

# Organo di Vigilanza

Indice dell'intervento:

- La responsabilità delle persone giuridiche e gli aspetti etici dell'attività d'impresa
- O.d.V.: requisiti oggettivi e soggettivi - Nomina e configurazione dell'O.d.V
- Funzioni e poteri dell'O.d.V
- O.d.V.: obblighi di informazione e flussi bidirezionali di informazioni - O.d.V.: raccolta e conservazione delle informazioni
- Sulla responsabilità dei componenti dell'organo di controllo (O.d.V.).

Il D.Lgs. 231/01 prevede, oltre che l'adozione di validi **modelli di organizzazione, gestione e controllo**, anche la costituzione di un apposito **Organismo di vigilanza**, deputato, per ciò stesso al **controllo dell'effettivo funzionamento dei modelli** di gestione adottati.

All'adozione di un modello penal-preventivo di organizzazione, gestione e controllo, ne consegue l'obbligatoria istituzione di un organismo deputato a vigilare circa l'effettiva attuazione del modello, come risulta dalla norma di cui all'art. 6 lett.b.

Il legislatore, si ritiene non per mera casualità, non ha dettato una disciplina particolareggiata circa la configurazione strutturale e i caratteri operativi e gestionali dell'organo di cui si discute, per tale via lasciando la più ampia libertà agli operatori del settore e per converso sollevando una serie di questioni di carattere interpretativo ed applicativo.

Le uniche indicazioni di carattere generale in ordine ai requisiti e ai compiti che l'organismo è chiamato a svolgere si rinvergono agli art. 6 e 7 del d.lgs. citato.

I caratteri dell'O.d.V. possono così sintetizzarsi:

## 1. **Autonomia**

Detto carattere è prescritto dallo stesso legislatore che riferisce, all'art.6 lett.b del d.lgs. 231/01 di "autonomi poteri di iniziativa e di controllo".

Si tratta di una vera e propria **autonomia decisionale** rispetto a determinazioni che l'organismo potrà assumere nell'esercizio dei poteri che gli sono propri, di natura ispettiva e di vigilanza, caratterizzati da un elevato grado di discrezionalità tecnica.

L'autonomia si esprimerà primariamente rispetto alla stessa società, nel senso che l'organismo dovrà **rimanere estraneo rispetto ad ogni forma d'interferenza e pressione da parte del management aziendale, nè dovrà esercitare attività operative all'interno della stessa società.**

L'autonomia decisionale si esprimerà quindi nell'esercizio di poteri ispettivi, di accesso alle informazioni aziendali, di controllo, consultazione e proposta, quale necessario completamento di un'autonomia non meramente formale ma sostanziale, ne consegue l'attribuzione all'O.d.V. della possibilità di disporre di forme di **autonomia finanziaria (un autonomo budget iniziale) e di potestà autoregolamentari.**

## **2. Indipendenza**

Il suddetto requisito, se pure non previsto direttamente dal legislatore, è però condizione necessaria di non soggezione ad alcun vertice aziendale.

Onde garantire la massima effettività e imparzialità di giudizio, l'O.d.V. deve caratterizzarsi quali **organo terzo**, le cui decisioni siano insindacabili. Al fine di garantire tale terzietà l'organo dovrà essere composto da **soggetti non in conflitto di interessi con l'azienda**, e se esterni all'azienda, che non svolgano attività di consulenza per la stessa, e che si trovino in una posizione organizzativa adeguatamente elevata da garantire l'indipendenza dagli organi esecutivi. La soluzione più estrema in tal senso, al fine di garantire piena indipendenza, sarebbe quella di **escludere dall'O.d.V. i soggetti appartenenti alla struttura aziendale**, ma una simile soluzione risulta essere difficilmente praticabile.

Però all'interno dell'Organismo gli interni devono essere in minoranza rispetto agli esterni.

## **3 Continuità.**

Perché il funzionamento dell'O.d.V. sia efficace deve essere **costante nel tempo**, ed in continua **interazione con il management** aziendale e le più significative funzioni di staff, quali il controllo di gestione, l'internal auditing, il legale, l'amministrazione e il bilancio, la finanza, i sistemi operativi, l'organizzazione, la gestione delle risorse umane.

#### 4. La professionalità e l'onorabilità

Come è facile dedurre, un organismo chiamato a svolgere una funzione così delicata e specialistica, non può che essere tecnicamente **idoneo**, ovvero dotato delle necessarie cognizioni tecniche e della esperienza relativa e quindi fornito di conoscenze senz'altro di carattere aziendalistico, ma anche dotato della **necessaria cultura legale (societaria, penale, civile, procedurale, amministrativa)** contabile, gestionale. Si tratterà quindi di raggruppare una serie di competenze specialistiche e al contempo assai diversificate.

I membri dell'O.d.V. dovranno inoltre garantire la massima affidabilità, **e assenza di ogni posizione di conflitto**. Al fine di adempiere alle proprie funzioni, di carattere multidisciplinare, inoltre, l'O.d.V. potrà avvalersi della collaborazione di **particolari professionalità da reperirsi anche all'esterno della società** che potranno fornire all'uopo un utile supporto tecnico e specialistico.

**Funzione primaria dell'O.d.V** è quella di **vigilanza continuativa sulla funzionalità del modello adottato**, curandone l'attuazione, la corretta applicazione, l'aggiornamento e gli adattamenti necessari e utili.

**Oggetto della vigilanza è il modello** in concreto adottato in ogni sua esplicazione, **comprensivo quindi del codice etico**, della valutazione o delle **criticità dell'organizzazione**, ovvero della vulnerabilità rispetto al rischio di commissione di un reato presupposto, dei protocolli comportamentali adottati ai fini di un idonea prevenzione dei rischi di commissione di un reato, del sistema sanzionatorio esistente.

La realizzazione di una simile funzione impone quindi il monitoraggio continuo delle aree a rischio, dell'effettiva adozione e messa in pratica del modello, della regolare tenuta dei documenti prescritti, dell'efficienza ed effettivo funzionamento delle misure e cautele previste dal modello.

L'O.d.V., oltre a preoccuparsi della vigilanza sul modello, dovrà **provvedere a esercitare l'attività di stimolo e di propulsione ai fini dell'aggiornamento del modello in ogni sua componente**, qualora se ne manifesti l'opportunità, in relazione ad una serie di

circostanze quali potrebbero essere una variazione dell'attività connessa ad un evento straordinario, che renda necessario un ripensamento del modello, o, in sede di intervento correttivo dello stesso, qualora si evidenzino, a seguito dell'attività di sorveglianza svolta dallo stesso O.d.V., aree scoperte e malfunzionamenti, sino al caso in cui sia stato realizzato un reato presupposto.

Il ruolo dell'organismo in tale circostanza sarà fondamentale e consisterà nell' **esercitare azioni propulsive e propositive nei confronti dell'organo dirigente** poi tenuto a valutare ed adottare eventuali proposte di modifica e di adeguamento del modello provenienti dall'O.d.V.

Ai fini dell'esercizio delle funzioni così descritte, ovviamente **l'O.d.V. dovrà godere dei poteri relativi** che ne consentano in concreto l'esplicazione.

Sarà cura dell'O.d.V. e oggetto della regolamentazione che lo stesso andrà a dettare , posto la completa libertà della norma di legge a riguardo, pianificare la frequenza delle riunioni periodiche, da valutarsi in ragione delle specifiche esigenze del momento, avendo cura di verbalizzarne lo svolgimento nonché l'esito delle stesse.

Alle medesime riunioni, in relazione al tema trattato, potranno essere chiamati a partecipare anche i sindaci, o l'organo di gestione, proprio al fine di reperire utili informazioni e mantenere il coordinamento interorganico.

Al fine di poter svolgere la propria funzione di vigilanza, deve essere **garantito all'O.d.V. l'accesso a tutte le informazioni e documentazioni aziendali** presso qualsiasi organo, nel rispetto della normativa in materia di privacy e di eventuali normative di settore, quale potrebbe essere la disciplina in materia di insider trading prevista per le società quotate.

Lo stesso O.d.V. dovrebbe, inoltre, poter richiedere di partecipare ad alcune sedute del C.d.a., anche tramite un proprio rappresentante, convocate in caso di trattazione di materie organizzative, di competenza dell'O.d.V..

Passando invece ai **poteri ispettivi**, che rappresentano la fetta più corposa delle competenze attribuite all'O.d.V., e che riguarda la vigilanza sull'effettiva applicazione e adeguatezza del modello prescelto, i poteri che strumentalmente devono essere attribuiti all'O.d.V. sono inerenti a:

- verifiche periodiche su alcune operazioni che superino un determinato ammontare;
- verifiche obbligatorie su alcune operazioni e processi societari particolarmente significativi, come la gestione finanziaria e le operazioni di tesoreria;
- verifiche a campione sulla corretta conduzione delle operazioni di tesoreria, anche al fine di accertarne l'eventuale costituzione di fondi neri e la corretta tenuta dei bilanci;
- interventi immediati, per quanto di competenza dell'O.d.V., in caso di intervento dell'autorità pubblica, giudiziaria o amministrativa;
- verifica periodica e cura della corretta interpretazione del codice etico e comportamentale, del modello e delle procedure aziendali previste in attuazione del modello stesso;
- adempimento dell'obbligo di informazione, e delle risultanze dell'attività di controllo svolta al fine di verificare l'esistenza di eventuali anomalie;
- verifiche periodiche e a campione della regolarità dei protocolli previsti in attuazione delle procedure adottate dall'azienda, della documentazione di supporto alle operazioni aziendali, anche di carattere contabile, riscontrando e segnalando all'organo dirigente ogni eventuale anomalia;
- controlli e approfondimenti sulle poste di bilancio in caso di rilevazione di anomalie, e controlli ad hoc sulle stesse poste di bilancio, a discrezione dell'O.d.V.

L'O.d.V. ha **potere di verifica e intervento immediato nel caso di segnalazione di irregolarità**, anzi, l'intervento dello stesso si configura come doveroso.

**Effettuate le verifiche del caso**, sentendo anche l'autore della violazione segnalata - indipendentemente da un eventuale condanna o processo penale - **l'organo di vigilanza riferisce dell'avvenuta infrazione all'organo amministrativo**, proponendo la misura sanzionatoria all'uopo prevista dal sistema disciplinare adottato nell'impresa.

L'O.d.V. interviene in funzione propositiva e consultiva, giammai però interviene nei processi decisionali dell'impresa, che rimangono accentrati in capo all'organo amministrativo.

Come d'altronde emerge dalla disamina appena effettuata, in ordine ai poteri e alle funzioni proprie che l'O.d.V. è chiamato ad esercitare, risulta evidente che al fine di rendere effettivo l'esercizio delle funzioni dello stesso, è necessario garantire un flusso costante di informazioni verso il medesimo O.d.V.

Più precisamente i flussi di informazioni avranno carattere **bidirezionale**, ovvero, da un lato, i **soggetti coinvolti nell'espletamento delle funzioni dirigenziali amministrative e di controllo dell'ente**, sono tenuti a informare costantemente l'O.d.V.; nello stesso tempo, il **medesimo organo di vigilanza** sarà tenuto costantemente a relazionare nei confronti degli organi di controllo e amministrativo, anche al fine e di stimolare un attività di quest'ultimo, e di consentire allo stesso di adottare i provvedimenti sanzionatori, o di altro genere ( ad. es. modifica del modello o del codice etico) del caso.

I dirigenti, gli amministratori, dipendenti e collaboratori della società, dovranno quindi garantire la **massima collaborazione all'O.d.V.** trasmettendogli, obbligatoriamente, ogni informazione utile per l'espletamento delle funzioni che gli sono proprie.

Sono d'altronde **previsti**, anche per prassi, **dal codice etico e disciplinare**, specifici **obblighi** a carico di **dipendenti** e collaboratori che venissero a conoscenza di violazioni, inadempimenti o accadimenti sospetti, di informarne tempestivamente l'Organo di Vigilanza.

Appare quindi opportuno prevedere **specifici mezzi o moduli** in grado di garantire la segnalazione tempestiva delle violazioni di cui si è parlato, ponendo in essere canali di comunicazione, prevedendo anche obblighi di **reporting o di richiesta di pareri qualora venga posta in essere un attività che possa presentare profili di responsabilità penale rilevanti.**

I protocolli dovranno prevedere che, in **qualsiasi circostanza** in cui venga effettuato un **accesso, ispezione o verifica** da parte di un Autorità di vigilanza, giudiziaria, o delle forze dell'ordine, della Guardia di finanza, **venga avvertito immediatamente l'Organismo di Vigilanza.**

Relativamente alle informazioni che si ritiene debbano essere messe a disposizione dell'O.d.V. si possono indicare, al fine di fornire un **indicazione di massima**, alcune delle attività societarie del cui svolgimento si ritiene necessario informare l'O.d.V. :

- a) Informazioni relative **all'assetto dell'azienda** anche prima dell'istituzione dell'O.d.V.;
- b) notizie relative **all'attuazione del modello** e alle sanzioni che in conseguenza della mancata osservanza dello stesso, siano state irrogate;
- c) **atipicità o anomalie** riscontrate da parte dei vari organi responsabili e degli organi deputati al controllo, nelle attività volte a porre in essere il modello;
- d) **provvedimenti provenienti da qualsiasi Autorità** pubblica, dai quali si evinca la pendenza di procedimenti relativi ai reati contemplati dal d.lgs. 231/01;
- e) **avvenuta concessione di erogazioni pubbliche**, rilascio di nuove licenze, di autorizzazioni o di altri rilevanti provvedimenti amministrativi;
- f) **operazioni finanziarie** che assumano particolare **rilievo** per valore, modalità, rischiosità, atipicità;
- g) **partecipazione a gare d'appalto**, ed **aggiudicazione** degli stessi, e in genere instaurazione di **rapporti contrattuali con la P.A.**;
- h) **informazione immediata** di ogni **accertamento fiscale**, del Ministero del Lavoro, degli enti previdenziali, dell'antitrust, e di ogni altra Autorità di Vigilanza, a cura del responsabile dell'area sottoposta al relativo accertamento;
- i) comunicazione e informativa documentale in ordine ad **operazioni societarie straordinarie**, ed in ordine alle connesse adunanze dell'organo amministrativo;
- j) **comunicazione** tempestiva dell'emissione di **nuove azioni** e di strumenti finanziari;

L'inosservanza dei suddetti **obblighi** comporterà violazione del modello e relativa applicazione delle sanzioni previste dal sistema disciplinare.

L'attività dell'O.d.V., anche al fine di garantire in grado massimo la persona giuridica da ogni rischio di responsabilità penale ai sensi del d.lgs. 231/01, necessita di un **elevato grado di attenzione** nella tenuta e conservazione delle informazioni, nonché della documentazione dell'attività svolta dall'organo di vigilanza.

Conseguentemente l'attività dell'O.d.V. sarà **caratterizzata** da una **notevole formalizzazione**, con redazione di **verbali** scritti idonei a documentare ogni riunione dello

stesso, nonché le attività di controllo eseguite e gli accessi effettuati in presenza del rischio di commissione di un reato presupposto o in presenza di criticità in una delle aree di azione della persona giuridica che rendano necessario l'intervento dell'O.d.V..

Ogni traccia dell'intervento, della proposte avanzate all'organo dirigente e dell'attività di controllo eseguita, dovrà essere **adeguatamente documentato** in modo da fornire un valido strumento in caso di eventuali contestazioni, atto a costituire riscontro oggettivo dei provvedimenti concreti adottati dall'azienda al fine di scongiurare i rischi di commissione di uno dei reati fondanti responsabilità delle persone giuridiche ai sensi del d.lgs. 231/01

Dinanzi al silenzio del legislatore, in questa sede, occorre soffermare l'attenzione sul tipo di **responsabilità** in cui possano incorrere i componenti **dell'Organismo di Vigilanza, qualora non abbiano correttamente adempiuto alle attività di verifica e vigilanza del modello organizzativo**, provocando, in tal modo, la responsabilità amministrativa dell'ente ex D.Lgs 231/01, in caso di commissione di un reato presupposto alle condizioni previste dallo stesso decreto.

In primo luogo, si intende esaminare se, a seguito del mancato svolgimento di tali funzioni di controllo, ne possa discendere una responsabilità di natura penale.

A tal fine è d'uopo analizzare il disposto dell'art. 40, II° comma, c.p., che dispone "**non impedire l'evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo**". Le osservazioni devono pertanto incentrarsi sulla possibilità di configurare, in capo ai componenti dell'OdV, un obbligo giuridico che abbia ad oggetto l'impedimento di un evento criminoso, precisando che l'ambito dell'attuale riflessione è limitato alla sola ipotesi di omissione dolosa e non anche colposa, dal momento che i reati oggetto del decreto sono tutti di natura dolosa.

Secondo il principio di riserva di legge e tipicità della fattispecie penale, come sancito all'art. 25 della Costituzione, **l'obbligo giuridico deve essere certo, sufficientemente determinato e tassativo e, secondo il criterio tradizionale**, deve trovare fondamento in una fonte formale dell'ordinamento, che sia la legge, il contratto o l'assunzione volontaria dell'obbligo.



La dottrina e la giurisprudenza ritengono inoltre che **il principio di equivalenza tra l'omissione non impeditiva e l'azione causale presuppone** non già un semplice obbligo giuridico di attivarsi, ma **una posizione di garanzia nei confronti del bene protetto.**

Pertanto tra tutti gli obblighi giuridici posti dalle fonti formali, a cui si è fatto cenno, possono dar luogo ad una responsabilità omissiva solamente quelli che pongono il soggetto in una posizione di garanzia, consistente nella protezione o nel controllo del bene giuridico tutelato dalla norma.

Dalla dottrina maggioritaria viene esclusa una siffatta posizione di garanzia ai componenti dell'Organo di Vigilanza in quanto si afferma che tale **organismo non risulta essere dotato di poteri** che, **se correttamente esercitati, possano** concretamente e direttamente **prevenire il compimento di reati**, essendo questo esclusivamente preordinato ad attività di controllo in ordine al funzionamento e all'osservanza dei modelli di salvaguardia. In altri termini allo stesso non è attribuito alcun potere di gestione attiva in grado di intervenire sull'organizzazione interna

Potrà al contrario configurarsi una **responsabilità penale del singolo membro** quando, quest' ultimo, abbia partecipato direttamente, anche attraverso **l'omissione di precise funzioni**, al disegno criminoso compiuto da altri, in forza dell'art. 110 c.p..

Tale norma, che regola il concorso di persone nel reato, presuppone non solo la volontaria partecipazione alla condotta criminosa posta in essere, ma anche un **apporto casualmente collegato alla realizzazione dell'evento.**

Per quanto riguarda la **responsabilità civile**, invece, **escludendo i casi di dolo e colpa grave**, potrebbe, però, sussistere in capo ai componenti dell'Organismo di Vigilanza **l'ipotesi di responsabilità per condotta omissiva.**

L'azione di rivalsa nei confronti dei responsabili, che concordano nel ritenere che l'ente incriminato possa esperire azioni civili contro i componenti dell'O.d.V., intese a conseguire il risarcimento del danno economico conseguente alla condanna, nei confronti di coloro che hanno creato i presupposti del reato. Tali azioni potranno essere esperite sia nei confronti dello stesso autore del reato, ma anche nei confronti di quei soggetti che abbiano reso possibile la realizzazione dell'evento, come punibili potrebbero essere i membri

dell'Organismo di Vigilanza che non abbiano vegliato in modo diligente, se direttamente imputabili.