



AMBIENTEROSA
consulenze ambientali

Amministratore Unico: Avv. Rosa Bertuzzi
sede PC: Vicolo Pantalini, 7/9 29121 Piacenza
sede MI: Via Burlamacchi 16, Porta Romana, 20135 Milano
P. Iva 01711730331
rosabertuzzi@ambienterosa.net
PEC: ambienterosa@legalmail.it
www.ambienterosa.net

Di Avv. Rosa Bertuzzi

COMPATIBILITA' TRA INCARICO DI O.D.V. del D.L.vo 231 E CONSULENTE AMBIENTALE ESTERNO

L' art. 6, co. 1, lett. b) e d), del Decreto Legislativo 231/2001, dispone che i membri dell'organismo di vigilanza godano di "autonomi poteri di iniziativa e controllo" e che garantiscano una vigilanza effettiva e presente ("non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell' organismo [...]"). Al di fuori di queste due esigue disposizioni il legislatore tace su quali possano, ed anzi debbano, essere gli ulteriori requisiti dell' organismo di vigilanza. Pertanto, per maggiore efficienza espositiva e al fine di un più approfondito esame della questione, risulta imprescindibile un'analisi del contributo della giurisprudenza e delle linee guida predisposte dalle associazioni di categoria, approvate dal Ministero della giustizia di concerto con i ministeri competenti (art. 6, comma 3). Si può quindi affermare che i membri dell'Organismo di Vigilanza siano tenuti a soddisfare i requisiti di:

- **Autonomia e indipendenza:** innanzitutto all' ODV non devono essere assegnati compiti operativi all'interno dell'azienda, al fine di escludere una coincidenza tra soggetto controllante e soggetto controllato. Tale incarico potrebbe compromettere la serenità di giudizio al momento delle verifiche e dei controlli dell' ODV¹. Quindi occorre eliminare ogni tipo di ingerenza e condizionamento sui suoi membri, di natura economica o personale, da parte di qualunque componente dell' Ente, in particolare degli organi di vertice. E' chiaro che, come rilevato dalle stesse linee guida Confindustria, l' autonomia va valutata in relazione alla funzionalità dell' ODV e ai compiti ad esso attribuiti, non invece al rapporto

¹ Trib. Roma, ordinanza del GIP del 4 Aprile 2003, (che aveva escluso che il requisito della indipendenza fosse soddisfatto anche qualora membro dell' ODV sia l' ingegnere responsabile della procedura del sistema ISO 9002 e della sicurezza nella stessa società), nonché Trib. Napoli 26 Giugno 2007 (che aveva adottato lo stesso principio con riferimento ai membri del C.d.A. di una società controllata)

di lavoro che lega tale organismo con l' Ente, per cui, ad esempio, il pagamento del compenso per l'opera prestata, non genera "dipendenza"². Inoltre è opportuno prevedere nel modello organizzativo cause effettive di ineleggibilità e decadenza dal ruolo, tali che garantiscano onorabilità, assenza di conflitti di interessi e di relazioni di parentela con i componenti degli altri organi sociali. In particolare, e a titolo di esempio, la giurisprudenza³ ha affermato che non è condivisibile che l' Organismo di Vigilanza fosse alle dirette dipendenze del presidente del Consiglio di Amministratore in quanto tale impostazione della *governance* aziendale ne comprometterebbe l'autonomia imposta dall' art. 6 co 1 lett. b) del decreto 231/2001 in considerazione del fatto che anche gli amministratori sono assoggettati alla vigilanza dell'ODV. Sempre la giurisprudenza di legittimità⁴, in una nota sentenza relativa alla composizione dell'ODV, ha escluso che dello stesso possa fare parte anche un referente interno che svolgesse anche funzioni operative all' interno di un' area a rischio-reato, nello specifico, il responsabile della sicurezza della società. La tesi contraria sosteneva che l' inserimento di un componente operativo nell' ODV potesse garantire maggiori conoscenze pratiche funzionali ad una maggiore efficienza e invasività dei controlli. Le Sezioni Unite hanno fatto chiarezza sul punto, dichiarando che una composizione di questo tipo dell' ODV ne può compromettere l' autonomia di cui all' art. 6 co 1 lett. b), in virtù del principio secondo cui non può esservi identità tra controllante e controllato. Le linee guida di Confindustria (p.58) hanno recepito questo orientamento, esplicitando il discorso anche in relazione al "*dirigente del settore ecologia, ambiente e sicurezza*". Infine, anche la presenza di un fondato sospetto che a un membro dell' ODV possa essere attribuito un reato-presupposto, o che gli venga inflitta una condanna che comporti l' interdizione dai pubblici uffici o dagli incarichi direttivi, rappresenta una causa di incompatibilità (*rectius* ineleggibilità) del membro dell' ODV, da valutarsi con riferimento al requisito di autonomia e indipendenza⁵.

Quanto alla compatibilità tra incarico di Organismo di Vigilanza ex Decreto 231 e Revisore legale dei conti, si segnala sul punto che, innanzitutto, questi ultimi sono dei potenziali soggetti attivi dei reati c.d. societari, dai quali può derivare responsabilità penale a carico dell'ente ai sensi dell'art. 25-ter. Come tali, il loro operato deve sicuramente essere oggetto dei controlli da parte dell'Organismo di vigilanza nell'esercizio delle sue funzioni di verifica sull'osservanza del Modello 231. In base, poi, al principio stabilito dalla già citata sentenza della Corte di Cassazione n. 38343/2014 (infra, sub nota 4) per cui "controllante non può coincidere con controllato" non può non rilevarsi il potenziale conflitto di interessi che intercorre tra le due figure (l' ODV controllante, e il Revisore legale dei Conti controllato). Oltre a ciò

² Confindustria, LINEE GUIDA PER LA COSTRUZIONE DEI MODELLI DI ORGANIZZAZIONE, GESTIONE E CONTROLLO AI SENSI DEL DECRETO LEGISLATIVO 8 GIUGNO 2001, N. 231 approvate il 06 dicembre 2014 – Ufficio Legislativo - p. 57 - <https://www.confindustria.it/notizie/dettaglio-notizie/linee-guida-confindustria-231-modelli-organizzativi>

³ Cass. Pen. Sez V 18/12/2013 n. 4677, Impregilo

⁴ Cass. Pen. SS.UU., 24/04/2014, n. 38343, Thyssenkrupp

⁵ Cfr. Trib. Milano 20/09/2004 e Trib. Napoli 26/06/2007 che avevano escluso che la responsabilità penale dovesse essere accertata con sentenza passata in giudicato affinché potesse operare la causa di ineleggibilità.

si tenga in considerazione del fatto che, la presenza di una società di revisione o di un revisore legale dei conti, non esclude, di per sé, il rischio di commissione di taluni reati-presupposto (in primis, quelli societari, oltre a riciclaggio e autoriciclaggio), bensì aumenta le categorie di potenziali soggetti “attivi” che lo stesso Organismo di Vigilanza sarà chiamato a controllare. *“E’ senz’altro erroneo ritenere che, laddove il bilancio sia certificato, il modello possa essere ridotto ai minimi termini: infatti, reati rilevanti ai sensi del d.lgs. n. 231 possono verificarsi anche in società (o gruppi) assoggettati a revisione e certificazione del bilancio [...] Le attribuzioni dell’organismo di vigilanza non potranno mai essere azzerate sul presupposto che i controlli dei revisori esterni rendano superflua la sua azione⁶”*. Non bisogna infine trascurare che lo stesso art. 6, comma 4-bis, non prevede la possibilità di questo tipo di cumulo di incarichi tra Revisore legale e Organismo di Vigilanza (eventualità che, invece, è ammessa con riferimento al collegio sindacale, al consiglio di sorveglianza, al comitato interno per il controllo della gestione);

- **Professionalità:** I membri dell’ Organismo di vigilanza devono possedere una duplice tipologia di competenza: una di tipo tecnico-ispettivo per l’ analisi dei sistemi aziendali, l’ altra di tipo giuridico-penalistico, con particolare riferimento alle disposizioni del Decreto 231/2001. Si legge infatti, nelle linee guida di Confindustria: *“Il modello deve esigere che i membri dell’OdV abbiano competenze in attività ispettiva, consulenziale, ovvero la conoscenza di tecniche specifiche, idonee a garantire l’efficacia dei poteri di controllo e del potere propositivo ad esso demandati [...] Quanto all’attività ispettiva e di analisi del sistema di controllo, la giurisprudenza ha fatto riferimento - a titolo esemplificativo - al campionamento statistico; alle tecniche di analisi, valutazione e contenimento dei rischi, (procedure autorizzative; meccanismi di contrapposizione di compiti; ecc.); al flow-charting di procedure e processi per l’individuazione dei punti di debolezza; alla elaborazione e valutazione dei questionari; alle metodologie per l’individuazione di frodi. [...] È inoltre auspicabile che almeno taluno dei membri dell’Organismo di vigilanza abbia competenze in tema di analisi dei sistemi di controllo e di tipo giuridico e, più in particolare, penalistico. Infatti, la disciplina in argomento ha natura sostanzialmente punitiva e lo scopo del modello è prevenire la realizzazione di reati. È dunque essenziale la conoscenza della struttura e delle modalità di consumazione dei reati, che potrà essere assicurata mediante l’utilizzo delle risorse aziendali ovvero della consulenza esterna⁷”*
- **Continuità di azione:** L’ art. 6 co. 1 lett. d) del D. lgs 231/2001 prevede che, perché l’ Ente sia esentato dalla responsabilità amministrativa dipendente da reato, non vi sia stata omessa o insufficiente attività di controllo da parte dell’ Organismo di Vigilanza. Come già rilevato, la giurisprudenza ha escluso la possibilità che uno o più membri dell’ ODV possano svolgere ruoli operativi all’ interno dell’ Ente. Se questo è prodromico alla luce dei profili del requisito dell’ autonomia di cui *supra*, è altrettanto vero che

⁶ Cfr. ARENA “L’ Organismo di vigilanza (ODV) nel sistema del d.lgs. n. 231”

⁷ Linee guida Confindustria, op. cit., p. 59

tale principio risponde ad un' altra, importante, esigenza: quella di garantire che i membri dell'Organismo di Vigilanza possano dedicarsi "a tempo pieno" e in via esclusiva e piena alla loro attività di controllo, al fine di una costante ed efficace attuazione del modello. A tal fine è necessario predisporre una struttura dedicata all' attività di vigilanza sul modello organizzativo e documentare l'attività svolta⁸. Affinché tale struttura adeguata sia efficiente, è opportuno che essa, eventualmente con il coordinamento di una segreteria tecnica, calendarizzi i relativi interventi, verbalizzi le proprie riunioni, disponga di un *budget* specifico e si coordini con gli altri organi dell' Ente nonché con gli Organismi di Vigilanza degli altri Enti del gruppo di appartenenza⁹. Ciò con lo specifico scopo di garantire la tracciabilità delle attività svolte tramite apposita documentazione (verbali, relazioni, *report* aziendali ecc..). Sotto questi profili, si spiega perché è di fondamentale importanza che l'Organismo di Vigilanza predisponga, su base almeno semestrale, una relazione informativa sull'andamento dell' Ente in ottica 231, rivolta all' organo amministrativo nonché al collegio sindacale¹⁰.

La mancanza del rispetto dei suddetti requisiti di autonomia, indipendenza, professionalità e continuità di azione comporterà inevitabilmente una valutazione negativa da parte del giudice penale circa la corretta attuazione del modello organizzativo¹¹.

Come sottolineato anche dal professor Fabio Foglia Manzillo, professore di diritto penale presso Università Pegaso, componente ODV di SAPNA S.p.A. nonché presidente della società che si occupa della gestione dei rifiuti di Napoli, denominata ASIA S.p.A, in un parere riferito a quest ultima, *"L'ODV deve essere indipendente, ma è altresì vero, che di fatto l'ODV membro esterno alla società svolge un ruolo consulenziale alla società stessa. Pertanto, va verificato in concreto se il ruolo dell' ODV contrasti con l'incarico professionale ricevuto. Conseguentemente, mi sembra limitativo vietare incarichi consulenziali per i componenti dell'ODV, atteso che lo stesso ruolo di ODV esterno è sostanzialmente un ruolo di natura consequenziale."*

Inoltre, merita di essere segnalato che, essendo l' ODV (per sua natura) soggetto esterno all'azienda, è da escludersi che possa sussistere a priori una situazione di conflitto di interessi con ulteriori incarichi di consulenza, anch'essi da quest' ultimo svolti per il tramite di una società esterna. Inoltre la stessa funzione a cui è, o dovrebbe essere, preposto il consulente ambientale, è anche quella di fornire utili indicazioni per la prevenzione non solo di reati, ma di ogni situazione che possa comportare un rischio per l'azienda. E non si capisce come un simile contributo possa ledere l'indipendenza o l'autonomia dell'ODV.

In conclusione, posto che la giurisprudenza esclude che sia sussistente il requisito dell' autonomia e indipendenza nei confronti di un membro dell' ODV che ricopra anche ruoli operativi interni all'azienda (quali

⁸ Linee guida Confindustria, op. cit., p. 60

⁹ Cfr. SBISA' "La responsabilità penale degli enti", p. 71

¹⁰ Linee guida Confindustria, op. cit., p. 61

¹¹ Trib. Milano, 20-9-2004

responsabile della procedura ISO 9002, o dirigente di settore), deve escludersi che una tale preclusione possa operare nei confronti dei membri dell'ODV che svolgano attività di consulenza esterna, in quanto non soggetti ad ingerenze di alcun genere, da parte dell'organo dirigente, nello svolgimento della loro attività. Non bisogna, inoltre, trascurare il fatto che lo stesso D. lgs 231/2001 non prevede esposte cause di ineleggibilità ma anzi, consente che il ruolo di ODV possa essere ricoperto dal Collegio Sindacale, o dal Comitato per il controllo della gestione, o dal consiglio di sorveglianza nonché, in determinati casi, dallo stesso organo dirigente.