato: *auditing*, controllo di legalità (dunque, conoscenze di diritto societario, fiscale e, non ultime, penali, specie sul terreno della cultura e della costruzione della cautela doverosa), tecnico-contabile, direzionale e

³ Va richiamata, sul punto, l'ordinanza del Tribunale di Napoli, Ufficio Gip, 26 giugno 2007, secondo cui non possono essere nominati negli OdV soggetti che ricoprono cariche amministrative (consiglieri di amministrazione, membri del comitato di gestione o del Consiglio di Sorveglianza, ecc.) o di membro del collegio sindacale all'interno delle società capogruppo o delle controllate, consultabile per intero nel sito www.rivista231.it.

strategico. Ovviamente, la professionalità può essere garantita ed implementata anche attraverso il ricorso a risorse esterne (consulenze).

Come si vede, è necessario un *sapere multidisciplinare*, che può essere garantito solo dalla coesistenza di diversificate competenze. **Ne deriva che, specie nelle aziende di maggiori dimensioni, l'OdV non potrà che avere una *composizione collegiale***, l'unica in grado di assicurare la descritta pluralità di competenze. I requisiti di professionalità dei componenti dell'OdV dovranno trovare riscontro in un adeguato compenso, anche a garanzia della loro effettiva autonomia.

4) La *continuità di azione*: l'OdV deve assicurare un funzionamento *costante nel tempo* ed in continua interazione con gli organismi amministrativi e di controllo della società. Assicurazione che non può ritenersi conseguita in presenza di un'attività saltuaria, meramente burocratica, appiattita sul mero *reporting* passivo. Nell'ottica del perseguimento della continuità di azione, assumeranno particolare rilievo attività di programmazione dell'attività, consistenti nell'effettuazione (**periodica o a sorpresa**) di controlli, di ispezioni, ecc.: in definitiva, l'OdV deve manifestare una propria, autonoma *strategia operativa*, priva di soluzioni di continuità, capace di far 'aggallare' le criticità e di proporre i necessari interventi correttivi e di adeguamento. (Si pensi alla fattispecie di *false comunicazioni sociali*, il cd. "falso in bilancio": per garantire il funzionamento del modello in merito a tali ipotesi, il flusso informativo in direzione dell'OdV deve essere continuativo ed i poteri di verifica debbono essere più che adeguati, ma soprattutto essi dovranno essere oggetto di *effettivo e continuativo impiego*). Ovviamente, per funzionare, l'OdV dovrà essere destinatario di *adeguate risorse finanziarie* e la sua attività dovrà formare oggetto di analitica disciplina in un apposito regolamento.

5) L'*imparzialità*, che deriva dalla *sommatoria* dei requisiti di indipendenza e di professionalità: solo una condizione di indipendenza dei membri dell'organismo, accompagnata da caratteristiche di *onorabilità* e di elevata professionalità, può permettere di raggiungere un'azione improntata ad equità. È evidente che, sul terreno della progettazione organizzativa, questo requisito può essere più agevolmente perseguito attraverso una **composizione collegiale**.

3. Le funzioni dell'OdV.

L'OdV si atteggia, sul piano funzionale, come uno strumento di controllo, pervasivo, sull'effettività e l'adeguatezza del modello di prevenzione del rischio-reato. Il conseguimento di tale obiettivo viene perseguito, sinergicamente, tramite

l'espletamento di **attività informative e di controllo**, a cui si affiancano **poteri propositivi e di accertamento disciplinare**.

(a) Sul versante **informativo**, giuoca un ruolo decisivo il piano delle **informazioni e delle comunicazioni verso l'organismo di vigilanza**. Sul piano generale, la **qualità** delle informazioni si valuta sulla base dei seguenti elementi:

- 1) **Selettività del contenuto**, vale dire la presenza delle informazioni necessarie e rilevanti sui processi, evitando la deriva di "diluvi comunicazionali" capaci di innescare distorsioni cognitive;
- 2) **tempestività**, come possibilità di ottenere le informazioni nei tempi desiderati;
- 3) **aggiornamento**, da intendere come disponibilità delle informazioni più recenti;
- 4) **accuratezza**, come esattezza dell'informazione;
- 5) **accessibilità**, relativa alla facilità di ottenere le informazioni.

L'effettività dei flussi informativi dipende dalla chiara individuazione del canale di comunicazione, vale a dire dall'esistenza di un **responsabile del processo a rischio-reato**, che funga da interfaccia informativo dell'OdV.

Circa il **flusso informativo in direzione del vertice aziendale**, l'OdV sarà tenuto, tra l'altro:

- 1) a convogliare, con periodica regolarità, **report** sull'attività svolta;
- 2) a trasmettere, con **tempestività**, tutte le **informazioni riguardanti eventuali violazioni del modello, oppure la necessità di un suo adeguamento**, in presenza di un **deficit** di effettività o di modificazioni del tessuto organizzativo aziendale.

(b) Sul terreno del **controllo**, vanno richiamati i **poteri ispettivi e di vigilanza**, esercitabili sia in seguito ad una strategia pianificata, sia a sorpresa. L'importanza di tale funzione è destinata ad accrescersi con riguardo alla recente introduzione dei reati in materia di sicurezza sul lavoro nell'ambito del d. lgs. 231/01: alla tradizionale vigilanza degli organi amministrativi, si affiancherà quella dell'OdV, sì da implementare quella cultura della sicurezza che, purtroppo, stenta ancora ad attecchire.

(c) Quanto alle **attività propulsive e disciplinari**, spiccano, tra le altre:

- 1) il ruolo dell'OdV in ordine alle **attività di informazione e di formazione** sui contenuti del Modello e del Codice etico, rispetto alle quali l'organismo è chiamato ad esprimere una valutazione sui versanti dell'**adeguatezza** (vale a dire della idoneità a conseguire l'obbiettivo), della **continuità** (che inibisce il ricorso ad una formazione

meramente occasionale) e della *intensità* (concernente la necessità di calibrare il livello e la qualità dell'informazione e della formazione in relazione al ruolo disimpegnato a al maggiore o minore coinvolgimento nelle attività a rischio-reato);

2) la **capacità di proposta e di valutazione in relazione all'adeguatezza e all'effettività del modello e dei protocolli di gestione** delle attività a rischio-reato;

3) il **potere di monitorare e di accertare le infrazioni al modello**, al codice etico e alle procedure aziendali, esercitando, quando il modello lo prevede, il correlato potere di azione disciplinare.

4. Enti di piccole dimensioni e Organismo di Vigilanza.

E' fuor di dubbio che il d. lgs. 231/01, per come congegnato, trovi essenzialmente terreno di elezione nelle società di non trascurabili dimensioni organizzative. Del resto, la legge-delega non permetteva al delegato di riservare una disciplina puntuale alla realtà delle piccole imprese, che pure costituiscono parte rilevante nel tessuto dell'economia nazionale (per non dire di quella regionale). Occorre riconoscere che sarebbe auspicabile un intervento del legislatore diretto ad integrare la disciplina, così da fugare le corpose aporie che affliggono la riforma proprio sul versante degli enti di ridotte dimensioni. Intervento che dovrebbe muovere, quanto meno, in una duplice direzione: da un lato, offrire una definizione di ente di piccole dimensioni, che riduca il rischio di un'eccessiva discrezionalità interpretativa; dall'altro lato, che preveda una diversa regolamentazione dell'apparato sanzionatorio. Specie su quest'ultimo versante, va rilevato che, negli enti a base personale ristretta, non è agevole tracciare un discrimine, sul piano dell'interesse, tra la figura del titolare, autore del reato, e l'ente. In questa evenienza, l'inflizione della sanzione pecuniaria all'ente, dopo che l'autore del reato è già stato punito, rischia di risolversi in una **duplicazione sanzionatoria** contrastante con il generale principio del *ne bis in idem sostanziale*, atteso che verrebbe a punirsi due volte, per lo stesso fatto, un identico centro di interessi.

Quanto al Modello, il quarto comma dell'art. 6, per i reati riferibili ai soggetti in posizione apicale, stabilisce che i compiti assegnati all'OdV <<*possono essere svolti direttamente dall'organo dirigente*>>. Dunque, l'adozione dell'OdV non viene ritenuta indefettibile, ma si consente che le funzioni di controllo e di vigilanza vengano affidate al vertice della società. Traspare un'esigenza di semplificazione: tuttavia, la disposizione non brilla per chiarezza e rischia di fomentare non pochi problemi.

Per provare a dipanarli, occorre tenere ferma (e richiamare) la *ratio* che ha indotto il legislatore a forgiare l'art. 6. Essa scaturisce dall'esigenza di tenere conto delle moderne dinamiche organizzative aziendali, sempre più segnate da una **compartimentazione orizzontale** delle funzioni, che mette in crisi la validità dell'asserto secondo il quale non sarebbe mai possibile prefigurare l'esistenza di un diaframma che separi la volontà della persona fisica da quella dell'ente. A ben vedere, se ciò può dirsi vero in relazione al modello tradizionale di ente collettivo (emblematico il caso dell'amministratore unico), non altrettanto vale per la situazione societaria attuale. Questa è ormai costellata da una serie di realtà organizzativamente complesse, in cui il *management* non si sviluppa più secondo un modello rigidamente verticistico, ma si distende su un'ampia **base orizzontale**, alla quale i poteri di amministrazione sono delegati dal consiglio di amministrazione che conserva, dunque, il potere-dovere di vigilare sull'andamento della gestione e di impedimento degli atti pregiudizievoli (art. 2392 c.c.). Può, dunque, accadere che il compimento di un illecito da parte di uno dei svariati soggetti in posizione apicale non rifletta la politica di impresa espressa dal consiglio di amministrazione che, nei casi di delega delle funzioni o di parti di esse, finisce con l'essere un **organo intermedio** (con funzioni di generale sovrintendenza sull'amministrazione) tra l'assemblea e l'organo di vera e propria gestione della società (il comitato esecutivo o gli amministratori delegati). Ne deriva che la frantumazione dei poteri decisionali dell'ente (si pensi alla configurazione organizzativa di tipo "divisionale", segnata dalla presenza di più amministratori di area, da una pluralità di direttori generali o da svariati direttori di stabilimento) fa sì che non sempre i comportamenti delittuosi tenuti da soggetti di vertice risultino rappresentativi della volontà della *societas*.

Ferma questa premessa, quando il legislatore, nel comma 4 dell'art. 6, evoca società di piccole dimensioni, sembra fare riferimento ad enti in cui la compartimentazione orizzontale delle responsabilità, pure presente, denota una ridotta complessità. Si pensi, per fare alcuni esempi, ad una società in cui figurì **un solo amministratore delegato**, oppure vi sia un CdA, che non ha delegato i poteri, e che operi per il tramite di alcune sezioni gestite da direttori generali. Dunque, la situazione prefigurata nel comma in esame pare pur sempre proiettarsi su una compresenza di soggetti apicali, contraddistinta da una limitata complessità verticale ed orizzontale, che favorisce un controllo da parte dell'organismo di vertice (di regola il CdA). Sul piano della teoria della progettazione organizzativa, una simile realtà rimanda alle organizzazioni denominate a "struttura semplice", in cui tra il vertice e la base operativa non compare o è estremamente ridotta la line intermedia (il cd. *middle management*).

Quello che rileva, però, ai fini dell'applicazione dell'art. 6, comma 4, è che vi sia pur sempre una *larvata frammentazione dei processi decisionali*. Ne deriva, pertanto, che la norma non sembra poter trovare applicazione nei casi in cui il vertice non si collochi in posizione sovraordinata rispetto all'organo di gestione: non è, cioè, additabile rispetto alla prevenzione del reato del medesimo ed unico "organo dirigente", che **non può controllare se stesso. Si pensi ad una società governata da un amministratore unico, sprovvista di altre figure apicali (dirigenti, direttori di stabilimento, ecc.): in questa evenienza, è la stessa adozione del modello, ex art. 6, a risultare impraticabile. Per ragioni logiche prima ancora che giuridiche: sarebbe, infatti, impensabile che l'amministratore assumesse il compito di vigilare su se stesso (art. 6, comma 4) o nominasse un organismo interno che abbia il compito di interloquire proprio con il soggetto controllato.**

In conclusione, la norma dell'art. 6, comma 4, appare proiettarsi, con un intento di semplificazione, in direzione di quegli enti in cui sussiste una ridottissima distribuzione orizzontale delle responsabilità, che consenta al vertice aziendale di esercitare, con sufficiente idoneità ed effettività, le funzioni di controllo e di vigilanza altrimenti assegnate ad un separato organismo.

5- L'OdV e la l. 3 agosto 2007, n. 123.

Si è da più parti sostenuto che la l. n. 123 del 3 agosto 2007, nella parte in cui introduce i reati di omicidio colposo e lesioni colpose gravi e gravissime, entrambi commessi in violazione della normativa antinfortunistica e a tutela della salute dei lavoratori, rischia di duplicare inutilmente gli oneri imposti al datore di lavoro dal d. lgs. n. 626 del 1994 con riferimento a due profili: **a) in relazione al documento di valutazioni dei rischi contemplato dall'art. 4 del d. lgs. n. 626/1994; b) quanto ai rapporti tra servizio di prevenzione e protezione e OdV.**

Dal primo punto di vista, non sembra condivisibile la tesi che vede il pericolo di sovrapposizioni tra il documento programmatico e le cautele disegnate all'interno del modello ed anzi, la scelta di adottare un modello di organizzazione e controllo in materia di sicurezza ed igiene sul lavoro è certamente agevolata dal dettato normativo che ha già -in gran parte - tipizzato la griglia di cautele idonee a fronteggiare il rischio - reato, prevedendole peraltro come obbligatorie. Di qui la **straordinaria possibilità** (peraltro, facoltativa), in capo all'ente, di adottare un modello organizzativo che, in parte recepisca, le previsioni normative contenute nel d. lgs. n. 626/1994 (tale ipotesi integrerebbe un *dovere primigenio* dell'ente in termini di colpa di organizzazione e,

dunque, nell'ottica del d. lgs. n. 231/2001) e in parte integri il sistema antinfortunistico legalmente predeterminato, con un insieme ulteriore di cautele strettamente connesse alla prevenzione del rischio reato (l'omicidio colposo e le lesioni colpose gravi e gravissime, nonché le restanti fattispecie previste nel d. lgs. n. 231/2001) nella propria realtà aziendale che saranno, al contempo, rilevanti sia ai sensi dell'art. 4 del d. lgs. n. 626/1994 che ex art. 6 d. lgs. n. 231/2001. Dunque, per le aziende, sotto questo profilo si tratta di una vera e propria opportunità: tramutare l'attuazione di un dovere di legge nel conseguimento di una scusante e/o attenuante ai fini della responsabilità "penale" delle persone giuridiche.

Tuttora problematico è, invece, il coordinamento della criminalità colposa con il criterio di imputazione oggettiva, delineato nell'art. 5 d. lgs. 231/01: quest'ultimo appare teleologicamente orientato su responsabilità individuali dolose, sì che per i fatti colposi si dovrebbe più correttamente parlare, non tanto di reati commessi nell'interesse o vantaggio dell'ente, bensì di fatti collegati all'attività di impresa svolta nell'interesse o a vantaggio dell'ente.

Quanto ai rapporti tra servizio di prevenzione e protezione e OdV le funzioni sopra descritte rendono il secondo incompatibile con il rapporto di diretta dipendenza gerarchica e funzionale dal datore di lavoro che caratterizza, invece, il servizio di prevenzione e protezione. Si tratta, quindi, di organi diversi tra di loro, da tenere distinti e separati.

Passando ora al regime di responsabilità dei membri dell'Organismo di Vigilanza, sotto il profilo penale occorre distinguere l'ipotesi dei reati dolosi, fino al 25 agosto 2007 esclusivamente presupposti dagli artt. 24 ss. d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, quale fonte di "responsabilità amministrativa da reato", dall'ipotesi dei reati colposi, aggiunti per lo stesso effetto dall'art. 9 legge 3 agosto 2007, n. 123, con l'introduzione dell'art. 25-*septies*, dedicato all'"omicidio colposo e lesioni colpose gravi o gravissime, commessi con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro". Nella prima ipotesi (**reati dolosi**), come si è anticipato, data la ritenuta inapplicabilità dell'art. 40, comma 2, c.p., non sembra concepibile una (cor)responsabilità dei membri dell'Organismo di Vigilanza, a "titolo di concorso omissivo nei reati commessi dall'ente", come conseguenza dell'inadempimento colposo dei loro compiti di vigilanza "sul funzionamento e l'osservanza dei Modelli" (salvo, forse, in materia di antiriciclaggio), nonché di "cura del [loro] aggiornamento".

Ciò non toglie, sotto il profilo civile, che lo stesso inadempimento colposo possa rilevare autonomamente sul piano risarcitorio, a titolo di responsabilità contrattuale, *ex art. 1218 c.c.*, nei confronti dell'ente, o a titolo di responsabilità extracontrattuale, *ex art. 2043 c.c.*, nei confronti dei lavoratori o di altri terzi. Nella seconda ipotesi (**reati colposi**), invece, la responsabilità penale dei membri dell'Organismo di Vigilanza è ben configurabile, *ex art. 113 c.p.*, come insegna la casistica giurisprudenziale formatasi intorno al caso - essenzialmente analogo, per quanto qui rileva - dei componenti del servizio di prevenzione e protezione, di cui agli artt. 8 ss. d.lgs. 19 settembre 1994, n. 626. In effetti, secondo la giurisprudenza, questi “sono soltanto dei consulenti e i risultati dei loro studi e delle loro elaborazioni, come in qualsiasi altro settore dell'amministrazione dell'azienda (ad esempio, in campo fiscale, tributario, giuslavoristico), vengono fatti propri dal vertice che li ha scelti e che della loro opera si avvale per meglio ottemperare agli obblighi di cui è esclusivo destinatario” [perciò essi “non rispondono in quanto tali per la mancata attuazione delle misure prevenzionali”]. “Ciò non che esclude che il responsabile del servizio di prevenzione e protezione possa essere chiamato a rispondere, anche penalmente, per lo svolgimento della propria attività: questi, infatti, qualora agendo con imperizia, negligenza, imprudenza o inosservanza di leggi e discipline, abbia dato un suggerimento sbagliato o abbia **trascurato di segnalare** una situazione di rischio [che “avrebbe avuto l'obbligo di conoscere e segnalare”], inducendo così il datore di lavoro a omettere l'adozione di una doverosa misura prevenzionale, risponderà insieme a questi dell'evento dannoso derivatone, essendo a lui ascrivibile a titolo di colpa professionale che può assumere anche un carattere addirittura esclusivo”⁴.

Peraltra la portata delle conclusioni di cui *supra* risulta circoscritta sia dai limiti intrinseci ai compiti dell'Organismo di Vigilanza (*ex art. 6, comma 1, lett. b*), d.lgs. 231/2001), sia dai limiti di conoscenza o conoscibilità degli eventi rilevanti (*ex art. 6, comma 2, lett. d*). In effetti, come precisato dalle Linee Guida Confindustria, all'Organismo di Vigilanza “sono devoluti compiti di controllo

- non in ordine alla realizzazione dei reati, ma al funzionamento ed all'osservanza del Modello [...]”,
- ovvero “degli eventuali scostamenti comportamentali che dovessero emergere dall'analisi dei flussi informativi e dalle segnalazioni alle quali sono tenuti i responsabili delle varie funzioni”.

⁴ Cass. Pen., Sez. IV, 31 marzo 2006, n. 11351.

La prima precisazione richiama alla memoria l'orientamento giurisprudenziale formatosi in una materia essenzialmente analoga, sotto il profilo della proceduralizzazione: "in materia di infortuni sul lavoro, le responsabilità del datore di lavoro relative a società di rilevanti dimensioni possono concernere solo i profili organizzativi [...] il cui corretto funzionamento esonera l'imprenditore da responsabilità di livello intermedio e finale". A proposito merita ricordare il rilievo dell'eventuale "accertamento di infrazioni in ordine alle procedure adottate", che secondo la giurisprudenza manifesta l'inadeguatezza di "un assetto organizzativo [...] ove sia espressione di un comportamento generalizzato, desumibile dall'ampiezza della diffusione del fenomeno", e non anche nell'ipotesi di "autonoma iniziativa deviante".

La seconda precisazione richiama alla memoria quanto affermato in un'altra materia essenzialmente analoga, sotto il profilo degli obblighi di controllo dell'"adeguatezza e dell'effettiva applicazione" di procedure, da parte del "dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili e societari" di cui all'art. 154-*bis* TUF: "il criterio della diligenza professionale [...], in concreto, impone al soggetto di adottare tutte le cautele e le regole tecniche necessarie al corretto svolgimento dell'incarico, che si traduce anche nel dovere di agire in modo informato, ma che non può estendersi fino a ricomprendere il dovere di conoscere personalmente ogni dato o informazione rilevante della società. L'impossibilità di pretendere da parte del dirigente preposto la conoscenza personale di ogni dato e informazione può dare luogo a una limitazione della responsabilità, purché però sia assicurato un sistema di flussi informativi endosocietari efficiente, che renda affidabili le informazioni e i dati raccolti".

6 - La responsabilità penale personale dei componenti dell'OdV anche alla luce del d. lgs. n. 231 del 21 novembre 2007.

In linea generale, in merito alla responsabilità penale personale dei singoli membri dell'OdV ai sensi del combinato disposto dell'art. 40 capoverso c.p. e 110 c.p., sino ad ora la dottrina ha assunto posizioni diverse. Quanto alla giurisprudenza, non esistono al momento, pronunce giurisdizionali sul tema. Punto di riferimento al riguardo è la giurisprudenza sulla responsabilità dei sindaci.

Parte della dottrina, ha infatti manifestato il timore che, grazie al combinarsi dell'istituto concorsuale con il reato omissivo improprio, venga costruita una vera e propria posizione di garanzia in capo ai membri dell'OdV. L'istituto ha, in passato, trovato fertile campo di applicazione nell'attività dei sindaci, grazie anche ad un disinvolto uso

giurisprudenziale del *dolo eventuale*, che, spinto fino ad abbracciare la mera violazione degli obblighi di controllo e di vigilanza, in presenza di situazioni di rischio, si è trasfigurato in una sorta di *dolus in re ipsa* che consentirebbe di ricondurre sotto l'egida di fattispecie dolose, comportamenti sostenuti tutt'al più da un mero coefficiente soggettivo colposo. In tale prospettiva il rischio è quello che si ritenga di configurare in capo ai componenti dell'OdV una vera e propria posizione di garanzia volta all'impedimento dei reati rientranti nelle finalità preventive del modello di organizzazione e gestione, rispetto al quale gli stessi sono chiamati ad esplicare il proprio compito di vigilanza.

In realtà, autorevole dottrina che va condivisa, ha chiarito come la presenza di un mero obbligo di sorveglianza – di cui è titolare l'OdV -, vada tenuta distinta dalla posizione di garanzia, che invece presuppone la titolarità di un determinato fascio di poteri, idonei a consentire allo stesso di adempiere in modo adeguato ed efficace ai propri obblighi.

Nello stesso senso depone l'impianto della 231: la legge si limita a contemplare un meccanismo che l'autonomia privata può attuare volto a ridurre il "rischio reato", incentivandone l'adozione con l'esenzione da responsabilità dell'ente. Siamo ben lontani dalla creazione di effettive posizioni di garanzia.

Apparentemente non depone, invece, in tal senso la novella introdotta dal d. lgs. n. 231 del 21 novembre 2007 che, agli art. li 52 e 55, comma 5, pone a carico dell'OdV una serie di obblighi di comunicazione sanzionati penalmente relativi a specifiche infrazioni in tema di operazioni sospette, comunicazioni all'autorità di vigilanza ed altro.

Si tratta di una previsione che lascia ferme le precedenti disposizioni delle leggi speciali e, dunque, anche del d. lgs. n. 231/2001, ma che – in ogni caso- appare contraria allo spirito del sistema complessivo della responsabilità delle persone giuridiche che disegna l'organismo di vigilanza come soggetto controllore, privo di poteri autonomi di iniziativa. Certo è che la novella conferma la tesi che, in mancanza di una previsione espressa, l'OdV non può considerarsi titolare di una posizione di garanzia.

In effetti, è assolutamente prevalente l'opinione che esclude che la nomina nell'Organismo di Vigilanza determini la costituzione di "un'autentica posizione di garanzia rilevante sul piano penalistico", ai sensi e per gli effetti del citato art. 40, comma 2, c.p., dato che, da una parte, l'obbligo giuridico di cui alla norma penalistica, si fonda "secondo la ricostruzione preferibile, su espliciti poteri doveri *impeditivi* e non

sulla base di un generale dovere di *sorveglianza*⁵; d'altra parte, devono, in linea di principio, ritenersi *estranei all'Organismo di Vigilanza poteri di intervento impeditivi* nei confronti di comportamenti irregolari o illeciti e poteri disciplinari o sanzionatori diretti⁴³ (fatta eccezione, forse, per quanto implicato dall'art. 52 del d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231, con gli obblighi di comunicazione posti in capo "all'Organismo di Vigilanza", nei confronti delle "autorità di vigilanza di settore", del "Ministero dell'Economia" e della "UIF", in materia di "antiriciclaggio").

In sostanza, pertanto, l'Organismo di Vigilanza si trova ad essere oggetto di obblighi di comunicazione - interni ed esterni - il cui mancato adempimento è soggetto a sanzione.

Un discorso a parte merita la rilevanza delle nuove disposizioni sotto il profilo dell'eventuale responsabilità dell'Organismo di Vigilanza ai sensi dell'art. 40, comma 2, c.p.. Se infatti l'applicabilità di tale disposizione all'Organismo in esame ad oggi ha trovato come principale ostacolo la mancanza di una posizione di garanzia rispetto al bene giuridico protetto (il controllo atterrebbe non tanto la realizzazione dei reati, quanto il funzionamento e l'osservanza del Modello Organizzativo), la nuova formulazione pone serie perplessità. Il testo dell'art. 52 d.lgs. 231/2007 già dal comma 1 attribuisce all'Organismo il compito di vigilare sull'osservanza delle disposizioni di cui al decreto stesso. Non più sul funzionamento del semplice Modello (interno), quindi, ma sull'osservanza di disposizioni di legge (del resto anch'esse di natura preventiva). Non può sfuggire una sostanziale differenza dei ruoli: nel primo caso la supervisione avviene sulla base di criteri interni la cui rilevanza esteriore sotto il profilo penalistico difficilmente può tradursi in un obbligo giuridico di impedire un evento, mentre nel secondo si può forse rilevare l'emersione di un simile obbligo, posto che all'Organismo è richiesto di vigilare sull'osservanza di disposizioni di legge appositamente definite come di prevenzione alla commissione di reati (e la cui inosservanza comporta a propria volta sanzioni di natura penale). Anche in questo caso è d'obbligo attendere le prossime posizioni di dottrina e giurisprudenza; tuttavia pare a chi scrive che l'ipotesi di una responsabilità per l'Organismo di Vigilanza *ex art. 40, comma 2, c.p.* si sia fatta meno remota.

⁵ Si veda, tra le altre, la recente decisione: Cass. pen., sez. IV, 30 novembre 2007, n. 44777; *id.*, 4 luglio 2007, n. 25527, ric. C., per cui non è sufficiente "l'esistenza dell'obbligo generato dal contratto [...] [ma] occorre che vi sia l'effettivo trasferimento al garante derivato dei poteri doveri impeditivi non solo giuridici, ma anche fattuali".

Dal che possono scaturire una serie di implicazioni pratiche, di cui alcune di immediata percezione. Innanzitutto il ruolo di membro dell'Organismo di Vigilanza assume un profilo di rischio sensibilmente più elevato; la presenza di obblighi esterni e di sanzioni penali ridurrà probabilmente il numero di coloro che sono disposti ad assumerne il ruolo, aumentandone nel contempo i compensi richiesti. Il che comporterà un maggiore onere per l'ente, nonché la probabile cristallizzazione di figure professionali "specializzate" nell'attività di Organismo di Vigilanza. Anche l'attività svolta dall'Organismo stesso potrebbe subire una forte modifica: a fronte dell'esistenza di stringenti obblighi normativi, è presumibile che l'Organismo di Vigilanza concentrerà la propria attenzione sul corretto adempimento degli obblighi in materia di antiriciclaggio, relegando la vigilanza sulle altre aree di rischio ad un ruolo subordinato. Il rischio paventato è pertanto che gli Organismi di Vigilanza degli enti soggetti al d.lgs. 231/2007 si trasformino in una sorta di supervisore dell'antiriciclaggio (funzione di per sé utile), che tuttavia si trovi a non poter dedicare molte risorse alla prevenzione di altri reati. Del resto, anche in un'ottica di gestione del rischio secondo un approccio *top-down*, l'Organismo di Vigilanza riterrà (giustamente) che il rischio maggiore risieda ove questo potrà essere chiamato a rispondere penalmente e pertanto considererà questa l'area cui dedicare la maggiore cura.

AVV. VALERIA ATTILI

Docente a contratto di diritto penale del lavoro presso l'Università degli Studi di Macerata – sezione distaccata di Iesi