

FOCUS

Organismo di Vigilanza I requisiti



PREMESSA.

Il Decreto legislativo 231/2001 si limita a prevedere che “il compito di vigilare sul funzionamento e l’osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento è stato affidato ad un organismo dell’ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo”, non offrendo indicazioni univoche in merito ai requisiti dell’Organismo di Vigilanza. Si tratta di una soluzione del legislatore dettata dalla volontà di non limitare la libertà di auto-organizzazione dell’ente, ma che impone oggi una doverosa riflessione circa le caratteristiche proprie dell’Organismo, la cui idoneità prima, ed attività di vigilanza poi, è essenziale per garantire efficacia esimente al Modello.

Del resto, è sempre più frequente che la condanna dell’ente per responsabilità amministrativa da reato passi da un semplice critica alla composizione dell’Organismo di Vigilanza, piuttosto che dalla – complessa ed articolata – analisi del Modello 231. Ed infatti, a fronte della natura incerta dei criteri in base ai quali formulare un giudizio sull’idoneità del sistema prevenzionale adottato, è certamente più agevole – ed anzi, talvolta, immediato – poter accertare la mancanza dei requisiti propri dell’Organismo, carenza che poi potrà trovare la sua conferma – inevitabile, nella valutazione del magistrato – nei vizi di funzionamento.

1. Quali sono i requisiti che deve possedere l’Organismo di Vigilanza?

Il d. lgs. 231/2001 non offre indicazioni univoche sui requisiti richiesti propri dell’Organismo di Vigilanza. Il legislatore ha optato per questa soluzione presumibilmente per non limitare la libertà di auto-determinazione dell’ente. Partendo dalle funzioni che l’OdV è chiamato a svolgere, la dottrina e la giurisprudenza, nonché i codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti ex art. 6, comma 3, d. lgs. 231/2001, hanno elaborato alcuni requisiti che devono ricorrere in capo ai singoli membri e all’OdV nel suo complesso.

In particolare, oltre all’elemento dell’autonomia (l’unico ad essere previsto espressamente dal legislatore), si richiede che l’OdV sia dotato delle caratteristiche di indipendenza, professionalità, onorabilità e continuità d’azione.

Per colmare la citata lacuna normativa, secondo alcuni autori sarebbe ora possibile richiamare il comma 4 *bis* dell’art. 6 d. lgs. 231/2001, introdotto dalla legge 183/2012, il quale ha inserito nel decreto la previsione per cui “nelle società di capitali il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza e il comitato per il controllo della gestione possono svolgere le funzioni di organismo di vigilanza”.

Da tale norma, si potrebbe desumere – indirettamente – la possibilità di applicare all’Organismo di Vigilanza – in quanto compatibili – le stesse regole disciplinanti il funzionamento degli organi richiamati.

2. Quando deve essere accertata la sussistenza dei requisiti in capo ai componenti dell'OdV?

In primo luogo, si suggerisce che i requisiti richiesti siano individuati e specificati all'interno del Modello, dove potranno essere definiti anche per rinvio a quanto previsto per altri organi di controllo.

Successivamente, è l'organo amministrativo ad essere tenuto a verificare *ex ante* la sussistenza dei requisiti al momento della nomina dell'OdV: di tali valutazioni potrà essere lasciata traccia nella delibera, così che sia possibile ricostruire in un secondo momento le considerazioni svolte.

Infine, sarà proprio l'OdV, nell'ambito della prima riunione, a poter compiere "un'autoverifica" sulla sussistenza dei requisiti in capo ai propri membri.

Come riportato dal *Position Paper* di AODV231 "*Requisiti e composizione dell'Organismo di Vigilanza*", la verifica in esame deve essere compiuta tanto sotto il profilo formale, quanto sotto il profilo sostanziale. Essa assume primaria importanza nell'ambito del sistema della responsabilità da reato degli enti, poiché "*la concreta sussistenza dei requisiti dell'OdV non può che comportare l'efficacia (almeno sotto quel profilo) del Modello al momento dell'analisi, a prescindere dall'eventuale necessità, per prevenire disfunzioni future, di una miglior formalizzazione*".

3. Con riferimento al requisito dell'autonomia dell'OdV, come deve essere garantita quest'ultima all'interno delle società?

Innanzitutto, tale caratteristica è assicurata dall'assenza di forme di interferenza, condizionamento o pressione da parte di qualunque componente dell'ente e dal mancato coinvolgimento dell'OdV

nell'esercizio di attività operative o nell'assunzione di decisioni gestorie.

Inoltre, l'OdV deve essere collocato nella posizione gerarchica più elevata e riportare unicamente all'organo dirigente della società, e la sua attività non deve essere sindacata, vincolata o diretta da altro organismo o struttura aziendale.

Ancora, all'OdV devono essere attribuiti adeguati poteri di ispezione e di accesso alle strutture e alle informazioni societarie, oltre al riconoscimento della possibilità di autoregolamentare il proprio funzionamento e la propria attività attraverso l'adozione di un regolamento interno, nonché di un *budget* adeguato alle necessità e alle dimensioni dell'ente di riferimento, così da poter ricorrere a consulenze e pareri specialistici. Sul punto, si richiama il *Position Paper* AODV231 "*Requisiti e composizione dell'Organismo di Vigilanza*", per cui "*è difficile, infatti ipotizzare una reale attuazione di un potere di controllo senza la possibilità di "attivazione", da parte dell'Organismo, di un autonomo utilizzo di una dotazione economica, soprattutto laddove le strutture interne aziendali risultino insufficienti o inadatte*".

Infine, un'ulteriore garanzia dell'autonomia dell'OdV è rappresentata dalla previsione di una durata dell'incarico a tempo determinato, che esclude una facoltà di recesso da parte dell'ente, la quale potrebbe rappresentare una forma di condizionamento sull'operato dell'attività dell'OdV.

4. Quali caratteristiche deve presentare la retribuzione dei componenti dell'OdV?

La retribuzione garantita ai componenti dell'OdV deve essere proporzionata all'impegno richiesto per lo svolgimento

dell'attività e tale da eliminare ogni possibile forma di sudditanza o riconoscenza economica nei confronti di altri organi societari.

Inoltre, al fine di escludere il coinvolgimento – anche indiretto – dei componenti dell'OdV nella gestione dell'ente, la retribuzione non può essere determinata sulla base di indici variabili ovvero di eventuali premi proporzionali agli utili della società, dal momento che ciò minerebbe l'autonomia dell'Organismo rispetto alle vicende dell'ente.

5. Cosa deve intendersi per indipendenza dell'OdV?

L'indipendenza, pur non essendo prevista direttamente dal D. lgs. 231/2001, è ricavabile in via ermeneutica dal principio di effettività del controllo, ed attiene all'attitudine mentale dell'OdV, il quale deve agire libero da ogni forma soggezione nei confronti degli organi apicali.

Non potranno dunque essere nominati quali componenti dell'OdV i soggetti legati da vincoli di parentela o affinità con gli organi sociali, nonché i soggetti che abbiano in essere rapporti professionali o economici con l'ente. Inoltre, non potranno rivestire la carica professionisti che svolgono compiti operativi nell'ente o che partecipano alla formazione di decisioni operative.

La giurisprudenza ha costantemente mostrato particolare interesse per tale requisito, non riconoscendo – ad esempio – la sussistenza del requisito dell'indipendenza del responsabile delle procedure del sistema ISO 9002 e della sicurezza all'interno della principale sede operativa (v. G.i.p., Trib. Roma, 4 aprile 2003), del dirigente addetto all'area ambiente e sicurezza (Cass. pen, Sez. Un., n. 38343/2014, *ThyssenKrupp*) o del membro del CdA di una

delle società controllate all'interno del gruppo (G.i.p., Trib. Napoli, 26 giugno 2007).

Al contrario, è stata riconosciuta l'indipendenza di un professionista responsabile dell'*Internal Auditing* di una società, in quanto non sottoposto alla direzione amministrativa e posto alla diretta dipendenza del presidente dell'organo amministrativo (V. Corte di Appello di Milano, II Sezione Penale, 18 giugno 2012).

Nel caso del disastro ferroviario di Viareggio (v. Corte di Appello di Firenze, III Sezione Penale, 16 dicembre 2019, n. 3733), il giudice ha riconosciuto la responsabilità dell'ente poiché – in un primo caso – l'Organismo di Vigilanza era composto da responsabili delle Direzioni *Audit*, Affari legali e societari e Organizzazione, Sviluppo e Risorse Umane Staff, direttamente dipendenti dall'organo di gestione e per i quali *“non erano previsti meccanismi espliciti che impedissero le interferenze da parte dei vertici aziendali”*; con riferimento ad un secondo soggetto giuridico, questo presentava un Organismo di Vigilanza il cui presidente rivestiva anche la carica di Responsabile della funzione di *Audit*, situazione che *“esclud[e] la necessaria indipendenza di tale organismo richiesta dall'art. 6 c.1 lett. b) D. Lgs. 231/2001”*.

Da ultimo, nel caso Banca Popolare di Vicenza (v. Tribunale di Vicenza, Sez. Penale, 17 giugno 2021, n. 348), il Tribunale ha riconosciuto la responsabilità dell'istituto di credito ai sensi del Decreto 231 in quanto erano presenti all'interno dell'OdV il direttore dell'*Internal Audit* e due avvocati, in precedenza retribuiti dalla società. Ebbene, i giudici hanno concluso che l'OdV *“era composto da soggetti non esenti da ingerenza e condizionamento da parte dei componenti dell'Ente, in particolare degli organi di vertice”*.

6. Il requisito dell'indipendenza deve essere valutato con riferimento all'OdV nel suo complesso o singolarmente nei confronti di ciascun membro?

È ormai pacifico in dottrina che questo requisito debba essere considerato con riferimento all'OdV nel suo complesso.

Sul punto sono intervenute anche le Linee guida di Confindustria del 2021, le quali hanno precisato che *“è ovvio che se l'Organismo di vigilanza ha composizione collegiale mista, poiché vi partecipano anche soggetti interni all'ente - preferibilmente privi di ruoli operativi - da questi ultimi non potrà pretendersi una assoluta indipendenza. Dunque, il grado di indipendenza dell'Organismo dovrà essere valutato nella sua globalità”*.

Si deve tuttavia rilevare che la giurisprudenza – in alcuni recenti arresti – pare aver escludere la sussistenza del requisito dell'indipendenza nel caso di soggetti interni all'ente che rivestono anche la funzione di componente dell'OdV.

Nel caso di OdV a composizione monocratica, l'indipendenza dovrà invece essere attentamente valutata con riferimento alla titolarità di pregressi compiti operativi e di eventuali funzioni di controllo e gestione esercitate nell'ambito dell'ente.

7. Il giudizio sull'indipendenza dell'OdV deve essere operato in astratto o in concreto?

Si ritiene che tale requisito debba essere valutato in concreto, verificando se – a prescindere da eventuali legami del singolo membro con l'ente vigilato – l'Organismo abbia effettivamente agito in modo indipendente. In ragione di ciò, una sentenza

di condanna per l'ente dovrebbe riportare in motivazione non (tanto) le relazioni intercorse tra i componenti dell'OdV e gli organi gestori della società, bensì i motivi per cui gli stessi, non essendo appunto indipendenti, non hanno adeguatamente esercitato il loro compito.

Così argomentando, si comprende come possa essere non solo contrario alla filosofia del Decreto, ma anzi auspicabile che l'Organismo di Vigilanza possa essere composto anche da soggetti in passato legati alla società, i quali – in ragione della pregressa conoscenza dell'azienda e del suo funzionamento – potranno svolgere il loro ruolo con maggior efficacia.

Del resto, anche le Linee *“il pagamento di un compenso alla persona, interna o esterna all'ente, per l'attività in argomento non costituisce causa di dipendenza”*

8. È possibile che all'interno di un ente ci sia un OdV autonomo ma non indipendente e viceversa?

Assolutamente sì, poiché, nonostante l'apparente sovrapposizione dei due concetti, indipendenza e autonomia non operano quale sinonimi. Come già detto, l'autonomia attiene al profilo strutturale e di capacità organizzativa dell'OdV, attraverso la messa a disposizione degli strumenti necessari allo svolgimento dell'attività; al contrario, l'indipendenza attiene al lato *“interiore”* dell'OdV, imponendo una *forma mentis* che escluda ogni forma di soggezione nei confronti degli organi apicali.

Di conseguenza, sarà dunque possibile avere in una società un organismo pienamente indipendente ma non autonomo, in quanto magari non titolare di potere sufficienti e di un

proprio *budget*. Allo stesso modo, vi potrà essere un OdV pienamente autonomo, ma privo – nel suo complesso – dei requisiti di indipendenza, perché composto da professionisti che, seppur dotati di poteri e di *budget* sufficienti, sono coinvolti nei processi operativi dell'ente, ovvero legati agli organi apicali dell'ente da parentela o affinità.

9. Il requisito della professionalità deve essere tradotto nel necessario possesso di conoscenze estese a tutti i campi nei quali possono essere commessi i reati da prevenire?

Certamente no. Non appare infatti ragionevole pretendere che la formazione dell'Organismo di Vigilanza sia rigidamente ricalcata sull'elenco degli illeciti, nel senso di individuare tanti membri quante sono le aree di "rischio penale" presenti nell'organizzazione aziendale.

Le competenze devono certamente essere specifiche e, come chiarito dalla giurisprudenza, la verifica della professionalità necessaria in capo ai componenti dell'OdV non può limitarsi ad un'analisi dei *curricula vitae* dei professionisti (v. G.i.p., Tribunale di Napoli, 26 giugno 2007). A questi ultimi sono richieste capacità in materia ispettiva e consulenziale, conoscenze tecniche specifiche idonee a garantire l'efficacia dei poteri di controllo e propositivo, nonché competenze di carattere giuridico. Queste ultime devono auspicabilmente comprendere – come pure suggerito dalle Linee guida di Confindustria del 2021 - il campo penale, posto che la finalità dell'intero sistema 231 è quella di prevenire la realizzazione di illeciti.

Del resto, la conclusione di dover richiedere in capo all'OdV una sorta di "onniscienza" non

sarebbe coerente con le funzioni attribuite all'Organismo di Vigilanza, il quale non è tenuto a supervisionare ogni settore dell'impresa idoneo a generare fatti di reato. Semmai, eventuali lacune di competenze potranno essere colmate facendo riferimento alle risorse aziendali o ricorrendo a consulenti esterni, nell'ambito dell'autonomia di spesa e *budget* riconosciute all'OdV.

10. L'onorabilità di un componente dell'OdV viene meno solo in caso di sentenza irrevocabile di condanna?

La giurisprudenza sul punto ha assunto in passato un atteggiamento di grande rigidità, sostenendo che la perdita di onorabilità può essere determinata già da una sentenza di condanna di primo grado, precisando che "*se l'Organo di vigilanza deve, pur se organo interno alla società, essere indipendente ed in grado di controllare non solo i dipendenti, ma anche i direttori e gli amministratori dell'ente, appare veramente eccessivo pretendere, perché operi la causa di ineleggibilità, che nei confronti del soggetto che si vorrebbe nominare sia stata emessa una sentenza di condanna e che la sentenza sia divenuta irrevocabile: potrebbe cioè nominarsi quale membro dell'Organismo di Vigilanza un soggetto condannato – seppure con sentenza non irrevocabile – per corruzione, truffa aggravata ai danni di ente pubblico, per frode fiscale ovvero un soggetto nei confronti del quale sia stata emessa sentenza di patteggiamento divenuta irrevocabile per fatti corruttivi*" (v. G.i.p., Trib. Milano, 20 settembre 2004).

In ragione di questo atteggiamento, spesso nei Modelli di organizzazione e gestione vengono inserite clausole di ineleggibilità/decadenza, o comunque di sospensione della carica, che

diventano operative nel caso in cui – nei confronti del componente – intervenga un qualunque provvedimento giurisdizionale che riconosca, seppur sommariamente, la responsabilità o addirittura la non infondatezza della *notitia criminis* (ad esempio, decreto di rinvio a giudizio).

Tale impostazione non è certamente esente da critiche, apparendo in contrasto con la presunzione di non colpevolezza garantita dall'art. 27 comma 2 della Costituzione.

Del resto, non si comprenderebbe quale ragione un professionista imputato – ad esempio – per una contravvenzione prevista dal Codice della Strada non possa ricoprire il ruolo di membro di un Organismo di Vigilanza.

Al riguardo, al fine quindi di prevenire automatismi legati all'emissione di una qualsiasi sentenza di condanna, appare quanto meno ragionevole che venga specificato già in sede di redazione del Modello quali ipotesi di reato comporteranno la perdita del requisito dell'onorabilità (ad esempio, solo in caso di accertamento di commissione di un reato-presupposto).

11. Cosa deve intendersi per “continuità d'azione” dell'OdV?

La continuità d'azione dell'OdV deve essere intesa come effettività del controllo svolto e di frequenza temporale delle azioni intraprese, in modo da poter individuare tempestivamente eventuali situazioni anomale o rischiose.

Quest'ultima rappresenta, a ben vedere, più un requisito di funzionalità operativa dell'OdV, che non un vero e proprio requisito oggettivo, e non deve intendersi nel senso di richiedere ai componenti di svolgere in via costante e permanente l'attività di vigilanza sul Modello.

Del resto, una dedizione totale e continuativa non è richiesta né dal Decreto, né tantomeno dalla relazione di accompagnamento a quest'ultimo, ed anzi non appare in realtà essenziale per il corretto funzionamento dell'OdV.

L'Organismo è infatti tenuto a programmare *ex ante* le proprie attività e la periodicità dell'attività di verifica, e di documentare analiticamente quanto svolto, posto che un'accurata documentazione sarà essenziale per dimostrare in sede processuale che non vi sia stata omessa o insufficiente vigilanza.

12. Come può essere garantita la continuità di azione dell'OdV all'interno di un ente?

La dottrina e le Linee guida di Confindustria del 2021 hanno suggerito diverse soluzioni per garantire la continuità di azione dell'OdV. Utili a tal fine sono sicuramente la nomina di un componente interno della società, funzionale ad assicurare una presenza costante presso l'ente di riferimento, e la dotazione di sufficienti risorse umane e finanziarie, le quali potranno costituire un organo di sostegno all'OdV ovvero una segreteria tecnica di coordinamento per l'attività dell'Organismo.

Di fondamentale importanza appare – infine – una puntuale documentazione dell'attività svolta dall'OdV, la quale potrà rappresentare – in sede processuale – la prova dell'effettiva verifica sul funzionamento del Modello, nonché la prova che non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza.

CONTATTI



Giuseppe Fornari
Founding Partner

g.fornari@fornarieassociati.com



Enrico Di Fiorino
Partner

e.difiorino@fornarieassociati.com

Milano

Via Chiossetto 18

T: +39 0254122206

E: milano@fornarieassociati.com

Roma

Piazza di San Lorenzo in Lucina 26

T: +39 0622201000

E: roma@fornarieassociati.com

Bari

Via Principe Amedeo 25

T: +39 080 918 4280

E: bari@fornarieassociati.com

Questa pubblicazione ha lo scopo di fornire informazioni di carattere generale rispetto all'argomento trattato e non deve quindi essere considerata come un parere legale né come una disamina esaustiva di ogni aspetto relativo alla materia oggetto del documento.

Fornari e Associati

www.fornarieassociati.com