

L'importanza dell'Organismo di Vigilanza*

di Giuseppe Fornari e Bruno Giuffrè

In quasi vent'anni di vigenza del Decreto Legislativo n. 231/2001 (di seguito, il "Decreto"), si è detto tanto – e non solo in questa sede ovviamente – riguardo all'Organismo di Vigilanza, alle funzioni, ai compiti, alla composizione, ai poteri e ai doveri. Di rado tuttavia ci si focalizza sull'importanza che tale organismo assume nell'ambito del complesso sistema dei controlli interni delineato dalla disciplina italiana ed europea. Al contrario, tutt'oggi la figura dell'Organismo di Vigilanza (di seguito, anche "OdV") sembra essere vittima di una certa *disattenzione*, specie da parte degli operatori economici, forse dovuta ad una *serpeggiante* marginalizzazione presente a livello normativo.

Come noto, ad oggi si contano plurimi organi e funzioni con ruoli *lato sensu* di controllo interno: **(a)** collegio sindacale/consiglio di sorveglianza/comitato per il controllo sulla gestione; **(b)** amministratori indipendenti¹; **(c)** amministratore incaricato del sistema di controllo interno e di gestione dei rischi²; **(d)** comitato controllo e rischi (c.d. *audit committee*)³; **(e)** Organismo di Vigilanza⁴; **(f)** responsabile del servizio di prevenzione e protezione (c.d. RSPP)⁵; **(g)** revisore legale dei conti⁶; **(h)** responsabile del controllo di gestione; **(i)** responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza (c.d. RPCT)⁷; **(l)** responsabile per la protezione dei dati (*data protection officer*)⁸; **(m)** dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari⁹; **(n)** funzione *compliance*; **(o)** funzione legale; **(p)** funzione *internal audit*; **(q)** funzione antiriciclaggio¹⁰; **(r)** funzione di controllo dei rischi (*risk management*).

* Il contributo riporta le conclusioni del libro "L'organismo di vigilanza nel sistema 231", a cura di Enrico Di Fiorino e Ciro Santoriello, 2021, p. 496.

¹ Si veda art. 3 del Codice di Autodisciplina di Borsa Italiana (luglio 2018).

² Si veda art. 7.P.3. del Codice di Autodisciplina di Borsa Italiana (luglio 2018).

³ Si veda art. 7.P.4. del Codice di Autodisciplina di Borsa Italiana (luglio 2018).

⁴ Cfr. art. 6 del Decreto.

⁵ Cfr. art. 2, comma 1, lett. f) ed art. 32 del d.lgs. 81/2008, cui si affiancano i dirigenti e i preposti, nonché ovviamente il datore di lavoro, l'eventuale titolare di deleghe di funzioni e, seppure con notevoli peculiarità, il medico competente.

⁶ Cfr. art. 2409-bis c.c. e d.lgs. 39/2010.

⁷ Art. 1, comma 7, l. n. 190/2012, nonché Piano Nazionale Anticorruzione 2019 (delibera n. 1064 del 13 novembre 2019), Parte IV.

⁸ Regolamento (UE) 2016/679 (c.d. GDPR) e d.lgs. 196/2003 (codice per la protezione dei dati personali o "codice della privacy").

⁹ Cfr. art. 154-bis T.U.F.

¹⁰ Provvedimento Banca d'Italia del 10 marzo 2011.

Una pletera così nutrita di “controllori”, non di rado introdotti sulla scia della emotività del momento¹¹, non soltanto disvela la mancanza di una visione d’insieme a livello legislativo, ma d’altronde porta con sé ridondanze, incertezze, sovrapposizioni funzionali se non vere e proprie duplicazioni, nonché il rischio (elevatissimo) che i compiti posti al “confine” tra una funzione e l’altra non siano poi effettivamente svolti, l’una facendo affidamento sul fatto che li eseguirà l’altra. Non a caso si è detto che «*il mondo dei controlli è oggi un “reticolo” non un sistema*»¹². L’esistenza di un simile ed «*affollato*»¹³ coacervo di *gatekeepers* ne rende indispensabile un *coordinamento* (specie nei settori vigilati, in cui i “presidi di controllo” sono ancor più numerosi), la cui effettiva attuazione è tuttavia rimessa interamente all’autonomia privata¹⁴, mancando tuttora un intervento normativo – di rango primario o secondario – che chiarisca con adeguata precisione i rapporti fra le varie funzioni di controllo¹⁵; una scelta *liberista*, forse, connotata da eccessivo ottimismo¹⁶.

Sul punto, al di là delle indicazioni di dettaglio del CNDCEC¹⁷, l’unica “raccomandazione” di taglio realmente operativo, fornita in particolare dal Codice di Autodisciplina di Borsa Italiana giusto nell’ottica «*di una razionalizzazione del sistema dei controlli*», sarebbe quella di valutare «*l’opportunità di attribuire al collegio sindacale le funzioni di organismo di vigilanza ex d.lgs. 231/2001*»¹⁸. Il medesimo suggerimento proviene da Banca d’Italia: la già citata Circolare n. 285 precisa che “l’organo con funzione di controllo” – ossia «*il collegio sindacale, il consiglio di*

¹¹ Si pensi alla legge per la tutela del risparmio, n. 262 del 2005, promulgata a seguito dell’emersione degli scandali finanziari Cirio e Parmalat.

¹² Così, MONTALENTI, *Organismo di vigilanza e sistema dei controlli*, in *Giur. Comm.*, 4, 2009, 643.

¹³ Così, FIORE, *Corporate governance: considerazioni sulle nuove norme di comportamento del collegio sindacale di società quotate*, in *Riv. dott. comm.*, 1, 2019, 29.

¹⁴ Si veda, ad esempio, l’art. 7 del Codice di Autodisciplina di Borsa Italiana (luglio 2018) che, dopo aver elencato i soggetti a vario titolo coinvolti nel sistema di controllo interno e di gestione dei rischi, precisa «*l’emittente prevede modalità di coordinamento tra i soggetti sopra elencati al fine di massimizzare l’efficienza del sistema di controllo interno e di gestione dei rischi e di ridurre le duplicazioni di attività*». Negli stessi termini, Banca d’Italia, Circolare del 17 dicembre 2013, n. 285, Parte Prima, Titolo IV, Capitolo 3.15, 32° aggiornamento: «*per assicurare una corretta interazione tra tutte le funzioni e organi con compiti di controllo, evitando sovrapposizioni o lacune, l’organo con funzione di supervisione strategica approva un documento, diffuso a tutte le strutture interessate, nel quale sono definiti i compiti e le responsabilità dei vari organi e funzioni di controllo, i flussi informativi tra le diverse funzioni/organi e tra queste/i e gli organi aziendali e, nel caso in cui gli ambiti di controllo presentino aree di potenziale sovrapposizione o permettano di sviluppare sinergie, le modalità di coordinamento e di collaborazione*». Si confronti, infine, l’art. 31 del Regolamento IVASS n. 38/2018: «*la società di revisione, le funzioni fondamentali, l’organismo di vigilanza di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 e ogni altro organo o funzione cui è attribuita una specifica funzione di controllo collaborano tra di loro per l’espletamento dei rispettivi compiti. Tali organi e funzioni assicurano adeguata collaborazione, anche informativa, nei confronti dell’organo di controllo, per l’assolvimento dei compiti ad esso assegnati*».

¹⁵ La circostanza che la definizione in concreto della «*architettura dei controlli*» sia lasciata all’autonomia privata si giustifica in virtù di «*una serie di variabili specifiche di ogni singolo emittente, quali il tipo di attività svolta, la dimensione, la struttura del gruppo e il contesto regolamentare, che potrebbe talvolta imporre ai soggetti vigilati scelte non allineate con quelle qui suggerite*», così, Codice di Autodisciplina di Borsa Italiana (luglio 2018).

¹⁶ Così, MONTALENTI, op., cit.

¹⁷ Si vedano, in particolare, le Norme di comportamento del collegio sindacale di società quotate, CNDCEC (aprile 2018).

¹⁸ Codice di Autodisciplina di Borsa Italiana (luglio 2018).

sorveglianza o il comitato per il controllo sulla gestione»¹⁹ – «svolge, di norma, le funzioni dell'organismo di vigilanza», prevedendo persino il dovere per gli istituti intenzionati ad «affidare tali funzioni a un organismo appositamente istituito» di fornire «adeguata motivazione»²⁰.

Ebbene, si tratta di una “raccomandazione”, ancorché in linea con le possibilità contemplate dal Decreto (cfr. art. 6 comma, 4-*bis*), quanto mai discutibile, specie ove si tratti di enti quotati in mercati regolamentati italiani e magari operanti in un settore delicato qual è quello bancario. Anzi, desta particolari perplessità la circostanza per cui questa *commistione* fra collegio sindacale (od organi equipollenti negli altri sistemi di amministrazione e controllo) ed Organismo di Vigilanza sia considerata dalla citata Circolare n. 285 come la “*norma*”, mentre la costituzione di un organismo *ad hoc* dovrebbe essere specificamente motivata dall’istituto bancario. La normalità, ad avviso di chi scrive, dovrebbe essere l’esatto contrario.

Peraltro, un simile orientamento è osteggiato dalla quasi totalità degli interpreti e dalle *best practice* in materia di responsabilità amministrativa degli enti²¹, poiché non tiene conto, quantomeno: **(i)** della possibilità per i sindaci di rendersi autori di alcune fattispecie di reato presupposto (si pensi ai reati societari *ex art. 25-ter* del Decreto); **(ii)** della circostanza per cui l’organo di controllo nel sistema monistico sia costituito pur sempre da amministratori che – per quanto non delegati, non esecutivi e dotati di specifici requisiti di indipendenza – prendono comunque parte all’alta direzione esercitata dal Consiglio, rendendosi ancora più evidente (rispetto a quanto segnalato al punto precedente) la *confusione* fra controllori e controllati, senza contare che alla revoca provvede direttamente il Consiglio anche in assenza di giusta causa; **(iii)** della possibilità per il consiglio di sorveglianza di essere fortemente coinvolto nella gestione dell’ente (si consideri, ad esempio, la possibilità per lo statuto di attribuire allo stesso la «*delibera in ordine alle operazioni strategiche e ai piani, industriali e finanziari della società predisposti dal consiglio di gestione*»)²²; **(iv)** della possibilità per i sindaci di concorrere – ai sensi dell’art. 110 c.p. – nella realizzazione di un reato presupposto da parte degli amministratori, e non solo con una condotta *commissiva* ma anche mediante *omissione*: in virtù della posizione di garanzia discendente dagli artt. 2403 e 2407 c.c., sui sindaci grava l’obbligo giuridico – ai sensi dell’art. 40 cpv. c.p. – di impedire la commissione di reati da parte dell’organo gestorio, sicché l’inerzia consapevole e volontaria apre la strada alla possibilità di concorso per *omesso*

¹⁹ Cfr. Banca d’Italia, Circolare del 17 dicembre 2013, n. 285, Parte Prima, Titolo IV, Capitolo 1.4, 12° aggiornamento.

²⁰ Cfr. Banca d’Italia, Circolare del 17 dicembre 2013, n. 285, Parte Prima, Titolo IV, Capitolo 3.14, 32° aggiornamento

²¹ Si veda, da ultimo, i “Principi consolidati per la redazione dei modelli organizzativi e l’attività dell’organismo di vigilanza e prospettive di revisione del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231” redatti dal gruppo di lavoro multidisciplinare di CNDCEC, ABI, CNF e Confindustria (2018), secondo cui «*l’assegnazione del duplice ruolo ad un unico organo deve essere “oggetto di attenta valutazione, per evitare in concreto l’insorgere di possibili conflitti d’interesse o di carenze del sistema di controlli”*», riprendendo quanto già espresso dalle Linee Guida Confindustria (2014).

²² Art. 2049-*terdecies*, comma 1, lett. f-*bis*), c.c.

impedimento. Posizione di garanzia che, invece, non può rinvenirsi in capo ai membri dell'Organismo di Vigilanza; (v) dell'assenza, in capo ai sindaci, di adeguate competenze multidisciplinari per poter assicurare il corretto assolvimento dei compiti attribuiti all'Organismo dal Decreto.

Al contrario: anziché svilita, la figura dell'Organismo di Vigilanza andrebbe invece valorizzata ed enfatizzata. Indicando agli operatori economici che le relative funzioni possano essere tranquillamente esercitate da un altro organo dell'ente, inevitabilmente si trasmette un duplice messaggio *fallace*: (1) anzitutto, che per svolgere adeguatamente i compiti attribuiti all'Organismo dal Decreto non servano *peculiari* requisiti o competenze; (2) che le attività richieste all'Organismo siano ampiamente *compatibili* con quelle esercitate da altri organi dell'ente. In realtà, l'Organismo di Vigilanza costituisce una peculiarissima «*struttura di controllo*»²³, ontologicamente diversa rispetto alle altre in termini di competenze, formazione, ruoli, sensibilità; anzi, a ben vedere all'interno della *babele* dei controlli l'Organismo emerge e si distingue – specialmente se in composizione collegiale – per almeno quattro ordini di ragioni:

1. anzitutto, è in possesso di **competenze interdisciplinari**, che consentono un'attività di vigilanza ad **ampio spettro** e non soltanto “settoriale”, essendo quindi l'Organismo in grado di valutare la correttezza dell'attività dell'ente nei suoi vari aspetti e sempre nell'ottica di prevenzione dei reati “presupposto”;
2. inoltre, pur facendo parte – a tempo pieno²⁴ – dell'ente vigilato²⁵, l'Organismo nel suo complesso è caratterizzato da peculiare **indipendenza** ed **autonomia**, non costituendo a rigore un *organo* dell'ente stesso e ponendosi in posizione di *staff* rispetto al vertice, con adeguate garanzie avverso ingerenze operative, condizionamenti ed iniziative “repressive” (quali, per tutte, la revoca senza giusta causa); d'altro canto, l'Organismo ha ampia e profonda conoscenza dell'ente vigilato, derivante proprio dalla citata continuità d'azione e dall'aver come componente – quantomeno in una composizione collegiale ideale – un soggetto interno;
3. ancora, nell'ambito del sistema delle segnalazioni di qualsiasi devianza (in cui si inserisce l'attuale fenomeno del *whistleblowing*), l'Organismo rappresenta l'unica struttura dell'ente cui sia possibile rivolgersi con la ragionevole certezza di non dover temere potenziali atteggiamenti ritorsivi, essendo l'OdV tenuto a garantire la più stretta **riservatezza** in merito²⁶;

²³ Così, MONGILLO, *L'organismo di vigilanza nel sistema della responsabilità da reato dell'ente: paradigmi di controllo, tendenze evolutive e implicazioni penalistiche*, in *Resp. Amm. Soc. Enti*, 4, 2015, 84.

²⁴ Come impone l'ormai consolidato principio della *continuità d'azione*.

²⁵ Cfr. art. 6 del Decreto, che parla di «*un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo*».

²⁶ Fatte salve le conseguenze di legge per le segnalazioni operate in malafede o con colpa grave.

4. infine, l'OdV si pone come veicolo di trasmissione all'interno dell'ente – e a tutti i livelli del medesimo²⁷ – di una piena cultura della legalità; nel sistema delineato dal Decreto, l'OdV ha il compito di impartire un'apposita **formazione** sui rischi-reato a tutto il personale dell'ente, emancipandosi così dalla rigida figura del controllore per assumere una ben più profonda funzione *pedagogica*. Una strategia “politica”, quella adottata del legislatore del 2001²⁸, che, puntando sulla prevenzione mediante la formazione al di là del mero controllo, mira ad impedire che il contesto aziendale diventi terreno fertile per il proliferare di condotte devianti²⁹. In conclusione, se «*il sistema dei controlli interni riveste un ruolo centrale nell'organizzazione aziendale*» poiché – tra l'altro – «*favorisce la diffusione di una corretta cultura dei rischi, della legalità e dei valori aziendali*»³⁰, allora non vi è dubbio che proprio l'Organismo di Vigilanza – attraverso i suoi specifici compiti di formazione – possa rivelarsi il soggetto più adatto a tale scopo.

In definitiva, l'Organismo di Vigilanza è l'architrave su cui regge l'intero impianto “general-preventivo” delineato dal Decreto; un Modello organizzativo, ancorché perfetto nella individuazione del rischio-reato, nella previsione di specifici protocolli e procedure e nella gestione delle risorse finanziarie, risulterà sempre ed inevitabilmente inidoneo se non assistito da un degno Organismo di Vigilanza. Non è un caso, infatti, se in alcuni dei principali processi in materia di responsabilità degli enti non sia stato possibile escludere la colpevolezza delle società “imputate” proprio per via di una insufficiente attenzione prestata all'Organismo di Vigilanza³¹.

²⁷ Si veda la Circolare Banca d'Italia n. 285/2013: «*il sistema dei controlli interni ha rilievo strategico; la cultura del controllo deve avere una posizione di rilievo nella scala dei valori aziendali: non riguarda solo le funzioni aziendali di controllo, ma coinvolge tutta l'organizzazione aziendale (organi aziendali, strutture, livelli gerarchici, personale) nello sviluppo e nell'applicazione di metodi, logici e sistematici, per identificare, misurare, comunicare, gestire i rischi*».

²⁸ Poi seguita anche dal Regolamento IVASS n. 38/2018 (cfr. art. 11 “cultura del controllo interno”).

²⁹ Nel 2010, la Commissione europea segnalava che, tra le cause della crisi del 2008, vi fosse la diffusione nel contesto finanziario dell'epoca di una vera *cultura del rischio*.

³⁰ Così, Banca d'Italia, Circolare del 17 dicembre 2013, n. 285, Parte Prima, Titolo IV, Capitolo 3.6, 32° aggiornamento.

³¹ Si veda, per tutti, il caso ThyssenKrupp: «*la composizione dell'organismo di vigilanza è essenziale perché il modello possa ritenersi efficacemente attuato. Esso deve essere dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo. Ciò significa che deve sempre essere garantita l'autonomia dell'iniziativa di controllo da ogni forma di interferenza o di condizionamento, come previsto dall'art. 6, lettera b. Nella fattispecie tale autonomia difettava ... Pertanto, le verifiche avrebbero riguardato l'operato di un dirigente chiamato ad essere il giudice di sé stesso e dotato di poteri disciplinari*», Cass. pen., Sez. Un., n. 38343/2014.