

GIOSI 2 S.R.L.

Modello di organizzazione, gestione e controllo ai sensi degli artt. 6 e 7 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231

1. PARTE NORMATIVA

SOMMARIO

PARTE I

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

Sezione I

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 un'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

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

PARTE II
IL TESTO COMPLETO DEL D.LGS. 8 GIUGNO 2001, N. 231

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) ed 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-ter l* 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. 196/2003), 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-*ter* l (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-*ter* l è contemplato tra i reati presupposto della responsabilità degli enti (v. www.rivista231.it, Sezione *novità 2017*).

Le novità più recenti sono rappresentate dalle modifiche apportate all'art. 6 del d.lgs. n. 231/2001 dall'art. 2 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 ai 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 dall'introduzione dell'art. 25-*tredecies*, da parte della L. 20 novembre 2017, n. 167 (c.d. Legge Europea 2017), che ha inserito, all'art. 25 *terdecies* (rubricato "Razzismo e xenofobia"), tra i presupposti della responsabilità degli enti anche il reato di propaganda ed istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale, etnica e religiosa di cui all'art. 3, comma 3 *bis*, l. 13 ottobre 1975, n. 654, poi trasfuso nel nuovo art. 604 *bis* c.p., a seguito dell'art. 7, d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21.

Infine, per effetto della l. 9 gennaio 2019, n. 3, meglio nota come "Spazzacorrotti", l'art. 25, comma 1, è stato modificato, da un lato, rendendo reato presupposto anche il delitto di traffico di influenze illecite, disciplinato dal riformulato art. 346 *bis* c.p.; ed intensificando, dall'altro, le sanzioni interdittive, il cui compasso edittale, ai sensi del novellato art. 25, comma 5, passa da "una durata non inferiore ad un anno" ad una durata tra quattro e sette anni, se il reato è stato commesso dagli apicali e tra due e quattro se il reato è stato commesso dai sottoposti. Inoltre, ai sensi del nuovo

comma 5 *bis*, un'attività collaborativa *post delictum* da parte dell'ente, unita all'adozione di un modello organizzativo *ex post* efficace hanno come effetto quello di riportare la durata delle sanzioni interdittive a quella "ordinaria", prevista dall'art. 13, comma 2, ovvero in un tempo compreso tra i tre mesi e i due anni.

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 nel c.d. caso *ThyssenKrupp s.p.a.*; più di recente da Cass. pen., Sez. IV, 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. Cass. pen., Sez. un., 27 marzo 2008, n. 26654 che ne ha tuttavia riconosciuto la natura penale soltanto *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 ha comunque ricadute pratiche non di poco momento), 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 una *societas*.

In questa prima parte verranno illustrati i tratti essenziali della disciplina degli enti, soffermandosi su chi siano i destinatari del d.lgs. n. 231/2001, sui criteri di imputazione dell'illecito amministrativo da reato e sulle sanzioni contemplate dalla disciplina in parola. Nella seconda parte, invece, l'attenzione si concentrerà sui tre istituti, la cui conoscenza da parte dei destinatari del modello organizzativo risulta essenziale, e che si identificano: a) nel **Modello di organizzazione** in generale (indicando in particolar modo contenuto e struttura); b) nell'**Organismo di vigilanza**; c) nel **Sistema disciplinare**, che svolge un ruolo di chiusura del Modello organizzativo.

2. Gli enti interessati dalla disciplina.

La disciplina del d.lgs. n. 231/2001 si applica, per espressa previsione 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 le società per azioni, le società a responsabilità limitata, le società in accomandita per azioni, le società cooperative 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.

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 ricomprendere nell'ambito semantico della locuzione utilizzata 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, commetta 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, poiché maggiormente

rispettosa del principio di uguaglianza (v. Cass. pen., Sez. III, 15 dicembre 2010, n. 15657). Di recente 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 è senz'altro da prediligere perché la più corretta. Infatti, procedendo ad un'analisi complessiva delle disposizioni del decreto, si rileva come l'ente collettivo, destinatario della disciplina in commento, debba essere anzitutto 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 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, esso potrà rientrare 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 non si possa negare 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. 231/2001.

L'art. 5 del d.lgs. n. 231/2001, 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. Infatti il d.lgs. n. 231/2001 distingue 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.

Sintetizzando, 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, anzitutto, tutti coloro che esercitano funzioni di amministrazione, direzione e controllo. La disposizione di cui all'art. 5 adotta un criterio **oggettivo-funzionale**, che assegna 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 l'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 alla categoria in parola:

- gli amministratori delegati;
- i componenti del consiglio di amministrazione, anche se non delegati e indipendenti, in quanto

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 riconosca poteri di alta amministrazione in tema di operazioni strategiche e piani industriali e finanziari al 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 allo specifico settore di riferimento (reati societari), ma esprima un principio avente validità generale. 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**, ovvero 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 ne derivano in termini di responsabilità dell'ente.

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 dare esecuzione alle decisioni del consiglio di amministrazione, interpretandole, operando le opportune scelte strategiche, 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, assumendo quindi rilievo le funzioni direttive in relazione al fatto illecito, anche agli impiegati con funzioni direttive deve riconoscersi il ruolo apicale previsto dalla norma, ove l'attività coinvolta nell'illecito sia quella in cui egli abbia effettivo un 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. Il titolare di un'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. 81/2008 (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 presenta 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 amministrazione, 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 costoro poteri di controllo, non possiedono contestuali poteri di gestione, come di contro richiesto dalla norma in parola.

Le stesse considerazioni, per evidente analogia, valgono 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 responsabilità dell'ente è rappresentata dai c.d. **sottoposti**, definiti dall'art. 5 come coloro che sono soggetti *«alla direzione o alla vigilanza»* degli apici.

In questa categoria vi rientrano sicuramente i **lavoratori subordinati**: 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 dai 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. I lavoratori parasubordinati.

Nessun dubbio, dunque, circa la riconducibilità dei lavoratori subordinati nella categoria in parola. Ci si chiede invece se tra i 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 presente categoria. 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 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 riferimento 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 sino 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 si era posta in passato, può dirsi oggi superata dalla novella 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 per i collaboratori coordinati e continuativi *operanti nei luoghi di lavoro del committente*, e perciò soggetti alla sua vigilanza, debba essere approntato un vero e proprio sistema disciplinare quale elemento essenziale sia dei “modelli di organizzazione di gestione” di cui all'art. 30 d.lgs. n. 81/2008, sia dei modelli di organizzazione e di gestione di cui agli artt. 6 e 7 d.lgs. n. 231/2001.

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. n. 231/2001 fa perno sul principio di **evitabilità**, in base al quale il reato è imputabile all'ente nella misura in cui quest'ultimo sia 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 riveste in relazione ai reati commessi dai subordinati-dipendenti.

Salva quest'ultima precisazione, nell'attuale quadro normativo deve senz'altro condividersi la posizione da tempo assunta 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 rientra senza dubbio 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 a quella delineata da d.lgs. n. 231/2001. 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 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. 231/2001, facendo leva sulla formulazione elastica dell'art. 5, comma 1, lett. *b*, hanno messo in evidenza come essa includa 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 alla categoria delineata dall'art. 5, comma 1, lett. *b*, è stata data per acquisita, 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 essere munito di 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, debbono 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 la 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 determinerebbe 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. 231/2001 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 a vantaggio** dell'ente. Se il reato invece viene commesso nell'interesse esclusivo dell'agente o di un terzo (v. art. 5, ultimo comma), è esclusa la responsabilità dell'ente.

Nella relazione di accompagnamento dello schema di decreto legislativo veniva messo in evidenza come il richiamo all'interesse dell'ente connoti in senso marcatamente **soggettivo** la condotta delittuosa della persona fisica, essendo sufficiente che esso ricorra ad 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*, dovendosi tradurre in 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. D. PULITANÒ, *La responsabilità da reato degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 425).

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

Con l'inserimento, tra i reati presupposto, anche dei reati colposi di evento, come l'omicidio e le lesioni colpose commessi con violazione della normativa antinfortunistica, si era posto il problema della **compatibilità** tra il criterio dell'interesse e la struttura 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).

3.4. I criteri di imputazione soggettiva.

Come già anticipato, la commissione, da parte di un soggetto qualificato, di un reato nell'interesse o a vantaggio dell'ente sono condizioni necessarie per il configurarsi della responsabilità a carico del soggetto collettivo, che tuttavia potrebbero non 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, prima della commissione del reato, abbia 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, sia stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo;
- che le persone abbiano commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione;
- che non vi sia 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 primo orientamento, essa dovrebbe aversi tutte le volte in cui la realizzazione criminosa sia 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 (G. DE VERO, *La responsabilità*, cit., p. 184).

Per altro indirizzo, invece, il requisito non avrebbe una sua autonomia e dovrebbe essere ritenuto sussistente tutte le volte in cui sia provata l'idoneità e la efficacia attuazione del modello (F. GIUNTA, *Attività bancaria e responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, p. 11 ss.).

Nel caso vengano provate le condizioni di cui all'art. 6 l'ente andrà esente da responsabilità, ma il profitto verrà parimenti confiscato.

Qualora a commettere il reato sia il sottoposto, invece, l'art. 7, comma 1, prevede che l'ente sia responsabile se la commissione del reato sia 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, esso abbia 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 che cosa si intenda con l'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 dovrebbe sussistere un vero e proprio **nesso di causalità** (G. 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** (G. DE VERO, *La responsabilità*, cit., p. 160). Mentre per un terzo orientamento, la questione sarebbe nella sostanza priva di rilievo, dovendosi infatti accertare che il reato commesso rientri nello spettro preventivo del Modello adottato (F. GIUNTA, *Attività bancaria*, cit, p. 14).

4. Le sanzioni: tipologia.

Il legislatore, nel disciplinare le sanzioni, ha individuato specie e quantità edittali unitarie di esse in rapporto alle singole tipologie di illeciti, senza sviluppare, anche a livello di risposta punitiva, la diversità di disciplina prevista sul piano dei criteri di attribuzione. Le cornici edittali sono identiche,

anche se la commissione del reato da parte di un apice o di un sottoposto incide sicuramente nell'individuazione del tipo di sanzione e nella sua determinazione, come dimostrano i criteri di commisurazione della sanzione di cui all'art. 11 (che parla di «grado di responsabilità dell'ente» senza meno 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, distingue 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. 231/2001 è variegato, prevedendosi 4 tipi di sanzioni: 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 **misura cautelare**, qualora, prima della conclusione del processo, ricorrano i presupposti indicati dall'art. 45, quando cioè sussistano **gravi indizi** per ritenere sussistente la responsabilità dell'ente per un illecito amministrativo dipendente da reato e vi siano fondati e specifici elementi che facciano 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 della sanzione **interdittiva**, che attiene solamente ad alcuni illeciti e che 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 diverge da quello tradizionale, definito per somma complessiva (quello cioè stabilito 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 editale prevista dalla singola disposizione che individua il reato presupposto (ad es. per l'omicidio colposo da violazione delle norme antiinfortunistiche il compasso editale fissato 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), 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 del **prodotto tra il numero delle quote ed il valore di ciascuna di esse**.

Facendo un esempio, se per il reato di omicidio colposo da violazione delle norme antinfortunistiche il giudice ritenesse 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 tali ipotesi 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 ove ricorrano 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 traducono nella privazione di un diritto o di una capacità dell'ente, andando ad incidere sulla sua operatività e funzionalità.

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

Le sanzioni interdittive sono normalmente **temporanee**, variando la loro durata da un minimo di tre mesi ad un massimo di due anni. Alcune di esse, tuttavia, per le loro intrinseche 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 di 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), pur dovendo essere vantaggi effettivamente conseguiti e 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, se ad opera dei sottoposti, ma alla compresenza di una grave colpa di organizzazione.

La seconda condizione di applicazione delle sanzioni interdittive, invece, ricorre in caso 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, trovando applicazione le sanzioni interdittive, il cui effetto preventivo si pone come 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 che questa sia concretamente irrogata.

Il d.lgs. n. 231/2001, 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 tenuità). 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, egli gode di ampia discrezionalità nella scelta e nella durata, da esercitare nel rispetto dei criteri indicati dall'art. 14. La disposizione citata, nella parte iniziale, stabilisce che: *«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, legate soprattutto alla moderna fisionomia delle dinamiche di impresa, stante la estrema frammentazione dei comparti produttivi che caratterizzano la società di medie o grandi dimensioni. Si è voluto richiamare l'attenzione del giudice sulla circostanza che la sanzione interdittiva non debba ispirarsi ad un criterio generalizzato e indiscriminato, ma come 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 dette sanzioni debbono 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 che per valorizzarne 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 e 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 e 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 profilo 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 percepibile 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 essa può avere ad oggetto beni che non hanno alcun rapporto con il reato e che appaiono del tutto legittimi e innocui. Consente così di superare quegli ostacoli legati 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 sulla 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 (diretta).

4.4. La pubblicazione della sentenza di condanna.

Il d.lgs. n. 231/2001 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 ed a spese dell'ente.

Sezione II

Il Modello di organizzazione, l'Organismo di vigilanza ed il sistema disciplinare

§ 1. Il Modello organizzativo

1. Il ruolo e la funzione del Modello organizzativo.

Come si sarà potuto cogliere da quanto detto sinora, 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. 231/2001. I compilatori del d.lgs. n. 231/2001, nel concepire la disciplina della responsabilità da reato degli enti collettivi, muovono 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).

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

Lo Statuto di responsabilità degli enti collettivi – come già evidenziato – ha infatti ideato 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, del Modello organizzativo. La sua adozione prima della commissione del reato, qualora si verifichino le condizioni previste dagli artt. 6 e 7 (si tratta infatti di condizione necessaria, ma non sufficiente: v. Trib. 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, fa sì che l'ente stesso vada esente da responsabilità e non subisca le sanzioni previste dal d.lgs. n. 231/2001.

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) o 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 volto ad assicurare il corretto ed equilibrato funzionamento dell'organismo aziendale, sulla base di idonei strumenti diretti 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, da un lato, **idoneo alla prevenzione dei reati** e quindi in grado di annullare o quantomeno ridurre il rischio di commissione del reato; e, dall'altro, **efficacemente attuato** e cioè trovare concreta applicazione nel quotidiano svolgimento delle attività proprie dell'azienda.

La questione che si pone è quali siano i criteri da seguire per elaborare regole e procedure che risultino in linea con quanto richiesto dagli artt. 6 e 7 d.lgs. n. 231/2001.

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 essenzialmente ad elencare le funzioni che questo è tenuto a svolgere, offrendo per lo più spunti alla formazione degli stessi (F. GIUNTA, *Attività bancaria*, cit., p. 15).

L'art. 6 prevede che il Modello, efficacemente adottato, debba 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 dei codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti.

Ulteriori spunti 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 a verifiche e modificato al ricorrere di due condizioni: a) scoperta di significative violazioni delle prescrizioni; b) mutamento dell'organizzazione delle attività.

Sulla base di queste scarse indicazioni normative, la dottrina e la giurisprudenza hanno cercato di individuare le caratteristiche che in esso debbono ricorrere per poter produrre efficacia liberatoria.

Si è arrivati alla conclusione che il Modello deve essere anzitutto efficacemente **attuato**, essere 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; connotarsi per **specificità** e per **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 un'ulteriore situazione di rischio sino ad allora 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 dello stesso rispetto al dato normativo (cfr. Corte app. Milano, II, 18 giugno 2012, n. 1824, in *rivista231.it*). È ormai prassi 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 ne ha decretato l'**inidoneità** lamentando la **genericità** delle regole da essi previste, le quali, ad esempio, non differenziavano la formazione a seconda che la stessa si rivolgesse ai dipendenti nella loro generalità, ai dipendenti che operino in specifiche aree di rischio (Trib. Milano 20 settembre 2004, cit.) oppure rilevando come essi riproducessero **pedissequamente** i Modelli di altre società del gruppo e non fossero dunque calibrati sulle caratteristiche proprie del singolo ente (Trib. Bari, 18 aprile 2005, cit.).

3. Il suo contenuto.

L'art. 6, comma 2, d.lgs. n. 231/2001 richiede l'implementazione di un tipico sistema di gestione dei rischi (c.d. *risk management*), che si compone di due momenti distinti: a) l'individuazione dei rischi, b) l'elaborazione di un sistema di controllo.

La prima attività che deve essere compiuta nella predisposizione del *compliance program* è quella definita **mappatura del rischio**, operazione attraverso la quale si individuano le attività nell'ambito delle quali appare radicato il rischio di commissione di illeciti penali e le modalità operative più ricorrenti, mediante le quali i reati vengono commessi.

L'ente deve dunque compiere un'analisi delle attività svolte e delle vicende trascorse, valutando se in passato reati siano stati commessi e con quali modalità essi siano stati eventualmente realizzati. In questa analisi si ritiene 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 ed in che modo 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 era stata posta sufficiente attenzione all'area dei **subappalti**, ove concretamente sussisteva il rischio che venissero 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**, ovvero fissare regole che disciplinino l'attuazione e la formazione delle decisioni dell'ente in quelle attività che presentano aspetti di vulnerabilità e dalle quali potrebbe trarre origine la realizzazione di reati. Le regole potranno, ad esempio, 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 sia 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 postula il previo occultamento della gestione di essi. Si devono dunque fissare regole volte ad evitare la gestione occulta delle risorse, risultato raggiungibile attraverso lo strumento della **tracciabilità** dei flussi finanziari e, cioè, consentendo di ricostruire *ex post* il percorso compiuto del denaro dal punto di partenza a quello di arrivo nonché l'**imputazione** del pagamento, ovvero la possibilità di individuare in modo certo il titolo del pagamento, fissando un obbligo documentazione di quest'ultimo.

In giurisprudenza, con riferimento alla gestione delle risorse finanziarie, si è precisato come il Modello organizzativo debba 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 (cfr. Trib. Milano, 20 settembre 2004, cit.). È stato, pertanto, dichiarato inidoneo il Modello 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 espressamente previsto dal d.lgs. n. 231/2001, nella prassi si suggerisce anche l'adozione, all'interno del Modello di organizzazione e gestione, di un **codice etico**, diretto a sancire un principio di autoregolamentazione ai fini della prevenzione degli illeciti ed all'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 come la sola adozione di un codice etico non sia però sufficiente a soddisfare le richieste provenienti dal d.lg. n. 231/2001). Esso racchiude **l'insieme dei principi e delle prescrizioni che compongono la cultura di impresa** e che devono servire da criterio a 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 **Parte generale** viene delineata la fisionomia dell'ente e, dunque, la sua configurazione giuridica e quali siano i 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.

Più precisamente, nella **Parte generale**, si segnalano:

- 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 di un 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 di regola suddivisa 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, essa consiste nella:

- 1) individuazione delle aree potenzialmente a rischio, in cui si distingue tra: a) aree a rischio reato in senso proprio, selezionate tenendo conto dei reati presupposto della responsabilità dell'ente; b) le aree strumentali, che gestiscono gli strumenti finanziari destinati a supportare la commissione dei reati presupposto;
- 2) rilevazione e valutazione del grado di efficacia dei sistemi di operativi e di controllo già posti in essere, onde 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 adeguatamente 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 **procedimentalizzare** l'attività dell'ente ispirandosi al principio di **separazione dei poteri e dei controlli**.

In particolare, il protocollo deve distinguere le fasi:

- 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 si compone il processo;
- 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 già segnalato, l'Organismo di vigilanza (per maggiore celerità anche Odv), la sua composizione e la sua attività costituiscono elementi essenziali 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. 231/2001. 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. Se si fa eccezione per la precisazione che a questo è affidata la vigilanza sull'effettività del Modello e che, negli enti di piccole dimensioni, tali compiti di controllo possono essere assolti anche dall'organo dirigente (v. art. 6, comma 4), non si dice null'altro. Recentemente il legislatore ha ulteriormente specificato che, nelle società di capitali, le funzioni dell'Odv possono essere svolte dal collegio sindacale o da organi equivalenti (v. art. 6, comma 4-bis, introdotto dall'art. 14, L.12 novembre 2011, n. 183, c.d. *legge di stabilità*).

Secondo una parte della dottrina, l'assenza di più analitiche legislative sarebbe frutto di una scelta consapevole, per consentire che l'Odv venga 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*, Milano, 2010, p. 168).

Ad ogni modo, la mancanza di una disciplina di dettaglio impone all'interprete, che si trovi ad affrontare le molteplici questioni attinenti ai numerosi controversi profili attinenti all'Organismo di vigilanza (funzionamento, modalità di nomina, requisiti dei membri, ecc.), di attingere 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, a tutt'oggi, uno dei punti più oscuri della disciplina delineata dal d.lgs. n. 231/2001, anche in ragione del fatto che si tratta di un *unicum* nel panorama comparatistico, con la conseguenza che non ci si può giovare nemmeno dell'esperienza straniera.

6. I compiti dell'Odv: la vigilanza su funzionamento e osservanza del Modello.

Il primo compito che il legislatore espressamente assegna all'Odv è funzionale alla "efficace attuazione" dei Modelli organizzativi e consiste nel *vigilare sul funzionamento e l'osservanza* dei

modelli stessi. Esso, per essere assolto, 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. n. 231/2001.

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 conformino o meno 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, ivi 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 ad 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 di 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 sull'interpretazione del codice etico, del Modello e delle procedure aziendali di attuazione di esso;
- i) controlli contabili a campione;

- 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, uno dei momenti di maggiore rilievo dell'attività dell'Odv.

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

- che l'Odv si fosse 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 avesse 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 a verificare il corretto svolgimento delle procedure di controllo e l'adeguatezza degli assetti organizzativi di cui le procedure stesse sono parte integrante. Come è stato infatti opportunamente 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 anche il terminale di flussi informativi. Lo impone, specificamente, il d.lgs. n. 231/2001 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 che da esso *«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. n. 231/2001 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 iscritto degli eventi che potrebbero determinare la responsabilità della società ai sensi del d.lgs. n. 231/2001. A tale scopo, è bene che l'Odv crei un canale privilegiato di informazione. Si pensi, ad esempio, ad 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. n. 231/2001;
- all'avvio di procedimenti giudiziari a carico di dirigenti o dipendenti, quando concernono i reati previsti dal d.lgs. n. 231/2001 o dalla legge n. 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 prevista come illecito disciplinare e sanzionata 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, appaiano 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, funzionale all'esattezza delle notizie;
- accessibilità alle stesse.

Per un 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 informativo dell'Odv.

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

L'Odv deve altresì 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 estrema significatività 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. 231/2001, 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 loro applicazione.

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

L'art. 7, comma 2, lett. *b*, del d.lgs. n. 231/001 prevede, quale ulteriore condizione di efficace attuazione del Modello, l'adozione di un sistema disciplinare, che sanzioni il mancato rispetto delle misure indicate nello 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 ruolo di rilievo 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** e cioè 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 gli sono propri. 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 sarà tenuto a curarne l'aggiornamento.

8. Il ruolo dell'Odv nell'aggiornamento del modello.

L'art. 6, comma 1, lett. *a*), del d.lgs. n. 231/2001 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, rientri invece nelle attribuzioni dell'Odv.

L'apparente sfasatura viene composta dalla dottrina, la quale, unanimemente, mette in evidenza come a quest'ultimo sia riservato soltanto un potere di **sollecitazione**, 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*, cit., p. 184).

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

Ciò precisato, il potere-dovere di proporre l'aggiornamento del Modello deve essere esercitato, oltre che nel caso di verificata inadeguatezza dello stesso, in ulteriori **tre ipotesi**.

Le **prime due** sono previste dall'art. 7, comma 4, lett. a), del d.lgs. n. 231/2001, 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»*. Poi l'aggiornamento si impone – ed è questa la **terza ipotesi** – anche quando siano intervenute **modifiche del d.lgs. n. 231/2001** 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 postulano l'aggiornamento, ma solo quelle considerate “significative”, e tali sono quelle a seguito delle quali, per garantire l'effettività del Modello, non è sufficiente l'azione disciplinare nei confronti del trasgressore, ma si rende necessario modificarne l'impianto, cambiando o integrando regole affinché esse risultino accettabili ed effettivamente fruibili 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 possono annidarsi nei processi aziendali. Va da sé che un eventuale cambiamento dei processi sensibili, dovuto al mutamento dell'organizzazione o dell'attività, comporti la necessità di un aggiornamento. Tale obbligo sorge solamente in presenza di modifiche di un certo rilievo, che si riflettano sui 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 da cui deriva 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 determinare 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 presupposto** impone di verificare se l'ente sia esposto al rischio potenziale di commissione di questi. In caso affermativo, è inevitabile 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. 231/2001* 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, sta all'Odv informare i vertici della società, in modo che essi possano valutarne l'operato 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 attivare tre linee di *report* verso il vertice societario:

A) La prima, a carattere **continuativo**, è diretta all'amministratore delegato. Essa presuppone la forma scritta (anche a mezzo *mail*) e ha ad oggetto l'attività svolta. A sua volta, l'amministratore delegato informerà il Consiglio di amministrazione. Tale flusso informativo consente di mantenere un costante contatto tra l'Odv e la società.

B) La seconda linea informativa, a carattere **periodico**, è diretta al Consiglio di amministrazione. Essa dovrebbe aversi:

- 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.

C) La terza linea informativa, a carattere **immediato**, è anch'essa 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 viene riconosciuto all'Odv dalla normativa in tema di contrasto al fenomeno del riciclaggio.

L'art. 52, comma 1, del d. lgs. 21 novembre 2007, n. 231, infatti, investe 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 fa 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 è tenuto comunicare alle autorità di vigilanza di settore tutti gli atti o i fatti di cui venga a conoscenza nell'esercizio dei propri compiti, che possano costituire una violazione delle disposizioni emanate ai sensi dell'art. 7, comma 2, del decreto antiriciclaggio. Ciò significa che l'Odv dovrà 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.

Altro obbligo di comunicazione esterna è 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 appare più esteso, in quanto, mentre nel caso precedente l'obbligo resta circoscritto ad atti o fatti di cui l'Odv venga a conoscenza «nell'esercizio dei propri compiti», qui ci si riferisce più genericamente ad infrazioni di cui si abbia notizia, la qual cosa sembra includere tutti gli episodi, anche estranei all'esercizio delle funzioni dell'Odv, di cui comunque questo sia stato messo al corrente.

Infine, al comma 2 lett. d), si fa obbligo 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 abbia notizia.

Ha 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 comunica 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 abbia notizia.

Il mancato rispetto degli obblighi di comunicazione di cui all'art. 52, comma 2, è 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».

11. La documentazione dell'attività dell'Odv.

La normativa non prevede alcun obbligo generale di documentazione dell'attività dell'Odv, limitandosi a stabilire, all'art. 30, comma 2, del d.lgs. n. 81/2008, 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 che conservi la relativa documentazione in archivi cartacei e/o informatici, al fine di poter dimostrare, qualora ce ne fosse bisogno, lo svolgimento della propria attività di vigilanza. Nei processi penali finora celebrati, infatti, l'accertamento dell'effettività del Modello ha sempre coinciso con la valutazione della documentazione fornita dagli organi societari ed, 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) esso, nel suo complesso, deve garantire requisiti oggettivi, quali l'**autonomia**, l'**indipendenza** e la **continuità di azione** (CONFINDUSTRIA, *Linee guida*, cit., p. 35 ss.). Si tratta di un'indicazione che è stata recepita unanimemente sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza (sul punto 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 debbono essere estranei compiti operativi, i quali, nella misura in cui lo renderebbero partecipe di decisioni e/o attività, ne minerebbero l'obiettività di giudizio, creando nel 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**, ovvero 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 un'adeguata professionalità in capo

ai membri dell'Odv costituisce, per opinione pacifica, presupposto necessario ad un efficace svolgimento dei compiti che vengono assegnati all'Organismo medesimo.

Più nello specifico, le linee guida di Confindustria ritengono necessario che l'Odv assicuri una **doppia** professionalità: la prima tipica di chiunque svolga attività *lato sensu* ispettiva o di analisi dei sistemi di controllo; la seconda, invece, più propriamente di stampo giuridico e, segnatamente, 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 (procedure 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 segnalano come la disciplina delineata dal d.lgs. n. 231/2001 sia sostanzialmente penalistica 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, 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 vi siano tanto nella fase di redazione del Modello, quanto in capo all'Odv, al quale compete, come si è visto, la verifica sulla sua adeguatezza.

Un'indagine, commissionata qualche anno fa da Confindustria in merito all'attuazione dei Modelli di organizzazione, ha dimostrato come il 44% delle società abbia 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 stampo penalistico-criminologico sono dunque indispensabili, ma non esaustive del sapere al quale l'Odv deve fare appello 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 e ad alcuni dei più frequenti reati ambientali richiede che, sull'Odv, si concentrino "saperi" specialistici ulteriori, come ad esempio quelli in materia societaria, fiscale, ambientale ed anche da un punto di vista non strettamente giuridico (cfr. in tema, C. PIERGALLINI, *I modelli*, cit., p. 173).

Questo non significa che ciascun componente sia così qualificato, essendo sufficiente che tali conoscenze comunque vi siano, ancorché assicurate attraverso altri canali, quali, ad esempio, il costante ricorso alle risorse interne aziendali oppure tramite l'attivazione di consulenze esterne (C. PIERGALLINI, *I modelli*, cit., p. 173).

Una soluzione molto diffusa nella pratica è quella di assegnare all'*Internal auditing* la funzione di supporto dell'Odv. Si è addirittura ipotizzato che, in mancanza di una funzione interna di *auditing*, sarebbe opportuno ricorrere a tale supporto operativo in *outsourcing*, così da affiancarlo all'Odv.

Con riferimento specifico alla tematica della sicurezza sul lavoro, si sottolinea come l'Odv debba 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 proveniente dalla dottrina è quello di inserire all'interno dell'Odv le professionalità che interessano maggiormente le esigenze di prevenzione della singola società; e dunque un esperto di sicurezza sul lavoro nelle imprese edili o in quelle chimiche, minerarie ecc. o un esperto in materia di riciclaggio nell'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 comunque strumenti che consentano ai medesimi di poter avvalersi anche di "competenze" ulteriori, rilevanti nello svolgimento dei compiti dell'Odv, riconoscendo ruoli di supporto a determinate funzioni aziendali oppure assegnando un *budget* al quale l'Odv possa attingere per avvalersi di consulenze esterne.

In ogni caso, qualora si opti per un organismo **collegiale**, appare indispensabile che la composizione rifletta una pluralità di competenze.

Nell'ambito del già evocato procedimento penale fiorentino, i periti incaricati dal Giudice di

valutare l'adeguatezza del Modello organizzativo hanno criticamente rilevato l'insufficiente professionalità dell'Odv, in quanto composto da "saperi" definiti dalla stessa perizia come "**monoculari**": i componenti erano infatti 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 precisare come la giurisprudenza pretenda che i requisiti di professionalità siano specificati nei regolamenti dell'Odv. Due provvedimenti dei giudici di merito hanno deplorato l'adozione di Modelli organizzativi privi di 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 insufficiente il mero rinvio ai *curricula* dei singoli 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 da quella pronuncia, con la quale si è decretata l'assoluzione di un ente, nonostante la commissione di un reato nel suo interesse, per aver efficacemente adottato 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 riguardo al requisito dell'*onorabilità*, se non che lo stesso può anche essere definito con un rinvio *per relationem* a quanto previsto in 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 sono richiesti ai sindaci delle società quotate in borsa.

In realtà, la prima giurisprudenza che si è pronunciata sul punto ha pretesto maggior rigore, ritenendo non idoneo un Modello organizzativo che, tra le altre caratteristiche censurate, prevedeva come causa di ineleggibilità dei componenti dell'Odv esclusivamente 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 dalla 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 più volte richiamata i periti hanno censurato 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. n. 231/2001 o comunque destinati ad incidere sulla reputazione dei medesimi (C. PIERGALLINI– P. BASTIA, *Perizia*, cit., p. 284).

In alcuni Modelli organizzativi, 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 (come, ad esempio, l'emissione del decreto di rinvio a giudizio oppure del decreto di giudizio immediato; non invece il decreto di citazione a giudizio, che è atto del Pubblico Ministero) per i reati contemplati dal d.lgs. n. 231/2001 e per reati diversi, che superino 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 (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 atteggi in maniera diversa a seconda che il membro a cui esso si riferisce sia **esterno**, nel qual caso il requisito deve intendersi in senso rigoroso; oppure **interno**, nel qual caso non potrebbe 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 scelta, evitando di individuarlo tra i soggetti che hanno compiti operativi e/o di gestione dell'ente; dovendosi dunque escludere 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 risultarne 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. 231/2001, 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 nonché 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. ancora 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. 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 ed alle 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. n. 58/1998.

E' poi necessario anche il riconoscimento di un *budget* adeguato, al quale l'Odv 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 e, una volta assegnato, dovrà 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 sua **collocazione gerarchica**.

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 mantenerne l'autonomia rispetto alle vicende dell'ente e, in particolare, di scongiurare il coinvolgimento, anche indiretto, dei componenti dell'Odv nella gestione dello stesso.

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.

Un'indagine di qualche anno fa 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.

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 lordi l'anno (R. DI MARIO – G. BATTISTI, *Modalità di attuazione*, cit., p. 10).

13. La nomina dell'Odv.

Dopo l'entrata in vigore del d. lgs. n. 231/2001, 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 dovrebbe essere nominato con le procedure previste per le **modifiche statutarie**.

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

Secondo un terzo filone di pensiero, infine, spetterebbe al **Consiglio di amministrazione** o comunque all'organo amministrativo la creazione dell'Odv.

Nella prassi è prevalsa l'**ultima** delle opinioni illustrate ed oggi la questione appare definitivamente superata. La nomina è infatti pacificamente appannaggio del Consiglio di amministrazione, al quale compete anche l'esercizio del potere di revoca.

Una parte della dottrina suggerisce 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, nelle quali all'assemblea non possono più attribuirsi competenze gestionali al 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.).

Nelle società a modello dualistico la nomina dell'Odv può essere alternativamente affidata 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 come organo **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 altre società di dimensioni analoghe o simili, le quali, pur essendosi originariamente orientate 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 intrapreso 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, infine, a Consip (società del Ministero delle Finanze che offre servizi di consulenza e organizzazione progettuale per le P.A.), la quale originariamente aveva un *Odv* con due professionalità: una interna, rappresentata dal responsabile della funzione legale e una esterna, coincidente con un esperto di *internal auditing* ed organizzazione aziendale. Adesso detta società ha ampliato a **tre** il numero dei membri, inglobando anche un esterno, esperto di meccanismi di *compliance* della Pubblica Amministrazione.

Dall'indagine commissionata da Confindustria si evince come la composizione collegiale sia la scelta a cui ha ricorso la maggior parte delle società 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. 231/2001, 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.

In particolare, alcuni autori avevano avanzato la tesi secondo la quale l'*Odv* potesse 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. VERNERO, *La compatibilità del collegio sindacale quale organismo di vigilanza ex d.lgs. 231/2001*, in Resp. amm. soc. enti, 2011, n. 4, p. 147 s.).

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 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 come il comitato per il controllo interno svolga 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 alla deliberazione 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. 231/2001, non sarebbe stato in grado di assicurare 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 debbono 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., pp. 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 aveva osservato come, così facendo, si venissero a creare delle sovrapposizioni di controllo che avrebbero minato l'efficacia

funzionale dell'Odv.

Nonostante la direzione che il dibattito sembrava avesse assunto, il legislatore è andato di diverso avviso, perché, con la L. 12 novembre 2011, n. 183, di cui si dirà nel paragrafo seguente, si è fatto carico di queste criticità, superandole. Nondimeno, deve considerarsi inopportuno, soprattutto con riferimento a società di media o grande complessità, che una sola persona assuma 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 esposte al rischio di reato, in quanto si tratta di soggetti che, oltre ad operare a stretto contatto con i vertici societari, contribuiscono ad elaborare la strategia di fondo ed a gestire l'attività aziendale. L'attribuzione ad essi di poteri di controllo creerebbe una situazione di **promiscuità** senz'altro inaccettabile.

Si ritiene invece che possano far parte dell'Odv i responsabili dell'area legale e dell'*Internal auditing* (C. P., *I modelli organizzativi*, cit., p. 172 ss.), che difatti sono scelti da molte società come membri interni (R. DI MARIO – G. BATTISTI, *Modalità di attuazione*, cit., p. 9 ss. i quali mettono in evidenza come il responsabile dell'*Internal auditing* faccia parte dell'Odv nel 45% dei casi, mentre il responsabile dell'area legale 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. 231/2001, secondo il quale nelle società di capitali le funzioni di Odv possono essere assolve dal collegio sindacale. Le questioni che si erano poste in passato, come già anticipato, possono definirsi ad oggi superate dalla presa di posizione del legislatore.

Eppure questa soluzione legislativa è stata oggetto di aspre critiche ad opera dei primi commentatori. In particolare, si è rilevato come la scelta di far coincidere i due organi possa creare sovrapposizioni nella funzione di controllo e, segnatamente, nel settore dei reati societari. I sindaci, infatti, possono astrattamente concorrere nel reato societario commesso dagli amministratori e, 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 essere privo delle professionalità necessarie ad un adeguato esercizio della funzione di controllo tipica dell'Odv, oltre che della continuità di azione richiesta dal d.lgs. n. 231/2001.

Cionondimeno, stante la novella legislativa, 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. 231/2001, 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), sia pure rinnovabile. E' possibile, anche se non indispensabile, prevedere un limite al rinnovo dei mandati, onde evitare che si creino collegamenti stabili che, con il tempo, potrebbero affievolire 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 ed indipendenza che ne 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 che 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. 231/2001, che hanno accertato l'omessa o insufficiente vigilanza dell'organo a ciò preposto. Ci si può spingere sino a prevedere la decadenza (o anche la sola sospensione con sostituzione di membri supplenti) dell'intero Odv nel caso in cui venga richiesta l'applicazione di una misura cautelare interdittiva nei confronti dell'ente, sempre che nella richiesta del P.M. venga 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, d.lgs. n. 231/2001 (nella quale il giudice decide in contraddittorio con le parti se e quale misura interdittiva provvisoria applicare all'ente), come l'ente stesso si sia adoperato per un pronto ritorno alla legalità, al fine di scongiurare le misure interdittive,

rimuovendo e sostituendo l'organo che ha (o avrebbe) 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. Infatti, se così fosse, gli amministratori potrebbero condizionare l'operato dell'organo di controllo, limitandone l'efficacia. Al tempo stesso, però, deve essere consentita la rimozione del membro o dei membri che non onorino 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 va approntata una disciplina dettagliata del potere di revoca, per venir incontro all'esigenza del Consiglio di amministrazione di rimuovere eventuali deficienze del sistema di controllo, senza nel contempo consentire che tale potere venga abusivamente esercitato per l'allontanamento di membri dell'Odv ritenuti "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 un **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 **calendarizzazione** 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 debba 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. 231/2001, la necessità che spetti ad **ogni singolo ente** la prevenzione del rischio reato (C. PIERGALLINI, *I modelli organizzativi*, cit., p. 177 s.).

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 comporta, 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 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 potrebbe non essere integralmente garantita l'autonomia dei singoli Odv, con il conseguente rischio di una "risalita" della responsabilità proprio in ragione dell'identità soggettiva degli Organismi di controllo (F. ASSUMMA, *La responsabilità amministrativa dell'ente*, cit., p. 13).

La diversità nella 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 un'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 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 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 – come è stato evidenziato – 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. PIERGALLINI, *I modelli organizzativi*, 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 al personale, con un linguaggio semplice, la filosofia del d.lgs. n. 231/2001 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 di 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 ad 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 ed immediatamente le notizie di fatti rilevanti, 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 di modifiche apportate 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.). Esso conferisce serietà al Modello ed alla sottostante volontà della società di prevenire la commissione di reati al suo interno. Da qui la ritenuta inidoneità di quei Modelli che difettino 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. 231/2001, il sistema disciplinare è chiamato a operare nei confronti:

- a) dei c.d. **apici**, di coloro, cioè, 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. n. 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. 231/2001, nonché alle indicazioni fornite dalla L. 20 maggio 1970, n. 300 (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. 231/2001 è anzitutto **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 soltanto sanzionare i comportamenti costituenti reato, che fanno scattare la responsabilità dell'ente ai sensi del d.lgs. n.

231/2001, ma deve colpire tutte le infrazioni del Modello (altrimenti il sistema disciplinare si sostanzierebbe in un semplice doppiopione 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. 231/2001, dovranno essere «inserite nel regolamento aziendale, se esistente, o comunque formalmente dichiarati vincolanti per tutti i [destinatari] (es: mediante una circolare interna o un comunicato formale), nonché esposti come previsto dallo Statuto dei Lavoratori» (così CONFINDUSTRIA, *Linee guida*, cit., 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. 231/2001, 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 informazione nei confronti dell'Organismo di vigilanza, quando detta omissione 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 principi della proporzione e del contraddittorio non valgono solamente per il sistema disciplinare dei sottoposti-lavoratori subordinati, ma anche per quello degli apici e delle altre figure contemplate dall'art. 5, lett. a) e b), d.lgs. n. 231/2001, anch'esse sottoposte alle regole del Modello e alle sanzioni previste per la loro violazione. In tal senso, del resto, si è orientata 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 – M. CASSANO – C. PIERGALLINI, Perizia collegiale disposta dal Gip presso il Tribunale di Bari nel procedimento nr. 2374/06 r.g.n.r., Bari, 2006, p. 216) – svisciva 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. 300/1970, 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). Seguendo questa accezione, dunque, la tipizzazione dell'illecito disciplinare e la predeterminazione delle sanzioni ad esso ricollegata dovrebbero avere caratteristiche molto simili al sistema sanzionatorio penale, che, come è noto, si ispira ad un'idea rigida 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 renda 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, assunta soprattutto dalla giurisprudenza di merito, individua un punto di equilibrio ottimale tra le 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, occorre effettuare una differenziazione del grado di specificazione degli stessi, tenendo conto del disvalore che esprime l'illecito e della possibilità di percezione del medesimo da parte del destinatario del sistema disciplinare. Si deve, 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. 300/1970, 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 analogo 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 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 nell'individuazione delle infrazioni, sulla inosservanza 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. 231/2001);
- 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 della stessa (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 essere previsto 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 senza dubbio all'organo dirigente che, all'interno dell'ente, svolga il ruolo di **datore di lavoro**.

Tuttavia, nell'ambito del procedimento per l'irrogazione delle sanzioni per la violazione delle

regole del modello, una funzione di rilievo è assegnata all'Odv, che, come noto, costituisce il terminale di una serie di segnalazioni inerenti alla violazione del Modello e che, dunque, riveste 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 è, pertanto, 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.

E' perciò l'Odv attivare la procedura disciplinare, alla luce delle investigazioni svolte e delle acquisizioni di informazioni sulle violazioni delle regole del Modello, mentre compete 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. 231/2001.

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, allo stesso Organismo di vigilanza. Qualora si dovesse verificare questa ultima ipotesi, si registrerebbe un'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 ai dipendenti in senso stretto), posto che il sistema utilizzato fino ad oggi all'interno delle aziende è stato concepito e si è sviluppato soltanto con riferimento al rapporto di lavoro subordinato.

Non sono certamente 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'efficacia preventiva dei protocolli. Ciò non significa 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 cagionare un danno; per l'altro, è proprio la caratura preventiva del sistema disciplinare a non armonizzarsi con strumenti riparatori destinati ad operare *ex post*.

Queste considerazioni sono state recepite anche nelle perizie a più riprese evocate, nelle quali è stato ritenuto non idoneo il sistema disciplinare concepito per gli amministratori, poiché 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–M. CASSANO–C. PIERGALLINI, *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 le medesime difficoltà, come si può cogliere verificando le soluzioni accolte dalle associazioni di categoria, nelle linee guida ex art. 6, comma 3, d.lgs. n. 231/2001 da esse predisposte o, nel caso delle società, nei Modelli organizzativi adottati. Esemplificando **ASS.TRA.** (l'associazione delle aziende locali pubbliche di trasporto) ha individuato 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, comma 2, lett. e) e la tralozia 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. n. 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 sussista più alcun ostacolo nell'istituire anche nei confronti degli apicali un sistema disciplinare

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 dall'art. 6, comma 2, lett. e d.lgs. n. 231/2001, il quale prevede espressamente la predisposizione di un sistema disciplinare che sanziona la violazione del Modello da parte degli apici. L'operare dei principi di **effettività** e di **proporzione** impone di stabilire forme gradate di sanzione, che possano coprire tutte le possibili violazioni del Modello, da quelle più gravi, le quali, facendo venire meno il rapporto fiduciario, giustificano l'allontanamento dell'apice infedele, a quelle più lievi, passando da quelle intermedie, che necessitano di sanzioni adeguate.

Appare dunque ineludibile sviluppare prospettive ulteriori in ordine alle sanzioni conservative idonee a colpire le violazioni delle prescrizioni del Modello poste in essere dagli 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.

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

Nella maggior parte dei Modelli organizzativi, come già anticipato, si individuano come sanzioni il **richiamo**, da un lato, e la **revoca**, dall'altro. Questa soluzione è stata criticata dai periti, 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 collegiale, Perizia*, cit., p. 291).

Alcuni Modelli organizzativi hanno cercato di superare 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 siano destinate 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 rilasciate se queste possono avere agevolato la commissione dell'infrazione.

6.3. 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 ed ente.

Una parte della dottrina ritiene addirittura che un Modello organizzativo efficace dovrebbe contemplare la rimozione automatica dell'amministratore (o comunque dell'apice) qualora questi venga indagato o imputato per un reato comportante la responsabilità dell'ente. Questa sanzione, oltre a certificare la volontà dell'ente di elidere ogni rapporto con l'autore del reato, risponderebbe anche ad una precisa esigenza processuale. L'art. 39 d.lgs. n. 231/2001, infatti, stabilisce 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, ed anche ai fini cautelari, l'avvicendamento dei vertici societari dopo la commissione del reato è una condizione singificativa (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, come detto, dopo le modifiche apportate dalla c.d. Legge di stabilità 2012 (art. 6, comma 4 *bis*, d.lgs. n. 231/2001), possono anche coincidere.

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 si prevede la possibilità di sanzionare i componenti del collegio sindacale (v. ad esempio il Modello organizzativo di **Impregilo S.p.A.** o 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 fissazione 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 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 smarrisca 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 stabilisce l'irrevocabilità senza giusta causa dell'organo e la perdurante inefficacia della relativa deliberazione, sino a che non sia approvata con decreto dal Tribunale, una volta sentito l'interessato (art. 2400, comma 2, c.c.).

Tali limiti non vengono espressamente estesi al consiglio di sorveglianza del sistema dualistico ed al comitato per il controllo sulla gestione del sistema monistico. Cionondimeno, anche in questi casi – come per il collegio sindacale e per 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 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 suesposte), non si presentano problematiche particolari. Lo sottolineano le linee guida di categoria dell'ABI, 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 assurgere a provvedimento disciplinare, purché sia 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, comma 1, dello Statuto dei Lavoratori.

26.1. I lavoratori parasubordinati e i collaboratori esterni.

Per i lavoratori parasubordinati e per i collaboratori esterni, non è agevole costruire un procedimento disciplinare realmente rispettoso dei principi sin qui enunciati.

La questione, tra l'altro, non sembra essere stata oggetto di particolare approfondimento.

Secondo l'opinione assolutamente dominante, è opportuno assegnare rilievo, 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 in vista dell'udienza di cui all'art. 49 d.lgs. n. 231/2001, hanno adottato, 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;
- 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 positivamente valutate nella relazione del consulente del Pubblico ministero. Chiaramente, l'intenso rapporto che lega informatori e imprese farmaceutiche, spesso frutto di contratti di esclusiva, rende le soluzioni accolte in quei Modelli 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 resta, 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 entrata in vigore la L. 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 del noto 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 consentano ai lavoratori di segnalare in condizioni di sicurezza gli eventuali illeciti di cui vengano 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. 231/2001, 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) 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'art. 2103 c.c. 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 dubbi interpretativi con riferimento all'individuazione dei soggetti che hanno facoltà di effettuare la segnalazione, all'oggetto della medesima, al novero dei destinatari ed ai 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 s.).

Ad alcuni di questi interrogativi 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, intitolata “*Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti*”, che offre alcune spiegazioni in ordine alla disposizione di cui all'art. 54-bis del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.