



ORDINE DEI  
DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI  
ESPERTI CONTABILI  
M I L A N O



FONDAZIONE  
COMMERCIALISTI  
ODCEC di MILANO

*Percorso formativo ex D. Lgs. 231/2001*  
Dal Risk Assessment al Modello Organizzativo  
e all'Organismo di Vigilanza

# LA RESPONSABILITA' PENALE DELL'O.D.V

**Avv. MARCO MORABITO**

23 febbraio 2018, corso Europa 11 – Milano



ORDINE DEI  
DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI  
ESPERTI CONTABILI

M I L A N O



FONDAZIONE  
COMMERCIALISTI  
ODCEC di MILANO

# I) CARATTERISTICHE E FUNZIONI DELL'O.D.V.

# L'ISTITUZIONE DELL'O.D.V.

- L'esistenza dell' OdV è PREVISTA dal D.Lgs. 231/2001 (art. 6):  
*"l'ente non risponde se prova che"* (in funzione esimente) :
  - Organo dirigente ha adottato e attuato (prima) MODELLI di gestione e organizzazione idonei a prevenire reati della specie di quelli verificatisi.
  - il compito di *vigilare* sul funzionamento e l'osservanza dei MODELLI e curarne l'*aggiornamento* è stato affidato a un ORGANISMO interno (OdV)

È UNA NOVITÀ NEI SISTEMI DI GOVERNANCE

N.B. È previsto solo per i reati degli apicali, ma nella *prassi* funziona anche per gli illeciti dei dipendenti.

## ATTIVITA' DELL' O.D.V.

- Si rivolge ai soggetti che presidiano i processi a rischio-reato per ottenere i **FLUSSI INFORMATIVI** previsti dal Modello (art. 6 co. 2).
- Può insinuarsi nei processi come **CONTROLLORE di 2^ GRADO** con poteri ispettivi e di vigilanza.
- **NON HA** né può avere **POTERI di GESTIONE** (per imparzialità).
- **DESTINATARIO** dell'attività dell'OdV è il **VERTICE** societario, che ha potere decisionale sulle violazioni trasmesse.

# STRUTTURA DELL' O.D.V.

Non è disciplinata nel dettaglio dalla legge, ma si ricava dalle funzioni di controllo:

- **ISTITUZIONE:** è organo AUTONOMO E DISTINTO da altri organi di controllo societario
  - ECCEZIONI: ex art. 6 co. 4 negli *enti di piccole dimensioni* le funzioni *possono* essere svolte dall'ORGANO DIRIGENTE e  
ex art 6 co. 4 bis nelle *società di capitali* le sue funzioni *possono* essere svolte dal COLLEGIO SINDACALE etc.  
(TUTTAVIA NON PER INTERMEDIARI FINANZIARI)
- **NOMINA:** spetta al vertice dell'ente (CdA etc.) o all'assemblea (se non esistono deleghe)

# CARATTERISTICHE OPERATIVE DELL'O.D.V.

## 1. **INDIPENDENZA**: deve dialogare con il vertice senza esserne influenzato.

- Componenti non devono trovarsi in conflitto di interessi né appartenere al vertice aziendale o esserne espressione
- Componenti possono avere provenienza *interna* (> conoscenza) o *esterna* (> indipendenza) o *mista* (preferibile) – i componenti interni, comunque, non dovrebbero appartenere né al Collegio sindacale né al CdA né dirigere le aree a rischio-reato.
- Componenti possono appartenere all'*area legale* (ma non gestionale) o all'*internal auditing* (ma non in misura preponderante). La funzione *internal auditing* può costituire il braccio armato per l'esecuzione delle attività dell'OdV.

## segue CARATTERISTICHE OPERATIVE

**2. AUTONOMIA DI INIZIATIVA:** poteri ispettivi e di controllo autonomi, anche di propria iniziativa, in funzione preventiva.

**3. PROFESSIONALITÀ:** Componenti devono avere specifici requisiti di competenza in materia di controlli (in senso lato: *auditing*, controllo di legalità, conoscenze in materia societaria, tributaria e penale).

- Nelle società di maggiori dimensioni l'OdV dovrà avere quindi avere composizione *collegiale*
- Deve comunque essere garantito un *compenso adeguato*, a riscontro dei requisiti di professionalità dei componenti

**4. CONTINUITA' DI AZIONE:** Il funzionamento dell'OdV deve essere costante e non saltuario né meramente cartolare, bensì dinamico (controlli e ispezioni periodici e/o a sorpresa).

## LE FUNZIONI DELL'O.D.V.

L'obiettivo del controllo sull'efficacia del Modello viene perseguito attraverso:

### 1) L'INFORMAZIONE PASSIVA e ATTIVA:

➤ **Passiva:** necessità di **flussi informativi effettivi dal responsabile del processo a rischio-reato all'OdV-** previsti per legge: art. 6 co. 2 lett. d) D.Lgs. 231/01

➤ **Attiva:** correlativa necessità di **flussi informativi effettivi dall'OdV al vertice aziendale** (*report* periodici e info tempestive su eventuali violazioni del Modello e/o necessità di adeguamento in caso di *deficit* di effettività o modifiche organizzative o normative): es. modifiche legislative in tema di *whistleblowing*.

## segue LE FUNZIONI

### 2) IL CONTROLLO:

- **Poteri ispettivi e di vigilanza:** sia periodici che a sorpresa

### 3) POTERE PROPULSIVO e DISCIPLINARE:

- **Attività di informazione e formazione** sui contenuti del Modello e del Codice etico
- **Attività di proposta e di valutazione** circa l'adeguatezza e l'effettività del Modello e dei Protocolli di gestione delle attività a rischio-reato
- **Attività di esame e accertamento delle infrazioni** al Modello, al Codice etico e alle procedure aziendali, con correlativo **potere di azione disciplinare**, se previsto.



ORDINE DEI  
DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI  
ESPERTI CONTABILI

M I L A N O



FONDAZIONE  
COMMERCIALISTI  
ODCEC di MILANO

## II) L'O.D.V. NEI GRUPPI DI SOCIETA'

## GRUPPI DI SOCIETA'

- **OGNI società** deve dotarsi di un **proprio Modello** e di un **proprio OdV**:

Ciò a garanzia della stessa *holding*, giacché la responsabilità ex D.lgs. 231/01 presuppone l'*autonomia giuridica* degli enti (principio di legalità) mentre le funzioni di direzione e coordinamento della *holding* comportano il rischio di una dispersione delle singole responsabilità.

- **Holding**  darà gli **indirizzi generali** sull'adozione e caratteristiche generali del Modello e istituzione dell'OdV (ma non regole di dettaglio, pena il possibile coinvolgimento nei reati commessi dalle controllate per esistenza di un comune *interesse*).
- **OdV** non dovrà essere centralizzato e dovrà rispettare requisiti di **indipendenza** (componenti non dovranno appartenere anche a OdV o al vertice della *holding*; funzione *audit* dovrà riportare a OdV della controllata).



ORDINE DEI  
DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI  
ESPERTI CONTABILI  
M I L A N O



### III) LE RESPONSABILITA' DEI MEMBRI DELL'O.D.V.

# RESPONSABILITA'

L'OdV ha funzioni e doveri di VIGILANZA: *può essere chiamato a rispondere penalmente per omesso impedimento dei fatti di reato commessi da esponenti dell'ente?*

In particolare: l'art. 52 D.Lgs 231/2007 (Antiriciclaggio) - poi **ABROGATO** dalla riforma ex D.lgs. 25/5/2017- n. 90 prevedeva:

Organi di controllo 1. Fermo restando quanto disposto dal codice civile e da leggi speciali, il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza, il comitato di controllo di gestione, **l'organismo di vigilanza** di cui all'articolo 6, comma 1, lettera b), del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, e tutti i soggetti incaricati del controllo di gestione comunque denominati presso i soggetti destinatari del presente decreto **vigilano**, ciascuno nell'ambito delle proprie attribuzioni e competenze, **sull'osservanza delle norme** in esso contenute. 2. Gli organi e i soggetti di cui al comma 1: a) comunicano, senza ritardo, alle autorità di vigilanza di settore tutti gli atti o i fatti di cui vengono a conoscenza nell'esercizio dei propri compiti, che possano costituire una violazione delle disposizioni emanate ai sensi dell'articolo 7, comma 2; b) comunicano, senza ritardo, al titolare dell'attività o al legale rappresentante o a un suo delegato, le infrazioni alle disposizioni di cui all'articolo 41 di cui hanno notizia; c) comunicano, entro trenta giorni, al Ministero dell'economia e delle finanze le infrazioni alle disposizioni di cui all'articolo 49, commi 1, 5, 6, 7, 12,13 e 14 e all'articolo 50 di cui hanno notizia; d) comunicano, entro trenta giorni, alla autorità di vigilanza di settore le infrazioni alle disposizioni contenute nell'articolo 36 di cui hanno notizia.

**E abrogato l'art. 55 comma 5: Sanzioni penali (...)** 5. Chi, essendovi tenuto, **omette di effettuare la comunicazione di cui all'art. 52 comma 2**, è punito con la reclusione fino ad un anno e con la multa da 100 a 1000 euro

# SCHEMA GIURIDICO IMPUTAZIONE PENALE PER GLI ORGANI DI CONTROLLO (concorso mediante omissione)

1) **Art. 40 comma 2 c.p.:** (*Rapporto di causalità*) - 2. *Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo.*

*più*

2) **Art. 110 c.p.:** (*Pena per coloro che concorrono nel reato*) - *Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita (...).*

*più*

3) **La specifica norma** incriminatrice che si assume violata.



➤ In astratto ipotizzabile la responsabilità (es. Corte appello Milano 2010 su amministratori Parmalat)

# MA ESISTONO PRINCIPI COSTITUZIONALI: LEGALITA', COLPEVOLEZZA E PERSONALITA' DELLA RESPONSABILITA'

- Occorre individuare una **POSIZIONE DI GARANZIA** in capo all'organo di controllo, in modo da delimitare l'obbligo giuridico di impedimento attraverso l'indicazione dei poteri impeditivi del garante.
  - Occorre provare l'esistenza di un **NESSO CAUSALE** tra la mancata attivazione dei poteri impeditivi ed il fatto di reato (verifica *ex post* che l'esercizio di quel potere avrebbe neutralizzato il programma criminoso).
  - Occorre provare il **DOLO**, ossia la rappresentazione e volizione del fatto storico integrante il reato: in particolare non basta la «*conoscibilità*» di segnali di allarme, ma occorre la «*conoscenza*» di segnali di allarme chiari, indicativi e percepiti come tali
- ➔ *È inaccettabile la formula del "non poteva non sapere"*

# RESPONSABILITA' DELL'O.D.V

- L'OdV **non ha obblighi formali di impedimento dei reati** indicati nel catalogo del D.Lgs 231/2001 (né tantomeno dei reati di ricettazione, reimpiego, riciclaggio e autoriciclaggio di cui al D.Lgs 231/2007), **diversamente da amministratori** ex art. 2381 e 2932 c.c. **e sindaci** e ex art. 2403 e 2407 c.c. (discutibile per i revisori legali ex D.Lvo n. 39/2010).
- L'OdV **non ha poteri gestori o decisori impeditivi**, ma solo poteri di controllo sul Modello e comunicazione ad altri soggetti (vertici o amministratori) che a loro volta hanno poteri gestori e decisori.

## RESPONSABILITA' DELL'ODV

- L'OdV potrà essere facilmente responsabile in via civile ma *più difficilmente in via penale* (salva la previsione settoriale di una posizione di garanzia esplicitata o ricavabile in determinati ambiti, per es. in materia di sicurezza sul lavoro).
- Il delitto specifico di OMESSO AVVISO ex art. 52 e 55 D.Lgs. 231/2007 *ante* riforma D.lgs. n. 90/2017 integrava un reato proprio, che si risolveva in un *obbligo di sorveglianza*, ma senza poteri in grado di *impedire la verifica del riciclaggio*.
- Inoltre, è PROBLEMATICA l'individuazione di una POSIZIONE DI GARANZIA in caso di obblighi che si risolvono in un dovere di comunicazione avente ad oggetto INFRAZIONI GIA' AVVENUTE (es. obblighi identificazione e segnalazione operazioni sospette).
- N.B. La tendenza recente della giurisprudenza è però in senso rigoristico...

## RESPONSABILITA' DELL'O.D.V.

Cass. Pen., sez. V., 30/1/2014 n. 4677 Impregilo (aggiotaggio informativo):

*«(...) non è stato chiarito se la modifica (o manipolazione che dir si voglia) della bozza elaborata dagli organi interni sia stata comunicata (naturalmente: prima che il messaggio venisse diramato) all'organo di controllo o se, viceversa, come sembra emergere dalla sentenza di merito, questo fosse un ulteriore "passaggio" cui presidente e amministratore delegato non erano tenuti. Se così fosse, evidentemente, il controllo previsto dall'art. 6 si ridurrebbe a un mero simulacro, in quanto esso si eserciterebbe sul comunicato in fieri, ma non sulla sua versione definitiva (quella destinata alla diffusione). Così stando le cose, se all'organo di controllo nemmeno fosse concesso di esprimere una dissenting opinion sul "prodotto finito" (rendendo in tal modo, almeno, manifesta la sua contrarietà al contenuto della comunicazione, in modo da mettere in allarme i destinatari), è evidente che il modello organizzativo non possa ritenersi atto a impedire la consumazione di un tipico reato di comunicazione quale (...) è l'aggiotaggio».*

➤ Ma è discutibile che l'OdV possa avere funzioni di controllo diretto e integrale degli atti di gestione e che, correlativamente, i flussi informativi verso l'Odv possano riguardare tutti gli atti di gestione.

# LA RESPONSABILITA' PENALE DELL'O.D.V. ODCEC MILANO - 23.02.2018

Grazie per l'attenzione.

**Avv. Marco Morabito**

20121 MILANO Via della Moscova, 40/7

[marco.morabito@lexiura.it](mailto:marco.morabito@lexiura.it)