PuntoSicuro

ARTICOLO DI PUNTOSICURO

Anno 19 - numero 4018 di venerdì 26 maggio 2017

L'Organismo di vigilanza non può essere giudice di se stesso

Il ruolo dell'Organismo di vigilanza secondo il D.Lgs. 231/2001 nei modelli di organizzazione e di gestione. I poteri di controllo dell'Organismo sono effettivi se si può escludere la subordinazione del controllante al controllato.

Pubblicità
<#? QUI-PUBBLICITA-SCORM1-[EL0092] ?#>

Urbino, 26 Mag ? I poteri di iniziativa e controllo dell'**Organismo di Vigilanza** (O.d.V.) ex D.Lgs. 231/2001 ? "organismo" che concorre a prevenire la commissione dei reati presupposto previsti dal Decreto e contribuisce all'efficace attuazione dei modelli organizzativi ? sono "**effettivi**, e non meramente 'cartolari', se si può escludere la subordinazione del controllante al controllato".

Ad affrontare in questi termini il tema dei poteri dell' Organismo di vigilanza e altri aspetti correlati alle sue funzionalità è un contributo al convegno di studi su «**La sicurezza sul lavoro nella galassia delle società di capitali**» (Università di Urbino, 14 novembre 2014). Un contributo raccolto, insieme agli altri atti del convegno, nel **Working Paper**, pubblicato da Olympus nel mese di dicembre 2015, dal titolo " La sicurezza sul lavoro nella galassia delle società di capitali - Atti del Convegno di Studi - Urbino - 14 novembre 2014" e a cura di Piera Campanella e Paolo Pascucci (professori ordinari di Diritto del lavoro nell'Università di Urbino Carlo Bo).

In relazione al tema del **rapporto tra controllante e controllato** e alla necessaria autonomia di iniziativa e **indipendenza** dell'Organismo, l'intervento si sofferma sulle Linee guida di Confindustria, nell'aggiornamento del 2014.

Si indica che nonostante tali Linee Guida "abbiano affermato chiaramente che i componenti dell'Organismo non devono svolgere 'compiti operativi' nell'ambito dell'ente o dei soggetti da questo controllati o che lo controllano (Parte Generale, par. 2.2.), le medesime Linee guida (par. 2.3.3.) affermano che le funzioni ispettive di controllo tipiche dell'***Internal Auditing*** renderebbero quest'ultimo idoneo a comporre l'Organismo". Le linee guida ricordano che tale funzione è richiamata da più norma, ad esempio dal D.Lgs. 58/1998 che prevede la figura di '*colui che è preposto ai controlli interni*'.

Tuttavia ? ricorda il relatore - secondo l'insegnamento delle Sezioni Unite penali (ad esempio Cass. pen., S.U., n. 38343/2014 che riprende Corte di Assise di Appello di Torino, 22 maggio 2013) il modello organizzativo (M.O.G.) "non può ritenersi efficacemente attuato se l'Organismo, o anche un suo solo componente, è chiamato ad essere giudice di se stesso".

L'intervento ricorda poi che in **giurisprudenza** "si è affermato quanto segue:

- **GIP Tribunale di Roma, ordinanza 4 aprile 2003**: 'Al fine di garantire efficienza e funzionalità l'organismo di controllo non dovrà avere compiti operativi che, facendolo partecipe delle decisioni dell'attività dell'ente, potrebbe pregiudicarne la serenità di giudizio al momento delle verifiche';

- **Tribunale di Torino, Seconda Corte di Assise, 14 novembre 2011** ? caso ThyssenKrupp: 'non è necessario spendere ulteriori parole sulla autonomia del controllore quando è la stessa persona fisica del controllato: Tale organismo deve essere dotato, secondo l'art. 6 del d.lgs. n. 231/2001 di "autonomi poteri di iniziativa e di controllo';

- **Corte di Assise di Appello di Torino, 28 febbraio 2013** ? caso ThyssenKrupp: 'La composizione dell'O.d.v. è essenziale perché lo stesso modello possa ritenersi efficacemente attuato (art. 6, lett. a). A sua volta l'O.d.V. deve essere dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo (art. 6, lett. b). Ciò significa che deve sempre essere garantita l'autonomia dell'iniziativa di controllo dell'O.d.V. da ogni forma di interferenza e o di condizionamento da parte di qualunque componente dell'ente. (omissis) l'autonomia dovrà in primo luogo sussistere rispetto all'organo dirigente (ed) è altrettanto indispensabile che all'O.d.V. non siano attribuiti compiti operativi'.

L'intervento, che si sofferma anche sull'autonomia dell'eventuale Organismo di vigilanza monocratico ("mai totale nel caso di soggetto 'dipendente' della società"), ricorda poi che "l'attribuzione delle funzioni dell'Organismo al **collegio sindacale** o ai suoi singoli componenti presenta diversi profili di criticità, nonostante l'espressa previsione legislativa" dell'art. 6, comma 4-bis del D.Lgs. 231/2001:

- "non si può escludere il conflitto di interessi tra componente del collegio sindacale, nominato dall'assemblea e responsabile verso di essa, e componente dell' Organismo di vigilanza, nominato dal consiglio di amministrazione e responsabile verso quest'ultimo: nell'ipotesi di coincidenza, il collegio sindacale è chiamato a controllare il consiglio di amministrazione, al quale, tuttavia, si rapporta anche in qualità di organismo di vigilanza";

- in qualità di componenti dell'Organismo, "i sindaci esercitano il controllo su 'fatti', che potrebbero avere contribuito a commettere a titolo di concorso: in tal caso si configurerebbe un conflitto di interessi, determinato dalla sovrapposizione del controllante con il controllato".

Inoltre altre perplessità sono suscitate dal fatto che il collegio sindacale "può essere chiamato a svolgere compiti operativi ai sensi dell'art. 2406 c.c.". E "alla luce della dell'orientamento dominante in dottrina (in assenza di pronunce giurisprudenziali), ai componenti dell'Organismo non è estensibile la responsabilità penale per omissione ai sensi dell'art. 40, comma 2 c.p. per carenza di poteri impeditivi. Ci si chiede allora se tale responsabilità, scaturente dagli obblighi di controllo attribuiti ai sindaci (secondo la giurisprudenza prevalente, soprattutto in tema di bancarotta fraudolenta societaria) possa estendersi alla loro attività in funzione di componenti dell'Organismo di vigilanza". Ampliando "la sfera di azione del collegio sindacale nella direzione della prevenzione dei reati, mediante l'attribuzione allo stesso delle funzioni di O.d.V., si rischia di far sorgere in capo ai sindaci una responsabilità penale per tutte le fattispecie di reato la cui realizzazione non sia stata impedita".

Rimandiamo alla lettura integrale dell'intervento, che riporta ulteriori argomentazioni e dettagli sul tema, e concludiamo segnalando che il relatore si sofferma anche sugli atti che regolamentano l'attività dell' Organismo di vigilanza.

Atti che "secondo la dottrina e le Linee guida di Confindustria, sono lo statuto e il regolamento":

- **statuto**: "redatto dal consiglio di amministrazione ed inserito nel modello", comprende vari elementi (la composizione dell'Organismo; "le modalità di nomina e revoca dei componenti; la durata in carica ed i requisiti soggettivi degli stessi; la definizione dei compiti dell'Organismo; l'attribuzione del potere relativi);

- **regolamento**: "approvato dall'Organismo di vigilanza e comunicato al consiglio di amministrazione, disciplina le modalità di

funzionamento dell'Organismo stesso; i criteri di verbalizzazione delle riunioni; la verbalizzazione delle attività degli incontri; la determinazione dei flussi informativi; l'individuazione dei criteri delle procedure di analisi; la richiesta del budget di spesa al consiglio di amministrazione; la previsione del coordinamento con gli organi sociali".

Olympus - Osservatorio per il monitoraggio permanente della legislazione e giurisprudenza sulla sicurezza del lavoro, " La sicurezza sul lavoro nella galassia delle società di capitali - Atti del Convegno di Studi - Urbino - 14 novembre 2014", a cura di Piera Campanella e Paolo Pascucci - professori ordinari di Diritto del lavoro nell'Università di Urbino Carlo Bo - Working Paper di Olympus 44/2015 inserito nel sito di Olympus il 31 dicembre 2015 (formato PDF, 2.56 MB).

Confindustria, " Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo. Ai sensi del Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231", Parte Generale, documento aggiornato al mese di marzo 2014 (formato PDF, 1.37 MB).

Confindustria, " Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo. Ai sensi del Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231", Parte Speciale, documento aggiornato al mese di marzo 2014 (formato PDF, 1.39 MB).

Leggi gli altri articoli di PuntoSicuro su SGSL, Modelli organizzativi, decreto 231

RTM

Questo articolo è pubblicato sotto una Licenza Creative Commons.

www.puntosicuro.it