

Nomina e composizione dell'organismo di vigilanza di cui al D. Lvo n. 231/2001

Avv. Claudio Coratella

Name Partner di Coratella – Studio Legale

1. Premessa

L'aspetto qualificante del sistema di responsabilità introdotto dal D. lgs. 231/01 è rappresentato dal principio di effettività del modello di organizzazione, gestione e controllo per la prevenzione dei reati e dalla costituzione di un organismo interno dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo che vigili sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e ne curi l'aggiornamento (c.d. OdV).

L'art. 6 del decreto, infatti, prevede che, nell'ipotesi di reato commesso da un soggetto in posizione apicale, l'ente non risponde se prova, cumulativamente e non alternativamente: a) che l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, un modello di organizzazione e di gestione idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi; b) che il compito di vigilare sul funzionamento e sull'osservanza dei modelli e di curarne l'aggiornamento è stato affidato ad un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo¹; c) che i soggetti autori dell'illecito hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione; d) che non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b).

L'efficacia esimente, dunque, è stata subordinata dal Legislatore alla costituzione di un organismo di vigilanza con poteri autonomi deputato al delicato compito di vigilare sulla effettiva operatività e osservanza del modello e di curarne l'aggiornamento.

2. I requisiti dell'OdV

In termini pratici, il concetto di “effettività della vigilanza” determina la necessaria assenza, sul piano soggettivo, di condizioni e/o situazioni e/o rapporti che compromettano l'efficacia del controllo. Proprio in ragione dell'espletamento della delicata funzione assegnatagli, infatti, l'OdV, che è pur sempre un “organismo dell'ente”, deve garantire i requisiti di autonomia, indipendenza, professionalità, onorabilità e continuità di azione².

E, infatti, dalla lettura del disposto dell'art. 6, comma 1, lettera b), si evince chiaramente che l'OdV deve essere dotato di “*autonomi poteri di iniziativa e di controllo*”, ossia che deve essergli garantita la piena e sostanziale libertà di autodeterminazione e di azione attraverso il riconoscimento da parte dei vertici dell'ente di poteri effettivi di ispezione e controllo, con facoltà di accesso alle informazioni aziendali rilevanti e dotazione delle necessarie risorse economiche³, come si addice ad ogni organismo autoreferenziale⁴. Di converso, come precisato anche dalle Associazioni di categoria nelle loro c.d. Linee Guida, l'OdV non deve essere in alcun modo coinvolto nell'esercizio di compiti gestori che, rendendolo partecipe di decisioni ed attività operative, ne minerebbero l'obiettività di giudizio nel momento delle verifiche sui comportamenti e sul modello. In tal senso, del resto, si è espressa anche la giurisprudenza che ha ribadito che l'OdV dovrà essere dotato di “*indispensabili poteri di iniziativa, autonomia e controllo*” e “*non dovrà avere compiti operativi che, facendolo partecipe delle decisioni relative all'attività dell'ente potrebbero pregiudicare la serenità di giudizio al momento delle verifiche*” (Trib. Roma, Ordinanza GIP, 04/04/2003).

Il requisito dell'indipendenza dell'OdV, invece, è il necessario corollario del principio di “effettività del controllo” e si sostanzia nell'assenza di vincoli rispetto ai vertici dell'ente. La posizione dell'OdV nell'ambito dell'ente, infatti, deve sempre garantire l'autonomia dell'iniziativa di controllo da ogni forma d'interferenza e/o di condizionamento da parte di qualunque componente dell'ente (e in particolare

¹ Nella proposta di legge n. C 3640 presentata il 19 luglio 2010 dall'On. Della Vedova si propone, tra l'altro, l'inversione dell'onere probatorio con conseguente modifica dell'art. 6, per cui “*ai fini della responsabilità amministrativa dell'ente la pubblica accusa deve dimostrare che: a) l'organo dirigente non ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, Modelli di Organizzazione e di Gestione idonei a prevenire i reati della specie di quello verificatosi; b) il compito di vigilare sul funzionamento e sull'osservanza dei Modelli e di curarne il loro aggiornamento non è stato affidato ad un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo; c) ...; d) ...; e) le persone hanno commesso il reato non eludendo fraudolentemente i Modelli; f) vi è stata omessa o insufficiente vigilanza dal parte dell'OdV*”.

² Linee-guida adottate da Confindustria approvate dal Ministero della Giustizia il 2 aprile 2008.

³ Coratella-Croce, Guida alla responsabilità da reato degli enti - La prassi applicativa alla luce degli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali sul D.Lvo n. 231/2001, Milano, 2010, pg. 32-37.

⁴ Pisani, I requisiti di autonomia ed indipendenza dell'organismo di vigilanza istituito ai sensi del d. lgs. 231/2001, in La responsabilità amministrativa delle società e degli enti, n. 1/2008, pg. 155-160.

dell'organo dirigente). Secondo le Linee Guida di Confindustria “*tali requisiti sembrano assicurati dall'inserimento dell'Organismo in esame come unità di staff in una posizione gerarchica la più elevata possibile e prevedendo il <riporto> al massimo Vertice operativo aziendale ovvero al Consiglio di Amministrazione nel suo complesso*”.

Con il termine “continuità”, ancora, si fa riferimento all'espressa previsione di cui all'art. 7, comma 4, lett. a), del decreto, ossia alla verifica periodica richiesta all'OdV e alla eventuale conseguente aggiornamento e/o correzione del modello quando siano state rilevate significative violazioni delle prescrizioni ovvero quando intervengono mutamenti nell'organizzazione o nell'attività dell'ente. Per aversi tale “continuità d'azione” l'OdV dovrà dedicarsi a tempo pieno ed in via esclusiva all'attività di vigilanza relativa alla concreta attuazione del modello.

I componenti di tale organismo, infine, devono possedere anche i requisiti soggettivi formali di professionalità, onorabilità e assenza di conflitti di interessi e/o rapporti di parentela con i vertici dell'ente⁵. A tal proposito, con riferimento al requisito della “professionalità”, le Linee Guida di Confindustria e la giurisprudenza richiedono che l'OdV possieda un bagaglio di strumenti e tecniche che gli consenta di svolgere efficacemente l'attività assegnata, ossia delle tecniche specialistiche proprie di chi svolge attività ispettiva e consulenziale, quali il campionamento statistico, le tecniche di analisi e valutazione dei rischi, le tecniche di intervista e di elaborazione di questionari, alle metodologie per l'individuazione delle frodi (Trib. Milano, Ordinanza GIP, 20/09/04), nonché a tutte quelle tecniche specifiche idonee a garantire l'efficacia dei poteri di controllo (Trib. Napoli, Ordinanza GIP, 26/06/2007).

3. I criteri di composizione dell'OdV

L'OdV, tuttavia, è regolamentato nell'ambito del decreto solo limitatamente alla sua funzione, senza alcun riferimento alla sua struttura o composizione poiché la disciplina in esame non fornisce indicazioni a riguardo, circostanza che consente all'ente di optare per una composizione sia monosoggettiva che plurisoggettiva (con membri interni e/o esterni) purché tenga conto delle finalità perseguite dalla legge e, quindi, assicuri il profilo di effettività dei controlli in relazione alla sua dimensione e complessità organizzativa⁶.

Nel silenzio della legge, pertanto, dottrina e giurisprudenza hanno dovuto necessariamente affrontare, con orientamenti spesso contrastanti, sia la questione della struttura (monocratica o collegiale) che quella della composizione dell'OdV (membri interni e/o esterni).

Ora, per quanto concerne l'annosa questione della composizione monocratica o plurisoggettiva dell'OdV, l'art. 6 del decreto, ispirandosi probabilmente a criteri di mera economicità, statuisce solo che nell'ambito degli enti di piccole dimensioni, l'organo dirigente può svolgere direttamente i compiti assegnati all'OdV⁷, tacendo del tutto sulla differente ipotesi di enti di medie o grandi dimensioni.

Il Legislatore, tuttavia, non offre una definizione di “ente di piccole dimensioni”, pertanto, in dottrina è stato suggerito di considerare non solo il numero dei dipendenti, ma anche altri elementi quali, a mero titolo esemplificativo, il numero complessivo dei collaboratori di cui la società si avvale nello svolgimento della propria attività, il numero delle sedi nelle quali si svolgono le attività sensibili ai sensi del decreto in commento, il numero dei soggetti apicali individuati nel corso di tale indagine, il numero e il valore delle transazioni che espone l'ente al rischio astratto della commissione di un reato-presupposto⁸.

Per tutti gli altri enti, invece, la dottrina, la giurisprudenza e le Linee Guida di Confindustria per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo, in via generale, suggeriscono la composizione monocratica dell'OdV negli enti di piccole dimensioni e la composizione collegiale per le organizzazioni di

⁵ Secondo le Linee Guida di Confindustria, la verifica della ricorrenza di tali requisiti deve essere fatta in capo ai singoli componenti, qualora l'OdV abbia composizione collegiale e gli stessi siano esterni all'ente, e con riferimento all'OdV nella sua globalità, se la composizione è mista.

⁶ Linee-guida adottate da Confindustria approvate dal Ministero della Giustizia il 2 aprile 2008.

⁷ A tal proposito, in dottrina è stato rilevato che il Legislatore non solo ha ritenuto di non dettare parametri vincolanti per definire quali sono quegli enti che hanno una piccola dimensione, ma anche avallato una situazione a dir poco anomala: da un lato, in tutti quei casi in cui l'organo dirigente è anche Organo di Vigilanza (ipotesi espressamente prevista, come evidenziato, per gli enti di piccole dimensioni), esso, per questa sua duplice veste si troverà in uno stato permanente di conflitto di interessi in quanto controllare e controllato (Insinga, La nomina e il funzionamento dell'organismo di vigilanza, autonomia dell'ente tra vincoli e opportunità, in La responsabilità amministrativa delle società e degli enti, n. 1/2009, 209-213).

⁸ Insinga, La nomina e il funzionamento dell'organismo di vigilanza, autonomia dell'ente fra vincoli e opportunità, in La responsabilità amministrativa delle società e degli enti, n. 1/2009, pg. 210.

medie o grandi dimensioni⁹. A parere di chi scrive, un ottimo parametro potrebbe essere quello di ancorare il numero di componenti dell'OdV a quello dell'organo amministrativo: laddove, infatti, per struttura, organizzazione e dimensione dell'azienda, la stessa risulta poter essere gestita da un amministratore unico, anche l'OdV potrà essere monosoggettivo, mentre qualora l'ente necessiti per la sua gestione di un consiglio di amministrazione, l'OdV dovrà essere necessariamente plurisoggettivo.

L'attribuzione delle funzioni OdV a strutture societarie interne

Con riguardo ai componenti dell'OdV, invece, in un primo momento, si è valutata la possibilità di attribuire le sue funzioni a strutture societarie interne all'ente, ma, successivamente, si è privilegiata l'istituzione di un OdV ad hoc, a composizione mista, la quale preveda la presenza di soggetti interni e/o soggetti esterni all'ente.

I fautori della teoria della possibile attribuzione delle funzioni di vigilanza a **strutture societarie interne**, hanno valutato sia l'eventualità dell'esercizio di tali funzioni da parte del consiglio di amministrazione, dell'amministratore unico o dell'amministratore delegato, che l'ipotesi dell'attribuzione delle stesse al collegio sindacale o al comitato per il controllo interno o, ancora, all'internal auditing, giungendo alle seguenti considerazioni.

Con riferimento all'esercizio delle funzioni proprie dell'OdV da parte del consiglio di amministrazione, dell'amministratore unico o dell'amministratore delegato, si è giunti alla logica conclusione che tale attribuzione renderebbe di fatto insussistenti i necessari requisiti di autonomia e indipendenza e frusterebbe le stesse finalità del decreto in commento, poiché i predetti organi sono in realtà essi stessi destinatari dell'attività di vigilanza dell'OdV. Da un lato, infatti, la previsione della costituzione dell'OdV attiene all'ipotesi di reato commesso da un soggetto in posizione apicale, circostanza che già da sola non consente che tali soggetti possano rivestire essi stessi la funzione di componenti dell'OdV con logica commistione del ruolo di soggetto passivo e di soggetto attivo della vigilanza; dall'altro, la statuizione di cui all'art. 6, comma 4, del decreto secondo la quale negli enti di piccole dimensioni il compito di vigilare sul funzionamento e sull'osservanza dei modelli e di curarne l'aggiornamento possono essere affidati all'organo dirigente, induce a sostenere, *a contrario*, che in tutti gli altri enti le funzioni proprie dell'OdV non possono essere svolte da tali soggetti.

Quanto alla possibile attribuzione delle funzioni proprie dell'OdV al collegio sindacale, invece, preme evidenziare che una parte minoritaria della dottrina ha ritenuto tale organo idoneo a svolgere le funzioni dell'OdV, purché contestualmente si provveda ad integrare i poteri del primo in modo da adattarlo al ruolo e ai compiti dell'OdV. La dottrina maggioritaria, tuttavia, esclude tale possibilità poiché, anche in questa ipotesi, si fa riferimento ad un organo carente sotto il profilo degli "autonomi poteri di iniziativa e controllo" richiesti dal Decreto, nonché sprovvisto dei necessari requisiti di autonomia ed indipendenza, essendo la sua attività destinataria dei controlli dell'OdV¹⁰.

Con riferimento all'esercizio delle funzioni proprie dell'OdV da parte del comitato per il controllo interno, ancora, parte della dottrina e le Linee Guida di Confindustria hanno evidenziato la delegabilità di tali funzioni, poiché in forza della sua composizione (amministratori non esecutivi, la maggioranza dei quali indipendenti), lo stesso sarebbe dotato dei necessari requisiti di autonomia ed indipendenza. Alcuni autori, tuttavia, hanno coerentemente rilevato che la sua inidoneità all'assunzione delle funzioni dell'OdV, tra cui quelle di vigilanza e controllo nei confronti dell'organo di vertice, deriva in realtà dalla natura consultiva del comitato, nonché dalle funzioni di supporto all'organo dirigente nell'attività di attuazione del controllo interno allo stesso attribuite.

Quanto alla possibile attribuzione delle funzioni proprie dell'OdV all'internal auditing, poi, è stato osservato che tale organo, se sistemato alle dirette dipendenze del vertice esecutivo aziendale e dotato di risorse adeguate, può anche essere ritenuto idoneo a svolgere l'attività dell'OdV e, qualora siano necessarie conoscenze specifiche per il corretto svolgimento dei compiti di controllo, l'internal auditing potrebbe anche

⁹ Bertolli, I requisiti di autonomia ed indipendenza dell'organismo di vigilanza istituito ai sensi del d. lgs. 231/2001, in La responsabilità amministrativa delle società e degli enti, n. 1/2008, pg. 155-160.

¹⁰ Mancini, Riflessioni in tema di composizione dell'organismo di vigilanza, in La responsabilità amministrativa delle società e degli enti, n. 2/2009, pg. 46-47, che ha osservato che "Ciò non significa che tra l'Organismo di Vigilanza ed il collegio non debbano esservi relazioni o sinergie, al contrario. Con il collegio sindacale è quanto mai necessario che l'Odv intrattenga rapporti di natura informativo-conoscitiva, rapporti che ad avviso di chi scrive dovrebbero poi essere, <bidirezionali>. Del resto, il collegio sindacale è chiamato a fornire, in prima persona, come organo, assicurazione ai soci e, più in generale, al mercato sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società. Ciò significa che il collegio non potrà esimersi dall'acquisire, a tal fine, adeguate informazioni sul "modelli 231" e sul suo funzionamento, avendo pertanto quale interlocutore principe, in azienda, proprio l'Organismo di Vigilanza."

avvalersi di consulenti esterni. Tuttavia, alcuni autori, tra cui chi scrive, contrastano con tale soluzione, in quanto rilevano l'effettiva insussistenza dei necessari requisiti di autonomia e indipendenza in ragione della circostanza che si tratta comunque di un organo facente parte della struttura aziendale¹¹.

Considerazioni identiche, infine, valgono per qualsiasi soggetto che per la sua posizione all'interno dell'ente, si ritenga possa porre in essere o favorire la commissione di uno o più dei reati-presupposto come avviene per i responsabili delle funzioni amministrativa, personale, commerciale, finanza, legale, organizzazione, etc.: è escluso, infatti, che tali soggetti possano far parte dell'OdV e trovarsi, così, a vigilare sull'effettività ed adeguatezza del Modello quando sono anche coinvolti in processi o aree sensibili ex D. Lgs. 231/2001 per la sussistenza di un evidente conflitto di interessi.

La costituzione di un OdV ad hoc a composizione mista

Anche in considerazione di tutto quanto sin qui evidenziato, la dottrina, la giurisprudenza e le Linee Guida delle principali Associazioni di categoria prediligono l'istituzione di un OdV ad hoc, a composizione mista, la quale preveda la presenza di soggetti interni in misura minoritaria rispetto ai soggetti esterni all'ente.

Sulla presenza di soggetti esterni all'interno dell'OdV, non vi sono questioni poiché, come è facilmente intuibile, la loro presenza quali componenti dell'organismo coincide con la *ratio* del decreto e garantisce, in linea generale, la presenza dei requisiti di autonomia e indipendenza necessari per il corretto espletamento dei compiti di vigilanza. Il riferimento è, ovviamente, a consulenti esperti dei diversi settori coinvolti dalle statuizioni del decreto e, dunque, ad avvocati penalisti, aziendalisti, commercialisti, etc., ma anche, volendo, a tutti quei soggetti tecnici con competenze specialistiche negli ulteriori ambiti imposti dall'entrata in vigore di nuovi reati-presupposto quali quelli in materia di sicurezza sul lavoro, crimini informatici, riciclaggio, etc.¹².

In merito alla nomina quali membri dell'OdV, accanto a componenti esterni (esperti, consulenti, etc.), di figure interne all'organigramma aziendale, preme evidenziarsi che la giurisprudenza, sul punto, ha correttamente evidenziato che poiché l'organismo di controllo *“per essere funzionale alle aspettative, deve necessariamente essere dotato di indispensabili poteri di iniziativa, autonomia e controllo ... appare auspicabile che si tratti di un organismo di vigilanza formato da soggetti non appartenenti agli organi sociali, soggetti da individuare eventualmente ma non necessariamente, anche in collaboratori esterni, forniti della necessaria professionalità, che vengano a realizzare effettivamente «quell'organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo»*” (Trib. Roma, Ordinanza GIP, 04/04/2003).

Pertanto, se da un lato si riconosce tendenzialmente la possibilità di nominare componenti dell'OdV costituito ad hoc i singoli componenti del collegio sindacale, dall'altro, con riferimento agli organi dell'amministrazione, si ritiene generalmente compatibile per la nomina quale componente dell'OdV solo l'amministratore non esecutivo o indipendente, al quale non dovranno però essere attribuite deleghe o particolari cariche, né affidate funzioni attinenti alla gestione dell'impresa sociale o di enti che la controllano o ne siano controllate.

Ovviamente, impone minori problematiche la possibilità di nominare quale componente dell'OdV un prestatore di lavoro dipendente dall'azienda, che potrebbe assicurare in suo concreto apporto, secondo quanto evidenziato, ad esempio, dalla Linee Guida ABI, soprattutto se la sua attività lavorativa all'interno dell'ente è riconducibile alle differenti aree legale, contabile, di gestione del personale o di controllo interno.

Qualora si ritenesse, invece, di voler nominare quale componente dell'OdV un consulente esterno all'ente, si dovrà necessariamente valutare il possesso della condizione di indipendenza, anche attraverso l'analisi della professionalità dello stesso e la verifica delle sussistenze di requisiti analoghi a quelli previsti dall'art. 2399 c.c. per i membri del collegio sindacale¹³.

La dottrina ha escluso, infine, l'eventuale nomina quale componente dell'OdV del soggetto responsabile della sicurezza e del sistema ISO 9002 e del responsabile del servizio di prevenzione e

¹¹ Croce - Coratella, Guida alla responsabilità da reato degli enti, II Edizione, Il Sole 24 Ore, Milano, 2010, pg. 34; Cfr. anche, Bertolli, L'organismo di vigilanza ex d. lgs. 231/2001 nella dottrina e nella giurisprudenza, in La responsabilità amministrativa delle società e degli enti, n. 1/2010, pg. 67; Bartolomucci, Rilevanza del modello societario e dell'assetto di corporate governance nella configurazione dell'Organismo di Vigilanza - Una riflessione critica, in La responsabilità amministrativa delle società e degli enti, n. 2/2007, pg. 31.

¹² Ovviamente, non vi è la necessità che vi sia un tecnico esperto per ogni reato presupposto inserito dal Legislatore nel *corpus* del decreto, sia perché la strategia di prevenzione degli illeciti deve sempre essere propria dell'OdV nel suo complesso, sia perché il reperimento di tali specifiche competenze, qualora le si ritenga imprescindibili all'espletamento dei compiti propri dell'OdV, può essere sempre avviata con l'attività di consulenti esterni od interni non stabilmente inseriti nella struttura del citato organismo.

¹³ Bertolli, L'organismo di vigilanza ex d. lgs. 231/2001 nella dottrina e nella giurisprudenza, in La responsabilità amministrativa delle società e degli enti, n. 1/2010, pg. 67.

protezione in materia di sicurezza e salute sul lavoro poiché vi è un'indubbia commistione tra il ruolo di vigilanza imposto a tali soggetti dalla partecipazione all'organo di controllo e il ruolo di amministrazione attiva quale deriva dalla concorrente situazione di responsabile della sicurezza (Trib. Roma, Ordinanza GIP, 4-14/04/2003, in *Impresa*, 2004, pg. 92 ss.)¹⁴.

L'Organismo di Vigilanza, infatti, pur essendo un organo istituito all'interno dell'ente, dovrà avere una posizione tale da poter svolgere la propria attività in modo libero da qualsiasi condizionamento od interferenza da parte di soggetti interni all'ente stesso, ed in particolar modo da coloro che rivestono posizioni di vertice.

Ebbene, concludendo, poiché nel silenzio della legge non esiste un'indicazione specifica sulla struttura e/o la composizione dell'OdV, né vi è una struttura e/o una composizione ideali astrattamente applicabili a qualsivoglia realtà imprenditoriale, la scelta relativa a tali aspetti dovrà essere di volta in volta valutata guardando alle caratteristiche dimensionali e alla struttura organizzativa del singolo ente: si tratta, in altre parole, di uno strumento che può e dovrebbe essere "cucito" come un vestito su misura rispetto allo scopo che si vuole realizzare e alle persone che si intende coinvolgere garantendo sempre il rispetto dei requisiti soggettivi ed oggettivi delineati compiutamente dalla dottrina, dalla giurisprudenza e dalle Linee Guida delle principali associazioni di categoria in modo da garantire compiutamente l'"effettività del controllo" sottesa alla *ratio* del decreto¹⁵.

¹⁴ Pisani, I requisiti di autonomia ed indipendenza dell'organismo di vigilanza istituito ai sensi del d. lgs. 231/2001, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, n. 1/2008, pg. 155-160; Bertolli, L'organismo di vigilanza ex d.lgs 231/2001 nella dottrina e nella giurisprudenza, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, n. 1/2010, p. 61.

¹⁵ Per approfondire il dibattito sulla materia, si segnala il Convegno accreditato dall'Ordine degli Avvocati di Roma, "L'organismo di vigilanza nel D. Lgs. 231/2001", in svolgimento il 25 febbraio p.v. al Centro Congressi Piazza di Spagna di Via Alibert n. 5, a Roma (convegno231@studiolegalecoratella.it). Cfr. anche G.R. Croce e C. Coratella, *Guida alla responsabilità da reato degli enti*, II Edizione, Il Sole 24 Ore, Milano, 2010.