ASSOBIOMEDICA

LINEE GUIDA
PER LA COSTRUZIONE DEI MODELLI
DI ORGANIZZAZIONE, GESTIONE E CONTROLLO
ex D. Lgs. n. 231/2001

Novembre 2013

I N D I C E

PREMESSA **3**
INTRODUZIONE **4**
I. INDIVIDUAZIONE DEI RISCHI E PROTOCOLLI **13**
I.1 PREMESSA 13
I.2 LA DEFINIZIONE DI "RISCHIO ACCETTABILE": PREMESSA PER LA COSTRUZIONE DI UN SISTEMA DI CONTROLLO PREVENTIVO 15
I.3 PASSI OPERATIVI PER LA REALIZZAZIONE DI UN SISTEMA DI GESTIONE DEL RISCHIO 17
I.3.A. *Inventariazione degli ambiti aziendali di attività* 18
I.3.B. *Analisi dei rischi potenziali* 20
I.3.C. *Gap analysis* 20
I.3.D. *Valutazione/costruzione/adeguamento del sistema di controlli preventivi* 21
I.4 I PRINCIPI DI CONTROLLO 28
II. L'ORGANISMO DI VIGILANZA **30**
II.1 PREMESSA 30
II.2 L'INDIVIDUAZIONE DELL'ORGANISMO DI VIGILANZA 31
II.2.A. *Composizione dell'organismo di vigilanza* 31
II.2.B. *Compiti, requisiti e poteri dell'organismo di vigilanza* 32
II.2.C. *L'utilizzo di strutture aziendali di controllo esistenti o costituzione di un organismo ad hoc* 38
II.2.D. *Conclusioni sulle possibili scelte* 41
II.3 OBBLIGHI DI INFORMAZIONE DELL'ORGANISMO DI VIGILANZA 42
II.4 L'ORGANISMO DI VIGILANZA NEI GRUPPI DI IMPRESE 45
II.5 PROFILI PENALI DELLA RESPONSABILITÀ DELL'ORGANISMO DI VIGILANZA 48
III. MODELLI ORGANIZZATIVI E SOGLIE DIMENSIONALI: UNA CHIAVE DI LETTURA PER LE PICCOLE IMPRESE **50**
III.1 PREMESSA 50
III.2 INDIVIDUAZIONE DEI RISCHI E PROTOCOLLI 52
III.3 CODICE ETICO 53
III.4. L'ORGANISMO DI VIGILANZA 54
IV. CODICE ETICO CON RIFERIMENTO AI REATI EX D. LGS. N. 231/2001 ..... **55**
IV.1 PREMESSA 55
IV.2 CONTENUTI MINIMI DEL CODICE ETICO (IN RELAZIONE AL DETTATO DEL D.LGS. N. 231/2001) 56
IV.3 CONTENUTI MINIMI DEL CODICE ETICO (O DI COMPORTAMENTO) IN RELAZIONE AI REATI COLPOSI PREVISTI DALL'ART. 25-*SEPTIES* DEL D.LGS. N. 231/2001 59
IV.4 SISTEMA DISCIPLINARE E MECCANISMI SANZIONATORI 60
V. L'ADOZIONE DI UN MODELLO DI ORGANIZZAZIONE, GESTIONE E CONTROLLO **62**

PREMESSA

Le presenti Linee Guida Assobiomedica riproducono sostanzialmente il contenuto delle Linee Guida Confindustria, nella versione aggiornata il 31 marzo 2008 e approvate dal Ministero della Giustizia.

Infatti, data l'ampiezza delle tipologie di enti presenti nella realtà associativa di Confindustria e la varietà di strutture organizzative di volta in volta adottate dagli Associati in dipendenza sia delle dimensioni, del diverso mercato geografico o economico in cui essi operano, le presenti Linee Guida Assobiomedica svolgono una chiara funzione integrativa al fine di riflettere maggiormente le specificità delle aziende dei settori rappresentati dall'Associazione, ossia la diagnostica in vitro, il biomedicale, i dispositivi medici borderline, gli elettromedicali, i servizi e la telemedicina.

Pertanto, le Linee Guida Assobiomedica mirano a fornire concrete indicazioni su come realizzare i modelli di organizzazione previsti dal Decreto Legislativo n. 231/2001 nei settori sopra indicati.

Rispetto alla precedente edizione esse tengono altresì conto, seppur con le limitazioni insite, delle principali pronunce giurisprudenziali intervenute sino al corrente anno 2013.

INTRODUZIONE

Il D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, recante *"Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'art. 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300"* ha introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento la responsabilità in sede penale degli enti, che si aggiunge a quella della persona fisica che ha realizzato materialmente il fatto illecito[1].

L'ampliamento della responsabilità mira a coinvolgere nella punizione di taluni illeciti penali il patrimonio degli enti e, in definitiva, gli interessi economici dei soci, i quali, fino all'entrata in vigore della legge in esame, non pativano conseguenze dalla realizzazione di reati commessi, a vantaggio della società, da amministratori e/o dipendenti. Il principio di personalità della responsabilità penale li lasciava, infatti, indenni da conseguenze sanzionatorie, diverse dall'eventuale risarcimento del danno, se ed in quanto esistente. Sul piano delle conseguenze penali, infatti, soltanto gli artt. 196 e 197 cod. pen. prevedevano (e prevedono tuttora) un'obbligazione civile per il pagamento di multe o ammende inflitte, ma solo in caso d'insolvibilità dell'autore materiale del fatto.

L'innovazione normativa, perciò, è di non poco momento, in quanto né l'ente, né i soci delle società o associazioni possono dirsi estranei al procedimento penale per reati commessi a vantaggio o nell'interesse dell'ente. Ciò, ovviamente, determina un interesse di quei soggetti (soci, associati, ecc.) che partecipano alle vicende patrimoniali dell'ente, al controllo della regolarità e della legalità dell'operato sociale.

Quanto alla tipologia di reati cui si applica la disciplina in esame, il legislatore delegato ha operato inizialmente una scelta minimalista rispetto alle indicazioni contenute nella legge delega (L. n. 300/2000). Infatti, delle quattro categorie di reati indicate nella L. n. 300/2000, il Governo ha, preliminarmente, preso in considerazione soltanto quelle indicate dagli artt. 24 (*Indebita percezione di erogazioni pubbliche, Truffa in danno dello Stato o di altro ente pubblico o per il conseguimento di erogazioni pubbliche e Frode informatica in danno dello Stato o di altro ente pubblico)* e 25 (*Concussione e Corruzione*), evidenziando, nella relazione di accompagnamento al D.Lgs. n. 231/2001, la prevedibile estensione della disciplina in questione anche ad altre categorie di reati. Tale relazione è stata profetica, giacché successivi interventi normativi hanno esteso l'elenco dei reati cui si applica la disciplina del D.Lgs. n. 231/2001.

---

[1] La previsione di una responsabilità amministrativa (ma di fatto penale) degli enti per determinate fattispecie di reato era contenuta nell'art. 2 della Convenzione OCSE del 17 dicembre 1997 sulla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali. Tale tipo di responsabilità è stata successivamente introdotta nel nostro ordinamento dall'art. 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300, di ratifica ed esecuzione delle convenzioni OCSE e Unione Europea contro la corruzione nel commercio internazionale e contro la frode ai danni della Comunità Europea. L'art. 11, in particolare, delegava il Governo a disciplinare l'articolazione di questo tipo di responsabilità. In attuazione di tale delega, il Governo ha adottato il D.Lgs. n. 231/2001.

La legge 23 novembre 2001, n. 409[2], di conversione del D.L. n. 350/2001 recante disposizioni urgenti in vista dell'euro, ha introdotto, all'art. 4, un nuovo articolo al D.Lgs. n. 231/2001 (l'art. 25-*bis*[3]) relativo alle falsità in monete, carte di pubblico credito e in valori di bollo.

Un ulteriore importante intervento è però rappresentato dal D.Lgs. n. 61/2002 in tema di reati societari[4], che ha aggiunto al D.Lgs. n. 231 l'art. 25-*ter*, estendendo la responsabilità amministrativa ad alcune fattispecie di reati societari commessi nell'interesse (ma non anche a vantaggio, come invece previsto dal D.Lgs. n. 231) della società da amministratori, direttori generali, liquidatori o da persone sottoposte alla loro vigilanza, qualora il fatto non si sarebbe realizzato se essi avessero vigilato in conformità agli obblighi inerenti la loro carica. L'art. 25-*ter* disciplina, in particolare, i reati di: falsità in bilancio, nelle relazioni e nelle altre comunicazioni sociali, falsità nelle relazioni o comunicazioni della società di revisione, impedito controllo, formazione fittizia del capitale, indebita restituzione dei conferimenti, illegale ripartizione degli utili e delle riserve, illecite operazioni sulle azioni o quote sociali o della società controllante, operazioni in pregiudizio dei creditori, indebita ripartizione dei beni sociali da parte dei liquidatori, indebita influenza sull'assemblea, aggiotaggio e ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza.

Successivamente, la legge di *"Ratifica ed esecuzione della Convenzione internazionale per la repressione del finanziamento del terrorismo fatta a New York il 9 dicembre 1999"*[5], ha inserito un nuovo art. 25-*quater* al D.Lgs. n. 231, che stabilisce la responsabilità amministrativa dell'ente anche in relazione alla commissione dei delitti aventi finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico. La legge trova inoltre applicazione (art. 25-*quater*, ult. co.) con riferimento alla commissione di delitti, diversi da quelli espressamente richiamati, *"che siano comunque stati posti in essere in violazione di quanto previsto dall'articolo 2 della Convenzione internazionale per la repressione del finanziamento del terrorismo fatta a New York il 9 dicembre 1999*".

Con la legge contenente *"Misure contro la tratta delle persone"* è stato introdotto un nuovo articolo al decreto, il 25-*quinquies*, che estende il regime della responsabilità amministrativa dell'ente anche in relazione alla commissione dei delitti contro la personalità individuale disciplinati dalla sezione I del capo III del titolo XII del libro II del codice penale.

Ed ancora, con la L. 18 aprile 2005, n. 62, art. 9 è stato introdotto, all'interno del corpo del decreto in parola, l'art 25 sexies che estende la responsabilità amministrativa degli enti per i reati di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato.

---

[2] Legge n. 409/2001 pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 274 del 24 novembre 2001.

[3] Articolo modificato dalla L. n. 99 del 23 luglio 2009

[4] Si tratta del D.Lgs. n. 61/2002, sulla disciplina degli illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali. Il decreto è stato pubblicato l'11 aprile 2002 sulla Gazzetta Ufficiale - Serie Generale n. 88 del 15 aprile 2002. Con questo provvedimento il Governo dà attuazione all'art. 11 della legge delega sulla riforma del diritto societario (l. n. 366/2001), approvata il 3 ottobre 2001.

[5] Legge n. 7/2003, in G.U. n. 21 del 27 gennaio 2003.

Con la L. 16 marzo 2006, n. 146, artt. 3 e 6 sono stati disciplinati i reati transnazionali, caratterizzati dalla necessità di un coinvolgimento di un gruppo criminale organizzato (due o più persone) purché a) siano commessi in più di uno Stato; b) siano commessi in uno Stato, ma una parte sostanziale della loro preparazione, pianificazione, direzione o controllo avvenga in un altro Stato; c) siano commessi in uno Stato, ma in esso sia implicato un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Sato; d) siano commessi in uno Stato, ma abbiano effetti sostanziali in un altro Stato.

I reati puniti a livello transnazionale sono: l'associazione per delinquere, l'associazione di tipo mafioso, l'associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri, l'associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope, le disposizioni contro la immigrazione clandestina (art. 12, commi 3, 3 bis, 3 ter e 5 del T.U. 309/1990), l'induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria e il favoreggiamento personale.

Nell'anno 2007 due importanti novità hanno riguardato il D.Lgs. 231/2001: dapprima è stato introdotto l'art. 25 septies che prevede una responsabilità qualora si realizzino i reati di omicidio colposo e lesioni colpose gravi o gravissime, commessi con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro; successivamente è stato introdotto l'art. 25 octies che prevede una responsabilità degli Enti per i reati di riciclaggio, ricettazione e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita.

Il regime di responsabilità è stato esteso anche ai c.d. reati informatici; l'art. 24-bis annovera tra i reati presupposto: falsità in un documento informatico pubblico o avente efficacia probatoria, accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico, detenzione o diffusione abusiva di codici di accesso a sistemi informatici o telematici, diffusione di apparecchiature, dispositivi o programmi informatici diretti a danneggiare o interrompere un sistema informatico o telematico, intercettazione, impedimento o interruzione illecita di comunicazioni informatiche o telematiche, installazione di apparecchiature atte ad intercettare, impedire o interrompere comunicazioni informatiche o telematiche, danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici, danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici utilizzati dallo Stato o da altro ente pubblico o comunque di pubblica utilità, frode informatica del certificatore di firma elettronica.

Nel corso dell'anno 2009 sono stati introdotti nel D.Lgs. n. 231/2001 ulteriori gruppi di reati che hanno ampliato ulteriormente l'elenco dei reati c.d. presupposto.

La Legge n. 94, del 15 luglio 2009 ha inserito l'art. 24 ter: "delitti di criminalità organizzata"; prevedendo, così, una responsabilità penale/amministrativa dell'Ente per i seguenti delitti: associazione per delinquere, associazione di tipo mafioso, scambio elettorale politico-mafioso, sequestro di persona a scopo di estorsione, associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti ed illegale fabbricazione, introduzione nello Stato e vendita di armi. Pertanto, viene introdotta una responsabilità

dell'ente per questa categoria di delitti a prescindere dal carattere di trans nazionalità. E ancora, la Legge 23.7.2009, n. 99, ha introdotto i seguenti reati presupposto:

- art. 25 bis 1, D.Lgs. n. 231/2001: delitti contro l'industria e il commercio. Tale categoria di reati comprende la turbata libertà dell'industria e del commercio, le frodi in commercio, le contraffazione ed illecite concorrenze;

- art. 25 novies, D.Lgs. n. 231/2001: delitti in materia di violazione del diritto d'autore. Tale articolo prevede una responsabilità per l'ente per una serie di reati ricompresi nella Legge penale speciale n. 633/1941 volti a tutelare le opere di ingegno. Tra questi vi sono: divulgazione su reti telematiche di opere di ingegno protette ed abusiva duplicazione, riproduzione o diffusione di opere protette dal diritto d'autore (dischi, nastri o simili, opere letterarie, scientifiche e simili).

Alla luce dei più recenti interventi legislativi, occorre poi effettuare alcune precisazioni in materia di reati ambientali.
Dapprima il D.Lgs. n. 152/2006 – norme in materia di gestione dei rifiuti e di bonifica dei siti inquinati – aveva stabilito, all'art. 192, un generico rinvio alla disciplina delle responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni, introdotta dal D.Lgs. 231/2001[6].
L'illecito derivante dall'abbandono di rifiuti sembrava comportare una estensione della responsabilità anche all'ente. Invero, effettuando un'analisi dettagliata del testo normativo nel suo complesso e del singolo articolo in parola, emerge come esso non chiarisse le modalità e le forme di una siffatta responsabilità.
Anche Confindustria si è espressa in senso dubitativo, sostenendo che se si fosse estesa la responsabilità *tout court* anche all'ente si sarebbero violati il principio di tassatività e tipicità delle fattispecie rilevanti ai fini del sindacato penale.

Invero, ad oggi, a seguito di delega comunitaria, in data 16 agosto 2011 è entrato in vigore il D.Lgs. n. 121/2011, attuativo della Legge Delega n. 96/2010 (c.d. legge comunitaria 2009), che ha recepito due importanti Direttive sulla tutela penale dell'ambiente (Direttiva n. 2008/99/CE) e sull'inquinamento provocato da navi (Direttiva n. 2009/123/CE), facendo così chiarezza in materia di Responsabilità degli enti derivante da illecito ambientale.

La Direttiva n. 2008/99/CE aveva imposto agli Stati Membri dell'Unione Europea di punire con sanzioni *"efficaci, proporzionate e dissuasive"* (art. 4) determinate condotte offensive dell'ambiente (art. 3), nonché l'istigazione e il favoreggiamento alla commissione di tali condotte (art. 5).

---

[6] Art. 192, 4° comma: "qualora la responsabilità del fatto illecito sia imputabile ad amministratori i rappresentanti di persona giuridica ai sensi e per gli effetti del comma 3, sono tenuti in solido la persona giuridica ed i soggetti che siano subentrati nei diritti della persona stessa, secondo le previsioni del D.Lgs. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni".

Il D.Lgs. n. 121/2011 ha recepito la normativa comunitaria, inclusa l'estensione alle persone giuridiche della responsabilità amministrativa/penale, introducendo così l'articolo 25 – *undecies* al D.Lgs. n. 231/2001. Le nuove fattispecie di reati presupposto, riportati sotto la dicitura "reati ambientali", sono di natura principalmente contravvenzionale, caratterizzate dunque, per quanto concerne l'elemento soggettivo, sia da dolo che sa colpa.
Le sanzioni che possono derivare in capo all'ente sono pene pecuniarie e pene interdittive, queste ultime soltanto per le ipotesi più gravi di illeciti ambientali.
I reati inseriti possono essere suddivisi nei seguenti macro-raggruppamenti:

- ✓ inquinamento idrico
- ✓ rifiuti
- ✓ bonifica dei siti inquinati
- ✓ inquinamento atmosferico
- ✓ commercio internazionale delle specie animali e vegetali in via di estinzione
- ✓ ozono
- ✓ inquinamento navi

La stessa Legge Comunitaria 2009 (L. 4 giugno 2010, n. 96 – disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità Europee) – che aveva già determinato l'obbligo di inserire i reati presupposto in materia ambientale – ha stabilito che entro dodici mesi il Governo è, altresì, delegato ad adottare Decreti Legislativi contenenti ulteriori modifiche al D.Lgs. n. 231/2001. Dovrà essere, quindi, prevista una responsabilità penale/amministrativa *ex* D.Lgs. n. 231/2001 degli Enti per i delitti di frode e falsificazione di mezzi di pagamento diversi dai contanti, favoreggiamento all'ingresso, al transito e al soggiorno illegale ed, infine, al traffico illecito di stupefacenti. Pertanto, vi è da attendersi che entro un breve termine vi saranno ulteriori interventi.
Da ultimo, il 2012 ha visto ben due interventi ad integrazione del D.Lgs. n. 231/2001 che ha quindi comportato un aumento dei c.d. reati presupposto.
Dapprima, il D.Lgs. n. 109 del 16 luglio 2012 ha introdotto nel novero dei reati previsti dal Decreto, l'art. 25 *duodecies*, relativo all'impiego di lavoratori stranieri privi di permesso di soggiorno o con permesso scaduto, revocato o annullato. Alla luce della predetta normativa, l'ente che occupa alle proprie dipendenze lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno, ovvero il cui permesso sia scaduto e del quale non sia stato chiesto, nei termini di legge, il rinnovo, revocato o annullato, è soggetto ad una sanzione pecuniaria da 100 a 200 quote, per un massimo di 150,000 Euro, qualora i lavoratori occupati siano:
- in numero superiore a tre
- minori in età non lavorativa

esposti a situazioni di grave pericolo, con riferimento alle prestazioni da svolgere e alle condizioni di lavoro.
Infine, l'ultima modifica al novero dei reati previsti dal D.Lgs. n. 231/2001 è avvenuta con l'entrata in vigore della Legge 190 del 6 novembre 2012 "*disposizioni per la*

prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella Pubblica Amministrazione": rimangono immutate le categorie di illeciti capaci di comportare la responsabilità dell'ente, ma vengono recepite le modifiche apportate ai reati di "*concussione*" e "*corruzione per l'esercizio della funzione*" (art. 317 e 318 c.p.), nonché vengono introdotti i novelli reati di "*induzione indebita a dare o promettere utilità*" e di "*traffico di influenze illecite*"; nonché tra i c.d. reati societari viene introdotta la "corruzione tra privati" così come prevista dall'articolo 2635 del codice civile.

Proseguendo nell'esame della normativa in commento, sotto il profilo dei soggetti destinatari, il D.Lgs. n. 231/2001 indica "*gli enti forniti di personalità giuridica, le società fornite di personalità giuridica e le società e le associazioni anche prive di personalità giuridica*" (art. 1, co. 2)*;* il quadro descrittivo è completato dall'indicazione, a carattere negativo, dei soggetti a cui non si applica la legge, vale a dire *"lo Stato, gli enti pubblici territoriali nonché gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale"* (art. 1, co. 3). Come si vede, la platea dei destinatari è molto ampia e non sempre è identificabile con certezza la linea di confine, specialmente per gli enti che operano nel settore pubblico. È indubbia, in proposito, la soggezione alla disciplina in argomento delle società di diritto privato che esercitino un pubblico servizio (in base a concessione, ecc.). Nei loro riguardi – come, del resto, nei confronti degli enti pubblici economici – la problematica della responsabilità riguarda, tra le altre comuni a tutti i destinatari della legge, anche le ipotesi di corruzione sia attiva che passiva. La Corte di Cassazione con la sentenza 18941/2004 si è espressa ritenendo ragionevole non applicabile il dettato del D.Lgs. n. 231/2001 alle imprese individuali

È opportuno ricordare che questa nuova responsabilità sorge soltanto in occasione della realizzazione di determinati tipi di reato da parte di soggetti legati a vario titolo all'ente e solo nelle ipotesi in cui la condotta illecita sia stata realizzata *nell'interesse* o *a vantaggio* di esso. Dunque, non soltanto allorché il comportamento illecito abbia determinato un vantaggio, patrimoniale o meno, per l'ente, ma anche nell'ipotesi in cui, pur in assenza di tale concreto risultato, il fatto-reato trovi ragione nell'*interesse* dell'ente*.* Cionondimeno, un aspetto particolarmente pregnante della disciplina è rappresentato dal fatto che l'ente risponde nei casi di vantaggio e o di interesse se il fatto reato è posto in essere, o comunque è riconducibile ad un soggetto che riveste posizione apicale nell'ente od ad un soggetto sottoposto alla vigilanza da parte dei soggetti apicali; in tal caso la responsabilità dell'ente è di fatto presunta e, dal punto di vista processuale, si realizza una sostanziale inversione dell'onere della prova in capo all'ente, ancorché tale circostanza sia negata come vedremo in seguito da una giurisprudenza ad oggi isolata, che sarà tenuto a provare la propria non responsabilità rispetto al fatto ascritto.

L'art. 6 del provvedimento in esame contempla tuttavia una forma di "esonero" da responsabilità dell'ente se si dimostra, in occasione di un procedimento penale per uno dei reati considerati, di aver adottato ed efficacemente attuato modelli di organizzazione, gestione e controllo idonei a prevenire la realizzazione degli illeciti penali considerati. Il sistema prevede l'istituzione di un organo di controllo interno

all'ente con il compito di vigilare sull'efficacia reale del modello. La norma stabilisce, infine, che le associazioni di categoria possano disegnare i codici di comportamento, sulla base dei quali andranno elaborati i singoli modelli organizzativi, da comunicare al Ministero della Giustizia, che ha trenta giorni di tempo per formulare le proprie osservazioni.

Il sistema di "esonero", indicato dalla legge, pone all'interprete numerosi interrogativi sia sull'inquadramento dogmatico degli istituti che operano nel suo ambito, sia sul rilievo pratico che essi possono avere. Non è facile, ad esempio, definire la funzione ed il ruolo della comunicazione al Ministero della Giustizia dei codici di comportamento redatti dalle associazioni di categoria.

Evitando di occuparci della natura giuridica delle soluzioni accolte dal legislatore, qui giova soffermare l'attenzione sugli aspetti pratici, che possono interessare gli operatori coinvolti dal provvedimento di legge. Va sottolineato, in proposito, che l'"esonero" dalla responsabilità dell'ente passa attraverso il giudizio d'idoneità del sistema interno di organizzazione e controllo, che il giudice penale è chiamato a formulare in occasione del procedimento penale a carico dell'autore materiale del fatto illecito. Dunque, la formulazione dei modelli e l'organizzazione dell'attività dell'organo di controllo devono porsi come obiettivo l'esito positivo di tale giudizio d'idoneità. Questa particolare prospettiva finalistica impone agli enti di valutare l'adeguatezza delle proprie procedure alle esigenze di cui si è detto, tenendo presente che la disciplina in esame risulta essere già in pieno vigore da alcuni anni ancorché l'applicazione della stessa non sia ad oggi intervenuta in maniera capillare. Peraltro il legislatore ha fornito una serie di parametri di massima in ordine ai contenuti dei modelli organizzativi (artt. 6 e 7 del D.Lgs. n. 231/2001), lasciando poi a ciascun ente l'onere di valutare la miglior struttura dei modelli, rispetto alle proprie necessità organizzative e aziendali ed affidando alla magistratura il compito di accertare l'adeguatezza degli stessi nonché la loro effettiva implementazione.

Su questi due aspetti si è focalizzata l'attenzione degli inquirenti chiamati a pronunciarsi, ed in particolare, la giurisprudenza, sino ad oggi intervenuta nei casi in cui è stata richiesta la declaratoria di inefficacia del modello di controllo, ha sempre seguito un iter logico motivazionale basato non sulla singola carenza del Modello, ma su un insieme plurimo di elementi che, nella sommatoria, ha portato a ritenere non sufficiente l' applicazione effettuata dall'ente.

È opportuno precisare che la legge prevede l'adozione del modello di organizzazione, gestione e controllo in termini di facoltatività e non di obbligatorietà[7]. La mancata

[7] Si precisa in questa sede che con delibera n. 15786 del 27 febbraio 2007 la Consob ha introdotto alcune modifiche al regolamento dei mercati della borsa italiana: tra queste varianti all'art. 5 – adozione su base obbligatoria del modello di organizzazione, gestione e controllo previsto dall'art. 6 del D.Lgs. n. 231/2001 231/2001 – si legge "le società STAR sono tenute ad adottare tale modello entro il 31 marzo 2008". E ancora la Regione Calabria con la Legge Regionale n. 15/2008, con l'art. 54 stabilisce che "*le imprese che operano in regime di convenzione con la Regione Calabria, sono tenute ad adeguare, entro il 31.12.2008, i propri modelli organizzativi alle disposizioni del D.Lgs. 231/2001, recante la disciplina della responsabilità delle persona giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive della personalità giuridica, a norma dell'art. 11 della legge 29.9.2000, n. 300, dandone opportuna comunicazione ai competenti uffici*

adozione non è soggetta, perciò, ad alcuna sanzione, ma espone l'ente alla responsabilità per gli illeciti realizzati da amministratori e dipendenti. Pertanto, nonostante la ricordata facoltatività del comportamento, di fatto l'adozione del modello diviene obbligatoria se si vuole beneficiare dell'esimente dalla responsabilità. Facilita l'applicazione dell'esimente, soprattutto in termini probatori, la documentazione scritta dei passi compiuti per la costruzione del modello.

Come già detto, l'applicazione delle sanzioni agli enti incide direttamente sugli interessi economici dei soci. Talché, in caso d'incidente di percorso, legittimamente i soci potrebbero esperire azione di responsabilità nei confronti degli amministratori inerti che, non avendo adottato il modello, abbiano impedito all'ente di fruire del meccanismo di "esonero" dalla responsabilità (in questi termini si è anche pronunciato il Tribunale di Milano, sez. VIII civile, con la sentenza n. 1774 del 13 febbraio 2008)[8].

Allo scopo di offrire un aiuto concreto alle imprese nella elaborazione dei modelli e nella individuazione di un organo di controllo, le presenti Linee Guida contengono una serie di indicazioni e misure, essenzialmente tratte dalla pratica aziendale, ritenute in astratto idonee a rispondere alle esigenze delineate dal D. Lgs. n. 231/2001.

Le Linee Guida svolgono quindi un importante ruolo ispiratore nella costruzione del modello e dell'organismo di controllo con i relativi compiti da parte del singolo ente, il quale però, per meglio perseguire il fine di prevenire i reati, potrà anche discostarsene, qualora specifiche esigenze aziendali lo richiedano, senza che per questo si possano dare per non adempiuti i requisiti necessari per la redazione di un valido modello di organizzazione, gestione e controllo. I modelli organizzativi di controllo svolgono un ruolo essenziale nell'ambito del sistema 231/01 in quanto fungono da esimente di responsabilità dell'ente se efficacemente adottati ed implementati, ristabilendo l'onere probatorio, di fatto in capo all'accusa.

Un duplice intervento giurisprudenziale ha ad oggi confermato questa impostazione: le sentenze del Gip di Milano in data 17.11.2009 e della Corte di Cassazione in data 16 luglio 2010 hanno affermato una serie di elementi di riferimento:

1) secondo il Gip di Milano la presenza del modello di controllo, munito di idonee procedure, regolarmente monitorato da un efficiente odv consente di ascrivere la responsabilità di un evento rientrante fra i fatti reato presupposti ex D.Lgs. n. 231/2001 alle persone fisiche che lo hanno posto in essere escludendo l'ente; non solo ma il criterio con cui il giudicante dovrà valutare la responsabilità sarà quello della rappresentazione della volontà dell'ente con riferimento ex ante rispetto alla commissione del fatto.

---

regionali. L'attuazione dei dispositivi contrattuali che regolano l'esercizio di nuove attività convenzionate, ovvero il rinnovo di convenzioni in scadenza, è subordinata al rispetto delle previsioni di cui al primo comma del presente articolo".

[8] (…) per quanto attiene all'omessa adozione di un adeguato modello organizzativo, da un lato, il danno appare incontestabile in ragione dell'esborso per la concordata sanzione e, dall'altro, risulta altrettanto incontestabile il concorso di responsabilità di parte convenuta che, quale Amministratore Delegato e Presidente del CdA, aveva il dovere di attivare tali organi, rimasto inerte al riguardo. (…)

2) Secondo la sentenza Cassazione Penale (16 luglio 2010 n. 27735) la colpa dell'ente rispetto al D.Lgs. n. 231/2001 è colpa per organizzazione e come tale l'onere della prova relativa grava in capo al Pubblico Ministero.

   Invero, il Decreto legislativo di cui trattasi non delinea una responsabilità oggettiva, prevedendo, al contrario, la necessità che sussista la c.d. "colpa di organizzazione" dell'ente, concretizzandosi nel non aver predisposto tutta una serie di accorgimenti preventivi idonei ad evitare il fatto reato. La Cassazione ritiene che grava comunque sull'accusa dimostrare l'esistenza e l'accertamento dell'illecito penale in capo alla persona fisica inserita nella compagine organizzativa della *societas* che abbia agito nell'interesse di questa; tale accertata responsabilità si estende dall'individuo all'ente collettivo, ricercando appunto gli elementi indicativi della colpa di organizzazione che rendono autonoma la responsabilità del medesimo.

In definitiva il giudizio di validità del modello ex art. 6 ai fini dell'esimente dalla responsabilità è attività complessa basata non sul singolo elemento, bensì sulla sommatoria dei singoli elementi e requisiti che lo compongono.

I. INDIVIDUAZIONE DEI RISCHI E PROTOCOLLI

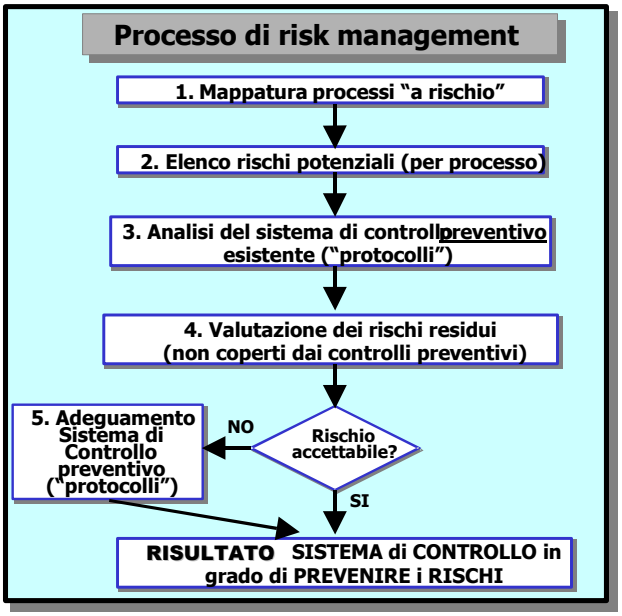
I.1 PREMESSA

L'art. 6, c. 2, D.Lgs. n. 231/2001, indica le caratteristiche essenziali per la costruzione di un modello di organizzazione, gestione e controllo. In particolare, le lettere *a)* e *b)* della citata disposizione si riferiscono espressamente, sebbene con l'utilizzo di una terminologia ed esposizione estranea alla pratica aziendale, ad un tipico sistema di gestione dei rischi (*risk management)*[9].

La norma segnala infatti espressamente le due fasi principali in cui un simile sistema deve articolarsi:

a) l'identificazione dei rischi: ossia l'analisi del contesto aziendale per evidenziare dove (in quale area/settore di attività) e secondo quali modalità si possono verificare eventi pregiudizievoli per gli obiettivi indicati dal D.Lgs. n. 231/2001[10];

b) la progettazione del sistema di controllo (c.d. protocolli per la programmazione della formazione ed attuazione delle decisioni dell'ente): ossia la valutazione del sistema esistente all'interno dell'ente ed il suo eventuale adeguamento, in termini di capacità di contrastare efficacemente, cioè ridurre ad un livello accettabile, i rischi identificati. Sotto il profilo concettuale, ridurre un rischio comporta di dover intervenire (congiuntamente o disgiuntamente) su due fattori determinanti: *i)* la probabilità di accadimento dell'evento; *ii)* l'impatto dell'evento stesso. In particolare, l'"evento" a tal fine rilevante non deve considerarsi solo ed esclusivamente il fatto di per sé integrativo della fattispecie di reato punita ai sensi del D.Lgs. n.231/2001, ma anche quel comportamento, prodromico alla commissione del reato stesso, che



---

[9] *In relazione all'estensione dei poteri delegati e al rischio di commissione dei reati, i modelli di cui alla lettera a), del comma 1, devono rispondere alle seguenti esigenze:*
a) individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati;
b) *prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire."*

[10] In relazione al rischio di comportamenti integranti i reati di omicidio e lesioni personali colpose commessi con violazione delle norme di salute e sicurezza sul lavoro, l'analisi dovrà necessariamente essere estesa alla totalità delle aree/attività aziendali.

costituisce una violazione delle procedure di controllo interno.

Il sistema (brevemente delineato) non può però, per operare efficacemente, ridursi ad un'attività *una tantum*, bensì deve tradursi in un processo continuo (o comunque svolto con una periodicità adeguata), da reiterare con particolare attenzione nei momenti di cambiamento aziendale (apertura di nuove sedi, ampliamento di attività, acquisizioni, riorganizzazioni, ecc.).

In relazione al rischio di comportamenti illeciti in materia di salute e sicurezza sul lavoro, tale sistema deve imprescindibilmente legarsi alla legislazione prevenzionistica vigente e, in particolare, al D.Lgs. n. 81/2008 e successive modifiche.

Tale complesso normativo, infatti, delinea esso stesso un sistema di principi cogenti e adempimenti obbligatori, la cui declinazione sul piano della gestione applicativa – opportunamente integrata ed adeguata in funzione del modello di organizzazione, gestione e controllo – può risultare idonea a ridurre, ad un livello accettabile, la possibilità di una condotta integrante gli estremi del reato di omicidio colposo o lesioni colpose gravi o gravissime commessi con violazione delle norme prevenzionistiche.

I.2 LA DEFINIZIONE DI "RISCHIO ACCETTABILE": PREMESSA PER LA COSTRUZIONE DI UN SISTEMA DI CONTROLLO PREVENTIVO

Un concetto assolutamente nodale nella costruzione di un sistema di controllo preventivo è quello di rischio accettabile.

Nella progettazione di sistemi di controllo a tutela dei rischi di *business*, definire il rischio accettabile è un'operazione relativamente semplice, almeno dal punto di vista concettuale. Infatti, la valutazione del rischio, essendo una fase del processo di gestione dello stesso, significa misurare le due quantità che lo influiscono: a) la grandezza della potenziale perdita; b) la probabilità che la perdita debba essere effettivamente sostenuta.

Conseguentemente, il rischio è ritenuto accettabile quando i controlli aggiuntivi "costano" più della risorsa da proteggere (ad esempio: le comuni automobili sono dotate di antifurto e non anche di un vigilante armato).

Nel caso del D.Lgs. n. 231/2001 la logica economica dei costi non può però essere un riferimento utilizzabile in via esclusiva. È pertanto importante che ai fini dell'applicazione delle norme del decreto sia definita una soglia effettiva che consenta di porre un limite alla quantità/qualità delle misure di prevenzione da introdurre per evitare la commissione dei reati considerati. In assenza di una previa determinazione del rischio accettabile, la quantità/qualità di controlli preventivi istituibili è, infatti, virtualmente infinita, con le intuibili conseguenze in termini di operatività aziendale.

Del resto, il generale principio, invocabile anche nel diritto penale, dell'esigibilità concreta del comportamento, sintetizzato dal brocardo latino *ad impossibilia nemo tenetur (n.d.r. nessuno è tenuto a fare l'impossibile)*, rappresenta un criterio di riferimento ineliminabile anche se, spesso, appare difficile individuarne, in concreto, il limite.

Riguardo al sistema di controllo preventivo da costruire in relazione al rischio di commissione delle fattispecie di reato contemplate dal D.Lgs. n. 231/2001, la soglia concettuale di accettabilità è rappresentata da un:

sistema di prevenzione tale da non poter essere aggirato se non

FRAUDOLENTEMENTE

Questa soluzione è in linea con la logica della "elusione fraudolenta" del modello organizzativo quale esimente espressa dal citato decreto legislativo ai fini dell'esclusione della responsabilità amministrativa dell'ente (art. 6, c. 1, lett. *c)*, *"le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione"*).

Invero, nei casi di omicidio e lesioni colpose derivanti da inosservanze in materia antinfortunistica, la soglia concettuale di accettabilità, agli effetti esimenti del D.Lgs. 231/2001, è rappresentata dalla realizzazione di una condotta (non accompagnata dalla volontà dell'evento morte/lesioni personali) violativa del modello di prevenzione (e dei sottostanti adempimenti prescritti dalle norme in materia) nonostante la puntuale osservanza degli obblighi di vigilanza da parte dell'apposito organismo. Ciò, in quanto, l'elusione fraudolenta del Modelli organizzativi appare incompatibile con l'elemento soggettivo dei delitti di omicidio e lesioni colpose (per i quali si risponde per "colpa").

I.3 PASSI OPERATIVI PER LA REALIZZAZIONE DI UN SISTEMA DI GESTIONE DEL RISCHIO

L'obiettivo principale del modello consiste nell'individuare, mediante procedure aziendali, le attività che comportano un rischio di reato al fine di evitarne la commissione. Una volta individuate le attività dal cui svolgimento può discendere un rischio ex D.Lgs. n. 231/2001 e successivamente strutturato ed attuato il relativo modello aziendale, non si può prescindere dal fatto che gli stessi reati possano comunque essere commessi: in questo caso, però, è imputabile al soggetto reo la responsabilità di aver consapevolmente voluto commettere la violazione, eludendo fraudolentemente le procedure aziendali.

Il modello e le relative misure devono cioè essere tali che l'agente non solo dovrà "volere" l'evento reato (ad esempio corrompere un pubblico funzionario), ma potrà attuare il suo proposito criminoso soltanto aggirando fraudolentemente (ad esempio attraverso artifizi e/o raggiri)[6] le indicazioni dell'ente. L'insieme di misure, che l'agente se vuol delinquere sarà costretto a "forzare", dovrà essere realizzato in relazione alle specifiche attività dell'ente considerate a rischio ed ai singoli reati ipoteticamente collegabili alle stesse.[7]

Per i reati colposi, si fa presente che gli stessi saranno voluti dall'agente solo come condotta e non anche come evento derivante da essa.

La metodologia per la realizzazione di un sistema di gestione del rischio che verrà di seguito esposta ha valenza generale. Il procedimento descritto può essere, infatti, applicato a varie tipologie di rischio: legale (rispetto di norme di legge), operativo, di *reporting* finanziario, ecc. Questa caratteristica consentirà di utilizzare il medesimo approccio anche qualora i princìpi del D.Lgs. n. 231/2001 venissero estesi ad altri ambiti.

Naturalmente, per quelle organizzazioni che abbiano già attivato processi di autovalutazione interna, si tratta di focalizzarne l'applicazione, qualora così non fosse,

---

[6] È opportuno precisare, a questo proposito e nello spirito di garantire una concreta efficacia dell'intero sistema di controllo dell'azienda, che non potrà pretendersi un irraggiungibile livello di prevenzione o un livello non proporzionato alla natura stessa dell'ente e al disposto normativo. In particolare, a meno di non voler superare fondamentali principi quali quello di "tassatività" - presidio tanto di una corretta applicazione delle sanzioni amministrative (art. 1, co. 2, l. 689/81) quanto ovviamente di quelle di natura penale – le aziende dovranno tendere a porre in essere meccanismi tali da poter essere elusi solo attraverso "artifici e raggiri".

[7] Una logica di questo tipo è coerente con i consolidati riferimenti internazionali in tema di controllo interno e di corporate governance ed è alla base dei sistemi di autovalutazione dei rischi (Control Self Assessment) già presenti nelle più avanzate realtà aziendali italiane e, comunque, in rapida diffusione nel nostro sistema economico anche dietro l'impulso di recenti regolamentazioni. Il riferimento internazionale comunemente accettato come modello di riferimento in tema di governance e controllo interno è il "CoSO Report", prodotto in USA nel 1992 dalla Coopers & Lybrand (ora PricewaterhouseCoopers) su incarico del Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (con l'Institute of Internal Auditors e l'AICPA fra le Sponsoring Organizations) che lo ha adottato e proposto quale modello di riferimento per il sistema di controllo delle imprese. Ad esso si sono ispirate le regolamentazioni nazionali di tutti i principali paesi (Regno Unito, Canada, ecc.).
Il CoSO Report rappresenta anche in Italia la best practice formalmente riconosciuta per le società quotate in Borsa (cfr. il Codice di autodisciplina adottato dal Comitato per la Corporate Governance delle Società Quotate presso la Borsa Italiana nel 1999 ed aggiornato nel 2002), oltre a costituire un evidente riferimento concettuale della Guida Operativa Collegio Sindacale del 2000, delle Circolari dell'ISVAP e della Banca d'Italia.

sulle tipologie di rischio contemplate dal D.Lgs. n. 231/2001. A questo proposito è opportuno rammentare che la gestione dei rischi è un processo maieutico che le imprese devono attivare al proprio interno secondo le modalità ritenute più appropriate. I modelli che verranno quindi predisposti ed attuati a livello aziendale saranno il risultato dell'applicazione metodologica documentata, da parte di ogni singolo ente, delle indicazioni qui fornite, in funzione del proprio contesto operativo interno (struttura organizzativa, articolazione territoriale, dimensioni, ecc.) ed esterno (settore economico, area geografica), nonché dei singoli reati ipoteticamente collegabili alle specifiche attività dell'ente considerate a rischio[8].

Quanto alle modalità operative della gestione dei rischi, soprattutto con riferimento a quali soggetti/funzioni aziendali possono esserne concretamente incaricati, le metodologie possibili sono sostanzialmente due:

- valutazione da parte di un organismo aziendale che svolga questa attività con la collaborazione del *management* di linea;
- autovalutazione da parte del *management* operativo con il supporto di un tutore/facilitatore metodologico.

Secondo l'impostazione logica appena delineata, di seguito verranno esplicitati i passi operativi che l'ente dovrà compiere per attivare un sistema di gestione dei rischi coerente con i requisiti imposti dal D.Lgs. n. 231/2001. Nel descrivere tale processo logico, enfasi viene posta sui risultati rilevanti delle attività di autovalutazione poste in essere ai fini della realizzazione del sistema (*output di fase*).

I.3.A. *Inventariazione degli ambiti aziendali di attività*

Gli approcci possibili per lo svolgimento di tale processo sono diversi: per attività, per funzioni o per processi. Esso comporta, in particolare, il compimento di una revisione periodica esaustiva della realtà aziendale con l'obiettivo di individuare le aree che risultano interessate dalle potenziali casistiche di reato, nonché un'analisi dei sistemi di controllo già in essere. Così, per quel che riguarda ad esempio i reati contro la Pubblica Amministrazione, si tratterà di identificare quelle aree che per loro natura abbiano rapporti diretti o indiretti con la Pubblica Amministrazione – intendendosi per tale anche gli Incaricati di Pubblico Servizio sia essa nazionale od estera. In questo caso alcune tipologie di rapporti, processi e funzioni saranno tipicamente interessati, ad esempio:

[8] Allo scopo di fornire un supporto concreto in questa prima fase operativa, è stata svolta un'analisi metodologica, con carattere esclusivamente esemplificativo, basata su un case study di alcune selezionate fattispecie di illecito espressamente contemplate dal D. Lgs. n. 231/2001 (v. Appendice). Il case study è stato costruito secondo l'approccio sopra descritto e pertanto con evidenza di: a) area aziendale di attività; b) potenziale modalità operativa dell'illecito; c) possibili strumenti di controllo preventivo da attivare a tutela dell'azienda contro l'accadimento del fatto illecito, secondo il concetto di "ragionevole garanzia" acquisito.

- appalti e altri rapporti contrattuali per l'acquisto, lo scambio o la fornitura di beni o servizi nei confronti della PA e degli incaricati di pubblico servizio
- procedimenti per l'ottenimento di concessioni, licenze, permessi e simili da PA locali
- rapporti con autorità fiscali, doganali, sanitarie e previdenziali nonché con autorità regolamentari
- rapporti intrattenuti ad esempio con medici e/o professori universitari nell'ambito dei rapporti intercorrenti tra le Società e questi per la gestione di inviti e consulenze
- rapporti con uffici pubblici competenti per i depositi di brevetti e marchi.

Per quel che riguarda i reati societari, si tratterà di verificare, ad esempio, il processo di formazione del bilancio, la gestione delle informazioni *price sensitive*, le procedure di funzionamento degli organi sociali.

Invero, in relazione ai delitti di omicidio colposo e lesioni colpose sarà necessario per l'ente porre in essere con attenta precisione, quanto richiesto dalla recente normativa in materia – D.Lgs. n. 81/2008 – che racchiude, in un unico testo di legge tutta la disciplina antinfortunistica. Sarà ovviamente doveroso estendere a tutti gli ambiti di attività la propria attività di monitoraggio.

Il Tribunale di Trani, in data 26.10.2009, ha così stabilito: "*se l'evento delittuoso è il risultato della mancata adozione di misure di prevenzione, spesso è agevole sostenere che la mancata adozione di tali misure abbia garantito un vantaggio alla società o all'ente, ad esempio nella forma di un risparmio di costi".*

Analogamente è doveroso che l'ente, in materia ambientale, si attenga alla normativa regolatrice, ovvero principalmente al D.Lgs. n. 152/2006, c.d. codice dell'ambiente.

E ancora, particolare attenzione deve essere prestata alle aree amministrative e finanziarie al fine di prevenire reati quali il riciclaggio e la ricettazione, prevedendo, laddove non ancora esistenti, degli accurati monitoraggi dei soggetti coinvolti e delle operazioni economiche

Oltre all'aspetto oggettivo – ovvero l'area di possibile violazione - dovrà essere tenuta in debita considerazione anche la prospettiva soggettiva, ovvero chi sono i soggetti, attivi o passivi, di eventuali violazioni.

Nell'ambito di questo procedimento di revisione dei rapporti, processi/funzioni a rischio, è opportuno quindi identificare i soggetti interessati dall'attività di monitoraggio, che in talune circostanze particolari ed eccezionali, potrebbero includere anche coloro che siano legati all'impresa da meri rapporti di parasubordinazione, quali ad esempio gli agenti, o da altri rapporti di collaborazione, come i partners commerciali, nonché i dipendenti ed i collaboratori di questi ultimi.

Nel medesimo contesto è altresì opportuno porre in essere esercizi di due diligence tutte le volte in cui in sede di valutazione del rischio siano stati rilevati "indicatori di sospetto" (ad esempio conduzione di trattative in territori con alto tasso di corruzione,

procedure particolarmente complesse, presenza di nuovo personale sconosciuto all'ente) afferenti ad una particolare operazione commerciale.

Infine, occorre sottolineare che ogni azienda/settore presenta i propri specifici ambiti di rischiosità che possono essere individuati soltanto tramite una puntuale analisi interna. Una posizione di evidente rilievo ai fini dell'applicazione del D.Lgs. n. 231/2001 rivestono, tuttavia, i processi dell'area finanziaria. La norma, probabilmente proprio per questo motivo, li evidenzia con una trattazione separata (art. 6, co. 2, lett. *c*), ancorché un'accurata analisi di valutazione degli ambiti aziendali "a rischio" dovrebbe comunque far emergere quello finanziario come uno di sicura rilevanza.

Output di fase: mappa delle aree aziendali a rischio.

I.3.B. *Analisi dei rischi potenziali*

L'analisi dei potenziali rischi deve aver riguardo alle possibili modalità attuative dei reati nelle diverse aree aziendali (individuate secondo il processo di cui al punto precedente). L'analisi, propedeutica ad una corretta progettazione delle misure preventive, deve sfociare in una rappresentazione esaustiva di come le fattispecie di reato possono essere attuate rispetto al contesto operativo interno ed esterno in cui opera l'azienda.

A questo proposito è utile tenere conto sia della storia dell'ente, cioè delle sue vicende passate, che delle caratteristiche degli altri soggetti operanti nel medesimo settore e, in particolare, degli eventuali illeciti da questi commessi nello stesso ramo di attività.

Occorre precisare che in tema di omicidio colposo e lesioni colpose – gravi o gravissime – la valutazione dei rischi deve essere predisposta ottemperando ai criteri previsti dal D.Lgs. n. 81/2008.

Output di fase: mappa documentata delle potenziali modalità attuative degli illeciti nelle aree a rischio individuate al punto precedente.

I.3.C. *Gap analysis*

Una delle attività del processo è relativa all'analisi degli scostamenti tra il modello di prevenzione e l'attuale sistema di controlli e procedure esistenti nell'azienda. In altri termini, si tratta di operare una comparazione tra il sistema di controlli "così com'è" ed il modello "come dovrebbe essere": ciò consentirà di rilevare eventuali gap e conseguentemente di attuare in modo corretto il modello di prevenzione ex D.Lgs. n. 231/2001.

I.3.D. *Valutazione/costruzione/adeguamento del sistema di controlli preventivi*

Le attività precedentemente descritte ai punti I.3.A, I.3.B e I.3.C si completano con una valutazione del sistema di controlli preventivi eventualmente esistente e con il suo adeguamento quando ciò si riveli necessario, o con una sua costruzione quando l'ente ne sia sprovvisto. Il sistema di controlli preventivi dovrà essere tale da garantire che i rischi di commissione dei reati, secondo le modalità individuate e documentate nella fase precedente, siano ridotti ad un "livello accettabile", secondo la definizione esposta in premessa. Si tratta, in sostanza, di progettare quelli che il D.Lgs. n. 231/2001 definisce *"specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire"*.

Le componenti di un sistema di controllo interno (preventivo), per le quali esistono consolidati riferimenti metodologici, sono molteplici. Nel seguito verranno analizzati in via esemplificativa alcuni dei principali elementi di controllo. Tuttavia, occorre sottolineare come le componenti di controllo che verranno indicate debbano integrarsi in un sistema organico, nel quale non tutte necessariamente devono coesistere e dove la possibile debolezza di una componente può essere controbilanciata dal rafforzamento di una o più delle altre componenti in chiave compensativa.

Quanto appena detto vale soprattutto, ma non esclusivamente, in relazione alle piccole imprese, alle quali è irrealistico imporre l'utilizzo di tutto il complesso bagaglio di strumenti di controllo a disposizione delle grandi organizzazioni. A seconda della scala dimensionale potranno quindi essere utilizzate soltanto alcune componenti di controllo, mentre altre potranno venire escluse (magari perché implicite nel modello aziendale) o essere presenti in termini estremamente semplificati.[9]

Tuttavia, è opportuno ribadire che, per tutti gli enti, siano essi grandi, medi o piccoli, il sistema di controlli preventivi dovrà essere tale da non poter essere aggirato se non con intenzionalità.

Output di fase: descrizione documentata del sistema dei controlli preventivi attivato, con dettaglio delle singole componenti del sistema, nonché degli adeguamenti eventualmente necessari.

Secondo le indicazioni appena fornite, qui di seguito sono elencate quelle che generalmente vengono ritenute le componenti (i protocolli) di un sistema di controllo preventivo, che dovranno essere attuate a livello aziendale per garantire l'efficacia del modello.

A) Sistemi di controllo preventivo dei reati dolosi

a) **Codice etico (o di comportamento) con riferimento ai reati considerati**. L'adozione di principi etici in relazione ai comportamenti che possono integrare

[9] Sull'adattamento delle Linee Guida alle imprese di piccole dimensioni si veda il Cap. III.

le fattispecie di reato previste dal D.Lgs. n. 231/2001 costituisce la base su cui impiantare il sistema di controllo preventivo. Tali principi possono essere inseriti in codici etici di carattere più generale, laddove esistenti o invece essere oggetto di autonoma previsione. Considerata la loro rilevanza e funzionalità ai fini della prevenzione dei reati previsti dal D.Lgs. n. 231/2001, ad essi è riservata una trattazione approfondita in una sezione separata (v. Cap. IV).

b) **Sistema organizzativo** sufficientemente formalizzato e chiaro, soprattutto per quanto attiene all'attribuzione di responsabilità, alle linee di dipendenza gerarchica ed alla descrizione dei compiti, con specifica previsione di principi di controllo quali, ad esempio, la contrapposizione di funzioni (v. anche par. 4 del presente capitolo). Nell'ambito del sistema organizzativo, attenzione andrà prestata ai sistemi premianti dei dipendenti e di altri rappresentanti la cui attività sia rilevante ai sensi del D.Lgs. n. 231/2001. Tali sistemi sono necessari per indirizzare le attività del personale operativo e manageriale verso l'efficiente conseguimento degli obiettivi aziendali.

   Tuttavia, se basati su target di performance palesemente immotivati ed inattuabili, essi potrebbero costituire un velato incentivo al compimento di alcune delle fattispecie di reato previste dal D.Lgs. n. 231/2001. Particolare attenzione dovrà essere posta al fine di evitare la definizione di target di performance tali che potrebbero avere come conseguenza inintenzionale di non far dedicare al destinatario dei target tutta l'attenzione necessaria al rispetto delle procedure.

c) **Procedure manuali ed informatiche** tali da regolamentare lo svolgimento delle attività prevedendo gli opportuni punti di controllo (quadrature; approfondimenti informativi su particolari soggetti quali agenti, consulenti, intermediari). Una particolare efficacia preventiva riveste lo strumento di controllo rappresentato dalla separazione di compiti fra coloro che svolgono fasi (attività) cruciali di un processo a rischio[10].

   In questo campo, specifico interesse ricopre l'area della gestione finanziaria, dove il controllo procedurale si avvale di strumenti consolidati nella pratica amministrativa, fra cui l'abbinamento delle firme; riconciliazioni frequenti; supervisione; separazione di compiti con la già citata contrapposizione di funzioni, ad esempio fra la funzione acquisti e la funzione finanziaria.

   Particolare attenzione deve essere riposta sui flussi finanziari non rientranti nei processi tipici aziendali, soprattutto se si tratta di ambiti non adeguatamente proceduralizzati e con caratteri di estemporaneità e discrezionalità. In ogni caso è necessario che siano sempre salvaguardati i principi di trasparenza, verificabilità e inerenza all'attività aziendale.

[10] Un esempio di procedura inseribile anche all'interno del modello di organizzazione di un impresa del settore Assobiomedica è rinvenibile nel Cap. IV, che descrive alcune procedure inseribili in un codice etico eventualmente adottabile dall'impresa.

d) **Poteri autorizzativi e di firma,** assegnati in coerenza con le responsabilità organizzative e gestionali definite, prevedendo, quando richiesto, una puntuale indicazione delle soglie di approvazione delle spese. In termini generali, un corretto sistema dovrà assicurare:

1. che l'esercizio dei poteri d'impresa nell'ambito di un processo decisionale sia svolto da posizioni di responsabilità congruenti con l'importanza e/o la criticità di determinate operazioni economiche;
2. che al processo decisionale partecipino soggetti che svolgano effettivamente le attività che sono oggetto dell'esercizio dei poteri e che agiscano sotto le direttive di quest'ultimi;
3. che l'ente venga validamente impegnato nei confronti di terzi – ad es. clienti, fornitori, banche, amministrazioni pubbliche, ecc. – solo da un numero ben determinato di soggetti muniti di delega scritta ove siano specificamente indicati i relativi poteri.

e) **Sistema di controllo di gestione** in grado di fornire tempestiva segnalazione dell'esistenza e dell'insorgere di situazioni di criticità generale e/o particolare. Funzionale a questo è la definizione di opportuni indicatori per le singole tipologie di rischio rilevato (ad esempio accordi di intermediazione che prevedano pagamenti *off-shore*) ed i processi di *risk assessment* interni alle singole funzioni aziendali.

f) **Comunicazione al personale e sua formazione.** Sono due basilari requisiti del modello ai fini del suo buon funzionamento. Con riferimento alla comunicazione, essa deve riguardare ovviamente il codice etico ma anche gli altri strumenti quali i poteri autorizzativi, le linee di dipendenza gerarchica, le procedure, i flussi di informazione e tutto quanto contribuisca a dare trasparenza nell'operare quotidiano. La comunicazione deve essere: capillare, efficace, autorevole (cioè emessa da un livello adeguato), chiara e dettagliata, periodicamente ripetuta. Accanto alla comunicazione, deve essere sviluppato un adeguato programma di formazione rivolto al personale delle aree a rischio, appropriatamente tarato in funzione dei livelli dei destinatari, che illustri le ragioni di opportunità, oltre che giuridiche, che ispirano le regole e la loro portata concreta.

g) **Sistema di verifiche.** E' importante affermare che i modelli organizzativi devono essere verificati periodicamente anche da soggetti diversi da coloro che li devono fare funzionare, e tali verifiche devono essere opportunamente documentate**.**

h) **Sistema disciplinare e meccanismi sanzionatori** Elemento essenziale insito nel modello organizzativo è rappresentato dal sistema sanzionatorio da applicare nei confronti di tutti i dipendenti/collaboratori dell'azienda. Il sistema sanzionatorio dovrà punire tutti coloro che, per conto dell'imprenditore, pongano

in essere operazioni in violazione del modello organizzativo e delle procedure stilate in conformità alla norma in oggetto.

Il sistema sanzionatorio previsto dall'imprenditore in relazione alla norma per la 'Responsabilità amministrativa ex D.Lgs. n. 231/2001 non potrà contrastare i dettami stabiliti nell'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori. Pertanto, si dovranno osservare le seguenti disposizioni:

- il sistema sanzionatorio ex D.Lgs. n. 231/2001 dovrà essere portato a conoscenza di tutti i dipendenti mediante affissione in luogo accessibile a tutti. A tal proposito, il sistema sanzionatorio in oggetto potrebbe essere inserito nel regolamento aziendale ovvero, se questo non fosse stato adottato, potrebbe essere pubblicizzato in modo da essere recepito da tutti i dipendenti interessati;

- il sistema sanzionatorio dovrà essere conforme a quanto previsto dagli accordi economici collettivi e dalle altre norme specifiche previste in materia dal diritto del lavoro;

- qualsiasi infrazione riscontrata dovrà essere portata a conoscenza del dipendente il quale avrà diritto a difendersi, fornendo la propria versione dei fatti;

- al lavoratore sarà data facoltà di farsi assistere da un rappresentante dell'associazione sindacale.

Nel rispetto dei punti di cui sopra, il datore di lavoro non sarà obbligato ad attendere la sentenza del giudice per la comminazione della sanzione sul dipendente, né necessariamente si dovrà attenere alle sorti della decisione presa in giudizio. D'altra parte, il sistema sanzionatorio ex D.Lgs. n. 231/2001 ha valenza interna aziendale e pertanto può essere applicato autonomamente dal datore di lavoro senza ricorrere a particolari suffragi, sempre comunque alla condizione che il sistema disciplinare non sia in contrasto con le norme che regolano il diritto del lavoro.

Adeguate sanzioni dovranno essere previste anche relativamente ai rapporti con i partner commerciali dell'impresa, la cui attività sia rilevante ai sensi del D.Lgs. n. 231/2001.

i) **Codice etico con riferimento ai reati considerati**. L'adozione di principi etici in relazione ai comportamenti che possono integrare le fattispecie di reato previste dal D.Lgs. n. 231/2001 costituisce un'utile base su cui impiantare il sistema di controllo preventivo. Tali principi possono essere inseriti in codici etici di carattere più generale, laddove esistenti, o invece essere oggetto di autonoma previsione. Considerata la loro rilevanza e funzionalità ai fini della prevenzione dei reati previsti dal D.Lgs. n. 231/2001, ad essi è riservata una trattazione approfondita in una sezione separata (v. Cap. IV).

B) <u>Sistemi di controllo preventivo dei reati di omicidio colposo e lesioni colpose commessi con violazione delle norme di tutela della salute e sicurezza sul lavoro</u>

Fermo restando quanto già delineato in relazione alle fattispecie delittuose dolose, valgono qui le seguenti indicazioni.

a) **Codice etico o di comportamento con riferimento ai reati considerati.** Deve essere espressione dell'indirizzo aziendale per la salute e sicurezza sul lavoro e indicare la visione, i valori essenziali, i principi d'azione ed i risultati a cui tendere.

b) **Struttura organizzativa.** Vi è la necessità che in azienda vi sia una struttura organizzativa con compiti e responsabilità in materia di salute e sicurezza definiti formalmente in coerenza con lo schema societario (dal datore di lavoro, al dirigente, al preposto fino ad ogni singolo lavoratore).

   Un'attenzione particolare andrà riservata alle specifiche figure previste dalla normativa in vigore (RSPP – Responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione, ASPP - Addetti al Servizio di Prevenzione e Protezione, RLS – Rappresentante dei Lavoratori per la Sicurezza, MC – Medico Competente, ecc.)

c) **Formazione e addestramento.** Necessari per lo svolgimento dei compiti che, potendo influenzare la salute e la sicurezza sul lavoro, richiedono una adeguata competenza, la quale va verificata e alimentata attraverso una accurata formazione e un addestramento, finalizzati a rendere tutto il personale consapevole dei propri doveri in materia. Il modello dovrà prevedere, nello specifico, che ciascun lavoratore riceva una adeguata formazione circa il proprio posto di lavoro e le proprie mansioni.

d) **Comunicazione e coinvolgimento.** All'interno dell'azienda è necessario che le informazioni in materia circolino al fine di coinvolgere e rendere consapevoli tutti i soggetti. Tale coinvolgimento dovrebbe essere realizzato attraverso:

   - una consultazione preventiva per individuare e valutare i rischi e le relative misure precauzionali;
   - riunioni periodiche che analizzino le richieste determinate dalla normativa.

e) **Gestione operativa.** Il sistema di controllo esistente in azienda dovrebbe essere integrato con la gestione dei rischi per la salute e sicurezza sul lavoro. Dalla analisi dei processi aziendali e delle loro interrelazioni e dai risultati della valutazione dei rischi deriva la definizione delle modalità per lo svolgimento in sicurezza delle attività che impattano in modo significativo sulla salute e sicurezza sul lavoro.

La gestione operativa deve essere esercitata sulle aree identificate a rischio, quali ad esempio:

- assunzione e qualificazione del personale;
- organizzazione del lavoro e delle postazioni di lavoro;
- acquisizione di beni e servizi impiegati dall'azienda e comunicazione delle opportune informazioni a fornitori ed appaltatori;
- manutenzione normale e straordinaria;
- gestione delle emergenze;

f) - procedure per affrontare le difformità rispetto agli obiettivi fissati ed alle regole del sistema di controllo. **Sistema di monitoraggio della sicurezza.** È necessario pianificare dei monitoraggi finalizzati alla verifica del mantenimento delle misure di prevenzione in essere. Tali controlli segnaleranno anche laddove siano necessari degli interventi su misure che non sono più idonee al loro scopo. Il monitoraggio dovrebbe svilupparsi secondo più fasi:

- programmazione della frequenza temporale delle verifiche;
- attribuzione di compiti e di responsabilità esecutive;
- descrizione delle metodologie da seguire;
- modalità di segnalazione di difformità.

C) <u>Sistemi di controllo preventivo dei reati ambientali</u>

Rispetto ai reati ambientali, come per le fattispecie colpose di cui al punto che precede, riveste particolare importanza la proceduralizzazione delle attività a rischio.

a) Struttura organizzativa. Vi è la necessità che in azienda vi sia una struttura organizzativa con compiti e responsabilità in materia di tutela dell'ambiente, definiti formalmente in coerenza con lo schema societario (dal datore di lavoro, al dirigente, al preposto, fino ad ogni singolo lavoratore).

Si consiglia altresì di affiancare ai responsabili interni all'azienda un consulente ambientale esterno.

b) Formazione e addestramento dei dipendenti cui sono affidati compiti di rilievo per la materia ambientale (ad es. soggetti adibiti a determinate operazioni del processo produttivo, oppure alle operazioni di gestione dei rifiuti) e che richiedono una adeguata competenza. Le competenze acquisite devono essere periodicamente verificate e alimentate attraverso una accurata formazione e un addestramento.

c) **Comunicazione e coinvolgimento.** All'interno dell'azienda è necessario che le informazioni in materia circolino al fine di coinvolgere e rendere consapevoli tutti i soggetti. Tale coinvolgimento dovrebbe essere realizzato attraverso:

- una consultazione preventiva per individuare e valutare i rischi e le relative misure precauzionali;
- riunioni periodiche che analizzino le richieste determinate dalla normativa.

d) **Gestione operativa.** Il sistema di controllo esistente in azienda dovrebbe essere affiancato da un Sistema Integrato di Gestione Sicurezza e Ambiente. Sulla base dell'analisi dei processi aziendali e delle loro interrelazioni, nonché dei risultati della valutazione dei rischi è necessario definire e proceduralizzare le modalità di svolgimento delle attività suscettibili di rappresentare profili di rilevanza penale con riferimento alla lesione del bene giuridico ambiente.

La gestione operativa deve essere esercitata sulle aree identificate a rischio, quali ad esempio:

- attività produttive e di lavorazione delle materia prime;
- attività di gestione dei rifiuti;
- acquisizione e aggiornamento della documentazione amministrativa necessaria all'esercizio di attività di gestione dei rifiuti;
- manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti;
- gestione delle emergenze;
- procedure per affrontare le difformità rispetto agli obiettivi fissati ed alle regole del sistema di controllo.

e) **Sistema di monitoraggio.** È necessario pianificare dei monitoraggi finalizzati alla verifica del mantenimento delle misure di prevenzione in essere. Tali controlli segnaleranno anche laddove siano necessari degli interventi su misure che non più idonee al loro scopo. Il monitoraggio dovrebbe svilupparsi secondo più fasi:

- programmazione della frequenza temporale delle verifiche;
- attribuzione di compiti e di responsabilità esecutive;
- descrizione delle metodologie da seguire;
- modalità di segnalazione di difformità.

I.4 I PRINCIPI DI CONTROLLO

Le componenti sopra descritte devono integrarsi organicamente in un'architettura del sistema che rispetti una serie di **principi di controllo**, fra cui:

1. "*Ogni operazione, transazione, azione deve essere: verificabile, documentata, coerente e congrua"*.

Per ogni operazione vi deve essere un adeguato supporto documentale su cui si possa procedere, in ogni momento, all'effettuazione di controlli che attestino le caratteristiche e le motivazioni dell'operazione ed individuino chi ha autorizzato, effettuato, registrato, verificato l'operazione stessa.

La salvaguardia di dati e procedure in ambito informatico può essere assicurata mediante l'adozione delle misure di sicurezza già previste dal D.Lgs 196/2003 (Codice in materia di protezione dei dati personali) per tutti i trattamenti di dati effettuati con strumenti elettronici.

L'art. 31 del Codice, infatti, prescrive l'adozione di misure di sicurezza tali da ridurre al minimo "*i rischi di distruzione o perdita, anche accidentale, dei dati stessi, di accesso non autorizzato o di trattamento non consentito o non conforme alle finalità della raccolta*"[11].

2. *"Nessuno può gestire in autonomia un intero processo".*

Il sistema deve garantire l'applicazione del principio di separazione di funzioni, per cui l'autorizzazione all'effettuazione di un'operazione, deve essere sotto la responsabilità di persona diversa da chi contabilizza, esegue operativamente o controlla l'operazione.

Inoltre, occorre che:

- a nessuno vengano attribuiti poteri illimitati;

-i poteri e le responsabilità siano chiaramente definiti e conosciuti all'interno dell'organizzazione;

- i poteri autorizzativi e di firma siano coerenti con le responsabilità organizzative assegnate.

---

[11] Un punto di riferimento utile con riguardo alle misure di sicurezza adottabili nell'ambito di un modello organizzativo è costituito dall'art. 34 del Codice sopra menzionato, con particolare riferimento ai seguenti aspetti:

a) autenticazione informatica;
b) adozione di procedure di gestione delle credenziali di autenticazione;
c) utilizzazione di un sistema di autorizzazione;
d) aggiornamento periodico dell'individuazione dell'ambito del trattamento consentito ai singoli incaricati e addetti alla gestione o alla manutenzione degli strumenti elettronici;
e) protezione degli strumenti elettronici e dei dati rispetto a trattamenti illeciti di dati, ad accessi non consentiti e a determinati programmi informatici;
f) adozione di procedure per la custodia di copie di sicurezza, per il ripristino della disponibilità dei dati e dei sistemi;
g) tenuta di un aggiornato documento programmatico sulla sicurezza;
h) adozione di tecniche di cifratura o di codici identificativi per determinati trattamenti di dati.

3. “*Documentazione dei controlli*”.

Il sistema di controllo deve documentare (eventualmente attraverso la redazione di verbali) l’effettuazione dei controlli, anche di supervisione.

II. L'ORGANISMO DI VIGILANZA

II.1 PREMESSA

Come si è visto, l'art. 6 del D.Lgs.n. 231/2001 prevede che l'ente possa essere esonerato dalla responsabilità conseguente alla commissione dei reati indicati se l'organo dirigente ha, fra l'altro:

a) adottato modelli di organizzazione, gestione e controllo idonei a prevenire i reati considerati;

b) affidato il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza del modello e di curarne l'aggiornamento ad un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo (di seguito l'organismo).

L'affidamento di detti compiti all'organismo ed, ovviamente, il corretto ed efficace svolgimento degli stessi sono, dunque, presupposti indispensabili per l'esonero dalla responsabilità, sia che il reato sia stato commesso dai soggetti "apicali" (espressamente contemplati dall'art. 6), che dai soggetti sottoposti all'altrui direzione (di cui all'art. 7).

L'art. 7, c. 4, ribadisce, infine, che l'efficace attuazione del modello richiede, oltre all'istituzione di un sistema disciplinare, una sua verifica periodica, evidentemente da parte dell'organismo a ciò deputato.

Da quanto sopra sinteticamente richiamato, si rileva l'importanza del ruolo dell'organismo, nonché la complessità e l'onerosità dei compiti che esso deve svolgere.

Per una corretta configurazione dell'organismo è necessario valutare attentamente i compiti ad esso espressamente conferiti dalla legge, nonché i requisiti che esso deve avere per poter svolgere in maniera adeguata i propri compiti.

II.2 L'INDIVIDUAZIONE DELL'ORGANISMO DI VIGILANZA

II.2.A. *Composizione dell'organismo di vigilanza*

La disciplina dettata dal decreto non fornisce indicazioni circa la composizione dell'organismo di vigilanza (odv). Ciò consente di optare per una composizione sia mono che plurisoggettiva. Nella composizione plurisoggettiva possono essere chiamati a far parte dell'odv componenti interni ed esterni all'ente, purché ciascuno di essi abbia i requisiti di cui *infra*.

Sebbene in via di principio la composizione sembri indifferente per il legislatore, tuttavia, la scelta tra l'una o l'altra soluzione deve tenere conto delle finalità perseguite dalla legge e, quindi, deve assicurare il profilo di effettività dei controlli in relazione alla dimensione ed alla complessità organizzativa dell'ente. Con riferimento alle imprese di piccole dimensioni, si deve ricordare che l'art. 6, c. 4, consente che i compiti di cui alla lett. b) dell'art. 6, c. 2, siano assolti dall'organo dirigente.

In materia, il legislatore con la Legge 12.11.2011, n. 183 "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato" (ndr. c.d. Legge stabilità 2012) in vigore dal 1° gennaio 2012, introduce una novità sulla corporate governance delle società di capitali. Inverò, con l'art. 14, comma XII, si prevede che "all'articolo 6 del D.Lgs. n. 231/2001, dopo il comma 4 è inserito il seguente: *"4-bis. Nelle società di capitali il collegio Sindacale, il Consiglio di Sorveglianza e il comitato per il controllo della gestione possono svolgere le funzioni dell'Organismo di Vigilanza di cui al comma1, lett.b)"*.

Tale previsione appare, senza dubbio alcuno, come una ulteriore "modalità", per gli enti, di applicazione del D.Lgs. 231/2001.

Si tenga ad ogni modo presente che ogni scelta organizzativa in materia di gestione del rischio è, come più volte affermato, del tutto discrezionale, e ciò vale in particolare rispetto all'opportunità di adottare o meno un modello organizzativo e istituire un organismo di Vigilanza.

Qualunque sia la determinazione cui giunga l'ente, la sua adeguatezza o meno non potrà mai essere valutata sul piano astratto: al contrario essa dovrà essere commisurata alle situazioni di rischio concretamente profilate o profilabili per i singoli enti coinvolti, nonché alla singola realtà aziendale.

In tal senso, anche la scelta della composizione dell'organismo di vigilanza deve essere necessariamente risultante da una valutazione di opportunità in chiave di prevenzione e non in un'ottica di risparmio economico.

II.2.B. *Compiti, requisiti e poteri dell'organismo di vigilanza*

Nel dettaglio, le attività che l'organismo è chiamato ad assolvere, anche sulla base delle indicazioni contenute negli artt. 6 e 7 del D.Lgs. n. 231/2001, possono così schematizzarsi:

- vigilanza sull'effettività del modello, che si sostanzia nella verifica della coerenza tra i comportamenti concreti ed il modello istituito;
- verifica periodica in merito all'adeguatezza del modello, ossia della sua reale (e non meramente formale) capacità di prevenire, in linea di massima, i comportamenti non voluti; tale verifica periodica può essere svolta anche da soggetti o enti diversi, eventualmente in cooperazione o congiuntamente all'organismo di vigilanza (es. l'internal auditing e il collegio sindacale);
- analisi circa il mantenimento nel tempo dei requisiti di solidità e funzionalità del modello;
- cura del necessario aggiornamento in senso dinamico del modello, nell'ipotesi in cui le analisi operate rendano necessario effettuare correzioni ed adeguamenti. Tale cura, di norma, si realizza in due momenti distinti ed integrati:
    - presentazione di proposte di adeguamento del modello verso gli organi/funzioni aziendali in grado di dare loro concreta attuazione nel tessuto aziendale. A seconda della tipologia e della portata degli interventi, le proposte saranno dirette verso le funzioni di personale ed organizzazione, amministrazione, ecc., o, in taluni casi di particolare rilevanza, verso il consiglio di amministrazione;
    - follow-up, ossia verifica dell'attuazione e dell'effettiva funzionalità delle soluzioni proposte.

Si tratta di una serie di attività specialistiche, prevalentemente di controllo, che presuppongono la conoscenza di tecniche e strumenti *ad hoc*, nonché una elevata continuità di azione.

L'estensione dell'applicazione del decreto 231 ai delitti colposi pone un problema di rapporti tra il piano della sicurezza e quello del mondo organizzativo, nonché tra le attività dei soggetti responsabili dei controlli in materia di salute e sicurezza sul lavoro e l'organismo di vigilanza. L'autonomia di funzioni proprie di questi organi non consente di ravvisare una sovrapposizione dei compiti di controllo, che sarebbe quindi tanto inutile quanto inefficace. Deve essere chiaro che i soggetti deputati al controllo svolgono i propri compiti su piani differenti.

Questi elementi, sommati all'indicazione contenuta nella relazione di accompagnamento al D.Lgs. n. 231/2001, che, in merito all'organismo, parla di *"(...) una struttura che deve essere costituita al suo (dell'ente) interno (...)"*[12], inducono ad

[12] In particolare, la relazione spiega che: *"...a tal fine, per garantire la massima effettività del sistema, è disposto che la societas si avvalga di una struttura che deve essere costituita al suo interno (onde evitare facili manovre volte a*

escludere il riferimento al consiglio di amministrazione. *Tuttavia, come si dirà meglio oltre, appare conforme al dettato normativo la possibilità di nominare tra i membri dell'Organismo di Vigilanza un "amministratore indipendente*" così come definito dal Codice di Autodisciplina elaborato dal Comitato per la *Corporate Governance* delle Società Quotate di Borsa Italiana (cd. Codice Preda).

Fatta questa esclusione, è però opportuno precisare subito che il massimo vertice societario (es. consiglio di amministrazione o amministratore delegato), pur con l'istituzione dell'organismo *ex* D.Lgs. n. 231/2001, mantiene invariate tutte le attribuzioni e le responsabilità previste dal Codice Civile[13], alle quali si aggiunge oggi quella relativa all'adozione ed all'efficacia del modello, nonché all'istituzione dell'organismo (art. 6, c. 1, lett. *a)* e *b)*).

Considerazioni in parte analoghe possono svolgersi per il collegio sindacale, anche alla luce della recente riforma legislativa. Sotto il profilo della professionalità quest'organo sembra ben attrezzato per adempiere efficacemente al ruolo di vigilanza sul modello. Per contro, appare più arduo riscontrare la necessaria *continuità di azione* che il legislatore ha inteso attribuire all'organismo.

Va, inoltre, tenuto presente che in molte realtà societarie di minore dimensione quest'organo non è obbligatorio per legge e, ancora, che l'attività di esso può essere oggetto di controllo (in particolare con riferimento al delitto di false comunicazioni sociali) ai sensi del D.Lgs. n. 231/2001.

È evidente, peraltro, che il collegio sindacale, per la notevole affinità professionale e per i compiti che gli sono attribuiti dalla legge, sarà uno degli interlocutori "istituzionali" dell'organismo. I sindaci, infatti, allorquando non ricoprano anche la carica di organismo di vigilanza, essendo investiti della responsabilità di valutare l'adeguatezza dei sistemi di controllo interno (in modo specifico nelle SPA quotate e non[14]; in via indiretta nelle srl, in base al dovere di vigilare sulla correttezza dell'amministrazione), dovranno essere sempre informati dell'eventuale commissione dei reati considerati, così come di eventuali carenze del modello; anche allorquando si ritenga di non aderire alla possibilità prospettata dalla riforma succitata.

---

precostituire una patente di legittimità all'operato della societas attraverso il ricorso ad organismi compiacenti, e soprattutto per fondare una vera e propria colpa dell'ente)".

[13] Art. 2392 cod. civ.: " Gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze. Essi sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri, a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori. In ogni caso gli amministratori, fermo quanto disposto dal comma terzo *dell'articolo 2381*, sono solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose. La responsabilità per gli atti o le omissioni degli amministratori non si estende a quello tra essi che, essendo immune da colpa, abbia fatto annotare senza ritardo il suo dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio, dandone immediata notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale.

[14] L'art. 2403 cod. civ. prevede, tra i doveri del collegio sindacale, che esso debba vigilare sull'adeguatezza del sistema amministrativo, organizzativo e contabile della società e sul suo corretto funzionamento. Per le società quotate tali competenze erano già state fissate dall'art. 149 del TUF.

In taluni casi, rientranti nella patologia aziendale, poi, l'organismo potrà riferire al collegio sindacale affinché questo si attivi secondo quanto previsto dalla legge.

In ogni caso, allorquando l'organismo di vigilanza sia un organo collegiale, è necessario individuare al proprio interno il membro che assuma funzioni di direzione e coordinamento.

Occorre ora verificare se, nell'ambito delle varie forme che assume in concreto il disegno organizzativo aziendale, esiste già - negli enti destinatari della norma ed, in particolare, nelle società di medio-grandi dimensioni - una struttura che possieda i requisiti necessari per assolvere il mandato ed essere, quindi, identificata nell'organismo voluto dal D.Lgs. n. 231/2001.

A questo scopo appare opportuno riassumere sinteticamente quelli che appaiono i principali requisiti dell'organismo.

- **Autonomia ed indipendenza.** L'interpretazione di questi requisiti ha determinato non pochi dubbi e perplessità. È chiaro che, ad esempio, il pagamento di un compenso alla persona, interna o esterna all'ente, per l'attività in argomento non costituisce causa di "dipendenza". I requisiti vanno intesi in relazione alla funzionalità dell'odv e, in particolare, ai compiti che la legge assegna allo stesso (sui requisiti dei singoli componenti si dirà tra breve). La posizione dell'odv nell'ambito dell'ente deve garantire l'autonomia dell'iniziativa di controllo da ogni forma d'interferenza e/o di condizionamento da parte di qualunque componente dell'ente (e in particolare dell'organo dirigente). Tali requisiti sembrano assicurati dall'inserimento dell'organismo in esame come unità di staff in una posizione gerarchica la più elevata possibile, e prevedendo il "riporto" al massimo vertice operativo aziendale – ovvero al consiglio di amministrazione nel suo complesso.

  Con riferimento all'odv a composizione plurisoggettiva ci si deve chiedere se i requisiti di autonomia ed indipendenza siano riferibili all'organismo in quanto tale ovvero ai suoi componenti singolarmente considerati. Si ritiene che con riferimento ai componenti dell'organismo reclutati all'esterno i requisiti di autonomia ed indipendenza debbano essere riferiti ai singoli componenti. Al contrario, nel caso di composizione mista dell'organismo, non essendo esigibile dai componenti di provenienza interna una totale indipendenza dall'ente, il grado di indipendenza dell'organismo dovrà essere valutato nella sua globalità.

  Per garantire la necessaria autonomia di iniziativa e l'indipendenza è indispensabile che all'odv non siano attribuiti compiti operativi che, rendendolo partecipe di decisioni ed attività operative, ne minerebbero l'obiettività di giudizio nel momento delle verifiche sui comportamenti e sul Modello.

- **Professionalità.** Questo connotato si riferisce al bagaglio di strumenti e tecniche che l'organismo deve possedere per poter svolgere efficacemente l'attività assegnata. Si tratta di tecniche specialistiche proprie di chi svolge attività "ispettiva", ma anche consulenziale di analisi dei sistemi di controllo e di tipo giuridico e, più in particolare, penalistico.

In merito all'attività ispettiva e di analisi del sistema di controllo, è evidente il riferimento - a titolo esemplificativo - al campionamento statistico; alle tecniche di analisi e valutazione dei rischi; alle misure per il loro contenimento (procedure autorizzative; meccanismi di contrapposizione di compiti; ecc.); al *flow-charting* di procedure e processi per l'individuazione dei punti di debolezza; alle tecniche di intervista e di elaborazione di questionari; ad elementi di psicologia; alle metodologie per l'individuazione di frodi; ecc. Si tratta di tecniche che possono essere utilizzate *a posteriori*, per accertare come si sia potuto verificare un reato della specie in esame e chi lo abbia commesso (approccio ispettivo); oppure in via preventiva, per adottare - all'atto del disegno del modello e delle successive modifiche - le misure più idonee a prevenire, con ragionevole certezza, la commissione dei reati medesimi (approccio di tipo consulenziale); o, ancora, correntemente per verificare che i comportamenti quotidiani rispettino effettivamente quelli codificati.

Con riferimento, invece, alle competenze giuridiche, non va dimenticato che la disciplina in argomento è in buona sostanza una disciplina penale e che l'attività dell'odv (ma forse sarebbe più corretto dire dell'intero sistema di controllo previsto dal decreto in parola) ha lo scopo di prevenire la realizzazione di reati. È dunque essenziale la conoscenza della struttura e delle modalità realizzative dei reati, che potrà essere assicurata mediante l'utilizzo delle risorse aziendali, ovvero della consulenza esterna.

Per quanto concerne le tematiche di tutela della salute e sicurezza sul lavoro, l'odv dovrà avvalersi di tutte le risorse attivate per la gestione dei relativi aspetti, comprese quelle previste dalla normativa vigente dettata D.Lgs. n. 81/2008 e sue eventuali successive modificazioni.

- **Continuità di azione**. Per poter dare la garanzia di efficace e costante attuazione di un modello così articolato e complesso quale é quello delineato, soprattutto nelle aziende di grandi e medie dimensioni si rende auspicabile la presenza di una struttura dedicata esclusivamente ed a tempo pieno all'attività di vigilanza sul modello priva, come detto, di mansioni operative che possano portarla ad assumere decisioni con effetti economico-finanziari.

  Ciò non esclude, peraltro, che questa struttura possa fornire, come già detto, anche pareri consultivi sulla costruzione del modello, affinché questo non nasca già con punti di debolezza o falle in riferimento ai reati che si intende evitare: pareri consultivi, infatti, non intaccano l'indipendenza e l'obiettività di giudizio su specifici eventi.

  Allo scopo di assicurare l'effettiva sussistenza dei descritti requisiti, sia nel caso di un organismo di vigilanza composto da una o più risorse interne che nell'ipotesi in cui esso sia composto, in via esclusiva o anche, da più figure esterne, sarà opportuno che i membri possiedano, oltre alle competenze professionali descritte, i requisiti soggettivi formali che garantiscano ulteriormente l'autonomia e

l'indipendenza richiesta dal compito (es. onorabilità, assenza di conflitti di interessi e di relazioni di parentela con gli organi sociali e con il vertice, ecc.). Tali requisiti andranno specificati nel modello organizzativo.

I requisiti di autonomia, onorabilità e professionalità potranno anche essere definiti per rinvio a quanto previsto per altri settori della normativa societaria. Ciò vale, in particolare, quando si opti per una composizione plurisoggettiva dell'organismo di vigilanza ed in esso vengano a concentrarsi tutte le diverse competenze professionali che concorrono al controllo della gestione sociale nel tradizionale modello di governo societario (es. un amministratore non esecutivo o indipendente membro del comitato per il controllo interno; un componente del collegio sindacale; il preposto al controllo interno). In questi casi l'esistenza dei requisiti richiamati viene già assicurata, anche in assenza di ulteriori indicazioni, dalle caratteristiche personali e professionali richieste dall'ordinamento per gli amministratori indipendenti, per i sindaci e per il preposto ai controlli interni.

Al momento della formale adozione del modello, pertanto, l'organo dirigente dovrà:

- disciplinare gli aspetti principali relativi al funzionamento dell'organismo (es. modalità di nomina e revoca, durata in carica) ed ai requisiti soggettivi dei suoi componenti;
- comunicare alla struttura i compiti dell'organismo ed i suoi poteri, prevedendo, in via eventuale, sanzioni in caso di mancata collaborazione.

  In particolare, l'organismo deve essere dotato di tutti i poteri necessari per assicurare una puntuale ed efficiente vigilanza sul funzionamento e sull'osservanza del modello organizzativo adottato dalla società, secondo quanto stabilito dall'art. 6 del D.Lgs. n. 231/2001, e segnatamente per l'espletamento dei seguenti compiti:

  a) verifica dell'efficienza ed efficacia del modello organizzativo adottato rispetto alla prevenzione e all'impedimento della commissione dei reati previsti dal D.Lgs n. 231/2001;

  b) verifica del rispetto delle modalità e delle procedure previste dal modello organizzativo e rilevazione degli eventuali scostamenti comportamentali che dovessero emergere dall'analisi dei flussi informativi e dalle segnalazioni alle quali sono tenuti i responsabili delle varie funzioni;

  c) formulazione delle proposte all'organo dirigente per gli eventuali aggiornamenti ed adeguamenti del modello organizzativo adottato, da realizzarsi mediante le modifiche e/o le integrazioni che si dovessero rendere necessarie in conseguenza di:

     - significative violazioni delle prescrizioni del modello organizzativo;

     - significative modificazioni dell'assetto interno della società e/o delle modalità di svolgimento delle attività d'impresa;

- modifiche normative;

d) segnalazione all'organo dirigente, per gli opportuni provvedimenti, di quelle violazioni accertate del modello organizzativo che possano comportare l'insorgere di una responsabilità in capo all'ente.

   Per quel che riguarda i punti c) e d) sarebbe opportuno prevedere che gli incontri con gli organi societari cui l'organismo riferisce siano documentati. Copia della documentazione dovrebbe essere custodita dall'organismo;

e) predisposizione di una relazione informativa, su base almeno semestrale, per l'organo dirigente e, in particolare, per la sua eventuale articolazione organizzativa costituita dal comitato per il controllo interno, quando esso non sia investito della funzione di odv, in ordine alle attività di verifica e controllo compiute ed all'esito delle stesse;

f) trasmissione della relazione di cui al punto precedente al collegio sindacale.

Nel Modello organizzativo dovrebbe inoltre essere specificato che:

- le attività poste in essere dall'organismo non possano essere sindacate da alcun altro organismo o struttura aziendale, fermo restando però che l'organo dirigente è in ogni caso chiamato a svolgere un'attività di vigilanza sull'adeguatezza del suo intervento, in quanto all'organo dirigente appunto rimonta la responsabilità ultima del funzionamento (e dell'efficacia) del modello organizzativo;
- l'organismo abbia libero accesso presso tutte le funzioni della società - senza necessità di alcun consenso preventivo - onde ottenere ogni informazione o dato ritenuto necessario per lo svolgimento dei compiti previsti dal D.Lgs. n. 231/2001;
- l'organismo possa avvalersi - sotto la sua diretta sorveglianza e responsabilità - dell'ausilio di tutte le strutture della società ovvero di consulenti esterni.

Nel contesto delle procedure di formazione del *budget* aziendale, peraltro, l'organo dirigente dovrà approvare una dotazione adeguata di risorse finanziarie, proposta dall'organismo stesso, della quale l'organismo potrà disporre per ogni esigenza necessaria al corretto svolgimento dei compiti (es. consulenze specialistiche, trasferte, ecc.).

La definizione degli aspetti attinenti alla continuità dell'azione dell'organismo, quali la calendarizzazione dell'attività, la verbalizzazione delle riunioni e la disciplina dei flussi informativi dalle strutture aziendali all'organismo, potrà essere rimessa allo stesso organismo, il quale in questi casi dovrà disciplinare il proprio funzionamento interno.

A tale proposito è opportuno che l'organismo formuli un regolamento delle proprie attività (determinazione delle cadenze temporali dei controlli, individuazione dei criteri e delle procedure di analisi, ecc.). Non è, invece, opportuno che tale regolamento sia

redatto ed approvato da organi societari diversi dall'organismo di vigilanza, giacché questo potrebbe far ritenere violata l'indipendenza dello stesso.

II.2.C. *L'utilizzo di strutture aziendali di controllo esistenti o costituzione di un organismo ad hoc*

Così illustrate le attività da svolgere ed i principali requisiti che l'organismo deve possedere, occorre accertare se, in prima approssimazione, alcune funzioni o strutture aziendali già esistenti possano rispondervi: in tal senso l'attenzione va prioritariamente sulle funzioni personale e organizzazione; legale; amministrazione e controlli gestionali e per la salute e sicurezza sul lavoro, servizio di prevenzione e protezione

Con riguardo alle predette funzioni si ravvisano almeno due elementi che sconsigliano questa opzione: in primo luogo le funzioni/strutture sopra indicate potrebbero mancare delle figure professionali in possesso delle tecniche e degli strumenti appena descritti; secondariamente, trattandosi di funzioni a cui sono attribuiti importanti poteri decisori e deleghe operative, potrebbero, singolarmente considerate, difettare dell'indispensabile requisito dell'indipendenza ed obiettività di giudizio sull'*iter* di un processo o di un atto o sull'operato di un dipendente. Perciò, nel caso in cui non vi fossero alternative praticabili all'inserimento di una di queste figure nell'organismo di vigilanza, bisogna fare in modo che la composizione di quest'ultimo sia collegiale e comprenda la maggioranza di figure di sicura autonomia ed indipendenza.

È da escludere la possibilità di conferire all'organismo di vigilanza il ruolo di "responsabile del servizio di prevenzione e protezione". Tale figura non è solo caratterizzata da autonomia gestionale della materia e di iniziativa e controllo, ma deve anche essere professionalmente competente ed adeguatamente formata.

Diversa, invece, la valutazione relativa a quelle funzioni ed organi (il riferimento è al comitato per il controllo interno[15] ed alla funzione di *internal auditing* o revisione interna) istituiti - soprattutto negli enti di dimensioni medio-grandi, quotati e non - con il compito di vigilare sul complessivo sistema di controllo Interno e di gestione dei rischi, del quale, come si è visto, il modello organizzativo è una parte.

L'istituzione di tali organi/funzioni si va via via diffondendo a seguito sia delle indicazioni provenienti dalle discipline in materia di organizzazione aziendale, che dei sempre più frequenti riferimenti normativi o regolamentari da parte del legislatore italiano o di autorità di vigilanza che invitano, ed in alcuni casi addirittura obbligano, all'istituzione di organi ed unità preposte alla verifica dei sistemi di controllo interno.

[15] L'istituzione di un comitato per il controllo interno è raccomandata dal § 10 del Codice di Autodisciplina per le società quotate adottato nel 1999 (e rivisto nel 2002) nell'ambito della Borsa Italiana SpA.
Tale Comitato è stato di recente oggetto di disciplina a livello normativo. Il legislatore della riforma del diritto societario, nel disciplinare due modelli di amministrazione e controllo (il modello monistico ed il modello dualistico) alternativi a quello tradizionale latino, basato su consiglio di amministrazione e collegio aindacale, ha infatti regolato compiti, doveri e composizione del comitato, nominato Comitato per il Controllo sulla Gestione (v. artt. 2409-sexiesdecies segg. cod. civ.).

A. Per quanto riguarda il comitato per il controllo interno, le società che ne siano dotate possono conferire a tale organo il ruolo di organismo di vigilanza. Oggi, tale circostanza è avvalorata dalla Legge 12.11.2011, n. 183 che ha appunto previsto: *"Nelle società di capitali il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza e il comitato per il controllo della gestione possono svolgere le funzioni dell'organismo di vigilanza di cui al comma1, lett.b)"*.

Il comitato, infatti, presenta una serie di caratteristiche che lo rendono idoneo a svolgere i compiti che il D.Lgs. 231/2001 231 attribuisce all'odv.

In primo luogo, il comitato per il controllo interno è dotato di autonomia ed indipendenza, in quanto deve essere composto, secondo le indicazioni del Codice di Autodisciplina per le società quotate, da amministratori non esecutivi, la maggioranza dei quali indipendenti. È importante richiamare anche quanto previsto dalla riforma del diritto societario che richiede all'art. 2409-octiesdecies, c. 2, cod. civ., accanto ai requisiti di indipendenza dei suoi componenti, il possesso altresì di requisiti di onorabilità e professionalità, la cui disciplina è rinviata allo statuto.

Inoltre, il comitato per il controllo interno svolge un ruolo del tutto assimilabile a quello richiesto all'odv. Il comitato, infatti, presiede al sistema di controlli interni dell'impresa in quanto: assiste il consiglio di amministrazione nella fissazione delle linee di indirizzo e nella verifica periodica della loro adeguatezza e del loro effettivo funzionamento, assicurandosi che i principali rischi aziendali siano identificati e gestiti in modo adeguato; valuta il piano di lavoro preparato dai preposti al controllo interno e riceve le relazioni periodiche degli stessi; valuta, unitamente ai responsabili amministrativi della società ed ai revisori, l'adeguatezza dei principi contabili utilizzati e, nel caso di gruppi, la loro omogeneità ai fini della redazione del bilancio consolidato; valuta le proposte formulate dalle società di revisione per ottenere l'affidamento del relativo incarico, nonché il piano di lavoro predisposto per la revisione e i risultati esposti nella relazione e nella lettera di suggerimenti; riferisce al consiglio, almeno semestralmente, in occasione dell'approvazione del bilancio e della relazione semestrale, sull'attività svolta e sulla adeguatezza del sistema di controllo interno; svolge gli ulteriori compiti che gli vengono attribuiti dal consiglio di amministrazione, particolarmente in relazione ai rapporti con la società di revisione.

Nelle realtà aziendali che decidano di attribuire il ruolo di organismo di vigilanza al comitato per il controllo interno, quest'ultimo potrà avvalersi anche dell'*internal auditing* per lo svolgimento delle attività di vigilanza. È, infatti, proprio grazie all'attività dei preposti ai controlli interni che può essere garantita la continuità d'azione richiesta all'odv.

B. Le società che ne siano provviste potranno in alternativa decidere di attribuire il ruolo di organismo di vigilanza alla funzione di *internal auditing*. Questa funzione è richiamata dal D.Lgs. n. 58/1998 (TUF) che, all'art. 150, prevede la figura di "colui che è preposto ai controlli interni"[16]; dalle istruzioni di vigilanza per le banche della Banca

[16] Nel senso di colui che è preposto alla verifica dell'adeguatezza e del buon funzionamento dei controlli interni.

d'Italia, pubblicate sulla G.U. n. 245 del 20 ottobre 1998; dai regolamenti emessi nei confronti degli intermediari autorizzati, delle società di gestione del risparmio e delle SICAV, dalla Banca d'Italia e dalla Consob, che obbligano questi soggetti all'istituzione di "un'apposita funzione di controllo interno", da assegnare "ad apposito responsabile svincolato da rapporti gerarchici rispetto ai responsabili dei settori di attività sottoposti al controllo".

Sulla base anche della più evoluta dottrina aziendalistica, la funzione in esame viene spesso collocata, nell'organigramma, alle dirette dipendenze del vertice esecutivo aziendale (il Presidente esecutivo o l'Amministratore Delegato o figure analoghe) giacché deve operare - come chiarisce il CoSo Report - in supporto ad esso ed a tutto campo sul monitoraggio del sistema di controllo Interno che ha, tra i suoi obiettivi, anche quello di assicurare l'efficienza e l'efficacia non solo dei controlli ma anche delle attività operative aziendali (le c.d. *operations*).

Peraltro, avuto riguardo a quella parte di attività di tipo ispettivo (il c.d. *compliance* e *fraud auditing*) che la vigilanza sul modello comporta, viene stabilito anche un canale di comunicazione o una linea di riporto verso il consiglio di amministrazione o il comitato per il controllo interno, ove esistente. A proposito di tali attività, che richiedono la raccolta di evidenze amministrative all'interno dell'ente, è opportuno evidenziare il ricorso da parte delle più evolute realtà aziendali a strumenti di *security* o di *forensic account*, quali la *business intelligence*.

In definitiva a questa funzione già oggi viene attribuito - oltre al compito di effettuare indagini di carattere ispettivo - anche quello di verificare l'esistenza ed il buon funzionamento dei controlli atti ad evitare il rischio di infrazioni alle leggi in generale, tra cui, ad esempio, quelle sulla sicurezza, sulla protezione dell'ambiente ed in materia di *privacy*.

Trattasi di verifiche che riguardano anche i comportamenti quotidiani di chi svolge mansioni operative in questi ambiti e che attengono, quindi, *lato sensu*, anche all'etica individuale ed aziendale.

Queste ulteriori considerazioni consentono di meglio comprendere come la funzione di *internal auditing* - se ben posizionata e dotata di risorse adeguate - sia idonea a fungere da organismo *ex* D.Lgs. n. 231/2001. Peraltro, nei casi in cui si richiedano a questa funzione attività che necessitano di specializzazioni non presenti al suo interno, nulla osta a che essa si avvalga di consulenti esterni ai quali delegare circoscritti ambiti di indagine. Con ciò si evita di istituire ulteriori unità organizzative che, indipendentemente da considerazioni economiche, rischiano di ingenerare sovrapposizioni o eccessive parcellizzazioni di attività.

C. Infine, un'ulteriore alternativa per le imprese è rappresentata dalla istituzione di un organismo di vigilanza *ad hoc*, a composizione monosoggettiva o plurisoggettiva.

In entrambi i casi, fatta sempre salva la necessità di demandare ad un organo dell'ente la funzione di cui alla lett. *b)* dell'art. 6, nulla osta a che detto organo, al quale sarà riferibile il potere e la responsabilità della vigilanza sul funzionamento e

sull'osservanza dei modelli, nonché del loro aggiornamento, possa avvalersi delle specifiche professionalità di consulenti esterni per l'esecuzione delle operazioni tecniche necessarie per lo svolgimento della funzione di controllo. I consulenti, tuttavia, dovranno sempre riferire i risultati del loro operato all'organismo di vigilanza. Detto organismo di vigilanza potrà essere composto da soggetti interni all'ente o ad esso esterni (consulenti legali o di materie aziendali), i quali potranno avere il ruolo di supervisori e/o di diretta operatività per l'esercizio di compiti dell'organismo.

Questa impostazione consente di coniugare il principio di responsabilità che la legge riserva all'organismo riferibile all'ente con le maggiori specifiche professionalità dei consulenti esterni, rendendo così più efficace e penetrante l'attività dell'organismo.

D. Per gli enti di piccole dimensioni si rinvia alla trattazione che verrà svolta nel Cap. III.

II.2.D. *Conclusioni sulle possibili scelte*

Sulla base di quanto detto nei paragrafi precedenti, le opzioni possibili per l'ente, al momento dell'individuazione e configurazione dell'organismo di vigilanza, possono essere così riassunte:

- attribuzione del ruolo di organismo di vigilanza al comitato per il controllo interno, ove esistente, purché composto esclusivamente da amministratori non esecutivi o indipendenti;
- attribuzione del ruolo di organismo di vigilanza alla funzione di *internal auditing*, ove esistente;
- creazione di un organismo *ad hoc*, a composizione monosoggettiva o plurisoggettiva, costituito, in quest'ultimo caso, da soggetti dell'ente (es. responsabile dell'*internal audit*, della funzione legale, ecc., e/o amministratore non esecutivo e/o indipendente e/o sindaco) e/o da soggetti esterni (es. consulenti, esperti, ecc.);
- per gli enti di piccole dimensioni, attribuzione del ruolo di organismo di vigilanza all'organo dirigente (v. *infra* Cap. III).

II.3 OBBLIGHI DI INFORMAZIONE DELL'ORGANISMO DI VIGILANZA

Resta ora da approfondire il significato concreto della previsione contenuta nella lettera *d)* del secondo comma dell'art. 6, in tema di **obblighi di informazione** nei confronti dell'organismo.

Su questo aspetto la relazione di accompagnamento non fornisce ulteriori chiarimenti, pertanto si è costretti a procedere sperimentalmente.

L'obbligo di informazione all'organismo sembra concepito quale ulteriore strumento per agevolare l'attività di vigilanza sull'efficacia del modello e di accertamento a posteriori delle cause che hanno reso possibile il verificarsi del reato.

Se questo è lo spirito della prescrizione normativa, allora è da ritenere che l'obbligo di dare informazione all'organismo sia rivolto alle funzioni aziendali a rischio reato e riguardi: *a)* le risultanze periodiche dell'attività di controllo dalle stesse posta in essere per dare attuazione ai modelli (*report* riepilogativi dell'attività svolta, attività di monitoraggio, indici consuntivi, ecc.); *b)* le anomalie o atipicità riscontrate nell'ambito delle informazioni disponibili (un fatto non rilevante se singolarmente considerato, potrebbe assumere diversa valutazione in presenza di ripetitività o estensione dell'area di accadimento).

Nella specie le informazioni potranno riguardare, ad esempio:

- le decisioni relative alla richiesta, erogazione ed utilizzo di finanziamenti pubblici;
- le richieste di assistenza legale inoltrate dai dirigenti e/o dai dipendenti nei confronti dei quali la magistratura procede per i reati previsti dalla richiamata normativa;
- i provvedimenti e/o notizie provenienti da organi di polizia giudiziaria, o da qualsiasi altra autorità, dai quali si evinca lo svolgimento di indagini, anche nei confronti di ignoti, per i reati di cui al D.Lgs. n. 231/2001;
- le commissioni di inchiesta o relazioni interne dalle quali emergano responsabilità per le ipotesi di reato di cui al D.Lgs. n. 231/2001;
- le notizie relative alla effettiva attuazione, a tutti i livelli aziendali, del modello organizzativo, con evidenza dei procedimenti disciplinari svolti e delle eventuali sanzioni irrogate ovvero dei provvedimenti di archiviazione di tali procedimenti con le relative motivazioni;
- i prospetti riepilogativi degli appalti affidati a seguito di gare a livello nazionale e europeo, ovvero a trattativa privata;
- le notizie relative a commesse attribuite da enti pubblici o soggetti che svolgano funzioni di pubblica utilità;
- informazioni riferibili alle fattispecie di reati societari.

L'organismo di vigilanza dovrebbe altresì ricevere copia della reportistica periodica in materia di salute e sicurezza sul lavoro.

Tali dati, che possono essere definiti **flussi informativi**, devono, per l'appunto, costituire un *flusso*, pervenire cioè all'organismo di vigilanza, in maniera costante, secondo scansioni temporali stabilite nel modello o nel regolamento dell'odV (ad esempio trimestralmente o quadrimestralmente).

Diversamente dai flussi informativi, le **segnalazioni** sono volte a mettere l'organismo di vigilanza a conoscenza delle possibili violazioni del modello, nonché di quelle *specifiche circostanze* che possano costituire un comportamento illecito. In proposito, la giurisprudenza di merito pone particolare attenzione sulla necessità che siano dettagliate, nel modello o nei suoi allegati, le modalità attraverso le quali tali segnalazioni debbano essere formulate e indirizzate all'odv[12].

Va chiarito che le informazioni fornite all'organismo di vigilanza mirano a consentirgli di migliorare le proprie attività di pianificazione dei controlli e non, invece, ad imporgli attività di verifica puntuale e sistematica di tutti i fenomeni rappresentati. In altre parole all'organismo non incombe un obbligo di agire ogni qualvolta vi sia una segnalazione, essendo rimesso alla sua discrezionalità e responsabilità di stabilire in quali casi attivarsi.

È appena il caso di aggiungere che l'obbligo di informazione è stato probabilmente previsto anche allo scopo di conferire maggiore autorevolezza alle richieste di documentazione che si rendono necessarie all'organismo nel corso delle sue verifiche.

Infine, guardando anche alle esperienze straniere ed in particolare alle *Federal Sentencing Guidelines* statunitensi ed ai relativi *Compliance Programs*, l'obbligo di informazione dovrà essere esteso anche ai dipendenti che vengano in possesso di notizie relative alla commissione dei reati in specie all'interno dell'ente o che apprendano nell'esercizio delle loro funzioni della perpetrazione di "pratiche" non in linea con le norme di comportamento che l'ente è tenuto ad emanare (come visto in precedenza) nell'ambito del modello disegnato dal D.Lgs. n. 231/2001 (i c.d. codici etici).

Occorre sottolineare che l'obbligo di informare il datore di lavoro di eventuali comportamenti contrari al modello organizzativo rientra nel più ampio dovere di diligenza ed obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro di cui agli artt. 2104 e 2105. Tali norme stabiliscono, rispettivamente: *"1. Il prestatore di lavoro deve usare la diligenza richiesta dalla natura della prestazione dovuta, dall'interesse dell'impresa e da quello superiore della produzione nazionale. 2. Deve inoltre osservare le disposizioni per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro impartite dall'imprenditore e dai collaboratori di questo dai quali gerarchicamente dipende"* (art. 2104) e *"Il prestatore di lavoro non deve trattare affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza con l'imprenditore, né divulgare notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa, o*

[12] Cfr. ord. 20.09.2004, Trib. Milano, G.i.p. dott. Secchi, procedimento V.C.M., Ivri Holding, Cogefi.

farne uso in modo da poter recare ad essa pregiudizio." (art. 2105). Di conseguenza, rientrando in tali doveri, il corretto adempimento all'obbligo di informazione da parte del prestatore di lavoro non può dar luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari.

Nel disciplinare un sistema di *reporting* efficace sarà opportuno garantire la riservatezza a chi segnala le violazioni. Allo stesso tempo, sarà opportuno prevedere misure deterrenti contro ogni informativa impropria, sia in termini di contenuti che di forma[17].

Mediante la regolamentazione delle modalità di adempimento all'obbligo di informazione non si intende incentivare il fenomeno del riporto dei c.d. *rumors* interni (*whistleblowing*), ma piuttosto realizzare quel sistema di *reporting* di fatti e/o comportamenti reali che non segue la linea gerarchica e che consente al personale di riferire casi di violazione di norme da parte di altri all'interno dell'ente, senza timore di ritorsioni. In questo senso l'organismo viene ad assumere anche le caratteristiche dell'*ethic officer*, senza - però - attribuirgli poteri disciplinari che sarà opportuno allocare in un apposito comitato o, infine, nei casi più delicati al consiglio di amministrazione.

[17] Si precisa, tuttavia, che l'informativa infondata non determinata da una volontà calunniosa non può essere sanzionata.

II.4 L'ORGANISMO DI VIGILANZA NEI GRUPPI DI IMPRESE

Un cenno meritano anche le complesse problematiche che il D.Lgs. n. 231/2001 può presentare nell'ambito dei gruppi di imprese.

In proposito si rileva una recente pronuncia della Corte di Cassazione (sentenza n. 24583, del 17 novembre 2010, Sezione V Penale), con la quale si afferma che la capogruppo o altre società del gruppo possono essere chiamate a rispondere, ai sensi del D.Lgs. n. 231/2001, per il reato commesso nell'ambito dell'attività di altra società del gruppo, purché nella sua consumazione concorra una persona fisica che agisca per loro conto, perseguendo anche l'interesse di queste ultime:*"In effetti la holding o altre società del gruppo possono rispondere ai sensi della legge 231, ma è necessario che il soggetto che agisce per conto delle stesse concorra con il soggetto che commette il reato; insomma non è sufficiente un generico riferimento al gruppo per affermare la responsabilità della società ai sensi della legge 231/2001"*.

Alla luce di tale sentenza, la gestione dei rapporti infra-gruppo, con specifico riguardo alla materia alle attività di coordinamento della prevenzione dei reati, deve avvenire in maniera particolarmente accorta.

Come noto, i gruppi di imprese sono spesso caratterizzati dalla tendenza a centralizzare presso la capogruppo alcune funzioni (acquisti, gestione amministrativo-contabile, finanza, ecc.) allo scopo di conseguire sinergie nonché disporre di leve gestionali dirette per orientare il gruppo verso le politiche e le strategie decise dal vertice della *holding*.

Anche le funzioni di controllo, ed in particolare quella di *internal auditing*, non sfuggono a questa tendenza, sì che - soprattutto nei gruppi con controllate non quotate o di medio-piccole dimensioni - si riscontra spesso l'istituzione di una robusta funzione di revisione interna presso la capogruppo che esplica, pertanto, le proprie attività sia all'interno della medesima, sia presso le controllate dove la funzione è assente o con organici ridotti.

Un assetto organizzativo di questo tipo, o assetti analoghi, sono volti al raggiungimento di due principali obiettivi: realizzare economie in termini di risorse assegnate e creare un'unica struttura che assicuri un migliore livello qualitativo delle sue prestazioni grazie alle maggiori possibilità di specializzazione, aggiornamento e formazione. Il tutto, ovviamente, deve avvenire salvaguardando l'autonomia e le responsabilità dei vertici delle singole società controllate, i quali devono poter disporre di questa leva gestionale per essere garantiti del buon funzionamento dei rispettivi sistemi di controllo interno. Infatti, destinatario del D.Lgs. 231/2001, e dei relativi oneri in materia di prevenzione dei reati, è il singolo ente, che non può considerarsi assorbito all'interno del gruppo.

Nelle ipotesi di cui sopra, soluzioni organizzative di questo genere possono conservare la loro validità anche con riferimento alle esigenze poste dal modello delineato dal D.Lgs. n. 231/2001, purché siano rispettate le seguenti condizioni:

a) in ogni società controllata deve essere istituito l'organismo di vigilanza *ex* art. 6 primo comma, lett. *b)*, con tutte le relative attribuzioni di competenze e responsabilità, fatta salva la possibilità di attribuire questa funzione direttamente all'organo dirigente della controllata, se di piccole dimensioni, così come espressamente previsto dall'art. 6, co. 4, D.Lgs. n. 231/2001;

b) l'organismo della controllata potrà avvalersi, nell'espletamento del compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza del modello, delle risorse allocate presso l'analogo organismo della capogruppo, sulla base di un predefinito rapporto contrattuale con la stessa;

c) i dipendenti dell'organismo della capogruppo, nella effettuazione di controlli presso le società del gruppo, assumono nella sostanza la veste di professionisti esterni che svolgono la loro attività nell'interesse della controllata stessa, riportando all'organismo di vigilanza di quest'ultima, con i vincoli di riservatezza propri del consulente esterno.

Una soluzione organizzativa di questo tipo potrebbe, invece, risultare inadeguata nei gruppi con controllate quotate (per le quali il TUF già prevede l'esistenza del *preposto ai controlli interni*) o di grandi dimensioni; ciò a causa della complessità che in queste realtà inevitabilmente assume il modello previsto dal D.Lgs. n. 231/2001 e, conseguentemente, l'attività di vigilanza sulla sua effettiva efficacia.

L'ingente mole di controlli, da svolgere continuativamente su tutta l'organizzazione e le frequenti necessità di adeguamento del modello in occasione di ristrutturazioni interne, inducono a ritenere indispensabile l'istituzione, nelle società controllate di questo tipo, di un organismo di vigilanza dotato di risorse adeguate, fatta sempre salva la possibilità di "commissionare" verifiche sul funzionamento del modello a forte contenuto specialistico a figure professionali esterne, siano esse appartenenti a società di consulenza o all'omologo organismo della capogruppo.

In ogni caso, si ravvisa l'opportunità di prevedere adeguati meccanismi di coordinamento e raccordo tra l'attività di vigilanza della *holding* e gli organismi di vigilanza delle società controllate, al fine di evitare divergenze e discrasie negli indirizzi e nei criteri adottati per lo svolgimento dell'attività di vigilanza tra le società del gruppo. Al riguardo si possono ipotizzare direttive sul punto impartite dall'organismo di vigilanza della capogruppo e dal suo vertice aziendale ed una costante attività di *reporting* degli organismi di vigilanza delle società controllate all'omologo organismo della *holding*, pur nel rispetto degli obblighi di riservatezza e confidenzialità.

Nel concreto, comunque, le soluzioni al problema del migliore assetto organizzativo delle funzioni di vigilanza, e quindi dell'organismo *ex* D.Lgs. n. 231/2001 nell'ambito dei gruppi, possono essere le più diverse e rimesse, nei limiti delle disposizioni normative esistenti, alla specificità del gruppo.

Tuttavia, l'assetto organizzativo sopra descritto, solitamente adottato all'interno dei gruppi societari, richiede un vaglio anche alla luce del nuovo diritto societario. Ciò soprattutto in considerazione di quanto previsto dall'attuale art. 2497, il quale – *sub*

libro V, titolo V, capo IX, “direzione e coordinamento di Società – statuisce la responsabilità diretta della capogruppo – identificata come la società che esercita a qualunque titolo un’attività di direzione e coordinamento di altra società - nei confronti sia dei soci della controllata sia dei creditori sociali della controllata sia nei confronti della controllata stessa in caso di violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale di questa.

Pertanto, qualora le attività tipiche dell’organismo di vigilanza siano centralizzate presso la capogruppo, ovviamente con l’adozione delle opportune cautele e condizioni sopra descritte, è necessario che siano previsti e formalizzati idonei sistemi di gestione del compito di vigilanza sul funzionamento e l’osservanza del modello nell’ambito di ogni società del gruppo. Ciò al fine di evitare che una carente attività di vigilanza possa causare eventuali riflessi negativi nell’ambito del gruppo – concorrendo, ovviamente, tutti gli altri presupposti -.

Infine, sempre in tema di gruppi di imprese, un cenno specifico meritano le problematiche relative ai gruppi di imprese in cui la capogruppo sia una società di diritto straniero e che, a loro volta, si qualifichino ai fini del diritto italiano come soggetti alla normativa del D.Lgs. n. 231/2001: negli stessi, peraltro, le affiliate possono a volte essere esse stesse capogruppo in Italia (in quanto, ad esempio per settori di *business* diversi, siano previsti gruppi societari anche a livello nazionale).

Tali gruppi di imprese multinazionali presenti ed operanti sul territorio italiano - specie se di matrice statunitense - sono già da tempo tenuti al rispetto di codici di condotta e di procedure interne di controllo dell'attività e della gestione da parte della controllante estera. In questo caso, occorre precisare che, laddove il modello di organizzazione, gestione e controllo già attuato dalla controllante ai sensi di pratiche e norme straniere risponda altresì ai requisiti previsti dal D.Lgs. n. 231/2001, esso può ritenersi valido. Laddove invece la società italiana adotti in autonomia un proprio modello di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del citato Decreto, sarà opportuno che tale società provveda a comunicare l’adozione del modello, e ad inoltrarne copia alla propria controllante, in modo che quest’ultima possa tenerne conto nella indicazione delle direttive di comportamento all’interno del Gruppo.

II.5 PROFILI PENALI DELLA RESPONSABILITÀ DELL'ORGANISMO DI VIGILANZA

Posto che l'organismo di vigilanza è tenuto al rispetto del generale dovere di vigilanza e che l'ente non potrà beneficiare dell'esonero dalla responsabilità nel caso in cui vi sia stata da parte dell'organismo un'omissione nell'attività di vigilanza, sembra opportuno effettuare alcune considerazioni relative all'eventuale insorgere di una responsabilità penale in capo all'organismo in caso di commissione di illeciti da parte dell'ente a seguito del mancato esercizio del potere di vigilanza sull'attuazione e sul funzionamento del modello.

La fonte di detta responsabilità potrebbe essere individuata nell'art. 40, c. 2, cod. pen. e, dunque, nel principio in base al quale *"non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo"*. Pertanto, l'organismo di vigilanza potrebbe risultare punibile a titolo di concorso omissivo nei reati commessi dall'ente, a seguito del mancato esercizio del potere di vigilanza e controllo sull'attuazione di modelli organizzativi allo stesso attribuito.

Al riguardo, però, è opportuno tenere presente che l'obbligo di vigilanza non comporta di per sé l'obbligo di impedire l'azione illecita: esso, e la responsabilità penale che ne deriva ai sensi del citato art. 40, c. 2, cod. pen., sussiste solo quando il destinatario è posto nella posizione di garante del bene giuridico protetto.

Per completezza di trattazione appare necessario segnalare che il D.Lgs. 231/2007 (decreto che ha introdotto l'art. 25 octies: delitti di riciclaggio, ricettazione ed impiego di beni o utilità di provenienza illecita) ha anche previsto una serie di obblighi in capo all'organismo di vigilanza.

Invero, all'art. 52, comma 1, del citato decreto si legge un generale obbligo di vigilanza sull'osservanza delle norme contenute del D.Lgs. 231/2007; al 2 comma vi è un obbligo di comunicazione, senza ritardo, alle autorità di vigilanza di settore di tutti gli atti o i fatti di cui viene a conoscenza nell'esercizio dei propri compiti, che possano costituire una violazione delle disposizioni emanate ai sensi dell'art. 7 del D.Lgs. 231/2007. E ancora, comunicare al titolare dell'attività o al legale rappresentante o a un suo delegato le infrazioni previste dal medesimo decreto all'art. 41.

Infine deve comunicare, senza ritardo, entro trenta giorni dal momento in cui ne ha avuto notizia, al Ministero dell'economia e delle finanze le infrazioni relative alla limitazione dell'uso dei contanti e dei titoli al portatore e il divieto di libretti di risparmio e conti anonimi o con intestazione fittizia (artt. 49 e 50 D.Lgs. 231/2007 cit.).

L'U.I.F. si è espresso in tale materia precisando che a seguito della modifica dell'articolo 52 D.Lgs. 231/2007 (modificato dal D.Lgs. 151/2009) tale disciplina trova applicazione solo per quegli organismi di vigilanza incardinati presso i soggetti destinatari del decreto stesso (ndr. D.Lgs. 231/2007).

Laddove l'organismo di vigilanza abbia segnalazioni ricevute o proprie in materia, sarebbe consigliabile prevedere una specifica reportistica da parte di questo al collegio sindacale.

Dalla lettura complessiva delle disposizioni che disciplinano l'attività e gli obblighi dell'organo di vigilanza sembra evincersi che ad esso siano devoluti compiti di controllo non in ordine alla realizzazione dei reati, ma al funzionamento ed all'osservanza del modello, curandone, altresì, l'aggiornamento e l'eventuale adeguamento ove vi siano modificazioni degli assetti aziendali di riferimento. L'attribuzione all'organismo di compiti d'impedimento dei reati non si concilia con la sostanziale assenza di poteri impeditivi, giacché l'organismo non può neppure modificare, di propria iniziativa, i modelli esistenti, assolvendo, invece, un compito consultivo dell'organo dirigente cui compete il potere di modificare i modelli. Peraltro l'obbligo d'impedire la realizzazione di reati equivarrebbe ad attribuire compiti e doveri simili a quelli che, nel nostro ordinamento, ha la polizia giudiziaria. Va, infine, sottolineato che neanche in capo ai pubblici ufficiali ed agli incaricati di pubblico servizio, che a differenza dell'organismo di vigilanza, hanno il dovere di segnalare all'autorità giudiziaria i reati di cui siano venuti a conoscenza nell'esercizio delle proprie attività, è previsto alcun obbligo di impedire la realizzazione dei suddetti reati.

Tale situazione non muta con riferimento ai delitti colposi realizzati con violazione delle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro. Anche in questo caso l'organismo di vigilanza non ha obblighi di controllo delle attività, ma doveri di verifica della idoneità e sufficienza dei modelli organizzativi a prevenire i reati in parola.

III. MODELLI ORGANIZZATIVI E SOGLIE DIMENSIONALI: UNA CHIAVE DI LETTURA PER LE PICCOLE IMPRESE

III.1 PREMESSA

Come si è detto, la redazione delle Linee Guida non esaurisce l'esercizio richiesto dal D.Lgs. n. 231/2001 ai fini dell'operatività dell'esimente. Si rende, infatti, necessaria una ulteriore attività da parte sia delle associazioni, che direttamente delle imprese, finalizzata alla realizzazione e redazione di un modello di organizzazione, gestione e controllo che soddisfi pienamente le esigenze della singola realtà imprenditoriale coinvolta. Si è detto, infatti, di come sia impossibile delineare un modello universalmente valido: settori merceologici differenti e soglie dimensionali dell'impresa sono due tra i fattori che influiscono maggiormente sulle caratteristiche che un modello dovrebbe avere per svolgere efficacemente la sua azione preventiva. L'operare in un settore merceologico in luogo di un altro può infatti aumentare la propensione alla commissione di alcune tipologie di reato.

Quella della soglia dimensionale è invece una problematica di tipo orizzontale, che riguarda ogni impresa, a prescindere dal settore in cui opera, ed influisce sul livello di complessità dei modelli da adottare. È evidente che questioni concernenti l'organizzazione, le deleghe di funzioni e le procedure decisionali ed operative siano destinate ad assumere un minor rilievo in una piccola impresa, nella quale la maggior parte delle funzioni è concentrata in capo a poche persone.

È opportuno pertanto interrogarsi sul ruolo effettivo che un modello deve rivestire in relazione alle esigenze, alla struttura ed alle risorse di una piccola impresa.

Una piccola impresa – la cui definizione, in questa sede, va ricercata più che in parametri quantitativi, nella essenzialità della struttura interna gerarchica e funzionale – non difformemente dalle altre, deve necessariamente dotarsi di un modello di organizzazione, gestione e controllo. Il rischio che essa sia coinvolta in procedimenti penali per i reati richiamati dal D.Lgs. n. 231/2001 è, infatti, tutt'altro che remoto (basti pensare al fenomeno delle erogazioni pubbliche e dei finanziamenti alle piccole imprese). L'adozione del modello può minimizzare le conseguenze sanzionatorie per l'ente, a patto che le condizioni di cui all'art. 6 del decreto stesso siano rispettate.

All'uopo occorre precisare che la Cassazione Penale (sezione VI penale, 3 marzo 2004, sentenza n. 18941/04), in un primo momento, ha escluso dalla applicazione del D.Lgs. 231/2001 soltanto le imprese individuali[13]. Nuovamente tornata sul punto la

[13] Cass. VI S. Pen, sent. n. 18941 del 3.3.2004, in *CED* RV. 228833: "Q*uale che sia la natura giuridica di questa responsabilità "da reato", è certo che in tutta la normativa (convenzioni internazionali; legge di delegazione; decreto delegato) e, segnatamente, nell'art. 1, comma 1, del decreto legislativo n. 231 del 2001 essa è riferita unicamente agli "enti", termine che evoca l'intero spettro dei soggetti di diritto metaindividuali, tanto che, come si è visto, i successivi commi della disposizione da ultimo menzionata ne specificano l'ambito soggettivo di applicazione. D'altra parte sulla riferibilità della nuova disciplina esclusivamente agli enti collettivi è oltremodo chiara la relazione governativa sul decreto legislativo n. 231/2001 (…)".*

Corte (Cass. Pen. sezione III, 15 dicembre 2010, sentenza n. 15657/2010) ha però, recentemente, ribaltato la propria posizione, includendo nell'ambito di applicazione dell'art. 1, comma secondo D.Lgs. 231/2001 anche l'impresa individuale. Due ordini di ragioni a sostegno della nuova posizione affermata dalla Corte: da un lato, la circostanza che *"l'impresa individuale (sostanzialmente divergente, anche da un punto di vista semantico, dalla c.d. "ditta individuale"), ben può assimilarsi ad una persona giuridica nella quale viene a confondersi la persona dell'imprenditore quale soggetto fisico che esercita una determinata attività"*, dall'altro lato la considerazione che *"l'interpretazione in senso formalistico dell'incipit del D.Lgs. n. 231 del 2001, così come esposto dalla ricorrente (che, a proposito degli enti collettivi, ha evocato il termine di soggetti "metaindividuali") creerebbe il rischio di un vero e proprio vuoto normativo, con inevitabili ricadute sul piano costituzionale connesse ad una disparità di trattamento tra coloro che ricorrono a forme semplici di impresa e coloro che, per svolgere l'attività, ricorrono a strutture ben più complesse ed articolate"*.

Questo va pertanto a imprimere un punto fermo: la dimensione di una società non implica una maggiore o minore possibilità di una responsabilità amministrativa (ndr. penale); anzi forse occorre sottolineare come le società di dimensioni maggiori spesso hanno sistemi articolati di controllo già in essere, spesso assenti nelle piccole imprese.

Scopo di questo capitolo è fornire una "chiave di lettura" delle indicazioni delineate nei capitoli che precedono dedicata specificamente alle piccole imprese, che possono avere una minore familiarità con alcuni dei concetti e delle figure descritte. Allo scopo di rendere più chiara l'interpretazione delle linee guida fornite, verrà seguita la tripartizione (individuazione dei rischi e protocolli; codice etico e sistema disciplinare; organismo di vigilanza) utilizzata in precedenza ed applicabile, quale schema logico di costruzione, a prescindere dalle dimensioni e dal settore di attività dell'ente.

III.2 INDIVIDUAZIONE DEI RISCHI E PROTOCOLLI

Come si è accennato, l'adozione di modelli organizzativi vale quale esimente dalla responsabilità in quanto serve ad escludere la colpevolezza (cioè l'elemento soggettivo necessario ai fini dell'esistenza del reato) dell'ente in relazione alla commissione del reato. Può infatti verificarsi che un reato commesso da un dipendente, pur avvantaggiando l'ente, non sia tuttavia espressione della volontà di quest'ultimo. Grazie al modello si evita che la volontà ed il comportamento del dipendente si ripercuotano automaticamente sull'ente.

Questi casi di dissociazione tra la volontà dell'agente persona fisica e la volontà dell'ente cui questa fa capo sono frequenti negli enti complessi (normalmente quelli di maggiori dimensioni). Negli enti più piccoli il rischio che tale fenomeno si verifichi è meno frequente. In questi ultimi, infatti, la compenetrazione tra l'ente ed il soggetto persona fisica (spesso lo stesso imprenditore) è così forte, che diventa più difficile, ma tuttavia non impossibile, escludere la volontà dell'ente quando si verifichino i reati considerati.

Peraltro, è opportuno ricordare che le piccole imprese sono caratterizzate da una struttura meno articolata rispetto ad altre realtà, nonché da minori risorse da poter dedicare alla predisposizione di un modello organizzativo ed ai relativi controlli. È anche vero, tuttavia, che lo sforzo loro richiesto appare minore.

Per favorire l'utilizzo delle metodologie prospettate nel Cap. I sulla individuazione dei rischi ed elaborazione dei relativi protocolli anche da parte degli enti di più piccole dimensioni, si è pensato ad uno schema sufficientemente flessibile, per il quale l'aspetto dimensionale si limita ad influire, ai fini del processo di gestione dei rischi, su:

- la complessità dell'analisi, in termini di numerosità ed articolazione delle funzioni aziendali interessate e di casistiche di illecito aventi potenziale rilevanza per l'ambito di attività (a questo proposito un valido aiuto può venire dalla consultazione del *case study* allegato alle Linee Guida);
- le modalità operative di conduzione dell'attività di gestione dei rischi, che potrà essere svolta, dall'organo dirigente, non con il supporto di funzioni interne aziendali, bensì eventualmente con apporti professionali esterni;
- l'articolazione dei controlli preventivi. Riprendendo quanto già esposto al Cap. I, questi enti potranno utilizzare soltanto alcuni dei protocolli indicati ed, eventualmente, anche in forme semplificate.

III.3 CODICE ETICO

La predisposizione e l'adozione di un codice contenente i princìpi etici rilevanti *ex* D.Lgs. 231/2001 cui l'ente dovrà uniformarsi non desta particolari preoccupazioni e difficoltà di adattamento alle imprese di piccole dimensioni.

Il Cap. IV, infatti, elenca quelli che sono i contenuti minimi del codice etico, consistenti essenzialmente nel rispetto delle norme vigenti, nel monitoraggio di ogni operazione effettuata e nella espressione di una serie di princìpi cui dovrà essere improntata l'attività dell'ente nello svolgimento dei rapporti commerciali con i soggetti rilevanti. Tali contenuti, imprescindibili per la effettività e credibilità di un codice etico, sono da considerarsi di applicazione generalizzata e vanno pertanto recepiti anche dalle piccole imprese.

La configurazione del sistema disciplinare e dei meccanismi sanzionatori non presenta profili diversi da quelli indicati al Cap. IV, par. 4.

III.4. L'ORGANISMO DI VIGILANZA

Rispetto alla configurazione dell'organismo di vigilanza la realtà delle piccole imprese presenta specificità proprie che richiedono un adattamento di quanto previsto al Cap. II.

Vista la complessità e l'onerosità del modello indicato dal D.Lgs. 231/2001, il legislatore ha voluto tenere in debito conto le problematiche che si pongono in quella categoria di enti che, per la dimensione e la semplicità della struttura organizzativa, non dispongono di una funzione (o persona) con compiti di monitoraggio del sistema di controllo interno. Per tali enti, l'onere derivante dalla istituzione di un organismo *ad hoc* potrebbe non essere economicamente sostenibile.

A questo proposito il D.Lgs. n. 231/2001 ha previsto all'art. 6, c. 4, la facoltà dell'organo dirigente di svolgere direttamente i compiti indicati. Proprio in ipotesi di questo tipo potrebbe risultare opportuno istituire un organismo di vigilanza a carattere plurisoggetivo, in ragione della maggiore rischiosità insita nella coincidenza in capo al medesimo soggetto del ruolo di controllato e controllante. Ad esempio, potrebbe risultare adeguata la presenza, oltre del vertice societario, anche di un consigliere o un sindaco o un dirigente.

Tuttavia, tenuto conto delle molteplici responsabilità ed attività su cui quotidianamente l'organo dirigente deve applicarsi, è auspicabile ritenere che, nell'assolvimento di questo ulteriore compito, esso si avvalga di professionisti esterni, ai quali affidare l'incarico di effettuare periodiche verifiche sul rispetto e l'efficacia del modello. Così, come esposto in tutti i casi in cui si è prevista la possibilità per soggetti esterni all'ente di svolgere attività di supporto a quelle del soggetto cui sono deputate le funzioni di vigilanza[18], è necessario chiarire che i compiti delegabili all'esterno sono quelli relativi allo svolgimento di tutte le attività di carattere tecnico, fermo restando l'obbligo del professionista esterno di riferire all'organo dell'ente. È evidente, infatti, che l'affidamento di questo tipo di delega non fa venir meno la responsabilità dell'organo dell'ente in ordine alla funzione di vigilanza ad esso conferita dalla legge.

Qualora, poi, l'organo dirigente ritenga di non avvalersi di tale supporto esterno ed intenda svolgere personalmente l'attività di verifica, è opportuna - in via cautelativa nei confronti dell'autorità giudiziaria eventualmente chiamata ad analizzare l'efficacia del modello e dell'azione di vigilanza - la stesura di un verbale delle attività di controllo svolte, controfirmato dall'ufficio o dal dipendente sottoposto alle verifiche.

[18] V. Cap. II.3 relativamente all'utilizzo di strutture aziendali di controllo esistenti e Cap. II.5 sulle modalità di espletamento della funzione di controllo nei gruppi di imprese

IV. CODICE ETICO CON RIFERIMENTO AI REATI EX D. LGS. N. 231/2001

IV.1 PREMESSA

Utile complemento del sistema di controllo preventivo di un ente, al fine di prevenire i reati previsti dal D.Lgs. 231/2001, è stabilire principi etici a tal fine rilevanti da integrare e formalizzare un vero e proprio "Codice Etico".

I codici etici sono documenti ufficiali dell'ente che contengono l'insieme dei diritti, dei doveri e delle responsabilità dell'ente medesimo nei confronti dei "portatori d'interesse" (dipendenti, fornitori, clienti, Pubblica Amministrazione, azionisti, mercato finanziario, ecc.). Detti codici raccomandano, favoriscono o proibiscono determinati comportamenti, al di là e indipendentemente da quanto previsto dalle leggi vigenti, e possono contemplare sanzioni proporzionate alla gravità delle eventuali violazioni commesse. Essi inoltre sono documenti che nascono dalla volontà dei massimi vertici dell'Ente che ne sponsorizzano e curano l'applicazione.

In termini riassuntivi, i codici etici costituiscono quindi una piattaforma di comportamenti eticamente rilevanti che, qualora abbiano carattere criminoso e si riferiscano a fatti integrativi dei reati puniti ai sensi del D.Lgs. 231/2001, sono alla base di un modello di organizzazione adottabile da un'impresa. Tale modello rimane però un documento diverso e distinto dal codice etico sia dal punto di vista funzionale che operativo.

Nel caso specifico è stata predisposta una struttura minima, focalizzata sui comportamenti rilevanti ai fini del D.Lgs. n. 231/2001, che può costituire una parte di un più ampio Codice Etico eventualmente esistente. La struttura di seguito descritta – che non vuole essere vincolante – è rappresentata da una serie di regole comportamentali cui i destinatari devono attenersi nei rapporti con una serie di interlocutori, tra i quali preminenza spetta alla Pubblica Amministrazione sia italiana che straniera ed ai pubblici dipendenti in generale. Tuttavia, i singoli enti hanno la facoltà di arricchire lo schema proposto, che, come detto, risponde *in primis* alle indicazioni del D.Lgs. 231/2001, con ulteriori e più dettagliate specifiche.

IV.2 CONTENUTI MINIMI DEL CODICE ETICO (IN RELAZIONE AL DETTATO DEL D.LGS. N. 231/2001)

- L'ente ha come primo principio indispensabile il rispetto di leggi e regolamenti vigenti in tutti i paesi in cui esso opera.

Ogni dipendente dell'Ente deve rispettare le leggi ed i regolamenti vigenti in tutti i paesi in cui l'ente opera.

Tale impegno deve valere anche per i consulenti, fornitori, clienti e per chiunque abbia rapporti con l'ente. Quest'ultimo non inizierà o continuerà a mantenere alcun rapporto con chi non intenda adeguarsi a tale principio.

I dipendenti devono essere a conoscenza delle leggi e dei comportamenti conseguenti; qualora esistessero dei dubbi su come procedere l'ente dovrà fornire ai propri dipendenti un'adeguata informazione.

L'ente deve assicurare un idoneo programma di formazione e sensibilizzazione continua sulle problematiche inerenti al Codice Etico.

- Ogni operazione e transazione deve essere correttamente registrata, autorizzata, verificabile, legittima, coerente e congrua.

Tutte le operazioni e azioni dell'ente devono avere una registrazione adeguata e deve essere possibile la verifica del processo di decisione, autorizzazione e di svolgimento.

Per ogni operazione vi deve essere un adeguato supporto documentale al fine di poter procedere, in ogni momento, all'effettuazione dei controlli che attestino le caratteristiche e le motivazioni dell'operazione ed individuino chi ha autorizzato, effettuato, registrato, verificato l'operazione stessa.

- Principi base relativamente ai rapporti con gli interlocutori dell'ente: Pubblica Amministrazione e pubblici dipendenti.

(Occorre qui specificare che alcuni comportamenti rientranti nella normale prassi commerciale possono essere ritenuti inaccettabili, quando non addirittura in aperta violazione di legge e/o regolamenti, se tenuti nei confronti di dipendenti della Pubblica Amministrazione o di funzionari che agiscono per conto della Pubblica Amministrazione).

Non è consentito offrire doni né in denaro né in natura a dirigenti, funzionari o dipendenti della Pubblica Amministrazione o a loro famigliari e/o parenti, sia di nazionalità italiana che estera, salvo che si tratti di doni o utilità di "modico valore" (è consigliabile che ogni ente definisca un valore massimo da considerarsi "modico valore"). Al fine di poter meglio controllare il flusso di tali elargizioni è utile per l'azienda fare in modo che l'acquisto degli omaggi venga accentrato presso un unico servizio centrale (es.: ufficio acquisti). E' altresì opportuno garantire la rintracciabilità degli omaggi, predisponendo e poi conservando copia della documentazione rilevante (es. documento di trasporto).

Qualora, in virtù delle leggi vigenti, soggetti apparentemente esterni all'ente possano essere considerati quali *longa manus* dell'ente stesso, è opportuno che i principi contenuti

nel codice etico aziendale siano estesi anche a quest'ultimi e che ne sia sollecitata l'osservanza con l'ausilio degli strumenti ritenuti più idonei.

Si proibisce di offrire o di accettare qualsiasi oggetto, servizio, prestazione o favore di valore per ottenere un trattamento più favorevole in relazione a qualsiasi rapporto intrattenuto con la Pubblica Amministrazione.

In quei paesi dove è costume offrire doni a clienti od altri, è possibile agire in tal modo quando questi doni siano di natura appropriata e di valore modico, ma sempre nel rispetto delle leggi. Ciò non deve comunque mai essere interpretato come una ricerca di favori.

Si reputa pertanto opportuno che l'ente predisponga un'apposita procedura, conforme alla normativa vigente, che consenta di verificare che la scelta di sostenere eventuali spese a carico dell'ente per l'iscrizione e/o partecipazione di operatori sanitari - dipendenti della Pubblica Amministrazione - a congressi e simposi, sia attuata in ottemperanza ad una procedura standard predefinita i cui tratti fondamentali sono di seguito indicati:

- l'ente predispone ed invia una comunicazione informativa alla Pubblica Amministrazione (ASL, AO, ecc.), manifestando la propria disponibilità a sostenere le spese relative all'iscrizione e/o partecipazione ad un determinato evento congressuale di un operatore sanitario;
- una volta individuato l'operatore sanitario, l'ente opererà in modo tale da verificare che la sua partecipazione avvenga secondo procedure corrette e verificabili.

Nel caso in cui l'ente abbia la necessità di avvalersi di prestazioni professionali di dipendenti della Pubblica Amministrazione in qualità di consulente (es: medico dipendente di un ASL che, in qualità di trainer, istruisca la forza di vendita di un ente per una particolare tecnica chirurgica), deve essere rispettata la normativa vigente.

Del pari è opportuno formalizzare una specifica procedura nel caso in cui si vogliano effettuare donazioni in denaro o in attrezzature, i cui tratti fondamentali sono qui di seguito indicati:

- l'ente donante deve predisporre ed inviare alla Pubblica Amministrazione (ASL, AO, ecc.) una comunicazione nella quale manifesta l'intenzione di voler donare una somma di denaro o una particolare attrezzatura;
- la Pubblica Amministrazione beneficiaria (ASL, AO, ecc.) seguirà la normativa in vigore ai fini dell'attuazione della donazione;
- l'ente donante, presa buona nota dell'accettazione, fornirà tutti i dettagli della donazione stessa e predisporrà gli adempimenti *ex lege*.

Quanto alla fornitura di materiale in conto visione, conto deposito e comodato d'uso, è opportuno che l'ente predisponga proprie procedure interne che, tenendo conto delle normative vigenti, regolamentino correttamente questo tipo di operazioni.

Le medesime procedure e le medesime cautele verranno applicate qualora le donazioni siano dirette in favore di Associazioni a scopo benefico (ONLUS) o riviste scientifiche

qualora si accerti il coinvolgimento economico, diretto o indiretto, di dipendenti della Pubblica Amministrazione.

Quando è in corso una qualsiasi trattativa d'affari, richiesta o rapporto con la Pubblica Amministrazione, il personale incaricato non deve cercare d'influenzare impropriamente le decisioni della controparte, comprese quelle dei funzionari che trattano o hanno potere decisionale, per conto della Pubblica Amministrazione.

Nel caso specifico dell'esecuzione di una gara d'appalto con la Pubblica Amministrazione si deve operare nel rispetto della legge e della corretta pratica commerciale.

Se l'ente si avvale dell'opera di "non dipendenti" (ad es. consulenti) per essere rappresentato nei rapporti verso la Pubblica Amministrazione, si deve prevedere che nei confronti di questi siano applicate le stesse procedure e direttive valide per i dipendenti diretti dell'ente stesso.

Inoltre l'ente non deve farsi rappresentare, nei rapporti con la Pubblica Amministrazione, da un agente, consulente o da qualsiasi altra terza figura, quando si possano creare conflitti d'interesse.

Nel corso di una trattativa d'affari, richiesta o rapporto commerciale con la Pubblica Amministrazione non devono essere intraprese (direttamente o indirettamente) le seguenti azioni:

- prendere in considerazione o proporre opportunità d'impiego e/o commerciali che possano avvantaggiare dipendenti della Pubblica Amministrazione a titolo personale;
- offrire o in alcun modo fornire omaggi che non siano di modico valore*;*
- sollecitare o ottenere informazioni riservate al di là di quanto consentito dalla legge*.*

Si devono inoltre rispettare le norme di carattere cogente o deontologico volte a proibire l'assunzione, alle dipendenze dell'ente, di ex impiegati della Pubblica Amministrazione (e loro parenti), che abbiano partecipato personalmente ed attivamente a trattative d'affari, o all'avallo di richieste effettuate dall'ente alla Pubblica Amministrazione. Tali divieti dovrebbero essere regolamentati in termini temporali (es.: per un periodo non superiore ai due anni successivi all'aggiudicazione della gara d'appalto).

Qualsiasi violazione (effettiva o potenziale) commessa dall'ente o da terzi per conto dell'ente va segnalata tempestivamente, nei modi opportuni e dai soggetti individuati nel codice, alle funzioni interne dell'ente deputate ai controlli competenti.

L'ente ha la facoltà di contribuire al finanziamento di partiti politici, comitati, organizzazioni pubbliche o candidati politici purché nel rispetto delle normative vigenti.

IV.3 CONTENUTI MINIMI DEL CODICE ETICO (O DI COMPORTAMENTO) IN RELAZIONE AI REATI COLPOSI PREVISTI DALL'ART. 25-*SEPTIES* DEL D.LGS. N. 231/2001

L'impresa dovrebbe esplicitare chiaramente e rendere noti, mediante un documento formale, i principi e criteri fondamentali in base ai quali vengono prese le decisioni, di ogni tipo e ad ogni livello, in materia di salute e sicurezza sul lavoro.
Tali principi e criteri possono così individuarsi:
a) evitare i rischi;
b) valutare i rischi che non possono essere evitati;
c) combattere i rischi alla fonte;
d) adeguare il lavoro all'uomo, in particolare per quanto concerne la concezione dei posti di lavoro e la scelta delle attrezzature di lavoro e dei metodi di lavoro e di produzione, in particolare per attenuare il lavoro monotono e il lavoro ripetitivo e per ridurre gli effetti di questi lavori sulla salute;
e) tener conto del grado di evoluzione della tecnica;
f) sostituire ciò che è pericoloso con ciò che non è pericoloso o che è meno pericoloso;
g) programmare la prevenzione, mirando ad un complesso coerente che integri nella medesima la tecnica, l'organizzazione del lavoro, le condizioni di lavoro, le relazioni sociali e l'influenza dei fattori dell'ambiente di lavoro;
h) dare la priorità alle misure di protezione collettiva rispetto alle misure di protezione individuale;
i) impartire adeguate istruzioni ai lavoratori.
Tali principi sono utilizzati dall'impresa per prendere le misure necessarie per la protezione della sicurezza e salute dei lavoratori, comprese le attività di prevenzione dei rischi professionali, d'informazione e formazione, nonché l'approntamento di un'organizzazione e dei mezzi necessari.

Tutta l'azienda, sia ai livelli apicali che a quelli operativi, deve attenersi a questi principi, in particolare quando devono essere prese delle decisioni o fatte delle scelte e, in seguito, quando le stesse devono essere attuate (v. art. 6, c. 2, lett. b), del D.Lgs. n. 231/2001).

IV.4 SISTEMA DISCIPLINARE E MECCANISMI SANZIONATORI

Un punto qualificante nella costruzione del modello è costituito dalla previsione di un adeguato sistema sanzionatorio per la violazione delle norme del codice etico, nonché delle procedure previste dal modello. Simili violazioni ledono infatti il rapporto di fiducia instaurato con l'ente[19] e devono di conseguenza comportare azioni disciplinari, a prescindere dall'eventuale instaurazione di un giudizio penale nei casi in cui il comportamento costituisca reato.

La valutazione disciplinare dei comportamenti effettuata dai datori di lavoro, salvo, naturalmente, il successivo eventuale controllo del giudice del lavoro, non deve, infatti, necessariamente coincidere con la valutazione del giudice in sede penale, data l'autonomia della violazione del codice etico e delle procedure interne rispetto alla violazione di legge che comporta la commissione di un reato. Il datore di lavoro non è tenuto quindi, prima di agire, ad attendere il termine del procedimento penale eventualmente in corso. I principi di tempestività ed immediatezza della sanzione rendono infatti non soltanto non doveroso, ma altresì sconsigliabile ritardare l'irrogazione della sanzione disciplinare in attesa dell'esito del giudizio eventualmente instaurato davanti al giudice penale.

Quanto alla tipologia di sanzioni irrogabili, in via preliminare va precisato che, nel caso di rapporto di lavoro subordinato, qualsiasi provvedimento sanzionatorio deve rispettare le procedure previste dall'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori e/o da normative speciali, dove applicabili, caratterizzato, oltre che dal principio di tipicità delle violazioni, anche dal principio di tipicità delle sanzioni.

Nel caso di violazioni del codice etico e delle procedure con esso stabilite (ad esempio il mancato rispetto, da parte di un impiegato contabile, delle disposizioni del codice etico dell'azienda o delle procedure che regolamentano la gestione dei flussi finanziari) che possano dar luogo a problemi di carattere tecnico-organizzativo è possibile adottare misure, quale l'adibizione del dipendente ad altra area aziendale, purché ciò non comporti un suo demansionamento.

Con riguardo ad un eventuale trasferimento del dipendente (inteso nel senso di spostamento da un'unità produttiva ad altra), esso è ipotizzabile quale provvedimento disciplinare, purché espressamente previsto (sempre per il principio di tipicità) tra le misure disciplinari stabilite dalla contrattazione collettiva e dai codici disciplinari adottati in attuazione di queste ultime a livello aziendale. In caso contrario esso può essere legittimamente attuato soltanto quando ricorrano le ragioni tecniche, organizzative o produttive previste dall'art. 2103 cod. civ. A questo proposito occorre puntualizzare che la legge 27 marzo 2001, n. 97 (*"Norme sul rapporto tra procedimento penale e procedimento disciplinare ed effetti sul giudicato penale nei confronti dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche"*) prevede espressamente, all'art. 3, la possibilità di trasferimento del dipendente di enti a prevalente partecipazione pubblica, a seguito di rinvio a giudizio per uno dei reati

[19] Cfr. gli artt. 2104 e 2105 cod. civ. che stabiliscono obblighi in termini di diligenza e fedeltà del prestatore di lavoro nei confronti del proprio datore.

previsti agli artt. 314, c. 1, 317, 318, 319, 319-*ter* e 320 cod. pen. e dall'art. 3, L. n. 1383/1941.

In ragione della loro valenza disciplinare, il codice etico e le procedure il cui mancato rispetto si intende sanzionare vanno espressamente inseriti nel regolamento disciplinare aziendale, se esistente, o comunque formalmente dichiarati vincolanti per tutti i dipendenti (ad esempio mediante una circolare interna o un comunicato formale), nonché esposti, così come previsto dall'art. 7, co. 1, L. n. 300/1970, *"mediante affissione in luogo accessibile a tutti"*.

Qualora la violazione delle norme etiche fosse invece posta in essere da un lavoratore autonomo, fornitore o altro soggetto avente rapporti contrattuali con l'impresa, potrà prevedersi, quale sanzione, la risoluzione del contratto. Uno strumento utile a questo scopo potrebbe essere costituito dall'inserimento di clausole risolutive espresse nei contratti di fornitura o collaborazione (agenzia, partnership, ecc.) che facciano esplicito riferimento al rispetto delle disposizioni del codice etico.

V. L'ADOZIONE DI UN MODELLO DI ORGANIZZAZIONE, GESTIONE E CONTROLLO

Nella redazione ed adozione di un modello di organizzazione, gestione e controllo l'attenzione deve essere posta preliminarmente su quanto previsto dal decreto di cui trattasi all'art. 6, c. 2, per poi essere implementati secondo quanto indicato dalla esperienza della singola società e, soprattutto, dalle indicazioni contenute nella giurisprudenza.

Il modello dovrebbe rispondere ai seguenti requisiti in quanto:

- specifico
- concreto
- efficace
- dinamico
- effettivamente attuato
- monitorato
- periodicamente aggiornato

D'altro lato il modello:

- ristabilisce l'onere della prova in capo all'accusa (in assenza del modello la responsabilità dell'ente si intende presunta) per cui è quest'ultima – nella persona del pubblico ministero – che deve dimostrare che il sistema adottato sia inidoneo o inefficace;
- può escludere la responsabilità dell'ente (artt. 6 e 7, D.Lgs. n. 231/2001);
- è un criterio di riduzione della sanzione pecuniaria (art. 12, D.Lgs. n. 231/2001);
- consente, in concorso con altre condizioni, la non applicazione di sanzioni interdittive(art. 17, D.Lgs. n. 231/2001);
  consente la sospensione della misura cautelare interdittiva emessa nei confronti dell'ente (art. 49, D.Lgs. n. 231/2001).

A sostegno di quanto fino ad ora detto il primo provvedimento giurisdizionale che ha esaminato l'idoneità di modelli di organizzazione, gestione e controllo ex artt. 6 e 7 D.Lgs. n. 231/2001, adottati prima della commissione del reato, è l'ordinanza cautelare del Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Milano (dott.ssa Secchi) del 20 settembre 2004 e depositata il 9 novembre 2004. In questa si legge testualmente: "(…) *il D.Lgs. 231/2001 non può dunque essere interpretato nel senso di una intromissione giudiziaria nelle scelte organizzative dell'impresa ma nel senso di una necessaria verifica di compatibilità di queste scelte con i criteri di cui al Decreto. Ciò che il decreto richiede è che l'imprenditore adotti modelli di organizzazione idonei a ridurre il rischio che si verifichino, nella vita dell'impresa (…).Le scelte organizzative dell'impresa sono proprie dell'imprenditore".*

Recentemente, il Tribunale di Milano, Ufficio del Giudice per le Indagini preliminari, in data 17 novembre 2009, ha sancito– per la prima volta – con sentenza l'idoneità di un modello di organizzazione, gestione e controllo.
Si legge: "*dato per assodato che la sussistenza dell'illecito amministrativo contestato non discende automaticamente dal riconoscimento della commissione del reato – in quanto tale conclusione equivarrebbe a ritenere operante una sorta di "responsabilità oggettiva" dell'ente per gli illeciti penali commessi dai suoi vertici – occorre valutare se sussista nel caso specifico una o più ipotesi della causa esimente dalla responsabilità amministrativa prevista dall'art. 6 legge 231/2001". (…) non avrebbe senso ritenere inefficace un Modello organizzativo per il solo fatto che siano stati commessi degli illeciti da parte dei vertici della persona giuridica, in quanto ciò comporterebbe, ovviamente, la pratica inapplicabilità della norma contenuta nell'art. 6 legge 231/2001. Occorre, in altre parole, stabilire se, prima della commissione del fatto, fosse stato adottato un corretto modello organizzativo e se tale modello, con valutazione ex ante, potesse considerarsi efficace per prevenire gli illeciti societari oggetto di prevenzione".*

Viene così stabilito che le vicende dell'ente devono essere sempre tenute distinte da quelle dei soggetti che hanno commesso il reato.
Per la prima volta un modello, redatto anche in ossequio ai principi contenuti nelle linee guida di Confindustria, è stato ritenuto idoneo a prevenire i reati presupposto ed efficacemente attuato.

Ecco che il Modello – in quanto strumento organizzativo della vita dell'ente – deve qualificarsi per la sua concreta e specifica efficacia e per la sua dinamicità; esso deve scaturire da una visione realistica ed economica dei fenomeni aziendali e non esclusivamente giuridico-formale.