PuntoSicuro

ARTICOLO DI PUNTOSICURO

Anno 15 - numero 3177 di giovedì 10 ottobre 2013

D.Lgs. 231/2001: il funzionamento dell'organismo di vigilanza

Il corretto ed efficace svolgimento dei compiti di vigilanza affidati dal D.Lgs. 231/2001 all'organismo di vigilanza sono presupposti indispensabili e assolutamente inderogabili per l'esonero dalla responsabilità. Di Rolando Dubini.

Dopo la pausa dedicata al commento a agli approfondimenti relativi al Decreto del Fare-Legge n. 98/2013 e alle modifiche al D.Lgs. 81/2008, torniamo a proporre le analisi dell'avvocato Dubini sui vari aspetti del ***D.Lgs. n. 231/2001*** *"Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000,n. 300".*
Con l'occasione ricordiamo che il D.Lgs. n. 231/2001 è stato aggiornato in Banca Dati con riferimento alle recenti modifiche operate dal Decreto legge 14 agosto 2013, n. 93.

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

Milano, 10 Ott ? **Il corretto ed efficace svolgimento dei compiti di vigilanza affidati dalla Legge all'organismo di vigilanza (ODV) sono presupposti indispensabili e assolutamente inderogabili per l'esonero dalla responsabilità**, sia che il reato sia stato commesso dai soggetti "apicali" sia che sia stato commesso dai soggetti sottoposti all'altrui direzione. Questo è il senso dell'art. 7, comma 4, del D.Lgs. 231/2001 il quale prevede che l'efficace attuazione del modello richiede, oltre all'istituzione di un sistema disciplinare, una sua **verifica periodica**, che ragionevolmente può essere attuata solo da parte dell'organismo a ciò appositamente dedicato.
A tale organismo di Vigilanza 231, operante costantemente in coordinamento con l'ente, pur risultando soggetto autonomo ed indipendente da esso, sono attribuiti i compiti di **verificazione, applicazione ed aggiornamento dei modelli di organizzazione, gestione e controllo**.

I requisiti
I principali requisiti che l'organismo di Vigilanza 231 deve possedere, come individuati anche dalla giurisprudenza, sinteticamente, si possono riassumere come segue:

1 - **autonomia ed indipendenza**: qualità che si ottengono con l'inserimento dell'ODV come unità di staff in una posizione gerarchica la più elevata possibile.
L'autonomia va intesa in senso non meramente formale, nel senso che è necessario che l'ODV:
- 1a: sia dotato di risorse (anche finanziarie) adeguate;
- 1b: possa avvalersi di strumentazioni, supporti ed esperti nell'espletamento della sua attività di monitoraggio
- 1c: sia dotato di effettivi poteri di ispezione e controllo;
- 1d: abbia possibilità di accesso alle informazioni aziendali rilevanti.

Quanto al **requisito dell'indipendenza**, i componenti del citato organo di controllo interno non devono trovarsi in una posizione, neppure potenziale, di conflitto di interessi con l'ente né essere titolari all'interno della stessa di funzioni di tipo esecutivo che, rendendolo partecipe di decisioni ed attività operative, ne minerebbero l'obiettività di giudizio nel momento delle verifiche sui comportamenti e sul modello.
- 1e: **onorabilità**: pur non contenendo il D.Lgs. n. 231/2001 alcuna indicazione esplicita circa i requisiti di onorabilità dei componenti l'ODV, è nella logica del Decreto, e quindi assolutamente necessario, oltre che opportuno per ragioni di coerenza di

sistema, ed anche per rispondere alle censure che potrebbero essere sollevate in sede giudiziaria (G.I.P. presso il Tribunale di Napoli, ordinanza in data 26.06.2007 e G.I.P. presso Tribunale di Milano, ordinanza in data 09.11.2004), che il modello organizzativo, anche per rinvio ad altri settori della normativa vigente, preveda specifiche cause di ineleggibilità quale componente del citato organo di controllo e di incompatibilità alla permanenza nella carica quali, a titolo esemplificativo:
- la condanna con sentenza anche non irrevocabile per aver commesso uno dei reati di cui al D. Lgs. n. 231/2001;
- la condanna ad una pena che comporta l'interdizione, anche temporanea, dai pubblici uffici ovvero l'interdizione temporanea dagli uffici direttivi delle persone giuridiche;
- l'esistenza di procedimenti penali pendenti per uno dei reati di cui al D.Lgs. n. 231/2001.
Il componente dell'Organismo di Vigilanza dovrebbe consegnare al momento della sua nomina, una apposita **comunicazione scritta**, con la quale dichiari "*di non trovarsi in condizioni di incompatibilità con la carica in ragione dei requisiti di cui sopra e, comunque, di obbligarsi a comunicare, ai fini delle opportune valutazioni, la pendenza di procedimenti penali a suo carico ovvero di procedimenti già definiti con sentenza di condanna o di "patteggiamento" anche per reati diversi da quelli di cui al D.lgs 231/01 e, altresì, di dare tempestiva comunicazione al Consiglio di Amministrazione dell'eventuale sopravvenienza di cause di incompatibilità*".

2 - **professionalità**: connotato riferito al bagaglio di strumenti e tecniche che l'organismo deve possedere per poter svolgere efficacemente l'attività assegnata [G.I.P. presso il Tribunale di Milano, ordinanza in data 20 settembre 2004, il possesso di specifiche competenze in tema di attività ispettiva e di analisi, e delle connesse tecniche, sono stati individuati come indispensabili requisiti dell'ODV];

3 - **continuità di azione**: per soddisfare la previsione di cui all'art. 6, comma 1, lettera d) ["d) *prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli*"], e quindi per poter dare la garanzia di efficace e costante attuazione di un modello così articolato e complesso quale é quello delineato, soprattutto nelle aziende di grandi e medie dimensioni, si rende necessaria la presenza di una **struttura interna dedicata esclusivamente ed a tempo pieno all'attività di vigilanza sul modello organizzativo** priva, come detto, di mansioni operative che possano portarla ad assumere decisioni con effetti economico-finanziari. In tal senso è sufficiente assicurare che almeno qualcuno dei membri dell'OdV sia costantemente presente in azienda.

I compiti
L'ODV **non costituisce una sovrapposizione rispetto agli organi di controllo previsti** dai diversi sistemi di gestione, anzi imposta un "comportamento" dell'ente all'interno e all'esterno che si integra con gli scopi di una corretta gestione e di un efficiente apparato di controllo, attraverso la giusta previsione di un sistema di scambio incrociato di informazioni tra l'organo amministrativo, quello di controllo (collegio sindacale) e l'organismo di vigilanza.
Nel dettaglio, le attività che l'organismo è chiamato ad assolvere ("*vigilare sul funzionamento e sull'osservanza dei modelli e curarne l'aggiornamento*"), anche sulla base delle indicazioni contenute negli artt. 6 e 7 del D. Lgs. n. 231/2001, seguendo uno schema tratto dalle Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ex D. Lgs. n. 231/2001 redatte dal Gruppo di lavoro sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche a cura di Confindustria, possono essere riassunte come segue:

1 - **vigilanza sull'*effettività* del modello**, che si sostanzia nella verifica della coerenza tra i comportamenti concreti ed il modello istituito;

2 - **disamina in merito all'*adeguatezza* del modello**, ossia della sua reale (e non meramente formale) capacità di prevenire, in linea di massima, i comportamenti non voluti;

3 - analisi circa il ***mantenimento* nel tempo** dei requisiti di solidità e funzionalità del modello;

4 - cura del necessario ***aggiornamento* in senso dinamico del modello**, nell'ipotesi in cui le analisi operate rendano necessario effettuare correzioni per garantire che il modello si mantenga "adeguato" nel tempo. Tale cura, di norma, si realizza in due momenti distinti ed integrati:
- 4a: presentazione di proposte di adeguamento del modello verso gli organi/funzioni aziendali in grado di dare loro concreta attuazione nel tessuto aziendale. Casi in cui si rende necessaria la formulazione di proposte possono essere individuati in: significative violazioni del modello organizzativo; significative modificazioni dell'assetto interno della società e/o delle modalità di svolgimento dell'attività d'impresa; modifiche normative;
- 4b: follow-up, ossia verifica dell'attuazione e dell'effettiva funzionalità delle soluzioni proposte;

5 - **segnalazione**, segnatamente documentale, all'organo dirigente, per gli opportuni provvedimenti, di quelle *violazioni accertate del modello organizzativo* che possano comportare l'insorgere di una responsabilità in capo all'ente. E' necessario che l'ODV provveda a documentare lo svolgimento dei suoi compiti. Infatti, l'attività di documentazione, da svolgersi in modo sintetico, chiaro, approfondito ed obiettivo, non deve essere sottovalutata né considerata come un aggravio burocratico-amministrativo da parte dei suoi componenti posto che:
- dai documenti si può evincere la "sufficiente vigilanza";
- "può essere necessario, come nel caso di successiva attività investigativa della polizia giudiziaria finalizzata all'accertamento della responsabilità amministrativa dell'ente, ricostruire, anche ad anni di distanza, l'attività di vigilanza posta in essere dal citato organismo di controllo interno" [Circolare della Guardia di Finanza n. 83607/2012].
In tal senso particolare e privilegiato rilievo costituiscono i verbali dell'OdV 231, le relazioni annue e periodiche, l'attività di segnalazione, controllo e intervista effettuata.

Per quanto attiene alle **aziende di piccole dimensioni**, al fine di non gravare eccessivamente in termini economici sulle medesime, **il legislatore consente di affidare i compiti demandati all'organismo di vigilanza direttamente all'amministratore della società o al socio responsabile della stessa**, preoccupandosi in tal modo di non gravare sulla piccola impresa obbligandola a sopportare costi sicuramente eccessivi e non commisurati all'obiettivo della legge. E' però del tutto evidente, che da un punto di vista pratica, la capacità di vigilanza risulta notevolmente attenuata, anche per un evidente conflitto di interesse.

I poteri
Per poter assolvere in modo esaustivo i propri delicati ed onerosi compiti di vigilanza l'ODV deve essere dotato, come specifica il D.Lgs. n. 231/2001 [articolo 6, 1° comma, lett. b) D. Lgs. n. 231/2001] di **autonomi poteri di iniziativa e di controllo**, ovvero di strumenti adeguati per poter verificare l'idoneità e la puntuale e completa attuazione delle procedure codificate per la prevenzione degli illeciti e in ciascuna delle aree di rischio individuate in seno all'ente.
Per poter efficacemente operare in tal senso, fondamentale risulta l'**autonomia nei confronti degli organi di direzione ed amministrazione dell'ente** che deve caratterizzare le fasi dell' "iniziativa" e del "controllo".
L'organismo dovrà essere munito della capacità di decidere cosa, quando, e come esplicare la propria fondamentale funzione di controllo, agendo in modo indipendente dalle altre funzioni ed organi di vertice dell'ente, in quanto sono essi stessi destinatari dell'attività ispettiva.
Inoltre, molto significativa, evidentemente, è la facoltà di attivarsi (con criteri di autonomia) nella richiesta di informazioni, dati e documenti verso tutte le componenti interne dell'ente.
Ulteriori, fondamentali, prerogative dell'ODV sono:
1. la facoltà di eseguire interviste e raccogliere segnalazioni;
2. dotazione di risorse proprie ovvero, ove necessario, ricorrere a consulenti esterni.

I flussi informativi destinati all'Organismo di Vigilanza
Fondamentale rilevanza assume il generale obbligo di **assoluta ed incondizionata collaborazione** incombente su tutti i livelli e le funzioni della società o dell'ente, siano essi operativi ovvero di direzione o di amministrazione.

In tal senso, la legge esplicitamente prevede precisi **obblighi di informazione** di cui l'organismo di controllo deve risultare destinatario, anche se la relazione illustrativa sul punto non fornisce ulteriori chiarimenti.
Ai sensi del disposto dell'art. 6, comma 2, lett. d) i modelli devono "*prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli*".
In assenza della predisposizione di una adeguata "reportistica" all'ODV il modello stesso non potrà dirsi efficace: la mancata previsione dell'obbligo "*per i dipendenti, i direttori, gli amministratori della società di riferire all'organismo di vigilanza notizie rilevanti e relative alla vita dell'ente, a violazioni del modello o alla consumazione di reati ...*" e l'assenza di indicazioni procedurali da seguire per poter attivare i canali d'informazione verso tale organismo sono stati individuati dal G.I.P. presso il Tribunale di Milano, ordinanza in data 09.11.2004, tra i motivi a sostegno della decisione di **inidoneità del modello organizzativo** adottato dall'ente.

L'organo di controllo interno deve essere tenuto costantemente informato sull'evoluzione delle attività nelle aree a rischio e deve avere libero accesso a tutta la documentazione aziendale rilevante, compresi i relativi aggiornamenti. Il **Codice Etico** deve prevedere l'obbligo inderogabile di fornire informazioni all'OdV senza eccezione alcuna.
Sarà, inoltre, destinatario di segnalazioni da parte del management circa eventuali situazioni dell'attività aziendale che possano esporre l'azienda al rischio di reato nonché di ogni altra informazione, di qualsiasi tipo, proveniente anche da terzi ed attinente all'attuazione del modello nelle aree a rischio.

A titolo di esempio all'ODV dovranno essere segnalati:
- eventuali notizie relative alla commissione, o alla ragionevole convinzione di commissione, di reati-presupposto;
- ogni violazione o presunta violazione delle regole previste dal modello, o comunque comportamenti non in linea con le regole di condotta adottate dall'ente.
- i rapporti forniti da enti di certificazione su non conformità e osservazioni che rappresentano eventi sentinella di eventuale futura possibilità di verificazione di reati;
- i verbali contestati da organi di vigilanza istituzionali.

Per quanto precede, sarà necessario che il modello di organizzazione disciplini **efficaci procedure di reportistica interna indirizzate all'ODV**, da attivare per iscritto (anche tramite casella postale o a mezzo linea fax dedicata) ovvero tramite e-mail dedicata con accesso esclusivo ai suoi componenti, via gerarchico ovvero direttamente. Eventualmente mettendo anche a disposizione l'email del o dei componenti esterni al fine di prevenire eventuali timori reverenziali nel comunicare anche ai membri interni dell'OdV eventuali situazioni problematiche. L'ODV dovrà **agire approfondendo la segnalazione** (eventualmente anche anonima, ma documentata) al fine di trarre un proprio imparziale e fondato convincimento circa la veridicità dell'informazione pervenuta e, comunque, in modo tale da garantire i segnalanti contro qualsiasi forma di ritorsione, discriminazione o penalizzazione, assicurando, altresì, la riservatezza dell'identità del segnalante, fatti salvi gli obblighi di legge e la tutela dei diritti delle persone accusate erroneamente e/o con mala fede.
Il compito della polizia giudiziaria "*sarà quello di stimare la completezza, soprattutto in termini di qualità, e la tempestività delle informazioni destinate all'organismo di controllo, allo scopo di constatare l'effettivo funzionamento dei meccanismi di prevenzione predisposti e la concreta capacità di reazione del citato organismo di vigilanza nello specifico contesto*" [Circolare della Guardia di Finanza n. 83607/2012].

Regione Lombardia: "Compliance 231/01: Linee guida per gli organismi di vigilanza" degli enti formativi accreditati in Regione

Si ricorda che in Regione Lombardia con il **decreto 4340 del 18 maggio 2012** sono state approvate le "**Linee guida per gli organismi di vigilanza**", come previsto dal D.Lgs. 231/2001. In particolare con questo atto vengono disciplinate le caratteristiche salienti degli organismi di vigilanza: compiti (piano di attività e relazione finale), caratteristiche e flussi informativi. E l'adeguamento alle disposizione contenute nel Decreto legislativo costituisce un requisito essenziale di accreditamento per i servizi di istruzione, formazione professionale e per i servizi al lavoro.

Rolando Dubini, avvocato in Milano

Regione Lombardia - Linee guida per gli organismi di vigilanza ? approvate con Decreto 4340 del 18 maggio 2012.

Questo articolo è pubblicato sotto una Licenza Creative Commons.

---

www.puntosicuro.it