

**SCUOLA DI SPECIALIZZAZIONE PER LE PROFESSIONI LEGALI**

Anno accademico 2014-2015

Modulo sulla “Responsabilità nelle organizzazioni complesse  
e responsabilità da reato degli enti”.

**L’ORGANISMO DI VIGILANZA EX D. LGS. 231/2001:**

**RUOLO E RESPONSABILITÀ.**

*Relazione a cura della Dott.ssa Chiara Maglio e dell’Avv. Michele Bonsegna.*

## 1.- LE NOVITA' INTRODOTTE DAL D. LGS. 231/2001.

Con il decreto legislativo 231/2001 il legislatore ha introdotto nell'ordinamento una forma di responsabilità "amministrativa" degli enti per i reati commessi dai soggetti collocati ai vertici della struttura aziendale e per gli illeciti compiuti dai propri dipendenti.

Una scelta di tale portata può essere annoverata nel quadro delle opzioni politico-criminali di responsabilizzazione degli enti, in un'ottica preventivo-deterrente volta alla dissuasione dalla commissione dei reati.

Si è cercato, dunque, di dare coesione ai diversi fenomeni di intonazione punitiva rinvenendo modelli di attribuzione della responsabilità in grado di offrire nuovi spunti alla giustizia penale che, al contempo, assicurassero il rispetto delle garanzie penalistiche.

Muovendo dall'assunto secondo cui l'illecito commesso in un contesto imprenditoriale affonda le proprie radici in una struttura organizzata, la *ratio* del decreto è quella di colmare un *vulnus* di tutela, una zona di impunità che potrebbe facilmente avallare e alimentare una cultura criminale all'interno delle dinamiche aziendali.

Il riconoscimento della responsabilità delle persone giuridiche costituisce una svolta nell'ordinamento interno in quanto sancisce il tramonto del dogma "*societas delinquere non potest*".

Non è mancato chi ha definito tale opzione legislativa una "rivoluzione copernicana" che ha portato il legislatore a dover ridisegnare alcuni snodi fondamentali del paradigma imputativo penale. Si pensi al principio di colpevolezza o alla presunzione di innocenza (*rectius* di non colpevolezza)<sup>1</sup>.

Nonostante la portata innovativa della normativa in oggetto il legislatore, prediligendo un approccio di cautela, ha optato per una forma di responsabilità "amministrativa".

A ben vedere, tuttavia, si tratta di una responsabilità discendente da reato, legata alle garanzie del processo penale.

Essa si discosta dal paradigma dell'illecito amministrativo ricavabile dalla l. 689 del 1981 dando vita ad un *tertium genus* che tenta di bilanciare le esigenze repressivo-punitive con il rispetto delle ineludibili garanzie del sistema penale<sup>2</sup>.

L'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o vantaggio dai soggetti che appartengono alla struttura verticistica aziendale e/o dai propri dipendenti (soggetti sottoposti).

Si sottolinea, altresì, come la responsabilità dell'ente non operi rispetto a qualsivoglia reato perpetrato dal soggetto apicale o dal sottoposto.

I reati dalla cui commissione discende la responsabilità amministrativa dell'ente (c.d. reati presupposto) sono indicati negli artt. da 24 a 25 *duodecies* e costituiscono una categoria in continua evoluzione e in via di espansione.

<sup>1</sup> In proposito PALIERO C.E., *Dieci anni di "corporate liability" nel sistema italiano: il paradigma imputativo nell'evoluzione della legislazione e della prassi*, in *Le Società*, Anno XXX, 5.

<sup>2</sup> In tal senso, *Relazione intergovernativa al Decreto legislativo 8 giugno 2001 n. 231*.

Qualora l'illecito sia commesso da soggetti estranei alla struttura verticistica dell'ente, la responsabilità discenderebbe da un difetto di vigilanza e controllo e dalla violazione di modelli organizzativi finalizzati alla prevenzione della commissione degli illeciti (art. 7).

Diversamente, nelle ipotesi in cui il reato sia realizzato dai soggetti in posizione apicale, il comportamento delittuoso dell'autore materiale dell'illecito è rappresentativo della volontà della società.

In tal caso, operando un meccanismo di inversione dell'onere della prova, sarà l'ente a dover provare

- 1) di aver adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, *“modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi”*;
- 2) di aver affidato il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e di curare il loro aggiornamento ad un *“organismo interno”* dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo;
- 3) che le persone hanno commesso il reato *“eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e gestione”* di cui al n. 1m<sup>3</sup>.

Emerge in maniera evidente l'intento preventivo che il legislatore persegue attraverso il richiamo ai modelli di organizzazione, gestione e controllo del rischio reato, indirizzati alla prevenzione degli illeciti e alla scoperta della loro esistenza.

Sull'ente, dunque, incombe un dovere di organizzazione mancando il quale potrà facilmente essere ravvisabile una colpa di organizzazione, colpa che diviene categoria centrale dell'impianto normativo delineato dal decreto 231/2001<sup>4</sup>.

## 2.- IL MODELLO ORGANIZZATIVO GESTIONALE.

Il D.Lgs. 231/01 delinea il contenuto dei modelli di organizzazione e di gestione, prevedendo che gli stessi, in relazione all'estensione dei poteri delegati e al rischio di commissione dei reati, devono individuare le attività e prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni della società in relazione ai reati da prevenire.

Una società per esimersi dalla responsabilità deve dimostrare di avere adottato, con specifica delibera, un idoneo modello di organizzazione, gestione e controllo (il c.d. Modello Organizzativo) e di aver verificato l'efficacia attraverso un organismo interno dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo (c.d. Organismo di Vigilanza). La responsabilità, come anticipato nella narrativa che precede, potrà essere esclusa se l'Ente, prima della commissione del reato, avrà adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire i reati commessi.

Il modello organizzativo, per poter ambire alla idoneità richiesta dall'art. 6 del decreto, deve essere periodicamente implementato e aggiornato e l'Organismo di Vigilanza dovrà verificare il rispetto delle norme interne, grazie anche all'ausilio di un

---

<sup>3</sup> Cfr. CARLO PIERGALLINI, *Persone giuridiche (resp. da reato delle)*

<sup>4</sup> In proposito, *ibidem*.

sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello stesso.

## **2.1.- LE FASI DI PROGETTAZIONE E APPROVAZIONE DEL MODELLO ORGANIZZATIVO.**

La progettazione vera e propria di un Modello organizzativo, affinché risulti idoneo, efficace, efficiente ed adeguato, necessita di una serie di fasi, necessarie ed indispensabili nel rispetto delle quali si dovrà

- a) in primis, predisporre un esame preventivo del sistema di controllo interno (c.d. SCI) e di una valutazione della sua conformità rispetto agli standard in materia;
- b) poi, procedere alla mappatura dei processi e delle attività aziendali;
- c) identificare le singole attività (primarie e secondarie), definire una mappatura delle aree a rischio reato attraverso l'individuazione dei fattori di rischio; l'analisi e la valutazione degli stessi; la stigmatizzazione delle possibili strategie da adottare.

Solo successivamente all'espletamento di dette fasi, si potrà procedere con la progettazione in concreto del Modello Organizzativo con l'individuazione dei meccanismi di controllo specifici (c.d. protocolli gestionali) idonei a ridurre o eliminare il rischio di commissione di illeciti.

Pertanto, il Modello è costituito da:

- una parte generale: composta da una parte introduttiva, concernente la società, le esigenze ex d.lgs. 231/01, la strutturazione del Modello, il Codice Etico, le regole di formazione ed informazione con riferimento al Codice Etico ed al Modello, le regole di funzionamento dell'O.d.v. ed il sistema disciplinare.
- una parte speciale: composta dalla mappatura dei rischi societari e dai protocolli gestionali atti a scongiurare il verificarsi delle condotte che esporrebbero l'Ente alla commissione di uno dei reati annoverati agli articoli 24 e 25 del decreto in questione.

La parte generale, la parte speciale, le rispettive appendici e tutti gli eventuali allegati saranno parte integrante del Modello di organizzazione e gestione societario.

Una volta completata la fase di progettazione del modello, questo dovrà essere approvato dall'Organo amministrativo della società a mezzo di idonea delibera societaria, con la quale – al contempo – verrà nominato l'Organismo di vigilanza, che curerà il successivo controllo del rispetto delle regole adottate dalla società.

### 3.- L'ORGANISMO DI VIGILANZA.<sup>5</sup>

Affinché il modello di organizzazione possa assolvere la funzione di controllo e di prevenzione che gli compete risulta imprescindibile la previsione di un apposito Organismo di Vigilanza (O.d.v.).

Infatti, ai sensi dell'art. 6, comma 1, lett. b.) l'ente è esente da responsabilità se prova che *"il compito di vigilare sul funzionamento e sull'osservanza dei modelli, di curare il loro aggiornamento"* è affidato ad *"un organismo dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo"*.

Nell'istituire il Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo l'ente deve provvedere alla nomina di un organismo munito di specifiche competenze ed elevata professionalità che possa garantire con continuità di azione la vigilanza sull'efficacia, sull'adeguatezza, e sul rispetto del modello 231<sup>6</sup>.

In proposito, si segnala l'ordinanza del Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Roma, 4-14 aprile 2003, secondo cui l'O.d.v. non può e non deve avere compiti operativi che, facendolo partecipe delle decisioni dell'ente, potrebbero pregiudicarne la serenità di giudizio al momento delle effettuazioni delle verifiche."

È evidente come i compiti assegnati all'O.d.v. si caratterizzino per un grado di tecnicismo fortemente marcato che presuppone e richiede ai suoi membri un elevato *standard* di professionalità.

L'Organismo di Vigilanza ha il compito di accertare l'esistenza e l'osservanza di un codice etico e disciplinare; verifica, altresì, che dalla compagine organizzava e strutturale dell'ente emergano e siano facilmente individuabili le attribuzioni dei poteri decisionali e le correlate responsabilità.

Al termine di un'attenta attività di mappatura dei rischi, tenendo conto della natura dell'attività svolta dall'ente, deve individuare la strategia preventiva finalizzata a minimizzare la probabilità di realizzazione di eventi delittuosi.

In proposito, l'O.d.v. effettua un'attività di monitoraggio sull'efficienza dei canali di comunicazione aziendali interni e sull'efficienza dei sistemi preventivi nonché sull'adeguatezza della progettazione, sull'aggiornamento e sull'operatività del Modello organizzativo.

Perché l'O.d.v. possa assolvere con efficienza il compito che gli è stato attribuito dal legislatore, i componenti dell'Organismo devono possedere dei requisiti specifici.

Tra questi primaria importanza riveste l'onorabilità che, pur non essendo tipizzata espressamente dal legislatore del 2001 è, tuttavia, imprescindibile al fine di garantire la credibilità dell'attività svolta dall'organismo.

Il contenuto del requisito di onorabilità può essere desunto attraverso il riferimento alle norme del codice civile e alle leggi speciali.

Si potrebbe, dunque, affermare che è sprovvisto del requisito di onorabilità

- chi si trova in uno stato di interdizione temporanea o di sospensione dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese;

<sup>5</sup> Il contenuto è tratto da AO.D.V. 231,1 febbraio 2010.

<sup>6</sup> LEDDA F. – GHINI PATRIZIA, *Organismo di vigilanza: nomina e aspetti teorici e pratici*

- chi si trova in una delle condizioni di ineleggibilità o decadenza previste dall'art. 2382 del codice civile;
- chi è stato sottoposto a misure di prevenzione ai sensi della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 o della legge 31 maggio 1965, n. 575 e successive modificazioni e integrazioni, salvi gli effetti della riabilitazione;
- chi ha riportato condanna, anche se con pena condizionalmente sospesa, salvi gli effetti della riabilitazione,
  - per uno dei delitti previsti dal regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 (legge fallimentare);
  - per uno dei delitti previsti dal titolo XI del libro V del codice civile (società e consorzi):
  - per un delitto non colposo, per un tempo non inferiore a un anno;
  - per un delitto contro la pubblica amministrazione, contro la fede pubblica, contro il patrimonio, contro l'economia pubblica;
  - per uno dei reati previsti dalle norme che disciplinano le attività bancarie, finanziaria, mobiliare, assicurativa e dalle norme in materia di mercati e valori mobiliari, di strumenti di pagamento.

L'elenco suindicato non riveste carattere tassativo. Nulla osta, infatti, a che il requisito dell'onorabilità possa essere implementato attraverso il richiamo alle disposizioni presenti all'interno dello Statuto sociale.

Secondo alcune pronunce giurisprudenziali l'onorabilità verrebbe meno anche a seguito di una sentenza di condanna non passata in giudicato.

Una soluzione di tale portata potrebbe generare un attrito con il principio di colpevolezza; tuttavia, non essendo l'onorabilità espressamente tipizzata dal legislatore, nel suo contenuto, nulla osta a che i Modelli organizzativi precludano l'eleggibilità o prevedano la decadenza dei membri dell'O.d.v. anche in relazione a una mera sentenza di condanna non definitiva.

Il delicato compito che L'Organismo di Vigilanza svolge all'interno della compagine organizzativa dell'ente presuppone, si è detto, una elevata professionalità dei membri dell'O.d.v..

Le Linee Guida di Confindustria indicano la professionalità come "il bagaglio di strumenti e tecniche che l'Organismo deve possedere per poter svolgere efficacemente l'attività assegnata...".

Le competenze richieste varieranno in relazione alla natura e all'oggetto dell'attività svolta dall'ente e incideranno, altresì, sulla composizione (monocratica o collegiale) dello stesso Organismo.

Tra gli enti medio grandi prevale la diffusione di un Organismo a composizione mista, formata da membri interni e esterni alla struttura organizzativa dell'ente.

La collegialità garantisce la presenza del bagaglio culturale e delle competenze necessarie allo svolgimento delle attività a cui l'Organismo deve adempiere.

La componente mista, al contrario, tutela e preserva l'indipendenza dell'Organismo e quindi, al contempo, l'effettività dell'attività preventiva e di controllo che esso svolge.

Nelle società più piccole e nelle società non quotate, al contrario, prevale l'adozione di un organismo monocratico che corrisponde, di sovente, alla figura dell'*Internal Auditor*.

Le ricerche condotte dall'Università di Pisa e da AIIA nel 2004 – confermate, altresì, dalle indagini compiute in anni successivi - in relazione alla composizione dell'Organismo di Vigilanza collegiale hanno individuato, con percentuali variabili a seconda degli anni, la presenza preponderante della figura dell'*Internal Auditor*, seguita da quella di amministratori indipendenti e, in misura marginale, la presenza di membri del collegio sindacale e del responsabile dell'ufficio legale. Sporadica la presenza nell'O.d.v. del responsabile della funzione risorse umane. Gli studi confermano la presenza nell'Organismo di membri esterni all'ente.

Per garantire la continuità di azione dell'O.d.v. profilo determinante riveste la durata dell'incarico che dovrà essere indicata nel Modello di Organizzazione.

Con riferimento ai membri interni alla compagine aziendale la permanenza nell'O.d.v. coinciderà con la corrispondente durata dell'incarico ricoperto nell'ambito della struttura organizzativa dell'ente.

Il modello organizzativo dovrà, altresì, tipizzare e disciplinare le ipotesi di revoca dei membri dell'O.d.v. o dell'Organismo *in toto*.

Dibattuta è la questione concernente l'individuazione dell'organo adibito alla revoca dei membri dell'Organismo. Prevalente è la tesi che attribuisce la competenza al Consiglio di Amministrazione, organo competente alla nomina dell'Organismo di vigilanza.

Il Decreto non detta alcun tipo di disposizione in relazione al compenso per l'attività svolta dai membri dell'Organismo di Vigilanza.

Tuttavia, la necessità di una remunerazione non pare possa essere messa in discussione.

D'altra parte, la presenza all'interno dell'O.d.v. di soggetti che ricoprono già all'interno dell'ente funzioni di controllo in virtù di un rapporto di lavoro autonomo – si pensi ad esempio al componente del Collegio Sindacale – o dipendente – *Internal Auditor* – potrebbe garantire una riduzione dei costi legati ai compensi per l'attività di vigilanza svolta.

Pacifica è, altresì, l'opportunità di riconoscere un compenso ai professionisti esterni.

Con riferimento alla quantificazione del compenso è di ausilio il D.P.R. 645/94, nella parte in cui disciplina il compenso per l'esercizio delle funzioni di sindaco.

Nell'ipotesi in cui il Consiglio di Amministrazione o lo stesso Organismo elegga al proprio interno un Presidente, similmente a quanto accade all'interno di un Collegio

Sindacale in cui sia parimenti nominato un Presidente, è applicabile quella prassi che prevede una remunerazione in misura superiore rispetto agli altri membri, così come prevede la Tariffa dei Dottori Commercialisti all'art. 37, comma 5.

L'Organismo di Vigilanza deve operare in autonomia.

Richiamata espressamente dal Legislatore, l'autonomia comporta una piena libertà nella definizione del regolamento operativo, del piano di *audit* e nella individuazione del tipo di attività da svolgere.

All'O.d.v. deve essere garantita piena libertà di accesso ai dati e alle informazioni aziendali; deve essere, altresì, garantita la possibilità di disporre di un *budget* adeguato per le esigenze correlate all'espletamento degli ordinari compiti di vigilanza e controllo e una possibilità di spesa destinata a fronteggiare specifiche esigenze di indagine in circostanze particolari.

#### **4.- MODIFICHE ALL'ART. 6. DEL D. LGS. 231/2001. ATTRIBUZIONE AL COLLEGIO SINDACALE DELLA FUNZIONE DI ORGANISMO DI VIGILANZA<sup>7</sup>.**

Nell'ottobre-novembre del 2011, nell'ambito del programma di elaborazione del decreto- sviluppo, era stata avanzata la proposta di inserire all'interno dell'art. 6 del D. Lgs. 231/2001 un comma *4-bis* ai sensi del quale <<nelle società di capitali, ove lo statuto o l'atto costitutivo non dispongono diversamente, il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza e il comitato per il controllo di gestione coordinano il sistema dei controlli della società e svolgono le funzioni dell'Organismo di Vigilanza di cui al comma 1 lett. b).

L'attribuzione delle funzioni di O.d.v. ai membri del collegio sindacale era stata, in verità, una soluzione che aveva da sempre suscitato forti perplessità in dottrina.

Come posto in risalto da un'autorevole associazione, (*Assonime*, Noti e Studi n. 6/201) se da una parte una soluzione di tale portata avrebbe comportato una razionalizzazione del sistema dei controlli all'interno del sistema societario, d'altro canto <<la mancata conoscenza del business specifico da parte del Collegio Sindacale>> avrebbe potuto causare una carenza di efficienza del controllo stesso.

Non sarebbe apprezzabile tale scelta neanche nell'ottica di una razionalizzazione e riduzione dei costi. Il risultato sarebbe, infatti, un mero incremento dei compensi corrisposti ai sindaci.

Una soluzione di tale portata avrebbe comportato la scomparsa dell'Organismo di Vigilanza e l'attribuzione di tutte le sue funzioni al Collegio Sindacale.

Il legislatore, constatando il ruolo centrale svolto negli anni dagli O.d.v. nell'ottica di prevenzione dei reati e tenendo a cuore l'intento di preservarne la professionalità, l'indipendenza e l'autonomia della struttura di controllo, ha mitigato la portata innovativa della nuova norma.

Infatti, l'art. 6 comma *4-bis* nella sua versione definitiva recita: "Nelle società di capitali il sindaco, il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza e il comitato per il

---

<sup>7</sup> Il contenuto è tratto da AO.D.V. 231, 23 marzo 2012.



controllo della gestione possono svolgere le funzioni dell'organismo di vigilanza di cui al comma 1, lettera b)".

Le Linee Guida emanate dalle principali associazioni imprenditoriali hanno fortemente criticato l'opzione di affidare il ruolo di Organismo di Vigilanza al Collegio Sindacale.

In proposito le Linee Guida ABI, che reputano il Collegio Sindacale sprovvisto dei necessari poteri di autonomia e di controllo cui fa riferimento il decreto.

Ancora, le Linee Guida di Confindustria non ritengono possibile riscontrare la continuità di azione che il legislatore richiede ad un Organismo di vigilanza.

Attribuire una simile funzione al Collegio Sindacale porrebbe, in primo luogo, dei problemi in merito alla *governance* societaria.

Il Collegio Sindacale, infatti, nominato dall'assemblea dei soci ha il compito di vigilare sull'osservanza della legge e dello statuto societario. Vigila, altresì, sull'assetto organizzativo e contabile.

Nell'esercizio di tali funzioni il Collegio può esercitare un'attività ispettiva anche nei riguardi degli amministratori.

Il risultato è che il Collegio Sindacale si troverebbe nella paradossale situazione di dover esercitare il controllo su un organo dal quale dipende in qualità di O.d.v..

Si ricordi, infatti, che l'adozione del modello, la nomina dell'organismo di vigilanza, la determinazione del compenso e del *budget* è di competenza del Consiglio di amministrazione.

Una situazione di tal tipo contrasterebbe con il requisito dell'indipendenza, requisito richiesto anche ai membri del Collegio Sindacale.

Ai sensi dell'art. 2399 c.c., infatti, vige per i sindaci il divieto di intrattenere con la società rapporti continuativi di consulenza o di prestazione d'opera retribuita. Si pongono nella stessa direzione le norme di comportamento dei dottori commercialisti, nonché l'art. 148 TUF. Orbene, certamente l'assolvimento dei compiti richiesti a un O.d.v. implica un rapporto continuativo di consulenza e di prestazione d'opera retribuita.

Non manca chi ravvisa un'incompatibilità tra l'essere membro del Collegio Sindacale e al contempo membro dell'Organismo di Vigilanza, incompatibilità scaturita da un intrinseco conflitto di interessi.

Il Collegio Sindacale, infatti, svolge un'attività che per sua natura potrebbe facilmente condurre alla commissione di alcune tipologie di reato.

Ai membri degli O.d.v. è richiesto, inoltre, un livello di competenze in materia giuridica e soprattutto penalistica di cui il Collegio non necessariamente dispone.

In proposito si segnala una Circolare ABI n. 1/2012 in cui si sottolinea come l'affidamento delle funzioni di Organismo di Vigilanza al Collegio Sindacale deve passare attraverso la "valutazione sulle professionalità che il collegio sindacale esprime e, quindi, se del caso, integrarne la composizione con professionalità in grado di meglio assolvere i nuovi compiti attribuiti all'organismo".

Un altro profilo di fondamentale importanza concerne la responsabilità.

Il Collegio Sindacale, infatti, ricopre una posizione di garanzia definita propria, che, ai sensi dell'art. 40, secondo comma, riconosce la responsabilità dello stesso Collegio per non aver impedito la commissione degli illeciti.

Qualora esso rivestisse al contempo la funzione di Organismo di Vigilanza potrebbe essere ritenuto responsabile per tutti i reati il cui compimento non sia stato impedito – anche, dunque, i reati presupposto indicati nel Decreto 231 - con l'effetto di allargare e appesantire la responsabilità del Collegio Sindacale.

Ne deriverebbe che estendere all'O.d.v. la posizione di garanzia propria del Collegio Sindacale finirebbe per associare in un organo sociale, investito di responsabilità di natura pubblicistica e con rilevanza esterna all'ente, le funzioni di natura prettamente interna quali sono quelle dell'Organismo di Vigilanza.

Tra i membri dell'Organismo di Vigilanza e i membri del Collegio Sindacale è, dunque, riscontrabile un'autonomia di tipo funzionale. Su entrambi pende un dovere di vigilanza sull'adeguatezza che, nel caso del collegio sindacale è adeguatezza sull'intero assetto organizzativo della società, mentre nel secondo caso si traduce in un controllo di adeguatezza del modello organizzativo, al fine di prevenire la commissione dei reati presupposto.

È opportuno, dunque, un giusto coordinamento tra i due organi finalizzato alla predisposizione di un adeguato scambio di informazioni tra i due soggetti in questione<sup>8</sup>.

## 5.- LA COMUNICAZIONE E LA FORMAZIONE<sup>9</sup>.

Un Modello organizzativo efficace ed efficiente non può prescindere da una concreta informazione e formazione dei suoi destinatari.

In proposito, si parla di comunicazione con riferimento a quei processi aziendali finalizzati a veicolare il flusso informativo all'interno e all'esterno dell'ente, nonché ai protocolli adottati dall'ente per prevenire la commissione di reati presupposto.

La comunicazione ai destinatari esterni alla compagine organizzativa dell'ente potrà avvenire facendo riferimento a differenti canali quali la pubblicazione sui siti internet o attraverso l'allegazione alla documentazione contrattuale.

La comunicazione in caso di destinatari interni potrà avvenire attraverso la pubblicazione sui siti intranet, attraverso l'esposizione sulle bacheche aziendali o attraverso la consegna manuale di materiale cartaceo.

Requisito imprescindibile è la tracciabilità dell'attività comunicativa che permette di palesare ed attestare i risultati raggiunti.

Con il termine "formazione", diversamente, si intende fare riferimento a quei processi finalizzati a dotare i destinatari degli strumenti necessari alla marginalizzazione del rischio della commissione di un reato.

Il processo formativo è differenziato in base al livello gerarchico, alla professionalità e alle mansioni svolte dai soggetti destinatari.

---

<sup>8</sup>In proposito, *Andrea Scafidi e Silva Annovazzi su [www.rivista231.it](http://www.rivista231.it)*

<sup>9</sup> Il contenuto è tratto da AO.D.V. 231, 4 giugno 2012.

Il processo formativo riguardo i contenuti base, afferenti alle tematiche “istituzionali” concernenti il decreto legislativo 231/2001, sarà rivolta alla quasi totalità dell’organizzazione aziendale.

Una formazione di livello elevato sarà destinata a coloro che, in relazione alla tipologia dell’attività svolta, presentano una maggiore predisposizione alla commissione dei reati.

Si parla, altresì, di “contenuti a richiesta”, con riferimento a quella attività formativa che potrebbe nascere in virtù di esigenze particolari o su iniziativa dell’Organismo di Vigilanza.

L’attività di formazione deve rivestire i caratteri della pianificazione, tracciabilità, continuità e obbligatorietà.

La pianificazione sarà strumentale all’individuazione delle esigenze formative dei destinatari e all’individuazione dei contenuti su cui l’attività formativa dovrà focalizzarsi.

La tracciabilità, alla stregua di quanto suindicato in tema di comunicazione, sarà destinata a fornire la prova dell’attività di formazione avuto riguardo ai contenuti, alle modalità e ai livelli di formazione raggiunti.

La continuità garantisce una formazione apprestata a livelli di conoscenza costanti e crescenti.

Dal carattere dell’obbligatorietà, infine, ne discende l’obbligo di sanzionare l’ingiustificata e reiterata mancanza di partecipazione all’attività formativa.

L’Organismo di Vigilanza svolge un ruolo di primaria importanza nell’ambito dei processi di comunicazione e formazione assicurando l’implementazione e l’attuazione degli stessi da parte dei destinatari interni ed esterni all’ente.

## **6.- MODELLO ORGANIZZATIVO 231 E O.d.V. DELLE PARTECIPATE PUBBLICHE.<sup>10</sup>**

Le pronunce della Cassazione Penale, II Sezione n. 28699 del 2010 e la n. 234 del 2011 hanno esteso l’applicabilità della disciplina di cui al decreto legislativo 231/2001 anche alle società partecipate pubbliche, ovvero a quelle società che, pur effettuando prestazioni ed erogando servizi di rilevanza o interesse pubblico, svolgono attività in base al diritto comune.

L’adozione del Modello di Organizzazione, alla stregua di quanto previsto per gli enti privati, non costituisce un obbligo ma un mero onere.

Tuttavia la prassi degli ultimi anni vede sempre più frequentemente la prescrizione, da parte di fonti normative secondarie, dell’adozione del Modello 231.

Fra le altre, si noti la l. r. della Regione Abruzzo n. 15 del 27 maggio 2011 che prescrive l’adozione dei Modelli 231 a tutti i propri enti, dipendenti e strumentali, tra cui le società controllate e partecipate pubbliche.

Rimangono esclusi i soli enti pubblici non economici.

Della stessa portata la decisione del 28 febbraio 2011 del Comune di Pescara, che ha ugualmente prescritto l’adozione dei Modelli di organizzazione da parte delle società da esso partecipate in misura totalitaria o maggioritaria.

<sup>10</sup> Il contenuto è tratto da AO.D.V. 231, 20 febbraio 2014.

Rimangono anche qui esclusi gli enti pubblici territoriali e non economici.

L'Organismo di Vigilanza nelle partecipate pubbliche deve possedere i requisiti minimi indicati nell'art. 6 del Decreto; tuttavia possono essere richieste ulteriori condizioni che influenzino la nomina o la permanenza in carica dei membri dell'O.d.v..

La nomina è di sovente effettuata da parte dell'Organo dirigente ma sono ammesse soluzioni alternative. Si pensi, ad esempio, ad Alitalia per la cui nomina dell'Organismo di Vigilanza provvede il Comitato Esecutivo.

Ancora, in relazione alla Cassa Depositi e Prestiti la nomina del Presidente dell'O.d.v. è effettuato dagli azionisti di minoranza, il componente effettivo esterno è scelto dal Presidente del CdA, il componente interno coincide con il Responsabile *Internal Auditing*.

Competente alla revoca del soggetto nominato è l'organo amministrativo.

Nelle società partecipate da enti locali la nomina e la revoca dei membri dell'O.d.v. potrebbe essere influenzata da logiche e scelte esclusivamente politiche.

Al fine di arginare il rischio che siano compiute scelte prettamente discrezionali sarebbe opportuno prestare la giusta attenzione alla fase concernente la motivazione e l'indicazione dei criteri selettivi e valutativi che hanno portato alla nomina del componente dell'O.d.v..

La determinazione dei compensi dei membri dell'O.d.v. nelle partecipate pubbliche deve essere improntato al rispetto della trasparenza prediligendo compensi calcolati sulla base di parametri fissi piuttosto che variabili.

Non trova attuazione in questo ambito la disciplina prevista dall'art. 6, l. 30 luglio 2010, n. 122, di conversione del d.l. 31 maggio 2010 n. 78 "Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica". Tale normativa, prescrivendo la riduzione dei compensi di amministratori e controllori di società a partecipazione pubblica totalitaria, non è applicabile ai componenti dell'organismo di Vigilanza che di per sé non è un organo societario e che riveste, al contrario, una funzione indipendente nell'ambito della compagine organizzativa.

Con specifico riferimento al profilo concernente la composizione interna dell'Organismo di Vigilanza, la scelta preferenziale è quella di preferire una composizione collegiale che garantisca la presenza di competenze diversificate.

È consigliabile la composizione mista che ammetta l'ingresso di componenti esterni – tra i quali potrebbe essere designato il Presidente – e di un membro interno.

Avuto riguardo alla possibilità di configurare un danno erariale in capo al componente dell'O.d.v., è opportuno segnalare il r.d. n. 1214/1934 secondo cui la responsabilità sorge solo per i danni causati alle Amministrazioni dai funzionari pubblici, nell'esercizio delle proprie funzioni.

Una pronuncia della Corte di Cassazione del 1994 ha ampliato l'ambito applicativo della norma, estendendola agli amministratori e ai dirigenti di enti pubblici economici di società pubbliche.

Orbene, essendo esclusa la configurabilità di un organo sociale rispetto alla figura dell'O.d.v. una responsabilità per danno erariale sarebbe configurabile unicamente nell'ipotesi in cui l'immagine del socio pubblico risulti causalmente danneggiata dal comportamento illegittimo dei membri dell'Organismo.

## 7.- RUOLO DELL'ORGANISMO DI VIGILANZA NELL'AMBITO DELLA NORMATIVA ANTIRICICLAGGIO.<sup>11</sup>

Il Decreto legislativo 21 novembre 2007 n. 231 ha ampliato il novero dei reati presupposto elencati nel D. Lgs. 231/2001, introducendo i reati di ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita.

Il Decreto Antiriciclaggio ha, dunque, esteso i compiti dell'O.d.v.. Infatti, l'art. 52 del D. Lgs. 231/2007 prevede che il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza, il comitato di controllo di gestione, l'O.d.v., eventualmente istituito ai sensi del D. Lgs. 231/200, e tutti i soggetti incaricati del controllo di gestione esercitino un generale dovere di vigilanza sull'osservanza delle previsioni del D. Lgs. 231/2007.

Il compito di vigilanza dell'O.d.v. prevede la verifica dell'esistenza di un assetto organizzativo in cui sia attivata la Funzione antiriciclaggio e la Funzione preposta alla verifica delle disposizioni interne in materia di prevenzione del rischio antiriciclaggio.

L'Organismo dovrà poi verificare periodicamente l'efficienza dei sistemi preventivi predisposti e implementarli laddove siano rinvenute carenze di sistema.

Il compito dell'O.d.v. è quello di verificare se l'ente abbia svolto le attività di formazione del personale in relazione alle novità legislative in materia

Agli obblighi di vigilanza si affiancano gli obblighi di comunicazione; ai sensi dell'art. 52 del Decreto Antiriciclaggio dovrà poi segnalare ai soggetti in posizione apicale le violazioni di cui venga a conoscenza.

La segnalazione sarà indirizzata a differenti destinatari; potrà trattarsi, infatti, di una comunicazione a rilevanza esterna. In proposito si pensi agli obblighi di comunicazione nei confronti dell'Autorità di Vigilanza del settore di riferimento.

Infatti, ai sensi dell'art. 52, comma 2, D. Lgs. 231/2007 l'O.d.v. deve comunicare senza ritardo all'Autorità di Vigilanza <<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'art. 7, comma 2>>.

La *littera legis*, utilizzando la formula "senza ritardo" sembrerebbe escludere una preliminare attività istruttoria da parte dell'O.d.v., che possa verificare la serietà e la fondatezza della violazione.

Tuttavia, nonostante l'obbligo gravante sull'Organismo di provvedere senza ritardo è preferibile la soluzione che ammette comunque una preliminare attività istruttoria in capo all'O.d.v., anche al solo fine di offrire un'informativa puntuale e dettagliata alle Autorità di Vigilanza del settore.

I doveri di comunicazione proseguono ai sensi dell'art. 52 lett. c), secondo cui l'O.d.v. deve comunicare <<entro trenta giorni al Ministero dell'economie e delle finanze le infrazioni alle disposizioni di cui all'art. 49, commi 1, 5,6,7,12,13 e 14 e all'art. 50 di cui hanno notizia>>.

Trattasi nello specifico, della violazione di disposizioni concernenti le limitazioni all'uso del contante e dei titoli al portatore e il divieto di apertura e di utilizzo di conti e libretti di risparmio in forma anonima o con intestazione fittizia.

---

<sup>11</sup> Il contenuto è tratto da AO.D.V. 231, 2 marzo 2015.

L'art. 52 alla lettera d) prescrive un dovere di comunicazione, entro trenta giorni, alle Autorità di vigilanza del settore, con riferimento alle violazioni riguardanti l'obbligo di registrazione nell'Archivio Unico informatico (AUI), ai sensi dell'art. 36 della normativa antiriciclaggio.

Stante la difficoltà degli Enti a curare l'aggiornamento dell'AUI, il compito dell'Organismo di Vigilanza è quello di individuare un' eventuale mancata implementazione dell'archivio.

La lettera d) dell'art. 54 disciplina, infine, gli obblighi di comunicazione interna nei confronti del legale rappresentante o di un suo delegato con riferimento alle infrazioni riguardanti le disposizioni di cui all'art. 41 ("Segnalazione delle operazioni sospette").

Un profilo di fondamentale importanza concerne la responsabilità civile e penale nella quale possono incorrere i membri dell'Organismo di Vigilanza nell'ipotesi in cui venga ravvisato un comportamento inerte o l'omissione degli obblighi di comunicazione in materia di antiriciclaggio.

Con riferimento alla responsabilità penale è opportuno richiamare la disposizione di cui all'art. 55 del D. Lgs. 231/2007, ai sensi del quale: *"Chi, essendovi tenuto, omette di effettuare la comunicazione di cui all'art. 52, comma 2, è punito con la reclusione fino a un anno e con la multa da 100 a 1000 euro"*.

La norma tipizza un reato proprio, in cui la particolare posizione rivestita dal soggetto attivo lo pone nella posizione di poter offendere il bene giuridico tutelato dalla norma.

Si tratta, inoltre, di un reato di mera condotta che si perfeziona al mancato adempimento dell'azione prescritta.

In conformità al principio di offensività la fattispecie di cui all'art. 55 deve essere considerata una fattispecie incriminatrice di pericolo concreto.

Perché ne discenda una responsabilità penale dei membri dell'Organismo, infatti, deve essere provato che l'omessa comunicazione abbia causato un pericolo per il bene tutelato dalla norma (l'esercizio della funzione di controllo).

Non avrà, dunque, rilevanza penale ogni omessa comunicazione; né rileveranno le omissioni tardive o incomplete.

L'elemento soggettivo, coincidente con il dolo generico, prevede la consapevolezza del dovere di comunicazione e la consapevolezza e la volontà di omettere la comunicazione di tali informazioni.

È configurabile anche il dolo eventuale; vale infatti il principio sancito dalla Cassazione a Sezioni Unite nella pronuncia Thyssen del 18 settembre 2014 n. 38343, secondo cui è responsabile anche chi omette di adempiere al proprio obbligo informativo accettando e maturando le conseguenze della propria inerzia.

È opportuno precisare, tuttavia, che l'intento del legislatore è quello di prevedere un potere/dovere di comunicare agli organi competenti la commissione di determinate infrazioni.

Non è intenzione del legislatore, al contrario, prevedere una generale posizione di garanzia in capo all'Organismo di vigilanza in merito alla prevenzione dei reati da cui discende la responsabilità amministrativa dell'ente.

Sull'O.d.v., infatti, non grava nessun obbligo di impedire la commissione di reati altrui ma solo un dovere di vigilanza che si concretizza nel dovere di comunicare a determinati soggetti eventuali violazioni delle norme sancite nel Decreto e delle prescrizioni contenute nei Modelli.

L'O.d.v., infatti, è sprovvisto di poteri gestionali che, ove presenti, comporterebbero l'obbligo di impedire il compimento di reati altrui.

Avuto riguardo alla responsabilità civile dei componenti dell'O.d.v., ai sensi della normativa antiriciclaggio, è opportuno precisare come la nomina dei componenti dia origine ad un rapporto di natura contrattuale di prestazione d'opere che, in base alla provenienza esterna o interna all'ente, potrà diversamente configurarsi come un rapporto di lavoro autonomo o un rapporto di lavoro subordinato.

Tale rapporto ha, di sovente, origine da una delibera consiliare e dall'accettazione dell'incarico da parte dei soggetti designati.

La responsabilità civile dei membri dell'O.d.v. sarà, pertanto, una responsabilità contrattuale che presuppone - la violazione di un obbligo o di un divieto posto in capo all'O.d.v. dalla legge o dal contratto; - il verificarsi di un danno; - l'accertamento del nesso di causalità tra l'inadempimento e il danno.

L'O.d.v. sarà responsabile, inoltre, solo per quel danno che sia conseguenza diretta, immediata e prevedibile di un comportamento negligente.

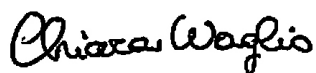
Ai sensi dell'art. 1218 c.c. sarà l'ente a dover dimostrare l'esistenza di un inadempimento che comporta un pregiudizio per l'ente e il correlato nesso di causalità.

Parimenti l'Organismo può escludere la propria responsabilità qualora riesca a dimostrare di essere esente da colpa.

Titolare dell'azione di risarcimento nei confronti dell'O.d.v. è l'organo amministrativo dell'ente.

Lecce, 21.05.2015

Dott.ssa Chiara Maglio



Avv. Michele Bonsegna

