

Farmacie Comunali Riunite s.p.a.

**MODELLO DI ORGANIZZAZIONE
GESTIONE E CONTROLLO
AI SENSI ARTT. 6 E 7 D.LGS. 8 GIUGNO 2001, N. 231**

PARTE NORMATIVA

SOMMARIO

PARTE I

LA DISCIPLINA DEL D.LGS. 8 GIUGNO 2001, N. 231

Sezione I

Tratti essenziali della disciplina

1. Premessa
2. Gli enti interessati dalla disciplina
3. I criteri di imputazione dell'illecito
 - 3.1. I soggetti che impegnano la responsabilità degli enti: gli apici
 - 3.1.1. L'amministratore di fatto
 - 3.1.2. Gli amministratori-dipendenti
 - 3.1.3 Il direttore generale e l'impiegato con funzioni direttive
 - 3.1.4. Il titolare di unità organizzativa
 - 3.1.5. L'esercizio di poteri di fatto di gestione e controllo
 - 3.2. I sottoposti: i lavoratori subordinati
 - 3.2.1. I lavoratori parasubordinati
 - 3.2.2. I collaboratori esterni
 - 3.3. La commissione del reato nell'interesse o a vantaggio dell'ente
 - 3.4. I criteri di imputazione soggettiva
4. Le sanzioni: tipologia e natura
 - 4.1. La sanzione pecuniaria
 - 4.2. Le sanzioni interdittive
 - 4.2.1. La durata delle sanzioni interdittive e i presupposti applicativi

- 4.2.2. I criteri di scelta delle sanzioni interdittive
- 4.2.3. Le sanzioni interdittive irrogate in via definitiva
- 4.3. La confisca del profitto
- 4.4. La pubblicazione della sentenza di condanna

Sezione II

In particolare il modello organizzativo, l'organismo di vigilanza e il sistema disciplinare

§1. Il modello organizzativo

1. Il ruolo e la funzione del modello organizzativo
2. Le caratteristiche del modello organizzativo: l'idoneità e la efficace attuazione.
3. Il suo contenuto.
4. La struttura del modello.

§2. L'organismo di vigilanza

5. L'organismo di vigilanza nel d.lgs. n. 231 del 2001.
6. I compiti dell'OdV: la vigilanza sul funzionamento e osservanza del modello
 - 6.1. L'attività di indagine per iniziativa dell'OdV
 - 6.2. Gli obblighi di informazione nei confronti dell'OdV
 - 6.3. Il ruolo dell'OdV nell'attività di informazione e formazione. L'interpretazione delle disposizioni del modello
 - 6.4. Il ruolo dell'OdV nell'ambito del procedimento disciplinare.
7. Il ruolo dell'OdV nella verifica dell'adeguatezza del modello.

8. Il ruolo dell'OdV nell'aggiornamento del modello.
 - 8.1. Significative violazioni del modello.
 - 8.2. Mutamenti nell'organizzazione o nell'attività.
 - 8.3. Modifiche normative e prese di posizioni della giurisprudenza.
9. Gli obblighi di informazione dell'OdV rispetto all'organo di vertice della società.
10. Ruolo e responsabilità dell'OdV in materia di riciclaggio.
11. La documentazione dell'attività dell'OdV.
12. I requisiti dell'OdV: premessa.
 - 12.1. La professionalità dei componenti.
 - 12.2. L'onorabilità.
 - 12.3. L'indipendenza. Il problematico inserimento di membri interni dell'ente.
 - 12.4. L'autonomia. Il riconoscimento di ampia discrezionalità e l'assegnazione di un budget conforme alle necessità.
 - 12.5. Continuità di azione. La necessità di un adeguato compenso.
13. La nomina dell'OdV.
14. La composizione dell'OdV: organo collegiale o monocratico?
 - 14.1. A proposito della possibilità di delegare le funzioni dell'OdV a strutture aziendali od organi societari già esistenti.
 - 14.2. L'OdV e il collegio sindacale: le novità introdotte dalla l. 12 novembre 2011, n. 183.
15. Durata, decadenza e revoca dei singoli membri.
16. La disciplina dell'attività dell'OdV: lo statuto dell'OdV e il regolamento interno.
18. Capogruppo e singole controllate: unità o pluralità di OdV.
19. Composizione dell'OdV della capogruppo e singole controllate.
20. La necessità di coordinamento tra OdV della capogruppo e quelle delle singole controllate.

§3. Il sistema disciplinare

21. Premessa.

22. I tratti generali.

22.1. La proporzione fra infrazioni e sanzioni e il principio del contraddittorio nel procedimento di irrogazione.

22.2. La predeterminazione delle infrazioni e delle sanzioni collegate.

22.3. Gli insegnamenti della dottrina e della giurisprudenza giuslavoristica rapportati al sistema disciplinare di cui agli artt. 6 e 7 d.lgs. n. 231 del 2001.

23. L'organo chiamato ad irrogare le sanzioni e il ruolo dell'organismo di vigilanza.

24. Le sanzioni per i soggetti apicali: l'insufficienza degli strumenti offerti dal diritto societario.

24.1. L'adozione di sanzioni conservative: sanzioni pecuniarie e revoca di procure.

24.2. La sanzione della revoca degli amministratori o comunque la risoluzione del rapporto con l'apice infedele.

25. I sindaci e i componenti dell'Organismo di Vigilanza.

26. I soggetti sottoposti all'altrui direzione e vigilanza: i lavoratori subordinati.

26.1. I lavoratori parasubordinati e i collaboratori esterni.

LA DISCIPLINA DEL D.LGS. 8 GIUGNO 2001, N. 231

Sezione I

I tratti essenziali della disciplina

1. Premessa.

Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, definito anche Statuto della responsabilità da reato degli enti collettivi, come è ampiamente noto, prevede l'applicazione di sanzioni a carico di soggetti collettivi (siano essi dotati o meno di personalità giuridica) per reati commessi nell'interesse o a vantaggio dei soggetti stessi.

La responsabilità non è prevista per tutti i reati contemplati dalla legislazione penale, ma solamente per quelli espressamente indicati dal legislatore (i c.d. reati presupposto della responsabilità). Il legislatore italiano, a differenza di quanto avviene in altri ordinamenti in cui sono previste clausole generali di responsabilità (si pensi ai paesi anglosassoni, ma anche alla Francia e alle modifiche apportate dalla *loi Perben* del 2000), ha infatti preferito adottare un approccio diverso prevedendo che la responsabilità sorga solamente per i reati per i quali essa è prevista.

All'iniziale, limitato elenco, contenuto nella versione originaria del d.lgs. n. 231 del 2001 (corruzione, concussione, truffa e malversazione a danno dello Stato e di altri enti pubblici) si sono aggiunte altre tipologie di illeciti tra le quali, tra le più importanti, devono ricordarsi il reato di riciclaggio (d.lgs. n. 231 del 2007), di lesioni e omicidio colposi derivanti da violazione delle norme antinfortunistiche (introdotti come reati presupposto dalla l. n. 123 del 2007 e oggetto di modifiche con il d.lgs. n. 81 del 2008), i reati ambientali (l. n. 121 del 2011).

Negli ultimi anni sono stati introdotti, tra i reati presupposto, anche il delitto di impiego di cittadini di paesi extracomunitari privi del relativo permesso di soggiorno (art. 2 d.lgs. 16 luglio 2012, n. 109 che ha introdotto l'art. 25-*duodecies*) e di corruzione tra privati di cui all'art. 2635 comma 3 c.c. (v. art. 1 comma 77 della l. 6 novembre 2012, n. 190), nonché quello di autoriciclaggio *ex art. 648-ter1* c.p. (l. 15 dicembre 2014, n. 186) e i delitti contro l'ambiente ai sensi degli artt. 452-bis ss. c.p., introdotti con la l. 22 maggio 2015 n. 68.

Ulteriori novità sono state apportate dalle modifiche operate nel settore dei reati societari dalla l. 27 maggio 2015, n. 69 che ha esteso la responsabilità degli enti anche al nuovo reato di cui all'art. 2621-*bis* c.c. e dal dlgs. 15 marzo 2017, n. 38 che ha ampliato il catalogo al nuovo illecito di cui all'art. 2635-bis c.c. (istigazione alla corruzione tra privati), e dalla l. n. 199 del 2016 ("Disposizioni in materia di contrasto ai fenomeni del lavoro in nero, dello sfruttamento del lavoro in agricoltura e di riallineamento retributivo nel settore agricolo) che ha previsto la responsabilità da reato per la fattispecie di nuovo conio di cui all'art. 603-*bis* c.p. (il c.d. reato di caporalato).

L'aggiornamento dell'elenco è continuo e incessante, non privo di incertezze come dimostrano le modifiche (v. art. 9 d.l. 14 agosto 2013, n. 93) che hanno portato inizialmente ad estendere la responsabilità degli enti anche ai reati di indebito utilizzo di carte di credito (art. 55 comma 9 d.lgs. n. 231 del 2007), nonché ai delitti delineati dal Testo unico sulla privacy (artt. 167 ss. d.lgs. n. 196 del 2003), modifiche non riprese dalla legge di conversione e quindi non entrate definitivamente a far parte dell'ordinamento. Incertezze che si sono manifestate di recente, quando il Legislatore, in modo probabilmente non consapevole, con il d.lgs. 25 maggio 2017, n. 90 ha riscritto la disposizione di cui all'art. 25-*octies* d.lgs. n. 231 del 2001, non contemplando tra i reati presupposto il delitto di auto-riciclaggio previsto dall'art. 648-*ter1* (si veda C. Santoriello, *L'autoriciclaggio non è più ricompreso nel novero dei reati presupposto della responsabilità amministrativa degli enti*, in *Interventi 2017*, in www.rivista231.it). A tale svista, probabilmente dovuta a un errore di trascrizione, sembra abbia posto rimedio un avviso di rettifica, pubblicato nella Gazzetta ufficiale n. 149 del 28 giugno 2017, in cui si precisa che l'art. 648-*ter1* è contemplato dai reati presupposto della responsabilità degli enti (v. www.rivista231.it, sezione novità 2017).

Altri inserimenti sono rappresentati dalle modifiche operate all'art. 6 del d.lgs. n. 231 del 2001 dall'art. 2 della l. 30 novembre 2017, n. 179 dettante disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato (c.d. *whistleblower*), dall'allargamento dei reati presupposto dei delitti di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina di cui all'art. 12 commi 3, 3-*bis*, 3-*ter* e 5 d.lgs. n.268 del 1998 realizzato con la l. 17 ottobre 2017, n. 161 e l'introduzione dell'art. 25-*tredecies*, da parte della l. 20 novembre 2017, n. 167 (c.d. Legge Europea 2017) che ha contemplato tra i presupposti della responsabilità degli enti anche il reato di negazionismo di cui all'art. 3 comma 3-*bis* l. 13 ottobre 1975, n. 654.

Nel 2017 ulteriori modifiche hanno riguardato l'art. 25-*ter* lett. s-*bis*) (v. d.lgs. 15.3.2017 che è intervenuto sulla fattispecie di **corruzione tra privati**), e l'introduzione dell'art. 25-*terdecies*, avvenuta con la l. 20.11.2017, n. 167, con cui si amplia l'elenco dei reati presupposto anche ai reati di **razzismo e xenofobia**.

Le ultima novità sono state previste stata dalla l. 9.1.2019, n. 3 **c.d. spazzacorrotti** che, oltre ad inasprire le sanzioni interdittive applicabili all'ente per i reati contro la pubblica amministrazione e prevedere una clausola premiale contemplata dall'art. 25 comma 5-*bis*, ha stabilito che la responsabilità dell'ente sorga anche per il delitto di traffico di influenze illecite di cui all'art. 346-*bis* c.p.¹, dalla l. 3.5.2019, n. 39 che ha introdotto l'art. 25-*quattordices* (frode in competizione sportive e altri reati simili). Il d.lgs. n. 75 del 2020 ha esteso il catalogo dei reati anche alle fattispecie di peculato di cui agli artt. 314 e 316 c.p. e al reato di abuso di ufficio quando i fatti ledono gli interessi finanziaria dell'Unione europea.

La novità più importante è stata però introdotta con l'art. 39 comma 2 d.l. 26 ottobre 2019, n. 124 convertito con modificazioni nella l. 19 dicembre 2019, n. 157 che ha introdotto l'art. 25-*quinquiesdecies* che ha allargato il catalogo dei reati presupposto anche ai reati tributari di cui agli artt. 2, 3, 8, 10, 11 d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, ulteriormente

¹ V. Bonsegna – Miceli, *I pesanti effetti della spazzacorrotti sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in *Resp. amm. soc. enti*, 3, 2019, 77 ss.

modificato con il d.lgs. n. 75 del 2020 che ha anche introdotto la disposizione di cui all'art. 25-*sexiesdecies* relativa ai reati di contrabbando.

Il legislatore italiano definisce la responsabilità degli enti amministrativa e parla, nel caso di reati commessi nell'interesse o vantaggio, di illeciti amministrativi dipendenti da reato. La relazione di accompagnamento allo schema di decreto legislativo spiega invece che si tratta di un *tertium genus* che si colloca a metà strada tra la responsabilità penale in senso stretto e quella amministrativa (v. Relazione di accompagnamento del d.lgs. n. 231 del 2001, in Aa. Vv., *La responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Garuti, Padova, 2002, p. 422 ss.). Opinione questa oramai accolta dalla giurisprudenza maggioritaria (v. Cass. pen., sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343, il c.d. caso *ThyssenKrupp s.p.a.*; più di recente da Cass. pen., sez. VI, 7 luglio 2016, n. 28299). La dottrina maggioritaria infine si è espressa per la natura sostanzialmente penale di detta responsabilità, così come non sono mancate prese di posizione della giurisprudenza che hanno sottolineato il carattere penale della medesima (v. di recente Cass. pen., sez. un., 27 marzo 2008, n. 26654 anche se ha affermato la natura penale *incidenter tantum*, senza un vero e proprio approfondimento; per le varie posizioni si veda R. Lottini, *La responsabilità da reato degli enti: natura e principi generali*, in *Diritto penale dell'economia*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Torino, 2017, p. 2366 ss.).

A prescindere da quale sia la soluzione alla questione (che potrebbe comunque avere ricadute pratiche non minime), l'unico dato che interessa in questa sede è che le sanzioni previste dal d.lgs. n. 231 del 2001 sono irrogate dal giudice penale dopo un procedimento che è disciplinato, in quanto compatibili, con le disposizioni del procedimento penale, a cui si aggiungono le disposizioni specifiche dettate dalla parte processuale del d.lgs. n. 231 del 2001 (artt. 34-79 che segue la parte dedicata invece al diritto sostanziale, che va dagli artt. 1 al 33) per adattare la disciplina del processo alle particolarità dell'imputato che non è una persona fisica, ma la *societas*.

In questa prima parte verranno indicati i tratti essenziali della disciplina degli enti, soffermandosi su chi siano i destinatari del d.lgs. n. 231 del 2001, i criteri di imputazione dell'illecito amministrativo da reato e le sanzioni contemplate dalla disciplina in parola.

Nella seconda parte, invece, l'attenzione sarà soffermata sui tre istituti la cui conoscenza appare fondamentale da parte dei destinatari del modello organizzativo e che sono rappresentati dal modello di organizzazione in generale (indicando in particolar modo contenuto e struttura), dall'organismo di vigilanza e dal sistema disciplinare che svolge un ruolo di chiusura del modello organizzativo.

2. Gli enti interessati dalla disciplina.

La disciplina del d.lgs. n. 231 del 2001 si applica, per espressa ammissione normativa (v. art. 1 comma 2) «agli enti forniti di personalità giuridica», ma anche «alle società e associazioni [...] prive di personalità giuridica». Mentre invece non opera con riferimento «allo Stato, agli altri enti territoriali, agli enti pubblici non economici e a quelli che esercitano funzioni di rilievo costituzionale» (v. art. 1 comma 3).

Per quanto riguarda la prima categoria, quella degli «enti forniti di personalità giuridica», vi rientrano le associazioni riconosciute e le fondazioni dotate di personalità giuridica, così come le società di capitali, che per il nostro ordinamento hanno un'autonomia patrimoniale perfetta, quali la società per azioni, la società a responsabilità limitata, la società in accomandita per azioni, la società cooperativa a responsabilità limitata. Stante la lettera della legge devono considerarsi destinatari della normativa anche le società di capitali unipersonali, anche se in questi casi lo schermo societario ha funzione unica di limitazione della responsabilità senza che però si determinino, da un punto di vista economico, differenze qualitative con l'impresa individuale (v. da ultimo Cass. pen., sez. VI, 25 luglio 2017, n. 49056).

Qualche considerazione in più merita invece la seconda categoria, quella delle ««società e associazioni anche prive di personalità giuridica». Nonostante la genericità delle espressioni utilizzate e le incertezze che ne possono derivare, la dottrina è pacifica nel mettere in evidenza come per società e associazioni si intendano soggetti di natura collettiva con esclusione, invece, delle imprese individuali. La soluzione negativa viene ricavata agevolmente da una interpretazione letterale del co. 2 che impedisce di

comprendere nell'ambito semantico delle locuzioni l'impresa individuale. Una tale conclusione è però, e soprattutto, imposta dalla stessa ragione dell'intervento punitivo nei confronti dell'ente, aggiuntivo rispetto a quello diretto a colpire la persona fisica, che presuppone che l'ente a cui fa riferimento l'art.1 sia dotato di un minimo di organizzazione interna e si caratterizzi in termini di alterità rispetto a chi, persona in carne e ossa, commette il reato.

La giurisprudenza è invece incerta sul punto. In passato la Corte di cassazione, facendo propri gli argomenti appena enunciati, si era pronunciata nel senso che l'impresa individuale non potesse rientrare tra i soggetti destinatari del d.lgs. n. 231 del 2001 (Cass. pen., sez. VI, 3 marzo 2004, n. 18941, in Ced, rv. 228833). Qualche anno più tardi, invece, aveva accolto la soluzione opposta sulla base del rilievo che l'accertata complessità organizzativa di alcune imprese individuali giustificava la sottoposizione delle stesse alla disciplina della responsabilità degli enti e rendeva la medesima, applicabile alle società a responsabilità limitata unipersonale, maggiormente rispettosa del principio di uguaglianza (v. Cass. pen., sez. III, 15 dicembre 2010, n. 15657). La giurisprudenza di legittimità è tornata nuovamente sulla questione, escludendo le imprese individuali dal novero dei soggetti attivi dell'illecito amministrativo dipendente da reato (v. Cass. pen., sez. VI, 16 maggio 2012, n. 30085, in Ced, rv. 252995).

Questa ultima soluzione sembra essere quella più corretta. Se si vuole essere più precisi, procedendo ad un'analisi complessiva delle disposizioni del decreto, si può infatti concludere che, l'ente collettivo, destinatario della disciplina in commento, debba essere innanzitutto dotato di un proprio interesse distinto ed ulteriore rispetto a quello delle persone che compongono l'ente. Lo si evince dalla lettura delle norme che delineano i criteri di imputazione dell'illecito all'ente, secondo le quali è necessario che il soggetto agisca per un interesse dell'ente che deve essere diverso da quello proprio o di una terza persona, pena l'irresponsabilità dell'ente. Ma anche di un patrimonio e di una organizzazione autonomi, come può cogliersi da quelle disposizioni, rispettivamente, che limitano la responsabilità dell'ente al solo patrimonio di questo (art. 27) e che prevedono l'imputazione del fatto di reato in assenza dell'adozione di efficaci modelli di organizzazione e controllo. Qualora l'ente collettivo abbia queste caratteristiche rientra tra i destinatari del d. lgs. n. 231/2001, indipendentemente dall'essere dotato di personalità

giuridica (come fondazioni, associazioni riconosciute e società di capitali, ecc.) o meno (associazioni non riconosciute, società di persona, ecc.).

Ancorché deve concludersi che il legislatore nel concepire il decreto abbia pensato a enti con finalità di lucro, nessun indice normativo autorizza a ritenere che il fine di lucro sia elemento essenziale per l'individuazione del novero dei soggetti attivi dell'illecito amministrativo dipendente da reato.

3. I criteri di imputazione dell'illecito.

Precisato chi sono i soggetti destinatari del d.lgs. n. 231 del 2001, appare utile soffermarsi sui criteri di imputazione dell'illecito.

Affinché sorga la responsabilità dell'ente è necessario che un fatto, che integra gli estremi oggettivi di un illecito penale contemplato dall'ordinamento come reato presupposto della responsabilità, sia posto in essere da un soggetto che ha con l'ente una relazione qualificata, nell'interesse o a vantaggio dell'ente medesimo e sempre che ricorrano le condizioni di cui agli artt. 6 e 7 del d.lgs. n. 231 del 2001.

L'art. 5 del d.lgs. n. 231 del 2001, infatti, dispone: «1. L'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio: a) da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso; b) da persone sottoposte alla direzione o di vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a). 2 L'ente non risponde se le persone indicate nel comma 1'hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi».

Tali condizioni sono necessarie, ma non sufficienti. A questo punto il d.lgs. n. 231 del 2001, distingue la disciplina a seconda che a commettere il reato sia un soggetto in posizione apicale oppure un c.d. sottoposto.

Nel primo caso, l'ente risponde, ma può andare esente da responsabilità se prova di aver adottato un modello di organizzazione e controllo e che sussistono le condizioni indicate

dall'art. 6. Nella seconda ipotesi, invece, spetterà alla pubblica accusa provare che il reato è stato agevolato dalla mancanza o dalla inefficacia del modello organizzativo adottato, secondo quanto stabilito dall'art. 7.

Per ricapitolare, dunque, affinché l'ente possa essere sanzionato, è necessario che:

- 1) uno dei reati presupposti sia stato posto in essere da un soggetto legato da un rapporto qualificato con l'ente (apice o sottoposto);
- 2) il reato sia stato commesso nell'interesse o vantaggio dell'ente;
- 3) in caso di reato commesso dall'apice, l'ente non riesca a provare di aver adottato un modello organizzativo e le altre condizioni indicate dall'art. 6 oppure, in caso di reato commesso dal sottoposto, la pubblica accusa non riesca a provare che il reato è stato realizzato a causa di inidoneità/inefficacia del modello organizzativo (criteri soggettivi di imputazione del reato).

La punibilità dell'ente è autonoma rispetto a quella della persona fisica (cfr. art. 8), per cui la prima sussisterà anche nel caso in cui, per una qualche ragione (non è identificabile, non è imputabile, difetta dell'elemento soggettivo necessario per il configurarsi del reato, ecc.), la seconda non sia sanzionabile.

3.1. I soggetti che impegnano la responsabilità degli enti: gli apici

La prima categoria di soggetti il cui agire può impegnare la responsabilità dell'ente, i c.d. apici, comprende, innanzitutto, tutti coloro che esercitano funzioni di amministrazione, direzione e controllo. La disposizione di cui all'art. 5 adotta un criterio oggettivo-funzionale, che riconosce rilievo, al di là di investiture formali, allo svolgimento in concreto delle funzioni o mansioni tipiche di chi amministra e/o gestisce l'ente, essendo irrilevante il caso (marginale) in cui la nomina sia viziata oppure nell'ipotesi (sicuramente più ricorrente) in cui l'attività gestoria venga svolta in assenza di qualsiasi atto di nomina del competente organo sociale.

A titolo esemplificativo sono riconducibili nella categoria in parola:

- gli amministratori delegati;

- i componenti del consiglio di amministrazione, anche se non delegati e indipendenti, in quanto sono comunque titolari di una competenza concorrente con quella degli amministratori delegati e di poteri di controllo di (e intervento sostitutivo su) questi ultimi (art. 2381, comma 3 c.c.);
- i membri del consiglio di gestione del sistema dualistico, ai quali la legge attribuisce la gestione dell'impresa ed il compimento delle operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale (art. 2409-*novies*);
- i membri del consiglio di sorveglianza, nella misura in cui (e solo in questa) agli stessi lo statuto riconosce poteri di alta amministrazione in tema di operazioni strategiche e piani industriali e finanziari ai sensi dell'art. 2409 *tredecies* lett. *f-bis* (negli altri casi invece pare possa escludersi che svolgano le funzioni indicate nell'art. 5 comma 1 lett. a);
- i liquidatori, i quali esercitano poteri sostanzialmente analoghi a quelli degli amministratori.

3.1.1. L'amministratore di fatto.

Tra i cd. apici, vi rientra anche l'amministratore di fatto, purché l'attività di gestione da questo posta in essere – lo sostiene unanimemente la dottrina – presenti i caratteri della continuità e della significatività, così come richiesto dall'art. 2639 c.c. La disposizione contenuta nel codice civile, infatti, si ritiene non limiti il proprio ambito operativo nel settore di riferimento, ma esprima un principio avente valenza generale che può benissimo operare anche al di fuori dell'ambito dei reati societari. In questo senso si colloca l'orientamento della giurisprudenza che ha ritenuto necessario che ai fini dell'applicazione della responsabilità di cui al d.lgs. 231/2001, l'amministratore di fatto «[si ingerisca] non episodicamente nella direzione operativa» (v. Trib. Milano, 20 dicembre 2004, in www.rivista231.it), mentre in un altro provvedimento ha affermato che l'art. 5 d.lgs. 231/2001 «[...] richiede – con specificazione non eludibile – che la persona fisica eserciti la 'gestione e il controllo' dell'ente; si tratta quindi di una definizione ben precisa e che tende a circoscrivere la categoria, poiché comporta il 'dominio' ovvero la 'disponibilità' dell'ente in capo a tale persona, anche se in modo non esclusivo o

continuativo, ma sicuramente – al fine di ritenere la responsabilità dell'ente – in occasione della condotta di rilevanza penale» (Trib. Torino, 11 ottobre 2005, *ivi*).

3.1.2. Gli amministratori dipendenti.

Una questione che la dottrina si è posta è dove debbano essere inquadrati i c.d. amministratori dipendenti, coloro che, oltre a svolgere funzioni di gestione della società, intrattengano con la stessa anche un rapporto di lavoro dipendente. La risposta unanime è che in caso di doppia qualifica debba comunque prevalere quella di soggetto in posizione apicale, con tutte le ricadute che, in termini di responsabilità dell'ente ne derivano.

3.1.3. Il direttore generale e l'impiegato con funzioni direttive.

Rientra tra i soggetti in parola anche il c.d. direttore generale, il cui compito è quello di mettere in esecuzione le decisioni del consiglio di amministrazione, interpretandole, operando le opportune scelte tattiche, trasmettendole agli organi subordinati e controllandole la puntuale esecuzione.

Posto che il legislatore ha privilegiato un criterio funzionale e di elencazione esemplificativa per caratterizzare i soggetti in posizione apicale, e sono quindi le funzioni direttive in relazione al fatto illecito ad assumere rilievo al riguardo, deve riconoscersi anche agli impiegati con funzioni direttive il ruolo apicale previsto dalla norma, ove l'attività coinvolta nell'illecito sia quella in cui egli abbia effettivo potere direttivo. Anche per gli stessi, proprio come per gli amministratori dipendenti e per i direttori generali, sarà la qualifica di apice a prevalere, a prescindere dall'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato con l'ente.

3.1.4. Titolare di unità organizzativa.

L'art. 5 estende la qualifica di apice anche ai titolari di un'«unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale». La disposizione riecheggia quella dettata dall'art. 2

lett. b. d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 (Testo Unico sulla sicurezza sul lavoro) che individua il datore di lavoro anche nel soggetto che è responsabile dell'unità produttiva, purché abbia autonomi poteri decisionali e di spesa. La relazione governativa spiega che il richiamo all'unità organizzativa effettuato dall'art. 5 si riferisce ad un «fenomeno ben noto [...] in via di progressiva espansione» quale è quello dei «c.d. direttori di stabilimento [neretto nostro, n.d.a.] che, nelle realtà aziendali medio-grandi, sono molto spesso dotati di una forte autonomia gestionale e sottratti al controllo delle sedi centrali. La collocazione di questi soggetti all'interno della lettera a) e quindi come soggetti apicali, è suggerita, oltre che dall'osservazione del dato empirico, anche da considerazioni di natura sistematica: come noto, infatti, la figura ha da tempo trovato ingresso nel nostro ordinamento, in materia di sicurezza sul lavoro, dove pure affonda la *ratio* nella tendenziale comunione tra poteri-doveri e responsabilità».

A questo punto appare utile ricordare che la giurisprudenza, con riferimento all'unità di cui all'art. 2 d.lgs. n. 81 del 2008 (prima prevista dall'art. 2 lett. b del d.lgs. 19 settembre 1994, n. 626), ha avuto modo di precisare che l'unità produttiva di cui parla la disposizione citata riguarda un organismo che «pur restando un'emanazione della stessa impresa, abbia una fisionomia distinta, presenti un proprio bilancio e possa deliberare, in condizioni di relativa indipendenza, il riparto delle risorse disponibili, operando così le scelte organizzative ritenute più confacenti alle proprie caratteristiche funzionali e produttive» (così Cass. pen., sez. IV, 22 novembre 2004, n. 5068).

3.1.5. L'esercizio di fatto di poteri di gestione e controllo.

L'ultima sottocategoria degli apici è rappresentata da quei soggetti che «esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo» dell'ente. Tenuto conto che la prima parte della norma di cui all'art. 5 lett. a adotta un criterio oggettivo funzionale destinato ad operare anche in assenza di un'investitura formale, questa disposizione ha carattere residuale. Si ritiene che essa si riferisca al c.d. socio tiranno, cioè a colui che, detenendo la quasi totalità delle azioni, pur non rivestendo incarichi formali di amministrazione, condiziona in modo decisivo la volontà assembleare e di fatto gestisce in prima persona la società, dettando le linee di politica aziendale e il compimento di determinate operazioni. Ma anche al c.d.

amministratore indiretto (o amministratore ombra, secondo la terminologia utilizzata dalla letteratura anglosassone), cioè a colui che, pur non rivestendo incarichi formali di amministrazioni, condiziona in modo decisivo la volontà dell'organo gestorio e di fatto gestisce in prima persona, seppure indirettamente (attraverso gli amministratori di diritto), la società, dettando le linee di politica aziendale e il compimento di determinate operazioni.

L'opinione prevalente ritiene di escludere che in questa categoria vi possano rientrare anche i membri del collegio sindacale e degli organismi di controllo, come quelli del consiglio di sorveglianza a cui non siano stati in alcun modo affidati poteri gestori, in quanto pur avendo poteri di controllo, non possiedono contestuali poteri di gestione, come di contro richiesto dalla norma in parola.

Le stesse considerazioni, per evidente analogia, possono valere anche per i membri dell'organismo di vigilanza.

3.2. I sottoposti: i lavoratori subordinati.

La seconda tipologia di soggetti in grado di impegnare la

In questa categoria vi rientrano sicuramente i lavoratori subordinati. responsabilità dell'ente sono i c.d. sottoposti, definiti dall'art. 5 come coloro che sono soggetti «alla direzione o alla vigilanza» degli apici. Anzi, è possibile affermare che il legislatore, nel concepire tale categoria, abbia avuto proprio in mente i dipendenti in senso stretto. È noto, infatti, che il requisito della direzione e vigilanza corrisponde biunivocamente al carattere della subordinazione. Non solo: la giurisprudenza lavoristica ha sottolineato come «il requisito fondamentale del rapporto di lavoro subordinato, ai fini della sua distinzione da rapporti di lavoro autonomo, [sia] il vincolo di soggezione del lavoratore al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro, il quale discende dall'emanazione di ordini specifici, oltre che dall'esercizio di un'assidua attività di vigilanza e di controllo della esecuzione delle prestazioni lavorative» (Cass. civ., sez. lav., 16 giugno 2006, n. 13935; Cass. civ., sez. lav., 3 ottobre 2005, n. 19265).

3.3. Lavoratori parasubordinati.

Nessun dubbio, dunque, circa la riconducibilità dei lavoratori subordinati nella categoria in parola. Ci si chiede invece se nella categoria dei c.d. sottoposti rientrino anche i lavoratori parasubordinati.

Si tratta, come è noto, di lavoratori legati al committente da un rapporto che, pur essendo autonomo, presenta alcune caratteristiche simili a quello di lavoro subordinato. Rientrano nella categoria in esame i c.d. associati in partecipazione, i collaboratori occasionali, i titolari di rapporti di collaborazione, coordinata e continuata, i lavoratori a progetto, ecc.

Il loro inserimento nell'organizzazione aziendale, lo svolgimento di attività funzionali al perseguimento dell'interesse del committente e il potere di ingerenza di quest'ultimo nell'attività del prestatore d'opera sono indici che portano a ricondurre tali soggetti all'interno della categoria dei c.d. sottoposti. La loro autonomia, di contro, che ha portato spesso la giurisprudenza di settore ad escludere la loro assoggettabilità al potere disciplinare del datore di lavoro, sembrerebbe di ostacolo al riconoscimento di una sottoposizione rigorosa dei lavoratori parasubordinati alla direzione e vigilanza da parte degli apici.

Si pensi ai c.d. co.co.co, che sono legati al committente da rapporti di collaborazione coordinata e continuativa: essi sono autonomi nello svolgimento dell'attività lavorativa (v. Cass. civ. sez. lav., 3 luglio 2001, n. 13323, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, p. 266) e titolari di un rapporto di lavoro, che difetta degli elementi tipici della subordinazione, quali la sovraordinazione gerarchica (Cass. civ., sez. lav., Cass. civ., 3 aprile 1996, n. 3089) e la soggezione al potere direttivo del datore di lavoro, cioè al potere di precisare il contenuto della prestazione lavorativa e di controllarne l'esecuzione (Cass. civ., sez. lav., 13 maggio 2004, n. 9151).

Un discorso simile va fatto con riguardo ai c.d. lavoratori a progetto, il cui contratto, ai sensi di quanto previsto dall'art. 62, lett. d, del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, deve prevedere forme di coordinamento, senza pregiudicare però l'autonomia dell'esecuzione dell'obbligazione lavorativa. Ciò consente di sostenere l'incompatibilità dei lavori a

progetto con i vincoli di orario. Inoltre, il coordinamento di cui parla l'art. 62 d.lgs. n. 276 del 2003 non potrà spingersi fino a sconfinare nel monitoraggio all'attività del lavoratore a progetto (Trib. Torino, 5 aprile 2005, cit.), il quale conseguentemente non può ritenersi sottoposto al potere disciplinare del committente (v. Trib, Torino, 10 maggio 2006, in *Guida lav.*, 2006, n. 24, p. 14).

La questione, che in passato sembrava porsi, adesso può dirsi superata da una novità legislativa, rappresentata dall'introduzione della disposizione – che appare in effetti “dirimente” rispetto al tema in esame – di cui all'art. 3, comma 7, del Testo unico sulla sicurezza del lavoro che, nel definire il proprio “*campo di applicazione*”, ha espressamente previsto che “nei confronti dei lavoratori a progetto ... e dei collaboratori coordinati e continuativi” trovino applicazione “*le disposizioni di cui al presente decreto*” – e dunque anche l'art. 30, comma 3, in tema di “modelli di organizzazione e gestione” preventivi della responsabilità degli enti in materia di infortuni e sicurezza del lavoro – “ove la prestazione lavorativa si svolga nei luoghi di lavoro del committente”.

Ciò implica che *ex lege* per i collaboratori coordinati e continuativi *operanti nei luoghi di lavoro del committente*, e perciò praticamente vigilabili, deve essere approntato un vero e proprio sistema disciplinare quale elemento essenziale sia dei “modelli di organizzazione di gestione” di cui all'art. 30 del d.lgs. 81/2008, sia dei modelli di organizzazione e di gestione di cui agli artt. 6 e 7 del d.lgs. 231/01.

A contrario, data la caratterizzazione «logistica» dei collaboratori coordinati e continuativi interessati *ex art. 3, comma 7*, risultano esenti da un vero e proprio sistema disciplinare quelli *non operanti nei luoghi di lavoro del committente*, per i quali, dunque, possono essere tuttora avanzati fondati dubbi. Deve tenersi presente, infatti, che il sistema di prevenzione dei reati delineato dal d. lgs. 231/01 fa perno sul principio di evitabilità, in base al quale il reato è imputabile all'ente nella misura in cui quest'ultimo fosse in grado di dissuadere efficacemente le persone fisiche autrici del reato. Ne consegue che nei confronti di soggetti esterni all'ente, la funzione preventiva propria del sistema disciplinare, quale componente del modello organizzativo e gestionale, non potrà raggiungere il livello di intensità ed efficacia che essa rilascia in relazione ai reati commessi dai subordinati-dipendenti.

Salva quest'ultima precisazione, nell'attuale quadro normativo deve senz'altro condividersi la posizione assunta da tempo dalla dottrina dominante, secondo la quale categoria dei c.d. sottoposti possa comprendere situazioni che vanno al di là del rapporto di lavoro subordinato in senso stretto, tra le quali rientrano sicuramente anche la c.d. parasubordinazione.

Questa conclusione appare ulteriormente supportata dalla giurisprudenza sulla responsabilità extracontrattuale di padroni e committenti di cui all'art. 2049 c.c., la quale, da un punto di vista strutturale, presenta caratteristiche simili alla quella delineata da d.lgs. n. 231 del 2001. Per opinione pacifica, infatti, non è necessario che gli autori del fatto illecito siano legati all'imprenditore da uno stabile rapporto di lavoro, essendo invece sufficiente che essi siano inseriti, anche temporaneamente, nell'organizzazione aziendale e abbiano agito in questo contesto per conto e sotto la vigilanza dell'imprenditore (Cass. civ., 9 agosto 2004, n. 15362, in *Dir. rel ind.*, 2005, p. 258 con riferimento ad un amministratore; Cass. civ., 9 novembre 2005, n. 21685, in *Foro it.*, 2006, c. 1454 con riferimento ad un volontario del servizio di soccorso prescritto da una legge regionale).

3.4. I collaboratori esterni.

Tra l'altro la prima giurisprudenza che si è pronunciata sull'art. 5 ha riconosciuto l'esistenza di un legame funzionale anche in capo ai collaboratori esterni all'ente. La difficoltà di concepire un adeguato sistema disciplinare per i soggetti non assimilabili ai dipendenti in senso stretto, non esclude che questi ultimi siano comunque riconducibili alla categoria dei c.d. sottoposti.

I primi commentatori del d.lgs. n. 231 del 2001, facendo leva sulla formulazione elastica dell'art. 5, comma 1, lett. *b*, hanno messo in evidenza che la categoria include anche numerose altre categorie di collaboratori esterni che si trovino a perdere parte della loro autonomia a favore dell'ente, come agenti, concessionari di vendita, *franchisees*. In giurisprudenza è stato ritenuto che anche il consulente debba considerarsi sottoposto ai sensi dell'art. 5, comma 1, lett. *b* (Trib. Milano, 27 aprile 2004, in *Foro it.*, 2004, I, c.

434). In un'altra occasione la responsabilità dell'ente è stata ravvisata nel comportamento di alcuni informatori farmaceutici (quindi lavoratori autonomi rispetto alle imprese che rappresentavano), che avrebbero corrotto medici di famiglia per ottenere delle false prescrizioni di medicinali al fine evidente di avvantaggiare le aziende. Nel procedimento in parola, la riconducibilità di tali soggetti nella categoria delineata dall'art. 5, comma 1, lett. *b*, è stata data per scontata, senza che venissero poste questioni specifiche.

Queste conclusioni, però, sono state messe in discussione da una parte della dottrina che ha fondatamente contestato un siffatto ampliamento dei confini applicativi della disposizione in esame. La principale obiezione che è stata mossa al riguardo è che, così opinando, l'ente verrebbe chiamato a rispondere anche per comportamenti posti in essere da soggetti ad esso estranei, rispetto ai quali l'ente medesimo potrebbe non avere strumenti impeditivi.

Con riferimento ad una delle figure più frequenti di collaboratore esterno, qual è quella dell'agente, disciplinata dagli artt. 1746 c.c. ss., non può certo sostenersi che essa sia sottoposta alla direzione e alla vigilanza dell'ente preponente. L'agente ha solo l'obbligo di seguire le istruzioni che gli sono state impartite, le quali, però, in ossequio agli accordi economici collettivi e agli insegnamenti della giurisprudenza, devono tenere conto dell'autonomia operativa dell'agente.

Quanto al controllo cui è sottoposto l'agente, esso è limitato all'adempimento, come tale tipico di ogni rapporto contrattuale. Si tratta, peraltro di un controllo non costante, posto che normalmente gli agenti operano lontano dai centri decisionali e di controllo dell'impresa. Queste conclusioni valgono, *a fortiori*, per i soggetti dotati di maggiore autonomia, come i distributori e i fornitori in genere.

Anche le linee guida ABI negano che i lavoratori autonomi possano considerarsi come sottoposti nel senso della disposizione di cui all'art. 5, comma 1, lett. *b*: «l'ente non è tenuto a garantire il rispetto del Modello da parte dei lavoratori autonomi che non rientrano nella categoria dei soggetti aventi un rapporto organico con esso. La caratteristica del rapporto che interessa tali lavoratori (ad esempio i liberi professionisti) e che lo differenzia da quello di lavoro subordinato e parasubordinato, è proprio al totale autonomia ed auto-direzione del soggetto [...] Per definizione, dunque, questi lavoratori

non possono essere fatti rientrare nella seconda categoria delineata dal decreto» (ABI, *Linee guida*, cit., p. 43 ss.). Una diversa soluzione provocherebbe un eccessivo allargamento della nozione di sottoposto che finirebbe per oggettivizzare la responsabilità dell'ente, in contrasto con la lettura della colpa da organizzazione quale forma di colpevolezza, ossia di rimproverabilità per la causazione di un evento (il reato) evitabile da parte dell'ente attraverso la sua azione impeditiva.

3.3. La commissione del reato nell'interesse o a vantaggio dell'ente.

Ulteriore condizione necessaria, ma non sufficiente, affinché ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001 sorga una responsabilità a carico dell'ente, è che uno dei soggetti sopra indicati ponga in essere uno dei reati, rientranti nel novero degli illeciti presupposto nell'interesse, o vantaggio dell'ente. Se il reato invece viene commesso nell'interesse esclusivo di una terza persona (v. art. 5 ultimo comma) la responsabilità è esclusa.

Nella relazione di accompagnamento dello schema di decreto legislativo veniva messo in evidenza che il richiamo all'interesse dell'ente caratterizza in senso marcatamente soggettivo la condotta delittuosa della persona fisica che si "accontenta" di una verifica *ex ante*; viceversa il vantaggio, che può essere tratto dall'ente anche quando la persona fisica non abbia agito nel suo interesse, deve invece essere valutato *ex post* per verificare eventuali locupetazioni da parte dell'ente stesso (così *Relazione governativa*, cit., p. 422). Questo orientamento è stato recepito dalla prima giurisprudenza che si è pronunciata sul punto, la quale ha nettamente distinto i due criteri dell'interesse e del vantaggio (Cass. pen., sez. II, 20 dicembre 2005, n. 3615, in Cass. pen., 2007, p. 77).

Un secondo orientamento, invece, mette in evidenza come l'imputazione all'ente dell'illecito amministrativo non possa in alcun modo prescindere dall'interesse, come dimostra la disposizione di cui all'ultimo comma dell'art. 5, secondo la quale l'ente non risponde se il reato è stato commesso nell'interesse esclusivo di un soggetto diverso dall'ente (l'autore del reato o un terzo). Per aversi dunque la responsabilità della *societas* è necessario che il reato sia commesso nell'interesse, non necessariamente prevalente (v. Cass. pen., sez. VI, 22 maggio 2013, n. 24559, in Ced, rv. 255442 sulla sufficienza di un

interesse concorrente), dell'ente. I due criteri, dunque, vengono considerati da questo indirizzo come un'endiadi in cui l'espressione "vantaggio" non aggiunge nulla al criterio prevalente dell'interesse (v. Pulitanò, *La responsabilità da reato degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 425).

Per un terzo indirizzo, molto vicino a quest'ultimo, l'espressione vantaggio invece avrebbe lo scopo di specificare la caratteristica del criterio dell'interesse (la 'o' non avrebbe valore disgiuntivo ma una valenza specificativa, nel senso di 'ovvero') che deve essere inteso in senso strettamente oggettivo, come caratteristica funzionale della condotta in chiave di gestione degli interessi della società, senza che riveli l'*animus* dell'autore persona fisica (De Vero, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008, p. 160).

Con l'introduzione tra i reati presupposto anche di reati colposi di evento, come l'omicidio e le lesioni colpose commessi con violazione della normativa antinfortunistica, si era posto il problema di una compatibilità tra il criterio dell'interesse e le caratteristiche di detti reati che non possono certo definirsi commessi nell'interesse dell'ente stesso (si pensi ad un omicidio colposo). La giurisprudenza, in questi casi, ha ritenuto che l'interesse debba essere riferito non all'intera fattispecie di reato, bensì alla condotta violativa delle normative antinfortunistiche (v. Trib. Torino, I, 10 gennaio 2013, Trib. Tolmezzo, 23 gennaio 2012, Corte assise, Torino, II, 14 novembre 2011, Trib. Novara, 1 ottobre 2010, Trib. Molfetta, 11 gennaio 2010).

Con riferimento al reato di omicidio e lesioni colpose da violazioni della normativa antinfortunistica appare si stia consolidando l'orientamento secondo il quale l'interesse richiesto dalla normativa, da valutarsi *ex ante*, è legato agli obiettivi strategici dell'impresa perseguiti nonostante la consapevolezza dell'assenza di mezzi tecnici e di adeguata formazione ed esperienze, nonché delle proprie lacune operative e quindi mettendo a rischio, in tal modo, la salute dei lavoratori impiegati, il vantaggio, invece, è connesso alla dimostrazione di rilevanti corrispettivi economici riscontrabili tramite l'esame del fatturato derivanti dal mancato adempimento della (così Cass. pen., sez. IV, 27 settembre 2016, n. 40033; v. anche Cass. pen., sez. IV, 20 luglio 2016, n. 31210).

3.4. I criteri di imputazione soggettiva.

Come già anticipato, la commissione di un reato nell'interesse o a vantaggio dell'ente, da parte di un soggetto qualificato, sono condizioni necessarie per il configurarsi della responsabilità a carico del soggetto collettivo, ma che non potrebbero essere sufficienti.

Nel caso in cui il reato sia commesso da un soggetto che si trova in posizione apicale, l'art. 6, infatti, consente all'ente di poter andare esente da pena se prova, invertendo così il normale onere previsto nei procedimenti penali, che sussistono le condizioni previste dall'art. 6:

- che l'ente, cioè, prima della commissione del reato, ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione e di gestione idoneo a prevenire reati di quella specie di quello che si è verificato;
- che il compito di vigilare sul funzionamento e sull'osservanza dei modelli, nonché di curarne l'aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo;
- le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione;
- non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di vigilanza.

La dottrina si è interrogata su quale sia il significato da attribuire al requisito più oscuro, quello dell'elusione fraudolenta.

Secondo un orientamento, una tale elusione si ha tutte le volte in cui la realizzazione criminosa è frutto esclusivo, contingente di una risoluzione dell'apice qualificata, da un lato, da totale discontinuità rispetto ai modelli comportamentali invalsi nella realtà aziendale, e dall'altro, attuata con una tale astuzia da essersi sottratta alla pur sufficiente vigilanza dell'organo preposto (De Vero, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008, p. 184).

Per altro indirizzo, invece, il requisito non avrebbe una sua autonomia e dovrebbe essere ritenuto sussistente tutte le volte in cui è provata l'idoneità e la efficacia attuazione del

modello (Giunta, *Attività bancaria e responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, 11 s.).

Nel caso vengano provate le condizioni di cui all'art. 6 l'ente va esente da responsabilità, tuttavia il profitto viene ugualmente confiscato.

Qualora a commettere il reato sia il sottoposto, invece, l'art. 7 comma 1 dice che l'ente è responsabile se la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza. Mentre il comma 2 dello stesso articolo precisa che una tale inosservanza è esclusa se prima della commissione del reato ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione e di gestione e controllo idoneo a prevenire reati della stessa specie di quello verificatosi. Spetterà dunque all'accusa dimostrare che l'illecito è stato reso possibile dalla mancanza, inidoneità o insufficiente attuazione del modello organizzativo.

La questione che si è posta è quale sia il significato da attribuire all'espressione «commissione resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza». Per un primo gruppo di autori, tra la commissione dell'illecito e l'inosservanza deve sussistere un vero e proprio nesso di causalità (De Simone, *La responsabilità da reato degli enti nel sistema sanzionatorio italiano: alcuni aspetti problematici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, p. 676). Per altri, invece, sarebbe sufficiente un semplice nesso agevolativo (De Vero, *La responsabilità*, cit., p. 160). Mentre per un terzo orientamento, la questione è comunque superflua dovendosi infatti accertare che il reato commesso rientri nello spettro preventivo del modello adottato (Giunta, *Attività bancaria*, cit, p. 14).

4. Le sanzioni: tipologia.

Il legislatore, nel disciplinare le sanzioni, ha individuato specie e quantità editali unitarie di sanzioni punitive in rapporto alle singole tipologie di illeciti, senza sviluppare, anche a livello sanzionatorio, la diversità di disciplina stabilita sul piano dei criteri di attribuzione. Le cornici editali sono uniche, anche se la commissione del reato da parte di un apice o di un sottoposto rileva sicuramente al fine di individuare il tipo di sanzione e la sua determinazione, come dimostrano i criteri di commisurazione della sanzione di

cui all'art. 11 (che parla di «grado di responsabilità dell'ente» sicuramente diverso a seconda che a commettere il reato sia uno o l'altro dei soggetti indicati dall'art. 5) e l'art. 13 che nel delineare i presupposti applicativi delle sanzioni interdittive differenzia la disciplina a seconda che la commissione del reato sia avvenuta ad opera di un apice o di un sottoposto.

L'arsenale sanzionatorio delineato dal d.lgs. n. 231 del 2001 è variegato e si basa su di una articolata disciplina. Le sanzioni previste sono di quattro tipi: la sanzione pecuniaria, le sanzioni interdittive, la confisca e la pubblicazione della sentenza di condanna.

Le sanzioni interdittive, indicate dall'art. 9 comma 2, possono essere applicate anche a titolo di misure cautelare, qualora, prima della conclusione del processo, ricorrano i presupposti indicati dall'art. 45, quando cioè sussistano gravi indizi per ritenere la sussistenza della responsabilità dell'ente per un illecito amministrativo dipendente da reato e vi sono fondati e specifici elementi che fanno ritenere concreto il pericolo che vengano commessi illeciti della stessa indole di quello per cui si procede.

4.1. La sanzione pecuniaria.

La sanzione principale è rappresentata da quella pecuniaria che si applica sempre al verificarsi dell'illecito amministrativo dipendente da reato ed a tutti i reati, a differenza invece della sanzione interdittiva che riguarda solamente alcuni illeciti ed è destinata ad operare in presenza di ulteriori requisiti.

Per la determinazione della entità della sanzione pecuniaria è stato previsto dal legislatore un complesso meccanismo, ritenuto maggiormente funzionale al rispetto del principio di uguaglianza, definito per quote che si differenzia, invece, da quello tradizionale definito per somma complessiva (quello cioè previsto per le sanzioni pecuniarie ai sensi degli artt. 133 e 133-bis c.p.).

L'attività di determinazione del *quantum* di sanzione, infatti, si divide in due parti. Nella prima, il giudice dovrà individuare quante sono le quote irrogabili per l'illecito per il quale l'ente è chiamato a rispondere. Il numero di quote, da individuare nell'ambito di

una forbice edittale prevista dalla singola disposizione che individua il reato presupposto (ad es. per le l'omicidio colposo da violazione delle norme antiinfortunistiche la forbice edittale prevista dall'art. 25 *septies* comma 2 va da un minimo di 250 quote ad un massimo di 500 quote), dovrà essere individuato tenendo conto della gravità del fatto, del grado di responsabilità dell'ente e dell'attività svolta per attenuare le conseguenze del fatto e per prevenire la commissione di ulteriori illeciti (art. 11 comma 1).

Individuato il numero delle quote dovrà essere determinato il valore della singola quota, tenendo conto delle condizioni economiche e patrimoniali dell'ente (art. 11 comma 2) e compreso tra un valore minimo di €258 ad uno massimo di €1.549 (art. 10 comma 2).

Il contenuto della sanzione pecuniaria sarà dunque dato dal risultato della moltiplicazione del numero di quote per il valore della stessa.

Facendo un esempio, se per il reato di omicidio colposo da violazione delle norme antiinfortunistiche il giudice ritiene di dover irrogare (tenendo conto della gravità del fatto, del grado di responsabilità dell'ente, ecc.) un numero di quote pari a 300 e di determinare il valore di una quota in €500, l'importo della sanzione pecuniaria sarà di €150.000.

Il d.lgs. prevede anche due ordini di casi di riduzione della sanzione pecuniaria.

Il primo è previsto dall'art. 12 comma 1 che stabilisce che la sanzione pecuniaria è ridotta da un terzo alla metà se:

- a) l'autore del reato ha commesso il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi e l'ente non ha ricavato vantaggio o ne ha ricavato minimo;
- b) il danno patrimoniale è di particolare tenuità;

in questi casi l'importo della quota è fissato in €103 (v. art. 11 comma 3) e la sanzione non può essere inferiore a €10.329 e superiore a €103.291 (v. art. 12 commi 1 e 4).

Il secondo ordine di casi, invece, è previsto dall'art. 12 comma 2 che stabilisce che la sanzione è ridotta da un terzo alla metà (ma la sanzione non può comunque essere inferiore a 10.329: v. art. 12 comma 4) se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado:

- a) l'ente ha risarcito integralmente il danno o ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si è comunque efficacemente adoperato in tal senso;
- b) è stato adottato e reso operativo un modello organizzativo idoneo a prevenire la stessa specie di quello verificatosi.

Se concorrono entrambe le condizioni di cui alle lettere a) e b) la riduzione della sanzione pecuniaria è dalla metà ai due terzi.

4.2. Le sanzioni interdittive.

Mentre le sanzioni pecuniarie, come già detto, sono una conseguenza indefettibile dell'illecito, le sanzioni interdittive sono irrogate in aggiunta alle prime solo in relazione ai reati per i quali sono previste espressamente e quando ricorrono determinate condizioni.

La tipologia di sanzioni è individuata dall'art. 9 comma 2 e consistono ne:

- l'interdizione dall'esercizio dell'attività (che coincide con la chiusura dell'azienda quando questa ha ad oggetto la sola attività interdetta);
- la sospensione o la revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni;
- il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio;
- l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi, sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi;
- il divieto di pubblicizzare beni e servizi.

Si tratta in buona sostanza di misure mutate dal diritto penale e dal sistema sanzionatorio amministrativo, sia nazionale che comunitario, e si caratterizzano per concretarsi in una privazione di un diritto o di una capacità dell'ente, andando ad incidere sulla operatività e funzionalità dell'ente.

4.2.1. La durata delle sanzioni interdittive e i presupposti applicativi.

Le sanzioni interdittive sono normalmente temporanee, la loro durata varia da un minimo di tre mesi ad un massimo di due anni. Alcune sanzioni, tuttavia, per le loro caratteristiche,

mal si conciliano con la temporaneità. La revoca di finanziamenti, così come quella di concessioni, licenze o autorizzazioni portano dietro di sé infatti effetti definitivi.

I presupposti per la loro applicazione sono due, contemplati dall'art. 13, al verificarsi dei quali il giudice ha l'obbligo di irrogare la sanzione interdittiva.

Il primo si ha quando l'ente ha tratto dal reato un profitto di rilevante entità ed il reato è stato commesso o da soggetti in posizione apicale o dai c.d. sottoposti, ma in questo ultimo caso, la trasgressione deve essere resa possibile da gravi carenze organizzative.

La giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di precisare che il concetto di profitto rilevante entità che giustifica l'intervento delle sanzioni interdittive ha natura più ampia del profitto rilevante ai fini della confisca, comprendendo il secondo e non il primo anche vantaggi non immediati (Cass. pen., sez. VI, 23 giugno 2006, n. 32627, in Ced, rv. 235636), tuttavia si deve trattare di vantaggi effettivamente conseguiti, non potendo considerarsi tali, al fine di calcolare il profitto medesimo, i crediti non ancora riscossi (v. Cass. pen., sez. VI, 19 marzo 2013, n. 13061, in Ced, rv. 254841).

Per l'applicazione della sanzione interdittiva non è però sufficiente il profitto di rilevante entità, ma è necessario che la commissione del reato sia avvenuta da parte dei vertici della società, circostanza dalla quale si può presumere che vi sia una propensione dell'ente verso il perseguimento di illeciti profitti, oppure anche ad opera dei sottoposti, purché però in questi casi sia ravvisabile una grave colpa di organizzazione.

La seconda condizione di applicazione delle sanzioni interdittive, invece, ricorre in presenza di reiterazione di illeciti. In questo caso l'ente ha dimostrato la propria insensibilità all'applicazione delle sanzioni pecuniarie e quindi la strategia punitiva deve mutare, applicando le sanzioni interdittive il cui effetto preventivo appare indispensabile. Non sembra che sia richiesto che l'illecito oggetto di precedente condanna, che costituisce la base della reiterazione, sia anch'esso un reato per il quale è prevista l'applicazione della sanzione interdittiva o questa sia concretamente irrogata.

Il d.lgs. n. 231 del 2001, infine, prevede anche due ipotesi in presenza delle quali le sanzioni interdittive non possono essere applicate.

La prima è disciplinata dall'art. 13 comma 3, secondo il quale le sanzioni interdittive non si applicano quando ricorrono i casi previsti dall'art. 12 comma 1 (commissione del fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi e l'ente ne ha ricavato un vantaggio minimo o non ha ricavato vantaggio; il danno patrimoniale cagionato è di particolare entità). In queste ipotesi l'applicazione della sanzione interdittiva viene ritenuta sproporzionata rispetto all'effettivo disvalore dell'illecito.

La seconda ipotesi è disciplinata dall'art. 17 e ricorre quando l'ente, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado ha:

- risarcito il danno provocato;
- eliminato le carenze organizzative che hanno originato l'illecito;
- messo a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca.

4.2.2. I criteri di scelta delle sanzioni interdittive.

Con riguardo ai criteri di scelta delle sanzioni interdittive, occorre sottolineare che, mentre il giudice in presenza dei presupposti di cui all'art. 13 ha l'obbligo di irrogare la sanzione interdittiva, ha ampia discrezionalità nella scelta e nella durata, da esercitare nel rispetto dei criteri indicati dall'art. 14. La disposizione citata, nella parte iniziale, stabilisce: «Le sanzioni interdittive hanno ad oggetto la specifica attività alla quale si riferisce l'illecito dell'ente».

La relazione di accompagnamento dello schema di decreto legislativo spiega che la disposizione in parola è dettata da ragioni funzionali, legata soprattutto alla moderna fisionomia delle dinamiche di impresa, dalla estrema frammentazione dei comparti produttivi che caratterizzano la società di medie grandi dimensioni. Si è voluto richiamare, con essa, l'attenzione del giudice sulla circostanza che la sanzione interdittiva non debba ispirarsi ad un criterio generalizzato e indiscriminato, ma nell'applicarla occorra individuare esattamente il ramo dell'attività da cui ha tratto origine l'illecito.

La giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di precisare che l'art. 14 delinea il principio di frazionabilità delle sanzioni interdittive, in base al quale tali sanzioni devono adattarsi alla specifica attività dell'ente che è stata causa di illecito, al fine sia di

neutralizzare il luogo che ha dato vita all'illecito, sia per applicare la sanzione valorizzandone l'adeguatezza e proporzionalità, in ossequio al criterio dell'*extrema ratio* (cfr. Cass. pen., sez. VI, 28 settembre 2011, n. 43108; v. anche Cass. pen. sez, VI, 25 gennaio 2010, n. 20560, in Ced, rv. 247043).

L'applicazione delle sanzioni interdittive, qualora ciò sia necessario per soddisfare esigenze specialpreventive, può anche essere congiunta.

4.2.3. Le sanzioni irrogate in via definitiva.

Le sanzioni interdittive possono essere irrogate a titolo definitivo qualora ricorrano le ipotesi di cui all'art. 16, cioè:

- quando l'ente ha tratto dal reato un profitto di rilevante entità ed è stato condannato, negli ultimi sette anni, per ben tre volte all'interdizione dall'esercizio dell'attività, la stessa sanzione viene irrogata in via definitiva;
- così come in via definitiva vengono applicate le sanzioni del divieto di contrattare con la pubblica amministrazione o di pubblicizzare beni e servizi quando è stato condannato alla stessa sanzione negli ultimi tre anni;
- quando l'ente od una sua unità organizzativa vengono stabilimenti utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione di reati in relazione dei quali è prevista la sua responsabilità è sempre disposta l'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività.

In questo ultimo caso non si applica l'art. 17 (che invece opera nelle prime due ipotesi) e si può affermare che i presupposti per il sorgere della responsabilità sembrano prescindere da quelli di cui agli artt. 5, 6 e 7. Il criterio di imputazione sembra invece essere rappresentato dalla oggettiva destinazione della struttura allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione del reato. Non avrebbe infatti senso di parlare di reato commesso nell'interesse o a vantaggio di un'entità fittizia creata per il perseguimento di scopi illeciti.

4.3. La confisca del profitto.

L'art. 19 prevede la confisca del profitto e del prezzo del reato. Lo strumento normativo in parola si caratterizza per due novità, rispetto allo strumento tradizionale della confisca contemplato dall'art. 240 c.p.

La prima novità riguarda l'obbligatorietà della confisca per il profitto del reato, non solo per il prezzo. L'art. 19 infatti dispone che sia sempre disposta, con la sentenza di condanna, l'apprensione (oltre che del prezzo anche) del profitto del reato.

Il secondo aspetto innovativo, ormai largamente utilizzato da ipotesi specifiche di confisca previste dal nostro ordinamento, è che la confisca possa avvenire anche per equivalente, cioè per «somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente». Appare immediatamente la differenza con la misura di cui all'art. 240 c.p. La c.d. confisca per equivalente prescinde da ogni relazione di pericolosità tra la *res* e il suo titolare in quanto può avere ad oggetto beni che non hanno alcun rapporto con il reato, che appaiono del tutto legittimi e innocui. Consente così di superare quegli ostacoli collegati alla difficoltà di individuare il bene in cui si incorpora il profitto e, in più, di realizzare l'intervento ablativo anche quando non sia possibile l'apprensione del prezzo o del profitto del reato, perché la natura del vantaggio acquisito è tale da non riflettersi visibilmente nella situazione patrimoniale dell'ente (ad es. risparmio di spesa) oppure perché i beni illecitamente conseguiti non fanno più parte del suo patrimonio (consumo, occultamento, cessione a terzi) e diventano dunque intangibili alla confisca.

4.4. La pubblicazione della sentenza di condanna.

Il d.lgs. n. 231 del 2001 prevede, infine, quale sanzione accessoria, la pubblicazione della sentenza di condanna, che può avvenire sia per estratto che per intero.

Il giudice può disporla (dunque discrezionalmente e non in automatico) nel caso in cui abbia applicato una sanzione interdittiva.

La sentenza – per espressa previsione normativa (art. 18) – può essere pubblicata una sola volta, in uno o più giornali indicati dal giudice nella sentenza, nonché mediante affissione

nel comune ove l'ente ha la sede principale. La pubblicazione avviene a cura della cancelleria del giudice e a spese dell'ente.

Sezione II

In particolare il modello di organizzazione, l'organismo di vigilanza e il sistema disciplinare

§1. Il Modello organizzativo

1. Il ruolo e la funzione del modello organizzativo.

Come si sarà potuto cogliere da quanto già detto fino ad ora, un ruolo fondamentale, nella disciplina della responsabilità da reato degli enti, viene riservato al modello di organizzazione e controllo disciplinato dagli artt. 6 e 7 d.lgs. n. 231 del 2001. I compilatori del d.lgs. n. 231 del 2001, nel concepire la disciplina della responsabilità da reato degli enti collettivi, partono dal presupposto che il crimine di impresa affondi le proprie radici nella struttura organizzativa dell'ente. Da qui, per soddisfare le esigenze di prevenzione speciale, la necessità di intervenire in qualche modo su tale struttura, facendo sì che le aziende adottino delle regole di comportamento che vadano ad incidere su tale organizzazione in modo da prevenire il rischio di commissione del reato (v. C. Piergallini, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, Parte I, in *Cass. pen.*, 2013, p. 377).

Un tale obiettivo viene perseguito dal legislatore riconoscendo un ruolo centrale, nella disciplina dettata dal d.lgs. n. 231 del 2001, all'istituto dei modelli di organizzazione, gestione e controllo di cui agli artt. 6 e 7 del d.lgs. n. 231 del 2001.

Lo Statuto di responsabilità degli enti collettivi – come già evidenziato – ha infatti concepito un complesso meccanismo di ascrizione dell'illecito amministrativo

dipendente da reato, nel quale si attribuisce efficacia esimente (seppure in termini diversi a seconda che il reato sia commesso da un apice o da un c.d. sottoposto) all'adozione da parte dell'ente il modello organizzativo. La sua adozione prima della commissione del reato, qualora si verificano le condizioni previste dagli artt. 6 e 7 (si tratta in fatti di condizione necessaria, ma non sufficiente: v. T. Milano, 8 gennaio 2010; Cass. pen., sez. VI, 9 luglio 2009, n. 36083, in Ced., rv. 244256) e si verifichi dunque una dissociazione tra ente collettivo e persona fisica autore del reato, porta a far sì che l'ente stesso vada esente da responsabilità e non subisca le sanzioni previste dal d.lgs. n. 231 del 2001.

Ma non solo. La sua adozione, successiva alla commissione del reato, può comunque produrre benefici quali la riduzione della sanzione pecuniaria (v. art. 12) oppure l'inibizione dell'applicazione delle sanzioni interdittive (v. art. 17) od anche la non adozione di misure cautelari (v. artt. 48 ss.), fino alla conversione delle sanzioni interdittive in sanzione pecuniaria (art. 78).

2. Le caratteristiche del modello organizzativo: l'idoneità e l'efficace attuazione.

Il modello organizzativo costituisce un sistema operativo, cioè un meccanismo rivolto ad assicurare il corretto ed equilibrato funzionamento dell'organismo aziendale, sulla base di idonei strumenti, diretto a prevenire o comunque a contenere il rischio che, nell'esercizio dell'attività di impresa, vengano commessi reati nell'interesse o a vantaggio dell'ente.

Il Modello organizzativo, per svolgere la funzione che gli è propria, deve essere idoneo alla prevenzione dei reati, in grado quindi di annullare o quantomeno ridurre il rischio di commissione del reato, e efficacemente attuato, non deve cioè rimanere lettera morta ma essere seguito nello svolgimento della attività quotidiana dell'azienda.

La questione che si pone è quali siano i criteri da seguire per elaborare regole e procedure che portino a soddisfare le richieste di cui agli artt. 6 e 7 d.lg. n. 231 del 2001.

Le indicazioni in tal senso provenienti dal decreto sono molto frammentarie e generiche e, anziché essere dirette a tratteggiare l'identità del modello o a delinearne il contenuto, si limitano principalmente ad elencare le funzioni che il modello deve svolgere, offrendo per lo più spunti alla formazione degli stessi (Giunta, *Attività bancaria*, cit., p. 15).

L'art. 6 prevede che il modello, efficacemente adottato, deve essere idoneo a prevenire i reati (comma 1), indicando le esigenze alle quali rispondere (comma 2) e stabilendo che l'adozione dei modelli possa anche avvenire sulla base di codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti.

Ulteriori indicazioni provengono dal successivo art. 7 il quale, da un lato, stabilisce che il modello deve contenere misure atte a garantire lo svolgimento delle attività nel rispetto della legge, modellate tenendo conto della natura e delle dimensioni dell'organizzazione e del tipo di attività svolta. Dall'altro che il modello, per essere considerato efficacemente attuato, deve essere periodicamente sottoposto e modificato in presenza di due situazioni: scoperta di significative violazioni delle prescrizioni; mutamento dell'organizzazione delle attività.

Sulla base di queste indicazioni normative, la dottrina e la giurisprudenza hanno cercato di individuare le caratteristiche che il modello deve avere per poter produrre efficacia liberatoria.

Si è arrivati alla conclusione che il modello deve essere innanzitutto attuato efficacemente, cioè idoneo in concreto ad elaborare meccanismi di decisione e di controllo tali da ridurre significativamente l'area del rischio di commissione di illeciti nell'interesse o a vantaggio della società, dotato del requisito della specificità, nonché quello dell'attualità, dovendo essere costantemente aggiornato qualora il legislatore accresca il catalogo dei reati, presupposto della responsabilità degli enti oppure qualora si verifichi un mutamento organizzativo all'interno dell'ente, sia stato commesso un reato nell'interesse o a vantaggio dello stesso oppure nel caso in cui sia stata individuata una ulteriore situazione di rischio prima non presa in considerazione.

L'idoneità del modello deve essere valutata *ex ante*, con il c.d. criterio della prognosi postuma, collocandosi idealmente nella realtà aziendale nel momento in cui si è verificato

l'illecito per saggiare la congruenza del modello adottato rispetto al dato normativo (cfr. Corte app. Milano, II, 18 giugno 2012, n. 1824, in *rivista231.it*). È ormai uso nei Tribunali che la valutazione dell'idoneità e la verifica dell'efficace attuazione siano demandate ad un perito o ad un collegio peritale (per primo lo ha affermato Trib. Roma 4 aprile 2003, cit.).

La giurisprudenza di merito ha decretato l'inidoneità del modello sulla base della genericità delle regole da essi previste le quali, ad esempio, non differenziavano la formazione a seconda che la stessa si rivolga ai dipendenti nella loro generalità, ai dipendenti che operino in specifiche aree di rischio (Trib. Milano 20 settembre 2004, cit.) oppure ricalcavano pedissequamente i modelli di altre società del gruppo dimostrando come non fossero calibrati alle caratteristiche del singolo ente (Trib. Bari 18 aprile 2005, cit.).

La Corte di Cassazione in una sentenza resa in un famoso caso (quello riguardante la Impregilo che era imputata dell'illecito amministrativo dipendente dal reato di agguataggio: si veda Cass. pen., sez. V, 18 dicembre 2013, n. 3307) ha spiegato che la valutazione sulla adeguatezza del modello organizzativo e gestionale, lungi dal concretare una indebita intrusione giudiziaria nelle scelte organizzative di impresa, si risolve in una verifica di compatibilità di tali scelte con i criteri posti dal D.Lgs. 231/01.

Il sindacato giudiziale sui modelli organizzativi è ricognitivo e non creativo della idonea norma cautelare idonea a minimizzare il rischio di reato, in quanto il giudice non è un creatore di norme precauzionali ed organizzative, ma soltanto un fruitore.

Se la organizzazione dell'ente è informata dal canone giuridico di adeguatezza il sindacato giudiziale sul modello organizzativo non è un *ex post facto* law nel quale l'ente risponde per qualsiasi ragione (e, dunque, senza ragione). Le regole cautelari che il giudice deve valutare in sede di verifica giudiziale del modello organizzativo devono, infatti, essere preesistenti al giudizio ed individuabili *ex ante*.

Gli artt. 6 e 7 del D.Lgs. 231/01, peraltro, non introducono un obbligo generale per l'ente di adottare ogni cautela possibile ed innominata diretta ad evitare la commissione di uno

qualsiasi dei reati presupposto.

Il modello cautelare idoneo è, infatti, (come si desume, sul piano metodologico, anche dal contenuto precettivo dell'art. 30 del D.Lgs. 9.4.2008 n. 81 che fa riferimento ad una disciplina normativa specifica e preesistente al momento del giudizio) quello forgiato dalle migliori conoscenze, consolidate e condivise nel momento storico in cui è commesso l'illecito, in ordine ai metodi di neutralizzazione o di minimizzazione del rischio tipico.

Il giudice deve, pertanto, astenersi dal sostituire un suo modello ideale di organizzazione aziendale alle *legis artis* vigenti in tale ambito ma, nel reperire la regola (preesistente) per vagliare la adeguatezza del modello organizzativo, deve far riferimento a principi giuridici («le linee direttrici dell'ordinamento» citate nella sentenza) o al migliore sapere tecnico disponibile in tema di minimizzazione di uno specifico rischio di reato («i principi della logica e i portati della consolidata esperienza»).

Non può, pertanto, essere rimessa alla discrezionalità giudiziale la individuazione delle regole organizzative efficaci nel caso di specie, ma le stesse devono risultare pre-definite e riconoscibili ex ante dall'ente quale regola comportamentale astratta. Se la colpa di organizzazione è una forma "normativa, di colpevolezza per omissione organizzativa e gestionale", i criteri che orientano l'ente nella elaborazione dei modelli organizzativi devono essere giuridici e, pertanto, preesistenti rispetto alla valutazione giudiziale (per queste considerazioni, tratte dalla sentenza sopra indicata, Cass. pen., sez. V, 18 dicembre 2013, n. 3307 v. F. D'Arcangelo, *Il sindacato giudiziale sulla idoneità dei modelli organizzativi nella giurisprudenza più recente*, in www.rivista231.com, sezione *Interventi 2017*).

3. Il suo contenuto.

L'indicazione da cui poter ricavare quale sia il contenuto dei modelli di organizzazione è tratta dalla disposizione di cui all'art. 6, comma 2, la quale richiede l'implementazione di un tipico sistema di gestione dei rischi (c.d. *risk management*) composto di due momenti: l'individuazione dei rischi e l'elaborazione di un sistema di controllo.

La prima attività che deve essere compiuta nella predisposizione del *compliance program* è quella di mappatura del rischio, operazione con cui individuare le attività nell'ambito delle quali appare radicato il rischio di commissione di illeciti penali e le modalità operative attraverso le quali appare più ricorrente che vengano commessi reati (v. PALIERO - PIERGALLINI, 173). L'ente deve dunque compiere un'analisi delle attività svolte e delle vicende trascorse, valutando se siano stati commessi reati in passato e le modalità attraverso le quali tali reati siano stati eventualmente realizzati. In questa analisi si ritiene che possa essere d'aiuto la conoscenza della storia del settore e quindi la valutazione se altre imprese operanti sullo stesso mercato, sia geografico che del prodotto-servizio, abbiano commesso e con quali modalità determinate fattispecie di illecito. Ad esempio, in giurisprudenza è stato ritenuto inidoneo il modello organizzativo della società, adottato *ex post* ai sensi dell'art. 17, in quanto non ha posto sufficiente attenzione all'area dei subappalti dove concretamente sussisteva il rischio di creazione dei subappalti realizzati artatamente al precipuo scopo di preconstituire costi a bilancio in tutto o in parte fittizi (Trib. Roma 4 aprile 2003, cit.).

In secondo luogo, occorre predisporre protocolli di decisione, predisporre, cioè, delle regole che disciplinano l'attuazione e la formazione delle decisioni dell'ente in quelle attività che presentano aspetti di vulnerabilità e delle quali potrebbe trarre origine la realizzazione di reati. Le regole potranno, ad es. essere dirette ad individuare i soggetti che devono assumere le decisioni, nonché i parametri a cui attenersi nelle scelte. Si ritiene che una buona norma sarebbe quella di imporre la separazione dei compiti e delle decisioni tra coloro che svolgono ruoli cruciali di un processo a rischio.

In terzo luogo, il modello deve regolare compiutamente la gestione delle risorse finanziarie. Normalmente, infatti, l'uso illecito di fondi da parte di società è realizzato previo occultamento della loro gestione. Le modalità saranno dunque idonee a prevenire reati quando saranno finalizzate ad evitare una tale gestione occulta, risultato che è raggiungibile attraverso la predisposizione di regole volte a garantire la tracciabilità dei flussi finanziari, cioè la possibilità di ricostruire *ex post* il percorso compiuto del denaro dal punto di partenza a quello di arrivo, e l'imputazione del pagamento, cioè la possibilità di individuare in modo certo il titolo del pagamento, obiettivi realizzabili attraverso regole che impongano la documentazione dei pagamenti, relativamente alla forma, al contenuto e ai soggetti tenuti all'obbligo di documentazione.

In giurisprudenza con riferimento alla gestione delle risorse finanziarie è stato affermato che il modello organizzativo deve porre particolare attenzione ai meccanismi di creazione di fondi extracontabili, alle modalità di redazione dei bilanci, ai meccanismi di fatturazione infragruppo, agli spostamenti di liquidità da una società all'altra del gruppo (Trib. Milano 20 settembre 2004, cit.).

È stato considerato inidoneo il modello aziendale di organizzazione e gestione che non prevedeva strumenti idonei a individuare gli elementi sintomatici della commissione di illeciti, quali la presenza di conti correnti riservati all'estero, l'utilizzazione di intermediari esteri al fine di rendere più difficoltosa la scoperta della provenienza dei pagamenti, la periodicità dei pagamenti in relazione alle scadenze delle gare d'appalto indette dalle società (Trib. Milano 28 ottobre 2004, in *Foro it.*, 2005, II, 269).

Inoltre, il modello deve prevedere degli obblighi di informazione nei confronti dell'organismo dell'ente deputato a vigilare sull'osservanza e sul funzionamento dei modelli, essenziale al fine di vagliare l'effettività della loro implementazione e rendere possibile un rapido aggiornamento dei medesimi.

Pur non essendo previsto dal d.lgs. n. 231 del 2001, nella prassi si suggerisce anche l'adozione, all'interno del modello di organizzazione e gestione, di un codice etico diretto ad affermare un principio di autoregolamentazione ai fini della prevenzione degli illeciti e dell'affermazione di una cultura della legalità (v. le linee guida di Confindustria, *Linee guida.*, cit., p. 16 ss.; v. anche Trib. Milano 27 aprile 2004, cit., che ha precisato che la sola adozione di un codice etico non è però sufficiente a soddisfare le richieste provenienti dal d.lg. n. 231 del 2001). Esso racchiude l'insieme dei principi e delle prescrizioni che compongono la cultura di impresa e che devono servire da criteri cui ispirare i comportamenti dei dipendenti e dei *partners* abituali dell'ente.

4. La struttura del Modello.

Per quanto riguarda la sua struttura, nella prassi applicativa vi è la tendenza a distinguere il modello organizzativo in due parti che vengono generalmente definite, parte generale e parte speciale.

Nella prima parte, nella parte generale, viene delineata la fisionomia dell'ente, nella quale viene indicata la sua configurazione giuridica, dei suoi organi amministrativi e di controllo, dando anche atto di quelle che possono essere state le modifiche nel corso del tempo. Particolarmente rilevante l'esistenza di un gruppo societario e l'appartenenza allo stesso da parte dell'ente.

Nella parte generale normalmente si evidenzia:

- 1) la forma societaria;
- 2) l'oggetto sociale (distinguendo tra attività astrattamente riconducibili all'oggetto sociale, come indicate dallo Statuto e quelle che invece sono concretamente poste in essere);
- 3) la struttura organizzativa aziendale (divisioni, funzioni di linee e di staff, di supporto ecc.), con indicazione degli organismi che svolgono funzioni di coordinamento operativo e di controllo;
- 4) il sistema delle procure e delle deleghe;
- 5) l'esistenza di precedenti modelli organizzativi e/o codice etico (mettendo in evidenza se il modello ha natura originaria oppure integra e/o sostituisce il precedente).

Accanto alla fotografia dell'ente, si riportano anche i tratti essenziali dell'organismo di vigilanza, dell'attività di formazione e informazione e del sistema disciplinare.

La parte speciale, invece, viene normalmente divisa in due parti: la mappatura dei reati potenzialmente realizzabili nell'esercizio dell'attività della società e la redazione dei protocolli di gestione di tali rischi.

Per quanto riguarda la prima, la fase di mappatura del rischio è funzionale alla percezione del rischio di commissioni di reati all'interno dell'ente e alla valutazione della sua intensità.

Essa consisterà nella:

- 1) individuazione delle aree potenzialmente a rischio, in cui si distinguerà tra a) aree a rischio reato in senso proprio, selezionate tenendo conto i reati presupposto della

responsabilità dell'ente b) le aree strumentali, che gestiscono gli strumenti finanziari destinati a supportare la commissione dei reati presupposto

- 2) rivelazione e valutazione del grado di efficacia dei sistemi di operativi e di controllo già posti in essere, finalizzata a individuare eventuali punti di criticità;
- 3) indagine retrospettiva avente ad oggetto la storia dell'ente;
- 4) descrizione delle caratteristiche empirico-criminologiche dei reati presupposto, così da consentire di poter calibrare le regole cautelari che compongono i singoli protocolli.

Il vero cuore del modello organizzativo è rappresentato dai protocolli di gestione del rischio, nel quale saranno indicate le regole comportamentali di dettaglio che dovranno essere seguite dai destinatari del MOG e la cui funzione è quella di prevenire la commissione dei reati o comunque di contenerne significativamente i rischi di commissione.

Secondo la dottrina che si è pronunciata sul punto, il protocollo deve proceduralizzare l'attività dell'ente ispirandosi al principio di separazione dei poteri e dei controlli.

In particolare, il protocollo dovrà distinguere la fase:

- 1) dell'iniziativa (individuazione della funzione proponente, approvazione del superiore gerarchico);
- 2) del consiglio (valutazione della compatibilità legale, tecnica, amministrativa e contabile della proposta);
- 3) dell'approvazione (da parte del vertice gerarchico);
- 4) dell'esecuzione (esecuzione, controllo sull'effettività).

Ciascuna operazione che avviene all'interno della fase deve essere tracciabile in modo da risultare individuabile, verificabile, trasparente e non alterabile.

I protocolli devono contenere regole comportamentali ed operative dotate di iper-descrittività.

Devono possedere le seguenti caratteristiche:

- 1) regolamentare effettivamente il processo preso in considerazione, predeterminando le scansioni in cui il processo si compone;

- 2) prevedere flussi informativi con l'Organismo di vigilanza;
- 3) prevedere obblighi di documentazione della attività;
- 4) prevedere il monitoraggio del processo;
- 5) individuare un responsabile del processo.

§2. L'organismo di vigilanza.

5. L'Organismo di vigilanza nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

Come si sarà colto da quanto affermato immediatamente sopra, l'*OdV*, la sua composizione e la sua attività sono elementi assolutamente rilevanti del *modello*, quale perno del sistema di prevenzione dei reati idoneo a escludere l'irrogazione a carico dell'ente delle sanzioni contemplate dal d.lgs. n. 231 del 2001. Ciò vale, seppur nel silenzio della legge, anche nell'ipotesi contemplata dall'art. 7, ossia nel caso di reato commesso da un c.d. sottoposto alla direzione e vigilanza altrui.

Nonostante il ruolo di assoluto rilievo assegnato dalla legge all'*OdV*, la sua disciplina risulta alquanto laconica. Al di là delle scarse indicazioni normative che affidano all'*OdV* la vigilanza dell'effettività del *modello*, nulla più viene detto, se non che, negli enti di piccole dimensioni, detti compiti di controllo possono essere assolti anche dall'organo dirigente (v. art. 6 comma 4). Recentemente il legislatore ha ulteriormente specificato che nelle società di capitali le funzioni dell'*OdV* possono essere svolte dal collegio sindacale o organi equivalenti (v. art. 6, comma 4-*bis*, introdotto dall'art. 14 della l. 12 novembre 2011, n. 183, c.d. legge di stabilità).

Secondo una parte della dottrina, l'assenza di più analitiche indicazioni legislative sarebbe frutto di una scelta consapevole, onde consentire che l'*OdV* possa essere liberamente modellato in relazione al grado di complessità aziendale di ogni singolo ente (così C. Piergallini, *I modelli organizzativi*, in Aa.Vv., *Reati e responsabilità degli enti*, 2a ed., Milano, 2010, p. 168).

Ad ogni modo, la mancanza di una disciplina dettagliata porta a far sì che l'interprete, per affrontare e risolvere le questioni attinenti a molti aspetti della disciplina dell'organismo di vigilanza (funzionamento, modalità di nomina, requisiti dei membri, ecc.) debba attingere necessariamente dalla dottrina di settore (penalistica e commercialistica), da alcune (seppure sporadiche) decisioni giurisprudenziali e dalle linee guida elaborate dalle associazioni di categoria, fermo restando che l'*OdV* resta, ancora oggi, uno dei punti più oscuri della disciplina delineata dal d.lgs. n. 231 del 2001, anche in ragione del fatto che si tratta di un *unicum* nel panorama comparatistico, con la conseguenza che l'interprete non può giovare nemmeno dell'esperienza straniera.

6. I compiti dell'OdV: la vigilanza su funzionamento e osservanza del modello.

Il primo compito che viene espressamente affidato all'*OdV* dal legislatore è funzionale alla "efficace attuazione" dei modelli organizzativi e consiste nel *vigilare sul funzionamento e l'osservanza* dei modelli stessi. Questo compito implica, a sua volta, una duplice attività di verifica (v. in tal senso Confindustria, *Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione gestione e controllo ex d.lgs. 231/2001*, Milano, 2008) riguardante:

- a) l'effettività del *modello*, che viene assicurata vigilando affinché i comportamenti posti in essere all'interno della società corrispondano a quelli indicati dal *modello* adottato dalla società medesima;
- b) la adeguatezza del *modello*, che viene assicurata verificando che il *modello* predisposto sia concretamente idoneo a prevenire il verificarsi dei reati previsti dal d.lgs. 231 del 2001.

6.1. L'attività di indagine per iniziativa dell'OdV.

Al fine di verificare il requisito di cui *sub a)*, spetta innanzitutto all'*OdV* lo svolgimento di attività di indagine, programmate e a "sorpresa", dirette ad accertare se i destinatari del *modello* conformano il proprio agire alle regole dello stesso. Detto in altri termini, compito dell'organismo è quello di indagare se vi sia coerenza tra il comportamento

aziendale concreto e il *modello* che è stato adottato dall'organo dirigente. Questa verifica deve riguardare il *modello* in ogni sua parte, compreso il Codice etico. Che l'attività di indagine rientri tra i compiti dell'*OdV* lo si evince dall'art. 6 che parla di "poteri di iniziativa", lasciando intendere che l'organo di controllo non può limitarsi a un ruolo passivo, ma deve attivarsi per la verifica della regolare osservanza del *modello*. Secondo la dottrina che ha maggiormente approfondito questo specifico aspetto nell'ambito dell'attività di vigilanza dell'*OdV* si possono esemplificare i seguenti interventi:

- a) verifiche periodiche sulle operazioni di maggior rilievo, focalizzando l'attenzione sulle operazioni di significativo valore economico ed impegno di spesa, specialmente quelle che coinvolgono le Pubbliche amministrazioni;
- b) verifiche obbligatorie sulle operazioni di gestione finanziaria e di tesoreria;
- c) interventi immediati in caso di ispezioni od accertamenti della Pubblica Autorità;
- d) verifiche sulla gestione dei fondi della società, al fine di evitare la costituzione di fondi neri o riserve occulte;
- e) verifiche periodiche sulla regolarità formale dei moduli previsti nei protocolli, della documentazione di supporto, di eventuali fatture e rendicontazioni contabili, riscontrando eventuali anomalie;
- f) interventi coordinati con il collegio sindacale (se diverso chiaramente dall'*OdV*), con il revisore legale dei conti, con il comitato di controllo interno (se presente) in prossimità della redazione delle comunicazioni sociali e della redazione del progetto di bilancio;
- g) controlli ed approfondimenti su voci e poste in bilancio in caso di rilevazione di anomalie;
- h) verifiche sulla tenuta e l'interpretazione del Codice etico, del *modello* e delle procedure aziendali di attuazione;
- i) controlli contabili a discrezione;
- j) verifiche sulla idoneità del sistema di gestione della sicurezza sul lavoro o comunque sul rispetto della normativa antiinfortunistica.

L'attività di indagine è, dunque, un aspetto fondamentale dell'attività dell'*OdV*.

Nell'ambito di un recente procedimento penale, i periti, chiamati dal giudice a valutare l'adeguatezza del *modello*, hanno valutato negativamente:

- che l'OdV si sia caratterizzato per «una vistosa passività operativa rispetto all'Internal Audit, visto che le indagini condotte sono quasi sempre state il frutto di iniziative della funzione Audit, senza che preesistesse una chiara linea strategica da parte dell'OdV»;
- che l'OdV non abbia mai effettuato «ispezioni a sorpresa, a riprova di una conduzione di taglio prevalentemente 'burocratico'» (C. Piergallini – P. Bastia, *Perizia collegiale disposta dal Gip presso il Tribunale di Firenze all'interno del procedimento penale nr. 4559/09*, Firenze, 2011, p. 285).

Tali premesse non implicano peraltro che l'OdV debba sempre provvedere ad atti di ispezione e di vigilanza diretti, ben potendo procedere anche – se non prevalentemente (in relazione alla dimensione e alla complessità della struttura aziendale) – ad atti di accertamento presso le «istanze inferiori», volti verificare il corretto svolgimento delle procedure di controllo e l'adeguatezza degli assetti organizzativi di cui le procedure stesse sono parte integrante. Com'è stato infatti autorevolmente rilevato, «il controllo [dell'OdV] ben può essere di «secondo grado», realizzato cioè attraverso specifiche richieste di informazioni alla struttura aziendale, ai preposti al controllo interno, al comitato audit, al collegio sindacale» (P. Montalenti, *Organismo di vigilanza e sistema dei controlli*, in *Giur. comm.*, 2009, p. 643 ss.).

6.2. Gli obblighi di informazione nei confronti dell'OdV.

L'Organismo di Vigilanza deve essere al contempo il terminale di flussi informativi. Lo impone, specificamente, il d.lgs. n. 231 del 2001 che, all'art. 6 comma 2 lett *d*, nell'elencare i fattori di esonero della responsabilità dell'ente, prevede anche la predisposizione di «obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli».

È chiaro che, per poter svolgere adeguatamente il proprio compito di controllo, l'OdV deve essere costantemente informato di quanto avviene in azienda (sia in ordine agli aspetti gestionali, che a quelli operativi) e deve periodicamente relazionarsi con la dirigenza e gli altri organi di controllo, i quali sono tenuti a collaborare e cooperare (in dottrina, per tutti, P. Montalenti, *Organismo di vigilanza*, cit., p. 656, ove si sottolinea la

necessità di un costante «*scambio informativo*» tra l'OdV e gli altri «*soggetti incaricati del controllo*», che «è doveroso» e da cui «*consegue un obbligo di riunioni periodiche, senza vincoli di numero, ma almeno una volta per esercizio, anche al fine di evitare che il legittimo affidamento sui controlli altrui non si traduca in un generalizzato “conflitto di competenza negativa”*»).

Il d.lgs. 231 del 2001 non prevede regole specifiche in tema di flussi informativi, lasciando ampio spazio all'autonomia privata che, in ogni caso, dovrà tenere conto della singola realtà aziendale.

Si ritiene, pacificamente, che l'attività di *report* debba articolarsi in:

- a) flussi informativi da effettuarsi al verificarsi di particolari eventi;
- b) flussi informativi periodici.

Per quanto riguarda i primi, l'OdV deve essere informato per scritto in relazione agli eventi che potrebbero determinare la responsabilità della società ai sensi del d.lgs. 231/2001. A tale scopo, è bene che l'OdV crei un canale privilegiato di informazione. Si pensi, ad esempio, a un *account* di posta elettronica a ciò espressamente dedicato.

In particolare l'OdV deve essere informato in relazione:

- a fatti o notizie relativi ad eventi che potrebbero, anche solo potenzialmente, determinare la responsabilità della società, ai sensi del d.lgs. 231/2001;
- all'avvio di procedimenti giudiziari a carico di dirigenti o dipendenti, quando concernono i reati previsti dal d.lgs. 231/2001 o dalla legge 146/2006;
 - alle violazioni del *modello* o del codice etico e ai comportamenti che si abbia motivo di sospettare siano illeciti o comunque contrari ai principi, le procedure e le regole prefissate nell'ambito del *modello*;
 - alle anomalie rispetto ai principi affermati nel *modello*;
 - alle deliberazioni che comportino modifiche dell'assetto societario.

L'obbligo di informare l'OdV grava su chiunque (in particolare: amministratori, dipendenti e soggetti coinvolti nelle funzioni aziendali a rischio di reato) sia a conoscenza delle notizie o dei fatti di cui sopra. La rete informativa coinvolge anche soggetti esterni

(come, per esempio, lavoratori autonomi o parasubordinati, professionisti, consulenti, collaboratori, fornitori, ecc.). La violazione dell'obbligo di informare l'*OdV* deve essere previsto come illecito disciplinare sanzionato in modo proporzionato ed effettivo.

In particolare, il *modello* deve prevedere l'obbligo di trasmettere immediatamente all'*OdV*, per il tramite dell'Amministratore Delegato o del Consiglio di Amministrazione, le informazioni concernenti:

- provvedimenti e/o notizie provenienti da organi di polizia giudiziaria, o da qualsiasi altra autorità, fatti comunque salvi gli obblighi di segreto imposti dalla legge, dai quali si evinca lo svolgimento di indagini, anche nei confronti di ignoti, per gli illeciti ai quali è applicabile il d.lgs. 231/2001, qualora tali indagini coinvolgano la società o suoi dipendenti od organi societari o comunque la responsabilità della società stessa;
- notizie relative ai procedimenti disciplinari avviati o archiviati in relazione alle violazioni del *modello*, specificando la sanzione irrogata o i motivi dell'archiviazione.

Inoltre, ogni struttura aziendale deve segnalare tempestivamente all'*OdV* i propri comportamenti difformi dai processi descritti nel *modello*, motivando le ragioni che hanno reso necessario od opportuno tale scostamento.

Per agevolare l'informazione dell'*OdV*, la società deve assicurare la massima riservatezza dell'identità di coloro che effettuano una segnalazione, fatti salvi gli obblighi di legge e la tutela dei diritti dell'azienda e delle persone segnalate erroneamente o al solo fine di arrecare un pregiudizio alle stesse. I segnalanti in buona fede devono comunque essere garantiti contro ogni forma di ritorsione o penalizzazione.

Tutte le segnalazioni devono essere inviate direttamente all'*OdV* in forma scritta. L'*OdV* – a sua volta – dovrà prendere in considerazione tutte le segnalazioni, anche se rese in forma anonima, che siano supportate da elementi fattuali. L'*OdV* è tenuto a valutare con attenzione le segnalazioni ricevute, adottando i provvedimenti ritenuti opportuni, ascoltando eventualmente l'autore della segnalazione, il responsabile della presunta violazione e altre persone a conoscenza dei fatti ed acquisendo i documenti considerati rilevanti.

Ogni decisione dell'*OdV* deve essere motivata.

Passando ai flussi informativi periodici, l'*OdV* deve ricevere informazioni periodiche da tutti i soggetti coinvolti con funzioni di controllo nei processi “sensibili”. In particolare, devono essere comunicate all'*OdV* almeno con cadenza trimestrale o semestrale le risultanze periodiche dell'attività di controllo svolta dai soggetti cui tale attività compete in base al *modello*.

Pertanto, tali soggetti devono, con cadenza periodica:

- attestare il livello di attuazione del *modello*;
- indicare il rispetto dei principi di controllo e comportamento;
- evidenziare le eventuali criticità nei processi gestiti;
- segnalare eventuali scostamenti dalle indicazioni dettate dal *modello* o più in generale dall'impianto normativo;
- indicare le variazioni intervenute nei processi e nelle procedure.

Secondo accreditata dottrina (C. Piergallini, *I modelli organizzativi*, cit., p. 175), il sistema di informazione dell'*OdV*, per poter essere considerato idoneo, deve possedere le seguenti caratteristiche:

- selettività del contenuto delle informazioni, nel senso che all'*OdV* devono pervenire non tutte le informazioni, ma solamente quelle che, sulla base di criteri di valutazione *ex ante* specificati nel *modello*, appaiono rilevanti; e ciò allo scopo di evitare che l'*OdV* venga “sommerso” da un flusso eccessivo di informazioni, tale da creare dannose distorsioni cognitive;

- tempestività delle informazioni;
- aggiornamento delle informazioni, onde assicurare che l'*OdV* disponga di notizie recenti;

- accuratezza delle informazioni, al fine di assicurare l'esattezza delle notizie;
- accessibilità come esattezza dell'informazione.

Al fine di assicurare il funzionamento ottimale dei canali di comunicazione, i *modelli* più efficaci prevedono l'individuazione di un responsabile del processo a rischio di reato, con il ruolo precipuo di fungere da interfaccia informativa dell'*OdV*.

6.3. Il ruolo dell'OdV nell'attività di informazione e formazione. L'interpretazione delle disposizioni del modello.

L'*OdV* deve anche contribuire a rendere effettivo il *modello*, attraverso la sua partecipazione alle attività di informazione/formazione.

Come è facilmente intuibile, il processo di formazione e informazione all'interno dell'azienda costituisce un aspetto di rilevante importanza ai fini della corretta ed adeguata implementazione del *modello*. Esso compete principalmente all'organo dirigente. Nondimeno, anche l'*OdV* svolge un ruolo di rilievo, dovendo collaborare con il *management* in vista della diffusione ed effettiva conoscenza dei contenuti del *modello*. Più precisamente l'*OdV* contribuirà a pianificare, insieme ai responsabili aziendali addetti alla formazione (ad es. responsabile delle risorse umane), apposite sessioni informative e formative, che coinvolgano tutte le risorse aziendali. Tali sessioni informative e formative saranno opportunamente differenziate per tipologie di personale (ad es. apicali, dipendenti con qualifica dirigenziale, dipendenti senza qualifica dirigenziale, collaboratori esterni) e avranno ad oggetto sia gli aspetti fondamentali del d.lgs. n. 231 del 2001, sia i contenuti fondamentali del *modello*.

L'attività di formazione e di informazione verrà curata e realizzata da risorse interne all'azienda (ad es. responsabile affari legali) con la supervisione dell'*OdV*, i cui membri potrebbero essere coinvolti anche nell'esecuzione di tali attività.

In buona sostanza l'*OdV* costituisce il principale punto di riferimento in materia di *compliance* all'interno dell'azienda, posto che allo stesso viene riconosciuto anche il compito di interpretare le regole del *modello*, qualora queste dovessero apparire poco chiare e/o ambigue, e di dissipare eventuali dubbi in relazione alla sua applicazione.

6.4. Il ruolo dell'OdV nell'ambito del procedimento disciplinare.

L'art. 7, comma 2, lett. *b*, del d.lgs. 231 del 2001 prevede, quale ulteriore condizione di efficace attuazione del *modello*, l'adozione di un sistema disciplinare che sanzioni il

mancato rispetto delle misure indicate nel *modello* stesso. La potestà sanzionatoria – come verrà messo in evidenza — compete all’organo dirigente che, all’interno dell’ente, svolge il ruolo di datore di lavoro). Tuttavia, un compito importante spetta anche all’*OdV* che, come visto, costituisce il terminale di una serie di segnalazioni in ordine alla violazione del *modello* e ricopre una posizione privilegiata per quel che concerne la conoscenza e la conoscibilità di eventuali illeciti disciplinari per mancato rispetto dei contenuti del *modello*. Si ritiene, dunque, che spetti all’*OdV* il compito di promuovere l’esercizio dell’azione disciplinare nel caso in cui venga a conoscenza di violazioni del *modello*; si è parlato al riguardo di un vero e proprio diritto-dovere.

7. Il ruolo dell’*OdV* nella verifica dell’adeguatezza del modello.

Compito dell’*OdV* non è solamente quello di verificare l’effettività del *modello*, ma – come già messo in evidenza – anche di vagliarne l’adeguatezza, cioè di valutare quale sia la sua reale capacità di prevenire i comportamenti indesiderati. Spetterà, infatti, all’*OdV*, sin dal suo insediamento, sottoporre ad analisi le scelte compiute da chi materialmente ha redatto il *modello* per verificare l’effettiva idoneità delle stesse al perseguimento degli obiettivi che sono propri del *modello*. L’*OdV* dovrà anche effettuare quello che viene definito il *follow-up*, verificando l’attuazione e la funzionalità delle soluzioni proposte in chiave dinamica (v. Confindustria, *Linee guida*, cit., p. 33). Nel caso in cui l’*OdV* dovesse considerare inadeguati alcuni aspetti del *modello*, spetterà allo stesso curarne l’aggiornamento.

8. Il ruolo dell’*OdV* nell’aggiornamento del modello.

L’art. 6, comma 1, lett. *a*, del d.lgs. n. 231 del 2001 affida all’organo dirigente il compito primario di adottare il modello di organizzazione. Può apparire stravagante, dunque, che l’aggiornamento del *modello*, attività omogenea rispetto alla sua predisposizione, spetti invece all’*OdV*.

L'apparente sfasatura viene composta dalla dottrina, la quale, unanimemente, mette in evidenza come all'*OdV* spetti unicamente un potere propositivo, che origina dalla diretta conoscenza delle modalità operative e degli eventuali limiti di implementazione dei protocolli, fermo restando che la responsabilità politico-aziendale di attuare tali interventi modificativi grava sugli organi dirigenti, al pari dell'adozione originaria del *modello* (G. De Vero, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008, p. 184).

Ne consegue che, a fronte del compito propulsivo dell'*OdV*, l'organo dirigente rimane libero di adottare o meno i suggerimenti di aggiornamento del *modello*. Chiaramente l'autorevolezza della fonte da cui tali proposte promanano impone al Consiglio di amministrazione (o all'organo equivalente) di valutare attentamente la decisione di discostarsene, la quale può giustificarsi solamente in presenza di valide ragioni che dovrebbero, per quanto possibile, essere adeguatamente motivate.

Ciò precisato, il dovere di proporre l'aggiornamento del *modello* scatta, oltre che nel caso di verificata inadeguatezza del *modello*, in tre casi. I primi due sono previsti dall'art. 7, comma 4, lett. *a*, del d.lgs. n. 231 del 2001, il quale precisa che l'efficace attuazione del *modello* richiede «l'eventuale modifica dello stesso quando sono scoperte significative violazioni delle prescrizioni ovvero quando intervengono mutamenti nell'organizzazione o nell'attività». L'aggiornamento si impone – ed è questo il terzo caso – anche quando siano intervenute modifiche del d.lgs. n. 231 del 2001 o comunque prese di posizione della giurisprudenza, tali da comportare un ripensamento della disciplina originariamente prevista dal *modello*.

8.1. Significative violazioni del modello.

L'obbligo dell'*OdV* di formulare proposte affinché l'organo dirigente provveda all'adeguamento del *modello* sussiste, in primo luogo, in presenza di violazioni “significative”, ossia allorquando si verificano comportamenti contrastanti con le regole e i principi fissati dal *modello*, tali da evidenziare che quest'ultimo non sia effettivamente riconosciuto e osservato nell'ambito del tessuto connettivo aziendale.

Deve sottolinearsi che per “violazione” non si intende necessariamente la commissione di un reato, essendo sufficiente ogni discostamento dal *modello*. Naturalmente, non tutte le violazioni impongono l’aggiornamento, ma solo quelle considerate “significative”, e tali sono le violazioni a seguito delle quali, per garantire l’effettività del *modello*, non basta l’azione disciplinare nei confronti del trasgressore, ma si rende necessario modificare il *modello* medesimo, cambiando o integrando regole in modo che risultino accettabili da parte dei destinatari.

8.2. Mutamenti nell’organizzazione o nell’attività.

Bisogna ricordare che l’individuazione delle regole di condotta contemplate nel *modello* presuppone la mappatura dei rischi di reato che caratterizzano i processi aziendali. Viene da sé che un eventuale cambiamento dei processi sensibili, dovuto al mutamento dell’organizzazione o dell’attività, comporti la necessità di un aggiornamento del *modello*. Naturalmente, l’obbligo di modifica sorge solamente in presenza di modifiche di un certo rilievo, che comportino il mutamento dei profili di rischio di commissione dei reati con un impatto diretto sul sistema di controllo.

Questa trasformazione può verificarsi, ad esempio, nelle seguenti ipotesi:

- apertura di nuove aree di business (linea di prodotto, mercato geografico di riferimento, nuovo settore);
- acquisizione di un’azienda che comporta una diversificazione delle attività svolte dall’impresa;
- cambiamento dell’attività sociale;
- quotazione nei mercati regolamentari.

Si tratta di circostanze che comportano un ampliamento delle aree a rischio. Da qui la necessità di rivedere la relativa mappatura e di inserire nuovi sistemi e procedure di controllo. Analogamente deve dirsi qualora si verifichi l’ipotesi speculare: la cessione di un ramo aziendale o la chiusura di alcune attività può comportare la necessità di aggiornare il *modello* al fine di eliminare aree sensibili obsolete. L’*OdV* dovrà monitorare

tali mutamenti, al fine di proporre tempestivamente all'organo dirigente gli aggiornamenti del *modello* che si rendessero necessari.

8.3. Modifiche normative e prese di posizioni della giurisprudenza.

L'introduzione da parte del legislatore di nuovi reati c.d. presupposti impone di verificare se l'ente sia esposto al rischio potenziale di commissione di tali reati. In caso affermativo si rende necessario procedere all'aggiornamento del *modello*.

Ne consegue l'obbligo in capo all'OdV di segnalare all'organo dirigente l'innovazione normativa, sollecitando una valutazione della sua incidenza sull'intero sistema di controllo interno e verificando se i nuovi ambiti di rischio-reato siano adeguatamente coperti da specifici e idonei protocolli.

In modo analogo si deve procedere in presenza di mutamenti del formante giurisprudenziale particolarmente significativi, specie se di legittimità. Si pensi, ad esempio, alla giurisprudenza che si è pronunciata sulla problematica della responsabilità *ex d.lgs. n. 231 del 2001* nell'ambito dei gruppi di società: l'elaborazione del c.d. interesse di gruppo ha avuto indubbi riflessi sul terreno della modifica e dell'aggiornamento dei modelli organizzativi.

9. Gli obblighi di informazione dell'OdV rispetto all'organo di vertice della società.

Poiché, come si è detto, la responsabilità dell'effettiva attuazione del *modello* grava sull'organo dirigente, spetta all'*OdV* il compito di informare i vertici della società, in modo che essi possano valutare l'operato dell'*OdV* e siano messi nelle condizioni di deliberare gli aggiustamenti necessari per garantire al *modello* una rinnovata efficacia ed effettività.

Si ritiene pertanto che l'*OdV* debba trasmettere al vertice societario, con periodica regolarità, dei *report* sull'attività svolta, informandolo inoltre, con tempestività, sia delle eventuali violazioni del *modello*, sia della necessità di adeguamento in presenza di un

deficit di effettività o di modificazioni sul tessuto organizzativo aziendale (C. Piergallini, *I modelli*, cit., p. 175).

Secondo la dottrina, l'OdV deve indirizzare tre linee di *report* verso il vertice societario:

A) La prima ha carattere continuativo ed è diretta all'amministratore delegato. Essa deve avvenire in forma scritta anche a mezzo *e-mail*, e ha ad oggetto l'attività svolta. A sua volta, l'amministratore delegato informerà il consiglio di amministrazione. Tale flusso informativo, pertanto, consente di mantenere un costante contatto fra l'OdV e la società.

B) La seconda linea informativa ha carattere periodico ed è diretta al consiglio di amministrazione. Essa dovrebbe avvenire:

- all'inizio di ogni esercizio per comunicare il piano delle attività che si intende svolgere nel corso dell'anno, con specificazione della cadenza temporale e dell'oggetto della verifica che si intende compiere (ad es. verifica della mappatura delle aree a rischio, del sistema delle procure, dell'adeguatezza e del rispetto del *modello*, dell'adozione di opportune iniziative per la formazione del personale);

- annualmente, attraverso una relazione informativa sull'attuazione del *modello* da parte della società. Tale comunicazione consente di rendere noto al vertice societario il livello di osservanza delle procedure adottate con il *modello*.

C) La terza linea informativa ha carattere immediato ed è diretta al consiglio di amministrazione. Essa ha ad oggetto:

- ogni problematica significativa scaturita dall'attività svolta;
- eventuali comportamenti o azioni non in linea con le procedure aziendali;
- la necessità di procedere all'aggiornamento del *modello*.

L'OdV può ricevere, da parte del consiglio di amministrazione, la richiesta di dare comunicazione o presentare relazioni in relazione all'attività svolta.

10. Ruolo e responsabilità dell'OdV in materia di riciclaggio.

Un compito particolare veniva riconosciuto all'OdV dalla normativa antiriciclaggio.

L'art. 52, comma 1, del d. lgs. 21 novembre 2007, n. 231, infatti, investiva l'*OdV* (unitamente al collegio sindacale, al consiglio di sorveglianza ed al comitato di gestione) dell'obbligo di vigilare sul rigoroso adempimento delle disposizioni contenute nel nuovo testo unico antiriciclaggio, imponendo al medesimo obblighi di comunicazione interna e esterna.

Questa previsione normativa faceva sorgere tutta una serie di problematiche interpretative sulle quali, in questa sede, sarebbe impossibile soffermarsi e per le quali si rinvia eventualmente alla letteratura di settore (si veda R. Razzante, *L'art. 52 d.lgs. 231/2007: l'equivoco degli organi 'incaricati' del controllo di gestione*, ivi, 2009, n. 2, p. 133 ss.).

Al momento è sufficiente ricordare che, ai sensi dell'art. 52, comma 2, lett. *a*, l'*OdV* doveva comunicare alle autorità di vigilanza di settore tutti gli atti o i fatti di cui venga a conoscenza nell'esercizio dei propri compiti, che possono costituire una violazione delle disposizioni emanate ai sensi dell'art. 7, comma 2, del decreto antiriciclaggio. Ciò significa che l'*OdV* doveva porre attenzione al rispetto delle disposizioni delle autorità di vigilanza circa le modalità di adempimento degli obblighi di adeguata verifica del cliente, organizzazione, registrazione, procedure e controlli interni.

Un altro obbligo di comunicazione esterna era quello previsto, dall'art. 52, comma 2, lett. *c*, nei confronti del Ministero delle finanze in materia di infrazioni relative:

- alle limitazioni all'uso del contante e dei titoli al portatore;
- al divieto di conti e libretti di risparmio anonimi o con intestazione fittizia.

In queste ipotesi, l'ambito di applicazione della norma appariva più ampio, in quanto mentre nel caso precedente l'obbligo resta circoscritto ad atti o fatti di cui l'*OdV* veniva a conoscenza «nell'esercizio dei propri compiti», il testo normativo adesso in esame si riferiva più genericamente ad infrazioni di cui si abbia notizia. La qual cosa sembrava includere tutte gli episodi anche estranei all'esercizio delle funzioni dell'*OdV*, di cui comunque questo abbia avuto notizia.

L'ultima informazione esterna era quella di cui al comma 2 lett. *d* che imponeva all'*OdV* di comunicare, entro trenta giorni, all'autorità di vigilanza le infrazioni delle disposizioni di cui all'art. 36 (che disciplina gli obblighi di registrazione) di cui avevano notizia.

Aveva invece rilevanza meramente interna la previsione di cui al punto *b* del comma 2 dell'art. 52. Ai sensi di questa disposizione, infatti, l'OdV comunicava al titolare dell'attività o al legale rappresentante o a un suo delegato le infrazioni delle disposizioni di cui all'art. 41 (operazioni sospette) di cui aveva notizia.

Il mancato rispetto degli obblighi di comunicazione di cui all'art. 52, comma 2, era espressamente sanzionato dalla previsione contenuta nel comma 5 del successivo art. 55 d.lgs. n. 231 del 2007, che recita: «Chi, essendovi tenuto, omette di effettuare la comunicazione di cui all'art. 52, comma 2, è punito con la reclusione fino a un anno e con la multa da 100 a 1.000 euro».

Tali disposizioni non hanno più cittadinanza nel nostro ordinamento, in quanto non sopravvissuta alla riforma del decreto n. 231 del 2007 operata con il d.lgs. 25 maggio 2017, n. 90 nel quale è venuto meno ogni riferimento all'Organismo della disciplina antiriciclaggio (si veda Santoriello, *Organismo di vigilanza e antiriciclaggio: novità normative*, in www.rivista231.com, sezione *Interventi 2017*).

L'OdV svolgerà la sua attività di monitoraggio del rispetto dei protocolli concepiti per la prevenzione dei reati di riciclaggio, nelle stesse forme e con le medesime modalità e responsabilità del monitoraggio dei protocolli adottati per la prevenzione degli altri reati presupposto.

11. La documentazione dell'attività dell'OdV.

La normativa non prevede alcun generale obbligo di documentazione dell'attività dell'OdV, limitandosi a prevedere nell'art. 30, comma 2, del d.lgs. n. 81 del 2008 il dovere di registrazione del compimento delle attività indicate in tale disposizione.

Nonostante non esista alcun obbligo in tal senso, si ritiene pacificamente che sia buona prassi che l'OdV documenti la propria attività e conservi tale documentazione in archivi cartacei e/o informatici al fine di poter dimostrare, qualora ce ne fosse bisogno, lo svolgimento di attività di vigilanza. Nei processi penali finora celebrati, infatti,

l'accertamento dell'effettività è sempre consistito nella valutazione della documentazione fornita dagli organi societari, in primo luogo dall'*OdV*.

12. I requisiti dell'*OdV*: premessa.

Stante la delicatezza delle funzioni affidate all'*OdV*, il Codice di comportamento emanato dalla principale associazione di categoria ha messo in evidenza che: a) i suoi componenti devono possedere determinati requisiti soggettivi, quali la professionalità e l'onorabilità; b) l'*OdV* nel suo complesso deve garantire dei requisiti oggettivi, quali l'autonomia, l'indipendenza e la continuità di azione (Confindustria, *Linee guida*, cit., p. 35 ss.). Si tratta di una indicazione che è stata recepita unanimemente sia dalla dottrina, sia dalla giurisprudenza (v. ma anche P. Bastia, *Criteri di progettazione dei modelli organizzativi*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2008, n. 2, p. 208).

Affinché l'*OdV* possa svolgere adeguatamente le proprie funzioni, garantendo autonomia e indipendenza d'azione, ad esso non devono riconoscersi compiti operativi, i quali, nella misura in cui lo renderebbero partecipe di decisioni e/o attività, ne minerebbero l'obiettività di giudizio nel momento delle verifiche sui comportamenti del *modello*, creando al contempo insanabili conflitti di interesse (Confindustria, *Linee guida*, cit., p. 35; in dottrina per tutti C. Piergallini, *I modelli*, cit., p. 168; accoglie tale conclusione anche Trib. Roma, 4 aprile 2003, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2065).

12.1. La professionalità dei componenti.

Per poter ricoprire il ruolo di membro dell'*OdV*, è necessario, in primo luogo, il possesso di professionalità che consentano di svolgere adeguatamente ed efficacemente il proprio ruolo ed essere in possesso di «tecniche specifiche, idonee a garantire l'efficacia dei poteri di controllo e del potere propositivo ad esso demandato» (Trib. Napoli, 26 giugno 2007, in www.rivista231.it). Sebbene nessuna norma lo imponga espressamente, nondimeno il possesso del requisito dell'adeguata professionalità in capo ai membri

dell'OdV costituisce, per opinione pacifica, presupposto necessario per l'efficace svolgimento dei compiti che vengono assegnati all'Organismo medesimo.

Più nello specifico, le linee guida di Confindustria ritengono necessario che l'OdV garantisca una doppia professionalità: la prima caratteristica di chi svolge attività *lato sensu* ispettiva o comunque di analisi dei sistemi di controllo; la seconda, invece, di tipo giuridico e, più in particolare, penalistico.

Con riferimento alla prima professionalità, esemplificando, appare necessario che l'OdV abbia dimestichezza con:

- a) il campionamento statistico;
- b) le tecniche di analisi e valutazione dei rischi, nonché le procedure per il loro contenimento (procedura autorizzative; meccanismi di contrapposizione di compiti; ecc.);
- c) il *flow-charting* di procedure e processi per l'individuazione dei punti di debolezza;
- d) le tecniche di intervista e di elaborazione dei questionari;
- e) le metodologie per l'individuazione delle frodi (v. Confindustria, *Linee guida*, cit., p. 36).

Queste conclusioni sono state recepite da una decisione della giurisprudenza di merito, che ha fatto proprie le indicazioni contenute nelle Linee guida, riproponendole pedissequamente (si veda Trib. Milano, 20 settembre 2004, in *Foro it.*, 2005, p. 537 ss.).

Si tratta, detto in altri termini, di competenze e professionalità tipiche delle metodologie di *internal auditing*.

Con riferimento alle competenze giuridiche, le Linee guida mettono in evidenza come la disciplina delineata dal d.lgs. n. 231 del 2001 sia sostanzialmente penale e che il sistema di controllo previsto dal decreto in parola abbia lo scopo di prevenire la realizzazione di reati; conseguentemente la funzione preventiva del sistema di controllo richiede come essenziale la conoscenza della struttura e delle modalità realizzative dei reati (Confindustria, *Linee guida*, cit., p. 37). Si pensi alla c.d. mappatura del rischio, cioè all'attività di individuazione delle fattispecie di reato che in astratto possono essere

realizzate nello svolgimento dell'attività aziendale, per il compimento della quale è necessario poter attingere a «'saperi' empirico-criminologici, rivolti a decrittare, dall'interno, la morfologia e l'orditura dei singoli rischi [di commissione dei reati presupposto della responsabilità dell'ente]» (P. Bastia – C. Piergallini, *Perizia collegiale*, cit., p. 44). È indispensabile che tali competenze siano assicurate tanto nella fase di redazione del modello, quanto nell'ambito dell'*OdV*, cui compete, come si è visto, valutare l'adeguatezza del modello.

Una indagine, recentemente commissionata da Confindustria in merito all'attuazione dei modelli di organizzazione, ha dimostrato come il 44% delle società ha optato per uno o più membri esterni (sono il 69% del totale, mentre il restante 31% ha preferito comporre l'*OdV* solamente con membri interni) ed ha sempre scelto come componenti almeno un avvocato (nell'8% dei casi gli avvocati sono 2) (v. R. Di Mario – G. Battisti, *Modalità di attuazione dei Modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001 nelle società italiane. I risultati delle indagini*, Milano, 2010, p. 9; nella ricerca, però, non si specifica quali competenze abbia l'avvocato).

Le conoscenze di tipo penalistico-criminologico sono dunque importanti, ma non possono esaurire il novero di conoscenze che l'*OdV* deve poter utilizzare nello svolgimento delle proprie funzioni. La previsione, tra i reati presupposto della responsabilità dell'ente, di illeciti disciplinati da settori specialistici del diritto penale, quali i reati societari o i reati di *market abuse* (ma si pensi anche al riciclaggio), nonché l'estensione della responsabilità degli enti anche ai reati di omicidio e lesioni gravi e gravissime commessi a seguito di violazioni di norme dirette a prevenire gli infortuni sul lavoro (avvenuta con la l. 3 agosto 2007, n. 123) e ad alcuni dei più frequenti reati ambientali (avvenuta con l. 7 luglio 2011, n. 121) porta a ritenere importante per l'organismo di vigilanza la possibilità di usufruire di "saperi" specialistici ulteriori, come ad esempio quelli in materia societaria, fiscale, ambientale anche da un punto di vista non strettamente giuridico (sulla necessità di conoscenze di diritto societario e fiscale v. C. Piergallini, *I modelli*, cit., p. 173).

Questo non vuol dire che i membri dell'*OdV* devono, personalmente, essere in possesso di tutte queste conoscenze, ma è sufficiente che essi siano messi in grado di poterselo

assicurare anche attraverso altri canali; ad esempio, con il costante ricorso alle risorse interne aziendali oppure tramite l'attivazione di consulenze esterne (C. Piergallini, *I modelli organizzativi*, cit., p. 173).

Una soluzione molto comune nella pratica è quella di assegnare alla funzione di *internal auditing* la funzione di supporto dell'*OdV*). Si è addirittura ipotizzato che, in mancanza di una funzione interna di *internal auditing*, si possa pensare ad una soluzione di *outsourcing* di tale supporto operativo da affiancare all'*OdV*.

Con riferimento specifico alla tematica della sicurezza sul lavoro, si mette invece in evidenza che l'*OdV* dovrà comunque interloquire e confrontarsi con tutte le risorse aziendali attivate per la gestione dei relativi aspetti (responsabile del servizio di prevenzione e protezione, rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, medico competente, addetti primo soccorso, addetto emergenze in caso di incendio) (Confindustria, *Linee guida*, cit., p. 37).

Un suggerimento di buon senso che viene formulato dalla dottrina è quello di inserire all'interno dell'*OdV* le professionalità che interessano maggiormente le esigenze di prevenzione della singola società; per esempio un esperto di sicurezza sul lavoro nelle imprese edili o in quelle chimiche, minerarie ecc., rispetto alle quali il problema infortuni presenta margini di importanza più evidenti rispetto a quelli che caratterizzano altri tipi di imprese o un esperto in materia di riciclaggio in un *OdV* di una banca. Nelle altre tipologie di imprese, invece, può essere sufficiente inserire membri che abbiano competenze specifiche nello svolgimento di attività ispettive o esperti di discipline giuridiche, predisponendo tuttavia strumenti che consentano ai medesimi, comunque, di poter avvalersi anche di "saperi" ulteriori, rilevanti nello svolgimento dei compiti dell'*OdV*, riconoscendo ruoli di supporto a determinate funzioni aziendali oppure assegnando un *budget* cui l'*OdV* possa attingere per ottenere consulenze esterne.

In ogni caso, qualora si opti, com'è certamente preferibile, per un organismo collegiale, appare indispensabile che la composizione rifletta una pluralità di competenze.

All'interno di un recente procedimento penale, i periti incaricati dal Giudice di valutare l'adeguatezza del modello organizzativo, hanno sottolineato l'insufficiente

professionalità dell'*OdV* in quanto composto da “saperi” definiti dalla stessa perizia come “monoculari”, in quanto i componenti erano tutti dottori commercialisti, sì che l'organo era sprovvisto di altre competenze, in particolare di tipo giuridico-penalistico. Si afferma nella citata perizia: «[...] leggendo i verbali delle sedute, si coglie subito l'assenza di riflessioni di taglio giuridico sui risultati dei vari *Audit* condotti, con riguardo alla caratura delle ‘cautele’ esistenti e alla necessità di apprestarne di nuove; dunque, l'organismo, fatta salva l'implementazione delle attività di formazione, ha mantenuto un atteggiamento prevalentemente ricognitivo, sprovvisto di un apprezzabile ‘vaglio’ critico nell'ottica di un'implementazione della prevenzione del rischio reato» (C. Piergallini – P. Bastia, *Perizia*, cit., p. 285).

Appare doveroso sottolineare che la giurisprudenza pretende che i requisiti di professionalità siano specificati nei regolamenti dell'*OdV*. Due provvedimenti dei giudici di merito hanno deplorato l'adozione di modelli organizzativi che non contenevano indicazioni sulla professionalità richiesta ai membri dell'organismo (Trib. Napoli, 26 giugno 2007, cit.; Trib. Milano 20 settembre 2004, cit. in questo ultimo caso è stato ritenuto non sufficiente il mero rinvio ai *curricula* dei membri).

Di contro la scelta di far coincidere l'*OdV* con il preposto ai controlli interni, nonché responsabile dell'*internal auditing*, è stata positivamente considerata dalla prima sentenza che ha assolto un ente, nonostante la commissione di un reato nel suo interesse, per aver adottato efficacemente un modello di organizzazione e controllo (Trib. Milano, 20 aprile 2009, in *Soc.*, 2009, 725).

12.2. L'onorabilità.

Non molto è stato detto con riferimento al requisito dell'onorabilità, se non che lo stesso potrà anche essere definito per rinvio a quanto previsto per altri settori della normativa societaria (v. Confindustria, *Linee guida*, cit., p. 37). Il pensiero corre, ad esempio, al decreto del Ministro della Giustizia del 30 marzo 2000, n. 162, emanato in attuazione dell'art. 148 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, che indica i requisiti (oltre che di

professionalità) anche di onorabilità che devono possedere i sindaci delle società quotate in borsa.

In realtà, la prima giurisprudenza che si è pronunciata sul punto ha pretesto maggiore rigore, ritenendo non idoneo un modello organizzativo che, tra le altre caratteristiche censurate, prevedeva come causa di ineleggibilità degli *OdV* solamente la sentenza irrevocabile di condanna (come invece prevede l'art. 2 del DM n. 162 del 2000, che subordina la decadenza al passaggio in giudicato di una sentenza).

Una prima decisione ha spiegato: «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 diventata irrevocabile: potrebbe cioè nominarsi quale membro dell'organo 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» (così testualmente Trib. Milano, 20 settembre 2004, cit.).

Sulla stessa linea si pone un secondo provvedimento giurisprudenziale che ha stigmatizzato il modello adottato alla società, perché «le cause di ineleggibilità e/o di revoca sono tali che la relativa funzione potrebbe essere svolta da soggetto già condannato per uno dei reati contemplati nel decreto, fino al passaggio in giudicato della sentenza» (Trib. Napoli, 26 giugno 2007, cit.).

Nella perizia redatta all'interno di un procedimento penale è stato considerato, dai periti, censurabile l'elenco delle cause di incompatibilità/ineleggibilità dei membri dell'*OdV* (ancorché non decisivo a ritenere inidoneo l'intero modello), perché non prendeva in considerazione vicende particolarmente evocative, come quelle legate all'adozione di misure cautelari nei confronti dei membri dell'organismo per reati contemplati dal d.lgs. o comunque destinati ad incidere sulla reputazione dei medesimi (C. Piergallini – P. Bastia, *Perizia*, cit., p. 284).

In alcuni modelli organizzativi adottati da società, per corrispondere all'atteggiamento improntato ad estremo rigore della prima giurisprudenza, vengono previste cause di ineleggibilità/decadenza o sospensione della carica di membro dell'*OdV* che diventano operative nel caso in cui, nei confronti del soggetto interessato, intervenga un qualunque provvedimento giurisdizionale che effettui una delibazione, ancorché sommaria e provvisoria, sulla sussistenza della responsabilità od addirittura sulla non infondatezza della *notitia criminis* nei confronti dei membri dell'*OdV* (ad esempio emissione del decreto di rinvio a giudizio oppure del decreto di giudizio immediato; non invece il decreto di citazione a giudizio che invece è atto del Pm) per i reati contemplati dal d.lgs. n. 231 del 2001 e per reati diversi che superano però, in questo ultimo caso, determinate soglie di gravità.

12.3. L'indipendenza. Il problematico inserimento di membri interni dell'ente.

Secondo l'opinione prevalente, l'indipendenza richiesta dalla legge deve essere intesa come caratteristica dell'*OdV* nel suo complesso (cfr. Confindustria, *Linee guida*, cit., p. 36; P. Montalenti, *L'Organismo di vigilanza ex d.lgs. 231/2001*, in N. Abriani – S. Ambrosini – O. Cagnasso – P. Montalenti, *Le società per azioni*, Padova, 2010, p. 842 ss.).

Nessun indice normativo specifico autorizza la diversa e più restrittiva lettura avanzata da una parte minoritaria della dottrina, secondo la quale il requisito in esame dovrebbe riguardare in modo rigoroso ciascuno dei componenti dell'*Odv* (così N. Pisani, *Il regime del rapporto e della responsabilità dei membri dell'organismo di vigilanza*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2008, n. 1, p. 155 ss.).

Il concetto di indipendenza è del resto, nel nostro sistema, nozione polisemica quanto meno nella diversa declinazione che essa assume con riferimento ai sindaci, da un lato, e agli amministratori, dall'altro lato (e v. infatti, per i primi gli artt. 2399 c.c. e 148 T.u.f.; per i secondi, l'art. 147-ter T.u.f. e l'art. 3 del Codice di autodisciplina delle società quotate di Borsa italiana, nella nuova versione del dicembre 2011).

In particolare, si ritiene che il requisito in parola si possa atteggiare in maniera diversa a seconda che il membro cui esso si riferisce sia esterno, nel qual caso il requisito deve intendersi in senso rigoroso, oppure interno, nel qual caso non può valere la stessa regola, posto che il legame con l'ente è già in *re ipsa*.

Con riguardo a membri eventualmente interni, pertanto, sarà sufficiente porre accortezza nella sua scelta, evitando di individuarlo tra i soggetti che hanno compiti operativi e/o di gestione dell'ente deve pertanto deve "escludersi l'idoneità a farne parte degli amministratori esecutivi o di dipendenti in *staff* all'amministratore delegato" (così P. Montalenti, *L'Organismo di vigilanza ex d.lgs. 231/2001*, cit., p. 848).

Più in generale, non possono svolgere il ruolo di membri dell'*OdV*, perché privi del carattere della indipendenza, coloro che presentano conflitti di interessi con la società o legami con i vertici della stessa o comunque con il gruppo di comando. Non sono dunque indipendenti coloro che hanno legami di parentela/affinità con i vertici societari, ma anche coloro che intrattengono o hanno intrattenuto in tempi recenti ricorrenti rapporti professionali con l'ente tali da comprometterne l'indipendenza.

In uno dei primi provvedimenti giurisdizionali in materia è stato considerato privo di indipendenza un componente dell'*OdV* che era ingegnere «responsabile delle procedure del sistema ISO 9002 e della sicurezza all'interno della principale società operativa» (Trib. Roma, 4 aprile 2003, cit.). La stessa decisione ha precisato che «l'Organismo di controllo, per essere funzionale alle aspettative, deve necessariamente essere dotato di indispensabili poteri di iniziativa, autonomia e controllo. Evidente, infatti, che, al fine di garantire efficienza e funzionalità all'Organismo di controllo, quest'ultimo non dovrà avere compiti operativi che, facendolo partecipe di decisioni dell'attività dell'ente, potrebbero pregiudicare la serenità di giudizio al momento delle verifiche. Al riguardo appare auspicabile che si tratti di un Organismo di Vigilanza formato da soggetti non appartenenti agli organi sociali, da individuare eventualmente ma non necessariamente, anche in collaboratori esterni, forniti della necessaria professionalità, tali da comporre quell'Organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo» (Trib. Roma, 4 aprile 2003, cit.).

Non è stato considerato indipendente nemmeno il membro dell'OdV che ricopriva la carica di componente del consiglio di amministrazione di una società controllata (v. Trib. Napoli, 26 giugno 2007, cit.; v. anche M. Cardia, *I modelli organizzativi e la nozione di profitto del reato: le considerazioni del Gip di Napoli*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2007, n. 4, p. 168).

La soddisfazione del requisito in esame implica che l'OdV non svolga alcun compito operativo all'interno dell'ente ulteriore rispetto a quelli istituzionalmente suoi propri e che non sia reso partecipe di alcuna decisione operativa, posto che, diversamente, la sua indipendenza e la sua autonoma capacità di giudizio potrebbero essere indebitamente "condizionate".

Il requisito dell'indipendenza è inscindibilmente connesso con quello dell'autonomia, sul quale pare opportuno soffermarsi.

12.4. L'autonomia. Il riconoscimento di ampia discrezionalità e l'assegnazione di un budget conforme alle necessità.

Il requisito dell'autonomia si evince dall'art. 6 del d.lgs. n. 231 del 2001, per il quale l'OdV deve essere dotato di *autonomi* poteri di iniziativa e controllo.

All'OdV deve dunque essere riconosciuta un'autonomia decisionale nello svolgimento della propria attività, che si esprime nella libertà di autodeterminazione e di azione con pieno esercizio della discrezionalità tecnica nell'espletamento delle funzioni, e garantiti poteri adeguati per lo svolgimento dei propri compiti (così N. Pisani, *I requisiti di autonomia*, cit., p. 156).

A tal fine è necessario che l'OdV sia posto al riparo da ogni forma di interferenza, condizionamento e/o pressione da parte di qualunque componente dell'ente e in particolare dell'organo dirigente (v. N. Pisani, *I requisiti di autonomia*, cit., p. 156). Ciò può essere assicurato strutturando l'OdV come unità c.d. di *staff*, nella posizione gerarchica più elevata (prevedendo un'unica attività di *report* nei confronti dei vertici aziendali). Le attività poste in essere dall'OdV non devono essere sindacate da altro

organismo o struttura aziendale (salva una doverosa attività di vigilanza dell'organo dirigente, che è il responsabile ultimo dell'efficace attuazione del Modello: v. Confindustria, *Linee guida*, p. 39).

È funzionale all'autonomia, il riconoscimento di ampi poteri. L'*OdV* e ogni suo membro, nell'ambito delle attività programmate, devono avere accesso incondizionato a tutti i documenti e le informazioni aziendali, che saranno trattati in ossequio alla disciplina della *privacy* e, in caso di trattamento di informazioni e dati c.d. *price sensitive*, anche in conformità alle disposizioni del d.lgs. 58 del 1998.

Viene considerato necessario anche il riconoscimento di un *budget* adeguato, al quale quest'ultimo possa attingere (con obbligo di rendicontazione) per lo svolgimento delle proprie attività. Il riferimento è, per esempio, al possibile conferimento di consulenze esterne necessarie per l'acquisizione di 'saperi' ulteriori rispetto a quelli propri; alla partecipazione a corsi di aggiornamento attinenti al ruolo che i componenti svolgono per l'ente; alle trasferte funzionali ai controlli posti in essere per la società (Confindustria, *Linee guida*, cit., p. 39).

Tale *budget* sarà normalmente deliberato dall'organo dirigente su proposta dell'*OdV*; una volta assegnato, dovrà però essere gestito ed utilizzato da quest'ultimo in assoluta autonomia, senza la previa autorizzazione del primo.

12.5. La continuità di azione. La necessità di un adeguato compenso.

L'*OdV* deve assicurare un funzionamento costante nel tempo ed in continua interazione con gli organismi amministrativi e di controllo delle società. Non basta, dunque, un'attività saltuaria, meramente burocratica (C. Piergallini, *I Modelli organizzativi*, cit., p. 173). Si mette infatti in evidenza che, per dare efficace attuazione al modello, è necessaria la creazione di una struttura dedicata a tempo pieno ed esclusivamente all'attività di vigilanza sul modello stesso (Confindustria, *Linee guida*, cit., p. 37).

Tenuto conto dell'impegno richiesto, ai componenti dell'*OdV* deve riconoscersi un compenso congruo, proporzionato alle funzioni svolte, alle responsabilità che i medesimi si assumono e alla collocazione gerarchica dell'*OdV*.

Il compenso può essere fisso oppure a gettone. Si sconsiglia invece l'attribuzione ai componenti dell'organismo di retribuzione in misura variabile ovvero di premi proporzionali agli utili della società, attesa l'esigenza di mantenere l'autonomia dell'*OdV* rispetto alle vicende dell'ente e, in particolare, di scongiurare il coinvolgimento, anche indiretto, dei componenti dell'*OdV* nella gestione dell'ente.

Con riguardo ai soggetti interni dell'ente, si consiglia di prevedere un compenso *ad hoc* per la funzione svolta o una integrazione del compenso corrisposto per l'esercizio delle funzioni diverse da quelle di componente dell'*OdV*.

Una recente indagine ha mostrato come più della metà (62%) delle società che hanno inserito all'interno dell'*OdV* soggetti che già facevano parte della struttura societaria, non corrisponde a costoro compensi aggiuntivi, a differenza di quanto invece prevedono i restanti enti. La modalità prevalente di determinazione del compenso è il gettone di presenza (R. Di Mario – G. Battisti, *Modalità di attuazione*, cit., p. 10). Per quanto riguarda i compensi ai professionisti esterni, nel 73% dei casi l'emolumento non supera i 20.000 euro (R. Di Mario – G. Battisti, *Modalità di attuazione*, cit., p. 10).

13. La nomina dell'OdV.

Dopo l'entrata in vigore del d. lgs. 231 del 2001, si è discusso a lungo sul potere di nomina dell'*OdV*. Sono emerse tre opinioni.

Per un primo orientamento, essendo l'*OdV* un organo *ad hoc*, esso doveva essere nominato con le procedure previste per le modifiche statutarie.

Una seconda opinione riconosceva invece all'assemblea il compito di nominare l'organismo.

Secondo un terzo filone di pensiero, infine, spettava al consiglio di amministrazione o comunque all'organo amministrativo la creazione dell'*OdV*.

Nella prassi è prevalsa l'ultima delle tre opinioni; ed oggi la questione appare definitivamente superata. La nomina viene appunto effettuata dal Consiglio di amministrazione, a cui compete anche l'esercizio del potere di revoca.

Una parte della dottrina consiglia la nomina dell'*OdV* da parte dell'assemblea nel caso in cui non sia stato nominato alcun amministratore delegato e la gestione della società venga portata avanti dal Cda nella sua collegialità (v. C. Piergallini, *I modelli organizzativi*, cit., p. 175).

Tale possibilità sembra tuttavia esclusa nelle società per azioni, dove all'assemblea non possono più attribuirsi competenze gestionali di là da quelle stabilite per legge (artt. 2364, n. 5 e 2380-*bis* c.c.). Nelle sole società per azioni chiuse potrà prevedersi l'autorizzazione assembleare (*ex art.* 2364, n. 5 cod. civ.); mentre per tutte le società può prevedersi, ed anzi raccomandarsi, il preventivo parere favorevole del collegio sindacale.

Nelle società a modello dualistico la nomina dell'*OdV* può affidarsi alternativamente al consiglio di gestione o al consiglio di sorveglianza, oppure al primo subordinatamente all'autorizzazione del secondo.

14. La composizione dell'*OdV*: organo collegiale o monocratico?

Come già ampiamente sottolineato, la mancanza di indicazioni precise da parte del legislatore lascia ampio margine di azione circa la composizione dell'*OdV*, che può essere strutturato come organo monocratico o collegiale.

Appare chiaro che difficilmente una società di medio-grandi dimensioni potrà optare per un organo monocratico. La complessità dei controlli e dell'organizzazione aziendale, unitamente alla costante crescita dei reati-presupposto, sconsiglia vivamente di identificare l'*OdV* con un unico soggetto. La composizione collegiale dell'*OdV* appare, dunque, una scelta di fatto obbligata. Questa conclusione è condivisa dalla giurisprudenza quando afferma che «per enti di dimensioni medio grandi la forma collegiale si impone»

(Trib. Roma, 4 aprile 2003, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2803 ss.). Così anche in dottrina si è rilevato che «soltanto dimensioni minori, in termini di fatturato, di articolazione del gruppo, di tassi di rischio meno elevati (...) consentono l'organo monocratico; diversamente deve preferirsi l'organo collegiale, per gli evidenti vantaggi in termini di articolazione del lavoro e di ponderazione nelle valutazioni» (P. Montalenti, *op. cit.*, p. 848).

Vi sono peraltro aziende italiane, anche di significativa rilevanza, che hanno, almeno inizialmente, optato per un *OdV* monocratico. Il caso più eclatante è quello di Fiat s.p.a., che aveva individuato l'*OdV* nel responsabile dei controlli interni e del servizio di *internal auditing*.

Significativo, però, è il ripensamento di importanti aziende italiane, le quali, pur avendo optato originariamente per l'organo monocratico, hanno deciso poi di ampliare il numero di membri.

Si pensi a Poste italiane, che in un primo tempo faceva coincidere l'*OdV* con il responsabile dell'*internal auditing* e successivamente, anche in base all'indirizzo assunto da altre aziende nazionali caratterizzate da notevole complessità organizzativo-dimensionale, ha modificato la composizione da monocratico a collegiale con la nomina di tre membri esterni.

Lo stesso percorso è stato compiuto da Enel s.p.a. che originariamente aveva optato per un organo monocratico, mentre adesso il modello organizzativo prevede una composizione variabile dell'organismo con un numero non inferiore a tre e non superiore a cinque.

Si pensi anche alla Consip (società del Ministero delle finanze che offre servizi di consulenza e organizzazione progettuale per le Pa), la quale originariamente aveva un *OdV* con due professionalità, una interna, rappresentata dal responsabile della funzione legale, e da una esterna, un esperto di *internal auditing* e organizzazione aziendale. Adesso detta società ha ampliato a tre il numero dei membri, inglobando anche un esperto esterno di meccanismi di *compliance* della Pubblica Amministrazione.

Una recente indagine commissionata da Confindustria ha mostrato come la composizione collegiale sia la scelta a cui hanno ricorso la maggior parte delle aziende intervistate (il 95% delle 55 imprese v. G. Battisti, *Modalità di attuazione dei Modelli organizzativi ex d.lgs. 231*, cit., p. 10).

14.1. A proposito della possibilità di delegare le funzioni dell'OdV a strutture aziendali od organi societari già esistenti.

Subito dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 231 del 2001, ci si è chiesti se le funzioni di *OdV* potessero essere svolte da strutture già esistenti all'interno dell'ente o fosse necessaria la creazione di un ulteriore e apposito organismo, da aggiungersi a quelli già esistenti all'interno dell'ente.

In particolare alcuni autori avevano avanzato la tesi secondo la quale l'*OdV* poteva coincidere con il comitato di controllo interno (v. A. Presutti – A. Bernasconi – C. Fiorio, *La responsabilità degli enti*, p. 136) o con il collegio sindacale (R. Rordorf, *I criteri di attribuzione della responsabilità. I modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire i reati*, in *Soc.* 2001, p. 1302; da ultimi M. Boidi – R. Frascinelli – P. Venero, *La compatibilità del collegio sindacale quale organismo di vigilanza ex d.lgs. 231/2001*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2011, n. 4, p. 147 ss.).

Con riguardo al comitato per il controllo interno, le linee guida di Confindustria si sono espresse in senso favorevole, visto che il medesimo organismo presenterebbe caratteristiche idonee a svolgere i compiti dell'*OdV*. In primo luogo, si tratterebbe di un organismo dotato dei requisiti di autonomia e indipendenza, perché formato, secondo le indicazioni del Codice di autodisciplina delle società quotate, da amministratori non esecutivi, la maggioranza dei quali anche indipendenti. In secondo luogo, si è fatto notare che il comitato per il controllo interno svolge già un ruolo molto simile a quello dell'*OdV*. Esso, infatti, presiede al sistema dei controlli interni, assiste il consiglio di amministrazione nella fissazione delle linee di indirizzo e nella verifica periodica della loro adeguatezza e del loro effettivo funzionamento, assicurando che i principali rischi

aziendali siano identificati e gestiti in modo adeguato (Confindustria, *Linee guida*, cit., p. 41).

Questa opinione, però, non ha trovato il conforto della dottrina maggioritaria, che ha messo in evidenza come il comitato per il controllo interno si compone pur sempre di amministratori (ancorché privi di deleghe e, in alcuni dei casi, indipendenti), cioè di soggetti che comunque concorrono alle deliberazioni del Consiglio di amministrazione, con una inevitabile e inaccettabile sovrapposizione di ruoli tra controllori e controllati (C. Piergallini, *I modelli organizzativi*, cit., p. 172; P. Bastia, *Criteri di progettazione*, cit., p. 210; N. Pisani, *I requisiti di autonomia*, cit., p. 158).

Per quanto riguarda invece la possibilità di far coincidere l'*OdV* con il collegio sindacale, Confindustria sconsigliava tale scelta. Le linee guida della più rappresentativa delle associazioni di categoria evidenziavano, infatti, come il collegio sindacale, pur avendo le capacità tecniche per svolgere i controlli richiesti dal d.lgs. n. 231 del 2001, non sarebbe in grado di garantire la continuità di azione, richiesta di contro per l'*OdV*. Inoltre, si rilevava che una siffatta scelta avrebbe comunque creato il rischio di sovrapposizione tra controlli che devono rimanere distinti (si pensi alla materia dei reati societari). Le linee guida di Confindustria concedevano, tuttavia, la possibilità di inserire un membro del Collegio all'interno dell'*OdV* (così Confindustria, *Linee guida*, cit., p. 34 e 38). Sulla stessa lunghezza d'onda si era pronunciata l'ABI, secondo la quale: «Attesa la configurazione e le funzioni che il decreto attribuisce a tale organismo, non appare coerente una sua identificazione con il Collegio sindacale, le cui funzioni sono stabilite dalla legge e che non è fornito, in materia, di quei poteri autonomi di iniziativa e di controllo cui il decreto fa espresso riferimento» (ABI, *Linee guida per l'adozione dei Modelli organizzativi*, 2004, p. 22). Una soluzione, questa, condivisa da un consistente indirizzo dottrinale, che ha messo in evidenza come, così facendo, si venivano a creare delle sovrapposizioni di controllo che avrebbero minato l'efficacia funzionale dell'*OdV*.

La soluzione ritenuta preferibile, perché maggiormente funzionale ai requisiti che l'*OdV* deve avere (*in primis* continuità di azione), è dunque quella di creare un organismo *ad hoc*, specificamente dedicato al compimento delle funzioni di *OdV*.

La questione che si è posta e tutt'ora si pone riguarda però la sua composizione. In particolar modo ci si chiede se i membri dell'*OdV* debbano essere interni o esterni.

La scelta di membri esclusivamente interni comporta l'innegabile vantaggio di una approfondita conoscenza della società e delle sue problematiche. Per contro, essa rischia di minare l'indipendenza dell'*OdV*. La decisione di comporre l'*OdV* interamente di membri esterni, al contrario, può comportare delle difficoltà operative dovute alla scarsa conoscenza del tessuto societario (v. C. Piergallini, *I modelli organizzativi*, cit., p. 171).

La soluzione preferibile appare dunque quella di creare un organismo a composizione mista, attribuendo la presidenza, se possibile, ad un membro esterno.

Ma a questo punto – la domanda è d'obbligo – quali membri che provengono dalla società medesima possono essere cooptati all'interno dell'*OdV*?

Nelle linee guida di Confindustria si mette in evidenza che essi potrebbero essere scelti tra gli amministratori non esecutivi o tra i membri del collegio sindacale (Confindustria, *Linee guida*, cit., p. 37-38).

Tale conclusione, tuttavia, ha incontrato puntuali critiche ad opera della dottrina.

Per quanto riguarda gli amministratori non esecutivi, ma anche indipendenti, si è messo in evidenza che essi partecipano pur sempre alle delibere del consiglio di amministrazione e devono considerarsi pertanto parte di quegli organi apicali della società, la cui attività è oggetto di controllo da parte dell'*OdV* (v. in questo senso P. Bastia, *Criteri di progettazione*, cit., p. 211; N. Pisani, *I requisiti di autonomia*, cit., p. 158 ss.).

Un discorso analogo è stato sostenuto con riferimento ai sindaci, visto che si creerebbe una parziale sovrapposizione tra controllato e controllore che minerebbe l'autonomia e l'indipendenza dell'*OdV*. Da un lato, infatti, il collegio sindacale è chiamato ad operare un controllo sull'*OdV*, quale quello relativo al rispetto delle prescrizioni regolamentari, al funzionamento dell'organo e alla gestione del *budget* assegnato. Dall'altro, l'*OdV* è chiamato a svolgere controlli anche nel settore dei reati societari, già oggetto di controllo da parte del collegio sindacale (C. Piergallini, *I modelli organizzativi*, cit., p. 173; P. Bastia, *Criteri di progettazione*, cit., p. 211).

Le considerazioni che precludono al sindaco l'ingresso nell'*OdV* sembra possano superarsi alla luce della recente l. 12 novembre 2011, n. 183, di cui si dirà nel paragrafo seguente. Nondimeno, deve considerarsi inopportuno, soprattutto con riferimento a società di medio-grande complessità, che una sola persona assommi compiti di controllo così complessi e dispendiosi.

Per quanto riguarda la possibilità che dell'*OdV* facciano parte soggetti interni, si ritiene inammissibile l'ingresso di coloro che svolgono funzioni di direzione in aree coinvolte esposte al rischio di reato, in quanto si tratta di soggetti che, oltre a operare a stretto contatto con i vertici societari, contribuiscono a elaborare la strategia di fondo e a gestire l'attività aziendale. L'attribuzione ad essi di poteri di controllo creerebbe una situazione di promiscuità inaccettabile.

Si ritiene invece che possano far parte dell'*OdV* i responsabili dell'area legale e dell'*internal auditing* (C. Piergallini, *I modelli organizzativi*, cit., p. 172 ss.), che difatti sono scelti da molte società come membri interni dell'*OdV* (R. Di Mario – G. Battisti, *Modalità di attuazione*, cit., p. 9 ss. i quali mettono in evidenza come il responsabile dell'*internal auditing* sia membro dell'*OdV* nel 45% dei casi, mentre il responsabile dell'area legale lo è nel 27%).

14.2. L'*OdV* e il collegio sindacale: le novità introdotte dalla l. 12 novembre 2011, n. 183.

Come noto, la l. 12 novembre 2011, n. 183 (la c.d. legge di stabilità 2012) ha introdotto il comma 4-*bis* dell'art. 6 del d.lgs. n. 231 del 2001, secondo il quale nelle società di capitali le funzioni di *OdV* possono essere svolte dal collegio sindacale. Le questioni che si erano poste in passato, come già anticipato, possono definirsi superate dalla presa di posizione del legislatore.

Questa soluzione legislativa, però, è stata fortemente criticata dai primi commentatori. In particolare si è messo in evidenza che la scelta di far coincidere i due organi può creare sovrapposizioni nella funzione di controllo, segnatamente nel settore dei reati societari. I sindaci, infatti, possono astrattamente concorrere nel reato societario commesso dagli

amministratori. Conseguentemente, potrebbe crearsi una commistione tra controllati e controllori. A parte ciò, si osserva che il collegio sindacale, per come è attualmente disciplinato dalla normativa civilistica, potrebbe difettare delle professionalità necessarie per un adeguato esercizio della funzione di controllo tipica dell'*OdV*, oltre che della continuità di azione richiesta dal d.lgs. n. 231 del 2001.

Nondimeno, stante l'espressa presa di posizione del legislatore, la scelta di attribuire le funzioni di *OdV* all'organo sindacale deve ritenersi perfettamente legittima, alla condizione che i poteri dei sindaci (o dei corrispondenti organi di controllo dei sistemi alternativi) vengano integrati per consentire il corretto svolgimento delle funzioni di vigilanza di cui all'art. 6 d.lgs. n. 231 del 2001, che sono diverse rispetto a quelle ordinarie del collegio sindacale. In particolare, andrà garantita la compresenza delle ricordate competenze pluridisciplinari e la continuità di azione dell'organo, quanto meno con riguardo alle funzioni che è chiamato a ricoprire nella veste di *OdV*.

Naturalmente anche i compensi dei sindaci andranno adeguati in ragione dei nuovi compiti e delle nuove responsabilità.

In termini di efficienza, però, resta preferibile la configurazione dell'*OdV* come struttura autonoma, per tutte le ragioni che si sono già considerate: professionalità, continuità di azione ed efficacia del sistema preventivo.

15. Durata, decadenza e revoca dei singoli membri.

La durata della carica dei componenti dell'*OdV* dovrebbe essere diversa a seconda che si tratti di membri interni o esterni. Per i primi, l'incarico sarà a tempo indeterminato; per i secondi è preferibile la previsione di un termine. Normalmente l'incarico ha durata triennale, sulla falsariga di quello conferito ai sindaci (che nella maggioranza dei casi restano in carica per tre esercizi). È auspicabile la previsione di un limite al rinnovo dei mandati, onde evitare che si creino collegamenti stabili che, con il tempo, affievoliscano l'indipendenza dell'*OdV*.

La carica di membro dell'*OdV* cessa, oltre che nel caso di morte o dimissioni volontarie, per decadenza e revoca.

La decadenza opera automaticamente con il venir meno delle condizioni di onorabilità e indipendenza che avevano consentito la nomina iniziale.

Accanto alla decadenza del singolo membro, si ritiene opportuno prevedere forme di decadenza che riguardano l'organo nella sua collegialità e sono destinate a diventare operative nel caso di accertata omessa vigilanza da parte dell'*OdV*. Si pensi a condanne dell'ente, ancorché non definitive, per uno dei reati contemplati dal d.lgs. n. 231 del 2001, che hanno accertato l'omessa o insufficiente vigilanza dell'organo a ciò preposto. Ci si può spingere fino a prevedere la decadenza (o anche la sola sospensione con sostituzione di membri supplenti) dell'intero *OdV* nel caso venga richiesta l'applicazione di una misura cautelare interdittiva nei confronti dell'ente, sempre che nella richiesta del Pm venga messa denunciata una insufficiente o omessa vigilanza dell'organo di controllo. Un tale avvicendamento può apparire opportuno nell'interesse dell'ente per dimostrare, prima dell'udienza di cui all'art. 47, comma 2, del d.lgs. n. 231 del 2001 (nella quale il giudice decide in contraddittorio con le parti se e quale misura interdittiva provvisoria applicare all'ente), come l'ente stesso si adoperi diligentemente per un pronto ritorno alla legalità, al fine di scongiurare le misure interdittive, rimuovendo e sostituendo l'organo che ha contribuito al verificarsi dell'illecito amministrativo dipendente da reato.

È pacifico che l'organo dirigente non abbia un potere di revoca *ad libitum* di uno o più membri dell'*OdV*. Se così fosse, gli amministratori potrebbero condizionare l'operato dell'organo di controllo, influenzandone il ruolo compiacente. Al tempo stesso, però, deve essere consentita la rimozione del membro o dei membri che non onorano la loro funzione, in quanto l'organo dirigente rimane pur sempre l'ultimo responsabile dell'adozione e della efficace attuazione del modello, la quale sarebbe compromessa da una insufficiente attività di vigilanza.

La quasi totalità dei modelli organizzativi contempla la possibilità di revoca per giusta causa, prevedendo che la decisione motivata dell'organo dirigente sia comunque preceduta dal parere del collegio sindacale o comunque di un organo o soggetto qualificato che rafforzi la decisione dell'ente.

Al riguardo si consiglia una disciplina dettagliata del potere di revoca, al fine di assicurare l'esigenza del consiglio di amministrazione di rimuovere eventuali deficienze del sistema di controllo, senza con ciò consentire che il potere di venga utilizzato per la rimozione di membri dell'*OdV* "scomodi".

16. La disciplina dell'attività dell'OdV: lo statuto dell'OdV e il regolamento interno.

La composizione e il funzionamento dell'*OdV* devono essere regolati da doppio livello di disciplina.

Il primo è contenuto nello statuto dell'*OdV*, approvato dall'organo dirigente o comunque dall'organo che adotta il modello, di cui lo statuto medesimo costituisce parte integrante. Nello statuto devono essere disciplinati compiutamente compiti, poteri e composizione dell'*OdV*, con indicazione, in termini chiari e precisi, dei requisiti di professionalità, onorabilità, indipendenza e continuità di azione; deve essere regolamentata anche nomina, durata, revoca o sostituzione dei singoli componenti, oltre che modalità di convocazione delle riunioni.

La disciplina di secondo livello, espressione dell'autonomia e libertà di azione dell'*OdV*, è dettata dal regolamento interno, approvato dallo stesso *OdV*. Il regolamento interno deve contemplare non solo le forme di verbalizzazione delle sedute (C. Piergallini, *I modelli organizzativi*, cit., p. 174), ma soprattutto la definizione degli aspetti attinenti alla continuità di azione, quali la candelarizzazione e il regolamento delle proprie attività, le cadenze temporali dei controlli, l'individuazione dei criteri delle procedure di analisi, ecc. (Confindustria, *Linee guida*, cit., p. 39).

18. Capogruppo e singole controllate: unità o pluralità di OdV.

E' opinione largamente maggioritaria che nei gruppi di società ogni società del gruppo deve possedere un proprio modello organizzativo e un proprio organismo di vigilanza (v. U. Lecis, *L'organismo di vigilanza nei gruppi di società*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, n. 1, p. 46; F. Assumma, *La responsabilità amministrativa degli enti nei gruppi di*

impresa: problemi e prospettive, ivi, 2011, n. 3, p. 13). Le società del gruppo, infatti, mantengono da un punto di vista giuridico, una distinta soggettività da cui deriva, in mancanza di una diversa presa di posizione del d.lgs. n. 231 del 2001, la necessità che spetti ad ogni singolo ente la prevenzione del rischio reato (C. Piergallini, *I modelli organizzativi*, cit., p. 177 s.). Recentemente, il concetto è stato ribadito all'interno di un procedimento penale nel quale i periti, chiamati a valutare l'adeguatezza del modello, hanno censurato la scelta di creare un unico organismo di vigilanza, funzionante per tutte le società del gruppo (C. Piergallini – P. Bastia, *Perizia*, cit., p. 283 ss.).

19. Composizione dell'OdV della capogruppo e delle singole controllate.

E' dibattuto, invece, se possa esservi identità di composizione (totale o parziale) tra gli *OdV* delle società del gruppo. La circostanza che l'organismo debba essere un organo interno dell'ente non esclude, infatti, che i componenti siano tutti interni. Possono non esserlo, come possono essere soggetti appartenenti ad altre società del gruppo o alla società madre.

Tuttavia, l'opinione prevalente tende a privilegiare una diversa soluzione.

Per ottenere un presidio rafforzato in termini di autonomia dei singoli organismi e quindi di una maggiore idoneità dei modelli stessi, si sconsiglia di nominare soggetti interni negli organismi monocratici e/o i medesimi soggetti in più organismi, in quanto non potrebbe essere completamente garantita l'autonomia dei singoli organismi, con il conseguente rischio di una risalita della responsabilità proprio in ragione tramite dell'identità soggettiva degli organismi di controllo (F. Assumma, *La responsabilità amministrativa dell'ente*, cit., p. 13). La diversità della composizione dei vari organismi di vigilanza, di contro, costituisce un valore aggiunto, perché pone un ulteriore livello di controllo che garantisce ancora di più i meccanismi impeditivi della condotta illecita (U. Lecis, *L'organismo di vigilanza*, cit., p. 53).

Altri autori escludono la parziale identità soggettiva degli *OdV* della controllante e delle controllate, per evitare il rischio che l'attività dell'organismo si trasformi in una inaccettabile intrusione nella vita delle controllate, anche allo scopo di veicolare alla

holding informazioni interessate così da potere strumentalizzare la stessa gestione del rischio reato (v. E. Scaroina, *Il problema del gruppo di imprese. Societas delinquere potest*, Milano, 2006, p. 267; C. Piergallini, *I modelli organizzativi*, cit., p. 180).

20. La necessità di coordinamento tra OdV della capogruppo e quelle delle singole controllate.

Sia le linee guida di Confindustria, che la dottrina ritengono che l'esistenza di più società facenti parte del medesimo gruppo comporti il coordinamento, sotto vari profili, dei vari organismi di vigilanza, al fine di razionalizzare le risorse e migliorare l'efficienza delle strutture.

In questa prospettiva si è precisato che «l'ODV della capogruppo svolge una funzione di coordinamento ma non in quanto ODV *di gruppo* – qualificazione che urta contro il sistema di soggettività separate su cui si fonda il d.lgs. 231/01 – bensì come ODV (della capogruppo) che, in ragione della dimensione del gruppo, opera per il *migliore funzionamento degli ODV delle singole società*» e che può vedersi affidati, in quanto tale, compiti di vigilanza non solo relativi alla capogruppo stessa ma anche relativi ad altre società del gruppo ed al gruppo come insieme. In questo quadro, per le società di gruppo di minori dimensioni possono anche contemplarsi organi monocratici, eventualmente composti dal medesimo soggetto; fermo restando che un'articolazione di gruppo – così come avviene per gli organi societari di controllo – pare necessaria per impedire possibili rimproveri di inidoneità del modello per un eccesso di concentrazione di poteri che aumenta i rischi di «cattura» dei controllori e di *default* nei controlli (P. Montalenti, *L'Organismo di vigilanza*, cit., 845).

Il coordinamento – è stato messo in evidenza – serve a favorire una 'sinergia virtuosa' tra i diversi organismi di vigilanza e non deve sconfinare in forme di ingerenza, posto che ogni organismo deve comunque mantenere la propria autonomia (U. Lecis, *L'organismo di vigilanza*, cit., p. 49).

Il suddetto coordinamento dovrebbe sostanziarsi, in primo luogo, nello scambio periodico di informazioni, onde favorire una visione globale dei rischi e delle carenze presenti nel

gruppo, consentendo ai singoli *OdV* di intervenire in modo unitario ed evitando ‘zone di ombra’ nelle quali possano addensarsi fattori di rischio, per mancanza di chiarezza sui rispettivi ambiti di competenza. Si suggerisce, pertanto, la programmazione di incontri periodici per l’approfondimento di temi di comune interesse (F. Assumma, *La responsabilità amministrativa degli enti*, cit., p. 14).

In secondo luogo, appare opportuna, se non anche necessaria, la collaborazione tra gli *OdV* delle controllate e la funzione di *audit* di gruppo, se esistente. In mancanza di quest’ultima, gli *OdV* delle controllate potrebbero avvalersi dell’*OdV* della *holding* per l’espletamento del compito di vigilanza sul funzionamento e l’osservanza del *modello*. In questo caso, è opportuno definire i rapporti attraverso appositi contratti, poiché i membri dell’*OdV* della capogruppo assumono, nei confronti della controllata, la veste di consulenti esterni che svolgono la loro attività nell’interesse della controllata (Confindustria, *Linee guida*, cit., p. 47). Non tutti però sono d’accordo su questa soluzione. C’è anche chi (C. Piegrallini, *I modelli*, cit., p. 181) mette in evidenza che il ricorso alle funzioni di *audit* della capogruppo potrebbe portare una “impropria” veicolazione di informazioni infragruppo.

Infine, il coordinamento tra i vari *OdV* potrebbe favorire l’elaborazione di un efficace programma formativo in grado di trasmettere, con un linguaggio semplice, al personale la filosofia del dlgs. n. 231 del 2001 e i contenuti del modello organizzativo, al pari delle altre comuni regole aziendali (U. Lecis, *L’organismo di vigilanza*, cit., p. 50).

Appare superfluo sottolineare che, per poter realizzare detto coordinamento, è necessario che esso venga previsto da tutti i modelli delle varie entità cui si compone il gruppo. Il coordinamento tra *OdV*, dunque, deve essere preceduto dal coordinamento dei vari modelli.

Passando alla valutazione delle scelte concretamente adottate dai gruppi di società italiane è possibile constatare che molti modelli organizzativi prevedono disposizioni dirette a creare forme di collegamento fra i vari organismi di vigilanza della capogruppo e delle controllate.

Ad esempio il punto 3.3. del modello di Eni s.p.a. afferma espressamente che all'interno del gruppo viene valorizzata la diffusione e la conoscenza, da parte delle società controllate, della metodologia e degli strumenti di attuazione del modello 231; e a tale scopo sono organizzati incontri appositamente dedicati a esaminare e condividere le esperienze significative maturate.

Gli *OdV* delle società controllate, inoltre, ove necessario, possono ricorrere a risorse esterne, da attingere presso l'*OdV* della capogruppo, per l'esecuzione dei controlli. In questo caso, però, dovranno essere stipulati accordi che prevedano, tra l'altro, i livelli di servizio, i flussi informativi e la tutela della riservatezza.

Gli eventuali interventi correttivi sui modelli organizzativi delle società controllate, conseguenti ai controlli effettuati, sono comunque di esclusiva competenza delle stesse controllate. Il modello Eni prevede anche un flusso di informazioni tra i vari *OdV* delle società in ordine ai fatti rilevati, alle sanzioni disciplinari e agli adeguamenti del proprio modello.

L'obbligo di informazione viene previsto anche nei modelli organizzativi di Enel (gli *OdV* delle società del gruppo trasmettono all'*OdV* della capogruppo, con cadenza almeno annuale, un *report* sull'attuazione del modello e immediatamente le notizie rilevanti di fatti che possono esporre il gruppo al rischio di reati) e di Impregilo (gli *OdV* delle controllate devono trasmettere con cadenza semestrale *report* con l'indicazione di eventuali sanzioni disciplinari applicate e modifiche al modello).

§3. Il sistema disciplinare

21. Premessa

Tra le condizioni da cui dipende la concreta effettività dei modelli organizzativi e gestionali peculiare rilievo riveste l'adozione di un idoneo sistema disciplinare, inteso a sanzionare le violazioni delle regole e delle procedure previste nello specifico *modello* (v. ABI, *Linee guida per l'adozione dei modelli organizzativi sulla responsabilità*

amministrativa delle banche, Milano, 2004, p. 38; ASSOBIOMEDICA, *Linee guida*, 2003, p. 15 s.). Essa dà serietà al *modello* e alla sottostante volontà della società di prevenire la commissione di reati al suo interno. Da qui la ritenuta inidoneità dei *modelli* che difettano di un adeguato sistema disciplinare (v. Trib. Milano, 20 settembre 2004, in *Foro it.*, 2005, II, c. 528; Trib. Milano, 28 ottobre 2004, *ivi*, c. 269; Trib. Milano, 20 dicembre 2004, in *Dir. prat. soc.*, 2005, n. 6, p. 69; Trib. Bari, 18 aprile 2005, in www.rivista231.it). In breve: il sistema disciplinare è parte del modello organizzativo di cui costituisce un elemento strutturale essenziale.

A differenza dei codici etici, sulla cui efficacia è possibile avanzare fondate riserve, i c.d. *compliance programs* si caratterizzano per la presenza di un adeguato apparato sanzionatorio, assente nei primi.

Come si evince in modo inequivoco dal testo del d.lgs. n. 231 del 2001, il sistema disciplinare è chiamato a operare nei confronti:

- a) dei c.d. apici, cioè di coloro che rivestono funzioni di rappresentanza, amministrazione o direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale, nonché di persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso (v. art. 6 comma 2 lett. e);
- b) dei c.d. sottoposti, cioè di coloro che sono soggetti all'attività di direzione e di vigilanza degli apici (v. art. 7 comma 4 lett. b).

Il d. lgs. 231/01 non offre, tuttavia, alcuna specifica indicazione normativa al riguardo. Ne consegue che la ricostruzione del sistema disciplinare è di fatto rimessa all'interprete, che dovrà individuarne i contenuti facendo ricorso ai principi generali e alla *ratio* del d.lgs. n. 231 del 2001, nonché alle indicazioni fornite dalla l. 20 maggio 1970, n. 300, il c.d. Statuto dei Lavoratori, che, pur dettando disposizioni concernenti i lavoratori subordinati, sovente esprime regole di portata più generale, come tali vevoli anche per i soggetti diversi dai dipendenti in senso stretto.

22. I tratti generali.

Il sistema disciplinare contemplato dagli artt. 6 e 7 d.lgs. n. 231 del 2001, è innanzitutto interno e ulteriore rispetto a quelli esterni, già esistenti per legge (v. Trib. Bari, 18 aprile 2005, in www.rivista231.it che ha dichiarato inidoneo un modello organizzativo che non conteneva alcun sistema disciplinare, ma che si limitava a ricordare che i comportamenti tenuti in violazione della normativa sarebbero stati sanzionati dalla legge penale o amministrativa). Esso non deve limitarsi a sanzionare i comportamenti costituenti reato, che fanno scattare la responsabilità dell'ente ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001, ma deve colpire tutte le infrazioni del modello (altrimenti il sistema disciplinare si sostanzierebbe in un semplice doppiato del sistema sanzionatorio statale). Anzi, la funzione precipua del sistema disciplinare è proprio quella di prevenire le condotte prodromiche alla realizzazione di un reato o comunque alla preparazione dello stesso, impedendo così la verifica degli antecedenti causali degli illeciti penali.

In secondo luogo, il sistema disciplinare deve essere scritto e adeguatamente divulgato, unitamente al modello organizzativo, in virtù del principio della pubblicità delle infrazioni e delle sanzioni disciplinari, espresso dall'art. 7, comma 1, dello Statuto dei Lavoratori. Più precisamente, le regole del modello organizzativo, la cui violazione viene sanzionata dai sistemi disciplinari delineati ai sensi degli artt. 6 e 7 d.lgs. n. 231 del 2001, dovranno essere «inserite nel regolamento aziendale, se esistente, o comunque formalmente dichiarati vincolanti per tutti i [destinatari] (ad esempio mediante una circolare interna o un comunicato formale), nonché esposti come previsto» dallo Statuto dei Lavoratori (così CONFINDUSTRIA, *Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ex d.lgs. n. 231/2001*, 2008, p. 31; similmente ABI, *Linee guida*, cit., p.39). A tal fine si suggerisce di affiggere il sistema disciplinare in un luogo a tutti accessibile) e far sì che esse sia oggetto specifico dei corsi organizzati per diffondere il contenuto del modello organizzativo.

In terzo luogo, il sistema disciplinare deve armonizzarsi con le norme, legislative e contrattuali, che regolano il rapporto intrattenuto dall'ente con ciascuno dei soggetti ai quali si applica il modello, in particolare per quanto riguarda la tipologia delle sanzioni e il relativo procedimento di accertamento e irrogazione. Naturalmente, il sistema disciplinare deve essere idoneo, ossia deve contenere misure concrete, adeguate e disincentivanti.

22.1 La proporzione tra infrazioni e sanzioni e il principio del contraddittorio nel procedimento di irrogazione.

Come puntualizzato dalla Consulta, nella costruzione del sistema disciplinare è necessario, per prima cosa, rispettare due fondamentali principi: l'uno attiene alla proporzione tra infrazioni e sanzioni, l'altro al contraddittorio nel procedimento di irrogazione (Corte cost., 1° giugno 1995, n. 220, in *Foro it.*, 1996, I, p. 47). Essi, sebbene concepiti in termini generali con riferimento al sistema disciplinare dei lavoratori subordinati previsto dallo Statuto dei Lavoratori, sono destinati a valere anche in relazione agli apici e ai sottoposti diversi dai dipendenti in senso stretto.

La proporzione tra infrazioni e sanzioni – a sua volta diretta espressione del canone della ragionevolezza (art. 3 Cost.) – implica che il potere disciplinare «deve estrinsecarsi in modo coerente al fatto addebitato, che quindi deve necessariamente essere valutato e ponderato, nel contesto delle circostanze che in concreto hanno connotato il suo accadimento, per commisurare ad esso, ove ritenuto sussistente, la sanzione da irrogare parametrandola alla sua maggiore o minore gravità» (così testualmente Corte cost., 1° giugno 1995, n. 220 cit., cfr. anche Cass. civ., sez. un., 29 maggio 1995, n. 6401, in *Foro it.*, 1995, I, p. 1778; Cass. civ., 3 aprile 2003, n. 5213, in *Lav. Giur.*, 2003, n. 8, p. 735).

Dall'affermazione di questo principio, sicuramente valido anche per il sistema disciplinare di cui al d.lgs. n. 231 del 2001, discende che l'apparato sanzionatorio deve contemplare sanzioni c.d. conservative, come tali adeguate a violazioni non così gravi da giustificare il licenziamento, il recesso o la risoluzione contrattuale; si pensi, ad esempio, alla violazione degli obblighi di informazioni nei confronti dell'Organismo di vigilanza, quando non abbia prodotto conseguenze dannose.

Quanto alla regola del contraddittorio, essa, con riferimento alle sanzioni disciplinari nei confronti dei dipendenti, è espressa dall'art. 7 dello Statuto dei lavoratori, secondo il quale il datore di lavoro non può adottare alcun provvedimento disciplinare nei confronti del lavoratore senza avergli preventivamente contestato l'addebito e senza averlo sentito a sua difesa. La giurisprudenza costituzionale, al riguardo, ha avuto modo di precisare che

«[...] la valutazione dell'addebito, necessariamente prodromica all'esercizio del potere disciplinare, non è un mero processo interiore ed interno a chi tale potere esercita, ma implica il coinvolgimento di chi versa nella situazione di soggezione, il quale – avendo conosciuto l'addebito per essergli stato previamente contestato – deve poter addurre, in termini ragionevoli, giustificazioni a sua difesa»; di conseguenza, appare «necessario il previo espletamento di un procedimento disciplinare che, seppur variamente articolabile, sia rispettoso della regola *audiatur et altera pars*» (ancora Corte cost., 1 giugno 1995, n. 220 cit.).

I due principi della proporzione e del contraddittorio non valgono solamente per il sistema disciplinare dei sottoposti-lavoratori subordinati, ma anche per quello degli apici e le altre figure contemplate dall'art. 5, lett. *a* e *b*, d.lgs. n. 231 del 2001, anch'esse sottoposte alle regole del modello e alle sanzioni previste per la loro violazione. In tal senso, del resto, si sta orientando la giurisprudenza giuslavoristica che, con specifico riferimento al principio del contraddittorio nei procedimenti disciplinari dei dirigenti, ha ribadito che le garanzie procedurali previste dallo Statuto dei Lavoratori devono essere riconosciute anche a tali figure di lavoratori, qualunque sia la collocazione che essi assumono all'interno dell'impresa, indipendentemente cioè dall'essere soggetti in posizione apicale o meno (v. Cass. civ., sez. un., 20 marzo 2007, n. 7880).

22.2. La predeterminazione delle infrazioni e delle sanzioni collegate.

Si discute invece se sia necessaria la c.d. tipizzazione degli illeciti disciplinari e la predeterminazione chiara e precisa delle sanzioni per essi previste.

In uno dei primi provvedimenti giurisprudenziali (Trib. Bari, 18 aprile 2005, cit.), il Giudice aveva messo in evidenza come il Modello organizzativo fosse inidoneo, tra le altre cose, perché non indicava in modo specifico gli illeciti disciplinari e la correlazione tra questi e le sanzioni, limitandosi, in modo del tutto generico, ad affermare che i comportamenti posti in essere in violazione delle regole del modello sarebbero stati sanzionati, senza specificare però neppure quale tipo di sanzione sarebbe stata concretamente irrogabile, ma limitandosi a prevedere che sarebbero state punibili in base

alle leggi penali e amministrative in vigore. In un altro procedimento penale, anch'esso davanti al Tribunale di Bari, i periti, nominati dal Giudice per le indagini preliminari, hanno censurato il sistema sanzionatorio disciplinare adottato dall'ente, che per gli amministratori semplicemente rinviava alle norme del modello organizzativo, posto che «la tecnica del rinvio – come chiarito nella perizia (v. P. BASTIA – C. PIERGALLINI – M. CASSANO, *Perizia collegiale disposto dal Gip presso il Tribunale di Bari nel procedimento nr. 2374/06 r.g.n.r.*, Bari, 2006, p. 216) – sviscerava la forza precettiva e sanzionatoria del Modello. La pre-conoscibilità delle sanzioni ne incrementa la forza dissuasiva ed esplica un'irrinunciabile funzione di garanzia (in termini di certezza) verso i destinatari».

Ai fini di una corretta impostazione della questione, il punto di partenza è costituito, come si è detto, dall'art. 7, comma 1, della l. n. 300 del 1970, che è espressione di un principio generale dell'ordinamento.

Al riguardo, però, si confrontano due opposti orientamenti.

Per una prima tesi, più restrittiva, il sistema sanzionatorio dovrebbe contenere «non solo tutte le possibili ipotesi di infrazione, ma dovrebbe anche specificare la sanzione prevista per ogni singola infrazione, in modo da eliminare ogni possibile discrezionalità posteriore del datore di lavoro nell'individuazione del comportamento sanzionabile, nonché nella scelta in concreto della sanzione da irrogare» (così Cass. civ., sez. un., 24 maggio 1985, n. 3157, in *Foro it.*, 1986, I, c. 128). Secondo questa accezione, dunque, la tipizzazione dell'illecito disciplinare e la predeterminazione delle sanzioni ad esso ricollegata dovrebbe avere caratteristiche molto simili al sistema sanzionatorio penale che, come è noto, è ispirato ad un'accezione rigorosa del principio di legalità, *sub specie* di tassatività/determinatezza.

Più recentemente, invece, si è diffuso un secondo orientamento, che potremmo definire più elastico, secondo il quale «in tema di illeciti disciplinari trova applicazione il principio per il quale la predeterminazione e la certezza della incolpazione sono validamente affidate a concetti diffusi e generalmente compresi dalla collettività in cui il Giudice è chiamato ad operare. In tal senso, pertanto, affinché possa intendersi rispettata la prescrizione di cui all'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori, il codice disciplinare non deve

necessariamente contenere un'analitica e specifica predeterminazione delle infrazioni e, in relazione alla loro gravità, delle corrispondenti sanzioni secondo il rigore formale proprio del sistema sanzionatorio penale. Al contrario si ritiene all'uopo sufficiente che il codice sia redatto in forma che rende chiare le ipotesi di infrazioni, pur dandone una nozione schematica e non dettagliata delle varie prevedibili o possibili azioni del singolo, e recante, in corrispondenza, la indicazione delle previsioni sanzionatorie, anche se in maniera ampia e suscettibile di adattamento secondo le effettive e concrete inadempienze» (Cass. civ., sez. lav., 25 ottobre 2011, n. 22129, in *www.leggeplus.ipsoa.it*; ma anche Cass. civ., sez. lav., 27 maggio 2004, n. 10201, *ivi*; Cass. civ., sez. lav., 18 febbraio 1991, n. 1695, *ivi*).

Una posizione intermedia, manifestata soprattutto dalla giurisprudenza di merito, ravvisa un ottimale punto di equilibrio tra opposte esigenze quando sia raggiunto «un grado di specificità sufficiente ad escludere che la collocazione della condotta del lavoratore nella fattispecie disciplinare sia interamente devoluta ad una valutazione unilaterale ed ampiamente discrezionale del datore di lavoro; di talché non è idoneo un generico riferimento all'inadempimento del lavoratore in ordine agli obblighi scaturenti dal contratto unitamente ad una altrettanto generica differenziazione delle sanzioni fondantesi sul criterio della mera graduazione della colpa ovvero dell'entità del danno causato». Da questa angolazione è dunque «sufficiente una tipizzazione delle infrazioni per categorie generali [...], cui siano ragionevolmente riconducibili i singoli comportamenti sanzionabili», sicché l'elenco delle infrazioni rilevanti può «ridursi ad alcune fattispecie generali che fungano da criteri orientativi [...], [ricorrendo] il requisito della previsione ogni volta che la singola mancanza concreta sia ragionevolmente riconducibile a criteri che derivano dall'elenco esemplificativo» (Pret. Milano, 19 marzo 1979, in *Ord. giur. lav.*, 1979, p. 513; conformi Trib. Palermo, 22 febbraio 1982, in *Rass. Giur. enel*, 1982, p. 360; Trib. Milano, 20 aprile 1991, in *Dir. prat. lav.*, 1991, p. 2748). Più specificamente, si è precisato che, per valutare il rispetto dei principi di tassatività degli illeciti disciplinari, si deve effettuare una differenziazione del grado di specificazione degli stessi, tenendo conto del disvalore che esprime l'illecito e la possibilità di percezione del medesimo da parte del destinatario del sistema disciplinare. Occorre, cioè, «[...] distinguere tra gli illeciti relativi alla violazione di prescrizioni

strettamente attinenti all'organizzazione aziendale, per lo più ignote alla collettività e quindi conoscibili solo se espressamente previste ed inserite, perciò, nel c.d. "codice disciplinare" da affiggere ai sensi dell'art. 7 della l. n. 300 del 2000, e quelli costituiti da comportamenti manifestamente contrari agli interessi dell'impresa o dei lavoratori, per i quali non è necessaria la specifica inclusione nello stesso codice disciplinare, poiché, in questi ultimi casi che possono legittimare il recesso del datore di lavoro per giusta causa o giustificato motivo soggettivo, il potere sanzionatorio deriva direttamente dalla legge» (Cass. civ., sez. lavoro, 16 settembre 2011, n. 18955, in *Prat. lav.*, 2011, n. 47, n. 2075; in senso molto simile Cass. civ., sez. lav., 23 agosto 2006, n. 1837, in www.leggeplus.ipsoa.it; Cass. civ., sez. lav., 13 gennaio 2005, n. 488, *ivi*; Cass. civ., sez. lav., 18 febbraio 1995, n. 1747).

22.3. Gli insegnamenti della dottrina e della giurisprudenza giuslavoristica rapportati al sistema disciplinare di cui agli artt. 6 e 7 d.lgs. n. 231 del 2001.

Da quanto rilevato sopra discende che, anche per la costruzione di un idoneo sistema disciplinare ai sensi degli artt. 6 e 7 del d.lgs. n. 231/2001, è necessario:

- individuare categorie paradigmatiche, anche se non esaustive, di violazioni dei protocolli dei modelli di organizzazione e gestione, soffermandosi particolarmente, nell'individuazione delle infrazioni, sulla violazione delle norme procedurali e/o organizzative del Modello, come gli obblighi di informazione e/o segnalazione all'Organismo di vigilanza o comunque all'organo dirigente (potendo essere invece più "elastici" in relazione a comportamenti il cui disvalore è immediatamente percepibile);
- collegare alle stesse le sanzioni previste per i vari soggetti destinatari del modello, suddividendo le infrazioni tipizzate in gruppi omogenei, per gravità crescente, partendo da un *minus* (che può essere rappresentato da lieve inosservanza di procedure interne oppure omessa segnalazione di irregolarità commesse da altri appartenenti al personale aziendale) per arrivare ad un *maius* (che può aversi in caso di comportamenti che espongono la società a gravi rischi o alla applicazione delle misure cautelari o delle sanzioni di cui al d.lgs. n. 231 del 2001);
- riconoscere comunque al titolare del potere disciplinare una certa discrezionalità,

consentendo allo stesso di adattare la sanzione al caso concreto, obiettivando però i criteri cui il medesimo deve attenersi nell'esercizio di detta discrezionalità (ad es. prevedendo una coppia di sanzioni per ogni tipologia di infrazione, ciascuna delle quali graduabile in ragione dell'occasionalità/sistematicità della condotta, della commissione dolosa o colposa, della reiterazione della stessa o di altra condotta violatrice di regole del modello, della produzione di eventi di danno o di pericolo per gli interessi della società, ecc.).

Deve inoltre prevedersi che il destinatario della sanzione possa esercitare il proprio diritto di difesa davanti all'ente.

23. L'organo chiamato ad irrogare le sanzioni e il ruolo dell'organismo di vigilanza.

La potestà sanzionatoria compete sicuramente all'organo dirigente che, all'interno dell'ente, svolge il ruolo di datore di lavoro.

Tuttavia, un compito importante, nell'ambito del procedimento per l'irrogazione delle sanzioni per la violazione delle regole del modello, si ritiene spetti anche all'OdV, che, come noto, costituisce il terminale di una serie di segnalazioni inerenti alla violazione del modello e ricopre una posizione privilegiata in relazione alla conoscenza e alla conoscibilità di eventuali illeciti disciplinari per mancato rispetto delle misure del modello stesso. L'opinione dominante, dunque, è che spetti proprio all'OdV un compito propulsivo, ancorché non esclusivo, di esercizio dell'azione disciplinare nel caso in cui venga a conoscenza di violazioni del modello, configurandosi un vero e proprio diritto-dovere di attivazione in tal senso.

Spetterà, dunque, anche all'Organismo di vigilanza attivare la procedura disciplinare, alla luce delle investigazioni svolte e delle acquisizioni di informazioni sulle violazioni delle regole del Modello, mentre competerà in via esclusiva all'organo dirigente provvedere all'irrogazione delle sanzioni.

Tale procedura deve necessariamente subire delle deroghe quando vengono sottoposti a procedimento disciplinare gli amministratori o i componenti dell'organo dirigente, anch'essi, come ampiamente sottolineato, destinatari del sistema disciplinare delineato ai

sensi degli artt. 6 e 7 d.lgs. n. 231 del 2001.

In questo caso il potere disciplinare può essere conferito all'assemblea dei soci (caldeggia tale soluzione P. DI GERONIMO, *I modelli di organizzazione e gestione per gli enti di piccole dimensioni*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2008, n. 1, p. 73), oppure, qualora, come spesso accade nelle compagini societarie italiane, vi sia un forte legame tra assemblea dei soci e componenti dell'organo dirigente (ad esempio perché appartenenti alla stessa famiglia), al collegio sindacale o, nel sistema dualistico, al consiglio di sorveglianza o, ancora, ad un organismo creato *ad hoc* (composto, ad esempio, dagli amministratori non esecutivi e/o indipendenti eventualmente presenti) oppure, in ultima analisi, all'Organismo di vigilanza. Qualora si dovesse verificare questa ultima ipotesi, si registrerebbe una eccezionale contitolarità in capo allo stesso organo, del potere di *input* del procedimento disciplinare e di irrogazione delle sanzioni.

24. Le sanzioni per i soggetti apicali: l'insufficienza degli strumenti offerti dal diritto societario.

Particolarmente complessa è l'individuazione delle sanzioni da irrogare agli apici (ma anche a soggetti diversi rispetto dai dipendenti in senso stretto), posto che il sistema utilizzato fino ad oggi all'interno delle aziende è stato concepito e si è sviluppato con riferimento al rapporto di lavoro subordinato.

Di sicuro non sono sufficienti gli strumenti sanzionatori tipici utilizzabili nei confronti degli amministratori, quali la revoca e l'azione di responsabilità.

La revoca, risolvendosi in un'espulsione, viene ritenuta sproporzionata in rapporto a talune violazioni del modello (quali, ad esempio, l'inadempimento di un obbligo di informazione ex art. 6, comma 2, lett. d). Essa rischia di attenuare eccessivamente, a causa dell'eccesso repressivo, l'effettiva efficacia preventiva dei protocolli contemplati dal modello medesimo. Questo non vuol dire che la revoca non debba essere inserita nel catalogo delle sanzioni; ma non può essere l'unica, dovendosi prevedere anche altri strumenti sanzionatori aventi natura afflittiva graduata.

Un discorso diverso, invece, va fatto per l'azione di responsabilità, che, avendo natura risarcitoria, risulta incompatibile con l'apparato disciplinare e sanzionatorio tipico del *compliance program*: per un verso, le violazioni degli obblighi degli amministratori possono infatti preludere ad un interesse o vantaggio per l'ente (così come intesi dall'art. 5) piuttosto che ad un danno per l'altro, è proprio la caratura preventiva del sistema disciplinare a non conciliarsi con strumenti riparatori destinati ad operare *ex post*.

Queste considerazioni sono state anche recepite nella perizia redatta all'interno del procedimento penale sopra menzionato, nella quale è stato ritenuto non idoneo il sistema disciplinare concepito per gli amministratori che prevedeva come unica sanzione, l'azione di cui all'art. 2393 c.c.: «[...] la scelta di affidarsi – si legge nella perizia – alla sola azione di responsabilità potrebbe rivelarsi diseconomica: si pensi, per fare un esempio, a modeste violazioni formali del Modello, rispetto alle quali la messa in moto dell'azione di responsabilità apparirebbe eccessiva. Di qui l'evenienza che, in simili casi, si preferisca non agire con il rischio, però, di favorire il consolidamento di pratiche devianti, destinate a non essere sanzionate» (P. BASTIA – C. PIERGALLINI – M. CASSANO, *Perizia collegiale disposta dal Gip presso il Tribunale di Bari*, cit., p. 216 s.; si veda anche P. BASTIA – C. PIERGALLINI, *Perizia collegiale disposta dal Gip presso il Tribunale di Firenze nel procedimento nr. 4545/09 r.g.i.p.*, Firenze, 2011, p. 291).

La necessità di prevedere anche sanzioni di natura conservativa incontrava nella prassi forti resistenze, frutto dell'orientamento giurisprudenziale a lungo maggioritario nel settore del diritto del lavoro, secondo il quale i dirigenti, in generale, sarebbero stati refrattari a qualsiasi forma di responsabilità disciplinare. La Suprema corte, con una pronuncia a sezioni unite, aveva infatti stabilito la “quasi impossibilità” di ricorrere a sanzioni conservative per i dirigenti: immaginare «una lettera di ‘richiamo’ o una ‘multa’ o altra sanzione indirizzata ad un dirigente, e che dovrebbe necessariamente essere a conoscenza di un certo numero di dipendenti di quel dirigente (scrittura, protocollo, spedizione, [...]), senza che ciò inevitabilmente produca una grave lesione della posizione apicale del dirigente, è fuori del verosimile e della realtà aziendale»; concludeva la Corte che la «figura del dirigente (‘potere di incidere sulla vita dell’azienda’) mal si attaglia ad un rapporto disciplinare con le diverse sanzioni (richiamo, ammonizione, sospensione, ...

) di guisa che la unica sanzione sarebbe il licenziamento» (Cass. civ., sez. un., 29 maggio 1995, n. 6041 cit.).

Questa resistenza a concepire sanzioni conservative per gli amministratori e per i dirigenti si è manifestata nelle proposte che sono state formulate in ordine alle sanzioni da inserire nel catalogo destinato a colpire le infrazioni degli apici, la maggior parte delle quali caratterizzate dalla risoluzione del rapporto o comunque da un allontanamento (alle volte temporaneo) dell'apice.

È stato suggerito, ad esempio, di prevedere meccanismi automatici sia di decadenza, nel caso del venir meno dei requisiti di onorabilità e professionalità collegati anche a comportamenti non conformi al modello, che di sospensione della carica (da mutuare dal diritto bancario che contempla una tale tipologia di istituto), al verificarsi di determinate situazioni che costituiscono mancato rispetto delle regole del *compliance program*.

Anche nella prassi quotidiana si riscontrano la medesima difficoltà, come si si può cogliere verificando le soluzioni accolte dalle associazioni di categoria, nelle linee guida *ex art. 6, comma 3, d.lgs. n. 231 del 2001* da esse predisposte, o dalle singole società, nei modelli organizzativi adottati. La difficoltà di prevedere sanzioni conservative nei confronti dei dirigenti ha portato, ad esempio, ASS.TRA. (l'associazione delle aziende locali pubbliche di trasporto) ad individuare quale unica soluzione percorribile quella di «esplicitare nel contratto individuale gli inadempimenti ritenuti rilevanti ai fini di una risoluzione anticipata del rapporto». Nel modello organizzativo di Unicredit s.p.a., nei confronti dei dirigenti, accanto a forme sanzionatorie quali il richiamo verbale o scritto (a seconda del diverso grado di intensità dell'infrazione), è stato unicamente previsto il licenziamento, per giustificato motivo e per giusta causa (v. UNICREDIT, *Modello organizzativo d.lgs. n. 231 del 2001. Parte generale*, p. 25, in www.unicreditgroup.eu).

Queste difficoltà, che avevano condotto una parte della dottrina a parlare di vero e proprio “corto circuito giuridico” tra l'onere (penale, e l'obbligo civile) di istituire un sistema disciplinare *ad hoc* per i dirigenti apicali (art. 6, II comma, lett. e) e la tralatizia incompatibilità concettuale dell'uno rispetto al rapporto degli altri devono necessariamente essere superate.

Ed un importante contributo in tal senso è ora offerto dal *revirement* della Suprema Corte, a sezioni unite, con la sentenza 7880 del 2007, per cui «le garanzie procedurali dettate dall'art. 7, commi 2 e 3, della l. 300/70, devono trovare applicazione nell'ipotesi di licenziamento di un dirigente, a prescindere dalla specifica collocazione che lo stesso assume nell'impresa - sia se il datore di lavoro addebiti al dirigente stesso un comportamento negligente (o in senso lato colpevole), sia se a base del detto recesso ponga, comunque, condotte suscettibili di farne venir meno la fiducia», sul presupposto, tra l'altro, che «l'accentuata fiduciarità del rapporto può comportare l'allargamento dell'area dei comportamenti fedeli ma non l'esclusione della rilevanza disciplinare delle condotte inadempienti, atteso che nel codice civile non v'è traccia testuale di deroga, quanto ai dirigenti, dell'applicabilità dell'art. 2106 c.c.» (v. Cass. civ., sez. un., 20 marzo 2007, n. 7880).

La giurisprudenza successiva si è prontamente adeguata, sicché oggi ben può dirsi che non sussiste più alcun ostacolo per concepire una responsabilità ad un procedimento disciplinare nei confronti dei dirigenti apicali, e quindi ad istituire anche per loro il sistema dell'art. 6, comma 2, lett. e), necessariamente comprensivo di sanzioni conservative ed assistito dalle fondamentali garanzie del contraddittorio, come già propugnato dalla dottrina.

La necessità di predisporre un sistema disciplinare deriva direttamente dal d.lgs. n. 231 del 2001, il quale, all'art. 6, comma 2, lett. e prevede espressamente la predisposizione di un sistema disciplinare che sanzioni la violazione del modello da parte degli apici. L'operare dei principi di effettività e di proporzione impone di prevedere forme gradate di sanzione che possano coprire tutte le possibili violazioni del modello, da quelle più gravi, che facendo venire meno il rapporto fiduciario, giustificano l'allontanamento dell'apice infedele, da quelle più lievi, che possono essere sanzionate anche blandamente, per passare da quelle intermedie che necessitano di sanzioni adeguate. Appare dunque ineludibile, il compito sviluppare prospettive ulteriori in ordine alle sanzioni conservative idonee a colpire le violazioni delle prescrizioni del modello ad opera degli apici.

Al di là di alcune soluzioni proposte che appaiono simboliche e non propriamente efficaci,

come quella ad esempio di stigmatizzare il comportamento non rispettoso delle regole del modello attraverso il disconoscimento della qualità di amministratore dipendente pur senza revoca di mandato quelle più diffuse si sostanziano in sanzioni di natura patrimoniale, sulle quale occorre dunque appuntare l'attenzione.

24.1. L'adozione di sanzioni conservative: sanzioni pecuniarie e revoca di procure.

Nella maggior parte dei modelli organizzativi, come già anticipato, si prevedono come sanzioni il richiamo, da un lato, e la revoca dall'altro. Questa soluzione è stata criticata dai periti nominati dal Giudice di un recente procedimento penale, i quali hanno affermato: «[...] il ventaglio delle sanzioni comminabili agli amministratori si espone a qualche critica. Spicca l'assenza di una sanzione intermedia tra quelle di natura meramente 'verbale (il richiamo scritto e la diffida) e quella, più grave della revoca. Una forbice così congegnata denota una eccessiva rigidità, in ragione della carenza di una sanzione di tipo intermedio 'pecuniario', capace di punire adeguatamente condotte pure provviste di un non trascurabile rilievo, ma rispetto alle quali l'irrogazione della revoca potrebbe apparire sproporzionata, mentre l'applicazione delle altre, 'verbali', rivelarsi insufficiente» (così P. BASTIA – C. PIERGALLINI, *Perizia*, cit., p. 291).

Alcuni modelli organizzativi hanno cercato di ovviare a tali obiezioni, introducendo, accanto ai richiami (scritti e verbali) e alla revoca, anche la possibilità di irrogare sanzioni di tipo pecuniario, ma non solo, che vanno a colpire infrazioni di media gravità.

Così, ad esempio, nel modello organizzativo di Impregilo (v. IMPREGILO S.P.A., *Modello di organizzazione e gestione. Parte generale*, p. 25, che può trovarsi in www.impregilo.it) si prevede che per alcune tipologie di infrazioni si applichino le sanzioni pecuniarie, di importo variabile (da due a cinque volte gli emolumenti calcolati su base mensile) oppure la revoca delle procure che sono state conferite, se queste possono avere agevolato la commissione dell'infrazione.

24.2. La sanzione della revoca degli amministratori o comunque la risoluzione del

rapporto con l'apice infedele.

Come già detto, la revoca non può essere la sola sanzione, ma in ogni caso deve essere prevista per i casi più gravi, quando cioè la violazione del modello abbia fatto venir meno il rapporto fiduciario che deve inevitabilmente sussistere tra apice e ente.

Una parte di dottrina ritiene addirittura che un efficace modello organizzativo dovrebbe prevedere automaticamente la rimozione dell'amministratore (o comunque dell'apice) qualora questi venga indagato o imputato per un reato comportante la responsabilità dell'ente. Questa sanzione, oltre a dimostrare la volontà dell'ente di elidere ogni rapporto con l'autore del reato, risponde anche ad una precisa esigenza processuale. L'art. 39 d.lgs. n. 231 del 2001, infatti, prevede che l'ente partecipi al procedimento a suo carico mediante il proprio legale rappresentante, salvo che questi sia imputato del reato dell'ente. In breve, se l'ente non provvede alla sostituzione del rappresentante legale imputato, vede limitata la propria difesa, rimanendo contumace *ex art. 41* (in questo senso P. DI GERONIMO, *I modelli di organizzazione e di gestione*, cit., p. 73 s.).

A parte ciò, e anche ai fini cautelari, l'avvicendamento dei vertici societari dopo la commissione del reato è una condizione importante (ancorché da sola non decisiva) per valutare il ritorno alla legalità della *societas* sottoposta a procedimento penale e la sua pericolosità criminale (v. in questo senso, in motivazione, Cass. pen., sez. VI, 31 maggio 2010, n. 20560, in *www.rivista231.it*; ma anche Cass. pen., sez. VI, 2 ottobre 2006, n. 32626, *ivi*).

25. I sindaci e i componenti dell'Organismo di vigilanza.

Un discorso a parte meritano i componenti del Collegio sindacale e dell'Organismo di vigilanza, che adesso, dopo le modifiche apportate dalla c.d. Legge di stabilità 2012, possono anche coincidere (e v. infatti il comma 4-*bis* dell'art. 6 del d.lgs. n. 231/2001, introdotto dall'art. 14 della l. 12 novembre 2011, n. 183).

Il problema dell'assoggettabilità a sanzioni disciplinari dei componenti degli organi di controllo non è stato oggetto di particolare approfondimento da parte della dottrina. In alcuni modelli organizzativi si prevede la possibilità di sanzionare i componenti del collegio sindacale (v. ad esempio il Modello organizzativo di Impregilo s.p.a., oppure il

Modello organizzativo di Enel s.p.a.). Ancora più complessa si rivela l'introduzione di sanzioni a carico dei membri dell'Organismo di vigilanza.

In entrambi i casi, il profilo più delicato attiene al necessario contemperamento tra la previsione di sanzioni conservative nei confronti dei controllori e l'esigenza di non menomarne l'autonomia e l'indipendenza. In termini generali parrebbe praticabile la revoca dei singoli componenti dell'organo di controllo e/o dell'Organismo di vigilanza in caso di inadempienze possono tali da compromettere l'efficacia del controllo esercitato o, in alternativa, forme di decadenza dell'intero organo o di singoli membri (si pensi all'eventualità che la società subisca una misura cautelare o una sanzione per omesso o insufficiente controllo dell'Odv; si pensi ancora all'ipotesi che uno dei membri perda i requisiti di onorabilità richiesti per la composizione dell'organo e/o dell'Organismo).

Per il collegio sindacale si impone in ogni caso il rigoroso rispetto della disciplina imperativa dettata dal codice civile che prevede l'irrevocabilità senza giusta causa dell'organo e la perdurante inefficacia della relativa deliberazione sino a che non sia approvata con decreto dal tribunale, sentito l'interessato (art. 2400, comma 2, c.c.).

Tali limiti non trovano corrispondente per il consiglio di sorveglianza del sistema dualistico e il comitato per il controllo sulla gestione del sistema monistico. Ciò nondimeno, anche in questi casi – come per il collegio sindacale e l'Organismo di vigilanza – è necessario che i presupposti della revoca e della decadenza siano predeterminati con sufficiente specificazione. Inoltre la sanzione risolutiva del rapporto deve essere irrogata previa predisposizione di una serie di garanzie (ad es. adeguata motivazione del provvedimento, coinvolgimento dell'assemblea dei soci o dell'organo sociale di controllo diverso da quello coinvolto) volte ad evitare ogni un utilizzo strumentale di tali rimedi per rimuovere organi di controllo che, nel diligente svolgimento del proprio compito di vigilanza, risultino “scomodi” ai vertici aziendali.

26. I soggetti sottoposti alla altrui direzione e vigilanza: i lavoratori subordinati.

Con riferimento ai lavoratori subordinati (diversi dai dirigenti apicali per i quali valgono le regole esposte), non si presentano problematiche particolari. Lo sottolineano le linee

guida di categoria di un'importante associazione le quali affermano che «[...] la previsione e l'attuazione di un sistema disciplinare [...] costituisce un elemento connaturato (in virtù di quanto previsto dagli artt. 2086, 2094 e 2106 c.c.) al rapporto di lavoro stesso e si estrinseca attraverso l'elaborazione di un codice disciplinare e l'applicazione delle misure ivi contenute. Il [che comporta] che per i lavoratori subordinati le esigenze di cui al decreto in esame possano essere adeguatamente soddisfatte attraverso la semplice integrazione del codice disciplinare già esistente [e quindi] fa sì che sia sufficiente rinviare ai Modelli Gestionali che si sono consolidati nei trent'anni di vigenza dell'art. 7, legge 300/1970, anche in ragione del consolidarsi della giurisprudenza di merito e di legittimità in ordine agli adempimenti richiesti per garantire la conoscenza preventiva del lavoratore del rapporto inadempimento-sanzione (codice disciplinare, pubblicità, affissione, ecc.), il rispetto delle modalità procedurali (contestazione dell'addebito, diritto di difesa, termini dilatori, tempestività, ecc.) e degli ambiti di esercizio del potere (sanzioni tipiche, proporzionalità, licenziamento disciplinare, ecc.)» (così, testualmente, ABI, *Linee guida*, cit., p 41). Da qui discende, quale unica accortezza, che il regolamento disciplinare aziendale venga integrato con le regole sanzionatorie proprie del modello organizzativo, nel cui novero va inserita l'assegnazione del dipendente ad altra area aziendale. Il trasferimento ad altra unità produttiva, che non può tradursi in un demansionamento, può essere ipotizzabile quale provvedimento disciplinare purché previsto dalla contrattazione collettiva e dai codici disciplinari (v. CONFINDUSTRIA, *Linee guida*, cit., p. 32).

In generale, il processo di integrazione del preesistente codice disciplinare, volto ad adeguarne la portata e la funzionalità alle previsioni contenute nel d.lgs. 231/2001, dovrà aver luogo nel rispetto del già richiamato principio di predeterminazione delle infrazioni e delle corrispondenti sanzioni, enunciato dall'art. 7, primo comma Dello Statuto dei Lavoratori (sul quale *supra*, § 4.2).

26.1. I lavoratori parasubordinati e i collaboratori esterni.

Per i lavoratori parasubordinati ed i collaboratori esterni, non è agevole costruire un procedimento disciplinare pienamente rispettoso delle caratteristiche sopra menzionate.

La questione, tra l'altro, non sembra essere stata oggetto di particolare approfondimento. Secondo l'opinione assolutamente dominante, è opportuno dare rilevanza, nei contratti individuali, alla risoluzione anticipata del rapporto per inadempimento (v. ABI, *Linee guida*, cit., p. 43; CONFINDUSTRIA, *Linee guida*, cit., p. 31). Si consideri poi che alcune società sottoposte a procedimento penale per i reati di truffa e di corruzione, nel rivedere i propri modelli di organizzazione in vista dell'udienza di cui all'art. 49 d.lgs. n. 231 del 2001, hanno previsto, nei confronti dei propri procacciatori di affari (nella specie si trattava di informatori farmaceutici), misure diverse dalla risoluzione del contratto, di natura prevalentemente patrimoniale (diretta o indiretta), e di intensità crescente, quali:

- la diffida, in caso di violazione non grave di una o più regole comportamentali o procedurali previste nel modello organizzativo;

40

- l'applicazione di una penale convenzionalmente prevista pari al 10% del corrispettivo pattuito nel caso di inosservanza delle procedure relative agli obblighi di informazione in favore dell'OdV o nella mancata osservanza dei provvedimenti dell'organismo di vigilanza;
- la sospensione dell'incarico, quando la violazione abbia prodotto un pregiudizio alla sicurezza e alla regolarità del servizio con gravi danni ai beni della società o dei terzi;
- il mancato riconoscimento degli incentivi (o comunque la decurtazione degli stessi), nel caso in cui i collaboratori non dimostrino di conoscere i protocolli organizzativi e i codici etici adottati dall'azienda.

Tali misure sono state apprezzate positivamente nella relazione del consulente del Pubblico ministero.

Chiaramente l'intenso rapporto che lega informatori e imprese farmaceutiche, spesso regolati da rigorosi contratti di esclusiva, rende le soluzioni accolte nei modelli organizzativi sopra riportate non sempre esportabili ad altre realtà aziendali e ad altre figure di lavoratori autonomi e collaboratori esterni: si pensi, in particolare, ai fornitori per i quali rimane come unica soluzione la clausola risolutiva espressa.

27. Gli adempimenti conseguenti alla recente introduzione della disciplina del whistleblowing anche nel settore privato. Le modifiche all'art. 6 d.lgs. n. 231 del 2001.

Come è noto, lo scorso 29 dicembre 2017 è entrato in vigore la legge 30 novembre 2017, n. 179 recante “Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell’ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato”. La legge in parola mira a incentivare la collaborazione dei lavoratori per favorire l’emersione dei fenomeni corruttivi all’interno di enti pubblici e privati attraverso l’introduzione di una disciplina specifica sul fenomeno del c.d. *whistleblowing*. La normativa di recente introduzione recepisce l’invito, rivolto all’Italia da parte di alcuni organismi internazionali impegnati sul fronte anticorruzione, a rafforzare l’azione di prevenzione e contrasto di questo fenomeno anche con la previsione di sistemi che consentono ai lavoratori di segnalare in condizioni di sicurezza gli eventuali illeciti di cui vengono a conoscenza.

Il provvedimento normativo distingue la disciplina del settore pubblico (art. 1) da quella del settore privato (art. 2) ed è stata integrata la disposizione sull’obbligo del segreto di ufficio, aziendale, professionale, scientifico e industriale (art.3).

In particolare, per quanto interessa in questa sede, l’art. 2, che disciplina il settore privato, introduce all’art. 6 d.lgs. n. 231 del 2001, quale requisito di idoneità del Modello di organizzazione, gestione e controllo:

- 1) un comma 2-bis secondo il quale: *«I modelli di cui alla lettera a) del comma 1 prevedono: a) uno o più canali che consentano ai soggetti indicati nell'articolo 5, comma 1, lettere a) e b), di presentare, a tutela dell'integrità dell'ente, segnalazioni circostanziate di condotte illecite, rilevanti ai sensi del presente decreto e fondate su elementi di fatto precisi e concordanti, o di violazioni del modello di organizzazione e gestione dell'ente, di cui siano venuti a conoscenza in ragione delle funzioni svolte; tali canali garantiscono la riservatezza dell'identità del segnalante nelle attività di gestione della segnalazione; b) almeno*

un canale alternativo di segnalazione idoneo a garantire, con modalità informatiche, la riservatezza dell'identità del segnalante; c) il divieto di atti di ritorsione o discriminatori, diretti o indiretti, nei confronti del segnalante per motivi collegati, direttamente o indirettamente, alla segnalazione; d) nel sistema disciplinare adottato ai sensi del comma 2, lettera e), sanzioni nei confronti di chi viola le misure di tutela del segnalante, nonché di chi effettua con dolo o colpa grave segnalazioni che si rivelano infondate»;

2) un comma 2-ter che impone: *«L'adozione di misure discriminatorie nei confronti dei soggetti che effettuano le segnalazioni di cui al comma 2-bis può essere denunciata all'Ispettorato nazionale del lavoro, per i provvedimenti di propria competenza, oltre che dal segnalante, anche dall'organizzazione sindacale indicata dal medesimo»;*

3) ed un comma 2-quater che prevede che *«Il licenziamento ritorsivo o discriminatorio del soggetto segnalante è nullo. Sono altresì nulli il mutamento di mansioni ai sensi dell'articolo 2103 del codice civile, nonché qualsiasi altra misura ritorsiva o discriminatoria adottata nei confronti del segnalante. È onere del datore di lavoro, in caso di controversie legate all'irrogazione di sanzioni disciplinari, o a demansionamenti, licenziamenti, trasferimenti, o sottoposizione del segnalante ad altra misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro, successivi alla presentazione della segnalazione, dimostrare che tali misure sono fondate su ragioni estranee alla segnalazione stessa».*

La disposizione ha fatto sorgere questioni riguardanti l'individuazione dei soggetti che hanno facoltà di effettuare la segnalazione, di quale sia l'oggetto della medesima, chi i destinatari e i canali della segnalazione stessa (v. le questioni sollevate da M. Pansarella, *Problematiche giuridiche e organizzative del whistleblowing nei Modelli 231*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2018, n. 1, p 275 ss.).

Ad alcune di queste domande ha cercato di dare risposta il centro studi di Confindustria che ha elaborato, nel gennaio 2018, una nota illustrativa de “La disciplina in materia di *whistleblowing*” che individua nell'Organismo di vigilanza il destinatario privilegiato delle segnalazioni (v. p. 6 della nota sopra citata).

Altro documento, da cui trarre informazioni utili, appare essere anche la Determinazione n. 6 del 28 aprile 2015 dell'ANAC "Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti" che fornisce alcune spiegazioni in ordine alla disposizione di cui all'art. 54-*bis* del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.