

25



QUADERNI UNSI^C

**L'attività di follow-up dell'Organismo
di Vigilanza**

Ylenia Ferrante

QUADERNI



**L'attività di follow-up dell'Organismo
di Vigilanza**

Ylenia Ferrante

Il presente Quaderno è frutto della tesi di laurea di master universitario di I livello di Ylenia Ferrante (relatore: prof.ssa Maria Mazzocca) in Studi giuridici avanzati, discussa presso l'Università degli studi Giustino Fortunato.

Per concessione dell'autrice.

La diffusione del presente Quaderno è gratuita.

Indice

1. Introduzione	5
Capitolo 1. La responsabilità degli enti nel D.lgs. 231/2001.....	11
1.1. Premessa.....	11
1.2. Natura della responsabilità degli enti ai sensi del D.lgs 231/2001	11
1.3. La responsabilità amministrativa degli enti.....	14
2.3. L'Organismo di Vigilanza e l'attività di follow-up.....	17
2.1. Composizione, nomina, durata in carica e revoca dell'OdV	17
2.2. Il ruolo e le attribuzioni dell'OdV	22
2.3. L'attività di Follow – up dell'OdV	27
4. Bibliografia	34

1. Introduzione

Tra i capisaldi del nostro sistema penale, il principio di personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27 della Costituzione ("*la responsabilità penale è personale*") ha avuto per decenni quale proprio corollario il principio per cui "*societas delinquere non potest*", ovvero l'esclusione di qualsiasi tipo di responsabilità per le società, le quali proprio a norma dell'articolo 27 Cost., non potevano rispondere dei reati commessi dai soggetti interni.

L'interpretazione restrittiva della norma escludeva la configurazione di una responsabilità penale a carico di soggetti diversi dalle persone fisiche, impedendo di configurare l'ente quale soggetto attivo nella commissione del reato dovendo la responsabilità penale necessariamente afferire ad una persona fisica capace di formare autonomamente una volontà propria.

Alla base di tale impostazione la c.d. "teoria della finzione", elaborata dalla dottrina tedesca, secondo cui nonostante la legge potesse, per mezzo di una finzione, attribuire diritti soggettivi a entità diverse dalle persone fisiche, l'equiparazione tra le prime e le seconde non avrebbe potuto essere totale e ciò in quanto le prime, seppur dotate di personalità giuridica, non avevano autonoma capacità di agire, necessitando di rappresentanti che agissero per loro conto.

A ben guardare l'ente giuridico è privo di comportamenti volitivi colpevoli propri, da qui la necessità manifestatasi sino all'entrata in vigore della Legge delega 300/2000, di individuare all'interno della compagine sociale i soggetti fisici - capaci di atteggiamenti volitivi - ai quali ricondurre la responsabilità per i fatti riferibili alla persona giuridica.

In tal senso anche l'interpretazione dell'articolo 27 Cost. fornita dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 364/1988, secondo cui la norma esprimerebbe un concetto di responsabilità e rimproverabilità fondata sulla possibilità di ricondurre il fatto di reato ad un soggetto attivo sia sotto il profilo materiale che sotto quello psicologico; condizione questa perché la pena possa altresì esplicare la funzione rieducativa di cui al terzo comma dell'art. 27 Cost¹. Secondo le tesi più tradizionaliste la configurazione di una responsabilità penale degli enti appariva del tutto inconciliabile con tale impostazione in quanto avrebbe determinato la possibilità di sanzionare l'ente collettivo non *per un fatto colpevole proprio*, bensì per un fatto commesso da un altro soggetto, ovvero la persona fisica autrice materiale del reato, con ripercussioni negative su soggetti totalmente estranei allo stesso, quali i soci².

Ed invero, alla configurabilità di una responsabilità penale in capo alle

¹ ALDROVANDI P., I Modelli di organizzazione e gestione nel d.lgs. 231/2001: aspetti problematici dell'ingerenza penalistica nel governo della società, in Riv. trim. dir. pen. ec., 2007, p. 446.

² GAMBARDELLA M., Condotte economiche e responsabilità penale, Giappichelli, 2018, p. 73.

persone giuridiche si opponevano altresì questioni di “giustizia sostanziale”³, ritenendosi iniquo che la sanzione penale irrogata alla società, colpendo il patrimonio sociale, finisse per danneggiare tutti i soci, ivi compresi quelli totalmente estranei alla condotta criminosa. L’assenza di una responsabilità penale direttamente imputabile alle persone giuridiche trovava poi ulteriore conferma nell’art. 197 c.p. il quale prevede a carico degli enti e in relazione ai reati commessi dai soggetti che ne abbiano la rappresentanza, solo un’obbligazione (di garanzia) volta al pagamento, in caso di insolvenza del condannato, di una somma pari all’ammontare della multa o dell’ammenda inflitta (disposizione peraltro applicabile solo nel caso di reati commessi nell’interesse della persona giuridica).

Una disciplina ormai ritenuta dalla dottrina maggioritaria inadeguata alla nuova realtà socioeconomica e superabile con la teoria c.d. “organicistica” che postula una immedesimazione tra ente ed organo rappresentante, negando quindi una dualità degli stessi e permettendo per tale via l’imputazione del reato direttamente alla persona giuridica, senza dover necessariamente individuare una persona fisica a cui attribuire tale responsabilità.

Esigenze di prevenzione sempre più pressanti legate allo sviluppo di un’economia di mercato globalizzata in cui gli operatori economici hanno acquistato un peso sempre più preponderante, anche nella

³ DE VIVO A., Il Professionista e il D.Lgs. 231/2001, IPSOA – GUIDE OPERATIVE, p.2.

commissione dei crimini e spinte sovranazionali intanto inducevano il nostro Legislatore a ripensare la materia della responsabilità degli enti e introdurre nell'ordinamento italiano con la legge Delega n. 300/2000 e il successivo Decreto legislativo n. 231 dell'8 giugno 2001 una nuova disciplina riguardante per l'appunto la responsabilità amministrativa degli enti e delle società. L'avvento di un'economia globale e il reiterarsi dei c.d. *white collars crimes*, avevano fatto già emergere *l'inadeguatezza dei vecchi sistemi di reato e le conseguenti modalità di repressione dell'illecito*⁴, e avvertire in dottrina la necessità di reprimere il c.d. *reato di impresa* e costruire "una risposta sanzionatoria ulteriore rispetto a quella tipicamente penale nei confronti delle persone fisiche che quel reato hanno commesso nell'interesse o a vantaggio dell'impresa"⁵.

Esigenze avvertite anche a livello internazionale. Basti citare in tal senso la Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità Europee o degli Stati membri dell'Unione Europea (26/05/1997 - Bruxelles), la Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali (17/07/1997 - Parigi) o la Raccomandazione n. 88 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa (20/10/1998) contenente l'invito per gli Stati Membri a introdurre una forma di responsabilità

⁴ DI GERONIMO P., I Modelli di organizzazione e gestione per gli enti di piccole dimensioni, in Resp. amm. soc. enti, 2008, p. 2.

⁵ AMATO G., Finalità, applicazione e prospettive della responsabilità amministrativa degli enti, in Cass. Pen. 1/2007, p. 346.

della persona giuridica autonoma rispetto a quella della persona fisica. Innovando con il passato, il Decreto legislativo 8.06.2001 n. 231, frutto della Legge Delega n. 300 del 29/09/2000 ha introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento la previsione di una responsabilità personale e diretta dell'ente collettivo (intendendosi come tali sia gli enti forniti di personalità giuridica che le società e associazioni anche prive di personalità giuridica) per la commissione di una serie di reati da parte delle persone fisiche ad esso legate che abbiano agito nell'interesse o a vantaggio dell'ente.

Svolta epocale questa con cui per la prima volta il legislatore ha voluto fornire una risposta all'esigenza di non lasciare impuniti quei soggetti, diversi dalle persone fisiche, che hanno compiuto materialmente l'illecito e che traggono un interesse o un vantaggio dalla commissione del reato.

Per superare i limiti posti dall'articolo 27 Cost., fugando così ogni eccezione di incostituzionalità, il legislatore ha previsto una nuova forma di colpevolezza "normativa", ancorata ad un requisito soggettivo, la c.d. colpa di organizzazione, consistente nel non avere predisposto misure preventive idonee a prevenire la commissione di illeciti, sempreché il reato non sia addirittura espressione di una c.d. "politica di impresa"⁶.

Ed invero dopo aver previsto i cosiddetti "Reati - presupposto" (un

⁶ Relazione Ministeriale al d.lgs. 231/2001, par. 3.3.

elenco in continuo aggiornamento in cui si spazia dai reati contro la Pubblica Amministrazione ai reati societari, da quelli di corruzione e concussione a quelli in materia di tutela dell'ambiente e sicurezza sul lavoro), l'art. 6 del Decreto ha introdotto la cosiddetta "clausola esimente": l'ente o la società può esimersi da responsabilità se prova di aver adottato ed attuato efficacemente dei modelli di organizzazione e gestione (Modelli 231 o MOG), e di aver affidato il compito di vigilare sull'adeguatezza degli stessi ad un organismo di vigilanza.

Il presente elaborato vuole esaminare l'attività di follow-up dell'organismo di vigilanza. Dopo una breve e necessaria premessa sulla natura, i requisiti e la composizione di tale organo l'esame si concentrerà sui compiti e i poteri dello stesso con specifico riferimento all'attività di follow-up.

Capitolo 1. La responsabilità degli enti nel D.lgs. 231/2001

1.1 Premessa

Appare doveroso, prima di approfondire i compiti dell'Organismo di Vigilanza, operare una breve digressione sulla disciplina della responsabilità amministrativa degli enti come regolata dal D.Lgs. 231/2001 e sui Modelli adottati in virtù di tale normativa. La premessa appare necessaria in quanto non risulta possibile comprendere fino in fondo i compiti dell'OdV, tralasciando l'intero sistema organizzativo imperniato sul Modello Organizzativo.

1.2 Natura della responsabilità degli enti ai sensi del D.lgs 231/2001

Dall'indomani dell'entrata in vigore del D.lgs 231/2001 si è aperto un acceso dibattito in dottrina circa la natura della responsabilità giuridica dell'ente.

Lo stesso legislatore definisce "amministrativa" tale responsabilità ma nella Relazione accompagnatoria precisa di non aver voluto attribuire al termine "amministrativo" alcun valore classificatorio⁷.

La questione lungi dall'essere una mera disquisizione dottrinale avrebbe degli importanti risvolti pratici alla luce delle numerose lacune presenti nel decreto e dei numerosi rinvii anche a fini di coordinamento con la normativa esterna.

Facendo leva sulla impossibilità di individuare in un soggetto inanimato la colpevolezza, l'elemento soggettivo del reato, parte della dottrina ha attribuito alla responsabilità degli enti natura amministrativa.

A sostegno di tale orientamento anche talune scelte operate dal legislatore e precisamente:

- L'istituto della prescrizione come disciplinato dall'art. 22 d.lgs. 231/2000 con la previsione della sospensione della stessa dal momento di applicazione all'ente delle misure cautelari e/o dalla contestazione dell'illecito da parte del P.M. e fino alla conclusione del processo. Scelta questa che ricalca il modello previsto dalla L. 689/1981 per gli illeciti amministrativi, allontanandosi dalla disciplina della prescrizione di cui al codice penale;
- La disciplina delle vicende modificative dell'ente di cui agli articoli 28-31 di stampo prettamente civilistico, ovvero la scelta di far permanere la responsabilità in capo all'ente anche in caso di

⁷ DE VIVO A., Il Professionista e il D.Lgs. 231/2001, cit., p.3.

trasformazione, fusione o scissione e ciò all'evidente scopo di evitare che modifiche formali della veste giuridica possano diventare strumento di esenzione della responsabilità;

- L'assenza nel nuovo impianto normativo dell'istituto della sospensione condizionale della pena; scelta peraltro già operata nella L. 689/1981 per gli illeciti amministrativi.

Un secondo orientamento vedrebbe nell'uso della locuzione amministrativa una scelta meramente politica, priva di un'effettiva valenza nell'individuazione della responsabilità degli enti che avrebbe invece natura penale⁸.

Secondo quest'indirizzo esisterebbe un'identità fattuale tra il reato e l'illecito attribuito all'ente e pertanto l'interesse violato sarebbe della stessa natura penale. Non a caso, argomentano i sostenitori di tale tesi, gli articoli 36 - 38 affidano l'accertamento della responsabilità dell'ente al giudice penale e attribuiscono al p.m. il compito di sostenere l'azione in giudizio.

A ben guardare la nuova disciplina normativa è ricca di istituti tipici del diritto penale quali la punibilità del tentativo (art. 269), i principi di successione delle leggi nel tempo e di retroattività della norma più favorevole (art. 3), la rilevanza extraterritoriale dell'illecito (art. 4) ed infine la previsione di un sistema di misure di sicurezza che sebbene definite amministrative sono di palese ispirazione penale.

⁸ DE VIVO A., Il Professionista e il D.Lgs. 231/2001, cit., p.4.

Un ultimo indirizzo, oggi prevalente in dottrina, individuerebbe nella responsabilità degli enti un *tertium genus* di natura mista penale/amministrativa⁹.

Alla base di tali argomentazioni la scelta operata dal legislatore nella Relazione Accompagnatoria del D.Lgs 231/2001 di non definire espressamente la natura della responsabilità esclusivamente penale o amministrativa. In questo senso sembrerebbe muoversi anche la Suprema Corte di Cassazione che dopo avere inizialmente affermato la natura amministrativa dell'ente, con la sentenza "Thyssenkrupp" ha optato per la teoria del *tertium genus* (Cass. Pen. Sent. n. 52511 del 12/12/2016).

1.3 La responsabilità amministrativa degli enti

A norma dell'articolo 5 D.Lgs 231/2001 la responsabilità amministrativa dell'ente si configura limitatamente ai *reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dello stesso ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la*

⁹ In tal senso ALDROVANDI P., I Modelli di organizzazione e gestione nel d.lgs. 231/2001, cit., p. 450 o Cass. Pen., Sez. VI, 18 febbraio 2010, n. 27735, in www.dejure.it.

gestione e il controllo dello stesso; ovvero dalle persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno di questi soggetti.

La norma recepisce la teoria della c.d. immedesimazione organica e richiede ai fini dell'imputazione dell'illecito, la sussistenza di un legame tra l'autore materiale del reato e l'ente, il quale sarà responsabile dei soli reati commessi nel proprio interesse o vantaggio esclusivamente da determinate categorie di soggetti aventi un particolare tipo di rapporto con lo stesso.

La rilevanza dell'interesse o del vantaggio è resa tanto più evidente laddove si consideri che a norma del secondo comma l'ente non risponde se l'autore materiale del reato ha agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi. Tuttavia l'articolo successivo introduce una esimente prevedendo l'esclusione della responsabilità dell'ente ove lo stesso possa provare che *l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi;*

a) Il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo;

b) Le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione;

c) Non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b).

Capitolo 2. L'Organismo di Vigilanza e l'attività di follow-up

2.1 Composizione, nomina, durata in carica e revoca dell'OdV

Il dettato normativo si presenta alquanto scarno nella definizione dell'Organismo di Vigilanza e della sua composizione limitandosi a prevederne all'articolo 6 co.1 "autonomi poteri di iniziativa e di controllo". A colmare il vuoto normativo negli anni si sono sperimentati dottrina e giurisprudenza¹⁰.

Come sottolineato in ripetute occasioni dalla giurisprudenza, per poter svolgere efficacemente i compiti attribuiti dal Decreto legislativo 231 del 2001 l'Organismo deve disporre di reali poteri di *"iniziativa, autonomia e controllo"* e *"non dovrà avere compiti operativi che, facendolo partecipe delle decisioni dell'ente, potrebbero pregiudicarne la serenità di giudizio al momento dell'effettuazione delle verifiche"*¹¹.

La giurisprudenza richiede, inoltre, che l'Organismo di vigilanza sia formato da soggetti forniti della necessaria *"professionalità"* e che sia in grado di assicurare *"continuità d'azione"*¹².

Indipendenza, autonomia, professionalità, onorabilità e continuità d'azione sono, in definitiva, i requisiti richiesti all'Organismo di

¹⁰ GARGARELLA MARTELLI A., L'organismo di vigilanza tra disciplina della responsabilità amministrativa degli enti e diritto societario, in Giur. Comm., 4/2009, p. 770.

¹¹ Ord. GIP presso Tribunale di Roma, 4 – 14 aprile 2003.

¹² Ord. GIP presso Tribunale di Milano, 20 settembre 2004.

Vigilanza¹³.

Come più volte affermato in giurisprudenza il requisito della "professionalità" dovrebbe essere quello da prendere maggiormente in considerazione in fase di costituzione dell'OdV, in quanto tale requisito solitamente è quello che incide di più sull'efficacia dell'Organismo stesso e ciò sia in termini di vigilanza che di controllo¹⁴.

Nonostante a tale requisito non faccia cenno il legislatore, in sede giurisprudenziale è stato chiaramente affermato che un modello è carente se "*... non vi è alcuna indicazione sulla professionalità richiesta ai membri dell'OdV*"¹⁵ intesa (come anche le Linee Guida di Confindustria individuano) quale "*bagaglio di strumenti e tecniche che l'organismo deve possedere per poter svolgere efficacemente l'attività assegnata*"¹⁶.

Con riferimento al bagaglio professionale richiesto ai membri dell'Organismo, come più volte rilevato, gli ambiti disciplinari interessati spaziano dai profili organizzativi e di controllo interno aziendale, a profili giuridici e, infine, a profili tecnici di diversa natura. È pertanto opinione consolidata e suffragata anche dalla giurisprudenza¹⁷ che l'OdV debba possedere capacità specifiche in tema di attività ispettiva e consulenziali, nonché competenze di natura

¹³ Ord. GIP presso Tribunale di Napoli, 26 giugno 2007.

¹⁴ ABRIANI N., GIUNTA F., L'organismo di vigilanza previsto dal D. lgs. n. 231/01. Compiti e funzioni, in Resp. amm. soc. enti, 3/2012, p. 209.

¹⁵ Ord. GIP Napoli 26 giugno 2007 cit.

¹⁶ CNDCEC-ABI-CNF-Confindustria, Principi consolidati, p. 30.

¹⁷ Ord. GIP Milano 20 settembre 2004 cit.

giuridica ove si consideri, come osservato anche nelle Linee Guida di Confindustria, che la disciplina del Decreto è “... *in buona sostanza una disciplina penale e che l’attività dell’OdV ha lo scopo di prevenire la realizzazione di reati*”.

Come più volte sottolineato in dottrina e in giurisprudenza non è sufficiente che tali requisiti siano presenti in maniera alternativa, ma è necessaria la loro compresenza¹⁸.

Per quanto invece alla composizione, l’Organismo di Vigilanza può essere tanto monocratico quanto collegiale e può essere formato da membri interni e/o esterni all’ente.

La scelta di soggetti interni all’Organizzazione risulta sicuramente utile al fine di mettere a disposizione dell’Organismo di Vigilanza specifiche competenze tecniche e una indispensabile conoscenza della realtà aziendale, spesso complessa, che è “*conditio sine qua non*” per l’efficace azione dell’Organismo medesimo. D’altronde la presenza di componenti esterni, per definizione non coinvolti in nessuna attività operativa nell’azienda ed estranei alla logica e alle eventuali pressioni degli organi societari, è generalmente in grado di garantire in modo soddisfacente l’autonomia richiesta dal Decreto.

La prassi registra una maggiore diffusione degli OdV a composizione collegiale, anche se negli enti di piccole dimensioni non è infrequente la presenza di un Organismo monocratico. In tal caso l’incarico viene

¹⁸ Cass. 9 luglio 2009

normalmente affidato ad un professionista esterno.

Qualora l'ente opti, invece, per un Organismo collegiale è piuttosto frequente la composizione a tre soggetti, uno o due dei quali professionisti esterni.

Ove il componente esterno sia un libero professionista è opportuno che lo stesso non sia già legato da un rapporto lavorativo con l'ente al fine di non compromettere i requisiti dell'autonomia e dell'indipendenza nello svolgimento della funzione.

Nel silenzio normativo, all'indomani dell'entrata in vigore del D.Lgs. 231/2001, il dibattito dottrinale ha investito anche la titolarità del potere di nomina dell'Organismo di Vigilanza. A quanti sostenevano che l'Organo dovesse essere nominato secondo le procedure previste per le modifiche statutarie, si contrapponevano quanti invece affidavano tale compito all'assemblea. Nella prassi si affermava invece un terzo orientamento che attribuiva la titolarità del potere di nomina dell'OdV all'organo amministrativo in quanto atto gestorio (al pari dell'adozione del MOG)¹⁹.

Seguendo tale impostazione, dottrina maggioritaria attribuisce all'organo amministrativo anche il potere di revoca dell'OdV ma parimenti a quanto previsto per il collegio sindacale, solo al verificarsi di una "giusta causa".

In tal senso per il singolo membro può costituire giusta causa di revoca

¹⁹ ABRIANI N., GIUNTA F., L'organismo di vigilanza, cit., p. 211.

il venir meno dei requisiti di onorabilità e indipendenza. L'intero Organismo potrebbe invece essere revocato a seguito di una condanna dell'ente o per l'applicazione di una misura cautelare; elementi questi che evidenzerebbero l'omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'OdV.

Auspicabile da parte della dottrina, a tutela dell'indipendenza dell'Organismo, la previsione nel Modello di una dettagliata disciplina del potere di revoca (così come anche della durata in carica) onde limitare il potere dell'organo amministrativo di rimuovere i componenti dell'OdV per le sole ipotesi riconducibili al mancato assolvimento delle loro funzioni.

Nel silenzio della norma, la disciplina della durata in carica dell'Organismo è rimessa all'atto di nomina. Dottrina maggioritaria ritiene da prediligere la definizione di un periodo di tempo predeterminato²⁰. Nella prassi è frequente il ricorso a mandati triennali (sulla falsariga dei sindaci)²¹ e rinnovabili (seppur sia auspicabile la previsione di un limite massimo al rinnovo dei mandati) o, in alternativa, a incarichi coincidenti con la durata dell'organo dirigente.

²⁰ MONTALENTI P., Organismo di vigilanza nel sistema dei controlli societari: un quadro d'insieme, riv. Il Nuovo Diritto delle Società p. 18.

²¹ ABRIANI N., GIUNTA F., L'organismo di vigilanza, cit., p. 217.

2.2 Il ruolo e le attribuzioni dell'OdV

Nell'impianto normativo delineato dal D.Lgs 231/2001, l'Organismo di Vigilanza assurge al ruolo di garante del modello organizzativo adottato dall'ente.

Esso infatti è chiamato a vigilare sul funzionamento del modello, sulla sua osservanza, sul suo continuo aggiornamento e verificarne periodicamente l'efficacia in relazione alle caratteristiche dell'ente²².

A ben guardare l'Organismo di Vigilanza rappresenta insieme ai Modelli Organizzativi uno dei due pilastri su cui si fonda la normativa dettata dal D.Lgs 231/2001.

In proposito, l'articolo 6 comma 1 lett. b del D.Lgs 231/2001 prevede che il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli, di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo e alla successiva lettera d, al fine di escludere la responsabilità dell'ente, che non vi sia stata omessa o insufficienza vigilanza da parte dell'organismo di vigilanza.

Il successivo articolo 7 pone quale ulteriore presupposto per l'esenzione di responsabilità *una verifica periodica* (da parte appunto dell'OdV) e *l'eventuale modifica del modello stesso quando siano*

²² ABRIANI N., GIUNTA F., L'organismo di vigilanza, cit., p. 194; RABITTI M., Modelli organizzativi e responsabilità degli enti: l'incerta figura dell'organismo di vigilanza, in Resp amm. soc. enti, 3/2010, p. 34.

scoperte significative violazioni ovvero quando intervengono mutamenti nell'organizzazione o nell'attività.

Appare di manifesta evidenza la centralità di tale organo, in mancanza del quale anche il più completo modello organizzativo risulterebbe inefficace al fine di evitare le sanzioni a carico dell'ente. Tuttavia il ruolo e le attribuzioni dell'Organismo trovano una limitata trattazione nel disposto normativo di riferimento. Il Decreto sancisce infatti, ai fini della valutazione di adeguatezza del Modello di Organizzazione e Gestione la necessità che *"il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza"* dello stesso, nonché di curarne il relativo aggiornamento, sia stato affidato ad un *"organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo"* nei cui confronti siano previsti *"obblighi di informazione"*, e che non vi sia stata, da parte dell'OdV, *"omessa o insufficiente vigilanza"* ma non prevede ulteriori disposizioni in merito alle modalità attese di svolgimento di tali attività.

Al silenzio normativo hanno nel tempo cercato di sopperire i codici di comportamento ("Linee Guida") delle associazioni di categoria che hanno contribuito a declinare i compiti dell'Organismo e conseguentemente ad inquadrare gli obiettivi delle attività di vigilanza e precisamente:

- Vigilare sull'effettività del Modello, ovvero verificare la coerenza tra il Modello implementato e i comportamenti concreti posti in essere dai membri dell'organizzazione;

- Verificare l'adeguatezza del Modello, ovvero la sua reale capacità di prevenire la commissione dei reati ex D.Lgs. 231/01;
- Verificare il mantenimento nel tempo dei requisiti di solidità e funzionalità del Modello;
- Curare il necessario aggiornamento in senso dinamico del Modello, attraverso la formulazione di specifici suggerimenti e proposte di adeguamento del Modello (nell'ipotesi in cui le analisi operate rendano necessario o opportuno effettuare correzioni), nonché attraverso successive verifiche dell'attuazione e dell'effettiva funzionalità delle soluzioni proposte (follow-up)²³.

In tal senso l'attività di vigilanza dell'OdV non si esaurirebbe nella mera osservanza del Modello, da intendersi come verifica del rispetto delle misure in esso descritte, dovendosi altresì ricomprendere tra i compiti dell'OdV la vigilanza sul funzionamento del Modello, intesa quale verifica dell'adeguatezza dei presidi di prevenzione in esso richiamati rispetto ai rischi-reato da presidiare, anche alla luce dei cambiamenti normativi, organizzativi, di business che possono intervenire nell'organizzazione e sull'implementazione delle misure e dei programmi eventualmente necessari a tal fine. In sintesi, secondo le 'Linee Guida Confindustria', i compiti di vigilanza dell'OdV si concentrano sui seguenti aspetti dei MOG:

²³ LINEE GUIDA PER LA COSTRUZIONE DEI MODELLI DI ORGANIZZAZIONE, GESTIONE E CONTROLLO AI SENSI DEL DECRETO LEGISLATIVO 8 GIUGNO 2001, N. 231 – 07/03/2002
aggiornamento 2014

- Effettività. I comportamenti concreti devono essere coerenti con il modello istituito.
- Adeguatezza. Il modello istituito (ed effettivamente attuato) deve essere astrattamente in grado di prevenire i 'reati 231'.
- Aggiornamento. Il modello istituito (effettivamente attuato, ed efficace) deve essere aggiornato onde essere adeguato alle mutate condizioni dell'impresa (ad esempio perché è cambiato il business aziendale; oppure perché sono cambiati i reati presupposto).
- Informazione e Formazione. La giurisprudenza sottolinea l'opportunità che l'OdV stimoli i corsi di 'formazione 231' all'interno dell'azienda.

In considerazione dell'importanza e della specificità dei compiti di vigilanza attribuiti, *"è essenziale che la scelta dei membri dell'Organismo di Vigilanza avvenga verificando il possesso di specifiche competenze professionali [...] Il modello deve esigere che i membri dell'OdV abbiano competenze in "attività ispettiva, consulenziale, ovvero la conoscenza di tecniche specifiche, idonee a garantire l'efficacia dei poteri di controllo e del potere propositivo ad esso demandati"*²⁴.

In relazione alle differenti caratteristiche dell'organizzazione (dimensioni, settore di operatività, ecc.), la configurazione del sistema

²⁴ Trib. Napoli, 26 giugno 2007.

dei controlli dell'ente può presentare profili di differente complessità ed articolazione. L'OdV si trova necessariamente ad interagire con gli organi e le funzioni aziendali sia in ottica di scambio di informazioni sia, ove possibile e pertinente, in ottica di armonizzazione e coordinamento degli interventi. Competenze, metodologie utilizzate e attività svolte da alcuni di questi organi e funzioni possono far sì che l'OdV possa utilizzare i risultati scaturiti ovvero si possa avvalere del loro supporto per lo svolgimento delle attività di verifica e vigilanza.

Lo strumento maggiormente utilizzato dall'OdV per verificare la corretta applicazione delle regole definite dall'azienda e che il Modello nel suo complesso sia idoneo ai profili di rischio evidenziati è l'attività di audit.

L'audit consiste in una serie di interviste il cui scopo è acquisire evidenze oggettive circa la corretta applicazione dei sistemi di controllo previsti dal modello di organizzazione e gestione adottato (ad esempio: esercizio del potere autorizzativo da parte di soggetto autorizzato, espletamento di una attività di controllo, segnalazione di anomalia, archiviazione a garanzia della tracciabilità ecc.). Una costante attività di audit permetterà, attraverso la raccolta di evidenze oggettive, di attestare il rispetto del sistema dei controlli interni previsti dal Modello (il «requisito» di cui l'auditor deve verificare il rispetto). Al contrario l'evidenza di un disallineamento da quanto prescritto costituirà una anomalia.

La valutazione delle anomalie assegnerà pesi, azioni e conseguenze diverse: potranno risultare violazioni dei sistemi di controllo più o meno gravi ma potrà anche essere valutata inadeguata la singola misura di controllo e quindi necessario apportarvi correttivi o adeguamenti. In ogni caso a seguito della valutazione si dovrà richiedere un'azione per eliminare il rilievo.

Laddove dall'attività di controllo dovesse emergere la sopravvenuta inadeguatezza del modello in relazione alle caratteristiche dell'ente, è compito dell'OdV proporre il tempestivo aggiornamento. In tale ipotesi, particolare rilievo assume, tra i compiti dell'OdV, l'attività di follow-up intesa a verificare che gli aggiornamenti proposti siano effettivi ed efficaci.

2.3 L'attività di Follow – up dell'OdV

Come anticipato, l'art. 6 richiede ai fini dell'esclusione della responsabilità dell'ente, la previsione di un sistema di aggiornamento continuo del MOG e attribuisce tale compito all'OdV il quale è chiamato per l'appunto a valutare costantemente se il modello sia strutturato in maniera tale da poter mantenere nel tempo i requisiti propri di solidità e funzionalità in nome dei quali è stato costituito.

Atteso che l'efficace svolgimento dei compiti di vigilanza da parte

dell'OdV rappresenta requisito indispensabile (unitamente all'adozione del MOG) per l'esonero dalla responsabilità dell'ente, l'aggiornamento del Modello 231 è stato più volte oggetto di valutazione esimente, sia in senso positivo che negativo in diverse pronunce giurisprudenziali.

Per comprendere in cosa effettivamente si sostanzia l'attività di aggiornamento del modello è opportuno richiamare nuovamente le Linee Guida di Confindustria che prevedono tra i compiti dell'OdV la *“cura del necessario aggiornamento in senso dinamico del modello, nell'ipotesi in cui le analisi operate rendano necessario effettuare correzioni ed adeguamenti. Aspetto, quest'ultimo, che passa attraverso:*

- *Suggerimenti e proposte di adeguamento del modello agli organi o funzioni aziendali in grado di dare loro concreta attuazione nel tessuto aziendale, a seconda della tipologia e della portata degli interventi: le proposte riguardanti aspetti formali o di minore rilievo saranno rivolte alla funzione del Personale e Organizzazione o all'amministratore, mentre negli altri casi di maggiore rilevanza verranno sottoposte al Consiglio di Amministrazione;*
- *Follow-up: verifica dell'attuazione e dell'effettiva funzionalità delle soluzioni proposte”.*

Alla luce di quanto sopra il compito affidato all'Organismo si sostanzia nel rivedere, adeguare, attualizzare, rinnovare, revisionare il Modello

sia in senso formale che sostanziale in presenza di qualunque elemento in grado di determinare la possibilità di correttivi. Verificare che le soluzioni proposte vengano attuate e risultino funzionali alla prevenzione dei reati.

Ed invero il Modello Organizzativo per essere efficace deve essere redatto in funzione alle caratteristiche specifiche dell'ente (dimensioni, struttura, attività...), alle sue interrelazioni con il contesto socioeconomico in cui lo stesso opera e alla luce del quadro normativo di riferimento. Per garantire nel tempo l'efficacia, tale modello deve essere inteso in senso dinamico ovvero suscettibile di essere revisionato ogni qualvolta si registrino variazioni dell'assetto organizzativo, del contesto socioeconomico e normativo di riferimento dell'ente.

Giova infine precisare che nonostante la legge affidi all'OdV la cura e l'aggiornamento del Modello in modo che mantenga nel tempo l'efficacia e l'adeguatezza in relazione all'ente e ai reati da prevenire, il soggetto competente ad attuare le necessarie revisioni è esclusivamente l'organo amministrativo.

Compito dell'OdV è pertanto quello di formulare proposte a quest'ultimo in ordine agli opportuni aggiornamenti e/o le modifiche da apportare e conseguentemente verificare, attraverso l'attività di follow - up, l'attuazione delle soluzioni proposte e la loro effettiva funzionalità.

In particolare l'OdV dovrà rappresentare all'organo amministrativo l'esigenza di aggiornamento del Modello, nelle seguenti ipotesi:

- Significative violazioni del modello organizzativo;

Ovvero quelle violazioni per le quali, al fine di garantire l'effettività del modello, non è sufficiente intervenire mediante un'apposita azione disciplinare e sanzionatoria nei confronti delle persone che hanno infranto le regole ma è necessario apportare delle modifiche al modello stesso.

- Significative modificazioni dell'assetto interno della società e/o delle modalità di svolgimento dell'attività di impresa;

L'aggiornamento del modello diviene necessario in presenza di modifiche dell'assetto interno della società o delle modalità di svolgimento delle attività di impresa che siano "significative"²⁵, ossia che determinino un mutamento del profilo di rischio di commissione dei reati con un impatto diretto sul sistema dei controlli interni. Tale mutamento può verificarsi in una serie di ipotesi quali, a titolo esemplificativo, la modifica del business model (nuova linea di prodotto o nuovo settore/mercato di riferimento,..); cambi ai vertici; la modifica del sistema dei poteri o delle deleghe; alcuni eventi straordinari quali l'acquisizione o la dismissione di nuove attività o rami d'azienda, o la quotazione in un mercato regolamentato. In tali circostanze è

²⁵ ABRIANI N., GIUNTA F., L'organismo di vigilanza, cit., p. 200.

necessaria una revisione della mappatura delle aree a rischio, in quanto potrebbero aggiungersene delle altre.

- Modifiche normative

L'introduzione da parte del legislatore di nuove fattispecie di reato ai sensi del D.Lgs 231/2001 comporta la necessità di verificare se l'ente presenta aree sensibili, nell'ambito delle quali sussiste il rischio potenziale di commissione di tali nuovi illeciti. Ne consegue l'obbligo in capo all'OdV di segnalare all'organo amministrativo la modifica normativa, sollecitando una valutazione dell'incidenza che tale mutamento potrebbe avere sull'intero sistema di controllo interno e verificando se i nuovi ambiti siano adeguatamente coperti da specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire.

- La commissione di un reato.

In tal caso infatti è di tutta evidenza l'inadeguatezza in concreto della regola astrattamente prevista per prevenire la commissione del reato e quindi il modello dovrà essere necessariamente adeguato previa segnalazione dell'OdV all'organo dirigente.

Al verificarsi di uno di tali elementi, sarà compito dell'Organismo di Vigilanza valutarne l'impatto sul sistema di controllo, sull'adeguatezza o idoneità di prevenzione o anche sul livello di rischio ed eventualmente proporre o procedere alla modifica del modello²⁶.

²⁶ DE VIVO A., Il Professionista e il D.Lgs 231/2001 cit. pag. 40.

Nell'ambito delle attività di vigilanza, è opportuno che l'OdV dedichi specifica attenzione al monitoraggio delle azioni correttive definite a fronte di carenze/opportunità di miglioramento identificate (sia nell'ambito delle attività di Risk Assessment che nelle successive attività di verifica). A tale riguardo è opportuno che:

- L'OdV mantenga opportuna registrazione dei gap riscontrati e delle azioni correttive identificate, incluse le relative scadenze, responsabilità di implementazione e status (ad esempio: in corso, chiusa, scaduta, ecc.), anche al fine di effettuare i relativi solleciti;
- Sia assicurato un flusso informativo dalle funzioni aziendali all'odv in merito all'effettivo rispetto delle modifiche richieste e delle azioni effettivamente intraprese (inclusa la trasmissione di eventuali procedure/istruzioni operative/disposizioni emesse);
- L'OdV includa nel proprio Piano di Vigilanza lo svolgimento di specifici interventi di verifica sulle caratteristiche di effettiva implementazione delle azioni identificate (e specialmente sull'effettivo funzionamento dei relativi controlli), cd. "follow-up".

La cura dell'aggiornamento del Modello 231 si traduce pertanto, come detto, nella richiesta o nella modifica diretta del sistema di controllo, sulla base dei correttivi necessari a seguito della valutazione di impatto o dell'analisi di rischio.

Più precisamente, nell'ipotesi in cui dall'analisi condotta dovesse

emergere la necessità di un adeguamento o della correzione del modello, sarà compito dell'Organismo di Vigilanza:

- a) Curarne l'aggiornamento mediante la predisposizione e la presentazione di apposite note di adeguamento agli organi aziendali che si adopereranno per la sua concreta attuazione nell'ambito dell'organizzazione aziendale;
- b) Assicurare il cosiddetto follow-up, che si concretizza nella verifica costante dell'effettiva attuazione ed efficacia delle soluzioni proposte;
- c) Organizzare un piano di formazione del personale aziendale e in particolare quello delle aree c.d. A rischio.

Bibliografia

- ALDROVANDI P., I Modelli di organizzazione e gestione nel d.lgs. 231/2001: aspetti problematici dell'ingerenza penalistica nel governo della società, in Riv. trim. dir. pen. ec., 2007.

- AMATO G., Finalità, applicazione e prospettive della responsabilità amministrativa degli enti, in Cass. Pen. 1/2007

- CONFINDUSTRIA, LINEE GUIDA PER LA COSTRUZIONE DEI MODELLI DI ORGANIZZAZIONE, GESTIONE E CONTROLLO AI SENSI DEL DECRETO LEGISLATIVO 8 GIUGNO 2001, N. 231 – 07/03/2002 aggiornamento 2014

- DE VIVO A., Il Professionista e il D.Lgs. 231/2001, IPSOA – GUIDE OPERATIVE, 2020

- DI GERONIMO P., I Modelli di organizzazione e gestione per gli enti di piccole dimensioni, in Resp. amm. soc. enti, 2008

- GAMBARDELLA M., Condotte economiche e responsabilità penale, Giappichelli, 2018

- MONTALENTI P., Organismo di vigilanza nel sistema dei controlli societari: un quadro d'insieme, riv. Il Nuovo Diritto delle Società.
- RABITTI M., Modelli organizzativi e responsabilità degli enti: l'incerta figura dell'organismo di vigilanza, in Resp amm. soc. enti, 3/2010.