

L'ORGANISMO DI VIGILANZA: STRUTTURA, FUNZIONE E RESPONSABILITÀ^(*)

di Rocco Blaiotta

1. L'indagine sulla struttura e sulle funzioni dell'Organismo di vigilanza (OdV) richiede di gettare uno sguardo, sia pure fuggevole, al sistema di cui è importante parte. La disciplina 231 si affaccia su un orizzonte assai ampio, costituito dalla funzione di *compliance*: complesso strumento per la gestione del rischio di non conformità dell'azione dell'ente a diverse normative. La *compliance* ha uno storico, plurisecolare radicamento, particolarmente negli ordinamenti in cui la materia ha avuto origine. Il rischio-reati costituisce, dunque, solo uno dei temi di una scena ben più complessa.

Parimenti, nelle organizzazioni complesse esiste un articolato Sistema di controllo interno, operante su diversi piani e con diverse attività di elaborazione di procedure di regolazione, di controllo del loro funzionamento e di verifica dei risultati, affidate a diverse componenti organizzative: audit, Collegio sindacale, etc. Anche qui l'OdV costituisce solo un frammento.

La *compliance* costituisce un aspetto molto rilevante del governo delle imprese. Tuttavia, si tratta di un ambito nel quale l'ordinamento italiano è quasi completamente silente, tranne che nei settori regolamentati. Probabilmente, questa assenza costituisce una delle cause della scarsa conoscenza e soprattutto della mancata comprensione di ciò che accade realmente all'interno dell'impresa. Un deficit di conoscenza che può avere pesanti conseguenze nell'articolazione del giudizio di responsabilità.

In questa situazione di vuoto normativo le imprese si sono autonormate. Hanno istituito regole, presidi, apparati. Guido Rossi ha tratteggiato suggestivamente il processo evolutivo che ha visto la moderna società per azioni emanciparsi sempre più dai poteri dello Stato: la *corporation* si è sostituita al legislatore, non solo creando le norme di *compliance*, ma individuando nuovi organi societari deputati a dare esecuzione a tali norme e verificarne l'adempimento o meno. Questo rafforzamento della *compliance* obbliga a ripensare le strutture organizzative della società; determina, tendenzialmente, un regime più severo delle responsabilità endosocietarie; favorisce soprattutto la produzione di norme endogene atte ad incidere tanto sugli atti organizzativi quanto sulle operazioni d'impresa. In breve, si mostra una società che produce regole di cui deve fare applicazione: fenomeno diverso dalla formulazione di codici di comportamento ad opera di associazioni o organismi di vario genere e pur sempre esogeni. In tal modo le società assurgono al rango di "istituzioni" secondo l'accezione di Santi Romano.

(*) Testo rivisitato della relazione al corso organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura sul tema *La responsabilità da reato degli enti a vent'anni dal d.lgs. 231/2001* (Roma, 24 settembre 2021).

Occorre quindi aver chiaro che il Modello organizzativo tratteggiato dalla legislazione sulla responsabilità dell'ente costituisce solo un frammento di un sistema molto più complesso, autonormato. Esso presenta, tuttavia, la rilevante particolarità di essere un presidio oggetto di normazione primaria finalizzata a coinvolgere l'ente in una virtuosa azione di prevenzione di reati. La normazione include la previsione di un originale strumento: l'OdV, appunto, cui sono dedicate queste brevi considerazioni.

L'intreccio tra normazione ed autonormazione è un dato da considerare. Si è discusso molto (forse troppo) sulla appropriatezza della disciplina 231, che viene da più parti indiziata di indeterminatezza. La censura riflette la situazione di incertezza determinata dalla introduzione *ex abrupto* di un sistema di regolamentazione originale, che aveva ed ha bisogno di acquisire dai giuristi le sue "istituzioni", i suoi principi guida. Il vuoto su cui si è insediata l'innovazione, il dibattito e gli interrogativi che ne sono naturalmente derivati, pare non bastino a dar corpo ad un addebito di indeterminatezza. La disciplina, infatti, esplicita molto bene lo scopo, le funzioni del modello e dell'OdV. Il silenzio sui profili strutturali, istituzionali, conformativi, trova una agevole spiegazione, se si considera che, come accennato, la *compliance* è materia sterminata, preesistente alla disciplina 231 nella prassi, con configurazioni non uniformi, sicché un intervento regolativo su questo piano sarebbe stato non solo impegnativo ma anche a rischio di ultroneità e di incoerenza rispetto alla realtà delle cose, con un conseguente effetto di perturbazione più che di regolazione. E con il rischio, pure, di vulnerare metodiche prasseologiche in molti casi consolidate e virtuose. D'altra parte, sin dall'inizio si è obiettato alle critiche rivolte al legislatore considerando che la varietà dei rischi e la complessità delle organizzazioni rendono impossibile delineare standardizzate linee guida di fonte legislativa. L'autonormazione è in molti campi strumento di riconosciuta efficacia nel governo delle attività rischiose, per l'attitudine a conformarsi alle peculiarità di ciascuna del contesto.

Pare dunque utile abbandonare il discorso sulla determinatezza della legge e concentrarsi su ciò che può esser fatto per orientare, aiutare l'ente nella costruzione delle istituzioni ed il giudice nell'opera di sensata, realistica visione delle cose.

2. È un fatto che nei giudizi il Modello organizzativo e l'Organismo di vigilanza quasi sempre soccombono. Si è in presenza di un esito non fisiologico. Esso può essere in parte addebitato ad aspetti della legge di difficile declinazione. Basti pensare, esemplificativamente, alla fraudolenta elusione del modello quale condizione per l'esonero da responsabilità, che richiede sovente una *probatio diabolica*. Tuttavia, le cause preponderanti sono verosimilmente altre: inadeguatezze delle organizzazioni; un modo non corretto di "leggere" il ruolo del modello organizzativo e dell'organismo di vigilanza; soprattutto, un altrettanto inesatto modo di immaginare la vita reale delle imprese e di costruire la cosiddetta colpa di organizzazione (un problema di dogmatica della responsabilità).

Partendo dallo sfondo evocato all'inizio, solo un cenno a proposito di *compliance*: la dimensione sovraindividuale e collettiva; le cautele procedurali che solitamente scansionano l'iter delle determinazioni coinvolgendo diverse figure (la cosiddetta

segregazione delle funzioni); le cautele sostanziali costituite da una serie di prescrizioni, protocolli che tendono a regolare ed uniformare i processi in guise che ostacolino le irregolarità e quindi anche i reati; le cautele di controllo cui ovviamente occorrerà dedicare qualche attenzione speciale.

L'esperienza mostra una complessità che non si immaginerebbe. Tutto o quasi nell'attività dell'ente è regolato da procedure, protocolli. Tutto ha un alto grado di formalizzazione. Per esemplificare: disporre una consulenza è determinazione che chiama in causa (con scadenze precostituite) distinti apparati che esprimono distinte valutazioni su utilità, costi, selezione dell'esperto ecc. Questa procedimentalizzazione ha un costo anche in termini di speditezza ed efficienza e deve essere quindi attentamente calibrata. Ma il tratto essenziale di questo modo di procedere è che qui la prevenzione delle irregolarità e la gestione dei rischi sono vissute in una dimensione formalizzata, organizzata, generalizzante. Si disciplinano categorie di atti o di attività. Si tratta di accorgimenti che, proprio per questa loro caratteristica, attenuano il rischio ma non ne garantiscono per nulla la eliminazione.

3. Anche la funzione di controllo che a noi interessa maggiormente ha una composita complessità. Vi è il responsabile del processo che è chiamato ad una sorta di autovalutazione che si risolve anche, di regola, nella trasmissione di flussi informativi periodici diretti anche all'OdV, relativi all'andamento dell'attività e ad eventuali criticità manifestatesi. Si aggiunge un secondo livello: funzioni di *Compliance* o di *Risk management* che si occupano di regolazione e di supervisione, affidate ad apparati ancora pienamente inseriti nelle relazioni gerarchiche; o funzioni di controllo specialistiche: amministrazione e contabilità, informatica, protezione dei dati personali ecc.

Vi è infine un terzo livello, nel quale spicca la funzione di *internal auditing*, che costituisce diretta emanazione del vertice aziendale e gode di una sfera di peculiare indipendenza. Si tratta di funzione specialistica che opera secondo sofisticati modelli minutamente codificati nelle prassi più accreditate. Tutti i processi gestionali e tutte le unità organizzative devono essere potenzialmente oggetto di indagine; e la necessità di una funzione di puro controllo deriva dal fatto che i controlli di linea, per quanto fondamentali, sono comunque condotti dagli organi esecutivi. Tale funzione è espressione del principio di segregazione del controllo della gestione e giustifica la relazione diretta con l'apice aziendale. Essa opera parallelamente rispetto ai controlli di linea, integrandoli e ponendoli come oggetto di verifica. In questo terzo livello si colloca, con peculiare ruolo, l'OdV.

La funzione di controllo implica la circolazione di informazioni che coinvolgono direttamente anche l'OdV, che è destinatario di una ricca messe di documenti. Queste informazioni assai di rado sono relative ad eventi specifici. Ed anche in tali evenienze riguardano pur sempre la dimensione organizzativa. L'Organismo approfondisce e valuta, nella prospettiva di suggerire eventuali azioni correttive nella sfera organizzativa.

Questo sommario tratteggio è frutto della prassi. Vi è una configurazione generalizzante, organizzativa, che penetra nel modello 231 (che, giova ripeterlo, è un

frammento del Sistema di controllo interno) particolarmente nella sua parte speciale, che raccoglie le principali direttive cui si è fatto cenno.

Tale configurazione si riverbera sull'Organismo disciplinato dall'art. 6. Si tratta di un'entità originale del nostro sistema, che è stata successivamente accolta anche in altri Ordinamenti; e che risponde pregevolmente ad un'esigenza di effettività che deve inerire a qualunque progetto regolativo: si possono concepire le più raffinate costruzioni ma ciò non garantisce per nulla esse si realizzino, in assenza di puntuali verifiche. Le sue caratterizzazioni sono note: autonomia ed indipendenza; poteri di iniziativa e controllo; vigilanza sul funzionamento e sull'osservanza del modello.

Autonomia ed indipendenza costituiscono il tratto saliente: si è voluta costruire un'entità diversa da tutte le altre esistenti: non un organo dell'ente, ma un apparato privo di ruoli gestionali ed impeditivi. L'indipendenza trova il suo contrappunto nell'assenza di qualsiasi coinvolgimento nei processi decisionali che è chiamata a vigilare. Si tratta di un dato da sottolineare con vigore: sarebbe davvero difficile immaginare un organismo protagonista di una indipendente azione di controllo ed al contempo implicato nei processi decisionali della sfera gestoria. D'altra parte, l'estraneità alla compagine societaria esclude che possa essere giustificato un intervento attivo nei processi decisionali, che risulterebbe privo di legittimazione formale e sostanziale e, dunque, eversivo.

L'OdV si caratterizza rispetto all'Audit per questa peculiare indipendenza che, però, non si accompagna, solitamente, alla autonoma gestione di risorse ispettive. È la funzione Audit che ne supporta operativamente l'attività. E per questa ragione è fisiologica e razionale la presenza del direttore della funzione nell'OdV come componente o consulente permanente. Peraltro, a garanzia della sua indipendenza, l'Organismo è legittimato ad esperire attività ispettive *motu proprio* o avvalendosi di consulenti esterni.

La natura e la caratterizzazione dell'attività di vigilanza dell'Organismo costituiscono un riflesso del Modello organizzativo di cui è parte. Dunque, vigilanza in una dimensione generalizzante, organizzativa, distinta da qualunque altra attività che abbia ad oggetto specifiche evenienze, accadimenti concreti e contingenti.

L'efficienza di tale vigilanza è condizione dell'esonero da responsabilità dell'Ente. Ed al servizio di tale efficienza è la previsione di autonomi poteri di iniziativa e controllo. In breve, il modello deve avere al suo interno risorse organizzative per proteggere ed adeguare dinamicamente ed autonomamente se stesso. L'OdV è il motore di tale autodifesa. Esso è chiamato a svolgere una indipendente attività di monitoraggio ed ispettiva; ed a trasmettere al vertice aziendale tutte le valutazioni e proposte utili ad adeguare, aggiornare il modello ed i suoi protocolli. E solo tale genere di valutazione è ammissibile.

I cenni ricostruttivi che si sono proposti sono consonanti con le riflessioni pressoché concordi degli studiosi. Si è parlato di: "*guardiano del modello organizzativo*"; di "*finalità preventiva indiretta*" e non di "*prevenzione di concreti episodi delittuosi*"; di "*ruolo di consulenza in ordine alla architettura delle procedure*"; di "*controllore della aderenza delle regole autonormate al profilo di rischio e della corretta attuazione*". Concorde è l'esclusione di attività gestorie; di coinvolgimento in specifici contesti decisorii; di poteri impeditivi.

4. Il funzionamento dell'Organismo nella prassi è sostanzialmente conforme a tale configurazione teorica. Esso ha solitamente composizione collegiale. Si riunisce periodicamente, spesso con cadenza mensile. Verbalizza le attività. Elabora un programma annuale di *attività di vigilanza*, la cui attuazione è affidata all'Audit. È destinatario di flussi informativi periodici e quindi di una sterminata documentazione afferente a direttive, protocolli *et similia*. Interloquisce con i dirigenti dei diversi uffici e con i gestori dei processi. Riferisce periodicamente (ma non solo) al Consiglio di Amministrazione sull'attività svolta, valutando la adeguatezza e l'osservanza delle procedure, nonché proponendo suggerimenti migliorativi. Soprattutto, è il destinatario di tutti i *report* che gli giungono dall'Audit e che costituiscono l'esito di attività ispettive programmate e non; che riguardano specifici uffici o specifiche procedure; e che solitamente si collocano sul piano della verifica in ordine all'osservanza delle regole. Tali documenti si risolvono, in ultima analisi, in un giudizio sull'adeguatezza della attività e sulle azioni migliorative che possono essere adottate. Non è tuttavia escluso, come si è accennato, che l'OdV possa assumere autonome iniziative anche ispettive.

In conclusione questa descrizione sintetica pone in luce che:

- l'Organismo si muove fisiologicamente ad una distanza siderale dall'attività operativa dell'Ente e quindi dalle contingenze innumerevoli nelle quali possono maturare condotte illecite.
- È del tutto estraneo alla valutazione del merito dell'attività gestoria; delle determinazioni discrezionali. Esprime valutazioni e suggerimenti solo per ciò che attiene alla *compliance*.
- La sua strutturazione lo rende bisognoso dell'apporto delle strutture di Audit.

5. Nonostante questo indubbio stato delle cose, si mostra in parte della scarsa giurisprudenza una non esatta comprensione del ruolo dell'OdV e delle reali, fisiologiche dinamiche della sua attività. Si tende ad attribuirgli un sindacato di merito sull'attività gestoria; un potere impeditivo di condotte illecite. Ciò finisce col candidare impropriamente i componenti dell'Organismo ad assumere il ruolo di garante, rilevante sul piano della responsabilità penale personale.

Nel caso Impregilo, concernente fatti di aggio taggio informativo commessi dai vertici della società, secondo la Corte di Cassazione, la funzione di controllo dell'organismo di vigilanza non era adeguata, poiché i comunicati stampa potevano essere emessi dagli apicali, senza che «*all'organo di controllo fosse concesso di esprimere una dissenting opinion sul "prodotto finito"*». I giudici di legittimità sembrano attribuire all'OdV un controllo nel merito dei singoli atti di amministrazione ed una funzione impeditiva dell'evento-reato.

Un approccio non dissimile si rinviene nella sentenza del Tribunale di Milano relativa al caso BMPS: un caso di aggio taggio e false comunicazioni sociali in relazione ad operazione finanziaria internazionale artificiosa. La pronunzia attribuisce all'OdV il

sindacato nel merito dell'attività gestoria. I presidi preventivi adottati dalla sede londinese di Deutsche Bank sono ritenuti inadeguati non in base ad una valutazione *ex ante*, ma perché «non sono valsi a rilevare la vera natura del deal e a bloccarne l'approvazione», e, anzi, ne avevano accettato la commissione come parte di una policy aziendale «tesa a privilegiare il conseguimento di un risultato profittevole anche a discapito dell'osservanza delle regole». Si afferma che «le funzioni di controllo si sono dimostrate concilianti rispetto al buon esito dell'«affare», a dispetto del suo scopo illecito», sottolineando tutte le omissioni dei dipartimenti, che avrebbero dovuto rilevare il rischio-reato sotteso all'operazione finanziaria strutturata. Dunque, si pensa ad un ruolo valutativo ed impeditivo per di più preso in esame in una prospettiva *ex post*.

Queste soluzioni interpretative non possono essere condivise perché:

- a) Sono avulse dalla realtà che si è tentato di tratteggiare: la collocazione, cioè, in un peculiare "luogo" dell'organizzazione, lontano dalle fucine nelle quali vengono agiti i processi decisionali.
- b) Attribuiscono all'OdV un ruolo disfunzionale (di controllo ed impedimento) che contrasta con il tenore della normazione e con la veste di indipendenza ed autonomia cui si è fatto cenno; nonché con l'assenza di qualunque legittimazione nella sfera gestoria.
- c) Soprattutto, non hanno ben chiaro qual è il fondamento della responsabilità dell'ente: cosa esattamente si chiede all'istituzione e cosa realmente si punisce. Tale ultimo aspetto sollecita qualche breve considerazione di carattere dogmatico.

6. Se si tenta di accedere al cuore, alla sostanza del rimprovero, troviamo che l'ente non ha fatto ciò che ci si attendeva, non ha dato corso alla prevenzione del rischio di reati che l'ordinamento prescrive. La realizzazione e l'attuazione del modello e la virtuosità delle politiche di vigilanza costituiscono un preciso obbligo. La violazione di tale obbligo fonda la responsabilità. Tale responsabilità si basa su una vera anche se peculiare colpa, che deve essere oggetto di piena dimostrazione: la colpa d'organizzazione.

Sono state sostenute le più disparate tesi sulla dogmatica della responsabilità: onere, dovere, esimente, scusante, causa di esclusione della punibilità ecc. Sembra che la disciplina 231 non solo enunci per implicito ma chiaramente l'esistenza di un obbligo, ma fornisca indicazioni sul dovere di autonormazione organizzativa che, indeterminate quanto ai modi, sono chiarissime quanto alle finalità da perseguire. L'art. 30 del T. U. sulla sicurezza del lavoro ce lo conferma: il modello "deve" essere adottato ed efficacemente attuato. La violazione determina linearmente la colpa d'organizzazione: una soluzione obbligata alla luce della giurisprudenza delle Sezioni unite che ha collocato il sistema della responsabilità dell'Ente nella sfera del diritto punitivo, con una naturale filiazione rispetto al diritto penale.

Un ulteriore passaggio è richiesto: qual è l'evento connesso a tale colpa?

La risposta testuale e logica è che oggetto della prevenzione sono reati della specie di quello verificatosi. L'enunciato è generalizzante: si riferisce a categorie di reati

ed a categorie di rischi. Si può dunque affermare che la colpa d'organizzazione è in connessione causale con un peculiare evento di pericolo, intermedio rispetto a quello del reato: l'indebito aumento del rischio di alcuni tipi di reato. Di tale esito categoriale l'evento del reato storico costituisce una contingente manifestazione. Occorre, cioè, che il reato rappresenti la concretizzazione del rischio che la cautela organizzativa mirava a mitigare. Nulla di più che una connessione teleologica può essere pensata tra modello organizzativo, attività dell'Organismo di vigilanza ed evento storico.

Il verbo mitigare, ormai invalso per esprimere le finalità del sistema, rende bene la assenza di connessione strettamente eziologica, condizionalistica, tra la colpa d'organizzazione ed il reato storico. Infatti, considerata la natura procedimentale ed organizzativa delle cautele di cui abbiamo parlato, è a dir poco difficile instaurare una catena causale condizionalistica nello stile del classico discorso penalistico, come riconosciuto del resto anche dai più attenti studiosi che si sono occupati del tema. Sarebbe quindi vano tentare di connettere eziologicamente la condotta inappropriata dei componenti dell'Organismo con il reato. Conviene insistere: è la stessa tipologia delle cautele, "frappositive" e non impeditive, che conclama l'impossibilità di istituire una relazione eziologica in senso proprio tra esse ed uno specifico evento illecito.

Ma ancor prima, infine, è proprio la dogmatica penalistica che costituisce l'ostacolo maggiore alla ipotizzabilità di un ruolo di garanzia rispetto al reato storico. Il garante è la figura competente alla gestione di uno specifico rischio. Nel bene e/o nel male chi scrive ha avuto qualche responsabilità nella costruzione giurisprudenziale della connessione tra la gestione del rischio, o di una sua articolazione, e la responsabilità sul piano dell'imputazione oggettiva, ancor prima che entrino in campo aspetti relativi alla colpevolezza. Ma si tratta di uno strumentario che ha una sempre sottolineata funzione selettiva: serve a limitare l'incontrollata proliferazione di imputazioni avulse dall'analisi dei rischi e dei ruoli. È l'esercizio di un determinato ruolo gestorio che incardina la responsabilità per ciò che attiene al pertinente governo del rischio.

Orbene, l'OdV è parte della gestione di un rischio non solo morfologicamente diverso da quello inerente alla responsabilità penale; ma anche inserito in un sistema, punitivo sì, ma distinto dal quello penale. Un diverso mondo, insomma. La rottura del disframma che divide i due sistemi costituirebbe l'errore più imperdonabile.

Qualcuno ha voluto trarre argomento a favore di un ruolo di garanzia dei componenti dell'Organismo dalla giurisprudenza di legittimità che ha ritenuto che il Responsabile del servizio di prevenzione e protezione abbia un ruolo di garanzia pertinente agli illeciti di evento. Tuttavia, è proprio l'approccio che è alla base di tale giurisprudenza che confuta la tesi. Il RSPP ha un ruolo formidabile nella gestione del rischio lavorativo: è l'agente che fa penetrare nel governo del rischio il sapere scientifico e tecnologico; è coautore del documento di valutazione del rischio. Una sua condotta inappropriata, come la mancata segnalazione di un rischio o la omessa indicazione di una cautela da adottare, possono avere un autonomo rilievo nella causazione dell'evento, come testimoniato dalla prassi. È proprio questo suo ruolo nell'ordinamento penale della sicurezza del lavoro, con un'impronta direttamente e copiosamente cautelare, che lo qualifica come garante.

Il ruolo del modello organizzativo e dell'Odv è diverso e, come si è detto, collocato su un piano sovrastante, afferente alla sfera organizzativa. L'art. 30 del T.U. lo esplicita anche con qualche dettaglio. In questa sfera, il modello potrà occuparsi di regolamentazioni, di protocolli; ad esempio per l'organizzazione e programmazione dell'attività formativa; la regolazione dei rapporti con i fornitori nell'ottica del rischio interferenziale; la gestione delle segnalazioni relative alla violazione del modello ecc. Tutti temi che nella loro genericità e per la loro genuina afferenza alla sfera organizzativa, non possono essere messi in connessione eziologica diretta, condizionalistica, con uno specifico infortunio.