PuntoSicuro

ARTICOLO DI PUNTOSICURO

Anno 15 - numero 3118 di giovedì 27 giugno 2013

D.Lgs. 231/2001: i requisiti dell'Organismo di Vigilanza

I requisiti dell'Organismo di Vigilanza 231 secondo le Linee Guida di Confindustria e altre Associazioni. Autonomia, professionalità, continuità di azione, composizione, compiti, requisiti e poteri dell'OdV. Di Rolando Dubini.

Milano, 27 Giu ? Le linee Guida Confindustria del 2008 hanno precisato alcuni aspetti specifici dell'**Organismo di Vigilanza** relativi a poteri e requisiti, autonomia ed indipendenza e professionalità e continuità d'azione, che vengono qui di seguito testualmente riprodotte.

Per poter svolgere in modo efficace i propri compiti l'organismo di controllo deve essere dotato delle caratteristiche essenziali di "**autonomia ed indipendenza**, **professionalità e continuità di azione**", mancando le quali, come afferma la sentenza Thyssen, l'intero modello 231 viene vanificato nei fatti.

Quanto all'**autonomia dell'organismo di controllo** rispetto ai soggetti controllati, essa può essere conseguita sottraendo chi effettua i controlli alla gerarchia aziendale e ponendolo in una posizione di riporto diretto rispetto al vertice aziendale, il quale è, in ultima analisi, responsabile nei confronti del C.d.A. che lo ha nominato e dei soci per l'adozione, l'efficace attuazione ed il funzionamento del modello.

Il **requisito della professionalità** comporta la presenza in capo ai soggetti responsabili dei controlli delle competenze e tecniche professionali necessarie per l'efficace svolgimento delle attività richieste (es. tecniche di campionamento statistico, di analisi e valutazione dei rischi, metodologie per l'individuazione di frodi, ecc.).

Infine, la **continuità di azione**, cioè il fatto che l' organismo di controllo debba dedicarsi a tempo pieno allo svolgimento dei controlli, è necessaria per assicurare che non si verifichino falle nel sistema, determinate da controlli carenti, suscettibili di inficiare il modello.

Pubblicità
<#? QUI-PUBBLICITA-SCORM1-[ELPS23] ?#>

L'**articolazione** e la **composizione dell'organismo di vigilanza** (monosoggettivo o plurisoggettivo) è direttamente correlata alla complessità strutturale dell'impresa (dimensioni, articolazione interna, dislocazione sul territorio, presenza su determinati mercati particolarmente a rischio, ecc.). In effetti non è possibile fissare limiti quantitativi, né in termini di fatturato, né di numero di dipendenti dell'impresa interessata, **la complessità dell'organismo di controllo va infatti valutata caso per caso** a seconda dei risultati dell'analisi dei rischi, dalla quale emergano quante aree, processi, funzioni devono essere assoggettate a controllo.
In linea generale, anche sulla base dell'esperienza applicativa finora maturata, è stato rilevato che le società di medio-grandi dimensioni si orientano generalmente verso organismi plurisoggettivi, mentre realtà di più piccole dimensioni tendono ad optare per organismi monosoggettivi.

Il tipo di composizione, mono o plurisoggettiva, anche in relazione alle dimensioni aziendali
Nelle realtà di piccole dimensioni che non si avvalgano della facoltà di cui al comma 4 dell'art. 6 [la norma consente che i compiti di cui alla lett. b) dell'art. 6, comma 2, siano assolti dall'organo dirigente, il quale tenuto conto delle molteplici responsabilità ed attività su cui quotidianamente deve applicarsi, potrà avvalersi di professionisti esterni cui affidare l'incarico di svolgere verifiche sul rispetto e l'efficacia del modello] del D.Lgs. 231/2001, la composizione monocratica ben potrebbe garantire le funzioni demandate all'ODV.
In quelle di dimensioni medio grandi sarebbe preferibile una composizione di tipo collegiale, che, nelle maggiori imprese italiane, risulta quello privilegiato, con ricorso a professionisti esterni di un certo "spessore", affiancati a personale interno

qualificato "*ratione materiae*", non operativo, in modo tale da garantire autonomia e professionalità.
Non prevedendo la normativa in commento alcuna definizione di "**enti di piccole dimensioni**", si ritiene possibile ricorrere alla definizione comunitaria di cui alla **raccomandazione della Commissione europea n. 2003/361/Ce** in data 06.05.2003, ratificata con D.M. 18.04.2005, che all'art. 2, comma 2, prevede che appartengono a tale categoria quegli enti che presentano contemporaneamente le seguenti due **condizioni**:
1- un numero di occupati non superiore alle 49 unità, intendendo per tali, ai sensi del successivo comma 5, lett. c), i dipendenti dell'impresa a tempo determinato o indeterminato, iscritti nel libro matricola dell'impresa e legati all'impresa da forme contrattuali che precedono il vincolo di dipendenza, fatta eccezione di quelli posti in cassa integrazione straordinaria;
2- un totale di bilancio annuo o un fatturato annuo, quali risultanti dall'ultimo esercizio contabile chiuso ed approvato, non superiore ai 10 milioni di euro, intendendo, rispettivamente, ai sensi del successivo comma 5, lett. b) ed a):
- per totale di bilancio il totale dell'attivo patrimoniale;
- per fatturato, corrispondente alla voce A.1 del conto economico redatto secondo le vigenti norme del codice civile, l'importo netto del volume d'affari che comprende gli importi provenienti dalla vendita di prodotti e dalla prestazione di servizi rientranti nelle attività ordinarie della società, diminuiti degli sconti concessi sulle vendite nonché dell'imposta sul valore aggiunto e delle altre imposte direttamente connesse con il volume d'affari, e ricorrendo, per le imprese esonerate dalla tenuta della contabilità ordinaria e/o dalla redazione del bilancio, alle informazioni desumibili, per quanto riguarda il fatturato dall'ultima dichiarazione dei redditi presentata e, per quanto riguarda l'attivo patrimoniale dal prospetto delle attività e delle passività redatto con i criteri del D.P.R. n. 689/1974, ed in conformità agli articoli 2423 e seguenti del codice civile".

Compiti, requisiti e poteri dell'organismo di vigilanza
Quanto ai compiti, requisiti e poteri dell' organismo di vigilanza, le linee guida di Confindustria sottolineano che "l'estensione dell'applicazione del decreto 231 ai delitti colposi pone un problema di rapporti tra il piano della sicurezza e quello del modello organizzativo, nonché tra le attività dei soggetti responsabili dei controlli in materia di salute e sicurezza sul lavoro e l'organismo di vigilanza. L'autonomia di funzioni proprie di questi organi non consente di ravvisare una **sovrapposizione dei compiti di controllo**, che sarebbe quindi tanto inutile quanto inefficace. Deve essere chiaro pertanto, così come specificato nella apposita parte del Case Study, che i **diversi soggetti deputati al controllo svolgono i propri compiti su piani differenti**".

Con riferimento all'autonomia ed indipendenza, si ribadisce che "conformemente alle prime indicazioni giurisprudenziali, i **componenti interni dell'Odv non dovrebbero svolgere** [...] **funzioni operative**". La sentenza Thyssen citata conferma questa corretta impostazione.

Per quanto concerne le **professionalità necessarie** per la gestione delle tematiche di tutela della salute e sicurezza sul lavoro, l'Odv dovrà avvalersi di tutte le risorse attivate per la gestione dei relativi aspetti (Responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione, Addetti al Servizio di Prevenzione e Protezione, Rappresentante dei Lavoratori per la Sicurezza, Medico Competente, addetti primo soccorso, addetto emergenze in caso d'incendio), comprese quelle previste dalle normative di settore quali, ad esempio, "quelle relative alla sicurezza nei cantieri".
Quanto alla scelta tra "utilizzo di strutture aziendali di controllo esistenti o costituzione di un organismo (di vigilanza) ad hoc", Confindustria ritiene "da **escludere, relativamente alla prevenzione dei reati di omicidio colposo e lesioni personali colpose commessi con violazione delle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro, la conferibilità del ruolo di Organismo di controllo al responsabile del servizio di prevenzione e protezione** di cui al D. Lgs."n. 81/2008. Difatti "tale figura, sia essa interna o esterna (consulente) all'organizzazione aziendale, è dotata di autonomi poteri di iniziativa e controllo che esplica, con continuità di azione, nel modo di volta in volta ritenuto più opportuno attraverso ispezioni, richieste di chiarimenti, controlli in loco, verifiche delle procedure di sicurezza e/o aggiornamenti delle stesse, ecc., avvalendosi di un appropriato bagaglio di strumenti e tecniche specialistiche (professionalità). È, però, indubbio come lo stesso soggetto svolga un ruolo operativo e sia quasi sempre inserito all'interno di precise gerarchie aziendali dalle quali dipende o, quando esterno all'azienda, vincolato da rapporti contrattuali con esponenti delle predette gerarchie aventi ad oggetto le attività di controllo in parola".

Gli "obblighi di informazione dell' organismo di vigilanza" sono estesi prevedendo che "l'organismo di vigilanza dovrebbe altresì ricevere copia della reportistica periodica in materia di salute e sicurezza sul lavoro".

Con riferimento, infine, all'eventuale **insorgere di una responsabilità penale** in capo all'Organismo in caso di commissione di illeciti da parte dell'ente a seguito del mancato esercizio del potere di vigilanza sull'attuazione e sul funzionamento del Modello, Confindustria si esprime in senso negativo: "tale situazione non muta con riferimento ai delitti colposi realizzati con violazione delle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro. Anche in questo caso **l'Organismo di vigilanza non ha obblighi di controllo dell'attività, ma doveri di verifica della idoneità e sufficienza dei modelli organizzativi a prevenire i reati**".
A parte il fatto che non si capisce bene il senso di questa distinzione, anche i doveri di verifica, se omessi, rappresentano una

posizione impeditiva di garanzia non adempiuta e capace di prevenire l'evento illecito, ma questa posizione è in contrasto con gli articoli 40 e 43 c.p. che prevedono la **responsabilità penale colposa di chi possiede poteri impeditivi dell'illecito penale** (reato presupposto), e la funzione di vigilanza dell'odv rappresenta una funzione impeditiva, in quanto le segnalazioni che esso è obbligato a inviare all'organismo dirigente aziendale in caso di in osservanza del modello organizzativo sono idonee e finalizzate proprio a prevenire i reati.

Il ragionamento a tal riguardo si desume dalle seguenti sentenze, relative anche alla posizione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione, figura per molti versi analoga a quella dell'OdV 231.
I titolari della posizione di garanzia [ovvero i soggetti imputabili penalmente per avere omesso di eserciate il proprio potere di impedire i reati, anche in modo indiretto artt. 43 e 40 c.p.] devono essere forniti dei necessari poteri impeditivi degli eventi dannosi.
Il che non significa che dei poteri impeditivi debba essere direttamente fornito il garante, è sufficiente che gli siano riservati mezzi idonei a sollecitare gli interventi necessari per evitare che l'evento dannoso venga cagionato, per la operatività di altri elementi condizionanti di natura dinamica.
In **conclusione** può affermarsi che un soggetto è titolare di una posizione di garanzia, se ha la possibilità, con la sua condotta attiva di influenzare il decorso degli eventi indirizzandoli verso uno sviluppo atto ad impedire la lesione del bene giuridico da lui preso in carico [Cassazione Penale, Sez. 4, 04 novembre 2010, n. 38991 (Montefibre)].

Secondo la **Cassazione** "...«occorre distinguere nettamente il piano delle responsabilità prevenzionali, derivanti dalla violazione di norme di puro pericolo, da quello delle responsabilità per reati colposi di evento, quando, cioè, si siano verificati infortuni sul lavoro o tecnopatie» [Cassazione Penale, Sez. 4, 31 marzo 2006, n. 11351]. Ne consegue che **il responsabile del servizio di prevenzione e di protezione qualora, agendo con imperizia, negligenza, imprudenza o inosservanza di leggi e discipline, abbia dato un suggerimento sbagliato, o abbia trascurato di segnalare una situazione di rischio, inducendo, così, il datore di lavoro ad omettere l'adozione di una doverosa misura prevenzionale, risponderà insieme a questi dell'evento dannoso derivatone, essendo a lui ascrivibile un titolo di colpa professionale che può assumere anche un carattere addirittura esclusivo**". Peraltro, "il responsabile del servizio di prevenzione e di protezione è ... esente da responsabilità prevenzionali, derivanti dalla violazione delle norme di puro pericolo, qualora agisca come tale, ma non se il datore di lavoro lo investa di delega, ne faccia, ai fini prevenzionali o a determinati fini prevenzionali, il proprio alter ego, assumendo il delegato, in questo caso, gli stessi oneri del datore di lavoro e, quindi, le stesse, eventuali, responsabilità"..."con tutte le conseguenze in tema di procedibilità di ufficio" [Cassazione Penale, Sez. 4, 31 marzo 2006, n. 11351].

La legge "prevede la necessità in capo alla figura del responsabile del servizio di prevenzione e protezione di una qualifica specifica. La ... normativa ... comporta ... che il soggetto designato responsabile del servizio di prevenzione e protezione, pur rimanendo ferma la posizione di garanzia del datore di lavoro, possa, ancorché sia privo di poteri decisionali e di spesa, essere ritenuto corresponsabile del verificarsi di un infortunio, **ogni qual volta questo sia oggettivamente riconducibile ad una situazione pericolosa che egli avrebbe avuto l'obbligo di conoscere e segnalare**, dovendosi presumere, nel sistema elaborato dal legislatore, che alla segnalazione avrebbe fatto seguito l'adozione, da parte del datore di lavoro, delle necessarie iniziative idonee a neutralizzare detta situazione [Cassazione ? Sezione quarta penale ? sentenza 6 dicembre 2007 ? 8 febbraio 2008, n. 6277 Presidente Morgigni ? Relatore Licari Pm Febbraro ? conforme ? Ricorrente Pubblico Ministero presso il Tribunale di Bolzano].

Rolando Dubini, avvocato in Milano

Questo articolo è pubblicato sotto una Licenza Creative Commons.

---

www.puntosicuro.it