

CONGRESSO GIURIDICO
“L’ORGANISMO DI VIGILANZA NEL D. LGS. 231/01”

*PROFILI DI RESPONSABILITÀ DELL’ORGANISMO DI
VIGILANZA*

Roma, 25 febbraio 2011

Avv. Andrea Tassi
Responsabile Servizio Segreteria di Gruppo
Componente OdV Bper s.c.
Presidente OdV Unione Fiduciaria Spa

Premessa.

L'Organismo di Vigilanza, deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli ed a curare (o meglio, richiedere e sollecitare all'Ente) il loro aggiornamento, munito di autonomi poteri di iniziativa e di controllo, destinatario di informazioni obbligatorie sulle operazioni sensibili, rappresenta un'importante novità e, al tempo stesso, uno dei punti più critici della costruzione normativa introdotta nel sistema italiano dal decreto legislativo 231/2001.

Prima di procedere a tratteggiare i profili di responsabilità dei componenti l'organismo è opportuno richiamare i principali caratteri dell'Organismo stesso, tentando una sua collocazione in ambito codicistico ed evidenziandone gli obblighi, che sono evidentemente la fonte della sua eventuale responsabilità.

Il punto di partenza per delineare i confini dell'istituto è rappresentato dalla *Relazione* governativa che stabilisce per l'ente l'obbligo di avvalersi di “una struttura costituita al suo interno, al fine di evitare facili manovre a precostituire una patente di legittimità all'operato della *societas* attraverso il ricorso ad organismi compiacenti”.

L'Organismo di Vigilanza. Caratteristiche e compiti.

L'Organismo di Vigilanza è inquadrato dalla legge come organismo dell'ente (ma ciò non significa che di regola sia organo previsto statutariamente dall'ente né che sia organo sociale disciplinato dal codice civile: ciò ha effetto, come più oltre, sul regime di responsabilità applicabile ai suoi membri) e può essere a composizione monocratica – piccole imprese – ovvero collegiale, con evidente vantaggio per la sua idoneità ed efficienza.

Il D. Lgs. n. 231/2001, come noto, subordina l'efficacia esimente del modello, nell'ipotesi in cui il reato sia stato commesso da soggetti c.d. apicali, alla costituzione di un organismo di vigilanza delegato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza del modello (art. 6 lettera b) ed alla prova che non vi è stata omessa od insufficiente vigilanza da parte di tale organismo (art. 6 lett. d); ove l'illecito sia stato posto in essere da soggetti subordinati, la condiziona invece alla prova che la commissione del reato sia stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza (art. 7 comma 1).

Ritengo che, al di là della diversità delle espressioni usate dal legislatore, anche il modello di cui all'art. 7 debba prevedere la presenza di un organismo di controllo e che – anzi – debba sussistere un modello unitario di organizzazione, gestione e controllo, destinato a regolamentare l'attività sia degli apicali che dei sottoposti, con l'ovvia conseguenza che l'organismo esercita le proprie funzioni nei confronti di entrambe le tipologie di soggetti operanti nell'unitaria organizzazione aziendale.

L'organo di vigilanza deve assicurare requisiti di autonomia, indipendenza, professionalità e continuità: per autonomia si intende il necessario riconoscimento ai componenti dell'OdV, da parte dei vertici dell'Ente, di poteri effettivi di ispezione e controllo, con facoltà di accesso alle informazioni aziendali rilevanti e di dotazione

delle necessarie risorse economiche; l'“indipendenza” si concretizza, invece, nell'assenza di vincoli rispetto ai vertici dell'ente; i componenti di tale organismo, ancora, devono possedere requisiti soggettivi formali di professionalità, onorabilità, e assenza di conflitti di interessi e/o rapporti di parentela con i vertici dell'ente.

Con il termine “continuità”, si fa riferimento all'espressa previsione di cui all'art. 7, comma 4, lett. a), del Decreto in commento, ossia alla verifica periodica richiesta all'OdV e alla eventuale conseguente richiesta da parte dello stesso, all'ente, dell'aggiornamento e/o correzione del modello quando emergono significative violazioni delle prescrizioni (frutto anche dell'adempimento degli obblighi di informazione di cui all'art. 6, comma 2, lett. d) ovvero quando intervengono mutamenti nell'organizzazione o nell'attività dell'ente.

L'OdV, inoltre, deve:

- a) promuovere la conoscenza del modello, collaborando con le competenti funzioni dell'ente alla formazione e sensibilizzazione del personale sull'osservanza delle norme;
- b) valutare la fondatezza delle segnalazioni pervenute e più in generale tutti i flussi informativi “concordati” con le funzioni che li producono nell'ente e comunicare a sua volta all'organo gestionale (c.d. Flussi informativi dall'OdV agli organi sociali) sia in ordine alle violazioni accertate del modello, sia alle carenze d'impianto riscontrate nel modello organizzativo medesimo. In particolare, l'OdV ha il potere di colloquiare, senza vincoli di subordinazione gerarchica, con ogni struttura aziendale e può acquisire informazioni e documenti nei riguardi di qualunque funzione aziendale.

Non vi è spazio per dare conto dell'ampio dibattito in tema di composizione dell'Organismo di Vigilanza collegiale: preme solo ricordare quanto alla possibile attribuzione delle funzioni proprie dell'OdV al Collegio sindacale (che un parte minoritaria della dottrina ritiene possibile, purché contestualmente si provveda ad integrarne i poteri in modo da adattarlo al ruolo e ai compiti dell'OdV) che la dottrina maggioritaria esclude tale possibilità. L'organo sarebbe carente sotto il profilo degli “autonomi poteri di iniziativa e controllo” richiesti dal Decreto; nonché sprovvisto del necessario requisito di continuità di azione, ed in possibile conflitto di interessi, essendo la sua attività destinataria dei controlli dell'OdV (il Collegio sindacale è poi a sua volta controllore - per certi aspetti - dell'OdV, dovendo vigilare sul funzionamento complessivo del sistema dei controlli dell'ente).

Con riferimento all'esercizio delle funzioni proprie dell'OdV da parte del comitato per il controllo interno, ancora, parte della dottrina ha 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.

E' stato al contrario 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 dalla natura consultiva del comitato, nonché dalle funzioni di supporto all'organo dirigente nell'attività di attuazione del controllo interno allo stesso attribuite.

In sostanza è da privilegiarsi la costituzione di un OdV “ad hoc”, a composizione mista, con la presenza di soggetti interni ed esterni all’ente.

La dottrina riconosce poi la possibilità di nominare a componente dell’OdV i singoli membri del Collegio sindacale: pure possibile, tale soluzione appare di regola poco razionale alla luce dei precisi compiti assegnati al Collegio sindacale dalla normativa primaria e secondaria, nonché per la necessaria interazione (e quindi, presupposta, alterità) tra lo stesso Collegio sindacale e l’Organismo di Vigilanza.

Con riferimento agli organi di 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 e ne siano controllati.

E’ altresì possibile la nomina quale componente dell’OdV di prestatori di lavoro dipendenti dall’azienda che possono assicurare un utile apporto secondo quanto evidenziato ad esempio dalle Linee Guida ABI, soprattutto se la loro attività lavorativa all’interno dell’ente è riconducibile alle differenti aree legale, contabile, di gestione del personale o di compliance .

Per ciò che attiene la nomina di esperti esterni, si dovrà valutare il possesso della condizione di indipendenza, anche attraverso l’analisi della professionalità degli stessi e la verifica della sussistenza di requisiti analoghi a quelli previsti dall’art. 2399 C.C. per i membri del Collegio sindacale.

Il gruppo di imprese.

Anche in una realtà aziendale strutturata in un gruppo che persegue i medesimi interessi sussiste l’onere per ciascuna impresa controllata di dotarsi di un autonomo modello organizzativo gestionale, poiché il modello della capogruppo non può surrogare quello delle singole componenti; lo stesso vale per quanto concerne l’organo di vigilanza.

In particolare l’adozione di un modello organizzativo e l’istituzione di un Organismo di Vigilanza presso la “società madre” faciliterà la mutazione, da parte delle “società figlie”, di omologhe strutture di gestione e di controllo: tuttavia non è configurabile, né ammissibile un esercizio delle funzioni tipiche dell’organo di controllo della controllata da parte di quello istituito presso la capogruppo.

Ne deriva che l’organo di vigilanza della Capogruppo non è gerarchicamente sovraordinato agli omologhi organi delle controllate e di conseguenza non può imporre loro di calibrare i rispettivi modelli organizzativi tra di loro o di adeguarli alle direttive della Holding, ove esse vadano ad eliminare l’autonomia delle singole società di adottare gli assetti organizzativi più idonei, per le loro strutture, alla prevenzione dei reati.

Il fenomeno dei gruppi societari, ed in particolare di quelli di natura bancaria, richiederebbero specifica trattazione: è tuttavia possibile accennare ad alcuni punti di principale interesse pratico.

In primo luogo vanno richiamate le norme che attengono la “Direzione e Coordinamento” nel C.C. (art. 2497 c.c.); le disposizioni del Testo Unico Bancario (art. 60 e seguenti – gruppo Bancario - ; art. 53 – Vigilanza regolamentare); le Istruzioni di Vigilanza.

Si tratta di un insieme di regole che pervade l'intero agire aziendale delle società bancarie e loro controllate, sottolineando in particolare gli aspetti di vigilanza prudenziale, di valutazione del rischio (operativo, reputazionale, di liquidità ecc.), di sistema integrato dei controlli (c.d. SCI Sistema Controlli Interni), di “Governance”.

In ciascuno degli aspetti citati la Capogruppo è tenuta ad assumere coerenti aspetti organizzativi, che è suo onere e responsabilità fare attuare nelle proprie controllate, a volte in via “assoluta”, altre in base al principio di proporzionalità.

In tale contesto, un corretto sistema integrato dei controlli (Revisione interna, Compliance, Risk Manager, Dirigente Preposto) non può prescindere da una corretta impostazione del modello organizzativo gestionale ai sensi del D. Lgs. 231/01.

E così come la Capogruppo non può omettere la propria attività (Direttive, “Policy normative” e regolamentari) in stretto ambito controlli, così come pure non può fare mancare il proprio indirizzo nella realizzazione di un MOG (il modello organizzativo è unico per la Banca) valido anche ai fini di prevenzione dalla responsabilità dell'Ente.

Nell'adempiere al suo ruolo però non può (pena la diretta riferibilità alla stessa di ogni carenza organizzativa “a valle” poi riscontrata) trasmettere semplicemente il proprio modello organizzativo alle controllate (peraltro diverse dimensionalmente, organizzativamente, per le attività svolte e per l'esposizione al “rischio 231”), bensì:

- disporre – direttive - che le stesse abbiano a dotarsi di un proprio MOG;
- definire gli elementi necessari di impianto dello stesso;
- fornire alle controllate le conoscenze ed i metodi per realizzare il proprio modello organizzativo gestionale;
- mantenere in capo alle controllate il compito di valutazione ed aggiornamento dei propri modelli, secondo metodologia (non contenuti) condivisa, e con valorizzazione dei rispetti OdV a cui nessun membro (di altro Organismo di Vigilanza del gruppo, od esponente di altra società del gruppo) partecipa.

A ciò si associa un compito di coordinamento assegnato all'OdV della Capogruppo, che mira anche ad individuare benchmark di comportamento a livello di gruppo, sia per l'attività degli stessi organismi che per le soluzioni gestionali da adottarsi nelle aree definite “sensibili” ai fini 231/01.

Ora, è noto che il D. Lgs. 231/2001 non disciplina gli aspetti legati alla responsabilità amministrativa dei gruppi di impresa, ma si occupa, in via generale, della responsabilità da reato “come individualità”, circostanza che impone un'interpretazione sistematica delle norme del citato decreto, per valutare la possibile estendibilità della responsabilità da reato degli enti all'interno della struttura di gruppo.

E l'assorbente questione inerente la possibilità di ravvisare un “interesse (o vantaggio) di gruppo” rilevante ex art. 5 anche in capo alla società controllante è ovviamente strettamente connessa alla stessa struttura dei gruppi societari.

In tale ottica, per un certo aspetto, ogni società appartenente al gruppo agisce ubbidendo ad una logica di gruppo che è espressione di una politica imprenditoriale

volta al perseguimento di obiettivi che trascendono quelli delle singole società partecipanti il gruppo.

E sulla base di tale considerazione, allora, è astrattamente possibile ipotizzare la sussistenza di un “interesse” o “vantaggio di gruppo” in presenza di illeciti realizzati da qualsiasi delle società appartenenti al gruppo di imprese nella prospettiva della partecipazione agli utili.

In tale ottica, qualora un soggetto apicale o sottoposto, di società capogruppo o appartenente al gruppo compia uno dei reati presupposto, assume rilevanza dirimente l'esatta individuazione della società che ha un interesse od ha ricavato un vantaggio dall'illecito: se l'interesse è riconducibile alla sola capogruppo, questa dovrebbe – sola – essere responsabile ai sensi del D.Lgs.; se l'interesse od il vantaggio fossero riconducibili ad una delle controllate, il reato potrebbe essere imputato anche alla capogruppo, quando l'interesse ed il vantaggio siano alla stessa – indirettamente – riconducibili.

E' evidente che l'adozione di specifici modelli organizzativi gestionali nelle società del gruppo, non eterodiretti dalla capogruppo e vigilati da autonomi OdV, va a spezzare il meccanismo della imputabilità alla capogruppo stessa dei reati verificatisi nelle controllate (beninteso se gli stessi non sono conseguenza di “politiche” criminose della capogruppo, ovvero in qualche modo favoriti o suggeriti dalla stessa controllante).

Profili di responsabilità dell'Organismo di Vigilanza

Come descritto nei paragrafi precedenti, l'Organismo di Vigilanza è un organo interno all'ente, non avente - di regola – rilevanza statutaria e indipendente dai vertici dell'ente stesso.

Esso elabora un proprio regolamento che contiene le regole necessarie per lo svolgimento della propria attività. Tale documento, posto normalmente all'interno del modello organizzativo, deve essere approvato dall'organismo stesso. Tuttavia, chi scrive non ritiene negativa la approvazione dello stesso regolamento anche da parte dell'Organo di vertice dell'ente, ove tale approvazione – di fatto – sia volta a verificare la sussistenza dei requisiti minimali richiesti dall'ente o dal gruppo a garanzia che l'Organismo di Vigilanza eserciti una vigilanza efficace e concreta.

In altre parole, l'adozione di standard minimi di comportamento (condivisi dai componenti l'Organismo stesso) non inficia la indipendenza di questo ma assicura un livello operativo “di sicurezza” utile, tra l'altro, a valutare l'effettività dell'azione dell'OdV.

E' d'altra parte normale ed accettabile che, ad esempio, l'ente formalizzi la periodicità dell'attività di vigilanza e la reportistica verso gli organi di vertice, così da soddisfare il canone probatorio che esige la dimostrazione dell'inesistenza di omissioni o lacune nell'esercizio della vigilanza.

D'altra parte la definizione dei compiti attribuiti all'Organismo di Vigilanza riveste una particolare importanza anche con riferimento alla individuazione della responsabilità dei componenti l'organismo stesso, in particolare in sede civile.

La responsabilità penale

La normativa ha delineato solo i tratti fondamentali della disciplina dell'Organismo di Vigilanza, senza chiarire se sia possibile, o meno, configurare in capo ai membri dell'organismo una responsabilità penale derivante dal mancato adempimento dell'obbligo di vigilanza sul funzionamento e l'osservanza del modello.

Sull'argomento, in dottrina, si confrontano due diverse teorie.

La prima, prevalente, esclude la configurabilità di una responsabilità penale, poiché ritiene che il compito al quale è chiamato l'organismo sia di controllo in ordine al funzionamento ed all'osservanza del modello, e non di impedire che lo stesso venga eluso da coloro che pongono in essere l'attività criminosa.

Altra parte della dottrina – minoritaria – ritiene, invece, che possa sussistere la responsabilità penale dei componenti dell'Organismo poiché l'obbligo di vigilanza comprenderebbe una particolare *posizione di garanzia* che si concreta nell'obbligo di prevenire ed impedire la commissione di reati indicati nel modello.

Il fondamento della responsabilità penale dell'Organismo andrebbe ricercato nel combinato disposto dell'art. 6 lett. a), b), d) e dell'art. 7 D. Lgs. 231/01.

In altre parole, ove la condotta criminosa posta in essere sia stata prevista nel modello (e siano stati impostati idonei protocolli di prevenzione), l'organo di vigilanza rivestirebbe una posizione che gli consentirebbe di impedire l'evento.

Qui occorre richiamare l'art. 25 della Costituzione (“nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso”) per ricordare che la fonte di responsabilità non può che essere un atto di giuridicità formale.

Perché l'Organismo di Vigilanza possa essere chiamato a rispondere di responsabilità penale è necessario infatti che esso rivesta la già citata *posizione di garanzia* nei confronti del bene che si intende tutelare, ed essa consiste nella protezione o nel controllo del bene giuridico.

Solo così, infatti, potrebbe venire a configurarsi l'ipotesi di *omesso impedimento del reato altrui* prevista dall'art. 40 cpv c.p. ma il legislatore non ha espresso alcuna indicazione in ordine all'eventuale obbligo giuridico gravante sui componenti dell'Organismo di Vigilanza di impedire i reati presupposto, con la conseguenza che, “in mancanza della fonte dell'obbligo risulta superfluo, nell'ottica della responsabilità penale per omesso impedimento, discutere degli ipotizzabili poteri impeditivi, collegiali e/o individuali, astrattamente attribuibili all'organismo e ai componenti dello stesso”. (Centonze “Controlli societari e responsabilità penale”)

Un obbligo di impedimento dell'evento non sembra essere posto a carico dei componenti dell'organismo di vigilanza neppure dall'art. 52 d. lg. n. 231/2007 che attribuisce all'OdV alcuni doveri di vigilanza e di segnalazione.

Come è stato osservato, anche da questa disposizione “non sembra tuttavia possibile evincere doveri di impedimento dei reati indicati dagli artt. 25-octies (ricettazione, riciclaggio, impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita) e 25-quater (delitti con finalità di terrorismo), d. lg. n. 231/2001: il legislatore si limita infatti a contemplare, allorquando i componenti dell'organismo siano venuti a conoscenza di talune rilevanti infrazioni del decreto un mero potere/dovere (che appare peraltro

collegiale) di comunicazione a determinati soggetti, i quali poi a loro volta hanno l'obbligo (e i necessari poteri) di agire per accertare e impedire il verificarsi di ulteriori ed eventuali illeciti.

D'altra parte, il doloso inadempimento di tali obblighi di segnalazione integra una specifica fattispecie incriminatrice (art. 55, 5° co.), il cui modesto carico sanzionatorio (reclusione fino a un anno e multa da 100 a 1000 euro) appare proprio calibrato sull'ambito circoscritto dei doveri e poteri dei membri dell'organismo". (Centonze – op. cit.)

Ed invero, nei reati omissivi il rapporto di causalità tra omissione e evento è ipotetico, sussistendo unicamente allorché l'azione doverosa, che è stata omessa, se fosse stata compiuta, avrebbe impedito il verificarsi dell'evento, nel senso che aggiungendola mentalmente, l'evento non si sarebbe verificato. (Marinucci, Dolcini, Manuale di Diritto penale, Parte Generale)

Ebbene, il compimento degli obblighi di segnalazione previsti dal d. lg. 231/2007 a carico dei componenti dell'OdV non rappresenta l'azione doverosa per impedire i reati di cui agli artt. 25-quater e 25-octies, con la conseguenza che alcuna responsabilità penale omissiva sembra potersi ascrivere ai membri dell'OdV.

Ancora, non convince l'ipotesi di una responsabilità penale per i membri dell'OdV per cooperazione nel delitto colposo (art. 113 CP) ove si ritiene che essi, per colpa (negligenza, impudenza, ignoranza ecc.) non abbiano segnalato una situazione di pericolo, "cooperando" così con l'organo apicale nell'omettere misure precauzionali doverose e realizzando la fattispecie di cui all'art. 25 septies (omicidio colposo, lesioni personali gravi o gravissime).

Troppo diverso è il ruolo specifico e gestionale del "datore di lavoro" ed eventualmente anche del responsabile del servizio di prevenzione e protezione rispetto alla posizione di mero controllo assunta dall'Organismo di Vigilanza, senza contare la mancanza di copertura costituzionale a tale tipo di considerazione.

In conclusione, si può affermare che i componenti l'Organismo di Vigilanza sono privi di ogni potere giuridico impeditivo: e ciò crea la differenza appunto, tra la posizione di "garanzia" e quella generale di "vigilanza".

La prima prevede la possibilità di intervento diretto sulle situazioni di pericolo per il bene da proteggere, la seconda consiste nel vigilare sulla attività altrui ed informare il titolare del bene, o altri soggetti dell'eventuale violazione.

La posizione dell'Organismo di Vigilanza manca di qualsiasi potere direttamente coercitivo o impeditivo di condotte criminose di terzi, quindi non rileva ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p..

Responsabilità civile dell'Organismo di Vigilanza

Nel caso in cui l'Organismo di Vigilanza non abbia adempiuto alla sua funzione di controllo e vigilanza sul *Modello organizzativo*, ovvero abbia violato le disposizioni contenute nel *Regolamento* (e ciò si ponga in nesso di causalità con il danno all'ente), i suoi componenti potranno essere chiamati a risarcire il danno in sede civile.

Infatti, il corretto svolgimento dell'attività dell'organismo è presupposto per l'esonero dell'ente da responsabilità; qualora l'ente fosse condannato ai sensi del D. Lgs. 231/2001 potrà esperire l'azione civile di risarcimento danni nei confronti dell'organismo.

L'azione di rivalsa dell'ente assume natura contrattuale in ragione dell'incarico conferito ai membri dell'organismo e trova fondamento nell'art. 1218 C.C. *“il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile”*.

Tale responsabilità, a parere di chi scrive, è sostanzialmente limitata al fatto economico di cui alla sanzione pecuniaria, come commisurata ai sensi degli artt. 10, 11, 12 del decreto 231/01 (e anche qui, salva l'applicazione dell'art. 1227 C.C. di cui oltre).

Viceversa, il danno derivante dalla applicazione delle tanto rilevanti sanzioni interdittive (certo non evitato dalla eventuale nomina di un commissario giudiziale in luogo della applicazione della sanzione dell'interruzione dell'attività dell'ente), pare difficilmente ricollegabile al solo comportamento dell'OdV.

La fattispecie in cui tali sanzioni si applicano (profitto di rilevante entità commesso da soggetti apicali, o da sottoposti in presenza di gravi carenze organizzative, reiterazione degli illeciti) riconducono a situazioni in cui il reato viene commesso, in genere, perché non sussistono efficaci protocolli di prevenzione ed il MOG è gravemente carente, anche da un punto di vista organizzativo.

In tale contesto è evidente che gli organi dirigenti (C.d.A.; A.D.; esecutivo) hanno colposamente concorso a cagionare il danno e quindi *“il risarcimento sarà diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate”* (art. 1227 C.C.)

A ciò si aggiunga che:

- l'Organismo di Vigilanza non può e non deve sostituirsi agli organi apicali dell'ente: ad essi segnala carenze e problematiche del MOG, senza dovere fornire ad esse concreta soluzione. Verificherà poi che l'ente abbia superato il “gap”, con la classica verifica di “follow up”; e se l'ente non “reagisce” il fatto non è imputabile all'OdV.
- il sistema dei controlli di un ente complesso è nutrito ed articolato: controlli di 1°, 2°, 3° livello; verifica complessiva del sistema dei controlli da parte della Revisione Interna; Collegio sindacale e sue competenze; Organi delegati e loro specifiche competenze in materia di assetto organizzativo, amministrativo e contabile (art. 2381, 5° comma, C.C.); Società di Revisione; Dirigente Preposto; Comitato Controlli Interno. Da ciò discende: a) che numerosi soggetti concorrono a creare le condizioni perché il reato si verifichi; b) che l'OdV fa affidamento (anche) su tali soggetti professionali per verificare la bontà e tenuta del MOG: quale la responsabilità dell'OdV a fronte di report e verifiche “tranquillizzanti” provenienti da tali soggetti?

In altre parole, l'ipotesi di un MOG perfettamente congegnato, di un sistema dei controlli efficace, e di un reato che si può realizzare per la sola, carente, attività di vigilanza e controllo dell'OdV appare possibile ma poco realistica.

Certo, rimane l'aspetto – delicato – dell'obbligo dell'Organismo di segnalare tempestivamente le carenze del MOG dal punto di vista della prevenzione dei reati.

In tale senso, certo, l'inattività dell'Organismo potrebbe essere almeno concausa del mancato riconoscimento dell'esimente di un modello organizzativo gestionale valido ed efficace.

Fatte queste considerazioni, è poi il caso di escludere dalla riferibilità all'OdV il danno di cui alla confisca del prezzo o del profitto del reato, in quanto semplice strumento volto a ristabilire l'equilibrio economico alterato dal reato presupposto, i cui effetti economici sono andati a vantaggio dell'ente.

L'Organismo di Vigilanza, poi, è organo interno alla società, ma non organo societario di previsione codicistica: di fatto si tratta di struttura organizzativa costituita per volontà del Consiglio di Amministrazione dell'ente, che ne sceglie i componenti in base a caratteristiche di idoneità stabilite dalla legge ma in concreto declinate dall'ente stesso.

Tale organismo, pur contemplato dalla normativa primaria quanto agli effetti collegati alla sua azione (od inazione), non ha rilevanza esterna e la sua operatività si sviluppa solo nell'ente e per l'ente.

Risulta difficile in tale contesto - a parere di chi scrive – individuare la possibilità di una azione risarcitoria diretta ex art. 2043 C.C. nei confronti dell'OdV da parte di soggetti indirettamente danneggiati (es. creditori e dipendenti dell'ente, azionisti, stakeholder in genere).

Tali soggetti avranno di fronte la società e per essa i suoi amministratori: costoro a loro volta – sussistendone i presupposti – potranno agire nei confronti dei componenti dell'OdV, legati alla società da un contratto di natura intellettuale, con una obbligazione che è essenzialmente di mezzi e non di risultato.

Particolare poi la posizione dei componenti l'organismo che siano anche dipendenti dell'ente. I contratti di lavoro non declinano tra le competenze dei lavoratori subordinati la partecipazione all'Organismo di Vigilanza: essi non vengono “assegnati” all'organo ma ne entrano a far parte in forza di espressa accettazione di specifico incarico.

Tale rapporto – si ritiene – va ad affiancarsi a quello di lavoro subordinato, rimanendo però su un piano distinto.

In tale senso, ma si tratta di argomento da approfondire, il contestato inadempimento del mandato di membro dell'OdV non dovrebbe immediatamente ripercuotersi sul rapporto di lavoro quale dipendente (es. dirigente), trattandosi di ambiti e responsabilità diverse.

Avv. Andrea Tassi