

Ordine dei Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili di Padova

LA RESPONSABILITA' DELL'ODV

Avv. Valeria Quaglia



INTRODUZIONE

Nonostante la centralità che l'ODV riveste nel sistema 231 la disciplina normativa nulla dice in merito a quale sia la responsabilità di questo organismo: per ricostruire dunque quale sia il sistema di detta responsabilità bisogna fare riferimento alle indicazioni di dottrina e giurisprudenza.



COMPITI DELL'ODV

All'ODV compete il compito di svolgere attività di vigilanza sul funzionamento, sull'osservanza e sull'aggiornamento del modello per poter riferire circa i malfunzionamenti e le necessità di aggiornamento riscontrate ai soggetti cui compete l'adozione del modello organizzativo (i.e. l'organo amministrativo).

I compiti dell'ODV hanno rilevanza nell'interesse esclusivo dell'ente per cui opera al fine di evitare che questo possa subire le conseguenze di condotte illecite poste in essere dai soggetti normativamente qualificati di cui all'art. 5 del D.lgs. 231 mentre non hanno alcuna rilevanza nei confronti di soggetti diversi dall'ente.



LA RESPONSABILITA' CIVILE

EXTRA CONTRUATTUALE VERSO TERZI



E' da escludere: l'ODV non è un organo della società ma un ufficio della stessa con funzione di controllo interno.

CONTRATTUALE VERSO LA SOCIETA'



Sussiste: vedi *infra*.



RESPONSABILITA' CONTRATTUALE VERSO LA SOCIETA'

In base i principi generali della responsabilità civile la responsabilità dell'Odv sussisterà quando:

- a) ci sia stata violazione degli obblighi previsti dalla legge o dal contratto;
- b) si sia verificato un danno;
- c) vi sia un nesso di causalità tra il danno e la violazione commessa.





RESPONSABILITA' CONTRATTUALE VERSO LA SOCIETA'

E dunque nello specifico la responsabilità dell'Odv sussisterà quando:

- a) l'ODV abbia mancato in tutto o in parte di effettuare la vigilanza sul modello nei termini stabiliti dalla legge e/o dal contratto;
- b) la società subisca una condanna ai sensi del Decreto 231;
- c) la condanna della società sia ascrivibile in via immediata e diretta UNICAMENTE al difetto totale o parziale di vigilanza in capo all'ODV (nel senso che devono sussistere tutti gli altri tre requisiti esimenti di cui alle lett. a), b) e c) dell'art. 6, comma 2 D.Lgs. 231/2001).



RESPONSABILITA' CONTRATTUALE VERSO LA SOCIETA'

- legittimato attivo all'azione di risarcimento contro l'ODV è l'ente che l'ha nominato in quanto creditore della prestazione di vigilanza in base al rapporto contrattuale di affidamento dell'incarico.
- La società deve provare l'inadempimento*, il danno ed il nesso di causa mentre l'ODV deve provare di non essere in colpa.
- L'obbligazione dell'ODV è un'obbligazione di mezzi: l'Odv non è tenuto né ad evitare che vengano commessi illeciti né che il modello tenga alle censure del Tribunale.



L'INADEMPIMENTO

Nelle obbligazioni di mezzi “l’inesattezza dell’inadempimento è data dalla difformità tra la prestazione eseguita ed il modello di prestazione diligente” (M. Bianca).

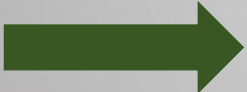

Ai sensi dell’art. 1176 c.c. nel cui ambito ricade l’obbligazione del membro dell’ODV quale professionista del controllo sul Modello 231 *“nell’adempimento delle obbligazioni inerenti all’esercizio di un’attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell’attività esercitata”*.

Per i componenti dell’ODV non esiste un modello di comportamento diligente caratteristico sulla base del quale fondare in via generale un giudizio di inadempimento (\neq per i sindaci e revisori): bisognerà quindi guardare caso per caso tenendo conto di tutte le caratteristiche del caso concreto (a) caratteristiche dimensionali, strutturali ed organizzative dell’ente; b) il grado di complessità del modello; c) struttura e composizione dell’ODV; d) compenso dell’ODV.



IL DANNO RISARCIBILE

Data la natura di responsabilità contrattuale della responsabilità dell'ODV troveranno applicazione i seguenti articoli:

- **art. 1223 c.c.**  *“Il risarcimento del danno per l’inadempimento o il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta”.*
- **1225 c.c.**  *“Se l’inadempimento o il ritardo non dipende dal dolo del debitore, il risarcimento è limitato al danno che poteva prevedersi nel tempo in cui è sorta l’obbligazione”*



IL DANNO RISARCIBILE

E dunque: l'ambito dei danni che i componenti dell'ODV potranno essere tenuti a risarcire risulta circoscritto al solo pregiudizio subito dall'ente a seguito delle sanzioni (pecuniarie o interdittive) applicate di fronte alla commissione del reato presupposto, perché solo questi sono – o possono essere – diretta ed immediata conseguenza del suo inadempimento.



IL CONCORSO DEL FATTO COLPOSO DEL CREDITORE

Art. 1227 c.c. : “Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l’entità delle conseguenze che ne sono derivate. Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l’ordinaria diligenza”



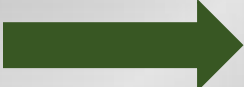
IL CONCORSO DEL FATTO COLPOSO DELLA SOCIETA'

Laddove la condanna sia ascrivibile ANCHE alla condotta dell'organo gestorio che ha adottato un modello non inadeguato o comunque non idoneo ad esonerare la società da responsabilità amministrativa e quindi NON SOLO alla condotta dell'ODV la responsabilità andrà proporzionalmente ripartita tra i vari soggetti inadempienti e la misura del risarcimento cui l'ODV sarà tenuto sarà diminuita secondo *“la gravità delle colpa”* e *“l'entità delle conseguenze che ne sono derivate”*.

Ovviamente nel caso in cui l'ODV segnali eventuali profili di inadeguatezza del modello o del suo funzionamento e nonostante ciò gli amministratori non si attivino, NESSUNA responsabilità sarebbe ravvisabile in capo all'ODV.



IL PRINCIPIO DELLA NON RISARCIBILITA' DEL DANNO EVITABILE DAL DANNEGGIATO

Sotto tale profilo diventano rilevanti le ipotesi – espressamente previste ex art. 12 e 17 del decreto 231 - di comportamento virtuoso che la società ritenuta responsabile (creditrice) può porre in essere successivamente all'accertamento dei fatti suscettibili di integrare una responsabilità dell'ODV per attenuare le conseguenze pregiudizievoli della condanna 

Nei casi in cui la società, pur potendo ridurre l'entità del danno, mediante l'adozione di quelle misure che l'organo amministrativo potrebbe adottare, non lo fa, le conseguenze di tale scelta non potranno essere fatte gravare sull'ODV ma dovranno gravare sulla società.



IL REGIME DELLA RESPONSABILITA' DEI MEMBRI DELL'ODV IN COMPOSIZIONE COLLEGIALE

Una volta accertata la violazione degli obblighi in capo all'ODV, la responsabilità nascente da tale violazione grava solidalmente su tutti i componenti o deve essere fatta valere singolarmente nei confronti di ciascun componente in considerazione del comportamento e del grado di negligenza di ciascuno?

In mancanza di una regolamentazione specifica e non potendo applicare in via analogica i principi espressamente dettati per gli organi di governance societaria con funzioni rispettivamente di amministrazione (art. 2392 c.c.) e di controllo (art. 2407 c.c. e 2404 c.c.) il problema va risolto applicando i principi generali in tema di obbligazioni solidali.



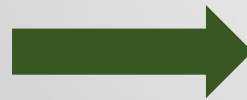
IL REGIME DELLA RESPONSABILITA' DEI MEMBRI DELL'ODV IN COMPOSIZIONE COLLEGIALE

- **Art. 1292 c.c.** ➡ *“l’obbligazione è in solido quando più debitori sono obbligati tutti per la medesima prestazione, in modo che ciascuno può essere costretto all’adempimento per la totalità e l’adempimento da parte di uno libera gli altri; oppure quando tra più creditori ciascuno ha il diritto di chiedere l’adempimento dell’intera obbligazione e l’adempimento conseguito da uno di essi libera il debitore verso i creditori”*
- **Art. 1294 c.c.** ➡ *“ i condebitori sono tenuti in solido , se dalla legge o dal titolo non risulta diversamente”*



IL REGIME DELLA RESPONSABILITA' DEI MEMBRI DELL'ODV IN COMPOSIZIONE COLLEGIALE

E dunque: la solidarietà non può essere affermata in generale ma deve essere verificata caso per caso sulla base: a) del titolo, ossia del contratto che lega ciascun componente dell'ODV con la società; b) del regolamento di funzionamento dell'ODV nel caso in cui esso sia approvato dall'organo gestorio e quindi vada ad integrare le pattuizioni contrattuali.



Ove risulti che la funzione è la stessa per tutti i membri dell'ODV la responsabilità si presumerà solidale mentre quando i vari membri sono investiti di funzioni diverse in relazione alle competenze professionali ed ai ruoli rivestiti ciascun componente risponderà solo per l'inadempimento delle specifiche funzioni a cui era tenuto.



IL REGIME DELLA RESPONSABILITA' DEI MEMBRI DELL'ODV CHE SIANO ANCHE ORGANI DI CONTROLLO

La questione è: se la responsabilità dell'ODV sia “aggravata” in quanto svolta dall'Organo di controllo o se sia “mitigata” quella dell'organo di controllo nella misura in cui è riconducibile all'attività dell'ODV.

Dal punto di vista teorico: si deve ritenere che le responsabilità specifiche derivanti dall'assunzione delle funzioni di ODV vadano ad aggiungersi a quelle derivanti in capo ai componenti del Collegio, nessuna modifica in melius o in peius delle loro rispettive posizioni/responsabilità.

Dal punto di vista pratico: la contemporanea investitura delle funzioni rende più difficile la difesa volta ad escludere la responsabilità.



LA RESPONSABILITA' PENALE

Si è interrogati sulla configurabilità di una responsabilità penale dell'ODV in relazione alle seguenti ipotesi:

- violazione degli obblighi antiriciclaggio;
- concorso nei reati presupposto commessi dagli apicali o dai subordinati;
- omesso impedimento del reato doloso commesso dagli apicali o dai subordinati;
- omesso impedimento del reato colposo (e quindi dei reati ex art. 25 septies D.lgs 231/2001).



LA RESPONSABILITA' PENALE PER VIOLAZIONE DEGLI OBBLIGHI ANTIRICICLAGGIO

- Il combinato disposto degli art. 52 e 55 del D.lgs 231/2007 imponeva espressamente all'ODV specifici obblighi di comunicazione che, laddove violati, venivano sanzionati penalmente ➡ la responsabilità penale sussisteva SOLO per la violazione degli specifici obblighi previsti (non per omesso impedimento del reato di riciclaggio da parte di altri).
- Il d.lgs 90/2017 è intervenuto modificando il D.lgs. 231/2007: ha eliminato la norma che includeva l'ODV tra i soggetti obbligati alle comunicazioni e ha inoltre previsto che l'inosservanza degli obblighi di comunicazione da parte degli organi di controllo venga punita solo con sanzione amministrativa ➡ la responsabilità penale non sussiste più.



**Ordine dei Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili di Padova**

LA RESPONSABILITA' PENALE PER CONCORSO COMMISSIVO NEL REATO COMMESSO DAGLI APICALI E DAI SUBORDINATI

Sicuramente sussistente in applicazione dei principi generali del diritto penale in tema di concorso di persone nel reato ex art. 110 c.p.



LA RESPONSABILITA' PENALE PER CONCORSO OMMISSIVO NEL REATO DOLOSO COMMESSO DAGLI APICALI O DAI SUBORDINATI

Ai sensi dell'art. 40 comma 2 c.p. non impedire un evento che si ha **l'obbligo giuridico** di impedire equivale a cagionarlo.

Ma quando sussiste un obbligo giuridico di impedire l'evento?

Quando si ha una posizione di garanzia che può consistere.

a) in una posizione di controllo su una fonte di pericolo che può essere un oggetto materiale o un'attività (in esse rientrano anche gli obblighi di impedimento di illeciti commessi da terzi);

b) In una posizione di protezione nei confronti dei beni di un soggetto che non è in grado di proteggerli adeguatamente da solo.

Le fonti della posizione di garanzia possono essere: a) una fonte normativa di diritto privato o pubblico anche non scritta o una situazione di fatto per precedente condotta illegittima che costituisca il dovere di intervento; b) l'esistenza di un potere giuridico o di fatto attraverso il corretto uso del quale il soggetto garante sia in grado, attivandosi, di impedire l'evento.



LA RESPONSABILITA' PENALE PER CONCORSO OMMISSIVO NEL REATO DOLOSO COMMESSO DAGLI APICALI O DAI SUBORDINATI

La questione da porsi quindi è: sussiste in capo all'ODV una posizione di garanzia nel senso di obbligo di impedire il fatto illecito dell'amministratore o del subordinato?

Anche se in dottrina non mancano opinioni contrarie, l'orientamento assolutamente maggioritario nega che sussista in capo all'ODV tale posizione di garanzia perché l'ODV non ha funzioni operative effettive alle quali possano ricollegarsi poteri di intervento tali da fondare una posizione di garanzia e tali da consentire all'ODV di avere un potere di interferenza – ingerenza nella condotta criminosa altrui. L'ODV ha solo un **obbligo di sorveglianza** (ossia l'obbligo, privo di poteri impeditivi, di vigilare sull'attività altrui per conoscere dell'eventuale commissione di fatti offensivi e di informare il titolare o il garante del bene) **≠ obbligo di garanzia**.



LA RESPONSABILITA' PENALE PER CONCONSO OMMISSIVO NEL REATO DOLOSO COMMESSO DAGLI APICALI O DAI SUBORDINATI

Cass. n. 18168 del 2016 ➡

fatto: incidente avvenuto nel corso del lavoro di ammagliatura a causa dello sfilamento di due tubi di inox che cadevano sulla schiena e sulla nuca dell'operaio addetto all'operazione che ne risultava gravemente infortunato. L'infortunio è stato causato dal mancato utilizzo delle ceste per la sollevazione a mezzo gru di tubi di inox.

capo di imputazione per l'ODV: art. 437 c.p. (rimozione od omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro) per aver omesso di segnalare al CDA e ai direttori generali (e per non avere preteso si ponesse rimedio ad) una serie di carenze in tema di prevenzione degli infortuni che venivano segnalati nei report in tema di sicurezza all'interno del cantiere.



LA RESPONSABILITA' PENALE PER CONCONSO OMMISSIVO NEL REATO DOLOSO COMMESSO DAGLI APICALI O DAI SUBORDINATI

Cass. n. 18168 del 2016 ➡

Decisione: “le ceste per la sollevazione dei tubi di inox erano presenti nel cantiere e dunque il loro utilizzo o meno non attiene all’omessa collocazione di strumenti, apparecchi o congegni adeguati ma solo al profilo organizzativo del lavoro concreto svolto nel cantiere navale.”

...

“L’invocata responsabilità cui fa riferimento il ricorso non poteva dunque essere del CDA i cui compiti non si dilatano sino a decidere se, nell’ambito di una singola operazione di carico di tubi, andasse utilizzata tale cesta; e parimenti nemmeno poteva gravare siffatto obbligo sui componenti dell’ODV”.



LA RESPONSABILITA' PENALE PER CONCORSO OMMISSIVO NEL REATO COLPOSO COMMESSO DAGLI APICALI O DAI SUBORDINATI

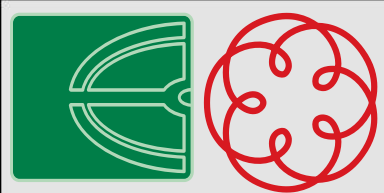
Autorevole dottrina ritiene non peregrino che presto o tardi si arrivi ad una pronuncia di detta responsabilità in capo all'ODV attese le conclusioni cui è giunta di recente la giurisprudenza della cassazione in relazione alla figura del RSPP.

Ed invero (vedi Sent. Thyssen Krupp) si è arrivati ad affermare che sebbene l'RSPP non abbia un ruolo gestionale ma solo consulenziale, egli ha comunque una posizione di garanzia essendo gravato dall'obbligo giuridico di adempiere diligentemente l'incarico affidatogli e di collaborare con il datore di lavoro individuando i rischi connessi all'attività lavorativa e fornendo le opportune indicazioni tecniche per risolverli. In sostanza si è definita una posizione di garanzia debole perché non direttamente incidente sulla fonte del pericolo ma solo in via mediata attraverso l'informativa al datore di lavoro e la disincentivazione di soluzioni inadeguate sotto il profilo della sicurezza.



LA RESPONSABILITA' PENALE PER CONCORSO OMMISSIVO NEL REATO COLPOSO COMMESSO DAGLI APICALI O DAI SUBORDINATI

E dunque, se la giurisprudenza, in relazione alla figura del RSPP, è arrivata ad affermare come non sia indefettibile l'esistenza di un potere di ingerenza ai fini della sussistenza di una posizione di garanzia, bastando un potere di interferenza in contesto cooperativo ed a valorizzare la funzione di prevenzione indiretta, non è eccessivo ritenere che presto o tardi emergerà dalla casistica giurisprudenziale la tesi che l'Odv ha una responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento-infortunio (Salvatore Dovere, Consigliere della Corte di Cassazione, in Riv. Resp. Amm., 1/2016, 78).



**Ordine dei Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili di Padova**

GRAZIE PER L'ATTENZIONE

Studio Quaglia & Associati

Galleria Brancaleon, 2

35137 Padova

049.661009

Avv. Valeria Quaglia

quaglia@studiolegalequaglia.it

www.sqassociati.it

Padova, 29 marzo 2018