

FOCUS

LE RESPONSABILITÀ DELL'ORGANISMO DI VIGILANZA



LE RESPONSABILITÀ DELL'ORGANISMO DI VIGILANZA

Il tema delle eventuali forme di responsabilità dell'organismo di vigilanza (OdV) è costantemente al centro del dibattito. Come noto, il legislatore – nell'introdurre questo inedito organismo, divenuto poi architrave su cui si regge l'intero sistema preventivo della corresponsabilizzazione delle persone giuridiche – ha fornito solo delle generiche coordinate circa i compiti (di vigilare sul funzionamento e l'osservanza del modello, nonché di cooperare con l'organo amministrativo al fine del suo aggiornamento) e il perimetro dei poteri (di iniziativa e di controllo). Nessuna indicazione viene invece offerta in relazione ai profili di responsabilità, penale o civile. Attraverso un'analisi della dottrina e della giurisprudenza, in questo Focus esploriamo a quali rischi possono essere esposti i componenti dell'OdV.

1. QUALI SONO I COMPITI DELL'ODV?

Per valutare al meglio le eventuali responsabilità derivanti da un non corretto adempimento delle funzioni assegnate all'OdV, è necessario comprendere quali compiti spettano effettivamente all'organismo.

Compito principale dell'OdV, delineato dall'art. 6 d. lgs. 231/2001 e necessario al fine di escludere la responsabilità amministrativa dell'ente, è quello di vigilare sul funzionamento e sull'osservanza del modello. L'attività di vigilanza effettuata dall'OdV non comporta, tuttavia, interventi diretti nei confronti dell'operato del *management* aziendale, ma prevede che l'organismo riporti ogni eventuale criticità o violazione del modello all'organo amministrativo, unico soggetto dotato dei necessari poteri di intervento.

In secondo luogo, l'OdV deve farsi carico dell'attività di carattere informativo e formativo, in collaborazione con le eventuali funzioni aziendali a ciò preposte. All'organismo spetta quindi il compito di assicurare un'adeguata conoscenza e

comprensione del sistema 231.

Da ultimo, l'art. 6 d. lgs. 231/2001 assegna all'OdV anche l'onere di curare l'aggiornamento del modello. Tale compito, tuttavia, non si traduce in un potere di intervento diretto sullo stesso, ma si traduce nel dovere di accertarsi dell'effettiva adeguatezza del modello. In caso di necessità, spetterà poi al vertice aziendale ricevere eventuali segnalazioni ed indicazioni dell'organismo ed intervenire sulla struttura del modello.

In presenza di un puntuale svolgimento di queste attività, non potrà quindi essere contestato all'OdV alcun inadempimento dei propri obblighi.

2. QUALI COMPITI HA L'ODV IN CASO DI VIOLAZIONI DEL MODELLO?

Sia l'art. 6 che l'art. 7 d.lgs. 231/2001 prevedono espressamente che il modello sia dotato di un sistema disciplinare, in grado di sanzionare il mancato rispetto dei suoi contenuti di carattere preventivo e, come tale,

idoneo a presidiarne la efficace attuazione.

Pur essendo necessario che il sistema disciplinare sia concretamente attuato, al fine di garantire l'effettività del modello, è tuttavia il solo organo gestorio, in qualità di datore di lavoro e di soggetto responsabile per l'attuazione del sistema 231, a poter esercitare il potere sanzionatorio (quantomeno con riferimento ai dipendenti).

All'organismo di vigilanza spetta invece il compito – ricevuta la segnalazione su una violazione del modello o comunque rilevata un'infrazione – di informare l'organo dirigente, fungendo così da vero e proprio promotore dell'azione disciplinare.

Anche sotto questo profilo, non potrà quindi essere mosso alcun rilievo all'organismo per l'erroneo esercizio del potere disciplinare o per la mancanza di un intervento da parte del datore di lavoro, seppur sollecitato dall'OdV.

3. SONO ESPRESSAMENTE PREVISTE DELLE SANZIONI PENALI IN CASO DI NON CORRETTA ATTIVITÀ DA PARTE DELL'ODV?

Ad oggi non esistono reati propri dei componenti dell'Organismo di Vigilanza.

La situazione era, tuttavia, diversa fino al 5 luglio del 2017, quando, con il d.lgs. 90/2017, l'Organismo di Vigilanza è stato rimosso dall'elenco di soggetti tenuti a rispettare gli obblighi di comunicazione in tema di disciplina antiriciclaggio.

Fino a quel momento, la predetta disciplina ha rappresentato l'unica ipotesi in cui il legislatore ha posto le basi per la

configurabilità di una responsabilità penale dell'Organismo di Vigilanza: dal combinato disposto degli artt. 55, comma 5, e 52, comma 2, d.lgs. 231/2007 scaturiva un'incriminazione per l'omissione di comunicazioni all'UIF in tema di operazioni sospette o assimilate.

In questo contesto, l'art. 52 del citato decreto riconosceva in capo all'OdV una posizione di garanzia (e la conseguente responsabilità penale) in ragione di specifici doveri di controllo sul compimento di operazioni sospette e sulla osservanza delle norme antiriciclaggio.

In seguito alla modifica intervenuta nel 2017, come si vedrà *infra* – e fatta eccezione per le ipotesi indicate *sub* n. 5 – dall'inadempimento del singolo membro dell'OdV potrà scaturire esclusivamente una violazione degli obblighi contrattuali cui lo stesso è tenuto nei confronti dell'ente.

4. QUALI SANZIONI PER IL COMPONENTE DELL'ODV GIUDICATO NON IDONEO?

Come noto, non sono infrequenti i casi in cui la giurisprudenza ha ritenuto inidoneo il modello, facendo discendere tale conclusione dalla sola inadeguatezza – in termini di composizione e funzionamento – dell'OdV.

Sempre i giudici, peraltro, hanno oramai delineato in numerose pronunce alcune ipotesi, dove determinate caratteristiche soggettive del singolo membro potrebbero inficiare addirittura il requisito di indipendenza dell'intero organo collegiale.

Il già citato art. 6 d. lgs. 231/2001 attribuisce all'organo dirigente il potere-dovere di

adottare ed attuare efficacemente il modello organizzativo dell'ente: alla luce di questa investitura, anche la competenza della nomina dei membri dell'OdV viene attribuita all'organo gestorio. Tale interpretazione risulta coerente con il principio generale della responsabilità gestoria degli amministratori ex art. 2364, comma 1, n. 5, c.c., nell'ambito della quale gli stessi curano l'assetto organizzativo della società e controllano la relativa adeguatezza ex art. 2381 c.c.

Per tali ragioni, pur rimanendo in capo al singolo membro dell'OdV la possibilità di segnalare – al vertice aziendale – la propria inidoneità a ricoprire tale ruolo, non paiono sussistere margini per poter contestare allo stesso il mancato rilievo di tali criticità.

5. L'ODV PUÒ ESSERE L'AUTORE DI UN REATO?

Come già detto, ad oggi non esistono reati propri dei componenti dell'Organismo di Vigilanza.

Ciononostante, due sono i casi – al di là della questione relativa alla configurabilità di un concorso omissivo dell'OdV (si veda domanda n. 6), scaturente dall'omesso impedimento del reato altrui – in cui è possibile, quantomeno in astratto, che il singolo componente dell'OdV ponga in essere una condotta penalmente rilevante:

- a) la commissione, da parte del singolo membro dell'OdV, di un reato presupposto in qualità di autore (c.d. *autoria commissiva*);
- b) il caso in cui il singolo membro dell'OdV fornisca un contributo materiale o rafforzi il proposito criminoso di un

organo o dipendente che poi si faccia autore di un reato presupposto (c.d. *concorso commissivo*).

È possibile che il singolo membro dell'OdV commetta un reato anche in un caso ulteriore, ovvero sia quando sia di per sé garante in forza di altre qualifiche. Si tratta di una circostanza assolutamente possibile, dato il disposto dei commi 4 e 4-bis dell'art. 6 del d.lgs. 231/2001, che disciplinano la circostanza che l'OdV coincida – rispettivamente – con il consiglio di amministrazione di enti di piccole dimensioni o con il collegio sindacale.

Nel caso in cui un amministratore o un sindaco (*soggetti garanti*) dovessero prendere parte all'Organismo di Vigilanza (*organo non garante*), ben potrebbe verificarsi un condizionamento dell'operatività dell'organismo per effetto della presenza al suo interno di un soggetto garante, e ciò, in particolare, alla luce degli obblighi impeditivi particolarmente gravosi che ricadono in capo a questi soggetti anche con riferimento alle condotte altrui.

La coincidenza di cariche differenti in capo al medesimo soggetto può essere foriera di criticità in quanto può facilmente determinare un ampliamento dell'area di responsabilità penale del garante, per effetto della moltiplicazione delle occasioni in cui l'obbligo di impedire viene attivato.

Si pensi al caso dell'amministratore non esecutivo che sia anche membro dell'OdV e che, ciononostante, debba attivarsi rispetto alla condotta del delegato; ovvero, al sindaco che, pur essendo membro dell'organismo, debba attivarsi inducendo l'interno organismo ad agire in via impeditiva laddove le verifiche

di quest'ultimo rivelino inosservanze penalmente rilevanti.

Ancora, qualora tra i membri dell'OdV sia presente uno dei soggetti tenuti agli obblighi di comunicazione di operazioni sospette, lo stesso non potrà ragionevolmente ritenersi esonerato dai propri doveri solo per il fatto di far parte di un organo non tenuto a trasmettere segnalazioni.

6. L'ODV PUÒ AVERE UN RUOLO NELL'IMPEDIMENTO DI UN REATO?

Anticipando le conclusioni, possiamo in sintesi affermare che l'OdV *non* ha un potere di impedire la commissione di reati in seno all'ente, *ma* ha un potere – e un conseguente dovere – di condurre un'attività di controllo sistematico, che, pur non traducendosi nell'obbligo di ostacolare l'assunzione di decisioni illecite, sia idonea a prevenirle.

La sussistenza o meno di un ruolo impeditivo in capo all'OdV è, tuttavia, questione complessa e controversa, rispetto alla quale il confronto dottrinale è stimolato da non frequenti, ma significativi interventi – per rilevanza di parti e interessi coinvolti – della giurisprudenza di legittimità e di merito.

Volendo in questa sede circoscrivere il perimetro d'analisi agli sviluppi giurisprudenziali il cui approdo è stato

sintetizzato nell'apertura di questa risposta, l'attenzione dovrà rivolgersi, in particolare, ad alcuni *leading case*.

Con la *prima* pronuncia di legittimità sul c.d. **Caso Impregilo** (Cass. pen., sez. V, 18 dicembre 2013, dep. 30 gennaio 2014, n. 4677, come vedremo successivamente rivisitata dalla stessa Cassazione) la Suprema Corte ha individuato l'idealtipo di OdV in un organo dotato di poteri di intervento, che lo rendono di fatto partecipe dei processi decisionali della società¹. Laddove il mancato esercizio di tali poteri determini l'omesso impedimento di un reato, l'inattività dell'Organismo si tradurrebbe, secondo la Corte, nell'inefficace attuazione del modello organizzativo e, conseguentemente, nell'impossibilità di ritenere raggiunta la prova liberatoria di cui all'art. 6 d. lgs. 231/2001 del corretto agire prevenzionistico dell'ente².

Nella medesima prospettiva si colloca, nel 2021, il Tribunale di Milano, chiamato a giudicare il **Caso Monte dei Paschi di Siena** – filone Santorini e Alexandria (Trib. Milano, sez. II, 15 ottobre 2020, dep. 7 aprile 2021, n. 10748)³: nuovamente, il ruolo che viene idealmente disegnato dall'organo giudicante in capo all'OdV è quello di impedire la commissione di reati presupposto, intervenendo, se del caso, a precludere le

1 Nel caso di specie – avente ad oggetto un fatto di aggrottaggio – funzionali a verificare il contenuto dei comunicati da indirizzare al pubblico.

2 Così la Suprema Corte sul punto: “*Se all'organo di controllo non fosse nemmeno concesso di esprimere una dissenting opinion sul “prodotto finito” (rendendo in tal modo, almeno, manifesta la sua contrarietà al contenuto della comunicazione, in modo da mettere in*

allarme i destinatari), è evidente che il modello organizzativo non possa ritenersi atto a impedire la consumazione di un tipico reato di comunicazione, quale – per quel che si è già detto – è l'aggrottaggio”.

3 Conclusosi con sentenza di assoluzione perché il fatto non sussiste, pronunciata dalla Corte di Appello di Milano in data 10 giugno 2024.

scelte di gestione⁴.

Pochi mesi dopo, anche il Tribunale di Vicenza (Trib. Vicenza, sez. penale, 17 giugno 2021, dep. 19 marzo 2021, n. 348), nel **caso Banca Popolare di Vicenza**, si sofferma sul dovere di impedimento di fatti illeciti in capo all'OdV, censurando l'assenza di poteri di intervento autonomo dell'Organismo (che, nel caso di specie, avrebbe peraltro unicamente potuto provvedere a una segnalazione rivolta agli stessi soggetti controllati⁵).

Infine, con la *seconda* pronuncia sul **Caso Impregilo**, la Suprema Corte (Cass. pen., sez. VI, 11 novembre 2021, n. 23401) torna sui suoi passi, precisando perimetro e modalità dell'attività di controllo demandata all'OdV. Con quest'ultima pronuncia, la Cassazione corregge la posizione precedentemente assunta sul punto, chiarendo con apprezzabile lucidità come l'Organismo non possa divenire un organo autorizzatore delle scelte sociali: *“Un modello organizzativo che rendesse obbligatorio un preventivo controllo di qualsiasi atto del presidente o dell'amministratore delegato di una società, senza distinzione di contenuti e/o di rilevanza, sarebbe difficilmente conciliabile con il potere di rappresentanza, d'indirizzo e di gestione dell'ente, che la legge civile riconosce a quegli organi. Diversamente, l'organismo di vigilanza finirebbe per trasformarsi in una specie di supervisore dell'attività degli organi direttivi e*

d'indirizzo della società, inserendosi, di fatto, nella gestione di quest'ultima ma, in tal modo, esorbitando dal compito affidatogli dal D.Lgs. n. 231, cit., art. 6, lett. b), che è solamente quello di individuare e segnalare le criticità del modello e della sua attuazione, senza alcuna responsabilità di gestione. Peraltro, un potere così pervasivo risulterebbe attribuito a tale organo con esclusivo riferimento al profilo della responsabilità da reato, dando così luogo ad un groviglio di competenze e ad un'evidente disarmonia di sistema, dal momento che, in ordine agli effetti civili di quegli stessi atti, quell'organismo non avrebbe poteri interdittivi o d'interlocuzione. Invero, l'organismo di vigilanza non può avere connotazioni di tipo gestorio, che ne minerebbero inevitabilmente la stessa autonomia: ad esso spettano, piuttosto, compiti di controllo sistemico continuativo sulle regole cautelari predisposte e sul rispetto di esse nell'ambito del modello organizzativo di cui l'ente si è dotato”.

In conclusione, l'OdV svolge correttamente il proprio compito non già ostacolando la commissione in seno all'ente di uno *specifico* illecito, bensì contribuendo in generale alla prevenzione della commissione di qualsiasi attività in astratto integrante un reato presupposto, mediante lo svolgimento di attività programmate (ad esempio: formazione) e a sorpresa (ad esempio: audit) volte a verificare (i) l'adeguatezza dei protocolli preventivi e (ii) la mancata

4 Così la sentenza: *“In definitiva, l'organismo di vigilanza – pur munito di penetranti poteri di iniziativa e controllo, ivi inclusa la facoltà di chiedere e acquisire informazioni da ogni livello e settore operativo della Banca, avvalendosi delle competenti funzioni dell'istituto (...) – ha sostanzialmente omesso i dovuti accertamenti (funzionali alla prevenzione dei reati, indisturbatamente reiterati), nonostante la rilevanza del tema contabile (...) Non resta che rilevare l'omessa (o almeno insufficiente)*

vigilanza da parte dell'organismo, che fonda la colpa di organizzazione di cui all'art. 6 d. lgs. 231/2001” (p. 294).

5 Tale inattività del resto – si precisa altresì nella sentenza della Corte di Appello di Venezia, sez. I, 10 ottobre 2022, dep. 4 gennaio 2023, n. 3348 – costituisce il risultato di una totale osmosi tra OdV e vertici aziendali, tale *“da rendere del tutto impalpabili i margini di autonomia ed effettività dell'attività di controllo svolta da tale organismo”.*

violazione degli stessi.

Rispetto a tali attività e agli esiti che ne emergono, l'OdV ha un onere di segnalazione (in caso di emersione di criticità) e di verbalizzazione (a tutela futura non solo del proprio operato, ma, come visto, della stessa difesa dell'ente).

7. QUALI RESPONSABILITÀ DELL'ODV IN CASO DI INFORTUNIO SUL LAVORO?

In materia di sicurezza sul lavoro, i compiti dell'OdV e quelli del datore di lavoro sono certamente distinti: il datore di lavoro – sottoposto, insieme ai garanti subordinati, agli obblighi cautelari – è tenuto alla predisposizione di una organizzazione adeguata e al controllo dell'adeguatezza dell'operato dei delegati e del sistema antinfortunistico, mentre l'Organismo di Vigilanza è tenuto all'alta vigilanza sulla corretta gestione del rischio.

In presenza di un infortunio, mentre potrà essere valutata la responsabilità – a titolo di colpa – dei soggetti garanti, il medesimo accadimento può, sotto il profilo del sistema 231, rilevare unicamente come sintomo dell'inadeguatezza organizzativa.

Da ciò deriva che, in caso di infortunio sul lavoro che non derivi unicamente da un'elusione fraudolenta del modello organizzativo, si potrà ritenere che l'organismo abbia vigilato male sulla complessiva adeguatezza delle procedure aziendali, e dunque contribuito alla colpa di organizzazione dell'ente (per la quale l'ente sarà considerato unico responsabile).

In assenza di una posizione di garanzia, il singolo membro dell'OdV potrebbe quindi essere ritenuto responsabile solo qualora con la propria **condotta (necessariamente attiva) agevolativa** abbia 1) codeterminato una condizione di rischio favorente l'azione imprudente altrui, attraverso una valutazione incompleta della situazione di rischio e dell'adeguatezza del modello ovvero attraverso un monitoraggio inefficace del suo rispetto; ovvero, 2) asseverato scelte aziendali mediante una formalizzata accondiscendenza alle stesse, con l'effetto di rinforzare i propositi del management e, al contempo, di neutralizzare l'eventuale percezione del rischio da parte dei dipendenti.

Si tratta, quindi, a ben vedere, di un caso in cui il singolo membro sarebbe sì potenzialmente responsabile, ma in relazione ad attività che fuoriescono dal perimetro dei compiti propri dell'OdV.

8. QUALI RESPONSABILITÀ PUÒ AVERE L'ODV IN RELAZIONE ALLA DISCIPLINA DEL WHISTLEBLOWING?

Con il d. lgs. 24/2023 il legislatore, attuando la direttiva europea in materia di *whistleblowing*, ha innovato anche il d. lgs. 231/2001.

Alla luce della nuova disciplina, è possibile che l'OdV assuma anche il ruolo di gestore delle segnalazioni effettuate attraverso il canale interno. A seguito di tale nomina, i membri dell'organismo possono essere esposti a conseguenze, di natura non penale. In particolare, il citato d. lgs. 24/2023 (all'art. 21,

comma 1, lett. b) prevede che l'Autorità Nazionale Anticorruzione possa applicare al responsabile una sanzione amministrativa pecuniaria quando accerta che non è stata svolta attività di verifica e analisi rispetto alle segnalazioni ricevute.

Le Linee guida emanate da Anac in data 12 luglio 2023 confermano che, in caso di inattività, il responsabile deve essere considerato il gestore delle segnalazioni.

9. È CONFIGURABILE UNA RESPONSABILITÀ EXTRACONTRATTUALE DELL'ODV?

Nel sistema delineato dal d.lgs. 231/2001 – che trascura il tema dell'ipotetica responsabilità civile dell'Organismo di Vigilanza in conseguenza all'inadempimento dei propri obblighi di vigilanza e di controllo circa il rispetto del modello organizzativo adottato dall'ente – è possibile immaginare una responsabilità civile verso terzi che muova dai profili di responsabilità extracontrattuale nei confronti dei soggetti eventualmente danneggiati?

Com'è noto, la responsabilità extracontrattuale consegue non già dalla violazione di un dovere specifico derivante da un rapporto obbligatorio (nel qual caso si configurerebbe un'ipotesi di responsabilità contrattuale), bensì dalla commissione di un fatto riconducibile alla nozione di fatto illecito fornita dall'art. 2043 c.c., secondo il quale *«qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno»*.

In tale nozione di fatto illecito possono farsi

rientrare sia condotte commissive che omissive, purché riconducibili, secondo un adeguato nesso di causalità, all'evento dannoso e purché esista un vero e proprio obbligo giuridico di impedire lo stesso.

Come si è già avuto modo di approfondire, l'Organismo di Vigilanza non assume la qualifica di organo endosocietario tipico, bensì costituisce una unità organizzativa dell'ente, che svolge una funzione di mero controllo interno, da intendersi nei termini esclusivi di potere-dovere di accertamento, privo di potere impeditivo e di reazione diretta a fronte di condotte irregolari o illecite.

Si deve pertanto escludere che a carico dei membri dell'Organismo di Vigilanza possa configurarsi sotto un profilo civilistico una responsabilità extracontrattuale, salvo ovviamente le ipotesi di concorso *stricto sensu* nel reato medesimo.

I membri dell'OdV non potranno essere chiamati da terzi a rispondere di carenze del modello – dal momento che non sono tenuti alla sua adozione o al suo aggiornamento – e non potranno essere considerati responsabili in via extracontrattuale nel caso della commissione di un reato presupposto, neanche qualora siano state accertate omissioni o carenze a loro carico: i soggetti terzi lesi, i soci e i creditori dell'ente – danneggiati dall'applicazione della sanzione amministrativa ai sensi del d.lgs. 231/2001 – potranno invocare solo la responsabilità extracontrattuale dell'ente e, nel caso di enti costituiti in forma societaria, dei suoi amministratori e sindaci.

10. È INVECE IPOTIZZABILE UNA RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE?

Nonostante i terzi non dispongano di un'azione diretta verso i membri dell'Organismo di Vigilanza, questi ultimi potrebbero comunque essere chiamati in causa dall'ente, a titolo contrattuale, in ragione dei possibili pregiudizi scaturenti in caso di accoglimento delle domande avanzate dal terzo verso l'ente a titolo extracontrattuale.

Con l'atto di nomina dell'Organismo di Vigilanza da parte dell'ente (e la relativa accettazione da parte dei singoli membri) tra il primo e il secondo s'instaura un **rapporto contrattuale di prestazione d'opera** cui potranno ragionevolmente applicarsi – in assenza di una disciplina speciale – le norme generali in tema di responsabilità da inadempimento contrattuale.

L'azione di responsabilità contrattuale dovrà essere esercitata da parte dell'ente – creditore della prestazione e dunque unico legittimato attivo⁶ – nei confronti del singolo membro dell'Organismo di Vigilanza (essendo necessario verificare caso per caso se i membri dell'Organismo di Vigilanza possano essere

ritenuti condebitori solidali⁷).

Ai sensi dell'articolo 1218 c.c., l'ente che agisca contro un membro dell'Organismo di Vigilanza sarà tenuto a dimostrare:

- i. l'**inadempimento** o la **violazione di un obbligo imposto al professionista dalla legge o da un obbligo contrattuale**;
- ii. la **sussistenza di un danno ingiusto**;
- iii. il **nesso causale** tra i) e ii).

Occorre ricordare che il singolo membro dell'Organismo di Vigilanza è tenuto ad una **obbligazione di mezzi** avente ad oggetto una **prestazione d'opera intellettuale**.

Mancando in capo ai membri dell'Organismo di Vigilanza un potere autoritativo all'interno dell'organizzazione dell'ente ed essendo di fatto impossibile per essi controllare *ex ante* le condotte poste in essere da ciascun soggetto dell'organizzazione, ipotizzare che gli stessi assumano obbligazioni di risultato significherebbe, di fatto, attribuire a ciascun membro dell'Organismo di Vigilanza una responsabilità oggettiva per l'operato altrui.

Non è possibile, dunque, presumere e dimostrare automaticamente la negligenza, l'imprudenza o l'imperizia dei membri dell'Organismo di Vigilanza per effetto della sola commissione di un reato presupposto da

6 Deve escludersi la legittimazione attiva di terzi estranei a tale rapporto contrattuale, quali soci e creditori dell'ente, che potranno, al più, agire in via extracontrattuale contro l'ente – il quale, come sopra già anticipato, potrà chiamare in causa i membri dell'Organismo di Vigilanza al fine di essere manlevato dalle eventuali conseguenze pregiudizievoli di una sentenza di condanna al risarcimento del danno a suo carico.

7 Dal combinato disposto degli artt. 1292 e 1294 c.c. risulta che quando più debitori sono obbligati tutti per la medesima prestazione, la relativa obbligazione è

qualificata quale solidale, se dalla legge o dal titolo non risulta diversamente.

Non potendosi presumere la solidarietà nel debito, sarà necessario verificare se, alla luce del regolamento di funzionamento dell'Organismo di Vigilanza, ai singoli membri dello stesso siano affidate diverse responsabilità e funzioni. Laddove dalla regolamentazione contrattuale dell'attività di vigilanza non sia possibile definire le singole aree di rischio di competenza di ciascun membro dell'Organismo di Vigilanza, gli stessi dovranno essere ritenuti condebitori solidali.

parte di un apicale o di un sottoposto dell'ente.

L'ente dovrà dimostrare che il singolo membro dell'OdV non abbia eseguito la propria prestazione secondo la regola di diligenza cui è tenuto, ovvero sia secondo la **diligenza professionale** di cui al secondo comma dell'art. 1176 c.c..

Ciononostante, la qualificazione del canone di diligenza cui ogni membro dell'OdV dovrebbe attenersi nell'espletamento delle proprie funzioni, comunque lasciata all'autonomia negoziale delle parti, potrebbe passare attraverso un'attività definitoria che trovi luogo all'interno del modello organizzativo stesso. Tuttavia, pare utile ricordare che quest'ultimo non viene ovviamente approvato dai singoli membri dell'OdV (e neanche dall'organismo in quanto tale).

Per quanto riguarda il **danno eventualmente risarcibile** dai membri dell'Organismo di Vigilanza, questo potrebbe in astratto comprendere, ai sensi dell'art. 1223 c.c. (certamente applicabile) tanto la perdita subita dall'ente (*danno emergente*) quanto il mancato guadagno (*danno lucro cessante*), che siano conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento da parte dei membri dell'Organismo di Vigilanza.

Potendosi applicare al caso di specie anche l'art. 1225 c.c., il risarcimento sarà limitato esclusivamente al danno prevedibile al tempo in cui è sorta l'obbligazione.

Naturalmente, nel caso di commissione di un reato presupposto, l'unica conseguenza pregiudizievole ascrivibile ai membri dell'Organismo di Vigilanza – in quanto

correlato in via immediata e diretta con l'inadempimento del membro dell'Organismo di Vigilanza – sarà, al più, il pregiudizio correlato alle sanzioni (pecuniarie ed interdittive) comminate all'ente.

Inoltre, trattandosi, come si diceva poc'anzi, di un rapporto di natura contrattuale, e non organica, i membri dell'Organismo di Vigilanza avranno certamente la possibilità di invocare validamente il principio del concorso colposo del creditore di cui all'art. 1227 c.c., vedendo la propria responsabilità ridursi (fino, eventualmente, ad azzerarsi) in ragione della colpa dell'organo amministrativo dell'ente (cui *in primis* spetta l'onere di dotarsi di un modello organizzativo efficiente) anche nell'ipotesi in cui non abbiano segnalato l'inidoneità del modello organizzativo adottato dall'ente.

I membri dell'Organismo di Vigilanza saranno, al contrario, esenti da colpa nel caso di pronta rilevazione e segnalazione delle carenze del modello organizzativo.

A presentare dei profili di criticità è, inoltre, anche la possibilità che la responsabilità contrattuale dell'Organismo di Vigilanza sia sottoposta a **limitazioni convenzionali** (in particolare, una pattuizione che escluda o limiti la responsabilità del membro dell'Organismo di Vigilanza in caso di dolo o colpa grave dello stesso ovvero violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico).

Come noto, una simile pattuizione incontrerebbe i limiti di cui all'art. 1229 c.c., cioè risulterebbe affetta da nullità nella misura in cui escludesse o limitasse la responsabilità del membro dell'Organismo di Vigilanza in caso di dolo o colpa grave dello stesso, ovvero

violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico.

Data le evidenti criticità di operare una definizione dei confini delle ipotesi di colpa grave – per le quali, come detto, tale limitazione convenzionale della responsabilità risulterebbe *ex lege* affetta da nullità – appare opportuno sottolineare che una perimetrazione contrattuale che sia la più precisa possibile con riguardo alle obbligazioni di ciascun membro dell’Organismo di Vigilanza (e dei relativi canoni di diligenza cui

conformare l’operato di quest’ultimo) potrà maggiormente tutelare gli interessi sia del membro dell’Organismo di Vigilanza, sia dell’ente.

È opportuno evidenziare da ultimo che le riflessioni appena svolte non si applicano, al contrario, ad un’eventuale rinuncia da parte dell’ente all’azione di responsabilità avverso i membri dell’Organismo di Vigilanza che sia riferita ad una loro specifica azione (ovvero omissione) dalla quale potrebbe originare una loro responsabilità nei confronti dell’ente.

CONTATTI



Giuseppe Fornari
Founder Partner

g.fornari@fornarieassociati.com



Enrico Di Fiorino
Partner

e.difiorino@fornarieassociati.com



Viola Molteni
Associate

v.molteni@fornarieassociati.com



Alice Sebastiani
Trainee

a.sebastiani@fornarieassociati.com

Milano
Via Chiossetto 18

Roma
Piazza Adriana 5

Bari
Via Principe Amedeo 25

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